

Barnperspektiv och barnets bästa i tingsrätts handläggning av vårdnadstvister

Av jur.kand. ANNIKA REJMER

Målsättningen med den samhälleliga handläggningen av vårdnadstvister är att avgöra vårdnadsfrågor med utgångspunkt från barnets bästa. Detta skall, enligt såväl Barnkonventionen,¹ föräldrabalken (FB) som socialtjänstlagen (SoL), göras genom att ett barnperspektiv anläggs i handläggningsprocessen. Denna artikel baserar sig på resultat från det rättssociologiska projektet "Vårdnadsmålets funktion. En analys utifrån ett aktörs- och strukturperspektiv", i vilket bl.a. en kartläggning av hur ett barnperspektiv anläggs och vilken innebörd begreppet barnets bästa tillskrivs i tingsrätts handläggning av vårdnadstvister genomförts.² Kartläggningen visar att det föreskrivna barnperspektivet ännu inte har implementerats i handläggningen av vårdnadstvister och att det därigenom råder en diskrepans mellan innebörden av barnets bästa i teori respektive praktik.

Historik

Samhällets intresse för barn hade fram till 1800-talets början i stort sett begränsat sig till att säkra återväxten av arbetskraft och soldater, men under perioden 1830–1920 förändrades synen på barn: barns

¹ Förenta Nationens konvention om barns rättigheter, 1989.

² Det empiriska underlaget består av enkäter och vårdnadsfall avgjorda i tingsrätt. Enkätundersökningen har dels riktats till professionella aktörer, dels föräldrar som varit part i en vårdnadstvist. Enkäterna har besvarats av 329 advokater, domare, socialsekreterare som arbetar med handläggning av vårdnadstvister och föräldrar som varit part i en vårdnadstvist. Enkätundersökningen avseende de professionella aktörerna genomfördes under perioden oktober 1996 till januari 1997. Enkätundersökningen riktad till föräldrar genomfördes under perioden november 1998 till februari 1999, dvs. fem år efter att deras tvist bilagts. Enkätfrågorna är både fasta och öppna. De fasta har bearbetats statistiskt. De öppna frågorna har bearbetats genom metoden dokumentanalys. Undersökningen av vårdnadsfall omfattar 114 vårdnadstvister som är avgjorda i 16 tingsrätter under 1993/94. De dokument som varit föremål för en dokumentanalys är vårdnadsutredningar, domar och i förekommande fall barn- och ungdomspsykiatriska utredningar. Emellertid har föräldrabalkens bestämmelser om vårdnad, boende och umgänge reformerats sedan vårdnadsfallen avgjordes. Handläggningen av de tvister som är föremål för en undersökning i denna studie, dvs. de som inte kunnat biläggas på frivillig väg, berörs emellertid endast av två ändringar. 1996 infördes en bestämmelse i 6 kap. 19 § FB som medförde att barnets inställning skall kartläggas i handläggningen av vårdnadstvister. Därutöver infördes 1998 en bestämmelse i 6 kap. 2 § FB som föreskriver att hänsyn skall tas till barnets vilja med beaktande av dess ålder och mognad då frågor om vårdnad, boende och umgänge skall avgöras. Visserligen infördes även en portalparagraf i 6 kap. 2a § FB som stadgar att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid avgörande av alla frågor som rör vårdnad, boende och umgänge. Dock syftade bestämmelsen inte till några förändringar i gällande rätt utan till att lyfta fram och understryka att barnets bästa måste beaktas.

behov och rättigheter lyftes fram och blev en social- och familjepolitisk fråga.³ Denna förändring kan utläsas både i FN:s första deklARATION om barns rättigheter från 1924, som fastslog att *"mankind owes to the child the best it has to give"*, och i de svenska social- och familjepolitiska lagar som stiftades kring 1920.

I lagstiftningen infördes inte bara bestämmelser som reglerade relationen mellan barn, föräldrar och samhälle, man anlade också ett nytt perspektiv på relationen mellan barn och föräldrar. Det innebar att föräldrar fick ett uttryckligt ansvar för sina barns uppväxtvillkor⁴. Dessutom introducerades begreppet barnets bästa för första gången i svensk lagstiftning. I exempelvis lagen om "barn i äktenskap" från 1920 stadgades det att *"för de fall föräldrar som på grund av söndring levde åtskilda inte kunde åsämjas om barnen, att rätten efter vad med hänsyn främst till barnens bästa finnes skäligt, skall bestämma om vårdsnaden"*.

De familjerättsliga lagarna från 1920-talet samlades sedermera i FB. Den trädde i kraft 1950 och gäller fortfarande. FB har därefter reformerats kontinuerligt för att stärka barns rättigheter och lyfta fram deras specifika behov. Reformerna har också syftat till att anpassa lagstiftningen till förändringar i köns- och föräldraroller samt till nya mönster för familjebildning.⁵

³ Se Cunningham Hugh, *Children & Childhood in western society since 1500* (1995).

⁴ Sjösten Mats, *Vårdnad, boende och umgänge*. Bestämmelserna i föräldrabalken och näraliggande regler (1998) s. 27–30 samt Fahlberg Gunnar och Magnusson Nils, *Socialtjänstlagarna Bakgrund och tillämpning* (1994) s. 13–15.

⁵ Bland annat har följande förändringar företagits i syfte att reformera FB: 1974 infördes regler som underlättade för ogifta fäder att, mot moderns vilja, få vårdsnaden om barn överförd till sig. 1976 infördes möjligheten för ogifta och frånskilda föräldrar att erhålla gemensam vårdsnad. 1983 vidtogs ändringar för att tydligare uttrycka barns rättigheter i lagtexten. 1991 utökades möjligheten för föräldrar att bibehålla eller erhålla gemensam vårdsnad. Dessutom infördes en regel om att domstolar, vid vårdsnadskonflikter, särskilt skall fästa avseende vid barns behov av en nära kontakt med båda föräldrarna. Vidare ålades vårdsnadshavaren att till umgängesföräldern lämna sådana upplysningar om barnet som kan främja dennes umgänge med barnet. Även de interimistiska besluten om barnets vårdsnad ändrades till att kunna avse barnets boende. 1993 infördes en bestämmelse om att domstol vid bedömning av umgängesrätt skall beakta risken för övergrepp, olovligt bortförande och kvarhållande av barnet samt risken för att barnet på annat sätt far illa. 1996 infördes en bestämmelse om barns rätt att komma till tals i bl.a. mål och ärenden om vårdsnad och umgänge. 1998 reformerades bestämmelserna om vårdsnad, boende och umgänge i syfte att ytterligare betona samförståndslösningar och bereda vägen för gemensam vårdsnad samt för att betona principen om barnets bästa. Bland annat infördes ett nytt institut, samarbetsavtal, som medger att eniga föräldrar som vill reglera eller ändra sina barns vårdsnad, boende eller umgänge kan göra detta genom ett skriftligt samarbetsavtal. Det skall undertecknas av båda föräldrarna och godkännas av socialnämnden för att vara juridiskt giltigt. Vid prövningen av avtalet skall socialnämnden beakta föräldrabalkens regler om barnets bästa. Hur avtalet prövas är beroende av vilken vårdsnadsform föräldrarna avtalat om. När föräldrarna avser att bibehålla en gemensam vårdsnad eller om avtalet innebär att en enskild vårdsnad upphävs och ersätts med en gemensam vårdsnad, skall socialnämnden godkänna samarbetsavtalet om det inte är uppenbart oförenligt med barnets bästa. När samarbetsavtalet innebär att en gemensam vårdsnad upplöses och att den ena föräldern erhåller enskild vårdsnad, skall socialnämnden godkänna avtalet om överenskommelsen är till barnets bästa. Genom denna reform kan även domstolar besluta om ett barns boende.

