



UNIVERSITY OF GOTHENBURG
SCHOOL OF BUSINESS, ECONOMICS AND LAW

Elin Östergren

ÄKTENSKAP + GEMENSAM VÅRDNAD = SANT?

- *En studie av föräldrars möjlighet att få ändring i vårdnaden inom ramen för ett bestående äktenskap*

HRO800 Examensarbete
HT 2018

Examensarbete på Juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Lotta Vahlne Westerhäll
Examinator: Sari Kouvo

Termin för examen: VT 2019

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

FÖRKORTNINGAR	5
1. INLEDNING.....	6
1.1 ETT OKLART RÄTTSLÄGE?	6
1.2 PROBLEMFÖRMULERING	7
1.3 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR	9
1.4 METOD OCH MATERIAL.....	10
1.4.1 Rättsanalytisk och empirisk metod.....	10
1.4.2 Analys av rättsfall som metod	11
1.5 AVGRÄNSNING.....	13
1.6 DISPOSITION	14
2. SVENSK VÅRDNADSLAGSTIFTNING	16
2.1 EN HISTORISK TILLBAKABLICK.....	16
2.2 VÅRDNADENS INNEBÖRD.....	17
2.3 VÅRDNADENS UTÖVANDE	18
2.3.1 Gemensam vårdnad	18
2.3.2 Gemensam beslutanderätt	19
2.4 ÄKTENSKAPETS BETYDELSE FÖR VÅRDNADEN	21
2.5 SAMMANFATTNING	25
3. BARNETS BÄSTA.....	26
3.1 ENLIGT BARNKONVENTIONEN.....	26
3.2 ENLIGT FÖRÄLDRABALKEN.....	27
3.3 BARNETS BÄSTA I EN VÅRDNADSTVIST	29
3.3.1 Nära och god kontakt med båda föräldrarna	29
3.3.2 Stabilitet, kontinuitet och barnets vilja.....	29
3.3.3 Avsaknad av risk för att barnet far illa	30
3.4 PRESUMTION OM GEMENSAM VÅRDNAD	30
3.4.1 Gemensam vårdnad inte alltid bäst för barnet	30
3.4.2 Utvecklingen i lagstiftning och praxis.....	32
3.5 SAMMANFATTNING	35
4. ÄNDRING I VÅRDNADEN	36
4.1 ALLMÄNT OM VÅRDNADSTVISTER	36
4.2 VEM KAN VÄCKA TALAN?.....	36
4.3 ÄKTENSKAPETS BETYDELSE FÖR TALERÄTTEN I 6 KAP. 5 § FB	37
4.4 ÄKTENSKAPETS BETYDELSE FÖR ÄNDRING I VÅRDNADEN	39
4.4.1 Avtala om ensam vårdnad?	40

4.4.2	Missbruk, försummelse eller i övrigt brister i omsorgen	40
4.4.3	Varaktigt förhindrad att utöva vårdnaden	41
4.5	SAMMANFATTNING	43
5.	ENSAM VÅRDNAD UNDER BESTÅENDE ÄKTENSKAP	45
5.1	GÖTA HOVRÄTT DOM 2013-06-13 MÅL T 124–13.....	45
5.1.1	Fakta i målet	45
5.1.2	Tingsrättens bedömning	45
5.1.3	Kommentar	46
5.1.4	Hovrättens bedömning	46
5.1.5	Kommentar	46
5.2	HOVRÄTTEN ÖVER SKÅNE & BLEKINGE DOM 2014-07-07 MÅL Ö 810–14.	47
5.2.1	Fakta i målet	47
5.2.2	Tingsrättens bedömning	47
5.2.3	Kommentar	47
5.2.4	Hovrättens bedömning	48
5.2.5	Kommentar	49
5.3	HOVRÄTTEN FÖR NEDRE NORRLAND DOM 2016-11-11 MÅL T 1208–16....	49
5.3.1	Fakta i målet	49
5.3.2	Tingsrättens bedömning	49
5.3.3	Hovrättens bedömning	50
5.3.4	Kommentar	51
5.4	HOVRÄTTEN FÖR VÄSTRA SVERIGE DOM 2018-11-06 MÅL T 3113–18.....	51
5.4.1	Fakta i målet	51
5.4.2	Tingsrättens bedömning	51
5.4.3	Kommentar	51
5.4.4	Hovrättens bedömning	52
5.4.5	Kommentar	52
5.5	SAMMANFATTNING	53
6.	ANALYS	54
7.	SLUTSATS	59
	KÄLLFÖRTECKNING.....	60

FÖRKORTNINGAR

Barnkonventionen	FN:s konvention om barnets rättigheter
FB	Föräldrabalken (1949:381)
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
LVU	Lag (1990:52) om särskilda bestämmelser om vård av unga
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
ÄktB	Äktenskapsbalken (1987:230)

1. Inledning

1.1 Ett oklart rättsläge?

I 2014 års vårdnadsutredning konstateras att antalet mål där föräldrar tvistar om vårdnaden har ökat med 48 procent från 2006 till 2015. Enligt utredningen beror målutvecklingen på flera olika faktorer, bland annat ett mer jämställt föräldraskap och att möjligheterna att få ensam vårdnad har utökats. Ytterligare en bidragande orsak till att vårdnadstvisterna ökar tros sannolikt vara en ökad förekomst av vårdnadsfall med internationell anknytning.¹ Utredningen visar att det har blivit allt vanligare med yrkanden om ensam vårdnad på grund av att en av föräldrarna befinner sig i ett annat land, långt bort från barnet. Ett gemensamt vårdnadsansvar kan i dessa fall medföra en rad praktiska svårigheter och det kan därför vara nödvändigt att den förälder som har barnet hos sig ansöker om ensam vårdnad för att få en fungerande vardag.²

Så var fallet i ett mål som avgjordes vid Göteborgs tingsrätt i december 2017 där en kvinna stämde sin make på vårdnaden om parternas två gemensamma barn.³ Omständigheterna i målet var att maken tillika pappa och vårdnadshavare till barnen var bosatt i Etiopien, medan mamman var bosatt i Sverige tillsammans med barnen. Mamman yrkade att rätten skulle besluta att hon skulle få ensam vårdnad om barnen eftersom det geografiska avståndet mellan makarna medförde svårigheter att utöva vårdnaden gemensamt. Pappan, som vid två tillfällen hade nekats uppehållstillstånd i Sverige, motsatte sig yrkandet genom ombud och ville att vårdnaden skulle vara fortsatt gemensam. Föräldrarnas mål var att återförenas, helst i Sverige, och det fanns således inte något intresse av att upplösa äktenskapet.

Tingsrätten ställdes då inför frågan om det över huvud taget är rättsligt möjligt att besluta om ensam vårdnad under bestående äktenskap, eftersom huvudregeln enligt svensk rätt är att vårdnaden är gemensam om föräldrarna är gifta med varandra.⁴

¹ SOU 2017:6 s. 28.

² SOU 2017:6 s. 142.

³ Göteborgs tingsrätt, dom 2017-12-20, mål T 10902-17.

⁴ 6 kap. 3 § FB.

Gemensam vårdnad innebär att vårdnadshavarna gemensamt ska fatta beslut i de frågor som rör barnen.⁵ Av omständigheterna i målet framgick att barnens vårdnadshavare varit svår att nå och att det därför varit problematiskt för mamman att inhämta makens samtycke för att gemensamt kunna fatta beslut rörande barnen. Det framkom exempelvis att kvinnan hade försökt göra ett pass till ett av barnen för att kunna hälsa på pappan i Etiopien, men att ansökan avslagits eftersom samtycke från barnets båda vårdnadshavare saknats. Avslaget motiverades med att kvinnan kunde ansöka om ensam vårdnad, vilket hon följaktligen gjorde.

Målet prövades mot bakgrund av 6 kap. 8a § FB som anger ett undantag till huvudregeln om gemensam vårdnad under äktenskapet. Enligt bestämmelsen kan en förälder få ensam vårdnad förutsatt att den andre vårdnadshavaren kan anses varaktigt förhindrad att utöva vårdnaden om barnet. Tingsrätten kom fram till att maken inte skulle anses varaktigt förhindrad att utöva vårdnaden på det sätt som avses i 6 kap. 8a § FB varpå kvinnans yrkande om ensam vårdnad avslogs. Tingsrättens beslut överklagades till hovrätten som inte fann något skäl till att meddela prövningstillstånd. Hovrättens beslut överklagades sedermera till Högsta domstolen och i juni 2018 meddelade HD att de ändrar hovrättens beslut och meddelar tillstånd till målets prövning i hovrätten. I skälet angavs följande:

*”I målet aktualiseras frågan om under vilka förutsättningar rätten kan förordna om ensam vårdnad under bestående äktenskap och om en förälder har rätt att föra en sådan talan. Frågan behöver belysas ytterligare i rättspraxis. Det är därför av stor vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt.”*⁶

1.2 Problemformulering

Problematiken kring frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap grundar sig i att huvudregeln enligt svensk rätt är att föräldrar som är gifta med varandra har gemensam vårdnad om sina barn. Äktenskapet medför automatiskt att vårdnaden blir gemensam och som utgångspunkt kvarstår den gemensamma vårdnaden även om föräldrarna senare skiljer sig.⁷ Äktenskapet kan således sägas ha stor betydelse för hur vårdnaden om ett

⁵ 6 kap. 11 §, 13 § 1 st. FB.

⁶ Högsta domstolens beslut om prövningstillstånd genom dom 2018-06-05, mål Ö 1095–18. 54 kap. 10 § 1 st. 1 p. RB.

⁷ 6 kap. 3 § FB.

barn ser ut och studerar man vårdnadslagstiftningen bekräftar även denna att det finns en norm som är gemensam vårdnad. De reformer som vårdnadslagstiftningen har genomgått visar på ett stort intresse hos lagstiftaren att tillse att vårdnaden om barn i största möjliga mån ska vara gemensam, eftersom gemensam vårdnad har konstaterats vara bra ur barnets synvinkel.⁸

På familjerättens område finns det dock ett intresse som står över alla andra när det gäller frågor om vårdnad, boende och umgänge och det är *barnets bästa*.⁹ Principen om barnets bästa kommer till uttryck både i barnkonventionen och i föräldrabalken och innebär bland annat att det är barnets bästa som ska vara avgörande vid bedömningen av frågor om vårdnad, boende och umgänge. I förarbetet har det även framhållits att det är viktigt att domstolen tydligt redovisar hur ett enskilt beslut förhåller sig till barnets bästa.¹⁰ Det är därför förvånansvärt att tingsrätten i sin dom som nu lett till att HD meddelat prövningstillstånd, inte benämner barnets bästa eller redovisar hur deras beslut tillgodoser barnets intresse.¹¹

Det som skiljer det här vårdnadsmålet från de flesta andra är att föräldrarna som tvistar om vårdnaden fortfarande är gifta med varandra. Vanligtvis väcks talan om ändring i vårdnaden i samband med att föräldrarna skiljer sig eller separerar.¹² Situationen att en förälder begär ensam vårdnad under bestående äktenskap hör kanske inte till den vanligaste, men den kan heller inte anses helt unik. Tänkbara situationer då en förälder begär ensam vårdnad under bestående äktenskap är likt tingsrättsdomen ovan, när en förälder befinner sig i Sverige ensam med ett eller flera barn och den andre vårdnadshavaren är kvar i hemlandet. En annan tänkbar situation där det kan finnas behov av att få till stånd en ändring i vårdnaden under bestående äktenskap är när det saknas förutsättningar för föräldrarna att samarbeta i frågor som rör barnet, men de av kulturella eller religiösa skäl inte kan eller vill upplösa äktenskapet.

Frågan om ändring i vårdnaden under bestående äktenskap har ännu inte prövats av HD, men har varit föremål för prövning ett fåtal gånger i hovrätten. Utgången i målen vittnar

⁸ Exempelvis 1991 års ändringar som syftade till att underlätta för föräldrar att i större utsträckning ta ett gemensamt föräldraansvar, se prop. 1990/91:8. Se även 1998 års vårdnadsreform vars syfte var att utöka användningen av gemensam vårdnad, se prop. 1997/98:7.

⁹ 6 kap. 2a § FB. Se även Oldenstedt, Föräldrabalken (1949:381) kommentaren till 6 kap. 2a §, Karnov.

¹⁰ Prop. 2005/06:99.

¹¹ Göteborgs tingsrätt, dom 2017-12-20, mål T 10902-17.

¹² SOU 2005:43 s. 266.

om en osäkerhet hos rättstillämparna hur frågan ska behandlas.¹³ Att HD nu meddelat prövningstillstånd enligt grunden i 54 kap. 10 § 1st 1p. (prejudikatdispens) visar att rättsläget är oklart och att vägledning i form av prejudikat är av stor vikt för att klargöra vad som gäller.

Ett oklart rättsläge är aldrig önskvärt ur ett rättssäkerhetsperspektiv och även om innebörden av rättssäkerhet är omdiskuterad, utgör *förutsebarhet* ett återkommande begrepp som får anses starkt förknippat med ett rättssäkert rättssystem. Enligt Vahlne Westerhäll är det viktigt att rättsliga beslut är förutsebara vilket ställer krav på att rättsreglerna innehåller ett visst mått av precision och tydlighet.¹⁴ Vahlne Westerhäll anför även att det är viktigt att lika fall bedöms på ett likvärdigt sätt och att domstolen är objektiv i sin bedömning för att uppnå en rättssäker rättstillämpning. Är reglerna otydliga ökar utrymmet för godtyckliga bedömningar, vilket innebär att förutsättningarna för att uppnå en konform rättstillämpning blir sämre.

I de fall det uppstår en fråga som är rättsligt oklar är det därför av stor betydelse för rättssäkerheten att söka klarhet i vad som gäller. Ska äktenskapet anses utgöra ett hinder för att få en rättslig prövning av vårdnaden och vilka möjligheter finns det enligt svensk lagstiftning att förordna om ensam vårdnad under bestående äktenskap?

1.3 Syfte och frågeställningar

Huvudregeln om gemensam vårdnad för föräldrar som är gifta med varandra har föranlett frågor om domstolens möjlighet att förordna om ensam vårdnad i de fall det föreligger ett äktenskap mellan föräldrarna. Uppsatsens övergripande syfte är därför att undersöka under vilka omständigheter en förälder enligt svensk rätt kan få ensam vårdnad under bestående äktenskap.

Enligt 6 kap. 2a § FB ska bedömningen av en vårdnadsfråga utgå från vad som är bäst för barnet. Uppsatsen syftar därför även till att undersöka hur huvudregeln om gemensam

¹³ Göta hovrätt, dom 2013-06-13, mål T 124–13.

Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2014-07-07, mål Ö 810–14.

Hovrätten över nedre Norrland, dom 2016-11-11 mål T 1208–16.

¹⁴ Vahlne Westerhäll, 2002, s. 16 f.

vårdnad under äktenskapet förhåller sig till bestämmelsen om barnets bästa och om dessa båda intressen alltid är förenliga med varandra.

För att uppnå syftet kommer följande frågeställningar diskuteras:

- Finns det några rättsliga hinder mot att tilldela en förälder ensam vårdnad under bestående äktenskap?
- Hur förhåller sig huvudregeln om gemensam vårdnad för gifta föräldrar till bestämmelsen om barnets bästa enligt studerade tings- och hovrättsavgöranden?
- Bör möjligheten att få ensam vårdnad under bestående äktenskap utökas i syfte att bättre tillgodose barnets bästa?

1.4 Metod och material

1.4.1 Rättsanalytisk och empirisk metod

Uppsatsen syftar till att undersöka hur huvudregeln om gemensam vårdnad förhåller sig till en förälders möjlighet att få ensam vårdnad under äktenskapet. För att besvara den första delfrågan, om det finns några rättsliga hinder mot att tilldela en förälder ensam vårdnad under bestående äktenskap, har jag använt mig av *rättsanalytisk metod*. Enligt Sandgren har den rättsanalytiska metoden ett vidare syfte än att enbart fastställa gällande rätt, vilket ofta beskrivs som den rättsdogmatiska metodens ändamål.¹⁵ Då frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap får anses vara rättsligt oklar, har den rättsanalytiska metoden använts för att med hjälp av förarbetena, analysera och problematisera de lagregler som gett upphov till uppfattningen att ensam vårdnad inte kan förordnas under äktenskapet.

Enligt Sandgren kan fastställandet av gällande rätt ingå som ett led i den rättsanalytiska metoden. I de delar som behandlar svensk vårdnadslagstiftning fastställs först vad som enligt de traditionella rättskällorna lagtext, förarbeten, praxis och doktrin, gäller i fråga om domstolens förutsättningar att besluta om ändring i vårdnaden, samt hur ändring i vårdnadsförhållandena kan åstadkommas. Dels undersöks vad rättskällorna anger om en förälders möjlighet att väcka talan om ensam vårdnad under bestående äktenskap och dels undersöks vilka motiv som ligger till grund för att just gifta föräldrar per automatik

¹⁵ Sandgren, 2018, s. 50.

erhåller gemensam vårdnad. Eftersom huvudregeln om gemensam vårdnad i vissa fall har visat sig utgöra ett hinder för en förälders möjlighet att få ensam vårdnad under bestående äktenskap, följer en kritisk analys av huvudregelns egentliga legitimitet samt hur regeln förhåller sig till bestämmelsen om barnets bästa.

