



GÖTEBORGS UNIVERSITET
INSTITUTIONEN FÖR SOCIALT ARBETE

DET OSYNLIGA BARNET

En juridisk studie av barnets bästa och barnets vilja i vårdnadsmål.



Socionomprogrammet

C-uppsats

Av: Madeleine Kempe Frantz

Hanna Johansson

Handledare: Monica Nordenfors

ABSTRACT

TITEL: *Det osynliga barnet – en juridisk studie av barnets bästa och barnets vilja i vårdnadsmål.*

FÖRFATTARE: Madeleine Kempe Frantz & Hanna Johansson

HANDLEDARE: Monica Nordenfors

DATUM: december 2008

NYCKELORD: Barnets bästa, barnets vilja, vårdnadstvist, vårdnad, boende och umgänge

INLEDNING: Varje år är 47 000 barn med om att deras föräldrar separerar. I de flesta fall kan frågor om vårdnad, boende och umgänge lösas utan en vårdnadstvist, men i flera fall blir barnen föremål för utredningar och domslut som rör vårdnad, boende och umgänge. Svensk lagstiftnings utgångspunkt är att barnets bästa ska vara avgörande i frågor som rör vårdnad, boende och umgänge. Även barnkonventionen är tydlig med detta och betonar också vikten av att utreda barnets vilja och låta det väga tungt.

SYFTE: Uppsatsens syfte är att undersöka vad rättsreglerna i föräldrabalkens sjätte kapitel säger om barnets bästa och barnets vilja vid tvistefrågor som rör vårdnad, boende och umgänge samt att studera hur dessa rättsregler används i praktiken, det vill säga hur domstolar förstår och dömer utefter rättsreglerna.

METOD: Uppsatsen använder juridisk metod, vilket innebär att man tittar på rättsregler och tolkningen av dess innebörd i enskilda fall för att förstå regeln och konsekvenserna av att använda den regeln i det särskilda fallet. Uppsatsen undersöker först gällande rättsregler och studerar sedan 22 domar från tingsrätten för att klargöra hur gällande rättsregler får praktisk tillämpning.

TEORI: Utifrån uppsatsens juridiska metod används rättregler som teoretiskt förhållningssätt. Lagar, propositioner och rättsfall gällande begreppen barnets bästa och barnets vilja utgör den grund med vilken det empiriska materialet jämförs och förstås. Rättsreglernas utgångspunkt är att domstolen skall se till det enskilda barnets bästa och beakta barnets vilja.

RESULTAT: De granskade domarna har inte alltid levt upp till gällande rättsregler. Ett problem är att domstolen sällan redovisar hur den har tänkt i domslut, vilket gör det svårt att följa och förstå hur domstolen har resonerat och motiverat sitt beslut. I domslut där föräldrarna är överens redovisas oftast heller ingen bakgrundsinformation.

ANALYS: En anledning till att domstolar inte fullt ut följer gällande rättsregler i tvistemål om vårdnad, boende och umgänge kan vara att domstolen behandlar det som ett tvistemål mellan två parter – föräldrarna. Barnet, vars bästa enligt rättsreglerna skall vara avgörande, behandlas inte som en part i målet. Domstolens hantering av domslut när föräldrarna har kommit överens, exempelvis om umgänge, visar tydligt på detta och är ett exempel på att domstolen, trots gällande rättsregler, ofta tar ett föräldraperspektiv i vårdnadsfrågor.

ABSTRACT

TITLE: *The Invisible Child – a legal study of a child’s best interest and the child’s will in disputes of legal custody, housing and social intercourse.*

AUTHORS: Madeleine Kempe Frantz & Hanna Johansson

TUTOR: Monica Nordenfors

DATE: December 2008

KEY WORDS: Child’s best interest, child’s will, custody disputes, custody, housing and social intercourse.

BACKGROUND: Each year 47 000 children are a part of their parents’ separation. In most cases issues of custody can be resolved without a legal dispute, but in several cases the child becomes subject to investigation and judicial decision concerning custody and social arrangements. A starting point in Swedish legislation is that the child’s best interest shall be decisive in disputes of custody and social arrangements. The UN’s Child Convention is also explicit on this point and emphasizes the importance of investigating the child’s will and letting it carry great weight.

PURPOSE: The purpose of this thesis to investigate what the judicial rules of föräldrabalken state about the child’s best interest and the child’s will in disputes of custody, housing and social intercourse as well as to study how these judicial rules are used in practice, meaning how courts of law understand and rule according to the judicial rules.

METHOD: The thesis employs a legal method, meaning that one studies the judicial rules and the interpretation of those rules in specific cases in order to understand the rule and the consequences of applying those rules in a specific case. The thesis first studies valid judicial rules and then examines 22 rulings from the Tingsrätt to clarify how valid judicial rules are applied.

THEORY: Based on the legal method of this thesis, judicial rules are used as a theoretical framework. Law, government bills and court rulings concerning the concepts of child’s best interest and child’s will make the foundation to which the empirical data is compared and understood. The starting point of the judicial rules is that the court should consider the individual child’s best interest and take the child’s will into account.

FINDINGS: The audited court rulings have not lived up to the judicial rules. One problem is how rarely the court motivates its rulings, which makes the ruling difficult to follow and understand. In rulings where parents are in agreement background information is rarely given.

ANALYSIS: One reason as to why courts not fully comply with valid judicial rules in custody disputes could be that the courts treat them like any other dispute between two parties. The child, whose best interest should be decisive, is not treated as a party of the dispute. The courts’ rulings when parents have reached agreement, for example in issues of social intercourse, clearly show that the courts often take on a parental perspective in custody disputes.

Tack!

Ett stort och varmt tack till alla som hjälpt till att genomföra denna uppsats. Ett speciellt tack till de personer som arbetar på Tingsrätten i Göteborgs och Alingsås, som med ett mycket positivt bemötande hjälpt oss att få fram alla domar. Vi vill också tacka våra familjer för att de för det mesta har stått ut med oss i vår svåra tid, i regn och rusk, genom mörker och dimma, i uppförsbackarna och allt sådant... Vi vill också passa på att tacka varandra för ett gott samarbete och stöd under denna kaotiska tid.

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

1. INLEDNING	6
1:1 BAKGRUND.....	6
1:2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR	7
1:2:1 AVGRÄNSNING.....	7
1:2:2 FÖRFÖRSTÅELSE.....	7
1:3 BARNKONVENTIONEN	7
1:4 VÅRDNAD, BOENDE OCH UMGÄNGE.....	8
1:4:1 STATISTIK	9
1:5 SAMARBETE	11
1:6 FÖRÄNDRAD SYN PÅ BARN OCH BARNETS BÄSTA.....	11
2. TIDIGARE FORSKNING	13
3. TEORI OCH METOD.....	14
3:1 TEORETISKT FÖRHÅLLNINGSSÄTT	14
3:2 JURIDISK METOD	14
3:2:1 RÄTTSDOGMATIK.....	15
3:2:2 RÄTTSSOCIOLOGI.....	15
3:3 LITTERATURINHÄMTNING	16
3:4 URVAL OCH TILLVÄGAGÅNGSSÄTT	16
3:5 ETISKA ÖVERVÄGANDE.....	17
3:6 ANALYS OCH TOLKNING.....	17
3:6:1 RESULTATENS TILLFÖRLITLIGHET.....	17
4. CENTRALA BEGREPP.....	19
4:1 BARNETS BÄSTA.....	19
4:1:1 BARNETS GRUNDLÄGGANDE BEHOV	20
4:2 BARNETS VILJA	20
5. RÄTTSREGLER OCH TILLÄMPNING	22
5:1 FÖRÄLDRABALKEN 6 KAP. 2A §	22
5:1:1 BARNETS BÄSTA - DEN ÖVERORDNADE PRINCIPEN	23
5:1:2 VIKTEN AV ATT REDOVISA TYDLIGT	23
5:1:3 RISKEN FÖR ATT BARNET FAR ILLA	24
5:1:4 BEPRÖVAD ERFARENHET OCH KUNSKAP.....	25
5:1:5 BARNETS VILJA.....	25
5:1:6 NÄRA OCH GOD KONTAKT MED BÅDA FÖRÄLDRARNA.....	25
5:2 FÖRÄLDRABALKEN 6 KAP. 5 §.....	26
5:2:1 VIKTEN AV SAMARBETE	27
5:3 FÖRÄLDRABALKEN 6 KAP. 6 § OCH SOCIALTJÄNSTLAGEN 3 KAP. 5 §	29
5:3:1 AVTAL OM VÅRDNAD	29
5:4 FÖRÄLDRABALKEN 6 KAP. 14A §	30
5:4:1 BOENDE	31
5:5 FÖRÄLDRABALKEN 6 KAP. 15 §.....	32
5:5:1 BARNETS RÄTT TILL UMGÄNGE	33
6. SLUTSATS OCH DISKUSSION.....	36
6:1 SLUTSATS	36
6:2 DISKUSSION.....	37
REFERENSLISTA.....	40
BILAGA 1	44
FÖRKORTNINGAR	44

1. INLEDNING

Varje år är 47 000 barn med om att deras föräldrar separerar (Höjer/Röbäck, 2007). I de flesta fall kan frågor om vårdnad, boende och umgänge lösas utan en vårdnadstvist, men i flera fall blir barnen föremål för utredningar och domslut som rör dessa frågor.

Det svenska rättssystemet bygger på individens rättssäkerhet utifrån lagens tillämpning. Svensson (1994) beskriver att lagarna ofta har en abstrakt utformning och vaga formuleringar, vilket har gett stor makt till tillämparen – domstolarna. Med makt kommer även krav på kunskap och ansvar för de lagtolkningar som görs. Domstolars funktion är, grovt förenklat, att lösa tvister mellan två eller flera parter grundat på lag. När tvisten står mellan två föräldrar som tvistar om vårdnad om sitt gemensamma barn har domstolen alltså makt och ansvar för hur tvisten ska lösas.

Barnrätten som självständigt rättsområde i Sverige formades enligt Schiratzki (2003) under den senare delen av 1900-talet när barnkonventionen införlivades i svensk rätt och skapade ett krav på barnperspektiv. Barnet ses idag mer som ett eget rättssubjekt än innan och mindre avhängigt föräldrarna. Schiratzki skriver att gemensam vårdnad prioriteras i syfte att främja en nära och god kontakt med båda föräldrarna och den vårdnadsformen är idag den vanligaste. Gemensam vårdnad kan idag beslutas mot en förälders vilja, men inte mot bådas. Vid gemensam vårdnad kan domstol besluta om att barnet skall bo växelvis hos föräldrarna, även detta mot en förälders vilja (ibid.).

1 juli 2006 trädde lagändringar i 6 kapitlet föräldrabalken (FB) i kraft. Schiratzki (2000) skriver att vårdnadstvister tidigare ofta löstes genom att utgå från föräldrarnas vilja och rättvisepincipen – att föräldrarna skall ha sina barn lika mycket. Normen har i vårdnadsutredningar och domar varit att gemensam vårdnad är mest förenligt med barns bästa (ibid.). Svensk lagstiftnings utgångspunkt är att barnets bästa ska vara avgörande i frågor som rör vårdnad, boende och umgänge (6 kap. 2 a § FB). Även FN:s barnkonvention (www.bo.se) är tydlig med detta och betonar också vikten av att utreda barnets vilja och låta det väga tungt.

1:1 BAKGRUND

Synen på vårdnad har förändrats genom åren. I regeringens proposition (prop. 2005/06:99 s.34) står att det först 1976 blev det möjligt för ogifta och frånskilda föräldrar att erhålla gemensam vårdnad. Det dröjde dock till 1983 innan gemensam vårdnad blev huvudregel, dock inte om den ena föräldern motsatte sig detta. 1998 blev det möjligt att besluta om gemensam vårdnad även om en förälder motsätter sig det (ibid.).

De nya lagändringar som trädde i kraft 1 juli 2006 i 6 kap. föräldrabalken (SFS 1949:381) hade som syfte att bland annat förstärka barnperspektivet, vilket tydliggjordes genom att;

- Betydelsen av barnets bästa kom till klarare uttryck. Formuleringen *barnets främsta i första rummet* ändrades till att *barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge*.
- Betydelsen av risken för att barnet far illa lyftes fram och kom att innefatta även *om någon annan i familjen utsätts för övergrepp*.

- Vid bedömning av hur vårdsnaden skall utformas skall särskilt avseende fästas vid föräldrarnas förmåga att samarbeta kring barnen.

1:2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR

Syftet med denna uppsats är att undersöka hur rättsreglerna i föräldrabalkens sjätte kapitel beskriver barnets bästa och barnets vilja vid tvistefrågor som rör vårdnad, boende och umgänge samt att studera hur dessa rättsregler används i praktiken, det vill säga hur domstolar förstår och dömer utefter rättsreglerna.

- Vad säger lagen om barnets bästa och barnets vilja vid tvistefrågor som rör vårdnad, boende och umgänge?
- Hur framställs barnets bästa och barnets vilja i domar som rör vårdnads mål?
 - o Vilken hänsyn tas till barnets bästa?
 - o Får barnet möjlighet att uttrycka sin vilja?

1:2:1 AVGRÄNSNING

Det finns många faktorer som spelar in när man beslutar i frågor som rör vårdnad, boende och umgänge. Fokus i denna undersökning kommer att ligga på barnets bästa och barnets vilja. Vi kommer att belysa lagtext, lagkommentarer, förarbeten samt domar från Tingsrätten (TR) och Högsta domstolen (HD), HD:s domar betecknas NJA (Nytt Juridiskt Arkiv). Vi kommer dock inte att behandla processen fram till domslutet, så som utredningar från familjerätten.

1:2:2 FÖRFÖRSTÅELSE

Vårt intresse för ämnet i denna uppsats väcktes när vi under våren 2008 läste kursen *Rättsliga dilemman i socialt arbete* (22,5 poäng). Vi har båda erfarenhet av att arbeta med barn och ungdomar, både inom och utanför socialtjänsten. I vårt arbete har vi kommit i kontakt med begreppen barnets bästa och barnets vilja och funderat över dess innebörd. Då intresset för familjerätt väcktes på ovan nämnda kurs, såg vi det som naturligt att kombinera vårt intresse för dessa begrepp – barnets bästa och barnets vilja - med vårt intresse för familjerätt.

1:3 BARNKONVENTIONEN

Schiratzki (2000) skriver att barnkonventionen är folkrättsligt bindande sedan den 21 juni 1990, då Sverige var ett av de första länderna som ratificerade den. I Förenta Nationens (FN:s) barnkonventions *tredje artikel* (www.bo.se) står det att:

1. *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.*
2. *Konventionsstaterna åtar sig att tillförsäkra barnet sådant skydd och sådan omvårdnad som behövs för dess välfärd, med hänsyn tagen till de rättigheter och skyldigheter som tillkommer dess föräldrar, vårdnadshavare eller andra personer som har lagligt ansvar för barnet, och skall för detta ändamål vidta alla lämpliga lagstiftnings- och administrativa åtgärder.*

3. *Konventionsstaterna skall säkerställa att institutioner, tjänster och inrättningar som ansvarar för vård eller skydd av barn uppfyller av behöriga myndigheter fastställda normer, särskilt vad gäller säkerhet, hälsa, personalens antal, och lämplighet samt behörig tillsyn.*

Schiratzki (2000) skriver att även om barnets bästa skall komma i främsta rummet så innebär det dock inte att alla andras intressen skall förbises, utan de skall prövas emot varandra, men barnets vilja väger tungt. Enligt Höjer/Röbäck (2007) har barnkonventionen lyft fram vikten av att ha ett barnperspektiv och artikel tre har blivit en portalparagraf i föräldrabalken, socialtjänstlagen och utlänningslagen. De skriver vidare att barnperspektivet handlar om att respektera barnets fulla människovärde, dess integritet och att se både vuxna och barn som unika personer med egna behov (ibid.).

