



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Maria Anderson

Olovliga bortföranden av barn i internationella förhållanden

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Titti Mattsson

Familjerätt

Ht 2004

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och avgränsningar	4
1.3 Metod och material	5
1.4 Disposition	6
2 INTERNATIONELLA KONVENTIONER	7
2.1 Barnkonventionen	7
2.1.1 Artikel 3 - Barnets bästa	7
2.1.2 Artikel 9 - Barnets rätt till sina föräldrar	8
2.1.3 Artikel 11 - Olovligt bortförande av barn	8
2.1.4. Artikel 12 - Barnets rätt att komma till tals	9
2.2 Europakonventionen	9
2.3 Sammanfattande och avslutande kommentar	10
3 VÅRDNAD, BOENDE OCH UMGÄNGE	12
3.1 Inledning	12
3.2 Vårdnadens innebörd	13
3.2.1 Gemensam vårdnad som huvudregel	13
3.3 Bestämmanderätt i frågor som rör barnet	14
3.3.1 Vårdnadshavarens bestämmanderätt	14
3.3.2 Barnets bestämmanderätt och barns rätt att komma till tals	16
3.4 Boende och umgänge	18
3.4.1 Talan om umgänge	19
3.4.2 Avtal om vårdnad, boende och umgänge	21
3.5 Umgångessabotage	21
3.5.1 Umgångessabotage i praxis	22
3.5.2 Sanktioner mot umgångessabotage	24
3.6 Sammanfattande och avslutande kommentar	24
4 OLOVLIGA BORTFÖRANDE	28
4.1 Inledning	28

4.2 Olovliga bortföranden - syfte och bakgrund	28
4.3 1980 års Haagkonvention	29
4.3.1 Bakgrund och syfte	29
4.3.2 Haagkonventionens vägransgrunder	30
4.4 Haagkonventionens hemvistbegrepp	31
4.4.1 Domstolarnas bedömning i fråga om hemvist	33
4.5 Allmänt om domsrätt, lagval, erkännande och verkställighet av vårdnadsavgöranden	35
4.5.1 Domstolarnas bedömning i fråga om domsrätt, lagval, erkännande och verkställighet av vårdnadsavgöranden	38
4.6 1996 års Haagkonvention	40
4.7 Utrikesdepartementets handläggning och åtgärder vid bortförande av barn	41
4.8 Sanktioner mot olovliga bortföranden av barn	42
4.9 Sammanfattande och avslutande kommentar	44
5 INTERNATIONELL VERKSTÄLLIGHET	48
5.1 Inledning	48
5.1.1 Verkställighet enligt Europarådskonventionen	48
5.1.2. Europarådskonventionens vägransgrunder	49
5.2 Verkställighetsmedel för återförande av barn	51
5.2.1 Medling	51
5.2.2 Vite	51
5.2.3 Polishämtning och omhändertagande	52
5.3 Kritik av myndigheters handläggning - vad ligger bakom?	53
5.4 Nordisk lagstiftning rörande erkännande och verkställighet	55
5.5 Sammanfattande och avslutande kommentar	55
6 ANALYS	58
LITTERATURFÖRTECKNING	65
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	68

Sammanfattning

Förenta Nationernas konvention om barnets rättigheter (Barnkonventionen) stadgar i artikel 11 att konventionsstaterna skall vidta åtgärder för att bekämpa olovligt bortförande och kvarhållande av barn i utlandet. Sverige har utifrån detta åtagande tillträtt den 25 oktober 1980 dagtecknade konventionen om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn (Haagkonventionen), samt den 20 maj 1980 dagtecknade konventionen om erkännande och verkställighet av utländska avgöranden rörande vårdnad om barn samt om återställande av vård av barn (Europarådskonventionen).¹ Syftet med konventionerna är att få till stånd ett internationellt samarbete för att motverka olovliga bortföranden och kvarhållanden av barn i internationella förhållanden.

Huvudregeln inom svensk rätt är idag gemensam vårdnad som även kan utdömas mot en förälders vilja om inga särskilda omständigheter talar emot. Presumtionen är dock att gemensam vårdnad är till barnets bästa och att barnets behov av umgänge med båda föräldrarna skall främjas. Barnets bästa utgår från Barnkonventionens princip om att barnets bästa skall sättas i främsta rummet i alla frågor som rör det. Omständigheter som kan tala emot en gemensam vårdnad kan vara att det föreligger en djupgående konflikt mellan föräldrarna som omöjliggör ett samarbete, eller att en förälder gör sig skyldig till umgängessabotage.

Huvudpresumtionen vid vårdnadskonflikter är att barnets umgänge med båda föräldrarna skall främjas, därför skall det vid val av vårdnadshavare ses utifrån vem som bäst kan antas främja ett umgänge mellan barnet och den andra föräldern. I praxis har det i ett flertal fall visat sig att en bortförande förälder, trots ett konstaterat umgängessabotage, ändå erhållit vårdnaden av barnet med hänvisning till barnets behov av stabilitet och kontinuitet. Jag anser att det ligger en fara i att låta kontinuitetsprincipen få en för stor plats i domstolarnas avgöranden eftersom det kan signalera att det kan löna sig att t.ex. hålla barnet borta från den andra föräldern. Jag förordar en sträng hållning där man tydliggör att det inte är acceptabelt att frånta barnet sin rätt till umgänge med den andra föräldern. En bedömning måste noggrant ske i varje enskilt fall utifrån vad som kan anses vara till barnets bästa.

Sverige har i fråga om sin tillämpning och tolkning av Haagkonventionen kritiserats i media för att vi inte uppfyller vårt åtagande enligt konventionen. Kritiken har utgått från att domstolens tolkning av Haagkonventionens hemvistbegrepp, vår ovilja att erkänna och verkställa utländska vårdnadsavgöranden, samt den långa handläggningstiden vid överflyttning av bortförda barn, inneburit att föräldrar uppmuntras att föra bort sina barn. Denna kritik kan i flera fall anses berättigad enligt min mening. Domstolen har vid sin bedömning av när ett nytt hemvist kan anses etablerat i ett flertal

¹ Haagkonventionen och Europarådskonventionen finns i sin helhet i Prop. 1988/89:8, Om olovligt bortförande av barn i internationella förhållanden

fall utgått från kontinuitetsprincipen vilket innebär att, trots att det förelegat ett olovligt bortförande mot den andra vårdnadshavarens vilja, så har den bortförande föräldern erhållit vårdnaden. Sveriges ovilja att erkänna och verkställa utländska vårdnadsavgöranden ägnar också att främja bortföranden. Eftersom utländska vårdnadsavgöranden inte erkänns här i Sverige kan det behövas ett svenskt avgörande eftersom det annars bedöms som om det inte fanns något avgörande överhuvudtaget. En vårdnadshavare som är missnöjd med en utländsk vårdnadsdom kan således i syfte att försöka få till stånd ett förmånligare avgörande tänka sig att bortföra barnet till Sverige.

När det vidare gäller de långa handläggningstiderna beror de bl.a. på myndigheternas svårigheter att se Haagkonventionen som endast ett överflyttningssinstrument vars syfte är att på ett så skyndsamt sätt som möjligt återställa det ursprungliga läget till status quo. Istället får förfarandet en utformning som liknar en riktig vårdnadsprocess vilket inte är avsikten.

I Haagkonventionen finns ett antal vägransgrunder som en bortförande förälder kan åberopa som skäl till varför en överflyttning av barnet inte bör ske. Domstolarna har inte varit särskilt avvisande till denna typ av invändningar varför handläggningen av överförandeärendena i många fall tagit mycket längre tid än vad Haagkonventionen egentligen tillåter. Den rättspraxis som utvecklats när det gäller internationella vårdnadstvister visar på tydliga brister varför det är av stor vikt att åtgärda dessa. Det är viktigt att Sverige intar en framträdande plats när det gäller möjliga åtgärder för att motverka olovliga bortföranden och kvarhållanden både på nationell och internationell nivå.

Förkortningar

a.a	anfört arbete
BO	Barnombudsmannen
Dir.	Direktiv
Ds	Departementspromemoria
FB	Föräldrabalken
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
JT	Juridisk tidskrift
LU	Lagutskottets betänkande
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, Avdelning I
Prop.	Regeringens proposition
RF	Regeringsformen
SoL	Socialtjänstlagen (2001:453)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TR	Tingsrätten
UD	Utrikesdepartementet

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Varje år kidnappas ungefär 80 barn över landgränserna. Problemet med bortrövade barn ökar, inte bara i Sverige utan även internationellt.² Denna ökning har också på senare år märkts i massmediernas uppmärksammande av problematiken kring olovligt bortförande av barn. I och med den ökande rörligheten över gränserna ingås många internationella äktenskap. Kärleken är gränslös brukar man säga men när kärleken upphör och skilsmässan är ett faktum blir det också tyvärr ibland början på slitsamma konflikter och tvister. De största konflikterna uppstår i de förhållanden där barn ingår, varför det inte sällan leder till uppslitande vårdnadstvister. Tvisterna kan ibland gå så långt att en förälder väljer att föra bort sitt barn, oftast till sitt ursprungliga hemland vilket leder till att barnet inte bara slits mellan föräldrarna utan ofta också mellan två länder. Dessa konflikter leder också ofta till att vuxenperspektivet tar överhanden och barnet hamnar i skymundan. Domstolens uppgift i dessa mål är att med barnets bästa för ögonen försöka avgöra tvisten så att den blir så bra som möjligt, inte bara för dagen utan även för framtiden så att barnet får en trygg och stabil uppväxt tillsammans med båda sina föräldrar.

1.2 Syfte och avgränsningar

Syftet med denna uppsats är att genom en samlad redogörelse presentera gällande regelverk rörande vårdnadstvister av internationell karaktär. Vidare är min avsikt att utreda och diskutera de problem som visat sig uppstå vid tillämpningen av nuvarande reglering. Föreliggande arbete är avgränsat så tillvida att det endast är de artiklar i konventioner o.dyl. som är av betydelse för denna uppsats problematik som kommer att behandlas. En närmare beskrivning av t.ex. Barnkonventionens och föräldrabalkens om än intressanta och för barnrätten viktiga artiklar och paragrafer skulle vara att nå för långt, varför nuvarande avgränsning känns naturlig.

Den problematik som uppmärksammats i frågor om olovliga bortföranden av barn har främst rört Haagkonventionens tillämpning och tolkning avseende konventionens hemvistbegrepp. Sverige har fått kritik för domstolarnas tolkning av begreppet. Dessa svårigheter har också bidragit till att handläggningen av återförande av barn enligt konventionen tar för lång tid och prövningsförfarandet som enligt Haagkonventionen skall ske genom en kort summarisk process liknas vid en långdragen vårdnadsprocess. Sammantaget kan enligt kritiken dessa två omständigheter innebära att

² Trelleborgs Allehanda, 2004-08-02 (Källa:UD)

föräldrar uppmuntras att föra bort sitt barn.³ En annan anledning till de långa handläggningstiderna är också att konventionen innehåller vägransgrunder som kan åberopas av en vårdnadshavare mot en överflyttning av barnet, vilket också görs i många av överflyttningsärendena. Detta har bidragit till att domstolarna i många av fallen varit benägna att göra mer ingående prövningar av de åberopade vägransgrunderna än vad som avsetts med konventionen.⁴ Min första fråga som jag avser att besvara är därför vilken betydelse de långa handläggningstiderna kan få vid avgörandet av om en överflyttning av barnet skall ske eller inte och om ovan nämnda kritik avseende tolkningen av Haagkonventionen är berättigad?

Barnkonventionens artikel 11 p. 1 stadgar att konventionsstaterna skall vidta åtgärder för att bekämpa olovligt bortförande eller kvarhållande av barn i utlandet. Artikeln innebär ett ömsesidigt ansvar av de stater som tillträtt konventionen att verka för ett återförande, vilket betyder att Sveriges anslutning till konventionen innebär för Sverige en skyldighet att verka för att barn som olovligen förts hit eller kvarhålls här skall återföras.⁵ Som en följdfråga till ovanstående kritik är därför min andra fråga om Sverige kan anses leva upp till sina åtaganden enligt konventionen?

Gemensam vårdnad är idag huvudregel i svensk rätt. I samband med föräldrabalksreformen 1998 infördes en möjlighet för domstolen att genomföra gemensam vårdnad även mot en förälders vilja. Dessutom förstärktes barnets rätt till umgänge med den förälder som barnet inte bor tillsammans med.⁶ Min tredje fråga som jag har för avsikt att diskutera är om 1998 års reform avseende den ökade möjligheten till gemensam vårdnad och umgänge bidragit till en ökning av olovliga bortföranden av barn?

1.3 Metod och material

Arbetet utgår från en konventionell rättsdogmatisk metod. I huvudsak är min utgångspunkt att beskriva och systematisera vad som inom området får anses utgöra gällande rätt, de lege lata, därav det deskriptiva inslaget. Mitt syfte är också att till viss del göra ett försök till diskussioner de lege ferenda.

De rättskällor som jag använt mig av är de sedvanliga. Utgångspunkten för arbetet är givetvis föräldrabalkens bestämmelser och föreliggande arbeten såsom propositioner och betänkanden. Eftersom arbetet till stor del

³ Se t.ex. Svenska Dagbladet, 26 januari 2000, "USA kritiserar att barn göms i Sverige" av Karin Henriksson. Som en konsekvens av kritiken antog det amerikanska representanthuset en resolution i vilken Sverige utpekades som en av flera stater som bryter mot Haagkonventionen.

⁴ Jänterä-Jareborg, M, Olovliga bortföranden av barn: dags att ställa Sverige vid skampålen? SvJT 2000, s. 897.

⁵ SOU 1997:116, Barnets bästa I främsta rummet. FN:s konvention om barnets rättigheter förverkligas i Sverige, s. 239f.

⁶ Prop. 1997/98:7, Vårdnad, boende och umgänge, s. 49f.

behandlar ett problemområde av internationell karaktär är även internationella konventioner och annan internationell lagtext av betydelse. Då det inom området har skrivits en hel del litteratur har även dessa författare varit mig behjälplig i mitt arbete. Även ett flertal artiklar har belyst viktiga frågeställningar som varit av intresse för min uppsats. Uppsatsens problematik har debatterats mycket i media varför jag även använt mig av Internet i sökande efter väsentligt material. Vidare har jag givetvis studerat praxis för att se huruvida den materiella bedömningen stämmer överens med lagstiftarens och samhällets intentioner.

1.4 Disposition

Min fortsatta framställning har disponerats på följande vis: *Kapitel två* innehåller för detta arbete relevanta delar av Barnkonventionen och den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna från 1950 (Europakonventionen). Främst är det artiklarna 3, 9, 11 och 12 i Barnkonventionen samt artikel 8 i Europakonventionen som är av intresse. *Kapitel tre* innehåller en redogörelse över gällande svensk rätt beträffande vårdnad, boende och umgänge samt den allt ökande problematiken kring umgängessabotage. I *fjärde kapitlet* kommer olovliga bortföranden och kvarhållanden av barn att behandlas tämligen ingående och i anslutning till det lyfts relevanta delar fram av de konventioner som är av betydelse för området. Dessutom kommer jag att presentera en del rättsfall som varit uppmärksammade och vägledande för rättstillämpningen. I kapitlet berörs även frågor angående domsrätt, lagval och erkännande av vårdnadsdomar. Det finns ett flertal författningar och konventioner som innehåller bestämmelser om erkännande och verkställighet varför jag väljer att ta upp endast några av dessa och vissa av dem även tämligen summariskt. I *Kapitel fem* har jag valt att för sig behandla de internationella verkställighetsreglerna, främst genom Europarådskonventionen och dess motsvarighet i Verkställighetslagen. *Kapitel sex* avslutar arbetet och ger en sammanfattande kommentar och slutsats samt egna reflektioner.

2. Internationella konventioner

2.1 Barnkonventionen

År 1979 under FN:s internationella barnår presenterade Polen ett förslag till FN om en konvention om barnets rättigheter. Den 20 november 1989 antogs Barnkonventionen av FN:s generalförsamling. Idag har i princip alla världens stater, med undantag för USA och Somalia, anslutit sig till konventionen.⁷ Sverige ratificerade konventionen 1990 och har i och med detta åtagit sig en internationell förpliktelse att följa dess bestämmelser gentemot andra stater som också anslutit sig till konventionen.⁸ Konventionen innehåller en preambel samt 54 artiklar som handlar om barnets rätt att få sina grundläggande behov och rättigheter tillgodosedda.⁹ I det följande är det främst artiklarna 3, 9, 11 och 12 som är av intresse för denna uppsats.

2.1.1 Artikel 3 – Barnets bästa

Barnkonventionen innehåller fyra grundläggande principer, varav artikel 3 hör till konventionens hörnstenar. ”Vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, skall barnets bästa komma i främsta rummet”. Principen härrör från grundtanken att barn har fullt och lika människovärde och har samma värde som vuxna. I och med konventionen görs barnet för första gången till ett subjekt med rättigheter.¹⁰

Hur principen, om att barnets bästa alltid skall komma i främsta rummet, skall tillämpas är inte närmare definierat i Barnkonventionen. Man har valt att konstruera principen om barnets bästa som en allmän och övergripande princip eftersom vad som anses vara det bästa för barn varierar mellan olika samhällen och situationer och för varje enskilt barn.¹¹ Barnets bästa skall alltid beaktas i beslutsfattande, men konventionen kräver ändå inte att barnets bästa alltid skall vara utslagsgivande, men i de fall andra intressen skulle väga tyngre krävs det att de beslutande myndigheterna kan visa att

⁷ Dahlstrand, L, Barns deltagande i familjerättsliga processer, s. 28.

⁸ Att märka är att ett flertal av de stater som ratificerat konventionen även har reserverat sig mot delar av konventionen, vilket kritiserats för att bidra till en konvention med lite substans. Dessutom har kritiserats att konventionen innehåller en portalparagraf med barnets bästa i en konvention av universell karaktär. Några sanktioner mot en stat som bryter mot konventionen finns inte heller, Rejmer, A, Vårdnadstvister, en rättssociologisk studie av tingsrätts funktion vid handläggning av vårdnadskonflikter med utgångspunkt från barnets bästa, s. 121.

⁹ Rejmer, A, a.a, s. 120.

¹⁰ SOU 1997:116, s. 125.

¹¹ Rejmer, A, a.a, s. 121.

man gjort en sammanvägning av relevanta intressen i det enskilda fallet och att dessa således vägt tyngre.¹²

2.1.2 Artikel 9 – Barnets rätt till sina föräldrar

Enligt artikeln har konventionsstaterna en skyldighet att säkerställa att ett barn inte skiljs från sina föräldrar mot deras vilja utom i de fall ett sådant åtskiljande är nödvändigt för barnets bästa. Ett exempel på när ett sådant åtskiljande kan vara nödvändigt är när föräldrarna lever åtskilda och beslut måste fattas angående barnets vistelseort. Konventionsstaterna skall också respektera rätten för det barn som är skilt från den ena av eller båda föräldrarna att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande. Artikeln speglar vikten av att barnet har en rätt till båda sina föräldrar även när föräldrarna inte bor tillsammans.¹³

2.1.3 Artikel 11 – Olovligt bortförande av barn

Artikeln tar främst sikte på vårdnadstvister där föräldrarna bor i olika länder. Barnkonventionen ålägger en skyldighet för konventionsstaterna att motverka att barn olovligen bortförs eller kvarhålls i ett annat land än där barnet har sin normala hemvist. Detta gäller även för barn som olovligen förs till Sverige och hålls kvar här. För att uppnå detta syfte skall staterna främja ingåendet av bilaterala eller multilaterala överenskommelser eller anslutning till redan befintliga överenskommelser. Sverige har i detta syfte tillträtt två viktiga konventioner inom området, dels 1980 års Haagkonvention och dels Europarådskonventionen¹⁴ (se närmare om Haagkonventionen under det särskilda kapitlet om olovliga bortföranden av barn). Konventionerna har införlivats i svensk rätt genom lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn, fortsättningsvis kallad Verkställighetslagen (Europarådskonventionen och den svenska Verkställighetslagen kommer jag att gå närmare in på i kapitel 5 om verkställighet).¹⁵ Båda konventionerna syftar till att försöka komma till rätta med de problem som uppstår när en förälder olovligen skiljer barnet ifrån den andra föräldern. Enligt konventionerna gäller att ett beslut om vårdnad i barnets hemland skall verkställas och att ett bortfört barn skall återföras till sitt hemland.¹⁶ Sverige har som nämnts ovan kritiserats för sin tillämpning och tolkning av Haagkonventionen. Utgångspunkten för Haagkonventionen är att staterna vid olovliga bortföranden aktivt arbetar för ett snabbt återförande av barnet. En viktig förutsättning för att det skall kunna ske är att staterna respekterar varandras avgöranden på lika villkor och att de samarbetar. Den rättspraxis som utvecklats i Sverige har ansetts ej stå i överensstämmelse med artikel

¹² SOU 1997:116, s. 22.

¹³ SOU 1997:116, s. 229f.

¹⁴ SOU 1997:116, s. 27.

¹⁵ Bogdan, M, Något om gränsöverskridande barnkidnappningar, Festskrift tillägnad Ulla Jacobsson, 1991, s. 20.

¹⁶ Bet. 2000/01:LU16, Olovligt bortförda barn i internationella förhållanden, s. 3.

11 och dess intention om att motverka bortföranden och kvarhållanden av barn.¹⁷ Jag kommer att gå närmare in på dessa avgöranden i kapitel 4.

2.1.4 Artikel 12 – Barnets rätt att komma till tals

Ett barns rätt att fritt uttrycka sina åsikter och bli hörd är den fjärde av Barnkonventionens grundläggande principer. Artikel 12 uttalar att konventionsstaterna skall tillförsäkra det barn som är i stånd att bilda egna åsikter att fritt uttrycka dessa i alla frågor som rör barnet och barnets åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad. Artikel 12 uttrycker ingen nedre åldersgräns. Även små barn har åsikter och myndigheterna har ett ansvar att utveckla metoder för att även dessa barn skall kunna höras.¹⁸ I kapitel 3.3.2 återkommer jag till barnets möjlighet att komma till tals i mål om vårdnad, boende och umgänge.

2.2 Europakonventionen

Av betydelse för barns rättigheter är förutom Barnkonventionen även Europakonventionen eftersom den inte endast är en konvention för vuxna utan även är tillämplig på barn.¹⁹ Konventionen gäller sedan 1996 som svensk lag.²⁰ Europakonventionen har en starkare ställning i svensk rätt än Barnkonventionen vilket innebär att Europakonventionen samt Europadomstolens praxis skall ges företräde om det föreligger diskrepans mellan en fråga i Europakonventionen och Barnkonventionen.²¹ Den artikel som är av särskild betydelse för detta arbetes vidkommande är artikel 8 i konventionen, som reglerar rätten till skydd för privat- och familjeliv. Artikel 8 innebär att var och en skall ha rätt till respekt för sitt hem och korrespondens.²²

Europadomstolen har i ett rättsfall från år 2000 prövat artikel 8 och dess tillämplighet i ett mål som rörde bortförande av barn.²³ I målet framkom följande: Modern som var fransk medborgare hade tillsammans med den ungerske fadern två barn. År 1989 dömde fransk domstol till äktenskapsskillnad mellan makarna och fastställde samtidigt en mellan makarna träffat avtal om att fadern skulle ha vårdnaden om barnen och modern skulle ha umgängesrätt. Under år 1990 flyttade fadern till USA vilket innebar svårigheter för modern med umgänget vilket resulterade i att

¹⁷ SOU 1997:116, s. 247. (RÅ 1991 ref. 42, RÅ 1995 ref. 99, NJA 1974 s. 629).

¹⁸ SOU 1997:116, s. 173f.

¹⁹ Saldeen, Å, Barn och föräldrar, s. 20.

