

JURIDISKA INSTITUTIONEN
Stockholms universitet

Umgänge för barnets bästa
- en teoretisk och praktisk undersökning
av barnets bästa i förhållande till
umgänge

Jenny Grass

Examensarbete i Civilrätt, 30 hp
Examinator: För- och efternamn
Stockholm, Vårterminen 2015



Stockholms
universitet

Abstract

Detta arbete behandlar bedömningen av barnets bästa så som det är uttryckt i föräldrabalkens 6 kap. 2 a § i förhållande till barnets rätt umgänge enligt föräldrabalken 6 kap. 15 §. Arbetet undersöker de två aspekterna av bedömningen, den teoretiska och den praktiska. Den teoretiska delen av arbetet behandlar hur bedömningen av barnets bästa i förhållande till umgänge ska göras. Vad gäller delen av arbetet som behandlar den praktiska tillämpningen av dessa bestämmelser består den av en undersökning av 24 hovrättsdomar. I undersökningen har domar som behandlat umgänge mellan föräldrar och barn där dom meddelats från och med oktober år 2014 till och med juni år 2015.

Innehållsförteckning

Förkortningar

1. Inledning	s. 1
1.1. Bakgrund	s. 1
1.2. Problemformulering	s. 2
1.3. Syfte	s. 3
1.4. Metod	s. 3
1.5. Material	s. 5
1.6. Avgränsningar	s. 8
1.7. Disposition	s. 8
2. Barnets bästa som teoretiskt utgångspunkt	s. 9
2.1. Historisk tillbakablick	s.9
2.2. Från svensk rätt till internationell konvention	s.11
2.3. Föräldrabalken 6 kap. 2 a § - en portalparagraf	s.13
2.3.1. Principen barnets bästa – i förhållande till portalparagrafen	s.14
2.3.2. Barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar	s.19
2.3.3. Barnets vilja med beaktande av ålder och mognad	s.22
2.3.3.1. Barnets vilja och dess rätt att komma till tals i teorin	s.22
2.3.3.2. Föräldrarnas vilja	s.28
2.3.3.3. Ålder och mognad	s.30
2.3.4. Riskerna	s.32
2.4. Barns grundläggande behov	s.37
2.5. Rätten till umgänge	s.38
2.6. Sammanfattning	s. 42
3. Rättsutredning	s.44
3.1. Sammanfattning av fallen	s.44
3.2. Faktorer som undersökts	s.45

3.3.	Redovisning av resultaten	s.46
3.3.1.	Domstolens bedömning vid beslut om umgänge	s.46
3.3.2.	Hur det beslutade umgänget ser ut	s.48
3.3.2.1.	Domarna där föräldrarna kommit överens	s.48
3.3.2.2.	Domarna där domstolen beslutat om umgänge	s.49
3.3.2.3.	Indirekt umgänge	s.52
3.3.3.	Risken att barnet far illa vs. behovet av nära och god kontakt med båda föräldrarna	s.53
3.3.4.	Betydelsen av barnets vilja med beaktande av ålder och mognad	s.54
3.3.5.	Syskon	s.55
3.4	Sammanfattning	s.56
4.	Diskussion	s.58
5.	Sammanfattning	s.62

Källförteckning

Förkortningar

Barnkonventionen	FN:s konvention om barnets rättigheter
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FB	Föräldrabalken (1949:381)
HD	Högsta domstolen
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

Det har tidigare varit en genomgående utgångspunkt, vid vårdnads- och umgängestvister i svensk rätt, att det är till barnets bästa att föräldrarna har gemensam vårdnad.¹ Numera har man uttalat att någon presumtion för eller emot gemensam vårdnad inte ska gälla.² Istället ska föräldrar ha gemensam vårdnad i alla fall där det är till barnets bästa.³ Lagstiftningen har gått från att betona föräldrarnas gemensamma ansvar som vårdnadshavare till att betona vikten av barnets rätt till nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Detta kommer till uttryck både i lagtext och i lagförarbeten.⁴

Principen om barnets bästa är numera en grundläggande princip i den svenska rätten. Ser man vårdnads-, umgänges- och boendetvisterna ur samhällets perspektiv är detta inte konstigt. Att utgången i frågor som rör barn ska vara till barnets bästa tycks säga sig själv. Frågan som aktualiseras är inte längre om barnets bästa kan sättas framför föräldrarnas rätt, frågan är hur bedömningen av vad som är ett barns bästa sker i praktiken och hur rättssäkerhet garanteras i den processen.

Förutom principen om barnets bästa så är även principen att ett barn har rätt till umgänge med båda sina föräldrar en stark grundprincip. Detta gäller oavsett om föräldrarna har gemensam vårdnad om barnet eller inte. Principen grundar sig på barnets rättigheter, närmare bestämt rätten till båda sina föräldrar,⁵ och inte föräldrarnas rätt till sitt barn. Detta innebär att även i de fall då ett barn har fått rätt till umgänge med en förälder genom domstolsbeslut så har barnet ingen absolut plikt att umgås med föräldern.⁶ Att en förälder önskar umgänge med sitt barn innebär inte alltid att förälder kommer få umgänge. Det som är avgörande för om en förälder får umgänge med sitt barn är om ett umgänge med föräldern är till barnets bästa.⁷

1.1 Bakgrund

Trots att lagstiftaren och de allra flesta föräldrar förenas av en gemensam strävan att tillgodose barnets bästa så sammanfaller inte alltid dessa två perspektiv. Föräldrarnas syn på

¹ Lagkommentaren till föräldrabalken (2010), 6:18 & NJA 1999 s. 451.

² Prop. 2005/06:99, s. 171.

³ Lagkommentaren till föräldrabalken (2010), 6:21 & Lagkommentaren till föräldrabalken (2003), 6:18.

⁴ FB 6 kap. 2 a §, Prop. 2005/06:99, s. 34 & Lagkommentaren till föräldrabalken (2003), 6:15.

⁵ Se bland annat FB 6 kap. 15 § & Schiratzki (2008), s. 81f.

⁶ Lagkommentaren till föräldrabalken (2010), 6:62.

⁷ FB 6 kap. 2 a §.

familjen och ansvarsfördelningen dem emellan när det kommer till deras barn är inte alltid förenlig med lagstiftarens intentioner. I vissa fall förekommer även konflikter mellan föräldrarna. Vårdnads- och umgängestvister är inga ovanligheter i svenska domstolar, bara under år 2014 avgjordes 5 783 mål avseende ”talan om vårdnad om barn m.m.” i tingsrätterna. Detta var cirka 6% av de totala avgjorda tvisterna det året.⁸ I dessa tvister är föräldrarna parter men domstolen ska ändå döma med barnets bästa i första rummet.

I alla tvister där vårdnad, boende och umgänge aktualiseras ska domstolen besluta med barnets bästa som avgörande faktor.⁹ Det är dock inte alltid lätt för domstolen att bestämma vad som är till ett enskilt barns bästa. Svårigheten med bedömningen av vad som är ett barns bästa kan till vis del bero på bristen på konkreta riktlinjer för bedömningen. Denna brist i kombination med att domstolen även har att förhålla sig till FN:s konvention om barnets rättigheter, den så kallade barnkonventionen, gör inte bedömningen lättare.

1.2 Problemformulering

I Föräldrabalken (FB) 6 kap. 2 a § stadgas det att det är barnets bästa som ska vara *avgörande* för *alla* beslut om vårdnad, boende och umgänge.¹⁰ Detta innebär att i fall som rör umgänge med barn där en förälder inte har vårdnaden, ska domstolen göra en omfattande bedömning av vad som är barnets bästa. Varje enskilt mål kräver en helhetsbedömning av det enskilda barnets situation, där ett antal avvägningar mellan barnets och föräldrarnas rättigheter och föräldrarnas ansvar¹¹ görs. I teorin ter sig bedömningen om barnets bästa vara mycket omfattande. Bedömningen ska inte bara ta hänsyn till hur barnets liv ser ut vid beslutet om umgänge, den ska även beakta hur barnets liv har sett ut, hur det kan komma att se ut samt förutse hur olika utgångar i umgängesfrågan kan påverka barnet. Domstolen ska alltså göra en sådan utredning i varje enskilt fall, där barnets bästa ska vara den avgörande faktorn.

Då det är tydligt att det för att utreda vad som är barnets bästa krävs en bedömning i varje specifikt fall, innebär detta att domstolen inte ska utarbeta någon schablon eller i för hög grad se till vad domstolen kommit fram till tidigare i liknande fall vid dessa beslut. En faktor som vägt tungt i ett fall behöver nämligen, utifrån lagens intentioner, inte väga tungt i ett annat.

⁸ Domstolsstatistik 2014, s. 14, tabell 1:1 & tabell 1:4.

⁹ FB 6 kap. 2 a §.

¹⁰ Författarens kursivering.

¹¹ I föräldrarnas ansvar ingår att som umgängesförälder kunna tillgodose barnets behov under umgänget, eller att behoven annars kan tillgodoses genom stöd i umgänget.

Detta innebär alltså att två fall med likartade omständigheter men som behandlar två olika barn, eller varför inte ett fall där det finns flera syskon där alla objektiva omständigheter är likadana men barnen uppfattar dessa på olika sätt, inte får behandlas på samma sätt. Domstolen kan eventuellt hämta viss ledning från bedömningen i det ena fallet men får göra det med försiktighet eftersom det är det enskilda barnet i det enskilda fallet som bedömningen rör.

Bedömningen av vad som är barnets bästa är som belyst inte helt enkel. Hur den praktiska bedömningen av barnets bästa ska gå till i domstolen är till viss del otydligt. Det är tydligt att vissa faktorer och intressen ska vägas mot varandra, otydligheten ligger i värderingen av dessa. Denna brist på tydlighet väcker frågor om hur tillämpningen av föräldrabalken 6 kap. 2 a § i förhållande till bestämmelsen om umgänge i föräldrabalken 6 kap. 15 § faktiskt ser ut.

1.3 Syfte

Syftet med denna uppsats är att utreda och analysera om/hur bestämmelserna föräldrabalken 6 kap. 2 a § och föräldrabalken 6 kap. 15 § viktas mot varandra vid en teoretisk och en praktisk bedömning av barnets bästa och om dessa bedömningar skiljer sig.

Detta syfte leder till några frågor:

- Vilka faktorer väger tyngst vid beslut om umgänge
- Tar man hänsyn till olika faktorer i den praktiska respektive teoretiska bedömningen av barnets bästa i förhållande till umgänge?
- För det fall att det finns skillnader mellan bedömningarna, vilka är dessa skillnader?

1.4 Metod

Denna uppsats är uppbyggd på så sätt att den är tvådelad. Den första och inledande delen består av en kartläggning och analys av gällande rätt. I denna del har en rättsdogmatisk metod använts. Genom den rättsdogmatiska metoden kan man analysera hur en viss rättsregel ska uppfattas i ett visst konkret sammanhang.¹² Den rättsdogmatiska metodens särskilda karaktär kommer från sambandet av denna analys av den konkreta tillämpningssituation och den

¹² Korling & Zamboni, s. 26.

någorlunda abstrakta rättsregeln.¹³ Syftet med denna metod är, så som det uttrycks av Korling och Zamboni i boken Juridisk metodlära.

”(...) att rekonstruera lösningen på ett rättsligt problem genom att applicera en rättsregel på densamma.”

Detta syfte når man genom att söka svaren i de klassiska rättskällorna, lag, praxis, förarbeten och doktrin. Förutom dessa källor kan man även använda sig av rättsdogmatiskt orienterad litteratur, till exempel uppsatser.¹⁴

Jag har valt att använda mig av denna metod då jag i den första delen av uppsatsen intresserar mig för normerna men inte hur dessa tillämpas generellt, intresset ligger i att analysera hur rättsregeln är tänkt att användas på ett specifikt fall. Denna fokus på normerna i sig och inte på tillämpningen av dem, är en del av den rättsdogmatiska metoden.¹⁵ Man kan även uttrycka det så att uppsatsens första del tar sikte på ett inre perspektiv av frågan om barnets bästa i förhållande till umgänge med sina föräldrar. Detta inre perspektiv kan man finna med hjälp av den rättsdogmatiska metoden.¹⁶

Förutom de klassiska rättskällorna kommer även annat material ligga till grund för analysen av gällande rätt. Förutom detta material kommer även internationella konventioner beröras då dessa är grundläggande för denna rättsliga frågeställning. De svenska lagreglerna har även påverkats av dessa konventioner och de har integrerats i de klassiska rättskällorna genom att de behandlas i både doktrin och förarbeten till lagen. I denna uppsats kommer dock en av konventionerna analyseras både som en del av lagförarbeten och praxis, men även som en fristående källa till information. Detta innebär att den rättsdogmatiska metod som används kan sägas vara vidare i den bemärkelsen att analysen hämtar information från en källa som inte har status som en rättskälla i strikt bemärkelse.

Vad gäller de olika rättskällorna i den rättsdogmatiska metoden kan man konstatera följande. Lagstiftning och prejudikat kan sägas ha en given auktoritet. Till denna auktoritet förenas

¹³ Korling & Zamboni, s. 26.

¹⁴ Korling & Zamboni, s. 21.

¹⁵ Korling & Zamboni, s. 24.

¹⁶ Korling & Zamboni, s. 27.

uttalanden i förarbeten.¹⁷ Doktrinen har inte blivit helgad med samma inneboende auktoritet utan får ta en mer underordnad roll. Detta till trots så är doktrinen mycket viktigt för den rättsdogmatiska metoden. Genom doktrin har man möjlighet till en överblick som ger möjlighet att påtala inkonsekvenser i lagtillämpningen, till exempel genom relaterande av ett visst avgörande till ett annat. Genom denna överblick ges också doktrinen en unik möjlighet att finna brister i systemet.¹⁸

I den rättsdogmatiska metoden är det viktigt att skilja på så kallad de-lege-lata-argumentation, som beskriver rättsläget som det är, och de-lege-ferenda-argumentation, som i princip föreslår lösningar på problem.¹⁹ I denna första delen av uppsatsen kommer jag att hålla mig till att beskriva rättsläget som det är, alltså att använda mig av så kallad de-lege-lata-argumentation.

Den andra delen av uppsatsen består av ett nedslag i verkligheten i form av en empirisk undersökning. I denna del har det varit av intresse hur rätten faktiskt tillämpas. Fokus har i denna del av uppsatsen legat på praxis från underrätter, närmare bestämt från hovrätterna, samt teknik att urskilja relevant fakta. Frågan har här varit hur en rättsregel tillämpas på en speciell situation, alltså, hur ser rätten ut i verkligheten.

Vid urvalet av domar från hovrätterna har jag inte begränsat mig till en specifik hovrätt, istället har domar från alla hovrätter i Sverige granskats. Detta för att få fram en tillräckligt stor bas av domar för att kunna hitta tendenser i domstolens bedömningar.

1.5 Material

Det material som använts till den första delen av uppsatsen, den rättsutredande delen, har till största delen bestått av lag, förarbeten samt doktrin. Då rätten på detta område genomgick en stor förändring relativt nyligen²⁰ har mycket av informationen hämtats från lagförarbeten. I uppsatsen har propositionen, betänkandet samt kommittédirektivet till den nya lagen använts. Förutom dessa källor har även förarbetena till den gamla lydelsen av föräldrabalken använts i den omfattning de varit relevanta. Dessa källor har till viss del inhämtas från databaserna Zeteo och Infotorg.

¹⁷ Korling & Zamboni, s. 30.

¹⁸ Korling & Zamboni, s. 36.

¹⁹ Korling & Zamboni, s. 36.

²⁰ Föräldrabalken genomgick stora förändringar år 2006.

Lagtexten har i sig varit en viktig del av materialet. Till största delen har lagtexten som använts bestått av föräldrabalkens nuvarande lydelse, men även tidigare lydelse av bestämmelserna analyseras till viss del. I denna del har även konventionstexten i barnkonventionen påverkat analysen av den svenska rätten.

Vad gäller praxis så har denna rättskälla tagit en något undanskymd roll i denna uppsats. Detta beror på att antalet rättsfall som behandlar de nya lagreglerna är relativt begränsat. Det finns förvisso en del äldre rättsfall som berör bedömningen som uppsatsen behandlar, i den del dessa är relevanta för framställningen i uppsatsen har de tagits upp. Dock med reservation för att rättsläget eventuellt kan ha ändrats i och med de nya reglerna i föräldrabalken samt ett utökat inflytande från internationella konventioner.

För uppsatsens första del har även doktrinen varit särskilt viktig i och med den helhetsbild som den bidrar med. Förutom en överblick över rättsområdet har doktrinen även varit viktig för det historiska perspektivet.

Vad gäller uppsatsens andra del så har jag i den använt mig av ett antal domar från hovrätterna. För att kunna utröna om det i bedömningen om barnets bästa i förhållande till barnets rätt till umgänge med sina föräldrar finns någon speciell struktur eller tendenser krävs en undersökning av flertalet domar.²¹ På grund av uppsatsens omfattning så har jag valt att begränsa mig till fyra domar från varje hovrätt, totalt 24 domar, för att på så sätt inte få in en lavinartad mängd domar. Jag har valt att inte utreda praxis från Högsta domstolen då kraven för prövningstillstånd i Högsta domstolen är högt ställda vilket innebär att endast ett litet antal mål kommer upp till prövning.

Om jag sett till praxis från Högsta domstolen i uppsatsen hade jag behövt undersöka mål som beslutats långt bak i tiden. Detta hade inte varit till fördel då lagstiftningen på detta område ändrats relativt nyligen. Lagstiftningen genomgick stora ändring år 2006²² och dessa förändringar har med stor sannolikhet inneburit att utredningen av barnets bästa i de äldre domarna till viss del skulle vara föråldrad.

²¹ Endast en eller ett par domar är inte tillräckligt för att visa på tendenser eller strukturer, de visar endast hur domstolen gjort sin bedömning i just den eller de målen.

²² Lag (1998:319) om ändring i föräldrabalken.

Urvalet av domar har gått till på det sättet att jag begärt ut domar digitalt av hovrätterna. I begäran framgick att de mål där dom meddelats efter huvudförhandling i tvistiga mål där beslut om umgänge fattats från och med perioden juli 2014 till och med juni 2015 var av intresse. Som svar på min begäran har jag antingen fått ett urval domar skickat till mig i pdf-format eller fått en lista med domar där jag har fått specificera vilka domar jag var intresserad av.

De hovrätter som svarade med att skicka de senaste domarna i pdf-format var Hovrätten över Skåne och Blekinge, Hovrätten över Nedre Norrland, Hovrätten över Västra Sverige samt Hovrätten över Övre Norrland. Av de domar jag fick skickade till mig valde jag ut de fyra senaste beslutade domarna.

Av de sex hovrätterna svarade två, Svea hovrätt och Göta hovrätt, genom att skicka en lista med domar som meddelats under den tidsperioden jag specificerat. Av dessa domar valde jag ut de fyra senaste meddelade domarna där saken som behandlades var umgänge med barn.

Av de domar jag tittat på har inte alla behandlat umgänge med barn exklusivt. En del av domarna behandlar även vårdnad och/eller boende. I dessa domar har jag dock inte utrett hur bedömningen om barnens vårdnad eller boende sett ut. Jag har begränsat mig till att även i dessa domar endast se till övergripande bedömningar i fråga om barnets bästa i allmänhet (då dessa tenderar att användas av domstolen i bedömningen av både umgänges- samt vårdnads- och/eller boendefrågor) samt bedömningarna i umgängesfrågorna i synnerhet.

Ytterligare en anledning till att det är fördelaktigt att använda sig av praxis från underrätter där bedömningen av barnets bästa gjorts nyligen är att den analysen av bedömningen jag gör blir så aktuellt som möjligt.

I det avslutande avsnittet där de två delarna av uppsatsen fogas samman tar metoden istället formen av en kritisk rättsdogmatisk metod. Då ligger fokus inte längre på att beskriva gällande rätt utan på att utifrån de slutsatser jag ansett mig kunna dra utifrån de två tidigare

delarna, innehållet i gällande rätt och tillämpningen av den, påvisa att rättsläget inte är tillfredställande och eventuellt bör ändras.²³

1.6 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar framförallt bedömningen om barnets bästa i föräldrabalken 6 kap. 2 a § i relation till barnets rätt till umgänge med sina föräldrar enligt föräldrabalken 6 kap. 15 §. Då huvudfokus för detta arbete är umgänge innebär det att jag väljer att inte se närmare på hur bestämmelsen används i förhållande till vårdnad och boende. Arbetet har särskilt fokus på barnets rätt till en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Riskfaktorerna i bedömningen om barnets bästa samt bedömningen om barnets ålder och mognad kommer att behandlas översiktligt i den mån de är relevanta.

