

Barnets bästa
och
barnets processuella ställning

Olof Stillborg

Luleå tekniska universitet

D-opsats

Rättsvetenskap

Institutionen för Industriell ekonomi och samhällsvetenskap

Avdelningen för Samhällsvetenskap

Sammanfattning

Uppsatsen behandlar begreppen barnets bästa och barnets rätt samt vilken processuell ställning barnet har rätt till, enligt barnkonventionen och svensk rätt. För att kunna möjliggöra att barnets bästa efterlevs krävs det att barnet ges en framträdande roll i beslutsfattandet kring frågor rörande det. Barnkonventionen har transformerats in i svensk lagstiftning vilket innebär att lagstiftaren måste stifta de lagar som krävs för att barnkonventionen och dess intentioner skall implementeras i det svenska samhället. Enligt barnkonventionen skall barn ha talerätt för att på största möjliga sätt kunna påverka sin egen situation, enligt svensk lagstiftning tillerkänns barnet inte sådan rättighet, utan barnet har bara rätt att komma till tals. För att kunna ta beslut som är i enlighet med begreppet barnets bästa måste barnets inställning i det enskilda fallet utredas, vilken vikt som skall läggas vid det är dock beroende på vilken mognadsgrad barnet uppnått. Barnets inställning kan lämnas utan hänseende på många olika grunder, författaren försöker komma med förslag på ändringar som eventuellt skulle leda till att barnets inställning redovisas oftare, än vad som sker i dagsläget. En kortare komparativ del av de nordiska ländernas tillämpning av barnkonventionen i det hänseendet återges i uppsatsen, detta har gjorts för att få förslag på alternativa lösningar.

Förkortningar

BrB	Brottsbalken
FB	Föräldrabalken
FN	Förenta nationerna
HD	Högsta domstolen
LVU	Lag med särskilda bestämmelser om vård av unga
SOU	Statens offentliga utredningar
UtlL	Utlänningslag

1	Inledning.....	4
1.1	Syfte	4
1.2	Avgränsning	4
1.3	Metod	4
2	Barnets bästa	5
2.1	Barnkonventionen	6
2.2	Svensk rätt	7
3	Begreppet barnets bästa i praktiken	11
3.1	Barnets inställning vid vårdnad, boende och umgänge.....	11
3.2	Barnets bästa vid vårdnad, boende och umgänge	12
3.3	Barnperspektiv och barnets bästa i vårdnadsutredningen	12
3.4	Barnperspektiv och barnets bästa i tingsrättens handläggning.....	13
4	Talerätt	15
4.1	Barnkonventionen	15
4.2	Utövandekonventionen.....	15
4.3	Barnets talerätt i mål om vårdnad, boende och umgänge	16
4.3.1	Orsaker till varför barn inte ges möjligheter att komma till tals	17
4.4	Föräldrarnas talerätt i mål om vårdnad, boende och umgänge	17
4.5	Socialnämndens talerätt om umgänge.....	17
4.6	Barnets/den unges rätt att komma till tals enligt LVU.....	18
5	Barnets inställning i praxis	19
5.1	NJA 1992 s. 93	19
5.2	NJA 1992 s. 666	19
5.3	NJA 1995 s. 398	19
5.4	RH 1998:2	19
5.5	Sammanfattning	20
6	Utländska förhållanden på barnets talerätt och barnets rätt att komma till tals	21
6.1	De nordiska länderna i mål vårdnad, boende och umgänge.....	21
6.1.1	Norge	21
6.1.2	Danmark	21
6.1.3	Finland.....	22
6.1.4	Island	22
6.2	Exempel på förhållanden utanför Norden där tillämpningen skiljer sig från svenskt förhållningssätt	22
6.3	Diskussion/Slutsats.....	22
7	Diskussion	24
7.1	Subjektiv bedömning?.....	24
7.2	Barnets inställning – barnets rätt att komma till tals	24
7.3	Umgångessabotage.....	24
7.4	Art. 3 kontra art. 12, barnkonventionen	25
7.5	Införa åldersgräns?	25
7.6	Barnets rätt till information	26
7.7	Självbestämmande från viss ålder?	26
8	Källförteckning.....	27
8.1	Doktrin	27
8.2	Statens offentliga utredningar	27
8.3	Nytt juridiskt arkiv	27
8.4	Propositioner	28
8.5	Departementsserien	28

1 Inledning

Barnets bästa och barnets rätt är vedertagna begrepp som används både som rättslig och utomrättslig standard. Författaren har valt att inrikta sig på barnets talerätt och rätt att komma till tals. För att kunna tillvarata barnets bästa enligt barnkonventionen måste barnets åsikt tillmätas betydelse, utom vissa specifika undantagsfall. Konventionen är tämligen vagt utformad eftersom den skall passa in i olika kulturer och lokala sedvänjor. Tillämpningen av konventionen kan således skilja ifrån land till land. Författaren har därför ansett att det finns intresse att göra en komparativrättslig undersökning av de nordiska länderna i denna sakfråga. Det kan eventuellt förekomma alternativa lösningar till den svenska modellen.

1.1 Syfte

Avsikten med denna uppsats är att klargöra vad begreppen barnets bästa och barnets rätt innefattar enligt barnkonventionen och svensk rätt. Vilken processuell ställning barn skall tillerkännas är ett omdiskuterat ämne. Författaren har således valt att undersöka vilka för och nackdelar det finns med att införa talerätt och initiativrätt för barn samt se vilken betydelse barnets inställning ges vid domstolsförfarande. Vidare sker en mindre komparativrättslig undersökning av de nordiska ländernas tillämpning av barnkonventionen i det avseendet.

1.2 Avgränsning

Begreppet barnets bästa och barns processuella ställning kommer att redogöras i det avseende begreppet har direkt anknytning till frågor som behandlar vårdnad, boende och umgänge samt kort om socialnämndens ansvar och tillämpningen av LVU¹ i samband med dessa frågor. Barnets bästa vid fastställande av föräldraskap, assisterad befruktning och det rättsliga skyddet för ofödda har lämnats utan avseende.

1.3 Metod

Uppsatsen har främst skrivits utifrån den traditionella juridiska metoden med inslag av det rättssociologiska synsättet, anledningen till detta inslag är att det finns ett uppenbart samband mellan rättsregel och norm. Därmed anser författaren att uppsatsen får en mer djupgående analys av varför begreppen tillämpas som de gör. Vidare bygger de skyddande reglerna i lagstiftningen och tillämpningen av den för barn, på rent sociologiska undersökningar och antaganden från Förenta nationerna, lagstiftaren och myndigheternas sida.

¹ Se kap. 4.6

2 Barnets bästa

För att visa hur synen på barn och deras behov inte är en statisk företeelse, utan är en uppfattning som ständigt förändras såväl ideologiskt som rättsligt, anføres följande:

Under 1500-talet hade följande föreställningar om barns behov vuxit sig starka, då ansågs det att:

- Barn skall uppfostras i en familj
- Barndomen är avgörande för barnets utveckling
- Barn har rättigheter och egna privilegier
- Barn bör få tidig utbildning
- Barnets frälsning är viktig
- Barn är guds budbärare
- Barndomen är livets bästa period eftersom barn stod gud nära.²

Barnets grundläggande rättigheter i slutet av 1900-talet

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

Detta visar väl att synen på barn ändras beroende på en rad olika faktorer som exempelvis kultur och lokala sedvänjor.

Begreppet barnets bästa myntades så tidigt som i mitten av 1800-talet men fick inte erkännande förrän år 1989 genom Förenta Nationernas konvention om barnets rättigheter, nedan kallad Barnkonventionen.³ I Sverige upprättades barnavårdslagen år 1924. I och med den möjliggjordes det för myndigheter att ingripa när barn for illa. Det inrättades speciella barnavårdsnämnder för detta syfte. Deras primära uppgift var att ingripa när barn for illa i föräldrahemmet och när barnet var så vanartat, att särskilda uppfostringsåtgärder krävdes för barnets tillrättavisande.⁴ Det finns stor osäkerhet vad principen barnets bästa är och hur den skall tolkas. Ett av skälen till att rättsläget är oklart är att om en konkretisering skulle göras av begreppet barnets bästa så skulle det leda till att rätten förlorar möjligheten att göra en helhetsbedömning av det enskilda barnets förhållande. Såsom det är utformat idag finns det utrymme för skönsmissiga bedömningar. Barn enligt svensk lagstiftning och barnkonventionen är en person som är under 18 år. 18 år gränsen är en övre gräns som är bestämt genom barnkonventionen, det finns dock inget som hindrar konventionsstaterna att ha en högre ålder än så.