Barnets bästa utgör en viktig utgångspunkt för uppsatsen och för att få en uppfattning om hur barnets bästa ska förstås har barnkonventionen, föräldrabalken och dess förarbete studerats tillsammans med doktrinen bestående av erkända verk på området undertecknade Singer, Rejmer, Ryrstedt och Schiratzki.

För att besvara uppsatsen andra delfråga, hur frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap har bedömts i rättstillämpningen, har *empirisk metod* använts. Eftersom frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap ännu inte har prövats av högsta domstolen saknas det prejudicerande avgöranden i frågan. Med hänsyn därtill har därför den underrättspraxis som funnits att tillgå på området tillmätts viss betydelse i frågan om en förälders möjlighet att erhålla ensam vårdnad under bestående äktenskap.

Det empiriska materialet består av de tings- och hovrättsdomar som har behandlat frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap. Det bör dock framhållas att även tillgången på underrättspraxis har varit begränsad, varför något urval i detta hänseende inte har gjorts. De domar som behandlas i uppsatsen under kapitel 5 är således samtliga domar som har funnits att tillgå på området enligt min efterforskning.

Jag vill därför understryka att de domar som förekommer i uppsatsens 5 kapitel inte syftar till att ge svar på vad som utgör gällande rätt i frågan om ensam vårdnad under äktenskapet, utan snarare har som ändamål att tydliggöra att frågan är rättsligt oklar. Avgörandena utgör exempel på hur frågan har bedömts i rättstillämpningen och vilka argument som har framförts i debatten. Eftersom utgången i målen inte ger någon enhetlig bild av hur rättstillämparen anser att frågan ska bedömas, har några egentliga slutsatser om rättsläget inte kunnat dras utifrån dessa.

1.4.2 Analys av rättsfall som metod

För att nyansera tingsrättens dom i målet vid Göteborgs tingsrätt som redogörs för inledningsvis, har uppsatsen delvis fokuserat på att undersöka hur rekvisitet ”varaktigt förhindrad” i 6 kap. 8a § FB ska tolkas. För att komma fram till hur bestämmelsen ska

tolkas och tillämpas har lagtext, förarbeten och doktrin studerats. En *analys av utvalda rättsfall* har använts som metod för att undersöka hur rättstillämpningen förhåller sig till rekvisitets avsedda tillämpning enligt rättskällorna. Ett urval av *empiriskt material* i form av domar från Göteborgs tingsrätt har utgjort underlaget för att undersöka vilka mönster som kunde urskiljas i tingsrättens bedömning och argumentation, i mål där vårdnadsfrågan avgjorts mot bakgrund av bestämmelsen i 6 kap. 8a § FB.

De generella mönster som upptäcktes i tingsrättens argumentation jämfördes därefter med bedömningen i målet där föräldrarna fortfarande var gifta med varandra för att se om äktenskapet i sig hade någon betydelse för utgången i målet.¹⁶

Insamlingen av det material som utgjorde underlaget för undersökningen gjordes genom att söka på rekvisitet ”varaktigt förhindrad” i Karnovs rättsdatabas. För att avgränsa materialet valde jag samma år som den meddelade tingsrättsdomen, dvs. 2017, och samma instans, dvs. Göteborgs tingsrätt. Av de domar som sökningen genererade valdes de domar ut där vårdnadsfrågan avgjorts mot bakgrund av bestämmelsen i 6 kap. 8a § FB. De mål där motpart saknades på grund av att föräldrarna var avlidna rensades bort eftersom de inte föranleder någon bedömning av rekvisitet ”varaktigt förhindrad”.

Eftersom det är barnets bästa som ska vara avgörande för bedömningen av vårdnadsfrågor gjordes dels en kvantitativ studie där materialet undersöktes med utgångspunkt i om barnets bästa omnämns i domskälet och dels en kvalitativ studie med fokus på hur tingsrätten tillämpar rekvisitet ”varaktigt förhindrad”. De mönster som kunde urskiljas i tingsrättens tillämpning jämfördes därefter med bedömningen i målet där rekvisitet ej ansågs uppfyllt. Syftet med studien var att undersöka om tingsrättens bedömning i målet där föräldrarna fortfarande var gifta med varandra, var överensstämmande med bedömningen i liknande fall och därmed kunde anses motiverad.

För att besvara den tredje och sista delfrågan, om möjligheten att få ensam vårdnad under bestående äktenskap bör utökas för att bättre tillgodose barnets bästa, vägs de omständigheter som har framkommit i undersökningen vilka talar för och emot ensam vårdnad under bestående äktenskap, mot varandra, för att sedan mynna ut i en slutsats om vilken väg jag anser att rättstillämpningen bör gå för att bäst tillgodose barnets bästa.

¹⁶ Göteborgs tingsrätt, dom 2017-12-20, mål T 10902–17.

1.5 Avgränsning

Uppsatsen behandlar primärt frågeställningen om under vilka förutsättningar en förälder kan få ensam vårdnad under bestående äktenskap. Uppsatsen fokuserar därför till stor del på huvudregeln i 6 kap. 3 § FB som anger att vårdnaden automatiskt blir gemensam om föräldrarna ingår äktenskap. Huvudregeln gäller dock enbart för olikkönade gifta föräldrar varför jag i min undersökning medvetet har bortsett från hur föräldraskap och vårdnad fastställs för samkönade par.

I uppsatsen undersöks främst skillnaderna i hur gifta och ogifta föräldrar behandlas i lagstiftningen. Under arbetets gång har jag dock kommit till insikt med att det görs stora skillnader även i förhållande till andra grupper i samhället. Men då uppsatsen i huvudsak inte är en normkritisk granskning av vårdnadslagstiftningen har jag valt att inte gå in närmare på detta.

Frågan om en förälders möjlighet att väcka talan om ensam vårdnad under bestående äktenskap har till viss del processrättslig prägel, eftersom den delvis innefattar frågor om talerätt. Talerätten utgör dock en viktig fråga för att kunna dra slutsatser om domstolens förutsättningar att över huvud taget kunna besluta om ensam vårdnad under bestående äktenskap. Därför har frågan om talerätt behandlats inom ramen för uppsatsen, dock enbart med utgångspunkt i reglerna om talerätt i föräldrabalken.

Det finns två situationer då en förälder kan medges ensam vårdnad under bestående äktenskap, vilka regleras i 6 kap. 7 § och 8a § FB. Anledningen till att 6 kap. 7 § FB får förhållandevis lite utrymme i uppsatsen jämfört med 8a §, är att en ändring i vårdnaden när det råder missförhållanden som riskerar att skada barnet, sällan föranleder någon större debatt. I de fall en förälder gör sig skyldig till missbruk, försummelse eller i övrigt brister i omsorgen råder det enighet kring att det är motiverat att överflytta vårdnaden till den andre vårdnadshavaren, alternativt till en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare med hänsyn till barnets bästa, obeaktat föräldrarnas äktenskap.

När det gäller situationen då en förälder är förhindrad att utöva vårdnaden (6 kap. 8 a § FB) är det dock inte lika självklart att överflytta vårdnaden. Därav fann jag det intressantare att belysa eventuella skillnader i tillämpningen av bestämmelsen i 6 kap. 8a § FB beroende på om föräldrarna är gifta med varandra eller inte.

Som exempel på en situation då en förälder kan tänkas begära ändring i vårdnaden under bestående äktenskap anges när delar av en familj flytt sitt hemland och kommer till Sverige, och den andre föräldern tillika vårdnadshavaren blivit kvar i hemlandet. Det finns intressanta migrationsrättsliga aspekter som hade kunnat utvecklas, till exempel hur ett domstolsbeslut att tilldela föräldern i Sverige ensam vårdnad påverkar den andre förälderns möjligheter att framöver komma till Sverige genom anknytning. Det får dock anses höra till en uppsats i migrationsrätt snarare än familjerätt.

1.6 Disposition

Uppsatsen är disponerad på sex kapitel och nedan följer en redogörelse för innehållet i varje kapitel:

I det *inledande kapitlet* redogörs för uppsatsens syfte och metod. Syftet, som är att utreda en förälders möjlighet att få ensam vårdnad under bestående äktenskap, ska besvaras genom tre delfrågor vilka presenteras i uppsatsens första del. I inledningen presenteras en dom meddelad av Göteborgs tingsrätt år 2017 som sedan resulterade i ett prövningstillstånd meddelat av HD. Domen presenteras i början av uppsatsen för att demonstrera att frågan är aktuell och rättsligt relevant vilket kan hjälpa läsaren att förstå uppsatsens syfte.

I det *andra kapitlet* redogörs för utvecklingen av svensk vårdnadslagstiftning och hur gemensam vårdnad har kommit att bli normen för såväl gifta som ogifta föräldrar. I kapitlet redogörs även för begreppen vårdnad och vårdnadshavare, samt skillnaden mellan faktisk och juridisk vårdnad. Äktenskapets betydelse för vårdnadsfrågan tas också upp under detta kapitel.

I det *tredje kapitlet* redogörs för principen om barnets bästa och hur begreppet ska förstås enligt föräldrabalken och barnkonventionen. Den rättsliga målsättningen med barnets bästa presenteras tillsammans med de faktorer som domstolen har att beakta vid bedömningen av en vårdnadstvist för att beslutet ska vara förenligt med barnets bästa. I detta kapitlet förs även ett resonemang om vilken vårdnadsform som ska anses vara bäst för barnet och huruvida det föreligger en presumtion om gemensam vårdnad eller ej.

Det *fjärde kapitlet* kartlägger när en rättslig prövning av vårdnaden aktualiseras samt under vilka omständigheter ändring i vårdnaden kan ske. Kort berörs även vilka som har talerätt i frågor om vårdnad samt vad lagen säger om en förälders möjlighet att få ensam vårdnad under bestående äktenskap. Här redogörs för de bestämmelser i föräldrabalken som föreskriver en möjlighet att få ändring i vårdnaden obeaktat föräldrarnas äktenskap, samt hur dessa ska tolkas och tillämpas.

I det *femte kapitlet* presenteras exempel ur rättstillämpningen där 6 kap. 8a § föräldrabalken har tillämpats. Här redogörs även för fyra hovrättsdomar där frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap har prövats för att visa hur rättstillämparen har tolkat lagstiftningen och bedömt frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap mot bakgrund av huvudregeln i 6 kap. 3 § FB.

Av *sjätte kapitlet* följer en analys av rättsläget vad gäller frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap. Här besvaras frågan om det finns några rättsliga hinder mot att tilldela en förälder ensam vårdnad trots att föräldrarna fortfarande är gifta med varandra. Här redogörs även författarens tankar om huvudregeln om gemensam vårdnads förenlighet med barnets bästa. Avslutningsvis förs ett lege-ferenda resonemang om huruvida möjligheten att få ensam vårdnad under bestående äktenskap bör utökas.

Det *sjunde och sista kapitlet* summerar och besvarar de frågor som uppställts i uppsatsens syfte och sammanfattar även författarens tankar och reflektioner i ämnet.

2. Svensk vårdnadslagstiftning

2.1 En historisk tillbakablick

Enligt svensk rätt finns det två olika vårdnadsformer, gemensam vårdnad och ensam vårdnad. Gemensam vårdnad om barn födda inom äktenskapet infördes genom lag om barn i äktenskap år 1920. Huvudregeln för barn födda utom äktenskapet var likt idag att de står under vårdnad av modern ensam, 6 kap. 3 § 1st. FB.

I svensk rätt skiljer man på förmyndarskap och vårdnad, även om dessa ofta sammanfaller. En anledning till denna uppdelning kan vara att det fram till 1950-talet var pappan som utsågs till ensam förmyndare för barnet, trots att vårdnaden var gemensam.¹⁷ Idag följer förmyndarskapet vårdnadsansvaret vilket innebär att om föräldrarna har gemensam vårdnad utövas förmyndarskapet av föräldrarna gemensamt.¹⁸ Skillnaden mellan vårdnad och förmyndarskap är att förmyndaren sköter barnets ekonomiska angelägenheter medan vårdnadshavaren har ett ansvar för barnets personliga förhållanden.¹⁹ I vårdnaden ingår ett ansvar för att barnet får omvårdnad, trygghet och en god fostran.²⁰

Gemensam vårdnad har länge varit en vårdnadsform förbehållen äkta makar och först år 1976 infördes en bestämmelse som möjliggjorde för ogifta föräldrar att efter domstolsprövning få gemensam vårdnad. Innan lagändringen var det således nödvändigt att den gemensamma vårdnaden upplöstes om föräldrarna skilde sig.²¹ De ändringar som vårdnadslagstiftningen har genomgått visar en tydlig utveckling mot att vårdnadsansvaret i största möjliga mån idag ska vara gemensamt, oavsett om föräldrarna är gifta eller ogifta. Lagstiftarens vilja att utöka användningen av gemensam vårdnad har bland annat kommit till uttryck genom att man har gjort det enklare för ogifta föräldrar att erhålla gemensam vårdnad. Idag räcker det till exempel med en anmälan till socialnämnden i samband med att faderskapet bekräftas.²²

¹⁷ Schiratzki, 1997, s. 166.

¹⁸ Walin & Vängby, 2010, s. 10:4.

¹⁹ Schiratzki, 1997, s. 167.

²⁰ 6 kap. 1 § FB.

²¹ Prop. 1975/76:170 s. 1.

²² 6 kap. 4 § 2 st. 1 p. FB.

Lagstiftaren har även gjort det enklare för föräldrar som skiljer sig att behålla vårdnaden gemensam. Sedan en lagändring år 1983 kan föräldrar efter äktenskapsskillnad fortsätta att ha gemensam vårdnad utan att det kräver ett särskilt domstolsbeslut.²³

En viktig del i att utöka användningen av gemensam vårdnad var 1998 års vårdnadsreform, vars uttalade syfte var att bana väg för en utökad användning av gemensam vårdnad. I samband med reformen införde lagstiftaren en möjlighet för domstolen att besluta om gemensam vårdnad mot en förälders vilja.²⁴ I den praxis som följde därefter utvecklades en uppfattning om att ensam vårdnad endast kunde förordnas om det förelåg särskilda omständigheter som talade emot gemensam vårdnad.²⁵

Den familjerättsliga regleringen har sedan början av 1970-talet genomgått betydande förändringar vilka samtliga har strävat efter att tillgodose barnets intressen i relation till föräldrarna.²⁶ Synsättet att vårdnaden om ett barn som utgångspunkt ska vara gemensam inom äktenskapet har rötter långt tillbaka i tiden. Emellertid får lagstiftarens övertygelse om att gemensam vårdnad är bäst för barnet anses ha vuxit sig starkare på senare tid.

2.2 Vårdnadens innebörd

Vårdnad, boende och umgänge regleras i 6 kap. FB och utgångspunkten är att ett barn står under vårdnad av båda sina föräldrar om inte vårdnaden har anförtrotts åt en eller två särskilt förordnade vårdnadshavare.²⁷ Av 6 kap. 1 § FB följer att barn har rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran. Den som har vårdnaden om ett barn har ansvaret för barnets personliga förhållanden och en skyldighet att se till att barnets behov blir tillgodosedda. Vårdnadshavaren ska även se till att barnet får den tillsyn som behövs med hänsyn till barnets ålder och utveckling, samt bevaka att barnet får tillfredsställande försörjning och utbildning.²⁸ Det juridiska ansvaret kvarstår till dess att barnet fyller 18 år och uppnår myndig ålder.²⁹

²³ Prop. 2005/06:99 s. 33–34.

²⁴ Prop. 1997/98:7 s. 1. 6 kap. 5 § FB.

²⁵ NJA 1999 s. 451, NJA 2000 s. 345, NJA 2006 s. 26.

²⁶ Prop. 2005/06:99 s. 34f.

²⁷ 6 kap. 2 § 1 st. FB.

²⁸ 6 kap. 1–2 §§ FB.

²⁹ 6 kap. 2 § FB.

