



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Moa Frisk

Skyddsvärdhet, egenvärde och trygghet

En studie om hur barns rättigheter konstrueras i vårdnadstvister

JURM02

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Eva Ryrstedt

Termin för examen: HT2020

Innehållsförteckning

1 Inledning	1
1.1 <i>Introduktion</i>	1
1.2 <i>Frågeställningar och syften</i>	1
1.3 <i>Material och avgränsningar</i>	2
1.4 <i>Metod och teori</i>	4
1.4.1 <i>Tre metoder</i>	4
1.4.2 <i>Diskursanalytisk metod</i>	4
1.4.3 <i>Ett socialkonstruktivistiskt synsätt</i>	6
1.4.4 <i>Rättighetsgrupper</i>	7
1.4.5 <i>Rättsanalytisk metod som utredande hjälpmedel</i>	8
1.5 <i>Forskningsläge</i>	9
1.6 <i>Disposition</i>	11
2 Barnets ställning i vuxnas ögon	12
2.1 <i>En tillbakablick – den föränderliga synen på barnet</i>	12
2.2 <i>Hur dagens syn på barnet i samhälle och lagstiftning utformats</i>	13
3 Hur tvisten om barn uppstår och vårdnadsprocessen	17
4 Barns rättigheter i vårdnadstvister	20
4.1 <i>Barns skyddsvärdhet</i>	20
4.1.1 <i>Psykiska övergrepp hamnar i skymundan</i>	24
4.2 <i>Barns egenvärde</i>	25
4.2.1 <i>Betydelsen av ålder och mognad – barnets autonomi</i>	29
4.3 <i>Barns rätt till trygghet</i>	32
4.4 <i>Sammanfattande reflektioner</i>	36
5 Barns rättigheter i rättstillämpningen	37
5.1 <i>NJA 2007 s. 382 – fokus på föräldrarnas förmåga att samarbeta</i>	37
5.2 <i>Vad är bäst för barnets psykiska mående?</i>	39

5.3 Kärnfamilj eller åsidosatt föräldraskap?	42
5.4 Föräldrarnas värdekonflikt styr utgången	44
5.5 Vems är umgängesrätten?	46
5.6 Risken för våld beaktas inte alltid.....	48
5.7 Sammanfattande reflektioner	49
6 Slutord	50
Käll- och litteraturförteckning	53
<i>Offentligt tryck</i>	53
Propositioner	53
Statens offentliga utredningar.....	53
<i>Litteratur</i>	53
<i>Övriga källor</i>	56
Podcasts.....	56
Statistik	56
Rättsfallsförteckning.....	57
Högsta domstolen.....	57
Hovrätterna	57

Summary

In the last centuries, the child's position in society has evolved from being seen as an insignificant human being to an individual that plays an important role in people's lives. This development is an example of how social processes and human relations play part in how we see different people in society. The custody disputes in Sweden has increased over the past years. The evolvement of the child's higher position in society could be one explanation for why that is the case. When a child is in the centre of a custody dispute, certain rights of the child are "activated" since it is a typical issue that concerns the child. These rights are stated in the Parental code and in the United Nations Convention on the Rights of the Child. In this thesis, I examine the sources of law to distinguish how the rights of the child are constructed in custody disputes. I divide the rights of the child into three groups: the values worthy of protection of the child, the intrinsic values of the child and the child's right to security. Each group contains several rights of the child. The values worthy of protection of the child focuses on how to protect the child from external threats. One of the results of this thesis shows that the discourse in the sources of law mainly focuses on physical violence, while psychological violence is neglected. The intrinsic values of the child revolve around the right to express its views on matters that concerns the child. In the sources of law that are examined in this thesis the main goal is to take on the perspective of the child. The right to be heard plays a big role in the perspective of the child. However, this thesis shows a notion that the autonomy of the child is assent to by the Court only when the child has reached twelve years of age still can be discerned in the legal documents. This is problematic since, in my opinion, also smaller children have a greater autonomy than the sources of law give them credit for. The problem is rather the adult's ability to listen and perceive the autonomy of the child. The last group of rights examined in this thesis is the child's right to security. The thesis shows that a child's security depends on the parent's ability to see to the needs of the child. However, this right can be misinterpreted to revolve around the parent's wish to spend time with the child and not the child's right to have its needs fulfilled by their parents. These three groups of rights are constructed in different ways in the application of law. The analysis of six cases in this thesis shows that the Courts main focus lies on the situation of the parents, not on the child.

Sammanfattning

Barnets ställning i det svenska samhället har under de senaste århundradena utvecklats från en obetydlig människa till en individ som spelar en stor roll i människors liv. Denna utveckling är ett exempel på hur mänskliga relationer och sociala processer påverkar hur man ser på olika individer i samhället. Utvecklingen skulle också kunna ses som en bidragande orsak till varför vårdnadstvister har ökat de senaste åren. En vårdnadstvist består helt och hållet av frågor som ”rör barnet” vilket innebär att de rättigheter som stadgas i föräldrabalken och barnkonventionen aktiveras. Dessa rättigheter spelar en stor roll för hur barnets framtid ser ut. Hur rättigheterna konstrueras i rättskällorna har därmed stor betydelse för det enskilda barnet. Jag har delat in de rättigheter som aktiveras vid en vårdnadstvist i tre rättighetsgrupper: barnets skyddsvärdhet, barnets egenvärde och barnets rätt till trygghet. I barnets skyddsvärdhet inkluderas bl.a. barnets rätt till skydd från övergrepp – både fysiska och psykiska. Uppsatsen kommer dock fram till att diskursen i rättskällorna och även i rättsfallen främst kretsar kring det fysiska våldet, vilket kan leda till att barns psykiska mående hamnar i skymundan. Barnets egenvärde handlar bl.a. om barnets rätt att komma till tals och få sina åsikter beaktade. I förarbetena till dagens lagstiftning beskrivs vikten av att rättstillämpningen anlägger ett barnperspektiv. Att barnet får ta plats i processen är en del av barnperspektivet. Emellertid visar denna uppsats att en föreställning om att barnets autonomitet blir godtagbar för rätten först vid tolv års ålder fortfarande kan skönjas i förarbeten och rättstillämpning. Detta ifrågasätts i uppsatsen eftersom jag menar att barn besitter autonomitet i olika former från en mycket låg ålder, och att det snarare handlar om förmågan att tolka barnets signaler för att ge barnet en röst. Den sista rättighetsgruppen som presenteras handlar om barnets rätt till trygghet. Utredningen av denna rättighet visar att ett barns trygghet i mångt och mycket beror på föräldrarnas förmåga att tillgodose barnets behov. Emellertid kan denna rättighet feltolkas, så att det i en vårdnadstvist snarare handlar om föräldrarnas vilja att umgås med sina barn än barnets rätt att umgås med sina föräldrar. Inom rättstillämpningen tar sig dessa rättighetsgrupper i uttryck på olika sätt. Analysen av de rättsfall som presenteras i uppsatsen visar att rättens primära fokus ligger på föräldrarnas situation: deras förmåga att samarbeta, deras bakgrund, deras partners och så vidare, istället för på barnets situation.

1 Inledning

1.1 Introduktion

Barns bästa är en fråga som kan väcka mycket känslor. I FN:s konvention om barns rättigheter¹ finns 54 artiklar som syftar till att stärka de mänskliga rättigheterna för barn.² Dessa rättigheter för barnet är numera svensk lag och ska gälla alla frågor som rör barn. Vårdnadstvister är ett exempel på en situation där rättigheterna i barnkonventionen blir aktuella. I en vårdnadstvist ska vad som är barnets bästa fastställas och utifrån det ska domstol bedöma vem av föräldrarna som ska ha vårdnaden, hos vem barnet ska bo och hur mycket barnet ska umgås med den andre föräldern. Media har granskat flera domar och beslut i frågor om vårdnad, boende och umgänge.³ I *P1 dokumentär: miniserie – barnen i vårdnadstvisterna* framkommer att barnets vilja inte alltid ligger i linje med det som domstolen anser är barnets bästa. Där berättar barn om att de upplever att deras röster och viljor inte beaktas i beslut som rör dem. I ett av fallen som återges i dokumentären berättar ett syskonpar om hur de anser sig blivit ignorerade av domstolen. De beslutar sig därför att skriva ett brev till tingsrätten så att domaren ska förstå vad de vill.⁴ I föräldrabalken, där vårdnadstvister regleras, stadgas att barnets bästa ska vara *avgörande* när man beslutar om vårdnaden, boendet och umgänget för ett barn. För att göra det så bra som möjligt för barnet talar man både i dokumentären och i förarbeten till föräldrabalken om att man i vårdnadstvister ska ha ett tydligt barnperspektiv.⁵ Barnet är centrum för vårdnadstvisterna och utifrån barnperspektivet torde barnets rättigheter också vara i centrum. Men på vilket sätt kommer barnets rättigheter fram i en vårdnadstvist?

1.2 Frågeställningar och syften

Jag kan skönja tre behov som barnkonventionen och föräldrabalken strävar efter att tillgodose hos barn: barns behov av skydd, barns egenvärde och barns behov av

¹ Förkortad barnkonventionen.

² Se exempelvis prop. 2017/18:186, s. 61.

³ Se exempelvis: TT, 'Dömda får vårdnad av barn utan riskbedömning', Hedström, 'Uppmärksammas vårdnadstvist överklagad' och Wallin, 'Ny forskning: Barn far illa av allt fler vårdnadstvister'.

⁴ Lichtenstein och Klackenbergs, 'P1 dokumentär: miniserie, barnen i vårdnadstvisterna'.

⁵ Prop. 2005/06:99, s. 1.

trygghet. Det handlar om att skydda barnen från yttre våld och oroligheter, att respektera barns åsikter och integritet samt att skapa en trygghet för barn. Dessa mönster menar jag är specifika för hur man ser på barn. Det är inte lika självklart att en vuxen person ska skyddas från kränkningar eller ha rätt till en trygg person att anförtro sig till, utan dessa rättigheter omfattar barnen just för att de är barn. De har en särställning i världen som ger dem vissa rättigheter. Jag är intresserad av hur dessa rättigheter kommer till uttryck i vårdnadstvister. Enligt min mening saknas i det nuvarande forskningsläget ett diskursanalytiskt perspektiv på barns rättigheter i sådana tvister. Det övergripande syftet med uppsatsen är därför att fördjupa bilden av hur barns rättigheter kommer till uttryck i vårdnadstvister. Den huvudsakliga frågan jag ämnar besvara är: *Hur konstrueras barns rättigheter i vårdnadstvister?*

Uppsatsen kan vidare delas upp i tre delsyften. Det första är att kritiskt granska rättskällorna för att avtäckta underliggande antaganden om barns rättigheter i vårdnadstvister. Det andra är att kritiskt granska rättstillämpningen i dessa tvister, för att urskilja vilka värden det fästs störst vikt vid i domstolen. För att uppfylla dessa syften besvaras frågorna:

Hur konstrueras barnets rättigheter i rättskällorna?

Hur konstrueras barnets rättigheter i rättstillämpningen?

Ett barns föräldrar spelar givetvis en stor roll i vårdnadstvisten, det är ju någon av dem eller båda som ska ha vårdnaden om barnet. I föräldrabalken stadgas att det är barnets bästa som ska vara avgörande i målet. Emellertid finns vissa bestämmelser som ger föräldrar ansvar, och i viss mån även rättigheter. Dessa faktorer ger upphov till det tredje delsyftet – att utreda föräldrarnas roll i en vårdnadstvist. Frågan som därvid besvaras är:

Tillmäts föräldrarnas åsikter och känslor betydelse i en vårdnadstvist – ges det uttryck för en föräldrarätt?

1.3 Material och avgränsningar

Föräldrabalkens sjätte kapitel och barnkonventionen är den lagtext som undersökningen utgår från. Förarbetena till föräldrabalken har en central roll i uppsatsen. Däremot enligt 6 kap. föräldrabalken ska följa vad som är barnets bästa.⁶

⁶ Se 6 kap. 2 a § föräldrabalken (1949:381).

Det är därför naturligt att förarbetena och doktrinen kretsar mycket kring det begreppet. Jag gör dock inga försök att definiera barnets bästa i en allmän kontext. Istället fokuserar jag på barns rättigheter i rättskällorna.

I och med att lagen som reglerar vårdnadsfrågor är utformad på ett öppet sätt är det i vårdnadsfall fråga om en in-casu-tillämpning, det vill säga att omständigheterna i det enskilda fallet avgör hur domstolen kan besluta. Detta har lett till att det finns få vägledande avgöranden från HD och hovrätterna.⁷ Sedan den senaste lagändringen av 6 kap. föräldrabalken har endast ett avgörande som behandlat frågan om vårdnad, boende och umgänge varit aktuellt i HD, NJA 2007 s. 382.⁸ De avgöranden som rör vårdnad, boende och umgänge som valts ut som vägledande i hovrätten sedan 2006 har främst handlat om taleregler och processuella förutsättningar. Sådana bedömningar är inte av intresse för denna uppsats. Av den anledningen är majoriteten av de i uppsatsen återgivna rättsfallen inte vägledande i den meningen att de är RH-fall eller NJA-fall. De lyfts dock upp i uppsatsen för att utreda hur barnets rättigheter och den eventuella föräldrarätten framkommer i rättstillämpningen. Avgörande för urvalet är att målet har rört en tvist om vårdnad, boende och umgänge mellan två föräldrar. Mål där socialnämnden för talan har därmed uteslutits från urvalsprocessen. Jag har vidare gjort ett urval utifrån en tidsaspekt och en geografisk aspekt. Tidsaspekten handlar om att jag valt domar som ligger så nära i tiden som möjligt. Den geografiska aspekten handlar om att jag menar att det finns ett värde i att utforska domar från en så stor del av landet som möjligt. Ett sådant urval är viktigt ur synpunkten att barns rättigheter i hela Sverige ska bevakas och granskas. I och med att det finns begränsat med domar från de senaste åren i samtliga sex hovrätter i Sverige har detta resulterat i en analys av fem hovrättsdomar från fyra olika hovrätter, från år 2011 och framåt.⁹

⁷ Kaldal, *Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål*, s. 37.

⁸ För referat av rättsfallet, se avsnitt 5.1.

⁹ Rättsfallen presenteras i avsnitt 5.

1.4 Metod och teori

1.4.1 Tre metoder

Enligt Eva-Maria Svensson är det fördelaktigt att använda sig av flera metoder vid uppsatsskrivning för att angripa ett problem på olika sätt, vilket kan leda till att resultatet blir mer heltäckande.¹⁰ Jag delar hennes uppfattning och använder därför tre metoder för att studera rättskällorna i uppsatsen: den diskursanalytiska metoden, systematiserandet av rättighetsgrupper och en rättsanalytisk metod.

1.4.2 Diskursanalytisk metod

I rättskällorna och rättsfallen som är föremål för analys i denna uppsats ämnar jag avtäckta antaganden kring barns rättigheter i vårdnadstvister. För att kunna göra det tar jag hjälp av diskursanalys. Det råder ingen konsensus om exakt vad som utgör diskursanalys. Marianne Winther Jørgensen och Louise Philips konstaterar dock att metoden inkluderar både ett metodologiskt och ett teoretiskt ramverk; det går inte att ta hjälp av metoden utan att beakta och vara medveten om teorin, och vice versa.¹¹ Vidare presenterar Winther Jørgensen och Philips tre premisser som förutsätts vara en del av diskursanalysen – oavsett vilken vinkel man har. Den första premissen är det socialkonstruktivistiska synsättet som jag redogör för nedan. Den andra är synen på språket som en väsentlig del av hur det är möjligt att tillgodogöra sig det vi upplever i världen.¹² Den tredje premissen är att subjekt är decentraliserade, och skapade i diskurser. Detta innebär att subjekt existerar endast i situationer då de inkluderas i en diskurs.¹³

Johanna Schiratzki lyfter att diskursanalysens användningsområde inom rättsvetenskapen är brett. Hon menar att metodens roll är att avtäckta maktstrukturer och subjektivitet i rätten. Rättsordningen uppstår inte bara genom att finnas till utan rätten skapas av individer som i sin tur präglas av ”intrikata och sofistikerade samhällssystem”.¹⁴ I uppsatsen inspireras jag av Ulrika Anderssons sätt att

¹⁰ Svensson, *Genus och rätt: en problematisering av föreställningen om rätten*, s. 30.

¹¹ Winther Jørgensen & Phillips, *Discourse analysis as theory and method*, s. 11.

¹² *Ibid.*, s. 15.

¹³ *Ibid.*, s. 19-20. För att ge ett (lite förenklat) exempel: Jag som människa existerar i världen, men jag som *subjekt* existerar bara när jag placeras i en diskurs. Om någon skulle ropa mitt namn på gatan blir jag ett subjekt *i den diskursen*. Innan personen ropade mitt namn existerade varken just den diskursen eller jag som subjekt.

¹⁴ Schiratzki, *Mamma och pappa inför rätta*, s. 24.

kombinera rättsdogmatisk och diskursanalytisk metod. Andersson har i sin avhandling från 2004 utgått från rättsdogmatisk metod, om än inte i sin striktaste form, då hon utrett rättskällornas definition av sexuella övergrepp.¹⁵ Jag använder mig av rättsanalytisk metod för att utreda rättskällornas definition av barnets rättigheter i vårdnadstvister.¹⁶ Andersson använder resultatet från sin rättsdogmatiska undersökning i sin diskursanalys för att avtäckta underliggande antaganden om kön, kropp och sexualitet.¹⁷ På ett snarlikt sätt kombinerar jag rättsanalytisk och diskursanalytisk metod då jag genomför min undersökning. Jag studerar rättskällorna och undersöker hur de definierar barns rättigheter, på ett rättsanalytiskt sätt. Parallellt tar jag hjälp av diskursanalys för att studera vilka underliggande antaganden som kan urskiljas i rättskällornas definition av rättigheterna.

