

# 1980 års Haagkonvention om olovliga bortföranden av barn

## En allmän betraktelse över tillämpningen av vissa av artiklarna samt en jämförelse med den svenska införlivandelagen

Av rådmannen KARIN GÖRANSSON\*

*I de svenska förvaltningsdomstolarna prövas varje år ett antal ansökningar om överflyttning av barn enligt 1980 års Haagkonvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn. Domstolarnas tillämpning av konventionen har ibland kritiserats. Haagkonferensen för internationell privaträtt organiserade hösten 2001 ett domarseminarium i Nederländerna angående konventionen. I denna artikel diskuteras några av de frågor som behandlades under seminariet samt hur konventionen och den lag genom vilken den införlivats med svensk rätt skall tillämpas av de svenska domstolarna.*

### 1. Inledning

#### 1.1 Haagkonventionens syfte

Syftet med 1980 års Haagkonvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn (Haagkonventionen) är, enligt artikel 1, att säkerställa ett snabbt återförande av barn som olovligen har förts ut till eller kvarhålls i en fördragsslutande stat och att garantera att rätten i en fördragsslutande stat till vårdnad och umgänge verksamt respekteras i andra fördragsslutande stater.

Den första delen av artikel 1 anger konventionens centrala mål vilket är att återställa situationen sådan den var före det olovliga bortförandet eller kvarhållandet. Ett återställande skall ske för att ett avgörande angående vårdnaden om barnet skall kunna fattas av domstolarna eller myndigheterna i barnets hemviststat.

Den andra delen av artikel 1 har ett preventivt syfte. Om varje fördragsslutande stat respekterar vårdnads- och umgängesrättigheter som existerar i en annan stat kan man förvänta sig att det avhåller föräldrar i den andra staten från att olovligen bortföra ett barn till en fördragsslutande stat eller kvarhålla barnet där. Det finns emellertid inte några bestämmelser i konventionen som reglerar hur respekten för rättigheterna skall upprätthållas. Med undantag av det indirekta

\* Rådman vid Tierps tingsrätt sedan 1997 och vid Uppsala tingsrätt från och med den 1 juni 2002. En av Domstolverkets domarstipendiater med ämnet svensk och internationell familjerätt. Tack till professor Maarit Jänträ-Jareborg vid Uppsala universitet för synpunkter på artikeln.

skydd som reglerna om skyldigheten att överflytta barnet till den som har vårdnadsrättigheter ger, faller därför respekten för vårdnadsrättigheter i en annan konventionsstat nästan helt utanför konventionens tillämpningsområde. När det gäller umgängesrättigheter finns en bestämmelse i artikel 21 i konventionen. Den bestämmelsen återkommer jag till senare. Redan nu kan emellertid sägas att den inte ger något egentligt skydd för umgängesrättigheter utan enbart är inriktad på samarbetet mellan centralmyndigheterna.

### 1.2 Haagkonventionens tillämpning

Haagkonventionens tillämpning i Sverige har varit föremål för diskussioner i bland annat media och har även utsatts för kritik från andra konventionsstater.<sup>1</sup> Mellan 1994 och 1999 gjordes, enligt vad som kommit till centralmyndighetens kännedom, 84 ansökningar enligt Haagkonventionen där ett barn begärdes överflyttat från Sverige. Endast 46 av dessa ansökningar prövades av domstol. Målen handläggs i första instans vid länsrätt. Med hänsyn till det begränsade antalet ärenden per år i Sverige kan det vara svårt för den enskilde länsrättsdomaren att få den rutin i handläggningen som krävs för att målen skall kunna handläggas så snabbt och effektivt som konventionen förutsätter. Samtidigt är det viktigt att understryka betydelsen av att bestämmelserna i överflyttningslagen tolkas på ett konventionsautonomt sätt. Viss kritik kan i det sammanhanget riktas mot hur konventionen genom överflyttningslagen har införlivats med svensk rätt.

### 1.3 Domarseminarium

I oktober 2001 hölls ett domarseminarium i Nederländerna angående Haagkonventionen. Konventionen, som Sverige ratificerade år 1989, har införlivats med svensk rätt genom *lagen (1989:14) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn* (här kallad överflyttningslagen).

Initiativet till seminariet kom från Tyskland och USA som har många gemensamma konventionsärenden. Det organiserades av Haagkonferensen för internationell privaträtt som är en mellanstatlig organisation med för närvarande 56 medlemsstater.<sup>2</sup> I seminariet deltog ett trettiotal domare från Tyskland, USA, England, Frankrike, Nederländerna, Skottland och Sverige. Även de olika staternas centralmyndigheter var representerade. Centralmyndigheterna är de myndigheter som enligt artikel 6 i Haagkonventionen skall utses av varje fördragsslutande stat för att fullgöra vissa skyldigheter enligt konventionen. Uppgiften att vara centralmyndighet i Sverige fullgörs av Utrikesdepartementet. Från Sverige deltog vid seminariet domare från

<sup>1</sup> Se Maarit Jänterä-Jareborg, Olovliga bortföranden av barn: dags att ställa Sverige vid skampålen? SvJT 2000 s. 875, här citerad som Jänterä-Jareborg.