2.3 Vårdnadens utövande

Reglerna om vårdnadens utövande finns i 6 kap. 11–13 §§ FB och enligt nämnda bestämmelser har vårdnadshavaren en rätt att besluta i frågor som rör barnets personliga angelägenheter samt en skyldighet att se till att barnets grundläggande behov av omvårdnad, trygghet och god fostran blir tillgodosedda.³⁰ Rätten att bestämma över barnets angelägenheter infördes genom 1983 års reform eftersom det ansågs att vårdnadshavarens plikt att tillgodose barnets behov borde åtföljas av en rätt för vårdnadshavare att besluta i frågor som rör barnet.³¹ Införandet av bestämmelsen utgjorde ett stöd för vårdnadshavarens möjlighet att hävda barnets intressen, samtidigt som den markerade vårdnadshavarens ansvar.³²

I svensk rätt skiljer man på rättslig och faktisk vårdnad om ett barn. Att vara vårdnadshavare innebär att man har det juridiska ansvaret för barnets person, medan faktisk vårdnad syftar på det faktiska omhändertagandet av barnet.³³ Vanligtvis är det den förälder som barnet bor hos som står för den faktiska vårdnaden om barnet. Den faktiska vårdnaden kan överlåtas utan att det påverkar vårdnadsansvaret. Så är exempelvis fallet vid tvångsomhändertagande enligt LVU eller vid en familjehemsplacering. Ett omhändertagande enligt LVU innebär inte att vårdnadshavarens vårdnadsansvar upphör även om möjligheten att utöva vårdnaden i viss mån inskränks till följd av beslutet att tvångsomhänderta barnet.³⁴

2.3.1 Gemensam vårdnad

Gemensam vårdnad var tidigare en vårdnadsform förbehållen gifta föräldrar. Idag kan både föräldrar som är skilda och föräldrar som aldrig varit gifta ha ett gemensamt vårdnadsansvar.³⁵ Föreligger det ett gemensamt vårdnadsansvar delar således föräldrarna på det juridiska ansvaret för barnet.³⁶

³⁰ Singer, 2012, s. 101.

³¹ Prop. 1981/82:168 s. 24.

³² Singer, 2000, s. 439.

³³ Mägi & Zimmerman, 2015, s. 218 f.

³⁴ Singer, 2000, s. 440–441.

³⁵ 6 kap. 3 § FB.

³⁶ Singer, 2000, s. 440.

En av grundtankarna bakom reglerna i 6 kap. FB är att i största möjliga utsträckning främja ett gemensamt föräldraansvar. I första hand ska föräldrarna komma överens om var barnet ska bo och hur umgänget mellan föräldrarna ska se ut.³⁷ Kan föräldrarna inte enas i dessa frågor är det i sista hand domstolen som har att avgöra vem av föräldrarna barnet skall bo tillsammans med och hur umgänget med den andre föräldern ska se ut.³⁸ Rätten kan besluta att barnet ska bo enbart hos den ena föräldern, eller växelvis hos båda föräldrarna. Bedömningen ska utgå ifrån vad som är bäst för barnet.³⁹

Domstolen har mandat att besluta i frågor om boende och umgänge, men är föräldrarna oense i andra viktiga frågor kan det vara nödvändigt att vända sig till domstol och begära ändring i vårdnaden.⁴⁰ Domstolen ska då bedöma om det finns förutsättningar för gemensam vårdnad eller om det är nödvändigt att tilldela en av föräldrarna ensam vårdnad. För att undvika upprepade tvister ska domstolen fästa särskilt avseende vid föräldrarnas förmåga att framöver samarbeta i frågor som rör barnet. Ett gemensamt vårdnadsansvar är inte möjligt i de fall båda föräldrarna motsätter sig detta.⁴¹

2.3.2 Gemensam beslutanderätt

Vid gemensam vårdnad tillkommer rätten och skyldigheten att besluta i frågor som rör barnet vårdnadshavarna gemensamt.⁴² I regel kräver ett gemensamt vårdnadsansvar gemensamma beslut vilket följaktligen förutsätter att föräldrarna är någorlunda överens. För särlevande föräldrar kan det vara opraktiskt att vid varje beslut behöva inhämta den andre vårdnadshavarens samtycke, varför det i förarbetet har konstaterats att den vårdnadshavare barnet bor hos ska ha rätt att besluta i frågor som rör det vardagliga livet.⁴³ Till exempel har det ansetts nödvändigt att boföräldern kan besluta i frågor som hör till den dagliga omsorgen om barnet, dvs. beslut om mat, kläder och sovtider.

Utgångspunkten är dock att vårdnadshavarna ska besluta i de frågor som faller inom vårdnadsansvaret gemensamt. Undantag gäller om en av vårdnadshavarna är förhindrad

³⁷ Walin & Vängby, 2010, s. 6:55.

³⁸ Singer, 2012, s. 131 jämte 6 kap. 14a § och 15 § FB.

³⁹ Oldenstedt, Föräldrabalken (1949:381) kommentaren till 6 kap. 14 a §, Karnov.

⁴⁰ 6 kap. 5 § FB.

⁴¹ 6 kap. 5 § 1–2 st. FB.

⁴² 6 kap. 13 § FB.

⁴³ Prop. 1997/98:7 s. 56.

att ta del i ett beslut som inte utan olägenhet kan skjutas upp. Då kan beslut fattas utan samtycke från den andre vårdnadshavaren.⁴⁴ Vårdnadshavaren ska dock inte anses förhindrad att ta del i beslutet om hans eller hennes åsikt går att inhämta utan oskäligen tidsåtgång eller besvär, vilket framgår av undantagsbestämmelsen i 6 kap. 13 § 2 st. FB. Beslut av ingripande betydelse för barnets framtid får i enlighet med huvudregeln inte heller fattas av en vårdnadshavare ensam, om inte barnets bästa uppenbarligen kräver det.⁴⁵ Frågor om barnets skolgång eller bosättning har ansetts vara beslut av ingripande betydelse⁴⁶ och är vårdnadshavarna inte överens i dessa frågor kan en av dem motsätta sig en viss åtgärd eller ett beslut rörande barnet.⁴⁷ Gemensam vårdnad ställer således ett långtgående krav på att föräldrarna kan nå varandra och komma överens i frågor som rör barnet.

I en av statens offentliga utredningar (SOU 2007:52) presenterades ett lagstiftningsförslag som innebar att en vårdnadshavare skulle kunna tilldelas självständig beslutanderätt inom ramen för gemensam vårdnad. Trots att flera remissinstanser ställde sig bakom förslaget ansåg regeringen att det inte fanns anledning att införa en uttrycklig bestämmelse som gav en vårdnadshavare ensam beslutanderätt i frågor som tillhörde den dagliga omsorgen. Som skäl för regeringens beslut anfördes bland annat att det skulle uppstå gränsdragningsproblematik avseende vilka frågor som skulle anses tillhöra den dagliga omsorgen om barnet.⁴⁸

Även Schiratzki har belyst problematiken kring den gemensamma vårdnadens krav på gemensamma beslut.⁴⁹ I en artikel skriver Schiratzki att den gemensamma beslutanderätten i praktiken innebär att var och en av vårdnadshavarna har en vetorätt i frågor som inte är av helt vardaglig karaktär, vilket kan medföra problem som i slutändan drabbar barnet.⁵⁰ Schiratzki anser därför att domstolens mandat att besluta om gemensam vårdnad mot en förälders vilja borde förutsätta att kraven på gemensamma beslut begränsas.⁵¹

⁴⁴ 6 kap. 13 § 2 st. FB.

⁴⁵ 6 kap. 13 § 1 st. FB.

⁴⁶ Walin & Vängby, 2010, s. 6:55.

⁴⁷ SOU 2007:52 s. 11.

⁴⁸ Prop. 1997/98:7, s. 55.

⁴⁹ Schiratzki, JT 2006/07 s. 353.

⁵⁰ Schiratzki, JT 2006/07, s. 358

⁵¹ Schiratzki, JT 2006/07, s. 358 f.

De diskussioner som har förts om att begränsa den gemensamma beslutanderätten och införa självständig beslutanderätt inom ramen för gemensam vårdnad har dock inte i sin helhet resulterat i någon ny lagstiftning. Det främsta argumentet tycks vara att det inte har ansetts förenligt med idén om gemensam vårdnad att begränsa en vårdnadshavares rätt att besluta i frågor som rör barnet. Detta eftersom gemensam vårdnad bygger på att båda föräldrarna ska ha rätt att besluta i frågor som rör barnet *oavsett* hur boendesituationen ser ut.⁵²

Däremot har det införts en möjlighet för socialnämnden att besluta om vissa åtgärder inom hälso- och sjukvården samt socialtjänsten, trots att vårdnadshavarna inte är eniga.⁵³ Enligt förarbetet ska möjligheten betraktas som ett undantag till huvudregeln om gemensam beslutanderätt. Paragrafen tar sikte på situationen då ett barn står under vårdnad av två vårdnadshavare och endast den ena samtycker till en åtgärd till stöd för barnet. Om socialnämnden bedömer åtgärden nödvändig med hänsyn till barnets bästa räcker det med samtycke från en av vårdnadshavarna. Införandet av bestämmelsen utgör således en principiellt viktig begränsning i det praktiska utövandet av gemensam vårdnad.⁵⁴

2.4 Äktenskapets betydelse för vårdnaden

Äktenskapet har enligt svensk vårdnadslagstiftning en central betydelse för hur vårdnaden av ett barn ska se ut. Av 6 kap. FB går det att utläsa att ingående av äktenskap automatiskt medför konsekvenser för vårdnadsfrågan. Huvudregeln som framgår av 6 kap. 3 § FB är att ett barn från födseln står under vårdnad av båda föräldrarna om dessa är gifta med varandra. Är föräldrarna inte gifta med varandra, men senare ingår äktenskap, står barnet från denna tidpunkt under vårdnad av båda föräldrarna. Äktenskapet medför att vårdnaden automatiskt blir gemensam och det fordras inte någon aktiv handling förutom giftermålet, för att vårdnaden ska ändras från ensam till gemensam. Om det senare döms till äktenskapsskillnad mellan föräldrarna ska barnet fortsatt stå under vårdnad av båda föräldrarna, om inte domstolen finner anledning att upplösa den gemensamma vårdnaden. Tilldelas den ena föräldern vårdnaden i samband med dom på äktenskapsskillnad, skulle

⁵² Se till exempel Singer, 2000, s. 441 och Prop. 1997/98:7 s. 55.

⁵³ 6 kap. 13 a § FB.

⁵⁴ Prop. 2011/12:53 s. 25 f.

vårdnaden åter bli gemensam om föräldrarna ingick äktenskap på nytt.⁵⁵ Rent lagtekniskt trumfar således äktenskapet en dom på ensam vårdnad.

Frågan är dock om inte huvudregeln om gemensam vårdnad för just gifta föräldrar kan betraktas som en relativt förlegad huvudregel?

Äktenskapet har en central roll inom familjerätten och det finns en rad juridiska rättigheter knutna specifikt till äktenskapet. Exempelvis har äktenskapet givits en särskild betydelse vid fastställandet av faderskapet.⁵⁶ Är föräldrarna gifta med varandra vid barnets födsel fastställs maken som rättslig förälder direkt enligt reglerna om faderskapspresumtion.⁵⁷ En man som är gift med en kvinna förutsätts därmed vara pappa till barnet och enligt 1 kap. 1 § FB är äktenskapet det centrala för presumtionen. Huruvida barnet har avlats före äktenskapets ingående eller under själva äktenskapet är oväsentligt.⁵⁸ Är föräldrarna däremot inte gifta måste faderskapet bekräftas innan pappan kan fastställas som rättslig förälder.⁵⁹ Moderskapet fastställs genom den oskrivna principen ”*mater semper certa est*”, vilket innebär att den som föder barnet alltid anses vara mamma till barnet.⁶⁰

Förutom att ett gift par⁶¹ fastställs som rättsliga föräldrar direkt vid barnets födsel medför äktenskapet även konsekvenser för vårdnadsfrågan. Enbart ett (olikkönat) gift par kan få gemensam vårdnad per automatik. Det förekommer således en särbehandling av gifta föräldrar i förhållande till ogifta, vilket kan utläsas direkt av de lagregler som behandlar frågan om fastställande av faderskap och vårdnad.

Huvudregeln för hur vårdnaden av ett barn ska se ut utgår från att föräldrarna vid barnets födsel är gifta med varandra.⁶² Statistik visar dock att endast cirka en tredjedel av alla föräldrar är gifta med varandra när första barnet föds.⁶³ I de fall föräldrarna inte är gifta tillfaller vårdnaden modern ensam och det fordras en aktiv handling av föräldrarna för att vårdnaden ska bli gemensam.⁶⁴ Reglernas utformning utgör inte enbart en särbehandling

⁵⁵ 6 kap. 3 § FB och NJA II 1983 s. 7.

⁵⁶ Mägi & Zimmerman, 2015, s. 39.

⁵⁷ 1 kap. 1 § FB.

⁵⁸ Walin & Vängby, 2010, s. 1:5.

⁵⁹ 1 kap. 3–4 §§ FB.

⁶⁰ Schiratzki, 1997, s. 121.

⁶¹ Reglerna gäller inte för *alla* gifta föräldrar utan förutsätter att det är ett gift olikkönat par. I andra fall gäller reglerna om fastställande av föräldraskap, se 1 kap. 9 § FB.

⁶² 6 kap. 3 § FB.

⁶³ Se SCB, *Sambo, barn, gifta, isär. Parbildning och separationer bland förstagångsföräldrar*, 2012, s. 9. https://www.scb.se/statistik/publikationer/be0701_2012a01_br_be51br1201.pdf

⁶⁴ 6 kap. 4 § FB.

av föräldrarna, utan får även konsekvenser för barnet. Är föräldrarna inte gifta med varandra får barnet inledningsvis inte någon rättslig relation till sin ena förälder. I förarbetena har det framhållits att gemensam vårdnad som utgångspunkt är den bästa vårdnadsformen för barnet. Det kan därför ifrågasättas varför inte utgångspunkten i lagstiftningen är att samtliga samlevande föräldrar erhåller gemensam vårdnad från barnets födsel?

Av regleringen kring äktenskap och vårdnad kan utläsas att lagstiftaren har ansett att det funnits anledning att göra skillnad på gifta och ogifta föräldrar. Eftersom faderskapet i det senare fallet måste bekräftas, kan det antas att reglernas utformning grundar sig i en uppfattning om att det finns ett större behov av att kontrollera att rätt person som fastställs som rättslig förälder, i de fall föräldrarna inte är gifta med varandra. Det borde dock råda enighet kring att äktenskapet inte utgör någon garanti för att det är just maken som är pappa till barnet, varför denna åtskillnad i lagstiftningen kan ifrågasättas.

Lagstiftarens tilltro till äktenskapet har följaktligen mynnat ut i en huvudregel vars innebörd är att äktenskapet per automatik medför gemensam vårdnad. Frågan är dock om det finns någon rimlig anledning att förbehålla just gifta föräldrar automatisk gemensam vårdnad. Om lagstiftarens vilja är att utöka användningen av gemensam vårdnad, varför medges inte automatisk gemensam vårdnad för andra än gifta olikkönade par?

Frågan diskuterades redan i prop. 1997/98:7 vari det framhölls att en ordning där alla föräldrar automatiskt får gemensam vårdnad om sina barn tydligare skulle markera föräldrarnas gemensamma ansvar för sina barn och barnets behov av båda sina föräldrar. Det ansågs redan då finnas goda skäl till att överväga att göra automatisk gemensam vårdnad till huvudprincip även för ogifta föräldrar, i synnerhet mot bakgrund av att ca 54 procent av alla föräldrar då var ogifta vid barnets födelse. Remissinstans i frågan var bl.a. barnombudsmannen vars uppfattning var att automatisk gemensam vårdnad borde införas för ogifta *sammanboende* föräldrar.⁶⁵ Trots att det idag är ännu lägre andel föräldrar som är gifta när de får sitt första barn, är automatisk gemensam vårdnad ännu inte någon rättslig möjlighet för ogifta föräldrar, sammanboende eller ej.

⁶⁵ Prop. 1997/98:7 s. 54 ff.

Av lagtexten att döma handlar det delvis om att faderskapet måste bekräftas innan lagstiftningen medger en ogift förälder rättslig status som vårdnadshavare. Följdfrågan är då av vilken anledning en make inte har ansetts behöva bekräfta sitt faderskap?

Utformningen av lagstiftningen visar att lagstiftaren har utgått från vissa förutbestämda normer och föreställningar om äktenskapet vid stiftandet av reglerna. Lagstiftaren har till exempel genom 1 kap. 2 § FB bestämt hur det normativa äktenskapet ska se ut samt vilka förpliktelser makar har gentemot varandra. Enligt bestämmelsen ska makar visa varandra trohet och hänsyn och gemensamt vårda hem och barn. Lagstiftarens syn på äktenskapet är således att makar lever och bor ihop och gemensamt vårdar hem och barn. Att gifta föräldrar förutsätts bo tillsammans framgår även av 18 kap. 3 § socialförsäkringsbalken som reglerar rätten till underhållsstöd. Enligt bestämmelsen medför äktenskapet en presumtion för sammanboende.

Genom att utgå från en idealbild av hur äktenskapet ska se ut, bortser man från de familjekonstellationer som inte passar in i de normer och föreställningar som lagstiftaren har. Den typiska situationen där frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap aktualiseras torde inte vara de fall där föräldrarna lever och bor tillsammans.

I de fall föräldrarna däremot inte bor tillsammans och av olika skäl saknar förutsättningar för en regelbunden kontakt kan det vara svårt att gemensamt fatta alla beslut som rör barnen. Dessutom anges i förarbetet att en förutsättning för att kunna utöva vårdnaden om ett barn är att föräldern har så pass god kontakt med barnet att denne känner till barnets behov. Så vad händer i de fall där föräldrarna inte har möjligheten att välja att bo i samma land på grund av till exempel ett nekat uppehållstillstånd?