Arbetet tar sin utgångspunkt i svenska regler och principer, uppsatsen kommer därför huvudsakligen behandla svensk rätt. Utöver svenska rätten kommer relevanta delar av barnkonventionen behandlas. Vad gäller artiklarna i barnkonventionen vänder de sig till enskilda barn så väl som till barn i grupp. För detta arbete är dock huvudsakligen artiklarnas tillämpning i förhållande till enskilda barnet av intresse. Den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) behandlas även mycket kortfattat.

1.7 Disposition

Uppsatsen är uppdelad i två huvuddelar. Den första delen behandlar gällande rätt och hur rätten är tänkt att tillämpas. Denna del kommer att ta sitt avstamp i principen om barnets bästa i föräldrabalken 6 kap. 2 a § och hur bedömningen av vad som är barnets bästa är tänkt att utföras. I denna del av uppsatsen kommer, förutom en övergripande granskning av den nämnda paragrafen, djupdykningar i vissa av paragrafens formuleringar och värderingar att göras.

Avsnitt 2.3.2 behandlar barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar, på detta avsnitt följer barnets vilja med beaktande av ålder och mognad, avsnitt 2.3.3, och risken att barnet far illa vid umgänge med sin förälder i avsnitt 2.3.4. Denna teoretiska del avslutas

²³ Korling & Zamboni, s. 39.

med avsnitt 2.4 – 2.6 med barns grundläggande behov, rätten till umgänge och slutligen en sammanfattning.

Efter genomgång av gällande rätt tar den andra huvuddelen av uppsatsen vid. Denna del behandlar ett nedslag i verkligheten i form av en undersökning av den faktiska bedömningen av barnets bästa i relation till umgänge i ett antal hovrättsdomar.

I denna del kommer ett inledande avsnitt, 3.1, med en sammanfattning av domarna leda in i en genomgång av eventuella tendenser och mönster som hittats i domarna. Avslutningsvis presenteras en avslutande diskussion och sammanfattning med fokus på om bedömningen av barnets bästa i teorin och praktiken skiljer sig åt.

2 Barnets bästa som teoretisk utgångspunkt

2.1 Historisk tillbakablick

I svensk lagstiftning har det funnits lagar som värnat om barn sedan lång tid tillbaka. Den första barnavårdslagen tillkom redan år 1924. Temat i denna första lag med inriktning mot barn kan sägas vara principen om barnets bästa. Denna princip har fått fotfäste i svensk rätt och är den principen som genomgående motiverat de ändringar i lagstiftningen rörande barn som genomförts efter denna första barnavårdslag.²⁴

Trots att barnets bästa legat till grund för lagstiftningen på området i lite mer än 90 år lyftes betydelsen av barnets bästa i beslut i frågor om vårdnad, boende och umgänge fram ordentligt först i och med den omfattande reformen av föräldrabalkens bestämmelser som genomfördes år 1998. Det var i och med denna reform som lagstiftaren lyfte in en portalparagraf om barnets bästa i förädrabalken.²⁵ Denna nya portalparagraf hade dock inte samma utformning som den har idag, den nuvarande bestämmelsen i förädrabalken 6 kap. 2 a § har utarbetats till sin nuvarande formulering genom ett par ändringar.

Efter reformen år 1998 framgick principen om barnets bästa i portalparagrafen genom följande formulering:

²⁴ SOU 1997:116, 6.3.1.

²⁵ Prop. 2005/06:99, s. 39.

”Barnets bästa ska komma i främsta rummet vid avgörande enligt detta kapitel av alla frågor som rör vårdnad, boende och umgänge.”²⁶

Bedömningen av vad man ansåg vara ett barns bästa reglerades i efterföljande stycke.

”Vid bedömning en av vad som är bäst för barnet skall det fästas avseende särskilt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Risker för att barnet utsätts för övergrepp, olovligt förs bort eller hålls kvar eller annars far illa skall beaktas.”²⁷

Vid Vårdnadskommitténs granskning av 1998 års reform ansågs inte denna formulering markera med tillräckligt stor tydlighet att barnets bästa borde vara det avgörande i frågor som rör vårdnad, boende och umgänge.²⁸ Vid formuleringen av paragrafen ville man visa att principen om barnets bästa är av stor vikt. Tonvikten skulle ligga på barnets bästa och lagstiftaren ville förtydliga att det i fall då barnets och de vuxnas intressen står mot varandra i mål om vårdnad, boende och umgänge är barnets bästa som väger tyngst.²⁹ Regeringen föreslog därför att det i paragrafens första mening skulle införas ett förtydligande om vikten av barnets bästa inför ändringen i lagen år 2006.³⁰ I Paragrafens första mening fick därför följande utformning:

”Barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge.”³¹

Detta betyder alltså att föräldrarnas rätt till sina barn i detta hänseende är underkastat barnets rätt till det som är bäst för barnet. Barnets rättigheter går före föräldrarnas rätt till barnet och deras skyldigheter att ta hand om det.

Förutom detta förtydligande av vikten av barnets bästa genomgick paragrafen vissa andra ändringar år 2006. Lagstiftaren valde att lyfta in barnets rätt att uttrycka sin åsikt i frågor som rör det genom att lägga till följande formulering i paragrafen:

²⁶ Lag om ändring i föräldrabalken (1998:319) 6 kap. 2 a §.

²⁷ Lag om ändring i föräldrabalken (1998:319) 6 kap. 2 a §.

²⁸ Prop. 2005/06:99, s. 38.

²⁹ Saldeen, s. 224.

³⁰ Prop. 2005/06:99, S. 19 & s. 33.

³¹ FB 6 kap. 2 a § 1 men.

”Hänsyn skall tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.”³²

I och med dessa ändringar av paragrafens formulering hade lagstiftaren gjort ett medvetet försök att ta hänsyn till barnkonventionen. De artiklarna i konventionen som lagstiftaren framförallt haft i åtanke var artikel 3 och artikel 12. Dessa artiklar behandlar barnets bästa respektive barnets rätt att få uttrycka sina åsikter i frågor som rör det.³³

Denna nya formulering hade sin grund i regeringens uppfattning att det var viktigt att ha ett starkt barnperspektiv i alla beslut och åtgärder som rör barn, och då framförallt frågor som rör vårdnad, boende och umgänge. Regeringen framhöll att ett barnperspektiv innebär att man har en utgångspunkt i respekten för att barnet har ett fullt människovärde och integritet. Detta innebär att man försöker se verkligheten genom barnets ögon. Man måste då lyssna på det och respektera att det är en egen individ med egna uppfattningar. Man ska även försöka ta reda på hur barnet uppfattar sin situation och eventuella förändringar i den. När man sedan lyssnat på barnet så måste man analysera följderna som olika beslut kan få för barnet.³⁴

2.2 Från svensk rätt till internationell konvention

En del av de ändringar som föräldrabalkens portalparagraf genomgick år 2006 berodde på ett ökat inflytande från barnkonventionen. Sverige ratificerade barnkonventionen år 1990,³⁵ som en av de första länderna i världen,³⁶ men den har för närvarande inte ställning som svensk lag. Då Sverige ratificerade konventionen valdes ett konstaterande av transformering och normharmoni för dess införlivande.³⁷ Detta innebär att domstolen inte måste se till barnkonventionens artiklar direkt vid bedömningen om vad som är ett barns bästa, svensk lag ska dock vara i harmoni med artiklarna vilket innebär att konventionens artiklar ändå kan användas i ett vägledande syfte.

³² FB 6 kap. 2 a § 3 men.

³³ FN:s konvention om barnets rättigheter art 3 & art 12.

³⁴ Prop. 2005/06:99, s. 38f.

³⁵ Barnombudsmannen.se, <http://www.barnombudsmannen.se/barnombudsmannen/barnkonventionen/>, 22/6-2015, 10.3.

³⁶ Handbok om barnkonventionen, s. 13.

³⁷ Kommittédirektiv 2015:17.

Förutom barnkonventionen är även EKMR intressant vid bedömningen av ett barns bästa i förhållande till umgänge. Denna konvention har dock status som svensk lag.³⁸ Rättigheterna i EKMR tillskrivs alla människor, även barn, men är inte riktade speciellt till någon grupp i samhället.³⁹

*”De höga fördragsslutande parterna skall garantera var och en, som befinner sig under deras jurisdiktion, de fri- och rättigheter som anges i avdelning 1 i denna konvention.”*⁴⁰

Huruvida barnkonventionen ska få status av svensk lag eller inte är under utredning. En av frågorna som utredaren har att ta ställning till är hur barnkonventionens bestämmelser ska uttolkas.⁴¹ Barnkonventionens artikel 3 omfattar alla åtgärder som rör barn. Detta innebär en omfattande utvidgning av föräldrabalkens portalparagraf.

Barnkonventionen består av fyra grundprinciper, artikel 2 om rätten att inte bli diskriminerad, artikel 3 om rätten för barnet att få sitt bästa satt i främsta rummet vid alla beslut som rör det, artikel 6 om rätten till liv, överlevnad och utveckling samt artikel 12 om barnets rätt att uttrycka sin mening och höras i frågor som rör det.⁴² Dessa fyra artiklar är relevanta vid alla aspekter av genomförandet av barnkonventionen,⁴³ och ska beaktas vid tolkningen av alla de andra artiklarna konventionen.⁴⁴

Av speciellt intresse i fall om barns umgänge med en förälder är artikel 3 och artikel 12. Dessa två artiklar kompletterar varandra. I artikel 3 fastställs målet att uppnå det som är ett barns bästa, i artikel 12 finner man metoden för att nå målet att barnet ska bli uppnått. Artikel 3 kan inte ens tillämpas korrekt om inte rättigheten i artikel 12 respekteras. Artikel 3 stärker även tillämpningen av artikel 12 och betonar barnets fundamentala roll i alla beslut som rör det.⁴⁵

³⁸ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

³⁹ EKMR, art. 1.

⁴⁰ EKMR, art. 1.

⁴¹ Kommittédirektiv 2015:17.

⁴² Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 7, punkt 9.

⁴³ Handbok om barnkonventionen, s. 123.

⁴⁴ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 12, punkt 2.

⁴⁵ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 12, punkt 74.

Barnets bästa finns uttryckt i olika delar av den svenska lagstiftningen⁴⁶, till exempel i portalparagrafen i föräldrabalken 6 kap. 2 a §. I svensk rätt finns det ingen paragraf om barnets bästa som är så omfattande att den sträcker sig över all lagstiftning på samma sätt som artikel 3 i barnkonventionen, portalparagrafen i föräldrabalken 6 kap. 2 a § rör som bekant bara vårdnad, boende och umgänge.

2.3 Föräldrabalken 6 kap. 2 a § - en portalparagraf

Föräldrabalken 6 kap. 2 a § är en så kallad portalparagraf. Detta innebär att paragrafen är tänkt som ett underlag för lagens mer konkreta regler. Paragrafen markerar att barnets bästa ska finnas med som en allmän utgångspunkt, som ett sorts avstamp, för de mer preciserade reglerna i kapitlet.⁴⁷ Paragrafen har en tydlig koppling till barnkonventionen och anses av vissa vara en motsvarighet till konventionens art. 9.⁴⁸ Barnkonventionens art. 9 behandlar konventionsstaternas skyldighet att säkerställa att barn inte skiljs från sina föräldrar mot deras vilja om det inte är till barnets bästa. Förutom denna skyldighet föreskriver artikel att för de fall då barn skiljs från sina föräldrar så har barnet rätt en rätt till kontakt med föräldern/föräldrarna.⁴⁹

*"(...) regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkt kontakt med båda föräldrarna, utom då det strider mot barnets bästa."*⁵⁰

Portalparagrafen i föräldrabalken kan även sägas ha en koppling till EKMR. Det faktum att man i bedömningen av barnets bästa har att ta hänsyn till barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar kan till viss del förklaras som ett utflöde av rätten till familjeliv.⁵¹ Denna kombination av barnets mänskliga och lagliga rätt till familjeliv beskriver Lena Hellbom Sjögren i boken "Barnets rätt till familjeliv" som barnets rätt till en bibehållen identitet.⁵²

I föräldrabalkens portalparagraf, 6 kap. 2 a §, står det uttryckligen att särskilt avseende ska fästas vid vissa riskfaktorer vid bedömningen av ett barns bästa. Paragrafen tar upp risken att

⁴⁶ Se FB 6 kap. 2 a §, Socialtjänstlag 1 kap. 2 § & Lag om stöd och service till vissa funktionshindrade 6 a §.

⁴⁷ Prop. 2005/06:99, S.39.

⁴⁸ Hellbom Sjögren, s. 18f.

⁴⁹ FN:s konvention om barnets rättigheter, art. 9.

⁵⁰ FN:s konvention om barnets rättigheter, art. 9 st. 3.

⁵¹ Hellbom Sjögren, s. 17f.

⁵² Hellbom Sjögren, s. 19f.

barnet eller någon i barnets familj utsätts för övergrepp, att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa. Paragrafen även upp barnets behov till nära och kontakt med båda föräldrarna som en faktor att särskilt beakta vid bedömningen av ett barns bästa.⁵³ Förutom dessa riskfaktorer och behov ska även barnets egna uppfattning vara en faktor vid bedömningen om barnets bästa. Barnet har rätt att få sin vilja hörd, med beaktande av ålder och mognad.⁵⁴

2.3.1 Principen barnets bästa i förhållande till portalparagrafen

Vid tvister om vårdnad, boende och umgänge gäller, förutom de processrättsliga lagrum som aktualiseras, bestämmelserna i föräldrabalken. Genom föräldrabalkens nuvarande utformning framgår det i portalparagrafen 6 kap. 2 a § att det i alla tvister som rör vårdnad, boende och umgänge ska vara barnets bästa som är den avgörande faktorn för domstolens beslut i de målen.⁵⁵ I denna paragraf presenteras principen om barnets bästa i förhållande till umgänge.

Svensk rätt är till stor del påverkad av barnkonventionen när det gäller lagstiftningen kring barnets rätt till umgänge med sina föräldrar.⁵⁶ I lagförarbetena till föräldrabalken framgår det att ett av skälen till regeringens förslag om att barnets bästa, inför ändringarna i lagen år 2006, skulle komma till klarare uttryck i lagen var att på ett tydligare sätt anknyta till barnkonventionens artikel tre och artikel 12.⁵⁷ Dessa två principer i konventionen är de principer som figurerar mest i svensk lagstiftning,⁵⁸ det är till och med så att artikel 3 är en central materiell utgångspunkt för domar som rör barn.⁵⁹

I konventionens artikel 3 stadgas barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet vid alla beslut som rör det.⁶⁰

”Vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, skall barnets bästa komma i främsta rummet.

⁵³ Saldeen, s. 193.

⁵⁴ FB 6 kap. 2 a §.

⁵⁵ FB 6 kap. 2 a §.

⁵⁶ Saldeen, s.204.

⁵⁷ Prop. 2005/06:99, s 38.

⁵⁸ Handbok om barnkonventionen, s. 51.

⁵⁹ Kaldal, s. 129.

⁶⁰ FN:s konvention om barnets rättigheter, art. 3.1.

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

Konventionsstaterna skall säkerställa att institutioner, tjänster och inrättningar som ansvarar för vård eller skydd av barn uppfyller av behöriga myndigheter fastställda normer, särskilt vad gäller säkerhet, hälsa, personalens antal, och lämplighet samt behörig tillsyn.”⁶¹

Den grundläggande skillnaden mellan föräldrabalkens bestämmelse om barnets bästa och konventionens artikel 3⁶² är det faktum att rättigheten i konventionen omfattar alla åtgärder som rör barn.⁶³

Vad gäller bedömningen om barnets bästa går det att utläsa mycket lite ur ordalydelsen av förädrabalkens portalparagraf. Det som framkommer är att barnets bästa ska vara avgörande i alla beslut om vårdnad, boende och umgänge, och att det i denna bedömning ska fästas särskild vikt vid tre huvudfaktorer. Den första av dessa är en risk för att barnet på något sätt far illa, och den andra är barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Avslutningsvis stadgas det även att hänsyn i denna bedömning ska tas till barnets vilja med beaktande av ålder och mognad.⁶⁴ Man kan säga att barnets bästa som rättslig målsättning innebär att man i alla beslut som tas ska sträva efter att, på ett så bra sätt som möjligt, tillgodose ett barns alla intressen och behov.⁶⁵

Vad gäller formuleringen av konventionens artikel 3 är frasen ”(...) skall barnets bästa komma i främsta rummet”⁶⁶ intressant. Detta uttryck innebär att andra hänsyn inte får jämföras med barnets bästa, det betyder att barnets bästa får en särskilt stark ställning. Anledningen till att barnets bästa åtnjuter en sådan speciell status är det faktum att barn inte kan hävda sina intressen på samma sätt som vuxna.

⁶¹ FN:s konvention om barnets rättigheter, art 3.

⁶² Barnkonventionens artikel 3 omfattar, enligt barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 29, en skyldighet för domstolen att se till att barnets bästa genomförts både processrättsligt och materiellt.

⁶³ FN:s konvention om barnets rättigheter, art. 3.

⁶⁴ FB 6 kap. 2 a §.

⁶⁵ Singer, s. 84.

⁶⁶ FN:s konvention om barnets rättigheter, art 3.1.

*”Denna starka ställning rättfärdigas av barnets speciella situation: beroende, mognad, rättslig status och ofta avsaknad av egen röst.”*⁶⁷

Formuleringen tyder dock även på att barnets bästa inte alltid är den faktorn som är dominerande. Det kan i vissa fall finnas intressen som gör att det uppstår en viss konkurrens mellan barnets rättighet enligt konventionen och andra rättigheter eller principer, till exempel andra mänskliga rättigheter. Denna formulering i artikel 3 innebär dock att barnets bästa alltid måste övervägas och utredas.⁶⁸

En gemensam nämnare för föräldrabalken och barnkonventionen är att det saknas en definition av vad som är ett enskilt barns bästa. Detta innebär att principen kräver att bedömningar av barnets bästa anpassas till det specifika sammanhanget och skiftar från fall till fall.⁶⁹ Det enskilda barnets bästa måste alltså bedömas och fastställas med utgångsläge i de specifika omständigheter som är aktuella för barnet som bedömningen gäller.⁷⁰

Vad som är barnets bästa är alltså temporärt och unikt. Vad som är bäst för ett barn beror på vilket barn som avses och även på när i det barnets liv som bedömningen görs. Det som är det bästa för ett barn behöver inte vara det bästa för ett annat barn. På samma sätt behöver det som var bäst för ett barn vid en tidpunkt behöver inte vara bäst för samma barn vid en annan tidpunkt.⁷¹ Det är detta som är den grundläggande komplikationen med barnets bästa som rättslig princip.

Vid bedömningen av vad som är ett barns bästa måste hänsyn tas till faktorer som rör barnets fysiska och psykiska välbefinnande.⁷² Utöver dessa faktorer ska även kortsiktiga och långsiktiga effekter som ett beslut kan ha för barnet beaktas.⁷³ Hur de olika faktorerna förhåller sig till och vägs mot varandra finns dock ingen vägledning i. Bedömningen av vad som är ett enskilt barns bästa innehåller alltså fler faktorer än de som framkommer i

⁶⁷ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 37.

⁶⁸ Handbok om barnkonventionen, s. 48.

⁶⁹ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 1.

⁷⁰ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 32 & Singer, s. 17.

⁷¹ Singer, s.41.

⁷² I förarbeten till föräldrabalken framkommer att barnets bästa kan tolkas utifrån två perspektiv, barnets objektiva och barnets subjektiva bästa. Det objektiva barnets bästa är det som framkommer genom forskning och beprövad erfarenhet. Det subjektiva barnets bästa är det som framkommer genom att man hör barnet själv och tar hänsyn till barnets synpunkter. Detta framkommer bland annat genom SOU 1997:116, s.133f. För vidare behandling av detta se bland annat Schiratzki, 2011, s. 30f.