Reformeringen av den socialrättsliga lagstiftningen påbörjades under 1960-talet. 1961 ersattes exempelvis 1924 års barnavårdslag av en ny barnavårdslag och 1967 tillsattes en socialutredning som hade till uppgift att göra en översyn av den befintliga lagstiftningen. Denna utredning kom att utgöra grunden för en genomgripande reformering av socialrätten som resulterade i att SoL trädde i kraft 1982. SoL ersatte socialhjälpslagen, nykterhetsvårdslagen och barnavårdslagen.^{6 7}

Avseende familjerättsliga frågor menade utredningen att socialtjänstens och domstolsväsendets samverkan borde fortsätta, och man konstaterade att det naturliga samband som finns mellan reglerna i föräldrabalken och den verksamhet som socialnämnderna skulle bedriva enligt SoL inte påkallade några förändringar.⁸

Vår tids samhälleliga syn på barn har formulerats i FN:s Barnkonvention, från 1989. I konventionen samlas, för första gången, de olika mänskliga rättigheterna i ett enda dokument. Samtidigt är konventionen det första internationella dokument som fastslår att barn är ett rättsligt subjekt.

Barnkonventionen omfattar alla omyndiga personer under 18 år och slår fast det enskilda barnets rätt att få sina grundläggande mänskliga rättigheter och behov tillgodosedda. Barnkonventionen innehåller 13 inledande paragrafer där barns behov av vård och skydd samt familjens primära och samhällets sekundära ansvar för att tillgoda dessa fastställs.

I konventionens 54 efterföljande artiklar fastställs barns rättigheter. Dessa kan hänföras dels till medborgerliga och politiska rättigheter som är absoluta, dvs. att de måste respekteras av alla stater som har undertecknat konventionen, dels till ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter som är av en målsättningskaraktär.

Konventionen innehåller dessutom en specifik dimension av mänskliga rättigheter som slår fast barns rätt till skydd mot olika typer av övergrepp, utnyttjande, vanvård och försummelse.⁹

Sverige undertecknade Barnkonventionen 1990 och har därmed påtagit sig en folkrättslig förpliktelse att följa dess bestämmelser.¹⁰

⁶ SOU 1977:41 s. 15–21.

⁷ Även SoL har reformerats i syfte att stärka barns rättigheter och lyfta fram deras behov; 1991 infördes ett tillägg i 12a § SoL, som stadgar att kommunerna skall sörja för att föräldrar kan erbjudas samtal under sakkunnig ledning i syfte att nå enighet i frågor rörande vårdnad och umgänge (samarbetsamtal). Kommunen skall även sörja för att familjerådgivning kan erbjudas till dem som begär det. Samtidigt med dessa förändringar infördes ett tillägg i 12 § SoL där det stadgas att socialnämnden i sin omsorg om barn och ungdomar skall tillgodose det särskilda behov av stöd och hjälp som kan finnas sedan en tvist om vårdnad eller umgänge har avgjorts av en domstol. 1996 infördes en uttrycklig bestämmelse om att barnets bästa skall beaktas inom socialtjänstens verksamhet.

⁸ SOU 1974:41 s. 127.

⁹ SOU 1997:116 s. 53–57.

¹⁰ Det saknas emellertid möjlighet att utfärda sanktioner mot en stat som ratificerat Barnkonventionen och som sedermera bryter mot den. För att följa upp konventionens efterlevnad har FN tillsatt en kommitté för barns rättigheter. Den har till uppgift att följa implementeringen av Barnkonventionen (se art. 43 Barnkonven-

Barnets bästa i rättslig belysning

Av Barnkonventionen framgår det att barnets bästa är en allmän och övergripande princip som alltid skall beaktas och komma i främsta rummet vid åtgärder som rör barn — oavsett om åtgärderna vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitut, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ (artikel 3 p. 1 Barnkonventionen). Att barnets bästa är konstruerat som en allmän och övergripande princip innebär att begreppet inte har erhållit någon exakt definition. Det torde inte heller vara möjligt eftersom uppfattningen om vad som anses vara bäst för barn varierar mellan olika samhällen, situationer och för enskilda barn.¹¹

De stater som har anslutit sig till konventionen har åtagit sig att vidta lämpliga lagstiftningsåtgärder och administrativa åtgärder för att tillförsäkra varje barn sådant skydd och sådan omvårdnad som behövs för dess välfärd (artikel 3 p. 2 Barnkonventionen). Hänsyn skall dock tas till de rättigheter och skyldigheter som tillkommer föräldrar eller andra vårdnadshavare. Konventionsstaterna skall därutöver, enligt artikel 3 p. 3, säkerställa att de institutioner som ansvarar för barns vård eller skydd uppfyller de normer som fastställts av behöriga myndigheter.¹²

Av artikel 3 kan man också utläsa att det finns både en kollektiv och en individuell aspekt av principen barnets bästa. Av formuleringen i p. 1 framgår det att barns kollektiva intresse skall sättas i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn. I p. 2 föreskrivs att samhället har ansvar för att det individuella barnets behov av skydd, omvårdnad och välfärd tillgodoses.

Barnkonventionen har inte inkorporerats i svensk lagstiftning utan transformerats in. Det innebär att riksdagen stiftar de lagar som behövs för att Barnkonventionen och dess intentioner skall implementeras i det svenska samhället. I exempelvis 1 § SoL, som syftar till att svara mot innehållet i artikel 3 Barnkonventionen, föreskrivs att socialtjänsten vid åtgärder som rör barn särskilt skall beakta vad hänsynen till barnets bästa kräver.¹³ Bestämmelsen skall tolkas som att barnets bästa inte alltid behöver vara avgörande för vilket beslut som fattas inom socialtjänsten. Visserligen skall barnets bästa alltid beaktas, utredas och redovisas, men lagstiftaren menar att det kan uppstå situa-

tionen), bl.a. genom en uppföljning av de rapporter som staterna skall avge var femte år rörande vilka åtgärder som vidtagits för att genomföra konventionen. Ländernas rapporter granskas och därefter inbjuds en representant från respektive lands regering till en diskussion om kommitténs eventuella frågeställningar. Se vidare SOU 1997:116 s. 57–59.

¹¹ Den huvudsakliga kritiken som riktats mot Barnkonventionen är att konventionen är ett konsensusinriktat ramverk som innehåller lite substans. Barnkonventionen har exempelvis ratificerats av alla stater utom USA och Somalia. Många stater har dock reserverat sig mot delar av konventionen. Se vidare Schiratzki Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige* (2000) s. 53–65.

¹² SOU 1997:116 s. 125–139.

¹³ I Barnkonventionens engelska originaltext föreskrivs att barnets bästa skall vara ”the primary consideration”.

tioner då det råder ett motsatsförhållande mellan barnperspektiv och vuxenperspektiv. I en sådan situation kan det också ligga i barnets intresse att den vuxne får bästa möjliga stöd av socialtjänsten, eftersom barn och föräldrar inte kan ses isolerade från varandra. Vid en intressekonflikt mellan barn och vuxna skall dock barnets intresse ha företräde¹⁴.

