



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Caroline Björk

**Barnets bästa i vårdnadsmål**  
*En komparativ studie av den svenska respektive  
australiensiska regleringen*

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Eva Ryrstedt

Termin för examen: HT12

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1.1 Introduktion</b>	<b>5</b>
<b>1.2 Syfte och frågeställningar</b>	<b>6</b>
<b>1.3 Avgränsning</b>	<b>6</b>
<b>1.4 Metod och material</b>	<b>7</b>
<b>1.5 Disposition</b>	<b>9</b>
<b>2.1 Kort om barnrättens utveckling</b>	<b>11</b>
2.1.1 Inom- respektive utomäktenskapliga barn	11
<b>2.2 Vårdnads- och vårdnadshavarbegreppet</b>	<b>12</b>
<b>2.3 Domstolsprocessen</b>	<b>13</b>
<b>2.4 Barnets bästa</b>	<b>14</b>
2.4.1 Allmänt	14
2.4.2 Nära och god kontakt med båda föräldrarna	15
2.4.2.1 Allmänt	15
2.4.2.2 Gemensam vårdnad	16
2.4.2.3 Umgänge	17
2.4.3 Riskbedömning	18
2.4.4 Barnets vilja	20
<b>2.5 Styrkor och svagheter</b>	<b>21</b>
<b>3.1 Kort om barnrättens utveckling</b>	<b>23</b>
<b>3.2 Family Law Act</b>	<b>23</b>
<b>3.3 1995 års reform</b>	<b>24</b>
<b>3.4 Innebörden av parental responsibility</b>	<b>24</b>
<b>3.5 Parenting order</b>	<b>25</b>
3.5.1 Allmänt	25
3.5.2 Lika delat föräldraansvar	26
3.5.3 Ändringar och upphörande	27
<b>3.6 Best interests of the child</b>	<b>28</b>

3.6.1	Allmänt	28
3.6.2	Innehållet i barnets bästa	28
3.6.3	Checklista	28
3.6.4	Överväganden vid utfärdande av en parenting order	30
3.6.4.1	Allmänt	30
3.6.4.2	Status quo	30
3.6.4.3	Separation av syskon	31
3.6.4.4	Rollen som moder	31
3.6.4.5	Rollen som biologisk förälder	32
3.6.4.6	Barnets uppfattning	32
3.6.4.7	Parternas beteende	33
3.6.5	Presumtioner	34
<b>3.7</b>	<b>Styrkor och svagheter</b>	<b>35</b>
<b>4.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>37</b>
<b>4.2</b>	<b>Svensk rätts reglering av barnets bästa</b>	<b>37</b>
4.2.1	Avsaknad av en definition	37
4.2.2	Transparenta domar	38
<b>4.3</b>	<b>Australiensisk rätts reglering av barnets bästa</b>	<b>39</b>
4.3.1	Checklista	39
<b>4.4</b>	<b>Innehållsmässiga likheter och skillnader</b>	<b>39</b>
4.4.1	Delad vårdnad respektive föräldraansvar	39
4.4.2	Våld	40
4.4.3	Barnets uppfattning	40
<b>4.5</b>	<b>Den lärdom länderna kan dra av varandras erfarenheter</b>	<b>41</b>
4.5.1	Flexibilitet eller begränsning	41
4.5.2	Likartad utgång	43
<b>4.6</b>	<b>Slutord</b>	<b>44</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>		<b>45</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>		<b>48</b>

# Summary

The purpose of this essay is that of describing and comparing the Swedish regulation of the concept the *best interests of the child* in cases concerning legal custody with the Australian regulation of the same concept in cases concerning parental responsibility.

Both Sweden and Australia have a legislation that regulates the best interests of the child and in both countries the decision of what is in the best interests of the child depends on the particular circumstances and facts of each case. However, the shaping of the regulation is distinct. In Australia, the best interests of the child principle is shown in a checklist which sets out several considerations that the court must take into account in determining what is best for the child. Despite some considerations prescribed by the regulation, there is an absence of a clear definition of what the best interests of the child principle entails in the Swedish regulation. Instead the Swedish regulation relies on the court's discretionary assessment. In determining the best interests of the child the court uses presumptions taken from legislation and bills of where the best interests of children lie. This is because it is not considered possible defining what is in the best interests of the child in more detail without risking the court's flexibility and thus need to take into account all circumstances of the case. In spite of the differences between both of the regulations there are also some similarities; the regulation in both countries stresses the importance of both parents being involved in the child's life, that any views expressed by the child are a factor to be taken into account and the need to protect the child from violence.

The reason why the Swedish regulation lacks a clear definition of what the concept the best interests of the child means, seems to be a fear of losing the flexibility for the court to take into account all circumstances of the case. However, the Australian regulation is a perfect example of a regulation that hasn't lost its flexibility due to having a checklist. The decision ultimately depends upon the court's perception of where the best interests of the child lie. Owing to the lack of a definition the considerations prescribed by the regulation limits the court's interpretation of the concept and the court can be said to already use a form of a very limited checklist in Sweden. By introducing a guiding checklist, corresponding to the Australian one, the court's assessment could be significantly facilitated and the disorientation of which the court has been criticized of showing could be counteracted.

# Sammanfattning

Syftet med förevarande framställning är att utifrån en komparativ studie av svensk och australiensisk rätt beskriva och jämföra hur respektive land reglerar barnets bästa i vårdnads mål.

Både i svensk och i australiensisk rätt förekommer begreppet barnets bästa och i båda länderna görs en in casu bedömning vid bestämmandet av vad som är bäst för barnet. Utformningen av lagstiftningen skiljer sig emellertid åt. Australien har valt att specificera principen om barnets bästa genom en checklista som föreskriver ett flertal överväganden som domstolen ska ta hänsyn till vid sin bedömning av vad som är bäst för barnet. Bortsett från vissa i lagen uppräknade omständigheter som rätten ska fästa särskilt avseende vid saknas en tydlig definition av vad som avses med barnets bästa i svensk rätt. Svensk rätt har istället valt att förlita sig på domstolens skönsmässiga bedömningar där barnets bästa avgörs utifrån en bedömning av de individuella förhållandena och stöd hämtas från presumtioner tagna från lagstiftning och förarbeten. Detta eftersom det inte har ansetts möjligt att närmare ange vad som är barnets bästa utan att riskera att den flexibilitet som möjliggör för domstolen att se till omständigheterna i det enskilda fallet förloras. Trots att lagstiftningarna skiljer sig väsentligt åt finns det emellertid vissa likheter; båda ländernas lagstiftning betonar vikten av att barnet har en god kontakt med båda föräldrarna, att hänsyn tas till barnets uppfattning och att barnet skyddas mot att fara illa.

Den svenska rättens avsaknad av en definition av begreppet barnets bästa verkar ha sin grund i en rädsla för att den flexibilitet som möjliggör för domstolen att se till omständigheterna i det enskilda fallet ska gå förlorad. Den australiensiska rätten är emellertid ett bevis på att en checklista inte nödvändigtvis medför att flexibiliteten går förlorad utan att den slutliga utgången fortfarande är beroende av en tolkning av begreppet. Till följd av att det saknas en definition av vad som avses med barnets bästa har vidare de omständigheter som omnämns i den svenska lagstiftningen kommit att utgöra ramen för domstolens tolkning av begreppet och rätten kan redan sägas utgå från en slags checklista. Genom införandet av en vägledande checklista, motsvarande den australiensiska, skulle domstolens bedömning underlättas avsevärt och den vilsheten som domstolen kritiserats för att uppvisa i förhållande till barnets bästa skulle motverkas.

# Förord

Det är med både glädje och sorg som jag nu avslutar min tid på juristprogrammet. Jag vill tacka min familj och sambo Damir för allt stöd jag fått under utbildningens gång. Tack till min familj för trevliga uppesittarkvällar och uppmuntran under årens gång. Tack Damir för att du vägleder mig i svåra stunder och delar min glädje i lyckliga stunder. Jag vill också tacka familj och sambo för hjälp med uppsatsen.

Tack,  
Mamma  
Pappa  
Damir  
Johanna  
Emma  
Jason

Jag vill slutligen tacka min handledare Eva Ryrstedt för råd och stöd under uppsatsens gång och för intressanta infallsvinklar och diskussioner.

Helsingborg den 17 december 2012

# Förkortningar

Art	Artikel
Barnkonventionen	Förenta Nationernas konvention om barnets rättigheter
Bl.a.	Bland annat
BrB	Brottsbalk 1962:700
Etc.	Et cetera
FB	Föräldrabalk 1949:381
FLA	Family Law Act 1975
FN	Förenta Nationerna
HD	Högsta Domstolen
Jmf.	Jämför
Kap.	Kapitel
Prop.	Proposition
RF	Regeringsform 1974:152
S.	Sida
S.k.	Så kallad
SOU	Statens offentliga utredningar
T.ex.	Till exempel

# 1 Inledning

## 1.1 Introduktion

I samband med att år 1979 utropades till ett internationellt barnår av FN, lade Polen fram ett förslag till en konvention om rättigheter för barn. På grundval av det polska förslaget tillsattes en arbetsgrupp under kommissionen för de mänskliga rättigheterna för att utarbeta ett utkast till konvention. Utan omröstning antog generalförsamlingen den 20 november 1989 konventionen om barnets rättigheter, vilken den 26 januari 1990 öppnades för undertecknande.<sup>1</sup> Genom barnkonventionen slog världssamfundet fast en gemensam standard för barns rättigheter. En av de principer som återfinns i konventionen är principen om barnets bästa, vilken stadgar att barnets bästa ska komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn.<sup>2</sup>

Både Sverige och Australien har ratificerat barnkonventionen och har genom ratificeringen förpliktat sig att respektera och främja barns rättigheter.<sup>3</sup> Utgångspunkten för barnrätten i båda länderna är principen om barnets bästa.<sup>4</sup> I svensk rätt innebär barnets bästa att det som bäst gynnar barnet ska vara vägledande vilket anses vara både en lagstiftnings- och en tillämpningsfråga.<sup>5</sup> Lagstiftningen stadgar att barnets bästa ska vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge, men någon tydlig definition av vad som avses med barnets bästa finns inte. Vad som är bäst för barnet bestäms istället utifrån en individuell bedömning där allt som rör barnets välbefinnande och utveckling ska tas i beaktande.<sup>6</sup> I avsaknad av en definition av barnets bästa använder domstolen sig istället av presumtioner om vad som är bra för barn.<sup>7</sup> Även i Australien bygger begreppet på en in casu bedömning där beslutet är beroende av den enskilde domarens uppfattning om vad som är bäst för barnet i kombination med omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>8</sup> Den australiensiska regleringen skiljer sig emellertid från den svenska på en betydelsefull punkt, den föreskriver 15 överväganden som domstolen ska ta hänsyn till vid bedömningen av vad som är barnets bästa.<sup>9</sup>

---

<sup>1</sup> Prop. 1989/90:107, s. 4 f.

<sup>2</sup> Prop. 1989/90:107, s. 19 och art. 3 Barnkonventionen.

<sup>3</sup> Prop. 1989/90:107, s. 27 och

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en), 2012-10-05.

<sup>4</sup> Se 6 kap. 2a § FB och FLA 1975 s. 60 CA.

<sup>5</sup> Prop. 1989/90:107, s. 31 f.

<sup>6</sup> Prop. 2005/06:99, s.40 och 6 kap. 2a§ FB.

<sup>7</sup> Schiratzki, 2010, s. 36.

<sup>8</sup> Dickey, 2007, s. 292.

<sup>9</sup> Dickey, 2007, s. 295 f.



## 1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med förevarande uppsats är att utifrån en komparativ studie av svensk och australiensisk rätt beskriva och jämföra hur respektive land reglerar barnets bästa i vårdnadsfall. Som ovan stadgats görs både i Sverige och i Australien en in casu bedömning vid beaktandet av barnets bästa.<sup>10</sup> Den australiensiska regleringen skiljer sig emellertid från den svenska genom att den föreskriver 15 överväganden som domstolen ska ta hänsyn till vid bedömningen.<sup>11</sup> Målet med jämförelsen är att diskutera vilka skillnader som finns mellan att ha en lagstiftning som styrs av generella antaganden i förhållande till barnets bästa och en lagstiftning som föreskriver specifika punkter för domstolen att ta hänsyn till.<sup>12</sup> För att uppnå syftet med uppsatsen avser jag att besvara följande frågeställningar:

- Hur reglerar svensk rätt barnets bästa i vårdnadsfall?
- Vilka styrkor och svagheter kan en lagstiftning som föreskriver generella antaganden vid bedömningen av begreppet barnets bästa innebära?
- Hur reglerar australiensisk rätt barnets bästa i vårdnadsfall?
- Vilka styrkor och svagheter kan en lagstiftning som föreskriver specifika kriterier för domstolen att ta hänsyn till vid bedömningen av begreppet barnets bästa innebära?
- Vilken lärdom kan de båda länderna dra av varandras erfarenheter?

## 1.3 Avgränsning

Förevarande framställning gör inte anspråk på att vara heltäckande. På grund av platsbrist kommer vissa områden därför inte att beröras. Framställningen kommer endast att behandla barnets bästa i vårdnadsfall. Med vårdnadsfall avses här frågan om vårdnad om barnet; barnets boende kommer därför inte att beröras nämnvärt. Rätten för barnet till umgänge med en förälder i australiensisk rätt kommer endast att beskrivas i förbigående eftersom rätten är inbakad i de principer som finns i sjunde kapitlet Family Law Act 1975 [cit. FLA] och eftersom domstolen har möjlighet att utfärda den *parenting order* som den anser lämplig.<sup>13</sup> Barnets rätt till umgänge med den förälder som barnet inte bor med i svensk rätt kommer endast att beskrivas i samband med redogörelsen för barnets bästa och de omständigheter som domstolen ska fästa särskilt avseende vid. Detta eftersom domstolen ska fästa särskilt avseende vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.<sup>14</sup> Övriga rättsområden där barnets bästa är av betydelse utelämnas.

---

<sup>10</sup> Prop. 1997/98:7, s. 104.

<sup>11</sup> Dickey, 2007, s. 295.

<sup>12</sup> Schratzki, 2010, s. 36 och jmf. prop. 2005/06:99, s. 40.

<sup>13</sup> Se FLA 1975 s. 60 B (2) (b), 65 D (1) och se 64 B (2).

<sup>14</sup> 6 kap. 2 a och 15 §§, se vidare avsnitt 2.5.2.3.

I uppsatsen finns inte någon avsikt att redogöra för begreppen faderskap och moderskap, likaså inte heller att ingående behandla samarbetsamtal och medling.<sup>15</sup> Olika typer av avtal som föräldrar i svensk rätt kan ingå för att reglera vårdnad redogörs inte heller för i någon större utsträckning.<sup>16</sup>

Eftersom jag har valt att fokusera på regleringen av barnets bästa i vårdnadsmål har det inte funnits tid och utrymme att studera praxis ingående. Svensk praxis kommer därför endast att beskrivas utifrån förekommande doktrin, i detta avseende fästs särskild vikt vid den studie som Eva Ryrstedt gjort av barnets bästa och vilja i domstol.<sup>17</sup> Australiensisk praxis har valts ut utifrån hänvisningar till relevant praxis i den doktrin som studerats vid författandet av uppsatsen. Framst avses hänvisningar som Geoff Monahan, Lisa Young och Anthony Dickey gjort till praxis.<sup>18</sup>

## 1.4 Metod och material

Framställningen är en komparativ studie som beskriver och jämför australiensisk respektive svensk rätt avseende barnets bästa i vårdnadsmål. Av särskilt intresse är hur den australiensiska rätten genom en s.k. *checklist* föreskriver vad som måste tas in i en bedömning av vad som är barnets bästa jämfört med den svenska rättens reglering och generella antaganden.<sup>19</sup> Eftersom uppsatsen bygger på en jämförelse av hur två länder valt att reglera samma fråga har jag valt att använda mig av både en komparativ och en rättsdogmatisk metod.

