



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Fredric Lindström

En jämförelse av vårdnad, barnets boende
och bestämmanderätt inom norsk och svensk
lagstiftning

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Professor Eva Ryrstedt

Termin för examen: VT2013

Innehåll

SUMMARY	4
SAMMANFATTNING	6
FÖRORD	8
FÖRKORTNINGAR	9
1 INLEDNING	10
1.1 Syfte och frågeställningar	10
1.2 Metod och material	11
1.3 Disposition	12
2 NORGE	13
2.1 Kort om barnlovens historia	13
2.2 Foreldreansvarets innehåll	14
2.3 Vem är vårdnadshavare	16
2.3.1 Faktisk och rättslig vårdnad	16
2.3.2 Vårdnad genom äktenskap	16
2.3.3 Vårdnad vid dödsfall	17
2.3.4 Vårdnadstvister	18
2.3.5 Registering av foreldreansvaret	19
2.4 Barnets boende	21
2.5 Barnets bästa	22
2.6 Vem bestämmer vad	27
2.6.1 Föräldrarnas bestämmanderätt	27
2.6.2 Barnets bestämmanderätt	29
2.7 Internationella konventioner	32
2.7.1 Inledning	32
2.7.2 EKMR	32
2.7.3 Barnkonventionen	32
2.8 Statistik Norge	34
3 SVERIGE	35
3.1 Kort om föräldrabalkens historia	35
3.2 Vårdnadens innehåll	37

3.3	Vem är vårdnadshavare	39
3.3.1	Faktisk och rättslig vårdnad	39
3.3.2	Vårdnad genom äktenskap	39
3.3.3	Vårdnad genom avtal	39
3.3.4	Vårdnad genom anmälan	40
3.3.5	Vårdnad vid dödsfall	40
3.3.6	Vårdnadstvister	41
3.4	Barnets boende	42
3.5	Barnets bästa	44
3.6	Vem bestämmer vad	50
3.6.1	Föräldrarnas bestämmanderätt	50
3.6.2	Barnets bestämmanderätt	51
3.7	Internationella konventioner	53
3.7.1	EKMR	53
3.7.2	Barnkonventionen	53
3.8	Statistik Sverige	55
4	ANALYS	56
4.1	Slutsatser	62
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	65
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	68

Summary

This thesis is written in the area of family law and is a comparative study of Swedish and Norwegian legislation regarding custody, the child's residence and authority. In Sweden, the issue of incorporating the UNCRC has been a recurring topic of debate. It is therefore interesting to compare with a country that has chosen to incorporate the UNCRC as Norway has. Are countries different even within the law or just in their approach to incorporating? I examine not only the differences and similarities in the legislation explicitly but also if these countries try to advocate a certain type of custody and also how the best interest of the child is governed by the relevant legislation.

The essay contains to begin with a descriptive part of the country where the law of custody, the child's residence, the best interest of the child and authority is treated. This information is then used in an analysis of sorting out differences and similarities between Swedish and Norwegian legislation, and to answer other questions.

Sweden and Norway are very similar in many areas. There is not only a similar legal tradition but also similar legal development. Existing content in jurisdictions around custody, the child's residence and authority tells that the countries are similar, although there are some differences. To be more specific, Sweden and Norway legislation very similar current guardian's responsibility, who can get custody and the child's residence. The biggest difference is in the rules of decision making, the Norwegian so called home parent (joint custody, but the child lives permanently with one parent) have a slightly more expanded authority compared to its Swedish counterpart. Another difference is that children in Norway have been given a stronger right to be heard on issues that affect them.

Regarding how the best interest of the child is governed by the relevant legislation, Sweden and Norway is quite similar. The legislature in each country has chosen to let this concept remain rather undefined in legislation, and it instead pass it on to the judiciary to interpret it further.

Sammanfattning

Denna uppsats är ett examensarbete i juris kandidatprogrammet. Uppsatsen är skriven inom området familjerätt och är en komparation av svensk och norsk lagstiftning gällande vårdnad, barnets boende och bestämmanderätt. Detta är också uppsatsens syfte. I Sverige har frågan om att inkorporera barnkonventionen varit ett återkommande ämne för debatt. Det är därför intressant att jämföra med ett land som valt att inkorporera barnkonventionen som Norge har. Skiljer sig länderna även inom sin lagstiftning eller bara inom sin inställning till att inkorporera? Jag undersöker inte bara skillnader och likheter i lagtexten explicit utan berör bland annat även om länderna förespråkar en viss typ av vårdnad och hur barnets bästa regleras i den aktuella lagstiftningen.

Uppsatsen innehåller till att börja med en deskriptiv del för respektive land där gällande rätt för vårdnad, barnets boende och bestämmanderätt behandlas. Dessa uppgifter används sedan i en analys för att reda ut skillnader och likheter samt för att besvara övriga frågeställningar.

Sverige och Norge är väldigt lika varandra på många olika områden. Det råder inte bara en liknande rättslig tradition utan även liknande rättslig utveckling. Gällande innehållet inom länders lagstiftning kring vårdnad, barnets boende och bestämmande är länderna likartade även om det finns vissa skillnader. För att vara mer specifik är Sverige och Norge lagstiftning väldigt lika varandra gällande vårdnadshavarens ansvar, vem som kan få vårdnaden och barnets boende. Den största skillnaden återfinns i reglerna för bestämmanderätt, den norska så kallade bostadsföräldern (gemensam vårdnad, men barnet bor permanent hos en förälder) har en något mer utvidgat bestämmanderätt jämfört med sin svenska motsvarighet. En annan skillnad är att barn i Norge har givits en starkare rätt att komma till tals i frågor som rör dem. Gällande hur barnets bästa regleras är länderna ganska

lika. Lagstiftaren i respektive land har valt att lämna begreppet öppet, och överlåter det istället åt rättsväsendet att tolka det i praxis.

Förord

Här sitter jag nu, förhoppningsvis nära slutet av denna period i livet . Det känns som en evighet jag sedan kom hit, färsk från gymnasiet. Det har sen dess har det varit en lärorik och strapatsrik resa. Det har gått upp, det har gått ner men jag har också rört mig framåt på flera olika sätt. Det är väl som Karin Boye skrev ” *Nog finns det mål och mening i vår färd, men det är vägen, som är mödan värd.*”

Jag skulle vilja rikta ett tack till min handledare Eva Ryrstedt för bra handledning, full av värdefulla tips och råd.

Jag vill också tacka mina föräldrar för oändlig support och kärlek. Till sist vill jag tacka mina vänner Dino och Lisa som stått för motivation och inspiration.

Lund, mars 2013

Fredric Lindström

Förkortningar

Barnkonventionen	FN:s konvention den 20 november 1989 om barnets rättigheter
BL	Barneloven
BrB	Brottsbalk (1962:700)
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FB	Föräldrabalken
HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätten
Innst. O	Innstillinger til Odelstinget
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Ot.prp	Odelstingsproposisjoner
Prop.	Proposition
Rt	Norsk Retstidende
SOU	Statens Offentliga Utredningar
St.prp	Stortingsproposisjon
SÖ	Sveriges internationella överenskommelser
TR	Tingsrätten
Vml	Lov 22. April 1927 nr. 3 om vergemål for umyndige

1 Inledning

1.1 Syfte och frågeställningar

Huvudsyftet med denna uppsats är att jämföra reglerna kring vårdnad, barnets boende och bestämmanderätt inom norsk respektive svensk lagstiftning. Anledningen till att jag har valt att jämföra Norge med Sverige är att ett ständigt återkommande spørsmål inom svensk politik tycks vara huruvida Sverige ska inkorporera barnkonventionen i nationell rätt. Det fick mig att undra hur pass mycket svensk lagstiftning skiljer sig i övrigt mot lagstiftningen i ett land som valt att inkorporera barnkonventionen i sin lagstiftning som Norge då har valt. Det vill säga om olika inställning från lagstiftarens sida gällande inkorporering av barnkonventionen också resulterat en annorlunda lagstiftning kring barn och föräldrars rättigheter och skyldigheter? Norge kan också vara intressant att studera med det perspektivet att de har liknande rättslig tradition. Fokus gällande komparativa områden i uppsatsen, ligger på vårdnadens innehåll, gemensam och enskild vårdnad, barnets boende samt beslutsrätten för föräldrarna. I en jämförelse av denna art är båda likheter och skillnader intressanta, speciellt när det handlar om två länder som är lika i så mycket i övrigt. Exakt hur lika länderna är inom detta område återstår att se. Jag vill också undersöka hur barnets bästa adresseras i denna reglering eftersom båda länderna ska följa barnkonvention. Eftersom lag och regler är en produkt av politik, och familjerätten i hög grad är ett område som influeras av trender, är det också intressant att studera om respektive land försöker förespråka en viss form av vårdnad och hur det i sådana fall genomförs. Jag kommer också att undersöka om det finns någon intressant statistik inom detta område och om denna i sådana fall kan tillföra kunskap som kan ligga till grund för en analys av likheter och skillnader i vårdnadslagstiftningen i de både länderna.

Följande frågeställningar är de som ligger till grund för uppsatsen:

Hur regleras vårdnad, boende respektive bestämmanderätt i Norge jämfört med Sverige?

Är det någon skillnad på ländernas legala förutsättningar för gemensam/enskild vårdnad?

Hur regleras barnets bästa inom lagstiftningen som berör vårdnad, boende och bestämmanderätt?

Är det någon statistiskt skillnad mellan länderna i förekomsten av gemensam/enskild vårdnad?

Försöker respektive land främja någon form av vårdnad och i på vilket sätt?

1.2 Metod och material

Jag har valt att använda mig av klassisk rättsdogmatisk metod tillsammans med en komparativ metod i denna uppsats. Det primära syftet för rättsdogmatiken är att systematisera och tolka gällande rätt.¹ Det görs genom att granska de rättskällor som finns, till exempel förarbeten, lag och doktrin. Att använda sig av en rättsdogmatisk metod är behövligt för att kunna beskriva gällande rätt, *de lege lata*. Det är just att beskriva gällande rätt som är nödvändigt för att sedan kunna komma in på min andra metod.

Jag har använt mig av en komparativ metod eftersom jag vill hitta vad som skiljer och vad som förenar Sverige och Norge inom detta område. Att definiera komparativ rättskunskap är svårt men enligt Michael Bogdan kan man inte börja tala om en komparativ metod förrän arbetets syfte är att utreda skillnader och likheter mellan rättsordningarna.² Ländernas rättsordningar kommer beskrivas, för att sedan jämföras med varandra. Att använda sig av en komparativ metod och därmed skaffa sig kunskap om

¹ Peczenik, Alexander, *Juridikens teori och metod*, 1995, s. 33.

² Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, andra upplagan, 2003, s. 21.

andra länders rättsordningar är inte bara användbart i sig, utan kan också nyttjas när det egna landets rättsregler utvärderas.³

Gällande valet av material har jag använt mig av de vanliga rättskällorna, förarbeten, lag, praxis och doktrin. I den komparativa delen är det främst förarbeten och lagtext som jag använder. När man komparerar med andra länder är det alltid möjligt att hamna fel när det gäller tillförlitliga kunskapskällor. Jag har i denna uppsats i stort utgått från officiella rättskällor som förarbeten, lag samt praxis. Vad det gäller den doktrin som används i uppsatsen har jag strävat efter att använda material från de främsta inom området i respektive land.

1.3 Disposition

Jag har lagt upp uppsatsen i tre huvudområden. Den första delen handlar om Norge. Den inleds med en kort presentation av *barnelovens* historia. Sedan redogör jag för vårdnadslagstiftningen utifrån rubrikerna: vårdnadens innehåll, vem har vårdnaden, barnets boende, barnets bästa och vem bestämmer vad. Det tillkommer ett kortare avsnitt om internationella konventioner samt ett kortare statistikavsnitt med relevanta siffror för vårdnad och barns boende. Den andra delen handlar om Sverige och där redogör jag för och presenterar den svenska vårdnadslagstiftningen på samma sätt som jag har gjort med det norska. I den tredje och sista delen av uppsatsen behandlar jag det norska och svenska material i en analys där jag jämför materialet, och försöker besvara mina frågeställningar.

³ Bogdan s. 27.

2 Norge

2.1 Kort om barnelovens historia

Den 1 januari 1982 trädde *barneloven*⁴ (Hädanefter BL) i kraft. Den ersatte en rad andra barnrelaterade regleringar, som till exempel en lag som behandlade vad som gällde för barn inom äktenskap, och en lag om vad som gällde för barn utanför äktenskap. Under arbetet med att ta fram BL fanns det flera olika målsättningar från lagstiftarens sida. För det första skulle lagen främja jämlikhet mellan barn; det skulle inte finnas olika regler beroende på om barnet var fött inom, eller utanför ett äktenskap. För det andra skulle lagen främja jämlikhet mellan far och mor i förhållande till barnet. För det tredje skulle lagen styrka barns med- och självbestämmanderätt. För det fjärde var målet med BL att skapa en enkel och översiktlig lag författad med ett språk som var lätt att förstå och med korta paragrafer. Detta, eftersom BL är en lag som har stor betydelse för många olika människor, med skiftande bakgrund och utbildning.⁵ Många av förändringarna handlade inte om att reformera lagregleringens innehåll, utan var mer av formalistisk natur som att till exempel att ta bort uttrycken ”barn inom äktenskap” och ”barn utanför äktenskap”. En annan viktig förändring var att begreppet *foreldreansvar* infördes för att ersätta begreppet *foreldremyndighet*.⁶

⁴ lov 8. April nr.7 om barn og forledre (barnelova).

⁵ Ot.prp.nr.62 (1979-1980) s. 5-7.

⁶ Backer, Lorange Inge, *Barneloven. Kommentartutgave*, andra upplagan, 2008, s. 1.