Själva diskursanalysen i uppsatsen kretsar främst kring språkanvändningen i rättskällorna. Håkan Andersson beskriver hur språket består av differenser, det vill säga att språket får sin innebörd genom att olika ord och uttryck skiljs från varandra – de betyder olika saker. Den kommunikation som uppstår genom differenserna består av två delar; dels det materiella ordet, dels den mentala tankeakt som ligger bakom ordet.¹⁸ Med detta menas att det enligt den diskursanalytiska teorin finns ett helt spektrum av antaganden och sociala processer bakom orden, eller tecknen eller symbolerna, som ju också är språk. Ulrika Andersson uttrycker det som att hon ”går bakom ytan” på texterna då hon identifierar de sociala processerna bakom orden.¹⁹ I denna uppsats handlar det om att dels hitta mönster, dels bryta ner språkanvändningen i rättskällorna – för att sedan exempelvis resonera mig fram till vad avsändaren kan ha för underliggande antaganden om just det begreppet eller den rättigheten. Detta gör jag genom att titta på i vilket sammanhang exempelvis ett ord eller en mening används, för att sedan reflektera över vad som framkommer ur ordet eller meningen mer än just själva bokstäverna.

¹⁵ Andersson, *Hans (ord) eller hennes?: en könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, s. 39.

¹⁶ Jag redogör för den rättsanalytiska metoden under avsnitt 1.4.4.

¹⁷ Andersson, *Hans (ord) eller hennes?: en könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, s. 43.

¹⁸ Andersson, ”Postmoderna och diskursteoretiska verktyg inom rätten”, s. 354-355.

¹⁹ Andersson, *Hans (ord) eller hennes?: en könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, s. 41.

1.4.3 Ett socialkonstruktivistiskt synsätt

Som jag gav uttryck för i avsnittet ovan består den diskursanalytiska metoden både av ett metodologiskt och ett teoretiskt ramverk. Det teoretiska ramverket kan sammanfattas som det socialkonstruktivistiska synsättet. Enligt detta synsätt ses *diskursen* som något som utgör den sociala världen.²⁰ Vivien Burr har sammanfattat fyra utgångspunkter som kan ses som en stomme för socialkonstruktivismen. Stommen är en övergripande beskrivning av teorin, det vill säga något förenklad men ändå heltäckande.

Den *första* utgångspunkten innebär en strävan efter att förhålla sig kritisk till all kunskap som är tagen för given i ett visst samhälle. Detta innebär att människor konstant bör utmana det vi ser som självklart och objektivt.²¹ Den *andra* handlar om att synliggöra att kultur och historia påverkar det sätt kunskap uppfattas. Med detta menas att det sätt vi förstår världen och den kunskap vi känner till i världen är påverkat av vår historia och kultur. Burr exemplifierar detta genom att beskriva hur idén om barndom förändrats över tid. Det är historiskt sett ganska nyligen som man börjat se på barn som personer i behov av stöd och omvårdnad av sina föräldrar eller andra anknytningspersoner - för ett hundratal år sedan kunde barn ses som ”små vuxna”, och utgöra t.ex. arbetskraft.²² Den *tredje* utgångspunkten handlar om att kunskapen, eller det vi kan veta om världen, konstrueras utifrån sociala processer. Socialkonstruktivismen motsätter sig att sanning och kunskap uppkommer endast genom att världen existerar, och menar istället att det är i de mellanmännsliga relationerna som kunskap, eller vad vi uppfattar som kunskap, skapas. Här lyfter Burr språket som en viktig komponent. Det vi ser som sanning är enligt socialkonstruktivismen det som i en viss kontext anses vara ett accepterat sätt att förstå världen.²³ Den *fjärde* och sista utgångspunkten kan ses som en sammankoppling av övriga punkter. Burr framhåller att kunskap och socialt agerande går hand i hand. Detta innebär att kunskapen (som skapas genom sociala processer) konstrueras genom socialt agerande vilket i sin tur påverkas av maktrelationer.²⁴ De fyra utgångspunkterna kan sammanfattas på följande sätt: det

²⁰ Niemi, Honkatukia & Ruuskanen, *Juridikens texter som diskurser*, s. 126.

²¹ Burr, *Social constructionism*, s. 2.

²² *Ibid.*, s. 4. I avsnitt 2.1 presenterar jag hur synen på barnet har förändrats.

²³ *Ibid.*, s. 4.

²⁴ *Ibid.*, s. 5.

finns ingen ”naturlig” sanning, utan det vi vet om världen konstrueras dels genom hur vi möts i sociala processer och talar med varandra, dels utifrån en historisk och kulturell kontext. I alla mellanmännsliga relationer finns även ett maktperspektiv som i sin tur även påverkar all kunskap.

I uppsatsen utgör dessa utgångspunkter de ”glasögon” genom vilka jag studerar det material jag valt ut. Jag ger bland annat en återblick för att betona föränderligheten i hur man sett på barn förr och nu. Vidare belyser jag hur språkanvändningen i rättskällorna skapar diskurser som påverkar rättstillämpningen på olika sätt.

1.4.4 Rättighetsgrupper

Barnets grundläggande rättigheter stadgas i föräldrabalkens sjätte kapitels inledande bestämmelser. Dessa är rätt till omvårdnad och trygghet, en god uppfostran, skydd mot kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling samt rätt att bli beaktad för sin person och egenart.²⁵ Rättigheterna går hand i hand med barnkonventionens fyra grundprinciper som handlar om att barn är lika mycket värda och inte får diskrimineras, att barns bästa ska beaktas i frågor som rör dem, barns rätt till liv, överlevnad och utveckling samt barns rätt att uttrycka sin åsikt i de frågor som rör dem.²⁶ Paragraferna i föräldrabalken och artiklarna i barnkonventionen som blir aktuella i vårdnadstvister menar jag kan delas in i *rättighetsgrupper*. Jag har tagit fram grupperna genom att titta efter mönster i rättigheterna i lagtexten. Den metoden har resulterat i att varje grupp innefattar flera olika rättigheter som jag menar faller under samma rättighetsområde. Jag har urskilt tre sådana grupper inom området vårdnadstvister. Den första handlar om *barnets skyddsvärdhet*. Att barn är skyddsvärda är en hållning som förändrats över tid.²⁷ Idag är den allmänna grundsynen hos de lagstiftande och internationella organen att barn inte ska diskrimineras eller utsättas för fysiskt eller psykiskt våld.²⁸ Skyddsvärdheten handlar således om att skydda barnen från yttre hot. Den andra rättighetsgruppen har jag valt att kalla *barnets egenvärde*. Rättigheterna i den gruppen handlar exempelvis om

²⁵ 6 kap. 1 § föräldrabalken.

²⁶ Se art. 2, 3, 6 och 12, FN:s konvention om barnets rättigheter.

²⁷ Se avsnitt 3.1.

²⁸ Se exempelvis art. 6 och 19 barnkonventionen och 6 kap. 1 § föräldrabalken.

barnets rätt att uttrycka sina åsikter och barnets rätt till integritet.²⁹ Även barns rätt att utvecklas och bli självständiga kan inbegripas i denna rättighetsgrupp. Den sista gruppen handlar om *barns rätt till trygghet*. Rätten till trygghet utgör en bred grupp som innefattar flertalet rättigheter.³⁰ Tryggheten är subjektiv och uppstår på olika sätt för olika barn. Det finns dock forskning som framhåller att trygghet hos ett barn typiskt sett uppstår när barnet har en tidig anknytning till vuxna som skyddar barnet och som finns där för barnet på ett emotionellt plan.³¹

Att dela upp barnets rättigheter i vårdnadstvister i grupper är ett sätt att systematisera rättigheterna för att på ett enklare och tydligare sätt urskilja mönster i rättstillämpningen. I avsnitt fyra gör jag en närmare undersökning av dessa rättighetsgrupper och utreder hur de kommer till uttryck i föräldrabalkens sjätte kapitel, det vill säga vid vårdnads-, boende och umgängestvister.

1.4.5 Rättsanalytisk metod som utredande hjälpmedel

Den rättsanalytiska metoden är användbar i det utredande skedet, när målet med utredningen är att söka reda på en definition i rättskällorna. Metoden har sitt ursprung i den rättsdogmatiska metoden, som är omdiskuterad. Svensson uttrycker bland annat att den rättsdogmatiska metoden förutsätter att ”det går att frysa den ständigt föränderliga rätten i speciella ögonblick och situationer”.³² Den rättsdogmatiska metoden är dock en grundpelare inom rättsvetenskapen, om än kanske inte i sin ursprungliga form.³³ Den rättsdogmatiska metoden har som huvudmål att fastställa gällande rätt, genom att tolka och analysera rättskällorna: lag, lagförarbeten, praxis och doktrin.³⁴ Själva dogmatismen³⁵ i metoden skulle enligt Jan Kleineman kunna kopplas bort från tillvägagångssättet. Rättsdogmatiken kan istället hjälpa en att “analysera de olika elementen i rättskällevärdet så att slutresultatet får antas spegla

²⁹ Se exempelvis art. 8 och 12 barnkonventionen och 6 kap. 1 § föräldrabalken.

³⁰ Se exempelvis art. 2, 9 och 26 barnkonventionen och 6 kap. 1 § föräldrabalken.

³¹ Ett exempel på sådan forskning är anknytningsteorin, se t.ex. Risholm Mothander och Broberg, *Små barns behov av en långsiktig trygg bas – en barnpsykologisk kunskapsöversikt*.

³² *Ibid.*, s. 32.

³³ Kleineman lyfter att den äldre generationens rättsdogmatiker ”ofta [var] mycket stränga, eftersom de ansåg att de aldrig rekommenderade någon lösning, utan enbart – med en ovanligt restriktiv tillämpning av metoden – ansåg sig konstatera var man med en god säkerhetsmarginal kunde finna utrett genom eller vid analysen”. Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, s. 37.

³⁴ Peczenik, *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, s. 35.

³⁵ Dogmatism innebär tron på att det finns vissa lärosatser som oavsett nya fakta och idéer står kvar som ”sanna”. Se mer om begreppet i Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, s. 45.

innehållet i gällande rätt eller - om man så vill uttrycka saken - *hur rättsregeln skall uppfattas i ett visst konkret sammanhang*".³⁶ Det som är av intresse i denna uppsats är inte att fastställa gällande rätt. Det är snarare att utreda hur rättskällorna konstruerar barns rättigheter. Jag *belyser* rättskällornas sätt att definiera barns rättigheter och den eventuella föräldrarätten. För det ändamålet har jag valt att använda mig av *rättsanalytisk metod*. Clas Sandberg lyfter denna metod som en bredare, mer tillåtande form av rättsdogmatisk metod.³⁷ Med utgångspunkt i rättskällorna öppnar denna metod upp för *tolkning* av dessa med hjälp av andra källor som inte behöver vara en del av rättskällevärdet.³⁸

1.5 Forskningsläge

Forskningen kring barn i vårdnadstvister är ganska vidlyftig och flera studier har gjorts där domar och utredningar har granskats. I *Barnets bästa och vilja i domstol* undersöker Eva Ryrstedt barnets bästa utifrån perspektivet om barn kommer till tals vid utredning i mål om vårdnad, boende och umgänge. I domarna som varit material för artikeln har Ryrstedt identifierat tre kategorier av beaktande av barnets bästa. I den första kategorin har rätten endast lutat sig mot vad som i lagen ansetts vara barnets bästa, utan att fördjupa sig i det enskilda fallet och föra en diskussion om just det aktuella barnet. I den andra görs en mer individualiserad bedömning om barnets bästa i just det fallet, och i den tredje kategorin "genomsyrar en känsla av ett starkt barnperspektiv" domarna.³⁹ Ryrstedt framhåller att det finns anledning att anta att en mer utförlig beskrivning av barnets bästa i lagtexten skulle leda till en mer konsekvent tolkning i domstol. Det råder dock skilda meningar om det är utformningen av lagtexten eller hur rättsväsendet har valt att gå till väga rent praktiskt utifrån lagtexten som är orsaken till att det finns så mycket att säga om barn i vårdnadstvister. Oavsett lagtextens utformning menar Ryrstedt att det är relevant för domstolarna att på ett mer transparent sätt beakta barnets vilja om den kommer till uttryck i utredningarna.⁴⁰ Artikeln visar på det stora hela att det i vägledande

³⁶ Kleinman, *Rättsdogmatisk metod*, s. 26, (min kursiv).

³⁷ Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, s. 46-47.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Ryrstedt, *Barns bästa och vilja i domstol*, s. 1022.

⁴⁰ *Ibid.*, s. 1034-1035.

avgöranden finns många exempel på situationer där det är oklart hur domstolen kommit fram till vad som är barnets bästa.

I ett rättssociologiskt projekt har Annika Rejmer undersökt barnperspektivet i handläggningen av vårdnadstvister genom enkätundersökningar och undersökningar av tingsrättsdomar och vårdnadsutredningar.⁴¹ Rejmer poängterar bland annat att föräldrar och socialsekreterare hade en bild av vad barnets bästa var, medan de som arbetade inom domstolväsendet hade en annan bild som i princip överensstämde med det som uttrycks i 6 kap. 2 a § föräldrabalken.⁴² Artikeln är kritisk mot rättstillämpningen på ett övergripande plan. Rejmer konstaterar utifrån resultaten i projektet att domstolssystemet i dagsläget⁴³ inte är anpassat på ett sätt som leder till att syftet med 6 kap. 2 a § föräldrabalken kan efterlevas.⁴⁴ Med andra ord visar artikeln att barnperspektivet är ett flytande perspektiv som betyder olika saker för de olika parterna i rättstillämpningen.

Liksom Ryrstedt lyfter Anna Kaldal vikten av att vårdnadsutredningarna som socialnämnden genomför på uppdrag av domstolen borde göras på ett sätt så att barnperspektivet framgår tydligare. Kaldal undersöker i sin avhandling den praktiska möjligheten för domstolen att utreda risken för att ett barn far illa. Detta gör hon genom att undersöka beviskraven, huruvida lagen ger direktiv för bedömning och vilka rättsliga möjligheter det finns att inkludera barnet i den processen.⁴⁵ Hennes granskning av vårdnadsutredningar ger en inblick i det material som domstolen har att tillgå när den ska döma i vårdnadsmålen. En av slutsatserna är att det bör ställas högre krav på utredningen i vårdnadsmål, för att bedömningen av risknivån i vårdnadsmål ska bli tydligare och för att barnets vilja ska utredas på ett bättre sätt. Både barnets behov av skydd från våld – barnets skyddsvärdhet – och barnets rätt att komma till tals – barnets egenvärde – är alltså aktuella ämnen i Kaldals avhandling.

⁴¹ Rejmer, *Barnperspektiv och barnets bästa i tingsrätts handläggning av vårdnadstvister*, s. 138.

⁴² *Ibid.*, s. 144.

⁴³ Artikeln skrevs 2002.

⁴⁴ Rejmer, *Barnperspektiv och barnets bästa i tingsrätts handläggning av vårdnadstvister*, s. 155.

⁴⁵ Kaldal, *Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål*, s. 30 ff.

1.6 Disposition

Avsnitt två utgör en historisk tillbakablick. Dels presenterar jag hur barnets ställning förändrats över tid, dels belyser jag skillnaden på synen på barnet från föräldrars och samhällets håll. Jag menar att en historisk tillbakablick är nödvändig för att förstå vilken kulturell och historisk kontext vi befinner oss i. Avsnitt tre är ägnat att sätta in läsaren i vårdnadstvistsens kontext, genom att beskriva hur en vårdnadsvist uppstår och vad den innebär. Avsnitt fyra är tillägnat barnets rättigheter. Där presenterar jag respektive rättighetsgrupp i rättskällorna, och analyserar dem ur ett socialkonstruktivistiskt perspektiv. I avsnitt 4.3 diskuterar jag exempelvis rättskällornas syn på föräldrarnas roll i en vårdnadsvist. I avsnitt fem följer en utredning av rättstillämpningens syn på barns rättigheter och hur dessa kommer till uttryck där. Det sjätte och sista avsnittet utgörs av mina slutsatser.

2 Barnets ställning i vuxnas ögon

2.1 En tillbakablick – den föränderliga synen på barnet

Att det finns särskild lagstiftning som rör barn är ett av flera tecken på att barn som individer särskiljs från resten av det mänskliga släktet. Särskiljandet kan kortfattat beskrivas som att det grundar sig på att barn inte har samma möjligheter att tillvarata sina rättigheter som vuxna. Barn har dock inte alltid ansetts vara särskilt skyddsvärda. Synen på barn har gått från att ses som besvärliga icke-vuxna till att ses som individer med ett egenvärde med rätt att respekteras. Anna Singer har i *Föräldraskap i rättslig belysning* redogjort för att det vi vet om hur man såg på vårdnad om barn under ättesamhället⁴⁶ främst inte handlat om vårdnad över huvudet taget utan snarare om möjligheten att föra släkten vidare. Det var inte konstigt att barn som en man fått med en kvinna utanför ätten togs upp i den för att på så sätt hålla ätten vid liv.⁴⁷ Faderns vilja var det som styrde huruvida det alternativet var aktuellt.⁴⁸

Under medeltiden sågs barn som "onda" och att aga barnen var ett sätt att kuva denna ondska. Det var påtagligt att barn var en produkt av föräldrarnas synd om de var "oäktingar" vilket under 1600-talet fick stor uppmärksamhet i och med att kyrkan växte sig stark.⁴⁹ Under 1700-talet, upplysningens tid, blev barnen formbara, tomma blad som man kunde fylla med mening.⁵⁰ Det var i detta skede som barnet började ses som en individ och inte bara ett förstadie till en vuxen person. Initialt var denna syn på barn främst förekommande i de högre klasserna, men spred sig så småningom även till de nedre klasserna. Frågor om fostran och vård blev därmed centrala och visade sig tydligare i den lagstiftning som blev aktuell under början av 1900-talet.⁵¹ Utifrån denna översiktliga historiska överblick kan jag konstatera att synen på barnet är har förändrats över tid, och är beroende av vilken historisk kontext den befinner sig i. Vidare ska poängteras att denna historiska tillbakablick handlar om barn i Sverige och hur svensk lagstiftning utvecklats i linje med hur synen på barnen

⁴⁶ "Ättesamhället" kan sammanfattas som tiden då Sverige främst befolkades av kringvandrande folkstammar, även kallade "ätter", innan medeltiden.

⁴⁷ Singer, *Föräldraskap i rättslig belysning*, s. 55 f.

⁴⁸ Sjösten, *Vårdnad, boende och umgänge: samt verkställigheten av sådana avgöranden och överenskommelser*, s. 26.

⁴⁹ *Ibid.*, s. 27.

