

Anna Singer

Umgängesrätter

En rätt med mångskiftande innehåll

Att umgås med föräldrarna anses vara viktigt för barn. Barnets intresse och behov av umgänge med båda sina föräldrar – i det följande umgängesrätt – har under de senaste decennierna allt oftare lyfts fram inom barn- och familjerätten som ett av barnets mest skyddsvärda intressen. Uppnåendet av barnets bästa som rättslig målsättning har i svensk rätt i många fall kommit att ses som nära förbundet med möjligheterna att tillgodose barnets behov av umgänge. Barnets bästa har blivit synonymt med umgänge. Detta gäller vid avgörande av frågor rörande såväl umgängesrätten som exempelvis rättsligt vårdnadsansvar eller adoptions beviljande. Nästan allt tycks idag ha med barnets behov av umgänge att göra. Men är det så? Trots variationen i frågeställningarna redovisas sällan någon analys av vad det är för intresse som skall tillgodoses genom att barnets behov av umgänge beaktas och hur det tillgodoses genom den valda rättsliga lösningen. Det anses tydligen obehövligt – umgänge är barnets bästa. Mångfalden av situationer där umgängesrätten kan få betydelse aktualiserar emellertid frågan om barnets behov av umgänge verkligen kan användas som ett enhetligt och okomplicerat begrepp vid avgörande av helt olika rättsfrågor.

”Det torde kunna diskuteras, om umgängesfrågan verkligen bör ha den stora betydelse den sålunda fått ...” skrev Åke Saldeen i en artikel år 1994 apropå umgängets betydelse vid avgörande av adoptions medgivande.¹ Frågan har fortfarande lika stor aktualitet och inte bara på adoptionsrättens område. I denna artikel skall närmare granskas några av de situa-

¹ Saldeen, Å., Något om faderns ställning i svensk rätt. I: Festskrift till Anders Agell, Iustus 1994 s. 569.

tioner där barnets behov av umgänge tillmäts avgörande betydelse vid bedömningen av vad som är barnets bästa. Flera frågor uppmärksammas. Vad är umgängesrätt och vad är det för intressen som tillgodoses i sammanhanget? Det är inte givet att samma syn på barnets behov av umgänge bör läggas till grund för ett vårdnadsavgörande som vid en fråga om adoption. Och i vems intresse skall umgänge utövas?

Kanske har vi här att göra inte bara med *en* umgängesrätt, utan flera umgängesrätter med olika karakteristik.

En internationellt erkänd rätt

Barns rätt till umgänge är en också i internationella sammanhang högst aktuell fråga. Ett flertal internationella konventioner berör barns rätt till umgänge och kontakt med en förälder barnet inte bor tillsammans med. Genomgående betonas att det är endast barnets rätt till umgänge som skall skyddas. Samtidigt ger konventionstexterna ett mer tvetydigt intryck – också andra intresse än barnets tillmäts stor betydelse. Några exempel ges i det följande.

Artikel 9:3 i FN:s konvention om barnets rättigheter anger att stater-na skall respektera rätten för det barn som är skilt från den ena eller båda av föräldrarna att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkt kontakt med båda föräldrarna, utom när det strider mot barnets bästa. Det betonas att stor hänsyn skall tas till barnets egen vilja och till barnets bästa vid avgörandet av frågor om umgänge.² Samtidigt innefattar artikelns formulering ett antagande om att barnets intresse av umgänge upphör först när ett umgänge strider mot barnets bästa. Umgänge är med andra ord till barnets bästa om det inte visas att det är skadligt. Det kan ifrågasättas om ett sådant antagande motiveras enbart av hänsyn till barnets intressen. Konventionens allmänna utgångspunkter – inte minst den i konventionens preambel uttryckta övertygelsen om att familjen är den grundläggande enheten i samhället och den naturliga miljön för barns utveckling och välfärd och därför bör ges nödvändigt skydd och bistånd så att den till fullo kan ta på sig sitt ansvar – innebär en presumtion för att föräldrars rätt att ta hand om, och ha kontakt med sina barn, också skall skyddas. Synsättet är märkbart i flera

² Detrick, S., A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Martinus Nijhoff Publishers 1999 s. 176. Se också SOU 1997:116 Barnets bästa i främsta rummet s. 235 ff.

av konventionens artiklar.³ FN:s konvention om barnets rättigheter kan därmed sägas skydda också föräldrarnas rätt till umgänge; dock utan att närmare ange vad det mer precist uttryckt är som skall skyddas i det enskilda fallet.