²⁰ Införlivandet av Europakonventionen innebär dock inte att konventionen har direkt företräde framför lagar antagna av riksdagen, domstolarna synes dock i praktiken vara lojala mot konventionen genom att tolka den ur fördragskonform tolkning. Bernitz, Ulf m.fl., Europarättens grunder, 2002, s. 128.

²¹ Schiratzki, J, Barnrättens grunder, s. 25.

²² Ds 2003:5, Stärkt rättsskydd för barn i gränsöverskridande fall, s. 44.

²³ Målet Ignaccolo-Zenide mot Rumänien (dom 25.1.2000)

modern väckte talan vid fransk domstol som 1991 gav föräldrarna gemensam vårdnad. Barnen skulle bo hos modern och fadern tillerkändes umgängesrätt. Modern utverkade även ett beslut från den amerikanska domstolen om att fadern skulle överlämna barnen till henne vilket inte skedde. År 1994 lämnade han istället USA och flyttade tillsammans med barnen till Rumänien. Modern ansökte samma år vid regiondomstolen i Bukarest att fadern skulle förpliktas att överlämna barnen till henne. I december 1994 biföll domstolen hennes yrkande och ålade fadern att överlämna barnen. Modern gjorde ett flertal försök att få domen verkställd i Rumänien. Först i januari 1997 fick hon träffa barnen som klargjorde att de inte önskade någon kontakt med modern vilket fick de rumänska myndigheterna att besluta att barnen inte skulle överlämnas till henne. I oktober 1995 begärde fadern att han skulle erhålla vårdnaden om barnen vilket domstolen biföll i februari 1996. Domen fastställdes först 1998. Modern överklagade domen men överklagandet avslogs på grund av att hon inte anförde några grunder för överklagandet. Modern klagade till Europadomstolen och anförde att hennes skyddade rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv enligt artikel 8 kränkts och att de rumänska myndigheterna inte främjat en återförening mellan henne och barnen.

Europadomstolen fann att en rad brister förekommit vid handläggningen. Modern hade bl.a. inte varit närvarande vid de rättegångar som förts vid de rumänska domstolarna och hon hade inte heller blivit delgiven domarna. De krav på förfarandet som ingår som en del av skyddet i artikel 8 hade således inte uppfyllts. Dessutom hade väsentliga dröjsmål vid verkställigheten av den rumänska domen från december 1994 förekommit. Inga tvångsåtgärder hade vidtagits mot fadern och myndigheterna hade inte heller gjort något för att underlätta kontakterna mellan modern och barnen. Europadomstolen fastslog att de rumänska myndigheterna underlåtit att genomföra adekvata och tillräckliga åtgärder för att återföra barnen till modern varför det förelåg brott mot artikel 8 i konventionen.²⁴

2.3 Sammanfattande och avslutande kommentar

Barnkonventionen är ett internationellt instrument där Sverige åtagit sig att gentemot andra stater följa konventionens bestämmelser. Varje stat är också skyldig att se till att Barnkonventionens bestämmelser införlivas med den nationella lagstiftningen.²⁵ Sverige får sägas uppfylla Barnkonventionens syfte väl. Utvecklingen inom svensk familjerätt har gått från lagstiftning som utgått från en stark föräldrarätt till en lagstiftning som sätter barnet i fokus. Detta har skett genom den fortlöpande reformeringen av främst föräldrabalken där konventionens bestämmelser fått en betydande plats både vad gäller principen om barnets bästa, barnets rätt att komma till tals samt genom föräldrabalkens främjande av umgänge mellan förälder och barn.²⁶

²⁴ Danelius, H, Europadomstolens domar, SvJT 2000, s. 364.

²⁵ SOU 1997:116, s. 76.

²⁶ SOU 1997:116, s. 163.

Dessutom har ett flertal åtgärder vidtagits i syfte att förhindra olovliga bortföranden, dels genom lagreglering i föräldrabalken och dels genom anslutning till för ändamålet viktiga internationella konventioner.

Kritik har framförts mot Barnkonventionen för att den anses som en i praktiken konvention med lite substans. Många stater har reserverat sig mot delar av konventionen eftersom bestämmelserna inte motsvaras av ländernas egna rättstradition och rättsliga system. Det saknas också möjlighet att utfärda sanktion mot en stat som ratificerat konventionen och som sedan bryter mot den.²⁷ (Jag avser att utveckla detta närmare i min analys i kapitel 6).

Europakonventionen har också betydelse för skyddet för barn, dock har den inte haft den framträdande roll som Barnkonventionen som ju i praktiken får ses som det viktigaste instrumentet för att tillvarata barnets rättigheter. Europakonventionen har dock till skillnad mot Barnkonventionen ställning som lag i Sverige varför den har företräde framför Barnkonventionen i händelse av konflikt mellan konventionernas tillämpning.

²⁷ Rejmer, A, a.a, s. 121.

3. Vårdnad, boende och umgänge

3.1 Inledning

Följande kapitel har för avsikt att redogöra för svensk gällande rätt avseende vårdnad, boende och umgänge. Det är av betydelse för den fortsatta framställningen om umgängessabotage i allmänhet och olovliga bortföranden i synnerhet att se hur den svenska lagstiftningen kring familjerättsliga frågor är uppbyggd för att se de konsekvenser umgängessabotage och olovliga bortförande får för barnet och familjen.

Det svenska regelsystemet bygger på gemensam vårdnad om inga särskilda omständigheter talar emot denna vårdnadsform. Även vid skilsmässa är huvudregeln att den gemensamma vårdnaden skall bestå och barnet skall ha rätt till umgänge med den förälder som det inte bor tillsammans med.²⁸ Frågor om vårdnad, boende och umgänge skall avgöras utifrån vad som är bäst för barnet och presumtionen vid tolkningen av barnets bästa är alltså att barnets behov av umgänge med båda föräldrarna skall främjas.²⁹

De huvudsakliga reglerna om vårdnad, boende och umgänge finns i 6 kap. Föräldrabalken (FB). Balken har under årens lopp och framförallt under 1990-talet varit föremål för en hel del förändringar där syftet främst har varit att stärka barnets rättsställning. Svensk rätt utgår bl.a. från Barnkonventionens bestämmelser om barns behov och rättigheter. Ett exempel på lagstiftarens strävan att lyfta fram barnets rättigheter är bestämmelsen som infördes 1991 i FB om att domstolar vid vårdnadskonflikter skall ta hänsyn till barns behov av en nära kontakt med båda föräldrarna. Det ålades bl.a. en skyldighet för vårdnadshavaren att upplysa umgängesföräldern om händelser kring barnet för att umgänget mellan denne och barnet på så vis skulle kunna främjas. Två år senare infördes en bestämmelse i FB som ålägger domstolen att vid bedömning av umgängesrätt beakta risken för övergrepp, olovligt bortförande och kvarhållande av barnet samt risken för att barnet på annat sätt far illa. Domstolarna skall också i mål om vårdnad och umgänge beakta barnets egen vilja med hänsyn till barnets ålder och mognad (6 kap. 2 b § FB) Bestämmelsen infördes i FB 1996 och kan ses dels som ett uttryck för en ökad förståelse för att barn är egna individer med rätt att vara med och påverka beslut som rör dem, och dels som en anpassning till Barnkonventionens artikel 12 som ger barnet en rätt att delta i beslut som rör dem. Den 1 oktober 1998 infördes nya ändringar i föräldrabalkens regler om vårdnad, boende och umgänge. En portalparagraf i 6 kap. 2 a § FB infördes som föreskriver att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid

²⁸ Prop. 1997/98:7, 49.

²⁹ Shiratzki, J, a.a, s. 127.

alla frågor som rör vårdnad, boende och umgänge. Dessutom betonades vikten av samförståndslösningar mellan föräldrarna. Ett ytterligare syfte med reformen var att öppna vägen för en ökad användning av gemensam vårdnad, även mot en förälders vilja under förutsättning att detta är bäst för barnet.³⁰

3.2 Vårdnadens innebörd

Begreppet rättslig vårdnad, innebär ett juridiskt ansvar för ett barns personliga angelägenheter. I 6 kap. 2 § FB föreskrivs att den rättsliga vårdnadshavaren är skyldig att tillse att de rättigheter som tillskrivits barn i 6 kap. 1 § FB tillgodoses, vilket innebär en skyldighet att sörja för barnets personliga omvårdnad och trygghet samt att ge barnet en god uppfostran.³¹ Den rättsliga vårdnaden innefattar vanligtvis även den faktiska vårdnaden, dvs. den dagliga omsorgen om barnet. Till vårdnadshavarens skyldighet enligt 6 kap. 1 § FB kan också bestämmelsen i 6 kap. 11 § FB tillfogas, nämligen vårdnadshavarens rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter (se närmare nedan 3.3.1). Dessa grundläggande rättigheter som tillskrivs barn kan tjäna som vägledning, inte bara för vårdnadshavare, utan även för domstolar och myndigheter vid avgörande av tvister rörande vårdnad, boende och umgänge.³² Barnets vårdnadshavare är oftast också barnets förmyndare vilket innebär en rätt och skyldighet att förvalta barnets tillgångar och att företräda barnet i ekonomiska angelägenheter (10 kap. 2 § FB).³³

3.2.1 Gemensam vårdnad som huvudregel

I svensk rätt förekommer två vårdnadsformer: gemensam samt ensam vårdnad.³⁴ Gemensam vårdnad är dock huvudregel. Barn står med automatik under båda föräldrarnas vårdnad om föräldrarna är gifta med varandra enligt 6 kap. 1 § FB. Även i de fall då föräldrarna skiljer sig är huvudregeln att den gemensamma vårdnaden består. Föds ett barn utan att föräldrarna är gifta med varandra blir modern automatiskt ensam vårdnadshavare.³⁵ Ogifta föräldrar kan dock få gemensam vårdnad om sina barn genom domstols förordnande genom en anmälan till socialnämnden i anslutning till faderskapets fastställande, eller genom anmälan till skattemyndigheten under förutsättning att inte domstolen tidigare beslutat i vårdnadsfrågan (6 kap. 4 § FB).³⁶

³⁰ Rejmer, A, a.a, s. 119.

³¹ Rejmer, A, a.a, s. 142.

³² Saldeen, Å, a.a, s. 73f.

³³ Rejmer, A, a.a, s. 143.

³⁴ Schiratzki, J, a.a, s. 89.

³⁵ Ryrstedt, E, Familjerätt och socialrätt i samverkan, JT 2002/03, s. 574.

³⁶ Bet. 2001/02:LU9, Vårdnad, boende och umgänge, s. 14.

I samband med föräldrabalksreformen 1998 infördes en ny bestämmelse som innebär att domstolen kan besluta om gemensam legal vårdnad även mot en förälders vilja. Föräldrarna till ett barn behöver alltså inte längre vara överens för att vårdnaden om deras barn skall förbli gemensam. Skulle däremot båda föräldrarna motsätta sig en gemensam vårdnad har domstolen ingen möjlighet att bortse från deras inställning (6 kap. 5 § FB).³⁷ I förarbetena motiverades detta med barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna även om föräldrarna inte sammanlever. För barnets skull är det viktigt att båda föräldrarna är delaktiga i barnets förhållande och tar ansvar för barnet. Denna grundprincip kommer också till uttryck i Barnkonventionens nämnda artikel 9 samt artikel 18 som ålägger konventionsstaterna att göra sitt bästa för att säkerställa erkännandet av principen att båda föräldrarna har ett gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling.³⁸ Endast i de fall då särskilda omständigheter talar emot gemensam vårdnad, kan vårdnaden fräntas en förälder och ensam vårdnad istället förordnas (6 kap. 7 § FB). Sådana särskilda omständigheter som gör att en förälder är olämplig som vårdnadshavare kan vara att föräldern gjort sig skyldig till våld mot barnet, eller att det föreligger en djupgående konflikt mellan föräldrarna som gör det omöjligt för dem att samarbeta i frågor som rör barnet.³⁹ Även vid långvarigt sabotage av en förälder eller då en förälder olovligen bortför eller kvarhåller ett barn efter umgängestidens utgång och på det sättet omöjliggör gemensam vårdnad och umgänge kan ensam vårdnad vara bättre. Utgångspunkten vid dessa bedömningar skall vara att det är uppenbart bäst för barnet att förhållandena ändras.

I förarbetena till 1998 års reform påpekade Vårdnadstvistutredningen också vikten av att inte schablonmässigt besluta om gemensam vårdnad, speciellt i de fall då en förälder motsätter sig sådan vårdnadsform. Det gäller att noggrant utreda anledningen till motståndet för att söka bakomliggande orsaker. I slutänden är det viktigt att markera att det är det enskilda barnets bästa som skall tillgodoses när föräldrarna tvistar om vårdnaden.⁴⁰

3.3 Bestämmanderätt i frågor som rör barnet

3.3.1 Vårdnadshavares bestämmanderätt

Gemensam legal vårdnad är som nämnts huvudregel och innebär idag att gemensam vårdnad kan utdömas även mot en förälders vilja vilket betyder att det inte längre är nödvändigt att föräldrarna är överens för att vårdnaden skall bli gemensam.⁴¹ Detta ställer stora krav på föräldrarna eftersom utgångspunkten vid gemensam vårdnad är att föräldrarna skall kunna enas i

³⁷ Ryrstedt, E, a.a, s. 574.

³⁸ Prop. 1997/98:7, s. 49.

³⁹ Saldeen, Å, s. 99.

⁴⁰ Prop. 1997/98:7, s. 50.

⁴¹ Ryrstedt, E, a.a, s. 574.

frågor som rör barnet. Att gemensam vårdnad i de allra flesta fall är till det bästa är många eniga om idag men konsekvenserna i de fall föräldrarna är oeniga och har svårt att samarbeta i frågor som rör barnet kan leda till långa och djupgående tvister. De frågor som är av intresse för den här uppsatsen är just frågor om vem som bestämmer var barnet skall bo och vem som beslutar om en eventuell utlandsvistelse.

Enligt 6 kap. 11 § FB har vårdnadshavaren en rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter (bestämmelsen gäller det fallet att endast en förälder har vårdnaden, jmf. 6 kap. 13 § FB). För detta ansvar görs ingen skillnad mellan de föräldrar som sammanlever eller de som inte sammanlever utan vårdnadens innebörd är som nämnts att ge barnet omvårdnad, trygghet och god uppfostran.⁴² Vid gemensam vårdnad är således grundtanken att föräldrarna i princip skall fatta alla beslut som rör barnet tillsammans (6 kap. 13 § FB). Detta innebär dock inte att båda föräldrarna måste delta i alla vardagliga beslut vilket framgår av 6 kap. 13 § 2 st. FB, ”Är en av vårdnadshavarna till följd av frånvaro, sjukdom eller annan orsak förhindrad att ta del i sådana beslut rörande vårdnaden som inte utan olägenhet kan uppskjutas, bestämmer den andra ensam. Denne får dock inte ensam fatta beslut av ingripande betydelse för barnets framtid, om inte barnets bästa uppenbarligen kräver det”. Vilka är då besluten som inte utan olägenhet kan uppskjutas? I förarbetena till 1998 års ändring av 6 kap FB har denna fråga lämnats tämligen öppen. För att det dagliga vardagslivet skall fungera är det nödvändigt att den vårdnadshavare som barnet bor tillsammans med kan besluta i de frågor som rör den dagliga omsorgen om barnet. Att närmare precisera i lagen vad som hör till denna dagliga omsorg ville man inte göra eftersom man ansåg att en sådan bestämmelse kunde komma att skapa eller förstärka eventuella konflikter mellan vårdnadshavarna.⁴³

Enligt Vårdnadstvistutredningen från 1995 kan man dock hänföra frågor som barnets mat, kläder, sovtider och hur barnet skall tillbringa sin fritid till den dagliga omsorgen. Även frågor om hur barnet skall tillbringa ferier ingår i denna omsorg så länge den inte inverkar på barnets möjligheter till umgänge med den andra föräldern.⁴⁴ Om föräldrarna har gemensam vårdnad om barnet har båda föräldrarna rätt att resa till utlandet på t.ex. semester under kortare tidsperioder utan den andra förälderns samtycke. Detta är under förutsättning att den andra föräldern informeras om resan och att vistelsen sker under en begränsad tid. Har vårdnadshavaren gett sin tillåtelse till att barnet åker på semester under en begränsad tid och barnet sedan kvarstannar under en längre tid kan det bli fråga om ett olovligt kvarhållande. Vid gemensam vårdnad får den ena vårdnadshavaren inte flytta utomlands med barnet utan att den andra vårdnadshavaren gett sitt samtycke. Vill man flytta utomlands och den andra föräldern motsätter sig en flytt får frågan avgöras av domstolen. En förälder som endast har umgängesrätt kan inte heller utan vårdnadshavarens tillåtelse resa till annat

⁴² Ryrstedt, E, a.a, s. 576.

⁴³ Prop. 1997/98:7, s. 54.

⁴⁴ SOU 1995:79, Vårdnad, boende och umgänge, s. 89f.

land. Har en förälder däremot ensam vårdnad kan denne själva bestämma vart barnet skall resa eller bo.⁴⁵

Utgångspunkten i svensk rätt är att konsensus i vardagliga frågor skall råda för att en vårdnadshavare skall kunna agera. Förekommer oenighet i fråga om umgänge och boende kan domstolen fatta beslut. Det finns ingen generell bestämmelse om hur uppdelning av vårdnadshavares uppgifter skall se ut eller hur en eventuell uppkommen tvist skall lösas. För en vårdnadshavare som finner det svårt att samarbeta med den andra föräldern finns egentligen bara två tillvägagångssätt, antingen att begära ensam vårdnad, vilket kan vara svårt att genomdriva om svårigheterna inte är så betydande att en gemensam vårdnad inte längre kan anses var till det bästa för barnet. Det andra alternativet är helt enkelt att låta förhållandena bestå, något som kan innebära många år av slitningar både för förälder och barn.⁴⁶ I förlängningen kan det också innebära att en förälder inte ser någon annan utväg än att förhindra umgänge mellan den andra föräldern och barnet.

3.3.2 Barnets bestämmanderätt och barns rätt att komma till tals

Föräldrars bestämmanderätt enligt 6 kap 11 § FB är inte helt obegränsad. Vårdnadshavaren skall, enligt nämnda paragraf, ta större hänsyn till barnets synpunkter och önskemål allt eftersom barnet blir äldre. Syftet är att stärka barnet och ge barnet en rätt att få vara med och delta i vardagsbeslut så att det tränas till att så småningom kunna fatta egna beslut. Bestämmelsen innebär dock ingen egentlig formell medbestämmanderätt för barnet. Föräldrarna får inte avböja sig sitt ansvar för barnet genom att låta det ta beslut som det egentligen inte är moget för utan vårdnadshavaren har det yttersta ansvaret för att barnet inte kommer till skada. Vårdnadshavarens skyldighet att ta hänsyn till barnets vilja får inte medföra att denne är förhindrad att ingripa och sätta sig över barnets vilja om det med hänsyn till barnets bästa krävs.

Bestämmelsen i 6 kap. 11 § FB härrör sig från Barnkonventionens artikel 12 som ålägger konventionsstaterna att tillförsäkra barnet en rätt att bilda egna åsikter och fritt uttrycka dessa i frågor som rör det. Enligt 6 kap. 2 b § FB skall hänsyn tas till barnets egen vilja genom att barnet ges en rätt att höras och få sina åsikter beaktade i avgöranden som rör vårdnad, boende och umgänge. Hänsyn skall tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad. I samband med denna bestämmelse infördes också en bestämmelse som säger att den som verkställer en vårdnads- och/ eller umgangesutredning skall i de fall det inte är olämpligt klarlägga barnets inställning och redovisa den för rätten (6 kap. 19 § st. 4 FB).⁴⁷

⁴⁵ www.ud.se, Utdrag från skriften "Haagkonventionen om bortförda barn", 2004-05-02.

⁴⁶ Ryrstedt, E, a.a, s. 576.

⁴⁷ Dahlstrand, L, a.a, s. 68f.

Barns rätt att komma till tals har prövats i flera fall och det kan konstateras att barnets åsikt i de allra flesta fall tillmätts betydelse, även i fall som vid första anblicken inte kan anses vara förenligt med barnets bästa. I NJA 1992 s. 93 (Tarek fallet) som rörde ett olovligt bortförande och kvarhållande, tillmättes barnets önsknings betydelse och hänsynen till att man helst bör undvika att flytta ett barn från dess nuvarande och invanda miljö (den s.k. kontinuitetsaspekten) gjorde att barnet fick kvarstanna hos fadern som egentligen bedömdes som olämplig som vårdnadshavare. Även i rättsfallet NJA 1995 s. 398 vägdes barnets bestämda åsikt tungt trots att det objektivt sett stod i konflikt till principen om barnets bästa.⁴⁸ Genom HD:s dom i målet kan skönjas en kraftig förstärkning av barnets inflytande vid beslut rörande vårdnad, boende och umgänge och sammanfattningsvis kan sägas att barnet bör ha en betydande, men inte obegränsad bestämmanderätt.

I ett relativt färskt avgörande från Regeringsrätten (RÅ 2002 ref. 1) blev utgången däremot den motsatta. Prövningen gällde fråga om överflyttning av vårdnaden enligt Haagkonventionen av en tolvårig pojke som olovligen kvarhållits i Sverige. Pojken uttalade en stark vilja att kvarstanna i Sverige. Frågan gällde därför tillämpningen av 12 § p. 3 Verkställighetslagen, som anger att överflyttning av vårdnaden kan vägras om barnet själv motsätter sig överflyttningen och barnet nått en sådan ålder och mognad att dess vilja bör beaktas.

I målet framkom följande: Modern och fadern har tillsammans en son, född 1989 som sedan sin födelse är bosatt i England tillsammans med modern. Modern har haft vårdnaden om sonen medan fadern haft viss umgängesrätt. Efter ett umgänge påsken 1997 kvarhöll fadern sonen i Sverige. På ansökan av modern förordnade länsrätten i dom i april 1997 om överflyttning av sonen till modern. Fadern överklagade men kammarrätten avskrev målet i huvudsak genom ett beslut i juni 1997, eftersom sonen redan överlämnats till modern i enlighet med länsrättens dom. Enligt en s.k. ”contact order” utfärdad av engelsk domstol 1998 föreskrevs att fortsatt umgänge endast fick äga rum i England och Wales. Under ett besök hos fadern i oktober 2001 kvarhöll fadern sonen efter utgången tid varpå modern yrkade hos länsrätten att länsrätten med stöd av 11 § Verkställighetslagen skulle förordna att fadern överlämnade sonen genom polishämtning eller alternativt genom vitesföreläggande. Med stöd av 16 § Verkställighetslagen som ålägger en skyldighet för länsrätten att utröna barnets inställning och främja en frivillig lösning inhämtades sonens inställning. Sonen uttalade en önskan att kvarstanna i Sverige trots att han haft sin hemvist i England sedan treårsåldern, han ansåg sig vara född svensk, ha familj här och han ville inte bo i England utan bo kvar hos fadern i Sverige.

⁴⁸ HD tog hänsyn till 13-årig flickas vilja i vårdnadsfråga. Fadern hade under en lång tid saboterat umgänget mellan flickan och modern. Trots vikten av en fungerande kontakt mellan föräldrarna och faderns oförmåga att bidra till umgänge, uttalade HD att flickan uppnått en sådan mognad som motsvarade hennes ålder och det i kombination med hennes otvetydiga önskan att bo hos fadern gjorde att fadern trots sin olämplighet som vårdnadshavare ändå fick vårdnaden. HD fann att flickans önskan inte medförde bestående fara för hennes hälsa och utveckling enligt 6 kap. 7 § FB och därför kunde flickans vilja respekteras.