⁵⁰ Singer, *Föräldraskap i rättslig belysning*, s. 58.

⁵¹ *Ibid.*, s. 59 f.

förändrats. Att ha i åtanke är att även den *kulturella* kontexten är av stor betydelse för hur vi kan tolka ett begrepp eller ett subjekt.⁵² Synen på barn i en typiskt svensk eller västerländsk kontext behöver inte vara sammanfogad med andra kulturers syn på barn. Föränderligheten beror därmed inte endast på i vilken tid vi befinner oss i, utan även var i världen vi befinner oss.

Man har talat om *barnets bästa* i svensk barnlagstiftning i över hundra år. I 1915 års lag om äktenskaps ingående och upplösning stadgades till exempel att om makarna var överens om vem som skulle ha vårdnad om barnet skulle domstolen döma enligt överenskommelsen om det inte var uppenbart stridande mot barnets bästa.⁵³ Lagstiftningen rörande vårdnad, boende och umgänge vid föräldrars separation har sedan början av 1900-talet utvecklats i riktning mot att barnets bästa ska vara avgörande vid beslut i samtliga sådana frågor. År 1917 kom lagen om barn utom äktenskap, vars syfte bl.a. var att skärpa faderns ansvar gentemot barnet. Enligt lagmotiven var detta relevant ur ekonomisk synpunkt, men också för att tillfredsställa det ideella behovet som barnet hade att känna sin fader.⁵⁴ Det tog dock ytterligare cirka åttio år innan barnets bästa fick en egen paragraf när det kom till beslut i vårdnadsfrågor. I prop. 1997/98:7 bestämdes att barnets bästa skulle komma i främsta rummet i frågor som rör vårdnad, boende och umgänge.

2.2 Hur dagens syn på barnet i samhälle och lagstiftning utformats

Dagens syn på barn i en svensk kontext skulle enligt mig kunna beskrivas som att barnet är i centrum. I en mening skulle barnet kunna beskrivas som en upphöjd varelse, en individ som styr vuxna människors liv mer än tvärt om. Vidare menar jag att en förgrening av synen på barnet är det växande intresset av föräldraskapet och dess innebörd för barnet. Det finns tidningar som ägnas helt åt föräldraskapet och podcasts om hur man överlever småbarnsåren⁵⁵ och hur man ska axla rollen som förälder.⁵⁶ Jag menar att barnets centrala roll i människors liv i dagens samhälle sätter barnet i fokus även ur ett lagstiftningsperspektiv. Det finns dock exempel på vuxna

⁵² Burr, *Social constructionism*, s. 4.

⁵³ Sjösten, *Vårdnad, boende och umgänge: samt verkställigheten av sådana avgöranden och överenskommelser*, s. 29.

⁵⁴ Singer, *Föräldraskap i rättslig belysning*, s. 62 f.

⁵⁵ Ett urval av podcasts: *Rulla vagn-podden* och *BVCpodden*.

⁵⁶ Ett urval av podcastst: *Jobbiga föräldrar*, *Glappet – För oss oroliga föräldrar* och *Kära barn*.

som även idag färgas av en historisk syn på barnet, där barnet inte ses som en upphöjd varelse utan snarare ses som en börda och där barn misshandlas.⁵⁷ Synen på barn idag kan således sammanfattas som att barnet är centralt i människors liv och har många rättigheter, men i praktiken finns det många fler faktorer som påverkar barnets uppväxt.

Föräldrabalken trädde i kraft år 1950, och utgjordes av en sammanslagning av bl.a. lagen om barn utom äktenskap och lagen om äktenskaplig börd.⁵⁸ Under sjuttioalet skedde reformer inom föräldrabalken och vårdnadsfrågorna omvärderades i lagstiftningen. Bland annat beslutades år 1976 att huruvida föräldrar var gifta eller inte ingalunda skulle ha betydelse för möjligheten att få gemensam vårdnad.⁵⁹ Dessa reformer menar jag var starten på den riktning som resulterat i dagens lagstiftning, där intentionen är att sätta barnet i fokus vid vårdnadstvister. I slutet av sjuttioalet tillsattes en kommitté för att utreda barnets rätt. Del 2 av betänkandet handlade om ”vårdnad, umgängesrätt och överflyttning av barn”.⁶⁰ I betänkandet fokuserade kommittén på barnets rättsliga ställning och hur den kunde stärkas. En av de centrala förändringarna som betänkandet resulterade i var att barnets grundläggande rättigheter fick en egen paragraf.⁶¹ Alltsedan dess har föräldrabalken på olika sätt utformats i strävan efter att försöka nå barnets bästa. När barnkonventionen hade utarbetats och FN:s generalförsamling antagit den var Sverige ett av de första länderna att ratificera konventionen. Detta skedde år 1990 och resulterade i flertalet ändringar i föräldrabalken. I 1991 års reformer stadgades att domstolen skulle fästa särskilt avseende vid barnens behov av en nära och god kontakt mellan föräldrarna.⁶² År 1993 beslutades att domstolen skulle beakta risken för att ett barn kan fara illa vid umgänge med en förälder vid utredning av umgängesfrågan.⁶³ Paragrafen som stadgade att barnets bästa skulle komma i främsta rummet hade i princip samma lydelse som barnkonventionens artikel 3, och var en del av 1998 års vårdnadsreform. I den nuvarande föräldrabalken stadgas att

⁵⁷ En indikation på att barn far illa är att under 2019 anmäldes 25 500 misshandelsbrott mot barn under 18 år enligt statistik från BRÅ.

⁵⁸ Sjösten, *Vårdnad, boende och umgänge: samt verkställigheten av sådana avgöranden och överenskommelser*, s. 34.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ SOU 1979:63, s. 13.

⁶¹ De grundläggande rättigheterna reglerades i 6 kap. 1 § föräldrabalken, och gör det än idag.

⁶² Prop. 1990/91:8, s. 37.

⁶³ Prop. 1992/93:139.

”[b]arnets bästa ska vara *avgörande* i alla frågor om vårdnad, boende och umgänge”.⁶⁴ Bestämmelsen har således gått i en striktare riktning än barnkonventionens artikel 3 som numera stadgar att vid alla frågor som rör barn ”ska i första hand beaktas vad som bedöms vara barnets bästa”. Sveriges snabba ratificering av barnkonventionen och de många reformerna skulle kunna ses som en indikation på att svensk politik velat vara delaktig i att styra lagstiftningen kring barnet mot en än mer skyddande riktning. Med andra ord kan man skönja en strävan i svensk lagstiftning att gå i bräschen för barns rättigheter, åtminstone utåt sett.

Barnets bästa har inte definierats rent lagtekniskt. Detta är emellertid en medveten utformning av lagtexten som ska möjliggöra för varje beslutsfattare att anpassa bedömningen efter det enskilda barnet.⁶⁵ I prop. 2005/06:99 uttryckte regeringen att det främsta syftet med ändringen av föräldrabalken var att förstärka barnperspektivet. En del av förstärkandet ansågs utföras genom ändringen av utformningen av paragrafen om barnets bästa.⁶⁶ I skälen till förslaget lyfte regeringen den starka kopplingen till barnkonventionen. Barnkonventionen som helhet kan enligt skälen ses som ett exempel på hur barnperspektivet kan komma till uttryck.⁶⁷ Enligt min mening kan det finnas en risk för att en ambition att tillgodose barnkonventionens 54 artiklar blir haltande om samtliga artiklar ska utgöra barnperspektivet. Utgångspunkten för regeringens syn på barnperspektivet är ”respekten för barns fulla människovärde och integritet”.⁶⁸ Regeringen menar att det till stor del handlar om att ”se med barnets ögon”, det vill säga att på alla möjliga vis försöka förstå barnet och reda ut dess uppfattning kring sin situation och hur den kan förändras. Vidare poängterar regeringen vikten av att analysera de följder som ett beslut kan få för ett barn, genom att bl.a. lyssna på de åsikter barnet har om hur det vill ha det.⁶⁹ Det verkar således som att lagstiftaren genom sin ambition att anlägga ett barnperspektiv fäster stor vikt vid att lyssna på barnen i vårdnadstvister. När det kommer till föräldrabalken och barnkonventionen är det dock många andra värden som blir centrala vid bedömningen av vad som är barnets bästa. Det blir

⁶⁴ Se 6 kap. 2 a § föräldrabalken, min kursiv.

⁶⁵ Se bl.a. Prop. 1997/98:7, s. 35 och Kaldal, *Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål*, s. 68.

⁶⁶ Prop. 2005/06:99, s. 1, där det stadgas att istället för att barnets bästa skulle komma i främsta rummet, skulle barnets bästa vara *avgörande*.

⁶⁷ *Ibid.*, s. 38.

⁶⁸ *Ibid.*, s. 39.

⁶⁹ *Ibid.*, s. 39.

således oklart vad som skulle kunna anses väga tyngst av de rättigheter barnet har i vårdnadstvisterna. Andra paragrafer i föräldrabalken som skulle kunna ses som en del av barnperspektivet handlar bland annat om barnets rätt att få omsorg och trygghet och barnets rätt att skyddas från övergrepp och andra kränkande behandlingar.

3 Hur tvisten om barn uppstår och vårdnadsprocessen

I förevarande avsnitt förklarar jag hur vårdnadstvister uppstår och hur det går till rent praktiskt när föräldrar börjar tvista om sitt eller sina barn. Föräldrar som inte vill leva tillsammans klarar i de flesta fall av att komma överens om hur de ska göra det så bra som möjligt för gemensamma barn. Det allra vanligaste är att barnen bor varannan vecka hos varje förälder, så kallat växelvist boende. I de fall där föräldrar inte kan komma överens finns det vissa möjligheter till hjälp och stöd för de som behöver det i vårdnadsprocessen. I första hand är det socialnämnden som kan bistå föräldrar med samarbetsamtal för att nå en lösning i vårdnads-, boende och umgängesfrågan.⁷⁰ Vid en eventuell överenskommelse finns möjligheten att skriva ett avtal som sedan kan godkännas av socialnämnden.⁷¹ Om samarbetsamtalen inte räcker till för att få föräldrarna att komma överens kan det bli aktuellt att en eller båda föräldrarna väcker talan i domstol. Det har blivit allt vanligare att så sker – under 2019 avgjordes cirka 6 300 mål om vårdnad, boende och umgänge i tingsrätter i Sverige.⁷² Varför vårdningsmålen ökar diskuteras i SOU 2017:6, där kommittén kommer fram till att ökningen kan ha berott på bland annat brister i förebyggande åtgärder, möjligheten till ensam vårdnad, ett mer jämställt föräldraskap och en ökad konfliktbenägenhet mellan föräldrar.⁷³

Som ett hjälpmedel för att förstå hur vårdnadstvister kan se ut presenterar Mia Edwall Insulander två kategorier: intressekonflikter eller värdekonflikter. De föräldrar som har en intressekonflikt är båda enligt rätten lämpliga vårdnadshavare, men kommer inte överens om hur mycket tid var och en ska spendera med barnet.⁷⁴

⁷⁰ 6 kap. 18 § förädrabalken som hänvisar till 5 kap. 3 § socialtjänstlagen (2001:453).

⁷¹ 6 kap. 6 § förädrabalken.

⁷² Domstolsverket, Domstolsstatistik 2019, s. 13, tabell 1.4. Under nio år har en ökning skett med ca 33 % då ca 4 126 vårdningsmål avgjordes år 2010, enligt domstolsverkets domstolsstatistik 2014, tabell 1.4.

⁷³ SOU 2017:6, s. 136 ff. Utredningen utvecklar orsakerna till ökningen genom att diskutera hur samarbetsamtalen som kan ske innan en förälder skickar in en stämningsansökan inte riktigt fungerar som de ska, då flertalet föräldrar väcker talan innan ett sådant samtal skett. Vidare diskuteras hur domstolar innan vårdnadsreformen 2006 ofta dömde till gemensam vårdnad, och att föräldrarna då inte tyckte det var ”värt” en tvist i domstol om de ändå skulle tvingas till gemensam vårdnad. Efter reformen har rätten riktat in sig på föräldrarnas förmåga att samarbeta på ett annat sätt, och dömer därmed oftare till ensam vårdnad. Det mer jämställda föräldraskapet har enligt utredningen inneburit att båda föräldrarna till ett barn på senare tid ser familjen och barnen som ett viktigt element som de är villiga att gå till domstol för att få ha kvar i sin tillvaro. Slutligen menar utredningen att konfliktivnivån mellan föräldrar verkar vara högre idag än tidigare, vilket innebär att ”tröskeln” till en process är mycket lägre.

⁷⁴ Edwall Insulander, *Dragkampen om barnen: barnets bästa vid intressekonflikter i domstol*, s. 150.

Det handlar med andra ord inte om att det finns en risk att barnet eller barnen far illa, utan snarare om att föräldrarna har svårt att komma överens.⁷⁵ Insulander uttrycker att föräldrar i regel är villiga att möta en kompromiss i sådana fall, eftersom ingen av dem är villig att "förlora".⁷⁶ Värdekonflikten handlar om fakta eller värderingar som innebär antingen att en förälders lämplighet som förälder eller att föräldrarnas förmåga att samarbeta ifrågasätts. Det kan även röra värderingar som innebär att föräldrarnas förmåga att samarbeta i princip blir obefintlig.⁷⁷ Föräldrar i dessa fall står väldigt långt ifrån varandra. Det kan exempelvis bero på att övergrepp förekommit i familjen, eller att föräldrarnas respektive ideologier är så fundamentalt olika att samarbete är svårt. Ett exempel på en sådan situation skulle kunna vara att två föräldrar har olika religioner som gör att de vill uppfostra barnet på två helt olika sätt. Trots att föräldrarna var för sig är lämpliga föräldrar skulle en sådan värdekonflikt kunna innebära att de inte skulle kunna samarbeta i frågor som rör barnet.

När det uppstår en konflikt som kräver en dom är det ofta starka viljor som står bakom. Föräldrarna tror sig veta vad som är bäst för barnet och barnet blir något att tvista om. Det är vanligt med rättshjälp i dessa fall och föräldrarna har därmed ombud som för deras talan.⁷⁸ Barnet har däremot inget ombud och ingen juridisk möjlighet att föra sin talan. Detta resulterar i att barn vars föräldrar inte kommer överens befinner sig mitt i en konflikt som barnet inte bitt om. Barnets särställning innebär å ena sidan en maktlöshet för barnet. Barnets möjligheter att påverka konflikten är tämligen små, i och med att det enda sättet för barnet att komma till tals är genom föräldrarna eller en vårdnadsutredning.⁷⁹ Enligt både förarbeten och barnpsykiatriker är det att föredra att barnen hålls utanför föräldrarnas konflikt.⁸⁰ Detta kan dock leda till att barnet inte får någon insyn i vad som är på väg att hända, och det kan dessutom upplevas som kränkande för barnet att inte få vara delaktig i

⁷⁵ Edwall Insulander, *Dragkampen om barnen: barnets bästa vid intressekonflikter i domstol*, s. 151.

⁷⁶ *Ibid.*, s. 150.

⁷⁷ *Ibid.*, s. 151.

⁷⁸ Föräldrarna uppstår rättsskydd genom hemförsäkringen eller genom rättshjälpslagen, där det då krävs särskilda skäl för att få rätt till rättshjälp, se RH 1998:66 och jfr 11 § rättshjälpslagen (1996:1619).

⁷⁹ Se exempelvis SOU 2005:43, s. 750.

⁸⁰ Se exempelvis SOU 1995:79, bilaga 15, s. 321, SOU 2017:6 s. 212 och prop. 2005/06:99, s. 45.

ett beslut som rör just dem.⁸¹ Å andra sidan menar jag att barnet paradoxalt nog även skulle kunna sägas besitta en sorts makt. Barnets särställning i föräldrabalkens kontext innebär att det är barnets behov som ska vara fokus för föräldrarnas tvist. Det paradoxala ligger i att trots att barnets behov är fokus för hela tvisten, har barnet begränsade möjligheter att komma till tals i en sådan tvist. Barnets särställning kan leda till att föräldrarna försöker tala genom barnet, och projicera sina åsikter om den andre föräldern på barnet. Det är därför problematiskt att lagstiftaren uttryckt att de i praktiken enda två sätten barnet har att komma till tals är genom vårdnadsutredningarna eller föräldrarna. Alla människor bär på olika utgångspunkter och erfarenheter, vilket innebär att man tolkar barnets signaler på olika sätt. Föräldrar i en konflikt tenderar ha olika syn på barnets vilja och känslor. En förälder kan mena att ens barn är rädd för den andre föräldern, medan den andra föräldern tycker att barnet är avslappnat och glatt i dess sällskap. Detta faktum gör att man kan ifrågasätta lämpligheten i att föräldrarna ses som en huvudsaklig källa till barnets inställning. Huruvida sätten för barnet att komma till tals i en vårdnadstvist är tillräckliga för att till fullo tillvarata barnets intressen diskuteras under avsnitt 4.2, om barnets egenvärde.

⁸¹ SOU 2005:43, s. 244.

4 Barns rättigheter i vårdnadstvister

4.1 Barns skyddsvärdhet

Rättighetsgruppen skyddsvärdhet innefattar rätten att bli skyddad: kroppsligen och själsligen. Det handlar om rätten till skydd från yttre hot: fysiska och psykiska övergrepp.⁸² Både föräldrabalken och barnkonventionen stadgar att barn ska skyddas från sådana handlingar.⁸³ En av barnkonventionens fyra grundprinciper handlar om att barnet har rätt att överleva och utvecklas. Denna övergripande princip skulle kunna jämföras med själva rättighetsgruppen skyddsvärdhet, eftersom det är många olika rättigheter som kan inbegripas i den.

Skyddet mot kroppslig bestraffning och annan kränkande behandling i föräldrabalken är en del av portalparagrafen⁸⁴, och ska även ses som en övergripande familjerättslig norm. Rättigheten spelar alltså inte in endast i vårdnadstvister utan även exempelvis i socialrättsliga sammanhang.⁸⁵ Bestämmelsen i portalparagrafen har dock inga straffrättsliga effekter för det enskilda barnet om det skulle bli utsatt för våldshandlingar av en förälder.⁸⁶ Portalparagrafen fungerar således endast som en norm, ett rättighetsstadgande, som verkar för att poängtera barnets rätt att inte bli utsatt för fysiskt våld ("kroppslig bestraffning") eller "annan kränkande behandling" och som ska genomsyra barnets uppväxt.