Också Europarådets förslag till en konvention rörande umgänge, *The Draft Convention on Contact Concerning Children*, präglas av en tveksamhet när det gäller vems intresse som skall skyddas.⁴ Konventionen syftar bland annat till att åstadkomma allmänna principer för avgörandet av beslut rörande umgänge och att tillhandahålla adekvat skydd och garantier för att umgänge med barn utövas på ett riktigt sätt.⁵ En utgångspunkt för konventionens bestämmelser är medvetenheten om betydelsen av att erkänna inte bara föräldrar, utan också barn som innehavare av rättigheter. Samtidigt som det betonas att det är barnets rätt till umgänge som skall skyddas, något som anges markerat genom att termen "access to children" byts ut mot "contact concerning children", innebär formuleringarna i konventionens artiklar att också förälders egen rätt till kontakt skyddas. Som exempel kan nämnas artikel 4 som anger att ett barn och hans eller hennes föräldrar skall ha rätt att etablera och upprätthålla kontakt med varandra. Kontakt får begränsas eller uteslutas endast om det är nödvändigt med hänsyn till barnets bästa. I likhet med artikel 9 i FN:s konvention om barnets rättigheter är utgångspunkten här att umgänge är till barnets bästa och att det får begränsas endast om det visas att det strider mot barnets bästa.

Frågan om barns rätt till umgänge har vid ett flertal tillfällen varit föremål för Europadomstolens bedömning vid prövning av påstådda kränkningar av rätten till familjeliv enligt artikel 8 i den Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

³ Se t.ex. artikel 7:1 där det slås fast att barnet har rätt att bli omvårdat av sina föräldrar och artikel 9:1 där konventionsstaterna åläggs en plikt att säkerställa att ett barn inte skiljs från sina föräldrar mot deras vilja utom när ett sådant åtskilljande bedöms vara nödvändigt för barnets bästa.

⁴ Sverige har ännu, november 2002, inte undertecknat konventionen.

⁵ Konventionens artikel 1 anger följande: "The objects of this Convention are: a. to determine general principles to be applied to contact orders, b. to fix appropriate safeguards and guarantees to ensure the proper exercise of contact and the immediate return of children at the end of the period of contact; c. to establish co-operation between central authorities, judicial authorities and other bodies in order to promote and improve contact between a child and his or her parents, and other persons having family ties with children."

(EKMR).⁶ Artikel 8 (1) i EKMR stadgar att alla har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv. Konventionen skyddar därmed både barns och föräldrars rätt till familjeliv, inbegripet umgängesrätt mellan barn och förälder som inte bor tillsammans. Något uttryckligt skydd för just barns rätt till umgänge ges inte. Domstolen har dock i ett flertal fall förklarat att en avvägning mellan barnets respektive föräldrarnas intressen måste ske. Särskild vikt skall härvid tillmätas barnets intressen som, beroende på karaktär och betydelse, kan få gå före föräldrarnas intressen.⁷ Europadomstolens praxis rör uteslutande kränkning av *föräldrars* rätt till umgänge. Där slås fast att föräldrarnas rätt till umgänge får begränsas eller uteslutas när det står klart att umgänget inte är till barnets bästa.

I samtliga ovan nämnda konventioner betonas att det är barnets rätt till umgänge som skall skyddas. Icke desto mindre präglas konventions-texterna och tillämpningen av dem i stor utsträckning av en syn på umgängesrätten som en rätt för föräldrarna snarare än som en rätt för barnet. Det kan ifrågasättas i vems intresse en presumtion ställs upp om att umgänge är till barnets bästa om inte motsatsen bevisas. Om frågan betraktas ur barnets perspektiv skulle kanske det grundläggande antagandet bli ett annat, nämligen att rätten till umgänge skall skyddas så länge umgänget är till barnets bästa. Ytterligare ett problem i sammanhanget är att man här laborerar med begrepp som inte har en given innebörd. Utan en tydlig angivelse av vad som avses med umgänge respektive barnets bästa finns en uppenbar risk för att andra intressen än barnets kommer att tillmätas stor betydelse vid avgörandet av enskilda fall.

Europarådets konvention om utövandet av barns rättigheter från år 1996 skulle möjligen kunna sägas ge uttryck åt ett mer konsekvent barnperspektiv. Konventionens syfte är att främja barns rättigheter och tillförsäkra dem processuella rättigheter genom att säkerställa att barnen, själva eller genom andra personer eller organ, informeras och tillåts delta i förfaranden som berör dem inför en judiciell myndighet. Barn kan under vissa förutsättningar ges möjlighet att begära att en särskild företrädare förordnas. Konventionen anger vidare att det skall övervägas att ge barn egen talerätt i vissa mål som rör barnet. Konventionen är avsedd att gälla

⁶ Se t.ex. Hokkanen mot Finland dom 23 September 1994 Serie a no. 299; Sommerfeld v. Germany, dom 11 oktober 2001, Appl. 31871/96; Sahin v. Germany, dom 11 oktober 2001, Appl. 30943/96; Hoffman v. Germany, dom 11 januari 2002, Appl. 34045/96.