2.2 Foreldreansvarets innehåll

I 5 kap. 30 § BL återfinns en principförklaring, vars syfte är att tydliggöra vad som ligger i begreppet *foreldreansvar*. Utgångspunkten är att ett barn har rätt till omsorg och omtanke från dem som innehar *foreldreansvaret*. Dessa ord innebær att de med *foreldreansvar* har en förpliktelse att tæcka barnets behov av kærlek, trygghet, vârd och tillsyn.⁷ Innehavarna av detta ansvar ska ogsâ stimulera barnet i dess utveckling. Det återfinns inga ytterligere detaljer i lagtexten om hur denna omsorg og omtanke ska utövas. Det är dock inte konstigt, dess form kommer att variera med barnets ålder og mognad.⁸ Lagen ger heller ikke någon fingervisning om vilka värderingar som är viktigast i fostran av barnet. De normer og värderingar som föräldrarna innehar bör respekteras av samhället så länge de stämmer överens med norsk lag. Det råder därför full frihet för föräldrarna att uppfostra barnet i familjens kultur og traditioner, även om dessa är främmande för Norge.⁹ Utöver detta finns det ett ansvar för föräldrar, att förebygga fysisk skada og ett eksempel på dette är att se till att barnet anvænder bilbælte.¹⁰

Vårdnadshavarna har både en rätt, og en skyldighet att beståmma över barnet i personlige frågor, som är innanför ramarna i 5 kap. 31-33§§ BL (se avsnitt 2.6.2).¹¹ *Foreldreansvaret* är något som skall utövas utifrån barnets behov og intressen. Innehavarna av *foreldreansvaret* är skyldige att ge barnet en rimlig oppfostran og försörjning.¹² Det sistnämnda innebær en plikt att se till att barnet har bostad, mat, kläder osv. Oppfostran i dette sammanhang handlar om att integrera barnet socialt, først inom familjen og med tiden, i samhället i stort. Föräldrarna är ikke ensamma i dette del av

⁷ Lødrup, Peter og Sverdrup, Tone, *Familieretten*, sjätte upplagan 2009, s. 381.

⁸ Backer s. 272.

⁹ Lødrup & Sverdrup s. 381.

¹⁰ Backer s. 272.

¹¹ 5 kap. 30 § 1 st. BL.

¹² 5 kap. 30 § 2 st. BL.

barnets uppfostran, utan här kommer även institutioner som dagis och skola in. I övrigt när det gäller utbildning ingår det också i vårdnadshavarnas ansvar att stimulera barnet till att det får en utbildning efter mognad och förmåga. Föräldrarnas möjligheter att kunna ge råd och vägledning kring utbildning är något som kan variera från familj till familj enligt Lødrup & Sverdrup.¹³

Barnet får inte utsättas för våld eller på annat sätt behandlas på ett sätt som kan medföra att denne riskerar att bli skadad fysiskt eller psykiskt. Det gäller även våld som är en del av barnets uppfostran. Det finns andra förbjudna åtgärder mot barn, som användning av våld och skrämmande eller plågsamma beteenden eller annan hänsynslös åtgärd.¹⁴ Överträdelser mot dessa förbud kan komma att straffas efter *straffeloven*.¹⁵ *Foreldreansvaret* upphör helt när barnet fyller 18 år och blir myndigt. Det betyder att föräldrarna inte har någon laglig rätt att bestämma över barnet, och att de heller inte har någon plikt att visa omsorg och omtanke för densamme.¹⁶

¹³ Lødrup & Sverdrup s. 382.

¹⁴ 5 kap. 30 § 3 st. BL.

¹⁵ Kjølberg, Gunn-Mari & Johansen, Sigrid Redse, *Barnefordelingstvister - Håndbok i barnerettlige emner*, 2006 s. 31

¹⁶ Backer s. 316.

2.3 Vem är vårdnadshavare

2.3.1 Faktisk och rättslig vårdnad

Det gäller att skilja på vem som är ett barns förälder (rättslig) och vem som har *foreldreansvaret* (faktisk). Ofta sammanfaller dessa förhållanden men ibland är det inte så enkelt.¹⁷ En förälder kan förlora sitt formella *foreldreansvaret* på frivilligt basis genom avtal men det kan också ske genom tvång.

2.3.2 Vårdnad genom äktenskap

För föräldrar som är gifta är *foreldreansvaret* gemensamt för gemensamma barn. Om föräldrarna skiljer sig eller separerar fortsätter *foreldreansvaret* att vara gemensamt, om inte bägge eller en av föräldrarna vill ändra på det. De kan avtala om de ska ha gemensamt *foreldreansvar*, eller om att en av föräldrarna ska ha det ensamt. En annan utväg är att låta domstolen avgöra.¹⁸

När föräldrarna inte är gifta eller inte bor tillsammans (jmf 5 kap. 39 § BL) har modern *foreldreansvaret* ensam.¹⁹ Föräldrar som bor ihop har gemensamt *foreldreansvar* för gemensamma barn. Föräldrar som inte är gifta eller inte har *foreldreansvaret* gemensamt, kan likväl efter överenskommelse meddela *folkeregistermyndigheita*, om de ska inneha *foreldreansvaret* gemensamt eller att fadern ska inneha ansvaret ensam. 5 kap. 35 § BL tar sikte på tre olika situationer, dels när föräldrarna aldrig levt ihop, dels när föräldrarna lever ihop utan att vara gifta och dels när föräldrar har levt ihop utan att ha varit gifta men nu har samboendet upphört.²⁰ Om det skulle uppstå en tvist om *foreldreansvar* bland föräldrar som hör hemma

¹⁷ Holgersen, Gudrun, Barnerett, 2008, s. 196.

¹⁸ 5 kap. 34 §. BL.

¹⁹ 5 kap. 35 §. BL.

²⁰ Backer s. 328.

i denna paragraf gäller samma materiella bedömningsregler som för en tvist mellan föräldrar som är eller har varit gifta.²¹

2.3.3 Vårdnad vid dödsfall

Om *foreldreansvaret* är gemensamt och den ene föräldern dör får den efterlevande *foreldreansvaret* ensamt. I de fall den efterlevande sitter häktad eller står åtalad för dråp eller mord på den andre föräldern ska tingsrätten fatta ett interimistiskt beslut angående *foreldreansvaret* efter reglerna i 7 kap. 60 a § BL.²² Den paragrafen föreskriver att andra än den efterlevande föräldern kan göra anspråk på vårdnaden men att domstolen inte behöver ge *foreldreansvaret* till någon. Om domstolen kommer fram till att det inte är lämpligt att ge *foreldreansvaret* till någon av de som ansökt om det eller ingen har ansökt om detta ska domstolen meddela *barneverntenesta*²³ om detta enligt 7 kap. 63 § 8 st. BL (vidare hänvisning hur förfarandet kring barnet ska fortsätta återfinns också där). Den efterlevande ska endast få *foreldreansvaret* om det är klart är det bästa för barnet. Om barnet bor med bägge föräldrarna och den ene av dem dör får det efterlevande ansvaret även om endast den avlidne hade *foreldreansvaret*. Här gäller också nyss nämnda regler om den efterlevande står åtalad eller sitter häktad för dråp eller mord på den andra föräldern. Om dödsfallet medför att ingen längre har *foreldreansvaret* för ett barn ska *lensmannen*²⁴ eller tingsrätten upplysas om detta i *dødsfallsmeldinga*²⁵. Det är möjligt för andra än föräldrarna att göra anspråk på *foreldreansvaret* efter dödsfallet enligt reglerna i 7 kap. 63 § BL men det måste ske inom 6 månader efter dödsfallet.

²¹ Backer s. 332.

²² 5 kap. 38 § BL.

²³ Norsk motsvarighet till socialtjänsten.

²⁴ Tjänstetitel inom norska polisväsendet.

²⁵ Närmare släktingar, äkta make eller andra som varit närvarande ska meddela om dödsfallet, se vidare 3 kap. 12a § Skifteloven.

2.3.4 Vårdnadstvister

När situationen är sådan att föräldrarna inte kan komma överens om *foreldreansvaret* kan frågan avgöras av rätten. Gemensamt *foreldreansvar* kan utdömas av rätten mot ena partens vilja men det är inte möjligt om det är emot båda parter vilja.²⁶ Enligt *Hoyesterett* är huvudregeln när det gemensamma livet avslutas att gemensamt *foreldreansvar* ska bestå, om inte särskilda omständigheter talar för enskilt *foreldreansvar*.²⁷ Frågan om föräldraansvar hänger ofta samman med den om barnets permanenta bostad. *Foreldreansvaret* kan inte ges ensamt till umgängesföräldern utan enbart till bostadsföräldern. Det är dock möjligt för umgängesföräldern, att få del av *foreldreansvaret* genom delad vårdnad med bostadsföräldern.²⁸ Tidigare var det vanligt att både bostad- och *foreldreansvarsfrågan* avgjordes gemensamt. Nu är det praxis att domstolen först avgör bostadsfrågan, för att sedan bedöma om *foreldreansvaret* ska vara gemensamt, eller endast tillfalla bostadsföräldern. Men det går inte att förneka att frågorna hänger samman och påverkar varandra enligt Backer. Valet av barnets fasta boende kan påverkas av vad som utgör bäst grund för gemensamt *foreldreansvar* och bästa möjliga föräldrakontakt. Samtidigt som om en förälder får *foreldreansvaret* ensam kan denne flytta var den vill med barnet (se vidare avsnitt 2.6).²⁹

Utgångspunkten vid en prövning av *foreldreansvaret*, är precis som vid mål om umgänge eller barnets bostad, barnets bästa.³⁰ Det finns inga lagreglerade kriterier att tillgå för att avgöra barnets bästa³¹, förutom barnets rätt till medbestämmande i personliga frågor, vilket detta utgör.³² Det har utvecklats olika grunder genom praxis som domstolen kan beakta när den ska avgöra om det gemensamma *foreldreansvaret* ska bestå. Eftersom vårdnads- och bostadsfrågan är sammanlänkad, är också de olika grunderna

²⁶ Ot.prp. nr 56 (1996-97) s. 42-43.

²⁷ Rt .2003 s. 35.

²⁸ Backer s. 323.

²⁹ Backer s .324.

³⁰ 6 kap. 48 § BL.

³¹ Holgersen s. 222.

³² Holgersen s. 208.

det. Därför kommer jag återkomma till grunder under barnets bästa (se avsnitt 2.5) men här följer några sådana som är särskilt viktigt för vårdnadsfrågan. Till att börja med kan domstolen beakta vilka praktiska möjligheter föräldrarna har för att utöva gemensamt *foreldreansvar*. Det är idag enklare än någonsin för föräldrarna att hålla kontakt tack vare den tekniska utvecklingen.³³ För att gemensamt ansvar ska fungera måste föräldrarna kunna samarbeta. Samarbetsproblem behöver inte vara något avgörande argument mot gemensamt *foreldreansvar*, om samarbetet har fungerat tidigare, och det inte är orsaken till föräldrarna lever ihop längre. Sedan ska förmågan att samarbeta ses med det perspektivet, att det ofta råder oenighet mellan föräldrar om hur barnet ska uppfostras.³⁴ Domstolen kan också beakta föräldrarnas personliga egenskaper relaterande till att ta hand om barn. Detta kan gälla barn i allmänhet men även ett specifikt barn. Ett exempel på sådana dåliga personliga förhållanden kopplat till ett visst barn, är om föräldern begått övergrepp mot barnet. Ett annat exempel som kan försämra en förälders chans till gemensamt vårdnad, är när en förälder tidigare har försummat sina plikter under *foreldreansvaret*.³⁵ Även barnets ålder kan få betydelse för gemensamt *foreldreansvar*. Barnets rätt till att både delta i beslut och bestämma själv ökar med åren (se avsnitt 2.6.2). Gemensamt *foreldreansvar* bör därför generellt vara enklare att upprätthålla ju äldre barnet är.³⁶

2.3.5 Registrering av foreldreansvaret

Avtal eller beslut om *foreldreansvaret* är något som skall registreras till *folkeregistermyndigheita*³⁷. Om inte ett beslut eller avtal skickas in till myndigheten är det inte giltigt. När faderskap eller medmorskap³⁸ är fastställt och föräldrarna är folkbokförda på samma adress eller förklarar i

³³ Backer s. 324.

³⁴ Backer s. 325.

³⁵ Backer s. 325-326.

³⁶ Backer s. 326.

³⁷ Norska Skatteverket har hand om *folkeregistret*

³⁸ Benämning på kvinna som fått den juridiska föräldrastatusen efter att dess kvinnliga maka eller sambo fått biologiskt barn genom assisterad befruktning

meddelande till *folkeregistermyndigheita* att de bor samman ska myndigheten registrera att de har *foreldreansvaret* gemensamt.³⁹

³⁹5 kap. 39 § BL

2.4 Barnets boende

I 5 kap. 36 § BL föreskrivs det att föräldrarna kan sluta avtal om att barnet ska bo hos en av dem eller hos båda. När *foreldreansvaret* är gemensamt, och föräldrarna inte kan komma överens, kan rätten bestämma att barnet ska bo permanent hos en av dem. Om det föreligger speciella grunder kan domstolen besluta att barnet ska bo hos bägge två, eller växelvis boende som det också kallas. Denna form av boende gjordes tillgänglig för domstolsväsendet 2010, tidigare var det bara föräldrarna som genom avtal, kunde nå denna lösning. Oavsett om en eller båda föräldrarna är emot denna lösning, kan domstolen välja detta alternativ om det är till barnets bästa.⁴⁰ Att barnet är lika nära sina båda föräldrar, eller att båda föräldrarna anses vara lika goda vårdnadshavare är inte tillräckligt för att besluta om detta alternativ. Det geografiska avståndet mellan föräldrarna måste vara kort för att göra det möjligt för barnet att hålla kontakt med sina vänner och utöva sina fritidsaktiviteter oavsett hos vem barnet bor hos. Barnet ska också själv trivas med denna lösning och föräldrarnas konfliktnivå får inte vara hög. Det räcker inte att föregående föreligger, utan domstolen måste värdera vilken boendelösning som utgör den bästa för barnet.⁴¹ Det finns en rad olika omständigheter som kan vägas in för att avgöra barnets bästa. Ingen av dessa omständigheter är avgörande i sig. Beslutet ska alltid baseras på en helhetsvärdering av omständigheterna i det enskilda fallet.⁴² (se nedan om barnets bästa)

⁴⁰ Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s 52.

⁴¹ Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s 72.

⁴² Lødrup & Sverdrup s. 381.