Om äktenskapet hindrar en rättslig prövning av vårdnaden innebär det att rättsordningen ställer krav på att parter som vill ha ändring i vårdnaden först måste skilja sig. En sådan ordning förutsätter dels att föräldrarna *vill* begära äktenskapsskillnad och dels att de *kan* välja att upplösa äktenskapet. Om det finns kulturella eller religiösa aspekter som gör att parterna varken vill eller kan upplösa äktenskapet, kan det bli svårt för en ensamkommande förälder att få en fungerande vardag tillsammans med barnen, eftersom äktenskapets konsekvenser för vårdnadsfrågan kräver båda vårdnadshavarnas delaktighet i beslut kring barnen.

2.5 Sammanfattning

Gifta föräldrar har av lagstiftaren givits förmånen att direkt vid barnets födsel fastställas som rättsliga föräldrar och gemensamt få vårdnaden om barnet. Detta har i sin tur genom förarbeten och rättstillämpning tagit sig formen av en huvudregel som anger att gifta föräldrar skall ha gemensam vårdnad om sina barn. Syftet bakom huvudregeln tycks bland annat vara att erbjuda en smidig juridisk helhetslösning för gifta föräldrar avseende barn och ekonomi. Frågan är därför vad det finns för motiv till att hålla fast vid huvudregeln om gemensam vårdnad inom äktenskapet i de fall gemensam vårdnad inte innebär en smidig lösning för varken föräldrarna eller barnet.

3. Barnets bästa

3.1 Enligt barnkonventionen

FN:s barnkonvention antogs av FN:s generalförsamling den 20 november 1989 och slog fast att barn är individer med egna rättigheter.⁶⁶ Genom konventionen uttrycks att alla beslut och åtgärder som rör ett barn ska ha ett tydligt barnperspektiv. Det innebär att barn ska respekteras som fullvärdiga medborgare och kompetenta individer som innehar rättigheter vilka ska beaktas och tillvaratas.⁶⁷

Konventionen har ett specifikt syfte i att skydda barnet och dess särskilda behov. Den ger också uttryck för fyra grundläggande principer, vilka ska vara vägledande vid tolkningen och tillämpningen av konventionens övriga artiklar. I artikel 2 stadgas att konventionsstaterna ska skydda barn mot alla former av diskriminering och att alla barn har ett lika värde och lika rättigheter. Artikel 3 ger uttryck för principen om barnets bästa och enligt artikelns lydelse ska barnets bästa komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn, oavsett om de vidtas av domstolar eller sociala välfärdsinstitutioner. Barnets bästa ska bedömas utifrån varje enskilt fall och det enskilda barnets perspektiv ska alltid beaktas.

Begreppet barnets bästa ska ses som en allmän och övergripande princip. Uppfattningen om vad som är bäst för barn varierar mellan olika samhällen och situationer, varför det inte har ansetts varken möjligt eller önskvärt att definiera begreppet.⁶⁸ Barnets bästa måste bedömas vid varje tid och vid varje tillfälle och fyllas med innehåll utifrån det enskilda barnets särskilda behov och intressen.⁶⁹

Barnkonventionens artikel 6 fastslår rätten till liv och stadgar att konventionsstaterna ska göra sitt yttersta för att säkerställa barnets överlevnad och utveckling. Artikel 6 tar inte bara sikte på barns fysiska hälsa utan omfattar även den moraliska, psykiska och sociala utvecklingen.⁷⁰ Artikel 12 ger uttryck för att barns åsikter och vilja ska respekteras. I artikeln föreskrivs att barnets åsikter ska tillmätas betydelse i förhållande till dess ålder

⁶⁶ Singer, 2012, s 17.

⁶⁷ SOU 2017:6 s. 95.

⁶⁸ Rejmer, SvJT 2002, s. 141.

⁶⁹ Singer, 2012, s. 19.

⁷⁰ Singer, 2012, s. 38.

och mognad och att barn som är i stånd att bilda egna åsikter ska ha rätten att fritt uttrycka dessa i alla frågor som rör barnet. Barnets rätt att komma till tals markerar att ett barn ska ha rätt att aktivt påverka sitt liv genom att t.ex. delta i processer som berör barnet.⁷¹ Genom att fastslå att barn är innehavare av rättigheter fastslås även en rätt att få dessa tillgodosedda, vilket innebär att det åvilar andra⁷² en plikt och ett ansvar att tillgodose och skydda barns rättigheter.⁷³

Sverige ratificerade barnkonventionen år 1990 och det har genom olika utredningar konstaterats att svensk lagstiftning överlag ligger väl i linje med barnkonventionens bestämmelser.⁷⁴ Genom beslut den 20 juni 2018 fastslogs dock att FN:s barnkonvention blir svensk lag.⁷⁵ I socialutskottets betänkande avseende inkorporeringen av FN:s konvention om barnets rättigheter framförs att inkorporeringen av barnkonventionen i svensk lagstiftning innebär att barnets rättigheter blir synliggjorda, vilket skapar en grund för ett mer barnrättsbaserat synsätt i all offentlig verksamhet. Att ge barnkonventionen ställning som svensk lag innebär vidare ett förtydligande av rättstillämparnas ansvar att beakta de rättigheter som följer av barnkonventionen i beslutsprocesser som rör barn.⁷⁶

3.2 Enligt föräldrabalken

Bestämmelsen om barnets bästa infördes i svensk lag i samband med 1998 års vårdnadsreform med dåvarande lydelsen att barnets bästa skulle komma i främsta rummet. I syfte att stärka barnperspektivet ytterligare föreslog lagstiftaren i samband med reformen år 2006 att lydelsen skulle ändras. Enligt 6 kap. 2a § FB ska barnets bästa idag vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. Det innebär att inga andra intressen, så som rättviseaspekter mellan föräldrar, får gå före barnets bästa.⁷⁷ I propositionen framhålls att bestämmelsen om barnets bästa utgör en grundval för lagens

⁷¹ Singer, 2012, s. 33.

⁷² T.ex. föräldrar och socialnämnd. Även domstol och andra myndigheter som har en inverkan när det fattas beslut som påverkar barnets situation har att tillse att dessa rättigheter tillgodoses.

⁷³ Singer, 2012, s. 39.

⁷⁴ Socialutskottets betänkande, 2017/18: SoU25, s. 8.

⁷⁵ Ändringarna föreslås träda i kraft den 1 januari 2020 enligt socialutskottets betänkande 2017/18: SoU25.

⁷⁶ Socialutskottets betänkande, 2017/18:SoU25, s. 10.

⁷⁷ Oldenstedt, Föräldrabalken (1949:381) kommentaren till 6 kap. 2a §, Karnov.

mer konkreta regler och den ska därmed finnas med som en utgångspunkt vid tillämpningen av sjätte kapitlets övriga bestämmelser.⁷⁸

Trots den omfattande betydelse som barnets bästa har på familjerättens område saknas emellertid en definition av vad barnets bästa är.⁷⁹ Enligt lagstiftaren skulle införandet av en definition innebära att nödvändig flexibilitet i det enskilda fallet går förlorad.⁸⁰ Singer anser att barnets bästa måste avgöras utifrån varje enskilt barns behov och grunda sig på en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet, varför det inte finns någon poäng med att fastslå en samfälld innebörd av barnets bästa.⁸¹

Den rättsliga målsättningen med barnets bästa är att ett beslut på bästa sätt ska tillgodose ett barns olika behov och intresse. Bedömningen måste därför göras utifrån varje barns individuella förhållanden.

Lagtexten anger dock några omständigheter som särskilt ska beaktas vid bedömningen av vad som är bäst för barnet. Bland annat ska det fästas särskilt avseende vid risken för att barnet far illa, samtidigt som barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna ska iakttas.⁸² Bedömningen av vad som är barnets bästa ska göras utifrån vetenskap och beprövad erfarenhet och bygga på att barnet själv får komma till tals. För att kunna tillgodose barnets intresse är det nödvändigt att klargöra vad barnets intresse är. I föräldrabalken infördes år 1996 en uttrycklig bestämmelse om barns rätt att komma till tals i mål om vårdnad och umgänge och i förarbetet framförs att den som utreder ett mål om vårdnad ska försöka kartlägga barnets inställning samt redovisa den för domstolen.⁸³ Hur barnets behov av omvårdnad, trygghet och en god fostran bäst tillgodoses ska prövas av socialnämnd eller domstol från fall till fall.⁸⁴ Hänsyn ska också tas till föräldrarnas förutsättningar att uppfylla de uppgifter som vårdnadsansvaret innebär.⁸⁵

Det har i förarbetet framhållits att det är viktigt att domstolar och socialnämnder tydligt redovisar hur man har resonerat kring barnets bästa i det enskilda fallet och att ett resonemang om barnets egna inställning förs fram i domar i vårdnadsfall.⁸⁶

⁷⁸ Prop. 2005/06:99 s. 39.

⁷⁹ Schiratzki, Mamma och papa inför rätta, 2008, s. 83.

⁸⁰ Prop. 2005/06:99 s. 40.

⁸¹ Singer, 2012, s. 17.

⁸² 6 kap. 2a § 2 st. FB.

⁸³ Prop. 2005/06:99 s. 45.

⁸⁴ 6 kap. 1 § FB.

⁸⁵ Walin & Vängby, 2010, s. 6:16.

⁸⁶ Prop. 2005/06:99, s. 40.

3.3 Barnets bästa i en vårdnadstvist

Uppstår en tvist om vårdnaden ska domstolen besluta om vårdnaden ska vara fortsatt gemensam, eller om den ska tilldelas en av föräldrarna.⁸⁷ Domstolen ska då utgå från vad som är bäst för barnet.⁸⁸ I 6 kap. 2a § anges viss vägledning avseende vilka omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av barnets bästa. De omständigheter som specificeras i bestämmelsen utgör vägledning för domstolen och ska enligt förarbetet inte betraktas som en uttömmande uppräkningslista av de omständigheter domstolen har att beakta.⁸⁹

Nedan följer en redogörelse av de omständigheter som domstolen enligt FB ska fästa särskilt avseende vid i bedömningen av vad som är bäst för barnet.

3.3.1 Nära och god kontakt med båda föräldrarna

Domstolens prövning av en vårdnadstvist ska utgå från barnets bästa. Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet ska det fästas avseende särskilt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Enligt förarbetena markerar detta att barnets båda föräldrar är viktiga för barnets välbefinnande och utveckling. I prop. 2005/06:99 framhålls att lagen har en viktig funktion i att tillse att barnet får tillgång till båda sina föräldrar, eftersom det i de allra flesta fallen är bäst för barnet att ha en nära och god kontakt med båda sina föräldrar.⁹⁰

3.3.2 Stabilitet, kontinuitet och barnets vilja

Det finns även presumtioner som utvecklats och etablerats i praxis, vilka domstolen ska stödja sig på vid bedömningen av en vårdnadsfråga. Barnets behov av kontinuitet och stabilitet har i praxis ansetts vara av stor betydelse och så långt det är möjligt ska barn undvikas att utsättas för stora förändringar utan starka skäl.⁹¹

⁸⁷ 6 kap. 5 § 1 st. FB.

⁸⁸ 6 kap. 2 a § FB.

⁸⁹ Prop. 1997/98:7, s. 104.

⁹⁰ Prop. 2005/06:99, s. 42.

⁹¹ Rejmer, SvJT 2002, s. 143.

Den s.k. *kontinuitetsprincipen* innebär att domstolen så långt det är möjligt ska undvika att flytta ett barn från dess invanda miljö.⁹² Enligt 6 kap. 2a § 3st. FB är barnets vilja också en viktig aspekt vid bedömningen av hur vårdnaden ska se ut. Vilken betydelse domstolen tillmäter barnets åsikt beror på barnets ålder och mognad. Eftersom barns mognadsnivå och förutsättningar att uttrycka sin åsikt skiljer sig har lagstiftaren undvikit att fastslå en specifik ålder då ett barns vilja ska tillmätas betydelse.⁹³

3.3.3 Avsaknad av risk för att barnet far illa

Barn har en absolut rätt att inte utsättas för våld. Det innebär att ett barns behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna förutsätter att barnet inte riskerar att fara illa genom en sådan kontakt. Risken för att barnet far illa är inte enbart kopplad till att barnet själv utsätts för våld eller övergrepp, utan risken för att någon annan i familjen utsätts för våld eller övergrepp kan också medföra att barnet far illa. Om det framkommer uppgifter att det finns en risk att barnet far illa måste en riskbedömning göras. Kan en risk för att barnet kommer fara illa konstateras ska detta väga tungt vid bedömningen av vårdnadsfrågan.⁹⁴

3.4 Presumtion om gemensam vårdnad

3.4.1 Gemensam vårdnad inte alltid bäst för barnet

Frågor om vårdnad, boende och umgänge ska alltid avgöras med utgångspunkt i vad som är bäst för barnet.⁹⁵ För att avgöra vilken vårdnadsform som är bäst för ett barn måste de omständigheter som föreligger i det enskilda fallet, för det enskilda barnet, beaktas och bedömas.⁹⁶ Ur ett barns perspektiv torde det därför inte vara önskvärt att en vårdnadsform på förhand förutsätts vara den bästa för barnet, eftersom det beror på hur omständigheterna ser ut i det enskilda fallet. Trots detta visar de reformer som vårdnadslagstiftningen genomgått tillsammans med praxis på en uppfattning hos

⁹² Singer, 2012, s. 125.

⁹³ Prop. 2005/06:99 s. 45 f.

⁹⁴ Prop. 2005/06:99 s. 41 f.

⁹⁵ 6 kap. 2a § FB.

⁹⁶ SOU 2005:43 s. 478.

lagstiftaren att gemensam vårdnad ska anses vara den bästa vårdnadsformen för barnet.⁹⁷ Till exempel uttrycks i SOU 1995:79 att gemensam vårdnad ska betraktas som huvudregel och i prop. 2005/06:99 understryks att gemensam vårdnad i de allra flesta fall är en mycket bra vårdnadsform ur barnets synvinkel.⁹⁸

Att gemensam vårdnad ska vara utgångspunkten uttrycks även genom artikel 18 i barnkonventionen som föreskriver att medlemsstaterna har ett ansvar för att tillse att ett barns båda föräldrar är delaktiga i barnets uppfostran.⁹⁹ I den mån det är möjligt ska föräldrar ha ett gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling eftersom det har ansetts kunna främja goda förhållanden mellan barnet och dess båda föräldrar.¹⁰⁰

Enligt Ryrstedt, docent och professor i civilrätt, grundar sig denna uppfattning på en tro att barn alltid mår bäst av att ha kontakt med båda sina föräldrar och att båda föräldrarnas delaktighet i vårdnaden främjar en sådan kontakt. Ryrstedt menar dock tvärtom att så inte behöver vara fallet och hävdar att gemensam vårdnad inte utgör någon garanti för att båda föräldrarna tar ett reellt ansvar för barnet. Det enda som säkerställs genom gemensam vårdnad menar hon är en rättighet för respektive förälder att ta del i de beslut som rör barnet.¹⁰¹

I de fall det finns förutsättningar för föräldrarna att samarbeta i frågor som rör barnet är det möjligt att ett gemensamt vårdnadsansvar främjar goda förhållanden mellan barnet och föräldrarna. Men i de fall en förälder har motsatt sig gemensam vårdnad kan det ifrågasättas i vilken utsträckning det gemensamma vårdnadsansvaret främjar goda förhållanden. I RH 1999:13 ansåg hovrätten att ett påtvingat gemensamt ansvar skulle kunna leda till att föräldrarna *eventuellt* började samarbeta. Eftersom ett påtvingat gemensamt vårdnadsansvar innebär att en av föräldrarna har motsatt sig gemensam vårdnad, ställer jag mig kritisk till att en påtvingad gemensam vårdnad verkligen skulle kunna vara lösningen på föräldrarnas samarbetsproblem. I de fall föräldrarna inte klarar att fatta gemensamma beslut i frågor som rör barnet kan det istället uppstå upprepade konflikter mellan föräldrarna, vilket i sin tur kan leda till upprepade domstolsprocesser.

⁹⁷ Se t.ex. NJA 2000 s. 451. Prop. 2005/06:99 s. 50.

⁹⁸ SOU 1995:79 s. 80. Prop. 2005/06:99 s. 1.

⁹⁹ Artikel 18 barnkonventionen.

¹⁰⁰ Prop. 2005/06:99 s. 50.

¹⁰¹ Ryrstedt, SvJT 2009, s. 1013 ff.

Upprepade processer drabbar i slutändan det berörda barnet, varför det är viktigt att tingsrättens avgörande kan ses som slutligt.