⁷ Se förutom ovan nämnda fall t.ex. Elsholz v. Germany, Appl. 25735/94 och T.P. and K.M. v. the United Kingdom, Appl. 28945/95.

på familjerättens område. Sverige har ännu inte ratificerat konventionen men förslag finns att så skall ske.⁸ Enligt det svenska lagförslaget skall konventionens bestämmelser göras tillämpliga på bland annat mål rörande umgängesrätt. Förslaget innebär dock inte några påtagliga förändringar av rådande regelsystem rörande umgängesrätt. Den svenska regleringen anses i denna del redan överensstämma med konventionens bestämmelser. En sådan konservativ hållning innebär att en del av syftet med konventionen går förlorad. Den rättsliga reglering vi numera har av umgängesrätten bygger i stora delar på bestämmelser som utgick ifrån en syn på umgängesrätt som en rätt för föräldrar. En ratificering av Europarådets konvention tillhandahåller ett tillfälle att för första gången ordentligt granska umgängesrättens konstruktion ur barnets perspektiv. Möjlighet ges därmed att stärka barnets processuella ställning och att markera att det är *barnets* intressen som skall stå i fokus vid beslutsfattande rörande umgänge.

Umgängesrätt – barnets rätt

Den första regleringen rörande umgängesrätt infördes i 1915 års lag om äktenskaps ingående och upplösning. Syftet var att förhindra att en förälder som inte hade del i vårdnadsansvaret utan grund hindrades från personligt umgänge med barnet.⁹ I 1949 års FB slogs fast att ”fader eller moder som är skild från vårdnaden, må ej betagas rätt till umgänge med barnet, med mindre särskilda omständigheter föranleda därtill”. Även om avsikten var att tillförsäkra föräldern en rätt att träffa barnet, antogs umgänge vara till glädje även för barnet. I vart fall antogs det vara självklart att umgängesrätten skulle ges ett sådant innehåll att den inte var till men för barnet.¹⁰

Det skulle dock dröja fram till slutet av 1970-talet innan man vid avgörandet av umgänges mål på allvar började uppmärksamma *barnets* intresse av umgänge i det enskilda fallet.¹¹ År 1983 fick barnets intresse

⁸ Se Ds 2002:13 Utövatet av barnets rättigheter i familjerättsprocesser.

⁹ Lag om äktenskaps ingående och upplösning 6 kap. 23 § st. 3. Se vidare prop. 1915:18 s. 86–87.

¹⁰ 1LU 1949:34 s. 17.

¹¹ Se Ewerlöf, G., & Sverne, T., Barnets bästa. Om föräldrars och samhällets ansvar. 4:e uppl. Norstedts Juridik AB 1999, s. 55. Se även t.ex. NJA 1978 s. 181; NJA 1979 C 13 samt SvJT 1980 rf s. 34.

av umgänge med förälder uttryckligt erkännande i FB:s regler.¹² Det är numera barnet som, enligt FB 6:15, skall ha rätt till umgänge med en förälder som barnet inte bor tillsammans med. Båda föräldrarna har ett ansvar för att barnets rätt till umgänge så långt möjligt tillgodoses. Den förälder som barnet bor tillsammans med har även en skyldighet att hålla umgängesföräldern underrättad om barnets förehavanden på ett sådant sätt att umgänget kan underlättas.¹³

Det är barnets intressen som skall tillgodoses genom umgängesrätten.¹⁴ FB 6:2 a st. 2 anger att vid bedömningen av vad som är barnets bästa i frågor rörande umgänge skall särskilt avseende fästas vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Men hänsyn skall också tas till om umgänge på något sätt kan vara riskfyllt för barnet. Risker för att barnet utsätts för övergrepp, olovligen förs bort, hålls kvar eller annars far illa skall beaktas vid beslut i umgängesfrågor.¹⁵ Att det är barnets intressen som skall tillgodoses markeras också genom bestämmelsen i FB 6:2 b som anger att hänsyn skall tas till barnets egen vilja vid avgörande av dessa frågor.

Att barnets behov av umgänge särskilt skall beaktas vid avgörandet av umgängesfrågor innebär inte, som man först skulle kunna tro, att det är det enskilda barnets behov av umgänge som granskas. Stadgandet i FB 6:2 a ses istället som en markering av att barn typiskt sett har behov av umgänge och att detta skall tas till utgångspunkt vid bedömningen av umgänge i det enskilda fallet. I praktiken innebär detta en presumtion för att umgänge är bra för barnet som måste motbevisas i det enskilda fallet för att inte tillämpas. Det innebär att umgänge skall ske även om det föreligger vissa risker för barnets hälsa och välfärd.¹⁶ Synsättet känns igen från de ovan berörda konventionerna. En presumtion om att um-

¹² SOU 1979:63 Barnets rätt 2. Om föräldraansvar m.m., s. 81 ff; prop. 1981/82:168 s. 41 ff.

¹³ Det kan vara fråga om information om t.ex. barnets hälsa, skolgång, uppehållsort, feriarbete eller särskilda fritidsintressen. Se vidare Ds 1989:52 Vårdnad och umgänge, s. 61 ff och prop. 1990/91:8 s. 40 ff.