2.5 Barnets bästa

För att avgöra barnets bästa finns det alltså några få överväganden till hjälp, hämtade från lagstiftningen. Dels 6 kap. 48 § BL, som föreskriver att det i bedömningen ska tas hänsyn till att barnet inte utsätts för våld, eller behandlas på ett sätt så att den fysiska eller psykiska hälsan riskeras och 5 kap. 31 § BL som ger barnen rätt att uttrycka sin åsikt om frågor som rör personliga förhållanden. Det finns också överväganden, fler till antalet, utvecklade genom praxis. Förutom dessa är barnets bästa, ett förhållandevis öppet begrepp enligt lagstiftaren. I förarbetena menar lagstiftaren att det är en styrka att begreppet inte har givits ett allt för starkt innehåll, det lämnar utrymme för en individuell bedömning, och en helhetsbedömning varje enskilt fall. Det är för tillfället inte aktuellt med att närmare lagstifta om vad barnets bästa utgör. Barnets bästa bör få utgöra ett dynamiskt begrepp vars innebörd kan förändras i takt med ny forskning inom området. Istället för att lagstifta är det av lagstiftarens mening att det bör utarbetas lättillgänglig och pedagogisk information riktade till föräldrar om vilka överväganden som kan bli viktiga i vårdnadstvister. Detta skulle utgöra en lämpligare väg till målet om större förutsägbarhet för föräldrarna och färre onödiga tvister.⁴³ Som nämnt ovan ska varje fall bedömas individuellt och ett förhållande som varit betydelsefullt för utgången i en tvist, behöver inte få samma värde i en annan tvist. Rättspraxis inom detta område har därför lite prejudikatvärde men samtidigt ger praxis vägledning om förhållanden som kan få särskild betydelse i bedömningen av barnet bästa.⁴⁴ Här följer olika förhållanden som kan få betydelse. Särskilt när det gäller barnets bästa i tvister om var barnet ska bo.

Status quo-principen

Det talas ofta om en risk vid miljöbyte och att det är bättre att det som råder nu, får fortsätta att vara kvar, om det fungerar. Detta kallas status quo-

⁴³ Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s. 17-20.

⁴⁴ Lødrup & Sverdrup s. 384.

principen.⁴⁵ Att flytta barnen kan utgöra en risk för negativa konsekvenser i förhållande till barnet. En sådan risk bör inte tas när den eventuella vinningen av fördelar för barnet är begränsad i den alternativa lösningen.⁴⁶ Barnets förhållande till vardera föräldern och miljön runt omkring, till exempel bostaden, andra vuxna, skola och vänner är något som det ska skiljas på. Hur länge barnet har vistats i sin nuvarande miljö, bör tas med i beräkningen, precis som hur fästa de är vid miljön, hur olika föräldrars miljöer ut samt om barnet har haft kontakt med den eventuellt nya miljön.⁴⁷ Om föräldrarna bor nära varandra, och barnet är van vid att vistas hos den andra föräldern, bör inte denna omständighet få någon större betydelse.⁴⁸

Det bekymmersamma med denna princip är att den kan få betydelse för hur parterna agerar efter det gemensamma livet är över. Konflikten mellan föräldrarna kan spädas på, när föräldrarna kämpar för att barnen ska bo just hos dem, för att de sedan ska kunna hävda status quo-principen i rätten. Barnen kan därför drabbas ännu hårdare av att föräldrarna går skilda vägar. Hur föräldrarna har agerat under denna period kan tas med i värderingen av vårdnadsfrågan i en rättstvist samtidigt som domstolen till sist och synes ska ha barnets bästa som utgångspunkt.⁴⁹

Barnets anknytning till förälder och faktisk omsorg

Den av föräldrarna som barnet knutit an mest till beror oftast på vem som har tagit hand om merparten av omsorgen av barnet när föräldrarna bott tillsammans.⁵⁰ Detta är särskilt viktigt för småbarn, inte bara på grund av anknytning till viss förälder utan för att om barnet ska bo permanent hos den andra föräldern, kan det medföra en omkastelse av de dagliga rutiner som barnet vant sig vid. Detta utgör en form av miljöskifte som det bör visas försiktighet inför.⁵¹ Denna omständighet är inte till för att belöna den

⁴⁵ Holgersen s. 210.

⁴⁶ Rt. 1996 s. 950.

⁴⁷ Backer s. 341.

⁴⁸ Holgersen s. 210.

⁴⁹ Holgersen s. 210-211

⁵⁰ Innst. O. nr. 30 (1980-1981) s. 14.

⁵¹ Backer s. 338.

förälder som tagit hand om lejonparten av omsorgen, utan det handlar om vad som kommer vara bäst för barnet framöver.⁵² Här kan även barnets relation till andra vuxna i hushållet, som till exempel ny sambo, få en betydelse.⁵³

Föräldrarnas och barnets personliga egenskaper

Föräldrarnas personliga egenskaper i förhållande till att uppfostra kan få betydelse i bedömningen. Egenskaper som är positiva att inneha kan vara empati med förmåga att omedelbart förstå barnets behov, en god verklighetsuppfattning och att kunna stimulera barnet och sätta gränser.

Egenskaper som kan inverka negativt är till exempel personlighetsstörningar, känslomässig- eller psykisk obalans eller missbruk av droger eller alkohol. Det är dock möjligt att ett problemfyllt samleverne och ett uppbrott av samlivet för med sig temporära problem som inte säger mycket om en förälders framtida förhållande till barnet. Andra negativa egenskaper är om en förälder är alltför auktoritär eller alltför undanfallande. Om en förälder gör det svårt för ett barn att gå sin egen väg eller begränsar dess kontakt med omvärlden, till exempel på grund av tillhörighet till en viss extrem religion kan det tala emot att denne förälder ska få

foreldreansvaret.⁵⁴ Religionstillhörigheten i sig ska inte påverka beslutet.⁵⁵

En annan omständighet som inte heller i sig ska påverka beslut om vårdnaden är handikapp. Detta aktualiserades i Rt. 1993 s. 1165 där faderns dövhet hade fått en stor roll i en vårdnadstvist. *Hoyesterett* skrev att ett handikapp som dövhet inte betyder att barnet inte kan bo hos denne föräldern såvida det inte påverkar föräldrarnas möjlighet att ta hand om barnet eller inverkar negativt på barnets utveckling vilket det inte ansågs göra i det aktuella fallet.

⁵² Holgersen s. 209.

⁵³ Backer s. 338.

⁵⁴ Backer s. 338-339.

⁵⁵ Rt. 1996 s. 420.

Barnets vilja

När ett barn fyllt sju år ska denne alltid få säga sin mening i frågor som rör dess personliga förhållanden, och från med att barnet är 12 år ska det läggas stor vikt vid detta.⁵⁶ Att ta med barnets vilja i värderingen av barnets bästa är en utgångspunkt inom norsk rätt. Men utifrån omständigheterna, och barnets ålder och mognad, är det inte säkert att det ska läggas någon stor vikt vid barnets vilja.⁵⁷ Barn ska oavsett ålder och mognad aldrig påtvingas ansvaret att välja mellan sina föräldrar enligt *Hoyesterett*, men samtidigt ska det läggas en betydande vikt på deras åsikt om barnet uppnått en viss ålder och uttrycker en klar vilja, annars är systemet med att rådfråga barnen bara respektlöst och kränkande.⁵⁸

Fallet är dock inte alltid att barnets vilja får avgörande betydelse. I Rt. 2005 s. 682 uttryckte en 10 årig flicka att hon ville fortsätta bo med sin mor. Fadern hade hon inte träffat på tre år. Rätten gav den dagliga omsorgen till fadern och motiverade det med denna lösning gav bäst möjligheter till stabilitet och kontakt mellan föräldrarna

Syskon

Att syskon inte bör splittras är ett återkommande uttalande inom praxis.⁵⁹ Domstolen bör beakta hur nära syskonen står varandra⁶⁰, och vid en större syskonskara bör det också beaktas om inte ena föräldern kommer belastas för hårt, om denne ska ta hand om alla syskon⁶¹.

Tid för barnet

En omständighet som har minskat i betydelse, är vem som kan anpassa sitt liv bäst efter barnet. Möjligheterna till dagis är långt mycket bättre idag och kvinnor jobbar nu i samma utsträckning som män. Om ett barn kräver

⁵⁶5 kap. 31 § 2 st. BL.

⁵⁷Holgersen s.218.

⁵⁸Rt. 2007 s. 376.

⁵⁹se bland annat Rt. 1984 s. 268 och Rt. 1997 s.797.

⁶⁰Rt. 1990 s.198.

⁶¹Backer s. 344.

särskilt mycket omsorg, kan en förälder som har möjligheten att vara hemma mer få en fördel i prövningen.⁶²

Boendemiljö

Det vanliga är att den som får vårdnaden om barnen, också får rätten till den gemensamma bostaden. Denna omständighet aktualiseras främst när ingen eller endast en av föräldrarna kan tänka sig att bo kvar i det som utgjort det gemensamma hemmet.⁶³ Det bör inte läggas någon större vikt på om någon av föräldrarna kan erbjuda bättre ekonomiska villkor för barnen jämfört med den andra föräldern.⁶⁴ Det har inte heller någon betydelse i sig, om den ena föräldern bor ute på landet, medan den andre föräldern bor i tätorten.⁶⁵

Risk för övergrepp

När det anses föreligga en risk för att barnet ska utsättas för övergrepp från den ena föräldern är det ett väldigt tungt argument mot att barnet ska bo hos denne. Att bedöma risken kan vara väldigt svårt.⁶⁶ När det gäller sexuella övergrepp och omsorg av minderåriga har *Hoyesterett* uttalat sig och sagt att under sådana förhållanden får det inte tas några risker alls.⁶⁷

Om en förälder utövat våld mot barnet, inverkar det oerhört negativt på dennes förälders möjligheter att få vårdnaden, om inte våldet varit väldigt bagatellartat, eller skett vid en eller några få enstaka tillfällen. Om våldet har utövats mot den andra föräldern får det framförallt betydelse om barnet bevittnat det hela och hur grovt och frekvent våldet varit.⁶⁸

⁶² Backer s. 344.

⁶³ Backer s. 346.

⁶⁴ Rt. 1993 s. 998.

⁶⁵ Rt. 1986 s. 997.

⁶⁶ Holgersen s. 214-215.

⁶⁷ Rt. 1989 s. 320.

⁶⁸ Backer s. 346-347.

2.6 Vem bestämmer vad

2.6.1 Föräldrarnas bestämmanderätt

Utgångspunkten är att vid gemensamt *foreldreansvar*, ska beslut kring barnet fattas gemensamt. Bostadsföräldern har dock fått en utökad rätt till att fatta beslut enligt 5 kap. 37 § BL i fall när *foreldreansvaret* är gemensamt och barnet bara bor permanent med en av föräldrarna. Den förälder som barnet inte bor hos, kan inte invända mot de beslut boendeföräldern fattar, som rör väsentliga sidor av barnets omsorg. Några exempel på sådana beslut är vilket dagis barnet ska tillhöra, var i landet barnet ska bo (som jag återkommer till nedan) och andra större beslut om det dagliga livet. Vad innefattas av uttrycket ”det dagliga livet”? Jo, detta inkluderar bland annat beslut om mat, när barnets ska sova, dess dygnsrytm och vilka kläder den ska ha på sig Även beslut kring fritidsaktiviteter faller in här.⁶⁹ Det som inte faller in under bostadsföräldrarnas ansvar är val av skola, utbildning och religiösa frågor.⁷⁰

Trots gemensamt *foreldreansvar* var det fram till 2010 möjligt för den så kallade bostadsföräldern, att flytta varsomhelst inom landet med barnet, utan samtycke från den andra föräldern. Det som infördes det nämnda året, är en varselplikt om att minst 6 veckor innan flytt, måste den andre föräldern informeras om flytten. Bostadsföräldern behöver alltså fortfarande inte den andra föräldrarnas tillstånd, men denna varselplikt innebär att föräldrarna får tid till att kunna nå nya överenskommelser kring *foreldreansvaret*, eventuellt med hjälp av medling. Om de inte kommer överens är rättslig prövning en möjlighet. Denna tidsperiod utgör för kort tid för ett slutligt beslut från rätten men den lämnar utrymme för ett interimistiskt beslut. Om varsel om flytt uteblir, finns det ingen sanktionsmöjlighet. Det skulle inte vara förenligt med barnets bästa att införa något sådant. Dock betonas det

⁶⁹ Ot.prp. nr. 56 (1996-97) s. 55-56.

⁷⁰ Inst.O.nr. 80 (1991-92) s. 12.

från lagstiftarens sida, att utebliven notifikation kan vara till nackdel för en förälder i en senare domstolsprövning om vad som utgör barnets bästa.⁷¹

Om det är en flytt utomlands med barnet, som är aktuell, skiljer sig reglerna åt om *foreldreansvaret* är gemensamt eller ej. När en av föräldrarna har *foreldreansvaret* ensamt kan inte den andra föräldern invända mot att barnet flyttar ut ur landet. Om föräldrarna har *foreldreansvaret* gemensamt ska båda samtycka till att barnet flyttar ut ur landet. Om föräldrarna är oeniga om *foreldreansvaret* eller vem barnet ska bo med permanent får inte barnet flytta ur landet förrän saken är avgjord.⁷² Det är inte möjligt för rättsväsendet, enligt *Hoyesterett*, att skapa en mellanlösning, och komma fram till gemensamt *foreldreansvar*, med den inskränkningen att en part inte kan invända mot att den andra parten flyttar utomlands med barnet. Det finns inget stöd i förarbetena, eller i praxis för att det är möjligt för domstolen att dela upp de rättigheter och skyldigheter som återfinns inom *foreldreansvaret* och att rätten att flytta utomlands med barnet skulle ha någon särställning jämfört med de andra funktionerna inom *foreldreansvaret*⁷³. När en förälder fått ensamt *foreldreansvar* interimistiskt kan denne flytta utomlands med barnet.⁷⁴ Det har ingen betydelse om flytten sker till ett annat nordiskt land eller om det är ett land i övriga världen. Resor som sker till obestämt land, till exempel en långvarig segling jorden runt omfattas också av denna paragraf.⁷⁵

Handlar det om kortare utlandsresor, föreskriver 5 kap. 41 § BL att den som har *foreldreansvaret* ensamt eller gemensamt, kan ta med barnet. Det är dock möjligt, även vid gemensamt *foreldreansvar*, för domstolen att fatta beslut om förbud mot resor, om det är osäkert att barnet kommer återvända. Ett sådant beslut kan gälla en enskild resa men också i allmänhet och kan åläggas i ett mål om *foreldreansvaret*, som handlar om barnets permanenta boende eller umgängesrätt. Rätten kan fatta ett interimistiskt beslut till dess att saken är avgjord. En förälder som inte har *foreldreansvaret* kan inte resa

⁷¹ Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) s 45.

⁷² 5 kap. 40 § BL.

⁷³ Rt. 2000 s. 185.