Uppsatsen består av två delar, en deskriptiv och en analyserande. Första delen av uppsatsen utgörs av den deskriptiva delen vilken är översiktlig och ska ge läsaren en beskrivning av gällande rätt. Eftersom uppsatsen är en beskrivning av de rättsregler som reglerar barnets bästa har jag i denna del främst använt en rättsdogmatisk metod. Den rättsdogmatiska metodens syfte är att fastställa vilka rättsregler som finns (*de lege lata*) eller som bör finnas (*de lege ferenda*) med utgångspunkt i de befintliga rättskällorna. Eftersom syftet är att fastställa vilka rättsregler som reglerar barnets bästa i vårdnadsmål utgår den deskriptiva delen från ett *de lege lata* perspektiv.<sup>20</sup> För att kunna fastställa gällande rätt har studier gjorts av lagstiftning, förarbeten och praxis samt doktrin. Till följd av att rättskällorna har olika betydelse beroende på vilken rättsordning det rör sig om har förarbeten använts i större utsträckning vid redogörelsen för svensk rätt medan praxis har tillmätts större vikt vid beskrivning av australiensisk rätt. Relevant lagstiftning för avsnittet om svensk rätt är sjätte kapitlet föräldrabalken (1949:381) [cit. FB] där särskild vikt har lagts vid förarbeten för att nå förståelse för tankarna bakom lagstiftningen. Doktrin och statliga utredningar har tagits med i mån av relevans. För den australiensiska delen

---

<sup>15</sup> Se 1 kap. 1-9 §§ och 6 kap. 18-18 a §§ FB.

<sup>16</sup> Se 6 kap. 6 § FB.

<sup>17</sup> Se Ryrstedt, SVJT 2009, s. 1013-1037.

<sup>18</sup> Dickey, 2007 och Monahan och Young, 2006.

<sup>19</sup> Se avsnitt 2 och 3.

<sup>20</sup> Lehrberg, 2010, s. 167.

har relevant lagstiftning utgjorts av Family Law Act 1975 där särskild vikt lagts vid kapitel sju som handlar om barn. Vägledning har vidare sökts i förekommande praxis eftersom den visar på hur bedömningen gick till i fall med liknande omständigheter.<sup>21</sup> Denna praxis har hittats genom hänvisningar i den doktrin som använts vid författandet av uppsatsen.<sup>22</sup>

I slutet av avsnitt två och tre kommer jag att diskutera vilka styrkor och svagheter som den svenska respektive australiensiska rättens reglering av barnets bästa kan innebära. Målet är inte att komma fram till ett svar utan endast att föra en diskussion. Avsnitten kommer att ha sin grund i olika författares uppfattning om regleringarnas utformning. Dessa har främst hämtats i doktrin men även för svensk rätts del i förarbeten.

I den avslutande analysdelen har en komparativ metod använts. Den komparativa rätten omfattar tre delar, en jämförelse av olika rättssystem i syfte att undersöka likheter och skillnader, bearbetning av de fastställda likheterna och skillnaderna och behandling av uppkomna metodologiska problem.<sup>23</sup> I den här uppsatsen har den komparativa metoden främst använts för att undersöka likheter och skillnader mellan svensk och australiensisk rätt. Den komparativa rätten har flera användningsområden och syften. Syftet med att använda komparativ rätt kan vara att öka förståelsen för det egna rättssystemet. Avsikten kan vidare vara att studera den svenska rätten *de lege ferenda*. Genom att studera främmande rättsordningar kan man erhålla kunskap om hur andra länder har använt alternativa lösningar på problem som också finns i svensk rätt.<sup>24</sup> Den komparativa rätten kan också användas för att arbeta *de lege lata*, för att tolka och tillämpa gällande rättsregler i den egna rättsordningen. Det gäller särskilt vid tolkning och tillämpning av regler som övertagits från en annan rättsordning eller som bygger på internationellt lagstiftnings-samarbete.<sup>25</sup> Syftet med att använda den komparativa metoden i förevarande framställning är att studera den svenska rätten *de lege ferenda*. Genom att använda en komparativ metod önskar jag erhålla kunskap om den alternativa lösning som den australiensiska rätten har valt för att reglera barnets bästa.

Att jämföra två rättsordningar är emellertid inte helt okomplicerat utan medför vissa problem. Risken för missförstånd av rättskällornas betydelse i en rättsordning som är främmande för den som juristen verkar i är ett problem. En svensk jurist utgår kanske felaktigt från att domstolar i Australien, i likhet med svenska, tillmäter förarbeten lika stor vikt vid tolkning av rättsregler eller underskattar den vägledning som söks i praxis. Trots att det är svårt att lära sig rättskällornas betydelse utan att ha studerat dem under en längre tid är det viktigt att försöka använda dem på samma sätt som i Australien för att få en korrekt bild av rättsordningen. Ett annat förekommande problem är språkliga missförstånd. Det är inte ovanligt att

---

<sup>21</sup> Dickey, 2007, s. 308

<sup>22</sup> Dickey, 2007 och Monahan och Young, 2006.

<sup>23</sup> Bogdan, 2003, s. 18.

<sup>24</sup> Bogdan, 2003, s. 28.

<sup>25</sup> Bogdan, 2003, s. 31.

t.ex. good faith felaktigt förutsätts vara detsamma som god tro.<sup>26</sup> Uppmärksamhet på att många utländska juridiska ord saknar motsvarighet i det svenska språket behövs därför. Juridiska institut har inte heller alltid en motsvarighet i det svenska språket.<sup>27</sup> I förevarande uppsats redogörs för begreppen vårdnad och *parental responsibility*. Trots att *parental responsibility* närmast motsvarar svenskans vårdnad finns vissa skillnader. För att uppmärksamma att det finns skillnader mellan begreppen har jag valt att inte beteckna *parental responsibility* med det svenska begreppet vårdnad.

## 1.5 Disposition

Första avsnittet i förevarande uppsats består av en inledning, där en introduktion ges till både ämnet och uppsatsen. Avsnittet redogör för syftet med uppsatsen, de frågeställningar som kommer att beröras men även för förekommande avgränsningar. En beskrivning av den metod och det material som använts samt för uppsatsens disposition finns också i samma avsnitt.

Uppsatsens andra avsnitt behandlar svensk rätt avseende barnets bästa i vårdnads mål där fokus ligger på föräldrabalkens sjätte kapitel. Inledningsvis kommer jag att redogöra för barnrättens historiska framväxt eftersom jag vill skildra den utveckling som lagstiftningen på barnrättens område har genomgått. I denna del ligger fokus på doktrin. Därefter kommer jag att beskriva vårdnads- och vårdnadshavarbegreppen eftersom att de utgör centrala begrepp för att barnets bästa ska komma att aktualiseras i denna framställning. Till följd av att vårdnad är något som det ibland tvistas om i domstol följer sedan en redogörelse för domstolsprocessen.<sup>28</sup> En redogörelse för den svenska regleringen av barnets bästa följer sedan, där vikt läggs vid de i lagen uppräknade omständigheter som domstolen ska fästa särskilt avseende vid; barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna, risken för att barnet eller någon annan familjemedlem utsätts för övergrepp och barnets vilja. Vid redogörelsen för ovanstående kommer särskild vikt att läggas vid förarbeten och lagstiftning. Avsnittet avslutas genom en diskussion om vilka styrkor och svagheter som den svenska regleringen av barnets bästa kan innebära. Fokus för diskussionen ligger på uttalanden i doktrin och förarbeten angående regleringen av barnets bästa. Förhoppningen är att kunna sammanfatta och redogöra för författarnas synpunkter så att läsaren får en bild av den debatt som finns kring bestämmelsens utformning.

Det tredje avsnittet av uppsatsen behandlar australiensisk rätt och fokus för avsnittet ligger på sjunde kapitlet i Family Law Act. För att läsaren ska få en bättre förståelse för den australiensiska barnrätten följer inledningsvis en beskrivning av barnlagstiftningens framväxt. Därefter kommer begreppet *parental responsibility*, närmast översatt föräldraansvar, att beskrivas

---

<sup>26</sup> Bogdan, 2003, s. 40-44.

<sup>27</sup> Bogdan, 2003, s. 48.

<sup>28</sup> Se 6 kap. 5 § FB.

eftersom en presumtion finns om att lika delat föräldraansvar är till barnets bästa.<sup>29</sup> Fokus ligger delvis på att *Family Law Council* frångått en terminologi som bygger på äganderätt till barnet till fördel för en terminologi som uppmuntrar samverkande föräldraskap.<sup>30</sup> Sedan följer en beskrivning av *parenting orders* eftersom barnets bästa är centralt vid utfärdandet av en *parenting order*. Uppsatsen redogör därefter för begreppet barnets bästa där väsentlig vikt läggs vid de 15 överväganden som domstolen måste ta hänsyn till vid ett avgörande.<sup>31</sup> Avsnittet redogör också för de vanligast förekommande överväganden som domstolen beaktar i samband med utfärdande av en *parenting order*.<sup>32</sup> I slutet av avsnittet kommer en diskussion att föras om vilka styrkor och svagheter som den australiensiska regleringen av barnets bästa kan innebära. Fokus för avsnittet ligger på olika författares uttalanden i doktrin om regleringens utformning. Den doktrin som använts är till stor del samma som använts i avsnittet i övrigt. Ytterligare doktrin har också använts vilken hittats via den hemsida som tillhör regeringsorganet *Australian Institute of Family Studies*.<sup>33</sup>

Avslutningsvis binds uppsatsen samman genom en analys av det material som presenterats och som syftar till att besvara de frågor som redogjordes för inledningsvis. Avsikten är att ge en sammanfattande överblick över det material som presenterats i kombination med att jag redogör för mina egna slutsatser.

---

<sup>29</sup> Se Ryrstedt, 2002, s. 59 och FLA 1975, s. 61 DA (1).

<sup>30</sup> Monahan och Young, 2006, s. 207, *Patterns of Parenting After Separation AGPS*, 1992 och se också avsnitt 3.3.

<sup>31</sup> Se Dickey, 2007, s. 295.

<sup>32</sup> Se Dickey, 2007, s. 292 och 307-312 och Monahan och Young, s. 251.

<sup>33</sup> <http://www.aifs.gov.au/>, 2012-12-05.

## 2 Svensk rätt

### 2.1 Kort om barnrättens utveckling

#### 2.1.1 Inom- respektive utomäktenskapliga barn

Sedan medeltiden och fram till 1970-talet var barnets ställning beroende av om det ansågs som äkta eller oäkta. Äkta ansågs de barn som avlats inom äktenskap, trolovning eller genom våldtäkt vara. Övriga barn ansågs vara oäkta men kunde bli äkta om föräldrarna ingick äktenskap. Under den tid då landskapslagarna gällde var synen på de oäkta barnen sträng. Kyrkan förespråkade monogami och betraktade äktenskapet som ett heligt sakrament där makarnas trohet var mycket viktig. Utomäktenskapliga förbindelser ansågs vara en synd som skulle bestraffas. Straffet sträckte sig till att även omfatta de oäkta barnen som skulle straffas för den synd som föräldrarna hade begått.<sup>34</sup>

Modern skulle ta hand om det oäkta barnet under dess tre första år, därefter skulle fadern ta hand om barnet tills det var sju år. Efter sjuårsålder tillföll vårdnaden båda föräldrarna såvida inte fadern var okänd.<sup>35</sup> Under 1700-talet ökade barnamorden markant till följd av de oäkta barnen och mödrarnas svåra levnadsförhållanden.<sup>36</sup> Som en konsekvens därav införde Gustav III under 1700-talet institutet okänd moder, vilket innebar att modern hade en rätt att förbli okänd för barnet. Barnamorden minskade men följderna blev att barnen kunde komma att sakna vetskap om båda sina föräldrar. Synen på de oäkta barnen förändrades successivt under 1800-talet till följd av liberala strömningar. Med den första barnlagstiftningen, lagarna om barn utom äktenskap och barn i äktenskap, som infördes mellan år 1917-1920 avskaffades institutet okänd moder. Genom att utrusta lagstiftningen med regler om faderskapsfastställelse, underhållsskyldighet och vårdnad samt barns börd önskade man förbättra de oäkta barnens och mödrarnas situation. Eftersom utgångspunkten för lagstiftningen var barnets bästa ansågs nu ett avskärande av förhållandet mellan föräldrar och barn strida mot lagen.<sup>37</sup>

År 1950 sammanfördes lagen om barn i äktenskap och lagen om barn utom äktenskap tillsammans med andra lagar i föräldrabalken. De utomäktenskapliga barnen kom sedan år 1970 att likställas med barn födda inom äktenskapet genom att de fick full arvsrätt efter båda föräldrarna. Avvecklingen av särregleringen för oäkta barn ledde slutligen till att begreppen barn i respektive utom äktenskap togs bort ur lagen år 1976.<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Sjösten, 2009, s. 21-23.

<sup>35</sup> Sjösten, 2009, s. 21-23.

<sup>36</sup> Ewerlöf och Sverne, 1999, s. 15.

<sup>37</sup> Sjösten, 2009, s. 24-28.

<sup>38</sup> Sjösten, 2009, s. 30.

## 2.2 Vårdnads- och vårdnadshavarbegreppet

Vid alla beslut om vårdnad ska barnets bästa vara avgörande.<sup>39</sup> Eftersom ett vårdnadsbeslut är något som i hög grad påverkar barnets tillvaro krävs en redogörelse för begreppen vårdnad och vårdnadshavare. Den som har vårdnaden om barnet ska se till att barnets behov av omvårdnad, trygghet och god fostran blir tillgodosett och har ett ansvar för barnets personliga förhållanden. Barnets vårdnadshavare ansvarar dessutom för att barnet får den tillsyn som behövs med hänsyn till barnets ålder, utveckling och övriga omständigheter. Vårdnadshavaren ska vidare bevaka att barnet får tillfredsställande försörjning och utbildning samt har ett ansvar för att barnet står under uppsikt, eller att andra lämpliga åtgärder vidtas i syfte att hindra att barnet orsakar skada för någon annan.<sup>40</sup> Vårdnadshavaren har också en rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter. I takt med barnets stigande ålder och utveckling ska emellertid vårdnadshavaren ta allt större hänsyn till barnets önskemål och synpunkter.<sup>41</sup>

I svensk rätt förekommer två former av vårdnad, gemensam vårdnad och ensam vårdnad. Gemensam vårdnad är den vanligaste vårdnadsformen.<sup>42</sup> Vårdnadsformen har ökat barnets möjligheter att få tillgång till båda sina föräldrar och har ansetts leda till goda förhållanden mellan barnet och föräldrarna.<sup>43</sup> Föräldrar som är gifta med varandra vid barnets födelse får automatiskt gemensam vårdnad, om föräldrarna inte är gifta med varandra blir emellertid modern automatiskt ensam vårdnadshavare. Ingår föräldrarna senare äktenskap med varandra står barnet från den tidpunkten under vårdnad av dem båda.<sup>44</sup> Om föräldrarna vill ha gemensam vårdnad om ett barn som endast står under den ena förälderns vårdnad ska domstolen besluta i enlighet med deras begäran, om det inte är uppenbart att gemensam vårdnad är oförenlig med barnets bästa. Gemensam vårdnad för ogifta föräldrar kan också uppnås genom registrering hos Skatteverket efter anmälan av dem båda eller efter anmälan till socialnämnden i samband med att socialnämnden ska godkänna faderskapsbekräftelsen.<sup>45</sup>

Om det mellan föräldrarna till ett barn döms till äktenskapsskillnad och inte den gemensamma vårdnaden upplöses står barnet även fortsättningsvis under båda föräldrarnas vårdnad.<sup>46</sup> Om föräldrarna önskar överföring av vårdnaden kan detta ske genom dom eller avtal.<sup>47</sup> Möjligheten för föräldrar

---

<sup>39</sup> 6 kap. 2 a § FB.

<sup>40</sup> 6 kap. 2 § FB.

<sup>41</sup> 6 kap. 11 § FB.

<sup>42</sup> Schiratzki, 2010, s. 99.

<sup>43</sup> Prop. 2005/06:99, s. 50 och se vidare avsnitt 2.4.2.2.

<sup>44</sup> 6 kap. 3 § FB.

<sup>45</sup> 6 kap. 4 § FB.

<sup>46</sup> 6 kap. 3 § FB.