² Annika Rejmer, Vårdnadstvister, s. 116

³ Johanna Schiratzki, Barnrättens grunder, s. 13

⁴ Göran Ewerlöf, Tor Sverne, Anna Singer, Barnets bästa, s. 19

2.1 Barnkonventionen

Barnkonventionen är en folkrättslig traktat som i första hand tar sikte på det offentliga inom den rättsliga sfären. Det ter sig på detta vis eftersom konventionen bara binder stater, inte enskilda. Det finns dock artiklar i barnkonventionen som beskriver hur konventionsstaterna skall respektera de rättigheter och skyldigheter som tillkommer föräldrar, vårdnadshavare eller andra personer som har ett lagligt ansvar för barnet. Ansvaret ändras fortlöpande allteftersom barnets förmåga utvecklas och utövar de rättigheter det fått genom konventionen. Således minskar föräldrarnas rättigheter när barnets ökar. Barnkonventionen har inte framarbetat någon beskrivning hur begreppen barnets bästa och barnets rätt skall tolkas. Detta motiveras tamligen vagt med att säga att man har tagit för givet vad barnets bästa innebär samt att det inte skulle finnas ett egenvärde i att definiera det närmare. Det är sålunda upp till konventionsstaterna att utifrån sin kultur och lokala sedvänjor bedöma vad innebörden med barnets bästa är.⁵ Att begreppet barnets bästa inte givits närmare definition medför att barnets bästa i en viss kultur tillämpas på ett sätt som anses väl förenligt med barnkonventionens anda medan i en annan kultur uppfattas tillämpningen som klandervärd. Detta kan sammanfattas som att barnkonventionens regelverk utgör de yttre ramarna för konventionsstaternas tillämpning av begreppet barnets bästa, ett slags minimumkrav. Begreppet skall som sagt tolkas och tillämpas av ett stort antal stater som har skilda sociala, kulturella och religiösa traditioner samt olikheter i den ekonomiska kraften de har att tillgå. Det ekonomiska har en stor betydelse för hur en stat väljer att bemöta barnkonventionens krav på att barnets bästa skall finnas i det ”främsta rummet” vid frågor rörande barn. Exempel på detta kan vara att det finns fler alternativ i vissa länder för barn att verkligen eftersträva vad som anses bäst för barnet.⁶ FN:s kommitté har efter barnkonventionens tillkomst försökt att begränsa konventionsstaternas fria tolkningsrätt av barnets bästa.

Kommittén kom fram till att tolkningen av barnets bästa måste särskilt beakta att barnet är en individ med egna känslor och åsikter. Således förordnas ett barnperspektiv enligt kommitténs utlåtande.⁷

Det finns fyra grundläggande principer som fastslagits genom konventionen:

- Artikel 2 slår fast att alla barn har samma rättigheter och lika värde. Ingen får diskrimineras. Barnkonventionen gäller för alla barn som befinner sig i ett land som har ratificerat den.
- Artikel 3 anger att det är barnets bästa som ska komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barnet. Begreppet ”barnets bästa” är konventionens grundpelare och har analyserats mer än något annat begrepp i barnkonventionen. Vad som är barnets bästa måste avgöras i varje enskilt fall.
- Artikel 6 säger att varje barn har rätt att överleva, leva och utvecklas. Artikeln handlar inte bara om barnets fysiska hälsa utan också om den andliga, moraliska, psykiska och sociala utvecklingen.
- Artikel 12 handlar om barnets rätt att uttrycka sina åsikter och få dem beaktade i alla frågor som berör honom eller henne. När åsikterna beaktas ska hänsyn tas till barnets ålder och mognad.

⁵ Schiratzki, Barnrättens grunder, s. 27 ff

⁶ Schiratzki (red.), Barnets bästa i Norden – rättsfilosofi och rättslig begreppsutbildning, s. 5 ff

⁷ SOU 1997:116 s. 130.

2.2 Svensk rätt

När bedömning skall göras av vad som anses bäst för barnet så skall risken för att barnet utsätts för övergrep, olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa påverka bedömningen.⁸ I de fall föräldrarna är oense om hos vilken förälder barnet skall bo så skall det erbjudas ett samarbetsamtal vilket inte är obligatoriskt, som ett försök att lösa oenigheterna.⁹ Det är den första åtgärden som vidtas.¹⁰ Det finns således inte någon skyldighet för föräldrarna att medverka i en sådan lösning. Anledningen till detta är att den nuvarande ordningen anses fungera väl och att göra det till ett obligatorium skulle inte betyda fler överenskommelser.¹¹

Ett omdiskuterat ämne är huruvida barnets bästa skall bedömas genom en subjektiv eller objektiv bedömning. Den subjektiva bedömningen betyder att den största tyngden skall läggas vid barnets inställning, såsom en fristående omständighet. Detta skall således bli avgörande för domstolens beslut. Den svenska barnkommittén anser att den subjektiva bedömningen inte är ett önskvärt sätt att grunda sitt beslut på. Det är bättre att en vuxen objektivt försöker se med barnets ögon hur olika beslut uppfattas av barnet självt, ett s.k. barnperspektiv.¹² Lagen förutsätts dock vara förenlig med barnets bästa. Barnpsykiatrikern Magnus Kihlbom menar att det inte är möjligt att se till barnets bästa om det inte uppmärksammas att barn sinsemellan är väldigt olika.¹³ Vid intressekonflikt mellan barn och vuxna skall barnets intresse ha företräde.¹⁴ Det finns även lagstadgat att i takt med barnets stigande ålder och utveckling skall allt större hänsyn tas till barnets synpunkter och önskemål.¹⁵ Bestämmanderätten tillfaller dock alltid föräldern även i de fall hänsyn skall tas till barnets synpunkter, däremot har barnet större inflytande när det handlar om vårdnadsansvaret. Om barnet är över tolv år krävs det som huvudregel att barnet samtycker till verkställighet av beslut rörande vårdnad, boende och umgänge för att sådan skall få ske.¹⁶ Europadomstolen har däremot fastslagit att både det objektiva och det subjektiva barnets bästa måste beaktas för att föräldrarnas rättigheter enligt artikel 8 i barnkonventionen, om rätt till respekt för familje- och privatliv inte ska kränkas.¹⁷ En följdfråga härav blir således vem som är bäst ägnad att föra talan för ett barn som är för litet att göra det själv. Barnet kan vara så litet, eller så illa behandlat, att det inte har lärt sig tala. Domstolar och andra myndigheter använder ett språk som är främmande för barnet. Som jag har varit inne på tidigare så kan ett barn ha svårigheter att se överblickande över sin livssituation och sina valmöjligheter. Det kan finnas anledning att skydda barnet från konsekvenserna av sitt val. För att råda bot på dessa problem utses det oftast en ställföreträdare utom i vissa specifika undantagsfall där barnet har rätt att föra sin talan själv. Typiskt sett står valet mellan en förälder eller en samhällsrepresentant. Barnet företräds av sina föräldrar om barnet anses leva i en fungerande familj. Kravet på att en familj skall anses fungerande är att det inte förekommer kraftiga konflikter mellan dess medlemmar. En annan förutsättning är att barnet måste leva tillsammans med åtminstone en av föräldrarna. Det skall

⁸ NJA 2003 s. 372, Föräldrabalken, 6 kap 2 a § andra stycket

⁹ Socialtjänstlagen, 5 kap 3 §

¹⁰ Föräldrabalken, 6 kap 18 § första stycket

¹¹ Anita Wickström och Unto Komujärvi, Familjerätten – en introduktion, s. 97

¹² SOU 2005:43, s. 103 f, Barnperspektiv: ”vuxna ser barnet, strävar efter att förstå det och vidtar åtgärder som de bedömer vara till barnets bästa. I detta ingår lyssna till barnet och respektera det som individ med egna rättigheter och uppfattningar”

¹³ SOU 1997:116, s. 78

¹⁴ Prop. 1996/97:124 s. 99 f

¹⁵ Föräldrabalken, 6 kap 11 §

¹⁶ Ewerlöf, Sverne, Singer, Barnets bästa, s. 32 f.