⁷⁴ Ot. Prp. Nr. 56 (1996-97) s. 86.

⁷⁵ Backer s. 367.

utomlands med barnet utan tillåtelse från den som har *foreldreansvaret*. Domstolen kan på begäran från den som vill resa, ge sitt samtycke till utlandsresan om det är uppenbart att barnet kommer återvända (se rättsfall nedan). När rätten ska värdera om det råder så stor osäkerhet om att barnet ska återvända att ett reseförbud är nödvändigt ska de beakta bägge parter relation ,och om resan går till ett land som Norge inte har något utlämningsavtal med. Om returbiljetten är inköpt före avresan kan det ha en viss betydelse för att resan ska tillåtas. Det ska också värderas om föräldern har anledning att stanna kvar på platsen eller att se till att barnet blir kvar där.⁷⁶

I Rt.1988 s.1017 fick en förälder som inte hade *foreldreansvar* men umgängesrätt, tillåtelse att ta med sig barnet till en utländsk semesterort i två veckor. Detta därför att det var en semesterort som många norrmän åkte till och domstolen inte såg någon anledning till att frukta att barnet inte kommer återföras till den andra föräldern när umgängestiden var över.

Det nämns inte något om det i förarbetena, men med hjälp av avtal går det förmodligen att utvidga eller inskränka den makt som bostadsföräldern innehar enligt Backer. En viss avtalsfrihet bör råda. Det finns dock plikter inom gemensamt *foreldreansvar* som det inte går att avsäga sig eller avtala bort. Föräldern som barnet inte bor hos kan inte få ensam beslutsrätt i vissa frågor, samtidigt som det troligen heller inte är möjligt för bostadsföräldern att få ensam beslutsrätt i vissa frågor utanför det som är lagreglerat.⁷⁷

2.6.2 Barnets bestämmanderätt

Det har nämnts i föregående avsnitt, att det i *foreldreansvaret* ingår att fatta beslut kring personliga frågor, men att det ska utgå från barnets behov och intresse. Det betyder inte att barnet inte har någonting att säga till om. Ett barn har rätt att delta i beslutfattandet i frågor som rör dem. Beslut i personliga frågor kan lämnas över till barnet, beroende på dess mognad och

⁷⁶ Backer s. 372.

⁷⁷ Backer s. 353.

ålder. Detta gäller även för andra vuxna som barnet bor hos eller som har med barnet att göra.⁷⁸ Första delen av paragrafen befäster i norsk rätt det som återfinns i barnkonventionen artikel 12 nämligen att barn har rätt att uttrycka sin åsikt i frågor som rör dem och beroende på ålder och mognad ska dess åsikt få större betydelse. Detta medbestämmande för barnet gäller bara barnets personliga förhållanden. Vad det gäller ekonomiska förhållanden råder det en 14 års gräns för medbestämmande och det regleras i 5 kap. 40 § Vml⁷⁹. Ofta innehåller olika handlingar både en ekonomisk och en personlig del. För att reda ut vilken del som hör till vilken lagstiftning, kan man dela upp det hela i två delar. Dels vad ska barnet göra och dels hur detta ska finansieras. Den första delen rör det personliga och styrs därför av reglerna i 5 kap. 31 § BL. Den andra delen regleras genom Vml. Det finns inget krav i paragrafen om att barnet ska hållas informerad och delta i beslut som rör övriga familjeangelägenheter men det kan förstås utgöra en del av en god barnuppfostran.⁸⁰ När en ungdom fyllt 15 år och ingått avtal om arbete som denne kan försörja sig på har även denna ungdom rätt att säga upp avtalet eller ingå avtal om liknande arbete. Det är möjligt för ungdomens förmyndare att häva avtalet genom att inom rimlig tid meddela ungdomens avtalspartner att arbetesavtalet ingåtts av eller för en minderårig över 15 år om förmyndaren finner det nödvändigt med hänsyn till ungdomens uppfostran eller välbefinnande.⁸¹ Typiska arbetsavtal som en 15 åring skall kunna ingå på egen hand är om arbete som inte kräver många timmars arbete i veckan som till exempel gräsklippning eller jobb som barnvakt. Om arbetet kräver avtal av mer bindande omfattning eller innebär stor ekonomisk förtjänst som reklamuppdrag eller filminspelning bör inte ungdomen kunna bestämma om det själv utan det lär falla under *foreldreansvaret*.⁸²

⁷⁸ 5 kap. 31 § BL.

⁷⁹ Lov 22. April 1927 nr. 3 om vergemål for umyndige.

⁸⁰ Backer s. 293.

⁸¹ 4 kap. 32 § Vml.

⁸² Kjølberg & Johansen s. 31.

När barnet fyllt 7 år ska denne få säga sin mening innan tunga beslut fattas om dess personliga situation.⁸³ Ett tungt beslut kan till exempel utgöra hos vem barnets ska bo. Denna 7 årsgräns är relativt ny fram till 2003 var det 12 år som utgjorde gränsen. Paragrafen slår vidare fast att när barnet har fyllt 12 år, skall det läggas stor vikt vid barnets åsikt, och inkluderat i detta finns även beslut kring medicinsk behandling och operationer.⁸⁴ Barn ska dock aldrig pressas, eller tvingas till att ha en åsikt. Inget barn har något krav att uttala sig i en fråga som rör *foreldreansvar*, umgänge eller bostad.⁸⁵ I 5 kap. 32 § BL stadgas det att ett barn som fyllt 15 år, bestämmer själv i frågan om val av utbildning, och om att gå med eller ur föreningar. Detta gäller såväl politiska föreningar som religiösa samfund.⁸⁶ Föräldrarna ska ge barnet ett allt större självbestämmande med åldern och fram tills dess att denne är myndig.⁸⁷

⁸³ 5 kap. 31 § 2 st. BL.

⁸⁴ Lødrup & Sverdrup s. 382.

⁸⁵ Innst. O. nr. 96 (2002-2003) s. 22.

⁸⁶ Lødrup & Sverdrup s. 382.

⁸⁷ 5 kap. 33 § BL.

2.7 Internationella konventioner

2.7.1 Inledning

De internationella konventioner som har haft mest inflytande inom detta lagstiftningsområde är enligt Backer Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) och FN:s konvention den 20 november 1989 om barnets rättigheter (Barnkonventionen).⁸⁸

2.7.2 EKMR

Denna konvention ratificerades av Norge 1952 och blev rättsligt bindande. Det ansågs vara så klart att norsk rätt uppfyllde de krav som EKMR ställer att den inte ens nämns i BL:s förarbeten. Istället blev det inte tydligt förrän under 90-talet att EKMR påverkar norsk lagstiftning kring barn och föräldrar och dess behandling av mål. Framförallt är det dess artikel 6 om rätten till en rättvis rättegång i tvister som gäller förhållandet mellan barn och föräldrar och artikel 8 om rätten till respekt för privatliv och familjeliv som har haft inflytande. Även några regler i tilläggsprotokollen kan ha haft betydelse som till exempel protokoll 7, artikel 5 som handlar om jämlikhet mellan äkta makar. EKMR har inkorporerats i norsk rätt genom *menneskerettsloven*. Eftersom konventionen är inkorporerad är det den officiella språkversionen, och inte den norska översättningen, som ska användas vid en tolkning av dess mening.⁸⁹ Enligt *Høyesterett* ska en tolkning av EKMR grundas på den metod som Europadomstolen själva använder med reservationen att norsk domstol inte ska ägna sig åt en för dynamisk vidareutveckling av konventionsrättigheterna.⁹⁰

2.7.3 Barnkonventionen

Norge ratificerade barnkonventionen 8 januari 1991 och den trädde i kraft för landet 7 februari samma år. När ratifikationen genomfördes ansåg

⁸⁸ Backer s. 16.

⁸⁹ Backer s. 18-20.

⁹⁰ Rt. 2000 s. 996.

lagstiftaren att norsk lag i stort sett överensstämde med barnkonventionen och endast ett förbehåll angående överprövning av brottmål lämnades.⁹¹ Barnkonventionen har precis som EKMR inkorporerats i norsk rätt genom *menneskerettsloven* och det är således den officiella språkversionen som ska användas vid tolkning.⁹² FN:s officiella språk är sex till antalet och dessa är arabiska, kinesiska, engelska, franska, ryska och spanska. Att konventionen har inkorporerats har inneburit beröm från FN:s barnrättskommitté. Norge har också, 2001 respektive 2003, ratificerat de två tilläggsprotokollen⁹³ som finns till konventionen och detta medförde ett par mindre lagändringar⁹⁴.

⁹¹ St.prp. nr. 104 (1989-90).

⁹² Backer s. 18-20.

⁹³ Optional protocol on the involvement of children in armed conflict 25 maj 2000 och Optional Protocol on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography 25 maj 2000.

⁹⁴ Ot.prp. nr. 45 (2002-2003) s. 12.

2.8 Statistik Norge

Enligt SSB⁹⁵ bor det 5,038 miljoner människor i Norge.⁹⁶ Av dessa är 1 118 200 barn dvs. personer under 18 år.⁹⁷ Under 2011 föddes 60 200 vilket ger en nativitetssiffra på 1,88.⁹⁸

2011 bodde 75 % av alla barn tillsammans med sina föräldrar. 1989 var motsvarande siffra 82 %. Gällande barn som bor tillsammans med gifta föräldrar var den siffran 2011 56 % jämfört med 75 % 1989. Antalet barn som bor i hushåll där föräldrarna är sambos utgör de 18 % medan den siffran låg på 4 % 1989. Vad gäller barn som enbart bor med en förälder var siffran 25 % 2011 men siffran låg på 18 % för 23 år sedan. För att gå djupare in på de barn som bara bor med en förälder utgjorde de som bor med modern 21 % och de som bor med fadern 4 %.⁹⁹ Vad gäller själva *foreldreansvaret*, har uppsatsförfattaren inte lyckats hitta någon statistik kring dess fördelning.

⁹⁵ Norsk motsvarighet till Statistiska Centralbyrån

⁹⁶ www.ssb.no/emner/02/02/folkendrkv/ (2012-11-23).

⁹⁷ www.ssb.no/emner/02/01/20/barn/ (2012-11-23).

⁹⁸ www.ssb.no/befolkning/ (2012-11-23).

⁹⁹ www.ssb.no/emner/02/01/20/barn/ (2012-11-23).

3 Sverige

3.1 Kort om föräldrabalkens historia

Den 10 juni 1949 utfärdades Föräldrabalken (FB), och 1950 trädde lagen i kraft. Syftet var att systematisera föräldrarätten, samt att kodifiera ett antal lagar till en gemensam balk. De berörda lagarna hade tillkommit framförallt under perioden 1917-1924, och reglerade äktenskaplig börd, barn i äktenskap, barn utom äktenskap, makes underhållsskyldighet mot andra makens barn, adoption samt förmynderskap. Förutom systematiseringen, och andra åtgärder av det mer formella slaget, innehöll också FB flera nyheter. Några exempel på dessa nyheter, var att det gjordes lättare att häva faderspresumtionen för barn utom äktenskap, och att båda far och mor skulle bli förmyndare för ett barn inom ett äktenskap istället för fadern ensamt som tidigare var praxis.¹⁰⁰

FB har genom åren genomgått otaliga förändringar, och bland dem som är mest relevanta för denna uppsats märks de som genomfördes 1983, 1991, 1998 och 2006. Det förstnämnda året var lagstiftarens ambition att främja gemensam vårdnad genom att låta vårdnaden fortsätta vara gemensam efter skilsmässa, om inte parterna ville annorlunda och tog saken till domstol. Ogifta föräldrar, som bodde tillsammans med sina barn skulle nu kunna få gemensam vårdnad genom en enkel anmälan till pastorsämbetet.¹⁰¹ Åtta år senare var lagstiftarens ambition att försöka förmå föräldrar att själva komma överens i frågor som rör vårdnad och umgänge. Samarbetssamtal ska erbjudas i samtliga av landets kommuner samt att det också ska kunna vara tillgängligt från domstolens sida i mål om vård och umgänge. Gemensam vårdnad var inte längre något som föräldrarna måste vara ense om, utan fanns som ett alternativ för domstolen, så länge inte någon av föräldrarna utesluter det. En annan förändring var att ogifta föräldrar, genom anmälan till socialnämnden i samband med att faderskapet fastställs, kunde

¹⁰⁰ Prop. 1949:93 s. 1-2.

¹⁰¹ Prop. 1981/82:168.

få gemensam vårdnad.¹⁰² 1998 fortsatte lagstiftaren på den inslagna vägen gällande samförståndslösningar samt främjande av gemensam vårdnad. Föräldrarna fick möjligheten att i avtalsform själva kunna reglera vårdnad, boende och umgänge, förutsatt att detta avtal godkänns av socialnämnden. Barnets bästa betonades ännu mer, och det manifesteras bland annat genom att en övergripande bestämmelse införs, som talar om att barnets bästa skall komma i främsta rummet i avgörandet vid avgörande av alla frågor som rör vårdnad, umgänge och boende. Gemensam vårdnad blev nu ett alternativ för domstolen, även om en av föräldrarna är emot detta, med förutsättningen att gemensam vårdnad utgör barnets bästa.¹⁰³ Förändringar i 2006 års vårdnadsreform kommer jag återkomma till, det är den senaste stora förändringen inom detta lagstiftningsområde.

¹⁰² Prop 1990/91:8 s. 3-4.

¹⁰³ Prop 1997/98:7.