<sup>2</sup> Se närmare om Haagkonferensen H. van Loon "The Hague Conference — its origins, organisation and achievements", SvJT 1993 s. 293–307 eller Haagkonferensens hemsida, [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

förvaltningsdomstolarna och de allmänna domstolarna samt en representant från centralmyndigheten.

Syftet med seminariet var att öka kunskaperna om Haagkonventionen, att utveckla en förståelse hos deltagarna för hur konventionen tillämpas i de olika stater som var representerade, att låta deltagarna få ta del av intressant utveckling i praxis samt att verka för ett ökat rättsligt samarbete på internationell nivå.

Under seminariet diskuterades tillämpningen av vissa av artiklarna i Haagkonventionen utifrån ett hypotetiskt fall. Fallet är intressant ur flera synvinklar och väcker frågor som är värda att granskas närmare. Syftet med denna artikel är att lyfta fram några av dessa frågor genom dels en allmän betraktelse, dels en jämförelse med vissa av den svenska överflyttningslagens bestämmelser.

## 2. Hypotetiskt fall

Det hypotetiska fall som följer nedan överensstämmer i stort sett med det fall som diskuterades under seminariet.

Fru White och herr White gifte sig med varandra för två år sedan. Fru White är medborgare i staten A och herr White är medborgare i staten B. Paret bosatte sig i staten B. Deras enda barn, Marc, föddes för ett år sedan. Enligt fru White förändrades herr White efter Marcs födelse. Han började överkonsumera alkohol och var borta mycket från hemmet. Vidare blev herr White enligt fru White mer och mer aggressiv mot henne och angrep henne också fysiskt vid ett tillfälle. Fru White har också uppgett att herr White inte gav henne tillräckligt med pengar till hushållet och att hans familj blev negativt inställd till henne.

För sex månader sedan separerade makarna efter ett gemensamt beslut. Marc bodde efter separationen tillsammans med fru White. Fru White har ingen annan släkt i staten B och hennes möjligheter att få arbete där är små. För tre månader sedan reste hon därför tillsammans med Marc till staten A. Hon informerade inte herr White om resan. Fru White bor nu med Marc i staten A hos sina föräldrar och har fått arbete där.

Efter Marcs bortförande inledde herr White en vårdnadsprocess i staten B. Han tillerkändes interimistiskt ensam vårdnad om Marc. Även ett straffrättsligt förfarande mot fru White inleddes i staten B. Herr White har nu i staten A ansökt om överflyttning av Marc i enlighet med 1980 års Haagkonvention.

Fru White invänder att hon är Marcs primära/faktiska vårdnadshavare och att herr White alltid har visat litet intresse för Marc. Hon uppger vidare att hon inte är beredd att återvända till staten B. Skälen för detta är det pågående straffrättsliga förfarandet där samt det förhållandet att det skulle vara svårt för henne att i staten B få juridisk hjälp i en vårdnadsprocess. Ett beslut om överflyttning skulle därför

skilja Marc från henne och därigenom orsaka Marc allvarlig psykisk skada.

Fru White vill som vittne åberopa en välkänd psykiater från staten A som har behandlat henne för stress och som känner till Marcs utveckling.

Fru White anför slutligen att det i och för sig är riktigt att hon och herr White, vid tiden för det påstådda olovliga bortförandet, enligt lagen i B hade gemensam vårdnad om Marc samt att detta innebar att herr White hade rätt att bli tillfrågad om allt som rörde Marcs uppväxt. Men då det inte fanns någon uttrycklig bestämmelse i B:s lag som förbjöd henne att resa utomlands med Marc eller något domstolsbeslut med ett sådant förbud så har bortförandet inte varit olovligt.

### 3. Olovligt bortförande

#### 3.1 När strider bortförandet mot "rätt till vårdnad"?

Av artikel 3 i Haagkonventionen framgår när ett bortförande eller ett kvarhållande av ett barn skall anses olovligt. Till att börja med skall enligt artikel 3(a) bortförandet eller kvarhållandet strida mot en rätt till vårdnad ("*rights of custody*") som har anförtrots en person, en institution eller något annat organ, antingen gemensamt eller var för sig, enligt lagen i den stat där barnet hade sitt hemvist omedelbart före bortförandet eller kvarhållandet. I överflyttningslagen finns motsvarande bestämmelse i första delen av 11 § andra stycket där "*rights of custody*" har översatts till "rätt att ta vård om barnet". Vad innebär det då enligt Haagkonventionen att någon har en rätt till vårdnad eller en rätt att ta vård om ett barn?

I artikel 5(a) i Haagkonventionen finns en definition av begreppet. "Rätten till vårdnad" innefattar enligt konventionen de rättigheter som hänför sig till *vården av barnets person och särskilt rätten att bestämma var barnet skall bo*.