Huruvida gemensam vårdnad främjar goda förhållanden mellan barnet och dess båda föräldrar beror således på omständigheterna i det enskilda fallet. Dessutom kan det konstateras att hur vårdnaden om barnet ser ut primärt reglerar vem som har rätt och skyldighet att besluta i frågor som rör barnet.¹⁰² En nära och god kontakt med båda föräldrarna bygger därför inte nödvändigtvis på ett gemensamt vårdnadsansvar. Lagstiftaren har dessutom genom umgängesrätten sett till att barnet kan tillgodoses en nära och god kontakt med båda sina föräldrar, oavsett hur vårdnaden eller boendet ser ut.¹⁰³

Självfallet är det önskvärt ur barnets perspektiv att båda föräldrarna är delaktiga i barnets uppfostran, i de fall det är motiverat med hänsyn till barnets bästa. I de fall föräldrarna inte kommer överens i frågor som rör barnet, kan det dock vara bäst för barnet att domstolen upplöser den gemensamma vårdnaden och tilldelar en av föräldrarna vårdnaden.

Enligt 6 kap. 15 § FB har båda föräldrarna ett gemensamt ansvar för att barnets behov av umgänge med den andre föräldern tillgodoses oavsett hur vårdnaden ser ut. Tanken med umgängesrätten är just att barnet ska ha rätt till kontakt med båda sina föräldrar, trots att de inte bor ihop eller har ett gemensamt vårdnadsansvar.¹⁰⁴ Det innebär att barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna kan tillgodoses även om vårdnaden inte är gemensam.

3.4.2 Utvecklingen i lagstiftning och praxis

Genom 1998 års vårdnadsreform infördes en möjlighet för domstolen att besluta om gemensam vårdnad mot en förälders vilja.¹⁰⁵ I NJA 1999 s. 451 konstaterade HD att de ändringar som gjorts i 6 kap. FB i samband med vårdnadsreformen måste innebära att gemensam vårdnad ska förutsättas vara den bästa vårdnadsformen för barnet.¹⁰⁶ Endast

¹⁰² 6 kap. 11 §, 13 § FB.

¹⁰³ 6 kap. 15 § FB.

¹⁰⁴ Walin & Vängby, 2010 s. 6:62.

¹⁰⁵ Prop. 1997/98:7 s. 50. Regeln kan utläsas motsatsvis av 6 kap. 5 § 2 st. FB.

¹⁰⁶ Wickström, SvJT 2001, s. 667.

när det föreligger särskilda skäl som talar emot gemensam vårdnad skall domstolen anförtro vårdnaden åt en förälder ensam.¹⁰⁷

Enligt HD utgör våld mot barnet eller den andra föräldern en särskild omständighet som kunde tala emot gemensam vårdnad, eftersom föräldern då visat sig olämplig som vårdnadshavare. Vårdnaden ska således anförtros åt en av föräldrarna om det föreligger särskilda skäl, eller om båda föräldrarna motsätter sig gemensam vårdnad.¹⁰⁸

I NJA 2000 s. 345 fastslogs även att en djup konflikt mellan föräldrarna utgjorde en särskild omständighet som kunde föranleda ett beslut om ensam vårdnad, förutsatt att konflikten var så svår att föräldrarna inte kunde samarbeta med varandra.¹⁰⁹

I den praxis som följde av 1998 års vårdnadsreform utvecklades en uppfattning om en rådande presumtion om gemensam vårdnad, eftersom endast särskilda omständigheter kunde medföra ett beslut om ensam vårdnad. Enligt förarbetet var det tänkt att möjligheten att besluta om gemensam vårdnad mot en förälders vilja skulle användas med stor försiktighet och lyhördhet, likväl resulterade lagändringen i att gemensam vårdnad dömdes ut mer eller mindre regelmässigt av domstolen.¹¹⁰ 2002 års vårdnadskommitté hade därför som syfte att undersöka hur den nya regeln hade tillämpats av domstolar. Utredningen visade att domstolen i relativt stor utsträckning beslutat om gemensam vårdnad med motiveringen att föräldrarnas samarbetsvårigheter inte varit så allvarliga att de vägt upp fördelarna med gemensam vårdnad.¹¹¹

Mot bakgrund av domstolens benägenhet att besluta om gemensam vårdnad trots att det förelåg omständigheter som pekade på samarbetsvårigheter mellan föräldrarna, infördes i samband med 2006 års reformarbete ett tillägg till bestämmelsen i 6 kap. 5 § FB.¹¹² Paragrafen fick ett andra stycke som föreskrev att domstolen skulle fästa avseende särskilt vid föräldrarnas förmåga att samarbeta. Syftet med bestämmelsen var att ”komma till rätta” med den praxis som utvecklats gällande presumtionen om gemensam vårdnad.¹¹³

I NJA 2007 s. 382 tillämpades bestämmelsen av HD som prövade hur svåra föräldrarnas samarbetsvårigheter måste vara för att gemensam vårdnad inte längre kan anses vara

¹⁰⁷ Walin & Vängby, 2010, s. 6:30.

¹⁰⁸ 6 kap. 5 §, 7 § FB.

¹⁰⁹ NJA 2000 s. 345.

¹¹⁰ Singer, SvJT 2014, s. 351.

¹¹¹ Walin & Vängby, 2010, s. 6:30.

¹¹² Prop. 2005/06:99 s. 50.

¹¹³ Prop. 2005/06:99, s. 51.

bäst för barnet. I målet konstaterade HD att en gemensam vårdnad förutsätter att det finns en realistisk möjlighet för föräldrarna att komma överens i frågor som rör barnet, utan att det uppstår ständiga konflikter som drabbar barnet. I domen framhålls även att gemensam vårdnad kräver att föräldrarna kan ta ett gemensamt ansvar. En avgörande faktor vid bedömningen av föräldrarnas samarbetsvårigheter är förutsättningarna att på sikt ha ett fungerande samarbete i frågor som rör barnet. Om föräldrarna behöver regelmässig hjälp att fatta beslut kring barnet tyder det på att gemensam vårdnad är oförenlig med barnets bästa.

Anna Singer, professor i civilrätt, skriver i sin artikel "*Gemensam vårdnad för alla föräldrar – barnets bästa eller social ingenjörskonst?*" att barnets bästa har hamnat i skuggan av rättens normbildande och handlingsdirigerande funktion. Reglerna på familjerättens område ska ha en konfliktlösande funktion och dess primära syfte ska vara att skydda och tillgodose barnets intresse vid en vårdnadstvist. Singer skriver att det starka betonandet av ett gemensamt vårdnadsansvar i realiteten handlar om att uppfostra föräldrar att bete sig på ett önskvärt sätt och Singer ställer sig kritisk till om barnets bästa verkligen tillgodoses vid handläggningen av dagens vårdnadstvister.¹¹⁴ I artikeln betonas även att ett gemensamt vårdnadsansvar i många fall är bra för barnet, men att det förutsätter att föräldrarna har förmågan att samarbeta och komma överens. Enligt Singer ska domstolen inte tvinga in föräldrar i ett gemensamt vårdnadsansvar när förutsättningar för detta saknas, enbart i syfte att upprätthålla föreställningar om en kärnfamilj som inte längre finns. Detta riskerar många gånger att förvärpa föräldrarnas situation, vilket leder till upprepade processer, vilket är bevisat ha en mycket negativ inverkan på barnet. Singer påpekar även att det faktum att en förälder ges ensam beslutanderätt i frågor som rör barnet inte påverkar barnets rätt till kontakt med den andre föräldern. Om två föräldrar är lika lämpade att ha vårdnadsansvaret för barnet ska den förälder som är mest inriktad på att tillgodose barnets rätt till umgänge med den andre föräldern tilldelas vårdnaden.¹¹⁵

¹¹⁴ Singer, SvJT 2014, s.348.

¹¹⁵ Singer, SvJT 2014 s. 355 ff.

3.5 Sammanfattning

Frågor om vårdnad, boende och umgänge ska alltid avgöras utifrån vad som är bäst för barnet. Ofta förefaller det som är bra för föräldrarna också vara bra för barnet, eftersom en fungerande tillvaro för föräldrarna, är en bra tillvaro för barnet.¹¹⁶

Gemensam vårdnad blev i samband med 1998 års reform en tydlig målsättning vilket återspeglades i handläggningen av vårdnadstvister. Samtidigt framhålls i förarbetet att det är viktigt att komma ihåg att man inte kan förlita sig blint på en viss modell.¹¹⁷ Någon presumtion för eller emot gemensam vårdnad bör därför inte gälla eftersom bedömningen måste utgå från vad som är bäst för barnet utifrån de individuella förhållandena i det enskilda fallet.¹¹⁸

¹¹⁶ Prop. 2005/06:99 s. 39.

¹¹⁷ Prop. 1997/98:7 s. 51.

¹¹⁸ Oldenstedt, Föräldrabalken (1949:381) kommentaren till 6 kap. 5§, Karnov.

4. Ändring i vårdnaden

4.1 Allmänt om vårdnadstvister

Rättsliga ändringar av hur vårdnaden om ett barn ska se ut kan göras flera gånger under barnets uppväxt. Eftersom mål om vårdnad inte vinner rättskraft på vanligt vis¹¹⁹ kan frågor om vårdnad, boende och umgänge tas upp till prövning upprepade gånger förutsatt att någon omständighet i föräldrarnas eller barnets situation har förändrats.¹²⁰

Upprepade rättsprocesser och tvister mellan föräldrar har visat sig ha en negativ påverkan på barn.¹²¹ Samtidigt är möjligheten att väcka ny talan en viktig rättslig funktion ur barnets perspektiv, eftersom familjeförhållanden kan ändras snabbt, vilket också kan påverka vad som är bäst för barnet. Som tidigare konstaterat är det barnets bästa som enligt 6 kap. 2 a § FB ska vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. Vårdnadsmål är indispositiva vilket innebär att domstolen har att tillse att de frågor som tas upp till prövning blir tillbörligt utredda och att det enskilda barnets bästa prövas mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet.^{122 123}

4.2 Vem kan väcka talan?

Att vårdnadsmål är indispositiva innebär att domstolen har ett ansvar för att de frågor som tas upp till prövning blir tillbörligt utredda.¹²⁴ Av detta följer en skyldighet för rätten att i varje enskilt fall göra en prövning av vad som är bäst för barnet. Det följer även en skyldighet att pröva vem som har talerätt i ett familjerättsligt tvistemål. En särskild prövning av karendens och svarandens rätt att föra talan angående den aktuella saken ska därmed alltid göras. Prövningen sker vanligtvis genom kontroll av uppgifterna i folkbokföringsregistret alternativt genom att den som anser sig taleberättigad lämnar in

¹¹⁹ SOU 2017:6 s. 461.

¹²⁰ NJA 2011 s. 311

¹²¹ Se t.ex. Singer, SvJT 2014.

¹²² Prop. 2005/06:99, s. 36.

¹²³ Schiratzki, 2008, s. 70.

¹²⁴ 6 kap. 19 § FB.

ett personbevis till rätten. Om rätten finner att någon av parterna saknar talerätt föreligger ett tvingande processhinder och talan ska då avvisas.¹²⁵

Fråga är då vem som är taleberättigad i ett mål om vårdnad enligt svensk lagstiftning? Av 6 kap. 5 § FB framgår att frågor om ändring i vårdnaden prövas på talan av en eller båda föräldrarna och att rätten om någon av föräldrarna vill få ändring i vårdnaden ska besluta om vårdnaden ska vara gemensam eller anförtros åt en av föräldrarna.

Även socialnämnden har under vissa omständigheter rätt att väcka talan om ändring i vårdnaden, vilket motiveras av att samhället har ett särskilt ansvar för att barn inte far illa.¹²⁶ Ändring i vårdnaden kan även ske till följd av att rätten i mål om äktenskapsskillnad utan särskilt yrkande prövar frågor om vårdnad, boende och umgänge.¹²⁷

4.3 Äktenskapets betydelse för talerätten i 6 kap. 5 § FB

Regeln om vem som har rätt att väcka talan om ändring i vårdnaden verkar till synes relativt okomplicerad och ger vid handen att det enda i lagen uppställda kravet för att få väcka talan om ändring i vårdnaden är att vara förälder till barnet.¹²⁸ Rättstillämpningen visar dock att frågan om en förälders talerätt inte är så enkel. I flera tingsrättsavgöranden har en förälders talan om ensam vårdnad avvisats med hänvisning till att äktenskapet utgör ett hinder för att väcka talan om ändring i vårdnaden mot sin make eller maka.¹²⁹

Frågan är då var det kan utläsas att en förälders möjlighet att väcka talan om ensam vårdnad ska påverkas eller inskränkas för att föräldrarna är gifta med varandra? I doktrinen framförs en ståndpunkt av Sjösten som anser att ett beslut om ensam vårdnad inom ramen för äktenskapet inte är möjligt eftersom svensk lagstiftning anger att vårdnaden ska vara gemensam om föräldrarna är gifta.¹³⁰

¹²⁵ NJA 2017 s. 430.

¹²⁶ 6 kap. 7 § 4st. FB.

¹²⁷ 6 kap. 5 § 3 st. FB. 14 kap. 5 § ÄktB.

¹²⁸ 6 kap. 5 § FB.

¹²⁹ Se argumentationen i följande mål: Helsingborgs tingsrätt, dom 2014-02-24, mål T 76–14. Hovrätten för nedre Norrland, dom 2016-11-11, mål T 1208–16.

¹³⁰ Sjösten, 2014, s. 59.

Om man däremot studerar 6 kap. 5 § FB som reglerar en förälders rätt att väcka talan om ändring i vårdnaden, kan det inte utläsas att äktenskapet skulle utgöra ett hinder för att föra en sådan talan. I den mån äktenskapet är tänkt att utgöra ett hinder för att få till stånd en ändring i vårdnaden borde detta framgå tydligare av lagen. Sjöstens uppfattning har dock blivit vägledande för rättstillämparen i mål där frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap har tagits upp till prövning. Trots att lagtexten inte ger uttryck för att äktenskapet utgör ett hinder för en förälders möjlighet att väcka talan med åberopande av 6 kap. 5 § FB, har domstolen avvisat talan om ensam vårdnad på grund av föräldrarnas äktenskap. Domstolen har i dessa fall ansett att det saknas stöd i lagen för att föra en sådan talan.¹³¹

Frågan är om det inte är själva avvisandet av en förälders talan om ensam vårdnad som saknar lagstöd i rättslig mening.¹³² I förarbetet till bestämmelsen i 6 kap. 7 § som tidigare innehöll samma lydelse som idag återfinns i 6 kap. 5 § görs gällande att domstolen ska kunna upplösa den gemensamma vårdnaden även om föräldrarna fortfarande är gifta med varandra.¹³³

Att frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap har bedömts på olika sätt av olika instanser visar på att rättsläget är oklart. På det sätt som lagtexten är utformad kan det dock inte utläsas att vårdnadshavares rätt att väcka talan om ändring i vårdnaden skall inskränkas på grund av att föräldrarna är gifta med varandra. Detta synsätt bekräftas även i förarbetena. Att man i doktrinen har dragit en slutsats att föräldrar inom ramen för äktenskapet inte skulle ha rätt att föra en talan om ensam vårdnad får anses utgöra en oförutsebar tolkning av lagtexten, vilket är problematiskt eftersom förutsebarhet är en viktig del av ett rättssäkert rättssystem.¹³⁴

Förvisso anger bestämmelsen i 6 kap. 3 § FB att vårdnaden ska vara gemensam om föräldrarna är gifta med varandra. I den mån barnets bästa påkallar ändring i vårdnaden förefaller det dock inte rimligt att hindra en rättslig prövning av vårdnaden enbart på grund av huvudregeln.

¹³¹ Se t.ex. Göteborgs tingsrätt dom 2018-02-15, mål T 16446–17. Helsingborgs tingsrätt dom 2014-02-24, mål T 76–14.

¹³² Hovrätten för västra Sverige dom 2018-05-29, mål Ö 1990–18.

¹³³ Prop. 1975/76:170 s. 180.

¹³⁴ Vahlne Westerhäll, 2002, 16 f.

Frågan är då vad som är viktigast – att se till att varje enskilt beslut på bästa sätt tillgodoser barnets bästa, eller att upprätthålla huvudregeln om gemensam vårdnad i äktenskapet trots att det gång på gång fastslagits i såväl förarbeten som i praxis att det är barnets bästa som skall vara avgörande vid bedömningen av hur vårdnaden ska ut?

Det framgår varken av lag eller förarbete att det är föräldrarnas äktenskap som ska vara avgörande för bedömningen av vårdnadsfrågan. Ändock blir konsekvensen av att avvisa en talan om ensam vårdnad på grund av huvudregeln i 6 kap. 3 § FB att äktenskapet blir avgörande för bedömningen, istället för barnets bästa.

I de fall gemensam vårdnad inte kan anses förenligt med barnets bästa, förefaller det omotiverat att neka en rättslig prövning av vårdnaden med hänvisning till en huvudregel som i mångt och mycket bygger på lagstiftarens föreställningar om äktenskapet vars reliabilitet kan ifrågasättas.¹³⁵

Oavsett kan det konstateras att lagstiftaren inte tycks ha förutsett att gifta föräldrar med gemensamma barn av olika anledningar kan behöva begära ensam vårdnad, utan att för den sakens skull vilja skilja sig.