3.2 Vårdnadens innehåll

Att vara vårdnadshavare är ett stort ansvar och medför både rättigheter och skyldigheter. Barn har enligt 6 kap. 1 § FB rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran. Omvårdnad handlar inte bara om att barnets materiella behov ska täckas utan även att barnets psykiska behov ska uppfyllas. Trygghet innebär enligt förarbetena bland annat att barnet har rätt att få leva i ett stabilt förhållande, och ha tillgång till någon som denne kan lita på. God vård och fostran utgör en förutsättning för att barnet ska känna sig behövt. Barnet ska få tillfälle att pröva sin förmåga och utveckla sina inneboende resurser för att successivt kunna frigöra sig från vårdnadshavarna. Utöver detta, ingår det i en god fostran att lära barnet sätta gränser för eget handlande och ta ansvar i. 6 kap. 1 § FB föreskriver också att vårdnadshavaren ska behandla barnet med aktning för dess person och egenart.¹⁰⁴

Det är möjligt för en förälder att tillrättavisa sitt barn men det måste ske inom rimliga gränser. För 6 kap. 1 § FB föreskriver även att barn inte får utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. Om barnet utsätts för en kroppslig bestraffning och denna motsvarar en handling mot annan person som klassas som misshandel enligt BrB är den brottslig. Förbudet är inte begränsat till fysiska handlingar, utan även handlingar som påverkar barnet psykiskt och som kan hämma barnets personlighetsutveckling, till exempel genom att föräldrarna fryser ut barnet eller förnedrar det omfattas.¹⁰⁵ Utöver sådana handlingar kan även rumsarrest, öppnande av post och annat som kränker integriteten vara förbjudet beroende på barnets ålder och mognad. Barnets integritetsskydd blir starkare med dess ålder, även om deras rätt till privatliv och skydd mot insyn inte kan var absolut. Detta för att vårdnadshavarna ska kunna fullgöra sin tillsynsskyldighet. Om det finns misstankar om att barnet deltar i något

¹⁰⁴ NJA II 1983 s. 4 Prop. 1981/82:168 Vårdnad och umgänge m m.

¹⁰⁵ Walin Gösta, Vängby Staffan, *Föräldrabalken En kommentar. Del 1*, 2010. Kommentrar till 6 kap. 1 §.

som är skadlig, eller i övrigt olämpligt för barnet, kan det vara behövt att gå igenom barnets tillhörigheter eller öppna dess post.¹⁰⁶

Vårdnadsinnehavaren har som nämnt, ett omfattande ansvar. Denne ansvarar för barnets personliga förhållanden, och att barnets behov enligt nämnda 1 § blir täckta. Det finns även ett ansvar att barnet får den tillsyn som krävs relaterat till barnets ålder, utveckling och övriga omständigheter.¹⁰⁷ Om barnet skulle orsaka en skada, och det kan bevisas att vårdnadshavaren brustit i sin tillsynsplikt, kan det medföra att denne blir skadeståndsskyldig enligt 2 kap. 1 § Skadeståndslagen.¹⁰⁸ Det finns vidare ett ansvar för vårdnadsinnehavaren att hindra barnet från att skada någon annan person. Detta ska ske genom att barnet hålls under uppsikt eller genom att vidta andra lämpliga åtgärder. Vårdnadsinnehavare ska också se till att barnet både försörjs och utbildas på ett tillfredställande sätt. Dessa uppräknade behov utgör inte något som enbart barnets vårdnadshavare personligen måste tillgodose. Även samhället har en roll i ansvaret för en god uppväxt genom den barntillsyn, förskola, skolor och fritidsaktivitet som det allmänna står till buds med för barn och ungdomar.¹⁰⁹ Vårnaden av barnet upphör när denne fyller 18 år, eller vid äktenskap om det ingås innan denna ålder.¹¹⁰

¹⁰⁶ NJA II 1983 s. 4-5 Prop. 1981/82:168 Vårdnad och umgänge m m.

¹⁰⁷ 6 kap. 2 § 2 st. FB.

¹⁰⁸ Saldeen s. 171.

¹⁰⁹ NJA II 1983 s. 6 Prop. 1981/82:168 Vårdnad och umgänge m m.

¹¹⁰ 6 kap. 2 § FB.

3.3 Vem är vårdnadshavare

3.3.1 Faktisk och rättslig vårdnad

När det gäller vårdnad, får man skilja på den rättsliga vårdnaden och den faktiska vårdnaden även om dessa ofta sammanfaller.¹¹¹ Den faktiska vårdnaden innebär den dagliga omsorgen om barnet. Den rättsliga vårdnaden är vanligtvis det FB syftar på när det står skrivet vårdnad i lagtexten. Ibland kan omständigheterna vara sådana, att den som innehar den rättsliga vårdnaden kan få lämna över den faktiska vårdnaden. Detta kan ske på frivillig basis eller genom tvång.¹¹²

3.3.2 Vårdnad genom äktenskap

Om föräldrarna är gifta när barnet föds kommer barnets stå under gemensam vårdnad. Under alla andra omständigheter är modern ensam vårdnadshavare till att börja med. Fadern kan först bli vårdnadshavare efter att faderskap fastställts genom bekräftelse eller dom enligt 1 kap. 3 § FB. Ett annat alternativ är att föräldrarna gifter sig vilket medför att barnets kommer stå under gemensam vårdnad från och med tidpunkten för äktenskapet.¹¹³

3.3.3 Vårdnad genom avtal

Föräldrarna kan själva avtala om vårdnaden och då komma överens om den vara gemensam eller enskild.¹¹⁴ En av dem som tecknar avtalet måste vara vårdnadsinnehavare. Vårdnaden kan inte ges till någon annan än en förälder. Avtalet kan vara begränsat i tid och kan användas som ett alternativ till interimistiskt beslut från domstolens sida i väntan på dom.¹¹⁵ För att avtalet ska vara giltigt måste det vara skriftligt och godkännas av socialnämnden.

¹¹¹ Saldeen s. 168.

¹¹² NJA II 1983 s. 5 Prop. 1981/82:168 Vårdnad och umgänge m m.

¹¹³ 6 kap. 3 § FB.

¹¹⁴ 6 kap. 6 § FB.

¹¹⁵ Sjösten s. 61.

Om avtalet gäller gemensam vårdnad skall det godkännas av socialnämnden, om det inte är uppenbart att barnets bästa inte överensstämmer med avtalet.¹¹⁶ När ett avtal godkänts kan det verkställas på samma sätt som ett domstolsavgörande likt 21 kap. 3 § FB. Avtalet kan ändras genom att ett nytt avtal skrivs eller genom dom.¹¹⁷ Det är även möjligt för föräldrarna att teckna liknande avtal om barnets boende och umgänge.

3.3.4 Vårdnad genom anmälan

Gemensam vårdnad kan nås genom registrering hos skatteverket. Det förutsätter att barnet är folkbokfört i Sverige. Vidare kräver det en anmälan av båda föräldrarna på ett av följande två sätt. Det ena förutsätter anmälan till socialnämnden i samband med godkännande av faderskapsbekräftelse från nämndens sida eller bekräftelse av föräldraskap enligt 1 kap. 9 § FB. Det andra tillvägagångssättet involverar en anmälan till skatteverket med förutsättningen att inget beslut om vårdnad har meddelats tidigare.¹¹⁸

3.3.5 Vårdnad vid dödsfall

Om barnet står under gemensam vårdnad och en av vårdnadshavarna dör, innebär detta att den överlevande får vårdnaden ensam. När omständigheterna är att båda vårdnadshavarna har avlidit skall rätten anförtro vårdnaden till en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare. Detta ska ske när rätten mottagit anmälan från socialnämnden om dödsfallen, eller efter att det blivit känt för rätten på annat sätt. När fallet är att barnet står under enskild vårdnad, och denne förälder avlider kan den andra föräldern ansöka om vårdnaden eller socialnämnden kan anmäla om detsamma till rätten. Rätten kan tilldela denna förälder vårdnaden, men om det är mer lämpligt ge vårdnaden till en eller två särskild förordnade vårdnadshavare.¹¹⁹

¹¹⁶ 6 kap. 6 § FB.

¹¹⁷ Prop. 1997/98:7 s. 86.

¹¹⁸ 6 kap. 4 § FB.

¹¹⁹ 6 kap. 9 § FB.

3.3.6 Vårdnadstvister

Skulle föräldrarna gå skilda vägar och det döms till äktenskapsskillnad kommer den gemensamma vårdnaden består om den inte upplöses enligt 6 kap. 5,7 eller 8 §§ FB. Vårdnaden kan komma att ändras, efter begäran till rätten från en eller båda föräldrar. För att rätten ska döma till enskild vårdnad krävs det att gemensam vårdnad inte är förenlig med barnets bästa. Rätten får inte besluta om gemensam vårdnad, om både föräldrarna är emot detta.¹²⁰ I situationer där en förälder yrkar på ensam vårdnad behöver inte det betyda att denne är emot gemensam vårdnad strikt. Inom ramen för sin utredningsskyldighet måste domstolen ta reda på föräldrarnas inställning till gemensam vårdnad vid avslag på dess yrkande.¹²¹

När tvist uppstår om vårdnaden är rättens främsta utgångspunkt för beslutet barnets bästa. Vid bedömningen av detta skall det enligt 6 kap. 2 a § FB fästas särskilt avseende vid risken för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp eller att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa. Det sistnämnda syftar bland annat på situationer när vårdnadshavarnas missbruk får dessa att lämna barnet vind för våg eller låter barnets vistas i olämpliga miljöer.¹²² En annan omständighet, som betonas i lagtexten, för bedömningen av barnets bästa, är barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Beroende på barnets ålder och mognad kan det också fästas vikt vid barnets vilja. (se vidare avsnitt 3.5)

¹²⁰ 6 kap. 5 § FB.

¹²¹ Sjösten s. 52.

¹²² Sjösten s. 42.

3.4 Barnets boende

Om barnet står under gemensam vårdnad kan rätten, om en eller båda föräldrarna yrkar på det, fatta beslut om vem av föräldrarna barnet ska bo hos.¹²³ Domstolen kan inte bestämma att barnet ska bo hos någon annan utöver dessa. Föräldrarna behöver inte ha flyttat isär ännu, för att domstolen ska kunna fatta beslut om boendet, det räcker att det finns en sådan avsikt.¹²⁴ Precis som nämnts tidigare är det barnets bästa som ska vara avgörande för det beslut domstolen kommer fram till. Domstolen ska framförallt beakta barnets behov av nära och god kontakt med bägge föräldrar, samt risken för övergrepp mot barnet. Beroende på barnets mognad och ålder ska också hänsyn visas till barnets vilja. Även andra omständigheter kan beaktas, och dessa kan i princip utgöra av allt som påverkar barnets fysiska och psykiska hälsa och utveckling.¹²⁵

I och med den reform som genomfördes 1998 har domstolen möjligheten att besluta om växelvis boende. Detta innebär att barnet bor omväxlande hos var och en av föräldrarna. Växelvis boende är något domstolen kan komma fram till även om en av föräldrarna är emot det. I praxis har det visat sig att de förutsättningar som krävs för att växelvis boende ska bli aktuellt utgörs av barnets behov av god och nära kontakt med föräldrarna, barnets vilja, att avståndet mellan föräldrarna är kort samt att föräldrarnas samarbetsvårigheter inte är speciellt djupa. Barnet ska inte behöva byta förskola eller skola från en vecka till en annan. För att denna form av boende ska fungera måste föräldrarna kunna acceptera att det inte råder millimeterrättvisa och vara flexibla kring barnets fritidsaktiviteter och kompisrelationer. Vilket kan föra med sig att barnet bor eller uppehåller sig något mer hos ena föräldern än överenskommet.¹²⁶ Barnets vilja är också viktigt. Det går att fundera över enligt Singer, om de grundläggande förutsättningarna för denna boendeform är uppfyllda om inte föräldrarna är

¹²³ 6 kap. 14 a § FB.

¹²⁴ Sjösten s. 79.

¹²⁵ Prop. 1997/98:7 s. 113.

¹²⁶ Prop. 2005/06:99 s 52-53.

överens själva om detta alternativ utan gör det till föremål till en domstolsprövning.¹²⁷ Tidigare var praxis att om föräldrarna är överens bör det också utgöra barnets bästa¹²⁸ medan nu har det markerats att om barnet är emot det bör förutsättningarna var dåliga för att det ska lyckas och därför motsvarar det heller ej barnets bästa. Även om föräldrarna är överens om växelvis boende är det inte självklart att det utgör barnets bästa .¹²⁹

¹²⁷ Singer, Anna, *Barnets bästa – Om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, sjätte upplagan, 2012 s. 134.

¹²⁸ Prop. 1997/98:7 s. 113.

¹²⁹ Prop. 2005/06:99 s. 53.

3.5 Barnets bästa

I SOU 1997: 116 skriver den svenska Barnkommittén att barnets bästa ska tolkas genom ett objektiva och ett subjektiva perspektiv och hänvisar till den brittiske familjerättsexperten John Eekelaar. Det objektiva perspektivet går på att göra bedömningar som har sin grund i vetenskap och beprövat erfarenhet. Sådan kunskap ska beslutsfattaren själv skaffa sig eller inhämta denna kunskap från experter. Det subjektiva handlar om att barnet i fråga själv får uttrycka sin åsikt om sitt eget bästa. Detta skall ske i en trygg miljö och barnet ska inte påverkas alltför mycket av någon vuxen. Genom att kombinera dessa synsätt får beslutsfattaren det bästa underlaget för att bedöma vad som utgör barnets bästa.¹³⁰ Dessa tankar återkommer i prop. 2005/06:99. Då var lagstiftarens ambition, att betydelsen av barnets bästa skall komma till klarare uttryck i lagen, och skulle vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. Barnperspektivet i alla beslut och åtgärder rörande barn ska vara tydligt och utgångspunkten för denna syn är att visa respekt för barnets fulla människovärde och integritet. I barnperspektivet ingår det att försöka se situationen med barnets ögon, lyssna på barnets åsikt, samt analysera vad olika handlingsalternativ kommer ge för framtida konsekvenser för barnet. Detta innebär inte att barnets åsikt alltid väger tyngst, i slutändan är det den vuxne, som med sin erfarenhet, ska fatta beslutet och ta ansvar för det. Det som är bra för föräldrarna, är ofta också bra för barnen men inte alltid och det är barnens intresse som ska ha högsta prioritet. Därför ändrades lydelsen av FB 6 kap. 2 a §, från att barnets bästa ska komma i främsta rummet, till att barnets bästa ska vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. Lagstiftaren vill inte lagstifta närmare om vad som skall anses vara det bästa för barnet. Det kan medföra att flexibilitet i det enskilda fallet kan gå förlorad. Lagstiftaren finner det också viktigt att både socialnämnder och domstolar skriver utförligt om hur de har resonerat för att komma fram till

¹³⁰ SOU 1997: 116 s 134

barnets bästa. Det får nämligen inte bli ett begrepp som används slentrianmässigt.¹³¹

För att bedöma vad som är barnets bästa kan man ha som generell utgångspunkt att barnet har rätt till omvårdnad, trygghet och kärlek. En förälder behöver kunna ge barnet detta för att bedömas som lämplig som vårdnadshavare. Även en förälders känslomässiga anknytning till barnet samt dess förmåga att ge barnet kärleksfull omsorg bör vägas in.¹³²

Vanligtvis är föräldrarna lika lämpliga som vårdnadshavare vilket har gjort det svårt att avgöra det enskilda fallet. Det finns några förhållanden som lyfts fram i lagtexten (se avsnitt 3.3.6) men därefter har lagstiftaren, som nämnts, valt att lämna begreppet ganska öppet.