Länsrätten fann att pojken nått sådan ålder och mognad att dess vilja borde beaktas, varför hinder mot överflyttning ansågs föreligga. Kammarrätten kom fram till motsatt bedömning. Även med beaktande av att pojken fyllt tolv år och får antas uppnått sådan vilja att den skall beaktas kan det ändå inte anses fullständigt utrett att pojkens önskan är hans egna verkliga vilja. Samtalet med utredaren ägde endast rum vid ett tillfälle vilket enligt kammarrätten innebär att pojkens vilja måste prövas på ett mer ingående sätt för att kunna utröna hans verkliga önskan, varför överflyttning skall ske. Regeringsrätten gjorde slutligen följande bedömning: ”Utgångspunkten för bedömningen bör vara att barnets uttalade vilja skall respekteras. Haagkonventionens och Verkställighetslagens huvudregel är att barn som bortförts till annan stat eller hålls kvar där skyndsamt skall överflyttas till hemlandet. Liksom de snävt avgränsade undantag från denna princip som föreskrivs, medger dessa emellertid inte att varje viljeyttring av ett barn i tolvårsåldern kan få avgöra utgången i ett mål av detta slag. Det innebär att enbart det förhållandet att ett barn i den åldern säger sig föredra att stanna i det land i vilket det olovligen kvarhålls inte kan tillåtas hindra en överflyttning. Däremot bör barnets vilja tillmätas avgörande betydelse om viljeyttringen synes utgöra ett självständigt och, i förhållande till barnets ålder, övervägt och välgrundat ställningstagande, t.ex. på så sätt att barnet som skäl för sin uppfattning redovisar svårigheter att anpassa sig till förhållandena i hemviststaten eller annars ger uttryck för att det har förstått och övervägt konsekvenserna av att bryta upp från sin invanda miljö och bosätta sig i ett annat land”. Regeringsrätten fastställde således kammarrättens beslut om att överflyttning till modern skulle ske.

Även i de fall barnet uttrycker en väldigt bestämd vilja och barnet uppnått ålder och mognad enligt gängse normer kan det ändå i vissa fall var bättre att de rådande förhållandena får bestå. Det är viktigt att göra en samlad bedömning av alla omständigheter som kan tänkas vara av betydelse och att rätten är vaksam på signaler som kan tyda på t.ex. påverkan utifrån osv.

3.4 Boende och umgänge

Gemensam vårdnad bygger på att föräldrarna kan enas i frågor som rör barnet. Det faktum att man idag kan döma till gemensam vårdnad även i de fall en förälder motsätter sig en dylik vårdnadsform kan leda till fortsatta konflikter i form av frågor om var barnet huvudsakligen skall bo och hur umgänget skall utformas. Problemet togs också upp av Vårdnadstvistutredningen vid 1998 års reform. Dock ansåg man att det troligtvis i de flesta fall ändå torde vara lättare för en förälder att acceptera att barnet bor hos den andra föräldern än att vårdnaden överförs till den andra föräldern ensam. I anledning av detta infördes också i 6 kap. 14 a § FB en möjlighet för domstol att på talan av en av vårdnadshavarna eller av

båda besluta om vem av föräldrarna barnet skall bo tillsammans med.⁴⁹ Ett problem att uppmärksamma är att paragrafen endast stadgar hos *vem* av vårdnadshavarna barnet skall bo, inte *var* barnet skall bo.⁵⁰

Huvudpresumtionen vid vårdnadskonflikter är att barnets umgänge med båda föräldrarna skall främjas. Umgänget är i första hand till för barnet vilket idag innebär att en förälder inte har en absolut rätt till umgänge med sitt barn. Detta följer av den grundläggande principen om barnets bästa. Av 6 kap. 15 § FB kan utläsas att barn skall ha rätt till umgänge med en förälder som det inte bor med. Ansvar för att umgänget fungerar ligger till största delen hos den förälder som barnet bor hos.⁵¹ I propositionen till 1983 års lag⁵² uttalades bl.a. att domstolen vid val av vårdnadshavare bör ”förordna den av föräldrarna som kan antas bäst främja ett nära och gott umgänge mellan barnet och den andra föräldern”.⁵³ Även umgängesföräldern har givetvis också ett ansvar för att barnets behov av umgänge med denne tillgodoses, däremot finns det ingen sanktion för den förälder som inte vill umgås med sitt barn.⁵⁴

För att främja umgänget mellan barnet och den förälder som barnet inte bor tillsammans med har boföräldern också en skyldighet att lämna sådana upplysningar som kan främja ett umgänge, såvida inte särskilda skäl talar emot det (6 kap. 15 § 4 st. FB).⁵⁵ Denna informationskyldighet avser viktigare händelser, t.ex. att barnet skall flytta eller vistas utomlands under en längre tid. I annat fall kan det som nämnts tidigare bli fråga om ett olovligt bortförande.⁵⁶

3.4.1 Talan om umgänge

Frågor om umgänge kan prövas som en självständig fråga, men oftast väcks umgängestalan i samband med tvist om vårdnad- och boende frågan. I första hand är det den förälder som vill få till stånd ett umgänge som kan väcka talan (6 kap. 15 a § FB). En boförälder kan inte med legala medel utverka en umgängesrätt för den förälder som inte bor med barnet. Barnet kan inte heller, trots dess rätt till umgänge, självständigt väcka talan om det vill träffa en förälder. Detta innebär att det är helt och hållet upp till den förälder som inte bor med barnet att ett eventuellt umgänge kommer till stånd.⁵⁷

Om en vårdnadshavare motsätter sig ett begärt umgänge, av den förälder som är skild från vårdnaden om barnet, kan umgangesfrågan prövas av domstol. Utgångspunkten för rättens bedömning är att ett umgänge är till

⁴⁹ Prop. 1997/98:7, s. 51f.

⁵⁰ Schiratzki, J, a.a, s. 94.

⁵¹ Ewerlöf, G, Barnets bästa, om föräldrars och samhällets ansvar, s. 56f.

⁵² Prop. 1981/82:168, Om vårdnad, boende och umgänge m.m.

⁵³ Saldeen, Å, a.a, s. 102.

⁵⁴ Ewerlöf, G, a.a, s. 57f.

⁵⁵ Shiratzki, J, a.a, s. 116.

⁵⁶ Saldeen, Å, a.a, s. 117.

⁵⁷ Shiratzki, J, a.a, s. 117.

fördel för barnet. Bedömningen grundar sig också på barnets ålder och mognad, barnets förhållande till den förälder som önskar umgänge, risken för psykisk eller fysisk skada, barnets egen vilja samt föräldrarnas förhållande till varandra. En faktor som kan få betydelse för en eventuell umgängesrätt är också risken att en vårdnadshavare bortför och kvarhåller barnet i ett annat land. Den förälder som förvägrats vårdnad men tillerkänts umgängesrätt kan tyvärr i vissa fall tänkas missbruka umgänget för att få en möjlighet att egenmäktigt bortföra barnet. På grund härav infördes 1993 en bestämmelse i nuvarande 6 kap. 2 a § 2 st. FB (dåvarande 6 kap. 15 § 4 st. FB) att rätten i samband med prövan om umgänge skall beakta risken för att barnet i samband med umgänget riskerar att utsättas för övergrepp, olovligen bortförs eller kvarhålls eller på annat sätt far illa (6 kap 2 a § 2 st. FB).⁵⁸

I NJA 1995 s. 727 fick HD anledning att pröva frågan om ett begärt umgänge skulle vägras med hänsyn till risken för att barnet skulle bli olovligen bortfört. I målet framkom i korthet följande: Modern som var svensk medborgare inledde 1991 ett förhållande med fadern i målet som var syrisk medborgare. År 1993 föddes deras barn varpå paret separerade bara en kort tid därefter. Modern yrkade om ensam vårdnad medan fadern bestred yrkandet och yrkade för egen del fortsatt gemensam vårdnad samt umgängesrätt under vissa tider. Modern motsatte sig gemensam vårdnad samt allt umgänge på grund av att det enligt henne fanns en risk att fadern skulle föra bort barnet från Sverige. Fadern hade vid ett flertal tillfällen misshandlat henne och uttalat hot om att föra bort barnet. Under en period 1994 fick hon utverkat besöksförbud för fadern. TR:n fann att faderns hot om att föra bort barnet inte kunde anses helt ogrundat. Det i kombination med faderns övriga handlande gjorde att modern blev tilldelad ensam vårdnad samt att fadern erhöll begränsat umgänge i närvaro med en kontaktperson. HovR:n ändrade TR:n dom med motiveringen att det inte kunde anses föreligga sådan risk för bortförande att det skulle kunna utgöra hinder mot en sedvanlig umgängesrätt. HD fann slutligen att det inte förelåg en sådan tillräcklig risk för barnets bortförande att fadern kunde vägras umgänge, men med hänsyn till den oro modern kände beslutades att umgänget tills vidare endast skulle utövas i begränsad omfattning i närvaro av en kontaktperson. HD anförde som stöd för sin motivering följande: För att umgänge skall vägras enligt 6 kap. 15 § FB på grund av risk för bortförande är det ”inte tillräckligt att den förälder vars umgänge med barnet i fråga har sitt ursprung i annat land och har anknytning till det landet genom anhöriga eller på annat liknande sätt. Det måste krävas att det föreligger en mera *konkret fara* för bortförande. En ordning, enligt vilken det ställs lägre krav i fråga om risken för att den skall påverka bedömningen av umgangesfrågan, torde innebära att umgänge i förhållandevis stor omfattning skulle vägras eller i vart fall föranleda restriktioner eller försiktighetsåtgärder. Detta skulle inte vara väl förenligt med den betydelse som i lagstiftningen tillmätts barns behov av umgänge med en förälder som inte är vårdnadshavare”.

⁵⁸ Ewerlöf, G, a.a, s. 57f.

Föreligger en risk för att en vårdnadshavare vid utövandet av umgänget kan tänkas bortföra barnet har domstolen som visats i ovan beskrivna rättsfall alltså en möjlighet att i domen villkora umgänget på så sätt att umgänget endast får utövas i Sverige eller på en viss angiven ort, eller att en kontaktperson skall närvara vid umgänget.⁵⁹ Detta under förutsättning att förälder eller barn, om det fyllt 15 år, begär eller samtycker till det. (3 kap. 6 § 2 st. SoL).

När det gäller umgängets omfattning så finns det inga direkta lagregler som anger vilken omfattning ett umgänge bör ha, utan istället har lagstiftaren betonat vikten av flexibilitet i umgänget istället för att förorda något slags schablonmässigt umgänge. Bedömningen bör utgå från vad som kan anses vara bäst för barnet i det enskilda fallet. I fall då föräldrarna har svårt att komma överens om hur själva utövandet av umgänget skall se ut anses domstolen enligt praxis ha möjlighet att lämna föreskrift i domen.⁶⁰

3.4.2 Avtal om vårdnad, boende och umgänge

År 1998 infördes i samband med de omfattande ändringarna i 6 kap FB en möjlighet för föräldrar att ingå verkställbara avtal om vårdnad och boende och umgänge. Syftet med avtalen är att försöka nå samförståndslösningar mellan föräldrarna och att eventuella tvister skall kunna lösas utanför domstolen (6 kap. 6 § FB, 6 kap. 14 a § FB). Avtalen kan ingås oberoende av om frågan tidigare blivit reglerad genom avtal eller dom. Godkänner socialnämnden ett dylikt avtal kan det enligt 21 kap. 1 § FB verkställas på samma sätt som ett domstolsavgörande.⁶¹ Utgångspunkten för socialnämndens bedömning om gemensam vårdnad skall godkännas eller inte är enligt 6 kap. 6 § FB att det inte är uppenbart oförenligt med barnets bästa. Innehåller avtalet en begäran om ensam vårdnad skall socialnämnden godkänna ett dylikt avtal om det kan anses vara till barnets bästa.⁶²

3.5 Umgångessabotage

När en förälder som barnet bor tillsammans med genom olika åtgärder försvårar eller omöjliggör för barnet att få träffa den andra föräldern brukar

⁵⁹ Bogdan, M, a.a, s. 27.

⁶⁰ Ewerlöf, G, a.a, s. 59f.

⁶¹ Kritik har riktats mot dylika verkställbara avtal. Länsrätten blir i många fall den första domstol som kommer i kontakt med frågan och de har ingen möjlighet att pröva saken i sin helhet varför man kan ifrågasätta en sådan ordning. Avtalet har inte föregåtts av en rättslig prövning och utredning och överväganden saknas därför. Enligt 21 kap. 6 § FB finns en möjlighet att vägra verkställighet när förhållandena är svårutredda eller när mer ingående överväganden i sakfrågan behövs. Med hänsyn till barnets bästa borde vårdnadsfrågan därför bli föremål för en fullständig rättslig prövning innan verkställighet prövas. Rejmer, A, a.a, s. 124.

⁶² Schiratzki, J, a.a, s. 100.

man tala om umgängessabotage.⁶³ Det finns flera former av sabotage, en förälder kan svartmåla den andra föräldern så att denne framstår som en dålig förälder, en förälder kan också med olika medel försöka vända barnet mot den andra föräldern så att barnet till slut inte själv vill träffa föräldern. Ett annat exempel på sabotage som nämnts tidigare är att medvetet försöka hindra ett umgänge genom att hos domstolen uttala farhågor om att barnet riskerar att föras ut ur landet. Slutligen, och det som kan leda till stora skador för umgänget mellan ett barn och en förälder är vid s.k. internationella vårdnadstvister där föräldrarna kommer från två olika länder och en förälder medvetet väljer att skilja barnet från sin invanda miljö och föra bort barnet till, i de flesta fall, sitt forna hemland. Dessa olovliga bortföranden kan få allvarliga konsekvenser för barnets uppväxt och kontakt med den kvarvarande föräldern. Eftersom mitt arbete huvudsakligen handlar om just denna form av sabotage återkommer jag i kapitel 4 om just detta problem och redogör där mer ingående för de konsekvenser ett bortförande får, medan jag i detta kapitel har för avsikt att högst summariskt redogöra för hur lagen ser på övriga former av umgängessabotage och hur domstolen dömt i ett par uppmärksammade rättsfall.

Vid tolkningen av barnets bästa i samband med vårdnadskonflikter läggs stor vikt vid barnets behov av stabilitet, kontinuitet och en nära kontakt med båda föräldrarna. I 6 kap 2 a § FB har man också som nämnts tidigare uttryckligen fastställt att barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna skall vara av särskild betydelse vid bedömningen av frågor om vårdnad och boende, varför man t.ex. i förarbetena uttalat att rätten vid val av vårdnadshavare bör förordna den förälder som bäst kan främja ett nära och gott umgänge mellan barnet och den andra föräldern, om inte andra omständigheter talar emot det.⁶⁴ Denna syn på den skyldighet som åligger en förälder som har barnet hos sig, att verka för att umgänget mellan barnet och den förälder som inte bor tillsammans med barnet fungerar, har visat sig i ett flertal rättsfall vilket följande kapitel illustrerar.

3.5.1 Umgängessabotage i praxis

Som framhållits ovan anses det vara till barnets bästa att få ha ett nära och gott umgänge med båda sina föräldrar, om det inte föreligger omständigheter som talar emot det (6 kap 2 a § FB). I de flesta fall är dock båda föräldrarna lämpliga som vårdnadshavare, vilket kan göra det svårt för domstolen att i vissa fall avgöra vad som är det bästa för barnet i det enskilda fallet. Att en förälder har en skyldighet att främja ett gott umgänge mellan barnet och den förälder som inte har vårdnaden eller umgänget har visat sig vara av betydelse för utgången i målet i ett flertal av HD:s avgöranden.⁶⁵

⁶³ Bet. 2001/02:LU9, s. 25.

⁶⁴ Saldeen, Å, a.a, s. 102.

⁶⁵ SOU 1997:116, s.150.

I rättsfallet NJA 1989 s. 335 erhöj fadern vdrnaden om sin 7-rliga dotter sedan modern interimistiskt haft vdrnaden om dottern och under denna tid hindrat fadern frdn att utova sin umgngesratt. Ratten ansdg att risken var stor for att modern aven i framtiden skulle sabotera umgngnet mellan flickan och fadern om hon tillerkndes vdrnaden om flickan. Fadern ansdgs vara den som bdst kunde frmjja ett nra umgng med modern och den halvsystem som modern hade vdrnaden om. Aven i rättsfallet RH 1999:74 blev utgngen den att vdrnaden overflyttades till fadern da modern under lang tid forsvarat umgngnet mellan fadern och dottern.

I flera fall har man dock, trots att det forelegat umgngessabotage frdn en foralder och att den andra foralderen bdst skulle kunna frmjja umgng, andda valt att lata den saboterande foralderen behalla vdrnaden. Anledningen ar barnets behov av stabilitet och kontinuitet. I NJA 1998 s. 675 gjordes denna kontinuitetsaspekt gallande vilket resulterade i att modern trots en lang tids saboterande fick vdrnaden om barnet. Fadern hade haft umgng med sonen fram till dess att sonen var ett halvt ar gammal. Darefter hade modern fram till att barnet var ca. tre och ett halvt ar gammal (tiden for HD:s dom) aktivt motverkat all form av umgng mellan fadern och sonen. HD anforde inledningsvis att vdrnaden borde tilldelas fadern p.g.a. av moderns saboterande av umgngnet, men beroende pa att sonen i hela sitt liv bott hos modern skulle en overflyttning av vdrnaden innebära en alltför stor omvÄlvning i sonens liv.⁶⁶

Samma slutsats kom HD fram till i NJA 1992 s. 666. Den da 9-rliga dottern hade i hela sitt liv bott hos modern som under en lang tid motverkat och forhindrat umgng med fadern. Trots att fadern sags som en lamplig vdrnadshavare och modern brustit i sin skyldighet att verka for umgng erhöj modern vdrnaden pa den grunden att ett uppbrott frdn den nuvarande miljdn skulle vara ett alltför stort ingrepp i barnets liv och inte vara forenligt med barnets bdsta.

En komplicerad faktor vid avgörande av denna typ av vdrnadstvister ar att hansynen till barnets bdsta dels skall utga frdn de forhallanden som rader for dagen och dels skall avgörandet bygga pa en prognos for framtiden. Att dessutom erhålla avgöranden som ar prejudicerande for lamplighetsbedömningen i framtida mal ar inte helt enkelt eftersom omständigheterna varierar i varje enskilt fall.⁶⁷

⁶⁶ I rättsfallet forordnade HD om umgng mellan barnet och den tappande fadern och betonade vikten av att fa till stand ett umgng. Vdrnadsfragan uppkom i en ny prövning ar 2000 da TR beslutade att fadern skulle tillerknnas vdrnaden, en dom som ett ar senare faststlldes av HovR:n. Ndgot umgng hade fram till da ännu ej kommit till stand trots HD:s forordnande ar 1998. Wickström, A, Nyare rättspraxis om vdrnad om barn, SvJT 2001, s. 673.

⁶⁷ SOU 1997:116, s. 150.

3.5.2 Sanktioner mot umgängessabotage

Det finns idag inga direkta sanktioner mot en förälder som omöjliggör för barnet att träffa den andra föräldern. Det har däremot i ett flertal betänkanden och motioner framlagts förslag till någon form av sanktion just för att motverka umgängessabotage, men hittills har man inte ansett det vara påkallat med dylik bestämmelse.⁶⁸ I förarbetena till 1998 års reform intar man en sträng hållning till umgängessabotage, vilket det då framlagda förslaget till den nya 6 kap 2 a § FB bestämmelsen visar. Barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna skall ges en framträdande plats vid bedömningen av vårdnadsfrågor. Dessutom poängterar man möjligheten att ompröva vårdnaden eller boendet om en förälder utan godtagbara skäl motarbetar ett umgänge mellan barnet och den andra föräldern, vilket alltså kan leda till en överflyttning av vårdnaden enligt 6 kap. 7 § FB.⁶⁹

Som vi dock sett i de mål som redovisats ovan är det inte helt ovanligt att det trots att ett konstaterat umgängessabotage föreligger ändå resulterar i att en saboterande förälder får behålla vårdnaden. Det är som framhållits flera gånger tidigare barnets bästa som skall vara vägledande och en bedömning måste göras i varje enskilt fall utifrån de individuella förhållandena som råder.

En möjlighet för en förälder som motarbetas i sina försök att få till stånd ett umgänge eller vårdnad erbjuder verkställighetsinstitutet i 21 kap FB. En förälder som erhållit vårdnaden om ett barn eller som har umgängesrätt har en möjlighet att begära verkställighet av domen eller beslutet om den andra föräldern inte efterlever den samma. Länsrätten kan meddela vitesföreläggande eller som en sista åtgärd besluta att barnet skall hämtas genom polismyndighetens försorg (21 kap. 3 § FB). Vid verkställighet är det viktigt att barnet får en möjlighet att ange sin inställning, varför ett barn som fyllt 12 år och har en sådan mognad skall få sin vilja beaktad (21 kap. 5 § FB).⁷⁰

3.6 Sammanfattande och avslutande kommentar

Sedan år 1998 är huvudregeln gemensam vårdnad även för föräldrar som inte sammanlever. Dessutom finns det möjlighet för domstolen att besluta om gemensam vårdnad även mot en förälders vilja. Syftet med gemensam vårdnad är att det skall främja goda förhållanden mellan barnet och föräldrarna. Vid alla frågor som rör vårdnad, boende och umgänge skall barnets bästa komma i främsta rummet. Presumtionen är att gemensam

⁶⁸ Bl.a. i Bet. 2001/02:LU9 samt Bet. 1997/98:LU12, Vårdnad, boende och umgänge.

⁶⁹ Prop. 1997/98:7, s. 61.

⁷⁰ Saldeen, Å, a.a, s. 118.

vårdnad är till barnets bästa och att barnet har ett behov av kontakt och umgänge med båda sina föräldrar. Som Vårdnadstvistutredningen dock framhöll vid vårdnadsreformen 1998 är det viktigt att inte schablonmässigt besluta om gemensam vårdnad. Gemensam vårdnad förutsätter att föräldrarna kan samarbeta i frågor om barnet. Som Ryrstedt skriver i en artikel så krävs det inte längre enighet mellan föräldrarna för att vårdnaden skall vara gemensam, men däremot krävs det enighet därefter.⁷¹ Tyvärr är det ofta så att föräldrar som strider om vårdnaden efter en skilsmässa ofta är i en så djup kris själva att de lätt tappar fokus på det som egentligen är viktigast, barnet.

Barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna måste ibland vägas mot risken för att barnet far illa. I många fall är det just till barnets bästa att *inte* döma till gemensam vårdnad. Sådana fall kan vara då det förekommer våld inom familjen, antingen mot barnet eller mot modern, det föreligger kanske djupa motsättningar mellan föräldrarna med dagliga bråk. Även vid långvarigt sabotage från en förälder med syfte att förhindra umgänge med den andra föräldern kan ensam vårdnad vara bättre för barnet.

För en förälder som anser det svårt att samarbeta med den andra föräldern av olika orsaker, eller som lever i ett destruktivt förhållande med kanske både psykisk och fysisk misshandel kan ensam vårdnad vara att föredra, både för föräldern själv för att kunna ge barnet en trygg uppväxt och även för barnet. I sådana fall måste domstolen i de fall en förälder motsätter sig gemensam vårdnad verkligen utröna orsaken till motståndet och se till de bakomliggande orsakerna. En sådan miljö är inte bra för någon och framförallt skall inte barn behöva dras in i de vuxnas konflikter. Avgörandet skall ju alltid utgå från vad som kan tänkas vara bäst för barnet.

