

Innehållsförteckning

Förkortningar.....	3
1 Inledning.....	5
1.1 Problematik	5
1.2 Syfte	8
1.3 Metod och material	9
1.4 Avgränsning	12
1.5 Disposition	14
2 Bakgrunden till de nya frågeställningarna	14
2.1 Paradigmskifte	14
2.2 Vårdnadsbegreppets innebörd.....	16
2.3 Barnen Catton (Kammarrätten i Göteborg, dom 2006-03-22).....	19
2.4 Våld i hemmet som grund till bortförandet.....	22
2.4.1 Allmänt.....	22
2.4.2 Hur barn påverkas av våld	24
2.4.3 Behovet av empirisk forskning och ökad medvetenhet.....	25
2.5 Barnet mitt i konflikten.....	29
3 Olika länders reaktioner och lösningar	31
3.1 <i>Undertakings</i> – ett sätt att komma till rätta med problemet?.....	31
3.1.1 Innebörden av <i>undertakings</i>	31
3.1.2 Kritik riktad mot <i>undertakings</i>	33
3.1.3 Skyddsåtgärder inom Europa.....	36
3.1.4 Barnet Salem (Stockholms Tingsrätt, dom 2006-09-08).....	36
3.2 Presentation av ett nytt schweiziskt förslag	38

3.3	Diskrepansen mellan EU och vissa länder utanför Europa	41
4	Reunites studie: hur påverkas barn av ett bortförande?	45
4.1	Presentation av Reunite	45
4.2	Bakgrund och syfte	46
4.3	Undersökningsgruppen	47
4.4	Omständigheterna vid bortförandet	47
4.5	Barnens vistelse i det nya landet.....	48
4.6	Barnets återförande till hemvistlandet	49
4.7	Hur påverkas barn känslomässigt?.....	49
4.8	Barnens relation med föräldrarna.....	50
4.9	Effekter av återförandet	50
4.10	Vilken lärdom kan föräldrar ta av studien?	51
4.11	Vilka slutsatser kan dras av studien?	52
5	Avslutande kommentar	54
	Källförteckning.....	56

Förkortningar

Bryssel II-förordningen	Rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000
Ds	Statens departementsserie
EU	Europeiska unionen
FN:s barnkonvention	Förenta Nationernas konvention om barnets rättigheter (antagen av FN:s generalförsamling den 20 november 1989)
1980 års Haagkonvention	Haagkonventionen av den 25 oktober 1980 om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UD	Utrikesdepartementet
Handledning till Bryssel II-förordningen	Utarbetad handledning av kommissionen i samråd med det europeiska rättsliga nätverket på privaträttens område för tillämpningen av den nya Bryssel II-förordningen, uppdaterad version 1 juni 2005.

1 Inledning

1.1 Problematik

För närmare 30 år sedan började världssamfundet inse behovet av ett samarbete länder emellan för att finna lösningar till att förebygga samt lösa fall där barn olovligen förts bort till andra länder. Den 25 oktober 1980 trädde Haagkonventionen om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn i kraft (nedan 1980 års Haagkonvention). När Sverige anslöt sig till 1980 års Haagkonvention år 1989 var elva andra stater anslutna. Det tog ett tag innan konventionen fick ett mer universellt genomslag och idag är 78 stater anslutna till konventionen.¹

Konventionen grundar sig på övertygelsen om att barnets bästa är viktigt i frågor rörande vårdnaden om barn, samt önskan att kunna ge barn ett skydd på internationell nivå mot de skadliga effekterna som ett olovligt bortförande eller kvarhållande orsakar dem. Konventionen syftar till att fastställa förfaranden för att säkerställa ett snabbt återförande av barnet till den stat i vilken barnet hade sitt hemvist innan bortförandet ägde rum. Syftet är att skydda mot de skadliga effekterna det har på ett barn att bli uppryckt ur sin invanda miljö. Konventionen går således ut på att återställa det faktiska läget som det var innan det olovlige bortförandet ägde rum. Konventionen grundar sig nämligen på tanken att det är domstolen i barnets hemvistland som är mest lämpad att bedöma frågor gällande vårdnaden om barnet. 1980 års Haagkonvention förmodas även ha en effekt som ett preventivt verkande instrument som avskräcker från olovligt bortförande eller kvarhållande.²

Principen om att barnets bästa alltid skall beaktas i frågor som gäller barn är starkt förankrad i FN:s barnkonvention från 1989.³ Denna konvention är ett av de viktigaste dokumenten för att tillvarata barns rättigheter. I konventionens artikel 11 föreskrivs att medlemsländerna skall bekämpa att barn olovligen förs bort eller hålls kvar i ett annat land än hemlandet. Detta åskådliggör ytterligare att man på en internationell nivå uppmärksammat att åtgärder måste vidtas mot olovligt barnbortförande. Såsom framgår

¹ För en lista på anslutna stater till 1980 års Haagkonvention se Haagkonferensen för internationell privaträtts hemsida, http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24 (2007-04-26).

² Jänterä-Jareborg, M, Olovlige bortföranden av barn: Dags att ställa Sverige vid skampålen?, SvJT 2000, s. 875.

³ FN:s konvention om barnets rättigheter eller Barnkonventionen som den ofta kallas, antogs av FN:s generalförsamling den 20 november 1989.

av artikel 11 skall konventionsstaterna till FN:s barnkonvention främja bland annat multilaterala överenskommelser. 1980 års Haagkonvention hade redan trätt i kraft när Barnkonventionen antogs, varför behovet av multilaterala överenskommelser beträffande barnbortförande hade insetts redan innan Barnkonventionen kom till.

1980 års Haagkonvention har visat sig vara ett effektivt instrument och i de flesta av fallen återförs ett bortfört barn till hemvistlandet i enlighet med konventionens mål. Trots denna framgång har det från olika håll på senare år börjat uppmärksammas vilka negativa effekter ett återförande kan ha dels på barnet, dels på föräldern som bortfört barnet. När 1980 års Haagkonvention kom till förutsattes majoriteten av alla barnbortförandeärenden vara fall där föräldrarna till barnet separerat och att den förälder som inte haft huvudansvaret för barnets omvårdnad, vanligen fadern, bortför barnet i ren frustration och håller barnet undan. I en sådan situation fungerar Haagkonventionen ofta på ett tillfredställande sätt och ett snabbt återförande är i regel den lämpligaste lösningen.

Efter många års praktisk tillämpning av konventionen har det kunnat konstateras att i majoriteten av alla Haagkonventionsärenden sker inte bortförandet under ovan angivna förutsättningar. 72 % av alla Haagkonventionsärenden berör nämligen fall där barnet har blivit bortfört eller kvarhållet av dess primära vårdnadshavare som enligt statistiska undersökningar vanligtvis är modern till barnet.⁴ Detta bortförande har skett utan tillstånd från den andra föräldern och mot den kvarlämnade förälderns legala rättigheter att ha vård om barnet. Det har även framkommit att det blivit allt vanligare att bortförandet grundat sig på att det förekommit våld i hemmet och att modern flytt från detta för att dels skydda sig själv dels skydda barnet ifråga.⁵ I dessa fall kan det finnas anledning att ifrågasätta om ett snabbt återförande är den bästa lösningen.

Trots att det grundläggande ändamålet med Haagkonventionen är att säkerställa ett snabbt återförande av barn som olovligen förts till eller kvarhållits i en fördragsslutande stat så uppställer konventionen vissa undantagsregler där ett återförande kan vägras. Konventionen uppställer inte just våld i hemmet som ett specifikt undantag för att inte återföra, men artikel 13 1(b) yrkas ofta som grund för att ett återförande inte skall äga

⁴ Gillen, J, The Hague Convention and Domestic Violence- Friend or Foe? – A Common Law Perspective of Interpretations of Article 13 1(b) of the Hague Convention in the Context of Domestic Violence, The Judges' Newsletter 2006, volume 11, s. 31.

⁵ För en diskussion kring detta se Bruch, C.S., The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Child Abduction Convention Cases, Family Law Quarterly 2004, s. 529-545.

rum i ett sådant fall. Av denna artikel framgår att ett återlämnande kan vägras om det finns en allvarlig risk för att barnets återlämnande skulle utsätta det för fysisk eller psykisk skada eller på annat sätt försätta barnet i en situation som inte är godtagbar. Denna vägransgrund skall och har använts restriktivt, vilket får konsekvensen att barn blir återlämnade i majoriteten av fallen.

På senare tid har lämpligheten i barnets återlämnande börjat ifrågasättas i situationer där fysiskt eller sexuellt våld förekommit inom familjen. USA, Kanada och Australien är några länder där domstolar funnit att tillämpningen av Haagkonventionen blivit allt för sträng i strävan att uppfylla konventionens förpliktelser. Fall har uppdragats där barn återförts till förhållanden där våld av olika slag förekommit. Det finns därför idag vägledande rättsfall från dessa länder, där överflyttning vägrats i sådana här fall, under återopande av artikel 13 1(b).⁶ Visst motstånd har dock mötts vad gäller en mer flexibel tillämpning av artikel 13 1(b) och Rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000 (Bryssel II-förordningen) vidmakthåller en restriktiv tillämpning av vägransgrunden.⁷

Nödvändigheten av en strikt tillämpning av undantaget i artikel 13 1(b) säger sig självt. En konvention som bygger på en summarisk återförandemekanism skulle nämligen inte fungera ändamålsenligt om domstolen i varje enskilt fall skulle behöva göra en detaljerad bedömning av vad som kan tänkas vara bäst för barnets välbefinnande. Denna restriktiva tillämpning har dock börjat ifrågasättas dels på grund av att den praktiska tillämpningen av konventionen tagit sikte på andra fall än vad som avsågs vid konventionens ikraftträdande, dels på grund av att våld i hemmet påståtts vara en allt mer vanligt förekommande anledning till barnbortförande. Detta grundar sig förstås på tanken att det är barnets bästa som skall ligga till grund för bedömningen.

⁶ För en diskussion kring några av dessa rättsfall se Chamberland, J, Article 13 1(b) and Domestic Violence: The Canadian Situation, The Judges' News Letter, volume 5, Spring 2003, s. 17-21. Se även Bruch ovan not 5 a.a. s. 529-545.

⁷ Se nedan avsnitt 3.3.

1.2 Syfte

Vägransgrunden i artikel 13 1(b) har tillkommit av hänsyn till barnets bästa. I denna uppsats ämnar jag att analysera huruvida 1980 års Haagkonvention lever upp till principen om barnets bästa. Detta kommer att göras utifrån de uppmärksammanden som gjorts att våld inom familjen blivit en allt vanligare anledning till att barn bortförs.

Såsom inledningsvis konstaterats syftar 1980 års Haagkonvention till att ett återförande snabbt kommer till stånd, då detta presumeras vara bäst för barnet. Haagkonventionsprocessen är inte en vårdnadsprocess. Domstolar skall därför konventionsenligt förhålla sig återhållsamma vad gäller en mer grundläggande bedömning av lämpligheten av föräldrarna som vårdnadshavare, eftersom Haagprocessen enbart avser en bedömning av återförandefrågan. Det kan argumenteras att intresset av att vidmakthålla en summarisk process utan en direkt prövning i sak avseende föräldrarnas lämplighet, kan eftersätta intresset av att ta tillvara vad som är bäst för barnet i det enskilda fallet.

Då den typiska bortförandeföräldern idag inte motsvarar den stereotyp som man hade i åtanke vid utarbetandet av 1980 års Haagkonvention, är det relevant att utreda lämpligheten av att behandla alla Haagärenden med samma utgångspunkt, dvs. att barnet alltid skall återlämnas, oavsett vem som fört bort barnet och utan beaktande av anledningen till bortförandet. Trots den restriktiva tillämpning vägransgrunderna haft har, som ovan konstaterats, vissa länder på senare tid uppmärksammat vikten av en mer flexibel tillämpning. Jag kommer att redogöra för innebörden av vissa länders mer liberala syn på tillämpningen av vägransgrunden i artikel 13 1(b) i fall där det förekommit våld i hemmet.