Någon bestämmelse som motsvarar Haagkonventionens definition av rätten till vårdnad finns inte i överflyttningslagen. Anledningen till detta framgår inte av propositionen men skälet torde vara att definitionen vid konventionens införlivande ansågs överensstämma med vårdnadsbegreppet i svensk lag. Enligt 6 kap. 1 § föräldrabalken har den som har vårdnaden om ett barn ett ansvar för barnets personliga förhållanden och en vårdnadshavare har enligt 6 kap. 11 § föräldrabalken rätt och skyldighet att bestämma i frågor som rör barnets personliga angelägenheter. Vårdnaden omfattar bland annat en principiell rätt att bestämma var barnet skall bo. En förälder som inte har vårdnaden om barnet har inte någon sådan bestämmanderätt och kan inte heller genom domstolsbeslut få någon "vetorätt" angående barnets boende. I andra stater kan det emellertid förekomma att, på grund av ett domstolsbeslut, en förälder med umgängesrättigheter också kan förhindra t.ex. att barnet flyttas från den gemensamma

hemviststaten. I litteraturen och även i praxis har man diskuterat frågan om en sådan rättighet i sig är tillräcklig för att föräldern i Haagkonventionens mening skall anses ha "rätt till vårdnad" om barnet.<sup>3</sup>

Vid bedömningen av om bortförandet eller kvarhållandet strider mot en rätt till vårdnad skall alltså lagen i barnets hemviststat tillämpas. En utredning av innehållet i den utländska lagen kan vara både tidsödande och komplicerad. I artikel 15 i Haagkonventionen, vilken motsvaras av 14 § andra stycket överflyttningslagen, finns det emellertid en bestämmelse enligt vilken sökanden, om rätten begär det, skall förete ett sådant avgörande av någon myndighet i den stat där barnet hade sitt hemvist som utvisar att bortförandet eller kvarhållandet var olovligt. Domstolen gör då ingen egen prövning av ett sådant avgörande. Kan ett avgörande inte erhållas kan domstolen ta hjälp av centralmyndigheten i den andra staten som enligt artikel 7(e) i Haagkonventionen är skyldig att hjälpa till. Den svenska centralmyndighetens skyldigheter i detta avseende framgår av 2 § förordningen (1989:177) om erkännande och verkställighet av utländska vårdnadsavgöranden m.m. och om överflyttning av barn.

I exempelfallet hade herr och fru White efter separationen fortfarande gemensam vårdnad om Marc enligt lagen i staten B. För en svensk domare framstår det därför som närmast självklart att bortförandet strider mot herr Whites rätt till vårdnad om Marc. Dock skall även ytterligare rekvisit vara uppfyllda för att bortförandet enligt konventionens mening skall anses olovligt.

### *3.2 Kriterierna för utövandet av rätt till vårdnad vid bortförandet*

Av artikel 3(b) i Haagkonventionen framgår att det, för att bortförandet eller kvarhållandet skall anses olovligt, krävs att vårdnaden också verkligen utövades vid den tidpunkt då barnet fördes bort eller hölls kvar eller skulle ha utövats om inte bortförandet eller kvarhållandet hade ägt rum. I överflyttningslagen finns motsvarande bestämmelse i slutet av 11 § andra stycket. Bestämmelsen är avsedd att vara en "säkerhetsbestämmelse" som skall motverka att en förälder eller annan som i och för sig har vårdnadsrättigheter men inte faktiskt har utövat dessa kan tvinga fram en överflyttning. Som framgår närmare under 4.1 är det i praktiken förmodligen tillräckligt med ett påstående från den kvarlämnade förälderns sida att han eller hon faktiskt utövade vårdnaden om barnet vid tidpunkten för bortförandet för att detta krav skall anses uppfyllt.

<sup>3</sup> Se P.R. Beaumont & P.E. McElevay, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford 1999 s. 75–82, här citerad som Beaumont & McElevay.

#### 4. När kan den bortförande föräldern åberopa de s.k. vägransgrunderna?

##### 4.1 Förhållandet mellan artiklarna 3(b) och 13(a) i Haagkonventionen m.m.

I artikel 13 i Haagkonventionen finns bestämmelser som ger domstolen rätt att vägra överflyttning trots att ett olovligt bortförande eller ett olovligt kvarhållande har konstaterats. Det gäller till att börja med om rätten till vårdnad faktiskt inte utövades vid den tid då bortförandet eller kvarhållandet ägde rum. Det är alltså samma omständighet som enligt artikel 3(b) i Haagkonventionen kan medföra att ett bortförande eller ett kvarhållande över huvud taget inte skall anses som olovligt. Hur hänger detta ihop?