För den förälder som ansöker om ensam vårdnad är det viktigt att förstå att barnet ändå kan ha behov av umgänge med den andra föräldern. Huvudpresumtionen vid vårdnadskonflikter är nämligen att barnets umgänge med båda föräldrarna skall främjas och att domstolen vid val av vårdnadshavare skall förordna den av föräldrarna som bäst kan antas främja ett umgänge mellan barnet och den andra föräldern om inte andra omständigheter talar emot det. Sådana omständigheter kan vara som nämnts just våld inom familjen eller djupgående konflikter mellan föräldrarna som riskerar att skada barnet. Sedan 1998 gäller också att domstolen vid sin bedömning av vad som är till barnets bästa även skall beakta risken för att barnet utsätts för övergrepp, bortförs eller kvarhålls eller på annat sätt far illa. Det händer tyvärr att en förälder som vägrats vårdnad men tillerkänts umgänge kan missbruka umgängesrätten och föra bort barnet eller hålla det kvar efter umgängestidens utgång.

I NJA 1995 s. 727 prövades frågan om risk för bortförande skulle vara grund för vägrat umgänge. HD fann att det måste föreligga en *konkret fara* för bortförande. En ordning där det skulle ställas lägra krav i fråga om

⁷¹ Ryrstedt, E, a.a, s. 574.

riskan för bortförande skulle underminera lagstiftningens betydelse av barnets behov av umgänge med den förälder som inte är vårdnadshavare. En fråga som uppkommit i doktrinen är om det i fall som detta kan föreligga en risk att föräldrar som vill motverka ett umgänge med barnet och den andra föräldern med möjlig framgång lättvindigt och utan egentlig grund kan hävda en oro för att barnet olovligt bortförs vid ett umgänge.⁷² Givetvis får förutsättas att domstolarna noga prövar substansen i föräldrarnas uttalade oro. Kan det anses utrett att föräldern verkligen känner oro, oavsett om det faktiskt föreligger en befogad rätt till oro, och att detta kan tänkas påverka barnet negativt bör denna oro tillåtas bli en faktor att ta med i avgörandet i fråga om umgängesrätten. Det är viktigt att inte negligera en förälders oro utan noggrant utreda så långt det går hur förhållandena är. Konsekvenserna av ett bortförande kan bli förödande för ett barn och påverka det under långt tid framöver.

Umgängessabotage är dessvärre inte helt ovanligt i samband med vårdnadskonflikter. Vårdnadstvistutredningen till 1998 års reform framhöll vikten av att inta en sträng hållning till umgängessabotage och vid bedömningen av vårdnadsfrågor skall alltså den av föräldrarna som bäst kan främja ett umgänge tilldelas vårdnaden. Som man kan se utifrån praxis är detta dock inte alltid alldeles självklart. Som visats i de redovisade rättsfallen i framställningen har HD i flera fall tilldömt den saboterande föräldern vårdnaden trots att denne egentligen inte är lämplig som vårdnadshavare. Som skäl för sina beslut har HD anfört vikten av barnets behov av stabilitet och kontinuitet. Man har ansett att ett uppbrott från en invand miljö kan bli ett för stort ingrepp i ett barns liv vilket inte kan anses vara till barnets bästa. Problemet vid dessa mål är att varje mål är unikt i sig och att man alltid måste se till de enskilda förhållandena. Som framhållits är det ju viktigt att det inte blir någon schablonmässig bedömning av hur vårdnadsmålen skall lösas, men det är också viktigt att rättstillämpningen inte leder till att utge signaler som säger att ett saboterande under tillräckligt lång tid kan leda till att man kan få ensam vårdnad.

Idag finns inga direkta sanktioner mot en förälder som genom att sabotera omöjliggör ett umgänge med barnet och den andra föräldern. Någon straffrättslig sanktion har inte ansetts aktuell då det skulle vara att gå för långt. Däremot kan en förälder enligt 6 kap. 7 § FB fräntas vårdnaden om föräldern missbrukar utövandet av vårdnaden så att det medför bestående fara för barnets hälsa och utveckling. Detta är viktigt att tydliggöra för en förälder som på olika vis försöker sabotera ett normalt umgänge mellan barnet och den andra föräldern. En förälder har ett ansvar och en skyldighet gentemot barnet att sätta deras behov framför sina egna och inte genom bitterhet och ilska gentemot den andra föräldern låta barnet bli en bricka i ett elakt spel.

I dessa konflikter får inte glömmas bort att barnets egen vilja också skall beaktas. Detta är en positiv utveckling inom familjerätten. Barnet skall ges

⁷² Saldeen, Å, Risk för bortförande av barn vid beslut om umgängesrätt, JT 1995/96, s. 1140.

en möjlighet att få uttrycka sina åsikter i avgöranden som rör vårdnad, boende och umgänge och dess vilja skall tillmätas betydelse med beaktande av barnets ålder och mognad. I de allra flesta fall tillmäts barnets vilja betydelse vilket också avspeglat sig på flera avgöranden. Utgångspunkten är således att barnets vilja skall respekteras men det finns givetvis fall då det med hänsyn till ålder och mognad inte kan anses lämpligt att ändra på de förhållanden som råder. Det kan vara då barnet är så pass litet att det inte kan överblicka och förstå de konsekvenserna som kan bli av en flytt (se RÅ 2002 ref. 1). Det är också viktigt att betona att barnets rätt att få sin vilja beaktad är en rättighet och inte en skyldighet vilket innebär att barnet i en konflikt inte skall bli tvingad att ta ställning för endera parten och på så vis hamna i en lojalitetskonflikt. Ett barn skall inte påläggas ansvar som det inte förstår konsekvenserna av. I sådana fall är det viktigt att vi som vuxna kan se vad som är till barnets bästa.

4 Olovliga bortföranden av barn

4.1 Inledning

I följande kapitel är min avsikt att närmare studera 1980 års Haagkonvention och dess tillämplighet vid återförande av olovligt bortförda barn. Konventionens bestämmelser har varit föremål för en del problem avseende dess tillämpning och tolkning. Som kommer att visas är det främst Haagkonventionens tolkning av begreppet hemvist som vållat problem, men även frågor avseende hur handlägningsförfarandet skall bedrivas, har uppmärksamats. Jag kommer även att i korthet nämna 1996 års Haagkonvention om myndigheters behörighet, tillämplig lag, erkännande och verkställighet och samarbete i fråga om föräldraansvar och åtgärder till skydd för barn, som Sverige ännu inte undertecknat eller ratificerat.⁷³ I detta kapitel ämnar jag också ta upp frågor avseende domsrätt och lagval samt till viss del vilken verkan ett utländskt vårdnadsavgörande tillmäts i annat land. Eftersom en del av lagarna, förordningarna och konventionerna innehåller både frågor angående domsrätt, lagval, erkännande och verkställighet är det svårt att dra en klar avgränsning i följande framställning mellan dessa delar. Således kommer en del av författningarna och konventionerna att behandlas både i detta kapitel och i nästa utifrån lite olika perspektiv. Min avsikt är att i kapitel 5 ge en lite närmare genomgång och se på de problemställningar angående erkännande och verkställighet som finns, och då främst tillämpningen enligt Europarådskonventionen.

4.2 Olovliga bortföranden – syfte och bakgrund

Med olovligt bortförande av barn avses framförallt fall då en förälder utan lov för med sig sitt barn till ett annat land. Hit räknar man också de fall då en förälder olovligen kvarhåller barnet i annat land efter att umgängestiden upphört eller efter det att domstol beslutat att den andra föräldern skall ha vårdnaden om barnet. Syftet med bortförandet är att hindra den andra föräldern från att ha vårdnaden och utöva sin umgängesrätt.⁷⁴

Som jag nämnt i min inledning i uppsatsen så har den ständigt ökande rörligheten över gränserna medfört att just vårdnadstvister med internationella inslag ökat. Vårdnads och umgängestvister är tvister som ofta är väldigt uppsplitande för alla parter, i synnerhet för barnen som är de som allt som oftast kommer i kläm mellan tvistande föräldrar. De ändringar som gjorts i FB under åren har ju bl.a. syftat till att framhäva föräldrarnas skyldighet att handla utifrån barnens bästa och låta deras behov gå före det egna intresset (6 kap 1 § FB, 6 kap. 15 § FB).

⁷³ Ds 2003:5, s. 44.

⁷⁴ Bet. 1997/98:LU12, s. 41.

Varje år bortförs ungefär 80 barn antingen till eller från Sverige av den ena föräldern. Ungefär hälften av dessa barn har förts ut ur Sverige. År 2003 skedde 60 bortföranden till länder inom Haagkonventionen, medan sju var bortföranden till icke konventionsländer. Till dessa länder räknar man främst alla länder i Nordafrika, Mellanöstern och Ryssland. Dessa bortföranden hör också till de mer komplicerade fallen eftersom det inte finns några lagliga möjligheter att få barnet utlämnat om landet inte anslutit sig till någon konvention.⁷⁵ För en förälder som är medborgare i ett annat land än barnets hemvistland ter sig bortförandet ofta som den enda rätta lösningen när han finner det svårt att acceptera domstolens avgörande eller det förväntade avgörandet i barnets hemvistland. Den bortförande föräldern legitimerar ofta bortförandet med att han anser sig föra "hem" barnet.⁷⁶ I framställningen skriver jag "han" för enkelheten och konsekvensens skull men enligt professor Maarit Jänterä-Jareborg är det idag i de flesta fall modern som bortför barnet.⁷⁷ Detta kan möjligtvis till en viss del ses som en konsekvens av reformen med gemensam vårdnad (se närmare i min analys).

4.3 1980 års Haagkonvention

4.3.1 Bakgrund och syfte

I syfte att komma tillrätta med och motverka de problem som uppstår när en förälder olovligen skiljer den andra föräldern från vårdnaden antogs 1980 Haagkonventionen vid Haagkonferensen för internationell privaträtt. Konventionen har som nämnts tillsammans med Europarådskonventionen införlivats i den svenska Verkställighetslagen. Haagkonventionen inleds med en preambel där barnets bästa framställs som en faktor av största betydelse vid tillämpningen av konventionen, och där det fastställs att de stater som undertecknat konventionen skall ge barnen ett skydd på internationell nivå mot de skadliga effekter som ett olovligt bortförande eller kvarhållande kan ge dem.⁷⁸ Syftet med konventionen är enligt artikel 1, att länderna snabbt skall säkerställa ett återförande av barn som olovligen bortförts eller kvarhållits i en fördragsslutande stat. Konventionen syftar också till säkerställa ett skydd för rätten till vårdnad och umgänge. Konventionen innebär långtgående förpliktelser staterna emellan i dessa frågor.⁷⁹ För Sveriges del är konventionen idag tillämplig i förhållande till 66 stater.⁸⁰

⁷⁵ Trelleborgs Allehanda, 2004-08-02 (Källa:UD)

⁷⁶ Bogdan, M, a.a, s. 18.

⁷⁷ Jänterä-Jareborg, M, a.a, s. 877.

⁷⁸ SOU 1997:116, s. 239.

⁷⁹ Jänterä-Jareborg, M, Olovliga bortföranden av barn och Haagkonventionerna, Festskrift tillägnad Elsa Eschelsson, s. 247

⁸⁰ Siffran gäller från och med 1 augusti 2004 (Källa:UD).

Kriterierna för när ett olovligt bortförande eller kvarhållande kan anses föreligga anges i konventionens artikel 3. *För det första* skall bortförandet eller kvarhållandet strida mot en rätt till vårdnad som har anförtrotts en person, en institution eller något annat organ, antingen gemensamt eller för sig, enligt lagen i den stat där barnet hade sin hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet. Att den ”kvarvarande” vårdnadshavaren är någon annan än en förälder är dock högst ovanligt. *För det andra* krävs att denna rätt till vårdnad verkligen utövades, antingen gemensamt eller var för sig, vid den tidpunkt då barnet fördes bort eller hölls kvar, eller skulle ha utövats om inte bortförandet eller kvarhållandet hade ägt rum.

Enligt artikel 4 i konventionen sägs vidare att, en förutsättning för Haagkonventionens tillämplighet är att barnet skall ha haft sin hemvist i en annan konventionsstat omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet och att barnet ännu ej fyllt 16 år. Artikel 3 och 4 i konventionen motsvaras av 11 § Verkställighetslagen, samt ifråga om ålder 2 §. Utgångspunkten är således, att om de formella förutsättningarna för en överflyttning enligt 11 § Verkställighetslagen är uppfyllda, skall överflyttning ske efter ansökan hos Länsrätten (13 § Verkställighetslagen). Enligt artikel 2 i konventionen (15 § Verkställighetslagen) skall staterna i fråga om överflyttning använda de snabbaste förfaranden som finns tillgängliga. Det är alltså fråga om ett högst summariskt förfarande som skall tillämpas för att ett återställande skall kunna ske så snabbt som möjligt. I vissa fall kan det dock finnas anledning att vägra verkställighet om vissa i konventionen angivna förutsättningar är uppfyllda (se nedan).⁸¹

4.3.2 Haagkonventionens vägransgrunder

Vid utformningen av Haagkonventionen var inte tanken att överflyttning av ett bortfört barn i enlighet med konventionen skulle kunna ske i samtliga fall. Det finns nämligen fall då en överflyttning kan strida mot principen om barnets bästa. I sådana fall skall tillflyktsstatens myndigheter kunna vägra en överflyttning. De grunder som en stat kan åberopa som skäl för att vägra en överflyttning återfinns i 12 § Verkställighetslagen (artiklarna 12.2, 13 samt 20 i konventionen).

Överflyttning av barn får vägras om, det när ansökan om överflyttning gjordes har förflutit minst ett år från det olovliga bortförandet eller kvarhållandet och barnet funnit sig tillrätta i den nya miljön (12 § p.1 Verkställighetslagen), det finns en allvarlig risk för att en överflyttning skadar barnets kroppsliga eller själsliga hälsa eller i övrigt försätter barnet i en situation som inte är godtagbar (12 § p. 2 Verkställighetslagen), barnet själv motsätter sig överflyttningen och barnet har nått sådan ålder och mognad att dess vilja bör beaktas (12 § p. 3 Verkställighetslagen), eller det inte anses förenligt med grundläggande principer här i landet om skydd för mänskliga fri- och rättigheter att besluta om överflyttning 12 § p. 4 Verkställighetslagen).

⁸¹ Jänträ-Jareborg, M, a.a, s. 875.

Vägransgrunderna skall tolkas och tillämpas restriktivt. Det är vanligt att en bortförande förälder anför allvarliga anklagelser och invändningar om varför denna sett sig nödsakad att bortföra barnet och varför den andra föräldern inte skall anses lämplig som vårdnadshavare och att begäran om överflyttning därför bör avslås.⁸² Vanligtvis åberopar den bortförande föräldern 2 § p. 2 i Verkställighetslagen (artikel 13 punkt b i konventionen) som grund. I en del fall är troligtvis syftet att förhålla ett återställande och det har också visat sig att domstolarna inte varit särskilt avvisande till denna typ av invändningar vilket har inneburit att omfattande utredningar inletts och processen har liknat den vid en vanlig vårdnadstvist och har bidragit till att det ”snabba” återförandet dragit ut på tiden. Viktigt att komma ihåg är att konventionens syfte *inte* är att lösa vårdnadstvister där myndigheterna skall ta ställning till vem av föräldrarna som är bäst lämpade som vårdnadshavare, utan konventionen är endast ett instrument för ett snabbt återförande av barnet. Rent praktiskt får anses att myndigheterna i barnets hemviststat har de bästa förutsättningarna för att lösa just vårdnadstvisterna utifrån barnets bästa.⁸³ Dessa långa handläggningstider är alltså ett problem som det finns all anledning att se över.

Michael Hellner har i en artikel analyserat denna problematik och jag avser återkomma med detta i kapitel 5.⁸⁴ En annan anledning som föranlett de kritiserade långa handläggningstiderna är tolkningen och tillämpningen av Haagkonventionens hemvistbegrepp, ”habitual residence” (se nedan).

4.4 Haagkonventionens hemvistbegrepp

Ett problem som uppkommer i samband med olovliga bortföranden är, var har barnet sin egentliga hemvist? Är hemvistet det land varifrån barnet bortförts? Eller har det i och med bortförandet förvärvat ett nytt hemvist? Skall barnet återföras till ursprungslandet eller skall barnet stanna kvar i det nya landet? Vad händer med umgänget med den kvarvarande föräldern och vem skall ha vårdnaden?⁸⁵

Begreppet ”habitual residence” definieras inte i Haagkonventionen, inte heller det översatta begreppet ”hemvist” i Verkställighetslagen. I förarbetena till Verkställighetslagen⁸⁶ ansågs att varje stat själv bör kunna bestämma vilken innebörd uttrycket skall ha och man hänvisade till legaldefinitionen i 7 kap. 2 § lag (1904:26 s.1) om vissa internationella

⁸² Jänterä-Jareborg, M a.a, s. 873.

⁸³ Jänterä-Jareborg, M, a.a, s. 249f.

⁸⁴ Hellner Michael, Sakkunnig inom området för familjerätt och förmögenhetsrätt på Justitiedepartementet. Artikeln ”Svenska erfarenheter av 1980 års Haagkonvention om olovligt bortförda barn – Översyn av den svenska genomförandelagstiftningen”.

⁸⁵ Schiratzki, J, a.a, s. 98.

⁸⁶ Prop. 1988/89:8, s. 36f

rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap.⁸⁷ Dessa förarbetsuttalande kan man dock inte stödja sig på idag utan istället skall man som Regeringsrätten påtalat i ett flertal mål där frågan uppkommit vid tolkningen av hemvistbegreppet i Verkställighetslagen beakta att frågan rör s.k. traktatstyrd lagstiftning.⁸⁸ Vid tolkningen bör därför särskild hänsyn tas till den bakomliggande Haagkonventionens syfte och terminologi. Enligt den vedertagna meningen skall "habitual residence" enligt konventionen och således "hemvist" enligt Verkställighetslagen tolkas som ett faktiskt begrepp ("a question of pure fact") som bygger på de rådande faktiska omständigheterna.⁸⁹ I praxis kan man utrona att besluten vid överflyttning av barn i enlighet med Haagkonventionen avgjorts utifrån var barnet har vistats, istället för var dess egentliga hemvist varit, vilket innebär att det varit den faktiska vårdnaden som getts prioritet framför en förälders delaktighet i den legala vårdnaden.⁹⁰

Som kommer att visas nedan har man i bedömningen om hemvist utgått från en objektiv helhetsbedömning som vistelsens längd, sociala bindningar och andra förhållanden av personlig eller yrkesmässig karaktär som kan visa på en stadigvarande anknytning till det ena eller andra landet. Små barns hemvist får baseras på vårdnadshavarens hemvist och övriga sociala och familjemässiga förhållanden.⁹¹ Står ett barn under båda föräldrarnas gemensamma vårdnad kan en ändring av barnets hemvist mot den andra vårdnadshavarens vilja inte medföra att barnets ursprungliga hemvist upphör och barnet förvärvar nytt hemvist, något som generellt sett är en härskande uppfattning, men som i svensk rättspraxis inte alltid visat sig självklar.⁹² I nedan presenterade rättsfall illustreras de problem som uppkommer vid avgörandet av om nytt hemvist förvärvats eller inte.

4.4.1 Domstolarnas bedömning i fråga om hemvist

En fråga som aktualiserats i fråga om hemvistbedömningen är vad som gäller i de fall ett olovligt kvarhållande, eventuellt efter ett olovligt

⁸⁷ Hemvistbegreppet enligt denna definition lyder: den som är bosatt i en stat anses ha hemvist där om bosättningen med hänsyn till vistelsens varaktighet och omständigheterna i övrigt måste anses stadigvarande.

⁸⁸ Se RÅ 1995 ref. 99, RÅ 1996 ref. 52 samt RÅ 2001 ref. 53 (samtliga mål kommer att redovisas i framställningen).

⁸⁹ Örtenhed, K, Hemvistbedömningen vid olovligt kvarhållande eller bortförande av barn, JT 2001/02, s. 929.

⁹⁰ Shiratzki, J, a.a, s. 98.

⁹¹ Jäterä-Jareborg, M, a.a, s. 256.

⁹² Se NJA 1995 s. 241. I målet uttalade HD att ett nytt hemvist, generellt sett inte kan etableras vid gemensam vårdnad i strid med den andra vårdnadshavarens vilja. Målet rörde ett par med gemensam vårdnad om barnet och som sammanbott i Sverige. I samband med föräldrarnas separation förde modern som var norsk medborgare med sig barnet som också hade norskt medborgarskap till Norge utan faderns samtycke och etablerade hemvist där. HD avisade faderns talan om en överflyttning av barnet på den grunden att barnets nuvarande anknytning var så stark efter att ha vistats i Norge under två år att det fick anses ha anpassat sig så väl till de nya förhållandena att svensk domstol inte längre hade behörighet att pröva talan. Trots ett olovligt bortförande mot en vårdnadshavarens vilja kunde barnet således etablera en ny hemvist.

bortförande, påbörjats *före* lagen blev tillämplig i relation till den främmande staten och därefter fortgått även efter det att lagen blivit tillämplig mellan staterna. Enligt övergångsbestämmelsen i Verkställighetslagen skall 11 § gälla endast i fråga om sådana olovliga bortförande eller kvarhållanden som har skett *efter* det att lagen började tillämpas i förhållande till den stat där barnet hade sin hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet.

I RÅ 1991 ref. 42. fick man anledning att pröva denna fråga och närmare studera Haagkonventionens tillämpning och nämnda övergångsbestämmelse i Verkställighetslagen. Regeringsrätten fann att konventionen var tillämplig endast om det olovliga kvarhållandet (och eventuella bortförandet) påbörjats efter det att konventionen trätt i kraft mellan de berörda staterna som i det här fallet var Sverige och Australien. I fallet hade det olovliga kvarhållandet inletts före ikraftträdandet den 1 juni 1989 mellan staterna och även fortsatt efter detta datum men trots det fann Regeringsrätten att 11 § Verkställighetslagen inte skulle vara tillämplig. Ansökan om överflyttning av barnet avslogs således.⁹³

Sverige har fått motta kritik från bl.a. USA för att vi inte anses uppfylla Haagkonventionens tillämplighet vad beträffar överflyttning av barn och att vårt beteende kan leda till att föräldrar uppmuntras till att gömma sig och sina barn i Sverige.⁹⁴ Det är främst två rättsfall som ligger till grund för kritiken, RÅ 1995 ref. 99 och RÅ 1996 ref. 52. Enligt 11 § Verkställighetslagen sägs att ett barn som olovligen har bortförts till Sverige eller som olovligen hålls kvar här, skall på ansökan överflyttas till den från vilken barnet undanhålls, om barnet omedelbart före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet hade hemvist i en stat som har tillträtt Haagkonventionen. Ett bortförande eller kvarhållande är olovligt, om bortförandet eller kvarhållandet strider mot den rätt att ta vård om barnet som dess vårdnadshavare eller någon annan har i den stat där barnet hade hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet, och denna rätt också utövades eller skulle utövas vid denna tidpunkt om inte bortförandet eller kvarhållandet ägt rum. Den centrala frågan i de båda rättsfallen var därför var barnen hade hemvist omedelbart före bortförandet.

I målet RÅ 1995 ref. 99 framkom följande. I januari 1992 hade modern mot faderns vilja fört bort barnet från USA till Sverige. Enligt gällande lag i USA hade föräldrarna gemensam vårdnad om barnet. Barnet bodde hos modern fram till november 1993 då fadern utan moderns samtycke återförde barnet till USA. I januari 1994 ansöker modern vid amerikansk domstol om att barnet i enlighet med Haagkonventionen skall överflyttas till Sverige. Modern erhåller en "ex parte order" vilket innebär att hon får ta hand om barnet i avvaktan på en slutlig prövning av domstolen men inte lämna USA, något hon ändå gör i februari 1994 då hon återvänder till Sverige. Fadern inlämnar i januari 1995 en ansökan om att barnet skall överflyttas till honom. I juli 1995 slår amerikansk domstol fast att barnet har sin hemvist i

⁹³ Pålsson, L, Rättspraxis, internationell privat- och processrätt, SvJT 1996, s. 605f.

⁹⁴ www.nkmr.org, "USA kritiserar att barn göms i Sverige". 2004-08-10.