Vad som är att betrakta som barnets bästa är ett omdiskuterat ämne, och olika uppfattningar gällande begreppet är vanligt förekommande. Föräldrarna är i de allra flesta Haagärenden av olika uppfattningar om vad som är bäst för deras barn. Beslut från domstolar i de olika medlemsstaterna visar även att någon universell uppfattning inte föreligger om vad som är att anse som barnets bästa. Principen om barnets bästa har därmed tillämpats på ett inte alltid konsekvent sätt och domarens fria skön har kommit att bli avgörande för bedömningen av vad som är bäst för barnet i det enskilda fallet.⁸ Problematiken kring principen om barnets bästa samt om det finns ett behov av en

⁸ Leto, M, Whose Best Interest? International Child Abduction Under the Hague Convention, Chicago Journal of International Law 2002, volume 3, s. 247.

enhetlig internationell standard för denna princip kommer därför att diskuteras i denna uppsats.

I maj 2006 utkom den första studie som gjorts där barn som varit med om ett bortförande intervjuats i frånvaro av deras föräldrar.⁹ Den engelska juristen Marilyn Freeman skrev denna rapport i samarbete med organisationen Reunite, som är en engelsk stiftelse specialiserad i frågor rörande internationella vårdnadstvister.¹⁰ Syftet med studien var att få en uppfattning om hur barnen själva såg på det bortförande de upplevt. I andra delen av denna uppsats kommer jag att redogöra för denna studie. Målet är att ge en mer levande bild av hur barn kan uppfatta ett bortförande och hur barn både på kort och lång sikt påverkas av det inträffade. Av studien går det inte att dra några generella slutsatser hur eventuellt våld i hemmet påverkat de intervjuade barnen. Studien bidrar dock till ett mycket intressant barnperspektiv, som är av relevans för att kunna tillämpa konventionen på ett *barnvänligt* sätt.

De frågeställningar jag utgår ifrån och avser att besvara är: Vilken förändring har skett vad gäller den presumerade stereotypa barnbortföraren år 1980 respektive år 2007? Vad får denna förändring för konsekvens vid tillämpningen av vägransgrunden i artikel 13 1(b)? Har våld inom familjen kommit att bli en allt vanligare orsak till att barn förs bort? Vilka fördelar respektive nackdelar finns det med en mer flexibel tillämpning av artikel 13 1(b)? Hur påverkas barn av ett bortförande och kan några generella konstateranden göras av Reunites studie? Krävs en förändring av dagens tillämpning av 1980 års Haagkonvention för att upprätthålla principen om barnets bästa?

1.3 Metod och material

Behovet av en utredning vad gäller upprätthållandet av principen om barnets bästa i Haagärenden, framstod som påtagligt efter en praktikperiod under hösten 2006 vid Konsulära och civilrättsliga enheten på Utrikesdepartementet (UD). Denna praktikperiod gav mig god insikt om de ofta mycket komplicerade familjesituationer som olovliga bortföranden av barn grundar sig på. Trots att många ärenden löste sig konventionsenligt, kvarstod ofta frågan: Var detta bäst för barnet? Det kunde

⁹ Freeman, M, for The Reunite Research Unit, International Child Abduction – The Effects, May 2006 (nedan Reunites studie från 2006) Finns tillgänglig på <http://www.reunite.org/page.php?alias=research20> (2007-04-26).

¹⁰ Se <http://www.reunite.org> för mer information om Reunite (2007-04-26). En presentation av Reunite görs även under avsnitt 4.1 nedan.

konstateras att i flertalet av Haagärendena åberopade den bortförande föräldern, med hänvisning till artikel 13 1(b), allvarlig risk för barnets psykiska eller fysiska hälsa som skäl för att vägra överflyttning. I majoriteten av fallen vann detta yrkande ingen framgång och således efterlevdes Haagkonventionens primära syfte att återföra olovligt bortförda barn.¹¹

I november 2006 deltog jag vid det femte specialkommissionsmötet vid Haagkonferensen för internationell privaträtt rörande tillämpningen av 1980 års Haagkonvention (nedan specialkommissionsmötet). Vid detta möte var alla medlemsstater samlade för att diskutera Haagkonventionens betydelse och fortsatta tillämpning i de olika länderna. En omdiskuterad fråga vid denna konferens avsåg lämpligheten av en mer flexibel tillämpning av vägransgrunden i artikel 13 1(b). Särskilt den schweiziska delegationen var framträdande med förslag till förändring. Frågeställningarna i denna uppsats grundar sig i stor utsträckning på sådana intressanta reflektioner som detta möte gav upphov till. Mycket av det material som legat till grund för denna uppsats är hämtat från specialkommissionsmötet.

Den metod jag har använt mig av för att besvara ovan nämnda frågeställningar är att först på ett mer allmänt plan ge bakgrundsinformation till varför 1980 års Haagkonvention och dess tillämpning på senare tid kommit att kritiseras. Efter detta kommer det konkreta förslag på förändring rörande tillämpningen av artikel 13 1(b), som Schweiz lade fram vid specialkommissionsmötet att redogöras för och bemötas. Även andra länders synpunkter kring tillämpningen av 1980 års Haagkonvention kommer att redogöras för. Principen om barnets bästa kommer att vara vägledande genom hela uppsatsen, och kommer att vägas mot andra relevanta intressen. Redogörelsen för Reunites studie syftar till att på ett mer levande sätt åskådliggöra ett barnperspektiv, på ett i övrigt konkret juridiskt problem.

Bakgrunden till problematiken i denna uppsats har uppmärksammats i relativt begränsad utsträckning i den svenska doktrinen, varför största delen av materialet är hämtat från utländsk litteratur. Stora delar av informationen är även hämtade från

¹¹ Det finns dock exempel på fall där svensk domstol beslutat att inte återföra barn med stöd av artikel 13 1(b). Däribland kan nämnas ett fall där barnen förts från Belgien till Sverige, (Kammarätten i Jönköping, dom 99-11-23) Mål nr 3532-1999 och ett annat fall där barnen bortförts från Israel till Sverige (Kammarrätten i Göteborg, dom 00-03-02) Mål nr 6608-1999. Jänterä-Jareborg analyserar dessa rättsfall i Jänterä-Jareborg ovan not 2 a.a. s. 885-889.

Haagkonferensens egen hemsida¹². I olika artiklar i tidningen *The Judges Newsletter* har det från olika länders håll efterfrågats en mer flexibel tillämpning av Haagkonventionen, i fall där våld förekommit i hemmet. Från svenskt håll har problemet uppmärksamats av professor Maarit Jänträ-Jareborg.¹³ Artiklar från Jänträ-Jareborg har även studerats gällande den svenska utvecklingen inom familjerätten. Studier av Carol S. Bruch, Merle H. Weiner, Miranda Kaye och Anastacia M. Greene ligger till grund för den rättsligt inriktade diskussionen angående förekomsten av våld i hemmet. Information angående tillämpningen av vägransgrunden i artikel 13 1(b) samt information angående förekomsten av våld i hemmet har även hämtats från studier av Nigel Lowe, Mark Everall QC och Michael Nicholls samt Paul R. Beaumont och Peter E. McEleavy. Information angående Reunite är hämtad från deras hemsida¹⁴, där Marilyn Freemans studie om hur barn påverkas av ett bortförande från 2006 även går att ladda ner. Sociologerna Greifs och Hegars studie från 1993 som även berörs, beaktar andra aspekter än juridik.¹⁵ Trots att denna studie är relativt gammal har jag valt att ta med denna i uppsatsen för att belysa att våld i hemmet som anledning till bortförande började uppmärksammas relativt tidigt. Informationen angående barns påverkan av våld har vidare hämtats från Departementspromemorian *Barnen i brottets Skugga*.¹⁶

Professor Elisa Pérez-Veras förklarande rapport till 1980 års Haagkonvention¹⁷ (nedan Pérez-Veras rapport) kommer naturligtvis också att ligga till grund vid diskussioner om tolkningen av artikel 13 1(b). EU-kommissionens handledning för tillämpningen av den nya Bryssel II-förordningen kommer även att beröras i den mån artikel 11(4) i Bryssel II-förordningen behandlas.¹⁸ Två relativt nyligen avgjorda svenska rättsfall kommer att diskuteras mer ingående. Detta görs för att visa hur utfallet i det enskilda fallet kan bli med nuvarande tillämpning av 1980 års Haagkonvention.

¹² Se Haagkonferensen för internationell privaträtts hemsida, <http://www.hcch.net> (2007-04-26).

¹³ Jänträ-Jareborg, M, Harmonisering, samordning och ömsesidigt förtroende inom Europeiska Unionen – Utvecklingen inom familjerätt, SvJT 2005, s. 831-832.

¹⁴ Se Reunites hemsida ovan not 10.

¹⁵ Greif, G & Hegar, R, When Parents Kidnap, Free Press, 1993.

¹⁶ Justitiedepartementet, Barnen i Brottets skugga, Departementsserien Ds 2004:56, 22 december 2004.

¹⁷ Pérez-Vera, E, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982 s. 462. Professor Pérez-Vera fungerade som rapportör vid konventionens utarbetande. Avsikten med rapporten är att ange bakgrunden till de antagna bestämmelserna samt att ge anvisningar om hur bestämmelserna är avsedda att bli tolkade och tillämpade. Rapporten anges allmänt vara av mycket hög kvalitet och har också spelat en mycket viktig roll vid konventionens tillämpning i många konventionsstater. Denna rapport finns tillgänglig på http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2779 (2007-04-26).

¹⁸ Se den utarbetade handledningen av kommissionen i samråd med det europeiska rättsliga nätverket på privaträttsens område för tillämpningen av den nya Bryssel II-förordningen, som finns tillgänglig på hemsidan http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_sv.pdf (2007-04-27).

1.4 Avgränsning

Fokus i denna uppsats kommer att vara kring de nya tankar som väckts angående en mer flexibel tillämpning av artikel 13 1(b) och då framförallt i situationer där våld i familjen påstått förekomma. Utgångspunkten i denna uppsats kommer vara barnets bästa och då i relation till övriga relevanta intressen. Omfattande studier har gjorts angående hur föräldrar påverkas vid ett bortförande.¹⁹ Dessa studier ger vid handen att ett bortförande är en mycket traumatisk upplevelse även för inblandade föräldrar, men eftersom denna uppsats har barnet i fokus omfattar den inte föräldraperspektivet.

Det har gjorts olika studier angående hur familjemedlemmar påverkas vid ett bortförande. Anledningen till att jag i denna uppsats valt att fokusera på Reunites, av Marilyn Freeman genomförda, studie från 2006 grundar sig på det nyhetsvärde studien har. Studien är även intressant då den är den första i Europa innehållande intervjuer med barn i frånvaro av föräldrarna. Den bidrar således med ett mycket intressant barnperspektiv.

De grunder som ger rätt att vägra överflyttning regleras i artiklarna 12, 13 och 20 i 1980 års Haagkonvention. Som ovan nämnts finns ingen specifik vägransgrund för fall där våld förekommit i hemmet. Artikel 13 1(b) yrkas dock i allmänhet som grund för att ett återförande inte skall äga rum i ett sådant fall, dvs. i fall då barnet skulle utsättas för fysisk eller psykisk skada eller på annat sätt försättas i en situation som inte är godtagbar. Denna uppsats kommer att fokusera på just detta första stycke i artikel 13 1(b). Anledningen till att endast vägransgrunden i artikel 13 1(b) skall behandlas är dels på grund av det stora antalet fall där denna grund yrkas, dels att den ofta leder till mer komplicerade bedömningar, till skillnad från de mer faktabaserade bedömningarna som görs på grundval av artikel 12 och artikel 13 1(b) 2 st.