<sup>47</sup> 6 kap. 5-6 §§ FB.

att avtala om vårdnad infördes år 1998 i 6 kap. 6 § FB med syfte att frågor om vårdnad, boende och umgänge skulle lösas utanför domstol.<sup>48</sup>

I särskilda fall finns en möjlighet för rätten att flytta över vårdnaden om ett barn till en särskilt förordnad vårdnadshavare. En sådan ska utses om föräldrarna brister i omsorgen om barnet, är varaktigt förhindrade att utöva vårdnaden eller har avlidit. Rätten kan också flytta över vårdnaden om barnet till den eller dem som har tagit hand om barnet när barnet stadigvarande har vårdats och fostrats i ett annat hem än föräldrahemmet och det är uppenbart att det är bäst för barnet att förhållandena består.<sup>49</sup> Syftet med regeln är att förhindra att barnet rycks upp ur ett familjehem där barnet har rotat sig och känner en större trygghet än i det tidigare hemmet.<sup>50</sup> Vid särskilt förordnande av vårdnadshavare utses någon som är lämpad att ge barnet trygghet, omvårdnad och en god uppfostran. För syskon ska samma person utses till vårdnadshavare om inte särskilda skäl talar emot det.<sup>51</sup>

## 2.3 Domstolsprocessen

Under ett barns uppväxt kan rättsliga ändringar av vårdnaden behöva göras flera gånger till följd av att föräldrarnas eller barnets förhållanden ändras och vad som är bäst för barnet behöver omprövas. Huvudregeln är att föräldrar så långt som möjligt ska försöka komma överens i vårdnadsfrågan. De flesta föräldrar som genomgår en separation eller äktenskapsskillnad når också en överenskommelse utan inblandning av domstol.<sup>52</sup>

Det händer emellertid att en överenskommelse inte kan nås. En förälder kan då väcka talan vid domstol. Om föräldrarna har gemensam vårdnad om barnet eller om en av dem har ensam vårdnad och någon av föräldrarna vill få ändring i vårdnaden, ska domstolen anförtro vårdnaden åt en av föräldrarna, eller besluta att vårdnaden ska vara gemensam. Vid denna bedömning ska domstolen fästa särskilt avseende vid föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet.<sup>53</sup> I syfte att betona vikten av samförståndslösningar och öka användningen av gemensam vårdnad gjordes vissa ändringar i föräldrabalken i samband med 1998 års lagreform.<sup>54</sup> Domstolen har till följd av ändringarna möjlighet att besluta om gemensam vårdnad mot en förälders vilja, om det anses vara bäst för barnet.<sup>55</sup> Om båda föräldrarna skulle motsätta sig den gemensamma vårdnaden kan emellertid domstolen inte fatta ett sådant beslut. Domstolen måste då anförtro vårdnaden åt en av föräldrarna. Vidare får domstolen utan yrkande i mål om

---

<sup>48</sup> Schriatzki, 2010, s. 107 och se 6 kap. 6 § FB.

<sup>49</sup> 6 kap. 7-9 §§ FB.

<sup>50</sup> Sjösten, 2009, s. 67.

<sup>51</sup> 6 kap. 10a § FB.

<sup>52</sup> Schriatzki, 2008, s. 69 f.

<sup>53</sup> 6 kap. 5 § FB.

<sup>54</sup> Prop. 1997/98:7, s. 1.

<sup>55</sup> SOU 2005:43, s. 109.



äktenskapsskillnad anförtro vårdnaden om barnet åt en av föräldrarna, om det är uppenbart att gemensam vårdnad är oförenlig med barnets bästa.<sup>56</sup>

Ansvar för att vårdnadsfrågan blir tillbörligt utredd ligger på domstolen. Socialnämnden ska emellertid ges tillfälle att lämna upplysningar innan ett mål avgörs och är också skyldig att lämna upplysningar av betydelse för frågans bedömning. Om det behövs ytterligare utredning får domstolen dock uppdra åt socialnämnden eller annat organ att utföra ytterligare utredning. Den som utför utredningen ska, om det inte är olämpligt, försöka klargöra barnets inställning och redovisa den för domstolen samt lämna förslag till beslut. Eftersom domstolen är ansvarig för att utredningen bedrivs skyndsamt har domstolen möjlighet att bestämma inom vilken tid utredningen ska vara klar och fastställa riktlinjer för den.<sup>57</sup>

Interimistiska beslut kan behöva meddelas eftersom det tar tid från det att talan har väckts till dess att rätten slutligen avgör målet.<sup>58</sup> Det interimistiska beslutet innebär att rätten beslutar om vårdnad, boende eller umgänge för tiden till dess att frågan har avgjorts genom lagakraftvunnet beslut eller dom eller genom att föräldrarna träffat ett av socialnämnden godkänt avtal. Inför beslutet ska socialnämnden om det är lämpligt höra föräldrarna och barnet innan upplysningar lämnas till rätten.<sup>59</sup> Trots att beslutet ska fattas med utgångspunkt i barnets bästa, föregås det sällan av annan utredning än s.k. snabbupplysningar från socialnämnden och parternas argumentering.<sup>60</sup>

## 2.4 Barnets bästa

### 2.4.1 Allmänt

Att alla beslut och åtgärder som rör barn ska utgå från ett barnperspektiv har sin grund i Barnkonventionen vilken stadgar att barnets bästa ska komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn och att barnet har en rätt att komma till tals. Att använda ett barnperspektiv innebär att man ska försöka se situationen så som barnet uppfattar den och analysera vilka följder olika beslut kan få för barnet. Barnet ska bemötas med respekt och hänsyn ska tas till att barnet är en individ med egna uppfattningar. Barnperspektivet innebär emellertid inte att barnets åsikter alltid måste följas, utan den som fattar beslutet utgår i slutändan från sina erfarenheter och kunskaper.<sup>61</sup>

Barnets bästa har genom implementeringen av Barnkonventionen slagits fast i ett flertal lagar, däribland föräldrabalken.<sup>62</sup> Principen stadgar att barnets bästa ska vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge och att avseende särskilt ska fästas vid risken för att barnet eller

---

<sup>56</sup> 6 kap. 5 § FB.

<sup>57</sup> 6 kap. 19 § FB.

<sup>58</sup> Schiratzki, 2008, s. 77.

<sup>59</sup> 6 kap. 20 § FB.

<sup>60</sup> Schiratzki, 2008, s. 77.

<sup>61</sup> Prop. 2005/06:99, s. 38 f. och art. 3 och 12 Barnkonventionen.

<sup>62</sup> Schiratzki, 2010, s. 30.

någon annan familjemedlem utsätts för övergrepp eller att barnet olovligen förs bort, hålls kvar eller annars far illa. Avseende ska också särskilt fästas vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna och hänsyn ska tas till barnets vilja beaktat barnets ålder och mognad.<sup>63</sup>

Lagstiftaren har genom att nämna omständigheterna i lagtexten uppmärksammat att de inte får glömmas bort vid en bedömning. Eftersom barnets bästa är beroende av de individuella omständigheterna behöver de dock inte betyda mer än andra i det enskilda fallet.<sup>64</sup>

Utöver dessa omständigheter saknas en tydlig definition av vad som avses med barnets bästa. Vad som är bäst för barnet bestäms istället utifrån en individuell bedömning där allt som rör barnets välbefinnande och utveckling ska tas hänsyn till i kombination med kortsiktiga och långsiktiga effekter för barnet. Denna bedömning bygger på att barnet får komma till tals i kombination med erfarenhet och kunskap. Enligt svensk rätt har ett barn vissa grundläggande rättigheter som kan ge ytterligare ledning i undersökningen av vad som är barnets bästa.<sup>65</sup> Ett barn har rätt till omvårdnad, trygghet och god fostran. Barnet ska behandlas med aktning för sin person och egenart och får inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling.<sup>66</sup>

Vid tolkningen av barnets bästa utgår domstolen vidare från presumtioner om vad som är bra för barn. Presumptionerna som har sin grund i tolkningar av barnets bästa tagna från förarbeten, lagtext och domar har emellertid utsatts för kritik. Användningen av presumtioner har ansetts innebära att vissa aspekter av barnets bästa får företräde framför andra vilket får till följd att tillämpningen påminner om en rätt och fel bedömning.<sup>67</sup>

## **2.4.2 Nära och god kontakt med båda föräldrarna**

### **2.4.2.1 Allmänt**

Vid bedömningen av barnets bästa ska domstolen fästa särskilt avseende vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.<sup>68</sup> Att båda föräldrarna har betydelse för barnets välbefinnande och utveckling understryks därmed.<sup>69</sup> Eftersom föräldrarna står barnet olika nära och fyller skilda behov under olika perioder i barnets utveckling kan barnets utveckling försämrans vid en otillräcklig kontakt med en av föräldrarna.<sup>70</sup> En nära och god kontakt med båda föräldrarna är därför i de flesta fall till

---

<sup>63</sup> 6 kap. 2a § FB.

<sup>64</sup> SOU 2005:43, s. 106.

<sup>65</sup> Prop. 2005/06:99, s. 40

<sup>66</sup> 6 kap. 1 § FB.

<sup>67</sup> Schratzki, 2010, s. 36 f.

<sup>68</sup> 6 kap. 2a § FB.

<sup>69</sup> Prop. 2005/06:99, s. 42.

<sup>70</sup> Prop. 1992/93:139, s. 25.

barnets bästa, denna rätt medför emellertid inte att barnet under alla förhållanden måste leva med en förälder.<sup>71</sup>

### 2.4.2.2 Gemensam vårdnad

Den svenska familjerätten har sedan 1970-talet präglats av en strävan mot att föräldrarna ska ta ett gemensamt ansvar för sina barn och själva lösa frågor om vårdnad, boende och umgänge. Den gemensamma vårdnaden har varit grundläggande i denna utveckling.<sup>72</sup> Vårdnadsformen har ökat barnets möjligheter att få tillgång till båda sina föräldrar och det gemensamma ansvaret har ansetts leda till goda förhållanden mellan barnet och båda föräldrarna, vilket också var syftet.<sup>73</sup> Den gemensamma vårdnad har vidare framhållits som positiv genom att den förmedlar en känsla av att få vara med och ta ansvar, vara en del i barnets liv och ha en tätare och mer otvungen kontakt med barnet. En gemensam vårdnad har också ansetts underlätta för en förälder att acceptera att den andra får ta hand om den dagliga vårdnaden.<sup>74</sup>

Mot bakgrund av att en förälders begäran om att få ensam vårdnad inte behöver betyda att en upplösning av vårdnaden är bäst för barnet och den omständigheten att en förälder motsätter sig gemensam vårdnad inte heller behöver innebära att gemensam vårdnad är dåligt för barnet utvidgades domstolens möjligheter att besluta om gemensam vårdnad i samband med 1998 års vårdnadsreform.<sup>75</sup> Domstolen har nu en möjlighet att besluta om gemensam vårdnad även mot en förälders vilja under förutsättning att gemensam vårdnad är bäst för barnet.<sup>76</sup> En förutsättning för gemensam vårdnad är normalt sett att föräldrarna kan samarbeta någorlunda konfliktfritt, vilket innebär att de ska kunna hantera meningsskiljaktigheter utan att involvera barnet. Eftersom vårdnadsformen inte får användas som en lösning för att få föräldrarna att samarbeta kan emellertid gemensam vårdnad vara oförenligt med barnets bästa även om föräldrarnas konflikt inte är så svår och djup att det är omöjligt för dem att samarbeta.<sup>77</sup>

Det har ibland påståtts att det föreligger en presumtion för gemensam vårdnad. Av den undersökning som företogs i samband med 2006 års lagändring framkom att domstolarna i stor utsträckning beslutar om gemensam vårdnad mot en förälders vilja.<sup>78</sup> Det går emellertid inte att blint förlita sig på gemensam vårdnad som vårdnadsform och därför utesluta möjligheterna till ensam vårdnad. I samtliga fall då det är bäst för barnet bör målet vara att föräldrarna har gemensam vårdnad, emellertid får inte gemensam vårdnad mot en förälders vilja utdömas schablonmässigt utan en prövning måste göras av de skäl som den förälder som motsätter sig

---

<sup>71</sup> Prop. 2005/06:99, s. 42.

<sup>72</sup> SOU 2005:43, s. 26.

<sup>73</sup> Prop. 2005/06:99, s. 50.

<sup>74</sup> Prop. 1990/91:8, s. 32.

<sup>75</sup> Prop. 1997/98:7, s. 52.

<sup>76</sup> 6 kap. 5 § FB.

<sup>77</sup> Prop. 2005/06:99, s. 51.

<sup>78</sup> Prop. 2005/06:99, s. 49.

gemensam vårdnad har. När det föreligger omständigheter som talar mot gemensam vårdnad är det oftast bäst för barnet att vårdnaden anförtros åt en av föräldrarna. Sådana omständigheter kan t.ex. utgöras av att en förälder är olämplig som vårdnadshavare på grund av att han eller hon utsätter barnet för våld eller att det finns en svår och djup konflikt mellan föräldrarna som omöjliggör samarbete i frågor som rör barnet.<sup>79</sup>

De rädslor som har funnits angående gemensam vårdnad är: risken för att gemensam vårdnad används för att nå rättvisa mellan föräldrarna, att det är en svår och krävande vårdnadsform samt att det inte är bra att föräldrar med olösta konflikter ger sig in i en vårdnadsform som kräver samförståndslösningar.<sup>80</sup> Kritik har vidare anförts mot att den gemensamma vårdnaden inte utgör en garanti för att båda föräldrarna tar ansvar för barnet. Den gemensamma vårdnaden säkerställer endast rätten för föräldrarna att vara delaktiga i beslut som rör barnet. Utformningen av boendet och umgänget har därför av kritiker ansetts vara av större vikt än gemensam vårdnad eftersom möjligheten att spendera tid med barnet påverkar relationen.<sup>81</sup>

### 2.4.2.3 Umgänge

Ett barn har rätt till umgänge med den förälder som barnet inte bor tillsammans med. Ansvaret för att tillgodose barnets behov av umgänge ligger på föräldrarna och umgänget utövas genom att föräldern och barnet träffas eller har annan kontakt.<sup>82</sup> Med annan kontakt avses att umgänget kan ske via telefon eller brev när vanligt umgänge inte kan komma till stånd, t.ex. när föräldern bor långt bort från barnet.<sup>83</sup> Beslut om umgänge tas av domstolen på talan av en förälder som vill umgås med sitt barn eller av socialnämnden. Möjlighet finns också för föräldrarna att avtala om umgänget, vilket är giltigt om det godkänts av socialnämnden.<sup>84</sup>

Avgörande för alla beslut om umgänge är barnets bästa.<sup>85</sup> Andra omständigheter som, enligt förarbetena, jämväl bör beaktas är barnets anknytning till den förälder som inte är vårdnadshavare och barnets inställning, ålder och mognad. En annan viktig omständighet som domstolen beaktar är föräldrarnas förhållande till varandra, eftersom barnet kan ta skada av ett umgänge som skapar konflikter mellan föräldrarna. Domstolen måste i ett sådant fall väga barnets behov av trygga uppväxtförhållanden mot behovet av umgänge med den förälder som barnet inte bor med.<sup>86</sup>

---

<sup>79</sup> Prop. 1997/98:7, s. 51 f.

<sup>80</sup> Prop. 1981/82:168, s. 27 f.

<sup>81</sup> Ryrstedt, SvJT 2009, s. 1013 f.

<sup>82</sup> 6 kap. 15 § FB.

<sup>83</sup> Prop. 2005/06:99, s. 55.

<sup>84</sup> 6 kap. 15 a § FB.

<sup>85</sup> 6 kap. 2a § FB.

<sup>86</sup> Prop. 1981/82:168, s. 75.

Eftersom att utgångspunkten är att umgänge är till barnets bästa saknar föräldrarna en rätt till umgänge med barnet.<sup>87</sup> Det finns inte heller någon plikt för barnet att umgås med en förälder; att ha kontakt med och umgås med båda föräldrarna anses dock normalt vara till barnets fördel.<sup>88</sup> Till följd av att barnets bästa är utgångspunkt för domstolens bedömning och samtliga omständigheter i det enskilda fallet ska beaktas, kan en riskbedömning i somliga fall leda till att ett umgänge är till nackdel för barnet. Om barnet t.ex. riskerar att fara illa kan prövningen leda till att umgänget bör begränsas eller att det bör ske under särskilda former eller i närvaro av en kontaktperson.<sup>89</sup>

Umgängessabotage är ett starkt argument för en överföring av vårdnaden till den andra föräldern. Trots att boföräldern inte medverkat till umgänget kan bedömningen av barnets bästa emellertid leda till att det är bäst för barnet att förhållandena består.<sup>90</sup>

### 2.4.3 Riskbedömning

Till barnets grundläggande rättigheter hör att barnet inte får utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling, utan ska behandlas med aktning för sin person och egenart.<sup>91</sup> Vid bedömningen av barnets bästa ska domstolen fästa särskilt avseende vid risken för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp eller att barnet annars far illa.<sup>92</sup> Situationer då barnet riskerar att fara illa kan vara t.ex. när barnet utsätts för kränkningar, sexuella övergrepp, våld eller försummelse.<sup>93</sup> Att tvingas se eller höra våld i hemmet innebär också en risk för barnets psykiska hälsa eftersom reaktionerna kan bli lika allvarliga som när barnet själv varit utsatt för det direkta övergreppet. Detta till följd av att barnet får skuld känslor för sin oförmåga att ingripa och oroar sig för att drabbas av liknande övergrepp.<sup>94</sup> Nedan följer situationer som exemplifierar när barnet far eller riskerar att fara illa. Situationerna utgörs av att barnet utsätts för kränkningar, fysiskt eller psykiskt våld, sexuella övergrepp eller försummelse.