Av mer konkret betydelse för barnets skyddsvärdhet i vårdnadsfrågan är bedömningen av om det föreligger risk för barnet att bli utsatt för "övergrepp eller att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa."⁸⁷ Det är vid bedömningen av vad som är barnets bästa som dessa omständigheter särskilt ska fästas vikt vid. Rättigheten att skyddas från "våld, övergrepp eller annan kränkande

⁸² Jag är medveten om att ordet övergrepp kan tolkas på olika sätt och värderas utifrån vilken subjektiva kontext varje enskild person lägger i ordet. I detta avsnitt använder jag dock ordet övergrepp som ett samlingsord för de handlingar som avses i föräldrabalken och barnkonventionen (våld, övergrepp, kränkningar, trakasserier, sexuella övergrepp) när det kommer till barnets skyddsvärdhet. Jag problematiserar detta vidare i avsnitt 4.2.1.

⁸³ Se exempelvis 6 kap. 1 § föräldrabalken och art. 19 barnkonventionen.

⁸⁴ 6 kap. 1 § föräldrabalken, paragrafen går i den fortsatta framställningen under benämningen portalparagrafen.

⁸⁵ Mattsson, *Barnet och rättsprocessen: rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård*, s. 37. Exempel på socialrättsliga sammanhang är frågor om tvångsvård och familjehem.

⁸⁶ Det innebär att om ett barn till exempel skulle bli utsatt för fysiskt våld av en förälder är det brottsbalkens misshandelsbestämmelse som skulle bli aktuell.

⁸⁷ 6 kap. 2 a § andra stycket första strecksatsen föräldrabalken.

behandling” är absolut, och får således inte under några omständigheter kränkas.⁸⁸ Lagtextens formulering av det som barn ska skyddas från består dels av två, enligt min mening, tydliga begrepp: att föra bort eller hålla kvar, dels av två vagare begrepp: att utsättas för övergrepp eller annars fara illa. De tydliga begreppen menar jag beskriver vad de innebär endast genom ordalydelsen. Att utsättas för övergrepp eller annars fara illa är mer oklara och i propositionen används olika formuleringar för att beskriva vad de kan innebära. Jag har urskilt sex olika begrepp som regeringen använder i skälen för att beskriva vilka handlingar som barn ska skyddas från i 6 kap. 2 a § föräldrabalken: våld, trakasserier, övergrepp, kränkande behandling, lindrigare våld och fara illa. Främst betonas vikten av att barn inte ska bli utsatta för våld. Det är i övrigt tämligen oklart vilka handlingar som faller in under vilka lagtekniska begrepp. Detta kan göra det svårt för en domstol att värdera hur ett visst agerande ska bedömas. Regeringens framtoning i propositionen ger intrycket att det ska handla om ganska omfattande våld, trakasserier och så vidare för att det ska bli aktuellt att ett sådant förhållande väger tyngre än barnets rätt till sina föräldrar. I prop. 2005/06:99 framgår att så fort det finns uppgifter som talar för att våld förekommit i ett mål är domstolen skyldig att göra en *riskbedömning*.⁸⁹ Regeringen har endast använt ordet ”våld” för att ge exempel på vilka situationer där det alltid ska göras en riskbedömning. I och med att regeringen inte uttryckligen tar in om det visats tecken på trakasserier, kränkningar eller andra psykiska övergrepp som avgörande för när det ska göras en riskbedömning kan man fråga sig hur domstolen och socialtjänsten ska agera när sådana uppgifter förekommer.

I riskbedömningen ska i ett begynnande skede utredas om det skett någon händelse som kan ha skadat barnet, vad händelsen utgjordes av och hur allvarlig den varit, samt när i tiden den inträffat.⁹⁰ Utredningen grundas på vad som är utrett sedan tidigare: händelser som tidigare inträffat och andra omständigheter. Sedan ska avgöras om det som utretts kan innebära en risk för att barnet far illa i framtiden, både ur ett kortsiktigt och ett långsiktigt perspektiv. Tanken med riskbedömningen är inte att det ska finnas ett beviskrav likt det i brottmål, även de påståenden om övergrepp som inte lett till åtal ska beaktas.⁹¹ Regeringen förespråkar en *nyanserad*

⁸⁸ Prop. 2005/06:99, s. 42.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Ibid., s. 42 f.

⁹¹ Ibid., s. 42.

bedömning där domstolen värderar påståendena om övergrepp utifrån tre aspekter. En tidsaspekt – skedde övergreppet för länge sedan eller nyligen? – en allvarlighetsaspekt – har övergreppet skett systematiskt eller mot flera personer? – och utifrån övergreppets art – har det handlat om ett övergrepp som varit en del av ett makt- och kontrollbehov?⁹² Att ha en nyanserad bedömning skulle kunna leda till att domstolen tar alltför lätt på de påståenden om fysiskt och psykiskt våld som förs fram i en vårdnadstvist. En sådan tes förs av Annika Rejmer som menar att det är vanligt att övergrepp på olika sätt har förekommit i de familjer som befinner sig i en vårdnadstvist.⁹³ Hon menar att hennes studie visat att tingsrätt och socialnämnd inte har tagit övergrepp i familjen på tillräckligt stort allvar då man underlåtit att beakta fysiska övergrepp om de inte lett till fällande dom eller om det rört sig om verbala/psykiska övergrepp.⁹⁴ Resultatet visade även att om domstolen bedömt att övergreppen var kopplade till separationen fästes inte någon större vikt vid de omständigheterna.⁹⁵ Även Anna Kaldal lyfter problematiken kring att övergrepp ur domstolens och socialtjänstens perspektiv ses som sammankopplade med själva separationen snarare än med personen som utfört dem, och därmed avfärdas som övergående.⁹⁶ Detta menar Kaldal oftast är en direkt felaktig slutsats, då det är mycket ovanligt att övergrepp mot ett barn eller en partner uppstår då en relation är på väg att ta slut, utan att det förekommit sådant i ett tidigare skede.⁹⁷

Bristerna som Rejmer och Kaldal lyfter i domar och vårdnadsutredningar har även 2002 års vårdnadskommitté kommenterat. Kommittén poängterar i SOU 2005:43 att det verkar ha varit alltför vanligt att domstolar och socialnämnder låtit barnets behov av nära och god kontakt med båda föräldrar väga tyngre än risken för att barnet kan fara illa.⁹⁸ Vidare poängterar kommittén att den avvägningen kan vara svår att göra ibland då den konstaterar att det *är* viktigt för ett barn att ha nära och god kontakt med båda föräldrarna, men att den faktorn aldrig får väga över om det föreligger en risk för att barnet kan komma att fara illa.⁹⁹ Av den anledningen

⁹² Prop. 2005/06:99 s. 43.

⁹³ Rejmer, *Barnperspektiv och barnets bästa i tingsrätts handläggning av vårdnadstvister*, s. 151.

⁹⁴ *Ibid.*, s. 150.

⁹⁵ *Ibid.*, s. 150.

⁹⁶ Kaldal, *Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål*, s. 81.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ SOU 2005:43 s. 198.

⁹⁹ Prop. 2005/06:99, s. 42.

föreslog kommittén att lagtexten istället skulle vara utformad så, att både barnets behov av båda föräldrarna och risken för att barnet kan fara illa båda skulle *fästas särskilt avseende vid*, vid bedömningen om vad som är barnets bästa.¹⁰⁰ Det har alltså konstaterats i både SOU 2005:43 och prop. 2005/06:99 att lagtextens utformning innan 2006 års vårdnadsreform bidragit till att påståenden om att barnet far illa inte togs på tillräckligt stort allvar. Frågan är om reformen resulterat i mer adekvata bedömningar om övergrepp och hur de i så fall tar sig i uttryck.

2015 års vårdnadsutredning hade i uppdrag att utvärdera 2006 års vårdnadsreform. En del av utvärderingen innebar en undersökning av tingsrättsdomar och vårdnadsutredningar för att se vilket genomslag reformen hade haft i rättstillämpningen. I resultatet av undersökningen fastslog utredningen att av de 139 domar undersökningen omfattat hade socialtjänsten kännedom om uppgifter om övergrepp i ca 100 fall, och tingsrätten kännedom om uppgifter om övergrepp i ca 115 fall.¹⁰¹ Utredarna konstaterar att i vårdnadsutredningarna görs en utförlig riskbedömning i 9 av 10 fall, medan tingsrätterna ”i vart fall delvis” redovisar någon sorts riskbedömning i två av tre fall. Utredarna sammanfattar resultatet av undersökningen med att konstatera att socialnämndens vårdnadsutredningar innehåller en riskbedömning i större utsträckning än innan lagändringen. Vad gäller tingsrätternas riskbedömningar menar utredarna att det går åt rätt håll, men att tingsrätterna ännu inte i tillfredsställande utsträckning gör och presenterar en riskbedömning i domarna.¹⁰² Den kritik som riktats mot utformningen av lagstiftningen och hur riskbedömningarna genomförts verkar alltså ha lett till en viss förändring i domstolars och socialtjänstens sätt att genomföra riskbedömningar. Det faktum att det i den senaste utredningen, SOU 2017:6, också betonas vikten av att domstolen *redovisar* sina bedömningar menar jag dock är ett tecken på att riskbedömningarna inte riktigt fungerar på ett sätt som tillvaratar barnets skyddsvärdhet på ett tillfredsställande sätt.

¹⁰⁰ Prop. 2005/06:99, s. 41.

¹⁰¹ SOU 2017:6, s. 338.

¹⁰² Ibid., s. 345.

4.1.1 Psykiska övergrepp hamnar i skymundan

De olika formerna av övergrepp som beskrivs i propositionen görs på ett sätt som för tankarna till fysiskt våld. I skälen poängteras exempelvis att barnet kan fara illa psykiskt om det tvingas *bevittna* eller *höra* våld i hemmet.¹⁰³ Det fysiska våldet är således fortfarande i fokus, i och med att det psykiska måendet beskrivs som en konsekvens av ett fysiskt våld. Vidare används ordet övergrepp i vissa fall synonymt med ordet våld, till exempel då det beskrivs hur barn kan ”känna skuld för våldet” och vara oroliga att ”drabbas för likartade övergrepp”.¹⁰⁴ I andra fall räknas orden upp som om de hade olika innebörd, exempelvis konstateras att domstol och socialnämnd ska vara uppmärksamma på ”risken för våld och andra övergrepp”.¹⁰⁵ ”Andra övergrepp” är ett brett uttryck som kan innefatta många olika handlingar, vilket leder till oklarhet och svårigheter att bedöma vad som ska inbegripas däri. Jag menar att då regeringen underlåter att lyfta och problematisera vikten av att barn skyddas från psykiska övergrepp kan det leda till att en stor del av bedömningen hamnar snett och fokus blir för stort på det fysiska. Vikten av att barnet inte blir utsatt för psykiskt våld kan då tendera att negligeras. Detta är anmärkningsvärt då barns psykiska mående kan påverka barnet under en lång tid, och sätta djupa spår.

Ett exempel på hur psykiskt våld särskiljs från lagtextens *övergrepp* ges i NJA 2003 s. 372. I det fallet beslutade HD att ett barn på tre år skulle ha umgänge med sin pappa. I bedömningen fäste HD stor vikt vid barnets framtida behov av att ha en god relation med sin pappa, och bortsåg därmed från den oro som mamman uttryckt över att barnet skulle fara illa psykiskt av att vara med pappan. HD konstaterade att pappan var ”mycket fäst vid [barnet]”, och därmed ansågs per automatik att han ville barnets bästa.¹⁰⁶ Emellertid måste det enligt min mening anses möjligt att en förälder mycket väl vill sitt barns bästa, men kanske inte förmår att utföra den omvårdnad som barnet behöver, och att barnet då riskerar att fara illa. Vid bedömningen i förevarande fall konstaterade HD att det visserligen fanns ”en konkret risk för att [barnet] skulle kunna fara illa psykiskt vid ett gängse umgänge med [pappan]”.¹⁰⁷ HD menade att denna risk dock kunde minskas med hjälp av att

¹⁰³ Prop. 2005/06:99, s. 42.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ NJA 2003 s. 372, s. 378.

¹⁰⁷ Ibid.

en kontaktperson närvarade vid umgängen. Denna bedömning är ett konkret exempel på en situation där vikten av psykiskt våld tillmäts alltför liten betydelse. Jag menar att regeringens formuleringar i propositionen skulle kunna leda till ytterligare liknande situationer, i och med att det centrala i utredningarna verkar vara huruvida barnet blir utsatt för *fysiskt* våld, och psykiskt våld blir mer abstrakt, svårare att avgöra och därmed hamnar i periferin.

4.2 Barns egenvärde

I rättighetsgruppen barns egenvärde har jag innefattat de rättigheter som har att göra med barnets person. Det handlar om rätt till integritet, att få uttrycka sina åsikter, ett privatliv, självständighet, att få inflytande etcetera.¹⁰⁸ Inom området vårdnadstvist är barns rätt att komma till tals central. I och med att barn inte kommunicerar på samma sätt som vuxna, i vart fall inte i ung ålder, har det ansetts behövt att ta fram bestämmelser som reglerar rättigheten för barn att få uttrycka sina åsikter. Ett barns rätt att få komma till tals är en av de fyra grundprinciperna i barnkonventionen och återfinns i art. 12. Artikel 12 stadgar att barn ska tillförsäkras att fritt uttrycka sina åsikter i frågor som berör dem. I artikeln framgår även att barnets åsikt ska tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad. Föräldrabalken har delat upp barnets rätt att komma till tals i två paragrafer. Den ena stadgar att barnets vilja ska tillmätas betydelse i förhållande till ålder och mognad.¹⁰⁹ Den andra säger att barnets vilja ska, om det inte är olämpligt, utredas i vårdnadsutredningen och redovisas för rätten.¹¹⁰ Det finns alltså enligt ordalydelsen ingen absolut skyldighet att utreda barnets vilja enligt föräldrabalken. Jag menar att det finns en viss skillnad i hur barnkonventionen och föräldrabalken utformat sina bestämmelser om barnets rätt att komma till tals. Enligt min mening är bestämmelsen i barnkonventionen mer absolut, medan föräldrabalkens bestämmelser innehåller fler ”hinder” för barnet att få uttrycka sina åsikter och få dem beaktade.

I 6 kap. 19 § föräldrabalken finns flera regler som är av stor betydelse för barnets möjlighet att komma till tals i en vårdnadstvist. Bestämmelsen stadgar först

¹⁰⁸ Barns rätt till att bli beaktade för sin person och sin egenart framgår i 6 kap. 1 § föräldrabalken, vidare är det en av bedömningsgrunderna i 6 kap. 2 a § föräldrabalken, som säger att hänsyn till barnets vilja ska tas i vårdnadsfrågan med beaktande av barnets ålder och mognad.

¹⁰⁹ 6 kap. 2 a § föräldrabalken.

¹¹⁰ 6 kap. 19 § föräldrabalken.

och främst att rätten ska se till att utredning i målet sker i den utsträckning som är nödvändig för att avgöra målet. En stor del av den utredningen torde vara att reda ut barnets inställning i vårdnads-, boende- och umgängesfrågan. Ett sätt att göra det är att barnet hörs inför rätten. Rekvisiten för att höra ett barn inför rätten är att särskilda skäl ska tala för det och att det ska vara uppenbart att barnet inte skadas.¹¹¹ Den gängse uppfattningen verkar vara att ett barn inte ska behöva blandas in i rättsprocessen och föräldrarnas konflikt, varför det är ytterst ovanligt att barn hörs i rätten över huvud taget.¹¹² Ofta förlitar sig domstolen på att barnet kommer till tals i vårdnadsutredningen. Vårdnadsutredningen fyller således en central funktion för barnets rätt att komma till tals i vårdnads-, boende- och umgängesfrågan. Det är ofta socialsekreterare som arbetar på en familjerätt i en kommun som genomför själva utredningen. Utredningen innefattar ofta något slags samtal med barnet, samtal med föräldrarna och ibland även samtal med exempelvis förskolepersonal eller barnpsykolog. Om barnen exempelvis till följd av en tidigare dom haft umgänge med en av föräldrarna tillsammans med en kontaktperson, är det vanligt att utredaren varit med vid ett sådant möte för att försöka läsa av barnets samspel med umgängesföräldern. Utredaren har i uppdrag att i den mån det är möjligt utreda barnets vilja, och därvid låta barnet komma till tals. Barnets vilja blir alltså känd för rätten genom två steg: först försöker socialtjänstemännen klarlägga barnets inställning, sedan redovisar de inställningen inför rätten. I och med att barnet sällan kommer till tals direkt inför domstolen, utan blir ”filtrerad” genom dessa två steg, är det viktigt att vårdnadsutredningen görs på ett säkert och individanpassat sätt. Rejmer lyfter att det finns svårigheter med att kunna klarlägga det enskilda barnets uppfattning och upplevelse kring vad det vill med socialtjänstens metoder.¹¹³ Hon konstaterar att resultatet av dokumentanalysen som gjorts av 63 vårdnadsutredningar visar att barnen beskrivs på ett ”generaliserat och schablonartat sätt” i vårdnadsutredningarna. Vidare ger hon exempel på hur utredarna ofta beskriver relationen mellan barnet och föräldrarna med uttryck som att barnet ”satte sig i föräldrarnas knä eller bad föräldern om hjälp”.¹¹⁴ Denna allmängiltiga information

¹¹¹ 6 kap 19 § sjätte stycket föräldrabalken.

¹¹² Se bl.a. Prop. 1997/98:7, s. 35.

¹¹³ Rejmer, *Barnperspektiv och barnets bästa i tingsrätts handläggning av vårdnadstvister*, s. 146.

¹¹⁴ *Ibid.*

menar Rejmer begränsar rättens möjlighet att anlägga ett barnperspektiv.¹¹⁵ Uttrycken leder till att läsaren skapar sig en egen uppfattning om barnets och föräldrarnas relation, men som egentligen inte säger särskilt mycket om själva relationen.