Sistnämnda artikel tar sikte på fall där barnet motsätter sig ett återlämnande och barnet har uppnått sådan ålder och mognad att dennes åsikt skall tas i beaktande. Denna artikel kan leda till olika gränsdragningsproblem angående barnets mognad. Det föreligger även olika syn medlemsstaterna emellan angående hur stor vikt som skall läggas vid ett

¹⁹ Se bland andra Reunite Research Unit, *The Outcomes for Children Returned Following an Abduction* 31 (Sept. 2003) (skriven av Marilyn Freeman), tillgänglig på <http://www.reunite.org/page.php?alias=research17> (2007-04-26) (nedan Reunites studie från 2003) och Greif & Hegars studie, ovan not 15.

barns åsikt i Haagärendena. Dessutom kan nämnas att eftersom de allra flesta barn som bortförs (kvarhålls) är mycket unga och då ofta under en ålder då man brukar beakta barnets vilja, har artikel 13 1(b) 2 st. haft begränsad effekt vid Haagkonventionens tillämpning.²⁰ Denna vägransgrund är dock tämligen meningslös i situationer där våld förekommit, om barnet inte uppnått den ålder och mognad som artikel 13 1(b) 2 st. kräver.

Samma problem föreligger vad gäller användningen av artikel 12 i fall där våld förekommit, eftersom ettårsperioden skall vara uppfylld för att ett återförande skall kunna vägras. För ett barn som upplevt våld i hemmet är denna vägransgrund inte av någon hjälp om kravet på att det skall ha gått ett år från bortförandet inte är uppfyllt. Därför kommer inte heller artikel 12 att beröras i denna uppsats.

Artikel 13 1(a) i 1980 års Haagkonvention går ut på att återförandet kan vägras om det föreligger ett samtycke från den kvarlämnade föräldern att låta barnet och den andra föräldern åka iväg. Detta samtycke är ofta mycket svårt att bevisa om det inte skett skriftligen. Dessutom är det rimligt att anta att om våld verkligen förekommit och den ena föräldern flytt på grund av detta, så har något samtycke av den kvarlämnade föräldern inte getts. Av denna anledning är inte heller artikel 13 1(a) till någon större hjälp för personer som upplevt våld i hemmet.

I fall där ett återlämnande skulle strida mot det grundläggande skyddet för de mänskliga fri- och rättigheterna i den anmodade staten uppställer artikel 20 ytterligare en vägransgrund. Mig veterligen har denna artikel mycket sällan tillämpats. Enligt Pérez-Veras rapport skall artikel 20 tillämpas enbart i mycket speciella undantagsfall.²¹

Således kommer endast artikel 13 1(b) 1 st. att belysas i denna uppsats, eftersom denna artikel på ett mer direkt sätt än de övriga kan avse situationer där våld utövats. Denna avgränsning grundar sig även på att det schweiziska förslaget förespråkar en mer flexibel tillämpning av just artikel 13 1(b) och då framförallt angående vad som avses med en icke godtagbar situation.

²⁰ Betydelsen av denna artikel har dock ansetts klart ha ökat sedan staternas tillträde till FN:s barnkonvention. Se Beaumont, P, & McEleavy, P, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press 1999, s. 201-202.

²¹ Pérez-Vera ovan not 17 a.a. s. 462.

1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med bakgrundsinformation om problematiken. En redogörelse för vad det är som bidragit till diskussionen kring behovet av en mer flexibel tillämpning av artikel 13 1(b) är adekvat för förståelsen av uppsatsens övriga delar. Förekomsten av våld i hemmet och konsekvenserna av detta kommer sedan att redogöras för. Denna diskussion åtföljs av ett resonemang kring principen om barnets bästa och innebörden av detta allmänt vedertagna begrepp. Denna diskussion är av vikt då Haagkonventionen grundar sig på övertygelsen om att barnets bästa är av intresse i frågor rörande vårdnaden om barn.

Härefter kommer det förslag som Schweiz lade fram vid specialkommissionsmötet att redogöras för. En diskussion kommer att föras kring huruvida detta förslag på ett bättre sätt skulle kunna tillvarata barnets intresse. Hur andra länder tacklat problematiken kring våld i hemmet kommer även att redogöras för.

Den andra delen av uppsatsen kommer att bestå av en beskrivning av Reunites studie från 2006 angående hur barn påverkas av ett bortförande. Denna del i uppsatsen syftar till att ge viss klarhet i hur barn uppfattar ett bortförande och ett återförande. Detta är av stor vikt vid tillämpningen av en konvention som syftar till att tillvarata just barnets intressen. I uppsatsens avslutande del kommer några kommentarer att göras om vikten av att klargöra förhållandet mellan principen att återföra ett barn och intresset att tillvarata barnets bästa.

2 Bakgrunden till de nya frågeställningarna

2.1 Paradigmskifte

Då 1980 års Haagkonvention trädde i kraft var syftet att konventionen skulle fungera som ett slags nödinstrument, vilket snabbt och effektivt skulle lösa den kris som uppstått då ett barn olovligen rycks upp ur sin invanda miljö och förs till ett annat land. I en sådan situation, ansågs det, kräver barnets trygghet att det faktiska läget snarast möjligt återställs till förhållandena såsom de var innan bortförandet eller kvarhållandet ägde rum. Vid konventionens utarbetande utgick man från premissen att den typiska bortföraren normalt skulle vara en far som inte var delaktig i vårdnaden eller som

befarade att förlora vårdnaden vid en förestående separation eller skilsmässa. Konventionens summariska förfarande skulle säkra att barnet utan dröjsmål kunde återförenas med modern, som varit den person som stått för barnets faktiska vård.

I nyare utländska studier har det dock kunnat påvisas att verkligheten idag inte ser ut såsom konventionens skapare hade föreställt sig.²² Varken 1980 års Haagkonvention eller Pérez-Veras rapport²³ syftade till situationer där den bortförande föräldern var en moder som under barnets hela uppväxt varit barnets primära vårdnadshavare och haft hand om barnets faktiska vård. Inte heller togs i beaktande att denna primära vårdnadshavare möjligen flytt från hemvistlandet och fadern för att undkomma existerande våld inom familjen.

Idag bortförs eller kvarhålls barn emellertid i det stora flertalet fall av barnets moder som under hela barnets uppväxttid fungerat som primär vårdnadshavare. Bortförandet sker normalt till denna förälders ursprungliga hemland. Till detta land har barnet ofta nära band genom släkt och tidigare besök och barnet är ofta medborgare där.²⁴ Flera svenska rättsfall bekräftar detta.²⁵ Enligt statistiska undersökningar är ungefär 72 % av alla Haagkonventionsärenden fall där barnet har blivit bortfört eller kvarhållet av dess primära vårdnadshavare som vanligtvis är modern till barnet.²⁶

Då ett sådant paradigmskifte skett vad gäller den typiska bortföraren finns det anledning att fundera över om denna utveckling ger anledning till att ompröva Haagkonventionens summariska överflyttningsmekanism. Kanske borde det finnas ett större utrymme att vägra överflyttning när barnet bortförts av den primära vårdnadshavaren än när barnet bortförts av en förälder som inte har stått för den dagliga vårdnaden om barnet? Det finns anledning att fråga sig om det är relevant vilka omständigheter som föranlett bortförandet och vilka konsekvenser en fortsatt oförändrad tillämpning av Haagkonventionen kan få trots paradigmskiftet

²² Jänterä-Jareborg ovan not 2 a.a. s. 876.

²³ Pérez-Vera, ovan not 17 a.a.

²⁴ Se Jänterä-Jareborg ovan not 2 a.a. s. 877.

²⁵ Jänterä-Jareborg har analyserat några svenska rättsfall där modern varit föräldern som bortfört barnet, se ovan not 2 a.a. s. 882-892.

²⁶ Gillen, J, ovan not 4 a.a. Vad gäller Sverige så kan det nämnas att denna trend även stämmer här i landet. Statistik från UD, 2007-01-16, visar att av 34 aktiva Haagärenden rörande bortförande eller kvarhållande så är modern i 31 av fallen den bortförande förälder, medan fadern fört bort barnet i 3 av fallen. Det är intressant att notera att statistiken är annorlunda i icke Haagkonventionsärenden. Vad gäller ärendena där bortförandet (kvarhållandet) skett till ett land som inte tillträtt 1980 års Haagkonvention är det av totalt 32 bortföranden (kvarhållanden), fadern i 26 av fallen som fört bort (kvarhållit) barnet, medan modern varit den bortförande (kvarhållande) föräldern i endast 6 av dessa fall.

2.2 Vårdnadsbegreppets innebörd

Först finns det här anledning att diskutera vem som är att anses som primär vårdnadshavare till ett barn. Det skall erinras om att det inte finns någon universell accepterad definition av detta begrepp. I Reunites studie från 2003 framgår dock att det finns vissa generellt accepterade faktorer som skall innefattas för att en förälder skall bedömas vara en primär vårdnadshavare. Föräldrarnas kön, framgår det, är irrelevant vid denna bedömning.²⁷ Många rättssystem gör i sin familjerättsliga lagstiftning skillnad på en förälders legala rättigheter och en förälders faktiska ställning (*difference between legal rights and practical status*).

Även i en situation där föräldrarna är tillsammans och delar på ansvaret för barnet, går det ofta att urskilja vem av föräldrarna som är den faktiska vårdnadshavaren.²⁸ Om exempelvis ena föräldern arbetar och reser mycket, medan den andra föräldern är hemma med barnet, så är den sistnämnda föräldern den som har det primära praktiska ansvaret för barnet och således är dess primära vårdnadshavare. Även om det finns fall där det kan vara svårt att bestämma vem av föräldrarna som är barnets primära vårdnadshavare så kan generellt sägas att den primära vårdnadshavaren är den som primärt stått för den dagliga vården av och omsorgen för barnet.

Vilken konkret innebörd får då det faktum att det är denna primära vårdnadshavare, som ofta är modern, som för bort barnet? I 1980 års Haagkonvention görs ingen åtskillnad rörande vilken förälder som fört bort barnet. Gemensam vårdnad är allt vanligare i Europa även när föräldrarna är skilda. Detta är också huvudregel i svensk rätt. När 1980 års Haagkonvention utformades var det i många länder helt främmande att föräldrar skulle ha gemensam vårdnad om barnet efter en separation eller äktenskapsskillnad.²⁹ När barnet bara hade en rättslig vårdnadshavare, som var den som svarade för den dagliga vården om barnet, var den andre förälderns samtycke ofta inte någon

²⁷ Se Reunites studie från 2003 ovan not 19 a.a. s. 15.

²⁸ Reunites studie från 2003 ovan not 19 s. 16, visar att det allra vanligaste i studien var att barn blir bortförda från en situation där de båda föräldrarna lever tillsammans: *This statistic further broke down into 2 cases where the children were living with the abductor alone before the abduction, 7 cases where the children were living with the left-behind parent alone before the abduction, and 13 cases where the children were living with both parents before the abduction. In most cases, therefore, children were abducted from a situation where they had been living with both parents, emphasising the acknowledged change from the "classic early abduction where the non-custodial parent abducted the child from the care, and home, of the custodial parent, often during a period of access, but sometimes through snatching the child.*

²⁹ Se Dyer, A, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction – Towards Global Cooperation, *The International Journal of Children's Rights* 1993, s. 280-281.

förutsättning för att flytta barnet till utlandet.³⁰ Det finns anledning att notera denna allmänna utveckling som skett, mot gemensam vårdnad efter skilsmässa, eftersom denna lösning var mindre vanlig när konventionen utformades. Det skall dock erinras om att även om gemensam vårdnad inte var vanligt förekommande vid konventionens utarbetande så var detta inte något dess upphovsmän bortsåg ifrån. Dyer konstaterar att om det varit så att konventionen bortsett från förekomsten av gemensam vårdnad så skulle den ha missat ett stort antal fall.³¹ Vid antagandet av 1980 års Haagkonvention var det dock främmande för många länder att en domstol kunde besluta om gemensam vårdnad efter en skilsmässa. Detta tankesätt bottnade i att det ansågs som en praktiskt sett ogenomförbar lösning att ha delad vårdnad efter skilsmässa. En trend har kunnat urskiljas efter detta, innebärande att allt fler länder erkänner gemensam vårdnad efter skilsmässa.³² Då gemensam vårdnad nu är det vanliga följer det med automatik av konventionens definition på olovligt bortförande (kvarhållande) att antalet olovliga bortföranden och kvarhållanden riskerar att bli allt vanligare i internationella familjebindningar.³³

Jänterä-Jareborg uppmärksammar att det är svårt att ange hållbara grunder till varför ett bortförande av den faktiska (primära) vårdnadshavaren inte skulle bedömas lika som ett bortförande av den andre föräldern, om nu gemensam vårdnad som regel anses vara förenligt med barnets bästa även i de situationer där föräldrarna inte bor ihop.³⁴ Rättfärdigandet i att skilja ett barn från sin primära vårdnadshavare kan diskuteras, men så länge som gemensam vårdnad bedömts vara bäst för barnet och ingen åtskillnad gjorts i nationell lagstiftning om de legala rättigheterna för en primär och en icke primär vårdnadshavare, är det svårt att inte instämma med Jänterä-Jareborgs resonemang. Juridiskt sett är det svårt att motivera att det skall finnas ett större utrymme att vägra överflyttning när barnet bortförts av den primära vårdnadshavaren än när barnet bortförts av en förälder som inte har stått för den dagliga vårdnaden om barnet. Det kan dock poängteras att om det visas att barnet har en så extremt stark knytning till den förälder som bortfört barnet att en överflyttning allvarligt skulle skada barnet i enlighet med artikel 13 1(b), så finns denna vägransgrund till förfogande för domstolen. I övrigt

³⁰ Jänterä-Jareborg ovan not 2 a.a. s. 877.