¹⁷ Schiratzki, Barnrättens grunder, s. 31, se även Sommerfeldt v Germany, appl 31871/96, 7 July 2003, § 64.

inte finnas misstankar om allvarliga övergrepp mot barnet eller av barnet. Är dessa förutsättningar inte uppfyllda skall en ställföreträdare utses.¹⁸

Vid tillämpningen av UtL om begreppet barnets bästa så beaktas de grundläggande behov som ett barn anses ha, dessa är:

- Omvårdnad och skydd för att kunna överleva och utvecklas
- Respekt för sin integritet
- Ett stabilt och varaktigt förhållande till bägge föräldrarna.¹⁹

Begreppet barnets bästa när det tillämpas enligt LVU innefattar även yngre vuxna. Även om personer som är äldre än 18 år inte längre per definition är barn omfattas de av principen om barnets bästa eftersom även de kan bli föremål för insatser enligt LVU.²⁰ När vård enligt nämnd lag tillämpas så skall barnet anses som en självständig individ från övriga familjemedlemmar.²¹ Varje beslut som rör ett barn måste grunda sig på en bedömning av vad som är bäst just för det barnet. Det ansågs nödvändigt att införa en föreskrift om barnets bästa i LVU för att betona att även när barnet är omhändertaget för vård, har det rätt att få sina grundläggande rättigheter och behov tillgodosedda. En annan anledning till att det ansågs viktigt att införa föreskriften var att det fanns en tendens att föräldrarätten fick allt för stor fokus i LVU-mål. Vid konflikt mellan barnets behov och andra intressen skall hänsynen till barnets bästa alltid ges företräde. Som anförts tidigare anges ingen närmare innebörd av barnets bästa. Det motiveras av att det är i princip en omöjlighet att objektivt fastslå barnets bästa.²² Vidare kan ett barn vara tvunget att skiljas från sina föräldrar mot deras vilja enligt LVU, detta är ett undantag från huvudregeln.

Det kan finnas anledning att väga in andra intressen än barnets bästa, exempel på detta hittas i förarbeten till UtL, där det framgår att barnets bästa inte kan ta över samhällsintresset att reglera invandringen.²³

I Sverige finns en Barnombudsman som har till uppgift att bevaka frågor som rör barns och ungdomars rättigheter. Denne skall även se till att Sveriges åtaganden genom ratifikationen av barnkonventionen efterlevs.²⁴ Barnombudsmannen har gett sin syn på hur beslutsfattare skall gå tillväga för att avgöra barnets bästa i det enskilda fallet. Detta skall göras genom tolkning av:

- ”Barnkonventionens definition genom preambeln, grundprinciperna och sakartiklarna.
- Samhällets definition genom lagar, mål, policydokument och riktlinjer.
- Forskningens definition genom experter, studier och kartläggningar.
- Barnets egen definition genom barnets åsikter och synpunkter.
- Nätverkets definition genom t.ex. familj, pedagoger och vänner.

¹⁸ T.ex. 11:1-3a FB, 10:3 FB, 10:5 FB, lag om särskild företrädare för barn, Schiratzki, Barnrättens grunder, s. 40.

¹⁹ Prop. 1996/97:25 s. 246

²⁰ Prop. 2002/03:53 s. 78

²¹ SOU 2000:77 s. 65

²² Prop. 2002/3:53 s. 76 ff

²³ Prop. 1996/97:25 s. 248

²⁴ Lag (1993:335) om Barnombudsman

- Beslutsfattarens definition genom egna kunskaper och erfarenheter²⁵

Tolkningsprincipen som skall tillämpas då försök görs för att utröna barnets bästa är uppenbart invecklad. Att begreppet är så vagt utformat torde medföra att beslutsfattaren kan vrida och vända argumenten så utgången passar dennes åsikt. Det som visar mycket väl denna omständighet är ett rättsfall där parterna yrkar bifall på samma grund²⁶, den självklara följdfrågan blir: Finns det en bättre lösning? Vidare är det anmärkningsvärt hur liten del barnets åsikt förespråkas i barnombudsmannens tolkningsförslag.

Barnkonventionen har transformerats in i svensk lagstiftning vilket innebär att riksdagen stiftar de lagar som behövs för att barnkonventionen och dess intentioner skall implementeras i det svenska samhället.

Följande ändringar ansågs nödvändiga för att förverkliga konventionens målsättning:

- ”Barnkonventionen skall vara ett aktivt instrument och genomsyra allt beslutsfattande inom Regeringskansliet som berör barn.
- Statligt anställda vars arbete har konsekvenser för barn och ungdom skall erbjudas fortbildning för att kunna stärka sin barnkompetens och sina kunskaper om barnkonventionen.
- Barnkonsekvensanalyser skall göras vid statliga beslut som berör barn.
- Barnombudsmannens verksamhet och organisation skall ses över i syfte att stärka dess roll vid genomförandet av barnkonventionen i Sverige.
- Barnperspektivet skall i lämplig omfattning finnas med i utredningsdirektiv.
- Barnstatistik skall utvecklas.
- Barns och ungdomars inflytande och delaktighet i samhälls- och trafikplanering skall utvecklas.”

Det är regeringens ansvar att se till att dessa mål förverkligas, flera av målen är redan uppfyllda. Det återstår däremot mycket arbete för att uppnå önskad tillgodogörelse för att barns och ungdomars rättigheter och intressen skall beaktas och respekteras.²⁷ Det som bör påpekas i sammanhanget är att svensk samt med vissa variationer nordiska länders lagstiftning syftar att påverka det utomrättsliga förhållandet. När barnets bästa används som en rättslig standard är begreppet begränsat till vad rätten kan göra. När barnets bästa däremot används som en utomrättslig standard åsyftar lagstiftaren att höja barnets livskvalitet, detta innefattar att barn skall ha all den kärlek,²⁸ omsorg och omtanke ett barn behöver. Den utomrättsliga standarden sträcker sig således längre än den rättsliga. Den rättsliga standarden är ett minikrav av barnets bästa. Det går inte på rättslig väg att framtvunga det utomrättsliga barnets bästa. Reglerna som behandlar de utomrättsliga förhållandena är så kallad normerad lagstiftning som syftar till att påverka människors handlande utan att sanktioner utgår om de

²⁵ Lotta Dahlstrand, Barns deltagande i familjerättsliga processer, s. 38 f

²⁶ NJA 2006 s. 26

²⁷ Ewerlöf, Sverne, Singer, Barnets bästa, s. 192

²⁸ Mia Kellmer Pringles definition av föräldrakärlek utdrag från hennes bok Barns behov:

att barnet skattas högt utan några betingelser och för sin egen skull, oberoende av kön, utseende, begåvning eller personlighet: att denna kärlek skänks utan att man förväntar sig eller kräver tacksamhet och att de fordringar som ställs på föräldrarnas rörelsefrihet, tid och ekonomi accepteras utan förtrytelse eller förebråelser. (Att man då och då är missnöjd över att vara tvungen att underkasta sig detta tvång är givetvis något annat än en permanent känsla av agg)

ej efterföljs, till exempel regeln om god fostran.²⁹ Även om de flesta människor är ovetande om att sådana typer av regler existerar i lagstiftningen så handlar de efter dem just för att det var en norm i samhället innan det blev upphöjt till lag. Däremot har säkerligen lagstiftningen i viss mån lett till att normen vuxit fram. Det första som jag kommer att tänka på är införandet av förbudet mot aga i skolan. Aga förbjöds år 1979, samband med detta införande vände sig några föräldrar till Europarådet med invändelsen att förbudet skulle utgöra ett inte godtagbart ingrepp i föräldrarätten. Europakommissionen i sin tur avslog inte bara begäran utan tog tillfället i akt att klandra andra länder som än inte infört förbud mot aga i skolan. Smärta som inte hastigt går över var däremot straffbar enligt BrB innan införandet av förbudet mot aga i FB.³⁰

²⁹ Schiratzki (red.), Barnets bästa i Norden – rättsfilosofi och rättslig begreppsbyggnad, s. 8 f, Föräldrabalken, 6 kap 1 §

³⁰ Ewerlöf, Sverne, Singer, Barnets bästa, s. 28

3 Begreppet barnets bästa i praktiken

Begreppet barnets bästa är konstruerat som en allmän och övergripande princip. Som jag har varit inne på tidigare så finns det ingen specifik innebörd av begreppet i lagstiftningen eller någon annanstans. Det som däremot finns i lagstiftningen är vissa grundläggande omständigheter som inte får förbises. Innebörden av begreppet skall fastställas i varje enskilt fall av aktörer med beslutanderätt på området. De olika uppfattningarna om vilken innebörd begreppet skall tilldelas är beroende av en rad olika faktorer. När en förälder skall definiera innebörden utgår den från det enskilda barnet, således gör denne en subjektiv bedömning på barnets bästa medan de professionella gör en objektiv bedömning. Exempelvis vilar socialsekreterarnas definition på en socialvetenskaplig kunskapsbas. Den socialvetenskapliga kunskapsbasen anses ha en vidare och djupare definition av barnets bästa än de juridiskt skolade advokaterna och domarna. De senare använder sig begripligt av de rättigheter som tillskrivits barn och de omständigheter som anges i föräldrabalken.³¹