¹⁴ Se t.ex. prop. 1997/98:7 s. 59 ff.

¹⁵ I dessa fall finns det möjlighet att föreskriva att umgänget skall ske i närvaro av en kontaktperson som utses av socialnämnden. Det finns dock inte någon ovillkorlig skyldighet för socialnämnden att utse kontaktperson, varför beslutat umgänge inte alltid kan komma tillstånd. Prop. 1997/98:7 s. 75–76. Se också NJA 1987 s. 15.

¹⁶ Jfr Bergman, E. & Högberg, C. Vems är umgängesrätten – barnets eller föräldrarnas? Uppsats i tillämpade studier, juris kandidatprogrammet, Göteborgs universitet Ht 2001, s. 69.

gänge är till barnets bästa låter sig dock inte alltid förenas med målsättningen att det är det enskilda barnets intressen som skall tillgodoses genom umgänge. För att en sådan målsättning skall uppnås krävs först och främst att barnets intressen tydliggörs.

Umgängesrätt – barnets intressen

Regleringen av umgängesrätten vilar på antagandena att barnet har ett grundläggande behov av en relation till båda sina föräldrar och att ett umgänge med båda föräldrarna främjar barnets harmoniska utveckling.¹⁷ I grunden ligger här flera intressen som barnet antas ha. Umgängesrätten skall fungera som ett skydd för barnets redan existerande känslomässiga relation till båda sina föräldrar. Genom att barnet ges möjlighet att få hålla kontakt med en förälder också efter en separation förebyggs känslor av övergivenhet och bortstötning hos barnet, och barnet kan bibehålla en förmåga till tillit och förtroende för andra. Vi talar här om ett psykologiskt intresse av betydelse för barnets utveckling till en harmonisk vuxen.

Ett annat intresse som lyfts fram är av mer pedagogisk karaktär. Umgänge med en förälder av samma kön som barnet ger barnet erfarenheter att bygga sin egen utveckling till man eller kvinna på. Föräldrarna ses som roll-modeller som barnet kan forma sin egen person efter. Detta intresse har särskilt betonats till stöd för små pojkars behov av umgänge med fäder som inte bor med barnet.¹⁸

Ytterligare ett intresse som ibland anförs till stöd för en umgängesrätt är barnets intresse av att bibehålla en kontakt med sitt genetiska ursprung. Barn är alltid en biologisk och psykologisk produkt av sina föräldrar och det finns ett särskilt värde i att få behålla kontakten med dem. Detta intresse har anförts bl.a. till stöd för att barn tillkomna genom assisterad befruktning skall ha möjlighet att få kontakt med en eventuell donator och inte minst i diskussioner rörande adoption. Men detta intresse finns också med i diskussioner rörande umgängesrätt med båda föräldrarna när dessa inte längre bor tillsammans.

Trots att det således är möjligt att närmare särskilja olika intressen som skall skyddas genom umgängesrätten – ovan har endast några av dessa

¹⁷ SOU 1979:63 s. 81.

¹⁸ Båda dessa intressen behandlas utförligt i bl.a. Ds 1989:52, bilaga 1 Svedin, C.-G., Barn – skilsmässa, vårdnad och umgänge.

intressen berörts – används umgängesrätt i de flesta sammanhang som en samlande beteckning för barnets olika intressen. Oftast används umgängesrätt i betydelsen att få träffa och vara tillsammans med den förälder barnet inte bor med. Genom användningen av denna trubbiga beskrivning försvinner för barnet mycket viktiga distinktioner. Det skydd som umgängesrätten skall ge kan i många fall försvagas eller försvinna. Den kan i vissa fall till och med bli till skada. Umgängesrätten handlar inte bara om att få vara tillsammans med föräldern; den handlar i grunden om att skapa goda uppväxtförhållanden för barn, något som innefattar mycket mer än att bara vara tillsammans. Umgängesrätten är inte den barnsligt enkla sak den ofta beskrivs som; den har många olika dimensioner.

Umgängesrätt – förälders privilegium

I och med att umgängesrätten beskrivs som ett skydd för en känslomässig relation till någon vuxen i barnets närhet, faller det sig naturligt att inkludera även andra personer än föräldrar i den krets av personer som barnet har rätt att umgås med. Ambitionen att låta barnet ha kontakt med närstående återfinns också i den offentlighetsregleringen rörande vård om barn.¹⁹ Barnet skall ha rätt att träffa personer som barnet längtar efter, men också anhöriga som det är berikande för barnet att få vara tillsammans med.²⁰ I första hand avses umgänge med någon som barnet har en anknytning till som är lika stark som den till en förälder, såsom familjehemsföräldrar, men umgänget kan även avse avliden förälders släktingar.²¹

Barnets vårdnadshavare har ett ansvar för att barnets behov av umgänge med annan som står barnet nära tillgodoses.²² Den som, mot för-

¹⁹ Socialtjänstens arbete med barn skall vägledas av kontinuitets- och närhetsprinciperna, se t.ex. prop. 1979/80:1 s. 213 ff; prop. 1989/90:28 s. 46 ff; SOU 1994:139 Ny socialtjänstlag, s. 97 ff. Ett barn som omhändertagits enligt LVU har rätt till fortsatt samhörighet med föräldrar, syskon och andra för barnet viktiga personer, se vidare prop. 1989/90:28 s. 52. Familjehemsplacering hos släktingar kan övervägas för att skapa förutsättningar för en fortsatt samhörighetskänslan med familjen, se vidare t.ex. prop. 1996/97:124 s. 113 ff.