⁷³ SOU 2005:43, s. 478.

föräldrabalkens 6 kap. 2 a §. Barnombudsmannen har uttryckt att barnets bästa allt för ofta tolkas på ett sätt som ger föräldrarnas intressen företräde framför barnets. Myndigheten ansåg att det är viktigt att man i bedömningen kommer ihåg att det är barnets bästa som ska vara avgörande, inte föräldrarnas.⁷⁴

Barnrättskommittén har i sin allmänna kommentar om artikel 3 fastställt att bedömningen av barnets bästa enligt konventionen ska innehålla ett fåtal steg. Till att börja med ska de relevanta faktorerna identifieras. Dessa skiljer sig från fall till fall. Då man identifierat dessa ska de vägas mot, och relateras till varandra. Som del av denna bedömning ska ett tillvägagångssätt som säkerställer de rättsliga garantier som finns och en regelrätt tillämpning av de rättigheterna användas.⁷⁵

I den svenska rätten har man inte uttryckligen fastställt hur bedömningen av barnets bästa ska gå till. Barnkommittén⁷⁶ har dock framfört rekommendationen att bedömningen av barnets bästa ska innehålla en kombination av att låta barnet komma till tals och kunskap man fått från vetenskap och beprövad erfarenhet.⁷⁷ Denna rekommendation stämmer överens med hur Barnombudsmannen, i en rapport,⁷⁸ ansett att bedömningen av barnets bästa bör utföras. Barnombudsmannen lade dock till att det i bedömningen, förutom vetenskap och beprövad erfarenhet, även ska tas hänsyn till, och göras en bedömning av, barnets livssituation.⁷⁹

En viktig faktor att ta hänsyn till vid bedömningen av barnets bästa enligt barnkonventionen är att barnet och dess förmågor utvecklas i takt med att barnet blir äldre. Domstolarna ska därför avhålla sig från att fatta beslut som är definitiva och oåterkalleliga, de ska istället välja lösningar som kan omarbetas i takt med att barnet blir äldre och utvecklas. För att det ska vara möjligt måste man vid en bedömning om vad som är ett barns bästa även analysera möjliga framtidsbilder för barnets utveckling.⁸⁰ Denna hänsyn till framtiden kommer även till uttryck genom försiktighetsprincipen. Denna princip innebär att man vid bedömningen av barnets

⁷⁴ Handbok om barnkonventionen, s. 51.

⁷⁵ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 46.

⁷⁶ Märk att detta inte är samma kommitté som barnrättskommittén. Barnkommittén tillsattes för att kartlägga hur väl svensk lagstiftning och praxis stämmer överens med barnkonventionens innebörd.

⁷⁷ SOU 2005:43, s. 478.

⁷⁸ Barnets bästa – Barnombudsmannens synpunkter på frågor om vårdnad, boende och umgänge.

⁷⁹ Handbok om barnkonventionen, s. 51.

⁸⁰ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 84.

bästa ser till framtida risker och skador som kan uppkomma i och med ett visst beslut, den tar även hänsyn till andra konsekvenser för barnets trygghet som beslutet kan innebära.⁸¹

Som en hjälp i bedömningen av vad som är barnets bästa har Barnrättskommittén föreslagit att en förteckning av faktorer som kan användas vid bedömningen upprättas. Denna förteckning skulle i så fall bara vara en förteckning av möjliga faktorer, inte på något sätt vara uttömmande. Faktorerna i förteckningen skulle inte heller organiseras i någon sorts hierarkisk ordning då bedömningen i det enskilda fallet ändå skulle kräva att faktorerna beaktades i ljuset av den situationen och vägdes med just det specifika fallet i åtanke. Förteckningen skulle på detta sätt vara ett vägledande och flexibelt underlag.⁸²

Principens flexibla natur ger ett visst utrymme för manipulation av den. Principen kan till exempel missbrukas av föräldrar som vill försvara sina egna intressen vid tvister om vårdnad eller umgänge.⁸³ I svensk rätt har frågan om vad som är ett enskilt barns bästa lämnats över till domstolarna. Lagstiftaren har valt att inte föra in samtliga faktorer som är en del av bedömningen i lagtext. Bedömningen om vad som är ett enskilt barns bästa kräver en viss flexibilitet som skulle gå förlorad om lagregleringen av bedömningen var för omfattande.⁸⁴

Att se till barnets bästa i en tvist där det slits mellan sina föräldrar är även ett viktigt skydd för ett barn. Det är inte alltid som en förälder är kapabel att se till vad som är bäst för det egna barnet, föräldern kan bli uppslukad av situationen och sitt egna krav på att få rätt och glömma eller borste från barnets behov. Det faktum att portalparagrafen i föräldrabalken föreskriver att det är barnets bästa som är avgörande i dessa situationer, inte föräldrarnas eventuella behov, innebär ett skydd för barnet.

Då ett beslut som rör ett barn träffats, till exempel ett domstolsbeslut om umgänge med en förälder, ska det, för att det ska framgå att barnets rätt enligt konventionen, att få sitt bästa satt i främsta rummet, har beaktats och respekterats, få beslutet motiverat, förklarat och även berättigat. I denna motivering till sitt beslut bör, i detta exempel domstolen, tydligt ange de förhållanden som varit aktuella, vad som ansetts som relevant vid bedömningen och hur det olika faktorerna i det specifika fallet viktats mot varandra. För det fall att beslutet inte följer

⁸¹ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 74.

⁸² Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr.14, punkt 50.

⁸³ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 34.

⁸⁴ Prop. 2005/06:99, s. 40.

barnets egna åsikter ska en förklaring till varför beslutet går emot barnets vilja och visa hur detta uppfyller principen om barnets bästa. Förklaringen får inte vara standardiserad och endast ange att andra hänsyn vägt tyngre i bedömningen, alla olika faktorer i fallet måste anges uttryckligen i relation till det enskilda fallet.⁸⁵

Vid konflikter mellan vad som är bäst för ett enskilt barn och andra personers, till exempel föräldrars, rättigheter måste de lösas från fall till fall genom att de olika intressena vägs mot varandra och en kompromiss nås. Om det inte är möjligt att hitta en kompromiss ska de olika rättigheterna som är i konflikt analyseras och vägas mot varandra, i detta analys- och avvägningsförfarande ska barnets intressen ha hög prioritet. Stor vikt måste alltså fästas vid vad som främjar barnets intressen.⁸⁶

2.3.2 Barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar

Redan vid ändringar i föräldrabalken från år 1990 uppmanade lagstiftaren till att det i bedömningen av ett barns bästa, i vårdnadsfall, ska fästas särskild vikt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar.⁸⁷ Efter detta konstaterande har man i senare lagförarbeten fästa allt större vikt vid denna kontakt. I lagförarbeten till föräldrabalkens bestämmelser om vårdnad om barn från år 1993 konstaterade man att det är viktigt för barns utveckling att de har kontakt med sina föräldrar.

”Det råder idag stor enighet inom beteendevetenskapen om att det för ett barns utveckling är viktigt att barnet har nära och goda relationer till båda föräldrarna även om dessa är i konflikt med varandra.”⁸⁸

I lagförarbeten till ändringarna av föräldrabalken som skedde år 1998 framförs det att det vid bedömningen av vad som är ett barns bästa, utan att särskilt begränsa denna bedömning till mål om vårdnadsfrågor, ska fästas hänsyn på barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.⁸⁹ Sedan den senaste ändringen av dessa regler i föräldrabalken år 2006 gäller det speciella hänsynstagandet uttryckligen även vid boende- och umgängesfall. Barnets

⁸⁵ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 97.

⁸⁶ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 39.

⁸⁷ Saldeen, s. 231.

⁸⁸ Prop. 1992/93:139, s.25.

⁸⁹ SOU 1997:116, 6.3.2.

behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar kan nu sägas vara en av föräldrabalkens två utgångspunkter.⁹⁰

Genom att uppmärksamma domstolen på att särskilt avseende ska fästas vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar understryks att båda föräldrarna har betydelse för barnets välbefinnande och utveckling. Regeringen menar att lagen i detta fall spelar stor roll vad gäller barns möjlighet att få tillgång till båda sina föräldrar. Regeringen fastställer även att det i de allra flesta fall är till barnets bästa att ha en nära och god kontakt med båda sina föräldrar.⁹¹

Barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar har alltså varit en uttrycklig del av domstolarnas bedömningar av vad som är barnets bästa i förhållande till umgänge i snart 10 år. Det faktum att domstolen har haft att ta hänsyn till barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar under en mycket lång tid torde innebära att detta hänsynstagande är väl inarbetat i domstolarnas bedömning om vad som är barnets bästa.⁹²

Ett exempel på ett avgörande där barnets behov av nära och god kontakt med båda sina föräldrar fått en stor roll i bedömningen av barnets bästa är i NJA 1989 s. 335. I detta fall hade modern, i strid med föräldrarnas överenskommelser och domstolens avgörande, hindrat fadern från att utöva både vårdnad om och umgänge med barnet. Högsta domstolen kommer då fram till att bestämmelserna i föräldrabalken bygger på den föreställningen att barn har behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Domstolen lägger stor vikt vid barnets rätt till umgänge med båda sina föräldrar och kommer slutligen fram till det beslutet att fadern är den som förmodligen kommer att verka för att barnet ska ha ett umgänge med båda sina föräldrar och får därför vårdnaden.

I detta fall understryker domstolen att särskild vikt ska fästas på barnets behov av nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Fallet ligger långt tillbaka i tiden, detta innebär att domstolen gjort sina bedömningar med grund i andra bestämmelser än den nuvarande portalparagrafen i föräldrabalken. Trots detta har målen fortfarande ett visst prejudicerande

⁹⁰ Förutom barnets behov av nära och god kontakt kan även det faktum att föräldrarna anses vara de mest lämpade vårdnadshavarna räknas till en av föräldrabalkens två utgångspunkter. Kaldal, s. 218f.

⁹¹ Prop. 2005/06:99, s.42.

⁹² När det kommer till vårdnads mål har barnets behov av en nära och god kontakt med sina föräldrar varit en faktor i bedömningen om barnets bästa i 25 år.

värde vad gäller tolkningen av barns behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Detta beror till viss del på att högsta domstolen inte prövat frågan om umgänge efter 2006 års ändringar.⁹³

Domstolen belyser barnets behov av och rätt till nära och god kontakt med båda sina föräldrar i många fall.⁹⁴ Det saknas dock en förklararing kring vad en nära och god kontakt med båda föräldrarna faktiskt innebär. Det saknas även förklaringar till på vilket sätt bedömningen av vad en nära och god kontakt i det enskilda fallet faktiskt genomförs.

I de allra flesta fall är det tveklöst att det är till barnets bästa att ha en nära och god kontakt med båda sina föräldrar, detta betyder dock inte att barnet under alla förhållanden måste leva, eller umgås, med en förälder. I de fall då umgänge inte är till barnets bästa får behovet av nära och god kontakt stå tillbaka till förmån för barnets rätt till trygghet.⁹⁵ Detta diskuteras utförligare under avsnittet ”2.3.4 Riskerna”.

Vid bedömningen av barnets bästa vid tvister om vårdnad, boende och umgänge är barnets rätt till familjeliv en viktig faktor. Denna rättighet skyddas av artikel 16 i konventionen.⁹⁶ Barnrättskommittén har, i sin allmänna kommentar som behandlar artikel 3, framfört dess uppfattning att ett delat föräldraansvar oftast är till barnets bästa.⁹⁷ Ett delat föräldraansvar är dock inte möjligt, och i vissa fall inte önskvärt, för alla föräldrar. För det fall att ett beslut enligt barnets bästa innebär att barnet skiljs från en, eller båda, av sina föräldrar måste beslutsfattarna enligt barnkonventionen, skydda barnets relation till sin familj och sina föräldrar.⁹⁸ Ett barns familjemiljö sträcker sig vidare än till bara föräldrarna, den omfattar barnets band i vid mening. Detta inkluderar släkt, skola och vänner samt den bredare sociala miljön. Dessa band är särskilt viktiga att skydda om föräldrarna inte längre bor tillsammans.⁹⁹

Det är även viktigt att barnets rättighet enligt artikel 9.1 i barnkonventionen respekteras. Detta innebär att barn inte får skiljas från sina föräldrar mot sina vilja förutom i fall då det är till

⁹³ Kaldal, s. 219 & Schiratzki, 2011, s. 127.

⁹⁴ Se bland annat NJA 1999 s.451, NJA 1989 s.335 & NJA 1993 s.666.

⁹⁵ Saldeen, s. 194.

⁹⁶ FN:s konvention om barnets rättigheter art. 16.

⁹⁷ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 67.

⁹⁸ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 65.

⁹⁹ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 70.

barnets bästa.¹⁰⁰ Trots dessa andra rättigheter i konventionen, som skyddar barnets rätt till sina föräldrar och sin familj, ska det enskilda barnets bästa i beslut som rör föräldrars ansvar om sitt barn vara den avgörande faktorn. Lag som föreskriver att den ena eller den andra föräldern automatiskt ska få vårdnad om barnet vid en tvist strider mot principen om barnets bästa.¹⁰¹ Huruvida liknande lagstiftning vad gäller umgänge också skulle strida mot principen om barnets bästa i barnkonventionen framgår dock inte.

Barnets rätt till familjeliv framkommer inte endast genom barnkonventionen. Enligt EKMR artikel 8 har barnet rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv.¹⁰² EKMR är en konvention som ger alla, både vuxna och barn, vissa grundläggande mänskliga rättigheter.¹⁰³ Sverige ratificerade konventionen redan år 1950¹⁰⁴ och den gäller som svensk lag sedan 1995.¹⁰⁵ Detta innebär att även denna konvention skyddar barnets rätt till en nära och god kontakt med båda sina föräldrar samt en rätt till sin egna identitet.¹⁰⁶ Barnets rätt till sin identitet, eller närmare bestämt barnets rätt till bibehållen identitet, kan sägas vara en sammanfattning av att barnet har en mänsklig och laglig rätt till nära kontakt med båda sina föräldrar och en rätt till ett familjeliv.¹⁰⁷

2.3.3 Barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad

2.3.3.1 Barnets vilja och dess rätt att komma till tals i teorin

I föräldrabalkens portalparagraf stadgas det i tredje stycket att man i bedömningen av vad som är barnets bästa ska ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad. Detta hänsynstagande av barnets vilja i mål som rör vårdnad, umgänge och boende skrevs in i lagen år 1996.¹⁰⁸ Då menade lagstiftaren att den som verkställde målet skulle, om det inte var olämpligt försöka kartlägga barnets inställning.¹⁰⁹

¹⁰⁰ FN:s konvention om barnets rättigheter art. 9.1.

¹⁰¹ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 67.

¹⁰² EKMR, art. 8.

¹⁰³ EKMR, art. 1.

¹⁰⁴ Mot. 1991/92:K215.

¹⁰⁵ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

¹⁰⁶ Hellbom Sjögren, s.17f.

¹⁰⁷ Hellbom Sjögren, s. 19f.

¹⁰⁸ SOU 2005:43, s. 97.

¹⁰⁹ Prop. 2005/06:99, s. 34.

I förarbeten till lagen har den nuvarande formuleringen av denna del av paragrafen diskuterats, närmare bestämt det faktum att det är barnets *vilja* som ska beaktas. Det har uppmärksamats en tendens att domstolarna ställer höga krav på att ett barn ska ha uttryckt en bestämd uppfattning för att barnets inställning ska beaktas i bedömningen av barnets bästa.¹¹⁰ Vissa av remissinstanserna till 1996 års förarbeten menade att lagstiftaren istället för formuleringen ”barnets vilja” skulle använda sig av ”barnets inställning” eller ”barnets åsikt”.¹¹¹

Lagstiftarens avsikt med denna formulering har dock inte varit att barnet ska behöva uttrycka någon bestämd uppfattning. Lagstiftaren har dels avsett att signalera paragrafens tydliga koppling till artikel 12 i barnkonventionen, dels att ett barns alla synpunkter, inte bara bestämda åsikter ska tas med i bedömningen. Barnet ska få uttrycka det som barnet känner att det vill.

”Konventionsstaterna skall tillförsäkra det barn som är i stånd att bilda sina egna åsikter rätten att fritt uttrycka dessa i alla frågor som rör barnet, varvid barnets åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till dess ålder och mognad.

För detta ändamål skall barnet särskilt beredas möjlighet att höras, antingen direkt eller genom företrädare eller ett lämpligt organ och på ett sätt som är förenligt med den nationella lagstiftningens procedurregler, i alla domstols- och administrativa förfaranden som rör barnet.”¹¹²

I artikeln behandlas barnets rätt att fritt uttrycka sin åsikt i alla frågor som rör det och att dessa åsikter ska beaktas i förhållande till barnets ålder och mognad.¹¹³ Artikeln tar, i större utsträckning än artikel 3, direkt sikte på barnets medverkan i rättsprocessen och utgör utgångspunkten för diskussionen om barns involvering i domar och utredningar där barnet själv berörs.¹¹⁴

¹¹⁰ SOU 2005:43, s. 212.

¹¹¹ SOU 2005:43, s. 545.

¹¹² FN:s konvention om barnets rättigheter, art. 12.

¹¹³ Förutom kopplingen till de fyra andra grundläggande artiklarna i barnkonventionen har artikel 12 en djupare koppling till konventionens artikel 13, som behandlar rätten till yttrandefrihet, och artikel 17, om rätten till information. Dessa två artiklar är avgörande förutsättningar för att barnets rätt att bli hört ska utövas på ett effektivt sätt. Se Barnrättskommittén allmänna kommentar nr 12, punkt 68 och punkt 80.

¹¹⁴ Kaldal, s. 130.

Detta är en rättighet som tillhör barnet, inte en skyldighet för barnet att uttrycka sina åsikter.¹¹⁵ Detta innebär att även i de fall där ett barn inte vill uttrycka sig direkt av rädsla för att det uppfattas som ett ställningstagande för eller emot en förälder måste man lyssna till barnets önskemål i övrigt. Barnet kan till exempel uttrycka att det vill gå på en viss skola eller utföra en viss fritidsaktivitet, genom dessa önskemål kan barnet på ett indirekt sätt bidra med sin vilja till beslut om till exempel umgänge.¹¹⁶

I de fall då barn väljer att uttrycka sin vilja har det rätt att göra det utan påtryckningar. Detta innefattar även en rätt för barnet att uttrycka sina åsikter och inte någon annans.¹¹⁷ I barnets rätt att fritt uttrycka sina åsikter finns en rätt för barnet att göra ett informerat val om det vill uttrycka sig eller inte. Barnet har en rätt att veta under vilka omständigheter det kommer att få uttrycka sig, vilka frågor det gäller och vad de kan få för konsekvenser.¹¹⁸ En tanke om att skydda barnet genom att inte informera det om vad det innebär att det uttrycker sig är alltså inte i linje med barnets rättighet enligt artikel 12.

Det är av vikt att den vuxna mottagaren av barnets vilja, förutom att utöva försiktighet så att barnet inte pressas att ta ställning mellan föräldrarna,¹¹⁹ inte ger barnet uppfattningen att det som barnet uttrycker i frågan kommer att vara det utslagsgivande i målet. Barnet ska inte belastas med känslan att behöva välja mellan sina föräldrar.¹²⁰ Kärnan i barnets rätt att få uttrycka sin vilja är inte något krav på tydlighet från domstolens sida avseende barnet. Som det uttrycks i förarbeten till lagen:

*"(...) det väsentliga är att barnet får möjlighet att i rätt sammanhang och på rätt sätt framföra det som barnet verkligen känner och vill ha sagt."*¹²¹

När det gäller frågor om vårdnad, boende och umgänge är barnet huvudpersonen även om det inte är part, att lyssna till vad barnet vill och vilka synpunkter det har är därför en självklarhet och dessutom något som bör få stor vikt vid bedömningen om vad som är ett barns bästa.¹²² Rättigheten enligt barnkonventionen är i detta avseende tvådelad. Dels ska det finnas

¹¹⁵ Handbok om barnkonventionen, s. 125, SOU 2005:43, s. 545 & Kaldal, s. 133.

¹¹⁶ Prop. 2005/06:99, s. 45.

¹¹⁷ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 12, punkt 22.

¹¹⁸ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 12, punkt 25.

¹¹⁹ SOU 2005:43, s. 551.

¹²⁰ SOU 2005:43, s. 212.

¹²¹ SOU 2005:43, s. 545.

¹²² Prop. 2005&06:99, s.117.

processer för att ta reda barnets åsikter i alla frågor som rör det, och dels ska barnets åsikter tillmätas betydelse.¹²³ Det räcker dock inte att ta hänsyn till barnets intressen. För att rättigheten ska tillämpas fullt ut enligt barnkonventionens artikel 12 måste beslutsfattarna tydligt visa att barns/det specifika barnets intressen har varit en del av beslutstagandet för att på ett tydligt sätt sätta ljus på barnets intressen.¹²⁴

I lagförarbeten har det dock visats att barns vilja i många fall inte redovisas i domstolarnas domar. Det har även visats att i de fall barnet har uttryckt en vilja, att den inte alltid följs.¹²⁵ I Sveriges femte periodiska rapport till barnrättskommittén framkommer det att Barnombudsmannen ansett att lagstiftningen, och även förarbetena till den, utmärktes av en misstro. Denna misstro gällde barnets möjlighet att ha egna åsikter. Barnombudsmannen angav vidare att barn, i tvister om vårdnad, boende och umgänge, inte fick komma till tals fullt ut.¹²⁶ Även forskning, som undersökt frågan om barnets rätt enligt konventionens artikel 12 är en faktisk rätt, både i praktiken och i teorin, har visat att genomförandet av barnkonventionens artikel 12 inte skett på ett tillfredställande sätt.¹²⁷

Barnrättskommittén framförde, i svar på Sveriges femte periodiska rapport, i sina rekommendationer till Sverige från år 2015 att de noterade att barnets rätt att komma till tals var otillräckligt implementerad i praktiken, speciellt, bland annat, i fråga om vårdnad, boende och umgänge.¹²⁸ I reaktion till detta lämnade kommittén följande rekommendation.