Det är förståeligt att socialsekreterarna i den praktiska handläggningen använt sig av den definition som anges i FB och praxis. Detta leder således till att barnets bästa får en mer begränsad innebörd. Vårdnadsutredningen som domstolssystemets definition bygger på var bara ämnad att tillhandahålla särskild sakkunskap. Detta betyder att aktörerna på området har begränsats till det juridiska systemets definition och inte personliga och socialvetenskapliga definitioner som skall göras av föräldrar och socialsekreterarna. Således definieras begreppet barnets bästa av domstolen.³² Vidare har HD tydligt övergett principen som lagstiftaren uttalat, att det är det enskilda barnets intresse som skall vara det primära. Ett exempel på detta är HD:s presumtion att det skulle vara barnets bästa att ha en nära kontakt med båda föräldrarna, presumtionen leder till att det beslutas i de flesta fall för gemensam vårdnad. Det finns visserligen uttryckt i lagtext att domstolen skall fästa särskilt avseende vid barnets behov av en god och nära kontakt med båda föräldrarna³³, dock inte alls så långtgående som presumtionen utgör.³⁴ I förarbetena framgår det att gemensam vårdnad är att föredra framför ensam vårdnad men att dra det så långt att en presumtion införs torde inte få den effekt som lagstiftaren ämnat. Vidare är det nu möjligt att besluta om gemensam vårdnad även om en förälder motsätter sig detta, tidigare ansågs det ej förenligt med barnets bästa.³⁵ Däremot kan det inte beslutas om gemensam vårdnad om båda föräldrarna motsätter sig detta.³⁶

3.1 Barnets inställning vid vårdnad, boende och umgänge

Det framgår av lagen att hänsyn skall tas till barnets inställning, vilket är avsett att markera att det är en särskilt betydelsefull omständighet vid den prövning som skall göras i målet. Om barnet har en bestämd önskan och barnet nått den mognad som krävs, bör viljeyttringen respekteras och följas av domstolen. Domstolen bör även ge andra mer allmänt hållna synpunkter från barnet betydelse, exempelvis att mamma inte har samma tid att umgås med barnet som pappa har. Att fastslå en specifik ålder när barn anses nått den mognad som krävs är inte lämpligt enligt förarbetena. Istället skall bedömning göras i varje enskilt fall om det är

³¹ Föräldrabalken, 6 kap 1 §, 6 kap 2 a §

³² Annika Rejmer, Vårdnadstvister, s. 133 ff

³³ Föräldrabalken, 6 kap 1 §, 6 kap 2 a §

³⁴ Schiratzki (red.), Barnets bästa i Norden – rättsfilosofi och rättslig begreppsbyggnad, s. 33

³⁵ Prop. 1997/98:7 s. 50 f

³⁶ Föräldrabalken, 6 kap 5 §

lämpligt eller ej att tala med barnet och vilken betydelse hans eller hennes inställning skall tillmätas.

Om det anses olämpligt att tala direkt med barnet kan utredaren istället vända sig till barnets omgivning för vägledning exempelvis dagisfröken, en förutsättning är dock att personen som tillfrågas känner barnet väl.

Barnets vilja skall ske med samma bedömningsregler när domstolen fattar interimistiska beslut, i regel tillfrågas bara barnet då domstolen särskilt begär det. Däremot av praktiska skäl kan inte det utredas och redovisas lika utförligt som i en fullständig vårdnadsutredning. Det kan sammanfattas att barnets inställning skall ha betydelse i varje fall som socialnämnden hanterar ett ärende som rör vårdnad, boende och umgänge.

En undersökning visar att barn kommer till tals i större utsträckning nu än innan reformerna infördes på 1990-talet. Det som däremot förekommer än idag är bristande kompetens hos utredaren. Detta problem är dock inte något som kan åtgärdas genom lagstiftning utan det krävs utbildning och annat stöd till dem som utreder vårdnadsärenden.³⁷

3.2 Barnets bästa vid vårdnad, boende och umgänge

Skillnaden när beslut skall fattas rörande barn mot andra civilrättsliga processer är att beslutsfattaren försöker göra en prognos över framtiden. Normalt sett så koncentreras beslutsunderlaget på det som redan inträffat. Det beslutsfattaren försöker göra är att bedöma hur förhållandena kommer att se ut inom en överskådlig framtid. Prövningen av barnets bästa skall ses utifrån omständigheterna i det enskilda fallet och utifrån just det barn som processen berör. Författaren har behandlat detta kort tidigare i uppsatsen men vill ytterligare understryka att utgången i processen är i högsta grad beroende på hur den enskilde beslutsfattaren uppfattar situationen då begreppet barnets bästa är föremål för omfattad tolkningsprocess.³⁸

3.3 Barnperspektiv och barnets bästa i vårdnadsutredningen

Socialförvaltningen har på uppdrag av tingsrätten att utföra vårdnadsutredningen som skall användas som beslutsunderlag under processen. Vårdnadsutredningen sker genom ett personligt möte mellan utredare, utsedd av socialförvaltningen, och barn. Utredaren skall på ett varsamt och respektfullt sätt ställa frågor som kan ge kunskap om barnets inställning. Detta görs inte om det kan anses olämpligt ex. om barnet inte har nått den mognad som krävs för att kunna ta ställning om vad som är bäst för det. I praktiken sker vårdnadsutredningen genom att föräldrarna har gemensamma samtal med socialförvaltningen, sedan sker i regel två eller fler hembesök där de äldre barnen tillfrågas om var de önskar bo. Hembesöken varar i cirka en timme åt gången. Kommuner har normalt tillfrågat barn som är äldre än sex år, medan de yngre barnen endast iakttagits.³⁹ Av en undersökning framgår det att de uppgifter som vanligtvis uppges i vårdnadsutredningarna om ett barn är att barnet är välskött, alert, livligt, distanserat eller blygt, generella begrepp som kan passa in på vilket barn som helst. Således ses barnen som en homogen grupp med vissa fastställda behov med enda skillnaderna, ålder och kön. Detta tyder på att barnets bästa inte ses från det enskilda barnets behov utan utifrån schablonmässig synsätt. I förarbetena till lagen står det uttryckligen att detta synsätt inte är i enlighet med barnets bästa, utan när bedömning sker skall det ses utifrån vad som är bäst för

³⁷ Prop. 2005/06:99 s. 44 ff

³⁸ Dahlstrand, Barns deltagande i familjerättsliga processer, s. 38

³⁹ Prop. 2005/06:99 s. 46

det enskilda barnet. Därmed blir barnets bästa i dessa fall väldigt beroende på omständigheter.⁴⁰

Vidare innehåller utredningen en rekommendation om vilken av föräldrarna som anses lämpligast att ha vårdnadsansvaret. Om båda anses lämpliga blir utgången oftast att föräldern där barnet bor hos för tillfället, blir vårdnadshavare enligt status quo principen.⁴¹

3.4 Barnperspektiv och barnets bästa i tingsrättens handläggning

Som tidigare nämnts så används vårdnadsutredningen som del av beslutsunderlaget för domstolen. Domstolen har möjlighet att höra barnet på nytt om den anser det nödvändigt. Domstolen utnyttjar sällan denna möjlighet då det finns anledning att ifrågasätta lämpligheten med detta förfarande. När tingsrätten således handlägger vårdnadstvister fastställs barnets bästa utifrån ett objektiva perspektiv eftersom det inte är möjligt att tillämpa ett barnperspektiv utifrån den knapphändiga informationen som finns om barnet. Detta görs även fast det finns en skyldighet för domstolen att se till att frågor om vårdnad, boende och umgänge blir tillbörligt utredda.⁴² I en utredning framgår det att domstolar och socialnämnden måste bli bättre på att redovisa och beakta barnets inställning.⁴³ Det är barnet som är huvudperson vid mål om vårdnad, boende och umgänge, därför skall stor vikt läggas vid barnets åsikt.