I FB föreskrivs det att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid frågor som rör vårdnad, boende och umgänge (6 kap. 2a § FB). Bestämmelsen skall tolkas som att domstolen, så långt det är möjligt, skall ta hänsyn till allt som rör barnets välbefinnande och utveckling, såväl kortsiktigt som långsiktigt.¹⁵

Den svenska Barnkommittén¹⁶ har i sin granskning av hur svensk lagstiftning förhåller sig till Barnkonventionen lyft fram några av de omständigheter som måste beaktas vid tillämpningen av barnets bästa. Omständigheterna rör de grundläggande fysiska och psykiska behov som måste tillgodoses för att barn skall utvecklas normalt. Till de fysiska behoven hör daglig omvårdnad, medicinsk vård vid sjukdom, habilitering eller rehabilitering vid handikapp och skador. Utöver detta behöver barn näringsriktig kost, kläder, en bostad och skydd för att överleva och utvecklas. De grundläggande psykiska behoven som anges är respekt och integritet, dvs. att barn skall behandlas med aktning för sin person och egenart. Barn anses dessutom behöva känna att de kan påverka sin situation och med stigande ålder få ta allt större ansvar för sina förhållanden och handlingar. Den viktigaste aspekten av barnets bästa är enligt Barnkommitténs syn, barns behov av en varaktig och stabil relation till båda sina föräldrar. Genom en sådan relation kan barns emotionella behov av att få och ge kärlek tillfredsställas. En nära relation till båda föräldrarna anses dessutom kunna förmedla trygghet.¹⁷

Barnets bästa i samband med vårdnadstvister

I FB anges barns rättigheter i syfte att ge domstolen vägledning i samband med avgörande av vårdnadsfrågor. Domstolen förutsätts välja den lösning som bäst kan antas främja att de angivna rättigheterna blir tillgodosedda.¹⁸ De angivna rättigheterna korresponderar i stort med den svenska Barnkommitténs uppräknade grundläggande fysiska och psykiska behov. I 6 kap. 1 § FB anges exempelvis att barn har rätt till omvårdnad, trygghet och god fostran. Med omvårdnad avses såväl fysisk som psykisk omsorg. Den fysiska omsorgen innefattar rätten till uppehälle, bostad och möjlighet till utbildning.

¹⁴ Prop. 1996/97:124 s. 99 ff.

¹⁵ Prop. 1989/90:107 s. 28, prop. 1997/98:7 s. 104.

¹⁶ Den svenska Barnkommittén har gjort en översyn av hur svensk lagstiftning och praxis förhåller sig till Barnkonventionens bestämmelser i syfte att skapa större klarhet och ökad samsyn avseende innebörden av begreppet barnets bästa. Deras resultat redovisas i SOU 1997:116, "Barnets bästa i främsta rummet".

¹⁷ Ibid. s. 134–136.

¹⁸ Prop. 1981/82:168 s. 22.

Med psykisk omsorg avses rätten till kärlek, trygghet genom stabila förhållanden och fostran genom att gränser sätts för barnet och genom att barnet själv lär sig att sätta gränser och ta ansvar för sitt handlande. I 6 kap. 1 § FB stadgas det dessutom att barn skall behandlas med aktning för sin person och egenart. Där återfinns också förbudet mot aga.

Domstolen skall utöver dessa rättigheter beakta normerande bestämmelser som föreskriver att det är bäst för barn att ha en varaktig och stabil relation till båda sina föräldrar (6 kap. 2a § FB). Dock skall domstolen även beakta risken för att barnet kan utsättas för övergrepp, olovligen bortföras, kvarhållas eller fara illa på annat sätt (6 kap. 2a § FB). I frågor om vårdnad, boende och umgänge anses barnets bästa också inbegripa att barnet vid tillräcklig mognad får komma till tals och påverka sin situation i frågor som rör vårdnad, boende och umgänge (6 kap. 2b § FB).

Som stöd vid bedömningen av barnets bästa använder domstolarna även vissa presumtioner som utvecklats i domstolspraxis. Domstolarna presumerar att barn inte skall utsättas för förändringar utan starka skäl (status quo-principen), att syskonskaror inte skall splittras och att mammor är lämpligare som vårdnadshavare för småbarn, i synnerhet för flickor. Pappor presumeras däremot vara lämpligare som vårdnadshavare för äldre pojkar.¹⁹

Emellertid är varken uppräknings av barns rättigheter eller de normerande omständigheter som anges i FB heltäckande och de är inte heller liktydiga med barns bästa. Begreppet barnets bästa är, i såväl Barnkonventionen som svensk lagstiftning, en allmän och övergripande princip. Det innebär dels att dess exakta innehåll fastställs i tillämpningen, dels att begreppet barnets bästa måste betraktas som ett värdeöppet rättsfaktum i tillämpningen. I samband med handläggning av vårdnadstvister är det med andra ord vårdnadsutredarna och tingsrättens ledamöter som i sin tillämpning tillskriver begreppet en konkret innebörd. Det medför att det är deras kunskap, uppfattningar, antaganden och bedömningar som ligger till grund för vad som anses vara det bästa för barnet i samband med en vårdnadstvist. Emellertid visar den genomförda enkätundersökningen att de professionella aktörerna är osäkra på vilken betydelse begreppet skall tillskrivas. Exempelvis uppger 79 procent av socialsekreterarna, 60 procent av advokaterna och 50 procent av domarna att de anser att begreppet barnets bästa är otillräckligt definierat.

När de professionella aktörerna, i en av enkätundersökningens öppna frågor, ombads definiera barnets bästa i samband med vårdnadstvister visade deras svar stor överensstämmelse med uppräkningsarna i FB:s bestämmelser, förarbeten och praxis. Av svaren framgår det exempelvis att de professionella aktörerna anser att det är primärt att barnets grundläggande fysiska behov tillfredsställs. Därutöver an-

¹⁹ Ewerlöf Göran och Sverne Tor, *Barnets bästa* (1999) s. 70.

ser de att det är viktigt att barnet har kontakt med båda föräldrarna och eventuella syskon. För de professionella aktörerna innebär begreppet barnets bästa dessutom att föräldrarna löser eller åtminstone lär sig hantera sin konflikt. Bland socialsekreterarna är ett annat vanligt förekommande svar att det är omöjligt att definiera begreppet.

Vikten av att barns grundläggande behov tillfredsställs framhålls även av de föräldrar som har besvarat enkäten. De understryker dessutom, till skillnad från de professionella aktörerna, barns behov av lugn och ro samt en tillvaro utan våld och hot; detta anses viktigare än kontakt med båda föräldrarna. Föräldrarna betonar också att det är de vuxna som skall ta ansvar för konflikten och fatta de avgörande besluten. Samtidigt har föräldrarna i större utsträckning än de professionella aktörerna svarat att barnets åsikt ingår i definitionen av barnets bästa.

För att ytterligare undersöka vilka olika omständigheter som respondenterna anser bör ingå i bedömningen av barnets bästa, ombads de i enkätundersökningen att rangordna 25 omständigheter som rör dels föräldrarnas lämplighet som vårdnadshavare, dels föräldrarnas relation till barnet.

Avseende de omständigheter som rör en förälders lämplighet som vårdnadshavare anses förälderns boende vara viktigt.²⁰ Föräldrar, advokater och domare anser även att förälderns moral är av stor betydelse i bedömningen av barnets bästa.²¹ Socialsekreterarna fäster däremot inte någon större vikt vid moral. De anser att föräldrarnas sociala nätverk är viktigare.²² Även domarna och advokaterna anser att ett socialt nätverk är betydelsefullt, medan föräldrarna inte tillskriver detta någon större betydelse.

Avseende omständigheter som rör relationen mellan föräldrar och barn framkommer det att respondenterna har en gemensam uppfattning. De anser att förälderns förmåga att ge barnet kärlek och förälderns respekt för och känslomässiga närhet till barnet är av största vikt vid bedömningen av barnets bästa.