²⁰ Walin, G., Föräldrabalken s. 211.

²¹ SOU 1979:63 s. 83.

²² I FB 6:15 talas omväxlande om skyldigheter för barnets föräldrar respektive barnets vårdnadshavare. Någon skillnad i sak torde inte vara avsedd.

älderns vilja, vill få umgänge med barnet har dock mycket begränsade möjligheter att få detta till stånd. Den möjlighet som finns är att anmäla önskemålet om umgänge till socialnämnden. Socialnämnden prövar om umgänge är till barnets bästa. Om så befinns vara fallet kan nämnden föra talan om fastställande av umgängesrätt. I praxis förekommer detta mycket sällan.²³ Skälet synes vara att umgänge med annan än förälder inte anses vara till barnets bästa i de fall barnets föräldrar motsätter sig en sådan umgängesrätt.

Barnets umgängesrätt beskrivs i lagen som en rättighet för barnet.²⁴ Umgängesrätten är dock inte någon självständig legal ”rätt” för barnet, utan närmast en del av det rättsliga vårdnadsansvaret. Barnet har ett grundläggande behov av att få träffa båda sina föräldrar och barnets vårdnadshavare har en skyldighet att tillgodose detta behov, lika väl som barnets övriga behov. Talerätsreglerna understryker att det inte är fråga om en barnets rätt. Det är endast den förälder som inte bor med barnet som har möjlighet att påkalla umgänge och få till stånd beslut och verkställighet därav. Den förälder barnet bor tillsammans med har inte givits rätt att initiera ett rättsligt fastställande av umgänge, endast en möjlighet att få redan fastställt umgänge begränsat.²⁵ I processuellt hänseende synes det därför mer rättvisande att tala om en rätt för den med barnet icke sammanboende föräldern att umgås med barnet.

Den rättsliga regleringen rörande möjligheterna att få barns rätt till umgänge fastställt, återspeglar inte fullt ut de långtgående ambitioner att tillgodose barnets intressen som framförts i olika sammanhang. Det kan till och med sättas i fråga om de svenska talerätsreglerna i sin nuvarande utformning lever upp till de krav på rättvis rättegång som ges i artikel 6 i EKMR. Regleringen speglar i stor utsträckning en sedan lång tid rådande syn på umgängesrätt som en rätt för föräldern. Om det är barnets rätt som skall tillgodoses krävs utvidgade möjligheter att få umgängesfrågan prövad, inte bara för barnet närstående utan också för barnet självt.

²³ Se t.ex. Riesbeck, M., Möjlighet för annan än förälder att få umgänge med barn – en empirisk undersökning. Examensarbete i civilrätt, juridiska fakulteten, Uppsala universitet HT 2002.

²⁴ Se t.ex. SOU 1979:63 s. 81 f; prop. 1981/82:168 s. 41 ff; SOU 1995:79 s. 90 f; prop. 1997/98:7 s. 59 ff.

²⁵ NJA 1994 s. 128; RH 2000:99.

Vårdnad och umgänge

Rättsligt vårdnadsansvar och umgänesrätt har länge varit sammankopplade begrepp. Tidigare utgjorde umgänesrätten ett alternativ till vårdnadsansvar och innebar en skyldighet för vårdnadshavaren att tåla inskränkningar i rätten att bestämma var barnet skulle vara och med vem.²⁶ Ett sådant synsätt är inte längre riktigt hållbart eftersom beslut om umgänesrätt kan fattas oberoende av hur vårdnadsansvaret är fördelat. Men det finns fortfarande tydliga och intressanta kopplingar mellan vårdnad och umgänge.

Det rättsliga vårdnadsansvaret har till syfte att tillförsäkra barnet någon som kan åläggas en skyldighet att tillgodose barnets olika behov under uppväxten, i lagtexten beskrivet som barnets rätt till omvårdnad, trygghet och en god fostran. Det är vårdnadshavaren som bestämmer hur barnets behov skall tillgodoses, dvs. hur den faktiska vården om barnet skall gestalta sig. Har ett barn två vårdnadshavare skall de tillsammans och i samråd tillgodose barnets olika behov.