Det finns två sätt att lösa vårdnadsfrågan vid tingsrätten, det ena är att föräldrarna når en överenskommelse under handläggningen, det andra är att tingsrätten avgör frågan genom en regelrätt huvudförhandling. I de fall föräldrarna når en överenskommelse innan huvudförhandlingen så avgör tingsrätten i enlighet med föräldrarnas beslut. Avtalet skall dock godkännas av socialnämnden. Avtalet skall godkännas om det står i överensstämmelse med barnets bästa. Om avtalet går ut på gemensam vårdnad skall det enbart klandras av socialnämnden i de fall det är uppenbart oförenligt med barnets bästa.⁴⁴ Det är dock tveksamt att denna lösning alla gånger är den bästa för barnet. I de fall föräldrarna glidit ifrån varandra att de inte förmår prata med varandra utan myndigheters hjälp torde inte den bästa lösningen vara att besluta om gemensam vårdnad. Det borde således inte vara förenligt med barnets bästa att besluta om gemensam vårdnad när föräldrarna inte kan samråda direkt med varandra rörande barnets angelägenheter.⁴⁵ Det finns intresse att påpeka att tingsrätterna saknar konsekvens i sin bedömning av barnets bästa. Det finns tingsrätter som helt saknar barnperspektiv i sin bedömning, dessa försöker istället skippa rättvisa mellan föräldrarna.

Vidare skall tingsrätten inte tillmäta någon betydelse att det skett verbala påhopp föräldrarna emellan vid mål angående vårdnad och umgänge, så länge det inte har den inverkan att det är en omöjlighet för föräldrarna att samarbeta i frågor rörande barnet.⁴⁶ Anmärkningsvärt är att misshandel inte heller tillmäts någon större betydelse i dessa typer av mål, om den inte har fastställts i en dom och initieras innan själva separationen påbörjats. Inte heller beaktas om barnet bevittnat eller hört misshandeln. Detta kan jämföras med den barnpsykologiska utgångspunkten, att varje form av våld inom familjen rubbar den känsla av tillit och trygghet som är viktig förutsättning för ett barns utveckling.⁴⁷ Samtidigt något motsägelsefullt, enligt

⁴⁰ Prop. 1997/98:7 s. 35

⁴¹ Schiratzki (red.), Barnets bästa i Norden – rättsfilosofi och rättslig begreppsbyggnad, s 27 f

⁴² Föräldrabalken 6 kap 19 § första stycket.

⁴³ 2005:43, s. 212

⁴⁴ Prop. 1997/98:7 s. 81

⁴⁵ NJA 2006 s. 26

⁴⁶ Se om det sagda, SOU 2005:43 s. 166f

⁴⁷ Schiratzki (red.), Barnets bästa i Norden – rättsfilosofi och rättslig begreppsbyggnad, s 28 ff

min mening, så skall barnets bästa enligt FB⁴⁸ vara avgörande vid vårdnad, boende och umgänge. Barnperspektivet skall tillämpas av domstolen, så långt det är möjligt, så att hänsyn tas till allt som rör barnets välbefinnande och utveckling, såväl kortsiktigt som långsiktigt. Det förekommer även att tingsrätten tar interimistiska beslut i dessa typer av mål, det sker då oftast under den muntliga förberedelsen. Beslutsunderlaget är huvudsakligen vad parterna anför. Domstolen kan välja att begära upplysningar av socialnämnden innan ett beslut fattas. Socialnämnden skall då om det är lämpligt höra föräldrarna och barnet. Ett interimistiskt beslut får verkställas på samma sätt som en dom som har vunnit laga kraft. Beslutet får dock när som helst ändras av rätten.⁴⁹

⁴⁸ Föräldrabalken, 6 kap 2 §

⁴⁹ Föräldrabalken, 6 kap 20 §

4 Talerätt

Det kan finnas anledning att förklara vissa grundläggande begrepp innan fördjupning sker angående barns talerätt. Med partsbehörighet avses egenskapen att överhuvudtaget kunna vara part i en rättegång. Alla fysiska personer, även barn, är partsbehöriga. Talerätt är däremot ett snävare begrepp, det innebär att personen måste ha anknytning till det som rättegången handlar om. Vanligtvis kan den som har talerätt starta en process (initiativrätt), med rätten att framföra synpunkter (argumentationsrätt). Dessutom har denne rätt att överklaga ett avgörande (klagorätt). Processbehörig är den som för egen räkning kan väcka talan och vidta andra processhandlingar. Den som har talerätt kan ibland sakna processbehörighet, t.ex. på grund av att han eller hon är underårig. I sådana fall förs partens talan av en ställföreträdare. Det finns åtminstone fyra synsätt varför barn skall delta i rättsliga beslut, dessa är: vuxnas behov av information från barnet, utifrån barnets egna behov, av pedagogiska skäl samt ett rättighetstänkande.

4.1 Barnkonventionen

Barnkonventionen innehåller inga bestämmelser om hur rättigheterna som stadgas i konventionen skall efterlevas. Det är således upp till varje stat att se till att konventionen efterföljs genom inhemsk lagstiftning.⁵⁰ Konventionsstaterna skall vidare tillförsäkra att ett barn får möjligheten att fritt uttrycka sig, varvid barnets åsikter skall tillmätas betydelse. Detta skall ske antingen direkt eller genom företrädare eller ett lämpligt organ.⁵¹ FN:s barnkommitté har uttalat sig hur de anser att detta ska genomföras. Att barnets rättigheter är beroende på en vuxens hjälp är ett allvarligt problem. Barnet skall kunna få till stånd en ändring av ett förhållande utan att en vuxens hjälp skall behövas, som det i dagsläget krävs i Sverige. En tolkning av detta uttalande torde leda till att de anser att barn bör ha initiativrätt och överklaganderätt.⁵²

4.2 Utövandekonventionen

Syftet med utövandekonventionen är att vara ett komplement till barnkonventionen för att hjälpa till med att säkerställa rättigheterna för barn i familjerättsliga processer. Staterna uppmanas att överväga att ge barn processuella rättigheter i form av vissa eller samtliga partsrättigheter.⁵³ Innebörden av detta betyder för svensk del att barnet får talerätt och processbehörighet i familjerättsliga processer. Som tidigare anförts så finns det ingen skyldighet för konventionsstaterna att införa sådana rättigheter. Utövandekonventionen har däremot som ett minimum krav ålagt nationerna tillförsäkra barn att de:

- Får relevant information
- Informeras om följderna av ett tillmötesgående av dess inställning och
- Får de möjliga följderna av varje avgörande förklarad för sig.

⁵⁰ Barnkonventionen, artikel 4

⁵¹ Barnkonventionen, artikel 12

⁵² Dahlstrand, Barns deltagande i familjerättsliga processer, s. 116

⁵³ Utövandekonventionen, 5 d.

Vad som gäller angående särskild företrädare för barn är att sådan skall utses om det finns en intressekonflikt mellan barnet och föräldrarna.⁵⁴ Intressekonflikter av denna typ medför dock inga juridiska problem i Sverige eftersom det bara är föräldrarna som har talerätt i mål om vårdnad, boende och umgänge.⁵⁵ En viktig del av talerätten är att barnet skall ges möjlighet att ta del av all relevant information samt rätten att bli informerad om de möjliga följderna av ett tillmötesgående av barnets inställning och de möjliga följderna av varje avgörande.⁵⁶ Sverige har dock inte ratificerat konventionen. Enligt Europarådskonventionen skall domstolen se till att barnet får ta del av viss information men inte samma utsträckning som en ratifikation av utövandekonventionen skulle innebära.⁵⁷

4.3 Barnets talerätt i mål om vårdnad, boende och umgänge

I dagsläget finns det ingen talerätt för barn i mål om vårdnad, boende och umgänge, men det har rätt att komma till tals. Det ser delvis ut på detta vis eftersom vårdnaden är en rättighet och en skyldighet för föräldrarna. Således är det ansett att bara föräldrarna är parter och har talerätt i dessa typer av mål. Vårdnadshavaren skall emellertid i takt med barnets stigande ålder och utveckling ta allt större hänsyn till barnets synpunkter och önskemål.⁵⁸ Det har däremot utretts⁵⁹ huruvida talerätt skall införas för barn i lagstiftningen eller ej. Anledningarna till att det ansågs nödvändigt att införa talerätt för barn var det att det är svårt att principiellt motivera varför barn inte skall ha talerätt då föräldrarna har det. Processen rör trots allt både föräldrarnas och barnets intresse. Den andra anledningen var att om barnet hade en sådan rättighet skulle föräldrarna dra sig för att starta en process. Föräldrarna skulle hellre själva försöka komma överens än att lösa vårdnadstvisten i domstol. En fördel med att barn bör komma till tals är en pedagogisk idé som grundar sig på att barnet lär sig lyssna till andra, att själva uttrycka sig samt att lära sig respektera andra personers åsikter även om dessa går barnet självt emot.⁶⁰