”(...) rekommenderas konventionsstaten vidta åtgärder för att stärka den rätten (...) och att säkerställa ett effektivt genomförande av lagstiftning som erkänner barnets rätt att komma till tals i relevanta rättsliga förfaranden inklusive genom att inrätta system och/eller förfaranden för att socialsekreterare och domstolar ska kunna följa principen.”¹²⁹

Det finns dock fall då det, enligt förarbetena till föräldrabalken, kan vara direkt olämpligt att försöka få fram ett barns åsikter. Ett exempel på en sådan situation är i de fall då barnet är väldigt litet. Förutom detta fall kan det även vara olämpligt att försöka få fram särskilt känsliga barns åsikter eller åsikter från barn i de fall då barnets åsikter är kända genom en

¹²³ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 12, punkt 19.

¹²⁴ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 37.

¹²⁵ Prop. 2005/06:99, s. 45.

¹²⁶ Sveriges femte periodiska rapport, punkt 137.

¹²⁷ Handbok om barnkonventionen, s. 136.

¹²⁸ Barnrättskommitténs rekommendationer till Sverige år 2015, punkt 19.

¹²⁹ Barnrättskommitténs rekommendationer till Sverige år 2015, punkt 20.

annan utredning.¹³⁰ Detta stämmer dock inte överens med vad regeringen framförde till barnrättskommittén i sin femte periodiska rapport.¹³¹

”En av principerna i regeringens strategi för att stärka barnets rättigheter är att barn ska ges förutsättningar att uttrycka sina åsikter i frågor som rör dem.”¹³²

Sverige framförde även att trots att målsättningen är att barn ska höras i frågor som rör dem så kan lagstiftningen inte tillförsäkra denna rättighet för varje enskilt barn i alla situationer, för att det ska kunna ske måste även tillämpningen vara förenligt med rättigheten.¹³³ Vad gäller barnkonventionens artikel 12 framgår det att rättigheten kan utövas av alla barn som är i stånd att bilda egna åsikter. Detta innebär att konventionsstaterna inte ska utgå ifrån att ett barn inte har möjlighet att uttrycka sina åsikter. Formuleringen är alltså inte tänkt som en begränsning av vilka barn som kan utöva rättigheten. Så som Barnkommittén uttrycker det i sin allmänna kommentar;

”Detta innebär att konventionsstaterna inte kan utgå ifrån antagandet att ett barn inte kan uttrycka sina åsikter. Tvärtom ska de förutsätta att barnet är i stånd att bilda sina egna åsikter och erkänna att barnet har rätt att uttrycka dessa. Det är inte barnets ansvar att först bevisa sin förmåga.”¹³⁴

Förutom dessa situationer när det kan vara olämpligt att få fram ett barns åsikter finns det situationer där barns åsikter har mycket lite tyngd i ett mål. Förutom vid dessa specifika situationer har det även framförts kritik mot att barnets vilja över huvud taget ska undersökas i mål om boende, umgänge och vårdnad. Denna motvilja mot att ge barnets vilja utrymme i bedömningen kommer från rädslan att barnet då blir indraget i föräldrarnas konflikt, och på grund av det utsatt för onödig stress.

Regeringen har dock framfört att ett barn många gånger är indraget i föräldrarnas konflikt redan innan det gått så långt att den tas upp i domstol. För ett barn kan det då till och med kännas kränkande att beslut fattas över huvudet på barnet utan att det får uttrycka sina åsikter.¹³⁵ Mot denna kritik kan även påminnas att det av ordalydelsen i barnkonventionens

¹³⁰ SOU 2005/06:99, s. 546.

¹³¹ Rapporten gällde genomförandet av barnkonventionen under 2007-2015.

¹³² Sveriges femte periodiska rapport, punkt 136.

¹³³ Sveriges femte periodiska rapport, punkt 136.

¹³⁴ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 12, punkt 20.

¹³⁵ Prop. 2005/06:99, s. 118.

artikel 12 framgår det att konventionsstaterna ”skall tillförsäkra” alla barn rätt att uttrycka sina åsikter. Detta innebär att denna rättighet är strikt för barn. Det finns inget utrymme för konventionsstaterna att själva bestämma om de vill att barn ska ha denna möjlighet eller inte, de är ansvariga för att genomföra de åtgärder som krävs för att rättigheten ska verkställas för alla barn.¹³⁶ Konventionsstaterna kan inte framhålla barnets bästa för att motivera att barn inte får framföra sina åsikter.¹³⁷

Det kan dock tänkas att det finns situationer där det är mycket svårt för domstolen att avgöra vad som är till barnets bästa. I dessa fall bör barnets vilja, enligt förarbeten till föräldrabalken, få en fristående roll i bedömningen och därmed bli helt avgörande för domstolens ställningstagande.¹³⁸ Vad gäller barnkonventionens artikel 12 ger den inte mycket vägledning vad gäller vilka faktorer, förutom barnets ålder och mognad, som kan vägas in i hänsynen till barnets vilja. Det framgår inte heller hur barnets vilja ska tolkas eller vem som ska tolka den.¹³⁹

Det är domstolarnas uppgift att se till att ett barn som är föremål för en tvist mellan föräldrarna haft möjlighet att framföra sin inställning. För de fall att det inte finns några underlag i målet där barnets vilja framkommer så bör utredningen, i de fall barnet nått en sådan ålder och mognad att dess vilja har betydelse, kompletteras på så sätt barnets vilja framgår.¹⁴⁰

Det är dock inte så att barnet måste höras i domstol för att dess vilja ska framgå. Ett barn kan till exempel komma till tals vid samarbetssamtal mellan föräldrar hos familjerätten eller vid de snabbupplysningar som Socialnämnden lämnar till domstolen inför interimistiska beslut.¹⁴¹

I förarbetena till föräldrabalken framgår det att lagstiftaren uppfattar detta alternativ, att barnets åsikter och uppfattningar lyfts fram vid vårdnadsutredningen, som det lämpligaste och mest skonsamma alternativ för barnet. Det är endast undantagsvis som barnet bör höras inför domstolen.¹⁴² Det framkommer i förarbetena att det kan vara lämpligt att höra barnet inför

¹³⁶ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 12, punkt 19.

¹³⁷ Handbok om barnkonventionen, s. 125.

¹³⁸ SOU 2005:43, s. 477f.

¹³⁹ Kaldal, s. 132.

¹⁴⁰ Lagkommentar till föräldrabalken, 6 : 22 a, SOU 2005/06:99, s. 552.

¹⁴¹ SOU 2005:43, s. 550.

¹⁴² SOU 2005:43, s. 552.

domstol men att det i dessa fall måste vara uppenbart att barnet inte tar skada av det på så sätt att det försätts i en svår eller ohållbar situation. Barnet måste själv begära och sedan gå med på att höras inför domstolen. Även i de fall då särskilda skäl talar för det kan barn höras inför domstolen, även i detta fall är det dock under den förutsättningen att barnet själv går med på det. Möjligheten att höra barnet inför domstolen bör, enligt förarbetena, tillämpas med stor försiktighet.¹⁴³

Föräldrabalken genomgick, som tidigare nämnt, en stor förändring år 2006 då ett antal av bestämmelserna ändrades med syfte att på ett tydligare sätt lyfta fram barnets rätt att komma till tals samt principen om barnets bästa. Detta har bland annat resulterat i att socialnämnden, i fall om vårdnad, boende och umgänge, ska ges tillfälle att lämna så kallade snabbupplysningar innan domaren beslutar i målet. I dessa snabbupplysningar ska barnet normalt höras. Avsikten med upplysningarna är att domstolen ska få ett så brett underlag som möjligt och att barnets åsikter ska framkomma så tidigt som möjligt i processen.¹⁴⁴

2.3.3.2 Föräldrarnas vilja

Den skyldigheten som domstolen har att se till att barnets vilja kommit fram i utredningen är enligt förarbeten till föräldrabalken inte absolut. I de fall där de tvistande föräldrarna lyckas komma fram till en gemensam lösning kan denna överenskommelse, rent allmänt sett, ofta vara i linje med barnets bästa,¹⁴⁵ på den grunden finns det inte alltid någon anledning att ta reda på barnets inställning i frågan. För de fall att överenskommelsen är uppenbart oförenlig med barnets bästa har domstolen dock ett ansvar att inte godta den.¹⁴⁶

Rent principiellt gäller dock barnets rättighet att få uttrycka sin vilja och få den beaktad med hänsyn till sin ålder och mognad även i de fall då föräldrarna kommer överens. För det fallet att barnet bestämt motsätter sig lösningen som föräldrarna enas om är det ett skäl för domstolen att se närmare på om föräldrarnas överenskommelse verkligen är till barnets bästa eller inte.¹⁴⁷

¹⁴³ SOU 2005:43, s. 586.

¹⁴⁴ Handbok om barnkonventionen, s. 136.

¹⁴⁵ SOU 2005:43, s. 544.

¹⁴⁶ Kaldal, s. 244.

¹⁴⁷ Lagkommentaren till föräldrabalken (2010), 6 : 22 b.

Man har tidigare riktat kritik mot domstolarna som dömt i vårdnads, boende- och umgänges mål för att de lagt för stor vikt vid föräldrarnas önskemål och rättigheter. I förarbeten till föräldrabalken framgår det dock att det är viktigt ur ett barnperspektiv att tillvaron efter ett domstolsbeslut fungerar bra, inte bara för barnet utan även för föräldrarna.¹⁴⁸ Regeringen skriver även i förarbetena till föräldrabalken att en lösning som är bra för föräldrarna oftast är bra även för barnen. Om föräldrarna blir nöjda med utgången i målet så är det större chans att de samarbetar i fråga om barnet och följer domen.

Är föräldrarna missnöjda med en dom som beslutats med barnets bästa i åtanke kan de motarbeta domen vilket innebär att det i förlängningen uppstår konflikter som är negativa för barnet.¹⁴⁹ Trots denna risk så måste bedömningen i domstolen vara en bedömning av barnets bästa, inte en bedömning för att skapa rättvisa mellan föräldrarna.¹⁵⁰ Det är, vid bedömningen av barnets bästa, grundläggande att man anlägger ett barnperspektiv och inte ett vuxenperspektiv,¹⁵¹ alltså ska inte föräldrarnas intressen och rättighetsanspråk komma i första rummet.¹⁵²

Domstolarna ska aktivt arbeta för att föräldrar som tvistar om umgänge kommer till en samförståndslösning och ska som huvudregel ta upp denna fråga vid förhandlingarna. Det är dock inte domstolens uppgift att arbeta för att samförståndslösningar ska ingås till varje pris, barnets bästa måste alltid ha huvudfokus.¹⁵³ Det finns inget egenvärde i att uppnå samförståndslösningar för att föräldrarna ska bli nöjda. Däremot kan det finnas ett egenvärde från barnets utgångspunkt.¹⁵⁴

” (...)därigenom att barnet kan få lugn och ro i sin tillvaro, slippa att bli ett slagträ i konflikter mellan föräldrarna, få en bra kontakt med båda föräldrarna etc. Men det är bara detta intresse, barnets bästa, som är av betydelse i detta sammanhang.”¹⁵⁵

¹⁴⁸ Prop. 2005/06:99, s. 39.

¹⁴⁹ Prop. 2005/06:99, s. 113f.

¹⁵⁰ Prop. 2005/06:99, s. 39.

¹⁵¹ Prop. 2005/06:99, s. 113f.

¹⁵² Prop. 2005/06:99, s. 113f.

¹⁵³ Prop. 2005/06:99, s. 257.

¹⁵⁴ Prop. 2005/06:99, s. 259.

¹⁵⁵ Prop. 2005/06:99, s. 259.

2.3.3.3 Ålder och mognad

I de fall då ett barn uttrycker sin åsikt ska denna åsikt tillmätas betydelse i bedömningen av barnets bästa med beaktande av barnets ålder och mognad.¹⁵⁶ Hur bedömningen av barnets ålder och mognad ska utföras kan man dock inte hitta i lagstiftningen. På sin höjd kan jämförelser med annan lagstiftning göras.

En jämförelse kan till exempel göras med föräldrarnas möjligheter att besluta om barnet i deras egenskap av vårdnadshavare. Denna beslutanderätt minskar med tiden. Ju äldre och mognare barnet blir desto större hänsyn måste vårdnadshavarna ta till barnets egna vilja, önskemål och synpunkter.¹⁵⁷ En annan jämförelse kan göras med adoptionsreglerna. Enligt dessa kan ett barn som är 12 år inte adopteras mot sin vilja, efter barnet nått 12 års ålder krävs dess samtycke till adoptionen.¹⁵⁸

Att sätta åldersgränser för när ett barn ska få uttrycka sina åsikter och när de ska tillmätas betydelse är dock inte i linje med barnkonventionen. Det framgår i barnrättskommitténs allmänna kommentarer om barnkonventionen att konventionsstaterna avråds från att sätta sådana begränsningar, både i teorin och i praktiken.¹⁵⁹

I lagkommentaren till föräldrabalken framgår det att det normalt fästs större vikt vid äldre barns åsikter än yngres. Detta är i linje med barnkonventionens artikel 12, av konventionen framgår det att barns åsikter tillmäts olika stor betydelse beroende på vilket barn de är som uttrycker dem.¹⁶⁰ Det framkommer dock i lagkommentaren till föräldrabalken att de allra yngsta barnen inte ens kan ha någon uttalad uppfattning över huvud taget. I dessa fall, då barnet är så litet att det inte kan ge uttryck för sina åsikter, behöver domstolen inte ta hänsyn till barnets vilja.¹⁶¹ Detta är varken i linje med vare sig barnkonventionen eller förarbetena till föräldrabalken.

Regeringen föreslår, i föräldrabalkens förarbeten, att barn, som huvudprincip, alltid ska ges en chans att uttrycka sina åsikter och att dessa åsikter ska beaktas. Det måste göras bedömning, dels om det är lämpligt att prata med barnet och dels, för de fall att barnet uttrycker en åsikt,

¹⁵⁶ FB 6 kap. 2 a § 2 st.

¹⁵⁷ SOU 2005:43, s. 487f.

¹⁵⁸ FB 4 kap. 5 §.

¹⁵⁹ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 12, punkt 21.

¹⁶⁰ FN:s konvention om barnets rättigheter, art. 12.

¹⁶¹ Lagkommentaren till föräldrabalken (2010), 6 : 22.

vilken betydelse den åsikten ska tillmätas i varje enskilt fall.¹⁶² Vid vilken ålder ett barns åsikter ska tillmätas betydelse, eller vid vilken ålder ett barn ska ges möjlighet att framföra sina åsikter är inte definierat i barnkonventionen. Enligt barnkonventionen kan inte ett barns ålder i sig anses vara ett kriterium för att få utöva sin rättighet att bli hörd. Denna rättighet ges till alla barn, även de mycket små.¹⁶³

”Små barn är mycket känsliga för sin omgivning och skaffar sig snabbt kunskap om de människor, platser och rutiner som fyller deras liv, samtidigt som de blir medvetna om sin egen unika identitet. De gör val och kommunicerar känslor, uppfattningar och önskemål på flera olika sätt långt innan de kan kommunicera via det talade och skrivna språket.”¹⁶⁴

I barnrättskommitténs allmänna kommentarer framgår det att forskning visat att även mycket små barn kan bilda, och att de faktiskt gör det,¹⁶⁵ egna åsikter, även om de inte alltid har möjlighet att uttrycka dessa verbalt. Ett fullständigt genomförande av artikel 12 kräver därför att konventionsstaterna accepterar att inte alla barn uttrycker sig verbalt. Ett barns åsikter kan istället uttryckas genom till exempel kroppsspråk, lek och teckningar.¹⁶⁶ Det framgår även att det som är av intresse för att bedöma om barnets åsikter ska tillmätas betydelse inte är barnets kunskap om den aktuella frågan, det som är viktigt är istället att barnet förstår tillräckligt mycket för att kunna bilda sig egna åsikter.¹⁶⁷ Forskning har visat att det inte är barnets ålder som är den enda faktorn av betydelse när det kommer till hur mycket ett barn förstår.

”Forskning visa att information, erfarenhet, miljö, sociala- och kulturella förväntningar samt omfattningen av stöd bidrar till utvecklingen av ett barns förmåga att bilda åsikter.”¹⁶⁸

Detta innebär alltså att det inte kan finnas någon huvudregel som säger att äldre barns vilja tillmäts större betydelse, det kan finnas andra faktorer än barnets ålder som domstolen måste ta med i sin bedömning.

Vad gäller barnets mognadsgrad så saknas, på samma sätt som med ålder, en definition av detta i konventionen.¹⁶⁹ Barnets mognad ska dock bedömas utifrån barnets förmåga att förstå

¹⁶² Prop. 2005/06:99, s. 118.

¹⁶³ Handbok om barnkonventionen, s. 125f.

¹⁶⁴ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 5, punkt 14.

¹⁶⁵ Handbok om barnkonventionen, s. 124.

¹⁶⁶ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 12, punkt 21 och Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 7, punkt 14.

¹⁶⁷ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 12, punkt 21.

¹⁶⁸ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 12, punkt 29.

och bedöma konsekvenserna av en fråga, samt barnets förmåga att uttrycka sina åsikter på ett självständigt och rimligt sätt. Förutom detta måste hänsyn tas till i vilken grad frågan påverkar barnet. I de fallen då resultatet har en stor påverkan på barnets liv är bedömningen av barnets mognad desto mer betydelsefull.¹⁷⁰

I lagkommentaren till föräldrabalken framkommer det att det finns fall där barnets vilja bör bli avgörande för domstolens beslut och barnets vilja bör stå som fristående omständighet. I dessa fall, särskilt i de fall som besluten rör äldre barn, ser man detta som ett uttryck för respekt för barnets person och personlighet.¹⁷¹ Något exempel på ett sådant fall tar kommentaren till lagen dock inte upp.

2.3.4 Riskerna

I vårdnadskapitlets portalparagraf i föräldrabalken framkommer vissa risker som domstolen i sin bedömning om ett beslut om vårdnad, boende eller umgänge är till barnets bästa ska fästa särskilt avseende vid. Dessa risker är risken att barnet eller någon annan i barnets familj utsätts för övergrepp, risken att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar och risken att barnet annars far illa.¹⁷² År 1993 togs dessa faktorer in i föräldrabalken i förhållande till domstolens bedömningar i umgängesfrågor.¹⁷³ Dessa risker har lagstiftaren tagit in i föräldrabalkens portalparagraf med avsikt att särskilt uppmärksamma domstolen om dem.¹⁷⁴ Man bör beakta att efter ändringen i föräldrabalkens bestämmelser år 2006 kan det sägas att det i domstolsbedömningen om barnets bästa ska läggas något större vikt vid bedömningen av risken för att barnet far illa.¹⁷⁵

De riskerna som domstolen ska vara särskilt uppmärksam på måste i många fall vägas mot barnets rätt till en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Det är viktigt att komma ihåg att denna rättighet inte innebär att barnet, under alla förhållanden, måste umgås med en förälder.¹⁷⁶

¹⁶⁹ Handbok om barnkonventionen, s. 125.

¹⁷⁰ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 12, punkt 30.

¹⁷¹ Lagkommentaren till föräldrabalken (2010), 6 : 22.

¹⁷² FB 6 kap. 2 a §.

¹⁷³ SOU 2005:43, s. 96.

¹⁷⁴ Prop. 2005/06:99, s. 42f.

¹⁷⁵ Lagkommentaren till föräldrabalken (2010), 6:16.

¹⁷⁶ Prop. 2005/06:99, s. 42.