- Med fysiskt våld avses att barnet orsakas kroppsskada, smärta eller blir försatt i vanmakt eller liknande tillstånd. Det fysiska våldet omfattar också varje form av kroppslig bestraffning.
- Till psykiskt våld räknas att barnet utsätts för nedbrytande behandling, nedvärderande omdömen eller känslomässigt lidande under en lång tid, t.ex. att barnet fostras till asocialt beteende eller tvingas bevittna våld i närmiljön.

---

<sup>87</sup> Prop. 1997/98:7, s. 61.

<sup>88</sup> Prop. 1997/98:7, s. 114 f.

<sup>89</sup> Prop. 2005/06:99, s. 42 f.

<sup>90</sup> Schiratzki, 2008, s. 93.

<sup>91</sup> 6 kap. 1 § FB.

<sup>92</sup> 6 kap. 2a § FB.

<sup>93</sup> Prop. 2002/03:53, s. 48.

<sup>94</sup> Prop. 2005/06:99, s. 42.

- Sexuella övergrepp omfattar alla former av sexuella handlingar som barnet tvingas till.
- Kränkning avser att en person genom ord eller handling angriper barnets personlighet och behandlar barnet nedlåtande och därigenom äventyrar barnets psykiska hälsa.
- Fysisk försummelse innebär att barnets utveckling och fysiska hälsa riskeras genom att barnets vårdnadshavare inte ger barnet god fysisk omsorg, t.ex. hygien och kläder.
- Den psykiska försummelsen karaktäriseras av att barnets behov av uppmärksamhet, fostran etc. inte tillgodoses och att den psykiska hälsan därigenom skadas eller riskeras.<sup>95</sup>

Att påståenden om övergrepp är vanligt förekommande i vårdnads mål framgår av den utredning som vårdnadskommittén gjorde av hur domstolarna dömer i mål om vårdnad, boende och umgänge vid påståenden om familjevåld, i samband med 2006 års lagändring. Utredningen uppmärksammade att svensk domstol, även vid uppgifter om övergrepp, använde möjligheten att döma till gemensam vårdnad mot en förälders vilja i stor utsträckning och tonade ned betydelsen av föräldrarnas övergrepp. Att en nära och god kontakt med båda föräldrarna i de flesta fall är till barnets bästa får inte medföra att barnet under alla förhållanden måste leva eller umgås med en förälder. Barnet har en absolut rätt att inte utsättas för övergrepp, våld eller annan kränkande behandling. En riskbedömning måste därför alltid göras när uppgifter om våld förs fram i ett vårdnads mål, om domstolen bedömer att det finns en risk att barnet kan fara illa är det ett tungt vägande skäl mot gemensam vårdnad.<sup>96</sup>

Riskbedömningen grundas på vad som är utrett om tidigare händelser. Av betydelse för bedömningen är hot om övergrepp, tidigare övergrepp och missbruksproblem. Psykisk sjukdom och allmän attityd till våld är också av betydelse. Skäl att utgå från att barnet kan fara illa finns ofta om övergreppen varit allvarliga, riktats mot flera personer eller skett systematiskt. Om föräldern har ett behov av att utöva makt och kontroll över sitt offer innebär det också allmänt sett en större risk för att barnet kan komma att fara illa. Risken för att barnet far illa kan emellertid anses vara mindre om en förälder gjort sig skyldig till en enstaka handling mot den andra föräldern. När i tiden som våldet eller kränkningarna ägt rum är vidare av betydelse för riskbedömningen eftersom risken för att barnet far illa kan vara större om övergreppen nyligen ägt rum till skillnad från om de ligger långt tillbaka i tiden. Det kan dessutom tas i beaktande om en förälder genomgått behandling för att undvika att beteendet upprepas. Vidare måste hänsyn tas till barnets egen inställning.<sup>97</sup>

För att få påverkan på domstolens beslut behöver det inte vara ställt utom allt rimligt tvivel att förhållanden kommer att inträffa som kan leda till att

---

<sup>95</sup> Prop. 2002/03:53, s. 47-49.

<sup>96</sup> Prop. 2005/06:99, s. 41 f.

<sup>97</sup> Prop. 2005/06:99, s. 42 f.

barnet far illa.<sup>98</sup> Beviskraven är inte lika höga som i brottmål vilket bl.a. innebär att ett påstående om övergrepp ska beaktas trots att förundersökningen har lagts ned.<sup>99</sup> Det är tillräckligt att det gjorts mer sannolikt att övergrepp eller kränkningar förekommit än att det inte skett. För att domstolen ska beakta ett påstående om att övergrepp eller kränkningar funnits räcker det att det finns konkreta omständigheter som talar för det. Emellertid krävs i de flesta fall någon form av stödbevisning i form av polisanmälningar, domar eller väckta åtal. Stödbevisning i form av utdrag ur sjukjournaler eller vittnesförhör fungerar också.<sup>100</sup>

## 2.4.4 Barnets vilja

Att utreda om barnet har synpunkter på vårdnadsfrågan är en uppgift som ligger på domstolen.<sup>101</sup> Vid bedömningen av barnets bästa ska domstolen ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.<sup>102</sup>

Innan domstolen får ta beslut i vårdnadsfrågan ska socialnämnden ges tillfälle att lämna upplysningar. Eftersom utredningsansvaret ligger på domstolen får denna vidare uppdra åt socialnämnden eller annat organ att verkställa ytterligare utredning. Om det inte är olämpligt ska den som gör utredningen försöka klargöra barnets inställning och redovisa den för domstolen.<sup>103</sup> Eftersom barn har olika mognadsgrad har det inte ansetts lämpligt att lagstifta om en viss ålder för när barnet bör tillfrågas i utredningen, utan en bedömning av vilken betydelse barnets inställning ska tillmätas och om det är olämpligt att tala med barnet måste göras i varje enskilt fall.<sup>104</sup> Då barnets inställning är känd genom annan utredning eller när barnet är särskilt känsligt utgör fall då det kan anses olämpligt att tala med barnet.<sup>105</sup> Enligt en uppföljning som Socialstyrelsen gjort av hur 2006 års vårdnadsreform slagit igenom i socialtjänsten arbete framgår att många vårdnadsutredningar domineras av föräldrarnas situation och deras samarbetsförmåga.<sup>106</sup>

Domstolen har, om det behövs, möjlighet att fatta ett interimistiskt beslut i vårdnads mål, vilket gäller till dess frågan avgjorts genom lagakraftvunnen dom eller beslut eller föräldrarna träffat ett av socialnämnden godkänt avtal.<sup>107</sup> Det interimistiska beslutet ska fattas utifrån samma bedömningsgrunder som den slutliga prövningen, vilket innebär att hänsyn ska tas till barnets vilja och att barnets bästa är avgörande.<sup>108</sup> Innan beslutet fattas kan domstolen emellertid inhämta upplysningar från socialnämnden

---

<sup>98</sup> Prop. 1992/93:139, s. 37.

<sup>99</sup> Prop. 2005/06:99, s. 42.

<sup>100</sup> SOU 2005:43, s. 201.

<sup>101</sup> Prop. 1994/95:224, s. 16.

<sup>102</sup> 6 kap. 2a § FB.

<sup>103</sup> 6 kap. 19 § FB.

<sup>104</sup> Prop. 2005/06:99, s. 46.

<sup>105</sup> Prop. 1994/95:224, s. 54.

<sup>106</sup> Socialstyrelsen, 2011, s. 21.

<sup>107</sup> 6 kap. 20 § FB.

<sup>108</sup> Prop. 2005/06:99 s. 47.

som, om det inte är olämpligt, ska höra barnet innan upplysningarna lämnas till rätten.<sup>109</sup> Ibland måste dock beslutet tas även utan att en fullständig utredning har gjorts och på grund av detta finns inte något krav på ett klagörande av barnets inställning. Det kan t.ex. vara olämpligt att ha ett samtal med barnet om barnets inställning nyligen utretts, om ett beslut måste tas snabbt eller om barnet är särskilt känsligt. Orsaken till att barnet inte hörs bör emellertid redovisas för domstolen.<sup>110</sup>

Om det är uppenbart att barnet inte tar skada kan barnet vid särskilda skäl få höras inför rätten.<sup>111</sup> En sådan situation kan uppkomma när barnet uttryckt en bestämd uppfattning i vårdnadsfrågan under vårdnadstvistutredningen men inte begärt att få höras inför domstolen. I slutändan är det emellertid upp till domstolen att i det enskilda fallet avgöra om det är lämpligt att höra barnet. Vid bedömningen av om barnet ska höras är barnets ålder och mognad av stor vikt, barn som är yngre än 12 år anses sällan ha uppnått en sådan mognad att de bör höras. Domstolen fäster därför större avseende vid de äldre barnens inställning än vid de yngres, vilka inte anses kunna ha en uttalad uppfattning. Eftersom domstolen tillämpar regeln om förhör med barn ytterst återhållsamt, används den främst när tonåringar begär att få höras inför rätten. Vad barnet sagt inför en vårdnadsutredare kan många gånger ge en tillräckligt god bild av barnets inställning.<sup>112</sup>

## 2.5 Styrkor och svagheter

Den stora fördelen med att ha en lagstiftning som utgår från presumtioner om vad som anses vara bra för barn istället för en checklista är möjligheten för domstolen att se till omständigheterna i det enskilda fallet. Barnets bästa avgörs utifrån en bedömning som har sin grund i de individuella förhållandena och som bygger på kunskap och erfarenhet i kombination med att barnet kommer till tals. Hänsyn ska tas till allt som rör barnets utveckling och välbefinnande och långsiktiga och kortsiktiga effekter för barnet ska så långt som möjligt beaktas. Det har inte ansetts möjligt att närmare ange vad som är barnets bästa utan att riskera att denna flexibilitet går förlorad.<sup>113</sup> Eftersom barnets bästa inte är ett statistiskt begrepp utan något som ändras med samhällsutvecklingen och tiden, ger regelsystemet myndigheterna möjlighet att beakta de individuella förhållandena och välja den lösning som är bäst lämpad i det enskilda fallet.<sup>114</sup> Kritik har emellertid framställts mot att flexibiliteten har lett till att utrymmet för skönsmässig bedömning är för stort och att det bör begränsas till följd av rättssäkerhetsskäl. Kraven på förutsägbarhet och likhet inför lagen har inte ansetts gå ihop med de långtgående skönsmässiga bedömningarna.<sup>115</sup>

---

<sup>109</sup> Se 6 kap. 20 § FB.

<sup>110</sup> Prop. 2005/06:99, s. 47.

<sup>111</sup> 6 kap. 19 § FB.

<sup>112</sup> Prop. 1994/95:224 s. 17 och 53.

<sup>113</sup> Prop. 2005/06:99, s. 40.

<sup>114</sup> Walin och Vängby, 2012, kommentaren till 6 kap. 2 a § FB.

<sup>115</sup> Schiratzki, 1997, s. 331.



Att barnets bästa är avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge framgår av lagstiftningen, men någon tydlig definition av vad som avses med barnets bästa finns inte.<sup>116</sup> Eftersom barnets bästa inte får användas slentrianmässigt har det i förarbetena ansetts lämpligt att domstolen tydligt redovisar hur man har resonerat i det enskilda fallet. Ett resonemang bör föras om barnets inställning, relation till föräldrarna och föräldrarnas lämplighet som vårdnadshavare. Resonemang kan också föras om risken för att barnet far illa, föräldrarnas samarbetsförmåga och möjligheterna att bäst tillgodose barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.<sup>117</sup> I doktrinen har avsaknaden av en definition uppmärksamats och kritik har framförts mot att domstolen sällan redovisar hur bedömningen av barnets bästa går till.<sup>118</sup> Barnombudsmannen har kritiserat domstolarnas domskäl som för bristfälliga. Av förarbetena framgår att barnets bästa ska avgöras i varje enskilt fall och att domskälen ska innehålla en analys av konsekvenserna för barnet i det enskilda fallet, något som Barnombudsmannen menar saknas i stor utsträckning. Barnombudsmannen kritiserar också domstolarna för att sakna tillräcklig kunskap för att kunna fatta ett välavvägt beslut vilket medför att barnets bästa inte alltid är avgörande för domstolens beslut.<sup>119</sup>

Det har också framförts önskemål om upprättande av ett särskilt barnprotokoll som bilaga till domstolarnas beslut för att säkerställa att principen om barnets bästa står i fokus i målet. Barnprotokollet skulle utformas som en checklista där domaren går igenom barnets bästa i punktform för att säkerställa att det är barnets bästa som legat till grund för domstolens ställningstagande. Checklistan skulle t.ex. behandla om en läkarundersökning gjorts, om personer i barnets närhet har hörts eller om en riskbedömning gjorts. Till följd av checklistan skulle domstolen vara tvungen att redovisa varje ställningstagande och även motivera varför vissa punkter inte uppfyllts. Checklistan skulle fungera som en garanti för att barnets bästa säkerställts och som ett stöd för domstolens ledamöter. En sådan checklista skulle också ställa krav på att en riskbedömning gjorts och omöjliggöra beslut som enbart konstaterar att barnets bästa tillgodosetts.<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> Ryrstedt, JT 2005-2006, s. 346.

<sup>117</sup> Prop. 2005/06:99, s. 40

<sup>118</sup> Se Ryrstedt, SvJT 2009, s. 1034.

<sup>119</sup> Barnombudsmannen, 2005, s. 7 och 19.

<sup>120</sup> Motion 2009/20: C378, s. 8.

## 3 Australiensisk rätt

### 3.1 Kort om barnrättens utveckling

Tidigare gjordes en skillnad mellan barn som föddes inom respektive utom äktenskapet. Utomäktenskapliga förhållanden var straffbara och barn som föddes utom äktenskapet kallades ”bastards”(oäktingar) och ”illegitimate” (utomäktenskaplig) samt behandlades som en andra klassens medborgare. Ett utomäktenskapligt barn var enligt terminologin ”filius nullius” ingens barn och både modern och den förmodade fadern skulle straffas för att de skapat ett sådant barn. Eftersom ingen var lagligen ansvarig för att ta hand om barnet blev det församlingens ansvar. Församlingen kunde emellertid befrias från detta ansvar om faderskapet bekräftades och fadern kunde betala underhåll. Syftet med att straffa föräldrarna var därför att befria församlingen från ansvar.<sup>121</sup>

Oförmågan att ärva sina föräldrar var tidigare den enda lagliga skillnad som fanns mellan de utomäktenskapliga och inomäktenskapliga barnen. Situationen för de utomäktenskapliga barnen förvärrades emellertid under 1700 talet genom att de lagliga skillnaderna utökades till att omfatta även andra områden. Möjligheten för ett oäkta barn att legitimeras genom föräldrarnas äktenskap blev sedermera lag i Australien mellan 1898 och 1909. I mitten av 1970-talet avskaffades den legala skillnaden mellan utomäktenskapliga och inomäktenskapliga barn som en konsekvens av ändringar i samhällets inställning och politik. Western Australia valde att göra ändringar i vissa lagar och följde därmed inte samma mönster som övriga Australien men åstadkom i allt väsentligt samma resultat. Att alla barn ska ha samma status oavsett om deras föräldrar är gifta eller inte är numera väletablerat och framgår bl.a. av Victorian Status of Children Act 1974.<sup>122</sup>

### 3.2 Family Law Act

År 2008 skiljde sig 47209 personer i Australien, varav 43184 barn var iblandade.<sup>123</sup> Frågor om barn regleras av 1975 års ”Family Law Act” vilken är en nationell reglering som i princip gäller i hela Australien och som reformerades år 1995.<sup>124</sup> Syftet med bestämmelserna om barn är att säkerställa att barnets bästa uppnås genom att båda föräldrarna är engagerade i barnets liv och att barnet skyddas mot våld, skada och försummelse. Barnet ska också försäkras lämpligt föräldraskap för att på så sätt kunna uppnå sin fulla potential. Föräldrarna ska vidare fullfölja sina

---

<sup>121</sup> Monahan och Young, 2006, s. 182 f.

<sup>122</sup> Monahan och Young., 2006, s. 182-184.

<sup>123</sup> <http://www.aifs.gov.au/institute/info/charts/divorce/divorcechildren.html>, 2012-12-05.