För att lättare förstå sambandet mellan bestämmelserna om det faktiska utövandet av vårdnaden i artikel 3(b) och artikel 13(a) i Haagkonventionen kan man söka ledning i den förklarande inofficiella rapporten till Haagkonventionen,<sup>4</sup> samt i Beaumont & McEleavy.<sup>5</sup>

Artikel 3 i Haagkonventionen innehåller definitionen av ett olovligt bortförande eller kvarhållande. Ett av kraven för att ett bortförande eller ett kvarhållande skall anses olovligt är enligt definitionen i artikel 3(b) att rätten till vårdnad faktiskt utövades av den kvarlämnade vårdnadshavaren. Av den som ansöker om en överflyttning krävs att han eller hon anger ett underlag (s.k. prima facie-bevis) som visar att rätten till vårdnad faktiskt utövades vid tiden för bortförandet eller kvarhållandet. De låga krav som ställs på bevisningen blir tydliga vid en jämförelse med artikel 8(c) i Haagkonventionen. Där framgår att en ansökan om överflyttning skall ange de grunder sökanden åberopar för att få tillbaka barnet. Det torde då i princip vara tillräckligt att där anges att rätten till vårdnaden utövades samt det sätt på vilket det skedde. Skälen för de låga kraven i den delen är att Haagkonventionen bygger på den presumtionen att den som har vårdnadsrättigheter också faktiskt utövar vårdnaden. Omvänt kan den som enligt vad domstolen har kommit fram till olovligen bortfört eller kvarhållit ett barn bestrida överflyttning av barnet på den grunden att enligt artikel 13(a) i Haagkonventionen rätten till vårdnad inte utövades vid bortförandet eller kvarhållandet. Bevisbördan vilar då på den bortförande eller kvarhållande parten som har att visa att presumtionen är bruten, vilket torde ställa helt andra och högre krav på bevisningen än den prima-facie bevisning som krävs av sökanden för att uppfylla konventionens artikel 3(b).

I 12 § överflyttningslagen finns angivet när överflyttning av ett barn enligt Haagkonventionen får vägras. Någon motsvarighet till bestämmelserna i artikel 13(a) i Haagkonventionen om att domstolen kan vägra överflyttning på grund av att rätten till vårdnad faktiskt inte utövades vid bortförandet har inte tagits in i överflyttningslagen. I pro-

<sup>4</sup> "Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction. Explanatory Report", författad av professor Elisa Pérez-Vera, avsnitt 72 och 73.

<sup>5</sup> S. 83 f.

positionen till överflyttningslagen hänvisas i specialmotiveringen till 12 § endast till bestämmelserna i 11 § andra stycket överflyttningslagen, dvs. till definitionen av när ett olovligt bortförande eller kvarhållande kan föreligga.<sup>6</sup> Det torde innebära att det inte har ansetts vara nödvändigt att även i de så kallade vägransgrunderna ta med en sådan bestämmelse. Med tanke på förhållandet mellan artikel 3(b) och artikel 13(a) är denna bedömning enligt min uppfattning tveksam.

Domstolen kan dessutom enligt vad som framgår av slutet av artikel 13(a) i Haagkonventionen vägra överflyttning om den som hade vård om barnets person vid tidpunkten för bortförandet eller kvarhållandet hade samtyckt till eller i efterhand godtagit bortförandet eller kvarhållandet.

När det gäller den frågan sägs i den svenska propositionen endast att det är självklart att bortförandet eller kvarhållandet då inte är olovligt samt att någon särskild föreskrift om detta därför inte har tagits in i lagen.<sup>7</sup> Även denna bedömning anser jag vara tveksam. De grunder som kan åberopas för att en domstol skall kunna vägra en överflyttning bör framgå direkt av lagen. Ett samtycke till eller i efterhand lämnat godkännande av ett olovligt bortförande eller kvarhållande är omständigheter som mycket väl kan komma att bli åberopade och som också har behandlats i utländsk rättspraxis<sup>8</sup> men även i svensk.<sup>9</sup> Det förhållandet att det har ansetts nödvändigt att ta med dessa vägransgrunder i konventionen visar också att följderna av ett samtycke eller godtagande i efterhand av ett bortförande eller kvarhållande i vart fall inte framstår som självklart för alla.

Fru Whites påstående i exempelfallet att hon är Marcs primära/faktiska vårdnadshavare och att herr White har visat lite intresse för Marc sedan Marcs födelse är inte tillräckligt för att herr White skall anses inte ha utövat vårdnaden. Inte heller det förhållandet att Marc, sedan separationen har bött tillsammans med endast sin mor medför att fadern då inte kan anses ha utövat vårdnaden. Det torde därför vara uteslutet att vägra en överflyttning av Marc på den grunden.

#### *4.2 Skadliga följder för barnet kan hindra överflyttning*

Haagkonventionen innehåller även bestämmelser som skall skydda barnet mot att utsättas för fysisk eller psykisk skada till följd av en överflyttning. Bestämmelserna finns intagna i artikel 13(b) och motsvaras av 12 § 2 överflyttningslagen. En överflyttning av barnet skall enligt bestämmelserna vägras om det finns en allvarlig risk för att överflyttningen skadar barnets kroppsliga eller själsliga hälsa eller i övrigt försätter barnet i en situation som inte är godtagbar.

Bestämmelserna är avsedda att tillämpas endast i undantagsfall. Detta ligger i sakens natur eftersom en snabb och effektiv handlägg-

<sup>6</sup> Prop. 1988/89:8 s. 42.

<sup>7</sup> Prop. 1988/89:8 s. 42.

<sup>8</sup> Se Beaumont & McEavey s. 114 f.