4.4 Äktenskapets betydelse för ändring i vårdnaden

Lagstiftningen om vårdnad bygger på principen att föräldrar som är gifta med varandra ska ha gemensam vårdnad om sina barn¹³⁶. I doktrin har föreskrivits att beslut om ensam vårdnad under bestående äktenskap endast är möjligt om det är en situation där 6 kap. 7§ FB eller 6 kap. 8a § FB är tillämplig.

Det finns således två fall där en upplösning av den gemensamma vårdnaden kan ske utan att föräldrarna måste upplösa själva äktenskapet. Eftersom utgångspunkten inom äktenskapet är att vårdnaden är gemensam förstås här med *ändring i vårdnaden* att vårdnaden ändras från att vara gemensam till att en förälder får ensam vårdnad. Nedan följer en redogörelse för när ändring i vårdnaden kan ske enligt ovan nämnda paragrafer. Men innan jag går vidare till de fall där det råder enighet kring domstolens möjlighet att

¹³⁵ Se avsnitt 2.4 ”äktenskapets betydelse för vårdnaden”.

¹³⁶ Göta Hovrätt, dom 2013-06-13, mål T 124–13.

besluta om ensam vårdnad under bestående äktenskap, ska först sägas något om gifta föräldrars möjlighet att avtala om hur vårdnaden ska se ut.

4.4.1 Avtala om ensam vårdnad?

Av 6 kap. 6 § FB följer att det står föräldrarna fritt att avtala om hur vårdnaden ska se ut. En förutsättning för avtalets giltighet är att det är skriftligt och godkänns av socialnämnden. Vill föräldrarna avtala om gemensam vårdnad ska socialnämnden innan de godkänner avtalet pröva om överenskommelsen är förenlig med barnets bästa. En motsatstolkning av 6 kap. 6 § 2st. FB torde innebära att en prövning av ett avtals förenlighet med barnets bästa inte är nödvändig när föräldrarna avtalar om ensam vårdnad.

Bestämmelsen ger därför eniga föräldrar en möjlighet att utan rättslig prövning ändra vårdnaden och frånga huvudregeln om gemensam vårdnad, i de fall båda är överens om detta.

Av lagtexten att döma gäller möjligheten att träffa avtal om hur vårdnaden ska se ut för alla föräldrar, gifta som ogifta. Dock har det i doktrinen framförts att gifta föräldrar i praktiken inte bör kunna avtala om att den ena föräldern ska ha vårdnaden eftersom det endast är situationer som avses i 6 kap. 7 § och 8a § FB som kan föranleda en upplösning av den gemensamma vårdnaden under bestående äktenskap.¹³⁷

4.4.2 Missbruk, försummelse eller i övrigt brister i omsorgen

Om en förälder gör sig skyldig till missbruk, försummelse eller i övrigt brister i omsorgen om ett barn ska rätten besluta om ändring i vårdnaden i enlighet med 6 kap. 7 § FB. Normalt förutsätter en överflyttning av vårdnaden enligt nämnda bestämmelse att barnet varit föremål för vård enligt lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU). Det innebär att en ändring i vårdnaden på den här grunden kräver att missförhållandena är relativt allvarliga.¹³⁸

¹³⁷ Singer, 2000, s. 458 f. som hänvisar till prop. 1997/98:7 s. 48 f.

¹³⁸ Prop. 1981/82:168 s. 68.

Rättstillämpningen ger ett entydigt svar i att äktenskapet i det här fallet inte utgör något hinder för bestämmelsens tillämpning.¹³⁹ En förutsättning för att rätten ska besluta om ändring i vårdnaden är att föräldrarnas beteende eller brister medför bestående fara för barnets hälsa eller utveckling. Föräldrarnas civilstånd ska således inte utgöra något hinder för att skydda barnet från att fara illa på grund av vårdnadshavarens beteende. Här har alltså lagstiftaren ansett att barnets bästa går före eventuella hänsynstaganden till föräldrarnas äktenskap.

4.4.3 Varaktigt förhindrad att utöva vårdnaden

Enligt 6 kap. 8a § 1st. kan domstolen även besluta om ensam vårdnad under bestående äktenskap om omständigheterna är sådana att den ena föräldern kan anses varaktigt förhindrad att utöva vårdnaden. Är båda föräldrarna förhindrade att utöva vårdnaden ska rätten istället anförtro vårdnaden åt två särskilt förordnade vårdnadshavare, 6 kap. 8a § 2st. FB. Bestämmelsen infördes i syfte att stärka skyddet för ensamkommande barn. Tidigare kunde en särskilt förordnad vårdnadshavare utses endast om det gick att visa att barnets båda föräldrar var avlidna.¹⁴⁰ Lagstiftaren såg därför ett behov av att införa en ny grund som möjliggjorde för rätten att utse en företrädare för barnet i Sverige även då föräldrarna vistades på okänd ort. Bestämmelsens placering i föräldrabalken medför att den är tillämplig även på rent nationella förhållanden. I förarbetet skriver man att även om en förälder kan lokaliseras någonstans i världen, är han eller hon av naturliga skäl oftast förhindrad att *praktiskt utöva vårdnaden* om barnet i Sverige”.¹⁴¹

Tyvärre utvecklas inte resonemanget ytterligare, men det tyder på att lagstiftaren ansett att ett geografiskt avstånd mellan förälder och barn har viss betydelse vid prövningen av en förälders hinder att utöva vårdnaden.

I förarbetet anges också att en förälder ska anses vara varaktigt förhindrad att utöva vårdnaden om hon eller han över en överskådlig tid inte kommer kunna fatta beslut i frågor som rör barnet. Hindret kan bestå i att föräldern inte kan ta ställning till vilka åtgärder som behövs för att tillgodose barnets behov, eftersom denne är skild från barnet.

¹³⁹ Se t.ex. hovrätten för nedre Norrland, dom 2016-11-11, mål T 1208–16, samt hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2014-07-07, mål Ö 810–14.

¹⁴⁰ 6 kap. 9 § FB.

¹⁴¹ Prop. 2004/05:136 s. 54.

Hindret kan även bestå i att en förälder inte kan sörja för barnet på grund av allvarlig sjukdom eller långvarig medvetlöshet. Begreppet varaktigt hinder syftar på mer kvalificerade fall av praktisk oförmögenhet att sörja för barnets behov.¹⁴²

Frågor om ändring i vårdnaden enligt denna paragraf kan prövas utan särskilt yrkande i samband med äktenskapsskillnad eller på talan av socialnämnden, 6 kap. 8a § 3 st. FB. Frågan kan även prövas på talan av en eller båda föräldrarna enligt 6 kap. 5 § FB.

Av 6 kap. 10 § FB framgår att en förälder som har blivit av med vårdnaden på grund av att han eller hon har bedömts varaktigt förhindrad att utöva vårdnaden kan väcka talan om att återfå vårdnaden när hindret att utöva vårdnaden har försvunnit.

För att återkoppla till tingsrättsdomen¹⁴³ som redogjordes för inledningsvis följer nedan en analys av utvalda rättsfall där tingsrätten har beslutat om ändring i vårdnadsförhållandena mot bakgrund av bestämmelsen i 6 kap. 8a § FB. Studien har fokuserat på hur tingsrätten förhåller sig till barnets bästa vid tillämpning av bestämmelsen, samt vilka omständigheter som generellt har ansetts medföra att föräldern/föräldrarna är varaktigt förhindrade att utöva vårdnaden om barnet.

Av de 13 mål som uppfyllde kraven för att ingå i undersökningen togs barnets bästa upp i ett av domskälen.¹⁴⁴ I fem av fallen redovisades barnets egna inställning till att vårdnaden skulle ändras. I samtliga fall utom ett, ansåg domstolen att det faktum att föräldern befann sig i ett annat land var tillräckligt för att rekvisitet ”varaktigt förhindrad” skulle anses uppfyllt.

Exempel på tingsrättens argumentation tagna ur domskälen:

*”Att mamman befinner sig i Libanon ger enligt tingsrätten stöd för att hon i vart fall under drygt ett och ett halvt år inte kommer att kunna sköta vårdnaden om barnet och hon är därmed varaktigt förhindrad”.*¹⁴⁵

*”Vårdnadshavaren kommer befinna sig i Irak under en oförutsägbar framtid. Hon får därmed anses varaktigt förhindrad att utöva vårdnaden om barnet”.*¹⁴⁶

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Göteborgs tingsrätt, dom 2017-12-20, mål T 10902–17.

¹⁴⁴ Se samtliga rättsfall som utgjort underlag för analysen i rättsfallsförteckningen.

¹⁴⁵ Göteborgs tingsrätt, dom 2017-12-12, mål T 2160–17.

¹⁴⁶ Göteborgs tingsrätt, dom 2017-12-27, mål T 11154–17.

*”Barnet bor i Sverige tillsammans med sin pappa medan barnets mamma inte befinner sig i landet. Mamman får därmed anses varaktigt förhindrad att utöva vårdnaden om barnet”.*¹⁴⁷

*”Pappan befinner sig i Nigeria och är varaktigt förhindrad att utöva vårdnaden om barnet”.*¹⁴⁸

*”Föräldrarna befinner sig i Turkiet varför de är varaktigt förhindrade att utöva vårdnaden om barnet”.*¹⁴⁹

I endast ett av avgörandena fann tingsrätten att rekvisitet inte var uppfyllt och det var i målet där föräldrarna fortfarande var gifta med varandra. Istället för att i likhet med andra tingsrättsavgöranden bedöma pappans förutsättningar att utöva vårdnaden om barnen, presenterar tingsrätten olika lösningar på de problem som uppkommit till följd av det geografiska avståndet mellan parterna. Till exempel hänvisas till möjligheten att utställa en fullmakt som ger mamman full beslutanderätt. Den omständighet att pappan befinner sig i Etiopien och vid två tillfällen nekats uppehållstillstånd i Sverige utgör enligt tingsrättens bedömning inte tillräckliga skäl för att vårdnadshavaren ska anses varaktigt förhindrad att utöva vårdnaden.¹⁵⁰ Jämfört med tingsrättens argumentation i andra fall, förefaller tingsrätten i det här målet göra en restriktiv tolkning av rekvisitet ”varaktigt förhindrad”.

Mot bakgrund av att 10 av de 13 undersökta målen avgjordes enbart på den grund att föräldern/föräldrarna befann sig i ett annat land, är det oundvikligt att inte fokusera på den uppenbara skillnaden i de olika målen – äktenskapet. Vårdnadshavaren i Sverige som begärde ensam vårdnad om barnen är gift med den andre vårdnadshavaren i Etiopien. Målet prövas mot bakgrund av samma bestämmelse i föräldrabalken och trots att omständigheterna i mångt och mycket liknar övriga mål, bedöms det av tingsrätten på olika sätt. Förvisso rör de flesta målen situationen då ett ensamkommande barn har kommit till Sverige utan vårdnadshavare i landet. Men frågan om ändring i vårdnaden prövas alltså mot samma bestämmelse i 6 kap. 8a § FB.

4.5 Sammanfattning

¹⁴⁷ Göteborgs tingsrätt, dom 2017-12-12, mål T 10699–17.

¹⁴⁸ Göteborgs tingsrätt, dom 2017-12-20, mål T 13309–17.

¹⁴⁹ Göteborgs tingsrätt, dom 2017-12-15, mål T 12454–17.

¹⁵⁰ Göteborgs tingsrätt, dom 2017-12-20, mål T 10902–17.

Av lagtexten att döma framgår det inte att någon skillnad av rekvisitet ”varaktigt förhindrad” ska göras beroende på om hindret att utöva vårdnaden avser en, eller båda föräldrarna. Den omständighet att föräldrarna är gifta med varandra ska heller inte föranleda en annorlunda bedömning av rekvisitet. Trots detta föreligger det uppenbara skillnader i domstolens tillämpning.

Med beaktande av att barnets bästa ska vara den avgörande faktorn vid bedömningen av vårdnadsfrågor, borde en prövning mot bakgrund av 6 kap. 8a § FB fokusera på den förhindrade förälderns faktiska möjligheter att utöva vårdnaden om barnet. En vårdnadshavare har ett ansvar att tillgodose barnets behov och som konstaterats i förarbetet kan en förälder av naturliga skäl vara praktiskt förhindrad att utöva vårdnaden, om han eller hon inte befinner sig i Sverige tillsammans med barnet.

5. Ensam vårdnad under bestående äktenskap

I följande avsnitt följer en redogörelse av några mål där tingsrätt och hovrätt har prövat frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap. Eftersom frågan inte har prövats av HD finns i nuläget inget prejudicerande avgörande i frågan. De domar som följer nedan visar hur rättstillämpningen i underrättsinstanserna har sett ut, samt vilken betydelse rättstillämparen anser att äktenskapet ska ha för en förälders möjlighet att få ändring i vårdnaden.

5.1 Göta Hovrätt dom 2013-06-13 mål T 124–13

5.1.1 Fakta i målet

I målet aktualiseras frågan om rättens möjlighet att förordna om ensam vårdnad under bestående äktenskap.¹⁵¹ I tingsrätten yrkade mamman att domstolen skulle besluta att hon skulle tilldelas ensam vårdnad om parternas två gemensamma barn. Pappan motsatte sig yrkandet och begärde i första hand att vårdnaden skulle vara gemensam och i andra hand att han ensam skulle ha vårdnaden om det ena barnet, X. I målet framkom omständigheter som talade emot pappans lämplighet som vårdnadshavare. Bland annat var pappan häktad i sin frånvaro för misshandel och egenmäktighet med barnet X. Pappan hade utan samtycke från modern fört bort barnet till Iran och på så vis hindrat barnet från att träffa sin mamma.

5.1.2 Tingsrättens bedömning

Tingsrätten framför att det är barnets bästa som ska vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge och konstaterar att frågan om vem av parterna som ska tillerkännas vårdnaden om barnen endast ska avgöras utifrån vad som är bäst för barnet. Omständigheterna kring pappan vägs mot att det i målet inte framkommit några omständigheter som givit tingsrätten anledning att ifrågasätta moderns lämplighet som vårdnadshavare – varför hon tillerkänns vårdnaden om båda barnen.

¹⁵¹ Kalmar tingsrätt, dom 2012-12-19, mål T 3700–11.

5.1.3 Kommentar

Tingsrätten redovisar tydligt att det är barnets bästa som ska avgöra hur vårdnaden ska se ut och tar även upp de omständigheter som är av vikt vid bedömningen av vad som ska anses vara bäst för barnen. Målet avgörs utifrån vad tingsrätten anser är barnets bästa och av beslutet att döma utgör äktenskapet enligt tingsrätten inte något hinder för att tilldela den ena föräldern ensam vårdnad.

5.1.4 Hovrättens bedömning

Beslutet överklagades till hovrätten som meddelade prövningstillstånd då fråga uppstår om tingsrättens beslut att tilldela modern ensam vårdnad under det bestående äktenskapet står i överensstämmelse med lag.

Enligt hovrättens bedömning kan ensam vårdnad inte förordnas under ett bestående äktenskap eftersom reglerna om vårdnad bygger på principen att gifta föräldrar ska ha gemensam vårdnad om sina barn. Hovrätten anser därför att det inte funnits någon laglig möjlighet för tingsrätten att förordna om ändring i vårdnaden under äktenskapet. Hovrätten upphäver tingsrättens dom och går inte in på hur beslutet förhåller sig till barnets bästa.

5.1.5 Kommentar

Att rättsliga beslut enligt svensk rätt måste ha stöd i lagen är en mycket viktig princip inom det svenska rättssystemet.¹⁵² Utifrån min bedömning kan det dock inte utläsas i någon av sjätte kapitlets bestämmelser att äktenskapet utgör ett hinder för att få ändring i vårdnaden. Däremot framgår det mycket tydligt av såväl lag, förarbeten och doktrin att det är barnets bästa som ska vara avgörande för bedömningen av en vårdnadsfråga. Enligt förarbetet ska barnets bästa vara avgörande för alla rättens ställningstaganden enligt 6 kapitlet i föräldrabalken.¹⁵³

Att det i tingsrätten dessutom framkommit uppgifter som tyder på att pappan skulle vara olämplig som vårdnadshavare medför ytterligare tveksamheter kring hovrättens beslut att i det här fallet åsidosätta barnets bästa till förmån för föräldrarnas äktenskap. Det är tydligt

¹⁵² Legalitetsprincipen, 1 kap. 1 § regeringsformen.

¹⁵³ Prop. 1997/98:7 s. 48.

att det i målet föreligger två kolliderande intressen, varför det vore önskvärt att hovrätten synliggjort dessa, för att sedan väga dom mot varandra. Det kan konstateras att hovrättens beslut varken tillvaratar barnets intresse eller tydligt redovisar hur beslutet förhåller sig till barnets bästa.

5.2 Hovrätten över Skåne och Blekinge dom 2014-07-07 mål Ö 810–14

5.2.1 Fakta i målet

Målet handlade inte om frågan huruvida en förälder kan få ensam vårdnad under bestående äktenskap, utan rörde istället möjligheten att föra talan om umgänge under tiden som äktenskapet består.¹⁵⁴ Pappan yrkade att rätten skulle förordna om umgänge mellan honom och X, eftersom X hade syskon hos pappan vilka han önskade att barnet skulle få en chans att etablera en kontakt med. Parterna var vid tidpunkten för målets prövning gifta med varandra men bodde inte tillsammans. Av omständigheterna framgick att parterna inte begärt äktenskapsskillnad på grund av kulturella och religiösa orsaker.