USA och att moderns bortförande var olovligt. Den centrala frågan i målet var just om barnet under sin vistelse i Sverige mellan januari 1992 till november 1993 hade förvärvat ny hemvist här i landet. Regeringsrätten fann att barnet, trots att det olovligt bortförts till Sverige, hade förvärvat hemvist i Sverige någon gång under tiden fram till november 1993 då fadern förde tillbaka barnet till USA. Man ansåg inte att moderns bortförande var olovligt och ansökan om överflyttning avslogs således.

I målet RÅ 1996 ref. 52 hade föräldrarna träffat en överenskommelse om hur vårdnaden om barnet skulle se ut, vilken hade fastställts av amerikansk domstol. Överenskommelsen byggde på att barnet skulle bo växelvis hos vardera föräldern enligt ett rullande schema. Enligt schemat flyttade barnet i juli 1993 till Sverige tillsammans med modern och vistades här fram till den 20 augusti 1995. Under de följande två åren skulle sedan barnet enligt överenskommelsen bo hos fadern i USA, men modern vägrade att överlämna barnet. Fadern ansökte då om överflyttning under åberopande av att modern olovligen kvarhållit barnet i Sverige. Även i detta fall var den centrala frågan huruvida barnet förvärvat hemvist här under sin vistelse fram till den 20 augusti 1995 då hon skulle ha överlämnats. Regeringsrätten fann på samma sätt som i förra målet att barnet hade förvärvat ny hemvist och kvarhållandet därför inte skulle ses som olovligt. Regeringsrätten motiverade sitt beslut med att Verkställighetslagens bestämmelser inte utan vidare kunde innebära att en ändring av barnets hemvist skulle ske, trots att ett bortförande skett mot den andra vårdnadshavarens vilja. Har barnet vistats i det nya landet under en längre tid och under sådana förhållanden att barnet fått en sådan anknytning som de aktuella reglerna åsyftar till bör det inte finnas något hinder mot att barnet kan etablera ett nytt hemvist. Som nämnts tar Haagkonventionen sikte på de rådande faktiska omständigheterna. En annan faktor som kan tänkas ligga till grund för Regeringsrättens ställningstagande var att fadern i 1995 års fall underlätit att ansöka om överflyttning inom den ett års gräns som Haagkonventionen stadgar.⁹⁵

Lennart Pålsson har i en artikel kritiserat Regeringsrättens avgörande i 1995 års fall för att Regeringsrätten ställt alltför lindriga krav för att ett barn som olovligen förts till Sverige skall anses ha förvärvat hemvist här. I artikeln förordar Pålsson kammarrättens restriktiva hållning istället.⁹⁶ Kammarrätten ansåg att barnet medtagits till Sverige i januari 1992 under sådana omständigheter att det måste vara fråga om ett olovligt bortförande i Haagkonventionens mening. Enligt domstolen kan inte ett nytt hemvist generellt sett anses etablerat för ett barn under föräldrarnas gemensamma vårdnad om en ändring av förhållandena sker mot en förälders vilja. Därför måste barnet anses ha haft kvar sin hemvist i USA i februari 1994. Till denna bedömning kunde också läggas faderns konsekventa och entydiga motstånd mot barnets vistelse i Sverige.⁹⁷ Liknande slutsats kom HD fram till i NJA 1995 s. 241 (se not 92).

⁹⁵ Örtenhed, K, a.a, s. 929.

⁹⁶ Pålsson, L,a.a, s. 600.

⁹⁷ Jänträ-Jareborg, M, a.a, s. 252.

Båda målen visar på svårigheterna att i internationella situationer fastställa var barnet har sin hemvist, särskilt i sådana fall där barnet vistats till och från i två olika länder. Ett problem är givetvis också att det är två olika länder med olika uppfattningar om var barnet har sin hemvist. Svensk domstol bedömde målen som att barnen hade förvärvat hemvist här i Sverige vilket för amerikanska myndigheter givetvis var ett felaktigt beslut.⁹⁸ Haagkonventionen bygger på en enhetlig tillämpning som skall följas av de konventionsanslutna stater, vilket gör att det i princip inte finns något utrymme för någon nationell egen tolkning.⁹⁹

Hemvistbedömningen och dess svårigheter får betydelse även i frågor om domsrätt och lagval vilket jag återkommer till i följande avsnitt.

4.5 Allmänt om domsrätt, lagval, erkännande och verkställighet av vårdnadsavgöranden

Vid frågor om vårdnad som har anknytning till mer än en stat uppkommer framförallt tre frågor som är av betydelse, dels domsrätsfrågan, d.v.s. vilket lands myndigheter som har behörighet att uppta talan om vårdnaden? Dels lagvalsfrågan, enligt vilket lands lag skall den behöriga myndigheten pröva vårdnadsfrågan? För det tredje bör man ställa sig frågan vilken verkan ett utländskt vårdnadsavgörande får i ett annat land och om det är verkställbart?¹⁰⁰

De svenska allmänna bestämmelserna om domsrätt återfinns i 1904 års lag. Enligt 3 kap. 6 § får frågor angående vårdnaden upptas i samband med äktenskapsmål.¹⁰¹ Vistas barnet här i Sverige skall dessa frågor också alltid prövas enligt svensk lag. För vårdnadsfrågor utan samband med äktenskapskillnad är svensk domsrätt inte lagreglerad (se NJA 1988 s. 538). Enligt rättspraxis som kommer att visas nedan är dock svensk domstol behörig om barnet har hemvist i Sverige. Vad beträffar utländska avgöranden i vårdnadsfrågor erkänns och verkställs dessa inte utan stöd i lag (se nedan NJA 1974 s. 629).

För länder som är medlemmar i EU gäller idag Rådets förordning (EG) nr 1347/2000 om domstols behörighet och erkännande och verkställighet av

⁹⁸ I september 2002 förklarade dock det amerikanska representanhuset att Sverige överträffar flera andra europeiska stater när det gäller efterlevnaden av Haagkonventionen och att Sveriges efterlevnad var likvärdig med den amerikanska. Se Hellner, M, a.a, s. 35.

⁹⁹ Jänterä-Jareborg, M, a.a, s. 880.

¹⁰⁰ Jänterä-Jareborg, M, a.a, s. 241f.

¹⁰¹ Det pågår just nu en översyn av lagregleringen i 3 kap. 6 §. Det föreslås att lagvalsregeln upphävs och att svensk domsrätt i vårdnadsfrågor i samband med äktenskapsmål begränsas. Enligt förslaget får frågor om vårdnad tas upp i äktenskapsmål om barnet har hemvist i Sverige. Har barnet inte hemvist här får sådana frågor tas upp om det är till barnets bästa och om åtminstone en av makarna har vårdnaden om barnet och domstolens behörighet har godkänts av båda makarna. En proposition är att vänta under våren 2005. Ds 2003:5, s. 11.

domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar för makars gemensamma barn (Bryssel II- förordningen). Förordningen är till alla delar bindande och direkt tillämplig i Sverige.¹⁰² Den 27 november antog rådet dock en ny förordning: (EG) NR 2201/2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar, samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000.¹⁰³ Den nya förordningen kommer även den att benämnas Bryssel II- förordningen och skall börja tillämpas den 1 mars 2005. Jag tänker inte närmare gå in på förordningens tillämplighet eftersom den är under pågående utredning utan jag avser att endast helt summariskt nämna dess nuvarande tillämpning och en del av de förslag till förändringar som lagts fram.

Idag gäller att om en medlemsstats domstol är behörig att ta upp ett äktenskapsmål enligt förordningen är den också under vissa villkor behörig att i samma mål uppta yrkanden om vårdnad m.m. Enligt förordningens artikel 3 krävs att barnet har hemvist i samma medlemsstat som äktenskapsmålet prövas i. Har barnet inte hemvist i denna medlemsstat, men har hemvist i en annan medlemsstat kan vårdnadsyrkandet ändå prövas om, (1) åtminstone en av makarna har föräldraansvaret för barnet, (2) makarna har godtagit talans prövning där, samt (3) sakens prövning är utifrån barnets bästa. Samtliga villkor skall vara uppfyllda för att yrkandet skall kunna prövas. Jänterä-Jareborg har i sin artikel ”Mot en europeisk (internationell) familjerätt” jämfört förordningens tillämplighet i förhållande till bestämmelsen i 3 kap. 6 § i 1904 års lag.¹⁰⁴ Enligt denna får ju frågor om vårdnad om barn upptas i äktenskapsmål utan att man närmare tittar på om en sådan prövning kan vara lämplig, varför man utifrån barnets perspektiv får anse att Bryssel II- förordningens artikel 3 är betydligt tydligare framförallt i fråga om barnets bästa.

Den nya förordningen kommer att få ett utvidgat tillämpningsområde och innehåller flera betydelsefulla nyheter, bl.a. är förordningen tillämplig på alla avgöranden om föräldraansvar, oavsett sambandet med äktenskapsmål.¹⁰⁵ Bestämmelserna i den nya förordningen om domstols

¹⁰² SOU 2004:80, Kompletterande bestämmelser till den nya Bryssel II- förordningen, s. 31.

¹⁰³ Själva verkställighetsförfarandet regleras inte i Bryssel II-förordningen utan verkställighet enligt förordningen sker enligt nationella bestämmelser vilket innebär att utländska avgöranden avseende föräldraansvar verkställs enligt 21 kap. FB.

¹⁰⁴ JT 2001/02, s. 48. I artikeln hänvisas till SvJT 2000, s. 873 som refererar till rättsfallet NJA 1997 s. 196 som uppmärksammats på grund av HD: s tolkning av 3 kap. 6 § i 1904 års lag. Målet rörde ett olovligt bortförande av modern. Barnen stod under gemensam vårdnad av makarna och bortfördes till Sverige från Singapore. (Singapore är ej ansluten till Haagkonventionen). I samband med talan om äktenskapsskillnad yrkade hon också vid svensk domstol om att ensam får vårdnaden om barnen. Med hänsyn till att bestämmelsen i 3 kap. 6 § är fakultativ, får, borde kanske domstolen avvisat hennes yrkande med hänsyn till omständigheterna, men HD ansåg att moderns handlande inte utgjorde tillräcklig grund för att avvisa hennes talan med den motivering att trots Sveriges åtaganden för att motverka bortföranden av barn hade inte bestämmelsen i 3 kap. 6 § ändrats, inte hade heller andra lagregler införts för att begränsa domsrätten varför yrkandet inte kunde avslås.

¹⁰⁵ Begreppet föräldraansvar har inte tidigare definierats men i samband med den nya förordningen har man definierat det som att det omfattar både vårdnad, som avser de

behörighet kommer i övrigt att motsvaras av de nuvarande bestämmelserna.¹⁰⁶ Förordningen innehåller också bestämmelser om återlämnande av barn. Om inte ett barn återlämnas till en vårdnadshavare efter umgängestidens utgång skall behörig myndighet i verkställighetsstaten kunna begära att vårdnadshavaren omedelbart återlämnar barnet utan någon möjlighet att kunna göra bruk av vägransgrunderna i Haagkonventionen. Detta kontroversiella förslag har bl.a. kritiserats av Jänterä-Jareborg¹⁰⁷, som menar att sådan avsaknad av vägransgrunder strider mot principen om barnets bästa.¹⁰⁸ Ett av förslagen innebär att en domstol inte skall kunna vägra att återlämna ett barn med stöd av 12 § p. 2 i Verkställighetslagen (artikel 13 b i Haagkonventionen), om det styrks att lämpliga åtgärder har vidtagits för att garantera barnets skydd efter återlämnandet. Dessa s.k. ”undertakings” innebär frivilliga åtaganden inför domstol. Det kan t.ex. innebära att sökanden åtar sig att betala för barnets och den andra förälderns återresa, att ordna ett separat boende för dem när de återvänder, eller att barnet vid hemkomsten anmäls till socialtjänsten i avvaktan på att ett vårdnadsavgörande avgörs. Syftet är att överflyttningen för barnet skall ske under trygga förhållanden.¹⁰⁹ Att märka är dock att detta rör sig om ett frivilligt åtagande.

Enligt betänkandet till den nya förordningen införs också en domsrättsbestämmelse som innebär att, vid olovliga bortföranden behåller domstolarna i den stat som barnet hade hemvist i innan bortförandet sin behörighet tills barnet fått hemvist i den andra medlemsstaten och personen som har vårdnaden om barnet har godtagit bortförandet, eller barnet varit bosatt i den andra medlemsstaten i minst ett år efter det att den som hade vårdnad om barnet fått, eller borde fått kännedom om var barnet befinner sig och barnet har funnit sig tillrätta i sin nya miljö. (jmf 1996 års Haagkonvention).

Mellan de nordiska länderna gäller 1931 års nordiska äktenskapskonvention. Sverige har införlivat konventionen genom förordningen (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap. Förordningen reglerar bl.a. domstols behörighet att pröva yrkanden om hemskillnad och äktenskapsskillnad och frågor som har samband med ett sådant yrkande, t.ex. vårdnad. Den reglerar också vissa frågor om tillämplig lag och frågor avseende erkännande från andra nordiska länder. Förordningen har företrädare framför Bryssel II-förordningen.¹¹⁰

rättigheter och skyldigheter som hänför sig till vårdnaden, särskilt rätten att bestämma var barnet skall bo, och umgänge som avser bl.a. rätten att för en begränsad tid ta barnet till en plats annan än där barnet har hemvist.

¹⁰⁶ SOU 2004:80, s. 9.

¹⁰⁷ Jänterä-Jareborg, M, a.a, s. 68.

¹⁰⁸ Ds 2003:5, s. 49.

¹⁰⁹ SOU 2004:80, s. 46.

¹¹⁰ SOU 2004:80, s. 31f.

4.5.1 Domstolarnas bedömning i fråga om domsrätt, lagval, erkännande och verkställighet av vårdnadsavgöranden

Ett betydelsefullt avgörande som blivit vägledande för rättstillämpningen kom i och med rättsfallet NJA 1974 s. 629. HD slog i detta tidiga avgörande fast att utländska vårdnadsavgöranden inte skall gälla i Sverige utan stöd i lag, vilket fått till följd att Sverige bara har en skyldighet att erkänna och verkställa utländska vårdnadsavgöranden som är konventionsgrundande och som gäller i förhållande till en annan konventionsansluten stat. Detta innebär att många vårdnadsbeslut fattade i länder som ej är konventionsanslutna endast har en bevisverkan i Sverige som dessutom varierar från fall till fall.¹¹¹ Att märka är att det trots bristen på en i Sverige gällande vårdnadsdom inte uppstår något form av vakuum, där ingen av föräldrarna anses ha vårdnaden utan man får i de fallen helt enkelt falla tillbaka på de regler om vårdnaden som baseras direkt grundad på lag.¹¹²

När det gäller domsrätt kan man utifrån nyare rättspraxis se att det är barnets hemvist som grundar svensk domsrätt. Även utifrån internationellt samarbete ses idag barnets hemvist som den viktigaste behörighetsgrunden, vilket bl.a. innebär att behörigheten i första hand skall tillkomma myndigheterna i hemviststaten enligt 1996 års Haagkonvention (se nedan i avsnitt 4.6).¹¹³ Det ses som logiskt att utredning om barnets förhållanden och vårdnadstvistsfrågorna avgörs i det land som utgör barnets fasta hemvist.

Problem som visat sig är då barnet inte har hemvist här i Sverige men vårdnadstalan ändå väcks här, antingen som en enskild talan eller i samband med ett äktenskapsmål. I NJA 1988 s. 538 som gällde överflyttning av vårdnad av barn till vårdnadshavare av finländskt samt algeriskt medborgarskap med hemvist i Sverige, fastslog HD att vårdnadshavarens hemvist i Sverige när denne är svaranden skall grunda svensk domsrätt. Enligt 8 § st. 2 i 1931 års förordning skall, när fråga är om sådana nordiska förhållanden som omfattas av förordningen, ett yrkande angående överflyttande av vårdnad om barn upptas i den stat där den mot vilken talan riktas har hemvist. I rättsfallet anfördes vidare att vid mål med internationell anknytning som inte omfattas av 1931 års förordning saknas regler i lag om svensk domsrätt i fall angående vårdnad som tas upp fristående från äktenskapsmål. I praxis har dock ansetts att svensk domsrätt, oavsett föräldrarnas och barnens medborgarskap, föreligger i mål om överflyttning

¹¹¹ Fallet har kraftigt kritiserats från ett flertal författare, bl.a. Lennart Pålsson som i sin artikel "Vårdnad och umgängesrätt i svensk internationell privaträtt", Festskrift till Lars Hjerner, 1990, s. 505f beskrivit HD:s avgöranden som "Det är svårt att skilja mellan goda och onda vårdnadsdomar meddelade i utlandet. För säkerhets skull väljer vi därför att behandla alla vårdnadsavgöranden som lika dåliga med den verkan att de inte kan erkännas här. Detta är en visserligen orättfärdig ståndpunkt som går ut över enskilda parter i de fall, förmodligen det stora flertalet, där domen vid närmare granskning skulle befinnas vara av godtagbar beskaffenhet. Men det kan vi inte göra något åt så länge lagstiftaren inte har agerat".

¹¹² Bogdan, M, a.a, s. 25.

¹¹³ Jänterä-Jareborg, M, a.a, s. 243.

av vårdnaden, om barnet har hemvist här i Sverige. Även i de fall då barnet har hemvist i annan stat medan vårdnadshavaren har hemvist här föreligger sådan anknytning till Sverige och intresse av att frågan avgörs här genom en verkställbar dom att svensk domstol bör anses behörig att pröva talan om överflyttande av vårdnaden. HD lade till i NJA 1988 s. 538 ”i allt fall om en dom i saken meddelad i barnets hemvistland ej skulle erkännas eller vara verkställbar här i Sverige.”¹¹⁴

När endast käranden har hemvist i Sverige är svensk domstol inte behörig att uppta en talan om vårdnadsöverflyttning även om vårdnaden tillkommit båda parterna.¹¹⁵

I fråga om tillämplig lag gäller huvudsakligen att hemvistet har betydelse för lagvalsfrågan. Detta följer av 1904 års lag och har konstaterats även i bl.a. NJA 1992 s. 93 (Tarek fallet). I samband med äktenskapsskillnad tvistade föräldrarna angående vårdnaden om och rätten till umgänge med barnen. Föräldrarna var svenska medborgare, förutom fadern som även hade tunisiskt medborgarskap. Båda hade hemvist i Sverige. Det ena barnet (R) var svensk medborgare med hemvist här. Det andra barnet (T) var svensk och tunisisk medborgare och hade bott i Sverige fram till 10 års ålder då fadern bortfört honom till Tunisien. Vid målets avgörande hade 10 år förflutit och T befann sig fortfarande i Tunisien. HD fann utifrån dessa grunder att tvisten angående R skulle prövas i Sverige enligt svensk lag eftersom parterna och R hade hemvist här. Vad beträffade T ansåg HD att det faktum att han hade haft hemvist här fram till 10 års ålder när han egenmäktigt bortfördes gjorde att hans anknytning till Sverige skulle utgöra tillämpning av svensk lag vid prövningen. Problemet här är att föräldrarna och T:s hemvist inte sammanfaller och i sådana fall följer huvudsakligen att barnets hemvist skall vara avgörande vid lagvalet. I fall där barnets hemvist grundar sig på ett tidigare olovligt bortförande skall dock lagen i det land där barnet hade hemvist vid tiden före bortförandet tillämpas.¹¹⁶ Grundtanken är att en förälder inte skall kunna skaffa sig processuella fördelar genom att bortföra ett barn till ett annat land. En annan sida är att det finns faktorer som trots detta gör att en förälder kan vinna på att föra bort barnet, såsom de långa handläggningstiderna vid verkställighetsförfarandet som gör att hemvistbedömningen blir en annan.

Förutom Sveriges handläggning av Haagärendena som blivit föremål för kritik framförallt utifrån de ovan nämnda rättsfallen, RÅ 1995 ref. 99 samt RÅ 1996 ref.52 kan man även diskutera om det finns ytterligare brister i det svenska rättssystemet och hur vi hanterar internationella ärenden i övrigt.

¹¹⁴ Jänterä-Jareborg, M, a.a, s. 242f.

¹¹⁵ Se NJA 1993 s. 65. I målet hade dömts till äktenskapsskillnad mellan parterna som var svensk medborgare med hemvist i Sverige respektive albansk medborgare med hemvist i Belgien. Barnen hade hemvist i Belgien med både svenskt och belgiskt medborgarskap. I domen bestämdes att vårdnaden skulle vara gemensam. HD avvisade moderns talan om vårdnadsöverflyttning på den grunden att vårdnaden var gemensam och käranden hade hemvist i Sverige. Denna anknytning ansågs inte tillräcklig för att svensk domstol skulle vara behörig.

¹¹⁶ Pålsson, L, a.a, s.604.

Problem som man kan utläsa av en del av de ovan redovisade rättsfallen är ju framförallt att utländska vårdnadsavgöranden i princip inte kan erkännas och verkställas utan stöd i lag, vilket HD kom fram till i bl.a. NJA 1974 s. 629 som ju blivit prejudicerande för efterföljande rättstillämpning. Ett annat problem är att svensk domstol anser sig kunna ta upp vårdnadsyrkanden trots att barnet har sin hemvist i utlandet, speciellt i de fall då även yrkande om skilsmässa även framställs. Detta har visat sig även i sådana fall då en förälder olovligt fört barnet till Sverige (se NJA 1997 s. 196, not 104). En ytterligare företeelse som visat sig vid domstols handläggning i ovan ärenden är att eftersom Sverige inte är benägna att erkänna och verkställa utländska avgöranden behövs ett svenskt avgörande. Detta har visat sig kunna gynna en förälder som bortfört sitt barn och som är missnöjd med en utländsk vårdnadsdom eftersom intrycket är att domstolarna bortser ifrån hur det nya ”familjeförhållandet” kommit till och endast ser till barnets nuvarande vistelse och hur banden ser ut till omgivningen här. Har barnet vistats här tillräckligt länge har också i vissa fall den bortförande föräldern erhållit ensam vårdnad för att man hänvisat till kontinuitetsprincipen. Denna generösa domsrätt och problem med viljan att erkänna och verkställa andra länders vårdnadsavgöranden är enligt Jänterä- Jareborg inte bara ett problem för svenskt vidkommande utan även ett globalt problem vars problem man bl.a. skulle kunna lösa genom fortsatt utvecklat internationellt samarbete t.ex. genom en anslutning till 1996 års Haagkonvention som skulle kunna komplettera 1980 års Haagkonvention.¹¹⁷

4.6 1996 års Haagkonvention

1996 års Haagkonvention antogs i oktober 1996 inom Haagkonferensen för internationell privaträtt och gäller som nämnts i kapitlets inledning myndigheters behörighet, tillämplig lag, erkännande, verkställighet och samarbete i fråga om föräldransvar och åtgärder till skydd för barn. Denna nya Haagkonvention som har ett vidare tillämpningsområde skall ses som ett komplement till 1980 års Haagkonvention.¹¹⁸ Till skillnad mot 1980 års Haagkonvention som gäller barn upp till 16 års ålder gäller 1996 års konvention för barn upp till 18 års ålder. Vad som skiljer den nya Haagkonventionen mot den gamla är bl.a. att 1980 års konvention endast är en konvention om överflyttning där syftet är att snarast möjligt återställa situationen till status quo. Den reglerar inte myndigheternas internationella behörighet eller erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgörande, vilket alltså 1996 års konvention gör, genom att på ett tvingande sätt reglera myndigheternas behörighet att ta upp vårdnadsfrågor och vars beslut sedan skall erkännas och verkställas i övriga konventionsstater.

Konventionens artikel 7 kompletterar 1980 års Haagkonvention och innebär en exklusiv behörighet för den stat som barnet bortförts från att avgöra

¹¹⁷ Jänterä-Jareborg, M, a.a, s. 880f.