<sup>9</sup> Se Länsrättens i Östergötlands län dom den 30 april 1997 i mål 2845-96.

ning av ärendena skulle motverkas av om ingående undersökningar av barnets välbefinnande skulle bli rutin. Med hänsyn till det summariska förfarandet torde domstolarna inte kunna tillåta att omfattande eller tidsödande utredningar åberopas. Samtidigt är det viktigt att vägransgrunderna i artikel 13(b) inte avfärdas på ett så översiktligt sätt att de blir verkningslösa. Det har föreslagits<sup>10</sup> att vägledning skall sökas i följande uttalande från en amerikansk domstol:

”Without engaging in an exploration of psychological make-ups, ultimate determinations of parenting qualities, or the impact of life experiences, a court in the petitioned jurisdiction, in order to determine whether a realistic basis exists for apprehensions concerning the child’s physical safety or well-being, must be empowered to evaluate the surroundings to which the child is to be sent and the basic qualities of those located there.”

Fru White har i exemplet påstått bland annat att herr White överkonsumerar alkohol och att han har varit aggressiv mot henne och även angripit henne fysiskt vid ett tillfälle. Hon har vidare uppgett att han givit henne otillräckligt underhåll. Ett beslut om överflyttning skulle också enligt fru White skilja Marc från henne och därigenom orsaka Marc allvarlig psykisk skada. Det är fru White som måste visa att en överflyttning av Marc till herr White skulle medföra en allvarlig risk för Marc samt att dessa risker föreligger vid tidpunkten för domstolens bedömning. Om hon skulle kunna visa att hennes påståenden om herr Whites agerande mot henne är riktiga kvarstår fortfarande frågan om det agerandet medför risk även för Marc.

Vilken betydelse för domstolens ställningstagande har det förhållandet att fru White påstår att hon inte är beredd att återvända till staten B? Marc är fortfarande ett litet barn och han har de senaste sex månaderna bott tillsammans med sin mor som har varit den faktiska eller primära vårdnadshavaren. Huruvida Marc under den tiden har haft umgänge med sin far framgår inte av exemplet. Oavsett detta torde en separation från modern kunna få vissa negativa följder för Marc. Att helt undvika sådana situationer är emellertid inte möjligt om Haagkonventionens syfte skall kunna uppnås.

När arbetet med konventionen påbörjades var den allmänna uppfattningen att de föräldrar som olovligen bortförde eller kvarhöll sina barn var fäder som inte var vårdnadshavare och som inte accepterade ett redan fattat beslut om umgänge eller ett beslut de förväntade sig skulle fattas. Det har emellertid visat sig att verkligheten är en annan. Det är numera mer troligt att ett olovligt bortförande eller kvarhållande förövas av en mor som har gemensam vårdnad med fadern om barnet. Vanligt är att modern är den primära vårdnadshavaren och att hon en gång har flyttat utomlands med barnets far men efter en separation vill återvända till sitt ursprungsland.<sup>11</sup> Det är oklart vilken effekt

<sup>10</sup> Se Beaumont & McEleavy s. 141.

<sup>11</sup> Se Beaumont & McEleavy s. 3 f.



ett sådant bortförande eller kvarhållande får på de inblandade barnen. Möjligen blir den skadliga effekten på barnet mindre ju starkare bandet mellan barnet och den bortförande eller kvarhållande föräldern är och en överflyttning till hemviststaten därför också mindre angelägen. Haagkonventionen sätter emellertid fokus på barns bästa generellt sett och har inte det individualistiska barncentrerade angreppssätt som dominerar familjerätten i västvärlden. Konventionen söker avskräcka människor från att olovligt ändra ett barns hemvist och lägger därför avgörande vikt vid att skydda den vuxnes vårdnadsrättigheter.<sup>12</sup> Frågan om ett barn skulle skadas av en överflyttning som innebar att barnet skulle skiljas från den bortförande föräldern som dessutom var den faktiska vårdnadshavaren har behandlats i rättspraxis.<sup>13</sup> Den uppkom vid engelsk domstol för första gången 1988. Både underrätt och överrätt fann att barnet skulle överflyttas trots dessa omständigheter. I överrättsdomen anfördes att det var den bortförande föräldrarnas plikt att följa med barnet tillbaka till Canada för att därigenom minimera fortsatt instabilitet för barnet. Engelska och amerikanska domstolar har sedan i ett antal påföljande mål följt denna kompromisslösa inställning. Vid en jämförelse mellan Storbritanniens och Sveriges konventionstillämpning finner man vissa skillnader, bland annat när det gäller prövningen av invändningar om att vägransgrunderna i artikel 13(b) (12 § 2 överflyttningsslagen) skall tillämpas. De svenska domstolarna synes vara mer benägna att göra en ingående prövning av sådana invändningar än de brittiska domstolarna.<sup>14</sup>

Det är viktigt att understryka att konventionen inte ger domstolarna i det land där överflyttning begärs någon rätt att pröva själva vårdnadsfrågan. Hela förfarandet med överflyttning syftar till att återställa förhållandena sådana de var före bortförandet eller kvarhållandet för att vårdnadsfrågan därefter skall kunna avgöras i den stat barnet har den största anknytningen till. Det torde i många fall slutligen leda till att en förälder som olovligt bortfört eller kvarhållit ett barn trots det olovliga förfarandet får vårdnaden om barnet, eftersom detta bedöms vara till barnets bästa. Efter en överflyttning av Marc till staten B kommer vårdnadsfrågan att prövas där. Domstolen i staten A måste således ha förtroende för att domstolarna och myndigheterna i staten B kommer att agera till Marcs bästa.