FN:s barnkonvention (www.bo.se), *artikel 12*, uttrycker tydligt att alla barn som kan skall få uttrycka sin vilja. Där står att:

1. *Konventionsstaterna skall tillförsäkra det barn som är i stånd att bilda egna åsikter rätten att fritt uttrycka dessa i alla frågor som rör barnet, varvid barnets åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad.*
2. *För detta ändamål skall barnet särskilt beredas möjlighet att höras, antingen direkt eller genom företrädare eller ett lämpligt organ och på ett sätt som är förenligt med den nationella lagstiftningens procedurregler, i alla domstols- och administrativa förfaranden som rör barnet.*

Enligt Schiratzki (2006) innebär artikel 12 att barnet har rätt till medbestämmande, inte självbestämmande. Hon skriver att avsikten är att vi skall ta hänsyn till barnets ålder och mognad när vi avgör i vilken utsträckning och på vilket sätt vi kan informera oss om och ta hänsyn till barnets åsikter. Den tidigare 12-års gräns vi tidigare hittade i lagen togs bort i samband med den lagändring som skedde 1 juli 2006 i föräldrabalken (ibid.).

Barnombudsmannen (2005) skriver i sin rapport att föräldrabalkens och barnkonventionens bestämmelser om barns inflytande i kombination med varandra är tydliga och att det är enormt viktigt att barn får veta att de kan vara med och påverka när beslut fattas om vårdnad, boende och umgänge. Barnombudsmannen (2005 s.7) skriver vidare om vikten av ”att det är barnets bästa som skall styra tillämpningen av föräldrabalken, inte föräldrarnas önskemål och behov”.

1:4 VÅRDNAD, BOENDE OCH UMGÄNGE

I detta avsnitt kommer begreppen vårdnad, boende och umgänge behandlas. I vårdnadstvister är vårdnad, boende och umgänge de delar som båda parter tvistar om och därför är de viktiga att belysa utifrån uppsatsens syfte. Dessa tre begrepp skiljer sig från varandra men är ändå viktiga att behandla tillsammans eftersom de utgör det enskilda barnets helhetssituation.

Den som har *vårdnaden* om ett barn ansvarar för att dess behov av omvårdnad, trygghet och en god fostran tillgodoses (6 kap. 2 § FB). Normen i svensk rätt är att föräldrar ska ha gemensam vårdnad efter en separation. Enligt 6 kap. 6 § FB kan föräldrar som är överens skriva avtal om vårdnad om de vill ha gemensam vårdnad eller ansöka hos socialnämnden om ensam vårdnad ifall de är överens om det. En domstol kan döma till gemensam vårdnad i de fall där minst en av föräldrarna yrkar det, men inte ifall båda föräldrarna yrkar på ensam

vårdnad, enligt 6 kap. 5 § FB. Föräldrabalkens utgångspunkt är alltså att gemensam vårdnad är det bästa för barnet. Hobohm (2003) beskriver att domstolar bör döma till gemensam vårdnad utom när det direkt strider mot barnets bästa. När det förekommer en konflikt mellan föräldrarna som gör att de har stora svårigheter att samarbeta menar Schiratzki (2006) att det bästa för barnet är ensam vårdnad. I vårdnadsfrågan ska domstolen ta hänsyn till flera omständigheter, exempelvis barnets behov av omvårdnad, trygghet och god fostran, vilken förälder som bäst förstår barnets känslor och behov samt den sociala miljön hos föräldrarna (Hobohm, 2003).

Frågor om *boende* kan avgöras i domstol när föräldrarna inte är överens. Den vanligaste formen är växelvis boende och att barnen bor varannan vecka hos mamma och varannan vecka hos pappa (Barnombudsmannen, 2005). Liksom med vårdnad är det föräldrabalkens norm att barnets bästa i normalfallet innebär att bo lika mycket hos varje förälder. Barnombudsmannen är däremot kritisk till växelvis boende när barnet är under tre år gammalt eftersom yngre barns behov av kontinuitet och stabilitet är stort. Socialstyrelsen (2006:32) anser dessutom att yngre barn inte mår bra av att vara ifrån någon av sina föräldrar så lång tid som en hel vecka i taget eftersom barn har ett annat tidsperspektiv än vuxna. Enligt barnpsykiatern Torngny Gustavsson (Phil/Thunander, 2003) kan ett växelvis boende inte fungera utan enighet. Den gemensamma vårdnaden eller ett framtvingat växelvis boende kan bli en stor otrygghetsfaktor för barnet. Han tror dock att modellen kan vara bra om föräldrarna har förmåga att samarbeta.

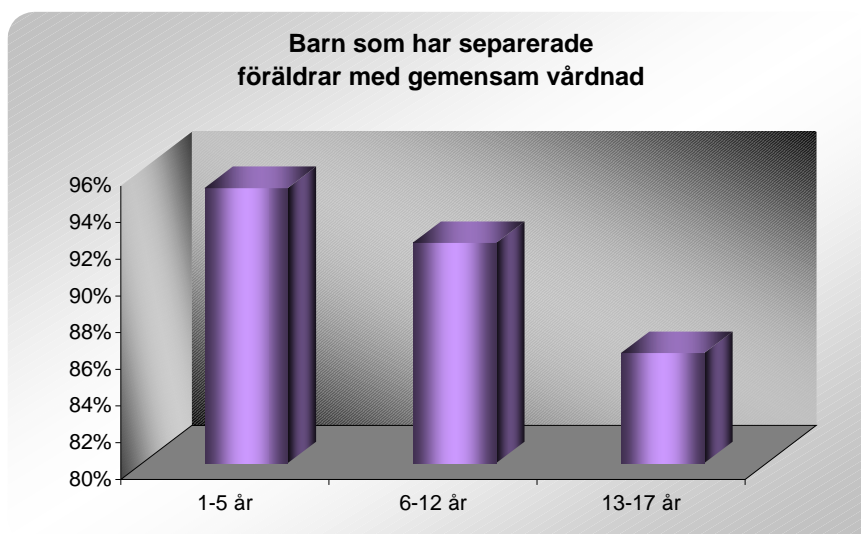
Barn har enligt 6 kap. 15 § FB rätt till *umgänge* med den förälder som barnet inte bor med och det är föräldrarnas gemensamma ansvar att tillgodose barnets behov av umgänge med båda föräldrar. Förutom den andra föräldern har barnet rätt att träffa exempelvis syskon morföräldrar eller andra närstående (Hobohm, 2003). Socialstyrelsen (2006:32) beskriver att umgänge, förutom att träffas, kan bestå i exempelvis brev, e-post eller telefon. Umgänge kan fastställas genom dom eller avtal, men bor barnet växelvis hos båda föräldrar finns ingen anledning att besluta om umgänge. Tingsrätten kan besluta om verkställande av umgängesdomen, antingen genom vitesföreläggande eller genom polishämtning för att få till stånd det beslutade umgänget (6 kap. 21 § samt 21 kap. 3 § FB). Hobohm (2003) beskriver att en förälder inte har någon skyldighet att umgås med sitt barn och även om samhället kan underlätta för umgänget så kan föräldern aldrig tvingas till umgänge. Om barnet inte vill ha umgänge med den andra föräldern så ska domstolen beakta barnets åsikt när den dömer i umgängesfrågan (ibid.).

Det är inte alltid att det är bäst för barnet att umgås med den föräldern som barnet inte bor tillsammans med, även om utgångspunkten i reglerna om umgänge är att det är viktigt med nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Det är enligt Barnombudsmannen (2005) viktigt att göra en individuell bedömning för det enskilda barnet och se till barnets bästa och inte till föräldrarnas behov.

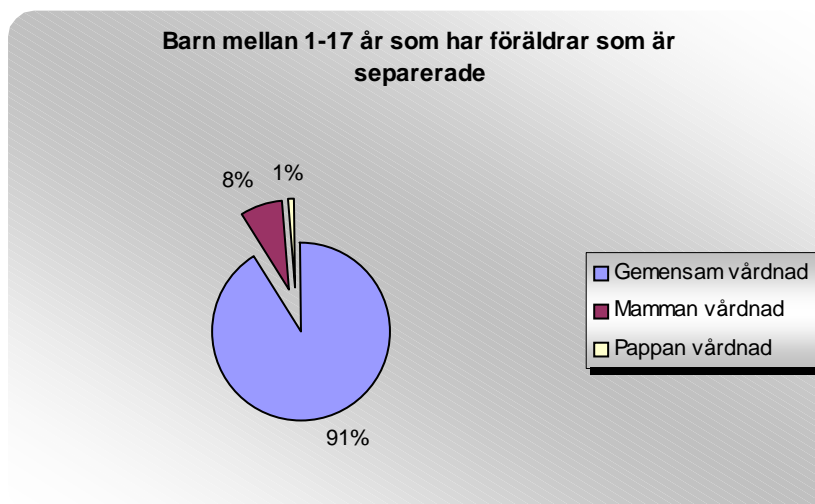
1:4:1 STATISTIK

En rapport från Statistiska centralbyrån (2006) visar att hos de yngre barnen är det 90 % som lever med sina ursprungliga föräldrar, bland 16-17 åringarna är det 60 %. Det har skett en minskning under 2006 när det gäller antal barn som upplever en separation mellan sina föräldrar. 2006 var det 46 000 barn som upplevde en separation mellan sina föräldrar och 1999 var det 54 600 barn som var med om en föräldraseparation. Det är dock främst i familjer där föräldrarna inte är gifta som minskningen har skett, men separationsrisken är fortfarande dubbelt så hög bland dessa familjer (ibid.).

Statistiska centralbyrån (2006) visar att gemensam vårdnad bland små barn är vanligare än hos de äldre barnen. 2006 var det 95 % av 1-5 åringar som hade föräldrar med gemensam vårdnad, hos 6-12 åringarna var det 92 % och bland 13-17 åringarna var det 86 % som hade föräldrar med gemensam vårdnad. Statistiken visas nedan i diagram:



Enligt Statistiska centralbyrån (2006) har separerade föräldrar gemensam vårdnad om sina barn i 91 % av fallen. I 8 % av fallen har mamman ensam vårdnad och i 1 % av fallen har pappan ensam vårdnad. Diagrammet nedan visar vårdnadsfördelningen för barn med separerade föräldrar 1-17 år:



När man pratar om gemensam vårdnad (Statistiska centralbyrån, 2006) innebär det inte alltid att barnen bor lika mycket hos båda sina föräldrar. Det är 21 % som bor lika mycket hos sin mamma som hos sin pappa, 61 % som enbart bor hos sin mamma och 9 % bor enbart hos sin pappa.

Barnen kan enligt Nilsson (2008) inte vara folkbokförda hos båda sina föräldrar, utan det avgörs bland annat av vart barnets eventuella syskon bor eller var de går i skolan. Detta kan göra att det är svårt att visa hur mycket barnen egentligen bor med sin mamma eller med sin pappa, eftersom de bara kan vara skrivna på en adress. I Statistiska centralbyråns (2006)

statistik har hänsyn tagits till att barn som bor hos båda föräldrarna har en ökad chans att finnas med i urvalet eftersom undersökningen baseras på föräldrarna.

1:5 SAMARBETE

Föräldrars förmåga att samarbeta är viktigt att ta hänsyn till när domstolen dömer i frågor som rör vårdnad, boende och umgänge. Detta blir tydligt exempelvis i regeringens proposition (2005/06:99), se nedan. Även om samarbete inte direkt ingår i uppsatsens syfte är det ändå viktigt att belysa för att få en bredare förståelse för uppsatsens undersökningsområde.

Det är lättare för föräldrarna om det kan samarbeta, men viktigast är det för barnen. Sundberg (2002) skriver att 25 % av de föräldrar som separerar fortfarande har en så hög konfliktnivå att det är skadligt för barnen flera år efter skilsmässan, 25 % av föräldrarna har barn som inte påverkas negativt medan 50 % befinner sig någonstans där emellan. Enligt dessa siffror är det en relativt stor grupp barn som påverkas av sina föräldrars konflikt under en lång tid. Socialstyrelsen (2006:31) skriver att det för ett fungerande samarbete krävs att föräldrarna har viljan och förmågan att komma överens och respekterar varandra som föräldrar samt att man hela tiden måste rådgöra om t.ex. tillsyn, uppfostran, vård och skola. I Phil/Thunander (2003) säger barnpsykiater Torgny Gustavsson att samarbete aldrig kan ske under hot eller tvång. Han kan inte heller se ett enda fall där ett frampressat samarbete skulle vara motiverat ur ett barnperspektiv. Torgny Gustavsson säger att svåra bråk mellan föräldrarna är mer förödande för barnet än om barnet träffar en förälder lite. Han efterlyser betydligt mer barnpsykiatrisk kunskap i alla led och tror att det är nödvändigt för att förändra vårt samhälle som han anser styrt av patriarkala normer.

I SOU (2005:43) kan vi läsa att barnet vid starka konflikter mellan föräldrarna får sämre psykisk hälsa vid gemensam vårdnad än vid ensam vårdnad. Där står också att om föräldrarna inte har ett någorlunda konfliktfritt samarbete i de frågor som rör barnet är det svårt att se att det skulle vara till barnets bästa om vårdnaden var gemensam (ibid.). Ryrstedt/Mattsson (SvJT 2007 s.392) skriver att en separation ofta präglas av ett konfliktperspektiv och beslut som rör barnen kan ofta komma att präglas av motsatta intressen. Eftersom det är svårt för barnets intresse att vara det samma som båda föräldrarnas är det viktigt att barnets själv får komma till tals.

I prop. (2005/06:99) står det tydligt att hänsyn skall tas till föräldrarnas förmåga att samarbeta och i de fall det inte fungerar kan det vara bästa att döma till ensam vårdnad. Schiratzki (2006) skriver att samarbetssamtal definieras som strukturerade samtal med föräldrar som inte är överens om hur de skall lösa frågor kring vårdnad, boende eller umgänge. Socialstyrelsen (2006:31) skriver att om föräldrarna inte kommer överens utan går till domstol kan tingsrätten besluta om att föräldrarna skall försöka enas genom samarbetssamtal. Vidare står det att om detta misslyckas kan tingsrätten begära en vårdnadsutredning från Socialnämnden för få underlag att fastställa vem som skall ha vårdnaden (ibid.).

1:6 FÖRÄNDRAD SYN PÅ BARN OCH BARNETS BÄSTA

Synen på barn och barnets bästa förändras över tid. Eftersom barnets bästa är ett centralt begrepp för uppsatsens syfte så är det intressant att se hur synen på barn och barnets bästa har förändrats.

Den förändrade synen på barn och barndom i svensk rätt hänger samman med att barnrätten utvecklas som självständigt rättsområde när barnkonventionen ratificeras och blir en del av den svenska rätten (Schiratzki, 2003). Men synen på barndomen har givetvis ändrats under alla tider. Sandin (2003) beskriver att den ideala barndomen under 1900-talets första hälft kom att målas upp som ett "evigt sommarlov" där barn skulle få slippa arbete och istället få leka för att utvecklas. Sandin menar även att förändringen till dagens syn på barn och barndom hänger samman med hur könsroller har utvecklats och att utvecklingen av skola och barnomsorg har gjort att fokus har hamnat på barnen och gett dem rättigheter.