Det framgår både i SOU 2005:43 och i prop. 2005/06:99 att det är av största vikt att barnet kommer till tals i samtliga ”steg” i vårdnadsprocessen, inte bara när det rör sig om en fullskalig konflikt mellan föräldrarna. Det vill säga att barnet ska komma till tals även när det rör sig om t.ex. samarbetsamtal mellan föräldrarna eller när socialnämnden ska godkänna ett avtal mellan föräldrar. Vårdnadskommittén poängterar att det handlar om barnets framtid, och att barnet är expert på sin egen uppfattning om sin situation. Därför är det av största vikt att höra vad barnet har att säga för att kunna påstå att man iakttagit barnperspektivet fullt ut.¹¹⁶ Barnets rätt att komma till tals återspeglas inte i den utsträckning som är eftersträvansvärd i de domar som vårdnadskommittén undersökt. Av den anledningen poängterar kommittén vikten av att lagstiftaren gör det tydligt att barnets åsikt ska utredas om det inte är olämpligt.¹¹⁷ Denna regel infördes genom prop. 2005/06:99 och återfinns i 6 kap. 19 § fjärde stycket föräldrabalken, men är endast tillämplig i de fall ärendet är i rätten.¹¹⁸

Som jag konstaterade i avsnitt två har synen på barnet förändrats radikalt under de senaste århundradena. Även under de senaste årtiondena kan man se en skillnad i hur barns kompetens framställs. Under 70-talet, då man började forska mer på området, började barnet framstå som mer kompetent och forskare menade att barn besatt en förmåga att bilda egna åsikter som man förut kanske inte fäst särskilt mycket vikt vid.¹¹⁹ Under 90-talet har denna bild växt sig starkare och i förarbeten, utredningar och lagtext speglas vikten av att barn ska komma till tals, uttrycka sina åsikter och barns intressen ska tillvaratas. Barns autonomi har sedan dess diskuterats utifrån olika utgångspunkter genom åren. Det har i utredningar bland annat

¹¹⁵ Rejmer, *Barnperspektiv och barnets bästa i tingsrätts handläggning av vårdnadstvister*, s. 147.

¹¹⁶ SOU 2005:43, s. 212.

¹¹⁷ Ibid., s. 214.

¹¹⁸ Dvs. inte vid exempelvis samarbetsamtal som jag redogjort för under avsnitt 3. Detta problematiseras i SOU 2017:6, men kommer inte behandlas ytterligare här.

¹¹⁹ Se exempelvis Singer, *Föräldraskap i rättslig belysning*, s. 83 f.

föreslagits att barn ska ha en viss talerätt i mål om vårdnad, boende och umgänge, då främst med möjligheten att opponera sig mot beslut.¹²⁰

I tidigare lagstiftning har ett barn vid tolv års ålder kunnat hindra verkställighet av beslut tagna enligt föräldrabalkens sjätte kapitel.¹²¹ Lagstiftarens insikt om att en tolvårsgräns skulle kunna leda till schablonmässiga bedömningar har lett till att det numera inte finns någon åldersgräns för när barnets vilja till fullo ska bli beaktad.¹²² I SOU 2005:43 presenterades en undersökning av ett stort antal tingsrättsdomar. Undersökningen visade att tolvåringarnas vilja redovisades i 75 % av fallen, och att antalet viljor som redovisades sjönk ju yngre barnet blev.¹²³ Liknande resultat redovisades utifrån 2015 års vårdnadsutredning, där barns åsikter i åldern 12-18 år redovisades i ca 77 % av fallen, och där barnets vilja redovisades i mindre utsträckning ju längre ner i ålder barnet kom.¹²⁴ Utifrån de resultaten menar jag att man kan dra slutsatsen att tolv år fortfarande ses som en, om än vag, gräns utifrån vilken domstolen börjar fästa större vikt vid barnets vilja.

Anne-Li Lindgren och Gunilla Halldén¹²⁵ diskuterar barnets autonomi och lyfter hur barns rättigheter framställs i en kommunal kontext. Författarna framför att det finns två sätt att se på barn: kompetenta eller behövande. De menar att det i lagstiftningen framkommer två bilder av barnet: å ena sidan en hjälpbehövande individ som inte kan fatta beslut själv och därför behöver någon annan som fattar beslut som är till individens bästa. Å andra sidan en rättighetsbärande individ med rätt till självbestämmande.¹²⁶ I artikeln kommer författarna fram till att barns rätt att komma till tals tolkas olika och ges olika innebörd beroende på vilket sammanhang barnet befinner sig i. I relation till föreställningen om ett kompetent, autonomt barn kontra det beroende, behövande barnet blir slutsatsen att båda föreställningarna finns parallellt men fyller olika funktioner. Det autonoma barnet finns i förhållande till

¹²⁰ SOU 1979:63 s. 135 ff.

¹²¹ Se exempelvis prop 2005/06:99, s. 156, där framgår att den tidigare lydelsen av 21 kap. 5 § föräldrabalken löd: "Har barnet fyllt tolv år, får verkställighet inte ske mot dess vilja utom då länsrätten finner det nödvändigt av hänsyn till barnets bästa."

¹²² Prop. 2005/06:99, s. 82.

¹²³ SOU 2005:43 s. 210.

¹²⁴ SOU 2017:6 s. 300.

¹²⁵ Anne-Li Lindgren är professor på avdelningen för förskolläraryrket och förskolläraryrket vid Stockholms universitet, Gunilla Halldén är professor emeritus inom tema barn vid Linköpings universitet.

¹²⁶ Lindgren, och Halldén, *Individuella rättigheter; autonomi och beroende Olika synsätt på barn i relation till FN:s barnkonvention*, s. 70.

familjen medan det beroende barnet används i relation till samhället.¹²⁷ Författarna ställer sig slutligen frågande till *varför* man strävar efter ett autonomt barn med möjlighet att påverka beslut i samhället och i familjen.¹²⁸ De lyfter att detta kan leda till en press på barnen som skulle kunna vara en större börda för barnen än vad lagstiftningen kanske avsett. Detta är ett perspektiv som är värt att lyfta i detta sammanhang. Barnen ska inte tvingas fram till att ha en åsikt enligt förarbetena till inkorporeringen av barnkonventionen i svensk rätt.¹²⁹ Emellertid kan inställningen som Lindgren och Halldén presenterar vara onödigt begränsande för barn och underminera deras behov av att uttrycka sig och utöva sin autonomi.

4.2.1 Betydelsen av *ålder och mognad* – barnets autonomi

Att tala om barns autonomi i detta sammanhang är ett sätt att angripa framställningen av barns egenvärde i rättskällorna. Autonomi är enligt Svenska Akademiens ordlista lika med ”begränsat självstyre”.¹³⁰ Ordet *begränsat* kan verka vilseledande i sammanhanget då det är oklart om det handlar om en yttre eller en inre begränsning. Jag vill påstå att vid en jämförelse med rättskällorna kan det handla om båda. En yttre begränsning, i den meningen att yttre krafter kan begränsa självstyret. Det kan handla om lagstiftning som begränsar en individs inre vilja, det kan handla om en förälder som begränsar hur länge dess barn får vara ute om kvällen. Det kan även handla om en inre begränsning. Med den inre begränsningen menar jag att en individs autonomi kan begränsas av dess *förmåga* att uttrycka sin vilja. Ett litet barns autonomi skulle således kunna beskrivas som begränsad i och med att barnets förmåga att uttrycka sin vilja och beskriva sina behov är begränsade. Det lilla barnet besitter ju inte förmågan att uttrycka sig i ord eller förstå vidden av vissa känslor och beslut. Titti Mattsson har i sin avhandling diskuterat barns autonomi. Enligt Mattssons synsätt är ett barns autonomi styrt av barnets förmåga att uttrycka sig. Hennes sätt att definiera autonomi menar jag innebär att den uppstår när någon kan ta emot den, det vill säga när någon annan kan uppfatta och förstå ens vilja. Ett sådant

¹²⁷ Lindgren, och Halldén, *Individuella rättigheter; autonomi och beroende Olika synsätt på barn i relation till FN:s barnkonvention*, s. 77. Författarna drar slutsatsen bl.a. utifrån en studie av en tidning som ett antal högstadielärover tagit fram som handlar om barnkonventionen.

¹²⁸ *Ibid.*, s. 78.

¹²⁹ SOU 2016:19, s. 180.

¹³⁰ Svenska Akademiens ordlista, <https://svenska.se/tre/?sok=autonomi&pz=1>, hämtad 2020-12-10.

synsätt kan jämföras med det socialkonstruktivistiska sättet att beskriva hur subjekt skapas i diskurser.¹³¹ Emellertid ställs inga krav på att avsändaren av ord eller signaler ska göra sig tillräckligt begriplig för mottagaren för att ett subjekt i en diskurs ska skapas. Distinktionen mellan att *skapas* i en diskurs och att *bli begriplig* i en diskurs är viktig. Mattsson menar att nyfödda barn inte har någon möjlighet att utöva autonomi, för att små barn överlag inte har förmåga att kommunicera på samma sätt som vuxna. Inte heller klarar de sig själva utan är beroende av att vuxna tillgodoser deras sociala, fysiska och psykiska behov.¹³² I och med att barnet har en begränsad autonomi större delen av sin barndom menar Mattsson att ansvaret för att barnets integritet ska skyddas tillfaller ställföreträdare för barn och utredningsansvar för rätten.¹³³ Jag ställer mig frågande till huruvida barns förmåga att uttrycka sig verkligen begränsar deras autonomi. Ett litet barn gör väldigt tydligt om något är fel, exempelvis genom att skrika. Bara när ett barn är någon månad gammal kan det uttrycka starka känslor. Barnet kanske inte har förmågan att uttrycka exakt *vad* det vill, men vuxna i barnets närhet har möjligheten att tolka barnets signaler för att förstå vad barnet är ute efter. Barnets vilja skapar därmed en diskurs vari exempelvis en förälder är mottagare och delskapare av diskursen. Emellertid verkar det vara Mattssons bild av autonomitet som är dominerande i rättstillämpningen. Ett autonomt subjekt är i den kontexten ett subjekt som tydligt visar och uttrycker vad det vill. Det som kan tyckas oklart är huruvida ett autonomt subjekt även har inflytandet att bestämma. Lagstiftningens metod för att urskilja graden av autonomi är att låta barnets ålder och mognad avgöra. Detta menar Mattsson kan bli problematiskt ur ett rättssäkerhetsperspektiv – hur ska en definition av ett moget barn kunna framställas i lagstiftningen?¹³⁴

Mattssons syn på barns autonomi skulle kunna jämföras med Ulrika Anderssons slutsatser kring hur rätten ser på autonomi i våldtäktsmål. Andersson konstaterar att ett autonomt subjekt i en våldtäktsrättegång får större trovärdighet, och erbjuds därmed det starkaste integritetsskyddet.¹³⁵ Ett barn som visar stor

¹³¹ Se avsnitt 1.4.1.

¹³² Mattsson, *Barnet och rättsprocessen: rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård*, s. 150.

¹³³ *Ibid.*, s. 153.

¹³⁴ *Ibid.*, s. 157.

¹³⁵ Andersson, *Hans (ord) eller hennes?: en könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, s. 270.

mognad och som dessutom är tolv år eller äldre har med Mattssons resonemang en hög autonomi och därmed större chans att få sin vilja redovisad och följd i vårdnadsmål. På liknande sätt menar Andersson att ett offer i en våldtäktsrättegång som visat att hen motsatt sig gärningsmannens agerande på ett tydligt sätt tillmäts större trovärdighet och skydd.¹³⁶ Dessa utgångar förutsätter alltså att det finns en mottagare som kan ta emot och tolka subjektets vilja. Med den utgångspunkten menar jag att det är svårt för någon människa över huvud taget att vara autonom. Om vilja och känslor finns där, och yttras på olika sätt, men där mottagaren inte anser att viljeyttringen uppnår en viss nivå – ligger bristen i subjektets autonomitet eller i mottagarens perceptivitet? Lagstiftningens fokus på ålder och mognad kan enligt min mening, vilket korrelerar med Mattssons kritik mot lagstiftningens utformning, medföra att rättens subjektiva syn på mognad får alltför stort utrymme i bedömningen av huruvida barnets vilja ska tillmätas betydelse eller inte. Definitionen av hög autonomitet bör omformuleras och inkludera ett större spann av känslouttryckningar och sätt att kommunicera.

Även om barnets vilja beaktas är det inte säkert att viljan får avgörande betydelse för utgången i vårdnadstvisten. I prop. 2005/06:99 poängterar regeringen vikten av att lyssna på barnet för att barnperspektivet ska kunna anses beaktat fullt ut. Dock läggs det in en brasklapp i formen av konstaterandet att ”[d]ärmed inte sagt att barnets åsikter alltid måste följas”.¹³⁷ Även Sjösten uttrycker sig på detta sätt, och enligt min mening kan denna framtoning tolkas som att barnets rättighet att komma till tals undermineras.¹³⁸ Formuleringen ger signalen att barns åsikter inte har en betydande roll i *beslutet* i vårdnads-, boende- och umgängesfrågan. Jag menar att detta är problematiskt i och med att det kan kännas kränkande för ett barn att få sin åsikt beaktad och återgiven i ett rättsligt beslut, men att utgången ändå blir tvärt emot med argumentet att det är *för barnets bästa*. Kanske var det en liknande faktor som bidrog till att barnen som presenterades i introduktionen till uppsatsen kände sig så pass förbisedda att de skrev ett brev till tingsrätten för att få sina röster hörda och beaktade.

¹³⁶ Andersson, *Hans (ord) eller hennes?: en könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, s. 270.

¹³⁷ Prop. 2005/06:99 s. 39.

¹³⁸ Sjösten, Mats, *Vårdnad, boende och umgänge: samt verkställigheten av sådana avgöranden och överenskommelser*, s. 50.

4.3 Barns rätt till trygghet

De centrala rättigheterna som inbegrips i barns rätt till trygghet stadgas i portalparagrafen i föräldrabalkens sjätte kapitel. Där framgår att ett barn har rätt till omvårdnad, trygghet och god fostran.¹³⁹ Motsvarande bestämmelse i barnkonventionen är en av grundprinciperna, art. 3.2, och omfattar barnets rätt att tillförsäkras det skydd och den omvårdnad som behövs för deras välfärd. Jag har valt att benämna gruppen *barns rätt till trygghet* eftersom jag menar att tryggheten kan ses som ett ”paraply” för både omvårdnad och själva tryggheten i sig. Som jag redogjorde för under avsnitt 4.1 ska portalparagrafen ses som en övergripande norm. I en vårdnadstvist ses barnets rätt till trygghet således som en måttstock där vissa bedömningsgrunder kan inbegripas. I både föräldrabalken och barnkonventionen stadgas att det är barnets vårdnadshavare som ska se till att barnets rättigheter som stadgas i portalparagrafen blir tillgodosedda.¹⁴⁰ I och med att ett barn oftast inte har möjlighet att själv tillgodose sina behov är barnet således beroende av sina föräldrar eller vårdnadshavare för att överleva och må bra. Barnets rätt till sina föräldrar är därför en viktig del av barnets rätt till trygghet. Denna rätt är också en central bedömningsgrund vid bedömningen av barnets bästa i en vårdnadstvist.

En vårdnadstvist omkullkastar barnets trygghet i och med att den i många fall förändrar barnets tillvaro i grunden. Barnets föräldrar kan således vara roten till otrygghet och källan till trygghet på samma gång. Att det är möjligt att fastställa barnets bästa i en sådan situation är inte helt självklart. Torgny Gustavsson¹⁴¹ har konstaterat att barnets bästa i princip är omöjligt att uppnå i en vårdnadstvist – barnets bästa skulle ju vara om det inte fanns någon tvist över huvud taget. Istället menar han att utfallet i ett vårdnadsmål egentligen motsvarar ”den minst dåliga lösningen”.¹⁴²

Forskningen kring barns trygghet har pågått sedan en tid tillbaka. Anknytningsteorin blev aktuell i mitten av 1900-talet, och spelar fortfarande en central roll inom barnpsykiatrin.¹⁴³ Kort sammanfattad innebär anknytningsteorin att

¹³⁹ Se 6 kap. 1 § föräldrabalken.

¹⁴⁰ 6 kap. 2 § 2 st föräldrabalken, och art. 3.2 barnkonventionen.

¹⁴¹ Överläkare vid barn- och ungdomspsykiatrin i Växjö.

¹⁴² Gustavsson, *Barnpsykiatrikerens synpunkter på vad som är barnets bästa*, s. 325.

¹⁴³ Risholm Mothander, och Broberg, *Små barns behov av en långsiktig trygg bas – en barnpsykologisk kunskapsöversikt*.

ett barn behöver minst en vuxen person som barnet kan ty sig till och känna samhörighet med. Enligt Staffan Vängby och Anna Singer m.fl. innebär trygghet för ett barn bl.a. att barnet har rätt att kunna lita på någon. En god fostran menar författarna handlar om att barnet ska kunna känna samhörighet med familjen för att sedan få verktyg att klara sig på egen hand.¹⁴⁴ Det handlar om att barnets uppväxt ska vara präglad av både trygghet och ansvar, och att ansvaret ska växa i takt med att barnet blir äldre och mognare. Denna inställning korrelerar med anknytningsteorin. I barnkonventionen stadgas att konventionsstaterna ska respektera det ansvar och de skyldigheter som tillkommer föräldrar eller vårdnadshavare till barnet ”att på ett sätt som står i överensstämmelse med den fortlöpande utvecklingen av barnets förmåga ge lämplig ledning och råd då barnet utövar de rättigheter som erkänns i denna konvention.”¹⁴⁵ Detta är också ett uttryck för hur barnet ska ges ansvar att ta beslut och påverka sin situation mer och mer ju äldre barnet blir.