”Intresset av att förhindra att barnet far illa får givetvis inte offras för att tillgodose att barnet har nära och goda relationer till båda sina föräldrar.”¹⁷⁷

Om barnet riskerar att fara illa vid umgänge med en förälder måste det övervägas om barnets behov av kontakt med båda sina föräldrar måste åsidosättas till fördel för att skydda barnet.¹⁷⁸

”Barn måste ha en absolut rätt att inte själv bli utsatt för våld, övergrepp eller annan kränkande behandling. Det är också väl belagt att det innebär en risk för barnets psykiska hälsa att tvingas se eller höra våld i hemmet.”¹⁷⁹

För de fall att det förekommer uppgifter om våld, kränkningar eller övergrepp måste påståendena alltid bemötas och utredas. Detta görs genom att man i varje enskilt fall genomför en riskbedömning av den situationen som barnet befinner sig i, eller kan komma att befinna sig i beroende på domstolens beslut.¹⁸⁰ Lagens utgångspunkt är alltså att det är till barnets bästa att leva med, och i de fall barnet inte lever med, åtminstone ha en nära och god kontakt med båda sina föräldrar, så länge som detta inte medför en risk att barnet far illa.¹⁸¹

Det faktum att en förälder ansetts innebära en så stor risk för ett barn att föräldern inte längre anförtros del i vårdnaden innebär inte att barnets rätt till umgänge med den föräldern automatiskt inskränks.¹⁸² På grund av detta förhållande, mellan vårdnaden om och umgänget med barn, framstår det som att det krävs en högre grad av risk för att inskränka umgänget mellan barn och förälder än att inskränka föräldrarnas vårdnad om barnet. Denna tolkning torde dock inte stämma överens med lagstiftarens intention. Oavsett om ett mål behandlar vårdnad eller umgänge torde den rättsligt accepterade nivån på risken för att ett barn far illa vara den samma. På grund av den lägre exponeringen för risken att fara illa, både tids- och situationsmässigt,¹⁸³ för ett barn som endast utövar umgänge med en förälder, jämfört med om föräldern skulle haft del i vårdnaden om barnet, skiljer sig den faktiska risknivån mellan vårdnad och umgänge. Detta innebär alltså att umgänge med en förälder som inte är lämplig som vårdnadshavare kan godtas.¹⁸⁴

¹⁷⁷ SOU 2005:43, s. 167.

¹⁷⁸ Prop. 2005/06:99, s. 116.

¹⁷⁹ Prop. 2005/06:99, s. 42.

¹⁸⁰ Prop. 2005/06:99, s. 117.

¹⁸¹ Kaldal, s. 71.

¹⁸² Kaldal, s. 246.

¹⁸³ För att ytterligare sänka risknivån kan en kontaktperson närvara vid umgänget. Kaldal, s. 247.

¹⁸⁴ Kaldal, s. 246f.

I samband med denna bedömning är det viktigt att poängtera att riskbedömningen görs med hänsyn till barnets bästa, inte föräldrarnas rättssäkerhet, i första rummet. Detta innebär att en förälder kan anse sig orättvist behandlad då till exempel en förundersökning som lagts ner av polisen tas upp på nytt vid ett mål om umgänge. Detta är dock något som föräldern får tåla då domstolens uppgift i dessa fall är att döma med utgångspunkt i barnets bästa.¹⁸⁵

I rättsfallet NJA 1995 s. 727 var det fråga om högsta domstolen skulle vägra umgänge på den grunden att det fanns risk för att barnet skulle bli olovligen bortfört. Domstolen uttalade då att det måste föreligga en konkret risk för farans förverkligande för att risken skulle kunna påverka domstolens beslut om umgänge. Denna risk påverkade alltså inte domstolens beslut om umgänge, barnets behov av umgänge med den förälder som det inte bodde tillsammans med ansågs tillmätas större betydelse i lagstiftningen.¹⁸⁶

I samma rättsfall upplevde domstolen att det fanns en konkret risk för att barnet i fråga skulle fara illa, psykiskt, vid ett umgänge med föräldern. Vad gällde denna risk anförde domstolen att den kunde vägas upp genom att umgänget skedde i begränsad omfattning och under medverkan av en kontaktperson. Domstolen beslutade att det var till barnets bästa att det fick rätt till umgänge med sin förälder.¹⁸⁷

”Med hänsyn till barnets intresse av kontakt med sin far får det därför anses vara till barnets bästa att det får umgås med fadern (...).”¹⁸⁸

Utifrån avgörandet kan man komma fram till att det krävs konkret risk för att begränsa ett barns rätt till umgänge med en förälder. Kaldal menar att avgörandet ger ett intryck av, i de fall då det handlar om barnets rätt till umgänge, att risken måste vara särskilt allvarlig.¹⁸⁹

Domstolen beslutande på samma sätt i NJA 2003 s. 372. Även i detta fall kom domstolen fram till att det förelåg konkret risk för barnet, trots detta beslutades det att föräldern och barnet skulle utöva umgänge, dock i närvaro av en kontaktperson.

¹⁸⁵ SOU 2005:43, s. 119.

¹⁸⁶ Saldeen, s. 247, se även Kaldal, s. 248.

¹⁸⁷ Saldeen, s. 248.

¹⁸⁸ NJA 1995 s. 727.

¹⁸⁹ Kaldal, s. 248.

I båda dessa fall kommer domstolen fram till att det föreligger en konkret risk för barnet, och att denna risk är knuten till umgängesföräldern. Frågan blev då om denna risk var så pass hög att den motiverade en inskränkning av rätten till umgänge. Domstolen fick alltså väga barnets behov av nära och god kontakt med båda sina föräldrar mot barnets behov av skydd. I båda dessa fall framstår det som att domstolens argumentation baseras på att ett begränsat umgänge innebär ett skydd för barnet.¹⁹⁰

Regeringen har, i förarbeten till föräldrabelagen, ansett det fanns en generell benägenhet att i domstolen tona ned betydelsen av att en förälder begått övergrepp i familjen.¹⁹¹ Regeringen menade att risk för att ett barn far illa i familjen måste vara en faktor som väger tungt i bedömningen om vad som är barnets bästa.¹⁹² Man menar även att risken för att ett barn far illa är närvarande, inte bara i de fall då ett barn eller någon annan i familjen blir utsatt för övergrepp av en förälder, risken är även närvarande i de fall då en förälder utsätter någon utanför familjen för våld, trakasserier eller andra kränkningar. Genom att ta in formuleringen ”särskilt” i lagtext framgår det att domstol, och även socialnämnd, ska vara uppmärksamma på risken att ett barn blir utsatt för våld, direkt eller indirekt, av en förälder.¹⁹³

Att ett barn blir vittne till våld innebär även det en mycket allvarlig risk för barnets fysiska och psykiska hälsa. Detta beror enligt förarbetena till föräldrabelagen på att barn har små möjligheter att bedöma hur stor risken är för att även barnet själv ska drabbas av övergrepp om den andra föräldern eller ett syskon blir drabbat.¹⁹⁴ Förutom denna oförmåga att bedöma risken att själv bli utsatt för övergrepp rycks barnets trygghet i hemmet bort vid övergrepp inom familjen.

”Kanske än mer viktigt är att barnets grundläggande trygghet rycks undan om en förälder, alltså en person som per definition och i barnets ögon är barnets främsta trygghetsgivare, gör sig skyldig till något som istället för trygghet utgör en oförklarlig fara eller hot. Det har då ingen betydelse om det är barnet själv eller någon annan familjemedlem som drabbas.”¹⁹⁵

¹⁹⁰ Kaldal, s. 248.

¹⁹¹ Prop. 2005/06:99, s.41.

¹⁹² Prop. 2005/06:99, s. 42.

¹⁹³ Prop. 2005/06:99, s. 42.

¹⁹⁴ Prop. 2005/06:99, s. 114f.

¹⁹⁵ Prop. 2005/06:99, s. 114f.

Vid domstolens riskbedömningar ska en avvägning göras mellan storleken av risken för att barnet utsätts för behandling som inte är till dess bästa, och den skada som barnet vållas om risken förverkligas.¹⁹⁶ Beviskraven är i dessa fall inte lika höga som de är i brottmål. I brottmål är den huvudsakliga frågan om en förälder gjort sig skyldig till brott mot barnet, prövningen görs då av ett visst historiskt förlopp. I vårdnad-, boende- och umgängesmål är det istället fråga om barnets framtida skydd.¹⁹⁷ På grund av detta behöver det inte vara ställt utom all rimlig tvivel att barnet kommer att utsättas för något det far illa av, det räcker med att det föreligger konkreta omständigheter som tyder på att det finns en risk att barnet kommer fara illa.¹⁹⁸ Till exempel ska nedlagda förundersökningar, som tidigare nämnts, ändå beaktas i riskbedömningen i domstolen.¹⁹⁹

Risken att ett barn far illa ska väga tungt i helhetsbedömningen av barnets bästa. Trots detta kan inte risk att barnet far illa, som enda faktor, innebära att ett barn inte har rätt till umgänge med sin förälder.²⁰⁰ En nyanserad bedömning av förutsättningarna i det enskilda fallet måste göras. Beteenden som anses svåra att ändra, som till exempel övergrepp som är ett uttryck för förövarens makt gentemot den utsatte, eller systematiska övergrepp, kan tyda på att föräldern som utfört handlingarna är skadlig för barnet. Andra faktorer som att föräldern genomgått behandling för att undvika upprepning av beteendet eller föräldrarnas allmänna attityd till våld kan ha motsatt effekt.²⁰¹

Rekvisitet risk har dock en öppen karaktär, detta innebär att det inte finns något klart svar till när risken uppnått en sådan grad att kontakt med föräldern inte längre är lämpligt enligt barnets bästa. Dessa avvägningar måste domstolen göra i varje enskilt fall.²⁰²

”Barnets behov av en närs och god kontakt med båda föräldrarna kan också ställas i relation till barnets behov av trygghet och stabilitet. (...) Frågan måste prövas utifrån barnets egna situation och barnets behov av en nära och god kontakt med föräldrarna ska prövas individuellt i relation till det enskilda barnets bästa.”²⁰³

¹⁹⁶ Lagkommentar till föräldrabalken (2003), 6:19.

¹⁹⁷ Kaldal, s. 71.

¹⁹⁸ SOU 2005:43, s. 515.

¹⁹⁹ Prop. 2005/06:99, s. 42f.

²⁰⁰ Kaldal, s. 248.

²⁰¹ Prop. 2005/06:99, s. 42f.

²⁰² Kaldal, s. 254.

²⁰³ Kaldal, s. 253.

2.4 Barns grundläggande behov

En första, och som rubriken antyder, grundläggande aspekt av barnets bästa är barnets grundläggande behov. I den första paragrafen i föräldrabalkens kapitel om vårdnad, boende och umgänge, föräldrabalken 6 kap. 1 §, räknas dessa, av lagstiftaren identifierade, grundläggande behov upp. Dessa grundläggande behov är gemensamma för alla barn och som vårdnadshavare har man en skyldighet att tillgodose dem.²⁰⁴ Av lagtextens ordalydelse framgår inte att dessa behov är faktorer som ska användas vid bedömningen av vad som är ett barns bästa, att dessa faktorer tillsammans med utredning om barnets förhållanden kan vara till hjälp vid bedömningen av barnets bästa går dock att utläsa ur förarbetena till föräldrabalken.²⁰⁵

I paragrafen stadgas det att ett barn har rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran. Det stadgas även att barn ska behandlas med aktning för sin person och egenart. Förutom de grundläggande behoven rymmer paragrafen även agaförbudet som slår fast att barn inte får utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling.²⁰⁶

Lagstiftaren nämner i paragrafen vissa särskilda behov som barn har. Detta är ett uttryck för att dessa faktorer inte får glömmas bort vid bedömningen av vad som är ett barns bästa. Dessa faktorer är alltså utskrivna som en påminnelse till beslutsfattare.

”En sådan uppräknning kan vidare få betydelse vid tvister om vårdnaden om eller umgänge med ett barn på så sätt att domstolen bör välja den lösning som kan antas bäst främja att de angivna rättigheterna blir tillgodosedda.”²⁰⁷

I förarbeten till bestämmelsen menar man att denna uppräknning även är till för att ge vårdnadshavare vägledning i uppfostringsarbetet av deras barn. Detta innebär dock inte att man har ansett att bestämmelsen mister sin karaktär som en rättighetsbestämmelse.²⁰⁸ Utredningen förklarar även att dessa grundläggande rättigheter särskilt har uppmärksammats som ett led i att värna om barns integritet och för att ge barn möjlighet att utveckla sin personlighet.

²⁰⁴ Prop. 1981/82:168, s. 22.

²⁰⁵ Prop. 2005/06:99, s. 40.

²⁰⁶ FB 6 kap. 1 §.

²⁰⁷ Prop. 1981/82:168, s. 22.

²⁰⁸ Prop. 1981/82:168, s. 22.

”Genom en sådan föreskrift markeras,(...), att barn behöver förståelse och skydd för sin integritet för att kunna utveckla sin personlighet.”²⁰⁹

Trots att paragrafen bland annat har funktionen av att påminna domstolen om de stadgade faktorer innebär detta dock inte att de automatiskt väger tyngre i en bedömning om vad som är ett barns bästa. Vad som är ett enskilt barns bästa är som bekant inte reglerat i svensk rätt. Vilka faktorer som är viktiga i ett särskilt fall måste domstolen bedöma i just det fallet.²¹⁰ En närmare reglering om beståndsdelarna av barnets bästa riskerar att nödvändig flexibilitet i det enskilda fallet förloras. Dessa faktorer kan alltså inte sägas ha fått någon sorts inneboende tyngd vid en bedömning om barnets bästa i det enskilda fallet utan får istället, med sin vägledande avsikt, anses utgöra en hjälp i utredningen.²¹¹

2.5 Rätten till umgänge

Svensk lagstiftning och samhället i stort präglas av tanken att det är bäst för ett barn att ha tillgång till båda sina föräldrar. Det är dock inte bara till barnets bästa att ha tillgång till två föräldrar, det är även barnets rätt.

Innan ändringen i föräldrabalken som trädde i kraft år 1993 var barnets rätt till umgänge med sina föräldrar inte lika framträdande som den är idag. Genom denna ändring förflyttades fokus för umgägesbedömningen från föräldrarnas ensidiga föräldrarätt till att det är barnets rätt till umgänge med sina föräldrar som är det viktiga.²¹²

Barnets rätt till umgänge med en förälder är lagstadgad i föräldrabalken 6 kap. 15 §.

”Barnet skall ha rätt till umgänge med en förälder som det inte bor tillsammans med. Umgänget kan ske genom att barnet och föräldern träffar varandra eller genom att de har annan kontakt.”²¹³

²⁰⁹ Prop. 1981/82:168, s. 22.

²¹⁰ SOU 2005:43, s. 478

²¹¹ Prop. 2005/06:99, s. 40.

²¹² SOU 1997:116, 6.3.2.

²¹³ FB 6 kap. 15 § 1 st.

Rätten till umgänget är barnets och inte en rättighet som tillhör föräldrarna.²¹⁴ Det är uteslutande barnets behov av umgänge med sina föräldrar som ska tillgodoses, föräldrarnas eventuella behov av umgänge med sina barn är inte av intresse.²¹⁵ Detta innebär även att ett barn inte har någon plikt att umgås med en förälder. Trots detta så kan ett barn inte motsätta sig umgänge med en förälder i praktiken, i varje fall gäller detta för mindre barn. En dom om umgänge kan nämligen verkställas mot ett barns vilja.²¹⁶ En förälder kan däremot motsätta sig då det inte finns några motsvarande bestämmelser om att verkställa en dom om umgänge mot en förälders vilja.

Ett barns umgänge med en förälder är alltså till för barnet. Detta betyder att domstolens bedömning om umgänge ska grundas sig enbart på barnets intressen och vad som är bäst för det enskilda barnet. Denna bedömning ska domstolen göra, precis som när det är fråga om barnets vårdnad eller boende, med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.²¹⁷ Innehållet i barnets rätt till umgänge med sina föräldrar bestäms alltså med hänsyn till barnets bästa. Denna bestämmelse har därför en mycket tydlig koppling till föräldrabalkens portalparagraf, 6 kap. 2 a §.²¹⁸

Ett barn har rätt till umgänge med båda sina föräldrar enligt föräldrabalken 6 kap. 15 §, ett barn har alltså rätt till umgänge med en förälder som det inte bor tillsammans med. Det är föräldrarnas ansvar att se till att denna rättighet inte inskränks på ett otillåtet sätt.²¹⁹ Detta ansvar för föräldrarna att se till att barnets behov av umgänge med någon närstående sträcker sig dock längre än till endast föräldrarna. Ett barn har alltså, enligt denna paragraf, rätt till umgänge även med andra som står det särskilt nära. Till exempel personer som barnet längtar efter och vill träffa,²²⁰ familjemedlemmar, tidigare fosterföräldrar, men även andra personer som det är berikande för barnet att träffa.²²¹

Det är tydligt att ett barns föräldrar ska verka för att barnets behov av nära och god kontakt med dem båda tillgodoses. I de fall då en förälder inte vill ha kontakt med sitt barn, har den

²¹⁴ Saldeen, s. 193.

²¹⁵ Prop. 2005/06:99, s.116.

²¹⁶ SOU 2005:43, s. 514.

²¹⁷ Prop. 2005/06:99, s. 166.

²¹⁸ Lagkommentaren till föräldrabalken (2010), 6:62.

²¹⁹ Lagkommentaren till föräldrabalken (2010), 6:63.

²²⁰ Prop. 2005/06:99, s. 56.

²²¹ Lagkommentaren till föräldrabalken (2010), 6:63 och 6:64.

andra föräldern möjlighet att vända sig till socialnämnden för att diskutera möjligheterna till att få hjälp med att få ett umgänge att komma till stånd. Denna hjälp kan socialnämnden ge under förutsättningen att umgänge inte är olämpligt på grund av andra orsaker, och att barnet inte motsätter sig det.²²²

För de fall att en förälder inte tillåter barnet att umgås med den andra föräldern, till exempel vid umgängesvägran eller umgängessabotage, ska inte ett bestraffnings- och/eller rättvisetänkande aktualiseras. Det som är intressant är vad detta handlande får för konsekvenser för barnet, vilken betydelse barnet lägger vid detta.²²³ I de fallen där umgänget blir en konfliktskapande omständighet mellan föräldrarna uppstår en stor risk att barnet tar skada. I dessa fall måste domstolen väga barnets behov av kontakt och umgänge med båda sina föräldrar mot barnets behov av en trygg uppväxt.²²⁴ För att risken att ett barn far illa av umgänge med sin förälder ska vara en faktor i domstolens bedömning om vad som är till barnets bästa krävs det inte att det är ställt utan all rimligt tvivel att risken förverkligas. Det räcker i dessa fall att det finns konkreta omständigheter som talar för riskens förverkligande.²²⁵

Barns rätt till umgänge med en förälder sträcker sig inte utöver barnets rätt till vad som är bäst för det.²²⁶ Det är klargjort att det är viktigt för ett barn att ha kontakt med båda sina föräldrar, men denna kontakt, detta umgänge, får inte ske med risk att barnet far illa vid dessa umgängestillfällen.²²⁷ Man kan säga att om de två rättigheterna skulle vägas mot varandra, rätten för barnet att få sitt bästa satt i främsta rummet och rätten till umgänge med båda sina föräldrar så kommer den första av dessa rättigheter väga tyngst. I de fall ett barn riskerar att fara illa vid umgänge med sin förälder måste det i vart fall övervägas om barnets intresse och rätt till umgänge med sin förälder måste vika undan för att skydda barnet.²²⁸

”För de fall då en förälder gjort sig skyldig till övergrepp mot barnet eller den andra föräldern kan det vara bäst för barnet om något umgänge inte äger rum eller om det gör det först när barnet nått en mogen ålder.”²²⁹

²²² Lagkommentaren till föräldrabalken (2010), 6:63.

²²³ Prop. 2005/06:99, s. 116.

²²⁴ Prop. 2005/06:99, s. 514.

²²⁵ Prop. 2005/06:99, s. 515.

²²⁶ FB 6 kap. 2 a §.

²²⁷ Prop. 2005/06:99, s. 116.

²²⁸ Prop. 2005/06:99, s. 116.

²²⁹ Lagkommentaren till föräldrabalken (2010), 6:62.

Det är även värt att nämna att det tydliggörs i föräldrabalken 6 kap. 15 § 1 st. att det med umgänge inte nödvändigtvis innebär att barnet och föräldern träffar varandra. Umgänget kan ske även på annan väg, genom till exempel telefonsamtal eller brev. Denna möjlighet att genomföra umgänget utan att förälder och barn träffas rent fysiskt, även kallat direkt umgänge, lagfästes genom ändringarna i föräldrabalken år 2006.²³⁰ Denna möjlighet är inte avsedd att begränsa ett barns umgänge med en förälder.²³¹ Man kan alltså säga att det från och med ändringarna år 2006 finns två olika sorters umgänge domstolarna kan besluta om, direkt och indirekt umgänge.²³²

Införandet av denna möjlighet till annat än direkt umgänge var från lagstiftarens sida tänkt som en signal om att även en frånvarande förälder har en viktig roll i ett barns liv. Möjligheten till annat umgänge än att träffas direkt bör endast användas i undantagsfall. Det är en möjlighet för föräldrar och barn att ha kontakt i situationer där vanligt umgänge är problematiskt, eller i fall där vanligt umgänge inte kan komma till stånd i någon egentlig utsträckning.²³³ Detta umgänge kan till exempel användas om föräldern är mycket sjuk och inte har möjlighet att lämna sjukhuset, eller om föräldern och barnet tidigare haft mycket liten eller ingen kontakt, i det fallet kan denna möjlighet användas för att succesivt återinföra föräldern i barnets liv.²³⁴

Mot denna möjlighet för domstolen att besluta om indirekt umgänge har det i lagförarbetena till bestämmelsen framförts en rädsla att den nya umgangesformen ger upphov till nya processmöjligheter. Detta på grund av att föräldrar i och med ändringen har möjlighet att till en början processa om ”vanligt” direkt umgänge, för att sedan efter att dom meddelats i den processen, påbörja en ny process om indirekt umgänge. Lagstiftaren konstaterar att processer om vårdnad, boende och umgänge generellt sett inte är bra för barnet.²³⁵

”(...) många gånger till skada för barnet och det finns anledning att i största möjliga mån sträva efter att begränsa processmöjligheterna.”²³⁶

²³⁰ Prop. 2005/06:99, s. 54.