Höjer/Röbäck (2007) diskuterar samma utveckling i termer av att barnet alltmer betraktas som subjekt som kan agera på egen hand, något som Sandin (2003) menar händer under 1900-talets senare del. Tidigare har barn setts som passiva objekt mitt i en utvecklingsprocess och de har inte antagits kunna agera och ha åsikter förrän de är igenom utvecklingsprocessen (Höjer/Röbäck, 2007). Att barnet ses som subjekt och inte enbart ett bihang till sina föräldrar är en del av den förändring av familjebilden som Sandin (2003) beskriver där varje familjemedlem blir mer och mer individ. Bäck-Wiklund (2001) beskriver att barnet, när det ses som ett eget subjekt, har rättigheter och åsikter som ibland inte delas av föräldrarna eller går emot föräldrarna. Med barnet som eget subjekt är det dock barnet självt som är "expert" i ämnet och dess vilja bör vara viktig.

Barndomen beskrivs ibland med utvecklingspsykologins termer. Smith (2002) beskriver däremot att ifall barndomen ses ur ett sociologiskt perspektiv så ses den inte som lika statisk och universell utan dynamisk, föränderlig och olika för olika barn. Att skifta synen på barndomen från utvecklingspsykologi till sociologi ger även barnets sociala relationer - familj och andra, större betydelse för barndomen och det enskilda barnets personlighet (Bäck-Wiklund, 2001). Smith (2002) menar även att barnet inte alltid måste ses som mottagare av socialisation utan även kan vara en aktiv aktör i de sociala processer som formar barnet.

2. TIDIGARE FORSKNING

I detta kapitel kommer andra undersökningar inom uppsatsens ämne behandlas. Uppsatsens område har undersökts flera gånger tidigare med olika infallsvinklar.

I undersökningen ”*Små barn och umgängestvister*” (Barnombudsmannen, 2005) hade som syfte att undersöka hur domstolarna tar hänsyn till de yngsta barnens bästa i mål om umgänge. Undersökningen studerade domar i mål om umgänge med en främst kvalitativ metod. Undersökningen drog slutsatserna att många domare behöver kunskap om barns behov och särskilt de små barnens behov. Undersökningen visade även på stora brister i domskälen vad gäller barnets bästa och att domslutets konsekvenser för barnet sällan beskrivs.

I den kvantitativa undersökningen ”*Ta hänsyn till barnets bästa i verkställighetsmål*” (Barnombudsmannen, 2005) undersöktes 103 länsrättsdomar med syftet att undersöka i vilken utsträckning domstolarna tar hänsyn till barnets bästa samt i vilken omfattning domstolarna förordnat om tvångsmedel. Resultatet visar att endast 19 av de 103 domarna redovisar självständiga och individuella bedömningar medan det i hela 59 domar helt saknades diskussioner om barnets bästa. Endast 60 domar innehöll uppgifter om barnets vilja och åsikter och särskilt stor tveksamhet till att låta barnet komma till tals fanns det när barnet var under 12 år. Slutsatsen som barnombudsmannen drog var att det finns stora brister i länsrätternas arbete inom detta område.

En undersökning redovisad av Rejmer (2002) tittar på barnets bästa även tidigare i processen, dvs. även i den utredning som socialsekreterare ibland genomför. Det framkommer att 79 % av socialsekreterarna, 60 % av advokaterna och 50 % av domarna är av åsikten att *barnets bästa* är ett begrepp som inte är tillräckligt definierat. Undersökningen visar också att det enskilda barnets vilja utreds för sällan och att det istället ofta handlar om att skipa rättvisa mellan föräldrar. Den utredning som görs av socialsekreterare när domstolen begär det rekommenderar domstolen ett beslut i 77 % av fallen. Domstolen väljer att följa det beslutet i 90 % av fallen. De flesta beslut om vad som är det enskilda barnets bästa rekommenderas alltså, enligt undersökningen, av en yrkesgrupp där majoriteten tycker att själva begreppet barnets bästa inte är tillräckligt definierat.

Höjer/Röbäck (2007) har studerat hur principen om barnets bästa har definierats i verkställighetsmål samt på vilket sätt barnets vilja uppmärksammas sådana mål. Studien granskar alla verkställighetsdomar från Göteborgs Länsrätt 2001 och fördjupar sig i 18 av dem. Dessutom intervjuas 12 domare och 72 föräldrar. I studien, som är både kvalitativ och kvantitativ framkommer det att 14 av 18 ärenden om verkställighet i vårdnadstvister innehåller utredningar genomförda av socialnämnden. Av dessa förekommer samtal med det enskilda barnet i åtta fall och i endast fyra av fallen framkommer det tydligt vad barnet har sagt. I åtta fall tar socialnämnden ställning i tvisten och rekommenderar domstolen ett beslut, men endast i ett fall utifrån barnets vilja. Höjer/Röbäcks undersökning visar även att 33 av 66 barns vilja redovisas i domar. Inga avslag har gjorts med hänvisning till barnets vilja och domstolen använder sig ofta av en strikt 12-årsgräns för att bedöma ifall barnet är moget nog att höras och beaktas.

3. TEORI OCH METOD

Detta kapitel beskriver det teoretiska förhållningssättet och den valda metoden. Uppsatsen har juridisk metod som utgångspunkt. Även etiska hänsynstaganden och resultatets tillförlitlighet diskuteras i detta kapitel.

3:1 TEORETISKT FÖRHÅLLNINGSSÄTT

Juridiken bygger enligt Hydén (2001) inte på teorier utan att man istället kan säga att *rättsreglerna* ersätter teorierna inom samhällsvetenskapen. Den juridiska kunskapen handlar främst om förståelse av vad rättsreglerna innebär och hur de bör användas i verkligheten.

Hydén (2001) beskriver att rättsregler egentligen är normer som är antagna av samhället i någon form av ordning. Det handlar alltså om normer för hur någonting bör vara som vunnit auktoritet eftersom normen har upphöjts till rättsregel, i Sverige genom exempelvis lag, proposition eller rättspraxis. Malmström/Agell (1999) beskriver dessutom att rättsregler kännetecknas av att det oftast finns en konsekvens för när någon inte lyder rättsregler, någon form av sanktion och att sådana sanktioner kan verkställas av samhällets utsedda myndigheter. På så sätt skiljer sig rättsregler från andra normer, som visserligen kan leda till oönskade konsekvenser när de inte lyds men de har ingen utsedd myndighet som verkställer dem.

Uppsatsens teoretiska förhållningssätt bygger på svenska rättsregler. Uppsatsens empiriska del behandlar sedan hur rättsreglerna används i praktiken, det vill säga hur domstolar förstår och dömer utefter rättsreglerna. I föräldrabalkens sjätte kapitel finns de lagar som reglerar vårdnad, boende och umgänge.

3:2 JURIDISK METOD

Traditionell juridisk metod handlar enligt Hydén (2001) om att titta på lagar, förarbeten, rättsfall, praxis samt doktrin. Hydén skriver att traditionell juridisk metod kan ses som en problemlösning- eller konfliktlösningsteori, vilket innebär att man tittar på rättsregler och tolkningen av dess innebörd i enskilda fall för att förstå regeln och konsekvenserna av att använda den regeln i det särskilda fallet. Den juridiska vetenskapen tar enligt Hydén inte upp vilken betydelse rättsreglerna har ur samhällelig eller social betydelse utan skriver att den juridiska kunskapen främst handlar om förståelse av vad rättsreglerna innebär.

Juridiken har enligt Hydén (2001) ett inifrånperspektiv, då man ser till innehållet i rättsreglerna och hur de skall tolkas och tillämpas. Han skriver att juridiken handlar om att hitta den generella innebörden av en rättsregel och applicera den på det aktuella fallet.

Hollander/Borgström (2005:129) skriver att

”inom rättsvetenskaplig forskning skiljer man mellan undersökningar av vad som är gällande rätt ur ett internt juridiskt perspektiv och undersökningar av rätten från externa utgångspunkter”.

Ur det interna perspektivet – *rättsdogmatiken* – undersöks rättsregler från ett givet regelsystem. Rätten kan också studeras externt med inriktning mot t.ex. ekonomiska, statsvetenskapliga, historiska eller sociologiska perspektiv (ibid.). De rättsvetenskapliga

metoderna används enligt Hollander/Borgström för att titta närmare på rättsreglernas innehåll och rättens samhällseliga funktioner och effekter. Rättssociologi och rättsdogmatik beskrivs som kvalitativa rättsvetenskapliga forsknings metoder/teorier och som de mest framträdande inriktningarna inom rättsvetenskapen. Dessa kommer att beskrivas närmare nedan.

3:2:1 RÄTTSDOGMATIK

Hollander/Borgström (2005) beskriver rättsdogmatisk teori som en paradigmiskt slutet metod där man med utgångspunkt av vad som står i olika rättskällor fastställer och tolkar rättsregler, även förarbeten studeras för att förstå vad som ligger till grund för lagstiftningen. Enligt Hollander/Borgström utgår rättsdogmatiska studier ofta från ett domarperspektiv och syftet är att på ett sakkunnigt sätt fastställa och tolka en rättregels innehåll. Detta fastställande sker genom att man sammanställer och sammanväger olika rättskällor, utan att ta hänsyn till politiska eller sociologiska omständigheter. Denna uppsats kommer att beskriva några av de rättsregler som finns i 6 kap. FB utifrån olika rättskällor.

Inom den rättsdogmatiska tolkningsmetoden skriver Hollander/Borgström (2005) att rättskällorna är hierarkiskt rangordnade så att lagar och förordningar är de mest betydelsefulla när man tittar på gällanderättens innehåll. Efter detta kommer prejudicerande avgöranden från Högsta domstolen, Regeringsrätten och Arbetsdomstolen. Andra viktiga tolkningsmaterial är författningstexternas förarbeten och JO-uttalanden. Källor som tar upp allmänna principer om mänskliga fri- och rättigheter har fått ett mycket större inflytande i den nationella rätten, såsom exempelvis den Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter samt FN:s barnkonvention (ibid.). I denna uppsats beskrivs bland annat lagar och förordningar, avgöranden från Högsta domstolen, förarbeten samt barnkonventionen.

Hollander/Borgström (2005) skriver att det vid rättsvetenskapliga undersökningar med koppling till socialt arbete är intressant och givande att, förutom det rättsdogmatiska perspektivet, lägga till ytterligare ett eller flera andra perspektiv så som statsvetenskapliga, ideologiska eller sociologiska. Nedan kommer rättssociologi att beskrivas närmare.

3:2:2 RÄTTSSOCIOLOGI

Rättssociologi är enligt Hydén (2002) en relativt ny vetenskap som utvecklades i samband med övergången till industrisamhället.

Hollander/Borgström (2005) skriver att rättssociologin innehåller metoder och teorier för att analysera den verklighet vi lever i där tyngdpunkten skall ligga på rättens delaktighet i denna helhet. Det innebär också att ta hänsyn till vilken social och samhällselig betydelse rättsreglerna faktiskt har. Hollander/Borgström skriver vidare att rättssociologin genom att lyfta fram värderingar och känslor kan bidra med nya perspektiv och bidra till förståelse av rättsliga fenomen, den har en extern utgångspunkt och en central del är studier av normer. Enligt Hydén (2002) kommer normer till genom att människor i samtal kommer fram till vad som är rätt eller fel och om en viss norm får en stadig förankring kan den upphöjas till att bli en rättsregel. Schiratzki (2000) skriver att den norm som idag råder när det gäller vårdnadsfrågan är att gemensam vårdnad är mest förenlig med barnets bästa.

Det finns enligt Hollander/Borgström (2005) två olika inriktningar inom rättssociologin, en juridisk rättssociologi och en sociologisk rättssociologi. Då ett syfte med denna uppsats är att undersöka hur rättsreglerna i föräldrabalken kring barnets bästa och barnets vilja beaktas i domar som rör vårdnads mål har vi valt att ha en juridisk rättssociologisk inriktning som enligt

Hollander/Borgström innebär att man t.ex. studerar hur en viss lagregel tillämpas på ett visst område och man försöker också få kunskap om de problem som juridiken reglerar. Denna uppsats kommer att behandla domar från Tingsrätten, Högsta Domstolen samt begreppen barnets bästa och barnets vilja.

Det rättssociologiska perspektivet är enligt Hollander/Borgström (2005) mer öppet än det rättsdogmatiska. Genom att titta på hur domstolen beaktar barnets bästa och barnets vilja i vårdnads mål genom både rättssociologisk- och rättsdogmatisk metod ges en heltäckande bild av de, för uppsatsen, valda rättsregler som tas upp i 6 kap. FB samt en inblick i hur innehållet i dessa rättsregler tillämpas i domslut.

3:3 LITTERATURINHÄMTNING

Litteratursökning har skett i LIBRIS och GUNDA. Sökord: vårdnadstvister, barnets bästa, barnets vilja, Barnkonventionen. Sökning av litteratur har också skett genom att läsa avhandlingar, C-uppsatser och annan forskning i ämnet.

Information har samlats in med hjälp av sökmotorer på Internet så som Google samt regeringens, riksdagens, socialstyrelsens och Barnombudsmannens olika hemsidor. Den juridiska databasen Zeteo har använts för att söka information om rättsregler, förarbeten, propositioner och rättsfall från Högsta domstolen.

3:4 URVAL OCH TILLVÄGAGÅNGSSÄTT

Vi har valt att titta på domar från tingsrätten (TR) i Göteborg och Alingsås samt från Högsta domstolen (HD) då domar från tingsrätten inte är prejudicerande, men ändå säger något om praxis.

För att välja ut domar från tingsrätten i Göteborg besökte vi Tingshuset, tvistemålsavdelning 14. De hjälpte oss att söka i sin databas på familjemål och ”*domar i vårdnadstvister efter 2006*”, resultatet blev 530 domar. Då detta var ett för stort antal domar för denna uppsats valde vi att begränsa oss till att titta på domar från detta år, 2008, eftersom det nu gått några år sedan lagändringen i 6 kap. FB 2006. Tvistemålsavdelning 14 har alla sina tvistemål blandade i pärmar och på grund av materialets storlek valdes årets tre första månader, januari – mars, ut. Vi letade upp och läste alla domar som rörde vårdnadstvister, vilket blev 67 stycken. Då syftet med denna uppsats är att undersöka hur barnets bästa och barnets vilja beskrivs i domslut valdes att närmare granska de 12 domar som innehöll mer information än bara en dom om att bifalla eller avslå ansökan. Vi kopierade dessa domar för att ha tillgång till dem under hela uppsatsprocessen.

På tingsrätten i Alingsås fick vi genom receptionen hjälp att ta fram de pärmar som rörde tvistemålsdomar mellan januari – mars 2008, då detta motsvarade den period som valts i Göteborg. Vi plockade fram och läste alla domar som rörde vårdnadstvister, vilket blev 49 stycken. Av dessa valdes att kopiera och närmare granska 10 domar utefter samma kriterier som i Göteborg.

Då de domar som valts från Göteborgs och Alingsås Tingsrätt slås samman innebär det att vi läst 116 domar samt granskat 22 av dessa närmare.

När det gäller domarna från Högsta domstolen valdes de slumpvis ut från den juridiska databasen Zeteo. Där finns bland annat lagtext, lagkommentarer, förarbeten samt rättsfall presenterade.

3:5 ETISKA ÖVERVÄGANDE

De domar som används i denna uppsats är offentlig handling, vilket innebär att alla kan få tag på dem, domarna kan dock innehålla känsliga uppgifter. Eftersom namnen inte är väsentliga för analysen av rättsfallen kommer de att ersättas med benämningen mamman, pappan, barnet/en, brodern samt familjerättssekreterare.

3:6 ANALYS OCH TOLKNING

Enligt Thomassen (2007) finns det olika förhållanden mellan teori och empiri. Det beskrivs att induktivt arbetssätt utgår helt från empiri – materialet – där man kan ta in teori med ledning av detta. Deduktivt arbetssätt utgår från teori och förförståelse, där teorin styr bearbetningen av empirin. Analysen i denna uppsats kommer att utgå från ett abduktivt arbetssätt som Larsson (2005) beskriver som en pendling mellan teori, begrepp och empiri, som genomsyrar analys och temaindelning samt slutsatser. I denna uppsats utgår analys och tolkning från rättsregler som teori, barnets bästa och barnets vilja som begrepp samt domar som empiri.