<sup>124</sup> Ryrstedt, 2002, s. 59.

skyldigheter och sitt ansvar om barnets vård, omsorg och utveckling.<sup>125</sup> Till syftet med bestämmelserna finns fem principer vilka utgörs av att barnet har en rätt att känna och vårdas av båda föräldrarna oavsett om föräldrarna är gifta, separerade eller aldrig levt tillsammans och att barnet har en rätt att regelbundet kommunicera och spendera tid med båda föräldrarna och andra som är av betydelse för barnets vård, omsorg och utveckling. Föräldrarna ska vidare dela ansvar och skyldigheter rörande barnets vård, omsorg och utveckling samt komma överens om det framtida föräldraskapet om barnet. Barnet har också en rätt att ta del av sin kultur, vilket i fall av ett aboriginiskt barn eller ett barn från Torres Strait Island, innebär en rätt att upprätthålla en kontakt med kulturen och erhålla stöd, möjlighet och uppmuntran att utforska den. Principerna gäller inte om det strider mot barnets bästa och är inte nödvändigtvis av större vikt än andra principer.<sup>126</sup>

### 3.3 1995 års reform

Tidigare fanns en oro hos *Family Law Council* över att instituten *custody* (vårdnad) och *access* (umgänge) skapade en föreställning om att det fanns vinnare och förlorare i en vårdnadstvist. Bekymren gällde också domstolens benägenhet att besluta om umgänge som ett slags tröstpris för den förälder som förlorat vårdnadstvist, utan att detta nödvändigtvis var till barnets bästa. För att göra sig av med föreställningen om *custody* som en form av äganderätt för föräldrarna till sina barn ersatte parlamentet begreppen *custody* och *guardianship* (förmyndarskap) med samlingsbegreppet *parental responsibility*.<sup>127</sup> Med ändringarna ville *Family Law Council* uppmuntra samverkande föräldraskap och betona vikten av att barn har kontakt med båda sina föräldrar efter föräldrarnas separation.<sup>128</sup>

Syftet med ändringarna var alltså att fokus skulle fästas på att föräldrarna har skyldigheter i förhållande till sina barn istället för rättigheter. Det faktum att *Family Law Act* inte längre föreskriver att föräldrarna har förmyndarskap och vårdnad om sina barn medför emellertid inte att begreppen saknar betydelse. Eftersom många mål avgjorda innan år 1996 fortfarande är relevanta för lagstiftningen om barn, är en förståelse av begreppen nödvändig för att kunna förstå den nuvarande lagstiftningen.<sup>129</sup>

### 3.4 Innebörden av parental responsibility

*Parental responsibility*, närmast översatt till föräldraansvar<sup>130</sup>, definieras i *Family Law Act* som de lagstadgade befogenheter, skyldigheter och förpliktelser som föräldrar har i förhållande till sina barn.<sup>131</sup> Föräldraansvar

---

<sup>125</sup> FLA 1975, s. 60 B (1) (a-d).

<sup>126</sup> FLA 1975, s. 60 B (2) (a-e), (3) (a-b) (i-ii) och Dickey, s. 246.

<sup>127</sup> Monahan och Young, 2006, s. 207.

<sup>128</sup> *Patterns of Parenting after Separation AGPS*, 1992.

<sup>129</sup> Dickey, 2007, s. 241 f.

<sup>130</sup> Se Ryrstedt, 2002, s. 59.

<sup>131</sup> FLA 1975, s. 61 B.

är något som tillkommer båda föräldrarna om ett barn under 18 år, men som kan vara föremål för *court orders*.<sup>132</sup> Föräldraansvaret är inte heller beroende av om barnets föräldrar är gifta, separerade eller gifter om sig.<sup>133</sup>

Någon uttömmande lista över vilka specifika befogenheter och skyldigheter som omfattas av begreppet föräldraansvar finns inte i lagstiftningen. De viktigaste framgår emellertid och är att föräldrarna ansvarar för barnets underhåll och att rätten att ta beslut om barnets namn och utbildning, religiösa och kulturella uppväxt samt hälsa och boendeform vanligtvis omfattas.<sup>134</sup> Befogenheten att fatta beslut om frågor som rör den dagliga vården, utvecklingen och omsorgen om barnet faller också av naturen inom ramen för föräldraansvaret och avser främst frågor om barnets kost, fostran och klädsel samt personer som barnet umgås med. Mer vardagliga frågor som vilken tid barnet ska gå och lägga sig och vilka tv-program barnet får titta på omfattas också. De särskilda befogenheter och skyldigheter som faller inom ramen för föräldraansvaret är bortsett från ovanstående outtalade och beroende av gällande rätt på området.<sup>135</sup>

De befogenheter som föräldrar har i förhållande till barnet försvagas med tiden.<sup>136</sup> Befogenheterna minskar inte vid uppnåendet av en särskild ålder utan det viktiga är att barnet har tillräcklig mognad och förståelse för att kunna fatta beslut om frågor som rör hans eller hennes omsorg.<sup>137</sup>

Föräldraansvaret upphör vidare vid utfärdandet av en föräldraskapsorder, om föräldern avlider eller om barnet adopteras men också om barnet ingår äktenskap innan 18 års ålder.<sup>138</sup>

## 3.5 Parenting order

### 3.5.1 Allmänt

Family Law Act 1975 innehåller bestämmelser om två orders. Den mest förekommande är den som kallas för *parenting order* (föräldraskapsorder) och som utfärdas av domstolen i syfte att skydda barnet. En föräldraskapsorder kan i sin tur vara av olika typer.<sup>139</sup> Det har ibland påståtts att en föräldraskapsorder som behandlar var barnet ska bo ersätter det tidigare vårdnadsbegreppet. Eftersom ordern endast behandlar var barnet ska bo och inte påverkar den andra förälderns föräldraansvar är emellertid

---

<sup>132</sup> FLA 1975, 61 C(1) (3) och Monahan och Young, 2006, s. 214.

<sup>133</sup> FLA 1975, s. 61 C (2).

<sup>134</sup> Se FLA 1975, del 8, Div 7 ss. 66 B och C om Child Maintenance Orders och s. 4 (1) samt Dickey, 2007, s. 244.

<sup>135</sup> Dickey, 2007, s. 244.

<sup>136</sup> Dickey, 2007, s. 246 med hänvisning till Hewart v. Bryant [1970] 1 Q.B. 357 at 369, 372.

<sup>137</sup> Dickey, 2007, s. 247, med hänvisning till House of Lords i Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1986] A.C. 112.

<sup>138</sup> Dickey, 2007, s. 256 med hänvisning till FLA 1975 section 61 C (1), (3) och (D) (1).

<sup>139</sup> Dickey, 2007, s. 267 f.

boföräldrarnas befogenheter avsevärt mycket mindre under den nuvarande lagstiftningen.<sup>140</sup>

Ansökan om en föräldraskapsorder kan göras av barnets föräldrar, barnet självt eller av en far eller morförälder. Även en annan person som är bekymrad över barnets vård, omsorg och utveckling har möjlighet att ansöka.<sup>141</sup> Med vissa begränsningar får domstolen utfärda den order som den anser lämplig. Begränsningarna utgörs av att domstolen ska ta hänsyn till den lagstadgade presumtionen om att delat föräldraansvar är till barnets bästa och till om det finns en föräldraskapsplan. Föräldraskapsordern måste också vara lämplig och i överensstämmelse med bestämmelserna i Del sju, division sex, FLA vilka föreskriver att barnets bästa är den viktigaste omständigheten som domstolen ska ta hänsyn till vid utfärdandet av en föräldraskapsorder.<sup>142</sup>

En föräldraskapsorder är antingen en order som behandlar en eller flera frågor eller en order som ändrar en befintlig order.<sup>143</sup> Exempel på frågor som kan behandlas är hos vem barnet ska bo, fördelningen av föräldraansvaret och den tid barnet ska spendera med andra personer samt i vilken utsträckning föräldrar som delar föräldraansvaret ska rådgöra med varandra innan olika beslut tas som rör barnet. Underhåll till barnet, vilken kommunikation barnet ska ha med andra personer och åtgärder som ska vidtas innan en ansökan lämnas till domstol om ändring av föräldraskapsordern på grund av ändrade omständigheter kan också behandlas. Föräldraskapsordern kan vidare reglera en eventuell process, orderns användningsområde och övriga frågor som rör barnets omsorg, vård och utveckling.<sup>144</sup>

En föräldraskapsorder får inte utfärdas om inte parterna har deltagit i familjerådgivning för att diskutera den sak som målet rör. Trots att parterna inte har deltagit i familjerådgivning kan domstolen i vissa fall utfärda en order. Domstolen ska då anse att det inte är genomförbart att kräva att parterna deltar i familjerådgivning, att det finns ett angeläget behov av en föräldraskapsorder, eller att det finns andra särskilda omständigheter t.ex. familjevåld som gör det lämpligt att utfärda en order.<sup>145</sup>

### 3.5.2 Lika delat föräldraansvar

Domstolen ska vid utfärdande av en föräldraskapsorder tillämpa presumtionen att lika delat föräldraansvar är bäst för barnet.<sup>146</sup> Om föräldraordern föreskriver att barnets föräldrar ska ha delat föräldraansvar ska domstolen överväga om det är praktiskt genomförbart och om det är till

---

<sup>140</sup> Monahan och Young, 2006, s. 221.

<sup>141</sup> FLA 1975, s. 65 C.

<sup>142</sup> Dickey, 2007, s. 276 och FLA 1975, s. 65 D (1), s. 61 DA och s. 60 CA samt s. 65 AA.

<sup>143</sup> FLA 1975, s. 64 B (1) (a-b) och (2).

<sup>144</sup> FLA 1975, s. 64 B (2) (a-i).

<sup>145</sup> FLA 1975, s. 65 F (2) (a-c).

<sup>146</sup> FLA 1975, s. 61 DA (1) (a-b)

barnets bästa att barnet spenderar lika mycket tid med båda föräldrarna.<sup>147</sup> Domstolen kan då ta hänsyn till hur långt ifrån varandra föräldrarna bor, föräldrarnas förmåga att genomföra ett sådant arrangemang och deras möjligheter att kommunicera med varandra och lösa eventuella problem. Den inverkan på barnet ett sådant arrangemang kan tänkas ha och annat av relevans ska också beaktas.<sup>148</sup>

Domstolen förespråkar återhållsamhet vid utfärdande av en order som onödigt ingriper i föräldraansvaret. Ett ingripande i föräldraansvaret ska endast göras om domstolen anser att barnets omsorg klart kommer att främjas genom en sådan order.<sup>149</sup> Trots att domstolen förespråkar återhållsamhet finns det undantag till presumtionen om delat föräldraansvar. När det finns rimliga skäl att tro att en förälder eller en person som bor med föräldern har ägnat sig åt familjevåld eller behandlat barnet eller ett annat barn som är en medlem av förälderns eller den andra personens familj illa är inte presumtionen om delat föräldraansvar tillämplig.<sup>150</sup>

Den australiensiska rätten har vidare kritiserats för att inte se till barnets bästa till följd av att föräldrarna automatiskt får delat föräldraansvar om barnet. Eftersom föräldraansvar tillkommer båda föräldrarna oberoende av om de lever tillsammans kan problem uppstå när föräldrarna varken lever tillsammans eller levt tillsammans.<sup>151</sup>

### 3.5.3 Ändringar och upphörande

En föräldraskapsorder är inte definitiv; om den inte längre stämmer överens med barnets bästa är det möjligt för domstolen att utfärda en ny order.<sup>152</sup> Inga lagstadgade omständigheter måste heller föreligga för att domstolen ska kunna ändra en föräldraskapsorder. Normalt sett krävs emellertid ändrade omständigheter för en av parterna respektive barnet eller att omständigheter har framkommit som inte var kända när den ursprungliga föräldraskapsordern utfärdades.<sup>153</sup>

När barnet fyller 18 år, gifter sig eller ingår ett de facto förhållande upphör föräldraskapsorderns verkan automatiskt.<sup>154</sup> Den upphör också vid barnets dödsfall, en adoption och då föräldrarna har ingått en föräldraskapsplan med ett villkor som inte stämmer överens med föräldraskapsordern, om inte föräldraskapsordern föreskriver annat.<sup>155</sup>

---

<sup>147</sup> FLA 1975, s. 65 DAA (1).

<sup>148</sup> FLA 1975, s. 65 DAA (5), (a-e).

<sup>149</sup> Monahan och Young, 2006, s. 217 f.

<sup>150</sup> FLA 1975, s. 61 DA (2) (a-b).

<sup>151</sup> Se FLA 1975, s. 61 C (1) (2) och se 6 kap. 3 § FB samt Parkinson, 2012, s. 30.

<sup>152</sup> Dickey, 2007, s. 272 och FLA 1975, s. 65D (2).

<sup>153</sup> Dickey, 2007, s. 285.

<sup>154</sup> FLA 1975, s. 65 H (2).

<sup>155</sup> FLA 1975, ss. 65 J (2), 64 D (1) (2) och Dickey, 2007, s. 285.

## 3.6 Best interests of the child

### 3.6.1 Allmänt

Liksom den familjerättsliga lagstiftningen i många andra länder innehåller Family Law Act portalparagrafer om barnets bästa. En riktar sig till domstolen vid utfärdandet av olika orders och en annan till föräldrar som vill nå en överenskommelse om barnet. Family Law Act innehåller en lista över vad domstolen ska beakta.<sup>156</sup> Innan 1995 stadgade Family Law Act att barnets *welfare* (omsorg) var avgörande för domstolens beslut om att utfärda en föräldraskapsorder.<sup>157</sup> Numera stadgar Family Law Act att domstolen som grundläggande regel ska beakta barnets bästa som den viktigaste omständigheten vid utfärdandet av en föräldraskapsorder.<sup>158</sup> Principen är fortfarande densamma som innan 1995 trots att ordalydelsen är annorlunda. Skillnaden är att terminologin barnets bästa förefaller vara ett bredare begrepp.<sup>159</sup>

### 3.6.2 Innehållet i barnets bästa

Domstolens bedömning av vad som är till barnets bästa ska göras utifrån en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Till följd därav anses inga prejudikat existera.<sup>160</sup> Eftersom Australien är ett mångkulturellt samhälle går åsikterna om vad som ska läggas i begreppet isär. Domstolen utgår därför inte från en viss samhällsgrupps syn på vad som är barnets bästa utan ser till barnets bästa i största allmänhet. Eftersom domstolen inte anser att någon social grupp ska vara överlägsen eller ha företräde framför en annan försöker domstolen beakta fördelarna med de levnadssätt som samhällets olika etniska, kulturella och religiösa grupper har.<sup>161</sup>

När domstolen beaktar barnets bästa ska domstolen normalt se till vad som är bäst för barnet utifrån ett långsiktigt perspektiv. Detta kan ibland vara omöjligt att åstadkomma, t.ex. om föräldrarnas framtidsplaner är osäkra. I ett sådant fall kan det vara bättre att se till barnets bästa ur ett kortsiktigt perspektiv. Den kortsiktiga omsorgen om barnet kan också vara av särskild vikt när det handlar om barn som är sjuka och behöver omedelbar vård eller när det rör sig om små barn.<sup>162</sup>

### 3.6.3 Checklista

Family Law Act föreskriver 15 överväganden som domstolen ska ta hänsyn till vid bestämmandet av barnets bästa. Övervägandena är i sin tur indelade i

---

<sup>156</sup> Ryrstedt, 2002, s. 65.

<sup>157</sup> Dickey, 2007, s. 291.

<sup>158</sup> FLA 1975, ss. 60 CA och 65 AA.

<sup>159</sup> Dickey, 2007, s. 291.

<sup>160</sup> Monahan och Young, 2006, s. 232.

<sup>161</sup> Dickey, 2007, s. 293.

<sup>162</sup> Dickey, 2007, s. 294.

två kategorier, primära- och tilläggsöverväganden.<sup>163</sup> Den relevans som de olika övervägandena ska tillmätas är trots ordalydelsen beroende av omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>164</sup> De två primära övervägandena utgörs av att barnet ska kunna ha en meningsfull relation med båda föräldrarna och att barnet ska skyddas mot fysisk och psykisk skada genom försummelse, familjevåld eller missbruk.<sup>165</sup> Större vikt läggs vid att skydda barnet från skada än att barnet ska ha en meningsfull relation med båda föräldrarna.<sup>166</sup> De 13 ytterligare överväganden som domstolen ska ta hänsyn till följer nedan.