²³¹ Lagkommentaren till föräldrabalken (2010), 6:63, Prop. 2005/06:99, s. 89.

²³² Formuleringen ”indirekt umgänge framgår ur Prop. 2005/06:99, s. 116.

²³³ Prop. 2005/06:99, s. 54.

²³⁴ Prop. 2005/06:99, s. 89.

²³⁵ Prop. 2005/06:99, s. 188.

²³⁶ Prop. 2005/06:99, s. 188.

Lagstiftaren kommer dock fram till att detta förmodligen inte kommer att leda till flera tvister om umgänge. Möjligheten till indirekt umgänge kommer förmodligen endast att innebära ett ytterligare yrkande i processer som ändå skulle genomföras.²³⁷ Det är dock viktigt att poängtera att för de fall då yrkanden om indirekt umgänge tas upp i domstol ska en prövning göras på samma sätt som om yrkandet hade gällt direkt umgänge.²³⁸

2.6 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan man konstatera att bedömningen av barnets bästa i förhållande till umgänge är mycket komplicerad och präglas av ett stort tolkningsutrymme. Det finns mycket knapphändig information om vilka faktorer som kan bli aktuella vid bedömningen av barnets bästa. Hur de faktorer som ändå tas med i bedömningen ska vägas mot och förhållas till varandra är om möjligt ännu svårare att uppfatta.

I föräldrabalken 6 kap. 2 a § stadgas det att barnets bästa ska vara den utslagsgivande faktorn vid bedömningen av vad som är barnets bästa i förhållande till umgänge.²³⁹ När det kommer till denna bedömning är det mycket svårt att finna vägledning i hur den ska genomföras. Ser man till ordalydelsen av bestämmelsen i föräldrabalken, förarbetena till lagen och barnkonventionen framkommer en svag och bristfällig bild av de olika faktorerna som utgör bedömningen och hur dessa ska vägas mot varandra.

Av ordalydelsen i föräldrabalken 6 kap. 2 a § framkommer vissa faktorer att ta hänsyn till i bedömningen. En av dessa faktorer är barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar.²⁴⁰

I förarbeten till föräldrabalken framkommer det att barnets rätt till nära och god kontakt till båda sina föräldrar är en av föräldrabalkens två utgångspunkter.²⁴¹ Att denna faktor framgår av föräldrabalkens portalparagraf beror på att lagstiftaren velat uppmärksamma domstolarna på att särskilt avseende ska fästas vid den.²⁴² I de allra flesta fall är det till barnets bästa att det

²³⁷ Prop. 2005/06:99, s. 189.

²³⁸ Prop. 2005/06:99, s. 189f.

²³⁹ Föräldrabalken 6 kap. 2 a § 1 st.

²⁴⁰ Föräldrabalken 6 kap. 2 a § 1 st. 2 strecksatsen.

²⁴¹ Kaldal, s. 218f.

²⁴² Föräldrabalken 6 kap. 2 a § 1 st.

har en nära och god kontakt med båda sina föräldrar, men ett barn kan inte tvingas att umgås med en förälder under alla förhållanden. Är umgänget inte till barnets bästa går dess behov av trygghet framför behovet av nära och god kontakt.²⁴³ Vad ett barns rätt till nära och god kontakt med båda sina föräldrar faktiskt innebär och hur den bedömningen görs i det enskilda fallet framkommer inte.

Vad som också framkommit är att risken att barnet ska fara illa är en relativt tungt vägande faktor vid bedömningen av barnets bästa i förhållande till umgänge.²⁴⁴ Denna faktor nämns även i 6 kap. 2 a § som en faktor för domstolen att lägga särskilt avseende vid då den bedömer vad som är till ett enskilds barns bästa.²⁴⁵ Även dessa faktorer togs in i bestämmelsen för att uppmärksamma domstolen om dem och i lagkommentaren till föräldrabalken framgår att något större vikt ska läggas vid risken att barnet far illa.²⁴⁶

Dessa riskfaktorer får många gånger vägas mot barnets behov av en nära och god kontakt med sina föräldrar. En konstaterad risk att ett barn kan komma att fara illa vid umgänge med en förälder kan, men måste inte, innebära att barnet inte ges umgänge med den föräldern. Vid en jämförelse med till exempel vårdnad måste dock risken vara särskilt allvarlig för att motivera en inskränkning i barnets rätt till umgänge med en förälder.²⁴⁷

I förarbeten till föräldrabalken och i barnrättskommitténs allmänna kommentar kommer lagstiftaren och kommittén ständigt till slutsatsen att barnets bästa måste bedömas i det enskilda fallet. Principens natur tillåter inte att den fastställs allt för tydligt i lagstiftning. För att bedömningen ska kunna tillämpas på varje enskilt barn krävs en stor flexibilitet som lagstiftningen inte ge.²⁴⁸

På grund av principens komplexa natur är det av vikt att domstolen i sina beslut om barns bästa motiverar, förklarar och berättigar hur de kommit fram till beslutet. De olika sakförhållanden som varit aktuella saka anges och hur dessa viktats mot varandra. Om

²⁴³ Saldeen, s. 194.

²⁴⁴ Prop. 2005/06:99, s. 42.

²⁴⁵ Föräldrabalken 6 kap. 2 a § 1 st. 1 strecksatsen.

²⁴⁶ Lagkommentaren till föräldrabalken (2010), 6:16.

²⁴⁷ Kaldal, s. 248.

²⁴⁸ Prop. 2005/06:99, s. 40.

beslutet går emot de åsikter som barnet själv uttryckt ska domstolen förklara varför, denna förklaring får inte vara standardiserad utan måste anges i förhållande till det aktuella fallet.²⁴⁹

3 Rättsutredning

Barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar är en av de faktorerna som lagstiftaren valt att särskilt uppmärksamma domstolen på.²⁵⁰ Domstolar och socialnämnder har dock uttryckt att de anser att det läggs för stor vikt vid detta behov. Detta har inneburit att barnets behov av en god och nära kontakt med båda sina föräldrar vägt tyngre än risken att barnet far illa.²⁵¹ Att barnets bästa i de flesta fall innebär att barnet har en nära och god kontakt till sina föräldrar innebär inte att ett barn måste ha kontakt med en förälder under alla förhållanden. Barn har en grundläggande rättighet att inte behöva bli utsatta för kränkande behandling, våld eller övergrepp. Detta gäller även om det är en förälder som utsätter barnet.²⁵²

För att undersöka hur bedömningen av barnets bästa i relation till umgänge med barnet ser ut i praktiken har jag genomfört en rättsutredning. Utredningen har fokuserat på domar om umgänge där fokus legat på domstolens praktiska bedömning av barnets bästa. Domarna som granskats kommer från Sveriges olika hovrätter.

3.1 Sammanfattning av fallen

I domarna jag analyserat har umgänget mellan totalt 41 barn och deras föräldrar (i ett av fallen gällde umgänget båda föräldrarna) reglerats av hovrätterna. Saken som tagits upp till prövning i domstolen skiljer sig något mellan de olika domarna. Av de 24 domarna var saken i sju av dem ”vårdnad om barn m.m.” och i ytterligare sju domar var saken ”umgänge med barn”. I fyra av domarna var saken ”vårdnad m.m.”, i tre av domarna ”umgänge” respektive ”vårdnad och umgänge”. I en av domarna var saken ”umgänge med barn m.m.”. Alla domar har dock på något sätt innehållit en bedömning om barnets bästa och ett beslut om umgänge.

I den stora majoriteten av fallen, i alla utom ett av dem, var det föräldrar som tvistade mot varandra om hur umgänget mellan dem och barnen skulle se ut. I ett av fallen var tvisten

²⁴⁹ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 97.

²⁵⁰ SOU 2005:43, s. 101.

²⁵¹ Prop. 2005/06:99, s. 117.

²⁵² Prop. 2005/06:99, s. 117.

mellan två föräldrar och en kommun då barnen hade blivit omhändertagna enligt LVU och senare placerade i fosterhem.

Av de domar jag analyserat kom föräldrarna som tvistade fram till en överenskommelse om umgänget i vissa fall. I totalt nio av de 24 domarna fastställde hovrätten föräldrarnas överenskommelse i och med sin dom. I samtliga av dessa fall godkände hovrätterna föräldrarnas överenskommelse utan förbehåll som en lösning som var till barnets bästa. I två av fallen var en nämndeman skiljaktig till beslutet²⁵³ och i resten av fallen var domstolen enig.

I 19 av de analyserade domarna²⁵⁴ dömde domstolen att barnet/barnen i fråga hade rätt till visst umgänge med en förälder. Storleken på umgänget skiljde sig mycket, från i princip växelvis boende till några timmars umgänge varje månad. I fem av domarna kom domstolen fram till att ett reglerat umgänge inte var förenligt med barnets bästa varför domstolen inte dömde ut någon rätt till umgänge för barnet/barnen i fråga.²⁵⁵

3.2 Faktorer som undersökts

I undersökningen har jag tittat på ett antal olika faktorer. Vad gäller bedömningen av barnets bästa har jag letat efter tendenser i vilka faktorer som är av vikt vid bedömningen av barnets bästa och hur dessa viktats mot varandra. Av intresse har varit om faktorer ges olika tyngd vid bedömningen av barnets bästa i olika fall eller om samma faktor är utslagsgivande i en mängd fall.

²⁵³ Svea Hovrätt, dom 2015-06-23 mål nr. T 6256-14, Hovrätten över Västra Sverige, dom 2015-05-28 mål nr. T 5248-14.

²⁵⁴ Göta Hovrätt, dom 2015-06-17 mål nr. T 2944-14, Göta Hovrätt, dom 2015-03-03 mål nr. T 85-15, Hovrätten över Nedre Norrland, dom 2015-04-27 mål nr. T 1280-14, Hovrätten över Nedre Norrland, dom 2015-05-26 mål nr. T 25-15, Hovrätten över Nedre Norrland, dom 2015-04-22 mål nr. T 1380-14, Hovrätten över Nedre Norrland, dom 2015-04-14 mål nr. T 729-13, Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2015-04-20 mål nr. T 1316-14, Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2015-03-17 mål nr. T 1883-14, Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2015-03-24 mål nr. T 2157-14, Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2015-05-11 mål nr. T 2732-14, Svea Hovrätt, dom 2015-04-01 mål nr. T 6359-14, Hovrätten över Västra Sverige, dom 2015-02-23 mål nr. T 3301-14, Hovrätten över Västra Sverige, dom 2015-03-02 mål nr. T 3413-14, Hovrätten över Västra Sverige, dom 2015-05-28 mål nr. T 5248-14, Hovrätten över Västra Sverige, dom 2015-06-01 mål nr. T 1865-15, Hovrätten över Övre Norrland, dom 2014-10-08 mål nr. T 271-14, Hovrätten över Övre Norrland, dom 2015-03-26 mål nr. T 799-14, Hovrätten över Övre Norrland, dom 2014-12-18 mål nr. T 33-14 & Hovrätten över Övre Norrland, dom 2014-10-13 mål nr. T 267-14.

²⁵⁵ Göta Hovrätt, dom 2015-05-11 mål nr. T 2873-14, Göta Hovrätt, dom 2015-06-17 mål nr. T 1536-14, Svea Hovrätt, dom 2015-06-26 mål nr. T 1036-15, Svea Hovrätt, dom 2015-06-23 mål nr. T 6256-14 Svea Hovrätt, dom 2015-04-01 mål nr. T 7142-14.

Speciellt fokus har legat på att se till huruvida domstolen tar med barnets behov av en nära och god kontakt till båda sina föräldrar och vilken vikt som lagts vid denna faktor. Jag har även undersökt om domstolarna i sina beslut tydligt anger hur och motiverar varför den gjort avvägningen mellan de olika faktorerna i det specifika fallet. Förutom detta har ett speciellt fokus även legat på att utreda om barnets egna åsikter påverkat domstolens bedömning av barnets bästa i relation till umgänge.

3.3 Redovisning av resultaten

3.3.1 Domstolens bedömning vid beslut om umgänge

Utifrån de analyserade fallen kan man hitta ett mönster i hur domstolen kommer fram till om ett barn i ett visst fall ska ha rätt till umgänge med en förälder eller inte. Det är dock viktigt att komma ihåg att detta är ett generellt mönster som bygger på just dessa domar. Detta betyder alltså att mönstret inte nödvändigtvis stämmer överens med hur domstolen bedömt frågan om umgänge i alla fall.

I det första skedet av domstolens bedömning om hur umgänget ska se ut, eller om barnet ska ha rätt till umgänge över huvud taget, nämner domstolen ofta att det är barnets intressen och behov som är av vikt. Domstolen konstaterar då att det är barnets rätt till umgänge med föräldern som ska prövas, inte föräldrarnas rätt till umgänge med barnet. Detta beskriver domstolen bland annat i en dom där de i domskälen för fram att:

”Umgänget är till för barnen och inte för föräldern. Det är följaktligen barnens intresse och behov att träffa bägge sina föräldrar som är avgörande, inte föräldrarnas önskan om att träffa sina barn, rättviseskäl eller andra omständigheter.”²⁵⁶

I vissa fall nämner domstolen bestämmelsen i föräldrabalken 6 kap. 2 a § och skriver ut bestämmelsen i domslutet. I andra fall kan man läsa sig till att de dömer med bestämmelsen om barnets bästa i åtanke då de skriver att det är barnets/barnens intressen som går först och är det avgörande för beslutet om umgänge. Föräldrarnas eventuella behov av sina barn ska inte beaktas. Domstolen påminner i detta första skede av bedömning även om att ett umgänge med en förälder inte är en plikt för barnet/barnen. Detta kommer till tydligt uttryck i en dom:

²⁵⁶ Göta Hovrätt, dom 2015-06-17 mål nr. T 1536-14.

”Någon plikt för barnet att umgås med föräldern finns inte, inte heller någon absolut rätt för föräldern att umgås med barnet.”²⁵⁷

Efter detta konstaterande går domstolen vidare till att i vissa fall utreda om föräldern i fråga är en lämplig umgängesförälder. Hur grundligt denna bedömning görs verkar bero på om samma bedömning gjorts utförligt i tingsrätten och om det i tiden efter tingsrättsdomen kommit fram omständigheter som kan påverka en förälders lämplighet som umgängesförälder. Inte i ett enda av de granskade fallen kom domstolen fram till att en förälder hade sådana brister i sin lämplighet som umgängesförälder att barnet på den grunden vägrats umgänge med föräldern.

Denna bedömning om förälderns lämplighet som umgängesförälder leder ofta in i konstaterandet att det är barnets bästa som ska vara avgörande i dessa beslut. Kopplat till detta konstaterande förklarar domstolen oftast vilka omständigheter som särskilt ska beaktas i bedömningen. Domstolen tar då, i majoriteten av fallen, upp risken att barnet far illa och barnets behov av nära (och god)²⁵⁸ kontakt med båda sina föräldrar. Dessa formuleringar skiljer sig inte mycket mellan domstolar och domar. Detta konstaterande om denna avvägning mellan en risk och en rättighet framstår i princip som en standard-formulering. Två exempel på detta finner man i Göta Hovrätt, dom 2015-05-11 mål nr. T 2873-14 och Hovrätten över Nedre Norrland, dom 2015-04-14 mål nr. T 729-13.

”Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet ska särskilt beaktas bl.a. dels risken för att barnet far illa, dels barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.”²⁵⁹

”Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet ska det fästas avseende särskilt vid risken för att barnet far illa och barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna”²⁶⁰

I den större delen av fallen tar domstolen även upp det faktum att barnets vilja med beaktande av ålder och mognad ska ligga till grund för bedömningen om vad som är till barnets bästa.

²⁵⁷ Svea Hovrätt, dom 2015-04-01 mål nr. T 7142-14.

²⁵⁸ I domarna uttrycker sig domstolen inte alltid på så sätt att det är barnets behov av nära och god kontakt med båda sina föräldrar som särskilt ska beaktas. I flera fall uttrycker sig domstolen endast så att det är barnets behov av nära kontakt som särskilt ska beaktas. Se till exempel Hovrätten över Övre Norrland, dom 2014-12-18 mål nr. T 33-14.

²⁵⁹ Göta Hovrätt, dom 2015-05-11 mål nr. T 2873-14.

²⁶⁰ Hovrätten över Nedre Norrland, dom 2015-04-14 mål nr. T 729-13.

”Därtill ska hänsyn tas till respektive barns vilja med beaktande av barnets ålder och mognad. Det finns inte någon åldersgräns i föräldrabalken, vilket innebär att även yngre barns vilja normalt bör efterforskas.”²⁶¹

Det är dock endast ett fåtal av fallen som tar upp barnets vilja specifikt i hovrätten och en ännu mindre del av domarna där domstolen skriver ut hur den bedömt vilken tyngd barnets vilja ska tillmätas och hur mognaden på barnet bedöms.

3.3.2 Hur det beslutade umgänget ser ut

Umgänget ska som bekant vara till barnets bästa. Hur domstolen i det enskilda fallet kommer fram till hur umgänget ska se ut ska alltså vara en direkt följd av att det umgänget är till det specifika barnets bästa.

Utifrån de granskade domarna har jag hittat tre olika typer av bedömningar. Till att börja med så finns det den gruppen domar där föräldrarna kommit överens om hur umgänget med barnet/barnen ska se ut. Den andra gruppen domar är de domar där domstolen anser att umgänge ska regleras genom ett beslut i domstolen och de tredje är de domarna där domstolen anser att ett umgänge som reglerats i domstol inte är förenligt med barnets bästa.

3.3.2.1 Domarna där föräldrarna kommit överens

Så som tidigare konstaterats kom föräldrarna överens om hur de ville att umgänget mellan den ena föräldern och barnet/barnen i målet skulle se ut i nio av de 24 granskade domarna. I alla dessa domar godtog domstolen parternas överenskommelse som det som var bäst för barnet. Domstolen uttrycker sig mycket kortfattat och konstaterar endast att överenskommelsen är förenlig med barnets bästa.

”Enligt hovrätten är den träffade överenskommelsen förenlig med barnets bästa och ska därför fastställas.”²⁶²

”Det som parterna är överens om är förenligt med barnets bästa. Hovrätten finner därför skäl att meddela dom i enighet med parternas överenskommelse.”²⁶³

²⁶¹ Göta Hovrätt, dom 2015-06-17 mål nr. T 1536-14.

²⁶² Hovrätten över Nedre Norrland, dom 2015-05-26 mål nr. T 25-15.

²⁶³ Hovrätten över Övre Norrland, dom 2015-03-26 mål nr. T 799-14.

I ett av domskälen konstaterar domstolen inte ens att överenskommelsen är till barnets bästa. Domstolen väljer istället att formulera sig, till exempel, på följande vis:

”Det som parterna kommit överens om får anses vara bäst för S²⁶⁴. Det finns också förutsättningar att meddela dom i enighet med det som parterna kommit överens om.”²⁶⁵

En gemensam nämnare för dessa domar är alltså att de använder principen om barnets bästa som motivering till att meddela dom utefter parternas överenskommelse. Domstolen motiverar dock inte hur dessa överenskommelser är förenliga med barnets bästa eller hur domstolen landat i det konstaterandet. Denna brist på motivation till hur själva processen att komma fram till vad som är ett barns bästa är särskilt intressant då domarna gäller mål som avgjorts i hovrätterna. Detta innebär att det i grunden ligger en dom från en tingsrätt som är överklagad, till viss del eller i sin helhet. Man måste anta att tingsrättsdomen grundar sin på en bedömning om barnets bästa. För de fall att hovrättsdomen skiljer sig från tingsrättsdomen måste det innebära att hovrätten gjort en annan bedömning om vad som är barnets bästa. Det skulle vara av intresse om hovrätten delgav hur denna bedömning genomförts.