I SOU 1979:63 talades om *kärlek* när det kom till barns grundläggande behov. Utredarna uttryckte bland annat att ett barn har behov av att ha människor omkring sig som de kan ”*ta emot kärlek av och ge kärlek till*”.¹⁴⁶ Vidare betonade utredarna vikten av att ett barn behöver känna att det är godtagget oavsett sina brister, och bli ”villkorslöst mottagna i världen”.¹⁴⁷ Utredarnas sätt att uttrycka sig kretsade således delvis kring barnets emotionella behov, vilket utredarna menade var en del av barnets behov av trygghet. I prop. 1981/82:168 lyftes däremot viss kritik från remissinstanserna som menade att det var olämpligt att ”lagstifta om de känslor som människor bör hysa för varandra”.¹⁴⁸ Barnets behov av trygghet genom att få och ge kärlek har inte fortsättningsvis varit fokus i lagstiftningen. Utredarna i 2002 års vårdnadsutredning nämnde dock barnets behov av ett varaktigt och stabilt förhållande till sina föräldrar som ska tillgodose både barnets fysiska behov och ”dess behov av kärlek, trygghet och känsla av att behövas.”¹⁴⁹ Att trygghet för ett barn springer ur en tillit och kärlek gentemot föräldrar eller vårdnadshavare verkar

¹⁴⁴ Vängby, Singer, Jänttä-Jareborg och Walin, *Föräldrabalken – En kommentar*, kommentaren till 6 kap. 1 §.

¹⁴⁵ Art. 5 barnkonventionen.

¹⁴⁶ SOU 1979:63, s. 56.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Prop. 1981/82:168, s. 22.

¹⁴⁹ SOU 2005:43, s. 103.

således fortfarande finnas som ett underliggande antagande. Utifrån den rätten verkar utredare och regering vilja att läsaren implicit ska förstå att *föräldrarna* är de som ska ge kärlek och ta hand om sitt barn på det sätt som kan förväntas av dem. Jag kan dock konstatera att i propositionen till dagens lagstiftning nämns inte ordet kärlek över huvud taget. Istället handlar barns rätt till trygghet i vårdnadstvister i mångt och mycket om rätten att ha en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Vid rättens avgörande av vad som är barnets bästa ska fästas särskilt avseende vid den frågan.¹⁵⁰

Inledningsvis i detta avsnitt konstaterade jag att föräldrarna eller vårdnadshavarna har en central roll för barnets trygghet. Vårdnadshavarens ansvar kan också ses som en *rättighet*. I föräldrabalken framgår att vårdnadshavaren har *rätt och skyldighet* att bestämma över barnets personliga angelägenheter.¹⁵¹ Även i barnkonventionen framgår att konventionsstaterna ska göra sitt bästa för att tillförsäkra att principen om att föräldrarna eller vårdnadshavarna ska säkerställa att barnets bästa tillgodoses följs.¹⁵² Till viss del finns det således en explicit föräldrarätt i både föräldrabalken och barnkonventionen, i form av att en förälder har rätt att bestämma i frågor som rör barnet. Denna rätt tillfaller dock föräldrarna endast om de även har vårdnadsansvaret för barnet. I en vårdnadstvist är det oklart vem som ska ha vårdnaden, och det blir därmed också oklart vem som ska utöva föräldrarätten. Utifrån dessa bestämmelser framgår tydligt att vårdnadshavarens roll i barnets liv är av stor betydelse.

Frågan jag ställer mig är dock huruvida det ges uttryck för en föräldrarätt i formen av att en förälder har *rätt till sitt barn*, det vill säga om en förälder har en implicit rätt att få ha barnen i sin direkta närhet. Denna fråga blir central i vårdnadstvister när det kommer till hur umgänge mellan barn och förälder ska regleras. Barnets rätt till en nära och god kontakt med båda sina föräldrar är den rättighet som ligger bakom barnets umgängesrätt.¹⁵³ Umgängesrätten innebär att det i lagtexten framgår att barnet har *rätt* att umgås med den förälder som den inte bor med.¹⁵⁴ Eva Ryrstedt lyfter att i en vårdnadstvist torde avgörandet om barnets boende och hur barnet ska umgås med respektive förälder spela störst roll för barnets

¹⁵⁰ 6 kap. 2 a § andra stycket andra strecksatsen föräldrabalken.

¹⁵¹ 6 kap. 11 § föräldrabalken.

¹⁵² Art. 18 barnkonventionen.

¹⁵³ 6 kap. 2 a och 15 §§ föräldrabalken.

¹⁵⁴ 6 kap. 15 § föräldrabalken.

välstånd. Detta spelar i sin tur roll för huruvida barnets kontakt med föräldrarna är ”nära och god” eller inte.¹⁵⁵ Rent praktiskt är därmed boende- och umgängesfrågan mer viktig än vårdnadsfrågan ur barnets synpunkt, menar Ryrstedt. Utifrån den synpunkten frågar sig Ryrstedt även hur en ”god kontakt” ska etableras genom umgänget – är det kvalitén på umgänget eller mängden umgänge som avgör?¹⁵⁶ Den frågan besvaras inte i rättskällorna, där utgångspunkten ju är att umgänget ska bestämmas utifrån en individuell prövning.¹⁵⁷ Emellertid kan ifrågasättas huruvida en individuell prövning faktiskt utgår från det enskilda barnets behov och känslor.

I rättskällorna finns några indikationer på att det är föräldrarnas behov av att umgås med sitt barn som styr om umgänge ska ske eller ej. Ett sådant exempel är att det är föräldern som ska väcka talan om den ”vill umgås med sitt barn”.¹⁵⁸ Denna formulering gör det tydligt att det inte är upp till barnet att hävda sin ”umgängesrätt” utan att den rollen tillfaller föräldern. I prop. 2005/06:99 framgår att ett barns bästa i de allra flesta fall är att umgås med båda föräldrarna, men att det inte ska ske till varje pris. Regeringen utvecklar detta resonemang genom att konstatera att ett barn har rätt att inte bli utsatt för våld, övergrepp eller annan kränkande behandling.¹⁵⁹ Denna utformning menar jag konstruerar bilden av att umgänge mellan barn och föräldrar ska ske i samtliga fall förutom i de fall där barnet kan fara illa, och att ”fara illa” primärt avser de förhållanden då barnet eller någon annan i familjen blir utsatt för fysiskt våld.¹⁶⁰ Barnets rätt till umgänge verkar alltså i mångt och mycket handla om att föräldern vill umgås med sitt barn. Rättskällornas konstruktion av barnets trygghet menar jag blir alltför schabloniserad då domstolen ska avgöra barnets bästa med utgångspunkten att barnet har behov av nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Ett barns behov av trygghet menar jag snarare handlar om att ha samma anknytningsperson från låg ålder och som tar ansvar över barnet och följer det i livet. Huruvida den anknytningspersonen är av samma kött och blod torde spela mindre roll. Det är därför anmärkningsvärt att lagstiftningen är utformad så, att exempelvis ett barn som inte umgått med en förälder på flera år ska ha ”rätt” till umgänge med den föräldern.

¹⁵⁵ Ryrstedt, *Barns bästa och vilja i domstol*, s. 1014.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Se bl.a. prop. 2005/06:99, s. 40.

¹⁵⁸ Se 6 kap 15 a § föräldrabalken.

¹⁵⁹ Prop. 2005/06:99, s. 42.

¹⁶⁰ Se avsnitt 4.1.1.

4.4 Sammanfattande reflektioner

Min utredning visar att i samtliga rättighetsgrupper får vissa rättigheter för barn starkare betydelse i vårdnadstvister. Förarbetenas sätt att uttrycka att barn ska skyddas från våld leder till att barns skyddsvärdhet främst handlar om barnets rätt till skydd mot fysiskt våld. Detta är problematiskt med tanke på att det psykiska våldet, eller det ”osynliga” våldet kan skada ett barn och sätta djupa spår.

Barns rätt till egenvärde handlar i förarbetena och lagstiftningen främst om rätten att komma till tals. Det handlar även om att få sin åsikt beaktad. Förarbetena och lagstiftningen är dock tydliga med att barnet inte kan förvänta sig att dess åsikt ska bli följd, eftersom det ytterst är de vuxna som har ansvar för barnet. Vidare är det barnets ålder och mognad som styr i vilken utsträckning barnets vilja ska beaktas. Utformningen av lagstiftningen har lett till att det finns en mer eller mindre tydlig tolvsårsgrens för att ett barns vilja ska beaktas. Jag ifrågasätter det ansvar som läggs på att barn ska kunna uttrycka sig verbalt och tydligt för att få sin vilja beaktad. Jag menar att det bör läggas ett större ansvar på vuxna att tolka barnet och lyssna in och se de signaler som barnet ger, trots att språket kanske inte är fullt utvecklat.

Barnets rätt till trygghet handlar om att varje barn har rätt till en trygg uppväxt och omvårdnad. När ett barn blivit centrum för en vårdnadstvist har tryggheten per automatik omkullkastats och rättens uppdrag blir i princip att hitta den minst dåliga lösningen för barnet. I barnets rätt till trygghet finns i förarbetena en föreställning om att ett barns rätt till föräldrar handlar om barnets rätt till sitt eget kött och blod. Jag menar att det snarare borde handla om barnets rätt till trygg anknytning till två vuxna.

Sammanfattningsvis kan jag konstatera att trots att barnets rättigheter är stadgade både i föräldrabalken och barnkonventionen tenderar de bli haltande då barnet befinner sig i en vårdnadstvist. De breda rättighetsgrupperna blir smala eftersom rättskällorna konstruerar rättigheterna för att de ska passa vid bedömningen av en vårdnadstvist.

5 Barns rättigheter i rättstillämpningen

I förevarande avsnitt gör jag några nedslag i rättstillämpningen från de senaste åren. Som jag uttryckte i inledningen finns det ingen vidlyftig vägledande rättspraxis när det kommer till vårdnadstvister. I och med att ambitionen är att barnets bästa ska avgöras utifrån de individuella förutsättningarna kan riktlinjer och bedömningsgrunder inte arbetas fram på samma sätt som i exempelvis brottmål. Emellertid finns det anledning att studera domstolarnas bedömningar i mål om vårdnad, boende och umgänge för att kunna urskilja eventuella mönster som i sin tur påverkar barns möjlighet att tillvarata sina rättigheter i vårdnadsmål. Nedan presenterar jag HD-domen från 2007. Därefter följer en presentation av de fem hovrättsdomar som jag valt ut med urvalsmetoden jag beskrivit under avsnitt 1.3. I samtliga mål lyfter både tingsrätt och hovrätt att barnets bästa ska vara avgörande och att föräldrarnas behov av att träffa barnen eller rättvisa mellan föräldrarna inte ska spela in i bedömningen.

5.1 NJA 2007 s. 382 – fokus på föräldrarnas förmåga att samarbeta

Detta rättsfall är det första – och enda – fall som rör vårdnad, boende och umgänge som varit aktuellt i HD sedan vårdnadsreformen år 2006. Föräldrarna till ett då tvåårigt barn hade tvistat om vårdnaden i princip hela barnets liv. Att det hade blivit ett konfliktfyllt förhållande berodde främst på föräldrarnas olika åsikter i frågor som rörde barnet. Tingsrätten beslutade om gemensam vårdnad. Sedan domen överklagats och hovrätten tillerkänt prövningstillstånd hade de nya vårdnadsreglerna trätt i kraft.¹⁶¹ Vid bedömningen lyfte HD innebörden av vårdnadsreformen. Främst handlade det om att det är barnets bästa som ska vara avgörande.¹⁶² Det nya stycket i 6 kap. 5 § föräldrabalken var också centralt vid HD:s bedömning. Det stadgade att vid bedömningen i vårdnadsfrågan ska det fästas särskild vikt vid föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet. Troligtvis var den huvudsakliga anledningen till att målet fick prövningstillstånd i HD att fastställa innebörden av det nya stycket i 6 kap. 5 § föräldrabalken. I målet fastställde HD att det krävs att föräldrar kan ta ett gemensamt ansvar för att de ska kunna ha gemensam vårdnad.¹⁶³

¹⁶¹ NJA 2007 s. 382, s. 390.

¹⁶² Se avsnitt 3.2.

¹⁶³ NJA 2007 s. 382, s. 394.

Om en förälder uttrycker att den saknar förtroende för den andre föräldern tyder detta enligt HD på att gemensam vårdnad inte bör komma till stånd.¹⁶⁴ Om konflikten verkar vara av övergående natur och föräldrarna på sikt kan tänkas komma överens kan det bedömas som att gemensam vårdnad kan vara aktuell. Vid bedömningen av om konflikterna mellan föräldrarna i detta fall var bestående eller av övergående natur resonerade HD så, att i och med att de tvistat redan två gånger under den tid de haft barn tillsammans och inte verkar komma överens om just någonting, skulle vårdnaden inte vara gemensam.¹⁶⁵

Det har alltså förtydligats att långvariga och icke övergående problem med att komma överens spelar stor roll för möjligheten att ha gemensam vårdnad. Enligt Mia Edwall Insulanders kategorisering av konflikter skulle dessa föräldrars konflikt räknas som en *intressekonflikt*.¹⁶⁶ Båda föräldrarna bedöms enligt samtliga instanser inte vara *olämpliga* som vårdnadshavare.¹⁶⁷ Vårdnadshavandet handlar således inte om barnets relation till respektive förälder, utan om föräldrarnas förehavanden sinsemellan. Någon djupare bedömning av föräldrarnas föräldraförmåga görs inte. HD problematiserar inte vidare varför det är just mamman som ska ha vårdnaden, utan stödjer sig på det som beslutats i hovrätten. Hovrätten i sin tur fördjupar sig inte över huvud taget i vilken förälder som är mest lämplig utan dömer utan vidare förklaring att mamman ska tilldelas vårdnaden.¹⁶⁸ Föräldrarna uppfyller de krav som domstolen kan tänkas ställa på fungerande föräldrar, och då görs ingen närmare utredning om hur barnet faktiskt har det.

När målet behandlades i tingsrätten hade ännu inte reglerna som tagits fram i 2006 års vårdnadsreform trätt i kraft. Tingsrätten diskuterade därvid vad som var barnets bästa främst ur utgångspunkten att ett barn har behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar.¹⁶⁹ Vidare uttryckte tingsrätten att "[e]n annan utgångspunkt är att ett barn, särskilt i [barnets] ålder och med hennes bakgrund, behöver stabilitet, kontinuitet och lugn och ro i sin vardagstillvaro."¹⁷⁰ Tingsrätten grundade således sin bedömning på barnets faktiska situation, och försökte sätta sig

¹⁶⁴ NJA 2007 s. 382, s. 394.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Edwall Insulander, *Dragkampen om barnen: Barnets bästa vid intressekonflikter i domstol*, s. 150.

¹⁶⁷ NJA 2007 s. 382, s. 386.

¹⁶⁸ Ibid., s. 390.

¹⁶⁹ Ibid., s. 386.

¹⁷⁰ Ibid.

in i hur barnet haft det under de första åren i livet. Jag menar att tingsrätten i detta fall visar exempel på hur barns rätt till trygghet är en del av bedömningen i umgängesfrågan.

Hovrätten och HD lägger i sin bedömning främst fokus på själva samarbetsförmågan, och kommer fram till i princip samma domslut. I hovrätten poängteras att ”millimeterrättvisa” inte är möjlig eller eftersträvansvärd i en vårdnadsfråga. HD:s domskäl kretsar kring föräldrarnas oförmåga att komma överens om små detaljer, och HD uttrycker att det kan anses ”notoriskt” att reglera umgänget på det sätt som föräldrarna begärt.¹⁷¹ Jag finner i detta rättsfall att fokus på barnet blir mindre ju högre upp i instanserna vi kommer. Som jag uttryckte ovan var huvudanledningen till varför målet hamnade i HD att få ett prejudikat angående den nya bedömningsgrunden i 6 kap. 5 § föräldrabalken. HD diskuterar därvid inte nämnvärt barnets faktiska situation, och barnets rätt till trygghet. Emellertid menar jag att rättigheten till trygghet är central i rättsfallet som helhet. Det rör sig om ett väldigt litet barn, som mest troligt inte börjat uttrycka sin vilja med ord ännu. Barnets egenvärde har därvid inte ännu kunnat ta sig i uttryck i verbal kommunikation, men likväl är det möjligt att barnet uttryckt en vilja genom gester och ljud. Sammanfattningsvis sätter HD tonen för vilken bedömning som ska göras, och den innebär ett fokus på föräldrarna snarare än på barnen.

5.2 Vad är bäst för barnets psykiska mående?

I ett mål från Göta hovrätt från februari 2019 hade ett par föräldrar tvistat under en lång tid.¹⁷² De två barnen bodde hos mamman och hade umgänge med pappan. Vid två tillfällen hade pappan hållit kvar barnen efter umgänge, då han fått misstankar om att något inte stod rätt till hos mamman. Vad han misstänkte framkom inte i målet. Vid ett av tillfällena hade polisen blivit tvungen att hämta pojken tillbaka till mamman. När målet behandlades i hovrätten hade barnen inte träffat pappan på över två år. Mamman, tillsammans med barnpsykiatriker från BUP, framhöll att barnen var rädda för pappan. Framför allt beskrev mamman och barnpsykiatrikern att det äldre barnet, en pojke på elva år, var rädd för att pappan skulle komma och ta

¹⁷¹ NJA 2007 s. 382, s. 395.

¹⁷² T 1909–18, Göta hovrätt.

honom.¹⁷³ Det yngre barnet, en flicka på tio år, beskrevs som att hon var rädd för att hon skulle komma att sakna sin pappa. Hon uttryckte enligt barnpsykiatrikern ett dåligt samvete gentemot honom.¹⁷⁴ Viljan i hennes fall kunde alltså tolkas som mer ambivalent. Mamman menade att det tagit lång tid för barnen att må bättre psykiskt, och att de återkommande tings- och hovrättsprocesserna gjort att de gått tillbaka steg i sin process att må bättre.

I tingsrättens skäl lyftes att det inte framkommit annat än att mamman skulle vara en ”god och lyhörd” förälder. Angående pappans föräldraförmåga menade tingsrätten att det var svårt att utreda huruvida pappan besitter en god sådan med tanke på att han inte träffat barnen på flera år. Tingsrätten tillmätte de tidigare händelserna betydelse på det sättet att de framstod som förstående inför att mamman inte velat ha någon kontakt med pappan efter händelserna. Vårnaden tillerkändes därför mamman i tingsrättens dom. Tingsrätten beslutade även att barnen inte skulle behöva träffa sin pappa. Tingsrätten resonerade så, att barnens psykiska mående inte skulle främjas av ett sådant umgänge. I det sammanhanget nämnde tingsrätten barnens inställning enligt mamman och en av utredarna, men fokus låg på barnets psykiska mående. Tingsrätten drog därför slutsatsen att umgänge mellan barnen och pappan inte var aktuellt, eftersom det inte kunde sägas ”vila på en tillräcklig stabil grund”.¹⁷⁵ Jag menar att tingsrätten visade genom att uttrycka att det inte är säkert hur ett umgänge skulle påverka barnen att de väljer att ta det säkra för det osäkra.