Denna uppsats analyserar ett antal domar utifrån lagtext, lagkommentarer, förarbeten, praxis och begreppen barnets bästa och barnets vilja, vilket innebär att uppsatsen är en form av dokumentanalys. Larsson (2005) skriver att det är viktigt att i analysen inrikta sig på några utvalda teman som passar ens syfte och frågeställning. Vi har analyserat varje rättsregel efter teman som valts ut efter innebörden i de paragrafer vi gått in närmare på i kapitel 5 – rättsregler och tillämpning. Med detta vill vi klarlägga vad som står i lagtexten samt se vad domsluten säger. Temana är; barnets bästa, vikten av att redovisa tydligt, risken för att barnet får illa, beprövad erfarenhet och kunskap, barnets vilja, nära och god kontakt med båda föräldrarna, vikten av samarbete, avtal om vårdnad, boende samt barnets rätt till umgänge. De flesta paragrafer har analyserats efter ett tema, men 6 kap. 2a § FB har delats upp i flera teman då det passar in i uppsatsens syfte och frågeställning.

3:6:1 RESULTATENS TILLFÖRLITLIGHET

När det gäller reliabilitet skriver Thurén (1991) att det handlar om att undersökningen är korrekt genomförd och om någon annan upprepade den skulle de komma fram till samma resultat. Svenning (2003) skriver att reliabiliteten kan bli lägre i kvalitativa undersökningar än i kvantitativa på grund av att informantens svar kan bli olika på grund av var eller av vem intervjun görs. Forskaren kan också omedvetet tolka in andra saker i det som sägs. Då denna uppsats studerar färdiga texter så som rättsregler och domar är forskarpåverkan lägre, vilket ökar reliabiliteten. Domarna kan dock tolkas med en viss subjektivitet, men genom att vara medveten om detta minskar risken för att detta påverkar uppsatsens reliabilitet.

Svenning (2003) beskriver att en hög validitet är något man strävar efter i alla undersökningar och validitet handlar om att man undersöker det man vill undersöka och inget annat. I denna uppsats är detta uppmärksammat genom att analys och diskussion tydligt hänger samman med uppsatsens syfte och problemformulering. Larsson (2005) skriver att begreppen validitet, trovärdighet, och reliabilitet, tillförlitlighet, sammanfaller inom kvalitativ forskning. Han tar

bland annat upp vikten av att vara noga med att visa *hur* man gått tillväga, redogöra för sin *förförståelse* och *undersökningens utgångspunkt*. Detta kommer att redovisas i denna uppsats.

Kvale (1997) beskriver att generaliserbarhet hör samman med validitet och reliabilitet och att de har fått en position som vetenskapens heliga treenighet. Inom kvalitativ forskning beskriver Trygged (2005) att man kan använda sig av teoretisk generaliserbarhet, som innebär att man kopplar sin empiri till teoretiska diskussioner. I denna uppsats kopplas rättsfall och diskussioner kring barnets bästa och barnets vilja till rättsregler vilket innebär att uppsatsen uppnår en form av teoretiskt generaliserbarhet. Larsson (2005) skriver att kvalitativa undersökningar dock i mycket liten utsträckning ger ett generaliserbart resultat. Det är viktigt att ha i minnet att denna uppsats representerar ett litet antal domar, vilket gör att generaliserbarheten minskar. Syftet med denna uppsats är inte att generalisera utan att lyfta fram rättsregler och ge en bild av hur de i praktiken används. De domar som använts är offentliga handlingar vilket gör dem relativt enkla att granska.

För att öka generaliserbarheten kommer även resultatet att jämföras med tidigare forskning. På detta sätt blir vårt arbete transparent och vi anser oss tagit hänsyn till kraven på validitet, reliabilitet och generaliserbarhet.

Denna uppsats försöker också uppfylla de krav på relevans och fullständighetskriterier som enligt Hollander/Borgström (2005) finns inom det rättskällehierarkiska systemet. Detta innebär att man på ett sakkunnigt sätt skall ha klargjort en rättsregels innehåll och att man gjort en mer eller mindre fullständig inventering av det rättskällematerial som anses relevant.

4. CENTRALA BEGREPP

I detta kapitel beskrivs två för uppsatsen centrala begrepp, barnets bästa och barnets vilja. Förståelse för begreppen är viktigt för att uppnå syftet med uppsatsen eftersom själva begreppen är en samlad bild av vad flera olika rättsregler säger. Det finns alltså ingen enkel och självklar definition av varken barnets bästa eller barnets vilja, utan det handlar snarare om att förstå begreppen utifrån flera grunder och källor. Begreppen beskrivs mer utförligt senare i uppsatsen där de kopplas närmare till gällande rättsregler.

4:1 BARNETS BÄSTA

Vad som är barnets bästa i frågor som rör vårdnad boende och umgänge är inte alltid självklart. Barns bästa skall enligt barnkonventionen, artikel 3, (www.bo.se) alltid komma i främsta rummet vid åtgärder som rör barn. Det finns två perspektiv på barns bästa och rättsväsendet samt myndigheter måste beakta båda – barns (generellt) bästa och det enskilda barnets bästa. Barnombudsmannen (2005) menar att ”barnets bästa” är ett dynamiskt begrepp och att det därför alltid måste utgå från det enskilda barnet. Även Schiratzki (2006) menar att domstolen bör fokusera på det enskilda barnet och göra en helhetsbedömning av barnets situation. Av de två perspektiven är det alltså det andra, det enskilda barnets bästa, som domstolen bör utgå från och grunda sina bedömningar på. Det första perspektivet, barns bästa generellt, kommer därför i andra hand, men bör få indirekt påverkan eftersom kunskap och förståelse om barns behov och barns bästa krävs för att kunna göra en bedömning av det enskilda barnets helhetsituation.

Sjösten (2003) beskriver att begreppet barnets bästa kan betyda olika saker för olika personer och i olika situationer och att man även uppfattar barns behov olika. Begreppets innebörd har förändrats genom att ny kunskap om barn tillkommer och att värderingar i samhället förändras över tid (ibid.).

Enligt Granvik (1998) har domare som dömer i tvister som rör vårdnad, boende och umgänge ofta för dåliga kunskaper om barns behov. Barnombudsmannen (2005) poängterar hur viktigt det är med kunskap om barns behov, men menar också att det tyvärr ofta finns en kunskapsbrist hos domare, juridiska ombud och tjänstemän inom socialtjänsten. Av den anledningen är det mycket viktigt med kontinuerlig fortbildning inom området. För dåliga kunskaper om barns behov borde leda till sämre bedömningar när det enskilda barnets bästa utreds och beslutas om.

För att kunna göra en helhetsbedömning av det enskilda barnets bästa är det viktigt att barnets egen uppfattning och vilja utreds. Det enskilda barnet måste göras synligt och fokuseras på av socialtjänst och domstolar (Barnombudsmannen, 2005). När föräldrabalken ändrades senast, 2006, betonade Socialstyrelsen (2006:2) i ett utskick till socialnämnder och domstolar vikten av att redovisa hur man resonerat kring barnets bästa i det enskilda fallet och att barnets bästa inte fick användas slentrianmässigt.

Höjer/Röbäck (2007) beskriver att i svensk lagstiftning används barnets bästa som en allmän och övergripande princip och att det exakta innehållet av begreppet fastställs i tillämpningen. Enligt Höjer/Röbäck måste alla aspekter av barnets situation uppmärksammas och därefter skall den bästa möjliga lösningen eftersträvas i varje enskilt fall. Detta innebär att lagstiftaren kan göra en fri bedömning när det gäller barnets bästa, men Höjer/Röbäck menar att det inte

alltid används på detta sätt utan att man istället arbetar med presumtioner, bestämda tolkningar av barnets bästa.

Schiratzki (2005) skriver att man i lagens förarbeten verkligen strävat efter att förtydliga barns bästa. Betydelsen av föräldrars *lämplighet*, föräldrarnas *överenskommelser*, *barnets vilja* och barnets *umgänge* och *kontakt* med sina föräldrar betonas. Enligt Schiratzki räknas även *stabilitet* som viktigt, t.ex. barnets behov av kontakt med sina syskon.

4:1:1 BARNETS GRUNDLÄGGANDE BEHOV

Det rättsliga utgångsläget för barns bästa bygger på kunskap och värderingar kring vad som är barns bästa ur ett psykologiskt och sociologiskt perspektiv. Dessa värderingar och denna kunskap om barns behov formar sedan barns rättigheter, som istället är ett rättsligt begrepp. Några av barns grundläggande behov enligt Sjösten (2003, s.39) som ett barn har rätt att få tillgodosedda är:

- Barn behöver omvårdnad och skydd.
- Barn behöver människor som de kan ta emot kärlek av och ge kärlek till.
- Barn behöver ett stabilt och varaktigt förhållande till föräldrar.
- Barn behöver utvecklas i en miljö som tillgodoser dess behov av stimulans.
- Barn behöver föräldrars hjälp med att sätta gränser för sitt handlande.
- Barn måste få känna att de behövs och att de får ta ansvar.
- Barn behöver få påverka sin situation.
- Barn behöver efter hand frigöra sig från sitt beroende av föräldrarna.
- Barn har ett behov av samhörighet med båda sina föräldrar även om dessa är i konflikt med varandra.

4:2 BARNETS VILJA

Utgångspunkten i barnkonventionen, artikel 12, (www.bo.se) är att barn ska ses som en egen person med egna åsikter och känslor och som i tidig ålder bör uppmuntras att delta i frågor som rör dem. Enligt Barnombudsmannen (2005) är det viktigt att även små barn får uttrycka sina åsikter och att det är de vuxnas ansvar att finna lämpliga metoder för detta. Det är nödvändigt att barn ska kunna uttrycka sina åsikter som bland annat rör vårdnad, boende och umgänge och inte enbart ses som ett bihang till föräldrarna (ibid.).

Vid frågor som rör vårdnad, boende och umgänge skall enligt 6 kap. FB hänsyn tas till barnets vilja med beaktning av barnets ålder och mognad. Enligt Schiratzki (2006) kan man skilja på två perspektiv angående barnets vilja. Dels att barnet bör få vara med och påverka vårdnadstvisterna som handlar om sig själv, men det kan också hävdas att barnet bör hållas utanför föräldrarnas konflikt. Det kan vara svårt att veta vad som verkligen är barnets egentliga vilja och barnet kan av någon av föräldrarna ha påverkats till en viss ställning och vilja som inte alltid överensstämmer med barnets verkliga önskan och intresse.

Även om barnets vilja är viktigt att utreda är det, som Socialstyrelsen (2004) poängterar, barnets rättighet att få sin röst hörd och inte domstolens skyldighet att höra barnet. Socialstyrelsen menar att socialtjänst och domstol bör klargöra barnets vilja utan att sätta barnet inför alltför svåra val, eftersom det ofta finns lojalitets- och relationskonflikter förknippade med barnets val.

Enligt 6 kap. 19 § FB har domstolen möjlighet att låta socialnämnden göra en utredning när det handlar om en tvist om vårdnad, boende och umgänge. Domstolen är dock inte tvungen att inhämta en sådan utredning utan det är upp till den enskilde domaren att avgöra det. Barnombudsmannen (2005) menar att om det beslutas att inte göra någon utredning där barnets åsikter får komma till tals, finns det i praktiken ingen möjlighet för barnet att framhäva sina synpunkter. Enligt socialstyrelsen (2006:32) är det barnet som ska vara huvudpersonen i en utredning om vårdnad, boende och umgänge.

Smith (2002) menar att det visserligen är viktigt att utreda barnets vilja men att det finns högre former av delaktighet där man dessutom beaktar barnets vilja, involverar barnet i beslutsfattandet och slutligen delar makt och ansvar för beslutsfattandet med barnet. Att utreda barnets vilja är alltså inte tillräckligt. Nästa steg blir att ta hänsyn till barnets vilja och slutligen att låta barnets vilja vara rådande, vilket stämmer överens med Bäck-Wiklunds (2001) resonemang om barnet som eget subjekt och även "expert" på ämnet *sitt eget bästa*.

5. RÄTTSREGLER OCH TILLÄMPNING

I detta kapitel kopplas empirin - domar från Högsta domstolen och Tingsrätten - med teoridelen – rättsreglerna – samt begreppen barnets bästa och barnets vilja. Först kommer en beskrivning av rättsreglerna gällande de olika paragraferna och därefter analyseras tillämpningen med indelning av olika teman utifrån innehållet i rättsreglerna.

I flera av de 116 lästa domarna är föräldrarna överens och domstolens uppgift är att besluta om att godkänna deras avtal om vårdnad, boende eller umgänge. I de 22 domar som granskats närmare är föräldrarna inte överens från början utan har blivit det under den rättsliga processens gång eller så har domstolen fått fatta ett avgörande beslut om hur konflikten skall lösas.

5:1 FÖRÄLDRABALKEN 6 KAP. 2A §

Barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. Vid bedömning av vad som är bästa för barnet skall det fästas avseende särskilt vid

- *Risken för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp eller att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa, och*
- *Barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.*

Hänsyn skall tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.
(6 kap. 2a § FB)

I lagkommentaren kan vi läsa att det inte finns några andra intressen än barnets bästa som kan gå före vid avgörande om hur vårdnad, boende och umgänge skall bedömas. Barnets bästa skall sättas före t.ex. rättvisa mellan föräldrar eller en förälders behov av kontakt med barnet. I prop.(2005/06:99 s.40) står att bedömning om barnets bästa skall utgå från beprövad erfarenhet och kunskap samt att barnet själv får komma till tals.

Sverige ratificerade FN:s barnkonvention 1990 (www.bo.se) och har i denna paragraf tagit hänsyn till artikel 3, där vi kan läsa att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn. Även artikel 12 berörs, där står det att konventionsstaterna skall tillförsäkra det barn som är i stånd att bilda egna åsikter rätten att fritt uttrycka dessa. Hänsyn till dessa åsikter skall tas i förhållande av barnets mognad och ålder (ibid.).

I lagkommentaren står att det som är bäst för föräldrarna oftast är bra för barnet, men barnet skall respekteras som en individ med egna uppfattningar. Bedömningar av vad som är barnets bästa kan inte göras schablonmässigt, utan det är viktigt att domstolar och socialnämnder tydligt redovisar hur man resonerat kring föräldrars lämplighet samt barnets egen inställning (prop. 2005/06:99). Den nya lagstiftningen 1 juli 2006 har lagt större vikt vid risken för att barnet eller annan närstående far illa. Större vikt har också lagts vid föräldrarnas förmåga att samarbeta.

I prop.(2005/06:99 s.46) står det att även mindre barn bör få komma till tals och att det därför inte är lämpligt att fastslå någon åldersgräns för när ett barns bör tillfrågas inom ramen för en vårdnadsutredning. Tidigare har man utgått från 12 års ålder som praxis för att ta hänsyn till barnets vilja, men den nya lagen har förtydligat att det inte skall finnas någon sådan gräns.