3.3.2.2 Domarna där domstolen beslutat om umgänge

Av de 24 domarna meddelade domstolen ett reglerat umgänge i 10 av domarna. Detta umgänge innebar att barnet/barnen i fråga fick rätt till umgänge med sin förälder i varierande utsträckning. Det mest begränsade umgänge som beslutades innebar att barnen fick rätt till umgänge med båda föräldrarna, i detta fall flyttades vårdnaden om barnen över från föräldrarna till fosterföräldrar i samband med beslutet om umgänge, vid ett tillfälle var tredje månad.²⁶⁶ I de övriga domarna varierar umgänget mellan några timmar var fjärde till varannan helg²⁶⁷, eller ett par timmar under någon bestämd veckodag, till näst intill växelvis boende.²⁶⁸

I de fallen då domarna gällde mindre barn eller barn som varit åtskilda från umgängesföräldern meddelades generellt sett ett mindre omfattande umgänge. Domstolen meddelade då ofta ett umgänge som trappades upp med tiden.

²⁶⁴ Författarens benämning.

²⁶⁵ Hovrätten över Nedre Norrland, dom 2015-04-22 mål nr. T 1380-14.

²⁶⁶ Hovrätten över Övre Norrland, dom 2014-10-13 mål nr. T 267-14.

²⁶⁷ Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2015-04-20 mål nr. T 1316-14

²⁶⁸ Hovrätten över Västra Sverige, dom 2015-03-02 mål nr. T 3413-14.

De resterande domarna, 5 av 24, avslutades i och med domstolens beslut att inte reglera umgänget. I dessa domar har domstolen kommit fram till att det inte är till barnets bästa att ha ett av domstolen reglerat umgänge med en av sina föräldrar.

I alla fem domarna konstaterar domstolen att utgångspunkten i bedömningen om barnet ska ha rätt till umgänge med sin förälder är portalparagrafen i föräldrabalken. De konstaterar även att det typiskt sett är till barnets bästa att träffa båda sina föräldrar men att denna rättighet inte är absolut.

”Någon plikt för barnet att umgås med föräldern finns inte, inte heller någon absolut rätt för föräldern att umgås med barnet. Utgångspunkten för reglerna om umgänge är att det är viktigt att barnet har kontakt med båda föräldrarna. Detta innebär dock inte att det alltid är bäst för barnet att umgås med den förälder som barnet inte bor tillsammans med. Ibland kan det alltså vara bäst för barnet att något umgänge inte alls äger rum.”²⁶⁹

I dessa domar kom alltså domstolen fram till att det fanns andra faktorer än barnets rätt till umgänge med sin förälder som vägde tyngre i bedömningen av barnets bästa. I tre av dessa domar kommer domstolen fram till att föräldern visserligen är lämplig som umgängesförälder men andra faktorer talar mot umgänge. I ett av fallen anser domstolen att det inte finns skyddsaspekter som talar för att pappan inte är lämplig som umgängesförälder och i det sista fallet framför domstolen att det finns omständigheter som talar för att ett umgänge inte är till barnets bästa men de kommenterar inte föräldrarnas lämplighet som umgängesförälder.

I fyra av fallen har barnen uttryckt en rädsla för föräldern och att de inte vill ha umgänge. Ett av dessa fall, Göta Hovrätt, dom 2015-06-17 mål nr. T 1536-14, behandlar fem barn och deras rätt till umgänge med sin pappa. Barnen är i det fallet 16, 14, 12, 11 och 9 år gamla. I det fallet kommer domstolen fram till att de fyra äldsta barnen nått en sådan ålder och mognad att deras vilja ska beaktas och eftersom de inte vill träffa sin pappa på grund av deras rädsla för honom kommer domstolen fram till att det inte skulle vara till barnens bästa att ge dem rätt till umgänge med sin pappa. Det framgår dock inte hur domstolen kommit fram till att barnen varit tillräckligt gamla och haft en sådan mognad att deras åsikter ska tillmätas betydelse.

²⁶⁹ Svea Hovrätt, dom 2015-04-01 mål nr. T 7142-14.

”Till detta kommer att de fyra äldsta barnen har uppnått en sådan ålder och mognad att deras vilja ska beaktas.”²⁷⁰

Ett förhållningssätt som är mycket intressant i domstolen är att barnets åsikter och känslor tillmäts betydelse beroende på hur verklig barnet verkar anse att känslan är. Domstolen dömer alltså i målet efter hur barnets verklighet ser ut. Ett av målen som detta är tydligt i är det ovan nämnda målet från Göta Hovrätt. I samband med domstolens konstaterande att de fyra äldsta barnen uppnått en sådan ålder och mognad att deras åsikter ska tillmätas betydelse framkommer även barnens åsikter.

”Det framgår tydligt av utredningen att barnen, oaktat om de har anledning till det eller inte, är rädda för sin pappa och inte vill ha kontakt med honom. Det är därför, som tingsrätten funnit, rimligt att anta att ett umgänge i dagsläget skulle innebära stora påfrestningar för barnen.”²⁷¹

I ett av de andra fallen kommer domstolen fram till att föräldrarnas påverkan på barnet inte kunde uteslutas. Det finns inget i domstolens utredning som tyder på att barnet skulle fara illa av ett umgänge med pappan, han har dock dömts för egenmäktighet med barn och det faktum att han inte har rotat sig fullständigt i Sverige i samband med att barnets uttryck att det inte vill träffa honom innebar att domstolen beslutade att umgänge inte skulle dömas ut.²⁷²

I ett tredje fall invände mamman mot pappans lämplighet som umgängesförälder på grund av påstådda sexuella övergrepp mot både mamman och barnet. Domstolen kom i det fallet fram till att det inte fanns någon skyddsaspekt som talade för att umgänge mellan barnet och pappan inte skulle kunna komma till stånd, tvärt-om talade barnets behov av nära och god kontakt med båda sina föräldrar för att umgänge borde ske. Psykologer som talat med barnet hade dock upplevt det barnet berättade som något hon upplevt, i och med det, att barnets verklighet innebar att hon blivit utsatt för övergrepp av sin pappa, bedömde psykologen att det kunde medföra allvarliga psykologiska konsekvenser om hon umgicks med sin pappa.

²⁷⁰ Göta Hovrätt, dom 2015-06-17 mål nr. T 1536-14.

²⁷¹ Göta Hovrätt, dom 2015-06-17 mål nr. T 1536-14.

²⁷² Svea Hovrätt, dom 2015-06-26 mål nr. T 1036-15.

”Den förälder som vårdar barnet har en betydelsefull roll i behandlingen. I det nu aktuella fallet vilar detta ansvar på modern, som är helt övertygad om att dottern utsatts för mycket allvarliga övergrepp av fadern. Med dessa utgångspunkter måste man – oavsett vad Y²⁷³ i realiteten varit med om – fästa betydande avseende vid psykologernas bedömning att ett umgänge (...) mot Ys vilja skulle innebära en stor risk för hennes mående och ge henne en stor oro och direkta påminnelsesymptom.”²⁷⁴

På grund av barnets bestämda uppfattning, och det faktum att hennes mamma också delade uppfattningen att pappan utsatt dem för övergrepp vilket innebar att barnet i sin kontakt med pappan inte kunde få någon känslomässig hjälp av sin mamma, beslutade domstolen att inte döma ut något umgänge.²⁷⁵

3.3.2.3 Indirekt umgänge

Så som tidigare diskuterat så har domstolen en möjlighet i föräldrabalken 6 kap. 15 § 1 st. att bestämma om annat umgänge än direkt kontakt. Ett sådant umgänge kan till exempel innebära att barnet och föräldern pratar i telefon eller mailar varandra.²⁷⁶ I tre av de 24 domarna beslutade domstolen om att barnet/barnen hade rätt till umgänge med en av sina föräldrar via telefon. I ett av dessa fall fick barnet själv välja om kontakten skulle ske genom telefonsamtal eller via internet.

En av dessa domar gällde tre syskon. Av de tre syskonen hade ett av dem uttryckt att hon ville ha mer kontakt med sin mamma, de andra två syskonen ville det inte. Domstolen valde då att besluta att det barnet som ville ha kontakt med sin mamma fick rätt till ett begränsat umgänge med mamman och att alla syskonen hade rätt till telefonkontakt med mamman i den uträkningen de själva ville. Umgänget per telefon blev alltså inte reglerat mer än att domstolen beslutade att syskonen hade rätt till det.²⁷⁷

I ett annat fall kommer domstolen fram till att ett direkt umgänge skulle vara skadligt för barnet i fråga. I det fallet tar domstolen även upp annat umgänge än direkt kontakt men

²⁷³ Författarens benämning.

²⁷⁴ Svea Hovrätt, dom 2015-06-23 mål nr. T 6256-14.

²⁷⁵ Svea Hovrätt, dom 2015-06-23 mål nr. T 6256-14.

²⁷⁶ Prop. 2005/06:99, s.89, 188ff.

²⁷⁷ Hovrätten över Övre Norrland, dom 2015-03-26 mål nr. T 799-14.

kommer fram till den slutsatsen att även umgänge via telefon eller internet skulle vara olämpligt.²⁷⁸

3.3.3 Risken att barnet far illa vs. nära och god kontakt med båda föräldrarna

Vad gäller avvägningen mellan en eventuell risk att barnet far illa i relation till barnets rätt till en nära och god kontakt med båda sina föräldrar kan ett fall från Göta hovrätt nämnas.²⁷⁹ I detta fall var fråga om umgänge med barn och rätten konstaterade att föräldern var en lämplig umgängesförälder. Rätten konstaterar även att det är av största vikt att ett fungerande umgänge mellan barnet och förälder kommer till stånd. Trots detta väger risken att barnet ska fara illa, på grund av den psykiska påfrestningen det skulle innebära för barnet att träffa föräldern, tyngre än barnets behov av en nära och god kontakt med föräldern.

Hovrätten kommer fram till en likande dom i ett mål från Svea Hovrätt.²⁸⁰ Rätten nämner att det är angeläget för barnet att etablera en kontakt med föräldern och dennes släkt, men framför att det vid en avvägning mellan risken att barnet far illa av umgänget och dess behov av kontakt inte är förenligt med barnets bästa att ha ett umgänge med föräldern.

”Vid en avvägning mellan ett i och för sig angeläget intresse och en beaktansvärd risk för Y²⁸¹ psykiska hälsa kan det inte anses förenligt med Y bästa att för närvarande reglera ett umgänge med föräldern²⁸² ens med umgängesstöd.”²⁸³

Detta fall var ett av två fall då hovrätten var skiljaktig. Den skiljaktiga nämndemannen ansåg att en återknuten kontakt med föräldern ändå skulle vara till barnets bästa, samt att det inte fanns några hinder för ett umgänge, initialt med umgängesstöd, eftersom utredningen kommit fram till att barnet hade ett behov av att skapa en relation till sin förälder.

I ett tredje fall av liknande karaktär,²⁸⁴ där det inte visats i domstolen att den föräldern som vill ha umgänge till stånd är olämplig som umgängesförälder men där det finns risk för barnet på grund av dess rädsla för/tankar om föräldern, bedömer domstolen att umgänge ska komma

²⁷⁸ Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2015-04-20 mål nr. T 1316-14.

²⁷⁹ Göta Hovrätt, dom 2015-05-11 mål nr. T 2873-14.

²⁸⁰ Svea Hovrätt, dom 2015-06-23 mål nr. T 6256-14.

²⁸¹ Författarens benämning.

²⁸² Författarens benämning.

²⁸³ Svea Hovrätt, dom 2015-06-23 mål nr. T 6256-14.

²⁸⁴ Hovrätten över Övre Norrland, dom 2014-12-18 mål nr. T 33-14.

till stånd. Hovrätten ansåg då att eftersom det inte framkommit att föräldern var olämplig som umgängesförälder, samt att utgångspunkten är att det är förenligt med barnets bästa att ha kontakt med båda sina föräldrar, umgänge mellan föräldern och barnet skulle komma till stånd. Rätten konstaterade även att detta umgänge kunde komma att innebära vissa påfrestningar för barnet men att dessa inte övervägde det som barnet hade att vinna på att umgänge upprättades.

”Ett återupptagande av kontakten kommer utan tvekan att medföra vissa påfrestningar för S.”²⁸⁵ Svårigheterna måste dock antas vara av övergående natur och kompenseras av vad som finns att vinna på att kontakten återupprättas.”²⁸⁶

I ett annat fall²⁸⁷ kommer domstolen till att börja med fram till att en förälder inte är lämplig som vårdnadshavare för barnen. Trots detta ges barnen rätt till umgänge med föräldern, dock endast under den förutsättningen att den andra föräldern kan medverka vid umgängestillfällena. I denna dom motiveras dock inte barnens umgänge med föräldern med den faktorn att de har rätt till en nära och god kontakt med båda sina föräldrar, denna faktor nämns inte över huvud taget i hovrätten, domstolen konstaterar bara att barnen bör ha rätt till umgänge med föräldern endast i den omfattningen det kan ske i närvaro av en annan vuxen person. Föräldrarnas olämplighet som vårdnadshavare innebar alltså inte en automatiskt olämplighet som umgängesförälder.

3.3.4 Betydelsen av barnets vilja med beaktande av ålder och mognad

Det är, utifrån de undersökta fallen, ovanligt att barnets, eller barnens, uttryckliga vilja uppmärksammas i domsluten. I de fallen då barnets vilja redovisas beror det i många fall på att denna uttryckts av till exempel föräldrarna i förhör med dem eller genom vårdnadsutredningar.

I ett av de undersökta fallen²⁸⁸ rör domstolens beslut ett sju år gammalt barn. Av hovrättens utredning i målet framkommer det att barnet, i familjerättens utredning, gett uttryck för att inte vilja träffa föräldern. Barnet hade i detta fall inte träffat föräldern på närmare två år, det

²⁸⁵ Författarens benämning.

²⁸⁶ Hovrätten över Övre Norrland, dom 2014-12-18 mål nr. T 33-14.

²⁸⁷ Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2015-04-20 mål nr. T 1316-14.

²⁸⁸ Svea Hovrätt, dom 2015-06-26 mål nr. T 1036-15.

kunde inte heller uteslutas att barnet blivit påverkat av den andra föräldern. Dessa två förutsättningar i kombination med barnets låga ålder innebar att barnets uttryckliga önskan om att umgänge inte skulle komma till stånd inte tillmättes någon avgörande betydelse.

Vad gäller barns möjlighet att uttrycka sin verkliga vilja i fall där de har kunnat bli påverkade av sin ena förälder uttalar domstolen i ett av fallen²⁸⁹ att det alltid föreligger en risk att påverkas av en förälder i konflikten med den andre föräldern. Domstolen utvecklar dock inte detta resonemang med en förklaring om hur bedömningen av ett barns eventuella påverkade vilja ska göras.

I detta fall rörde det sig om tre barn, barnen var 13 respektive åtta år gamla. Barnen hade talat med flera olika vuxna om hur de upplevde föräldrarnas tvist och vad de hoppades skulle hända i framtiden. På grund av vad barnen sagt till dessa vuxna och hur de uppfattats ansåg domstolen att det inte fanns skäl att ifrågasätta om barnen uttryckt sina viljor. Vad gällde det 13 åriga barnet framförde domstolen även att barnet uppnått en sådan ålder och mognad att dess åsikt skulle tillmätas stor betydelse i målet. Hur bedömningen om barnets mognad gjorts framkommer inte.

Vad gäller barnets mognad utvecklar domstolen inte i ett enda fall hur de gjort bedömningen om ett barns mognadsgrad är tillräckligt för att barnets vilja ska vara av betydelse i målet eller inte. Gemensamt för alla de undersökta domarna är att domstolen endast konstaterar, mer eller mindre efter eget tycke, om ett barn är tillräckligt moget eller inte.

”S²⁹⁰ beskrivs som en väl fungerade flicka med goda sociala förmågor. Hon har dock inte uppnått den ålder och mognad som krävs för att hon själv ska kunna avgöra om hon ska träffa sin pappa eller inte.”²⁹¹

3.3.5 Syskon

Huvudregeln i föräldrabalkens portalparagraf är att barnets bästa ska sättas i första rummet i alla beslut som rör det. Barnets bästa är individuellt och kräver en bedömning i det enskilda fallet. I nio av de 24 domarna rörde domarna mer än ett barn. En av domarna rörde fem syskon, fem av domarna rörde tre syskon och tre av domarna behandlade två syskon. I den

²⁸⁹ Hovrätten över Västra Sverige, dom 2015-05-28 mål nr. T 5248-14.

²⁹⁰ Författarens benämning.

²⁹¹ Hovrätten över Övre Norrland, dom 2014-12-18 mål nr. T 33-14.

övervägande majoriteten av dessa fall behandlades syskonen som en enhet av domstolarna. Detta innebar att domstolarna inte behandlade vad som var till de olika barnens bästa utan dömde efter vad som var syskongruppens bästa.

I två av de nio domarna som rör syskon kan man utläsa att domstolen tagit hänsyn till de olika individerna. I en av dessa domar kom föräldrarna fram till en överenskommelse som hovrätten fastställde i och med sin dom. Detta innebar att ett av de tre syskonen, som i tingsrätten uttryckt en större önskan än de andra till umgänge med sin mamma, fick rätt till umgänge med mamman tillsammans med umgängesstöd. De andra två barnen fick rätt till samma umgänge, skillnaden fanns i att de andra två syskonen fick rätt till umgänget om de ville och för deras syster så var umgänget bestämt till viss tid.²⁹²

Det andra av dessa fall där domstolen tagit hänsyn till de olika individerna i en syskonskara har de gjort detta i förbifarten. Fallet gällde en syskonskara med fem syskon där de fyra äldsta ansågs ha uppnått den ålder och mognad som krävdes för att deras åsikter skulle tillmätas betydelse. Det femte syskonets ålder och mognad nämndes inte över huvud taget.²⁹³

3.4 Sammanfattning

Ur de granskade fallen framkommer att de vanligaste faktorerna som domstolen använder vid sin bedömning av vad som är ett enskilt barns bästa är de som lagstiftaren valt att lyfta fram i föräldrabalken 6 kap. 2 a §. Det framstår alltså som att det är vid dessa faktorer domstolarna lägger mest vikt vid då de bedömer ett enskilt barns bästa.

Vad gäller dessa faktorer framstår det som att barnets rätt till trygghet, med andra ord risken att barnet far illa, väger tyngre än barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar, i vissa fall. I de granskade fallen då risken vägt tyngre än behovet till nära och god kontakt med båda sina föräldrar är fall då barnet, eller barnen, inte träffat föräldern på en relativt lång tid, i alla fall ett par år. Förutom detta förenas dessa fall i att barnet upplever en rädsla för föräldern som det inte umgås med.²⁹⁴ Denna rädsla väger tungt vid bedömningen oaktat om den är befogad eller inte. Finner domstolen att barnets rädsla är verklig för barnet ger domstolen den stor betydelse.

²⁹² Hovrätten över Övre Norrland, dom 2015-03-26 mål nr. T 799-14.

²⁹³ Göta Hovrätt, dom 2015-06-17 mål nr. T 1536-14.

²⁹⁴ Se till exempel Göta Hovrätt, dom 2015-06-17 mål nr. T 1536-14 & Svea Hovrätt, dom 2015-06-26 mål nr. T 1036-15.

En intressant observation kan dock göras av domstolens bedömning av huruvida ett barn blivit påverkat till att inte vilja träffa en förälder eller inte, och bedömningen i det ovan nämnda fallet. I båda dessa bedömningar upplever barnet en verklighet som kanske inte stämmer överens med de vuxnas verklighet. Sett ur barnets perspektiv bör dess genuina åsikter ges samma tyngd i bedömningen oavsett vad dessa åsikter innebär. Detta är dock inte fallet i domstolarna. För det fallet att domstolen kommer fram till att barnets blivit påverkat till att inte vilja träffa en förälder beslutade domstolen att umgänge skulle komma till stånd.²⁹⁵ I fall där barnet istället uttryckt att det kände rädsla inför den andra föräldern beslutade domstolen att inget umgänge skulle komma till stånd.²⁹⁶

Vart skillnaden på barnets genuint upplevda rädsla för en förälder, som inte kräver en verklig grund för att beaktas av domstolen, utan accepteras som barnets verklighet, och ett barns genuina åsikter, som barnet fått genom påverkan av en förälder, går är dock mycket oklart.²⁹⁷

Ser man till barnets vilja i domstolen kommer detta sällan till uttryck mer än i förbifarten. Om den överhuvudtaget nämns framkommer den oftast genom förhör med föräldrarna och i vissa fall när utredningar som föregått processen i domstol går igenom.

Utöver faktorerna som nämns i föräldrabalken 6 kap. 2 a § gör domstolen, i några fall, en bedömning om föräldern är en lämplig umgängesförälder eller inte. Att denne bedömning gjorts åtskild från barnets bästa framkommer endast i de fall då domstolen kommit fram till att föräldern inte varit olämplig som umgängesförälder.²⁹⁸ I de fall då domstolen inte beslutat om umgänge motiveras det inte, i något av de undersökta fallen, med att föräldern inte anses vara lämplig som umgängesförälder. Domstolen motiverar då sitt beslut med att det inte är till barnets bästa att ett umgänge kommer till stånd.