Ett problem med talerätten är att risken finns för att det sker en ökning av motsättningar i processen. Det som följer med talerätten är att barnet skall komma till tals och ta ställning i processen. Detta leder således till att barnet tvingas att välja sida och ta ställning för den ene och mot den andre föräldern. Det kan sedermera uppstå en risk att föräldrar med starka inbördes motsättningar försöker övertala barnet att ta en ställning som är till fördel för den ena föräldern. Barnet kan därmed på ett mer utpräglat sätt bli en bricka i spelet mellan föräldrarna.⁶¹ Vidare kan barnet känna att det vill vara lojala mot sina föräldrar och att det skall vara "rättvist". Därför måste samtliga omständigheter vägas in när vikt skall läggas vid vad barnet har sagt. Fördelarna ansågs dock väga tyngre än nackdelarna och utredningen lade fram förslaget om talerätt för barn. Förslaget begränsade barnens talerätt till barn som är fyllda 12 år. Motiveringen till detta var att det ansågs inte förrän vid den åldern barnet kan ha uppnått den mognad och erfarenhet som krävs. Som anförts tidigare så fick förslaget inte genomslag. Vidare har utredningen blivit kritiserad från diverse håll, bl.a. yttrade kammarrätten att processen brukar försenas och kompliceras genom en ytterligare part i

⁵⁴ Utövandekonventionen, Art. 4

⁵⁵ Ds 2002:13 s. 83 och 121

⁵⁶ Utövandekonventionen, Art. 3

⁵⁷ Ds 2002:12 s. 80

⁵⁸ Ds 2002:13 s. 37 ff

⁵⁹ SOU 1987:7

⁶⁰ Dahlstrand, Barns deltagande i familjerättsliga processer, s. 47

⁶¹ SOU 1987:7 s. 85

målet. Kammarrätten anförde även att införande av talerätt för barn inte skulle tillföra något i målet då barnavårdsnämndens och domstolens egen bedömning av barnets bästa är godtagbar.⁶²

Författaren vill understryka att ett barn i princip alltid skall få möjlighet att komma till tals, om det inte anses olämpligt.⁶³ I ett fall där barnet led av ADHD⁶⁴ valde hovrätten att med försiktighet tillmäta betydelse till barnets uppgifter.⁶⁵ Det viktigt att påpeka att föräldrarna inte kan låta barnet vara med att fatta alla beslut rörande barnet. Det finns lägen där föräldrarna har bättre förmåga att inse konsekvenserna av ett visst handlande. Således måste föräldrarna i sådana situationer fatta besluten och ta ansvaret för dessa.⁶⁶

4.3.1 Orsaker till varför barn inte ges möjligheter att komma till tals

Det har framkommit genom en undersökning att den vanligaste orsaken till varför barn inte fick komma till tals i processen var att de ansågs vara för unga för att ha en ståndpunkt i den aktuella frågan. Det gällde huvudsakligen barn som var yngre än tolv år. Det framkom genom samma undersökning att många domare ställde sig tveksamma till värdet av att över huvud taget involvera barn i beslutsprocessen. Vidare ansåg domarna att det inte var i överensstämmelse med barnets bästa att låta barnen ta ställning till frågor om vårdnad, boende och umgänge förrän barnen uppnått tolv års ålder.⁶⁷

4.4 Föräldrarnas talerätt i mål om vårdnad, boende och umgänge

Talan får väckas av en förälder som vill umgås med sitt barn. Rätten får således besluta om umgänget mellan barnet och den föräldern. Föräldrarna har talerätt i dessa typer av mål, detta motiveras av att vårdnaden anses vara en rättighet och skyldighet för föräldrarna.

4.5 Socialnämndens talerätt om umgänge

2006 möjliggjordes det för socialnämnden att väcka talan om umgänge. Talerätten gäller i det avseendet när vårdnads mål avgjorts men socialnämnden märker att barnet mår dåligt av umgänget eller på annat sätt far illa om umgänget fortsätter i den beslutade ordningen och omfattningen.⁶⁸ Orsakerna till att beslutet är behov av ändring kan bero en mängd olika faktorer exempelvis att en förälder har börjat missbruka alkohol eller narkotika, eller ett förhållande som domstolen borde ha känt till inte kommit fram vid rättegången. Om det föreligger anledning till att ändra beslutet är det viktigt att föräldrarna försöker åstadkomma det annars finns det risk för att barnet kommer i ett utsatt läge. Skälet till att socialnämnden ansetts behöva talerätt är i de fall nämnden försökt förmå föräldrarna att själva ändra

⁶² SOU 1987:7 s. 79

⁶³ SOU 2005:23 s. 212 f, Föräldrabalken 6 kap 19 § femte stycket

⁶⁴ ADHD - Attention-Deficit/Hyperactivity Disorder

⁶⁵ Hovrätten, mål nr: B 420-06, 2007-02-05

⁶⁶ SOU 1979:63 s. 55 f

⁶⁷ Dahlstrand, Barns deltagande i familjerättsliga processer, s. 152 f

⁶⁸ Föräldrabalken, 6 kap 15 § första och andra stycket

situationen utan framgång. Det krävs således att socialnämnden självt kan föra talan om umgänget för att ändra de oönskade förhållandena.⁶⁹

4.6 Barnets/den unges rätt att komma till tals enligt LVU

Den unge har rätt att komma till tals när en åtgärd enligt LVU kan bli aktuell. Oavsett vilken typ av åtgärd det handlar om, skall den unge ges tillfälle att uttrycka sin åsikt. Därmed får den unge möjlighet att påverka det beslut som skall fattas samtidigt som han eller hon får känna sig delaktig i utformningen av vården, av åtgärder som många gånger kan vara avgörande för hans eller hennes liv och utveckling. Att den unge ges rätt att uttrycka sin inställning och påverka sin situation och de åtgärder som vidtas hör naturligt samman med begreppet barnets bästa. Syftet med införandet av rätten att komma till tals är inte att vidga möjligheten eller skyldigheten för den unge att företräda inför domstolen. Att medverka i en domstolsförhandling är oftast en obehaglig upplevelse som måste försökas undvikas så långt det är möjligt. Införandet gjordes framförallt för att den unges åsikt ansågs allt för ofta försvinna i utredningsmaterialet utan att blivit tillbörligt utrett. Den som är över 15 år har rätt att föra sin talan själv i LVU-mål.⁷⁰

⁶⁹ Prop. 2005/06:99 s. 56 f

⁷⁰ Prop. 2006/07:129 s. 36

5 Barnets inställning i praxis

Det finns dessvärre inget rättsfall från HD som berör den senare vårdnad, boende och umgänges utredningen samt propositionen om de nya vårdnadsreglerna. Författaren anser dock att det kan finnas intresse att redovisa vilken vikt HD lagt vid barnets inställning.

5.1 NJA 1992 s. 93

Ett barn har av sin fader förts egenmäktigt ut ur landet vid tre års ålder och har varit där de senaste tio åren. Frågan blir således huruvida om det är barnets bästa att förordna fadern att föra barnet till Sverige för att kunna träffa sin mamma regelbundet eller ej. HD kom fram till att även om gemensam vårdnad föreligger och det anses bäst för barnet att ha god kontakt med båda föräldrarna så finns det inte nog med skäl att tvinga barnet flytta tillbaka till Sverige. Största vikt lades vid att barnet som var tolv år gammalt uttryckligen sagt att det inte önskar flytta tillbaka till Sverige. Även om HD hade kommit fram till att barnet skall flytta tillbaka så skulle sådan dom ha saknat verkställighet i det landet barnet var bosatt i, men det är inte det relevanta i denna framställning.

5.2 NJA 1992 s. 666

När föräldrarna skiljdes år 1983 fick modern vårdnaden över deras ett år gamla dotter. Sedan dess har modern motverkat faderns umgängesrätt med dottern. Åtta år senare tillerkänns modern fortsatt vårdnad av HD. Skälen till detta var att det inte anses vara till barnets bästa att det skall vara tvungen att flytta, det skulle betyda en omvälvning med ovissa följder för barnet. Ingen betydelse har tagits till barnets åsikt eftersom HD anser att barnet har blivit påverkat av modern.