³¹ Dyer ovan not 29 a.a. s. 281.

³² Se Dyer a.a. s. 281, som uppmärksammar att både engelsk och fransk lagstiftning erkänner gemensam vårdnad om barnet efter skilsmässa.

³³ Jänterä-Jareborg ovan not 2 a.a. s. 877.

³⁴ A.a. s. 894.

är det svårt att motivera en särbehandling av den ena föräldern i konventionens mening, framförallt då FN:s barnkonvention även föreskriver vikten av att barnet har en direkt kontakt med båda föräldrarna i situationer där föräldrarna lever frånskilda.³⁵

Trenden att föräldrar generellt erhåller gemensam vårdnad får således till följd att fler bortföranden kommer att bedömas som olovliga. Den får också till följd att många barn kommer att skiljas från sin primära vårdnadshavare, som ofta är modern. Huruvida detta är till barnets bästa kan diskuteras. En förändring av vårdnadsbegreppet, med hänsyn till barnets bästa skulle dock kunna motivera att en åtskillnad görs i 1980 års Haagkonvention mellan vilken förälder som för bort barnet.

Problematiken kring att barn skiljs från sin primära vårdnadshavare grundar sig således på en nationell bedömning av vilken vårdnadsform som ansetts vara bäst för barnet. Den bedömningen får konsekvenser i ett senare Haagärende. Att komma till rätta med problematiken kring att ett barn separeras från sin primära vårdnadshavare, är således en fråga som möjligen skall bedömas på ett tidigare plan, dvs. redan vid en nationell vårdnadstvist. I ett sådant beslut kan rätten ta ställning till vilken vårdnadsform som är att anse som bäst för barnet ifråga. Kanske är trenden att besluta om gemensam vårdnad något som domstolarna i de olika länderna måste se över för att principen om barnets bästa skall beaktas på lämpligaste sätt. Det är även intressant att diskutera om det skulle vara möjligt att ha en gemensam innebörd av vårdnadsbegreppet på ett internationellt plan. Det finns anledning att anta att denna lösning inte är realistisk, då det troligen skulle inkräkta för mycket på nationell lagstiftning. Dessutom skulle det förmodligen vara svårt att nå konsensus länderna emellan på grund av den mängd olika familjerättslagstiftningar, ofta grundade på ländernas kultur, som skulle tvingas bli sammanfogade.

Det skall poängteras att vårdnadsbegreppet, dvs. vem som skall anses ha vårdnaden om barnet, ofta tolkas mycket liberalt i artikel 3 i 1980 års Haagkonvention. Catton-fallet illustrerar hur relativt begränsade vårdnadsrättigheter hos den kvarlämnade föräldern kan medföra att bortförandet ses som olovligt och överflyttning därmed blir aktuellt, trots att det förefaller som troligt att den kvarlämnade föräldern är olämplig som vårdnadshavare. Fallet och problematiken skall redogöras för i det följande.

³⁵ Se artikel 9.3 i FN:s barnkonvention.

2.3 Barnen Catton (Kammarrätten i Göteborg, dom 2006-03-22)³⁶

Alla i familjen var nyzeeländska medborgare. Makarna som gift sig år 1983 och separerat år 2003, hade fyra gemensamma barn, varav de två yngsta (en flicka född år 1994 och en pojke född år 2000) var föremål för en ansökan om överflyttning av fadern. Barnen hade tagits från Nya Zeeland till Sverige av modern. Innan detta hade vårdnadsprocesser förts på Nya Zeeland. Enligt nyzeeländsk lag, tillämplig vid tidpunkten för bortförandet, var föräldrarnas vårdnad om barnen uppdelade i en förmynderskapsrätt (*guardianship*) och en vårdnadsrätt (*custody*) gentemot de båda barnen. Förmynderskap innefattade rätten att bli tillfrågad om viktiga beslut, som t.ex. beslut om ett barns vistelseort. Vårdnad omfattade rätten till omsorg om och uppfostran av ett barn. Fadern hade vid tidpunkten för bortförandet förmynderskap för, men inte vårdnaden om barnen. Enligt en nyzeeländsk dom hade fadern även besöksförbud (*protection order*) gentemot modern, hennes föräldrar, de två yngsta barnen (dvs. de barn som var föremål för ansökan om överflyttning) och en äldre son. Fadern hade således inte rätt att träffa barnen men var likväl delaktig i förmynderskapet.

Modern hävdade att det inte var frågan om något olovligt bortförande då fadern vid tiden för bortförandet var förhindrad att utöva någon form av vårdnad på grund av besöksförbudet. Enbart det förhållandet att fadern haft medbestämmanderätt i var barnen skulle vara bosatta kunde, enligt modern, inte anses utgöra ett faktiskt utövande av vårdnaden. Modern yrkade även hinder mot överflyttning enligt 13 1(b) i Haagkonventionen, på grund av att en överflyttning skulle skada barnens kroppsliga och själsliga hälsa eller försätta barnen i en icke godtagbar situation. Dessutom, menade modern, motsatte sig den 12 åriga flickan en överflyttning. Det gällande besöksförbudet skulle innebära att barnen vid ett återlämnande skulle omhändertas av sociala myndigheter, eftersom fadern hade besöksförbud. Om enbart pojken överflyttades skulle syskonen behöva skiljas, vilket också, enligt modern, skulle försätta pojken i en icke godtagbar situation.

³⁶ Mål nr 7308-05.

Den första fråga som kammarrätten kom att bedöma var om fadern hade rätt att ta vård om barnen samt om han utövade denna rätt vid tidpunkten då barnen fördes från Nya Zeeland.³⁷ Kammarrätten hänvisade till Pérez-Veras rapport³⁸ och konstaterade att det inte ställs några krav på ett aktivt utövande av vårdnaden och att det räcker med att den från vilken barnet undanhålls har en vårdnadsrätt som inte fråntagits honom eller henne genom myndighetsbeslut. Med stöd av den i länsrätten inhämtade s.k. artikel 15-förklaringen, där nyzeeländsk domstol utfärdat beslut om att det rörde sig om ett olovligt bortförande samt den omständigheten att fadern enligt nyzeeländsk lagstiftning hade rätt att påverka sådana viktiga beslut, såsom var barnen skulle vistas konstaterade domstolen att villkoren i artikel 3 i Haagkonventionen var uppfyllda. Det var således fråga om ett olovligt bortförande.

Vad gäller moderns yrkande om att överflyttning skulle vägras med stöd av artikel 13 1(b) i Haagkonventionen, så anfördes att fadern var våldsbenägen och att det därför fanns en allvarlig risk för att en överflyttning till Nya Zeeland skulle skada barnen. Kammarrätten framhöll att det i målet inte framkommit några omständigheter som visat att barnen skulle utsättas för skada om de överflyttades till Nya Zeeland. Kammarrätten anförde att man fick förutsätta att det vid ankomsten till Nya Zeeland fanns myndigheter eller andra organ som vid behov kunde ge barnen skydd.

Kammarrätten konstaterade vidare att barnen efter separationen mellan föräldrarna bott med sin mor och att barnen således stod henne mycket nära. Dessutom menade Kammarrätten att vistelsen i Sverige ytterligare måste ha stärkt banden mellan modern och barnen samt att barnen var helt beroende av sin moders omsorg.

³⁷ Det finns här anledning att redogöra för vad länsrätten kom fram till. Den första frågan kom att omfatta huruvida fadern utövade sin vårdnadsrätt vid tiden för bortförandet. Av den nyzeeländska domstolens avgörande enligt artikel 15 i Haagkonventionen framgick bland annat att förmynderskap innebär vårdnad om ett barn och rätten att styra över ett barns uppfostran. Nyzeeländsk domstol tydliggjorde att begreppet bl.a. innefattar rätten att bli tillfrågad om viktiga beslut, som t.ex. beslut om barnets vistelseort. Länsrätten konstaterade att då det i nyzeeländsk rättspraxis fastslagits att förmynderskap omfattar rätten att besluta över barnets vistelseort och då Haagkonventionen otvetydigt anger att rätten till vårdnad innefattar rätten att bestämma var barnet skall bo, hade fadern sådan rätt till vårdnad som anges i artikel 3 (a) i Haagkonventionen. Länsrätten ansåg också att faderns agerande sammantaget skulle ge stöd för att han även utövade denna vårdnadsrätt. Den andra fråga som länsrätten kom att bedöma var huruvida det förelåg hinder för överflyttning enligt artikel 13 1(b) i Haagkonventionen. Även om länsrätten konstaterade att det var ostridigt att fadern utövat visst våld mot modern och en äldre son, så beslutades att de omständigheter som framkommit beträffande fadern inte var av sådan karaktär och vikt att de kunde anses utgöra hinder för överflyttning. Länsrätten ansåg heller inte att den tolvåriga flickans viljetrytning skulle tas i beaktande. Länsrätten biföll således ansökan och beslutade att båda barnen skulle överflyttas till Nya Zeeland. Länsrätten i Skåne län, dom 2005-12-01, Mål nr 6966-05.

³⁸ Pérez-Vera ovan not 17 a.a.

Beträffande yrkandet om att vägra överflyttning på grund av att barnet självt motsätter sig en överflyttning, bifölls detta för den 12-åriga flickan då det ansågs att hon uppnått sådan ålder och mognad som krävs för att hennes vilja skulle tas i beaktande. Pojken, däremot, ansågs vara alldeles för ung för att hans vilja skulle kunna tas i beaktande på motsvarande sätt. Slutsatsen i målet blev således att enbart den sexåriga pojken överflyttades till Nya Zeeland.

Catton-ärendet är ett fall som ger upphov till många intressanta frågeställningar inom ramen för denna uppsats. Vad gäller vårdnadsbegreppet så visar Catton-ärendet hur pass bred tillämpning vårdnadsbegreppet har i Haagkonventionsärendena. Kammarrättens dom visar att det inte krävs något aktivt utövande av vårdnadsrätten och att ett besöksförbud i förhållande till barnen inte heller kan inskränka vårdnadsrätten. Det bör påpekas att en nyzeeländsk *Protection Order* inte kan jämföras med ett svenskt besöksförbud. Det bör även framhållas att länsrättens inhämtande av en artikel 15-förklaring från den nyzeeländska domstolen var förnuftigt i en situation som denna då det måste antas att nyzeeländsk domstol är bättre lämpad att bedöma nyzeeländsk familjerättslagstiftning än svensk domstol.