#### *4.3 Hur kan domstolen säkerställa att en överflyttning kan ske utan onödiga risker?*

Vägransgrunderna i 12 § 2 överflyttningsslagen skall enligt vad som framgår av avsnitt 4.2 tillämpas endast i undantagsfall. Det innebär att domstolen i det land där överflyttning begärs kan komma att besluta

<sup>12</sup> Se Beaumont & McEleavy s. 13.

<sup>13</sup> Se Beaumont & McEleavy s. 145 f.

<sup>14</sup> Se Jänträ-Jareborg s. 895 f.

om överflyttning av ett barn trots att viss osäkerhet råder om de förhållanden som barnet återvänder till. Ett beslut om överflyttning skulle måhända underlättas om domstolen kunde göra beslutet beroende av att domstolen fick vissa garantier av sökanden eller av båda parter. Man kan också tänka sig att domstolen i sitt beslut kunde sanktionera överenskommelser mellan parterna eller åtaganden som sökanden gör angående barnets trygga överflyttning. I svensk lag torde det för närvarande inte finnas något stöd för sådana beslut.

I de så kallade common law-staterna förekommer emellertid ofta sådana sanktionerade åtaganden, "undertakings", i konventionsärenden. Användandet av "undertakings" har utvecklats i rättspraxis och accepterats även av högre instanser. Det är viktigt att komma ihåg att sådana överenskommelser eller åtaganden endast kan avse den begränsade tidsperioden mellan domstolens beslut i den stat dit barnet har förts och den tidpunkt då domstolen eller myndigheterna i hemviststaten "tar över". Normalt gäller inte överenskommelserna eller åtagandena i en annan stat än den där de beslutats och de kan inte heller verkställas i en annan stat utan stöd av den statens interna lagstiftning.

Innehållet i "undertakings" kan anpassas efter det aktuella ärendet. De gäller ofta rent materiella frågor; t.ex. att barnets återresa betalas eller att föräldern i hemviststaten åtar sig att ordna ett separat boende för den bortförande föräldern och barnet vid hemkomsten. "Undertakings" kan också vara löften av föräldern i hemviststaten att inte fullfölja eller främja ett straffrättsligt förfarande där mot den bortförande föräldern eller verkställa ett beslut om vårdnad som denna förälder utverkat i hemvistlandet efter bortförandet. Vidare kan "undertakings" ha till syfte att säkerställa att en vårdnadsprocess inleds då barnet har överflyttats.<sup>15</sup> En engelsk domstol har i ett mål från 1995 analyserat innebörden av "undertakings" vidtagna i tillflyktsstaten och anfört att deras ändamål är "to smooth the return of and to protect the child for the limited period before the foreign court takes over, but they must not be used by the parties to clog or fetter, or, in particular, to delay the enforcement of a paramount decision to return the child."

När det gäller Marc och hans mor torde alltså en svensk domstol i dag inte kunna vidta några särskilda åtgärder i samband med ett beslut om överflyttning av Marc för att säkerställa att överflyttningen sker utan onödiga risker. Förmodligen skulle det också kännas främmande för den svenske domaren att i ett sådant beslut sanktionera överenskommelser eller åtaganden som har gjorts angående barnets väl och ve, särskilt sådana som skall gälla efter det att barnet har lämnat Sverige. I vissa fall skulle emellertid sådana överenskommelser eller åtaganden förmodligen kunna medföra att tidskrävande undersökningar kunde undvikas och att beslutet om överflyttning därige-

<sup>15</sup> Se Beaumont & McElevy s. 158.

nom också kunde fattas snabbare. Inom Justitiedepartementet planeras en utvärdering av 1998 års vårdnadsreform. Inom ramen för denna översyn kan frågor med anknytning till överflyttningsmålen komma att övervägas. Även frågan om "undertakings" kanske då kan utredas. Viktigt att komma ihåg är emellertid att den svenska centralmyndigheten redan i dag kan agera för att ge den svenska domstolen information om förhållandena i hemviststaten och även samarbeta med andra centralmyndigheter, vilket också görs i dag.

Efter det att domstolen har beslutat om överflyttning och barnet har återvänt till hemviststaten är ärendet avslutat hos domstolen. Förhoppningsvis innebär överflyttningen inga omedelbara problem för barnet eller den medföljande föräldern. En vårdnadsprocess fortsätter eller inleds i hemvistlandet och ärendet avgörs i enlighet med barnets bästa. Vad som blir det faktiska resultatet av domstolens överflyttningsbeslut torde emellertid domstolen som regel inte få någon information om från hemvistlandets domstol. En uppföljning av vilka effekter beslutet får för barnet efterlyses av många domare. Vid domarseminariet upplystes att det i England pågår sådana undersökningar. Även i andra konventionsstater kommer sådana undersökningar att göras, däribland i Sverige. Uppföljningar av överflyttningsbesluten kan förmodligen bidra till att öka förtroendet mellan domstolarna i de olika staterna. När det gäller uppföljningen av det enskilda ärendet kan det i vissa stater vara helt naturligt att domaren som beslutat om överflyttning tar direkt kontakt med domaren i den andra staten för att få information. I andra stater, däribland Sverige, skulle en sådan kommunikation troligen uppfattas som i vart fall tveksam. En bättre lösning kan vara att utnyttja centralmyndigheterna för sådana uppföljningar.