Huvudregeln i svensk rätt är att barnets båda föräldrar skall ha gemensamt vårdnadsansvar. I de fall detta inte anses möjligt kan vårdnaden ges till en av föräldrarna ensam. Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet i en vårdnadstvist skall särskilt avseende fästas vid barnets behov av nära och god kontakt med båda föräldrarna.²⁷ Den bakomliggande tanken är att den förälder som bäst tillgodoser barnets behov av umgänge med den andra föräldern skall ges vårdnadsansvar. Barnets behov av umgänge har under senare år kommit att dominera debatten rörande det rättsliga vårdnadsansvarets syfte; att vårdnadsansvaret har till syfte att tillgodose många andra behov hos barnet har i motsvarande mån kommit i skymundan. Barnets bästa har i vårdnadsfrågor blivit synonymt med behov av umgänge. Synsättet manifesterades tydligt genom 1998 års reform av vårdnadsreglerna som innebar att det blev möjligt att förordna om gemensamt vårdnadsansvar för föräldrar även i de fall den ena föräldern motsätter sig detta. Reformen motiverades nästa uteslutande med hänvisning till barnets behov av umgänge med båda föräldrarna. Barn

²⁶ Se remissyttrande från Juridiska fakultetsnämnden, Uppsala universitet i prop. 1981/82:168 s. 161 för en analys av denna fråga.

²⁷ Prop. 1990/91:8 s. 60–62. Bestämmelsen finns numera i FB 6:2 a. Se vidare SOU 1995:79 s. 90 ff; prop. 1997/98:7 s. 59 ff.

har behov av nära och goda relationer med båda föräldrarna. Gemensam vårdnad främjar detta sägs det.²⁸ Men på vilket sätt har inte närmare beskrivits.

Eftersom ett barn genom reformen kan få två vårdnadshavare som inte är överens om hur vårdnaden skall utövas ansågs det finnas behov av en möjlighet för domstol att närmare reglera hos vem av vårdnadshavarna som barnets skall bo och när umgänge med den andra föräldern skall äga rum. Tillspetsat uttryckt kan sådana förordnanden, inte minst om umgängesrätt, ses som en anvisning om hur den faktiska vården av barnet skall fullgöras – hur barnets behov skall tillgodoses. Detta kan tyckas vara i sin ordning. Men med tanke på att vårdnaden om barnet skall tillgodoses många olika behov hos barnet framstår det som lite anmärkningsvärt att barnets behov av umgänge lyfts fram på det sätt som är fallet i gällande rätt. Förklaringen skulle kunna vara att umgänge ger möjlighet för den förälder som inte bor med barnet att utöva faktisk vård av barnet. Utvecklingen mot en ökad användning av gemensamt vårdnadsansvar för separerade föräldrar förutsätter att den faktiska vården av barnet frikopplas från det rättsliga vårdnadsansvaret.²⁹ Men eftersom faktisk vård av barnet är den kanske viktigaste aspekten i förhållandet mellan barn och föräldrar, sett både ur barnets och föräldrarnas synvinkel, är det inte förvånande att umgänget kommit att få den betydelse det har.

Sambandet mellan umgänge och faktiskt vård speglas i diskussionerna rörande umgängesrättens utformning. En målsättning i svensk rätt är att umgänge skall fastställas med utgångspunkt i det enskilda fallet och att det blir individuellt anpassat och flexibelt.³⁰ Formerna för umgänget har därför diskuterats. I andra rättsordningar, såsom i Danmark och Finland för att nämna några näraliggande exempel, finns möjlighet för domstol att föreskriva att kontakten mellan barn och föräldrar kan ske på annat sätt än genom direkt umgänge, exempelvis genom brev eller telefon. En sådan möjlighet skulle kunna användas när en direkt kontakt med förälder skulle kunna vara skadlig eller när barnet bor långt ifrån förälder. Sådana lösningar har dock än så länge avvisats för svenskt vidkommande. Skälen är att det anses finnas en risk för att alltför detaljerade föreskrifter skulle kunna minska samarbetsviljan hos föräldrarna. Man vet inte heller

²⁸ Prop. 1997/98:7 s. 49.

²⁹ För en närmare analys av detta förhållande se Singer, A., *Föräldraskap i rättslig belysning*. Iustus förlag 2000 s. 448 ff.

³⁰ Se t.ex. SOU 1995:79 *Vårdnad, boende och umgänge*, s. 95; NJA 1988 s. 559.

hur sådana regler skulle fungera.³¹ Mot bakgrund av den klart uttalade ambitionen att åstadkomma individuellt anpassade lösningar för umgängesrätten är det lite förvånande att diskussionen helt domineras av föreställningen att umgänge skall utövas genom fysisk samvaro. Om utgångspunkt togs i de intressen barnet har i sammanhanget skulle alternativa former för kontakt mellan barn och föräldrar kunna framstå som nog så tillfredsställande.