Det finns anledning att diskutera lämpligheten i att en fader som inte har rätt att träffa sina barn, vid tillämpningen av Haagkonventionen, skall anses ha vårdnaden om dem. Nyzeeländsk lagstiftning ger dock fadern rättigheter att bestämma i frågor rörande barnen trots att fadern själv inte har rätt till kontakt med barnen. Från svenskt håll framstår denna medbestämmanderätt som främmande. Detta är förstås inget som Haagkonventionen rör över, utan det är snarare en konsekvens av att nationella regler tillämpas i en internationell situation. Detta aktualiserar återigen frågan om det vore lämpligt att ha ett enhetligt internationellt vårdnadsbegrepp. Som ovan nämnts finns det dock anledning att anta att detta skulle inskränka nationell vårdnadslagstiftning i allt för stor utsträckning.

Kan det hävdas att överflyttningen av pojken i Catton-ärendet var i enlighet med principen om barnets bästa? Det är intressant att notera i kammarrättens dom att det konstateras att barnen var *helt beroende* av moderns omsorg och att de stod henne

mycket nära.³⁹ Ändå reflekterade inte rätten över den aspekten att den sexårige pojken skulle kunna ta skada av att ensam överflyttas till ett barnhem på Nya Zeeland där han inte skulle kunna ha möjlighet att träffa sin mor. Av detta framgår att rätten uppmärksammat den anknytning som barnen hade till sin primära vårdnadshavare, men utan någon vidare motivering beslutar rätten ändå att pojken skall överflyttas. Det kan anföras att kammarrätten gjorde en konventionsenlig tolkning av artikel 13 1(b), då denna vägransgrund är avsedd att tolkas restriktivt. Domen visar också konventionsenligt att någon särbehandling inte skall göras för att det är den primära vårdnadshavaren som bortfört barnen och att barnen kommer att separeras från denna vid en överflyttning. Kammarrättens bedömning var strikt juridisk och det är intressant att notera att principen om barnets bästa på inget ställe omnämns i domen. Även om tolkningen av undantaget i artikel 13 1(b) skall vara restriktiv, kan det argumenteras att det finns ett behov av att domstolar tydligare klargör förhållandet mellan överflyttning och principen om barnets bästa. Catton-ärendet är ett exempel på fall där rättens bedömning, enligt min mening, brast i denna del.⁴⁰

Omständigheter som att syskonen skildes åt, att pojken skildes från sin primära vårdnadshavare samt att pojken inte ens blev överflyttad till sin fader utan placerad i fosterhem gör att man inte kan undgå att ifrågasätta om rättens beslut att återföra pojken ensam till Nya Zeeland var i enlighet med barnets bästa. Om konsekvensen alltid måste bli överflyttning, eftersätter inte konventionen då kravet på barnets bästa?

2.4 Våld i hemmet som grund till bortförandet

2.4.1 Allmänt

Frågan om domstolen i sin bedömning bör ta hänsyn till att barnet vid ett återförande kan komma att skiljas från den förälder som haft ansvar för den dagliga omsorgen är, som ovan framgått, inte okomplicerad. Blir denna bedömning enklare om en annan omständighet spelar in, dvs. om föräldern bortfört barnet i syfte att skydda dels sig själv, dels barnet från familjeförhållanden där våld förekommit? Blir undantaget i

³⁹ Även om barnen kan ha blivit mer beroende av modern under vistelsen i Sverige, så hade fadern redan innan bortförandet besöksförbud beträffande både modern och barnen, vilket talar för att modern redan före bortförandet fungerat som primär vårdnadshavare för barnen.

⁴⁰ En fortsatt diskussion om Catton-ärendet förs även i avsnitt 2.5 nedan.

artikel 13 1(b) tillämpligt då, så att överflyttning följaktligen kan vägras?

Nyare forskning har visat att förekomsten av våld i hemmet har kommit att bli en allt vanligare orsak till att barn blir bortförda.⁴¹ I en amerikansk studie från 1993, gjord av Greif och Hegar, deltog 368 kvarlämnade föräldrar vars barn hade förts bort av den andra föräldern. I denna studie framkom det som redan konstaterats, att majoriteten av alla bortföranden skedde av modern. Det kunde även konstateras i studien att föräldrarnas förhållande i 54 % av fallen karakteriserades av våld.⁴² De slutsatser som Greif och Hegar gjorde i denna studie var då helt nya och bidrar till den idag pågående diskussionen om inte 1980 års Haagkonvention kommit till en punkt då en omprövad tillämpning är motiverad.

Det har påståtts att en av anledningarna till att våld i hemmet som grund för bortförandet inte uppmärksammades vid Haagkonventionens tillkomst, berodde på att denna fråga inte var lika politiskt uppmärksammat i slutet på 1970 talet som den är idag.⁴³ Detta, tillsammans med det faktum att det fanns en annan typ av bortförare i åtanke vid Haagkonventionens antagande, har medfört att varken konventionen i sig eller Pérez-Veras rapport tar sikte på denna situation. Konsekvensen blir följaktligen att domstolar idag tillämpar en konvention som grundade sig på andra förutsättningar. Vid det tredje specialkommissionsmötet år 1998 uppmärksammades för första gången på ett internationellt plan att det inte sällan i Haagärendena, från mödrarnas håll, gjordes gällande att bortförandet skett i syfte att undkomma pågående våld inom familjen.⁴⁴

Att förekomsten av våld i hemmet existerar och erkänns som ett utbrett problem i många länder kan konstateras genom att vissa länder vidtagit betydande åtgärder för att komma till rätta med problemet. I tidningen *The Judges News Letter* har det uppmärksammats att många *common law* länder har vidtagit omfattande åtgärder för att ta itu med problemen rörande våld i hemmet. Åtgärder såsom speciella domstolar som ansvarar för sådana ärenden, speciell utbildning för domare som handhar dessa ärenden samt omfattande lagstiftningsåtgärder inom detta område är några exempel på åtgärder

⁴¹ Lowe, N, Everall Q.C., M, & Nicholls, M, *International Movement of Children - Law Practise and Procedure*, Jordan Published Limited 2004. s. 335.

⁴² Greif och Hegar ovan not 15 a.a. s. 36.

⁴³ Weiner, M.H., *International Child Abduction and the Escape From Domestic Violence*, *Fordham Law Review* 2000-2001, volume 69, s. 605.

⁴⁴ A.a. s. 596.

som vidtagits.⁴⁵ På nationell nivå sker således vissa åtgärder för att komma till rätta med problemet. Det finns anledning att diskutera om våld i hemmet idag är en så pass vanligt förekommande anledning till bortförande av barn att detta även bör regleras på internationell nivå, i detta fall genom 1980 års Haagkonvention.

2.4.2 Hur barn påverkas av våld

Oavsett om ett barn utsätts direkt för våldet eller om barnet bevittnar våldet eller övergreppet så kommer barnet att påverkas av detta med ofta mycket långtgående negativa effekter för barnets person.⁴⁶ Svenska utredningar ger vid handen att barn som bevittnar våld eller andra övergrepp av eller mot närstående vuxna är offer för brott och i behov av stöd och hjälp.⁴⁷ I promemorian *Barnen i brottets skugga* lämnas författningsförslag till flera åtgärder som syftar till att stärka rättigheterna för och stödet till barn som bevittnar och på annat sätt drabbas av brott av och mot närstående personer.⁴⁸ I samband med propositionen *Stärkt skydd för barn i utsatta situationer* diskuterade regeringen innebörden av begreppet *barn som far illa*.⁴⁹ Det fastslogs att ett barn riskerar att fara illa och dess psykiska utveckling riskerar att skadas när det utsätts för fysiskt eller psykiskt våld, sexuella övergrepp, kränkningar eller när den som vårdar barnet försummar att tillgodose barnets grundläggande behov. Som ett exempel på när ett barn utsätts för psykiskt våld anges att barnet tvingas bevittna (se eller höra) våld i sin närhet eller leva i en miljö där våld och hot om våld förekommer ofta.⁵⁰

Regeringen belyste vikten av att det finns en samsyn kring begreppet ”barn som far illa” och när det är berättigat att samhället griper in för att skydda och hjälpa barnet. Att barn som blir vittne till mäns våld mot kvinnor och annat våld och andra övergrepp mellan närstående där vuxna far illa, riskerar att drabbas psykiskt av upplevelsen är ett synsätt som har vunnit ökat erkännande på senare tid. Det framhölls att det kan vara en mycket svår upplevelse att iaktta sådant våld, men inte kunna förhindra det. Att återkommande t.ex. se sin mamma bli hotad och misshandlad kan påverka barnets hela uppväxt och därmed även barnets framtid. Det anfördes att barn som bevittnar våld och andra övergrepp sällan berättar om händelserna spontant och de symptom som de uppvisar kan

⁴⁵ Gillen ovan not 4 a.a. s. 31.

⁴⁶ A.a. s. 32.

⁴⁷ Se Ds 2004:56 ovan not 16 a.a. s. 36.

⁴⁸ A.a.

⁴⁹ Stärkt skydd för barn i utsatta situationer m.m., Prop. 2002/03:53, 20 februari 2003.

⁵⁰ A.a. s. 46 ff.

lätt missförstås. Därför, anfördes det, är det angeläget att i större utsträckning uppmärksamma dessa barn och deras behov. Barn som blir vittnen till övergrepp av detta slag kan reagera på liknande sätt som barn som själva utsätts för brott och kan vara i behov av liknande stöd.⁵¹

Även om ett barn inte direkt utsätts för våldet så anses således i svenska förarbeten att ett barn kan bli brottsoffer genom att ha bevittnat våldet. Av en engelsk studie har det framgått att i hem där våld förekommer är hälften av barnen medvetna om vad som försiggår.⁵² Likväl som man från svenskt håll uppmärksammat barns påverkan av att bevittna våld, och att det finns ett behov av att tolka begreppet *barn som far illa* enhetligt, finns ett behov att medvetandegöra detta även på en internationell nivå. Det är av stor vikt att barns påverkan av våld medvetandegörs så att denna aspekt kan tas i beaktande vid tillämpningen av 1980 års Haagkonvention.

2.4.3 Behovet av empirisk forskning och ökad medvetenhet

Enligt den amerikanska professorn Carol S. Bruch medför dagens tillämpning av 1980 års Haagkonvention omotiverat svåra förhållanden för mödrar och deras barn som blivit utsatta för våld i hemmet. Bruch framhåller att domstolarna i många länder är så angelägna om att Haagkonventionens undantag inte skall få förta syftet med konventionen att de tillämpar undantagen alltför restriktivt och att barn på grund av detta kan utsättas för fara.⁵³

Det har framhållits att skälet till att en misshandlad kvinna flyr från hemmet och, i dessa fall, till och med från landet är ofta att hon är säkrare ju längre bort hon befinner sig från förövaren. Ofta har kvinnan redan försökt att få hjälp i familjens hemvistland, men då detta inte kunnat ske på ett tillfredställande sätt blir utvägen till sist att fly till ett annat land. Det har även framhållits att rädslan för att moderns våldsamma partner skall kidnappa barnet leder till att modern själv flyr med barnet.⁵⁴

Det har hävdats att en anledning till att domstolar vidmakthåller en restriktiv tillämpning av undantaget i artikel 13 1(b), även i fall där våld i hemmet påståtts

⁵¹ Ds 2004:56 ovan not 16 a.a. s. 35-36.

⁵² Gillen ovan not 4 a.a. s. 32.

⁵³ Bruch ovan not 5 a.a. s. 535.