Barnets bästa i praktiken

Den svenska Barnkommittén menar att en förutsättning för att kunna fastställa barnets bästa är att utredningsarbete och handläggning av frågor som rör barn bedrivs utifrån ett barnperspektiv. Det innebär

²⁰ Förälderns boende har rangordnats som en av de tre viktigaste omständigheterna av 51 procent av domarna, 48 procent av socialsekreterarna, 46 procent av advokaterna och 45 procent av föräldrarna.

²¹ Förälderns moral anser 54 procent av advokaterna och föräldrarna samt 53 procent av domarna vara en av de tre viktigaste omständigheterna vid bedömningen av barnets bästa. Med utgångspunkt från aktörernas svar har begreppet moral tolkats som att det är förälderns anpassning i samhället som avses.

²² Förälderns sociala nätverk anser 75 procent av socialsekreterarna, 56 procent av domarna och 52 procent av advokaterna vara en av de tre viktigaste omständigheterna vid bedömningen av barnets bästa. Däremot har endast 31 procent av föräldrarna rangordnat förälderns sociala nätverk som en av de tre viktigaste omständigheterna.

att barnet skall sättas i fokus under utredningsarbetet genom att man kartlägger dess uppfattning om och upplevelse av sin livssituation samt eventuella förändringar av denna. Denna kartläggning bör ske genom att vuxna ser och lyssnar till barnet samt försöker tolka, förstå och sätta sig in i barnets situation.

I en beslutssituation innebär ett barnperspektiv att olika beslutsalternativ analyseras och övervägs utifrån barnets synvinkel och att vuxna vidtar de åtgärder och fattar de beslut som anses vara bäst för barnet. Vad som är det individuella barnets bästa skall fastställas genom en kombination av kunskap om det enskilda barnet (ett subjektivt perspektiv)²³ och kunskap grundad på vetenskap och vedertagen erfarenhet (ett objektivt perspektiv)²⁴.

I handläggningen av vårdnadstvister skall ett barnperspektiv anläggas. Exempelvis har Socialstyrelsen fastslagit att socialt arbete måste bedrivas utifrån ett barnperspektiv.²⁵ Därutöver skall 1 § SoL, som svarar mot artikel 3 Barnkonventionen, tolkas som att socialtjänstens beslut måste innefatta ett barnperspektiv.²⁶ Domstolarnas skyldighet att anlägga ett barnperspektiv framgår av 6 kap. 2a § FB, som knyter an till artikel 3 i Barnkonventionen. Där stadgas det att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid avgöranden enligt 6 kap. FB. Bestämmelsen skall tolkas som att inga andra intressen får komma före barnets bästa.²⁷ Barnperspektivet är med andra ord starkare i FB än i Barnkonventionen.

I den genomförda enkätundersökningen uppger en majoritet av domarna att barnet är i fokus under handläggningen av vårdnadstvister. Det anser däremot inte majoriteten av de föräldrar, socialsekreterare och advokater som också ingår i undersökningen.

Barnets bästa i vårdnadsutredningen

Vårdnadsutredningar utförs av socialförvaltningen på uppdrag av tingsrätten. I riktlinjerna för hur en vårdnadsutredning skall bedrivas föreskrivs att barnets inställning skall klarläggas om detta inte är olämpligt (6 kap. 19 § FB). Upplysningarna skall inhämtas vid ett personligt möte mellan utredare och barn, då utredaren på ett varsamt och respektfullt sätt skall ställa frågor som kan ge kunskap om barnets inställning.²⁸ Av den genomförda dokumentanalysen²⁹ framkommer det att vårdnadsutredningarna i regel genomförs i form av gemensamma samtal med båda föräldrarna på socialförvaltningen och ett

²³ Enligt barnpsykiater Magnus Kihlbom är det inte möjligt att se till barnets bästa om det inte uppmärksammas att barn sinsemellan kan vara mycket olika (SOU 1997:116 Barnets bästa — en antologi, s. 78).

²⁴ SOU 1997:116 s. 125–139.

²⁵ Se SoS-rapport 1996:19.

²⁶ Norström Carl och Thunved Anders, Nya sociallagarna med kommentarer, lagar och författningar som de lyder den 1 januari 2000 (2000) s. 28.

²⁷ Prop. 1997/98:7 s. 104.

²⁸ Se prop. 1994/95:224 s. 33 och 54 f.

²⁹ Dokumentanalysen omfattar 63 vårdnadsutredningar.

timslångt hembesök hos vardera föräldern. Kartläggningen av barnens uppfattning om och upplevelse av sin livssituation och eventuella förändringar av denna begränsas till att de äldre barnen tillfrågas, i samband med hembesöken, om var de önskar bo.³⁰ De yngre barnens inställning fastställs genom att socialsekreterarna iakttar dem under hembesöken. Detta tillvägagångssätt gör det svårt att på ett adekvat sätt kartlägga det enskilda barnets uppfattning och upplevelse. Den genomförda dokumentanalysen visar att barnen beskrivs på ett generaliserat och schablonartat sätt i vårdnadsutredningarna. De uppges exempelvis vara välskötta, alerta, livliga, distanserade eller blyga. Informationen om barnen sträcker sig ofta inte längre än till generell kunskap om barns åldersrelaterade behov, vilket medför att barnen inom olika åldersintervall ses som en homogen grupp med vissa allmänt fastställda behov. Det bör dock understrykas att de vårdnadsutredningar som analyserats härstammar från tiden före införandet av 6 kap. 19 § fjärde stycket FB, som föreskriver att barns inställning skall klarläggas och redovisas i vårdnadsutredningen.³¹

Respondenterna uppger i enkätundersökningen att relationen mellan barn och förälder måste vägas in i bedömningen av barnets bästa. Detta görs dock inte regelmässigt i vårdnadsutredningarna. Vid de tillfällen som relationen beskrivs handlar det dessutom endast om att någon var glad över att träffa sin förälder, att barnet satte sig i förälderns knä eller bad föräldern om hjälp.

Föräldrarnas moral, som föräldrar, advokater och domare menar vara en viktig omständighet i bedömningen av barnet bästa, redovisas inte öppet. Däremot kartläggs och redovisas föräldrarnas alkoholkonsumtion även när den måste anses som ordinär. Också tidigare eller nuvarande missbruksproblem och tidigare kriminalitet redovisas.

Vårdnadsutredningarna skall innefatta en redovisning av insamlade och sammanställda fakta och upplysningar om barnet och dess föräldrar.³² I de analyserade vårdnadsutredningarna lämnas emellertid främst en redogörelse för föräldrarnas uppväxt, deras inbördes relation samt nuvarande boende, sätt att försörja sig, nära relationer, umgänge och sociala nätverk. Endast i 6 procent av utredningarna ligger fokus på barnet och dess livssituation.

Sedan 1991 behöver inte vårdnadsutredarna avge ett yttrande i vårdnadsutredningarna. Oaktat detta innehåller 77 procent av de analyserade vårdnadsutredningarna en konsekvensanalys eller en rekommendation om vad som skall anses vara barnets bästa. Rekommendationen avseende barnets bästa grundar sig främst på respektive förälders förmåga att fungera som vårdnadshavare. Om båda föräld-

³⁰ I 8 procent av vårdnadsutredningarna har barnens vilja uttryckligen kartlagts och tillmätts betydelse. I dessa fall är barnen 12 år eller äldre. I ett par fall har yngre syskon haft samma uppfattning och då har även deras åsikt vägts in i bedömningen.

³¹ Prop. 1994/95:224.