5:1:1 BARNETS BÄSTA - DEN ÖVERORDNADE PRINCIPEN

Att barnets bästa ska vara avgörande för alla beslut som rör vårdnad, boende och umgänge står tydligt i föräldrabalken. I de domar som granskats är det ofta tveksamt till vilken grad barnets bästa har varit avgörande. Ett exempel på en vanlig formulering som återfinns i domskäl är: *"Vad parterna överenskommit i fråga om vårdnad får anses vara förenligt med barnets bästa"* (Alingsås Tingsrätt, T 10302-07, s.2). Av de 22 domar från tingsrätten i Alingsås och Göteborg som vi granskat finns följande eller liknande formuleringar i 14 domar. Att beslutet eller överenskommelsen är förenlig med barnets bästa är inte samma sak som att barnets bästa har fått vara avgörande. Det verkar snarare som om tingsrätten har testat domslutet mot barnets bästa istället för att först se till barnets bästa och sedan komma fram till domslut utefter det. Det är dock möjligt att domslutet hade blivit likadant ändå. I två domar har barnets bästa inte redovisats alls, inte ens på det sätt som beskrivs ovan och endast tre domar har redovisat på vilket sätt domstolen har utgått från barnets bästa.

Barnombudsmannens (2005) undersökning, *Ta hänsyn till barnets bästa i verkställighetsmål*, visar liknande resultat vad gäller vilken hänsyn som tas till barnets bästa. Anledningen till att domstolarna sällan redovisar på vilket sätt de har utgått från barnets bästa kan vara flera. En möjlighet är att domstolen utelämnar känsliga uppgifter om föräldrarna och barnets situation och på så sätt undviker att dessa uppgifter blir en del av en offentlig handling. En annan möjlighet är att domstolen har för lite kunskap om vad som är barnets bästa och låter därför bli att redovisa hur den tänkt.

5:1:2 VIKTEN AV ATT REDOVISA TYDLIGT

När en överenskommelse mellan föräldrarna finns verkar tingsrätten inte anse att en motivering eller att tydligt redovisa hur man tänkt är lika viktigt. Enligt prop. (2005/06:99) är det viktigt att domstolen tydligt redovisar hur den har resonerat i bedömningen av barnets bästa. Detta är något som brister i de granskade domarna. Vissa domar är väldigt torftiga på innehåll och ovanstående citat kan ibland vara det enda som redovisas som domskäl. Det redovisas alltså inte *hur* domslutet är förenligt med barnets bästa utan enbart att tingsrätten finner det förenligt. Detta är särskilt tydligt när parterna når en överenskommelse.

Ett annat exempel är att motiveringen verkar finnas i socialnämndens utredning, som hänvisas till men som inte redovisas. Ett sådant är exempel är:

"Tingsrätten finner, bl.a. mot bakgrund av vad som framkommer i den umgängesutredning som utförts av Familjerätten i Göteborg, att det parterna nu är överens om kan anses väl förenligt med barnets bästa"
(Göteborgs Tingsrätt, T 4428-06, s.3).

Här finns inte heller någon motivering till varför det som framkommer i familjerättens utredning skulle "anses" väl förenligt med barnets bästa. I den här domen framkommer inget av vad som står i utredningen som domstolen använder som domskäl. För att uppnå önskvärd tydlighet borde kanske ett utdrag ur utredningen finnas med samt en motivering till vad i utredningen som gör att domstolen fattar sitt beslut baserat på den. En anledning till varför domstolen väljer att hänvisa till utredningen istället för att redovisa i domskälet hur den har tänkt skulle kunna vara för att domar är offentlig handling och utredningen kan innehålla mycket känslig information.

Det finns såklart domar som tydligare redovisar hur de tänkt, men det vanligaste sättet att redovisa verkar vara att redogöra för de fakta och åsikter som framkommit. I 12 av de domar

som granskats finns ingen motivering till domslutet alls och inte heller någon bakgrundsinformation. Tio domar innehåller bakgrundsinformation, mest om föräldrarnas situation och deras åsikter om varandra. En talande formulering för hur domstolen verkar resonera är:

”Vid en samling bedömning av omständigheterna finner tingsrätten att det inte finns tillräckliga skäl att flytta vårdnaden till fadern. Hans yrkande om detta ska därför avslås” (Göteborgs Tingsrätt, T 6797-06, s.8).

I det här fallet har omständigheterna redovisats och tingsrättens ”samlade bedömning” gör att de tar beslut i frågan. De har alltså inte redovisat vad i de samlade omständigheterna som avgör.

5:1:3 RISKEN FÖR ATT BARNET FAR ILLA

Andra punkten i föräldrabalken 6 kap. 2a § tydliggör att risken för att barnet far illa skall vara viktigt i bedömningen av vad som är barnets bästa. Även risken för att någon annan i familjen far illa anges som viktigt. I NJA (2006:5 s.26) står det att vårdnaden bara skall anförtros åt en av föräldrarna ensam när det framkommit särskilda omständigheter som talar mot gemensam vårdnad. En sådan omständighet kan vara att en förälder är olämplig som vårdnadshavare. Om båda föräldrarna motsätter sig gemensam vårdnad kan det däremot inte beslutas om detta. Om den som motsätter sig gemensam vårdnad har goda skäl, är det ofta olämpligt att gå emot den personens vilja. Motståndet kan bero på en önskan att skydda barnet. En förälder som till exempel har misshandlats av den andra föräldern och som lever med en oro eller med skräck för den andra föräldern kan ha svårt att, vid gemensam vårdnad, tillgodose barnets behov av trygghet och omsorg. (ibid.) I NJA (2006:5) har pappan förklarat att han är rädd för barnens mamma, på grund av att hon överfallit honom med kniv. Pappan kan inte tänka sig att ha någon kontakt med mamman. HD anser att de inte kan kräva att pappan skall ha direkt kontakt med en person som utsatt honom för ett så allvarligt övergrepp. De beslutar därför att den gemensamma vårdnaden skall upplösas och HD anser att vårdnaden bör anförtros åt pappan.

I 4 av 22 granskade domar framkommer det uppgifter om att barnet eventuellt kan fara illa hos någon av föräldrarna. I den ena av domarna (Göteborgs Tingsrätt, T 6797-06) beskriver mamman att pappan har misshandlat henne. Pappan är aldrig dömd för någon misshandel men det kan ändå sägas finnas en risk om våld i hemmet och därför en risk att barnet far illa, i enlighet med 6 kap. 2a § FB. Domstolens har dock inte betraktat detta som en risk att barnet far illa utan snarare som ett tecken på att föräldrarna har svårigheter att samarbeta. I domen står följande att läsa:

”Det skall för att den ensamma vårdnaden inte skall bestå finnas realistiska möjligheter att lösa tvister och andra meningsskiljaktigheter. De samarbetsproblem som finns idag är inte tillfälliga” (Göteborgs Tingsrätt, T 6797-06, s.6).

I detta fall skulle domstolen kunna motivera att det inte är till barnets bästa att pappan har vårdnaden med motiveringen att det finns risk att barnet far illa eftersom det finns en risk att pappan misshandlar någon i hemmet. Istället har domstolen valt att inte kommentera risken för att barnet far illa i domskälen och föräldrarnas svårigheter att samarbeta nämns istället som en orsak till att vårdnaden fortsatt är mammans ensam. I en annan dom (Göteborgs Tingsrätt, T 5043-06) framkommer flera olika beskrivningar om att barnet far illa hemma hos båda föräldrarna. Mammans nye sambo är dömd för våld i hemmet och dottern

har uppgett till pappan att mamman har slagit henne. Mamman beskriver att barnet utsätts för psykisk påfrestning och övergrepp hos pappan. Under en period var en kontaktperson tvungen att närvara vid umgänge med pappan. Även i detta fall ser domstolen dessa ömsesidiga anklagelser som ett tecken på att föräldrarna inte kan samarbeta snarare än att barnet riskerar att fara illa av våldet hos föräldrarna. Istället menar domstolen att det inte skulle vara till barnets bästa ifall föräldrarna skulle "tvingas" samarbeta mer, vilket skulle vara fallet vid gemensam vårdnad. Det är troligtvis svårt för domstolen att veta vilka av uppgifterna som stämmer när båda föräldrarna anklagar varandra och ännu svårare att bedöma hur det eventuellt påverkar barnets bästa.

5:1:4 BEPRÖVAD ERFARENHET OCH KUNSKAP

I prop.(2005/05:99) framkommer det att bedömningens av barnets bästa skall utgå från beprövad erfarenhet och kunskap. I våra granskade domar framkommer ingenting som tyder på att domstolen använder sig av beprövad erfarenhet och kunskap. Det görs inga referenser till källor som kan tänkas innehålla sådan kunskap. Säkerligen använder domstolen sig av beprövad kunskap men domstolen redovisar inte det. Kanske kan det även relateras till Granviks (1998) beskrivning av att domare som dömer i tvister som rör vårdnad, boende och umgänge ofta har för dåliga kunskaper om barns behov.

5:1:5 BARNETS VILJA

Något som poängteras i lagtexten, propositionen och barnkonventionen är vikten av att domstolen tar hänsyn till barnets vilja. Prop. (2005/06:99) förtydligar att det inte finns någon åldersgräns för att låta barn komma till tals. Tidigare har domstolar utgått från att barns vilja skall beaktas ifall barnet är över 12 år gammalt. I de granskade domarna tas barnets vilja med på olika sätt. Av 22 granskade domar redovisas barnets vilja i fem domar, men enbart två av domarna redovisar barnets vilja explicit. En dom redovisar barnets vilja genom att föräldrarna uttrycker vad barnet har sagt till dem. Två domar redovisar barnets vilja på följande sätt:

"Vid de samtal [familjerättssekreterare] haft med barnen synes de vara nöjda med den nuvarande situationen där de bor med båda sina föräldrar."
(Alingsås Tingsrätt, T140-07, s.5)

I detta fall verkar det som om barnen inte fått en direkt fråga utan familjerättssekreteraren verkar istället grunda sin bedömning på hur barnen har talat om föräldrarna. Barnen i detta fall var åtta och tio år gamla. I de fall där barnets vilja inte redovisas alls har föräldrarna alltid under processens gång kommit överens om hur vårdnad, boende och umgänge skall utformas. I den dom som redovisar barnets vilja explicit är barnet sju år gammalt, vilket är under den tidigare vedertagna 12-årsgränsen.

5:1:6 NÄRA OCH GOD KONTAKT MED BÅDA FÖRÄLDRARNA

6 kap. 2a § 2 p. FB tar upp barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. I de granskade domarna döms i fem fall inte ens till umgänge med den ena föräldern, men i dessa fall går det i tre av dem inte att få tag i den andra föräldern av olika anledningar. I de andra två döms det till ensam vårdnad och umgänget berörs inte alls. Anledningen kan vara att det inte i dessa fall inte tvistats om umgänge. I de övriga 17 domarna döms antingen till gemensam vårdnad eller till umgänge med båda föräldrar. Detta kan ses som ett tecken på att domstolen anser det viktigt att barnet har kontakt med båda föräldrar. I en dom lyfts denna punkt fram extra: *"Det är också visat att [mamman] är mån om att barnet får en nära och*

god kontakt med båda föräldrarna.” (Göteborgs Tingsrätt, T6797-06, s.7) Ovanstående citat visar att domstolen ansett denna punkt viktig och TR dömde i detta fall till ensam vårdnad för mamman och regelbundet umgänge med pappan. När föräldrabalken gjordes om 2006 bytte nuvarande punkt ett (risken att barnet far illa) och punkt två (nära och god kontakt med båda föräldrarna) plats eftersom lagstiftaren ansåg att risken för att barnet far illa skulle väga tyngre än barnets kontakt med båda föräldrarna. I de granskade domarna finns inget som tyder på att domstolarna skulle låta punkt ett väga tyngre, men inte heller någonting som tyder på att punkt två skulle väga tyngre.

5:2 FÖRÄLDRABALKEN 6 KAP. 5 §

Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna eller en av dem och vill någon av dem få ändring i vårdnaden, skall rätten besluta att vårdnaden skall vara gemensam eller anförtro vårdnaden åt en av föräldrarna.

Vid bedömning om vårdnaden skall vara gemensam eller anförtros åt en av föräldrarna skall rätten fästa avseende särskilt vid föräldrarnas förmåga att samarbeta i frågor som rör barnet. Rätten får inte besluta om gemensam vårdnad, om båda föräldrarna motsätter sig det.

*Frågor om ändring i vårdnaden enligt första stycket prövas på talan av en av föräldrarna eller båda. I mål om äktenskapsskillnad får rätten utan yrkande anförtro vårdnaden om barnet åt en av föräldrarna, om det är uppenbart att gemensam vårdnad är oförenligt med barnets bästa.
(6 kap. 5 § FB)*

I Statens offentliga utredning (SOU 2005:43 s.116 ff.) står det att det finns forskning som tyder på att barnet vid starka konflikter mellan föräldrarna får sämre psykisk hälsa vid gemensam vårdnad än vid ensam vårdnad. Om föräldrarna inte har ett någorlunda konfliktfritt samarbete i de frågor som rör barnet är det enligt SOU 2005:43 svårt att se att det skulle vara till barnets bästa om vårdnaden var gemensam. Föräldrarnas förmåga till samarbete innebär inte att föräldrarna måste vara helt överens i alla frågor som rör barnet. Gemensam vårdnad fungerar i de flesta fall bra för barnet även om föräldrarna har meningsskiljaktigheter i olika frågor, men föräldrarna måste kunna hantera sina delade meningar på ett sätt som inte går ut över eller skadar barnet (ibid.).

I regeringens proposition (2005/06:99 s.51) kan vi läsa att gemensam vårdnad bör förutsätta att föräldrarna har ett någorlunda konfliktfritt samarbete. Gemensam vårdnad får inte användas som ett sätt att tvinga föräldrar till samarbete, om föräldrarna inte kan sätta barnets bästa före den egna konflikten kan det vara oförenligt med barnets bästa att döma till gemensam vårdnad (ibid.).

I propositionen står det att samförståndslösningar, som en allmän utgångspunkt, kan antas vara bäst för barnet (2005/06:99 s.62 ff.). Trots att domstolar skall verka för en samförståndslösning, får de inte bortse från vad som är bäst för barnet. Hänsyn till om det kan vara till nytta för föräldrarna får inte komma före barnets bästa. I lagkommentaren står att om domstolen har möjlighet att besluta om gemensam vårdnad borde det alternativet framstå som det bästa för barnet. Det står också att en nära och god kontakt med båda föräldrarna underlättas om de kan samarbeta med varandra och genom samarbetssamtal kan föräldrarna förstå att gemensam vårdnad bör prövas i barnets intresse. Däremot måste en förälders motstånd mot gemensam vårdnad tas på allvar och den hänsyn till barnets bästa som tas upp i

prop.(2005/06:99) skall vara gällande.

5:2:1 VIKTEN AV SAMARBETE

1998 blev det möjligt att döma till gemensam vårdnad även mot en förälders vilja. Detta innebär att föräldrar skall samarbeta kring frågor som rör barnet trots att det mellan dem finns en konflikt. Sundberg (2002) påpekar att en stor grupp, ca 75 %, av de barn som upplever en skilsmässa påverkas negativt av föräldrarnas konflikt flera år efter skilsmässan. Den lagändring som gjordes 2006 innebär att föräldrarnas förmåga till samarbete särskilt skall beaktas. Barnets bästa skall även här vara utgångspunkten och inte en rättvisepincip mellan föräldrarna. Enligt Höjer/Röbäck (2007) skall alla aspekter av barnets situation uppmärksammas i en vårdnadstvist, men endast i 8 av de 22 granskade domarna från TR nämns samarbetet mellan föräldrarna och endast i två av dessa domar har det förordnats om samarbetssamtal. Detta trots att det i lagkommentaren tas upp som ett viktigt medel för att nå samförståndslösningar.