Angående umgänget gjorde hovrätten en annan bedömning än tingsrätten. Hovrätten visade en tendens att misstänkliggöra barnens rädslor. Detta genom att uttrycka att det var ”märkligt” att barnen fortfarande var rädda för pappan fastän det gått två år sedan händelsen då polisen fick komma och hämta pojken. Hovrätten menade att det kunde ha att göra med att mamman aktivt hållit barnen utanför pappans liv. Det var inte konstaterat i målet att så var fallet, men hovrätten menade att detta antytts i vårdnadsutredningen.¹⁷⁶ Genom de antaganden som hovrätten gör målar de upp en bild av hur barnens känslor kommit att ta sig i uttryck, och förklaringarna till dessa tolkningar har inte en tydlig grund i fallet. I målet hade barnpsykiatrikern i sitt vittnesmål uttryckt att det eventuellt kunde vara bra för

¹⁷³ T 1909–18, Göta hovrätt, s. 5.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ Ibid., s.11 i tingsrättens dom.

¹⁷⁶ Ibid., s.7

flickan att stegvis försiktigt börja umgås med pappan, men att de i dagsläget inte hade nått punkten att det skulle vara aktuellt.¹⁷⁷ Vidare hade barnpsykiatrikern lyft att pojken så småningom skulle kunna må bra av att ”exponeras” av saker som hade koppling till pappan, eftersom pojken haft stora problem med rädsla och oro.¹⁷⁸ Hovrätten tycks ha tagit fasta på barnpsykiatrikerns råd angående flickans umgänge med pappan och utifrån det bedömt att det bästa för båda barnen var att sakta börja umgås med pappan igen. Barnets bästa menade hovrätten i detta fall var att på nytt skapa en relation till sin far, för att på lång sikt kunna ha en nära och god kontakt med båda sina föräldrar.

I detta fall visar tingsrätten och hovrätten olika sätt att se på barnets rättigheter. Tingsrätten verkar delvis fokusera på barnens egenvärde, och därvid beakta deras vilja. I detta fall visade ena barnet tydligt vad det ville, medan det andra inte var lika säker. Tingsrätten väljer därför att rikta in sig på barnets rätt till trygghet, och menar att barnen inte ska behöva tvingas till umgänge med någon de känner sig rädda och osäkra inför. Barnets rätt till trygghet i form av att slippa vara rädd får därmed företräde framför barnets rätt till trygghet i form av rätten till båda sina föräldrar. Ur detta perspektiv menar jag att umgängesrätten ses ur det perspektiv som ambitionen bakom lagstiftningen företräder – det vill säga barnperspektivet.

Hovrättens bedömning kan tolkas som ett försök att tillgodose barnets rätt till båda sina föräldrar. Emellertid menar jag att hovrätten visar en tendens att åsidosätta det som framkommit i målet om barnens känslor, för att slutligen presentera den lösning på problemet som de anser är mest rationell. Frågan är om denna lösning – att barnen stegvis ska börja umgås med sin pappa igen – kommer skapa en djupare traumatisering eller en minskad rädsla? Målsättningen med hovrättens beslut får anses vara att barnen ska slippa vara rädda för sin pappa, och därmed skapa en tryggare barndom för barnen. Jag menar dock att hovrätten skapar sig en egen uppfattning om hur barnen kan tänkas reagera av ett umgänge med pappan utifrån en föreställning om att barnen behöver pappan i sitt liv för att må bra. För att rätten till trygghet ska vara central menar jag att det krävs ytterligare utredning, och en större förmåga att sätta sig in i barnens situation. Utifrån den analysen blir

¹⁷⁷ T 1909–18, Göta hovrätt, s. 5.

¹⁷⁸ Ibid., bland annat beskriver barnpsykiatrikern hur pojken har ont i magen och sömnproblem, kopplat till en rädsla för pappan som verkar blivit värre i perioder. Vidare beskriver hon även hur hittat på en anledning att slippa följa med på fotbollsmatch i den stad där pappan bor.

utformningen på domslutet som lyder att barnen ”ska ha rätt till umgänge”¹⁷⁹ med pappan haltande, i och med att det inte är barnens rätt till umgänge som styr beslutet, utan snarare föreställningen att barnen skulle må bra av att ”exponeras” av umgänge med pappan.

5.3 Kärnfamilj eller åsidosatt föräldraskap?

I ett mål från 2019 hade två föräldrar tre barn tillsammans.¹⁸⁰ Vid föräldrarnas separation flyttade mamman från ön de bodde på. Vid tidpunkten för tvisten hade mamman ett nytt förhållande. Pappan hade haft ett par förhållanden sedan uppbrottet men levde inte i en relation då målet var i tingsrätten. Mamman höll på att bygga ett hus på landet med sin nya man. Hon beskrev pappan som arg, lättretlig och högljudd. Hon hävdade även att han hade varit våldsam mot barnen. Mamman menade att de skulle få en friare och gladare uppväxt hos henne, på en gård med massa djur. Pappan argumenterade för att barnen skulle trivas bäst med att bo kvar hos honom på ön där de växt upp. Han bestred mammans påståenden om våld. Barnen beskrevs i domen som trötta på konflikterna. Det äldsta barnet hade uttryckt en vilja att bo kvar på ön där hon hade sina kompisar.

Tingsrätten och hovrätten kom även i detta mål fram till olika utgångar. Tingsrätten beslutade om gemensam vårdnad och att barnen skulle bo hos mamman på fastlandet. Tingsrätten fäste vikt vid uppgifterna om att pappan varit våldsam, om än med viss försiktighet.¹⁸¹ Vidare uttryckte tingsrätten att det inte framkommit något i målet som pekade på att barnen inte skulle klara av omställningen att flytta från ön och att barnen på olika sätt givit uttryck för att de saknar sin mamma.¹⁸² Ett hus på landet vägde enligt tingsrätten tyngre än det andra alternativet, att barnen skulle bo kvar hos sin pappa. Tingsrätten tog fasta på det som mamman berättat om det framtida boendet i huset, då hon beskrivit ett liv med många fritidsaktiviteter och frihet för barnen. Tingsrätten verkade således premiera ett boende i ett hus på en gård med två närvarande vuxna och djur.¹⁸³ Detta menar jag kan tolkas som att tingsrättens hållning är att en kärnfamiljsliknande uppväxt är att föredra framför att

¹⁷⁹ T 1909–18, Göta hovrätt, s. 1.

¹⁸⁰ T 12094–18, Svea hovrätt.

¹⁸¹ Ibid., s. 13 i tingsrättens dom.

¹⁸² Ibid.

¹⁸³ T 12094–18, Svea hovrätt, s. 13 i tingsrättens dom.

bo med sin pappa i en lägenhet. Detta trots att i vart fall det äldre barnet uttryckt en vilja att bo kvar på ön. Detta kan tolkas som ett uttryck för att den förälder som kan erbjuda barnen en schabloniserad bild av en familj har företrädde framför en mindre stereotyp bild av hur en familj kan se ut.

I hovrätten motsatte sig parterna gemensam vårdnad. Angående pappans lämplighet som vårdnadshavare lyfte även hovrätten att han anklagats för att ha haft en våldsamt sida. Denna kopplade de främst till hans relation med en kvinna som vid tillfället för tvisten var avslutad. Vidare menade de att det inte fanns bevis för att han varit våldsamt mot barnen, utan att den skriftliga bevisning som lämnats in snarare visade att han var en kärleksfull pappa.¹⁸⁴ De drog därför slutsatsen att det inte förelåg någon risk för fysiskt våld och att han var en lämplig vårdnadshavare. Vid bedömningen av mammans lämplighet som vårdnadshavare tog hovrätten fasta på att det i vårdnadsutredningen konstaterats att mamman kan ha åsidosatt sitt föräldraansvar då hon flyttade från ön.¹⁸⁵ Mamman uppgav att hon behövt komma iväg från ön och att pappan till barnen hade betett sig illa mot henne. Hon hade anmält honom och polisen hade upprättat en utredning om grov kvinnofridskränkning som sedan lades ner. Utredningen hade även ifrågasatt mammans föräldraförmåga om hon skulle bli ensamstående. Detta lyfte hovrätten, men valde ändå att dra slutsatsen att se mamman som en lämplig vårdnadshavare.¹⁸⁶ Hovrätten fördjupade inte det ställningstagandet vidare. I och med att parterna motsatte sig gemensam vårdnad var det inte möjligt för hovrätten att döma till gemensam vårdnad. Eftersom båda ansågs som lämpliga vårdnadshavare berodde beslutet om vem som skulle ha vårdnaden på vart det var bäst för barnen att bo. Hovrätten fäste då vikt vid kontinuitetsprincipen och beslutade att barnen skulle bo kvar hos pappan som blev ensam vårdnadshavare. Utöver kontinuitetsprincipen beaktade även hovrätten det äldsta barnets vilja, och konstaterade att flickan ”gett uttryck för att hon vill bo kvar [på ön]”.¹⁸⁷ Hovrätten gav därvid uttryck för barnets egenvärde, då de fäste vikt vid det äldre barnets vilja att bo kvar där hon har sin skola och sina vänner.

¹⁸⁴ Ibid., s. 10-11.

¹⁸⁵ Ibid., s. 11.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Ibid., s. 12.

De två andra barnen var mer ambivalenta i sina åsikter, då de befann sig i en situation där det är omöjligt att välja. Hovrätten visade en tendens att skuldbelägga mamman för att barnen befann sig i denna situation, då de ifrågasatte hennes föräldraförmåga.¹⁸⁸ Detta baserade hovrätten på utredningen, och fäste ingen större vikt vid mammans egen utsaga. Jag menar att det kan vara problematiskt att inte utveckla en persons föräldraförmåga ytterligare, efter att ha uttryckt att personen som ensamstående eventuellt skulle sakna förmåga att ha vårdnaden om sina barn.¹⁸⁹ Hovrättens slutsats visar dock på att barnens egenvärde och trygghet får företräde vid beslut om vårdnad och boende, vilket resonemanget kring barnens behov av kontinuitet och närhet till vänner, skola och familj visar på.

5.4 Föräldrarnas värdekonflikt styr utgången

När detta fall kom upp i hovrätten för nedre Norrland var det tredje gången föräldrarna tvistade om barnet, som vid tillfället var sex år.¹⁹⁰ Konflikterna föräldrarna emellan handlade till största delen om barnets sjukvård, vaccinationer etcetera. Tingsrätten poängterade att vid gemensam vårdnad är det av vikt att föräldrarna kan samarbeta någorlunda, i och med att konstanta konflikter inte är bra för barnet.¹⁹¹ Pappan i fallet var kritisk till vaccinering av barnet medan mamman var för att barnet skulle genomgå vaccinationsprogrammet för barn. Tingsrätten resonerade så, att bevisningen som var åberopad i målet visade att den generella uppfattningen bland medicinskt kunniga var att vaccination är bra för barn.¹⁹² Vidare konstaterade tingsrätten att det även finns medicinskt kunniga som ifrågasätter vaccination för barn. Därmed kom de fram till att båda föräldrarna var lämpliga som vårdnadshavare.¹⁹³ Tingsrätten gjorde emellertid bedömningen att föräldrarna även i fortsättningen skulle ha svårt att samarbeta kring frågor som rörde sjukvård och vaccinering.¹⁹⁴ Eftersom barnet bodde hos mamman, och pappan inte heller hade begärt ensam vårdnad, tillföll vårdnaden mamman ensam. Hovrätten instämde i tingsrättens bedömning om vårdnaden. Vidare diskuterade hovrätten

¹⁸⁸ T 12094–18, Svea hovrätt, s. 11.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ T 1135–18, Hovrätten för nedre Norrland.

¹⁹¹ Ibid., s. 8 i tingsrättens dom, jfr NJA 2007 s. 382.

¹⁹² Ibid., s. 7 i tingsrättens dom.

¹⁹³ Ibid., s. 8 i tingsrättens dom.

¹⁹⁴ Ibid.

umgängets omfattning. Föräldrarna hade sedan en tidigare dom ett fastställt umgänge med pappan som tingsrätten hänvisat till. Pappan ville i hovrätten utöka umgänget och angav att barnet också ville att detta skulle utökas.¹⁹⁵ En sådan omfattning menade hovrätten i praktiken skulle innebära ett växelvist boende, vilket inte är tanken med umgängesbestämmelsen. Vidare uttryckte hovrätten att ett sådant utökat umgänge skulle innebära att föräldrarnas konflikt om underhållsstöd skulle kunna underblåsas, vilket de menade inte var till barnets bästa.

Resonemanget i detta mål handlar främst om föräldrarnas förmåga att samarbeta och föräldrarnas situation är enligt min mening fokus för denna tvist. Det framgår att det inte finns en allvarlig konflikt mellan föräldrarna rent personligen, vilket är fallet i många andra mål. Istället är det ideologiska frågor som gör att konflikterna blir så pass stora att de inte kan samarbeta kring sitt barn. För att kategorisera konflikten framstår den enligt mig som en värdekonflikt. I och med att föräldrarna verkar ha fundamentalt olika syn på sjukvård dömer domstolarna att det inte är möjligt för föräldrarna att samarbeta, trots att de i sig är lämpliga som vårdnadshavare. Tingsrätten och hovrätten diskuterade inte barnets uppfattning och intressen nämnvärt. Att pappan lyft barnets vilja att bo mer hos honom utreddes inte av vare sig tingsrätten eller hovrätten. Istället talades om barnets bästa endast i förhållande till föräldrarnas situation, exempelvis genom att konstatera att föräldrarna bör utgå från barnets bästa när de ska bestämma om umgänge, inte utifrån vad som är ”rättvist” mellan föräldrarna.¹⁹⁶

Angående barnets umgängesrätt med pappan utgick hovrätten i den bedömningen från vad syftet med umgängesrätten var, inte från barnets vilja. Vidare lyfte hovrätten att det ”finns risk” att ett sådant umgänge leder till konflikt om underhållsstöd. Jag menar att det finns anledning att undvika att göra sådana antaganden från hovrättens sida, då beslutet hänvisar till barnets bästa men då barnets vilja inte beaktas alls. Jag menar att om barnets vilja i detta fall är att spendera lika mycket tid med båda sina föräldrar bör inte domstolen se hinder för det i form av vad som är ”avsikten” med vissa bestämmelser. Detta då både barnets egenvärde och barnets trygghet talar för att ett sådant umgänge skulle vara i barnets intresse.

¹⁹⁵ T 1135–18, Hovrätten för nedre Norrland, s. 6.

¹⁹⁶ Ibid., s. 9 i tingsrättens dom.

5.5 Vems är umgängesrätten?

Målet rörde ett barn som vid tillfället för domen var tre år.¹⁹⁷ Föräldrarna hade även två andra barn som var något äldre och som de inte tvistade om. Vårdsnaden om alla tre barnen var gemensam. I tingsrätten framställde båda parterna yrkanden om ensam vårdnad om barnet, med anledning av att det förelåg samarbetsvårigheter mellan parterna. Pappan, som var kärke, yrkade ett visst umgänge med det yngsta barnet och mamman motsatte sig yrkandet. Tingsrätten tillerkände mamman ensam vårdnad och lämnade pappans umgängesyckande utan bifall. Pappan överklagade och argumenterade i hovrätten för att vårdsnaden skulle vara fortsatt gemensam och att barnet skulle ha ett utökat umgänge med honom eftersom det skulle vara för barnets bästa. Han menade att problemet bakom att umgänget inte fungerat som det bör berodde på att mammans nya sambo ”lägger sig i”.¹⁹⁸ Mamman i sin tur menade att det förelåg svåra samarbetsproblem mellan henne och pappan. Enligt henne hade pappan varit kontrollerande gentemot henne under den tid de levde tillsammans, vilket hon nu kunde hantera genom att säga ifrån med hjälp av sin nye sambo. Hon upplevde pappans yrkanden som ett sätt att straffa henne, inte som ett genuint intresse av att träffa barnet.¹⁹⁹ Gällande omständigheterna lyfte tingsrätten de samarbetsamtal som återgetts i familjerättens redovisning. I dessa framgick att pappan varit missnöjd med samtalsledarna och velat ha dem utbytta, samt att han fortsättningsvis inte kommit överens med de nya samtalsledarna. På grund av det hade samtalsledarna kommit fram till att fler samarbetsamtal inte var aktuella eftersom de knappast skulle leda till en överenskommelse.

Tingsrätten konstaterade inledningsvis i domskälen att konflikten om vårdsnaden pågått sedan barnet var ca fyra månader, vilket indikerade att de hade djupa samarbetsvårigheter.²⁰⁰ Vidare poängterade tingsrätten att det interimistiska beslut om umgänge mellan pappan och barnet inte följts, vilket de menar berodde på pappan. Utifrån dessa omständigheter gjorde tingsrätten bedömningen att pappan inte visat tillräckligt intresse av att umgås med sitt yngsta barn.²⁰¹ Pappans bristande intresse för barnet i kombination med att han framställt ett

¹⁹⁷ T 325–11, Hovrätten för nedre Norrland.

¹⁹⁸ Ibid., s. 7 i tingsrättens dom.

¹⁹⁹ Ibid., s. 9 i tingsrättens dom.

²⁰⁰ Ibid., s. 15 i tingsrättens dom.

²⁰¹ T 325–11, Hovrätten för nedre Norrland, s. 15 i tingsrättens dom.

yrkande som enligt tingsrätten var alltför omfattande med tanke på det sporadiska umgänge pappan och barnet haft det senaste året resulterade i att tingsrätten avlog pappans umgängesyrkande.²⁰²

Som jag konstaterat i avsnitt 4.3 är en stark bedömningsgrund i vårdnadstvister barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Det poängteras i förarbeten och även i lagtext att det handlar om *barnets* rätt till umgänge. Utifrån den synvinkeln förefaller det som att barnet i detta fall inte har rätt till umgänge med sin pappa över huvud taget enligt tingsrätten. Jag har tidigare riktat viss kritik mot lagtextens utformning angående umgängesrätten, i och med att det är upp till föräldern att tillvarata den. Jag menar dock att utifrån barnets rätt till trygghet, vari rätten till båda föräldrarna vilar, kan man ifrågasätta att tingsrätten fråntar barnet umgänge med pappan trots att pappan uttryckt den viljan genom att väcka talan i domstol. I detta fall verkar det finnas förutsättningar för ett umgänge, vilket gör att tingsrättens bedömning enligt min mening kan ifrågasättas.