5.3 NJA 1995 s. 398

En tretton årig flicka hade en bestämd vilja om att det var hos hennes far hon ville bo. Samtliga instanser ansåg att modern var ett bättre lämpad vårdnadshavare, det föranleds av att faderns möjligheter att vara en vårdnadshavare och tidigare uppkomna omständigheter kunde ifrågasättas av olika skäl. Ändock valde HD att tillerkänna fadern vårdnadsrätten, eftersom barnets vilja var sådant, även om det fanns risk för att fadern påverkat barnet.

5.4 RH 1998:2

Frågan är vilken betydelse en elvaårig pojkes inställning skall tillmätas när den vill att vårdnaden överförs till fadern. Enligt hovrättens bedömning har han nått den ålder och mognad att det inte går att bortse från hans önskemål om vart han vill bo. Även om hans inställning inte kan tillmätas helt avgörande betydelse är den dock av vikt vid den helhetsbedömning som hovrätten har att göra. Hovrätten anser att både fadern och modern är lämpliga vårdnadshavare. I motsats till vad HD kommit fram till i de tidigare anförda

rättsfallen anser hovrätten att ett miljöombyte inte innebär en förändring som är till nackdel för barnet. Självklart görs dock alltid en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Av sakkunnig beskrivs barnet som ett barn med stor social kompetens och som ovanligt mogen för sin ålder. Vidare anser hovrätten mot bakgrund av upplysningen av pojkens person att han är väl medveten om de konsekvenser ett byte av skola och kamrater skulle medföra och att han i det avseendet mycket väl skulle klara av en sådan förändring. Hovrätten kom sålunda fram till att fadern skall överta vårdnadsansvaret.

5.5 Sammanfattning

Av rättsfallen att döma redovisas barnets inställning när det är kring tolv års ålder, vilken vikt som lagts vid inställningen är däremot olika. Om ett tolv årigt barn har en bestämd vilja och domstolen inte anser att föräldrarna påverkat inställningen verkar den respekteras. Det finns praxis från högsta domstolen där barn mellan sju och åtta års ålder varit inblandade, i dessa rättsfall framkom inte vilken inställning barnen hade, huruvida det över huvud taget utretts vilken inställning och mognadsgrad barnet hade kan inte författaren inte svara på.⁷¹

⁷¹ NJA 1981 s. 916, NJA 1988 s. 559

6 Utländska förhållanden på barnets talerätt och barnets rätt att komma till tals⁷²

Nedan följer en kortare redovisning av hur andra länder valt att reglera frågan om barnets talerätt och barnets rätt att komma till tals. Det föreligger nämligen stora problem att hämta uppgifter om detta, i form av bristande språkkunskap och svårighet att få tag på information, från författarens sida.

6.1 De nordiska länderna i mål vårdnad, boende och umgänge

De nordiska länderna skiljer sig inte avsevärt från svenskt synsätt på barnets talerätt och rätt att komma till tals. Det finns dock några skillnader och likheter som är nämnvärda.

6.1.1 Norge

När barnet fyllt sju år skall det få säga sin mening innan beslut fattas om barnets personliga förhållanden exempel på detta är när beslut tas angående vart barnet skall bo när föräldrarna flyttar isär. Detsamma gäller för andra som barnet bor hos eller har med barnet att göra. Stor vikt skall läggas vid barnets åsikt när det fyllt tolv år.⁷³ Barnet är däremot inte part i dessa typer av mål. Det är upp till domaren i målet att se till att barnet ges tillfälle att yttra sig. Det är dock inte ovanligt att en sakkunnig förordnas, då utförs samtalet av denne. Om barnet är yngre än tolv år skall barnets mognad och ålder styra om det är lämpligt att höra barnet. I likhet med svenskt perspektiv anses det bäst för barnet att det inte skall behöva byta miljö. Det eftersträvas att barnet skall bo med samma förälder, fortsätta på samma skola och behålla samma vänskapskrets. Detta gäller främst för små barn. Det anses dock viktigt att barnet har god kontakt med båda föräldrarna.⁷⁴ Sammanfattningsvis kan det sägas att om barnet är yngre än tolv finns det inget krav att redovisa barnets åsikter eller tillmäta det betydelse.

6.1.2 Danmark

Barn har rätt att komma till tals i Danmark. Även de använder sig av tolvårsgränsen, om barnet fyllt tolv skall ett samtal äga rum, så länge samtalet inte är till skada för barnet eller är utan betydelse för avgörandet. Detta utesluter dock inte att information hämtas från barn som är yngre. Om barnet nått den mognad som anses behövas för att bilda sig en uppfattning om sin situation så skall största möjliga vikt läggas vid barnets åsikter. När barnet hörs så är barnet som huvudregel ensamt med handläggaren eller den barnsakkunniga. Detta görs i synnerhet för att äldre barn kan känna sig pressade av föräldrarnas närvaro.

⁷² Ds 2002:13, s. 213 ff (Även kommande sida)

⁷³ Dahlstrand, Barns deltagande i familjerättsliga processer, s. 287

⁷⁴ Kåre Lilleholt, Knophs oversikt over Norges rett, s. 142f

6.1.3 Finland

Twister om vårdnad, boende och umgänge behandlas vid domstolen som ansökningsärenden. Detta innebär att det finns en part som är sökande och en part som skall beredas möjlighet att höras i ärendet. Barnets föräldrar är part i ärendet, barnet har varken talerätt eller anses vara part i målet. I de fall ärendet är konfliktfyllt finns det en skyldighet för domstolen att inhämta utredning hos socialnämnden, det finns inga särskilda krav på innehållet i denna utredning. Det som utredningen normalt sett innehåller är dock uppgifter om barnets förhållande till sina föräldrar och kan också innehålla en redogörelse för barnets åsikter i ärendet. Det finns en möjlighet för domstolen att höra barnet personligen, en förutsättning är att det är av vägande skäl nödvändigt för att ärendet avgörs. Vidare krävs det samtycke av barnet samt att det inte uppenbart att barnet tar skada av att höras, det senare är dock ingen vanlig företeelse.

6.1.4 Island

Barnet är inte part i vårdnadsprocessen. Det finns en rättighet för barn som är fyllda tolv att yttra sig i processen så länge barnet inte antas ta skada eller utan betydelse för ärendets avgörande. Barn under tolv år kan givas tillfälle att yttra sig om det är lämpligt med hänsyn till barnets ålder och mognad. Om barnets åsikt framförs är det antingen genom att barn- eller familjesakkunnig undersöker barnets uppfattning och redovisar denna eller så kan domaren självt ha ett samtal med barnet detta sker i regel utanför rättegångssalen.

6.2 Exempel på förhållanden utanför Norden där tillämpningen skiljer sig från svenskt förhållningssätt

Lettland: Om domarjuryn anser att det finns särskilda omständigheter och med hänsyn till barnets ålder och mognad skall barnets åsikter redovisas.

Tyskland: Om barnet är fjorton år blir det, i och med detta, part i målet. Detta medför att barnet har klagorätt i dessa typer av mål.

Frankrike: Domaren bör i sitt beslut ta hänsyn till barnets vilja.

6.3 Diskussion/Slutsats

Sverige och Danmark har valt att tillämpa barnkonventionens regler om barnets åsikt i princip på samma sätt, det förekommer dock skillnader av tillvägagångssättet i ärendets handläggning. Finland och Island ger inte barn rätt att komma till tals. Enligt finsk rätt skall barnet höras om ärendet är konfliktfyllt eller om det finns vägande skäl för det, samt att samtycke måste ges av barnet. Detta, enligt författaren, är sämre rättigheter för barn än de som stadgas i barnkonventionen att *"barnets åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad"*. Enligt isländsk rätt kan barn som är under tolv år givas tillfälle att yttra sig, det finns således ingen rättighet för barn som är under tolv att yttra sig. Författaren tolkar detta som att utgångspunkten enligt Isländsk rätt är att barn under tolv år inte är lämpliga att höras. Det borde vara omvänt, att utgångspunkten är att barn under tolv år är

lämpliga att höras men det visar sig efter undersökning att barnet inte nått den mognad som krävs för att höras.

Barn som fyllt fjorton år ges möjligheten att överklaga enligt tysk rätt. Att ge barnet en sådan rättighet innebär att barnet ges en mer framträdande roll i processen. Det borde inte råda tvivel om att en fjortonåring nått den mognad som krävs för att förstå sin situation och vetskapen om vad som är bäst för det. Det innebär visserligen att motsättningarna ökar i processen men eftersom barnet är huvudperson i mål om vårdnad, boende och umgänge borde det kunna påverka mer än att eventuellt få sin inställning beaktad. Dessutom borde klagorätten innebära att föräldrarna drar sig för att processa över huvud taget.