³² Prop. 1990/91:8 s. 44.

rarna anses vara lämpliga som vårdnadshavare, rekommenderas den förälder som barnet bor hos. Intressant att notera är också att i de fall föräldrarna bor i olika kommuner, rekommenderas den egna kommuninvånaren som vårdnadshavare i fyra fall av fem.

Barnets bästa i tingsrättens handläggning

Tingsrättens möjlighet att anlägga ett barnperspektiv begränsas av att informationen i vårdnadsutredningarna är så allmängiltig. Visserligen kan domstolar inhämta ytterligare information, till exempel genom att höra barn, men lämpligheten i detta förfarande kan diskuteras, vilket också förklarar varför domstolarna endast undantagsvis utnyttjar denna möjlighet.

Vårdnadsfrågan kan avgöras på två sätt; dels kan tingsrätten avgöra vårdnadsfrågan genom en ordinär huvudförhandling, dels kan tingsrätten, om föräldrarna under handläggningen uppnår en överenskommelse, förordna i enlighet med denna (6 kap. 17 § FB).

I knappt hälften av rättsfallen har föräldrarna slutit en överenskommelse efter det att en vårdnadsutredning genomförts. I dessa fall har tingsrätten avgjort vårdnadsfrågan på handlingarna i enlighet med överenskommelsen. Barnets synpunkter eller inställning har inte kartlagts, emedan föräldrarnas överenskommelse förutsätts vara liktydig med barnets bästa.³³ Hälften av dessa föräldrar har deltagit i enkätundersökningen varför det är möjligt att undersöka hur deras överenskommelser har fungerat i praktiken. Överenskommelserna har i samtliga fall inneburit att föräldrarnas gemensamma vårdnad ersatts av en ensamvårdnad.

I 60 procent av fallen har överenskommelsen fungerat i så måtto att inte någon av föräldrarna har vänt sig till domstol för att få vårdnads- eller umgängesfrågan prövad igen. Det karaktäristiska för denna föräldragrupp är att den ena föräldern inte tagit aktiv del i omsorgen utan endast haft ett sporadiskt umgänge med barnet.

I 40 procent av fallen har någon av föräldrarna vänt sig till domstol igen, främst beroende på att umgänget inte har fungerat. Det karaktäristiska för denna föräldragrupp är dels att båda föräldrarna är engagerade i sina barn, dels att åtminstone en av föräldrarna har ansetts ha en principfast och ibland även burdus framtoning. Konflikten mellan dessa föräldrar beskrivs som djup, bl.a. har deras kommunikation ofta upphört. Det framgår emellertid varken av rättsfallen eller av enkätundersökningen hur de uppnådde en överenskommelse. Det kan därför ifrågasättas om tingsrätten anlägger ett barnperspektiv i dessa fall och om det är förenligt med barnets bästa att förordna om vårdnad och umgänge i enlighet med en överenskommelse mellan två föräldrar som saknar förmåga att kommunicera med varandra och som därmed också torde sakna förmåga att samarbeta.

³³ Jfr prop. 1981/82:168 s. 35 f. och prop. 1990/91:8 s. 59 f.

Avseende de fall som avgjorts genom en regelrätt huvudförhandling visar dokumentanalysen att barn oftast behandlas schablonmässigt i tingsrättens handläggning. Informationen om det enskilda barnet i domen begränsar sig vanligtvis till uppgifter om namn, ålder, kön och eventuella citat från vårdnadsutredningen. Bristen på information om det enskilda barnet gör att det inte är möjligt att fastställa barnets bästa utifrån ett subjektivt perspektiv.

Tingsrätterna kartlägger inte heller regelmässigt den känslomässiga relationen mellan förälder och barn, trots att de olika respondentgrupperna är överens om att den bör vägas in i bedömningen av barnets bästa. Det är enbart då barnen inte känner eller endast har haft en sporadisk kontakt med sin ena förälder som relationen beaktas av tingsrätten.

Vid en jämförelse mellan vad som anses vara barnets bästa i vårdnadsutredningarna och i tingsrätternas domar framkommer det att rekommendationen i vårdnadsutredningen och tingsrättens beslut sammanfaller i 92 procent av fallen. De fall där tingsrätten avviker från rekommendationen i vårdnadsutredningen karaktäriseras av att båda föräldrarna anses ha brister som vårdnadshavare och att dessa värderas olika av tingsrätt och socialtjänst.

Den genomförda enkätundersökningen och dokumentanalysen påvisar att barnets bästa i tingsrättens handläggning av vårdnadstvister företrädesvis fastställs utifrån ett objektiva perspektiv. Den vetenskapliga och vedertagna kunskap som tillämpas är främst hämtad från FB:s bestämmelser, förarbeten och praxis.³⁴³⁵

Exempelvis är den vanligast förekommande motiveringen av vårdnadsbeslut i tingsrättsdomarna status quo-principen³⁶. I dessa fall har antingen båda föräldrarna ansetts vara lämpliga, och barnets bästa förutsätts därför vara att bo kvar i den invanda miljön, eller också har boendeföräldern ansetts vara mest lämplig och någon överflyttning av vårdnaden har inte kommit i fråga. Den förälder som ansetts mindre lämplig har företrädesvis haft psykiska besvär, missbruksproblem eller blivit dömd för misshandel av den andra föräldern.

I resterande fall har tingsrätten motiverat sitt beslut i vårdnadsfrågan med hänvisning till personliga egenskaper och livssituationen hos den förälder som bedömts vara mindre lämplig som vårdnadshavare. Exempel på omständigheter som ansetts vara till en förälders nackdel

³⁴ Det bör framhållas att det anses finnas både för- och nackdelar med att den rättsliga bedömningen utgår från lagstiftning, förarbeten och praxis. Exempelvis lyfter Schiratzki fram att en fördel är att rättssäkerhetskriterierna inte träds för när. Nackdelen anser hon är att vissa aspekter av barnets bästa prioriteras framför andra. Se vidare Schiratzki Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige* (2000) s. 62.

³⁵ 90 procent av domarna uppger att FB styr deras handläggning. Detsamma gör 66 procent av advokaterna och socialsekreterarna. 66 procent av domarna och 50 procent av advokaterna svarar också att praxis påverkar deras handläggning.

³⁶ I 2/3 av de undersökta domarna har vårdnadsbeslutet motiverats genom status quo-principen.

är psykiska besvär och missbruksproblem, oförmåga att sätta gränser, låsning vid konflikten eller ovilja till samarbete. Faktorer som dålig ekonomi och att föräldrarnas nya partner har flera barn boende hos sig har också använts som motivering i vårdnadsbeslutet.

Dokumentanalysen visar även att det föreligger en inkonsistens i tingsrätternas tillämpning av FB:s bestämmelser och praxis. Bland de analyserade rättsfallen finns tingsrätter som konsekvent håller samman syskonskaror och tingsrätter som inte bara splittrar syskonskaror utan också använder barn för att motivera en förälder att genomgå ett avgiftningsprogram.