⁵⁴ Kaye, M, The Hague Convention and the Flight From Domestic Violence: How Women and Children are Being Returned by Coach and Four, International Journal of Law, Policy and the Family 1999, volume 13, s. 194.

föreligga, är att domare i tillflyktstaten fruktar att hemviststatens myndigheter skulle betrakta ett vägrat återlämnande som uttryck för misstänksamhet mot landets förmåga att skydda barnet eller barnets förälder.⁵⁵ Bruch hävdar att varje rättssystem är otillräckligt när det gäller att skydda återvändande barn och föräldrar.⁵⁶ Möjligheten till *undertakings*, dvs. ett åtagande och garanti från den kvarlämnade föräldern att denne skall vidta erforderliga åtgärder för att tillförsäkra barnets och den andra förälderns säkerhet vid ett återförande, ifrågasätts även från vissa håll.⁵⁷ Enligt Reunites studie från 2003 framkom att *undertakings* hade brutits i två tredjedelar av de undersökta fallen.⁵⁸ Bruch har beskrivit *undertakings* förmåga att komma till rätta med problemet när det gäller kvinnor som blivit misshandlade i hemmet som *naive at best*.⁵⁹

I en situation där en kvinna flytt med barnet för att hemförhållandena blivit ohållbara och kvinnan upplevt att hon inte fått erforderlig hjälp från myndigheter i hemvistlandet, kan det framstå som naivt av domstolen i tillflyktslandet att hävda att överflyttningen är berättigad, eftersom myndigheterna i hemvistlandet kommer att vidtaga skyddsåtgärder, då det är *bristen* på myndigheters hjälp som föranlett flykten. Enligt min mening behöver inte ett domstolsbeslut att barnet inte skall överflyttas innebära misstro på det aktuella hemvistlandets förmåga att skydda barnet och modern. Det finns anledning att anta att inte ens det mest omfattande skyddet i vissa fall kan vara lika säkert som att få vistas i ett annat land än det där personen som det finns en rädsla för befinner sig, om våld i hemmet varit ett faktum.

Det har framförts att den omständigheten att våld i hemmet blivit en allt mer vanligt förekommande orsak till barnbortförande måste medvetandegöras bland domstolar.⁶⁰ Det har även påpekats att 1980 års Haagkonvention har kommit att få mycket negativa effekter mot kvinnor och barn som flytt från våld i hemmet och att det därför finns ett behov att anlägga ett genusperspektiv vid tillämpningen av 1980 års Haagkonvention.⁶¹ Det har funnits en tendens hos domstolar att vidmakthålla en restriktiv tillämpning av undantaget i artikel 13 1(b) och poängtera vikten av överflyttning, även i situationer där det visats att våld förekommit mot modern eller barnet. Förekomsten av mäns våld mot

⁵⁵ Bruch ovan not 5 a.a. s. 532.

⁵⁶ A.a. s. 544.

⁵⁷ För en diskussion om *undertakings* se nedan under avsnitt 3.1.

⁵⁸ Se Reunites studie från 2003 ovan not 19 a.a. s. 28.

⁵⁹ Bruch ovan not 5 a.a. s. 541.

⁶⁰ Kaye ovan not 54 a.a. s. 195.

⁶¹ A.a. s. 192.

kvinnor och barn har således i vissa fall inte bedömts som någon omständighet som kan inskränka den restriktiva tillämpningen av artikel 13 1(b) och på så vis har konventionens primära mål att snabbt återföra ett bortfört barn kunna upprätthållas.

Det har även anförts från vissa domstolars håll att våld i hemmet visserligen är vanligt, men att om detta skulle tas i beaktande vid bedömningen om överflyttning så skulle syftet med Haagkonventionen undermineras.⁶² Det har anförts att undantaget i artikel 13 1(b) skall tillämpas endast i undantagsfall och att domstolen endast i mycket exceptionella fall kommer att besluta att barnet inte skall överflyttas. Vidare har det påståtts att då våld i hemmet är så pass vanligt förekommande är det inte ett undantagsfall och således kan dessa situationer inte falla in under undantaget i artikel 13 1(b).⁶³ Ett sådant påstående framstår som obetänksamt. Om våld i hemmet kommit att bli en så vanlig anledning till bortförande så torde motsatsen ha konstaterats, dvs. att undantaget måste tolkas i förenlighet med rådande förhållanden, eller till och med att 1980 års Haagkonvention måste reformeras eftersom förutsättningarna ändrats så pass radikalt.

Även om den restriktiva tillämpning av undantaget i artikel 13 1(b) som i nuläget görs av många domstolar, kan framstå som orimligt hård, och att detta kan få negativa konsekvenser för både barn och föräldrar, får Haagkonventionens syfte inte glömmas bort, dvs. syftet att säkerställa en snabb överflyttning. Som ovan konstaterats var våld i hemmet inget som sågs som den primära anledningen till att barn förs bort, vid antagandet av 1980 års Haagkonvention. Idag har det från olika håll gjorts gällande att våld inom familjen blivit en allt vanligare orsak till bortförandet.⁶⁴ Hur pass vanligt förekommande detta är i Haagärendena finns det dock ingen nyare empirisk forskning på, även om enskilda fall visat att våld förekommer. Greif och Hegars ovan nämnda studie visar att våld var vanligt i hem där ett bortförande skett.⁶⁵ Denna studie ger dock inget underlag för ett antagande att det var våldet som föranledde bortförandet därför att någon hjälp mot detta inte gick att erhålla i hemlandet. Som konstaterats så finns det studier som visar att majoriteten av alla bortförare i Haagärenden är kvinnor. Det finns dock, mig veterligen, inget som visar på att denna majoritet även blivit utsatt för våld. Reunites studie från 2003 ger dock en indikation på att våld i hemmet kan vara en

⁶² Kaye ovan not 54 a.a. s. 204.

⁶³ A.a.

⁶⁴ A.a. s. 203.

⁶⁵ Se Greif och Hegar ovan not 15 a.a.

anledning till bortförandet,⁶⁶ då *undertakings* i 50 % av fallen där *undertakings* ådömdes den kvarlämnade föräldern, var relaterade till våld. Det krävs dock mer empirisk forskning kring detta för att kunna dra några säkra slutsatser. Det finns även anledning att diskutera om 1980 års Haagkonvention är rätt instrument för att bekämpa förekomsten av våld i hemmet.

Det finns orsak att poängtera att det förekommer fall där fäder för bort sina barn. Det förekommer också fall där kvinnor för bort sina barn, men inte på grund av att de blivit misshandlade, utan på grund av andra orsaker. Vad händer med dessa fall om allt för mycket fokus sätts på misshandlade kvinnor som för bort sina barn vid tillämpningen av 1980 års Haagkonvention? Skall problematiken kring förekommande våld i hemmen regleras på internationell nivå, eller är detta något som bättre regleras på nationell nivå? Vissa länder har kommit längre än andra vad gäller bekämpandet av detta problem genom sociala skyddsnät etc., men det är rimligt att anta att många länder kan göra mer. En domstol som återför ett barn där misstanke om våld i hemmet finns gör, som ovan nämnts, kanske detta för att inte underskatta det andra landets möjlighet att skydda kvinnan. Således har denna fråga även en diplomatisk aspekt. Följden av att ett lands domstol inte överflyttar ett barn, kan bli att hemvistlandet svarar med samma agerande framöver. Konventionen handlar således mycket om ömsesidighet medlemsstaterna emellan: återlämnar ni barn bortförda från vårt land, så återlämnar vi också barn bortförda till oss från ert land.

1980 års Haagkonvention har fungerat som ett mycket bra hjälpmedel vid många bortföranden och detta inte enbart sett ur det perspektivet att en överflyttning skett. Det är klart att vi inte skall förbise en grupp som behöver hjälp, men fortfarande finns ett stort behov av empirisk forskning gällande förekomsten av misshandlade kvinnor som flyr tillsammans med sina barn. Ny empirisk forskning tillsammans med ett medvetandegörande bland experter, domstolar och allmänheten kan förhoppningsvis bidra till att tillämpningen av artikel 13 1(b) anpassas till hur de verkliga förhållandena ser ut. En konsekvens på sikt kan bli att domstolar börjar tillämpa Haagkonventionen mer flexibelt – en tillämpning som många länder redan anammat i situationer där våld

⁶⁶ Se Reunites studie från 2003 ovan not 19 a.a. s. 27.

förekommit.⁶⁷

2.5 Barnet mitt i konflikten

I hela denna diskussion om överflyttning är det lätt hänt att allt för mycket fokus sätts på alla juridiska frågor som uppkommer. Därigenom är det lätt att man glömmer bort vad detta egentligen handlar om, dvs. barnet som står emellan föräldrarnas konflikt. Vad är egentligen bäst för just det här barnet? Domstolarna står inför en komplicerad situation: Hur upprätthålls syftet med 1980 års Haagkonvention, samtidigt som domstolen skall tillförsäkra att barnet ifråga inte kommer till skada? I detta fall handlar det inte om att det ena intresset skall få företräde framför det andra, utan båda dessa faktorer måste samspela. Ett exempel på fall där principen om barnets bästa kan hävdas bli eftersatt framför intresset av en summarisk process är det ovan nämnda Catton-ärendet.⁶⁸

Domstolen i detta fall konstaterade att barnen var *helt* beroende av moderns omsorg samt att banden mellan modern och barnen var mycket starka. Barn som anses vara *helt* beroende av sin moder kan antas komma att påverkas mycket hårt av en separation från sin moder. Andra omständigheter som att överflyttningen innebar att ett ungt barn separerades från sin syster och blev placerat i fosterhem i hemlandet gör att det kan ifrågasättas om överflyttningen verkligen var för barnets bästa. Det kan argumenteras att den huvudsakliga principen att överflytta i detta fall fick företräde framför principen om barnets bästa. Kammarrätten anför i domslutet att man får förutsätta att det finns myndigheter eller andra organ som vid behov kan ge barnen skydd. Detta konstaterande måste tolkas som att rätten misstänkte att barnet kan ta skada av umgänge med fadern. Kammarrätten konstaterade dock att själva överflyttningen inte kan skada barnet. Slutsatsen i målet blev, som ovan konstaterats, att det ena barnet överflyttades och det finns anledning att ifrågasätta om detta gjordes för barnets bästa. Det har anförts att endast den omständigheten att man tvingas separera yngre syskon från varandra, kan utsätta barnen för sådan allvarlig skada som artikel 13 1(b) tar sikte på.⁶⁹ Detta är även ett argument som vunnit framgång i Haagärenden.⁷⁰ Om så är fallet torde det stå klart

⁶⁷ För en diskussion om vissa länders inställning till en mer flexibel tillämpning av artikel 13 1(b) i fall där våld förekommit, se nedan under avsnitt 3.3.

⁶⁸ Se ovan avsnitt 2.3.

⁶⁹ Lowe, Everall & Nicholls ovan not 41 a.a. s. 335.

⁷⁰ A.a.

att de sammantagna omständigheterna i Catton-fallet onekligen riskerade att utsätta barnet för skada eller försätta barnet i en situation som inte är godtagbar. Catton-ärendet är ett exempel på fall där barnets intresse, enligt min mening, inte klargjordes på ett tillfredställande sätt.

Principen om barnets bästa är starkt förankrad i FN:s barnkonvention, eftersom barn är att anse som en extra skyddsvärd grupp i samhället. Det framhålls ofta vikten av att bedömningen i artikel 13 1(b) inte skall tendera till att bli en vårdnadsbedömning. Är presumtionen i 1980 års Haagkonvention att överflyttning är till barnets bästa verkligen barnets bästa i alla fall? Hur vet man om barnets bästa beaktas om inga ingående utredningar får göras (dvs. sådana undersökningar som många gånger görs i en vårdnadsprocess)? Det kan antas att den summariska överflyttningsmekanism som 1980 års Haagkonvention bygger på i vissa fall kan eftersätta vad som är bäst för barnet. Det kan argumenteras att frågan huruvida en överflyttning är till barnets bästa, blir omöjlig att avgöra i en summarisk process och således kommer beslut att fattas där domstolen inte vet om barnets intresse verkligen tillvaratogs.

Sverige är ett land som tidigare fått en del kritik för att svenska domstolar gör en alltför ingående prövning av invändningarna enligt artikel 13 1(b).⁷¹ Konsekvensen av en ingående prövning blir också ofta att överflyttning vägras. Bogdan har även uppmärksammat att man från svenskt håll hyst en stark och i och för sig förståelig motvilja att genom konventionsanslutning åtaga sig att återlämna barn till utlandet när återlämnandet enligt svensk uppfattning inte är förenligt med barnets bästa.⁷² En internationell konvention av nu aktuellt slag kan fylla sin funktion bara om den tolkas enhetligt och därför är det ett problem att stater tillämpar principen om barnets bästa på olika sätt och gör olika ingående bedömningar i Haagärendena.