Att umgänge och faktisk vård hänger samman illustreras också genom möjligheten att fullgöra underhållsskyldighet mot barnet genom umgänge. FB 7:4 stadgar att en förälder som har haft barnet hos sig under en viss tid har rätt att vid fullgörandet av sin bidragsskyldighet tillgodoräkna sig ett avdrag för barnets vistelse av det underhållsbidrag som skall utges. Den bakomliggande tanken är att den förälder som har umgänge med barnet också står för barnets kostnader under denna tid och att den andra förälderns kostnader minskar. Förslag att avskaffa avdragsrätten har avvisats med hänvisning till vikten av att barnet har nära och goda kontakter med den förälder barnet inte bor tillsammans med. Ett borttagande av rätten till kompensation skulle framstå som ett steg i fel riktning.³²

Umgängesrätten har i flera avseenden kommit att ses som ett sätt att ge en förälder möjlighet att få utöva den faktiska vården om barnet och ett sätt att fördela en knapp resurs. Umgängesrätt innebär att dela barnet ljuvt och lett med någon annan. Det synes dock vara önskvärt att låta den faktiska vården återta sitt rätta namn och sin rätta plats i diskussionerna rörande den rättsliga vårdnaden. Att tala om umgängesrätt som en rätt för barnet när det är förälderns rätt att få utöva faktiskt vård om barnet, fördunklar resonemangen och försvårar bedömningen av vad som är barnets bästa i dessa sammanhang.

Adoption och umgänge

Ytterligare ett sammanhang där barnets rätt till umgänge har fått stor uppmärksamhet är vid bedömningen av om en adoption är till fördel för barnet. Det är särskilt vid s.k. styvbarnsadoption som umgängesrätten får betydelse. Med styvbarnsadoption avses fall när barnet adopteras av den ena förälderns make. Barnet blir rättsligt parets gemensamma barn.

³¹ Prop. 1997/98:7 s. 64.

³² Se t.ex. prop. 1997/98:7 s. 66.

För att adoption skall medges krävs att barnets vårdnadshavare ger sitt samtycke till adoptionen. En förälder som inte har del i vårdnadsansvaret behöver enligt gällande rätt inte samtycka till adoptionen utan endast höras. En förälder utan del i vårdnaden kan således inte genom att vägra sitt samtycke förhindra en adoption som bedöms vara till fördel för barnet. En styvbarnsadoption får till följd att de rättsliga banden till den ena ursprungliga föräldern upphör. Därmed antas också möjligheten att fastställa umgängesrätt i förhållande till den föräldern försvinna.³³ Barnets förlust av umgängesrätt har i vissa fall medfört att adoption inte ansetts vara till fördel för barnet.³⁴ Det är dock inte givet att umgängesrätten bortfaller. Som ovan berörts ger FB 6:15 möjlighet att fastställa barns umgängesrätt med annan person än förälder som står barnet särskilt nära, exempelvis mor- eller farföräldrar i egenskap av genetiska släktingar. Förarbetena till bestämmelsen berör inte uttryckligen en förälder vars barn adopterats men det föreligger inte något formellt hinder att inkludera också sådana i den krets som kan tillerkännas umgängesrätt.

Frågan om en icke vårdnadshavande förälders möjligheter att påverka adoptions medgivande har varit föremål för lagstiftarens uppmärksamhet vid flera tillfällen, senast i Ds 2001:53 Föräldrars samtycke till adoption.³⁵ I promemorian föreslås att om en förälder som är utan del i vårdnaden inte lämnar sitt samtycke till adoptionen skall ett uteblivet samtycke inte utgöra hinder för att tillstånd ges till adoption, om detta är uppenbart bäst för barnet. Skälet till att en icke vårdnadshavande förälder på detta sätt ges en mycket stark ställning vid adoption är att dessa frågor skall avgöras med beaktande av barnets bästa. Vid bestämmandet av vad som är barnets bästa har ledning hämtats från hur denna målsättning formulerats i vårdnadsmål. Eftersom de senaste reformerna på vårdnadsrättens

³³ Se vidare SOU 1979:63 s. 83 och prop. 1981/82:168 s. 42–43. Frågan har också berörts i NJA 1987 s. 628, dock utan att beslut fattades.

³⁴ Se t.ex. NJA 1952 s. 293 och NJA 1952 s. 521. Jfr dock NJA 1987 s. 116 och NJA 1987 s. 628 i vilka mål adoption medgavs trots förlusten av umgängesrätt med en biologisk förälder.