*(3) Ytterligare överväganden:*

*(a) Barnets uppfattning och andra faktorer (såsom barnets mognad eller förståelse) som domstolen tycker är relevant att beakta i samband med barnets uppfattning*

*(b) Vilken sorts relation barnet har med:*

*(i) Föräldrarna och*

*(ii) Andra personer (inklusive far- och morföräldrar eller andra släktingar till barnet)*

*(c) I vilken utsträckning barnets föräldrar har eller inte har haft möjlighet att:*

*(i) Delta i beslut om långsiktiga frågor rörande barnet och*

*(ii) Spendera tid med barnet och*

*(iii) Kommunicera med barnet*

*(ca) I vilken utsträckning varje förälder har fullgjort sin skyldighet att underhålla barnet*

*(d) Sannolik följd av att barnets omständigheter ändras, inklusive att barnet separeras från:*

*(i) Någon av föräldrarna eller*

*(ii) Något annat barn eller person (inklusive far- morförälder eller annan släkting till barnet) med vilken barnet har bott*

*(e) På vilken bekostnad och vilka svårigheter som finns med att barnet spenderar tid och kommunicerar med en förälder och huruvida svårigheten eller bekostnaden väsentligt kommer att påverka barnets rätt att regelbundet upprätthålla en relation och kontakt med båda föräldrarna*

*(f) Möjligheterna för:*

*(i) Varje förälder och*

*(ii) Annan person (inklusive far- och morförälder eller annan släkting till barnet) att sörja för barnets behov, inklusive känslomässiga och intellektuella behov.*

---

<sup>163</sup> FLA 1975, s. 60 CC (2) (3).

<sup>164</sup> Dickey, 2007, s. 297 f.

<sup>165</sup> FLA 1975, s. 60 CC (2) (a-b).

<sup>166</sup> Parkinson, 2012, s. 8.



*(g) Barnets och föräldrarnas mognad, kön, livsstil och bakgrund (inklusive kultur och tradition) och andra egenskaper hos barnet som domstolen tycker är relevanta*

*(h) Om barnet är av aboriginskt eller Torres Strait Island ursprung:*

*(i) Barnets rätt att åtnjuta sin aboriginska eller Torres Strait Island kultur (inklusive med andra som delar den) och*

*(ii) Den troliga påverkan en föreslagen föräldraskapsorder skulle ha på den rättigheten*

*(i) Den inställning till barnet, och till föräldraskapets skyldigheter som var och en av föräldrarna uppvisar*

*(j) Familjevåld som omfattar barnet eller en familjemedlem*

*(k) Om en family violence order gäller, eller har gällt, i förhållande till barnet eller en familjemedlem, relevanta slutsatser som kan dras från ordern, och som tar följande i beaktning:*

*(i) Av vilket slag ordern är*

*(ii) Under vilka omständigheter ordern togs*

*(iii) Bevis som erkänts i samband med rättegången*

*(iv) Dom i samband med utfärdande av ordern*

*(v) Annat av relevans*

*(l) Huruvida det skulle vara att föredra att utfärda den order som minst sannolikt skulle leda till fortsatta förhandlingar om barnet*

*(m) Andra omständigheter som domstolen anser vara relevanta.<sup>167</sup>*

### **3.6.4 Överväganden vid utfärdande av en parenting order**

#### **3.6.4.1 Allmänt**

Eftersom det i samband med utfärdandet av en föräldraskapsorder är domstolen som avgör vilken vikt omständigheterna i checklistan bör tillmätas och som avgör vad som är bäst för barnet med bakgrund i omständigheterna i det enskilda fallet, finns det några omständigheter som förekommer mer frekvent än andra.<sup>168</sup>

#### **3.6.4.2 Status quo**

Den första omständigheten är önskan om att bevara status quo, vilket innebär att barnet ska vara kvar hos den person som för närvarande tar hand om honom eller henne. Detta för att undvika avbrott i barnets redan etablerade hemförhållanden med allt vad det innebär för fortsatt kontakt

<sup>167</sup> Egen översättning av FLA 1975, s. 60 CC (3) (a-m).

<sup>168</sup> Dickey, 2007, s. 292 och 307-312.

med vänner, skolgång och rutiner i hemmet. Beroende på omständigheterna i det enskilda fallet varierar emellertid betydelsen av status quo, endast om hemsituationen är väletablerad blir bevarandet av status quo en viktig omständighet för domstolen att ta hänsyn till. Betydelsen är alltså inte lika stor om hemförhållandena endast funnits under en kort tid.<sup>169</sup> Andra faktorer som kan påverka bedömningen av vilken vikt som ska tillmätas status quo är vilken sorts relation som utvecklats mellan den vuxne och barnet och barnets ålder.<sup>170</sup>

### 3.6.4.3 Separation av syskon

Vanligtvis anses det vara till syskons bästa att de fortsätter att bo tillsammans efter föräldrarnas separation eftersom de då kan ge varandra stöd och stabilitet. Vissa domare har gått steget längre och tillämpar som presumtion att syskon ska bo tillsammans såvida det inte finns särskilda omständigheter som tyder på att en separation inte är till deras bästa. I den nuvarande familjelagstiftningen finns emellertid ingen sådan presumtion utan en bedömning av barnets bästa i det enskilda fallet är avgörande för huruvida syskon ska fortsätta bo tillsammans eller separeras. I en del fall är det till barnets bästa att separera syskon, t.ex. då syskonen inte har en nära relation till följd av att de har olika personligheter, ålder eller temperament. Det finns också andra skäl till varför en separation av syskon kan vara till barnets bästa. En förälder kan sakna möjlighet att ta hand om alla syskon och ett barn kan ha speciella behov som gör det nödvändigt att barnet bor åtskilt från sina syskon.<sup>171</sup>

### 3.6.4.4 Rollen som moder

Att barnets moder föredras i en tvist om vem barnet ska bo med finns det flera fall som tyder på, särskilt när det rör sig om ett litet barn. Till följd av att det i många familjer fortfarande är modern som har hand om den största delen av den dagliga vården om barnet och därmed har större erfarenhet som vårdare har hon en fördel gentemot fadern i mål om barnets boende.<sup>172</sup> Detta eftersom erfarenhet som vårdare av barnet har inverkan på den bedömning domstolen gör av barnets relation till föräldrarna och vilket resultat en separation från föräldern kan få men även på barnets egen uppfattning. Det är mot bakgrund av detta föga förvånande att barnet ofta placeras i moderns vård.<sup>173</sup>

*Family Court* har emellertid förkastat att det skulle finnas en presumtion till fördel för barnets moder i mål som rör barnets boende och menar att rollen som moder endast är en omständighet som ska beaktas om det är relevant.<sup>174</sup> Att moderns roll endast är en omständighet som ska beaktas och att det saknas en princip som föreskriver att barnets bästa är att tas om hand av

---

<sup>169</sup> Dickey, 2007, s. 312 f.

<sup>170</sup> Monahan och Young, 2006, s. 242.

<sup>171</sup> Dickey, 2007, s. 314 f.

<sup>172</sup> Dickey, 2007, s. 315.

<sup>173</sup> Monahan och Young, 2006, s. 238.

<sup>174</sup> Dickey, 2007, s. 316 med hänvisning till *In the Marriage of Raby* [1976] 27 F.L.R. 412.

modern har också bekräftats av *High Court* i andra fall. Att den vikt som ska tillmätas moderns roll inte ska förminska utan ges tillbörlig vikt i enlighet med omständigheterna i det enskilda fallet har vidare betonats.<sup>175</sup>

### 3.6.4.5 Rollen som biologisk förälder

Trots att tillämpningen av principen om barnets bästa kräver att parternas anspråk bedöms utifrån deras förutsättningar, fanns det tidigare en presumtion till fördel för barnets biologiska föräldrar.<sup>176</sup> Eftersom barnets bästa och omständigheterna i det enskilda fallet är avgörande är det numera fastslaget att det inte finns någon presumtion till fördel för en biologisk förälder i en tvist.<sup>177</sup>

### 3.6.4.6 Barnets uppfattning

Att barnets uppfattning är en viktig omständighet som domstolen ska ta hänsyn till vid bedömningen av barnets bästa har länge erkänts i australiensisk rätt. Den vikt som domstolen ska tillmäta barnets uppfattning är beroende av barnets ålder och mognad, men också vilken grund och varaktighet uppfattningen har. Att domstolen ska beakta barnets ålder innebär emellertid inte att ett ungt barns uppfattning diskvalificeras, oavsett hur ungt eller omoget barnet är ska domstolen ta hänsyn till barnets uppfattning och tillmäta den lämplig vikt i förhållande till omständigheterna. Trots att domstolen måste ta hänsyn till barnets uppfattning är domstolen inte bunden av den.<sup>178</sup> Domstolen måste dock redovisa sina skäl om avstånd tas från barnets uppfattning.<sup>179</sup>

Det finns flera tillvägagångssätt för att säkerställa att barnets uppfattning kommer till domstolens kännedom.<sup>180</sup> Den vanligaste metoden är att domstolen använder sig av en rapport.<sup>181</sup> En sådan lämnas till domstolen av en familjerådgivare och redogör för de omständigheter som är av relevans för rättegången.<sup>182</sup> I rapporten lämnar familjerådgivaren vidare sina rekommendationer om vad han eller hon anser vara bäst för barnet.<sup>183</sup> Ett annat sätt att säkerställa att barnets uppfattning kommer till domstolens kännedom är att barnet företräds av en jurist.<sup>184</sup> I komplicerade mål är det mycket vanligt att domstolen utser en jurist som representant för barnet, någon rättighet till representation finns emellertid inte.<sup>185</sup> Representanten

---

<sup>175</sup> Monahan och Young, 2006, s. 237, Dickey, 2007, s. 316 f. med hänvisning till Gronow v Gronow (1979) 144 CLR 513.

<sup>176</sup> Monahan och Young, 2006, s. 246.

<sup>177</sup> Dickey, 2007, s. 318 f. med hänvisning till Rice v. Miller (1993) 115 F.L.R. 22.

<sup>178</sup> Dickey, 2007, s. 319 f.

<sup>179</sup> Monahan och Young, 2006, s. 234 med hänvisning till Harrison and Woollard (1995) 18 Fam LR 788.

<sup>180</sup> Dickey, 2007, s. 321 och FLA 1975 ss. 60 CD (2) (a-c), 62 G (2) och 68 (L).

<sup>181</sup> Monahan och Young, 2006, s. 235.

<sup>182</sup> Dickey, 2007, s. 321 och FLA 1975 ss. 60 CD (2) (a-c) och 62 G (2) och 68 (L).

<sup>183</sup> Parkinson och Cashmore, 2008, s. 48-49.

<sup>184</sup> Dickey, 2007, s. 321 och FLA 1975 ss. 60 CD (2) (a-c) och 68 (L).

<sup>185</sup> Parkinson och Cashmore, 2008, s. 51.

ska handla i enlighet med sin egen uppfattning om vad som är till barnets bästa men också vara opartisk i sina kontakter med andra parter och försäkra att barnets uppfattning kommer till domstolens kännedom. Om en rapport som anknyter till barnet ska användas i förhandlingen ska representanten se till att de omständigheter som är av vikt för bestämmandet av barnets bästa kommer till domstolens kännedom. Representanten ska också underlätta att en överenskommelse nås i förhandlingen om det är till barnets bästa och försöka begränsa det trauma som en förhandling kan innebära för barnet.<sup>186</sup>

Det har länge varit en del av australiensisk lagstiftning att domaren kan inhämta information om barnets uppfattning genom att samtala med barnet i sitt tjänsterum. Uppfattningen om huruvida det är lämpligt att domaren pratar med barnet i sitt tjänsterum har emellertid varierat med tiden. Från att tidigare varit accepterat i alla common law länder ändrades synen till att det var bättre att experter pratade med barnet och tolkade dess uppfattning. Fördelarna med domarens möjlighet att prata med barnet i sitt tjänsterum är idag något som uppmärksammas i allt större utsträckning och trots att sådana samtal är mycket ovanliga används de lite oftare än tidigare.<sup>187</sup>

Domstolen kan också inhämta information om barnets uppfattning på andra sätt, t.ex. genom ett samtal med domaren i förhandlingssalen i närvaro av parterna och deras ombud eller genom ett vittnesmål om hörsägen av en part eller sakkunnig. Barnets uppfattning kan vidare inhämtas genom att barnet avlägger ett vittnesmål.<sup>188</sup> Att barn avlägger vittnesmål är emellertid ovanligt eftersom rätten så långt som möjligt vill skydda barnet från att dras in i föräldrarnas konflikt.<sup>189</sup>

### 3.6.4.7 Parternas beteende

Hur parterna beter sig eller tidigare har betett sig är något som domstolen endast beaktar i den utsträckning som det påverkar barnets bästa eftersom det annars skulle innebära avsteg från principen om att barnets bästa är den viktigaste omständigheten som domstolen ska beakta.<sup>190</sup> Med parternas beteende avses alkoholism, droganvändning eller promiskuitet men även en okonventionell livsstil och annat.<sup>191</sup>

Vid bestämmandet av barnets bästa är det grundläggande övervägandet för domstolen att skydda barnet från att utsättas för fysisk eller psykisk skada genom missbruk, familjevåld eller försummelse.<sup>192</sup> Att en part agerat våldsamt är exempel på ett beteende som kan få betydelse för bedömningen av barnets bästa eftersom det kan tyda på att parten har en benägenhet att ta till våld vilket i sin tur kan tyda på en möjlig fysisk eller psykisk fara för

---

<sup>186</sup> FLA 1975, ss. 68 LA (2) (a-b) och (5) (a-e).

<sup>187</sup> Parkinson och Cashmore, 2008, s. 58.

<sup>188</sup> Dickey, 2007, s. 322 och FLA 1975, s. 60 CD (2) (c).

<sup>189</sup> Parkinson och Cashmore, 2008, s. 59.

<sup>190</sup> Dickey, 2007, s. 323 och FLA 1975, s. 60 CA.

<sup>191</sup> Monahan och Young, 2006, s. 249.

<sup>192</sup> Dickey, 2007, s. 325 och FLA 1975, s. 60 CC (2) (b).

barnet.<sup>193</sup> Familjevåld definieras i Family Law Act som ett beteende av en person som är våldsamt eller hotfullt och tvingar, kontrollerar eller utsätter en familjemedlem för rädsla.<sup>194</sup> Våldsamma handlingar behöver alltså inte vara begränsade till att avse våld mot barnet personligen utan omfattar också handlingar mot familjemedlemmar och andra personer. En våldsam handling kan till och med omfatta våld mot föremål som en möbel, dörr eller vägg.<sup>195</sup> Exempel på familjevåld följer nedan.

- Medveten förstörelse eller skada av egendom
- Förföljelse
- Misshandel
- Sexuella övergrepp eller annat sexuellt beteende
- Upprepade hån
- Hindrandet av att en familjemedlem tar kontakt eller upprätthåller kontakt med sina vänner, familj och kultur
- Olovligt berövande av en persons frihet
- Att ett djur medvetet orsakar skada eller död
- Orimligt förneka en familjemedlem den ekonomiska självständighet som han eller hon annars skulle ha haft
- Oskäligt innehålla det ekonomiska stöd som en familjemedlem behöver för att klara sitt eller sina barns skäliga levnadskostnader när de är helt eller till övervägande del beroende av ekonomiskt stöd.<sup>196</sup>

Om en *family violence order* (familjevåldsorder) gäller barnet eller en förälder är den som är part i en rättegång som behandlar barnets bästa skyldig att informera domstolen om det.<sup>197</sup> Vid utfärdandet av föräldraskapsordern måste domstolen då så långt som möjligt försäkra sig om att den överensstämmer med familjevåldsordern och att den inte utsätter barnet eller föräldern för en risk för familjevåld. Domstolen har vidare en möjlighet att inkludera sådant skydd för barnet eller föräldern som den anser nödvändigt i ordern.<sup>198</sup>

### 3.6.5 Presumtioner

Eftersom domstolens bedömning av barnets bästa ska göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet är huvudregeln att presumtioner om vad som i allmänhet kan anses vara bra för barn ska undvikas.<sup>199</sup> Trots försiktigheten inför användandet av presumtioner finns sedan 2006 en

---

<sup>193</sup> Dickey, 2007, s. 325.

<sup>194</sup> FLA 1975, s. 4 AB (1).

<sup>195</sup> Dickey, 2007, s. 325.

<sup>196</sup> FLA 1975, s. 4 AB (2) (a-j).

<sup>197</sup> FLA 1975, s. 60 CF (1).

<sup>198</sup> FLA 1975, s. 60 CG (1) och (2).