Barnets bästa skiljer sig från traditionella rättsregler på det sättet att när vanliga rättsregler tillämpas ges vissa omständigheter större juridisk relevans jämfört med andra medan tillämpning av barnets bästa kan skilja sig från fall till fall. Från domstolens sida använder man sig istället av presumtioner om barnets bästa som hämtas från lagtext, förarbeten och praxis av överrätt. Traditionella rättssäkerhetskriterier som likhet inför lagen och förutsägbarhet stärks därmed samtidigt som vissa delar av barnets bästa får högre prioritet än andra.¹³³

Här följer moment som utkristalliserats genom praxis, som domstolen kan ta hjälp av för att avgöra vad som utgör barnets bästa.

Kontinuitetsprincipen

Det finns en presumtion att domstolen bör undvika att flytta ett barn från en inrotad miljö eller på något sätt rubba en ordning som fungerar. Detta kallas kontinuitetsprincipen.¹³⁴ Ett barn behöver förutsägbarhet och kontinuitet. För en god utveckling är barnet i behov av att samspela med människor som

¹³¹ Prop. 2005/06:99 s. 38-40.

¹³² Singer s. 119.

¹³³ Schiratzki, Johanna, *Barnrättens grunder*, fjärde upplagan, 2010 s. 36-37.

¹³⁴ SOU 2005:43 s. 273.

är mottagliga för deras signaler. Detta samspel får inte avbrytas tvärt och ofta.¹³⁵ Små barn, under tre år, bör helst inte ha upprepade avbrott i sin kontakt med den förälder de bor hos. Detta då barnet vid den åldern har en bristande förmåga att hålla fast minnesbilder och dessa avbrott kan innebära stor psykisk påfrestning för en del barn. Detta betonas särskilt för barn som har haft väldigt lite eller ingen kontakt alls med den andra föräldern.¹³⁶

I NJA 1992 s. 666 handlade det om en flicka som föddes 1983. Föräldrarna bodde tillsammans när flickan föddes men separerade ett halvår senare. Modern hade hela tiden haft ensam vårdnad men här yrkade fadern på att vårdnaden skulle överföras till honom. Fadern hade haft väldigt lite umgänge med sin dotter efter separation, trots att han gång på gång hade försökt att få till detta. Utredningen i målet visade att modern inte bara underlåtit att medverka till umgänge utan också aktivt motarbetat att något sådant skulle komma till stånd. Fadern ville medverka till umgänge mellan mor och dotter, om han fick vårdnaden. Dessa förhållanden är sådant som talar för att fadern skulle få vårdnaden enligt HD, men fortsatte med att flickan bott hela sitt 9 åriga liv med sin mor, och hela denna tidsperiod haft henne som ensam vårdnadshavare. Flickans förhållande med modern var bra, och hon hade under de senaste åren endast träffat sitt far under korta tillfällen när han hade försökt utöva sin umgängesrätt. Omständigheterna under dessa korta möten måste ha varit mycket obehagliga för flickan skrev HD. Att överföra vårdnaden till fadern skulle medföra en allt för stor förändring för flickan, och vissa av följderna är svåra att förutse. Därför fann HD att det var till barnets bästa att vårdnaden fortsatt stannade hos modern.

Föräldrars lämplighet

6 kap. 7 § FB stadgar att rätten ska besluta om ändring i vårdnaden om en förälder vid utövande av vårdnaden gör sig skyldig till missbruk, försummelse eller i övrigt brister i omsorgen vilket medför en risk för barnets hälsa eller utveckling. Det handlar framförallt om risken att barnet

¹³⁵ SOU 2005:43 s. 103.

¹³⁶ SOU 2005:43 s. 520.

far illa. En riskbedömning måste göras, och en sådan skall baseras på det som finns utrett, angående tidigare händelser och andra faktiska omständigheter. Några exempel på omständigheter som kan ha betydelse är hot om övergrepp, tidigare utförda övergrepp, allmän attityd till våld, missbruksproblem och psykisk sjukdom. Vid en bedömning är inte beviskraven lika höga som i brottsmål och även om polisen lagt ner sin förundersökning angående övergrepp kan det beaktas i bedömningen. Har den tidigare utredningen visat att övergrepp har ägt rum kommer bedömningen i annan dager. Vid sådana tillfällen ska det vägas in om övergreppen varit frekventa, om de begåtts under längre tidsperiod, övergreppens art och om de har riktas mot fler än en person. I sådana fall finns det anledning att utgå från att ett barn kommer fara illa med denna förälder som vårdnadshavare. Det ska också det vägas in när övergreppen ägt rum tidsmässigt. Om det är länge sen, och denna förälder och barn har haft ett gott förhållande sedan dess behöver det inte finnas en risk att barnet ska fara illa. Fallet kan ju dock vara att övergreppen ägt rum nära i tiden vilket gör att förhållandet mellan förälder och barn kan vara osäkert. I sådana fall bör risken bedömas som större. Det går också att väga in om föräldern genomgått en behandling för att förbättra sitt beteende och om vad barnet har för inställning.¹³⁷

I NJA 2006 s. 26 yrkade fadern på ensam vårdnad om parets gemensamma barn, samtidigt som modern ville att den gemensamma vårdnaden skulle bestå. Fadern var av åsikten att modern var olämplig som vårdnadshavare, och anförde bland annat att modern dömts för försök till dråp på honom, vilket har gjort han rädd för henne. Han kunde därför inte ha någon direktkontakt med modern. Fallet togs upp i HD, som tog fasta på faderns rädsla som medfört att parterna inte kan samråda direkt med varandra kring frågor om barnen. Den anförde vidare i sina domskäl att gemensam vårdnad under dessa omständigheter inte framstod som till barnens bästa. Det fanns ingenting som talade emot fadern som ensam vårdnadshavare. Trots sin

¹³⁷ Prop 2005/06:99 s.42-43.

rädsla hade han verkat för att barnen skulle ha umgänge med modern. HD ändrade HovR:s dom och gav fadern ensam vårdnad.

Samarbetssvårigheter

Detta är en omständighet som infördes uttryckligen i lagtexten (6 kap. 5 § 2 st. FB) i samband med vårdnadsreformen 2006. För att gemensam vårdnad ska kunna fungera krävs det att föräldrarna ska kunna samarbeta i frågor som rör barnet någorlunda konfliktfritt. Detta innebär inte att föräldrarna måste dela samma åsikt. De ska dock kunna hantera sina meningsskiljaktigheter utan att det drabbar barnet. Konflikten mellan föräldrarna behöver inte vara så svår och djup att det är omöjligt för föräldrarna att samarbeta, för att gemensam vårdnad ska anses oförenlig med barnets bästa.¹³⁸

I NJA 2007 s. 382 behandlades frågan om de samarbetsproblem föräldrarna hade, var så omfattande att gemensam vårdnad inte var att anse som det bästa för barnet. En man och en kvinna som inte hade varit gifta eller levt ihop, hade ett barn tillsammans som var ett par år gammal. Mannen yrkade på att den gemensamma vårdnaden skulle bestå medan kvinnan ville ha ensam vårdnad. Efter TR:s dom hade fallit, som gick på mannens yrkande, trädde förändringar (Prop 2005/06:99) i FB i kraft, bland annat då det som nämns ovan gällande samarbetsproblem. Detta adresserades av HovR och de bedömde samarbetssvårigheterna i detta fall på ett annat sätt än TR. Fallet gick upp till HD för prövning. I sina domsskäl refererade även HD till den nämnda propositionen, och skrev att gemensam vårdnad förutsätter att det finns en realistisk möjlighet för föräldrarna att gemensamt, och inom rimlig tid löser frågor rörande barnet och hanterar de delade meningar som kan finnas. Det ska inte vara på det viset att föräldrarna mer systematiskt behöver inhämta hjälp utifrån för att fatta beslut samtidigt som det ständigt uppkommer nya konflikter som går ut över barnet. Gemensamt ansvar från föräldrarnas sida krävs för att gemensam vårdnad ska kunna fungera. Tecken på att gemensam vårdnad inte går att förena med barnets bästa kan

¹³⁸ Prop 2005/06:99 s. 87.

vara att den ene föräldern uttrycker brist på förtroende för den andra föräldern, eller visar bristande vilja, eller förmåga att vara flexibel och kunna komma överens med den andra. HD fortsatte med att en konflikt mellan föräldrarna inte bör utesluta gemensam vårdnad, men motsättningarna ska i dessa fall antas vara av övergående natur, och inte anses stå i vägen för ett fungerande samarbete på längre sikt i frågor som rör barnet. HD var eniga med HovR om att de samarbetsproblem parterna i det aktuella fallet hade, var så pass allvarliga att gemensam vårdnad inte var att anse vara barnets bästa, och vårdnaden tilldelades därmed modern ensam.

Andra omständigheter

Ovanavstående lista är ingen uttömmande uppräkningslista av omständigheter som kan ha betydelse för bedömningen av vad som utgör barnets bästa. En omständighet som nämns i domskälen i NJA 1971 A 19 är att syskon helst inte ska splittras. Barnets vilja kan också vara avgörande som i NJA 1995 s. 398, där en flicka på 13 år med normal mognad absolut inte ville leva med sin mor, utan ville att fadern skulle få vårdnaden om henne. HD anförde i sina domskäl, att även om faderns lämplighet som vårdnadshavare kunde ifrågasättas av flera skäl, var inte omständigheterna så allvarliga att en lösning med denne som vårdnadshavare kunde antas medföra bestående fara för hennes hälsa eller utveckling på sådant sätt som föreskrivs i 6 kap. 7 § FB.

3.6 Vem bestämmer vad

3.6.1 Föräldrarnas bestämmanderätt

Rätten till olika beslut skiftar beroende på om vårdnaden är enskild eller gemensam, och hos vem barnet befinner sig hos. Om vårdnaden är gemensam är huvudregeln att det krävs gemensamt beslut i frågor som rör barnet. Är föräldrarna inte eniga blir det komplicerat. Det finns inte någon rättslig möjlighet att lösa detta, såvida inte konflikten gäller en fråga föräldrarna råder över i egenskap av förmyndare eller särskilt förordnande förmyndare. Vid sådana tillfällen är det överförmyndarens åsikt som gäller.¹³⁹ En domstol kan bara fatta beslut kring barnets boende, umgänget med den förälder som barnet inte bor hos samt storlek på underhållsbidrag¹⁴⁰. Två områden, som i förarbeten betonats att det ska råda konsensus kring, är val av barnets skola och flytt.¹⁴¹ Kring beslutsrätten gällande barnets boende har förslag varit aktuella om att lagreglera detta men lagstiftaren har inte funnit det som en bra idé och motiverat det med att olika familjer har olika förutsättningar vad det gäller boende.¹⁴²

Ett undantag från huvudregeln om gemensamma beslut, utgörs av beslut kring den dagliga omsorgen. Dessa beslut skall fattas av den förälder som tar hand om barnet för tillfället. Några exempel på beslut som faller under den dagliga omsorgen är mat, kläder, sovtider och barnets fritid.¹⁴³ När det gäller fritid anses utlandsresor höra dit, men bara när det rör sig om en kortare resa som inte kommer medföra att umgänget med den andre föräldern blir lidande. I sådana fall bör det krävas samtycke från den andre föräldern, precis som vid tillfällen då utlandsresan sträcker sig över en längre tid.¹⁴⁴ Ett annat undantag är tillfällen när beslut som inte kan skjutas upp, måste fattas. Om frånvaro, sjukdom eller annan orsak stoppar en av

¹³⁹ Saldeen s. 172.

¹⁴⁰ Singer s. 131

¹⁴¹ Prop. 1975/76:170 s. 178.

¹⁴² Prop. 2009/10:192 s. 24.

¹⁴³ Prop. 2009/10:192 s. 21.

¹⁴⁴ Wickström, Anita Juridisk Tidskrift 2002/03, s. 335.

vårdnadshavarna att delta i processen kring ett sådant beslut kan den andra vårdnadshavaren fatta detta beslut på egen hand. När beslutet är av sådan karaktär att det har ingripande betydelse för barnets framtid får beslutet inte fattas ensamt, om inte barnets bästa uppenbarligen kräver det.¹⁴⁵ Ett tredje undantag handlar om att vissa åtgärder inom socialtjänsten och sjukvården får utföras även när endast en av vårdnadshavarna samtycker.

Omständigheterna behöver inte vara sådana att den andra vårdnadshavaren uttryckligen är emot det utan det kan också handla om när denne håller sig undan eller på annat sätt inte medverkar till ett samtycke.¹⁴⁶ I dessa fall är det möjligt för socialnämnden att besluta om åtgärden om det är till barnets bästa. De åtgärder som är aktuella är fyra till antalet, och räknas upp i FB 6 kap. 13 a § FB. Den första är psykiatrisk eller psykologisk utredning eller behandling som omfattas av hälso- och sjukvårdslagen (1982:763). Den andra är behandling i öppna former som ges med stöd av 4 kap. 1 § socialtjänstlagen (2001:453). Den tredje är utseende av en kontaktperson eller en familj som avses i 3 kap. 6 b § första stycket socialtjänstlagen. Den fjärde och sista är en insats enligt 9 § 4, 5 eller 6 lagen (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade.

3.6.2 Barnets bestämmanderätt

Det är vårdnadshavaren som har rätt att bestämma i personliga frågor kring barnet men ju äldre och mer moget barnet blir, ju mer hänsyn visas till barnets synpunkter och önskemål.¹⁴⁷ En vårdnadshavare ska inte tolka regeln som att denne har rätt att avsäga sig ansvar, genom att låta barnet själv bestämma i en omfattning som inte motsvaras av dess mognad.¹⁴⁸ Barn kan ingå avtal om anställning med samtycke från vårdnadshavaren. Om sedan barnet själv väljer att säga upp avtalet kan det sluta nytt anställningsavtal utan samtycke, förutsatt att barnet uppnått 16 års ålder.¹⁴⁹

¹⁴⁵ 6 kap. 13 § FB.

¹⁴⁶ Prop. 2011/12:53 s. 26.

¹⁴⁷ 6 kap. 11 § FB.

¹⁴⁸ Saldeen s. 170.