I hovrätten framkom att det skett vissa förändringar sedan tingsrättens dom, vilket ledde till att hovrätten gjorde en annan bedömning. Hovrätten menade att det faktum att pappan avstått från umgänge med sin yngste son på grund av en konflikt med mammans nye sambo inte var godtagbart. Däremot framkom att barnet och pappan börjat umgås en del sedan tingsrättens dom vilket tydde på att föräldrarna kunnat kommunicera någorlunda. Hovrätten uttryckte vid bedömningen att även om det är barnets bästa som ska sättas i förgrunden "måste också i någon mån föräldrarnas situation beaktas".²⁰³ När hovrätten uttrycker det på det sättet framstår barnets och föräldrarnas situation som motstridiga. Mamman hade uttryckt att sonen inte kunde träffa pappan varje helg som han yrkat i och med att hon då inte själv skulle få träffa sonen någon helg och knyta an till honom. Hovrätten var lyhörd inför detta och menade att varannan helg var bättre och kom fram till att barnet och pappan skulle ha umgänge i den utsträckning som mamman medgett. De tillade att det också var i linje med barnets bästa.

Denna intressekonflikt menar jag är ett exempel på hur föräldrarnas vilja och förmåga i praktiken står över barnets vilja och behov. Barnet i detta fall hade inte förmåga att uttrycka sig verbalt, och inte heller verkar domstolarna ha tagit hänsyn

²⁰² Ibid., s. 15 f. i tingsrättens dom.

²⁰³ Ibid., s. 6.

till vad barnet kunde tänkas vilja utifrån de sätt som barnet kommunicerar med vid en sådan ålder. Det blir således tydligt att barnets ”rätt till umgänge” med pappan i detta fall helt och hållet beror på pappans inställning till umgänget.

5.6 Risken för våld beaktas inte alltid

I detta mål tvistade föräldrarna om sin gemensamma son som vid tillfället för domen var åtta år.²⁰⁴ Föräldrarna hade haft ett konfliktfyllt förhållande redan från starten. Motstridiga utsagor präglade hela rättsprocessen där parternas påståenden stod i direkt motsats till varandra. Mamman hävdade att pappan utövade våld mot henne och deras gemensamma barn, men även mot hennes barn från tidigare förhållanden. Hon menade även att barnet som parterna tvistade om hade bevittnat våldet som pappan utövade mot mamman. Vidare menade mamman att deras gemensamma barn varit rädd för pappan på grund av det bevittnade våldet. Vid tillfället för domen hade dock barnet börjat umgås med pappan i närvaro av kontaktperson. Pappan hävdade i sin tur att han aldrig utövade våld mot någon, bara försvarat sig från mammans andre son när han attackerat honom. Pappan menade att det var mamman som satt käppar i hjulet för hans och barnets umgänge, och att han velat umgås med barnet hela tiden.

Som jag nämnde i avsnitt 4.1 är rätten skyldig att göra en riskbedömning så fort det förekommer uppgifter om våld i fallet.²⁰⁵ I detta fall konstaterade tingsrätten att parterna hade ”skilda uppfattningar” om huruvida det förekommit våld och att ”ord står mot ord”.²⁰⁶ Vidare lyfte tingsrätten att de åtal som väckts rörande pappans våld mot mamman och barnen lagts ned. I och med att det uttryckligen står i förarbetena att det inte ska vara nödvändigt att våldspåståenden lett till åtal för att de ska beaktas är det anmärkningsvärt att tingsrätten avfärdar dessa påståenden på det sättet. Vidare menar jag att en sådan bedömning inte på ett tillfredsställande sätt utreder huruvida våld faktiskt förekommit och om det föreligger en risk för våld – det görs inte en ordentlig riskbedömning. Det räcker inte med att konstatera att ”ord står mot ord” för att utreda om våld faktiskt förekommit. Barnets skyddsvärdhet blir därmed eftersatt och barnet kan komma att bli utsatt för onödig risk. I tingsrätten fokuseras istället på föräldrarnas förmåga att samarbeta. Parterna har vid det tillfället

²⁰⁴ T 3817–10, Hovrätten för västra Sverige.

²⁰⁵ Se prop. 2005/06:99, s. 42.

²⁰⁶ T 3817–10, Hovrätten för västra Sverige, s. 17 i tingsrättens dom.

lyckats komma fram till ett umgänge som båda tycker fungerar, men är oense om vårdnaden. Tingsrätten drar slutsatsen att gemensam vårdnad är det bästa för barnet.

Mamman överklagade domen och menade att det var omöjligt att samarbeta för att hon var rädd för pappan och ville inte bli tvingad till att behöva inkludera honom i de beslut som måste tas om barnet. Hovrätten utredde våldspåståendena och konstaterade att det var visat att någon sorts våld förekommit och att barnet kan ha bevittnat eller själv blivit utsatt för detta.²⁰⁷ Utifrån det fastställandet drog hovrätten slutsatsen att konflikten var så pass djup och komplicerad att gemensam vårdnad inte var aktuell. Med hänsyn till barnets bästa dömde hovrätten till ensam vårdnad för mamman.

5.7 Sammanfattande reflektioner

Samtliga rättsfall har gemensamt är att det är föräldrarnas situation som är central för bedömningen. Enligt min mening är det föräldrarnas konflikt och samarbetsförmåga som utgör grunden och är fokus för hela rättsprocessen, och barnen hamnar i skymundan. Visserligen hänvisar domstolen alltid till att dess beslut är lika med *barnets bästa*, men huruvida det är till det enskilda barnets bästa eller till det schabloniserade barnets bästa är något jag frågar mig. Jag saknar en reflektion från domstolens sida över kontexten barnet befinner sig i. Varken tingsrätt eller hovrätt verkar på riktigt *sätta sig in i* barnets situation, eller i vart fall uttrycka hur de gått till väga om de faktiskt gjort det.

²⁰⁷ T 3817–10, Hovrätten för västra Sverige, s. 3 f.

6 Slutord

Barnets ställning i vårdnadstvister har utvecklats ur en rättslig synpunkt från föräldrabalkens ikraftträdande år 1950. Sedan dess har lagstiftningen drivits framåt med ambitionen att tillvarata det enskilda barnets behov och se med barnets ögon. Barnets ställning har således fått en starkare utgångspunkt och det finns ett samhälleligt intresse att tillvarata den. Min analys av en HD-dom och fem hovrättsdomar visar att lagstiftningens ambition med stadgandet av barnets rättigheter kanske inte alltid resulterar i att barnperspektivet tillvaratas. Istället ställs rättigheter mot varandra, och den ”minst dåliga lösningen” grundas i huruvida föräldrarna har förmåga att samarbeta eller inte. Resultatet från rättsfallsundersökningen visar att domstolar tenderar att utgå från föräldrarnas situation i större utsträckning än barnens. Detta är problematiskt utifrån synpunkten att lagstiftarens primära mål med dagens lagstiftning är att anlägga ett tydligare barnperspektiv. En förklaring till resultatet från rättsfallsundersökningen skulle kunna vara att domstolarna inte redovisar på ett mer djupgående plan hur resonemang förts och hur riskbedömningar gjorts. Denna slutsats korrelerar med Ryrstedts konklusion i Barnets bästa och vilja i domstol. Jag menar att trots att varje fall ska bedömas individuellt bildas en sorts praxis kring vad barnets bästa innebär. En tingsrätt som ska döma i ett vårdnadsmål får aldrig träffa barnet för vilket den ska bestämma vårdnaden, boendet och umgänget. Istället får rätten förlita sig på uppgifter från socialtjänsten och föräldrar. Det resulterar i att de uppgifter som kommer in beaktas i ljuset av förarbetena och vissa prejudicerande rättsfall. Konstruktionen av de rättighetsgrupper som presenterats i denna uppsats är alltså det som domstolen utgår ifrån.

Den diskurs som jag identifierat i rättskällorna avseende barnets skyddsvärdhet är att den kretsar kring det fysiska våldet. Skyddsvärdheten konstrueras som en fysisk företeelse där barnets psykiska hälsa endast är en liten del av de övergrepp som barn i en familj kan bli utsatt för. Jag menar att det psykiska måendet bör utredas på ett större plan, och dessutom fästas större vikt vid. Ett djupare *resonemang* kring barnets fysiska och psykiska hälsa, i kombination med en djupare *utredning* av de faktorerna menar jag skulle leda till att risken för att barn far illa efter en vårdnadsvist skulle minska.

Resultatet av min undersökning av rättskällornas konstruktion av barnets rätt till trygghet i vårdnadstvister visar att tryggheten kretsar kring barnets rätt till sina föräldrar. Vårdnadshavarna är enligt föräldrabalken skyldiga att se till att barnet är tryggt. Eftersom vårdnadshavarna i de flesta fall är barnets föräldrar är rättskällornas fokus på föräldrarna stort. I förarbetena finns en föreställning om att det är bäst för ett barn att umgås med sina föräldrar i samtliga fall, förutom i de fall där de kan bli utsatta för fysiskt våld. Barnets rätt till sina föräldrar skulle alltså kunna sägas snarare handla om föräldrarnas rätt till sina barn. Detta uttrycks bland annat genom att det är upp till föräldrarna att väcka talan om de "vill umgås med sitt barn".²⁰⁸ En sådan formulering är problematisk i och med att det resulterar i att umgänge mellan ett barn och en förälder helt och hållet hänger på förälderns inställning till barnet. Det är således möjligt att "tvinga" ett barn att umgås med en förälder, men inte tvärt om. Det är därför motsägelsefullt att tala om barnets rätt till sina föräldrar, när det egentligen inte har något att säga till om när det kommer till vilken utsträckning barnet ska få umgås med sina föräldrar. Vidare menar jag att rätten till sina föräldrar kretsar i alltför stor utsträckning kring barnets rätt till sitt eget kött och blod. Enligt min mening bör det snarare handla om barnets rätt till trygga anknytningspersoner.

Utredningen av barnets egenvärde i rättskällorna visar att barnets vilja ofta blir sekundär i förhållande till andra rättigheter. De resultat som presenteras i uppsatsen angående i vilken utsträckning domstolarna fäster vikt vid barnets vilja visar tydligt att barnets egenvärde i form av att bli hörda i en vårdnadsvist blir mindre ju yngre barn det handlar om. Vidare menar jag att barnets autonomitet skulle kunna vara större än vad som framställs de i rättskällor och rättsfall som jag undersökt i denna uppsats. Barns vilja och känslor finns inom dem redan från en låg ålder. För att tillvarata barns autonomitet och egenvärde fullt ut krävs enligt min mening att barn och vuxna har verktyg för att kunna avläsa barnets viljor och känslor. Det bör alltså inte handla om att ett barn ska kunna uttrycka sig på ett tydligt verbalt sätt för att ha en chans att få sitt egenvärde helt och fullt tillvarataget.

Slutligen vill jag lyfta att samtliga rättigheter i rättighetsgrupperna är sammankopplade med varandra. Ett barn som får illa av en förälders psykiska misshandel är per automatik inte heller tryggt. Det är föga troligt att det barnet

²⁰⁸ Se 6 kap. 15 a § föräldrabalken.

kommer till tals i familjen, och barnet kan ha svårt att uttrycka sina innersta viljor och känslor. Det är därför av största vikt att rätten vid en vårdnadstvist gör sitt yttersta för att utreda hur barnets situation är, och vad barnet behöver.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

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

Prop. 1981/82:168, om vårdnad och umgänge m.m.

Prop. 1990/91:8, om vårdnad och umgänge.

Prop. 1992/93:139, om olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn.

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

Prop. 2005/06:99, Nya vårdnadsregler.

Prop. 2017/18:186, Inkorporering av FN:s konvention om barnets rättigheter.

Statens offentliga utredningar

SOU 1979:63, Barns rätt. 2.

SOU 1995:79, Vårdnad, boende och umgänge betänkande.

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

SOU 2016:19, Barnkonventionen blir svenska lag.

SOU 2017:6, Se Barnet!

Litteratur

Andersson, Håkan, ”Postmoderna och diskursteoretiska verktyg inom rätten”, i *Juridisk metodlära*, redigerad av Nääv, Maria & Zamboni, Mauro, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018.

Andersson, Ulrika, *Hans (ord) eller hennes?: en könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*, 1. uppl., Bokbox, Diss. Lund : Univ., 2004, Lund, 2004, E-bok.

Burr, Vivien, *Social constructionism*, Third edition., Routledge, London, 2015, E-bok.

Edwall Insulander Mia, ”Dragkampen om barnen: Barnets bästa vid intressekonflikter i domstol”, i Cederborg, Ann-Christin & Warnling Conradson, Wiweka (red.), *Barnrätt: en antologi*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014.

Gustavsson, Torgny, *Barnpsykiatrikerens synpunkter på vad som är barnets bästa*, bilaga 15 i SOU 1995:79.

Hedström, Katarina, ”Uppmärksammas vårdnadstvist överklagad” (2019), <<https://sverigesradio.se/artikel/7168333>>, (hämtad 03-09-2020).

Kaldal, Anna, *Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål*, Jure Förlag, Diss. Stockholm: Stockholms universitet, 2010, Stockholm, 2010.

Kleineman, Jan, ”Rättsdogmatisk metod”, i *Juridisk metodlära*, redigerad av Nääv, Maria & Zamboni, Mauro, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018.

Lindgren, Anne-Li och Halldén, Gunilla, *Individuella rättigheter; autonomi och beroende Olika synsätt på barn i relation till FN:s barnkonvention*, Utbildning & demokrati 2001, vol 10, nr 2, s 65-79.

Lichtenstein, Moa och Klackenbergs, Joy, *PI dokumentär: miniserie, barnen i vårdnadstvisterna*, [radioprogram] Sveriges Radio, 2020.

Mattsson, Titti, *Barnet och rättsprocessen: rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård*, Juristförl., Diss. Lund : Univ., 2002, Lund, 2002.

Niemi, Johanna, Päivi Honkatukia & Minna Ruuskanen, ”Juridikens texter som diskurser”, redigerad av Claes Martinsson, Andreas Moberg & Eva-Maria Svensson, 57°53'10.25"N/11°34'40.5"O: Marstrandseminariet 10 år 1998-2007, Juridiska institutionen vid Handelshögskolan, Göteborgs Universitet, Göteborg, 2008.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995.

Rejmer, Annika, ”Barnperspektiv och barnets bästa i tingsrätts handläggning av vårdnadstvister”, *Svensk juristtidning*, häfte 2, 2002, s. 138-156.

Risholm Mothander, Pia och Broberg, Anders, *Små barns behov av en långsiktig trygg bas – en barnpsykologisk kunskapsöversikt*, psykologiska institutionen, Stockholms universitet, 2015.

Ryrstedt Eva, ”Barns bästa och vilja i domstol”, *Svensk juristtidning*, häfte 10, 2009, s. 1013-1037.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3., [utök. och rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015.

Schiratzki, Johanna, *Mamma och pappa inför rätta*, Iustus, Uppsala, 2008.

Singer, Anna, *Föräldraskap i rättslig belysning*, Iustus, Diss. Uppsala : Univ., Uppsala, 2000.

Sjösten, Mats, *Vårdnad, boende och umgänge: samt verkställigheten av sådana avgöranden och överenskommelser*, femte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2020.

Svenska Akademiens ordlista, Autonomi,
<https://svenska.se/tre/?sok=autonomi&pz=1>, hämtad 2020-12-10.

Svensson, Eva-Maria, *Genus och rätt: en problematisering av föreställningen om rätten* = [Gender and law] : [a problemizing of the concept of law], Iustus, Diss. Göteborg : Handelshögsk., Uppsala, 1997, E-bok.

TT, 'Dömda får vårdnad av barn utan riskbedömning' (2020),
<https://www.aftonbladet.se/a/xP1e0n?refpartner=link_copy_app_share>, (hämtad 03-09-2020).

Wallin, Evalisa, 'Ny forskning: Barn far illa av allt fler vårdnadstvister' (2015),
<<https://sverigesradio.se/artikel/6159343>> (hämtad 03-09-2020).

Winther Jørgensen, Marianne & Phillips, Louise, *Discourse analysis as theory and method*, Sage Publications, London, 2002, E-bok.

Övriga källor

Podcasts

Åkerberg Evelina, *Rulla vagn-podden*, 2020, acast.

Bergström Malin, *BVCpodden*, 2020, Barnhälsovårdsenheten i Stockholms län.
Jobbiga föräldrar, 2020, UR – Utbildningsradion.

Westerman Matilda och Svensson Fredrik, *Glappet – För oss oroliga föräldrar*, 2017, Meet in Grid AB.

Hallin Louise, *Kära barn*, 2019, Perfect Day Media.

Statistik

Domstolsverket, Domstolsstatistik 2019,

<https://www.domstol.se/globalassets/filer/gemensamt-innehall/styrning-och-riktlinjer/statistik/domstolsstatistik-2019.pdf>, hämtad 2020-09-10.

Domstolsverket, Domstolsstatistik 2014,

https://www.domstol.se/globalassets/filer/gemensamt-innehall/styrning-och-riktlinjer/statistik/domstolsstatistik_2014.pdf, hämtad 2020-12-17.

Brottsförebyggande rådet, *Barnmisshandelstatistik*,

<https://www.bra.se/statistik/statistik-utifran-brottstyper/barnmisshandel.html#Anmalda>, hämtad 2020-12-15.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 2003 s. 372.

NJA 2007 s. 382.

Hovrätterna

RH 1998:66.

Göta hovrätt dom 2019-02-04 i mål nr T 1909–18.

Svea hovrätt dom 2019-04-29 i mål nr T 12094–18.

Hovrätten för nedre Norrland dom 2019-04-17 i mål nr T 1135–18.

Hovrätten för nedre Norrland dom 2011-12-05 i mål nr T 325–11.

Hovrätten för västra Sverige dom 2011-06-01 i mål nr T 3817–10.