<sup>199</sup> Dickey, 2007, s. 309 f. med hänvisning till *In the Marriage of McEneaney* [1980] F.L.C. 90-866 och se Monahan och Young, s. 232.

lagstadgad presumtion om lika delat föräldraansvar.<sup>200</sup> Det innebär att domstolen måste applicera en presumtion om att lika delat föräldraansvar om barnet är till barnets bästa vid utfärdandet av en föräldraskapsorder i förhållande till barnet.<sup>201</sup>

I övrigt finns det ingenting som tyder på att domstolen tillämpar presumtioner om att vissa personliga egenskaper är diskvalificerande för en person som vill ha omsorgen om barnet. Ovanliga egenskaper är endast omständigheter som domstolen ska beakta. I ett enskilt fall kan emellertid vissa omständigheter avseende en part, t.ex. en historia av alkoholism eller våld i hemmet, leda till att domstolen inte anser att det är till barnets bästa att han eller hon beviljas ansvar om barnets vård, omsorg och utveckling.<sup>202</sup>

### 3.7 Styrkor och svagheter

Barnets bästa är ett begrepp som har haft en stor genomslagskraft och har en framträdande roll i många länders regleringar. Vad som avses med barnets bästa är inte självklart i varje fall eftersom begreppet inte alltid är definierat. I Australien följer emellertid innebörden av begreppet av en checklista som anger samhällets syn på vad som är barnets bästa. En av fördelarna med en lagstiftning som uppställer specifika krav på vilka omständigheter domstolen ska ta hänsyn till har ansetts vara att det leder till ett aktivt förhållningssätt till barnets bästa vilket sätter fokus på barns livsvillkor och på hur bedömningarna går till. Genom en checklista undviks också att barnets bästa blir beroende av vad domstolen i den individuella situationen lägger in i begreppet.<sup>203</sup> Lagstiftningen underlättar vidare för domstolen vid beslutsfattandet och säkerställer att barnets bästa är avgörande för beslutet.<sup>204</sup>

Regleringen av barnets bästa har utsatts för en del kritik angående rättvisa och obestämbarhet.<sup>205</sup> Lagstiftningen har kritiserats för att sakna objektivitet eftersom det i slutändan är domarens personliga uppfattning om vad som är bäst för barnet mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet som är avgörande. Barnets bästa har därför ansetts bestå av värderingar och inte fakta eftersom samma bevismaterial kan åstadkomma motsatta slutsatser av olika domare.<sup>206</sup> Regleringen har vidare kritiserats för att de kriterier som återfinns i checklistan kräver att domstolen avgör vilken vikt de ska tillmätas och om de över huvud taget anknyter till fallet.<sup>207</sup> Det har till följd

---

<sup>200</sup> Dickey, 2007, s. 310.

<sup>201</sup> FLA 1975, s. 61 DA (1), (2) (a-b) och (4) och se vidare avsnitt 3.5.2.

<sup>202</sup> Dickey, 2007, s. 310 f.

<sup>203</sup> Ryrstedt, JT 2005-2006, s. 346.

<sup>204</sup> <http://www.alrc.gov.au/publications/16-childrens-involvement-family-law-proceedings/best-interests-principle>, 2012-12-05.

<sup>205</sup> Monahan och Young, 2006, s. 225.

<sup>206</sup> Dickey, 2007, s. 292 med hänvisning till C.D.J. v. V.A.J. (1998) 197 C.L.R. 172, 214, 219, 231.

<sup>207</sup> Crowe och Toohey, Melbourne University Law Review 2009, s. 393 f.

därför påstås att det i praktiken saknas regler om vad som är barnets bästa.<sup>208</sup>

Ett alternativt tillvägagångssätt som kallas för ”det minst skadliga alternativet” har förespråkats av författarna Goldstein, Freud och Solnit i *Beyond the Best Interests of the Child*. Tillvägagångssättet borde enligt deras mening ersätta barnets bästa som standard och innebär att domstolens bedömning ska ske utifrån det alternativ som är minst skadligt för barnet. Genom tillvägagångssättet vill författarna att fokus ska fästas på bristerna i de befintliga alternativen. Ståndpunkten har emellertid kritiserats för att blunda för att domstolarna redan har efterforskat bästa uppnåeliga lösning och för att vara överdrivet akademisk.<sup>209</sup>

---

<sup>208</sup> <http://www.alrc.gov.au/publications/16-childrens-involvement-family-law-proceedings/best-interests-principle>, 2012-12-05.

<sup>209</sup> Dickey, 2007, s. 226.

# 4 Analys

## 4.1 Inledning

Nedan följer en analys av det material som presenterats i de föregående avsnitten vilken avser att besvara de frågor som redogjorts för i första avsnittet.<sup>210</sup> Utifrån det presenterade materialet avser jag att ge en sammanfattande överblick av hur barnets bästa regleras i svensk och australiensisk rätt, dra slutsatser och diskutera vilka styrkor och svagheter som lagstiftningarna kan tänkas brottas med samt diskutera vilken lärdom länderna kan dra av varandras erfarenheter. Analysen strävar inte på något sätt efter att vara revolutionerande.

Både Sverige och Australien har ratificerat FN:s barnkonvention varigenom länderna har förpliktat sig att respektera och främja barns rättigheter.<sup>211</sup> Barnkonventionen har varit banbrytande för den internationella barnrätten genom att en gemensam standard slagits fast av världssamfundet när det gäller barns rättigheter. Genom konventionen lanserades också begreppet barnets bästa som återfinns i både den svenska och australiensiska lagstiftningen.<sup>212</sup> Trots att samma begrepp används i såväl svensk som australiensisk rätt ser utformningen av lagstiftningarna jämväl olika ut.

## 4.2 Svensk rätts reglering av barnets bästa

### 4.2.1 Avsaknad av en definition

Principen om barnets bästa återfinns i föräldrabalkens sjätte kapitel och stadgar att barnets bästa ska vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. Risker för att barnet eller någon annan familjemedlem utsätts för övergrepp eller att barnet olovligt förs bort, hålls kvar eller annars far illa och barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna är omständigheter som domstolen vid bedömningen av barnets bästa ska fästa särskilt avseende vid. Hänsyn ska också tas till barnets vilja beaktat barnets ålder och mognad.<sup>213</sup>

Utöver omständigheterna i 6 kap. 2 a § FB har svensk rätt valt att avstå från att tydliggöra innehållet i begreppet barnets bästa. Svensk rätt har istället valt att förlita sig på domstolens skönsmässiga bedömningar där barnets

---

<sup>210</sup> Se avsnitt 1.2.

<sup>211</sup> Prop. 1989/90:107, s. 27 och

[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en), 2012-10-05

<sup>212</sup> Prop. 1989/90:107, s. 19 och art. 3 Barnkonventionen.

<sup>213</sup> 6 kap. 2a § FB.



bästa avgörs utifrån en bedömning av de individuella förhållandena och stöd plockas från presumtioner tagna från lagstiftning och förarbeten.<sup>214</sup>

Svårigheterna att definiera barnets bästa förklaras, enligt min mening, av att varje situation är unik och att det därför inte går att fastställa vad som är barnets bästa. Att avgöra vad som är barnets bästa verkar således vara en mycket svår uppgift för domstolen. Frågan är om det är lämpligt att grunda lagstiftningen på ett begrepp vars innebörd inte är klar och utredd. Detta kan enligt min uppfattning leda till att begreppet används slentrianmässigt och att det finns en osäkerhet kring dess innebörd.<sup>215</sup>

## 4.2.2 Transparenta domar

För att undvika att barnets bästa blir ett begrepp som används slentrianmässigt är det av vikt att domstolarna tydligt redovisar hur man har resonerat.<sup>216</sup> I förarbetena till 2006 års lagändringar framhålls vikten av transparens i domarna.<sup>217</sup> Det anses lämpligt att ett uttryckligt resonemang förs om barnets inställning, relationen till föräldrarna och föräldrarnas lämplighet som vårdnadshavare. Domstolen bör också redovisa synen på möjligheterna att bäst tillgodose barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna, risken för att barnet far illa och föräldrarnas vilja samt förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet.<sup>218</sup> Detta är emellertid något som sällan förekommer. Domstolen redovisar sällan hur bedömningen av barnets bästa går till och som en konsekvens därav är det inte heller ofta som barnets vilja framgår av praxis.<sup>219</sup>

Jag ställer mig frågande till hur det går att säkerställa att hänsyn tagits till barnets bästa när domstolen sällan redovisar hur bedömningen går till.<sup>220</sup> I australiensisk rätt måste domstolen, till skillnad från i svensk rätt, motivera sitt beslut om avstånd tas från barnets uppfattning.<sup>221</sup> Kanske borde ett införande av motsvarande krav i svensk rätt, på att domstolen ska motivera sitt beslut om avsteg tas från barnets vilja och att domstolen ska redovisa hur bedömningen av barnets bästa går till, diskuteras. Detta skulle tydliggöra domstolens diskussion och göra domen mer transparent.<sup>222</sup>

---

<sup>214</sup> Prop. 2005/06:99, s. 40 och Schratzki, 2010, s. 36.

<sup>215</sup> Se Prop. 2005/06:99, s. 40, se Ryrstedt, SvJT 2009, s. 1034 och se vidare 4.2.3.

<sup>216</sup> Prop. 2005/06:99, s. 40.

<sup>217</sup> Ryrstedt, SvJT 2009, s. 1035.

<sup>218</sup> Prop. 2005/06:99, s. 40.

<sup>219</sup> Se Ryrstedt, SvJT 2009, s. 1034 och Barnombudsmannen, 2005, s. 7 och 19.

<sup>220</sup> Ryrstedt, SvJT 2009, s. 1034 f.

<sup>221</sup> Monahan och Young, 2006, s. 234 med hänvisning till Harrison and Woollard (1995) 18 Fam LR 788.

<sup>222</sup> Se Ryrstedt, SvJT 2009, s. 1035 f.

## 4.3 Australiensisk rätts reglering av barnets bästa

### 4.3.1 Checklista

Till skillnad från svensk rätt har australiensisk rätt valt att förtydliga principen om barnets bästa genom en checklista som föreskriver flera överväganden som domstolen ska ta hänsyn till vid sin bedömning av vad som är bäst för barnet. Checklistan innehåller 15 överväganden som delats in i två kategorier, primära- och tillägg.<sup>223</sup> De två primära övervägandena påminner till stor del om de omständigheter som svensk domstol ska fästa särskilt avseende vid under bedömningen av barnets bästa och utgörs av att barnet ska kunna ha en meningsfull relation med båda föräldrarna och att barnet ska skyddas mot fysisk och psykisk skada genom försummelse, familjevåld eller missbruk.<sup>224</sup>

Trots att den australiensiska rätten har en checklista som föreskriver vad domstolen ska ta hänsyn till har den australiensiska regleringen av barnets bästa fått utstå samma kritik som den svenska regleringen, att begreppet är för vagt och lämnar för stort juridiskt handlingsutrymme. Detta eftersom det är domstolen som bestämmer vilken vikt checklistans överväganden bör tillmätas och om de över huvud taget anknyter till fallet.<sup>225</sup> Enligt min mening är den australiensiska regleringen av barnets bästa en god lösning eftersom den både är flexibel och vägledande.<sup>226</sup> Genom att regleringen tydligt föreskriver de omständigheter som domstolen ska ta hänsyn till underlättas, enligt min uppfattning, domstolens bedömning avsevärt.<sup>227</sup> Trots att domstolen måste beakta de omständigheter som checklistan uppställer finns emellertid flexibiliteten i det enskilda fallet kvar eftersom domstolen behöver tillämpa omständigheterna på det enskilda fallet.<sup>228</sup>

## 4.4 Innehållsmässiga likheter och skillnader

### 4.4.1 Delad vårdnad respektive föräldransvar

Trots att det föreligger väsentliga skillnader mellan hur svensk och australiensisk rätt reglerar barnets bästa i vårdnadsmål finns det vissa innehållsmässiga likheter. En av dessa likheter utgörs av att både den svenska och australiensiska lagstiftningen betonar vikten av att båda

---

<sup>223</sup> Dickey, 2007, s. 295 och FLA 1975, s. 60 CC (2) (3).

<sup>224</sup> FLA 1975, s. 60 CC (2) (a-b), se också 6 kap. 2 a § FB.

<sup>225</sup> Crowe och Toohey, Melbourne University Law Review 2009, s. 393 f.

<sup>226</sup> Se FLA 1975, s. 60 CC (2) (3) och Dickey, 2007, s. 292-295.

<sup>227</sup> <http://www.alrc.gov.au/publications/16-childrens-involvement-family-law-proceedings/best-interests-principle>, 2012-12-05.

<sup>228</sup> Se FLA 1975, s. 60 CC (2) (3) och Dickey, 2007, s. 292-295.

föräldrarna är delaktiga i barnets liv.<sup>229</sup> I svensk rätt har det ibland påståtts att det föreligger en presumtion för gemensam vårdnad. Förarbetena understryker emellertid att det inte blint går att förlita sig på gemensam vårdnad som vårdnadsform. När det föreligger omständigheter som talar mot gemensam vårdnad är det därför oftast bäst för barnet att vårdnaden anförtros åt en av föräldrarna.<sup>230</sup>

Den australiensiska rätten har gått steget längre än den svenska och har infört en lagstadgad presumtion om lika delat föräldraansvar.<sup>231</sup> Den australiensiska rätten har emellertid kritiserats för att inte se till barnets bästa till följd av att föräldrarna automatiskt får delat föräldraansvar om barnet. Eftersom föräldraansvar tillkommer båda föräldrarna oberoende av om de lever tillsammans kan problem uppstå när föräldrarna varken lever tillsammans eller levit tillsammans.<sup>232</sup> Lika delat föräldraansvar kan i sådana fall anses olämpligt och i strid med barnets bästa. Frågan är också om det är lagens uppgift att reglera föräldraansvaret? Kanske hade det varit bättre att låta föräldrarna komma överens om delat föräldraansvar eller domstolen att utfärda en order om sådant föräldraansvar.<sup>233</sup>

#### 4.4.2 Våld

I den australiensiska rätten utgörs ett av de två primära övervägandena av att barnet ska skyddas mot fysisk och psykisk skada genom försummelse, familjevåld eller missbruk.<sup>234</sup> I både den svenska och australiensiska rätten läggs större vikt vid att skydda barnet från skada än att barnet ska ha en meningsfull relation med båda föräldrarna.<sup>235</sup> Att en nära och god kontakt med båda föräldrarna i de flesta fall är till barnets bästa får inte, enligt svensk rätt, medföra att barnet under alla förhållanden måste leva eller umgås med en förälder. Om domstolen bedömer att det finns en risk att barnet kan fara illa är det ett tungt vägande skäl mot gemensam vårdnad.<sup>236</sup>

#### 4.4.3 Barnets uppfattning

Vid bedömningen av barnets bästa i både svensk och australiensisk rätt, är barnets uppfattning en viktig omständighet som domstolen ska ta hänsyn till.<sup>237</sup> Att hänsyn ska tas till att barnet är en individ med egna uppfattningar är ett led i det barnperspektiv som svensk domstol ska använda sig av vid beslutsfattandet. Barnperspektivet innebär emellertid inte att barnets åsikter alltid måste följas, utan den som fattar beslutet utgår i slutändan från sina

---

<sup>229</sup> Se FLA 1975, s. 61 DA (1) och (2) (a-b) och (4) jmf. 6 kap. 2a § FB och Parkinson, 2012, sid. 67.

<sup>230</sup> Prop. 2005/06:99, s. 49 och Prop. 1997/98:7, s. 51 f.

<sup>231</sup> Se Dickey, 2007, s. 310 och FLA 1975, s. 61 DA (1)

<sup>232</sup> Se FLA 1975, s. 61 C (1) (2) och se 6 kap. 3 § FB samt Parkinson, 2012, s. 30.

<sup>233</sup> Parkinson, 2012, s. 30 och FLA 1975 ss. 60 CC (2) (a) och 60 CA.

<sup>234</sup> FLA 1975, s. 60 CC (2) (a-b).

<sup>235</sup> Se Parkinson, 2012, s. 8 och Prop. 2005/06:99, s. 42.

<sup>236</sup> Prop. 2005/06:99, s. 42.