##### **5. Hur kan barnets rätt till umgänge med den kvarlämnade föräldern upprätthållas?**

I det hypotetiska fallet kan det inträffa att herr White, som har rest till staten A i samband med ansökan om överflyttning, ansöker vid domstol om ett beslut som ger honom rätt att besöka Marc under tiden ansökan om överflyttning behandlas. Vilka möjligheter ger konventionen honom att få ett sådant beslut om umgänge och vilka möjligheter kan finnas utanför konventionen?

Syftet med Haagkonventionen är som tidigare framhållits bland annat att säkerställa ett snabbt återförande av olovligen bortförda eller kvarhållna barn till den stat i vilken de har sitt hemvist. Av artikel 11 andra stycket i Haagkonventionen och 15 § andra stycket överflyttningslagen framgår att om ett mål om överflyttning inte har avgjorts inom sex veckor från det att ansökan om överflyttningen gjordes, är rätten på begäran av sökanden<sup>16</sup> skyldig att redogöra för orsaken till

<sup>16</sup> Enligt Haagkonventionen "the applicant or the Central Authority of the requested state".

dröjsmålet. I de fall där den önskade snabbheten uppnås och ett avgörande erhålls inom den påbjudna sexveckorsperioden torde det sällan uppkomma behov av en reglering av umgänget mellan barnet och den kvarlämnade föräldern. Det är emellertid inte ovanligt att handläggningstiderna i överflyttningssmålen blir betydligt längre.

Haagkonferensens permanenta byrå har gjort en statistisk analys av de ansökningar om överflyttningar som gjordes i ett antal konventionsstater under 1999. Det preliminära resultatet av analysen finns i Haagkonferensens *Preliminary Document No 3 of March 2001 for the attention of the special Commission of March 2001*. Av analysen framgår att vid en genomgång av samtliga staters ansökningar såvitt avser antal dagar mellan ansökan och ett domstolsavgörande som innebar att barnet överflyttades, den kortaste handläggningstiden var en dag (Skottland) och den längsta 718 dagar. Den genomsnittliga handläggningstiden var 107 dagar. Handläggningstiden när det gäller ett avgörande som innebar att överflyttning vägrades var mellan 5 och 606 dagar och i genomsnitt 159 dagar. Den svenska statistiken i analysen som avser totalt 14 ärenden visar att i de sex ärenden där domstolen beslutade om överflyttning den genomsnittliga handläggningstiden var 80 dagar och i de fyra ärenden där överflyttning vägrades 164 dagar. I de kvarstående fyra ärendena behövde domstolen inte fatta något beslut eftersom två av ansökningarna återkallades och två ledde till en frivillig överflyttning. I analysen ingår endast de ansökningar om överflyttning som gjordes under 1999. Det finns emellertid förmodligen ingen anledning att tro att en analys av handläggningstiderna såvitt avser andra år skulle visa på några större skillnader.

Justitiedepartementet, tillsammans med andra berörda departement, arbetar för närvarande med en översyn av överflyttningsslagen. I arbetet med översynen av lagen har ingått en genomgång av samtliga de 84 fall av överflyttning från Sverige mellan åren 1994 och 1999 i vilka den svenska centralmyndigheten varit aktivt medverkande eller där fallet på annat sätt kommit till myndighetens kännedom. Handläggningstiden i länsrätt kan enligt den genomgången — i de fall ansökningsdagen angetts i länsrättens avgörande — uppskattas till cirka tre månader.

Med tanke på de långa handläggningstiderna kan det uppstå situationer då den förälder som begärt överflyttning i avvaktan på beslutet vill träffa barnet och att den "bortförande" föräldern inte går med på det. Möjligheterna att förordna om umgänge i den stat där överflyttning begärs torde vara begränsade. I många stater, däribland Sverige, krävs enligt lag eller praxis att barnet har hemvist i den staten för att domstolen skall ha behörighet att pröva en fråga om umgänge. Haagkonventionen innehåller inte några bestämmelser om jurisdiktion i den delen. I artikel 21 i Haagkonventionen finns visserligen bestämmelser om "Rätt till umgänge". Bestämmelserna är emellertid inriktade enbart på samarbetet mellan centralmyndigheterna och inte på

materiella åtgärder som syftar till att aktivt vidmakthålla en umgängesrätt.<sup>17</sup> Haagkonventionen ger alltså inte herr White någon möjlighet att få till stånd ett umgänge med Marc i staten A.