5.2.2 Tingsrättens bedömning

Tingsrätten beslutar att avvisa pappans talan om umgänge med hänvisning till att det i doktrin har framförts att en talan om ensam vårdnad inte får föras under bestående äktenskap.¹⁵⁵ Som skäl för beslutet anför tingsrätten att eftersom frågor om vårdnad och umgänge processuellt sett har ansetts vara samma sak (NJA 1993 s. 666) ska en talan om umgänge, likt en talan om ensam vårdnad, inte få föras under bestående äktenskap. Tingsrätten anser inte heller att deras åtaganden enligt barnkonventionen föranleder en annorlunda bedömning av frågan.

5.2.3 Kommentarer

Enligt 6 kap. 15 § FB har ett barn rätt till umgänge med en förälder som det inte bor tillsammans med. Det framgår inte av bestämmelsen att föräldrarnas äktenskap skulle

¹⁵⁴ Helsingborgs tingsrätt, dom 2014-02-24, mål T 76–14.

¹⁵⁵ Sjösten, 2014, s. 59.

utgöra ett hinder för att väcka talan om umgänge eller för att besluta om umgänge. Tingsrätten lutar sig mot doktrin och ett fåtal avgöranden där talan om ensam vårdnad under bestående äktenskap har avvisats. Ansatsen att umgänge får anses ha en så nära koppling till vårdnadsfrågan att nämnda doktrin och underrättsavgöranden även omfattar frågan om umgägesrätt under ett bestående äktenskap, kan följaktligen inte anses förankrad i rättskällorna.

Ett av de främsta syftena med gemensam vårdnad har i förarbetena konstaterats vara att främja goda förhållanden mellan barnet och dess båda föräldrar. Av 6 kap. 2a § framgår att domstolen vid bedömningen av barnets bästa särskilt ska beakta barnets rätt till en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Även barnkonventionen bekräftar att det är viktigt att båda föräldrarna är delaktiga i barnets uppväxt. Det förefaller därför både inkonsekvent och oförutsebart att tingsrätten i det här fallet nekar ett barn sin lagstadgade rätt till umgänge och behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna på grund av att barnets föräldrar fortfarande är gifta med varandra. Dessutom fråntar man barnet en chans att etablera en kontakt med sina syskon genom att inte ta upp frågan om umgänge till prövning.

Enligt min bedömning borde tingsrättens åtaganden enligt barnkonventionen – att sätta barnets bästa i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn föranlett en annan bedömning.¹⁵⁶

5.2.4 Hovrättens bedömning

Hovrätten fastställde tingsrättens beslut, men hovrättsrådet Björn R. le Grand var skiljaktig i målet och anförde följande: ”Gifta föräldrar kan av kulturella eller religiösa skäl vilja låta äktenskapet bestå trots att de känslomässiga förutsättningarna brister. Det finns därför inte skäl att mot ordalydelsen i 6 kap. föräldrabalken läsa in något hinder mot att besluta om ensam vårdnad när föräldrarna är gifta med varandra. Än mindre motiverat är att vägra domstolsprövning av barnets boende och umgänge med hänvisning till de särboende föräldrarna civilstånd; styrande ska vara barnets bästa. Det finns därför inte sådant hinder mot att pröva kärandes talan som tingsrätten antagit”.

¹⁵⁶ Artikel 3 barnkonventionen

5.2.5 Kommentarer

Hovrättsrådet belyser problematiken kring frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap och lyfter fram att det är barnets bästa som ska vara avgörande vid en domstolsprövning i frågor som rör vårdnad, boende och umgänge.

5.3 Hovrätten för nedre Norrland dom 2016-11-11 mål T 1208–16

5.3.1 Fakta i målet

I målet aktualiseras frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap.¹⁵⁷ Omständigheterna i målet var att mamman yrkade att hon skulle tillerkännas vårdnaden om barnet X. Som grund för sin talan anförde hon att det förekommit fysiskt och emotionellt våld under hennes och pappans förhållande, samt att pappan inte visat något större intresse av att delta i X:s uppväxt och fostran. Kontakten mellan pappan och barnet hade varit väldigt sporadisk och det hade varit svårt för mamman att nå pappan när hon behövde hans hjälp. Det framkom även att det förekommit flera anmälningar om misshandel mot mamman, vilket förvisso pappan påstår är falska anklagelser. Pappan har även motsatt sig att öppna ett sparkonto till X, vilket mamman har velat men inte kunnat, eftersom det kräver samtycke från båda vårdnadshavarna. Parterna var fortfarande gifta med varandra vid tidpunkten för målets prövning.

5.3.2 Tingsrättens bedömning

Tingsrätten framhåller att det är barnets bästa som ska vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge och enligt deras bedömning är föräldrarnas samarbetsvårigheter av sådan art att gemensam vårdnad inte kan anses förenligt med barnets bästa. Tingsrätten anser att ett fungerande samarbete måste förutsätta att föräldrarna kan få kontakt med varandra. Utredningen visar att mamman är lämplig som

¹⁵⁷ Ångermanlands tingsrätt, dom 2016-10-10, mål T 2456–15.

vårdnadshavare och tingsrätten beslutar att hon ska tillerkännas ensam vårdnad om barnen.

5.3.3 Kommentar

Det föreliggande äktenskapet utgör enligt tingsrättens bedömning inte något hinder för att besluta om ensam vårdnad. Dock får det anses anmärkningsvärt att det är *föräldrarnas samarbetsproblem* som utgör grunden för tingsrättens beslut. Av omständigheterna framgår att det förekommit våld från pappans sida, att mamman har haft regelbunden kontakt med olika kvinnojourer samt att hon och X under en period har haft skyddat boende. Dessa omständigheter pekar på att bestämmelsen i 6 kap. 7 § FB hade kunnat vara tillämplig och att den gemensamma vårdnaden eventuellt hade kunnat upplösas på grund av den andre vårdnadshavarens försummelse eller bristande omsorgen om barnet.

Genom att avgöra målet med hänvisning till att föräldrarnas samarbetsvårigheter medför att gemensam vårdnad inte är förenligt med barnets bästa, skiftar tingsrätten fokus från pappans eventuella olämplighet som vårdnadshavare, till föräldrarnas gemensamma problem att samarbeta. På så vis görs modern delaktig i problemet, trots att omständigheterna pekar på att orsaken till det bristande samarbetet är pappan. Det är pappan som enligt omständigheterna har varit våldsam, det är pappan som inte svarar när mamman ringer och det är pappan som inte velat godkänna att mamman öppnar ett sparkonto.

5.3.4 Hovrättens bedömning

Domen överklagas till hovrätten som beslutar att tingsrättens dom ska undanröjas. Enligt hovrätten innebär den omständighet att parterna var gifta när tingsrätten beslutade om ändring i vårdnaden att tingsrättens dom saknat lagligt stöd. Hovrätten konstaterar att det enbart är möjligt att besluta om ensam vårdnad under bestående äktenskap om någon av bestämmelserna i 6 kap. 7 eller 8a §§ FB är tillämpliga.

5.3.5 Kommentar

Hovrätten anser till skillnad från tingsrätten att det bestående äktenskapet utgör ett hinder för att tilldela den ena föräldern ensam vårdnad. Tingsrättens beslut att avgöra målet mot bakgrund av föräldrarnas samarbetsproblem får härmed konsekvenser för frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap. Äktenskapet hade inte utgjort något hinder för att tilldela modern ensam vårdnad i de fall målet istället hade prövats mot bakgrund av bestämmelsen i 6 kap. 7 § FB, förutsatt att rekvisiten hade varit uppfyllda.

5.4 Hovrätten för västra Sverige dom 2018-11-06, mål T 3113–18

5.4.1 Fakta i målet

Under tiden som uppsatsen skrivs faller domen i det överklagade tingsrättsavgörande som behandlats i uppsatsens inledning, där en mamma begärde ensam vårdnad om parternas barn, eftersom pappan befann sig Etiopien och hade nekats uppehållstillstånd i Sverige.¹⁵⁸ I målet prövades om pappan skulle anses varaktigt förhindrad att utöva vårdnaden om barnen enligt 6 kap. 8a § FB.¹⁵⁹ I målet tillämpas således undantagsbestämmelsen till huvudregeln om att vårdnaden ska vara gemensam under äktenskapet.

5.4.2 Tingsrättens bedömning

Enligt tingsrättens bedömning är omständigheterna i målet inte sådana att pappan skulle anses förhindrad att utöva vårdnaden om barnen. Tingsrätten beslutade därför att vårdnaden skulle vara fortsatt gemensam.

5.4.3 Kommentar

¹⁵⁸ Göteborgs tingsrätt, dom 2017-12-20, mål T 10902–17.

¹⁵⁹ Se avsnitt 1.1. för en mer utförlig redogörelse av omständigheterna i målet.

Tingsrättens bedömning att pappan inte skulle anses varaktigt förhindrad mot bakgrund av omständigheterna i det aktuella målet, skiljer sig från tingsrättens bedömning i andra fall där vårdnadsfrågan prövats mot bakgrund av bestämmelsen i 6 kap. 8a § FB.

Min bedömning är att tingsrätten inte har bedömt liknande fall på ett likvärdigt sätt. De vårdnadsfall som redovisas under 4 kap. ger vid handen att tingsrätten i andra vårdnadsfall som prövats mot bakgrund av 6 kap. 8a § FB, ansett att enbart den omständighet att föräldern befinner sig i ett annat land, har varit tillräckligt för att uppfylla rekvisitet varaktigt förhindrad.

5.4.4 Hovrättens bedömning

Det senaste avgörandet i frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap kommer från hovrätten för västra Sverige, som gör en annan bedömning än vad tidigare hovrätter har gjort. Enligt hovrätten måste inte en prövning av ändring i vårdnaden under bestående äktenskap vara begränsad till bestämmelsen i 6 kap. 7 § och 8a § FB. Hovrätten påpekar att ingen av bestämmelserna i sjätte kapitlet FB anger att äktenskapet ska utgöra ett hinder för att väcka talan om ensam vårdnad. Därav anser hovrätten att en förälder ska ha rätt att föra talan om ändring i vårdnaden med åberopande av 6 kap. 5 § FB.

Kärande i målet har därför enligt hovrättens bedömning lagligt stöd för att föra en talan om ensam vårdnad under bestående äktenskap, och vårdnadsfrågan kan prövas efter vad som är bäst för barnen. Hovrätten anser att det faktum att den gemensamma vårdnaden innebär att mamman inte kan företräda barnen och löpande fatta beslut som åligger henne som vårdnadshavare, går ut över barnen. Enligt hovrätten är det därför bäst för barnen att mamman i Sverige får ensam vårdnad.

5.4.5 Kommentar

Hovrättens bedömning i det här målet är att en talan om ensam vårdnad kan föras mot den andre vårdnadshavaren under bestående äktenskap eftersom det inte framgår några hinder mot detta enligt lydelsen i 6 kap. 5 § FB. Hovrätten för västra Sverige anser att det saknas stöd i svensk lag för att inte tillåta en talan om ensam vårdnad på den grund att föräldrarna är gifta med varandra.

5.5 Sammanfattning

All den litteratur, doktrin och praxis som undersökts inom ramen för uppsatsen talar klart och tydligt för att det är barnets bästa som ska vara avgörande för domstolens bedömning av hur vårdnaden ska ut. I förarbetena har man upprepat betonat vikten av att inte låta några andra intressen gå före intresset av att tillgodose barnets bästa. Ändå har vi nått ett läge där rättstillämpningen pekar på en ordning där huvudregeln om gemensam vårdnad under äktenskapet ska ges företräde framför barnets bästa. Även om det inte uttrycks explicit att det är tillstillämparens ståndpunkt, blir det konsekvensen av domstolens ställningstaganden.

Av de åtta domar som redogjorts för ovan som på ett eller annat sätt berör frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap, tas barnets bästa upp i totalt tre av avgörandena.¹⁶⁰ Detta trots att det i förarbetena har konstaterats att domstolen tydligt ska redovisa hur ett beslut eller en åtgärd som rör ett barn motiveras med hänsyn till barnets bästa.

I tre fall tar domstolen upp att vårdnadsfrågor ska bedömas utifrån vad som är bäst för barnet. Det är i dessa tre fall som domstolens bedömning av vårdnadsfrågan landar i att tillerkänna den ena föräldern ensam vårdnad. Prövningen utgår i de fallen från vad som är bäst för barnet i det aktuella fallet obeaktat föräldrarnas äktenskap, precis som det framgår att prövningen ska göra enligt 6 kap. 2 a § FB.

Tillåts föräldrarnas äktenskap vara styrande för huruvida en rättslig prövning av vårdnaden ska ske, är det inte längre barnets bästa som avgör hur vårdnaden ska se ut, utan istället föräldrarnas civilstånd.

¹⁶⁰ Fyra tingsrättsdomar som därefter överklagats till hovrätt föranleder totalt åtta bedömningar av frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap.

6. Analys

Av den undersökning av lagtext, förarbeten och doktrin som företagits framgår att frågan om en förälders möjlighet att väcka talan mot den andre vårdnadshavaren under bestående äktenskap är rättsligt oklar. Undersökningen visar även att frågan huruvida det är rättsligt möjligt att väcka talan om ändring i vårdnaden mot sin make eller maka inte har behandlats i lagstiftningen. Detta kan delvis bero på att lagstiftaren inte har förutsett situationen att en förälder begär ensam vårdnad inom ramen för ett äktenskap. Att lagstiftaren har förbisett denna situationen kan i sin tur delvis förklaras av de rådande normerna i samhället gällande äktenskap och familjeliv, vilka återspeglas i lagstiftningen. Lagstiftarens föreställning tycks vara att gifta föräldrar alltid lever ett liv tillsammans, är kära och bor under samma tak.

Om så alltid vore fallet kanske det inte funnits anledning att se bortom en huvudregel om gemensam vårdnad för gifta föräldrar. Men idag är det inte verkligheten för alla familjer i Sverige och i takt med att migrationen ökar kommer troligtvis familjer fortsätta att splittras. Detta ställer krav på att lagstiftningen anpassas efter den verklighet och det samhälle vi lever i. Även om normen fortsatt ska vara gemensam vårdnad för gifta föräldrar eftersom det *oftast* är en bra vårdnadsform för barnet, så kan lagstiftningen inte utgå från att det är bäst för alla barn att deras gifta föräldrar har gemensam vårdnad.

Rättstillämparen har dock, i flertalet fall valt att tolka huvudregeln i 6 kap. 3 § FB och äktenskapet som ett hinder för att föra talan om ensam vårdnad. Eftersom frågan inte har behandlats i större utsträckning varken i lag, förarbeten, eller praxis, har domstolen i de fall ensam vårdnad under bestående äktenskap har aktualiserats, varit tvungna att göra en relativt självständig bedömning av frågan. I flertalet fall har bedömningen landat i att en förälder inte ska anses ha någon rätt att föra en talan om ensam vårdnad mot sin make eller maka, eftersom själva äktenskapet skulle utgöra ett hinder för detta. Detta är en tolkning av reglerna som enligt min bedömning innebär att huvudregeln om gemensam vårdnad i äktenskapet rangordnas före bestämmelsen om barnets bästa. Det stöd tingsrätt och hovrätt har haft för sitt antagande att låta äktenskapet utgöra ett hinder för en rättslig prövning av vårdnaden är att det i doktrinen vid ett tillfälle har konstaterats att lagtexten ska tolkas på följande vis. I kontrast till den knapphändiga doktrin som pekar på nämnda slutsats, har det gång på gång upprepats i såväl lagtext, förarbeten, praxis och doktrin att det är barnets bästa som ska vara avgörande för hur vårdnaden ska se ut. Även

barnkonventionen uttrycker tydligt att det är barnets bästa som ska komma i främsta rummet och att *inga andra intressen ska få gå före barnets bästa*. Det torde således finnas absolut stöd i rättskällorna för att komma fram till den motsatta slutsatsen.

Även om vårdnaden som utgångspunkt ska vara gemensam för gifta föräldrar, står det också klart och tydligt i lagtexten att det är barnets bästa som ska vara avgörande för bedömningen av en vårdnadsfråga. Avsteg från huvudregeln borde därför medges i de fall det är motiverat med hänsyn till barnets bästa. För att undersöka vad som är bäst för ett barn i det enskilda fallet, måste dock frågan tas upp till prövning.

All utveckling på det familjerättsliga området har haft som gemensamt syfte att bättre tillgodose barnets rättsliga ställning och ändå väljer rättstillämparen att tolka den här oklara rättsfrågan på ett sätt som gör att barnets bästa hamnar i skymundan.

Det är därav utmärkande att de beslut som ger uttryck för uppfattningen att det är barnets bästa som skall avgöra en vårdnadsfråga, utgör minoritet i förhållande till de som anser att äktenskapet utgör ett hinder för att ens pröva vårdnadsfrågan.