I prop.(2005/06:99) står det att samförståndslösningar kan antas vara bäst för barnet, men att även här måste barnets bästa vara utgångspunkten. Det är viktigt att tänka på att det inte är en rättvisepincip mellan föräldrarna som skall vara avgörande och gemensam vårdnad får inte användas för att tvinga fram ett samarbete. I en dom från Högsta Domstolen (NJA 2007:48 s.394) anförtros mamman ensam vårdnad om barnet. Som skäl anges att föräldrarna har samarbetsproblem av den arten att de inte anses kunna ta gemensamt ansvar för barnet och föräldrarnas konflikt kommer att drabba deras barn negativt. HD tar upp föräldrarnas bristande förtroende för varandra och föräldrarnas oförmåga att jämka samman sina uppfattningar. HD anser att gemensam vårdnad är oförenligt med barnets bästa, på grund av föräldrarnas oförmåga att samarbeta. Här utgår man från att ett frampressat samarbete inte är motiverat ur ett barnperspektiv på samma sätt som barnpsykiater Torgny Gustavsson beskriver i Phil/Thunander (2003), då han menar att svåra bråk mellan föräldrarna är mer förödande för barnet än om barnet träffar en förälder lite.

I 4 av de 8 fall där samarbete nämns i tingsrättsdomarna har det beslutats om ensam vårdnad. En av motiveringarna är:

”Enligt tingsrättens mening är parternas samarbetsproblem av sådan omfattning att gemensam vårdnad inte kan anses vara bäst för [barnet]. Det finns en beaktansvärd risk för att den tätare kommunikation mellan föräldrarna som skulle vara nödvändig vid gemensam vårdnad medför att konflikten dem emellan förvärras till skada för dottern.”
(Göteborgs Tingsrätt, T 3706-06 s.7)

Att inte medverka i familjerättens utredning kan också ses som ett bevis på att en förälder inte medverkar till ett fungerande samarbete. I domskälet från T 10364–06 s.13 (Göteborgs Tingsrätt), där mamman fick ensam vårdnad, står att:

”Han [pappan] har inte heller velat medverka i familjerättens utredning på det sätt som man kunnat förvänta av den som vinnlägger sig om samarbetsförmåga och kompromissvilja. Av parternas uppgifter anser tingsrätten att den vidare framgår att det varit ett tämligen begränsat egentligt samarbete mellan parterna vad avser barnen.”

Svårigheter i samarbetet kan i sig vara en anledning till ensam vårdnad då båda föräldrarna var för sig anses lämpliga som vårdnadshavare. I NJA (2000:54 s. 352 ff.) anförtros mamman ensam vårdnad. Mamman är rädd för barnens far på grund av att han tidigare misshandlat

henne, men högsta domstolen anser inte att detta längre kan anföras som ett skäl för att fadern skulle vara olämplig som vårdnadshavare. Däremot får mamman ensam vårdnad på grund av den djupa och svåra konflikt som finns mellan föräldrarna och som gör det omöjlig för dem att samarbeta. Detta överrensstämmer med SOU 2005:43 där det står att det inte är till barnets bästa med gemensam vårdnad om föräldrarna inte har ett någorlunda konfliktfritt samarbete.

I T 5863-06 (Göteborgs Tingsrätt) beskrivs föräldrarnas konflikt och i domskälet s.7 står att:

”det är utrett i målet att det finns en pågående konflikt mellan [mamman] och [pappan]. Denna konflikt har påverkat hela familjen, inte minst de båda sönerna som blivit indragna i föräldrarnas konflikt. Pojkarna har, med hänsyn till sina olika personligheter, på olika sätt tagit skada av konflikten. Allra tydligast har detta kommit till uttryck i att den yngste sonen [namn] vid tiden för tingsrättens huvudförhandling vårdas inneliggande på Barn- och ungdomspsykiatriska mottagningen på Östra sjukhuset i Göteborg.”

Vidare kan man läsa att *”det har framkommit att samarbetet mellan [mamman] och [pappan] inte fungerar. Båda parter har berättat att de inte kommunicerar med varandra.”* Detta är ett mycket komplicerat fall där i alla fall den äldste pojken, som är 17 år gammal, säger att syskonen vill att föräldrarna har gemensam vårdnad. Tingsrätten dömer till gemensam vårdnad med motiveringen att:

”en fortsatt gemensam vårdnad skulle främja barnens kontakt med båda föräldrarna och vara ett viktigt stöd för dem i vuxenlivet. ... Med tanke på barnens ålder kan det antas att det inte är lika många beslut rörande dem som förväntas behövas fattas av föräldrarna gemensamt. Därför är det tingsrätten uppfattning att föräldrarnas samarbetssvårigheter och bristande kommunikation inte utgör hinder mot att föräldrarna i fortsättningen utövar vårdnaden gemensamt. ... Vidare har utredningen visat att i vart fall [det äldsta barnet] uttryckt att han tycker det är viktigt att föräldrarna har gemensam vårdnad om honom och [brodern]” (ibid. s.8 ff.).

I denna dom utgår man från att det är barnens bästa att den gemensamma vårdnaden består och tingsrätten väljer att lägga stor vikt vid barnens ålder samt det ena syskonets vilja. Föräldrarna får trots den kraftiga föräldrakonflikten fortsatt gemensam vårdnad. I prop. (2005/06:99) står att en förälders motstånd måste tas på allvar, men här anses varken konflikten eller mammans motstånd vara skäl nog. Samarbetssamtal föreslås inte som en åtgärd för att försöka lösa föräldrarnas i stort sett obefintliga samarbete. I denna dom har man tagit fasta på barnens behov av samhörighet med båda sina föräldrar trots att dessa är i konflikt med varandra, såsom Sjösten (2003) anser viktigt.

Det finns ovan exempel på att denna paragraf används för att fatta beslut i enlighet med barnets bästa och barnets vilja och det finns i de fall denna paragraf används utförliga beskrivningar i domskälet till hur tingsrätten resonerat. Att resonemangen skiljer sig åt visar på svårigheterna i att tolka denna paragraf och att det finns olika åsikter om hur barnen påverkas av en föräldrakonflikt samt att det måste vara en individuell bedömning. I barnkonventionens 12 artikel (www.bo.se) kan vi läsa att barnen fritt skall få uttrycka sina åsikter i alla frågor som rör barnet, i några av domarna framkommer barnets åsikter bl.a. kring vårdnadsfrågan, men inte i någon av de 22 domarna från tingsrätten finns barnets åsikter om föräldrarnas samarbete dokumenterat.

5:3 FÖRÄLDRABALKEN 6 KAP. 6 § OCH SOCIALTJÄNSTLAGEN 3 KAP. 5 §

Står barnet under vårdnaden av båda föräldrarna eller en av dem, får de avtala att vårdnaden skall vara gemensam eller att en av dem skall ha vårdnaden om barnet. Avtalet skall gälla om det är skriftligt och socialnämnden godkänner det.

*Har föräldrarna avtalat om gemensam vårdnad, skall socialnämnden godkänna avtalet, om det inte är uppenbart att avtalet är oförenligt med barnets bästa.
(6 kap. 6 § FB)*

I lagkommentaren kan vi läsa att möjligheten att träffa avtal ytterligare betonar att samförståndslösningar bör eftersträvas. Dessa avtal skall godkännas om de inte uppenbarligen är oförenliga med barnets bästa. Om barnet motsätter sig avtalet finns skäl för socialnämnden att undersöka om det är förenligt med barnets bästa.

Det är i lagkommentaren till 6 kap. 6 § FB svårt att utläsa hur stor vikt som skall tas till barnets vilja. Däremot kan vi i prop. (2005/06:99 s.47) läsa att det skall tas lika stor hänsyn till barns rätt att komma till tals när det gäller överrenskommelser och avtal som skrivs via samarbetsamtal som det står i 3 kap. 5 § 2 st. SoL (SFS 2001:453):

*När en åtgärd rör ett barn skall barnet få relevant information och hans eller hennes inställning så långt det är möjligt klarläggas. Hänsyn skall tas till barnets vilja med beaktande av dess ålder och mognad.
(3 kap. 5 § 2 st. SoL)*

I lagkommentaren står att syftet med att barnets inställning bör klarläggas är att ett barn skall få uttrycka sin åsikt i saker som rör honom eller henne personligen. Barnets rätt att uttrycka sin åsikt betyder att dess inställning skall klargöras utan att barnet för den skull sätts i svåra valsituationer eller pressas på synpunkter. Hänsynen skall tas med beaktande av barnets ålder och mognad, det finns ingen särskild ålder angiven.

5:3:1 AVTAL OM VÅRDNAD

Avtal gällande vårdnad som föräldrarna kommit överens om skall enligt denna paragraf godkännas om de inte är oförenliga med barnets bästa. Barnet har möjlighet att motsätta sig avtalet och socialnämnden skall då undersöka om det är förenligt med barnets bästa. Barns rätt att komma till tals när det gäller avtal som godkänns av socialnämnden har, oss veterligen, inte prövats. Både Barnombudsmannen (2005) och barnkonventionen artikel 12 (www.bo.se) tar upp barnens rätt att delta i beslut som gäller dem. De är också viktigt att de får information om och förstår innebörden av de beslut som skall fattas. Även här är det viktigt att tänka på att det inte finns någon ålder angiven för när barnen skall komma till tals. Hur detta skall gå till finns det dock inga klara riktlinjer om i lagen. Barnombudsmannen (2005) anser dock att det är viktigt att alla barn, oavsett ålder, får komma till tals och att vuxna som arbetar med barnen har ett ansvar för att utveckla och använda metoder som för det möjligt även för yngre barn att få sin röst hörd.

Det har i denna uppsats, kapitel 5:1:1, konstaterats att det i de flesta av de domar som granskats i denna uppsats ansetts att det som föräldrarna är överens om är det bästa för barnet. Endast i en av de granskade domarna från tingsrätten (T 5863-06 s.8, Göteborgs Tingsrätt) framkommer det att barnen fått uttala sig kring frågan om vårdnaden, vilket kan ses som mycket anmärkningsvärt. Där står att ett av barnen i familjerättens utredning ”*har uttryckt att*

han tycker att det är viktigt att föräldrarna har gemensam vårdnad om honom och [brodern]". Ryrstedt/Mattsson (SvJT 2007 s.397) tror att domstolarnas praxis kan ha en indirekt normativ påverkan på de beslut som tas vid överenskommelser mellan föräldrar. Då måste förstås kunskapen om praxis finnas ute på familjerättsbyråerna och socialkontoren och praxis måste överensstämma med lagens intentioner.

I prop.(2005/06:99) stod att det skulle tas lika stor hänsyn till barns rätt att komma till tals vid avtal som skrivs via samarbetsamtal som det står i 3 kap. 5 § 2 st. SoL. Vid avtal som skrivs vid samarbetsamtal är det ibland svårt att utläsa hur mycket hänsyn som tagits till barnets vilja. Barnen är ofta inte direkt delaktiga i de beslut som tas när avtal skrivs, vilket vi kan läsa om i Höjer/Röbäck (2007). I deras undersökning förekom samtal med det enskilda barnet i mindre än hälften av de, av domstolen, begärda utredningarna genomförda av socialnämnden. I dessa utredningar framkom det än mer sällan tydligt vad barnen sagt. Kopplingen mellan 6 kap. 6 § FB och 3 kap. 5 § SoL kan ses som svag och något som måste lyftas fram både när det gäller vid avtal som skrivs vid familjerätten samt vid de beslut som tas i domstol. Det är viktigt att se samarbetsamtal som inte bara en möjlighet för föräldrarna att komma överens utan också en möjlighet för barnen att komma till tals, samarbetsamtal är inte enbart en föräldrarätt. Enligt Reimer (2002) handlar det oftare om att skipa rättvisa mellan föräldrarna än att utreda barnets vilja. Vilket inte verkar vara intentionen med dessa paragrafer. Reimer anser att domstolen bör ställa högre krav på redovisningen av barnets vilja när de gäller de vårdnadsutredningar som görs av familjerätten, eller själva höra barnen. Är föräldrarna överens om gemensam vårdnad innebär det inte alltid att det är samma sak som att barnets vilja eller barnets bästa har beaktats.

5:4 FÖRÄLDRABALKEN 6 KAP. 14A §

Står barnet under vårdnad av båda föräldrarna, får rätten på talan av en av dem eller båda besluta vem av föräldrarna barnet skall bo tillsammans med.

Föräldrarna får avtala om barnets boende. Avtalet skall gälla, om det är skriftligt och socialnämnden godkänner det.

(6 kap. 14a § FB)

I lagkommentaren står det att det borde vara lättare för en förälder att acceptera att barnet bor hos den andra föräldern än att den föräldern får ensam vårdnad. Domstolen kan besluta om växelvis boende bara i sådana fall där föräldrarna har gemensam vårdnad. Det kan beslutas om växelvis boende mot en förälders vilja. Är föräldrarna oense om gemensam vårdnad kan det givetvis ta sig uttryck i en ansökan om reglerat boende.

Det avgörande för rättens bedömning skall även här vara vad som är bäst för barnet. I lagkommentaren står det att detta innebär att rätten skall fästa särskilt avseende vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna, och risken för att barnet utsätts för övergrepp eller liknande. Hänsyn skall tas till barnets vilja med beaktande av dess ålder och mognad, lagkommentaren hänvisar till 6 kap. 2a § FB.

I prop. (2005/06:99 s.53) står att ett växelvis boende ställer särskilda krav på att föräldrarnas förmåga att samarbeta är god. Föräldrarna bör vara flexibla och inte kräva en millimeterrättvisa, utan sätta barnets behov i första rummet. Om barnet motsätter sig ett växelvis boende anses förutsättningarna för att ett gott samarbete skall komma till stånd små. Detta gäller även om föräldrarna är överens. I lagkommentaren står att det i de fall där föräldrarna är överens om växelvis boende sällan finns anledning att ta reda på barnets

inställning, men grundprincipen att rätten skall ta hänsyn till barnets vilja bör ändå gälla. Det står även att det inte finns något som hindrar att boendet lämnas oreglerat i ett avtal om vårdnaden.

5:4:1 BOENDE

Det finns inte mycket forskning kring hur barn påverkas av växelvis boende och föräldrar beslutar idag ofta om detta på egen hand, detta utan att behöva ta hänsyn till barnets vilja eller barnets bästa. I lagkommentaren står att boendet kan lämnas oreglerat vid avtal om vårdnad samtidigt som vi i prop. (2005/06:99) kan läsa att det bästa för barnet skall vara avgörande och att växelvis boende ställer särskilt höga krav på föräldrarnas samarbetsförmåga. Detta motsäger varandra och ger föräldrarna fritt spelrum att bestämma utifrån sina egna önskemål. Enligt Ryrstedt/Mattsson (SvJT 2007 s.392) präglas en separation av ett konfliktperspektiv och beslut som rör barnen kan ofta komma att präglas av motsatta intressen. De anser därför att det inte går att utgå ifrån att föräldrar som är i konflikt med varandra kan enas om vad som är det bästa för barnet och lyssnat till barnets vilja, även om det inte är det samma man själv önskar. Ryrstedt/Mattsson trycker på vikten av att barnet måste få komma till tals.

Endast i två av de domskäl som granskats från tingsrätten framkommer det att barnen har fått möjlighet att yttra sig kring det avtal kring växelvis boende som föräldrarna diskuterat hos familjerätten. I dessa fall är barnen mellan 14 – 17 år, vilket skulle kunna ha haft en betydelse. Vi har dock i andra domar sett att barn i samma ålder inte fått denna möjlighet att yttra sig.