¹⁴⁹ 6 kap. 12 § FB.

Några andra författningar som ger barnet medbestämmanderätt är
Namnlagen 48 § Namnlagen och lag om trossamfund 4 §.

3.7 Internationella konventioner

3.7.1 EKMR

Sverige skrev under denna konvention 28 november 1950 och ratificerade densamma 4 februari 1952.¹⁵⁰ I samband med ratificeringen gjorde Sverige en reservation¹⁵¹, i övrigt har Sverige ansett att vår lagstiftning stämmer överens med EKMR. Att Sverige fälldes ett antal gånger under 70- och 80-talet har förklarats med att den europeiska kommissionen och Europadomstolen vid tolkningar av konventionens artiklar gett dessa en innebörd som inte har kunde förutses vid ratificeringen.¹⁵² Även om Sverige löpande har anpassat sin lagstiftning till konventionen valde lagstiftaren att inkorporera EKMR i svensk lagstiftning. Detta bland annat på grund av att skyddet för grundläggande fri- och rättigheter såsom de uttrycks i EKMR ska komma till uttryck i svensk rätt och att inom området för mänskliga rättigheter skapa rättslikhet mellan Europas länder.¹⁵³

3.7.2 Barnkonventionen

FN:s generalförsamling antog barnkonventionen den 20 november 1989. Efter beslut av riksdagen ratificerade Sverige konventionen den 21 juni 1990. Ingen reservation mot någon punkt lämnades av Sverige. Regeringen ansåg inte att tillträde till konventionen behövde innebära några förändringar i landets lagstiftning.¹⁵⁴ Under årens lopp har det funnits en diskussion om att inkorporera konventionen i svensk rätt. Ett sådant förslag avvisades av riksdagen under hösten 1995, samtidigt som den dock uttalade sig om att regeringen borde göra en översyn av svensk lagstiftning och

¹⁵⁰ Prop. 1993/94:117 s.11.

¹⁵¹ mot artikel 2 i första tilläggsprotokollet. Sverige ville inte medge föräldrar en rätt att befria sina barn från skyldigheten att delta i delar av de allmänna skolornas undervisning med hänvisning till sin filosofiska övertygelse. Sverige var också av den åsikten att befrielse från skyldigheten att delta i de allmänna skolornas kristendomsundervisning endast kan medgivas för barn med annan trosbekännelse än svenska kyrkans, för vilka tillfredsställande religionsundervisning är anordnad se Prop. 1953: 32 s. 11. Denna reservation återkallas från 1 januari 1995, se SÖ 1994:56.

¹⁵² SOU 1993:40 Del B s.17.

¹⁵³ Prop. 1993/94:117 s.33-34.

¹⁵⁴ SOU 1997:116 s. 40.

praxis motsvarar Barnkonventionens bestämmelser.¹⁵⁵ I oktober 2012 meddelande Sveriges barn- och äldreminister Maria Larsson att regeringen avser att utreda frågan om Sverige skall inkorporera barnkonventionen.¹⁵⁶

¹⁵⁵ SOU 1997:116 s. 11.

¹⁵⁶ <http://www.regeringen.se/sb/d/15512/a/202475> (2013-03-06)

3.8 Statistik Sverige

Enligt SCB bor det 9,561 miljoner människor i Sverige.¹⁵⁷ Av dessa var 1,9 miljoner barn dvs. personer under 18 år.¹⁵⁸ Under 2011 föddes 111 770 vilket ger en nativitetssiffra på 1,90.¹⁵⁹

2011 bodde 75,1 % av alla barn tillsammans med sina biologiska föräldrar. Om man inkluderar familjer där barnen bor med två vuxna, varav en är biologisk förälder blir siffran 79,7 %. Gruppen barn som bor med ensamstående mor utgör 16 % medan motsvarande siffror för ensamstående far hamnar på 3,9%. Den resterande 0,5 % är barn som bor med annan person än förälder.¹⁶⁰

2011 stod 92 % av alla barn under gemensam vårdnad. Modern har ensam vårdnad i 6 % och fadern i 1 %. Gruppen övrigt, där bland annat gemensam vårdnad som utövas av en förälder och styvförälder hör till utgör 1 %.¹⁶¹

¹⁵⁷ http://www.scb.se/Pages/Product_25785.aspx (2013-03-08).

¹⁵⁸ http://www.scb.se/Pages/TableAndChart_26040.aspx (2013-03-08).

¹⁵⁹ http://www.scb.se/Pages/Article_333981.aspx (2013-03-08).

¹⁶⁰ <http://www.scb.se/Pages/ProductTables.aspx?id=15666> Se statistikdatabasen och sedan *Hemmaboende barn och ungdomar 0-21 år som bor med biologiska föräldrar och styvförälder efter kön, ålder, familjetyp (sammanboende eller ensamstående föräldrar) och utländsk/svensk bakgrund. År 2000 – 2011* (2013-03-08).

¹⁶¹ http://www.scb.se/Pages/Article_346503.aspx (2013-03-08).

4 Analys

Hur regleras vårdnad, boende respektive bestämmanderätt i Norge jämfört med Sverige?

För att inleda med barnens rättigheter, har båda ländernas reglering likvärdigt innehåll. Det föreskrivs, att ett barn har rätt till omsorg, trygghet, god fostran och försörjning. Barn har även ett skydd mot våld och kränkande behandling, och föräldrarna ska se till att barnet får utbildning efter förmåga och ålder. Något som tas upp i den svenska lagtexten, men inte i den norska är tillsyn. I FB 6 kap. 1§ talas det om att vårdnadshavaren ska ge den tillsyn som barnet behöver, med hänsyn till dess ålder, utveckling och övriga omständigheter. Men även om inte tillsyn nämns explicit i den norska lagtexten ingår det i *foreldreansvaret*.

Angående vem som har vårdnaden skiljer sig reglerna något. Om föräldrarna är gifta, gäller gemensam vårdnad i båda länderna. I de fall när föräldrarna är ogifta har modern vårdnaden ensam i alla situationer till att börja med i Sverige. Om föräldrarna är ogifta, men bor ihop i Norge, får de vårdnaden gemensamt per automatik. I Sverige går det att nå gemensam vårdnad genom registrering hos Skatteverket, efter anmälan från båda föräldrarna till socialnämnden eller skatteverket. De kan också reglera vårdnaden genom avtal. I Norge kan man på motsvarande sätt sluta ett avtal, som sedan måste registreras för att det ska vara giltigt. Om gifta föräldrar separerar, gäller samma huvudregel i bägge länder, nämligen att den gemensamma vårdnaden består. Gällande reglerna kring vad som sker med vårdnaden vid dödsfall finns det vissa skillnader. Om båda föräldrarna har vårdnaden och den ene dör, får den överlevande vårdnaden ensam. Inom norsk rätt finns det ett undantag från detta. Det är vid tillfällen när den efterlevande föräldern sitter häktad, eller står åtalad för mord, eller dråp på den andre föräldern. Vid sådana omständigheter skall domstolen fatta ett intermistiskt beslut. Det är möjligt för andra än föräldern att ansöka om *foreldreansvaret*. Domstolen kan besluta att ingen får *foreldreansvaret*. Den överlevande föräldern ska endast få *foreldreansvaret*,

om det är klart att det är bäst för barnet i dessa fall. Skulle omständigheterna vara sådana att barnet står under vårdnad av endast en av föräldrarna, och denne dör, kan domstolen enligt svensk rätt ge vårdnaden till den andra föräldern, om denne eller socialnämnden ansöker om det. Det ska fortfarande vara till barnets bästa. I motsvarande situation inom norsk rätt kan den överlevande föräldern få vårdnaden om denne bodde med den avlidna föräldern, även om den överlevande inte har vårdnaden. Även här gäller nyss nämnda undantag om den efterlevande står åtalad, eller häktad för mord, eller dråp på den andra föräldern.

Vid en domstolsprövning av vårdnaden, är utgångspunkten barnets bästa inom båda länders reglering. Domstolen kan besluta om gemensam vårdnad, även om en av föräldrarna skulle vara emot det. För att bedöma barnets bästa inom svensk rätt ges några omständigheter att ta fasta på, i form av risken för att barnet eller någon annan i familjen far illa, barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrar samt föräldrarnas förmåga att samarbeta kring frågor som rör barnet. Domstolen ska även visa hänsyn till barnets vilja beroende på dess ålder och mognad. Inom norsk rätt finns det två sådana kriterier, dels barnets medbestämmanderätt i personliga frågor och dels att barnet ska skyddas mot våld eller mot annan behandling som kan skada den fysiska eller psykiska hälsan. I båda länders praxis har det sedan utvecklats likartade kriterier som domstolen använder sig av för att bedöma barnets bästa.

Gällande barnets bostad, kan föräldrarna i båda länderna sluta avtal kring detta. Skulle de inte komma överens, kan de få frågan prövad av domstol. I en sådan prövning, finns möjligheten för båda länders rättsapparat att komma fram till att växelvis boende är det bästa för barnet. Detta även om en av föräldrarna är emot det (Sverige), eller om bägge föräldrarna är det (Norge). Dock finns det ganska strikta krav för att ett beslut om denna boendeform ska bli aktuellt. Bland dessa krav märks inte allt för hög konfliktnivå (Norge) och att föräldrars samarbetssvårigheter inte är allt för djupa (Sverige) vilket får ses som olika formuleringar av samma sak. Detta

gör att bara det faktum att en eller bägge föräldrar är emot detta bör vara en signal om att denna boendelösning förmodligen inte kommer utgöra barnets bästa när det inte lär fungera i praktiken. I övrigt, precis som vid bedömningen av vårdnad, har det i ländernas praxis utvecklats ganska likartade kriterier för att komma fram till barnets bästa.

Inom området vem som bestämmer är det inte lika likartat. Om vårdnaden är gemensam i Sverige, är utgångspunkten att det krävs gemensamma beslut i frågor som rör barnet. Det finns vissa undantag som ger beslutsrätten till den föräldern barnet vistas hos. Det är sådant som rör barnets dagliga omsorg, som till exempel mat, kläder och fritid. Resor är något som inkluderas i fritid. Kortare utlandsresor med barnet bör kunna genomföras utan samtycke från den andra föräldern såvida inte umgänget med denna förälder kommer bli lidande. Om föräldrarna inte är eniga finns det ingen rättslig möjlighet att lösa detta.

Inom norsk rätt styrs beslutsrätten till stor del av vem barnet bor hos. När vårdnaden är gemensam och växelvis boende råder, bestämmer båda föräldrarna tillsammans. Men om vårdnaden är gemensam, och barnet bor fast hos ena föräldern, bestämmer denna förälder inte bara över det som rör den dagliga omsorgen, utan även över var barnet ska gå på dagis (eller liknande). Dock bestämmer inte bostadsföräldern allena över valet av skola. Bostadsföräldern råder också över var i landet denne och barnet ska bo men innan flytt sker, måste denna förälder minst 6 veckor innan flytten informera den andra föräldern om detta. Detta för att möjliggöra nya överenskommelser kring barnet, eller för att hinna få igång en domstolsprocess, och få ett interimistiskt beslut. Om det rör sig om en flytt utomlands, blir förutsättningarna olika beroende på om vårdnaden är gemensam eller inte. Om en förälder har vårdnaden ensam kan inte den andra föräldern invända mot utlandsflytt. När föräldrarna har ansvaret gemensamt, krävs det samtycke för att en flytt ska vara möjlig. Gäller det inte en flytt utan en utlandsresa, är utgångspunkten vid gemensam vårdnad, att det inte krävs samtycke från den andra föräldern. Om en förälder som

inte har vårdnaden vill ta med barnet på en resa finns det två alternativ. Det ena är att få ett samtycke från vårdnadshavaren, och det andra är att inhämta ett beslut från domstolen. Den senare ska tillåta resan om det är uppenbart att barnet kommer återvända. När vårdnaden är gemensamt kan den ene förälder ansöka om reseförbud för den andra föräldern hos domstolen. Detta om det är osäkert huruvida barnet kommer återvända

Inom svensk rätt är det vårdnadshavaren som bestämmer i personliga frågor kring barnet. Men ju äldre och mer moget barnet blir, ju mer hänsyn till barnets önskemål och synpunkter ska visas från vårdnadshavarens sida. I Norge ingår det också i vårdnaden att fatta beslut i personliga frågor kring barnet, och detta skall utgå från barnets behov och intresse. Här har barnen fått en lagstadgad rätt att delta i beslut som rör dem. Det stadgas även att barn själva kan få bestämma i personliga frågor beroende på mognad och ålder. Det återfinns här en åldergräns som stadgar att när barnet är 7 år, har det rätt att få framföra sin mening innan tunga beslut kring dess personliga situation fattas. När barnet är 12 år och äldre ska det läggas stor vikt på dess åsikter.

Är det någon skillnad på ländernas legala förutsättningar för gemensam/enskild vårdnad?

I bägge länders reglering föreskrivs att barnets bästa ska vara utgångspunkten när frågor om vårdnad (samt boende och umgänge) behandlas. Inom svensk lagstiftning föreskrivs att risken för att barnet eller någon annan i familjen far illa och barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrar är omständigheter som ska användas för att bedöma barnets bästa inom alla tre områden. Om en förälder vid utövande av vårdnad missbrukar, försummar eller på annat sätt brister i omsorgen på ett sätt som för med sig bestående fara för barnets hälsa eller utveckling, kan även detta påverka vårdnaden generellt sett. Det kan ju röra sig om båda föräldrarna. Explicit i FB 6 kap. 5 § om gemensam och enskild vårdnad föreskrivs det att vid bedömningen av detta ska domstolen fästa särskilt hänseende vid föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet.

Utöver detta ska domstolen visa hänsyn till barnets vilja, beroende på dess ålder och mognad.

Inom norsk rätt finns det inga lagstiftningskriterier som specifikt rör gemensam och enskild vårdnad utan det återkopplas till barnets bästa. För att bedöma detta handlar det som bekant om barnets medbestämmanderätt i personliga frågor samt att barnet inte ska utsättas för våld eller på annat sätt riskera sin fysiska eller psykiska hälsa.

Att förmågan att samarbeta betonas särskilt leder förmodligen till att samarbetsproblem får större betydelse inom svensk rätt jämfört med inom norsk rätt.

Hur regleras barnets bästa inom lagstiftningen som berör vårdnad, boende och bestämmanderätt?