Det är rimligt att anta att vad som är att anse som bäst för barnet är individuellt. Det finns idag ingen objektiv standard över vad som skall anses vara barnets bästa. Det har anförts att avsaknaden av en sådan standard medför att vad som är bäst för barnet blir avgörande av domarens subjektiva bedömning. Det har vidare framhållits att en objektiv standard rörande denna princip på en internationell nivå skulle bidra till mer konsekventa domslut. Det har även föreslagits att principen om barnets bästa helt skulle

⁷¹ Jänträ-Jareborg ovan not 2 a.a. s. 895.

⁷² Bogdan, M, Något om gränsöverskridande barnkidnappingar, Festskrift till Ulla Jacobsson, 1991, s. 20.

tas bort för att ersättas med objektiva kriterier som domstolarna konsekvent skulle tillämpa.⁷³

Även om bedömningen om vad som är barnets bästa inte är helt okomplicerad, finns det anledning att ifrågasätta om det går att utforma generella kriterier för vad som är barnets bästa. Varje Haagärende är unikt och måste därför bedömas utifrån de specifika omständigheterna i det enskilda fallet. Det finns anledning att anta att objektiva kriterier kan leda till en alltför stelbent tillämpning, vilket vidare kan medföra att vissa relevanta omständigheter gällande barnet förbises. Att varje enskilt fall bedöms på egna meriter finns därför anledning att förespråka. I det följande skall diskuteras hur vissa länder valt att angripa problematiken kring förhållandet mellan barnets bästa och upprätthållandet av den summariska överflyttningsmekanism som 1980 års Haagkonvention bygger på.

3 Olika länders reaktioner och lösningar

3.1 *Undertakings* – ett sätt att komma till rätta med problemet?

3.1.1 Innebörden av *undertakings*

I synnerhet i de anglosaxiska länderna förekommer olika typer av åtaganden s.k. *undertakings*, dvs. åtgärder som den kvarlämnade föräldern förväntas vidta för att överflyttningen till barnets hemvistland skall kunna ske under trygga förhållanden. En *undertaking* är en överenskommelse mellan parterna eller ett tillförsäkrande från den kvarlämnade föräldern, ofta ålagt från domstolens sida, att denne skall vidta erforderliga åtgärder för att tillförsäkra barnets och föräldrarnas säkerhet vid ett återförande.⁷⁴ Det rör sig om frivilliga åtaganden inför domstol, som normalt inte gäller i en annan stat och inte heller kan verkställas där, förutsatt att annat inte följer av den andra statens lagstiftning.⁷⁵ *Undertakings* har använts som en kompromiss för att snabbt kunna återföra barn till hemlandet i enlighet med konventionens mål och samtidigt ta barnets säkerhet i beaktande. Detta medför att domare som misstänker att våld förekommit i hemmet och att barnet skulle kunna ta skada av ett återlämnande, får ett säkerställande

⁷³ Leto ovan not 8 a.a. s. 247-248.

⁷⁴ Ruckman, K, *Undertakings as Convention Practice: The United States Perspective*, The Judges' News Letter 2006, volume 11, s. 45.

⁷⁵ SOU 2004:80, Kompletterande bestämmelser till den nya Bryssel II-förordningen, s. 46.

på att återförandet inte kommer att medföra skada på berört barn.

En *undertaking* kan innebära att den kvarlämnade föräldern skall hjälpa till i ekonomiskt avseende för föräldern och barnet vid överflyttningen och det kan även röra sig om att åtal mot den bortförande föräldern skall läggas ner.⁷⁶ En *undertaking* kan också innebära en utfästelse från den kvarlämnade föräldern att föräldrarna skall ha delat boende och att den kvarlämnade föräldern inte skall ha någon kontakt med barnet och den andra föräldern förrän domstolen i hemviststaten har haft möjlighet att vidta beslut om skyddsåtgärder.⁷⁷

Undertakings är ett institut som är främmande i svensk rätt. Det finns även vissa *undertakings* som inte är genomförbara i det svenska rättsystemet. Ett exempel på detta är när åtagandet går ut på att åtal mot föräldern som bortfört barnet skall läggas ner. I svensk rätt är det åklagaren som bestämmer om ett åtal skall läggas ner och detta är inget som den kvarlämnade föräldern kan påverka. Det förs dock idag även från svenskt håll en debatt om *undertakings* och begreppet behandlas i departementspromemorian *Stärkt rättsskydd för barn i gränsöverskridande fall*.⁷⁸

Det har framhållits att *undertakings* inte skall syfta till någon permanent lösning, utan att det snarare handlar om en tillfällig lösning till dess att hemvistlandets domstol tagit sig an frågan. I samband med fastställande av *undertakings* har det även bedömts vara lämpligt att domstolen i tillflyktsstaten tillförsäkrar att domstolen i hemviststaten garanterar att skydd kommer att finnas tillgängligt i hemvistlandet innan domstolen i tillflyktsstaten beslutar om överflyttning, en s.k. *safe harbour order*. Normalt gäller dock inte *undertakings* i en annan stat och kan heller inte verkställas där, förutsatt att annat inte följer av den andra statens interna lagstiftning. I fall där domstolen i tillflyktsstaten förordnar om *undertakings* förekommer det att en förälder framställer en begäran om ett spegelbeslut, en s.k. *mirror order*, till domstolen i barnets hemvistland.⁷⁹ Genom att lika beslut meddelas i de båda berörda staterna skapas garantier för att varken barnet eller den bortförande föräldern kommer till skada när de återvänder till

⁷⁶ I Ruckmans artikel ovan not 74 a.a. s. 47, uppställs en rad olika *undertakings* som domstolar i olika länder beslutat om och som varit problematiska att genomföra för den kvarlämnade föräldern.

⁷⁷ Bruch, ovan not 5 a.a. s. 541.

⁷⁸ Justitiedepartementet Departementsserien Ds 2003:5, Stärkt rättsskydd för barn i gränsöverskridande fall, september 2002, s. 34 f. Jag återkommer med anledning av detta till en diskussion kring artikel 11(4) i den nya Bryssel II-förordningen nedan under avsnitten 3.1.3 och 3.3.

⁷⁹ För mer information om *safe harbour orders* och *mirror orders* se Beaumont och McEleavy ovan not 20 a.a. s. 167 ff.

hemvistlandet. Det rör sig således om ett inhemskt avgörande i både tillflyktsstaten och hemviststaten, med följden att de verkställighetsproblem som kan följa med *undertakings* är undanröjda.⁸⁰

Frågan om vilka åtgärder som skall vidtagas för att ett barn skall få det skydd som erfordras vid en överflyttning kom att diskuteras vid det tredje specialkommissionsmötet år 2001.⁸¹ Australiens delegation föreslog vid detta möte att centralmyndigheterna i de olika medlemsstaterna skulle ha en större skyldighet att se till att ett barn som återförs får det skydd som krävs. Övriga medlemsstater var även angelägna om att barnet som återförs skulle få erforderligt skydd i hemvistlandet. De förelåg dock oenighet medlemsstaterna emellan om hur detta skulle ske. Haagkonferensens permanenta byrå påminde medlemsstaternas centralmyndigheter om att de i enlighet med artikel 7(h) har till uppgift att se till att berörda myndigheter blir informerade om att de skall se till att barnet ifråga får det skydd som behövs. Då det vid detta möte uppmärksammades att det inte finns något explicit ansvar för centralmyndigheter gällande vilka åtgärder som skall vidtas från centralmyndighetens håll, kom detta istället att bli en aktuell fråga vid det fjärde specialkommissionsmötet fyra år senare. Vid detta möte fastslogs exempel på vilka typer av skyddsåtgärder artikel 7(h) i 1980 års Haagkonvention kan inbegripa.⁸²

3.1.2 Kritik riktad mot *undertakings*

Viss kritik har riktats mot möjligheten till att besluta om *undertakings*. Det har bland annat från amerikanskt håll uppmärksammats att domstolar i vissa länder ofta beslutar om mycket betungande *undertakings* och villkor för den kvarlämnade föräldern, något som underminerar syftet med konventionen.⁸³ Det har visat sig att i fall där domstolar normalt inte skulle överflytta barnet till hemvistlandet på grund av att barnet skulle lida

⁸⁰ Ds 2003:5 ovan not 78 a.a. s. 35. Det kan här nämnas att det kan föreligga hinder hos den anmodade domstolen att bifalla en begäran om ett spegelbeslut, om ett sådant beslut skulle strida mot det landets lagstiftning. Detta kan få till följd att vissa verkställighetsproblem kan uppstå, vilket kan medföra att skyddsgarantierna för föräldern och barnet eftersätts.

⁸¹ Lowe, Everall & Nicholls ovan not 41 a.a. s. 349.

⁸² Dessa skyldigheter som ansågs kunna falla under artikel 7 (h) var bland andra:

- a.) *alerting the appropriate protection agencies or judicial authorities in the requesting state of the return of a child who may be in danger:*
- b.) *advising the requested State, upon request, of the protective measures and services available in the requesting State to secure the safe return of a particular child. ;*
- c.) *encouraging the use of Article 21 of the Convention to secure the effective exercise of access or visitation rights.*

⁸³ Ruckman ovan not 74 a.a. s. 45.

skada, har detta ändå kunna ske på grund av möjligheten att besluta om *undertakings*.⁸⁴ *Undertakings* har således föranlett ett återförande, trots att en överflyttning i sig bedömts vara olämplig. *Undertakings* har kommit att bli ett medel för att upprätthålla en restriktiv tillämpning av artikel 13 1(b) i Haagkonventionen. Kritiken mot *undertakings* har även grundat sig på att det inte finns någon mekanism som kan försäkra att åtagandena kommer att efterföljas. Även om domstolar ofta ålägger den kvarlämnade föräldern vissa åtaganden i form av *undertakings* så kan domstolen i tillflyktsstaten inte verkställa dessa. Allt som domstolen i tillflyktsstaten kan göra är att förutsätta att domstolen och myndigheterna i hemvistlandet kommer att göra allt som krävs för att efterfölja beslutet om *undertakings*. Problematiken kring *undertakings* har således varit att de är frivilliga och att det inte finns några möjligheter till sanktioner vid överträdelse av beslutet.⁸⁵

Det har anförts att domstolar har ett orealistiskt förtroende till andra länders rättsystem och förmåga att kunna skydda barn och deras mödrar vid en överflyttning. Detta argument har framhållits starkt av Kaye.⁸⁶ Kaye ställer sig kritisk till möjligheten att besluta om *undertakings* och menar att domstolar i Haagärenden generellt underskattar förekomsten av våld i hemmet och den skada som uppstår av att vara barn till en slagen kvinna.⁸⁷ Bruchs åsikter går i samma riktning som Kayes.⁸⁸ Bruch menar att *undertakings* är ett sätt att blunda inför orättvisa (*they turn a blind eye to injustice*) och poängterar att våld inom familjen tenderar att öka efter ett bortförande. Kvinnan, menar Bruch, är än mer utsatt att bli mördad efter ett bortförande än vad hon var medan mannen och kvinnan bodde tillsammans och delade hushåll. Bruch framhåller även att det är vanligt i förhållanden där våld förekommer att den person som misshandlar har ett stort behov av att ha kontroll över sin partner. Bruch konstaterar vidare att män som misshandlar kvinnor ofta verkar lugna och trovärdiga i domstol. Bruch menar att de slutsatser som gjorts av Reunite, dvs. att *undertakings* inte efterlevs i tre fjärdedelar av de fall studien omfattade, även ger stöd för detta.⁸⁹

De argument som både Bruch och Kaye framhåller är berättigade, även om man av dessa inte kan dra slutsatsen att domstolar i de olika konventionsstaterna är helt

⁸⁴ Ruckman ovan not 74 a.a. s. 45.

⁸⁵ Kaye, ovan not 46 a.a. s. 200.

⁸⁶ A.a.

⁸⁷ A.a.

⁸⁸ Bruch ovan not 5 a.a.

⁸⁹ A.a. s. 541-542.

omedvetna om hur verkligheten ser ut för många kvinnor. Det finns tecken i flera domar på att man blivit mer införstådd med vilka effekter våld mot en kvinna har på ett barn.⁹⁰ Det skall även erinras att om domstolar alltför ingående börjar undersöka om hemvistlandet kan skydda barnet från eventuellt våld från fadern, så tenderar det lätt till att bli bedömningar som hör hemma i vårdnadsprocessen, dvs. bedömningar som tillflyktslandets domstol inte har behörighet att göra.