I T 5863-06 s.9 (Göteborgs Tingsrätt) står att det i familjerättens utredning framkommit att:

”pojarna vill vara ungefär lika mycket hos båda sina föräldrar, att de inte upplever bytena mellan föräldrarna som jobbiga och att de vill att det skall finnas utrymme för flexibilitet”

Pojkarna, som är 15 och 16 år, vill enligt familjerättens utredning vara hos sin pappa i samband med fotbollsträningar och matcher, vilket skulle innebära ett växelvis boende med byte flera gånger i veckan. Familjerätten har föreslagit boende enligt detta schema med motivering att det är det bästa för barnen och att det på grund av barnens ålder och mognad bör tas hänsyn till deras vilja. Tingsrätten är av en annan åsikt och dömer till växelvis boende varannan vecka, enligt pappans yrkande. Som motivering anger de att det boende familjerätten föreslagit skulle:

”generera för korta vistelser och för många uppbrott och byten. Det skulle skapa oro och otrygghet för pojkarna. ... Mot bakgrund av vad som framkommit i målet står det klart att vad [barnen] behöver är lugn och ro, trygghet och en tydlig struktur på vardagen. Enligt tingsrättens mening är det därför bäst för pojkarna med ett sedvanligt växelvis boende med boende tillsammans med vardera föräldern en vecka i taget, varannan vecka. ... Ett växelvis boende kan därför inte anses oförenligt med pojkarnas vilja och intresse” (T 5863-06 s.10-11, Göteborgs Tingsrätt).

I denna dom kan vi se att det inte tagits hänsyn till barnens vilja. Vi har tidigare, i kapitel 5:2:1, kunnat läsa att det finns samarbetsvårigheter mellan dessa föräldrar, vilket ytterligare borde försvåra ett växelvis boende. I prop. (2005/06:99) kan vi dessutom läsa att om barnen motsätter sig växelvis boende anses förutsättningarna för denna boendeform vara små. Frågan är om det i detta ärende skulle dömas till växelvis boende överhuvudtaget och när det nu gjordes borde förutsättningarna för att få det att fungera vara bättre om barnen var

med på överenskommelsen. I propositionen kan vi också läsa att föräldrarna bör vara flexibla och inte kräva millimeterrättvisa, vilket borde tala för att pojkarna kunde bo hos sin pappa i samband med matcher och träning. Det står vidare att föräldrarna skall sätta barnens behov i första rummet, en förutsättning för detta borde vara att lyssna på barnen.

I mål T 1371-06 s.8 (Alingsås Tingsrätt) görs bedömningen att föräldrarnas samarbetssvårigheter omöjliggör ett växelvis boende för dottern som fyller 14 år om två och en halv månad. Enligt boende- och umgängesutredningen framgår att dottern har uppgivit att *”hon kommer att må dåligt i resten av sitt liv om umgänget regleras och att hon aldrig kommer att låta sig tvingas att vara hemma hos sin pappa”*. Trots dotterns motstånd beslutades det om reglerat umgänge vartannat veckoslut, det blev dock inget växelvis boende som pappan yrkat.

Ett annat exempel på att domstolen vid beslut om växelvis boende kan ta hänsyn till föräldrarnas förmåga att samarbeta återfinns vi i dom T 3706-06 (Göteborgs Tingsrätt). Vi kunde i kapitel 5:2:1 läsa att mamman fick ensam vårdnad på grund av föräldrarnas oförmåga att samarbeta. I domskälet (s.7) står även att *”av samma anledning är det inte heller lämpligt med växelvis boende för [barnets] del”*.

I Höjer/Röbäcks (2007) undersökning redovisades barns vilja i hälften av domarna vilket får anses som mycket lågt, trots att det är ett högre antal än det urval som finns i denna uppsats. Enligt Höjer/Röbäck använder sig domstolen fortfarande oftast av en strikt 12-årsgräns när de bedömer om barnet är moget nog att höras. I de två ovan nämnda domarna där barnen är över 12 år har det förvisso samlats in uppgifter om deras vilja, men man har i domsluten ändå valt att ta lite eller ingen hänsyn till detta. I båda dessa mål ville föräldrarna ha ett reglerat umgänge, även om de inte var överens om hur det skulle se ut. Vi kan här se att utfallet har styrts mer av föräldrarnas önskemål och behov än av barnens vilja.

I lagkommentaren kan vi läsa att det sällan finns anledning att ta reda på barnets inställning om föräldrarna är överens. Detta stämmer dåligt överens med barns rätt till inflytande och deras rätt att vara med och påverka när beslut som rör dem fattas, som det står om i barnkonventionen (www.bo.se). Det är också tveksamt i vilken omfattning kraven på samarbete, som ställs vid överenskommelser om växelvis boende, efterlevs i praktiken då de flesta barn som har ett växelvis boende inte har varit föremål för någon utredning.

5:5 FÖRÄLDRABALKEN 6 KAP. 15 §

Barnet ska ha rätt till umgänge med en förälder som det inte bor tillsammans med. Umgänget kan ske genom att barnet och föräldern träffar varandra eller genom att de har annan kontakt.

Barnets föräldrar har ett gemensamt ansvar för att barnets behov av umgänge med en förälder som barnet inte bor tillsammans med så långt möjligt tillgodoses. Särskilt förordnade vårdnadshavare har ett motsvarande ansvar.

Barnets vårdnadshavare har ett ansvar för att barnets behov av umgänge med någon annan som står det särskilt nära så långt möjligt tillgodoses.
(6 kap. 15 § 1-3st. FB)

I lagkommentaren tydliggörs att umgänget är till för barnet i första hand och att det är barnets intresse och behov som ska vara avgörande. Som nämns ovan är det inte föräldrarnas behov

som ska vara avgörande utan barnets. Barnet behöver inte umgås med föräldern och det finns inte någon absolut rätt för föräldern att ha umgänge med sitt barn.

Umgänge på annat sätt än att barnet träffar föräldern är en möjlighet som finns lagstadgad i föräldrabalken (6 kap. 15 § 1st). I regeringens proposition (2005/06:99 s.89) står följande:

”Att umgänge kan ske genom annan kontakt är inte avsett att begränsa barnets rätt att träffa den andre föräldern. Möjligheten bör användas bara i undantagsfall som ett sätt att åstadkomma kontakt i situationer där ett vanligt umgänge inte kan komma till stånd i någon egentlig utsträckning. Så kan ibland vara fallet om föräldrarna bor långt ifrån varandra eller om en förälders rörelsefrihet är inskränkt, t.ex. på grund av långvarig sjukhusvistelse. Ett annat exempel är om barnet och föräldern sedan en längre tid inte har någon kontakt alls eller endast en ringa kontakt.”

Andra och tredje stycket i 6 kap. 5§ FB tar upp att det är båda föräldrarnas ansvar, likaväl som ensam vårdnadshavares ansvar, att se till att barnets rättigheter till umgänge tillgodoses. I 6 kap. 2a § 2p FB görs det klart att det är viktigt för barnet med en nära och god kontakt med båda föräldrarna.

Domstol kan döma till umgänge och utformningen av umgänge, men föräldrarna kan även själva skriva avtal om umgänge som socialnämnden ska godkänna (6 kap 15a § 3st FB). När avtal eller dom om umgänge inte verkställs på grund av en av föräldrarna, exempelvis om föräldern inte lämnar ifrån sig barnet, kan domstolen döma till vite (6 kap. 21 § FB och 21 kap. 3 § 1st FB).

Regeringens proposition (2005/06:99 s.56) tydliggör att det är viktigt för barnet att träffa andra närstående än enbart föräldrar. Barn har därför rätt till umgänge med andra för barnet viktiga personer exempelvis familjehemsföräldrar, mor- och farföräldrar samt styvföräldrar. Däremot konstaterar propositionen att andra närstående, förutom föräldrar, inte bör få väcka talan i domstol om umgänge utan att det är vårdnadshavares ansvar att tillgodose barnets behov av umgänge. Anledningen till propositionens motvilja till att låta andra närstående väcka talan beror på en uttrycklig vilja att inte utsätta barnet för fler rättsliga processer än vad som är nödvändigt. Istället ska det vara möjligt för socialnämnden att väcka talan och närståendes rätt till umgänge kan då bli aktuellt efter socialnämndens bedömning att barnets umgänge med den närstående är viktigare än den olägenhet en rättslig process innebär.

5:5:1 BARNETS RÄTT TILL UMGÄNGE

Det är barnet som har rätt till umgänge, vilket förtydligas i regeringens prop. (2005/06:99). Det är alltså inte föräldrar som har rätt till umgänge med sina barn och det skall inte heller finnas något krav på rättvisa mellan föräldrar. 13 av de 22 granskade domarna innehåller domslut om umgänge. Av dessa 13 domar så beslutar domstolen om barnets rätt till umgänge i sex fall. I ett fall framgår det inte vem som har rätt till umgänge med vem och i sex fall beslutas om förälderns rätt till umgänge med barnet. En formulering som *”pappan skall ha rätt till umgänge enligt följande...”* återfinns i flera domar och visar på en attityd i frågan om vem som har rätt till umgänge. En anledning till att domstolen formulerar sig på detta sätt kan säkerligen vara att parterna i målet är föräldrarna och inte barnet. Det är föräldrarna som framför yrkande om umgänge och domstolen antingen bifaller eller avslår partens yrkande.

Ett tecken på att föräldrarnas rättigheter ställs framför barnets rättigheter kan finnas i hur umgänget specificeras. I 8 av de 22 granskade domarna döms inte om umgänge alls. I två

domar specificeras inte umgänge mer än växelvis en vecka i taget. I tolv domar döms till umgänge som är mycket specificerat. Omfattning, veckodag, exakta klockslag och bestämda platser för överlämnande av barnet är vanliga i domslut och avtal. Att specificera umgänget på detta sätt kan ha flera orsaker. Dels kan det underlätta föräldrarnas planering i övrigt att veta exakt när de ska träffa sina barn, dels kan det tänkas vara bra för barnet att det finns en tydlig struktur och att barnet vet när det ska träffa sina olika föräldrar. Ytterligare en anledning kan vara att föräldrarna annars skulle skapa konflikter om hur umgänget ska ske, vilket skulle kunna drabba barnet. I domarna redovisas oftast inte varför domstolen dömer till vissa specificeringar av umgänget. I en dom anges följande:

”Parterna är i övrigt överens om att vara kontaktbara under förutsättning att de inte utför någon aktivitet som förhindrar detta. [Mamman] skall under alla omständigheter ges möjlighet att ringa till [barnet] klockan 17.00 under den lördag då [pappan] har umgänge med [barnet].” (Göteborgs Tingsrätt, T 2281-07 s.3)

Detta är ett tydligt tecken på ett föräldraperspektiv där mamman *under alla omständigheter* ska ges möjlighet att ringa till barnet vid ett bestämt klockslag och en bestämd dag. Det finns inget resonemang om att barnet eventuellt kan vara upptaget med annat kl. 17.00 på en lördag, leka med kompisar etc. Hade domen haft ett barnperspektiv och utgått från barnets bästa hade det troligen varit barnet som hade fått möjlighet att ringa sin förälder vid en viss tidpunkt. I domen kan anas mellan raderna att föräldrarna har haft en konflikt där kommunikation och kontaktbarhet har varit frågor där mamman har ansett att pappan har brustit.

Är det då till barnets bästa att specificeras umgänget så pass mycket att det ibland krävs flera sidor i ett avtal om umgänge? Att barnen vet när de skall umgås med varje förälder är såklart positivt, men barns vilja kan skifta från dag till annan. Flexibilitet är därför också viktigt för barnets bästa. Eftersom avtalet utformas som det gör så finns väldigt litet utrymme för flexibilitet. Att föräldrarna har ett fungerande samarbete är viktigt för barnets bästa och ifall ett mycket specificerat umgänge kan hjälpa dem att undvika konflikter så kan det sägas vara till barnets bästa. Ett avtal om umgänge kan däremot leda till svåra konflikter om och när avtalet bryts, vilket ger den ena föräldern möjlighet att driva en rättslig process i frågan. Ju mer specificerat avtalet om umgänge är desto svårare kommer det troligtvis vara att leva upp till det till punkt och pricka.

Barnombudsmannens (2005) undersökning *”Små barn och umgänge”* visar att det finns stora brister i domskälen vad gäller barnets bästa och att domslutets konsekvenser för barnet sällan beskrivs. I de domar som granskas redovisas inte konsekvenserna för barnets bästa av domslutet tydligt. De fall där föräldrarna har kommit överens redovisar oftast ingen information om barnet eller föräldrarnas situation och bakgrund. Därför är det svårt i sådana domar att ens utläsa konsekvenser för barnets bästa mellan raderna, vilket man kan göra i de domar där mer utförlig information finns redovisad. Schiratzki (2006) menar att domstolen bör fokusera på det enskilda barnet och göra en helhetsbedömning av barnets situation. Höjer/Röbäck (2007) poängterar att domstolen bör beakta alla aspekter av barnets situation. De granskade domarna tar dock främst upp föräldrarnas presenterade aspekter av situationen.

I regeringens prop. (2005/06:99) tydliggörs det att det är viktigt för barnen att träffa andra närstående än enbart sina föräldrar. Detta är något som Hobohm (2003) också poängterar som viktigt för barnet. I de domar som granskat har det inte nämnts något om att barnen också ska ha rätt till umgänge med andra närstående som exempelvis mor/farföräldrar. Det har heller inte beskrivits att kontakt med syskon skulle vara viktigt för barnet. Detta är ett tecken på föräldraperspektiv och att domstolen tenderar att behandla tvistemål om vårdnad, boende och

umgänge som vilken civilrättslig tvist som helst där parterna får föra fram sina yrkanden och argument. Med ett tydligare barnperspektiv borde domstolen kanske inhämta kompletterande information för att få ett helhetsperspektiv på barnets situation.

6. SLUTSATS OCH DISKUSSION

Detta avsnitt beskriver först uppsatsens slutsats utifrån syftet för att sedan föra en diskussion och en djupare analys om undersökningsområdet utifrån de granskade domarna.

6:1 SLUTSATS

Syftet med denna uppsats har varit att undersöka hur rättsreglerna i Föräldrabalkens sjätte kapitel beskriver barnets bästa och barnets vilja vid tvistefrågor som rör vårdnad, boende och umgänge samt studera hur dessa rättsregler används i praktiken, det vill säga hur domstolar förstår och dömer utefter rättsreglerna.

Föräldrabalkens sjätte kapitel innehåller regler om vårdnad, boende och umgänge. Lagtext, propositioner och inte minst barnkonventionen poängterar vikten av att låta *barnets bästa* vara avgörande i frågor som rör vårdnad, boende och umgänge. Rättsreglerna pekar även på vikten av att ta hänsyn till *barnets vilja* i dessa frågor. Utvecklingen av begreppen barnets bästa och barnets vilja i svensk rätt kan sägas vara en del av en process där det enskilda barnet mer och mer ses som ett eget subjekt och får mer makt och inflytande över sin egen situation.

Rättsreglerna pekar på flera delar av barnets situation som är viktigt för barnets bästa i tvister om vårdnad boende och umgänge, principer och förhållningssätt som domstolen bör beakta och besluta efter.

- Barnets bästa ska vara en överordnad princip när det gäller alla beslut kring barn.
- Domstolen skall tydligt redovisa hur den har tänkt kring barnets bästa.
- Risken för att barnet far illa skall vara viktigt i bedömning av vad som är barnets bästa.
- Bedömningen skall utgå från beprövad erfarenhet och kunskap.
- Barnets vilja ska beaktas med hänsyn till barnets ålder och mognad, men ingen särskild åldersgräns finns.
- Barnet ska ha en nära och god kontakt med båda föräldrar.
- En förutsättning för gemensam vårdnad är att föräldrarna kan samarbeta.
- Domstolen kan godkänna avtal om vårdnad, boende och umgänge som föräldrarna har kommit överens om ifall det är förenligt med barnets bästa. Barnet har möjlighet att motsätta sig avtalet.
- Det är barnet som har rätt till umgänge, inte föräldrarna, och rättvisa mellan föräldrar skall inte beaktas av domstolen.