<sup>237</sup> Se 6 kap. 2 a § FB och FLA 1975, s. 60 CC (3) (a).

erfarenheter och kunskaper.<sup>238</sup> Inte heller i australiensisk rätt är domstolen bunden av barnets uppfattning.<sup>239</sup> En väsentlig skillnad finns emellertid. Domstolen måste i australiensisk rätt redovisa sina skäl om avstånd tas från barnets uppfattning.<sup>240</sup>

En annan skillnad mellan svensk och australiensisk rätt är att det i australiensisk rätt finns flera tillvägagångssätt för att säkerställa att barnets uppfattning kommer till domstolens kännedom.<sup>241</sup> I svensk rätt ligger utredningsansvaret på domstolen vilken får uppdra åt socialnämnden eller annat organ att verkställa ytterligare utredning. Den som gör utredningen ska, om det inte är olämpligt, försöka klargöra barnets inställning och redovisa den för domstolen.<sup>242</sup> Att det inte är ett krav för domstolen att inhämta en utredning har kritiserats av Barnombudsmannen som menar att barnets möjligheter att komma till tals är beroende av om en utredning görs i målet.<sup>243</sup> Det är självklart att det är barnets bästa som måste vara avgörande vid ett vårdnadsbeslut eftersom det är barnets tillvaro som regleras.<sup>244</sup> Jag har dock svårt att se att barnets bästa till fullo kan tillgodoses när barnets möjligheter att komma till tals är beroende av om en utredning i målet gjorts.<sup>245</sup> Eftersom domstolen vidare tillämpar regeln om förhör med barn ytterst återhållsamt anses många gånger det barnet sagt inför en vårdnadsutredare ge en tillräckligt god bild av barnets inställning.<sup>246</sup> Enligt Socialstyrelsen domineras emellertid många vårdnadsutredningar av föräldrarnas situation och deras samarbetsförmåga.<sup>247</sup> Även om en vårdnadsutredning gjorts verkar det alltså inte självklart att barnets uppfattning alltid framgår.

## 4.5 Den lärdom länderna kan dra av varandras erfarenheter

### 4.5.1 Flexibilitet eller begränsning

Den största skillnaden mellan den svenska och australiensiska regleringen av begreppet barnets bästa är att det i den australiensiska rätten finns en checklista med specifika överväganden som domstolen ska ta hänsyn till medan det i svensk rätt saknas en tydlig definition av vad som avses med begreppet.<sup>248</sup>

---

<sup>238</sup> Prop. 2005/06:99, s. 38 f.

<sup>239</sup> Dickey, 2007, s. 319 f.

<sup>240</sup> Monahan och Young, 2006, s. 234 med hänvisning till Harrison and Woollard (1995) 18 Fam LR 788.

<sup>241</sup> Dickey, 2007, s. 321 och FLA 1975 ss. 60 CD (2) (a-c), 62 G (2) och 68 (L) samt se vidare avsnitt 3.6.4.6.

<sup>242</sup> 6 kap. 19 § FB.

<sup>243</sup> Barnombudsmannen, 2005, s. 9.

<sup>244</sup> Prop. 2005/06:99, s. 39.

<sup>245</sup> Se Barnombudsmannen, 2005, s. 9.

<sup>246</sup> Prop. 1994/95:224 s. 17 och 53.

<sup>247</sup> Socialstyrelsen, 2011, s. 21.

<sup>248</sup> Prop. 2005/06:99, s. 40, 6 kap. 2a § FB och Dickey, 2007, s. 295.

I doktrinen har kritik framförts mot att en avsaknad av en definition av barnets bästa i svensk rätt leder till en vilshenhet hos domstolen och att utrymmet för skönmässig bedömning påverkar rättssäkerheten.<sup>249</sup> Anledningen till varför det saknas en entydig definition av begreppet förefaller vara att det finns en rädsla för att flexibiliteten för domstolen att se till omständigheterna i det enskilda fallet ska gå förlorad.<sup>250</sup> Frågan är om inte farhågorna är ogrundade. Vid en jämförelse med den australiensiska regleringen av barnets bästa framgår det att domstolens flexibilitet i det enskilda fallet inte behöver försvinna till följd av att kriterier för barnets bästa uppställs. Möjligheten att ta hänsyn till ändringar i samhällets syn på vad som är barnets bästa kvarstår. Detta till följd av att lagstiftningen precis som den svenska lämnar utrymme för domstolen att ta hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.<sup>251</sup> Den australiensiska checklistan har till och med fått ta emot kritik för att det juridiska handlingsutrymmet är för stort eftersom det är domstolen som bestämmer vilken vikt checklistans överväganden bör tillmätas och om de över huvud taget anknyter till fallet.<sup>252</sup> Bestämmelsen har därför kritiserats för att sakna objektivitet eftersom det i slutändan är domarens personliga uppfattning om vad som är bäst för barnet med bakgrund i omständigheterna i det enskilda fallet som är avgörande för beslutet.<sup>253</sup> Enligt min mening är frågan istället om inte avsaknaden av en tydlig definition av vad som avses med barnets bästa i svensk rätt medför att domstolens flexibilitet i det enskilda fallet går förlorad. Detta eftersom rätten förefaller vara inriktad på att undersöka de omständigheter som är angivna i lagen och därför likställer barnets bästa med dessa.<sup>254</sup> Anledningen till att domstolarna låter sig styras av det som framgår av lagtext och förarbeten har ansetts vara just vilshenheten kring begreppet. Denna vilshenhet anses också vara skälet till varför domstolen sällan redovisar hur bedömningen av barnets bästa går till.<sup>255</sup>

I avsaknad av en definition av begreppet kan svensk rätt redan sägas utgå från en slags checklista som en konsekvens av att lagstiftningen har kommit att utgöra ramen för domstolens tolkning av begreppet.<sup>256</sup> Det innebär att utrymmet för rättsskapande praxis är ytterst begränsat trots att lagstiftningen lämnar ett stort utrymme för skönmässig bedömning.<sup>257</sup> Eftersom domstolen redan är inriktad på att undersöka de omständigheter som är angivna i lagen och barnets bästa likställs med dessa borde en vägledande checklista inte påverka lagstiftningens flexibilitet nämnvärt.<sup>258</sup> Tydligare

---

<sup>249</sup> Ryrstedt, SvJT 2009, s. 1035 f. och Schiratzki, 1997, s. 331.

<sup>250</sup> Se Prop. 2005/06:99, s. 40.

<sup>251</sup> Se <http://www.alrc.gov.au/publications/16-childrens-involvement-family-law-proceedings/best-interests-principle>, 2012-12-05.

<sup>252</sup> Crowe och Toohey, Melbourne University Law Review 2009, s. 393 f.

<sup>253</sup> Dickey, 2007, s. 292 med hänvisning till C.D.J. v. V.A.J. (1998) 197 C.L.R. 172, 214, 219, 231.

<sup>254</sup> Rejmer, SvJT 2002, s. 153.

<sup>255</sup> Ryrstedt, SvJT 2009, s. 1035 f.

<sup>256</sup> Se Rejmer, SvJT 2002, s. 153.

<sup>257</sup> Schiratzki, 1997, s. 334.

<sup>258</sup> Se Rejmer, SvJT 2002, s. 153.

riktlinjer för vad utgångspunkterna bör vara i kombination med vilka omständigheter som bör lyftas fram i en individuell bedömning, i form av en vägledande checklista motsvarande den i Australien, skulle underlätta domstolens bedömning och motverka den påstådda och förstaeliga vilshenhet som finns hos domstolen. Den lärdom svensk rätt enligt min mening bör dra av den australiensiska rätten är att en checklista inte behöver utgöra ett hinder för en individuell prövning.<sup>259</sup>

## 4.5.2 Likartad utgång

Som tidigare stadgats har den australiensiska regleringen av barnets bästa kritiserats för att lämna för stort juridiskt handlingsutrymme.<sup>260</sup> Den kritik som framförts mot den australiensiska regleringen av barnets bästa tyder, enligt min mening, på att samma resultat uppnås oavsett om regleringen av barnets bästa bygger på en checklista eller saknar en definition som i svensk rätt. Detta eftersom domstolens flexibilitet i det enskilda fallet består. Checklistan utgör inte ett hinder för en individuell prövning, utan den slutliga utgången är fortfarande beroende av att domstolen ser till det enskilda barnet.<sup>261</sup> I både svensk och australiensisk rätt, är det alltså domarens personliga uppfattning om vad som är bäst för barnet, med bakgrund i omständigheterna i det enskilda fallet, som är avgörande för beslutet.<sup>262</sup> Problemet med att lagstiftningen lämnar för stort utrymme för skönmässig bedömning kvarstår alltså eftersom det är domstolen som bestämmer vilken vikt checklistans överväganden bör tillmätas och om de över huvud taget anknyter till fallet.<sup>263</sup> Ett visst mått av skönmässig bedömning förefaller emellertid, enligt min uppfattning, vara omöjligt att frångå, men kan begränsas.<sup>264</sup> Den lärdom som den australiensiska rätten, enligt min mening, kan dra av den svenska är alltså att resultatet blir likvärdigt oavsett om regleringen utgår från en checklista eller inte, så länge det är domaren som avgör vilken vikt omständigheterna i checklistan bör tillmätas.<sup>265</sup>

Frågan är då om den svenska regleringen av barnets bästa borde innehålla en checklista när samma resultat uppnås med den befintliga regleringen? En förklaring till varför australiensisk rätt har en checklista till skillnad från svensk rätt kan vara att rättskällorna har olika betydelse i de olika länderna. I australiensisk rätt läggs vikten vid lagstiftning och praxis medan det i svensk rätt också läggs vikt vid förarbeten.<sup>266</sup> Den vägledning som svenska jurister kan söka i förarbetena angående vad som bör beaktas i samband med bedömningen av barnets bästa behöver istället framgå direkt av lagen eller

---

<sup>259</sup> Ryrstedt, SvJT 2009 s.1034-1036 och Dickey, 2007, s. 292.

<sup>260</sup> Crowe och Toohey, Melbourne University Law Review 2009, s. 393 f.

<sup>261</sup> Dickey, 2007, s. 292 och Ryrstedt, SvJT 2009, s. 1034-1036.

<sup>262</sup> Dickey, 2007, s. 292 och Rejmer, SvJT 2002, s. 143.

<sup>263</sup> Crowe och Toohey, Melbourne University Law Review 2009, s. 393 f., Dickey, 2007, s. 292 och Monahan och Young, s. 232.

<sup>264</sup> Schiratzki, 1997, s. 69.

<sup>265</sup> Crowe och Toohey, Melbourne University Law Review 2009, s. 393 f.

<sup>266</sup> Se Carvan, 1994, s. 22.

praxis i den australiensiska rätten. Kanske bör svensk rätt istället specificera innebörden av begreppet barnets bästa i förarbetena.

## 4.6 Slutord

Det finns skillnader mellan hur australiensisk rätt och svensk rätt valt att reglera barnets bästa i vårdnads mål. Trots att lagstiftaren har valt olika lösningar uppnår de i stort sett samma resultat genom att det är domarens personliga uppfattning om vad som är bäst för barnet mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet som är avgörande för beslutet.<sup>267</sup> Det finns emellertid en väsentlig skillnad mellan den svenska och australiensiska regleringen. Genom att australiensisk rätt inte bara betonar att barnets bästa är den viktigaste omständigheten som domstolen ska ta hänsyn till utan också specificerar vad domstolen ska ta hänsyn till vid bestämmandet av barnets bästa har rätten enligt min mening underlättat förståelsen av begreppets innebörd markant. Jag anser därför att den svenska bestämmelsen om barnets bästa bör kompletteras med en checklista, motsvarande den australiensiska, eftersom en sådan skulle ge domstolen vägledning i vad som är barnets bästa men också bibehålla utrymmet för domstolen att bestämma vilken vikt som bör läggas vid varje omständighet.<sup>268</sup>

---

<sup>267</sup> Se Dickey, 2007, s. 292 och Ryrstedt, JT 2005-2006, s. 346.

<sup>268</sup> Se FLA 1975, ss. 60 CA och 65 AA och Dickey, 2007, s. 297 f.

# Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck, Sverige

## Propositioner

Prop. 1981/82:168 *Om vårdnad och umgänge m.m.*

Prop. 1989/90:107 *Om godkännande av FN-konventionen om barnets Rättigheter*

Prop. 1990/91:8 *Om vårdnad och umgänge*

Prop. 1992/93:139 *Om olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn*

Prop. 1994/95:224 *Barns rätt att komma till tals*

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

Prop. 2002/03:53 *Stärkt skydd för barn i utsatta situationer m.m.*

Prop. 2005/06:99 *Nya vårdnadsregler*

## Statens offentliga utredningar

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

## Barnombudsmannens publikationer

Barnombudsmannen, *Barnets bästa*, 2005

## Socialstyrelsens publikationer

Socialstyrelsen, *Familjerätten och barnet i vårdnadstvister Uppföljning av hur 2006 års vårdnadsreform slagit igenom i socialtjänstens arbete*, 2011

## Motion

Motion 2009/20: C378



## Offentligt tryck, Australien

### Rapport

Patterns of Parenting After Separation AGPS, A Report to the Minister for Justice and Consumer Affairs prepared by the Family Law Council, Canberra, 1992

### Litteratur

Bogdan Michael (2003), *Komparativ rättskunskap*, andra upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm

Carvan John (1994), *Understanding the Australian legal system*, andra upplagan, The law book company limited, Sydney

Dickey Anthony (2007), *Family Law*, femte upplagan, Lawbook Co., Sydney

Ewerlöf Göran och Sverne Tor (1999), *Barnets bästa*, fjärde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm

Lehrberg Bert (2010) *Praktisk juridisk metod*, sjätte upplagan, Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Uppsala

Monahan Geoff och Young Lisa (2006), *Family Law in Australia*, sjätte upplagan, LexisNexis Butterworths, Chatswood

Parkinson Patrick och Judy Cashmore (2008), *The voice of a child in family law disputes*, Oxford University Press Inc

Ryrstedt Eva (2002), *Konsensus – förutsättning eller belastning för gemensamt föräldraansvar*, första upplagan, Juristförlaget, Lund

Schiratzki Johanna (1997), *Vårdnad och vårdnadstvister*, första upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm

Schiratzki Johanna (2008), *Mamma och pappa inför rätta*, första upplagan, Iustus Förlag, Uppsala

Schiratzki Johanna (2010), *Barnrättens grunder*, fjärde upplagan, Studentlitteratur, Lund

Sjösten Mats (2009), *Vårdnad boende och umgänge*, Norstedts Juridik

## Artiklar

Crowe Jonathan och Toohey Lisa *From good intentions to ethical outcomes: the paramountcy of childrens interests in the family law act*, (2009) 33 (2) Melbourne University Law Review 391-414

Rejmer Annika, *Barnperspektiv och barnets bästa i tingsrätts handläggning av vårdnadstvister*, SvJt 2002, s. 138-156

Ryrstedt Eva, *Barnets rätt att komma till tals i frågor om vårdnad, boende eller umgänge*, JT 2005-06, nr. 2 s. 303-348

Ryrstedt Eva, *Barnets bästa och vilja i domstol*, SvJT 2009, s. 1013

## Elektroniska källor

Australian Government, *Children's involvement in family law proceedings The best interests principle*, Australian Law Reform Commission  
<http://www.alrc.gov.au/publications/16-childrens-involvement-family-law-proceedings/best-interests-principle>, 2012-12-05

Australian Government, Australian Institute of Family Studies  
<http://www.aifs.gov.au/>, 2012-12-05

Australian Government, *Family Facts & Figures*, Australian Institute of Family Studies  
<http://www.aifs.gov.au/institute/info/charts/divorce/divorcechildren.html>, 2012-12-05

Parkinson, Patrick, *When is parenthood dissoluble? Sole parental responsibility and restrictions on contact in an era of shared parenting*, Uppsats som presenterats på AIFS Conference, Melbourne, 2012, Australian Institute of Family Studies  
<http://www.aifs.gov.au/conferences/aifs12/parkinsonpaper.pdf>, 2012-11-15

United Nations, *Convention on the rights of the child*, United Nations Treaty Collection  
[http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en), 2012-10-05

Walén Gösta och Vängby Staffan, *Föräldrabalken- En kommentar*, Norstedts Juridik AB, version den 1 januari 2012, Zeteo

# Rättsfallsförteckning

C.D.J. v. V.A.J. (1998) 197 C.L.R. 172, 214, 219, 231

Gronow v Gronow (1979) 144 CLR 513

Harrison and Woollard (1995) 18 Fam LR 788, p 800

Hewar v. Bryant [1970] 1 Q.B. 357 at 369, 372

House of Lords i Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority [1986] A.C. 112.

In the Marriage of McEneaney [1980] F.L.C. 90-866

In the Marriage of Raby [1976] 27 F.L.R. 412

Rice v. Miller (1993) 115 F.L.R. 22