¹¹⁸ SOU 1997:116, s. 240.

vårdnadsfrågan. Även om den stat dit barnet förts till anser att barnet skall kvarstanna där, behåller hemviststaten under ett års tid möjligheten att avgöra frågan. Staten dit barnet förts har sedan en skyldighet att erkänna den ursprungliga hemviststatens beslut.¹¹⁹ Eftersom 1996 års Haagkonvention skall ses som ett komplement till 1980 års konvention skall också, i de fall båda berörda staterna är parter till båda konventionerna, den senare ha företräde i händelse av konflikt mellan vilken konvention som skall tillämpas, vilket följer av artikel 50 i 1996 års konvention. Detta innebär att staterna först skall säkerställa att barnet snabbt återställs till hemviststaten innan det kan bli aktuellt att eventuellt vidta andra åtgärder till skydd för barnet.¹²⁰ Sverige har som sagts inte undertecknat eller ratificerat konventionen. I september 2003 hade fyra stater ratificerat konventionen (Marocko, Monaco, Tjeckien och Slovakien) och fråga om EU:s medlemsstaters ratifikation utreds just nu inom EU.¹²¹ Jag avser inte att närmare gå in på konventionens tillämplighet än vad som redan gjorts.

4.7 Utrikesdepartementets handläggning och åtgärder vid bortförande av barn

I Verkställighetslagens 4 § stadgas att regeringen skall utse en centralmyndighet vars uppgift skall vara att ta emot och förmedla framställningar enligt Haagkonventionen och Europarådskonvention, den skall samarbeta med centralmyndigheter i övriga stater som har tillträtt någon av konventionerna samt i övrigt fullgöra de uppgifter som regeringen bestämmer. I Sverige är det Utrikesdepartementet (UD) som har tilldelats den uppgiften. Enligt Haagkonventionen skall centralmyndigheten i den stat där barnet befinner sig vidta alla lämpliga åtgärder för att se till att barnet återlämnas på frivillig väg, och enligt Europarådskonventionen skall centralmyndigheten i mottagarstaten genast låta vidta åtgärder för att återställa vården av barnet.

Utrikesdepartementet får i regel kännedom om ett förestående bortförande av ett barn, antingen från ett annat land hit till Sverige eller från Sverige till ett annat land, genom att en ansökan tillställs UD.¹²² En ansökan om återförande skall lämnas till UD snarast möjligt och allra senast ett år efter att bortförandet eller kvarhållandet har skett eftersom den utländska centralmyndigheten i annat fall kan avvisa ansökningen. Det finns i vissa fall möjlighet att lämna in ansökan senare.¹²³ Genom Interpol får UD i vissa fall också kännedom om ett eventuellt bortförande. Det föreligger inget absolut krav för en käreande att vända sig till UD utan det finns möjlighet att vända sig direkt till domstol, men i regel blir UD ändå inkopplade i fallet.

¹¹⁹ Ewerlöf, G, a.a, s. 77.

¹²⁰ Jänterä-Jareborg, M, a.a, s. 260.

¹²¹ Ds 2003:5, s. 44f.

¹²² Ds 2003:5, s. 54.

¹²³ www.ud.se, "Om ett barn förts bort/till Sverige", 2004-05-02.

För att lokalisera ett bortfört barn kontaktas ett flertal myndigheter, såsom skattemyndigheten, Migrationsverket och polisen. Befinner sig barnet i Sverige är det i regel inga problem att få fram adresser till den bortförande föräldern medan det kan vara svårare i de fall barnet förts bort till utlandet. UD:s uppgift är att hela tiden samarbeta med andra länders centralmyndigheter för att få till stånd ett överlämnande.¹²⁴

Har ett barn bortförts till ett land som ej är anslutet till Haagkonventionen är UD:s möjligheter att agera begränsade. Kan föräldrarna inte nå en uppgörelse i godo återstår för käranden att väcka talan om vårdnad hos en domstol i det land barnet befinner sig. UD kan i dessa fall hjälpa till med lista över advokater i landet. En förälder som är bosatt i Sverige kan via en svensk advokat få rättshjälp för en vårdnadsprocess i utlandet, vilket innebär att den utländska advokaten agerar som ombud för den svenska advokaten.¹²⁵ I första hand skall UD försöka få till stånd ett frivilligt återlämnande i samråd med den sökande. UD skall finnas till hands under hela förfarandet och avslutar ärendet först när de fått en bekräftelse på att barnet har återförts eller när det föreligger ett lagkraftvunnet avslagsbeslut.¹²⁶

4.8 Sanktioner mot olovliga bortföranden

Som framhållits tidigare finns det idag inga direkta sanktioner mot en förälder som saboterar och motarbetar en umgängesberättigad förälder att umgås med sitt barn (se 3.5.2). En förälder kan dock som nämnts fråntas vårdnaden om barnet om denne utan godtagbara skäl motarbetar ett umgänge mellan barnet och den andra föräldern, enligt 6 kap. 7 § FB.¹²⁷

I de fall en förälder bortför eller kvarhåller ett barn kan denne dömas för egenmäktighet med barn. Enligt 7 kap 4 § BrB döms den, som obehörigen skiljer ett barn under femton år från någon som har vårdnaden om barnet, för egenmäktighet med barn. Denna handling kan leda till böter eller fängelse i högst sex månader. Likaså gäller detta den som gemensamt med någon annan har vårdnaden och som utan beaktansvärda skäl egenmäktigt bortför barnet eller om den som skall ha vårdnaden obehörigen bemäktigar sig barnet och själv tar sig rätt.¹²⁸

I ett rättsfall från HovR:n (RH 1999:68) har fråga varit om ett kvarhållande mot den andra vårdnadshavarens vilja vid gemensam vårdnad, kunna ansetts vara ett bortförande som är straffbelagt enligt bestämmelsen i 7 kap. 4 § BrB. Målet gällde följande: Fadern åtalades för att utan beaktansvärda skäl och enligt en förberedd brottsplan ha egenmäktigt bortfört sina och moderns

¹²⁴ Ds 2003:5, s. 54f.

¹²⁵ www.ud.se, ”Bortförda och kvarhållna barn i utlandet”, 2004-05-02.

¹²⁶ Ds 2003:5, s. 56.

¹²⁷ Prop. 1997/98:7, s. 61.

¹²⁸ Bogdan, M, a.a, s. 28.

två gemensamma barn till okänd vistelseort i Tunisien under tiden den 18 juni- den 26 september 1998. Gemensam vårdnad förelåg vid bortförandet. Fadern förnekade brott och anförde att han inte egenmäktigt bortfört barnen, utan hade med moderns samtycke rest till en för barnen och modern känd vistelseort för att tillbringa en årligen återkommande sommarvistelse där. Återkomsten var egentligen planerad till den 7 augusti 1998 men det fanns möjlighet att utsträcka vistelse till den 18 september 1998 enligt flygbiljetten. Barnen hade enligt honom vistats i en bekant miljö, med möjlig telefonkontakt och direktkontakt genom besök. Samtliga familjemedlemmar var också medvetna om resan.

HovR:n gjorde sin bedömning utifrån följande diskussion: Vid tillkomsten av straffbestämmelsen om egenmäktighet med barn diskuterades frågan om hur den straffbara bestämmelsen närmare skulle avgränsas och beskrivas. Resultatet blev att i bestämmelsen första stycke som reglerar det fall att någon som inte är vårdnadshavare obehörigen inkräktar på vårdnadshavarens rätt, infördes att det var straffbart att obehörigen *skilja* barn under femton år från den som har vårdnaden. Detta innebär att bestämmelsen skall tolkas som att det inte bara gäller att föra bort ett barn utan även att därefter undanhålla det från vårdnadshavaren. När det vidare gäller frågan om bortförande av den som själv har del i vårdnaden ansåg departementschefen vid tillkomsten av lagbestämmelsen att det skulle vara straffritt för den som själv hade del i vårdnaden att bortföra och undanhålla sitt barn. Lagrådet ansåg dock att en sådan undantagsregel syntes föra för långt varför man gjorde ett tillägg i nuvarande första stycket andra meningen. Ett bortförande är straffbelagt om en make utan beaktansvärda skäl egenmäktigt *bortför* barn under femton år som står under båda makarnas vårdnad. HovR:n ansåg det något oklart huruvida begreppen *skiljer* och *bortför* skulle tolkas synonymt, men i målet ansåg rätten att begreppet *bortför* i andra stycket skall tolkas så att den straffbelägger endast det förhållande att en förälder som har del i vårdnaden egenmäktigt rent faktiskt medverkar till att föra bort barnet, däremot inte att föräldern senare hindrar barnet från att återförenas med den andra vårdnadshavaren.

Således fann HovR:n att fadern inte kunde dömas för egenmäktighet med barn eftersom han inte rent faktiskt fört bort barnen. Detta beslut var tvärtemot vad TR:n kom fram till som ansåg att fadern skulle dömas för egenmäktighet med barnet och att brottet dessutom var grovt. Barnen hade under en knappt månads tid tvingats att mot moderns vilja vistats i ett avlägset land och dessutom hindrats i sin skolgång. Härtill kom också att modern haft inga eller begränsade möjligheter att tvångsvis få barnen återlämnade till Sverige.

I ett tidigare rättsfall från 1983 (NJA 1983 s. 750) behandlades frågan hur begreppet *beaktansvärda skäl* skulle tolkas i straffbestämmelsen. Fadern i målet åtalades för att egenmäktigt och utan beaktansvärda skäl bortfört sin dotter. Fadern och modern hade gemensam vårdnad om barnet. Mannen hävdade att bortförandet skedde med hänsyn till barnets bästa. I domskälen anförde HD följande: Om en av två makar som gemensamt har vårdnaden

om ett barn egenmäktigt för bort barnet gör han sig skyldig till egenmäktighet med barn förutsatt att bortförandet sker utan beaktansvärda skäl. Vid bedömningen av om *beaktansvärda skäl* föreligger skall domstolen bortse från vårdnadshavarens intresse av att ha barnet hos sig och enbart utgå från barnets bästa. *Beaktansvärda skäl* för en vårdnadshavare att bortföra sitt barn kan vara om barnet riskerar att utsättas för övergrepp eller ohälsa i den miljö det vistas, eller av andra skäl utvecklas ogynnsamt och inte får det stöd och skydd som barnet behöver. HD fann inget som tydde på att några av dessa förutsättningar var uppfyllda i det aktuella fallet. Snarare kunde situationen anses vara den att det innebar risker för barnet att skiljas från modern och sin invanda miljö. HD ansåg därför att fadern gjort sig skyldig till egenmäktighet med barn. HD tolkade i detta rättsfall begreppet *bortför* som att avsikten med bortförandet skall vara att mer än bara tillfälligt skilja barnet från sin invanda miljö och vårdnadshavare. Denna tolkning synes skilja sig från HovR:n tolkning eftersom man lägger tyngdpunkten på tidsaspekten till skillnad mot HovR:n som snarare tycks anse att det är själva handlingen som har betydelse inte hur länge den bortförande föräldern sedan kvarhåller barnet. Av detta kan man således dra slutsatsen att för att bortförandet skall falla under straffansvar skall en av vårdnadshavarna rent faktiskt ha bortfört barnet, att denne sedan vägrar återlämna barnet faller således inte under straffbestämmelsen.

4.9 Sammanfattande och avslutande kommentar

Bortrövade barn har blivit ett alltmer växande problem under senare år. Utrikesdepartementets kidnappningsärenden har ökat med 87 procent mellan åren 2000 och 2003. Hälften av dessa fall berör barn som förts till Sverige och där modern är den bortförande föräldern.¹²⁹

I syfte att motverka bortföranden och få till stånd ett internationellt samarbete har Sverige ratificerat 1980 års Haagkonvention. Konventionen och dess införlivande i Verkställighetslagen har som övergripande syfte att skydda barn mot den skadliga effekt ett bli uppryckta från sin invanda miljö. Denna skadliga effekt skall motverkas genom att barnet på ett skyndsamt sätt återförs till den stat det hade sin hemvist innan bortförandet eller kvarhållandet ägde rum. Utgångspunkten är att barnets bästa är av största betydelse i frågor som rör vårdnaden om dem och att de stater som tillträtt konventionen skall säkerställa ett skydd för rätten till vårdnad och umgänge.

Huvudregeln enligt Haagkonventionen är alltså att ett barn som olovligen bortförts eller som olovligen kvarhålls skall överflytta till den från vilken barnet undanhållits om barnet omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet hade hemvist i en stat som tillträtt Haagkonventionen (11 § Verkställighetslagen).

¹²⁹ Svenska Dagbladet, Bortrövade barn – ett växande problem, 2003-01-27.

Haagkonventionen har föranlett problem vid tolkningen av bl.a. hemvistbegreppet i 11 § Verkställighetslagen. Var har barnet egentligen sin hemvist vid ett bortförande; är det i landet det bortförts från eller är det landet dit det bortförts till? I Haagkonventionen definieras inte begreppet hemvist vilket skapat problem utan begreppet har fått sin förklaring genom praxis. Regeringsrätten har i samtliga mål där frågan uppkommit funnit att man vid tolkningen måste ha i beaktande att det avser traktatstyrd rätt varför man bör ta särskild hänsyn till Haagkonventionens bakomliggande terminologi och syfte. Den rådande tolkningen har då blivit att hemvist skall utgå från de rådande faktiska omständigheterna och att det måste ske en helhetsbedömning av objektiva förhållanden, såsom vistelsens längd, sociala bindningar eller andra omständigheter som kan peka på en stadigvarande vistelse. När det gäller små barn får man utgå från vårdnadshavarens hemvist och de familjemässiga bindningar som följer. Man har dessutom utgått från att ny hemvist inte skall kunna etableras då ett barn står under båda föräldrarnas vårdnad och där den ena föräldern bortfört barnet mot den andra vårdnadshavarens vilja. Ett olovligt bortförande skall inte kunna skapa ett nytt hemvist.

Som visats i uppsatsen har bedömningen angående hemvistbegreppet inte varit helt självklar och ovan nämnda bedömningar har inte getts den betydelse som avsetts. Bl.a. har domstolen i ett par fall vägrat överflyttning enligt 11 § Verkställighetslagen trots att ett bortförande skett mot en förälders vilja (NJA 1995 s. 241, RÅ 1995 ref 99 samt RÅ 1996 ref 52). Domstolen hänvisade i samtliga fall till kontinuitetsprincipen. Barnen hade i alla tre fallen hunnit vara i det ”nya” hemlandet så länge att det fick anses ha skapats en sådan stark anknytning som med hänsyn till barnets bästa inte kunde anses brytas. Sverige har avseende de två sistnämnda fallen fått kraftig kritik från främst USA (båda fallen gällde barn som förts från USA till Sverige) som anser att Sverige inte respekterar avgöranden från de amerikanska domstolarna. I enlighet med Haagkonventionen som endast är ett verktyg för ett snabbt återförande borde, enligt USA, barnen direkt ha återförts till USA. Är det fråga om ett olovligt bortförande skall barnet återföras skyndsamt och eventuella vårdnadstvister skall underförstått lösas i barnets ursprungliga hemvistland.

Ett problem som dock måste uppmärksammas är att det enligt Verkställighetslagen och den bakomliggande konventionens syfte skall säkerställas att ett barn inte skall behöva ryckas upp från sin invanda miljö. Denna s.k. kontinuitetsprincip får sägas komma i konflikt med en del av Regeringsrättens tolkning av hur ett hemvist kan etableras. Givetvis får det inte precis som sagts tidigare bli fråga om en skönsmässig bedömning utan varje fall måste bedömas enskilt utifrån de omständigheter som föreligger i just det specifika fallet. Därför kan man kanske inte heller tolka det som att ett bortförande aldrig skulle kunna leda till ett nytt hemvist. Har barnet vistats tillräckligt i ett land och därigenom fått de bindningar som Regeringsrätten också i sina mål kommit fram till bör barnet kunna anses fått ett nytt hemvist. Utgångspunkten är att barnets bästa skall vara vägledande.

Haagkonventionen innehåller vägransgrunder enligt 12 § Verkställighetslagen som en förälder kan åberopa för att hindra en överflyttning om det skulle strida mot barnets bästa. Vägransgrunderna skall dock tolkas restriktivt. Den vanligaste grunden som åberopas är att det föreligger risk för att barnet vid en överflyttning riskerar att utsättas för en psykisk eller fysisk skada. Det har visat sig att föräldrar i vissa fall anför skäl där syftet är att misskreditera den andra föräldern utan egentlig saklig grund. Som sagts så har domstolarna inte varit särskilt restriktiva i fråga om behandlingen av dessa ansökningar, vilket bidragit till omfattande vittnesförhör med familjemedlemmar och andra personer och det förfarande som egentligen är tänkt att vara ett skyndsamt förfarande utsträcks till långa vårdnadsprocesser vilket inte alls är syftet med Haagkonventionen. Hänsynen till barnets bästa är ju grundtanken bakom konventionen vars syfte är att snabbt säkerställa ett återförande av ett bortfört barn. I och med föräldrars möjlighet att förhåla återförandeprocessen kan denna princip ifrågasättas.

Vid frågor där fler än ett land är inblandat är det främst tre frågor som aktualiseras, nämligen vilket lands lag som är behörig att uppta en talan om vårdnad? Dels enligt vilket lands lag som skall tillämpas på frågan samt slutligen vilken verkan ett utländskt vårdnadsavgörande får? Det ovannämnda problemet med att Sverige inte är benägen att erkänna utländska vårdnadsdomar är ingen ny företeelse utan slogs som nämnts fast i NJA 1974 s. 629. Denna dom som fått bli prejudicerande för efterföljande tillämpning bygger på att utländska vårdnadsdomar inte skall gälla här i Sverige utan stöd i lag. Denna dom har också kritiserats och ses som ett problem i förhållande till andra länder. Sverige kan få problem att kräva att våra domar skall respektera när vi inte är benägna att respektera andras.

Vad beträffar frågor avseende domsrätt i internationella vårdnadsavgöranden så har det i de allra flesta fall ansetts föreligga svensk domsrätt. Svensk domstol har nämligen ansetts kunna ta upp vårdnadsfall trots att barnet inte vistats i Sverige under förutsättning att det prövas i samband med ett äktenskapsfall.¹³⁰ Dessutom anses barnets hemvist i Sverige utgöra grund för svensk domsrätt, oavsett föräldrarnas eller barnets medborgarskap. Även en vårdnadshavares hemvist i Sverige skall grunda svensk domsrätt även om barnet inte har hemvist i Sverige.¹³¹ I fråga om tillämplig lag är det också hemvistet som getts betydelse vid avgörandet, något som följer av bl.a. 1904 års lag (NJA 1992 s. 93).

Som visats och som diskuterats i kapitlet kan det till viss del finnas fog för den kritik som framställts i fråga om hemvistbedömningen och den svenska domsrätten. Genom att Sverige inte erkänner utländska vårdnadsdomar och tolkar domsrätten på så vis som anförts kan det givetvis ses som en uppmuntran att föra ett barn hit och på så sätt kanske skaffa sig processuella fördelar. Att föräldrar även har en rätt att kunna förhåla ett återförande på så

¹³⁰ Se NJA 1997 s.196.

¹³¹ Se NJA 1988 s. 538.

sätt som sker borde föranleda ändringar avseende handläggningen i dessa mål (jag återkommer till detta i min analys).

5 Internationell verkställighet

5.1 Inledning

Med hänsyn till uppsatsens huvudsakliga syfte om att uppmärksamma de problem som kan uppstå vid frågor om olovliga bortföranden och kvarhållanden av barn i internationella förhållanden, tänker jag i följande kapitel begränsa min framställning till att avse frågor om erkännande och verkställighet av avgöranden rörande vårdnad om barn enligt Europarådskonventionen. Konventionen har som nämnts tidigare, tillsammans med Haagkonventionen, införlivats i 1989 års Verkställighetslag. Av den anledningen kommer i huvudsak min följande framställning att utgå från Verkställighetslagens innehåll om verkställighetsmedel. Lagen följer i stort reglerna i 21 kap. FB om verkställighet. Jag har även för avsikt att kort redogöra för den nordiska regleringen på området.

5.1.1 Verkställighet enligt Europarådskonventionen

Syftet med konventionen var precis som för Haagkonventionens inrättande att försöka komma till rätta med den problematik som uppstår när en förälder olovligen bortför barnet från den andra vårdnadshavaren.¹³² Konventionen är även tillämplig på fall då ett barn bortförs och hålls undan från någon som inte är dess vårdnadshavare men som har den faktiska vårdnaden. Europarådskonventionen innehåller bestämmelser angående förutsättningarna för när ett vårdnadsavgörande som meddelats i en konventionsstat skall erkännas och verkställas i en annan konventionsstat, vare sig det är fråga om ett olovligt bortförande eller inte.¹³³ En förutsättning för verkställighet är att ett vårdnadsavgörande ligger till grund för ansökan och att avgörandet kan utgöra grund för verkställighet i den stat där det har meddelats (5 § Verkställighetslagen). Dock kan ett beslut om ett överlämnande även påkallas då rätten om att få barnet till sig grundas enbart på lag. Det skall i sådant fall emellertid varit fråga om ett olovligt bortförande och att detta i efterhand kan bekräftas genom ett särskilt beslut. Sveriges anslutning till Europarådskonventionen innebär således att beslut angående vårdnad och umgänge som träffats i en konventionsstat skall erkännas och verkställas här i landet och avgöranden fattade av svensk domstol kan få verkan i andra konventionsstater.¹³⁴

¹³² År 2003 var Europarådskonventionen i kraft gentemot 27 stater. Bland dessa länder finns samtliga EU-länder samt åtta av de 13 länder som ansökt om medlemskap i EU, samt i förhållande till Island, Jugoslavien, Liechtenstein, Norge och Schweiz. I relation till övriga nordiska länder gäller 1931 års förordning vilken har företräde framför Europarådskonventionen. Ds 2003:5, s. 36f.

¹³³ Jmfr. Haagkonventionen som för sin tillämpning förutsätter att ett olovligt bortförande ägt rum. Haagkonventionen är även tillämplig då det inte finns något avgörande om vårdnaden och den som ansöker om att få tillbaka barnet grundar sin rätt direkt på lag.

¹³⁴ Walin, G, Föräldraskap och internationell föräldrarätt, s. 648.

Precis som Haagkonventionen, förutsätter Europarådskonventionen att konventionsstaterna samarbetar med varandra och att myndigheterna handlar med skyndsamhet (15 § Verkställighetslagen) något som Sverige haft svårt att leva upp till (se nedan 5.3).

Ansökan om verkställighet av ett vårdnadsavgörande skall göras hos länsrätten enligt 13 § Verkställighetslagen. Rätten skall innan de avgör fråga om verkställighet inhämta barnets mening om det är möjligt med hänsyn till barnets ålder och mognad (17 § Verkställighetslagen). Enligt 21 § nämnda lag får rätten också höra barnet vid en muntlig förhandling om det föreligger särskilda skäl för det och barnet inte tar skada av att höras.¹³⁵

Huvudregeln enligt konventionen är som sagts att ett avgörande som har meddelats i en konventionsstat skall erkännas och verkställas i en annan konventionsstat, oavsett om det är fråga om ett olovligt bortförande resp. kvarhållande eller inte. Dock finns undantag från denna huvudregeln genom möjligheten för en konventionsstat att vägra att erkänna och verkställa ett avgörande om vissa förutsättningar är uppfyllda för en vägran.