Granskningen av de 22 domarna visar att domstolarna inte alltid lever upp till gällande rättsregler. Särskilt när föräldrarna är överens och domstolen godkänner ett avtal mellan föräldrarna åsidosätts flera av rättsreglerna. I sådana fall görs vanligen ingen grundlig

utredning för att undersöka vad barnets bästa är i det enskilda fallet eller ifall barnet löper risk att fara illa. Barnet får oftast inte heller göra sin vilja hörd när föräldrarna är överens.

Domstolarna lever sällan upp till kravet att tydligt redovisa hur den har resonerat kring beslutet, vilket ofta gör det svårt att avgöra exempelvis ifall beslutet grundas på beprövad erfarenhet och kunskap eller ifall utgångspunkten är barnets bästa.

Domstolarna verkar använda barnets bästa som en negation, dvs. att de kan tänka sig domslut så länge de inte går emot barnets bästa, vilket visar sig i formuleringar som *domslutet får anses förenligt med barnets bästa*. Då utgår inte domstolen från barnets bästa utan testar domslutet mot begreppet barnets bästa i efterhand. Även om detta inte utesluter att barnets bästa är avgörande för domslutet så visar det på föräldraperspektiv snarare än ett barnperspektiv.

Sammanfattningsvis kan sägas att domstolarna är dåliga på att leva upp till gällande rättsregler. Ett föräldraperspektiv är fortfarande vanligt, men några domar visar på försök att följa rättsreglerna och utgå från barnets bästa och barnets vilja i domslutet. En stor brist är dock att domstolarna är för dåliga på att motivera sitt domslut utifrån barnets bästa och barnets vilja och att redovisa hur den har resonerat.

6:2 DISKUSSION

En av slutsatserna efter att ha granskat 22 domar om vårdnad, boende och umgänge är att domstolen åsidosätter rättsreglerna när föräldrarna har kommit överens under processens gång och domslutet blir att godkänna deras avtal. I sådana fall framkommer inte barnets vilja, den information som ges i domen är i det närmaste obefintlig och domstolens resonemang är mycket bristfälligt redovisat. Vad beror detta på? Det är troligt att domstolen behandlar tvisten som en tvist mellan aktiva parter, vilket är det normala i rättssystemet i övrigt. Föräldrarna yrkar för domstolen vad de vill att domstolen ska besluta och presenterar sina argument. Domstolen avgör sedan frågan baserat på vad föräldrarna har sagt. När då föräldrarna har kommit överens finns ingen anledning för domstolen att besluta något annat. Men i tvisten finns minst en tredje part med, barnet, som inte ges samma rättigheter. Barnet blir inte en part i målet och får inte lägga fram yrkanden, bevis eller argument såvida inte domstolen efterfrågar det. Detta trots att barnets bästa skall vara avgörande.

En samlad bedömning av de granskade domarna visar att vissa domar lever bättre upp till rättsreglerna än andra, dvs. medan vissa domar knappt följer gällande rättsregler alls så lyckas andra följa flera av dem. Detta tyder på en ojämn nivå på domsluten och kanske även på de domare som arbetat fram domsluten. En anledning till detta kan vara att vissa domare saknar utbildning inom området.

En lösning på de brister som domstolarna verkar visa upp kan vara att inrätta särskilda domstolar för domar som rör barn – en barndomstol, något som även rekommenderas av Barnombudsmannen (2005). Att inrätta en sådan domstol hade troligtvis underlättat för domare att skaffa sig rätt kunskap om barns behov och dessutom underlättat för ett verkligt barnperspektiv där utgångspunkten är barnet och barnets bästa snarare än de två tvistande parterna – föräldrarna.

Ett verkligt problem som undersökningen visar på är att domstolen alldeles för sällan beaktar barnets vilja. Detta gäller särskilt när domstolen godkänner avtal, men även när föräldrarna inte är överens beaktas barnets vilja relativt sällan. Ibland framkommer barnets vilja indirekt,

dvs. att föräldrar redovisar vad barnet säger (oftast i linje med vad den föräldern själv vill) eller att familjerättens utredning visar på något utan att barnet har ställts en direkt fråga. Den tidigare gällande 12-årsgränsen har försvunnit och lagstiftarens motiv till det var att fler yngre barn skulle få komma till tals. Det har tyvärr öppnats en möjlighet för domstolen att inte låta äldre barn komma till tals med motiveringen att barnet inte är tillräckligt moget – tvärtemot lagstiftarens intentioner. En annan aspekt är att det är en sak att domstolen utreder barnets vilja, direkt eller indirekt, men en annan kan vara att domstolen faktiskt dömer utifrån barnets vilja. Våldigt sällan i de granskade domarna finns redovisat att domstolen dömt utifrån barnets uttryckliga vilja.

Domstolarnas brister i att utreda, redovisa och beakta barnets vilja kan sägas stå i kontrast till Höjer/Röbäcks (2007) diskussion om att barnet allt mer betraktas som ett subjekt som kan agera på egen hand. Uppsatsens undersökning visar att barnet som eget subjekt återfinns mer i rättsreglerna än i rättspraxis. Kanske är rättsreglerna ett viljeuttryck medan rättspraxis har en viss fördröjning, vilket skulle göra att rättsreglerna skulle få effekt om några år. Förutom att låta barnet bli subjekt är det dessutom viktigt att beakta barnets vilja eftersom barnet kan ses som expert på sin egen situation och är därför en viktig informationskälla.

Barn har behov av nära och god kontakt med båda sina föräldrar, men rättsreglerna fastslår att gemensam vårdnad och växelvis boende kräver att föräldrarna kan samarbeta. Men två föräldrar som tvistar i domstol om vårdnad, boende och umgänge kan troligtvis antas ha problem att samarbeta. Även umgänge borde kräva förmåga att samarbeta, men domstolarna verkar vilja överbrygga det genom att specificera umgänget oerhört mycket. Att umgänget måste specificeras så mycket är ett tydligt tecken på svårigheter att samarbeta. Om frågor som rör vårdnad, boende och umgänge skall bli bra för barnet behöver föräldrarna bli bättre på att samarbeta. Ett sätt för domstolen att främja samarbete mellan föräldrarna vore att göra samarbetssamtal obligatorisk för föräldrar som tvistar om vårdnad, boende och umgänge. Alla domslut som leder till gemensam vårdnad, växelvis boende eller umgänge för båda föräldrar skulle då innebära att föräldrarna är tvungna att genomgå samarbetssamtal även om de skriver ett avtal som domstolen skall godkänna. Skall samarbete vara ett krav är det även viktigt att föräldrarna ges möjlighet att bearbeta sin separation och konflikt, vilket troligtvis förhindrar och försvårar samarbete. Obligatoriskt samarbetssamtal skulle även kunna gälla för de föräldrar som separerar utan att det leder till en rättslig tvist, men från ett annat perspektiv kan det även vara viktigt att anta att föräldrar gör sitt bästa utan inblandning, kontroll och hjälp från domstol och myndigheter.

Föräldrabalken och tillhörande rättsregler siktar på ett barnperspektiv i alla frågor som rör barn, men domstolen agerar fortfarande utifrån ett föräldraperspektiv. Skulle ett barnperspektiv användas fullt ut skulle barnet kunna vara ett rättssubjekt med makt att själv väcka talan om vårdnad, boende och umgänge. Även i själva rättsreglerna finns tydliga spår av ett föräldraperspektiv. Exempelvis kan domstolen döma till vite när den ena föräldern förhindrar umgänge för den andra föräldern. Ifall en förälder själv väljer att avstå från umgänge finns ingen möjlighet för barnet att kräva vite trots att det uttryckligen är barnet som har rätt till umgänge – inte föräldern. Skulle ett barnperspektiv användas fullt ut borde barnet ges rätt att kräva skadestånd när dess rätt till umgänge inte tillgodoses. Bara att avtal om umgänge sluts mellan två föräldrar är ett tydligt tecken på ett föräldraperspektiv. Med ett barnperspektiv skulle avtal om umgänge slutas mellan barnet och respektive förälder. Det skulle åtminstone krävas att barnet var delaktig i processen och att dess röst blev hörd och togs på allvar.

Så länge rättsregler och domstolar försöker använda sitt ordinarie angreppssätt på barnrätten kommer inte ett barnperspektiv fullt ut bli möjligt. Så länge barnet är ett objekt som tvisten gäller och inte ett subjekt som är part i målet kommer barnet tyvärr att förbli relativt osynligt i tvister som rör barnet självt. Ett barnperspektiv fullt ut förutsätter att barnet blir ett eget rättssubjekt som kan väcka talan, sluta avtal och få sin vilja hörd.

REFERENSLISTA

OFFENTLIGT TRYCK

Propositioner

Prop. 2005/06:99, *Nya vårdnadsregler*

Statens offentliga utredningar

SOU 2005:43, *Vårdnad – boende – umgänge. Barnets bästa, föräldrars ansvar.*

Svensk författningssamling

SFS 1949:381 *Föräldrabalken*

SFS 2001:453 *Socialtjänstlagen*

LITTERATUR

Barnombudsmannen (2005): *Barnets bästa – barnombudsmannens synpunkter på frågor om vårdnad, boende och umgänge*. BR2005:06. Stockholm: Barnombudsmannen

Bäck-Wiklund, M. (2001): ”Senmodernt familjeliv och barns vardag”
i Bäck-Wiklund, M./Lundström, T. (red)(2001): *Barns vardag i det senmoderna samhället*.
Stockholm: Natur och Kultur

FN:s barnkonvention www.bo.se/Adfinity.aspx?pageid=44 (nedladdat 081016)

Granvik, M. (1998): ”Barnets bästa”
i Holm, K. (red)(1998): *Barnets rätt till båda föräldrarna*. Falun: Rädda barnen

Hobohm, S. (2003): *Barnets rätt*. Stockholm: Liber

Hollander, A/Borgström A, K. (2005): ”Rättsvetenskapliga metoder”
i Larsson, S/Lilja, J/Mannheimer, K. (red)(2005): *Forskningsmetoder i socialt arbete*.
Lund: Studentlitteratur

Hydén, H. (2001): *Rättsregler. En introduktion till juridiken*. Lund: Studentlitteratur

Hydén, H. (2002): *Rättssociologi som rättsvetenskap*. Lund: Studentlitteratur

Höjer, I./Röbäck, K. (2007): *Barn i kläm. Hur uppmärksammas barn i mål om verkställighet av umgänge?* Stockholm: Allmänna Barnhuset 2007:1

Kvale, S. (1997): *Den kvalitativa forskningsintervjun*. Lund: Studentlitteratur

Larsson, S. (2005): ”Kvalitativ metod”
i Larsson, S/Lilja, J/Mannheimer, K. (red)(2005): *Forskningsmetoder i socialt arbete*.
Lund: Studentlitteratur

Malmström, Å./Agell, A. (1999): *Civilrätt*. Malmö: Liber

- Nilsson, T. (2008): *Överlevnadshandbok för skilda föräldrar med gemensamma barn*. Stockholm: Ego förlag
- Phil, A-C./Thunander, T. (2003): *Rätten till ett barn*. Stockholm: Prisma
- Rejmer, A. (2002): *Domstolar missar barnets bästa*. www.dn.se (nedladdat 2008-10-08)
- Ryrstedt, E./Mattsson, T (2007): *Barn och föräldrar – kan vi acceptera dem som motparter?* Svensk Juridisk Tidsskrift 2007 s.290 ff.
- Sandin, B. (2003): "Barndomens omvandling"
i Sandin, B./Halldén, G. (red)(2003): *Barnets bästa – en antologi om barndomens innebörder och välfärdens organisering*. Stockholm: Symposium
- Schiratzki, J. (2000): *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige – En rättsvetenskaplig undersökning*. Stockholm: Alfa Print AB
- Schiratzki, J. (2003): "Barnkonventionen och barnets bästa – globalisering med reservation"
i Sandin, B./Halldén, G. (red)(2003): *Barnets bästa – en antologi om barndomens innebörder och välfärdens organisering*. Stockholm: Symposium.
- Schiratzki, J. (2006): *Barnrättens grunder*. Lund: Studentlitteratur
- Sjösten, M. (2003): *Vårdnad, boende och umgänge*. Stockholm: Norstedts Juridik
- Smith, A. B. (2002): "Interpreting and supporting participation rights: Contributions from sociocultural theory"
i *International Journal of Children's Rights* 10: 73-88.
- Socialstyrelsen (2004): *Samtal med barn i socialtjänsten*. Lindsberg: Socialstyrelsen
- Socialstyrelsen (2006:32): *Att skiljas – när man har barn*. Stockholm: Socialstyrelsen
- Socialstyrelsen (2006:31): *Gemensam vårdnad – vad innebär det?* Stockholm: Socialstyrelsen
- Socialstyrelsen (2006:2): *Meddelandeblad – nya vårdnadsregler*. Stockholm: Socialstyrelsen
- Statistiska centralbyrån (2006): *Barn och deras familjer*. Stockholm: SCB
- Sundberg, B. (2002): "Prediktorer för psykisk ohälsa hos barn och ungdomar efter separation och skilsmässa"
i Hindberg, B. (red)(2002): *Någon måste sätta ned foten... när föräldrar inte kan enas om vårdnad, boende och umgänge*. Stiftelsen Allmänna Barnhusets konferens 3 -5 december 2001
- Svenning, C. (2003): *Metodboken: [samhällsvetenskaplig metod och metodutveckling: klassiska och nya metoder i informationssamhället: källkritik på Internet]*. Eslöv: Lorentz.
- Svensson, G. (1994): *Rättssäkerhet och makt*. Nordstedts juridik

Thomassen, M. (2007): *Vetenskap, kunskap och praxis: introduktion i vetenskapsfilosofi*.
Malmö: Gleerups Utbildning

Thurén, T. (1991): *Vetenskapsteori för nybörjare*. Stockholm: Liber.

Trygged, S. (2005): "Fallstudiemetodik"
i Larsson, S/Lilja, J/Mannheimer, K. (red)(2005): *Forskningsmetoder i socialt arbete*.
Lund: Studentlitteratur

RÄTTSFALL

Högsta domstolen

NJA 2000:54

NJA 2006:5

NJA 2007:48

Tingsrätten

Mål nr. T 140-07	Alingsås Tingsrätt
Mål nr. T 226 07	Alingsås Tingsrätt
Mål nr. T 280-07	Alingsås Tingsrätt
Mål nr. T 396-08	Alingsås Tingsrätt
Mål nr. T 1092-07	Alingsås Tingsrätt
Mål nr. T 1190-06	Alingsås Tingsrätt
Mål nr. T 1294-07	Alingsås Tingsrätt
Mål nr. T 1371-06	Alingsås Tingsrätt
Mål nr. T 1839-06	Alingsås Tingsrätt
Mål nr. T 2129-07	Alingsås Tingsrätt
Mål nr. T 2281-07	Göteborgs Tingsrätt
Mål nr. T 3706-06	Göteborgs Tingsrätt
Mål nr. T 4428-06	Göteborgs Tingsrätt
Mål nr. T 4921-07	Göteborgs Tingsrätt
Mål nr. T 5043-06	Göteborgs Tingsrätt
Mål nr. T 5480-07	Göteborgs Tingsrätt
Mål nr. T 5681-07	Göteborgs Tingsrätt

Mål nr. T 5863-06 Göteborgs Tingsrätt

Mål nr. T 6797-06 Göteborgs Tingsrätt

Mål nr. T 7476-07 Göteborgs Tingsrätt

Mål nr. T 10302-07 Alingsås Tingsrätt

Mål nr. T 10364-06 Göteborgs Tingsrätt

Bilaga 1

FÖRKORTNINGAR

FB - Föräldrabalken

FN - Förenta Nationerna

HD - Högsta Domstol

NJA - Nytt Juridiskt Arkiv

Prop.- Proposition

SFS - Svensk författningssamling

SoL - Socialtjänstlagen

SOU - Statens Offentliga Utredningar

TR - Tingsrätten