7 Diskussion

7.1 Subjektiv bedömning?

Författaren har kort berört detta tidigare i uppsatsen men vill gärna understryka problematiken. I Sverige och i resten av norden behöver barn få hjälp av en vuxen då de ska utöva sina rättigheter. Det är upp till en vuxen att se till att barnets rättigheter tillvaratas. Det ställs sålunda väldigt höga krav på handläggaren i det enskilda fallet. Barnets bästa är ett svårtolkat och invecklat begrepp och till synes verkar kunna tillämpas väldigt olika beroende på vem som bedömer. Att begreppet är svårtolkat och att det inte finns en enhetlig tillämpning av begreppet borde enligt författaren leda till att handläggarens subjektiva åsikt kan spela en betydande roll. Det som kan råda bot på detta problem torde vara att utbilda handläggarna som det föreslås i förarbeten alternativt ge utökade rättigheter för barn, exempelvis talerätt. Om författarens påstående är sant, att barnets bästa är föremål för handläggarens subjektiva bedömning, så kan handläggarens oförståelse leda till att barnet inte får möjlighet att nyttja de rättigheter som tillerkänts det.

7.2 Barnets inställning – barnets rätt att komma till tals

Det står i FB att barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut rörande vårdnad, boende och umgänge. För att utröna vad som är barnets bästa i det enskilda fallet är det viktigt att ta reda på barnets inställning. Barn har en rätt att komma till tals och att påverka med sin inställning, men det är under förutsättningen att barnet nått den ålder och mognad för att kunna förstå sin situation samt att det inte kan ta skada av att höras. Enligt undersökningen⁷⁵ som jag nämnt i uppsatsen så ansåg de flesta domare att barn under tolv år inte har nått den mognad som krävs. Att barnet fyllt tolv år är således också i de flesta fall en förutsättning att få sin inställning framförd. Om barnet uppfyller kraven kan ändå viljeförklaringen bortses från, eftersom domstolen anser att det kan ha blivit påverkad av en förälder. Det författaren vill poängtera är att även om barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut och barnet har rätt att komma till tals så finns det en mängd faktorer som leder till att barnets inställning kan bortses.

7.3 Umgångessabotage

Enligt praxis⁷⁶ är det olämpligt för ett barn att bli tvingad att flytta från den ena till den andra föräldern om de har bott hos denne en längre tid. Ett sådant miljöombyte kan innebära oönskad omvälvning för barnet. Därmed är det lämpligast att barnet bor kvar, om inte särskilda omständigheter talar för annat. Samtidigt är det enligt barnets bästa att ha god kontakt med båda föräldrarna. Om föräldern som barnet bor hos försvårar eller gör det omöjligt för den andra föräldern att träffa barnet leder det till att den senare måste vända sig till myndigheter för upprättelse. Sådant förfarande kan ta lång tid. När saken är avgjord kan det ha tagit så lång tid att det inte anses förenligt med barnets bästa att få ny vårdnadshavare

⁷⁵ Se kap. 4.3.1

⁷⁶ Se kap. 5

och därmed bli tvungen att flytta från sitt nuvarande hem. Barnets bästa skall vara avgörande i alla beslut dock leder barnets bästa i det här fallet att umgängessabotage lönar sig.

7.4 Art. 3 kontra art. 12, barnkonventionen

Artikel 3 barnkonventionen:

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

Artikel 12 barnkonventionen:

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

Det kan förekomma fall där barnets åsikter inte är förenligt med vad som avses med barnets bästa. Vilken av artiklarna skall ha företräde? Med utgångspunkt från tidigare nämnda rättsfall verkar det odiskutabelt vara att den uttryckta inställningen som ges företräde framför lagstiftarens objektivt framställda tolkning av begreppet barnets bästa.

- NJA 1992 s. 93, Fadern har egenmäktigt fört barnet till ett annat land. Barnets bästa anses vara god kontakt med båda föräldrarna. Största vikt lades vid barnets inställning att stanna kvar
- NJA 1992 s. 666, Samtliga instanser ansåg att fadern var sämre lämpad att vara vårdnadshavare än modern. Fadern tillerkändes ändå vårdnadsansvaret på grund av barnets vilja.
- RH 1998:2, Barnet har bott hos sin moder under större delen av sitt liv, fadern tillerkänns vårdnadsansvaret på grund av barnets vilja.

7.5 Införa åldersgräns?

Barn som är yngre än tolv år har enbart vid ett fåtal tillfällen fått komma till tals och fått sin inställning beaktad vid mål om vårdnad, boende och umgänge, även fast det i barnkonventionen stadgas att det är mognadsgraden som skall ha betydelse. Författaren anser att även om en åldersgräns innebär att det försvårar för yngre barns möjligheter att göra sig hörda kommer fler barn att få sin inställning framförd. I praktiken finns en outtalad åldersgräns på tolv år, om det i lagtext istället skulle finnas en åldersgräns på exempelvis sju år skulle betydligt fler barn få möjlighet att få sin inställning framförd. Norge har infört en sådan regel från 2004, författaren föreslår att Sverige följer den linjen i svensk rättstillämpning. Det finns dock inget i barnkonventionen som stödjer ett införande av åldersgräns. Norge har även förstärkt barn fyllda tolv år möjligheter att påverka, rekvisitet har ändras från inflytande till stort inflytande för denna åldersgrupp och äldre. Det torde heller inte innebära någon försämrad situation för barn. Om dessa ändringar skulle införas skulle barn ges en starkare ställning och en större möjlighet att påverka sin egen situation utan att det skulle leda till att barnet tvingas ta ställning mot den ena föräldern, som talerätt skulle medföra.

7.6 Barnets rätt till information

Det saknas regler i FB om barnets rätt till information i mål om vårdnad, boende och umgänge, detta försvårar möjligheten för barnet att få sin inställning beaktad. Författaren anser, eftersom domstolen kan välja att bortse från barnets inställning baserat på att de finner att barnet inte kan förstå konsekvenserna av sitt eget beslut, så är det bättre att domstolen tar beslutet grundat på vad som anses med barnets bästa. Om det skulle införas en informationsplikt till barnet som stadgar att, barnet har rätt till all relevant information och en förklaring av konsekvenserna av sin inställning, borde det undanröja domstolens möjlighet att bortse från barnets inställning på denna grund. Detta torde leda till att fler barn får redovisa sin inställning utan att den ogillas.

7.7 Självbestämmande från viss ålder?

Författaren anser att barn, exempelvis från femton års ålder, skall anses ha nått den mognad som innebär att de borde kunna få bestämma själv om vart de vill bo och vem som skall ha vårdnadsansvaret. Domstolen kommer förmodligen att lägga stor vikt vid ett femtonårigt barns uttryckta inställning och kommer med all sannolikhet att döma i enlighet med det. Skulle det inte vara en bättre lösning att ett barn som uppnått femton års ålder ges möjligheten att själv bestämma över sin egen situation, utan att ärendet behöver föras inför domstol?

8 Källförteckning

8.1 Doktrin

Barnets bästa – om föräldrars och samhällets ansvar, Göran Ewerlöf, Tor Sverne, Anna Singer
ISBN 91-39-10702-7

Barnets bästa i norden – rättsfilosofi och rättslig begreppsbyggnad, Johanna Schiratzki (red.)
Det juridiske fakultet skriftserie nr. 46
ISBN 0801-6259

Barns deltagande i familjerättsliga processer, Lotta Dahlstrand
ISBN 91-506-1743-5

Barnrättens grunder, andra upplagan, Johanna Schiratzki
ISBN 91-44-03740-6

Familjerätten – en introduktion, andra upplagan, Anita Wickström och Unto Komujärvi
ISBN 91-39-20394-8

Knophs oversikt over Norges rett utgitt av Kåre Lilleholt
Universitetsforlaget Oslo 1998

Vårdnadstvister, Annika Rejmer
ISBN 91-7267-142-4

8.2 Statens offentliga utredningar

1979:63
1987:7
1997:116
2000:77
2005:43

8.3 Nytt juridiskt arkiv

1992 s. 93
1992 s. 666
1995 s. 398
1995 s. 727
2003 s. 372
2006 s. 26

8.4 Propositioner

1990/91:8
1994/95:224
1996/97:25
1996/97:124
1997/98:7
2002/2003:53
2005/06:99
2006/07:129

8.5 Departementsserien

1994:85
2002:13