Både Sverige och Norge har valt att lämna barnets bästa ganska odefinierat i sin lagstiftning. Norge har valt att lagfästa att barnets åsikt ska tas med i bedömningen. Det skall också beaktas om risken för att barnet ska bli utsatt för våld eller på annat sätt utsättas för handlingar som kommer skada dess fysiska och/eller psykiska hälsa. I den svenska lagstiftningen återfinns liknande reglering. Domstolen ska visa hänsyn till barnets åsikt beroende på barnets ålder och mognad. Rätten ska fästa särskilt avseende vid risken att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp eller att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa samt barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Längre än dit tycks inte lagstiftaren i respektive land vilja sträcka sig lagstiftningsmässigt för tillfället. Detta motiveras med att fler generella riktlinjer inom lagstiftningen skulle medföra förlorat svängrum i enskilda fall. Istället lämnas det åt rättssystemet att utarbeta lämpliga kriterier genom praxis. I svenska förarbeten skrivs det om att beslutsfattare ska kombinera två olika perspektiv för att komma fram till barnets bästa. Det är dels det objektiva perspektivet som ska ha sin grund i vetenskap och beprövad erfarenhet och dels ett subjektivt perspektiv som bygger på barnets vilja. Detta tycks även

vara det norska tillvägagångssättet. De har som nyss nämnt lagstiftat om att barnets åsikt skall tas med i bedömningen samtidigt som det i norska förarbeten skrivs att barnets bästa är begrepp som lämnas öppet eftersom det kan förändras i takt med ny forskning.

Försöker respektive land främja någon form av vårdnad och i på vilket sätt?

Den svenska lagstiftaren vill inte att det ska råda någon presumtion för gemensam vårdnad. Samtidigt syns tydligt, i både förarbeten och lagtext, att detta är den form av vårdnad som lagstiftaren föredrar. Ett exempel på detta är om föräldrarna når ett avtal om gemensam vårdnad, det ska godkännas av socialnämnden om det inte uppenbart strider mot barnets bästa. Det går även att hitta flertalet exempel i lagtexten, där gemensam vårdnad är normen och att det därför krävs något speciellt för att bryta detta. För det är, enligt lagstiftaren, till barnets bästa, att ha en nära kontakt med båda sina föräldrar och alltså är gemensam vårdnad den bästa vägen dit. Att det ser ut på det sättet är inte konstigt, det står nämligen i artikel 18 barnkonventionen att konventionsstaterna skall göra sitt bästa för att säkerställa erkännandet av principen att båda föräldrarna har gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling.

Norge har i likhet med Sverige ratificerat barnkonventionen, och lagstiftaren gör ingen hemlighet av att det är gemensam vårdnad som föredras. Ett exempel på detta är den rättsliga presumtion som återfinns i BL 5 kap. 35 § andra stycket som föreskriver att om föräldrar bor ihop, är *foreldreansvaret* gemensamt för gemensamma barn. I likhet med Sverige blir det gemensam vårdnad om föräldrarna gifter sig, och detta fortsätter även om föräldrarna skiljer sig, om ingen av dem vill ändra på detta. En sak som skiljer länderna åt, är att Norge lämnar fältet mer fritt för vårdnadsform när föräldrarna själva ska komma överens, och eventuellt skriva avtal. Det som föräldrarna kommer överens om, behöver inte godkännas av en socialnämnd eller någon annan representant för det allmänna.

Är det någon statistiskt skillnad mellan länderna i förekomsten av gemensam/enskild vårdnad?

I avsaknad av norska siffror är det svårt att jämföra detta. Det man kan notera är hur lika Sverige och Norge gällande barnets bostad. I Sverige bor 75 % av barnen med sina biologiska föräldrar och i Norge är procentsiffran likadan siffra. Barn som bor ensam med modern utgör i Norge 21 % och de som bor ensam med fadern 4 %. I Sverige bor 16 % av barnen ensamma med sin mor medan 3,9 % bor ensamma med sin far.

4.1 Slutsatser

Sammanfattningsvis är Sverige och Norges lagstiftning inom vårdnad, barnets boende och bestämmanderätt väldigt lika, även om det finns vissa skillnader. Länderna skiljer sig inte åt när det gäller barnens rättigheter och innehållet i vårdnaden som reglerar föräldrarnas rättigheter och skyldigheter. Inom reglerna för vem som har vårdnaden och vem som kan få vårdnaden är också länderna lika, med ett undantag. Det gäller dödsfall i Norge och närmare bestämt när den överlevande föräldern är häktad eller står åtalad för dråp eller mord på den döde föräldern. Vid sådana tillfällen föreskriver lagen att domstolen alltid skall fatta ett interimistiskt beslut kring *foreldreansvaret*. Det är fortfarande möjligt att denne föräldern får ansvaret ändå, om det klart är bäst för barnet. Det känns som en brist inom svensk lagstiftning att det inte återfinns någon liknande regel.

Om det blir en tvist och rättslig prövning mellan föräldrarna om vårdnaden, är barnets bästa ledstjärna i båda länderna. Det har utvecklats olika kriterier inom bägge länders praxis för att närmare bestämma barnets bästa. Dessa kriterier är ganska likartade. Det återfinns något fler lagstiftade omständigheter att beakta inom den svenska lagstiftningen jämfört med den norska. Det ska dock sägas att även dessa inte ger mycket vägledning kring barnets bästa. Även gällande boendefrågan är Sverige och Norge ganska

lika lagstiftningsmässigt. Det som mest skiljer länderna åt är att domstolen i respektive land kan besluta om växelvist boende även om en av föräldrarna (Sverige) eller bägge (Norge) är emot det. Samtidigt finns det likartade kriterier för att denna boendeform ska bli aktuell. Eftersom dessa kriterier är ganska strikta får skillnaden lite betydelse i praktiken, det räcker med att en förälder är emot denna lösning, då borde utsikterna för att växelvis boende ska fungera vara ganska små.

Det är inom bestämmanderätten länderna skiljer sig åt mest. I Sverige utgår man från att det krävs gemensamt beslut i frågor som rör barnet med undantag för den dagliga omsorgen som till exempel mat, kläder och dyl. I Norge har bostadsföräldern en större bestämmanderätt. Detta även om vårdnaden är gemensam. Bor barnet fast hos en av föräldrarna kan denna förälder bestämma om allt själv förutom skola, utbildning och religiösa frågor. Även flytt kan falla in här. Om flyttlasset går utomlands måste den ena föräldern ha den andre förälderns godkännande om *foreldreansvaret* är gemensamt. Om flytten sker nationellt och *foreldreansvaret* är gemensamt behöver inte den bostadsföräldern ha den andres godkännande men denne måste informera den andra föräldern om flytten minst 6 veckor innan den sker. I grund och botten är barnets bästa det viktigaste. Att beslut fastnar i limbo för att föräldrarna inte kan komma överens utgör inte det bästa för barnet. I en idealisk värld kommer föräldrarna alltid överens men tyvärr ser det inte ut på det sättet i praktiken. Exakt hur det här ska regleras är svårt att säga men den norska lösningen kring bostadsföräldern känns intressant. Att den förälder där barnet har sin bas och vistas mest också får ha lite större makt känns naturligt även om det bästa förstås är om föräldrarna är överens.

I båda länderna bestämmer vårdnadshavaren i personliga frågor och denne ska samtidigt utgå från barnets synpunkter och behov. I Norge har lagstiftaren gått längre än Sverige och givit barnet en lagstadgad rätt att delta i beslut som rör dem. När ett barn fyllt sju år har det rätt att få framföra sin åsikt innan tunga beslut kring dess personliga förhållanden fattas. Har ett barn fyllt tolv ska deras åsikt få stor betydelse. Norge kan därmed sägas

gjort mer för att säkerhetsställa att artikel 12 i barnkonventionen följs. Sverige borde införa något liknande för att stärka både att barn hörs och att deras vilja tas på allvar.

Både Sverige och Norge är väldigt försiktiga när det kommer till att definiera barnets bästa. Bägge länderna vill inte förlora begreppets flexibilitet och lämnar det nästan helt åt rättssystemet att fylla begreppet med ett innehåll. Det går att spåra i både svenska förarbeten och lagstiftning precis som i norsk motsvarighet att barnets bästa är ett begrepp som bäst utreds genom att kombinera ett objektivt och subjektivt perspektiv. Eller för att använda andra ord, kombinera forskning med barnets vilja.

Att bägge staterna vill främja gemensam vårdnad går att utläsa i deras lagstiftning. Detta är inget förvånande, eftersom både Sverige och Norge har ratificerat barnkonventionen och bland annat förbundit sig till att säkerställa erkännandet av principen att båda föräldrarna har gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling (artikel 18 i barnkonventionen). Även statistiskt sett är länderna väldigt lika. Statistiken kring barnets boende är nästintill identiskt.

Norge må ha ratificerat barnkonventionen, vilket Sverige inte har gjort men i övrigt går det inte att beskriva det som att länderna skiljer sig särskilt mycket åt när det gäller vårdnad, barnets boende och bestämmanderätt. De största skillnaderna är att bostadsföräldern i Norge har en lite mer utvidgat bestämmanderätt jämfört med sin svenska motsvarighet, samt att barn i Norge har givits en starkare rätt att komma till tals i frågor som rör dem. Det som skiljer länderna åt är dock intressant och Sverige bör nog överväga att på något sätt stärka upp barns rätt att komma till talas och betydelsen av dess vilja samt se över vårdnadsfrågan när ene föräldern dör och den andra föräldern på något sätt är inblandad .

Käll- och litteraturlista

Offentligt tryck

Norge

Ot.prp.nr.62 (1979-1980) *om lov om barn og foreldre (barneloven)*

Ot.prp. nr 56 (1996-97) *Om lov om endringer i lov 8. april 1981 nr 7 om barn og foreldre (barnelova)*

Ot.prp. nr. 45 (2002–2003) *Om lov om endring i menneskerettsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)*

Ot.prp. nr. 104 (2008–2009) *Om lov om endringer i barnelova mv. (flytting, delt bosted, samvær, vold mv.)*

St.prp. nr. 104 (1989-90) *Samtykke til ratifikasjon, med visse forbehold, av De Forente Nasjoners, FNs Konvensjon av 20. november 1989 om barnets rettigheter*

Innst . O. nr. 30 (1980-1981) *om lov om barn og foreldre (barneloven)*

Inst.O.nr. 80 (1991-92) *om lov om barneverntjenester*

Innst. O. nr. 96 (2002-2003) *Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)*

Sverige

Prop. 1949:93 *Förslag till föräldrabalk, m. m.*

Prop. 1953: 32 *Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen angående ratifikation av tilläggsprotokoll till Europarådets konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna; given Stockholms slott den 16 januari 1953*

Prop. 1975/76:170 *om ändring i föräldrabalken, m. m.*

NJA II 1983 Prop. 1981/82:168 *Vårdnad och umgänge m m.*

Prop 1990/91:8 *om vårdnad och umgänge*

Prop. 1993/94:117 *Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor*

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

Prop 2005/06:99 *Nya vårdnadsregler*

Prop. 2009/10:192 *Umgängesstöd och socialtjänstens förutsättningar att tala med barn*

Prop. 2011/12:53 *Barns möjlighet att få vård*

SOU 1993:40 Del B *Inkorporering av Europakonventionen*

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

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

SÖ 1994:56 *Återkallande av svensk reservation till artikel 2 i tilläggsprotokollet till den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Strasbourg den 20 mars 1952.*

Doktrin

Norge

Backer, Lorange Inge, *Barneloven. Kommentirutgave*, andra upplagan, , Oslo, 2008.

Holgensen, Gudrun, *Barnerett*, Kristiansand, 2008

Kjøllberg, Gunn-Mari & Johansen, Sigrid Redse, *Barnefordelingstvister - Håndbok i barnerettlige emner*, Bergen, 2006

Lødrup, Peter och Sverdrup, Tone, *Familieretten*, sjätte upplagan, Bergen 2009.

Sverige

Saldeen, Åke, *Barn- och föräldrarätt*, sjätte upplagan, 2009

Schiratzki, Johanna, *Barnrättens grunder*, fjärde upplagan, Lund, 2010

Singer, Anna, *Barnets bästa – Om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, sjätte upplagan, Stockholm, 2012

Sjösten, Mats, *Vårdnad, boende och umgänge*, tredje upplagan, Stockholm, 2009

Walin Gösta och Vängby Staffan, *Föräldrabalken En kommentar. Del 1*, Stockholm, 2010

Övrigt

Bogdan, Michael, *Komparativ rättskunskap*, andra upplagan, Stockholm, 2003.

Peczenik Alexander, *Juridikens teori och metod*, Göteborg, 1995.

Artiklar

Wickström, Anita, *Juridisk Tidskrift* 2002/03 s. 335.

Elektroniska källor

www.regeringen.se/sb/d/15512/a/202475 (2013-03-06)

www.ssb.no/emner/02/02/folkendrkv/ (2012-11-23).

www.ssb.no/emner/02/01/20/barn/ (2012-11-23).

www.ssb.no/befolkning/ (2012-11-23).

www.scb.se/Pages/Product_25785.aspx (2013-03-08).

www.scb.se/Pages/TableAndChart_26040.aspx (2013-03-08).

www.scb.se/Pages/Article_333981.aspx (2013-03-08).

www.scb.se/Pages/ProductTables.aspx?id=15666 Se *Statistikdatabasen* och sedan *Hemmaboende barn och ungdomar 0-21 år som bor med biologiska föräldrar och styvföräldrar efter kön, ålder, familjetyp (sammanboende eller ensamstående föräldrar) och utländsk/svensk bakgrund. År 2000 – 2011* (2013-03-08).

www.scb.se/Pages/Article_346503.aspx (2013-03-08).

Rättsfallsförteckning

Norsk rätt

Rt. 1976 s. 644
Rt. 1984 s. 268
Rt. 1986 s. 997
Rt. 1988 s. 1017
Rt. 1989 s. 320
Rt. 1990 s. 198
Rt. 1993 s. 998
Rt. 1993 s. 1165
Rt. 1996 s. 420
Rt. 1996 s. 950
Rt. 1997 s. 797
Rt. 2000 s. 185
Rt. 2000 s. 996
Rt. 2003 s. 35
Rt. 2005 s. 682
Rt. 2007 s. 376

Svensk rätt

NJA 1971 A 19
NJA 1989 s. 335
NJA 1992 s. 666
NJA 1995 s. 398
NJA 1998 s. 675
NJA 2006 s. 26
NJA 2007 s. 382