På grund av detta ter det sig som att domstolen i vissa fall gör en bedömning utifrån föräldern, lämplighetsbedömningen. Det som är av intresse blir då huruvida dessa bedömningar görs utifrån föräldrarnas lämplighet till umgänge med det enskilda barnet som domstolen behandlar

²⁹⁵ Se till exempel Svea Hovrätt, dom 2015-06-26 mål nr. T 1036-15.

²⁹⁶ Se till exempel Göta Hovrätt, dom 2015-06-17 mål nr. T 1536-14.

²⁹⁷ För jämförelse Hovrätten över Västra Sverige, dom 2015-05-28 mål nr. T 5248-14.

²⁹⁸ Se till exempel Göta Hovrätt, dom 2015-06-17 mål nr. T 2944-14 & Hovrätten över Övre Norrland, dom 2014-12-18 mål nr. T 33-14.

eller om bedömningen grundar sig på ett allmänt barn. Detta kommer inte till fullständig klarhet i domarna.

Vad gäller möjligheten för domstolen att besluta om indirekt umgänge i föräldrabalken 6 kap. 15 § 1 st. användes den mycket sällan. I ett av fallen fick barnen rätt till umgänge med en förälder på dagtid under en fredag och en lördag var fjärde vecka i Dubai.²⁹⁹ Trots det mycket långa avståndet mellan föräldern och barnen nämnde domstolen inte möjligheten till indirekt umgänge.

Möjligheten till indirekt umgänge tycks istället användas, i de mycket få fall då domstolen beslutat om det, som en möjlighet för förälder och barn att bygga upp en relation i syfte att utöka umgänget vid ett senare tillfälle. Det används då som en möjlighet att vänja barnet och föräldern vida varandra.³⁰⁰

4 Diskussion

I ett rättssamhälle är det viktigt att det är tydligt på vilka grunder beslut fattas. Transparens i beslut och möjlighet att förutse utfall i tvister är båda viktiga utgångslägen för de som tvistar i domstol. Dessa förutsättningar är dock inte bara viktiga för gemene man. För att beslutsfattare ska känna sig trygga i sina bedömningar, i till exempel umgängesfrågor, krävs att de vet hur bedömningarna ska gå till. För de fall då det inte finns något tydligt lagstadgat stöd för hur en viss bedömning ska göras lämnas det till utövarna att själva skapa praxis. För att de bedömningar som görs ska ha en vägledande och förklarande funktion krävs det att beslut motiveras och förklaras.

I teorin ställs det väldigt höga krav på bedömningen av barnets bästa. Domstolen ska i underlaget till sin bedömning av vad som är ett enskilt barns bästa täcka in allt som rör ett barns psykiska och fysiska välbefinnande och utveckling.³⁰¹ I barnrättskommitténs allmänna kommentar följer punkterna som förklarar hur denna bedömning ska gå till enligt barnkonventionen på varandra. Förutom de olika faktorerna som ska vägas in i bedömningen av barnets bästa ska domstolens även ha i beaktande att den inte får ta för lång tid på sig då

²⁹⁹ Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2015-04-20 mål nr. T 1316-14.

³⁰⁰ Se till exempel Göta Hovrätt, dom 2015-06-17 mål nr. T 2944-14.

³⁰¹ Lagkommentaren till föräldrabalken (2010), 6:16.

utdragna processer till sin natur inte anses vara till barnets bästa.³⁰² Barnets bästa är individuellt och måste bestämmas utifrån de olika relevanta faktorerna som finns i varje fall. Förutom de utomstående faktorerna ska även ett barns mer personliga faktorer vägas in i bedömningen.³⁰³ Förutom själva bedömningen av vad som är ett barns bästa har domstolen även att på ett tydligt sätt motivera sitt domslut och förklara hur de tagit hänsyn till barnets bästa samt vad bedömningen bestod av och hur den gjordes.³⁰⁴

Jämförelsen mellan hur rätten ska tillämpas och hur den tillämpas i domstolen har, bland annat, visat att besluten i domstolen, i alla fall efter vad som går att utläsa ur domarna, är fyllda av standardformuleringar och checklistor. Detta upplevs på så sätt att domstolarna standardiserat sina beslut till viss del. En punkt i en sådan lista som domstolarna bockar av i sina domslut är att nämna föräldrabalkens portalparagraf, vilket inte är förvånande i sammanhanget då de fallen som varit en del av undersökningen behandlat umgänge. En annan punkt är att nämna att barnet normalt sett har ett behov av umgänge med båda sina föräldrar. Vad gäller standardsformuleringarna kan nämnas den som används i de fall som föräldrarna kommer i hovrätten överens om hur de ska dela upp umgänget med barnet/barnen emellan sig där domstolen, utan närmare motivering, konstaterar att överenskommelsen är till barnets bästa.

*”Hovrätten anser att parternas överenskommelse är förenlig med vad som är bäst för barnen. Det finns därmed förutsättning- ar att meddela dom i enlighet med överenskommelsen.”*³⁰⁵

Dessa standardformuleringar och checkpunkter måste fungera så att de spar tid, i alla fall vid själva skrivandet av domen, och kan helt enkelt bero på att den som skriver domen tittat på tidigare liknande domar för att ta reda på vad som är viktigt att få med i domen för att inte missa något. Frågan är då om detta är tillåtet enligt principen om vad som är barnets bästa.

I förarbetena till föräldrabalken har det framkommit att lagstiftaren inte anser att innehållet i motiveringen av domstolens beslut inte lämpar sig för lagstiftning.³⁰⁶ Även om lagstiftaren ansett att innehållet av motiveringen till beslut inte lämpar sig för lagstiftning så finns det andra möjligheter att tydliggöra domstolens beslut och se till att viktiga delar av de kommer

³⁰² SOU 2005:43, s. 265.

³⁰³ SOU 2005:43, s. 366.

³⁰⁴ Prop. 2005/06:99, s. 40.

³⁰⁵ Hovrätten över Västra Sverige, dom 2015-06-01 mål nr. T 1865-15.

³⁰⁶ Prop. 2005/06:99, s. 40.

fram på ett tydligt sätt. Domstolarna skulle till exempel tillsammans komma fram till riktlinjer kring hur motiveringen av beslut kan se ut.

Förutom att domarna till viss del tycks vara standardiserade, på ett sätt som framstår som lite underligt med tanke på att principen om barnets bästa på ett så tydligt sätt föreskriver att bedömningen av vad som är ett barns bästa måste ske med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet, saknas även tydlighet när det kommer till barnets vilja. I flertalet av de fall som varit en del av undersökningen framgår barnets vilja, om den över huvud taget framgår, indirekt genom förhör med föräldrarna eller andra vittnen. I barnrättskommitténs allmänna kommentarer som behandlar barnets bästa och barnets rätt att få sin åsikt hörd och tillmätt betydelse framkommer det tydligt att dessa två rättigheter delar ett speciellt förhållande till varandra. För att kunna använda sig av principen om barnets bästa på ett korrekt sätt så måste barnet få en möjlighet att uttrycka sina åsikter och känslor.³⁰⁷ Barnets vilja bör kunna utläsas ur varje dom samt vilken betydelse domstolen gett barnets vilja, så är inte fallet i de domar som varit en del av undersökningen.

Barnrättskommittén lade fram ett förslag till konventionsstaterna om att upprätta en lista med faktorer som kan påverka bedömningen om barnets bästa.³⁰⁸ Faktorerna i listan skulle inte ordnas på något speciellt sätt, alltså inte efter något mer eller mindre stort behov av hänsynstagande till den faktorn eller liknande och inte heller vara uttömmande, utan endas vara en lista med möjliga faktorer. I en sådan lista skulle en rubrik med punkter att komma ihåg kunna läggas till. En sådan punkt skulle i så fall kunna vara att domstolen uttryckligen ska redovisa barnets vilja i sin dom, till exempel som första punkt under rubriken ”utredningen i hovrätten” eller liknande som finns i domarna.

Mitt i denna milda kritik till domstolarnas motivering av sina beslut måste ett av förarbetena till föräldrabalken nämnt hänsyn tas upp.

”I vissa fall kan frånvaron av uppgifter om barnets inställning i domarna bero på att domstolen inte haft att pröva det som barnet haft synpunkter på. Barnet kan ha haft

³⁰⁷ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 12, punkt 74, Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 43.

³⁰⁸ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 50.

*synpunkter på boendet eller umgänget medans domstolen endast hade att bedöma vårdnaden.*³⁰⁹

I dessa fall har domstolen ändå en möjlighet att i domen skriva någon rad om att barnet uttryck vissa åsikter som dock inte varit relevanta för målet och en förklaring till varför de inte tagits med. Detta synes vara mer i linje med barnets rätt att bli hörd och få sina åsikter tillmätta betydelse.

Det finns vissa positiva sidor med en bedömning som är schablonartad. Detta skulle innebära att man kan förbereda barnet i fråga på vad som kommer hända, vilka punkter domstolen kommer gå igenom och vad de betyder. Det skulle kunna innebära att ett barn som hamnar i denna situation känner sig tryggare än det hade gjort annars. Det kan även tänkas att det i efterhand blir lättare att förklara beslut som fattats om det är tydligt på vilka grunder de tagits.

Mot detta kan anföras själva grunden i barnets bästa, att alla barn inte är precis likadana. För att komma fram till ett beslut där barnet är i fokus krävs att man placerar barnet där, i fokus. En schablon för hur bedömningen ska gå till skulle istället sätta vissa faktorer i fokus och sedan försöka se vart barnet passade in. Det är av stor vikt i dessa fall att lösningen passar barnet, inte att barnet passar lösningen.

Förutom domens själva formalia måste det ifrågasättas om syskon automatiskt ska behandlas som en enhet i domstolen. Oavsett om principen om barnets bästa tillämpas strikt eller mindre strikt i domstolen så är det enligt principen mycket tydligt att varje barn är en enskild individ med enskilda behov som ska bedömas på samma sätt, enskilt.³¹⁰ Att syskon bedöms på precis samma sätt framstår inte som att det ligger i linje med detta. För de fall som syskonen inte bedömts på samma sätt i de domar som undersökts beror detta på att ett barn i syskonskaran på ett tydligt sätt uttryckt en uppfattning som inte stämt överens med de andra syskonens, till exempel att det ena syskonet vill ha mer kontakt med en förälder.³¹¹ Värt att nämna är att i det specifika fallet hade föräldrarna träffat en överenskommelse i hovrätten vilket innebar att

³⁰⁹ Prop. 2005/06:99, s. 211.

³¹⁰ Se bland annat Prop. 2005/06:99, s. 40.

³¹¹ Hovrätten över Övre Norrland, dom 2015-03-26 mål nr. T 799-14.

barnens åsikter inte tagits med i hovrättsdomen, för att få reda på barnens inställning var man tvungen att se till domen i tingsrätten.³¹²

Det är visserligen så att det kan anses vara till barnets bästa, i fall med syskon, att de inte skiljs från varandra,³¹³ bland annat på grund av barnets rätt till sitt familjeliv.³¹⁴ Detta innebär dock inte att syskon automatiskt ska ses som en och samma individ vid bedömningen av vad som är till barnets bästa. Det faktum att barnet har ett eller flera syskon hos den ena eller den andra förälder eller att målet i domstol gäller en grupp syskon kan vara en faktor som påverkar barnets bästa, detta betyder dock inte att man kan dra absoluta automatiska likhetstecken mellan syskon. Skulle man dra detta likhetstänkt till sin spets skulle det innebära att det i fall där tvisten i domstol gäller, säg ett av två syskon, och domstolen kom fram till att de inte bör ge barnet rätt till umgänge med den ena föräldern, att man kunde tillämpa exakt samma omständigheter och argumentation för att det andra syskonet inte heller skulle ha rätt till umgänge. Trots att målet i domstolen inte gällt det barnet.

5 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan man konstatera att faktorerna i föräldrabalkens 6 kap. 2 a § både är viktiga teoretiska, och praktiska, hållpunkter för bedömningen av barnets bästa i förhållande till umgänge. I teorin framkommer detta tydligt i förarbeten och kommentaren till lagen, i praktiken framkommer de som punkten på domstolarnas checklistor. Det är även dessa faktorer som oftast motiverar domstolens beslut vid fråga om umgänge ska dömas ut eller inte.

Domstolens bedömning av dessa faktorer är dock lite spretig. I vissa fall väger barnets rätt till nära och god kontakt med båda sina föräldrar tyngre än barnets rätt till trygghet, i vissa fall är det tvärt om. Det är dock på detta sätt en bedömning om barnets bästa ska se ut. Beroende på vilket barn det handlar om ska bedömningen skilja sig. Bedömningen ska som bekant göras i det enskilda fallet.

Det som skiljer dessa bedömningar åt är framförallt den stora skillnaden i komplexiteten i bedömningarna. Den teoretiska bedömningen innehåller oräkneliga faktorer och

³¹² Hovrätten över Övre Norrland, dom 2014-10-13 mål nr. T 267-14.

³¹³ Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr. 14, punkt 65.

³¹⁴ FN:s konvention om barnets rättigheter, art. 16.

hänsynstaganden medans den praktiska bedömningen fokuserar på ett fåtal. Då man i praktiken har andra intressen, till exempel tidsåtgång och den mänskliga faktorn, även domare kan ha dåliga dagar, som blandar sig i bedömningen kan man i teorin problematisera och argumentera en ”renare”, i brist på bättre formulering, bedömning av barnets bästa. I den teoretiska bedömningen tar man alltså hänsyn till alla faktorer och i den praktiska bedömningen tenderar domstolens fokus att ligga på föräldrabalken 6 kap. 2 a §.

Källförteckning

Litteratur

Hellbom Sjögren, Lena, *Barnets rätt till familjeliv*, 1 u., Studentlitteratur AB, Lund, 2012 [cit. Hellbom Sjögren].

Holm, Kristina (Red.), *Handbok om barnkonventionen*, 1:1 u., Printing Malmö AB, Malmö, 2008.

Kaldal, Anna, *Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads och LVU-mål*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2010 [cit. Kaldal].

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, 1:1 u., Studentlitteratur AB, Lund, 2013 [cit. Korling & Zamboni].

Singer, Anna, *Barnets bästa – om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, 6 u., Norstedts juridik, Stockholm, 2012 [cit. Singer].

Saldeen, Åke, *Barn- och föräldrarätt*, 7 u., Iustus förlag, Uppsala, 2013 [cit. Saldeen].

Schiratzki, Johanna, *Mamma och pappa inför rätta*, Isutus förlag, Uppsala, 2008 [cit. Schiratzki (2008)].

Schiratzki, Johanna, *Barnrättens grunder*, 4 u., Studentlitteratur, Lund, 2011 [cit. Schiratzki (2011)].

Walin, Gösta & Vängby, Staffan, *Föräldrabalken och internationell föräldrarätt: En kommentar. Del 1*, Norstedts Juridik AB, Göteborg, 2003 [cit. Lagkommentaren till föräldrabalken (2003)].

Walin, Gösta & Vängby, Staffan, *Föräldrabalken: En kommentar. Del 1, 1-13 kap.*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2010 [cit. Lagkommentaren till föräldrabalken (2010)].

Elektroniskt material

Barnombudsmannen, *Barnkonventionen*, barnombudsmannen.se,

”<http://www.barnombudsmannen.se/barnombudsmannen/barnkonventionen/>”, 22/6-2015.

Domstolsverket: Sveriges domstolar, *Domstolsstatistik 2014*, Domstol.se,

”<http://www.domstol.se/Ladda-ner--bestall/Statistik/>”, 19/7-2015.

FN:s kommitté för barnets rättigheter, *Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 5 (2003): Allmänna åtgärder för genomförandet av konventionen om barnets rättigheter (artikel 4, 42 och 44.6)*, CRC/GC/2003/5, barnombudsmannen.se,

”<http://www.barnombudsmannen.se/barnombudsmannen/barnkonventionen/allmanna-kommentarer/>”, 02/08-2015.

FN:s kommitté för barnets rättigheter, *Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 7 (2005): Genomförandet av barnets rättigheter under tidig barndom*, CRC/C/GC/7, barnombudsmannen.se,

”<http://www.barnombudsmannen.se/barnombudsmannen/barnkonventionen/allmanna-kommentarer/>”, 02/08-2015.

FN:s kommitté för barnets rättigheter, *Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 12 (2009): Barnets rätt att bli hörd*, CRC/C/GC/12, barnombudsmannen.se,

”<http://www.barnombudsmannen.se/barnombudsmannen/barnkonventionen/allmanna-kommentarer/>”, 02/08-2015.

FN:s kommitté för barnets rättigheter, *Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 14 (2013): Barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet*, CRC/C/GC/14,

barnombudsmannen.se,

”<http://www.barnombudsmannen.se/barnombudsmannen/barnkonventionen/allmanna-kommentarer/>”. 02/08-2015.

FN:s kommitté för barnets rättigheter, *Sammanfattande slutsatser och rekommendationer avseende Sveriges femte periodiska rapport*, CRC/C/SWE/CO/5, barnombudsmannen.se,

”<http://www.barnombudsmannen.se/barnombudsmannen/barnkonventionen/fns-barnrattskomite/barnrattskommittens-rekommendationer-till-sverige/>”, 02/08-2015.

Regeringskansliet, *Sveriges femte periodiska rapport till FN:s kommitté för barnets rättigheter om barnkonventionens genomförande under 2007-2012*, regeringen.se,

”<http://www.regeringen.se/rapporter/2012/07/s2012.007/>”, 02/08-2015.

Socialdepartementet, *SOU 1997:116 Barnets bästa i främsta rummet. FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige: Betänkande av 1996 års Barnkommitté*, regeringen.se,

”<http://www.regeringen.se/rattsdokument/statens-offentliga-utredningar/1997/08/sou-1997116/>”, 02/08-2015.

Offentligt tryck

Prop. 1980/81:112 om samtycke och tillstånd till adoption.

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

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

Prop. 2005/06:99 nya vårdnadsregler.

Dir. 2015:17 Tilläggsdirektiv till Barnrättighetsutredningen (S 2013:08).

SOU 2005:43 Vårdnad – Boende – Umgänge, Barnets bästa, föräldrars ansvar: Betänkande av 2002 års vårdnadskommitté.

Mot. 1991/92 K215 Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna.

Rättsfall

NJA 1981 s.753.

NJA 1989 s. 335.

NJA 1993 s. 666.

NJA 1995 s.727.

NJA 1999 s. 451.

NJA 2003 s. 372.

Hovrättsdomar

Göta Hovrätt, dom 2015-06-17 mål nr. T 1536-14.

Göta Hovrätt, dom 2015-06-17 mål nr. T 2944-14.

Göta Hovrätt, dom 2015-05-11 mål nr. T 2873-14.

Göta Hovrätt, dom 2015-03-03 mål nr. T 85-15.

Svea Hovrätt, dom 2015-06-26 mål nr. T 1036-15.

Svea Hovrätt, dom 2015-06-23 mål nr. T 6256-14.

Svea Hovrätt, dom 2015-04-01 mål nr. T 6359-14.

Svea Hovrätt, dom 2015-04-01 mål nr. T 7142-14.

Hovrätten över Nedre Norrland, dom 2015-05-26 mål nr. T 25-15.

Hovrätten över Nedre Norrland, dom 2015-04-27 mål nr. T 1280-14.

Hovrätten över Nedre Norrland, dom 2015-04-22 mål nr. T 1380-14.

Hovrätten över Nedre Norrland, dom 2015-04-14 mål nr. T 729-13.

Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2015-05-11 mål nr. T 2732-14.

Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2015-04-20 mål nr. T 1316-14.

Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2015-03-24 mål nr. T 2157-14.

Hovrätten över Skåne och Blekinge, dom 2015-03-17 mål nr. T 1883-14.

Hovrätten över Västra Sverige, dom 2015-06-01 mål nr. T 1865-15.

Hovrätten över Västra Sverige, dom 2015-05-28 mål nr. T 5248-14.

Hovrätten över Västra Sverige, dom 2015-03-02 mål nr. T 3413-14.

Hovrätten över Västra Sverige, dom 2015-02-23 mål nr. T 3301-14.

Hovrätten över Övre Norrland, dom 2015-03-26 mål nr. T 799-14.

Hovrätten över Övre Norrland, dom 2014-12-18 mål nr. T 33-14.

Hovrätten över Övre Norrland, dom 2014-10-13 mål nr. T 267-14.

Hovrätten över Övre Norrland, dom 2014-10-08 mål nr. T 271-14.

Författningar

Föräldrabalken (1949:381).

Lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade.

Lag (1998:319) om ändring i föräldrabalken.

Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Socialtjänstlagen (2001:453).

Konventioner

FN:s konvention om barnets rättigheter.

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.