5.1.2 Europarådskonventionens vägransgrunder

I Europarådskonventionen har det i artikel 8 uppställts en absolut skyldighet för en konventionsstat att låta vidta åtgärder för att säkerställa vårdnaden, eller vården av ett olovligt bortfört barn, om barnet genom sin hemvist och medborgarskap hade en särskild anknytning till det land där avgörandet har meddelats samt att begäran om återställande har gjorts inom sex månader från den dag då det olovliga bortförandet ägde rum.¹³⁶ Vägransgrunderna återfinns i 6-8 §§ i Verkställighetslagen. I förarbetet till Verkställighetslagen (Prop. 1988/89:8) uttalades att en förutsättning för en anslutning till konventionen var att Sverige kunde reservera sig enligt konventionens artikel 17. Reservationen innebär att Sverige i samtliga fall då utlämning till annat land begärs enligt Europarådskonventionen och en utlämning skulle strida mot barnets bästa har möjlighet att vägra verkställighet.¹³⁷ Genom att denna reservationsmöjlighet tillämpats fullt ut har förutsättningarna och grunderna för vägran att erkänna och verkställa ett avgörande kunnat anges i 6-8 §§ Verkställighetslagen utan att man behövt ange någon skillnad mellan om det är fråga om ett olovligt bortförande eller inte, eller hur lång tid som förflutit från det att barnet bortfördes.¹³⁸

¹³⁵ Ds 2003:5, s. 57.

¹³⁶ Prop. 1988/89, s. 41.

¹³⁷ Walin, G, a.a, s. 649.

¹³⁸ Sveriges reservation har kritiserats, bl.a. av Michael Bogdan i a.a.om ”Något om gränsöverskridande barnkidnappningar”, s. 22. I och med reciprocitetsregeln innebär Sveriges reservation att även barn vilka bortförs från Sverige till annan konventionsansluten stat inte kommer att återföras hit utan att det landets myndigheter gör en motsvarande prövning i sak.

Givetvis kan tidsaspekten få betydelse vid en prövning i ett enskilt fall (se nedan under p. 2 av vägransgrunderna).¹³⁹

Ett avgörande enligt 5 § Verkställighetslagen får enligt 6 § Verkställighetslagen således vägras om: detta skulle vara uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen här i fråga om familj och barn (*p.1*), eller avgörandet på grund av ändrade förhållanden uppenbarligen inte längre är förenligt med barnets bästa (*p.2*), barnet vid den tidpunkt då förfarandet för att få till stånd ett avgörande enligt 5 § inleddes var medborgare eller hade hemvist här utan att ha någon motsvarande anknytning till ursprungsstaten eller var medborgare både i ursprungsstaten och här i landet samt hade hemvist här (*p.3*), eller barnet enligt lagen i den stat där det är medborgare eller har hemvist har rätt att självt bestämma var det skall bo (*p.4*).

Punkt 1 innehåller en ”ordrepublic” klausul som är avsedd att tolkas restriktivt och användas endast i klara fall. I Europarådets kommentar till konventionen är hänsynen till barnets bästa en grundläggande princip och bestämmelsen skall därför endast användas då det skulle innebära ett uppenbart brott mot denna grundprincip att erkänna och verkställa ett avgörande. Den andra punkten avser fall då förhållandena ändrats så att det inte längre är i linje med barnets bästa att återföra barnet. Ett exempel kan vara att det förflutit så lång tid efter bortförandet att barnet funnit sig till rätta i sin nya miljö. Punkt tre gör det möjligt att vägra återlämnande om barnet vid tidpunkten för ansökan var medborgare i mottagarstaten eller hade sin hemvist där och således inte hade någon anknytning till ursprungsstaten, eller om barnet vid ansökan var medborgare både i ursprungsstaten och mottagarstaten men hade hemvist i mottagarstaten. Hemvistbegreppet följer för övrigt begreppet ”habitual residence”. Konventionen avser barn under 16 år enligt 2 § Verkställighetslagen vilket innebär att ett erkännande eller verkställighet av ett vårdnadsavgörande kan vägras i fråga om barn under 16 år om i de fall det själv får bestämma var det skall bo.

Slutligen får ett avgörande enligt 5 § inte heller erkännas eller verkställas enligt 7 § om: avgörandet är oförenligt med ett avgörande som har meddelats här i ett rättsligt förfarande som har påbörjats innan erkännande eller verkställighet begärdes och det är i överensstämmelse med barnets bästa att erkännande eller verkställighet vägras.¹⁴⁰

För att länsrättens beslut om verkställighet skall gälla omedelbart krävs enligt 21 § Verkställighetslagen ett särskilt förordnande, i annat fall blir beslutet gällande sedan det vunnit laga kraft. Ett beslut vinner laga kraft inom tre veckor från det att parterna fick del av beslutet om ingen överklagar. I Departementspromemorian (Ds 2003:5) föreslås för närvarande att det skall införas prövningstillstånd för överklagande av mål enligt Verkställighetslagen. Idag överklagas två tredjedelar av alla

¹³⁹ Walin, G, a.a, s. 656.

¹⁴⁰ Walin, G, a.a, s. 658.

överflyttningssmålen i huvudfrågan vilket innebär att den genomsnittliga handläggningstiden hos kammarrätten ligger på drygt tre månader vilket inte ligger i linje med kravet på skyndsam handläggning som förespråkas i enlighet med konventionen.

5.2 Verkställighetsmedel för återförande av barn

5.2.1 Medling

När det gäller överlämnande av barn har grundtanken vid lagstiftningsarbetet varit att barnet i möjligaste mån skall förskonas från åtgärder som kan vara skadliga för deras psykiska och fysiska hälsa. Innan man förordnar om verkställighet finns det därför en möjlighet för länsrätten att uppdra åt socialnämnden att söka nå ett frivilligt överlämnande av barnet genom s.k. medling (16 § st.1 Verkställighetslagen). Inom två veckor skall parterna helst uppnått någon form av uppgörelse, men tiden kan förlängas om det kan anses vara till gagn för barnet och det finns hopp om en frivillig lösning (16 § st. 2 Verkställighetslagen).¹⁴¹ Att ta i beaktande är dock att det vid internationella bortföranden av barn ofta föreligger djupa motsättningar mellan föräldrarna varför utsikterna för ett överlämnande på frivillig väg i regel är mycket små. Medling kan i de fallen leda till att handläggningen bara drar ut onödigt på tiden, varför en prövning i varje enskilt fall torde te sig lämpligare istället för ett obligatoriskt medlingsförfarande. När ingen överenskommelse mellan föräldrarna får länsrätten förordna om verkställighet. De tvångsmedel som finns att tillgå är i första hand vite, och om inte vite resulterar i ett överlämnande kan det bli fråga om hämtning genom polismyndighetens försorg.¹⁴²

5.2.2 Vite

Länsrätten har en möjlighet att förelägga vite i samband med ett förordnande om verkställighet eller överflyttning, om det kan antas leda till att barnet överlämnas utan onödigt dröjsmål (18 § Verkställighetslagen). Vitesinstitutet har varit förenat med vissa olägenheter vid tillämpningen av 1989 års lag (se nedan 5.3). På grund av risken för förhalning skärptes reglerna om vitesföreläggandet år 1993 vilket nu innebär att länsrätten endast får förelägga vite om det kan leda till att barnet överlämnas utan onödigt dröjsmål. Länsrätten måste därför göra en noggrann prövning av omständigheterna i varje enskilt fall.¹⁴³

Har ett barn förts till ett icke konventionsreglerat land kan svenska verkställighetsbestämmelser såsom polishämtning e.dyl. inte ske på grund av folkrättsliga hinder. Möjligtvis kan vitesföreläggande som ett

¹⁴¹ Shiratzki, J, a.a, s. 125.

¹⁴² Bet. 1992/93:LU22, Olovliga bortföranden av barn samt vårdnad och umgänge s. 16.

¹⁴³ Prop. 1992/93:139, Om olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn, s. 33.

tvångsmedel vara ett effektivt påtryckningsmedel i de fall den bortförande föräldern äger tillgångar här i Sverige. Några folkrättsliga hinder mot ett sådant förfarande tycks inte finnas, men används troligtvis sällan vilket innebär att svenska myndigheter är hänvisade till rättsordningen och myndigheterna i det land som barnet befinner sig i.¹⁴⁴

5.2.3 Polishämtning och omhändertagande

Har överflyttning eller verkställighet av vårdnadsavgörande trots länsrättens förordnande om vite ej skett kan länsrätten som en sista åtgärd besluta om att barnet skall hämtas genom polismyndighetens försorg enligt 18 § Verkställighetslagen. Polishämtning skall ske på ett så skonsamt sätt som möjligt för barnet och med en stödperson närvarande som kan vara en socialtjänsteman eller en nära vän till barnet.

Vid brådskande ärenden, t.ex. i de fall då det föreligger risk att ett barn egenmäktigt förs ut ur landet eller att överflyttningen eller verkställigheten på något annat sätt riskerar att försvåras kan länsrätten omedelbart förordna om att barnet skall omhändertas på sätt som länsrätten finner lämpligt (19 § Verkställighetslagen). Vid akuta situationer då länsrättens beslut inte kan inväntas får polismyndigheten, oberoende av om något mål är anhängiggjort, vidta sådana omedelbara åtgärder som kan antas utan att barnet skadas. Åtgärden skall anmälas till socialtjänsten som utan dröjsmål prövar om den skall fortsätta gälla.¹⁴⁵ I samband med att länsrätten meddelar beslut om omhändertagande kan det också beslutas om särskilda föreskrifter om villkor för umgänge med barnet, t.ex. att den bortförande föräldern endast får träffa barnet i närvaro av en kontaktperson för att förhindra ett nytt bortförande.

Just nu ligger ett pågående arbete ute på remiss där det föreslagits en del förändringar av verkställighetsförfarandet i enlighet med Europarådskonventionen.¹⁴⁶ Härefter har bl.a. diskuterats om nuvarande vägransgrunder skall bibehållas eller om Sveriges reservation enligt artikel 17 i Europarådskonventionen skall upphävas. Barnombudsmannen (BO) har givits tillfälle att yttra sig i denna fråga. Inom Europeiska unionen strävar man efter en europeisk internationell familjerätt där syftet skall vara ett ömsesidigt erkännande och verkställande av avgöranden meddelade i andra länder. Målet är att införa i det närmaste ett automatiskt verkställighetsförfarande vilket skulle innebära bl.a. att barnet inte skulle få komma till tals eller få sina åsikter beaktade i verkställighetsavgörandena eftersom man helt enkelt förutsätter att barnet givits tillfälle att få sina åsikter beaktade vid den vårdnadsdom som ligger till grund för verkställighetsbeslutet. Enligt BO är detta inte förenligt med

¹⁴⁴ Bogdan, M, a.a, s. 28.

¹⁴⁵ Shiratzki, J, a.a, s. 123f.

¹⁴⁶ En översyn över verkställighetsreglerna presenteras i Ds 2003:5. Promemorian väntas utnyttas i en proposition under våren 2005 enligt telefonsamtal med Michael Hellner, Justitiedepartementet, 22 december 2004.

Barnkonventionens artikel 12, eftersom det vid verkställighet är av yttersta vikt att barnets åsikter beaktas eftersom det rör sig om en mycket ingripande åtgärd för barnet. BO anser även att Sveriges reservation inte bör återkallas eftersom det utifrån ett barnperspektiv är viktigt att det alltid finns möjlighet för domstolen att kunna vägra verkställighet (även överflyttning enligt Haagkonventionen) med hänsyn till risken att barnet skulle kunna lida skada.

Förslag har också framlagts på att strama upp medlingsförfarandet och handläggningstiden i länsrätten (se nedan i 5.3). BO har i sitt remissvar anfört att det avseende mål där barn är inblandade är av vikt att handläggningen sker skyndsamt men denna strävan får inte sätta rättssäkerheten ur spel. BO föreslår därför i syfte att effektivisera förfarandet ett förfarande där dessa mål ges förtur. Även när det gäller medlingsförfarandet är det viktigt att behålla en viss flexibilitet när det gäller att försöka få till stånd ett överlämnande av barnet på frivillig väg.¹⁴⁷ I nedan avsnitt kommer en del av dessa frågor behandlas utifrån Michael Hellners artikel ”Översyn av den svenska genomförandelagstiftningen”.

5.3 Kritik av myndigheters handläggning – Vad ligger bakom?

I fråga om handläggningen av verkställighetsmål gäller enligt konventionerna att den skall bedrivas så snabbt som möjligt till skydd för barnets bästa, något som Sverige haft svårt att leva upp till tidigare.¹⁴⁸ År 1993 gjordes vissa förändringar i 1989 års lag i syfte att effektivisera handläggningsförfarandet.¹⁴⁹ Bl.a. gällde ändringarna hur de särskilda tvångsmedlen, som vitesföreläggande och polishämtning skulle tillämpas. De problem som tidigare hade uppmärksammats rörde just vitesföreläggandet som visat sig innebära en möjlighet för den mot vilken vitet i fråga riktats att förhålla verkställigheten. Tidigare kunde först själva vitesföreläggandet överklagas och därefter fanns en möjlighet att överklaga beslutet om utdömandet av vitet. Detta gjorde att länsrätten inte kunde förordna om hämtning eller döma ut vitet förrän vitesföreläggandet vunnit laga kraft. De ändringar som gjordes innebar att möjligheten att förelägga vite begränsades, vilket idag innebär enligt 18 § Verkställighetslagen att länsrätten endast får förelägga vite om förhållandena i det särskilda fallet innebär att barnet överlämnas utan onödigt dröjsmål.¹⁵⁰ I dag har man dock funnit att denna effektivisering som gjordes inte varit fullt ut tillräcklig varför det idag alltså arbetas med en ny revision av bestämmelserna.

¹⁴⁷ www.bo.se, ”Yttrande angående: Departementspromemorian (Ds 2003:5) Stärkt rättsskydd för barn i gränsöverskridande fall”.

¹⁴⁸ Sverige har fått emotta kritik från USA som gick så långt att de år 2000 antog en resolution i vilken Sverige utpekades som en av flera stater som bryter mot Haagkonventionen. (www.nkmr.org/usa_kritiserar_sverige.htm), 2004-08-10.

¹⁴⁹ Prop.1992/93:139, s. 13f.

¹⁵⁰ Saldeen, Å, a.a, s. 121.

De problem som man fortfarande brottas med är huvudsakligen de samma som år 1993. Fortfarande är det främst de långa handläggningstiderna i de svenska domstolarna som fördröjer processerna. Michael Hellner har i sin skrift, "Översyn av den svenska genomförandelagstiftningen" (not 84), gjort en sammanfattning över anledningen till de långa handläggningstiderna vilka kan härledas från följande orsaker: För det första är det ofta sökandes försök att få till stånd ett frivilligt återförande och förhandlingarna mellan parterna som tar tid. För det andra har det visat sig att vissa domstolar inte riktigt förstått att det i återförandeärenden är fråga om en summarisk process där snabb handläggning är av största vikt. Målen har snarare hanterats som vanliga vårdnadstvister. För det tredje har möjligheten till överklagande utnyttjats flitigt.

Utifrån en undersökning av de ärenden om återföranden av olovligt bortförda barn som kommit till UD:s kännedom under åren 1994 till 1999 fann man att den genomsnittliga handläggningstiden för dessa 84 ärenden låg på ca tre månader.¹⁵¹ Detta innebär alltså en dubbelt så lång handläggning mot de sex veckor som föreskrivs i Haagkonventionen (och som föreslås skall gälla även enligt Europarådskonventionen).¹⁵² Enligt 15 § Verkställighetslagen föreskrivs att överflyttningsärenden skall handläggas skyndsamt och i de fall ett ärende inte avgörs inom dessa sex veckor skall på sökandens begäran en redogörelse för fördröjningen presenteras. Enligt Michael Hellners analys kan detta inte anses som en tillräcklig åtgärd. Som kan utronas av de tre ovan punkterna beror de långa handläggningstiderna i många fall på den sökande. Ansökningar har kommit in sent, de inblandade parterna har på egen hand först försökt nå enighet, vilket gjort att domstolarna i flera fall låtit målet vila. I flera fall har målen varit omfattande med mycket bevisning, och med olika expertisers utlåtande vilket bidragit till att målen tagit mycket lång tid. Efter avgörandena har det varit en stor del av dessa som överklagats vilket ytterligare bidragit till den långa handläggningen. Givetvis finns det ingen anledning att försöka hindra parterna att på frivillig väg komma överens men det finns anledning att försöka strama upp och snabba på processen. Förutom de nämnda förslagen som diskuterats i bl.a. BO:s yttrande ovan ges i Hellners artikel förslag att möjligtvis särskilja bestämmelserna i Haagkonventionen och Europarådskonventionen och istället för en lag, Verkställighetslagen, införa dessa bestämmelser i varsin lag eftersom det föreligger svårigheter att hålla isär frågor om rena överflyttningsfall av olovligt bortförda barn från vanlig verkställighet av vårdnadsavgöranden. Ett annat förslag i syfte att förkorta handläggningsförfarandet vore att möjligtvis förkorta överklagandetiden för länsrättens domar från tre veckor till en vecka. På så vis bibehåller man kraven på rättssäkerhet samtidigt som effektiviteten ökar.

¹⁵¹ Undersökningens resultatet presenteras i Ds 2003:5, s. 63f.

¹⁵² Ds 2003:5, s. 85f.

5.4 Nordisk lagstiftning rörande erkännande och verkställighet

Slutligen skall högst summariskt nämnas att det mellan de nordiska länderna tillämpas särskilda regler vad beträffar giltigheten i ett nordiskt land av vissa vårdnadsavgöranden som meddelats i annat nordiskt land. Dessa bestämmelser har i Sverige som tidigare nämnts tagits in i 1931 års förordning. Mellan de nordiska länderna, med undantag för Island, gäller lagen (1977:595) om erkännande och verkställighet av nordiska domar på privaträttens område när det gäller frågor om verkställighet av vårdnadsavgöranden och återställande av vården av barn. Dessutom tillämpas lagen (1970:375) om utlämning till Danmark, Finland, Island och Norge för verkställighet av beslut om vård och behandling. De nordiska ländernas överenskommelser skall tillämpas istället för Europarådskonventionens bestämmelser om erkännande och verkställighet vilket slås fast i 1 § Verkställighetslagen (artikel 20 p. 2 i konventionen).

I händelse av konflikt mellan den nordiska regleringen och Europarådskonventionen gäller alltså att de nordiska bestämmelserna har företräde. En sådan konflikt kan uppstå då en part från ett utomnordiskt land åberopar Europarådskonventionen för att få återfört ett barn som bortförts till eller kvarhålls i Sverige samtidigt som motparten åberopar den nordiska domskonventionen för att återfå barnet. Bestämmelsen härrör från konventionens artikel 20 p. 1 som säger att åligganden som en fördragsslutande stat kan ha mot en icke-fördragsslutande stat enligt ett internationellt fördrag inte skall påverkas av konventionen.¹⁵³

5.5 Sammanfattande och avslutande kommentar

Europarådskonventionen är i motsats till 1980 års Haagkonvention en konvention om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden. För tillämpning krävs att det finns ett vårdnadsavgörande som kan utgöra grund för verkställighet i det land där det meddelats. Skulle det inte finnas ett dylikt avgörande skall ändå varje senare avgörande som innehåller en förklaring om att barnet bortförts olovligt gälla och kunna verkställas på samma sätt som om det fanns ett vårdnadsavgörande.

Anslutningen till Europarådskonventionen innebär således att vårdnadsavgöranden som har meddelats i en konventionsstat skall erkännas och verkställas här i Sverige och de avgöranden som fattas här skall erkännas och verkställas i de andra konventionsstaterna. Syftet med konventionen är att det inte skall löna sig för en förälder eller någon annan person att föra bort ett barn till ett annat land. Konventionen utgår från att

¹⁵³ Walin, G, a.a, s. 651.

barnets bästa skall sättas främst vid bedömningen av frågor avseende vårdnaden.

Till skydd för barnet finns det dock precis som för Haagkonventionen en möjlighet för en stat att vägra att erkänna och verkställa ett avgörande enligt 6-7 §§ i Verkställighetslagen. När Sverige anslöt sig till Europarådskonventionen sågs det som angeläget att kunna reservera sig mot avgöranden som kanske skulle strida mot vår familjerättsliga syn varför Sverige utnyttjade denna reservationsmöjlighet fullt ut. Ingångna konventioner med andra länder bygger ju på ömsesidighet vilket skulle innebära att Sverige skulle bli tvungna att erkänna och verkställa vårdnadsavgörande som kanske totalt strider mot vår rättsordning. Enligt svensk uppfattning är det därför av vikt att det finns en möjlighet att kunna neka en överflyttning med hänsyn till att barnet annars skulle kunna lida skada.

Mål enligt Europarådskonventionen skall handläggas skyndsamt enligt 15 § Verkställighetslagen. Detta har ju Sverige tyvärr inte alltid kunnat leva upp till på grund av bl.a. de långa handläggningstiderna som av olika orsaker förelegat. Dessa långa handläggningstider ligger ju inte i överensstämmelse med syftet med konventionen samt kravet på snabb handläggning. Därför har det under årens lopp gjorts försök till förändringar i Verkställighetslagen i syfte att effektivisera förfarandet.¹⁵⁴ Framförallt har det varit reglerna om medling och hur tvångsmedlen vite och polishämtning skall användas. I de fall länsrätten lämnar ett medlingsuppdrag är det viktigt att ett sådant inte sätts för lång, varför det enligt 16 § Verkställighetslagen uppställs krav på att medlingsuppdraget endast får avse två veckor eftersom ett mål skall avgöras inom totalt sex veckor. Två veckor synes fortfarande vara rimligt men i syfte att strama upp förfarandet har det lagts på förslag att ett medlingsförfarande endast får användas om det kan garanteras att ett barn kommer att kunna överlämnas inom sexveckorsfristen. Här är nog viktigt att bibehålla en viss möjlig flexibilitet eftersom det handlar om mål som av olika orsaker kan vara särskilt svårutredda. Internationella vårdnadstvister kan vara komplicerade på grund av de ofta långvariga konflikterna mellan föräldrarna, en av föräldrarna kan ju också kanske vistas utomlands osv. Återigen är det hänsynen till barnets bästa som måste vara vägledande för myndigheterna vid bedömningen av vilka åtgärder som skall vidtas.

Vitesföreläggandet har också försetts med krav på effektivitet på så sätt att ett vitesföreläggande endast får utdömas om det kan leda till att barnet överlämnas utan onödigt dröjsmål. Polishämtning får ske endast om det är absolut nödvändigt. Dock kan i vissa fall ett polisingripande vara nödvändigt för att barnet snabbt skall kunna återföras till sin invanda miljö. I dessa fall ser man att ett dröjsmål med ett återförande i vissa fall kan vara mer skadligt än den påfrestning en polishämtning kan innebära.

¹⁵⁴ Bl.a i samband med 1993 lagändring. Prop 1992/93:139.

Det finns som sagts i kapitlet en hel del att arbeta med vad beträffar myndigheternas skyldighet att leva upp till konventionens krav på skyndsamhet. Det är angeläget att hitta medel för att stimulera till att frivilliga återlämnande sker, det har alla parter att vinna på. Det får nog ändå sägas att Sverige i dessa frågor arbetar för att uppfylla de krav som ett åtagande enligt konventionerna kräver. Som nämnts tidigare så arbetas det hela tiden på att förbättra handläggningen vid återförande av barn. Det tyder bl.a. den nämnda Departementspromemorian på som har till syfte att effektivisera handlägningsförfarandet och att överflyttningen av barn underlättas i enlighet med Verkställighetslagen.

6. Analys

Internationella bortföranden av barn, där syftet är att undanhålla den andra föräldern rätten till vårdnaden eller umgänge utgör idag ett alltmer uppmärksammat problem. Idag finns ett flertal konventioner, lagar och förordningar som innehåller bestämmelser i syfte att motverka förekomsten av bortförande av barn. Detta är en viktig fråga och därför viktigt att staterna är eniga och kan samarbeta i fråga om, att på ett så smidigt sätt verka för lösningar som värnar om barnens rätt att få växa upp under trygga förhållanden.