I avsaknad av möjligheter att få till stånd ett förordnande om umgänge i det land där barnet faktiskt befinner sig kan den kvarlämnade föräldern tänkas vända sig till domstolen i barnets hemvistland. Ett sådant beslut torde i många fall kunna fattas av domstolen enligt de nationella bestämmelserna om domsrätt i den staten. Frågan är emellertid om beslutet går att verkställa i den stat dit barnet förts. Enligt svensk rättspraxis erkänns ett sådant avgörande eller ett vårdnadsavgörande inte utan stöd i lag.<sup>18</sup> Bestämmelser om erkännande och verkställighet av avgöranden om vårdnad eller umgänge finns i 5 § verkställighetslagen och avser endast de fall avgörandet har meddelats i en stat som liksom Sverige har tillträtt den i Luxemburg den 20 maj 1980 dagtecknade *Konventionen om erkännande och verkställighet av avgöranden rörande vårdnad om barn samt om återställande av vård av barn (Europarådskonventionen)*. Vidare finns bestämmelser om erkännande av vissa vårdnadsavgöranden i *KF (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap* och om verkställighet i *lagen (1977:595) om erkännande och verkställighet av nordiska domar på privaträttens område* vilka avser nordiska förhållanden samt i *lagen (1936:79) om erkännande och verkställighet av dom som meddelats i Schweiz*. Den nyaste regleringen i Sverige på området är *Rådets förordning (EG) nr 1347/2000 av den 29 maj 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar för makars gemensamma barn*. Förordningen kallas Bryssel II-förordningen. Den innehåller bland annat bestämmelser om erkännande av domar som rör makars föräldraansvar. En sådan dom från en EG-medlemsstat skall enligt förordningen med vissa undantag erkännas i de övriga medlemsstaterna om domen har meddelats i samband med ett äktenskapsmål, dvs. ett mål rörande äktenskapskillnad, hemskillnad eller annullering av äktenskap. I övrigt saknas i Sverige stöd i lag för erkännande och verkställighet av beslut om vårdnad eller umgänge som meddelats i en annan stat. Om staten A i det hypotetiska fallet är Sverige är alltså möjligheterna för herr White att få ett beslut från staten B om umgänge erkänt och verkställt här begränsade.

Den svenska centralmyndigheten arbetar emellertid aktivt i överflyttningsmålen för att få till stånd en frivillig överenskommelse mellan parterna när den kvarlämnade föräldern försöker få till stånd umgänge med ett barn som har förts till Sverige. Centralmyndigheten samarbetar då nära med centralmyndigheten i hemvistlandet och med sociala myndigheter i Sverige och det andra landet. Enligt upp-

<sup>17</sup> Se Beaumont & McEleavy s. 210.

<sup>18</sup> Jfr NJA 1974 s. 629 I och II samt Jänträ-Jareborg s. 880 f.

gift från centralmyndigheten har man också haft viss framgång i detta arbete.

Förhoppningsvis kommer möjligheterna att i Sverige kunna erkänna och verkställa utländska vårdnads- och umgängesavgöranden att öka inom en relativt nära framtid. Det finns redan i dag en Haagkonvention från 1996 som innehåller internationellt privaträttsliga bestämmelser om föräldraansvar och åtgärder för skydd av barn. Den heter *Convention on Jurisdiction, Applicable law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children*. I konventionens tillämpningsområde ingår vårdnads- och umgängesfrågor. Sverige har ännu inte anslutit sig till konventionen. För att Sverige och de övriga EU-staterna skall kunna göra det krävs att EU ger sitt tillstånd, eftersom konventionen faller delvis under EU:s kompetensområde. Det finns ett förslag från EU-kommissionen från den 20 november 2001 att ett sådant tillstånd skall ges medlemsstaterna.<sup>19</sup>

Frågor om umgänge i samband med överflyttningsmålen eller i andra fall där ett barn har en förälder i ett annat land, ”transfrontier access”, utreds dessutom för närvarande av Haagkonferensens Permanenta byrå. Vid Specialkommissionens möte i Haag den 22–28 mars 2001 diskuterades svårigheterna med att få till stånd ett umgänge i dessa situationer. Specialkommissionen konstaterade att umgängesfrågan är ett allvarligt problem som kräver omedelbar uppmärksamhet.<sup>20</sup>

Vidare pågår inom EU ett arbete som syftar till att utvidga området för ömsesidigt erkännande av avgöranden på familjerättens område till sådana avgöranden som inte täcks av Bryssel II-förordningen. Den 6 september 2001 presenterade EU-kommissionen ett förslag som utvidgar principen om ömsesidigt erkännande till alla avgöranden avseende föräldraansvar.<sup>21</sup> EU-kommissionen arbetar dessutom med ett förslag från Frankrike från juli 2000 avseende rätt till umgänge.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> COM(2001) 680 final.

<sup>20</sup> Se *Conclusions and Recommendations of the Fourth Meeting of the Special Commission to Review the Operation of the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, 22–28 March 2001*, s. 12.

<sup>21</sup> *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matters of parental responsibility, COM (2001) 505 final.*

<sup>22</sup> *Initiative of the French Republic with a view to adopting a Council regulation on the mutual enforcement of judgments on rights of access to children, OJ 2000 C234/7.*