En jämförelse mellan en beteendevetenskaplig och en juridisk definition av barnets bästa

Generellt sett anses barns behov bäst tillgodoses av föräldrar som sammanlever i en harmonisk relation, men det finns också separerade föräldrar som kan skapa trygga och utvecklande uppväxtförhållanden för sina barn.³⁷ Det vanligaste är dock att separerade föräldrar har en olycklig relation som bottnar i permanenta konflikter som antagit en sådan dimension att de inte längre kan leva tillsammans.³⁸

I de allra flesta fall utlöser en separation emotionell stress hos både föräldrar och barn. Stressen kan bl.a. ta sig uttryck i känslor av depression, ensamhet, ånger, brist på kontroll, hjälplöshet och ilska. Ofta kvarstår dessa känslor, i ett akut tillstånd, under flera år. Det är också vanligt att stressen reducerar föräldrarnas förmåga att stödja sina barn känslomässigt och tillgodose deras behov.³⁹ En familjesplittning kan utifrån barnets perspektiv innebära att det tvingas hantera dels separationen från den förälder som flyttar hemifrån, dels två föräldrar som inte fungerar adekvat i föräldrarollen.⁴⁰

Om konfliktnivån mellan föräldrarna blir så hög att den leder till en vårdnadstvist medför separationen, i de flesta fall, ytterligare påfrestningar, eftersom de föräldrar som driver en vårdnadstvist ofta befinner sig i ett nästintill permanent tillstånd av konflikt. Det är ett tillstånd som skapar ett negativt känsloklimat och som i vissa fall kan utvecklas till att bli en beständig del av barnets uppväxtvillkor och därigenom en styrande faktor för dess personlighetsutveckling.⁴¹ Rudolph Schaffer, professor i psykologi, hävdar att föräldrakonflikter är en av de mest destruktiva upplevelserna för barns mentala hälsa. Detta gäll-

³⁷ Ds 1999:57 s. 133.

³⁸ Seidal Jan, *Barnet i familjen. Orsaker till och följder av bristande omsorg* (1997) s. 84.

³⁹ Lamb Michael E. (ed.), *Parenting and child development in "non-traditional" families* (1999) s. 126–127.

⁴⁰ Spigelman Ami och Spigelman Gabriella, *Effects of Parental Divorce on Children's Personality Development* (1991) s. 26.

⁴¹ Se exempelvis Schaffer Rudolph H, *Beslut om barn. Psykologiska frågor och svar* (1995) s 243 ff. och Ds 1999:57 s. 133 ff.

er i synnerhet de konflikter som föregått en skilsmässa och som fortsätter i form av en vårdnadstvist.⁴²

I FB och förarbeten anges omständigheter som särskilt skall beaktas i bedömningen av barnets bästa vid vårdnadstvister. De skiljer sig inte väsentligen från de omständigheter som också anses vara av betydelse inom barnpsykologi och barnpsykiatri.⁴³ Exempelvis förutsätts det vara särskilt viktigt att barn får tillgång till båda sina föräldrar även efter en separation; dels för att kunna tillfredsställa sina emotionella behov av att få och ge kärlek, dels för att få uppskattning och möjlighet att utveckla sitt inre, utan att bli skuldbelagt, nedvärderat eller förnekad.⁴⁴ Det anses dessutom vara särskilt viktigt att barn får möjlighet att uttrycka sin uppfattning och sina känslor, och att de får påverka sin egen situation utifrån sin åldersnivå (jfr 6 kap. 2b § FB). De föräldrar som bedöms vara till sitt barns bästa, anses ha förmågan att prioritera barnets behov framför sina egna och tillåter att barnet träffar båda sina föräldrar tätt i vardagssituationer. Utöver detta råder det en samsyn om att tvisten bör avgöras med minsta möjliga dröjsmål.⁴⁵

Emellertid visar den genomförda dokumentanalysen att det uppstår skillnader i den praktiska tillämpningen. En grundläggande skillnad är bl.a. hur vårdnadskonfliktens djup och skadlighet bedöms. Domstolens direktiv föreskriver att den inte skall döma till gemensam vårdnad om konflikten är så djup att det är omöjligt för föräldrarna att samarbeta i frågor som rör barnet.⁴⁶ Vad som avses med samarbete definieras dock inte.

Dokumentanalysen⁴⁷ påvisar att verbala konflikter mellan föräldrarna inte tillmätts någon större betydelse i tingsrättens handläggning av vårdnadstvister. Inom barnpsykiatri däremot anses konflikter som utvecklas till en ständigt pågående argumentation mellan föräldrar kunna bidra till att barn utvecklar beteendestörningar och psykiska störningar.⁴⁸ I tingsrätten tillmätts inte heller misshandel mellan föräldrarna någon betydelse, om den inte har fastställts i en dom och initierats innan själva separationen påbörjats. Inte heller beaktas om barnet har bevittnat eller hört misshandeln. Det tycks snarare råda en uppfattning inom både socialförvaltning och tingsrätt att misshandel relaterad till en separation inte bör påverka och styra vårdnads- och umgängesfrågan. Denna uppfattning har även stöd i praxis och doktrinen.⁴⁹

⁴² Schaffer Rudolph H, Beslut om barn. Psykologiska frågor och svar (1995) s. 241 f.

⁴³ SOU 1995:79 s. 75, SOU 1997:116 s. 135–136, Ds 1999:57 s. 121 ff.

⁴⁴ Se exempelvis prop. 1990/91:8 s. 60 f., prop. 1997/98:7 s. 49 f., Ds 1999:57 s. 125–126.

⁴⁵ SOU 1995:79 s. 75.

⁴⁶ Se exempelvis prop. 1990/91:8 s. 31–34, prop. 1997/98:7 s. 48–52.

⁴⁷ Det empiriska underlaget består av 65 domar.

⁴⁸ Lamb Michael E. (ed.), Parenting and child development in "non-traditional" families (1999) s. 125–135.

⁴⁹ Se exempelvis HD:s dom T5367-99, där det visserligen utdömdes enskild vårdnad men inte p.g.a. av förekomsten av våld mellan föräldrarna utan p.g.a. samar-

I 12 procent av de analyserade rättsfallen har en barn- och ungdomspsykiatrisk utredning (BUP-utredning) genomförts. Dessa utredningar, som utgår från ett barnpsykologiskt perspektiv, beaktar till skillnad från både tingsrätt och socialförvaltning att varje form av våld i familjen rubbar den känsla av tillit och trygghet som är en viktig förutsättning för barns utveckling.⁵⁰

Det finns studier som visar att våld förekommer i 75 procent av de familjer som hamnar i en vårdnadstvist, men att våldet mellan föräldrar inte endast beror på separationen utan vanligtvis har flera bakomliggande orsaker. Studierna visar också att barn reagerar olika på våld beroende på kön, ålder och hur situationen hanteras.⁵¹ Att såväl socialförvaltning som tingsrätt bortser från förekomsten av våld kan därför varken anses vara förenligt med barnets bästa eller med ett barnperspektiv.

Dokumentanalysen påvisar även att det föreligger skillnader i hur psykisk ohälsa hos barn beaktas. I BUP-utredningarna utreds och beaktas psykisk ohälsa, och det framgår av analysen att det i vårdnadsutredningarna regelmässigt refereras till BUP-utredningarna avseende eventuell psykisk ohälsa. Detta oaktat om det är barnets föräldrar, socialtjänsten eller sjukvården som tagit initiativ till utredningen. I tingsrättsdomarna däremot beaktas endast utredningar som rör barn med en diagnostiserad psykisk sjukdom. Detta är anmärkningsvärt eftersom BUP-utredningarna ingår i tingsrätternas utredningsmaterial och därmed borde beaktas i bedömningen av barnets bästa. En förklaring kan vara att tingsrätterna visserligen har beaktat BUP-utredningen men att de inte har fullgjort sin skyldighet att redovisa samtliga domskäl. En annan förklaring skulle kunna vara att tingsrätterna endast anlägger ett objektivt perspektiv på barnets bästa, varvid man bortser från subjektiva omständigheter och därmed inte beaktar barnets reaktioner på föräldrakonflikten.