Barnkonventionen är ett viktigt instrument för just barnens rättigheter där det i ett samlat dokument slår fast det enskilda barnets rätt att få sina grundläggande behov tillgodosedda. Genom Sveriges undertecknande har vi också påtagit oss en folkrättslig förpliktelse att följa dessa bestämmelser. Som visats värnar konventionen stort om barnet och familjen. Barnets bästa skall komma i främsta rummet vid åtgärder som rör det. Barnet skall ha en rätt att komma till tals. Familjen ges bl.a. skydd mot att inte genom olika samhällsåtgärder skiljas från varandra. Barns rätt till umgänge med sina föräldrar har lyfts fram i lagstiftningen genom olika åtgärder osv. Sverige får genom sina lagstiftningsåtgärder i FB anses uppfylla Barnkonventionens intentioner väl.

Barnkonventionen är en bindande överenskommelse mellan staterna som ratificerat den. Alla stater har idag ratificerat den utom USA och Somalia. Många av staterna har dock reserverat sig mot delar av konventionen. Dessutom är det upp till staterna själva att avgöra hur införlivandet skall ske utifrån varje stats rättsliga tradition och rättssystem.¹⁵⁵ Detta är enligt min mening ett problem eftersom det i praktiken kan bli en ihålig konvention utan egentligt värde. Att ha en portalparagraf om barnets bästa i en konvention av internationell karaktär har också kritiserats eftersom det i princip legitimerar vilka åtgärder som helst. Det finns inte heller någon sanktion mot en stat som inte efterlever konventionen. Enligt min mening är det viktigt att konventionen åtminstone innehåller minimibestämmelser för vad som skall anses vara till barnets bästa och att möjligheterna till att reservera sig mot konventionen begränsas.

I Barnkonventionens artikel 11 stadgas att konventionsstaterna skall vidta åtgärder för att bekämpa olovligt bortförande och kvarhållande av barn i utlandet. Sverige har i detta syfte tillträtt 1980 års Haagkonvention och Europarådskonventionen som båda finns samlade i 1989 års Verkställighetslag. Sverige har till viss del haft svårt att leva upp till sitt åtagande enligt dessa konventioner. Sverige har efter främst två uppmärksammade fall fått motta kritik från USA innebärande att vi bryter mot Haagkonventionens bestämmelser. Kritiken har riktat sig dels mot vår tolkning av hemvistbegreppet i Haagkonventionen, dels mot det faktum att

¹⁵⁵ SOU 1997:116, s. 19f.

vi inte erkänner utländska vårdnadsavgöranden och slutligen att handläggningen av återförandeärendena tar för lång tid.

Vad beträffar tolkningen av hemvistbegreppet i Haagkonventionen, som är det som vållat de största bekymren hos svenska domstolar, har problemet bl.a. varit att det inte funnits någon klar definition över vad som skall innefattas av begreppet. Regeringsrätten har i ett av de uppmärksammade målen kommit fram till att hemvistbegreppet är ett faktiskt begrepp som skall ta sikte på de rådande faktiska förhållandena utifrån en helhetsbedömning som t.ex. vistelsens längd, sociala bindningar och yrkesmässiga bindningar som vid en sammanvägning kan peka på en stadigvarande anknytning till det ena eller andra landet. Små barn anses ha hemvist där vårdnadshavaren har hemvist. Dessutom har konstaterats att ett olovligt bortförande mot den andra vårdnadshavarens vilja i princip inte skall grunda ett nytt hemvist.

Som visat sig i ett antal rättsfall har domstolarnas bedömning dock inte varit entydiga. I en del av rättsfallen har den förälder som bortfört barnet mot den andra förälderns vilja ändå erhållit vårdnaden med hänsyn till den s.k. kontinuitetsprincipen. De rådande faktiska förhållandena, utifrån bl.a. vistelsens längd som gjort att barnet hunnit akklimatiserat sig är det som varit avgörande för bedömningen av när ett nytt hemvist kan anses etablerat. Det går inte att bortse från att denna bedömning, precis som den kritik som utdelats mot Sverige anför, kan bidra till att en förälder som kanske är missnöjd med ett vårdnadsavgörande i ett land väljer att åka till Sverige för att tjäna tid och på så sätt erhålla sig processuella fördelar.

Dessa avgöranden är inte lätta och inte heller självklara. Grundtanken är ju i svensk rätt att ett barn inte skall behöva bryta upp från sin invanda miljö utan att barnet har behov av stabilitet och trygghet. Problemet i dessa fallen är att en förälder redan tagit sig en rätt utan den andra förälderns samtycke och flyttat till ett annat land. I och med denna handling har föräldern berövat barnet och den andra föräldern deras kanske normala umgänge. Detta borde enligt min mening i många fall vara en självklar anledning till att med stöd av 6 kap 7 § FB frånta den bortförande föräldern vårdnaden då ingen godtagbar anledning finns för ett bortförande, såsom att barnet skulle lida skada av ett umgänge med den andra föräldern. Det måste på ett tydligt sätt markeras att detta inte är acceptabelt. Samtidigt innebär ett sådant beslut att barnet kanske blir tvungen att bryta upp ännu en gång från en miljö som den lärt känna. Omständigheterna måste prövas från fall till fall och i ett sådant här mål framstår också kravet på en snabb handläggning som väldigt tydlig.

Överflyttning enligt 11 § Verkställighetslagen kan ju under vissa förutsättningar vägras. Detta har föranlett en hel del problem genom att en förälder som inte önskar ett återförande av barnet åberopar dessa vägransgrunder och då främst 12 § p 2 i Verkställighetslagen som anger att en överflyttning kan vägras om det föreligger risk för att barnets själsliga eller kroppsliga hälsa skadas vid en överflyttning. Domstolarna har i de allra flesta fall varit generösa i fråga om att pröva dessa ansökningar vilket

inneburit att det snabba handläggningsförfarandet som Haagkonventionen grundar sig på inte kunnat tillgodoses. Vägransgrunderna skall tolkas restriktivt. Genom dessa åberopanden av vägransgrunderna har istället den korta summariska processen utvidgats till en vårdnadsprocess med omfattande utredningar. Detta tyder på att domstolarna missförstår Haagkonventionens syfte och användningsområde. Haagkonventionens syfte är ju endast att återföra barnet till sitt ursprungliga hemland och allehanda invändningar som hänför sig till en regelrätt vårdnadstvist skall prövas i barnets hemvistland eftersom det förutsätts att de myndigheterna har de bästa förutsättningarna för att pröva denna typ av frågor. Det är av synnerlig vikt att handläggningsförfarandena inte drar ut på tiden, detta stadgas i både Haagkonventionen och Europarådskonventionen. Det är därför inte acceptabelt att en förälder i syfte att förhala processen kan åstadkomma att barnet anses ha förvärvat ny hemvist. Här har enligt min åsikt Sverige brutit vid tillämpningen av Haagkonventionen.

I syfte att bl.a. motverka denna sorts problem fyller 1996 års Haagkonvention som med sin artikel 7 kompletterar 1980 års Haagkonvention en viktig funktion. Bestämmelsen tillkom i syfte att hindra att 12 § p. 2 i Verkställighetslagen (artikel 13 b i konventionen) missbrukas och att stater utan goda grunder vägrar överflyttning. Även om den stat dit barnet bortförts kommer fram till att barnet inte skall överflyttas till hemviststaten, så behåller hemviststaten under ett års tid en exklusiv behörighet att avgöra vårdnadsfrågan. Det beslut som fattas måste sedan erkännas i den stat dit barnet bortförts.¹⁵⁶ Enligt min mening borde det vara angeläget för Sverige att ansluta sig till denna konvention eftersom det motverkar syftet som ett bortförande ibland kan ha, att skapa behörighet för det ”nya” hemvistlandets myndigheter. Bestämmelsen är ju inte bara tillämplig för barn som förs hit till Sverige utan den blir ju tillämplig även i förhållande till en annan stat som tillträtt konventionen vilket innebär att våra vårdnadsavgöranden måste erkännas av en stat som tillträtt konventionen vilket får betydelse för de barn som förs ut ur Sverige.

Givetvis får inte förutsättas att de som åberopar vägransgrunderna gör det med avsikt att förhala processen utan i de allra flesta fall finns det en saklig grund för anledningen till att man väljer att föra bort sitt barn. Det finns föräldrar som ser ett bortförande som en sista utväg ut ur ett familjeliv i kaos och som på det sättet väljer att skydda sitt barn ifrån dessa upplevelser. Ett bortförande innebär ju stora förändringar och konsekvenser både för barnet och föräldern.

Sveriges ovilja i att erkänna och verkställa andra länders vårdnadsavgöranden har kritiserats både i som nämnts media och i doktrinen. Den svenska rättstillämpningen bygger fortfarande på det tidiga avgörandet från 1974 som slog fast att utländska vårdnadsdomar inte kan erkännas och verkställas här utan stöd i lag. Ett sådant synsätt ägnar också att främja ett bortförande eftersom en förälder som är missnöjd med en

¹⁵⁶ SOU 1997:116, s. 241.

utländsk dom kan genom att föra hit barnet erhålla en svensk vårdnadsdom som kanske kan bli förmånligare. I sådant fall kan man tycka att alltför stor vikt läggs vid de faktiska förhållandena än att se till hur de nya omständigheterna tillkommit. Även här kan en anslutning till 1996 års Haagkonvention vara en möjlig väg att gå för att nå ett samarbete mellan staterna.

Vad beträffar de långa handlägningsförfarandena i fråga om medel för att återställa ett bortfört barn pågår som nämnts ett arbete för att effektivisera detta förfarande. Bl.a. ligger på förslag en uppstramning av medlingsförfarandet vilket nog kan vara idé att följa upp. Viktigt är dock att flexibiliteten finns kvar för sådana ärenden där det finns en möjlighet till frivillig lösning som i det långa loppet är till fördel för alla parter. Ett annat förslag som kan nämnas är möjligheten att förkorta överklagandetiden för verkställighet av vårdnadsavgöranden enligt Verkställighetslagen. Idag nyttjas möjligheten till överklagande i stor utsträckning vilket också innebär långdragna handläggningar. En part har idag tre veckor på sig att överklaga, förslaget bygger på att minska överklagandetiden till en vecka, något som jag tycker är en god idé. Rättssäkerhetskravet bibehållas samtidigt som snabbheten ökar.

Den rättspraxis som utvecklats när det gäller internationella vårdnadstvister och olovliga bortförande får sägas visa på tydliga brister, varför det är nödvändigt med åtgärder för att komma tillrätta med dessa. De långa handläggningstiderna har visat sig få stora konsekvenser för barnet i och med att det inte omedelbart återförts till sitt hemland så som Haagkonventionen föreskriver, som en konsekvens av detta anser jag således att den kritik som riktats till stor del är berättigad. Min andra fråga får således besvaras med ett nej. Utifrån den diskussion jag fört anser jag att Sverige i ett flertal fall brister i förhållande till den skyldighet som åläggs oss enligt Barnkonventionens artikel 11 p.1. Av denna anledning är det enligt min åsikt viktigt att Sverige har en framträdande roll i de lagstiftningsåtgärder som vidtas både nationellt och internationellt för att förhindra möjligheten att bortföra och kvarhålla ett barn i ett annat land. Ett steg i denna riktning är ju som nämnts att bl.a. ansluta sig till 1996 års Haagkonvention som förhindrar att en vårdnadshavare kan tjäna på att föra bort sitt barn. Den nya Haagkonventionen har som syfte att på ett tvingande sätt reglera myndigheters behörighet att ta upp vårdnadsfrågor vars beslut sedan skall erkännas och verkställas i övriga konventionsstater.

Har det faktum att svensk rätt förordar gemensam vårdnad någon betydelse för den ökning som skett av antalet bortförda barn de senaste åren? Ja, jag tror att det absolut har en betydelse. Dels har trenden vänt så att det idag är främst modern som bortför och dels så går det inte att bortse från att gemensam vårdnad med de krav på samarbetsförmåga mellan föräldrar i frågor om barnet leder till ökade och mer djupgående konflikter. Idag måste föräldrarna verkligen samarbeta och sätta barnets behov främst och detta är inte alltid lätt då föräldrarna på grund av inbördes strider har svårt att komma överens. En annan faktor som också måste beaktas är att det också

finns ett flertal mödrar som idag lever själv på grund av skilsmässa eller separation och som i princip själv har hand om den faktiska vården om barnet trots gemensam vårdnad. Denna gemensamma vårdnad kan till viss del också kritiseras för att den i många fall leder till en maktposition för fäder som egentligen inte är intresserade av den dagliga omsorgen men som ändå kan försvåra väsentligt för en i praktiken ensam moder. Man får inte heller glömma det ökade antalet av kvinnomisshandel och andra kvinnoövergrepp i vårt samhälle som säkert i en del fall ligger till grund för att modern ser sig tvungen att fly med sina barn för att även skydda dem.

Föreliggande problem har också illustrerats i ett rättsfall från 2001 (RÅ 2001 ref. 53). I fallet var modern och barnet brittiska medborgare medan fadern var svensk medborgare. Barnet (född 1995) bodde under sina första levnadsår ensam med sin moder i Sverige. Under två år, mellan 1996 till 1998 bodde fadern tillsammans med modern och barnet. Därefter flyttade han men hade regelbunden kontakt med barnet. I april 1999 flyttade modern tillsammans med barnet tillbaka till England och bestämde sig sedan i maj samma år att stanna kvar i England. Fadern samtyckte inte till flytten men vidtog heller inga åtgärder för att få barnet överflyttat till Sverige. Parterna kom sedan överens om att fadern skulle ha barnet hos sig mellan juli till mitten av november 1999 för att sedan återvända till England. I början av 2000 hämtade fadern åter barnet till Sverige med löfte om att återvända till England i augusti samma år, något som sedan inte skedde. I september 2000 ansökte modern om överflyttning av barnet hos länsrätten.

Regeringsrätten fann här att barnet inte hade förvärvat ny hemvist i England. Ett beslut om vilket land barnet skall ha som hemvist skall beslutas gemensamt av vårdnadshavarna, särskilt när ett sådant beslut kan innebära att den gemensamma vårdnaden i praktiken upphör. Fadern hade inte samtyckt till flytten varför barnets hemvist i Sverige inte skulle anses ha upphört. En ledamot var skiljaktig och menade att bortsett från den tid då makarna sammanbott hade fadern endast utövat umgänge och modern hade under större delen av barnets liv varit dess faktiska vårdnadshavare. Faderns hemvist borde därför inte väga tyngre. I engelsk rätt talar man om "the primary caretaker"¹⁵⁷

I detta fall ser man tydligt problemet som gemensam vårdnad kan skapa, framförallt i internationella vårdnadsförhållanden. En förälder som bosatt sig i ett annat land än sitt ursprungliga hemland har i princip inga möjligheter att vid en skilsmässa kunna återvända hem om den andra föräldern inte samtycker till flytten. Detta trots att den andra vårdnadshavaren inte är delaktig i den faktiska vårdnaden mer än väldigt sporadiskt. Den enda möjligheten en vårdnadshavare har att flytta är att väcka talan här om ensam vårdnad, vilket visat sig vara svårt eftersom det i princip bara godkänns vid väldigt speciella fall då det är lämpligare med ensam vårdnad med hänsyn till barnets bästa. I svensk rätt föresätts ju

¹⁵⁷ Rättsfallet finns med i Kristina Örtenheds artikel i JT 2001/02 s. 929.

gemensam vårdnad vara till barnets bästa även i de fall föräldrarna inte lever tillsammans.

Denna fråga är viktig i sammanhanget anser jag eftersom strävan efter gemensam vårdnad ibland kan få stora konsekvenser. Vill en vårdnadshavare göra det svårt för den andra vårdnadshavaren så finns det goda möjligheter. Enligt gällande svensk rätt krävs att vårdnadshavarna är ense om beslut av ingripande betydelse, till vilket hör bl.a. längre resor eller en flytt. Säger den andra vårdnadshavaren nej innebär det alltså i praktiken att barnet och vårdnadshavaren som barnet bor hos inte skulle kunna flytta. Detta ter sig enligt min mening något paradoxalt eftersom det står den andra vårdnadshavaren som inte har barnet boende hos sig fritt att flytta utan samtycke. Grundtanken med gemensam vårdnad är ju att skapa en god relation mellan barnet och föräldrarna, men denna intention blir lätt enkelriktad om den skyldigheten endast skall åligga en förälder.

Vad beträffar umgängessabotage så har det visat sig i praxis, att trots att en förälder på olika sätt saboterat umgänget mellan barnet och den andra föräldern, har denne ändå ansetts lämplig som vårdnadshavare. Domstolen har precis som i fallen med bortförande av barn låtit kontinuitetsprincipen få råda. En fara ligger enligt min mening i att låta kontinuitetsprincipen få en alltför dominerande roll i de fall båda föräldrarna anses som lämpliga vårdnadshavare eftersom det kan leda till att det lönar sig att hålla ett barn ifrån den andra föräldern tillräckligt länge. Det kan aldrig vara för sent att bygga på en barn- och föräldrakontakt. Jag anser även här att det är viktigt att visa att det inte är ett acceptabelt handlande att beröva barnet kontakt med den andra föräldern. Det borde vara aktuellt med en omprövning av vårdnaden i allvarliga fall av umgängessabotage. Praxis bygger på att den förälder som bäst kan främja ett umgänge mellan barnet och den andra föräldern skall tillerkännas vårdnaden. Det är dock viktigt att det görs ordentliga utredningar i sådana här fall. Det kan finnas goda skäl för en förälder att hindra umgänge och det är viktigt att det i så fall vidtas åtgärder så att dessa förhållanden kan ändras till något bättre.

När det gäller frågor om vårdnaden skall domstolen också beakta risken för att barnet utsätts för övergrepp, bortförs eller kvarhållas eller på annat sätt far illa skall. För att en ändring av vårdnaden eller umgänget skall komma till stånd krävs enligt ett avgörande (NJA 1995 s. 727) att det måste finnas en mer konkret fara för bortförande eftersom en annan ordning skulle kunna leda till att en stor mängd umgängen kanske skulle föreläggas med restriktioner vilket inte är tanken med lagstiftningens intention om ett nära och fungerande umgänge.

Till sist vill jag lyfta fram den debatt om familjedomstolars vara eller icke vara som vid ett flertal tillfällen varit uppe till diskussion.¹⁵⁸ Min åsikt är att familjemål är komplicerade mål som kräver mycket kompetens och kunskap om familjer, barn och dess behov. Det är inte bara juridisk kunskap som

¹⁵⁸ Se bl.a. SOU 1995:79, s. 125.

behövs utan även den psykologiska förståelsen av hur människor fungerar. Jag tror att det behövs ett ökat samarbete mellan flera yrkeskategorier för att kunna ta till vara all kunskap som är nödvändig för att kunna göra så bra bedömningar som möjligt. Det är ju inte bara ett beslut om de föreliggande förhållandena idag som skall tas utan blicken skall även riktas framåt och man skall även kunna se hur prognosen för framtiden ser ut. Jag anser att det kan föreligga en risk med att domstolen idag i ena stunden dömer i allt från brottmål, skattemål, skadeståndsmål o.dyl. för att i andra stunden ta hand om uppslitande familjemål. De som skall avgöra barns framtid anser jag skall ha ett genuint intresse för barn och familjerätt och kunna sätta barnets bästa i fokus. Det finns en risk att de internationella vårdnadstvister blir fler i och med den ökande internationaliseringen. Dessa tvister tillsammans med nationella vårdnadstvister innebär en ökad volym av familjemål och med tanke på att man idag lägger ner tingsrätter i landet kan det bli kännbart både för de allmänna domstolarna som förvaltningsdomstolarna, vilket kan innebära att intentionen om bl.a. kortare handläggningstider blir svåra att uppfylla.

Litteraturförteckning

Litteratur

Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 2:1 uppl. Stockholm 2002.

Dahlstrand, Lotta, *Barns deltagande i familjerättsliga processer*, Uppsala 2004.

Ewerlöf, Göran, Sverne, T, *Barnets bästa, om föräldrars och samhällets ansvar*. 4:3 uppl. Göteborg 2002.

Rejmer, Annika, *Vårdnadstvister, en rättsociologisk studie av tingsrätts funktion vid handläggning av vårdnadskonflikter med utgångspunkt från barnets bästa*. Lund 2003.

Saldeen, Åke, *Barn och föräldrar*, 4:e uppl. Uppsala 2001.

Shiratzki, Johanna, *Barnrättens grunder*. Lund 2002.

Walín, Gösta, *Föräldrabalken och internationell föräldrarätt*. 5:e uppl. Stockholm 1996.

Artiklar och festskrifter

Bogdan, Michael, *Något om gränsöverskridande barnkidnappningar*. Festskrift tillägnad Ulla Jacobsson. Stockholm 1991.

Danelius, Hans, *Europadomstolens domar- första kvartalet*, Svensk Juristtidning 2000, s. 364-.

Hellner, Michael, *Svenska erfarenheter av 1980 års Haagkonvention om olovligt bortförda barn – Översyn av den svensk gesnomförandelagstiftningen*, Utdrag från Nordisk Konference Globalisering og Familieret av Holdgaard Marianne og López-Rodríguez, Denmark 2004.

Jänträ-Jareborg, Maarit, *Olovlige bortföranden av barn och Haagkonventionerna*, Festskrift tillägnad Elsa Eschelsson, de lege. Göteborg 1997.

Jänträ-Jareborg, Maarit, *Olovlige bortföranden: dags att ställa Sverige vid skampålen?* Svensk Juristtidning 2000, s. 873-.

Jäterä-Jareborg, Maarit, *Mot en europeisk (internationell) familj rätt*, Juridisk tidskrift 2001/02, s. 48-.

Pålsson, Lennart, *Rättspraxis – internationell privat- och processrätt*, Svensk Juristtidning 1996, s. 600-.

Pålsson, Lennart, *Vårdnad och umgängesrätt i svensk internationell privaträtt*, Festskrift till Lars Hjerner 1990, s. 505-.

Ryrstedt, Eva, *Familjerätt och socialrätt i samverkan*, Juridisk tidskrift 2002/03, s. 574-.

Saldeen, Åke, *Risk för bortförande av barn vid beslut om umgängesrätt*, Juridisk tidskrift 1995/96, s. 1133-.

Wickström, Anita, *Nyare rättspraxis om vårdnad om barn*, Svensk Juristtidning 2001, s. 666-.

Örtenhed, Kristina, *Hemvistbedömningen vid olovligt kvarhållande eller bortförande av barn*, Juridisk tidskrift 2001/02, s. 929-.

Offentligt tryck

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

Prop. 1988/89:8, *Om olovligt bortförande av barn i internationella förhållanden.*

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

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

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

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

SOU 2004:80, *Kompletterande bestämmelser till den nya Bryssel II-förordningen.*

Bet. 1992/93:LU22, *Olovliga bortföranden av barn samt vårdnad och umgänge m.m.*

Bet. 1997/98:LU12, *Vårdnad, boende och umgänge*

Bet. 2000/01:LU16, *Olovligt bortförda barn i internationella förhållanden.*

Bet. 2001/02:LU9, *Vårdnad, boende och umgänge.*

Ds 2003:5. *Stärkt rättsskydd för barn i gränsöverskridande fall.*

Internet

www.ud.se

www.nkmr.org

www.bo.se

Rättsfallsförteckning

NJA 1974 s. 629

NJA 1983 s. 750

NJA 1988 s. 538

NJA 1989 s. 335

NJA 1992 s. 93

NJA 1992 s. 666

NJA 1993 s. 65

NJA 1995 s. 241

NJA 1995 s. 398

NJA 1995 s. 727

NJA 1997 s. 196

NJA 1998 s. 675

RÅ 1991 ref. 42

RÅ 1995 ref. 99

RÅ 1996 ref. 52

RÅ 2001 ref. 53

RÅ 2002 ref. 1

RH 1999:68

RH 1999:74