I de avgöranden som talar för att det står rätten fritt att förordna om ensam vårdnad under bestående äktenskap har det framhållits att en rättslig prövning av vårdnaden inte kan nekas enbart på grund av föräldrarnas äktenskap och att den gemensamma vårdnaden ska kunna upplösas när barnets bästa kräver det.

Obeaktat föräldrarnas äktenskap kan domstolen förordna om ensam vårdnad under bestående äktenskap i två fall. Det ena fallet är om en förälder gör sig skyldig till missbruk, försummelse eller i övrigt brister i omsorgen om barnet. Då råder det enighet om att rätten kan, eller till och med bör, frånta föräldern vårdnaden om barnet. I dessa fall utgör äktenskapet inte något hinder för att tillerkänna den ena föräldern ensam vårdnad. Intresset av att skydda barnet står i detta fall över lagstiftarens och kanske samhällets intresse av att äktenskapet ska medföra gemensam vårdnad om barn. Huvudregeln i 6 kap. 3 § FB kan således frångås i förevarande fall.

Den andra omständigheten som kan föranleda ett beslut om ensam vårdnad trots att föräldrarna fortfarande är gifta med varandra, är om en av vårdnadshavarna är varaktigt förhindrade att utöva vårdnaden. En jämförelse av tingsrättens tillämpning av rekvisitet varaktigt förhindrad i målet där föräldrarna var gifta och i vårdnadsmål där uppgift om föräldrarnas civilstånd saknas, visar att tingsrättens bedömning skiljer sig åt i de olika

fallen. Förvisso är det endast ett fall som utgör underlag för att tingsrätten gjort en mer omfattande utredning av rekvisitet ”varaktigt förhindrad” då föräldrarna varit gifta. Ett fall kan dock vara tillräckligt för att visa på en icke-konform tillämpning av lagen. Självfallet måste domstolen alltid göra en bedömning utifrån omständigheterna i det enskilda fallet, men det går inte att bortse från att tingsrättens utredning är märkbart mer omfattande i målet där föräldrarna var gifta.

Frågan är om det finns stöd i rättskällorna för att göra en striktare bedömning i det ena fallet kontra det andra?

Den omständighet som utmärker det här målet från övriga är just föräldrarnas äktenskap, varför det är en rimlig slutsats att tingsrättens ställer högre krav på att gifta föräldrar ska kommunicera med varandra och få den gemensamma vårdnaden att fungera. Som ett led i bedömningen att pappan inte skulle anses förhindrad att utöva vårdnaden framför tingsrätten att pappan kan utställa en fullmakt, alternativt att pappans underskrift kan inhämtas genom att vänner och bekanta tar med sig papper till Etiopien när de hälsar på, eftersom detta har fungerat tidigare.

Liknande argumentation har inte förekommit i några av de övriga avgöranden som har studerats, trots att omständigheterna i stor utsträckning varit detsamma. Enligt förarbetet till bestämmelsen ska just den omständigheten att en förälder är skild från barnet för en oöverskådlig tid medföra att en förälder anses förhindrad att utöva vårdnaden. Kravet på varaktighet torde också vara uppfyllt genom att pappan vid två tillfällen nekats uppehållstillstånd i Sverige och troligtvis inte kommer komma till Sverige inom en överskådlig tid.

Tingsrättens bedömning i andra avgöranden tyder på att det ansetts tillräckligt att vårdnadshavaren befunnit sig i ett annat land för att rekvisitet ska vara uppfyllt. Därmed förefaller tingsrätten i och med det här avgörandet frångå sin egen praxis.

Det finns enligt lagstiftningen således två situationer som ska kunna föranleda ett beslut om ensam vårdnad trots föräldrarnas äktenskap. Ovan redogörelse för tingsrättens bedömning ger dock anledning att ifrågasätta om bestämmelsen i 6 kap. 8a § omfattar även gifta föräldrar.

Vad gäller rättens möjlighet att förordna om ensam vårdnad under bestående äktenskap i andra fall än de som explicit uttrycks i lagtexten har rättstillämpningen gett uttryck för

olika uppfattningar. Dels att ett förordnande om ensam vårdnad under äktenskapet saknar stöd i lag och dels att det är själva avvisandet av en förälders talan om ensam vårdnad som saknar lagstöd. Juridik handlar om tolkningar av lagen och i den mån rättsläget är oklart måste följaktligen en tolkning av rättskällorna göras.

Frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap kan delas upp i två i sig motstridiga intressen. Det ena består i lagstiftarens intresse av att gifta föräldrar har gemensam vårdnad om sina barn och det andra består i att lagstiftaren har uttryckt att det är barnets bästa som ska vara avgörande för alla frågor om vårdnad, boende och umgänge. Om en rättslig prövning av vårdnaden hindras på den grund att föräldrarna är gifta med varandra, innebär det följaktligen att intresset av att vårdnaden ska vara gemensam under äktenskapet är större än att låta barnets bästa avgöra hur vårdnaden ska se ut.

Frågan är då varför det ansetts så viktigt att ha gemensam vårdnad just inom äktenskapet. Enligt förarbetet kan gemensam vårdnad främja goda relationer mellan barnet och dess båda föräldrar. Utredningar visar dock att ett gemensamt vårdnadsansvar snarare kan skapa konflikter mellan föräldrarna som på sikt skadar barnet, i de fall det saknas förutsättningar för att samarbeta. I dessa fall föreskriver lagen att domstolen ska upplösa den gemensamma vårdnaden.

Är situationen sådan att den ena vårdnadshavaren inte ens kan inhämta den andre vårdnadshavarens åsikt pga. att denne inte går att nå borde ett fungerande samarbete mellan föräldrarna inte kunna anses föreligga. Den uppfattning som har stöd i doktrinen och som majoriteten av rättsfallen står bakom innebär att gemensam vårdnad inte kan upplösas på grund av föräldrarnas samarbetssvårigheter (6 kap. 5 § FB) eftersom det endast är de situationer som föreskrivs i 6 kap. 7 och 8a §§ som kan föranleda ett beslut om ensam vårdnad inom ramen för ett äktenskap.

Är föräldrarna gifta med varandra, men den ena föräldern vill ha ensam vårdnad på grund av att det saknas förutsättningar för dem att samarbeta, måste föräldern antingen visa att den andre föräldern gör sig skyldig till missbruk, försummelse eller i övrigt brister i omsorgen enligt 6 kap. 7 § FB, eller göra gällande att den andre föräldern ska anses varaktigt förhindrad att utöva vårdnaden enligt 6 kap. 8a § FB.

Huruvida en förälder ska anses ha rätt att väcka talan om ändring i vårdnaden enligt den ”vanliga bestämmelsen” om talerätt (6 kap. 5 § FB) är därför avgörande för om ändring i

vårdnaden ska kunna ske när gemensam vårdnad inte fungerar eller inte är förenligt med barnets bästa.

Enligt den uppfattning som majoriteten stödjer kan exempelvis inte en förälder erhålla ensam vårdnad på grund av föräldrarnas bristande samarbete. Enligt min uppfattning är det inte en rimlig lösning att föräldrar måste skilja sig för att få en reell prövning av vårdnaden när barnets bästa kräver det, eftersom det kan finnas kulturella och religiösa aspekter som hindrar en skilsmässa.

Eftersom de möjligheter att få ensam vårdnad under bestående äktenskap som erbjuds genom 6 kap. 7§ och 8a § inte kan anses täcka alla de situationer då det kan vara nödvändigt med hänsyn till barnets bästa, att upplösa den gemensamma vårdnaden, skulle en ordning där en förälder har rätt att väcka talan om ensam vårdnad enligt 6 kap. 5 § FB oberoende av parternas civilstånd, vara att föredra ur barnets perspektiv. Detta skulle nämligen medföra att domstolen istället för att fokusera på om situationen är sådan att 7 eller 8a §§ är tillämplig, vore fria att pröva vårdnadsfrågan utifrån vad som är bäst för barnet eller utefter föräldrarnas förmåga att samarbeta.

Ur barnets perspektiv torde det vara viktigare att ha en fungerande vardag, där beslut om skola, sjukvård och andra angelägenheter som rör barnet kan fattas av den förälder som bäst känner till barnets behov, än att båda föräldrarna delar det juridiska ansvaret.

Huvudregeln om gemensam vårdnad under äktenskapet bygger på en föreställning om att gifta föräldrar bor tillsammans och därför gemensamt ska vårda hem och barn. Så är emellertid inte alltid fallet. Med hänsyn till den ökade migrationen lever många familjer idag åtskilda. I dessa fall är det kanske just ett uppehållstillstånd som avgör om föräldrarna kan bo tillsammans. Det är således inte alltid självklart att gifta föräldrar bor tillsammans eller att det finns förutsättningar för att utöva vårdnaden gemensamt enbart på grund av äktenskapet.

Föräldrarnas äktenskap borde därför inte vara styrande för om en rättslig prövning av vårdnaden ska tillåtas, eftersom huvudregeln om gemensam vårdnad under äktenskapet utgår från föreställningar om äktenskapet som inte stämmer överens med alla familjers verklighet.

7. Slutsats

Syftet med uppsatsen har varit att undersöka om det finns några rättsliga hinder mot att tilldela en förälder ensam vårdnad under bestående äktenskap. Trots att det inte uttrycks i lagtexten att äktenskapet skulle utgöra ett hinder för att förordna om ensam vårdnad, har huvudregeln i 6 kap. 3 § FB, såväl i doktrin som i rättstillämpningen ansetts utgöra ett hinder för att tilldela en förälder ensam vårdnad under bestående äktenskap, bortsett från de fall som anges 6 kap. 7§ och 8a § FB.

Även en förälders möjlighet att väcka talan mot sin make eller maka angående ändring i vårdnaden har visat sig utgöra ett potentiellt hinder. Tre av fyra hovrättsavgöranden talar för att talerätten påverkas av föräldrarnas äktenskap och att en talan om ensam vårdnad i de fallet inte ska anses ha stöd i lagen. I dessa avgöranden hänvisar man till doktrin, varför uppfattningen kan anses ha stöd i rättskällorna.

Ytterligare ett hinder mot att tilldela en förälder ensam vårdnad under bestående äktenskap är att föräldrar som är gifta med varandra enligt lagstiftningen förväntas att gemensamt vårda hem och barn. Det kan således sägas finnas en moralisk aspekt i frågan, och min tolkning är att det inte anses förenligt med lagstiftarens uppfattningar om äktenskapet att det skulle vara aktuellt att upplösa den gemensamma vårdnaden utan att en upplösning av själva äktenskapet sker.

Syftet med uppsatsen var även att undersöka hur huvudregeln om gemensam vårdnad förhåller sig till bestämmelsen om barnets bästa. Eftersom frågan om ensam vårdnad under bestående äktenskap har varit föremål för prövning relativt få gånger är det svårt att dra några egentliga slutsatser om rättsläget. Det kan dock konstateras att rättstillämpningen i de fall det ansetts att äktenskapet utgör ett hinder för att pröva en förälders talan om ensam vårdnad, sätter ett annat intresse före barnets bästa – nämligen att upprätthålla lagstiftarens föreställningar om äktenskapet.

Enligt gällande rätt ska barnets bästa vara avgörande, men rättstillämpningen talar för att så inte alltid är fallet.

Avslutningsvis, som svar på frågan om möjligheten att få ensam vårdnad under bestående äktenskap borde utökas i syfte att bättre tillgodose barnets bästa är min slutsats att det inte finns någon legitim anledning till att göra skillnad på gifta, och ogifta föräldrars

förutsättningar att få ändring i vårdnaden. En ordning där föräldrar som är gifta med varandra inte ska medges en rättslig prövning av vårdnaden på grund av att äktenskapet, innebär att inte heller någon prövning av vad som är bäst för barnet kommer göras. En sådan ordning kommer därför oundvikligen i vissa fall gå ut över barnet.

Dessutom bör det poängteras att även om det öppnas upp för en ordning där föräldrar får väcka talan, och domstolen förordna om ensam vårdnad trots ett äktenskap mellan parterna, kommer det oavsett vara upp till domstolen att besluta utefter vad som är bäst för barnet. Om vi har tilltro till rättsväsendet kommer den gemensamma vårdnaden bestå i de fall det är det bästa alternativet för barnet, och upplösas i de fall det saknas förutsättningar för föräldrarna att gemensamt utöva vårdnaden. Om domstolen beslutar att upplösa den gemensamma vårdnaden, kommer den förälder som bäst kan tillgodose barnets behov och därmed är bäst lämpad att fatta de beslut som faller inom vårdnadsansvaret, tilldelas det juridiska ansvaret för barnet.

Vilken riktning rättstillämpningen tar i frågan om en förälders möjlighet att få ensam vårdnad under bestående äktenskap återstår att se. Oavsett, blir det spännande att följa utvecklingen framöver gällande äktenskapets betydelse för ändring i vårdnaden.

Slutligen, vill jag påminna lagstiftaren och rättstillämparen om att det inte är föräldrarnas civilstånd som avgör vad som är bäst för barnet.

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Författningar

Föräldrabalken (1949:381)

Rättegångsbalken (1942:740)

Socialförsäkringsbalken (2010:110)

Äktenskapsbalken (1987:230)

Propositioner

Bet. 2017/18:SoU25, Inkorporering av FN:s konvention om barnets rättigheter

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

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

Prop. 1990/91:8 Om vårdnad och umgänge

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

Prop. 2004/05:136, Stärkt skydd för ensamkommande barn

Prop. 2005/06:99, Nya vårdnadsregler

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

Statens offentliga utredningar

SOU 1995:79 Vårdnad, boende och umgänge

SOU 2005:43 Vårdnad - boende - umgänge, barnets bästa, föräldrars ansvar

SOU 2005:73 Reformerad föräldraförsäkring – kärlek, omvårdnad, trygghet

SOU 2007:52 Beslutanderätt vid gemensam vårdnad m.m.

SOU 2017:6, Se barnet!

Litteratur

Böcker

Mägi, Erik och Zimmerman, Lina-Lea, *Stjärnfamiljejuridik: svensk familjelagstiftning ur ett normkritiskt perspektiv*, Uppl., 1, Gleerups Utbildning AB, Malmö, 2015

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – ämne, metod och argumentation*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2013

Schiratzki, Johanna, *Vårdnad och vårdnadstvister*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1997

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

Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*, 2 Uppl., Iustus förlag AB, Uppsala, 2008

Singer, Anna, *Barnets bästa: om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, 6. Uppl., Norstedts juridik AB, Stockholm, 2012

Singer, Anna, *Föräldraskap i rättslig belysning*, Iustus förlag AB, Uppsala, 2000

Sjösten, Mats, *Vårdnad, boende och umgänge: samt verkställigheten av sådana avgöranden*, 4. Uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2014

Vahlne Westerhäll, Lotta, *Introduktion: Vahlne Westerhäll, Lotta (red.), Rättssäkerhetsfrågor inom socialrätten*, Norstedts Juridik AB, 2002

Walín, Gösta och Vängby, Staffan, *Föräldrabalken, en kommentar*, bokutgåva, uppdaterad t.o.m. supplement 10, juli 2010, Norstedts juridik AB, Stockholm, 2010

Artiklar

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

Ryrstedt, Eva, *Barnets bästa och vilja i domstol*, SvJT, 2009, s. 1013–1037.

Schiratzki, Johanna, *Föräldraansvar: om särlevande föräldrars ansvar för sina barn*, JT, 2007, s. 352–365

Singer, Anna, *Gemensam vårdnad för alla föräldrar – barnets bästa eller social ingenjörskonst?* SvJT, 2014, s. 348–356

Wickström, Anita, *Nyare rättspraxis om vårdnad om barn*, SvJT 2001, s. 666–675

Övrigt

Statistiska centralbyrån, Demografiska rapporter, 2012:1, *Sambo, barn, gifta, isär. Parbildning och separationer bland förstagångsföräldrar*. SCB-Tryck, Örebro, 2012

https://www.scb.se/statistik/publikationer/be0701_2012a01_br_be51br1201.pdf s. 9.

(Hämtad 21/11 2018)

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen:

NJA 1999 s. 451

NJA 2000 s. 345

NJA 2006 s. 26

NJA 2011 s. 311

NJA 2017 s. 430

Hovrättsavgöranden:

Hovrätten för västra Sverige

T 3113–18

Ö 1990–18

Göta hovrätt

T 124–13

Hovrätten för nedre Norrland

T 1208–16

Hovrätten över Skåne och Blekinge

Ö 810–14

Tingsrättsavgöranden

Göteborgs tingsrätt

T 2160–17

T 16446–17

T 10699–17

Underlag för empirisk undersökning av tillämpningen av 6 kap. 8a § FB

T 5794–17

T 10699–17

T 10827–17

T 10902–17

T 11154–17

T 11194–17

T 11620–17

T 12454–17

T 12539–17

T 13309–17

T 13711–17

T 13908–17

T 14284–17

Helsingborgs tingsrätt

T 76–14

Kalmar tingsrätt

T 3700–11

Ångermanlands tingsrätt

T 2456–15