I BUP-utredningarna anläggs både ett subjektivt och ett objektivt perspektiv på barnets bästa. Av de analyserade BUP-utredningarna framgår det att de har syftat till att klargöra barnets inställning och resurser att hantera föräldrakonflikten samt att belysa dels relationen mellan barn och respektive förälder, dels föräldrarnas förmåga att fungera som vårdnadshavare. Under de veckor som utredningen genomförts har utredare och barn träffats dagligen. Då har det subjektiva perspektivet av barnets bästa kartlagts genom samtal, lek, tester och observation. Utredningarnas objektiva perspektiv grundar sig på barnpsykologisk och barnpsykiatrisk kunskap. I beslutssituationen har

betsvårigheter. Samma förhållningssätt kan utläsas i Sjösten Mats, *Vårdnad, boende och umgänge*. Bestämmelserna i föräldrabalken och näraliggande regler (1998) s. 52.

⁵⁰ Seidal Jan, *Barnet i familjen. Orsaker till och följder av bristande omsorg* (1997) s. 10.

⁵¹ Lamb Michael E. (ed.), *Parenting and child development in "non-traditional" families* (1999) s. 315–316.

olika beslutsalternativ övervägts utifrån barnets synvinkel. I de flesta fall handlar det om friska barn som mår dåligt på grund av föräldrarnas konflikt, varför den primära rekommendationen är att lösa föräldrakonflikten. I de fall där gemensam vårdnad inte är möjlig och föräldrarna värderas som likvärdiga vårdnadshavare, är rekommendationen att barnet stannar kvar i sin invanda miljö. I övriga fall rekommenderas den förälder som i störst utsträckning kan se sitt barns behov och sätta dem före sina egna, som vårdnadshavare.

Vid en jämförelse mellan tingsrättens beslut i vårdnadsfrågan och rekommendationen i BUP-utredningen, visar det sig att tingsrätterna enbart i drygt hälften av fallen kommer fram till samma slutsats som de barnpsykiatriska utredningarna, men på andra grunder.

Analys

Vid en genomgång av den svenska lagstiftningen avseende betydelsen av begreppet barnets bästa i samband med vårdnadstvister, framkommer det att begreppet har genomgått en betydelseförskjutning under 1900-talet, vilket har medfört att barnets position har stärkts. Exempelvis har barnets rättsliga ställning utvecklats — från att vara ett rättsobjekt till att bli ett rättssubjekt — genom att barn har tillskrivits specifika rättigheter. Därutöver har begreppet barnets bästa utvecklats till en princip som alltid skall beaktas i frågor som rör barn.

Begreppet barnets bästa är inte bara en av grundpelarna i Barnkonventionen utan också den princip som FB:s regelverk vilar på. Begreppet är konstruerat som en allmän och övergripande princip. Det innebär att det inte har tillskrivits en specifik innebörd i lagstiftningen. Visserligen innehåller FB en uppräkningslista av barns rättigheter och vissa normerande omständigheter som inte får förbises, men begreppets konkreta innebörd skall fastställas i varje enskilt fall genom att de professionella aktörerna i sin tillämpning tillskriver det ett innehåll.

I handläggningen av vårdnadstvister engageras tre sociala system i att fylla begreppet barnets bästa med ett reellt innehåll: familjen, socialtjänsten och domstolssystemet. Dessa system har olika funktioner; exempelvis lämnar barnets familj och dess sociala nätverk information till socialtjänsten. Socialtjänsten sammanställer i sin tur denna information i form av en vårdnadsutredning och vidarebefordrar den till tingsrätten, som därefter, bl.a. med utgångspunkt från vårdnadsutredningen, fattar beslut i vårdnadsfrågan.

De genomförda undersökningarna visar att aktörernas definition av barnets bästa sammanfaller när det gäller barns grundläggande fysiska och psykiska behov, men att den därutöver skiljer sig åt. De olika uppfattningarna kan härledas både till yrkesrelaterade utgångspunkter och personliga åsikter. Föräldrarnas definition utgår främst från det enskilda barnets behov, dvs. från ett subjektivt perspektiv på barnets bästa, medan de professionella aktörernas definition främst utgår från ett objektiva perspektiv. Exempelvis vilar socialsekreterarnas definition

på en socialvetenskaplig kunskapsbas. I enkätundersökningen har de gett uttryck för en vidare och djupare definition av barnets bästa än de juridiskt skolade advokaterna och domarna. De senare har företrädesvis definierat barnets bästa med utgångspunkt från de rättigheter som barn tillskrivs i 6 kap. 1 § FB och de omständigheter som anges i 6 kap. 2a § FB och 6 kap. 2b § FB.

Dokumentanalysen visar dock att socialsekreterarnas definition av barnets bästa i den praktiska handläggningen begränsas till de rättigheter och omständigheter som anges i FB och praxis. Det kan tolkas som att socialsekreterarna har anpassat vårdnadsutredningens innehåll till domstolssystemets definition av barnets bästa, trots att syftet med vårdnadsutredningen är att tillhandahålla domstol särskild sakkunskap. Detta innebär att inte bara föräldrarnas och aktörernas personliga definitioner utan också den socialvetenskapliga definitionen av barnets bästa har underordnats det juridiska systemets definition. I praktiken är det därmed domstolen som definierar vad som är barns bästa i samband med vårdnadstvister.

Dokumentanalysen visar att tingsrätterna fastställer vad som är det enskilda barnets bästa genom den gängse subsumtionsmetoden.⁵² Det innebär att domstolen primärt är inriktad på att utröna de i lag angivna premisserna för beslut och att lagstiftningen utgör ramen för domstolens tolkning av begreppet barnets bästa.⁵³ Genom ett sådant förfarande likställs barns bästa med deras lagstadgade rättigheter, de normerande omständigheterna som anges i FB och presumptionerna i praxis. Då dessa endast rör barns grundläggande behov, begränsas domstolssystemets förmåga att se till barns bästa i samband med vårdnadstvister till en skyddsnivå.⁵⁴ Detta förfarande innebär dessutom att varken ett föreskrivet barnperspektiv eller ett subjektivt perspektiv på barnets bästa kan anläggas i den juridiska handläggningen av vårdnadstvister, något som inte kan anses vara förenligt med de vägledande direktiv som förarbeten och den svenska Barnkommittén ger.

Förarbetena föreskriver bland annat att domstolssystemet skall göra en helhetsbedömning av vad som kan anses vara bäst för barnet.⁵⁵ Det betyder att tingsrätterna, så långt det är möjligt, skall ta hänsyn till *allt* som rör barnets välbefinnande och utveckling, såväl kortsiktigt som långsiktigt, vid bedömningen av barnets bästa.⁵⁶ FB föreskriver att domstolen i sin tillämpning skall fastställa barnets bästa genom att anlägga ett barnperspektiv. Det innebär enligt den svenska Barnkommit-

⁵² Subsumtionsmetoden innebär att domstolen presenterar sina beslut som en logisk följd av en generell rättsregel och av fakta i målet. I samband med vårdnadstvister är tillämpningen mera komplex eftersom barnets bästa inte är identisk med någon lagbestämmelse utan medger flera möjliga tolkningar av lagstiftning och andra rättskällor. Jfr Peczenik Aleksander, Juridisk argumentation — en lärobok i allmän rättslära (1990) s. 136–138.

⁵³ Ibid. s. 11–14.

⁵⁴ Schiratzki Johanna, Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige (2000) s. 59–65.

⁵⁵ Prop.1997/98:7 s. 104.