³⁵ Lagstiftningsarbetet hade sin upprinnelse i ett fall som prövades i Europadomstolen, Söderbäck vs. Sweden (113/1997/897/1109). I målet hade en styvfar tillåtit adoptera en flicka mot den biologiska faderns bestridande. Domstolen fann att den biologiska faderns rätt till skydd för familjeliv enligt EKMR artikel 7 inte kunde anses ha kränkts. Domstolen berörde inte uttryckligen frågan om umgängesrättens betydelse. Frågan om den icke vårdnadshavande förälderns ställning i adoptionsärenden har tidigare behandlats i SOU 1989:100 Adoptionsfrågor.

område har syftat till att understryka barnets behov av båda sina föräldrar och deras gemensamma ansvar för att barnet ges tillgång till båda föräldrarna anses det inte vara logiskt att medge adoption utan att båda föräldrarna samtyckt till det.³⁶ Barnets rätt till umgänge har varit avgörande för utformningen av nu gällande reglering av förälders vårdnadsansvar som innebär att vårdnadsansvaret som huvudregel skall vara gemensamt för båda föräldrarna. Den bakomliggande tanken är att båda föräldrarna därigenom tar ett aktivt ansvar för tillgodoseendet av barnets behov, inklusive behovet av umgänge – barnets bästa tillgodoses. Ett sådant synsätt på barnets bästa är dock inte direkt applicerbart vid bedömning av om adoption är till fördel för barnet.

Resonemanget om vilken betydelse som skall tillmätas umgänge vid adoptions medgivande illustrerar på ett gott sätt hur innebörden av målsättningen barnets bästa bestäms på ett närmast slentrianmässigt sätt med hänvisning till det som numera anses vara en djup sanning – barnets bästa är att vara bibehållen möjligheten till umgänge med förälder. Om man verkligen tog barnets intresse och behov av kontakt med en förälder till utgångspunkt för bedömningen av vad som är barnets bästa i den rättsfråga som är föremål för uppmärksamhet i det enskilda fallet skulle en mer sammansatt bild framträda. Det kan i det enskilda fallet finnas anledning att skydda barnets behov av att få upprätthålla en redan bestående relation. Finns inte någon sådan relation kan barnet ha ett intresse av att ges möjlighet att etablera en sådan relation. Dessa intressen måste dock vägas mot de andra intressen som kan föreligga, exempelvis intresset av att få rättslig bekräftelse på och trygghet i en redan existerande familjerelation. Det intresse barnet har av umgänge kan också ges ett skydd oberoende av frågan om adoption och familjerättslig status. Men användningen av barnets bästa i meningen rätt till umgänge förhindrar en sådan mer mångsidig bedömning och skyddet av barnets verkliga intressen riskerar i realiteten att bli mycket svagt.

Barnets bästa och rätten till umgänge

Barnets bästa i svensk rätt är idag på alltför många områden synonymt med rätten till umgänge. Istället för att konstatera att tillgodoseendet av barnets behov av umgänge är – tillsammans med tillgodoseendet av många andra behov – barnets bästa, förenklas det hela till att barnets

³⁶ Ds 2001:53 s. 85.

bästa är umgänge. Därmed läggs vad som skulle kunna liknas vid en våt filt över varje försök till en mer fördjupad diskussion om vad barnets intressen och behov är. Under denna våta filt döljs allehanda oklara resonemang som alltför ofta handlar om att avancera andra intressen än de barnet har.

Ett mer nyanserat synsätt på barnets behov krävs, men också en öppenhet för att också föräldrarna har intressen som måste skyddas i detta sammanhang. En differentiering av de olika intressen som skall tillgodoses med umgängesrätten måste utgöra utgångspunkten för lagstiftningen om syftet med regleringen skall kunna uppnås. Om det är barnets intresse av att under trygga och förtroendeskapande förhållanden upprätthålla en redan existerande relation med en förälder måste detta intresse ges ett skydd som garanterar just detta. Att slentrianmässigt fastställa umgänge med en förälder som barnet känner sig otryggt med riskerar att för lång tid framåt radera barnets tilltro till omvärlden – det som skulle skyddas. Om det är barnets intresse av att få upprätthålla kontakt med mormor kan inte skyddet av detta intresse göras beroende av om en förälder motsätter sig en sådan kontakt; det är ju just för dessa fall som skyddet behövs. Om barnet har ett intresse av att få etablera en kontakt med en förälder som barnet inte känner måste det ges möjligheter till just detta utan att barnets rätt till trygghet i sin existerande familj sätts åt sidan. Och så vidare ...

Det regelsystem vi har idag rörande umgängesrätten utformades i en annan tid för ett annat regelsystem och med utgångspunkt i en annan syn på förhållandet mellan barn och föräldrar. Att inte uppmärksamma dessa omständigheter kan i längden leda till kontraproduktiva resultat. Uppnåendet av barnets bästa som rättslig målsättning innebär att regelsystemet hela tiden måste omprövas i förhållande till den verklighet som skall regleras och de intressen som skall skyddas. Inte minst gäller detta regleringen av umgängesrätten och dess syfte. Att oreflekterat sätta likhetstecken mellan barnets bästa och umgängesrätt begränsar på ett onödigt sätt möjligheterna att åstadkomma det skydd som eftersträvas – ett faktiskt skydd för det enskilda barnets intresse och behov av umgänge med föräldrar och andra viktiga personer i barnets liv.