⁵⁶ Se prop. 1989/90:107 s. 28, prop. 1997/98:7 s. 104.

téns direktiv att domstolen om möjligt skall kartlägga barnets uppfattning om och upplevelse av sin livssituation samt eventuella förändringar av denna. I en beslutssituation medför ett barnperspektiv att domstolen skall analysera olika beslutsalternativ och överväga dessa utifrån barnets synvinkel. Vad som anses vara det individuella barnets bästa skall slutligen fastställas genom en kombination av kunskap om det enskilda barnet, ett subjektivt perspektiv, och kunskap grundad på vetenskap och vedertagen erfarenhet, ett objektiva perspektiv.⁵⁷

Att det inte anläggs ett föreskrivet barnperspektiv eller ett subjektivt perspektiv på barnets bästa i domstolarnas tillämpning av bestämmelserna i 6 kap. FB har även påvisats i andra studier. Exempelvis visar Torbjörn Odlöw i en undersökning av hur barnets bästa bedöms och tillämpas i förhållande till presumtionen att gemensam vårdnad är bäst för barn, att gemensam vårdnad primärt har kommit att tillämpas som en föräldrarätt.⁵⁸ Ett annat exempel är BO:s kartläggning av fem tingsrätters handläggning av umgängestvister som rör småbarn. Den visar bl.a. att hänsynen till barnens behov är otillräcklig och att de undersökta tingsrätternas självständiga prövning av det subjektiva perspektivet av barnets bästa brister.⁵⁹ Ytterligare ett exempel är Lotta Dahlstrands undersökning av 121 vårdnadsmål som avgjorts i tingsrätt 1997, rörande barns rätt att komma till tals. Den visar att endast i tio (10) fall har barnets vilja beaktats och redovisats i domen.⁶⁰

Sammanfattningsvis visar resultaten från denna rättssociologiska studie av vårdnadsmålets funktion att lagstiftarens intention att implementera ett barnperspektiv och en värdeöppen tillämpning av begreppet barnets bästa inte realiserats inom föreliggande handlägningsordning. Resultaten indikerar att hindren mot en implementering både finns i domstolsystemets organisering⁶¹ och i dess struktur.⁶² Exempelvis tyder resultaten från studien på att domstolssystemets organisering bidrar till en överordnad position i förhållande till socialtjänsten och annan expertis vilket kan leda till att barnets bästa endast tillskrivs en normativ innebörd. Resultaten indikerar också att domstolsystemets organisering ger upphov till interna hinder. Visserligen finns det ett självklart samband mellan föräldrars förmåga och barns

⁵⁷ SOU 1997:116 s. 132–135.

⁵⁸ Odlöw Torbjörn, Schiratzki (red.), *Barnets bästa i Norden — rättsfilosofi och rättslig begreppsbildning*, artikeln ”Ytterligare perspektiv på barnets bästa i vårdnadstvister” (2001).

⁵⁹ BO, *Små barn och umgängestvister — en undersökning av 62 tingsrättsdomar* (2000). BO har undersökt samtliga domar som avkunnats vid fem tingsrätter under 1998, avseende umgängestvister rörande barn upp till tre års ålder.

⁶⁰ Dahlstrand Lotta, *Betydelsen av barns vilja i vårdnadstvister*, Perspektiv på forskning om barn, familj och folkhälsa, FAS 2001.

⁶¹ Med begreppet organisering avses de särdrag hos domstolssystemet som gör att det definieras som en domstol, exempelvis de grundvalar och principer som domstolssystemet vilar på.

⁶² Begreppet struktur avser relationen mellan domstolssystemets komponenter, exempelvis relationen mellan den materiella lagstiftningen, handlägningsrutiner och ledamöternas kompetens.

välbefinnande men det är troligen inte den enda förklaringen till att det företrädesvis är föräldrarna som är i fokus under handläggningen av vårdnadstvister. En annan förklaring kan därför vara att domstolen har en dualistisk roll i handläggningen av vårdnads mål; å ena sidan skall domstolen beakta föräldrars rättssäkerhet och å andra sidan skall den anlägga ett barnperspektiv och tillämpa värdeprincipen barnets bästa.⁶³ En sådan intern konflikt kan motverka att barnet sätts i fokus.

Förekomsten av strukturella hinder kan exempelvis ha sin grund i det faktum att förhållandet och samspelet mellan barns rättigheter, barnets bästa som rättsregel och den värdeöppna principen barnets bästa inte har klargjorts, vilket kan medföra att barnets bästa endast tillskrivs en normativ innebörd.⁶⁴ En annan strukturell faktor som kan försvåra arbetet med att anlägga ett barnperspektiv i domstolens handläggning är de professionella aktörernas uttalade osäkerhet om vilken innebörd begreppet barnets bästa skall tillskrivas och att domstolsledamöter oftast saknar särskild kunskap om barn och föräldrar som befinner sig i en vårdnadsstrid. Dessutom kan det faktum att det inte har implementerats adekvata rutiner, metoder och resurser i handlägningsordningen för att kartlägga och fastställa barns subjektiva bästa vara en bidragande orsak till att det förbises.

Resultaten från denna studie visar att domstolssystemet i dagsläget inte är anpassat för att hantera vårdnadstvister på ett föreskrivet sätt.⁶⁵ Lagstiftaren har visserligen uttalat att familjenämnder och liknande institutioner bör övervägas i samband med utvärderingen av 1998 års reformering av FB:s bestämmelser, men denna studie visar att en förutsättning för att ett sådant övervägande skall vara meningsfullt är att man klarlägger de hinder som uppstår på grund av domstolssystemets organisering och särskiljer dessa från de hinder som har en struktu-

⁶³ Begreppet värdeprincip är i detta sammanhang liktydigt med en norm som uppställer vissa ideal och som kvalificerar exempelvis handlingar eller personer som mer eller mindre bra. Principen uttrycker ett visst värde som utsäger vad som prima-facie bör göras. Varje princip utgör ett prima-facie skäl till handling, men i vissa fall kan olika principer kollidera varför det behövs ytterligare skäl för att i det konkreta fallet välja mellan de kolliderande principerna. Det innebär att det i beslutssituationen endast föreligger en provisorisk prima-facie skyldighet att strikt följa en värdeprincip. Se vidare Peczenik Aleksander, *Juridisk argumentation — en lärobok i allmän rättslära* (1990) s. 81–83.

⁶⁴ Värt att notera är att samspelet mellan barns bästa och barns rättigheter inte heller diskuterades närmare under utarbetandet av barnkonventionen, varför det bör påpekas att de rättigheter som räknas upp inte är heltäckande och att det kan föreligga situationer då barnets bästa begränsas av barnets rättigheter. Se vidare Schiratzki Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige* (2000) s. 53–64.

⁶⁵ Att den föreliggande handlägningsordningen är strukturellt otillräcklig har uppmärksamats i olika sammanhang och flera förslag till lösningar har framförts; exempelvis att öka domstolens kompetens i barnfrågor, antingen genom vidareutbildning av befintlig personal eller genom förändringar i domstolens sammansättning. Det har också föreslagits olika typer av förändringar i handlägningsordningen, exempelvis att ge barnet partsställning i processen (se exempelvis SOU 1986:20 s. 283 ff., SOU 1987:7 s. 195 ff., SOU 1995:79 s. 125 f.). Det har också föreslagits förändringar på en organisatorisk nivå genom att exempelvis att införa familjenämnder.

rell grund.⁶⁶ Om lagstiftaren dessutom anser att barn, som är föremål för en vårdnadstvist som inte kan biläggas genom en samförståndslösning, skall ha ett legalt skydd som sträcker sig längre än till en elementär skyddsnivå, så bör en grundläggande analys göras för att få fram vilken typ av organisering och struktur som krävs för att en samhällelig institution skall kunna implementera ett föreskrivet barnperspektiv och tillämpa barnets bästa utifrån såväl ett subjektivt som ett objektivt perspektiv.

⁶⁶ Prop. 1997/98:7 s. 92.