Som konstaterats ovan under avsnitt 2.4.3, har det hävdats att det finns anledning att anlägga ett genusperspektiv vid tillämpningen av 1980 års Haagkonvention eftersom det oftast är kvinnor som bortför barn och att Haagkonventionen därmed kommer att utfalla diskriminerande gentemot just kvinnor på grund av den restriktiva tillämpningen av artikel 13 1(b). Detta gäller särskilt fall där våld förekommit. På liknande sätt kan det argumenteras att möjligheten att besluta om *undertakings*, kan få en diskriminerande effekt gentemot den majoritet män som blir kvarlämnade.⁹¹ Det förekommer nämligen att domstolen beslutar om näst intill ogenomförbara insatser som den kvarlämnade föräldern, och då oftast fadern, skall vidtaga. Detta kan förstås även komma att fördröja processen, som egentligen skall vara avgjord inom sex veckor.⁹² Det kan argumenteras att det är felaktigt att den kvarlämnade föräldern skall ställas inför orimliga åtaganden, i en situation som denne inte ens förorsakat. Klarar inte den kvarlämnade föräldern av att genomföra de åtaganden som domstolen utdömer, öppnas stort utrymme för att vägra överflyttning och olovliga bortföranden av barn börjar således löna sig som metod i vårdnadstvister.⁹³

Det kan konstateras att möjligheten till *undertakings* är en kontroversiell fråga. För att detta institut skall fungera på ett tillfredställande sätt måste myndigheterna i hemvistlandet vid behov kunna tillförsäkra barnet ett adekvat skydd. Om detta inte kan ske fyller möjligheten att besluta om *undertakings* en mindre lämplig funktion. Undantaget i artikel 13 1(b), att besluta om att inte återföra ett barn, skall inte heller komma att bli helt oanvändbart för att domstolar har möjligheten att besluta om *undertakings*. När det bedöms föreligga en situation där barnet kan komma att ta skada om överflyttning sker, skall undantaget anses uppfyllt och överflyttning vägras. En sådan situation torde kunna omfatta fall där våld förekommit i hemmet. Om domstolar

⁹⁰ Lowe, Everall & Nicholls ovan not 34 a.a. s. 349, tar upp exempel på sådana fall.

⁹¹ Leto ovan not 8 a.a. s. 252.

⁹² Se artikel 11 i 1980 år Haagkonvention samt Ruckman ovan not 74 a.a. s. 47.

⁹³ Ruckman ovan not 74 a.a. s. 48.

skall ha möjligheten att besluta om *undertakings* är det även viktigt att dessa inte blir orimliga att genomföra för den kvarlämnade föräldern.

3.1.3 Skyddsåtgärder inom Europa

Det råder således delade meningar om *undertakings*. Vi kommer troligen att uppleva en intensiv diskussion kring vilka skyddsåtgärder som myndigheterna i barnets hemvistland skall vidta vid en överflyttning i och med artikel 11(4) i den nya Bryssel II-förordningen. Denna bestämmelse förpliktar nämligen domstolen i tillflyktsstaten att återföra ett olovligen bortfört barn trots att barnet kan komma att utsättas för skada i enlighet med artikel 13 1(b), om det styrkts att lämpliga åtgärder vidtagits för att garantera barnets skydd efter återlämnandet. Handledningen till den nya Bryssel II-förordningen ger dock knapphändig information om vilka skyddsåtgärder detta rör sig om.⁹⁴ Det framgår dock av svenska förarbeten att de åtgärder som en *undertaking* omfattar, kan sammanfalla med sådana åtgärder som avses i den nya Bryssel II-förordningen.⁹⁵ I samma förarbeten föreskrivs att artikel 11(4) inte är inskränkt till att gälla bara åtgärder som en part utfäster sig att vidta. Man kan tänka sig att åtgärder för att garantera barnens skydd kan vidtas även av myndigheter.⁹⁶ I Salem-fallet, som beskrivs nedan, kom svensk domstol för första gången att beröra tillämpligheten av artikel 11(4) i Bryssel II-förordningen.

3.1.4 Barnet Salem (Stockholms tingsrätt, dom 2006-09-08)⁹⁷

I ett relativt nyligen avgjort fall i Stockholms tingsrätt, där ett barn olovligen förts från Finland till Sverige av sin moder, yrkade modern att en överflyttning av barnet skulle innebära en allvarlig fara för barnets kroppsliga och själsliga hälsa, då både modern och barnet blivit utsatta för våld från fadern. Modern hade haft löpande kontakt med sociala myndigheter i Finland på grund av sin rädsla för fadern och bott i skyddsboende i Finland tillsammans med barnen med anledning av detta. Fadern hade ett utfärdat besöksförbud i förhållande till modern, som grundats på uppgifter om i vart fall hot om våld mot modern. I domskälen nämner rätten Bryssel II-förordningen och att dess bestämmelser förbättrar möjligheterna att få tillbaka ett barn som olovligen bortförts

⁹⁴ Se handledningen till den nya Bryssel II-förordningen ovan not 18 a.a. s. 33-34.

⁹⁵ SOU 2004:80 ovan not 75 a.a. s. 46.

⁹⁶ A.a.

⁹⁷ Ärende nummer Ä 16607-06.

eller kvarhållits. Rätten konstaterade att det framstod som klart att modern var rädd för att utsättas för våld eller hot från faderns sida. När det gällde barnet, menade rätten vidare, att uppgifterna om psykisk misshandel var mer oprecisa och framförallt kopplade till relationen mellan föräldrarna. Då artikel 13 1(b) skall tolkas restriktivt och då mer objektivt godtagbara omständigheter inte framkommit, fann tingsrätten att sådan allvarlig risk för skada som utgör hinder för överflyttning inte visats och slutsatsen blev att barnet skulle överflyttas till fadern vid dennes bostad i Finland.

Det finns anledning att anmärka på att rätten i Salem-fallet inte berör hur eventuellt våld mot modern kan påverka barnet, framförallt då det, som ovan nämnts, i svenska förarbeten men även i flera utländska Haagärenden konstaterats att ett barn kan bli brottsoffer genom att ha bevittnat (sett eller hört) psykiskt eller fysiskt våld mot en närstående.⁹⁸

Rätten beslutade i detta fall att verkställighet inte kunde vägras, eftersom förutsättningarna i artikel 13 1(b) inte ansågs uppfyllda. Trots att överflyttning därmed skulle ske hade det varit intressant om rätten tagit ställning till huruvida förutsättningarna enligt artikel 11(4) i Bryssel II-förordningen var uppfyllda, för att få en uppfattning om vilka skyddsåtgärder som hade kunnat vara nödvändiga. Det kan nämnas att den finska centralmyndigheten i sin kontakt med den svenska centralmyndigheten utfäste att den skulle se till att åtgärder vidtogs i enlighet med artikel 11(4) om det skulle bedömas som erforderligt. Mig veterligen har artikel 11(4) ännu inte tillämpats i något fall där Sverige varit inblandat. Det skall bli intressant att framöver se hur domstolar kommer att tillämpa bestämmelsen.

Det som kom att bli den största frågan i detta fall var den närmare innebörden av verkställigheten, vilket i detta fall innebar att barnet skulle överflyttas *till faderns bostad*. Fråga uppstod hur detta skulle ske på grund av faderns besöksförbud mot modern. Dessutom fanns tidigare domstolsbeslut på hur umgänget mellan fadern och barnet skulle utövas, varför det från moderns sida framstod som oklart hur tidigare beslut om umgängesrätten skulle tolkas i förhållande till domslutet i Haagprocessen, dvs. att pojken skulle överflyttas till faderns bostad. Modern var således orolig för

⁹⁸ Se ovan under avsnitt 2.4.2. Chamberland konstaterar även, efter att ha analyserat några kanadensiska Haagärenden att: *It would appear that Canadian Courts accept the idea that there may be cases where the grave risk of a parent being exposed to physical or psychological harm will also constitute, by ricochet, a grave risk for the child and thus justify the application of the Article 13 1(b) exception*, se ovan not 6 a.a. s. 20.

konsekvensen av beslutet från tingsrätten sida att pojken skulle överlämnas till *faderns bostad*.

En lärdom som kan dras av Salem-fallet är att det finns ett behov av tydlighet i domarna för att verkställighet skall kunna ske. Konsekvensen i Salem-fallet blev nämligen att modern inte i enlighet med domen överlämnade barnet i rädsla av vad som skulle hända efteråt, på grund av ovissheten om hur domen skulle verkställas. När domstolen framöver beslutar om nödvändiga skyddsåtgärder i enlighet med artikel 11(4), finns det även ett behov av att dessa skyddsåtgärder tydligt redogörs för. Detta bidrar till en ökad trygghet för barnen och den bortförande föräldern och får till följd att verkställighet bör kunna underlättas.

3.2 Presentation av ett nytt schweiziskt förslag

En fråga som den schweiziska delegationen drev starkt vid specialkommissionsmötet i oktober 2006 var problemen kring den restriktiva tillämpningen av artikel 13 1(b), och då främst vad som avses med rekvisitet att ett barn försätts i en ”icke godtagbar situation”. Den schweiziska delegationen förespråkade en ändring av artikeln så att relationen mellan principen om ett snabbt återförande och intresset av att tillvarata barnets intresse tydligare klargjordes. Bakgrunden till problematiken var den följande:

Following the adoption worldwide of the UN Convention on the Rights of the Child of November 1989 and of the prominence given to the overriding interests of the child in everything that concerns it, this is an opportune moment to re-examine the direction in which the practical application and interpretation of Art. 13, clause 1 b) of the Convention are heading. In the light of this clause, refusal to return the child is limited to exceptional cases. Several distressing cases that have occurred recently in Switzerland, however, have shown that a practical definition of these exceptional cases can no longer be the same as that which inspired the authors of the Convention in 1980. This is particularly true in situations- and they have become the rule - in which the abduction is carried out by the person who is mainly responsible for the care of the child, very often the mother. Switzerland is keenly aware of the delicate nature of this question, which is

*crucial for the smooth operation of the Convention. Given the changes that have taken place in the real world of child abduction since 1980, however, it believes that this issue should be re-examined in depth.*⁹⁹

Det konkreta förslaget löd enligt följande:

Within the meaning of Article 13, paragraph 1, letter b, a return of the child would place it in an intolerable situation in case -

- a) the placement with the applicant is manifestly not in the best interest of the child*
- b) the person which opposes the return of the child is not in a position, under all of the circumstances, to take care of the child in the State where it was habitually resident immediately before the removal or retention or if this cannot reasonably be required from such a person; and*
- c) the placement in foster care is manifestly not in the best interest of the child.*¹⁰⁰

Schweiz' förslag är motiverat, eftersom principen om barnets bästa och målet att snabbt återföra ett bortfört barn inte alltid samspekar. I en situation där ett bortförande skett genom att ett barn blivit bortrövat en förälder som inte är delaktig i vårdnaden eller som befarar att förlora vårdnaden vid en förestående separation eller skilsmässa, kan det finnas anledning att anta att det bästa för barnet är att snabbt bli återfört till den kvarlämnade föräldern igen. I ett fall där den primära vårdnadshavaren bortför barnet och då detta skett för att skydda sig själv och barnet från förekommande våld i hemmet, är det plötsligt inte lika självklart att det bästa för barnet är att bli snabbt återfört till den kvarlämnade föräldern. Sistnämnda situation har visat sig vara allt mer vanligt förekommande och därför finns det anledning att diskutera om nuvarande tillämpning av Haagkonventionen, att snabbt återföra ett bortfört barn, verkligen lever upp till principen om barnets bästa. Det finns således ett stort värde i att klargöra sambandet mellan principen om ett snabbt återförande och intresset av att tillvarata barnets bästa.

⁹⁹ Se *Working Document No. 1E, Proposal of the delegation of Switzerland*, distribuerat den 30 maj 2006 inför det femte specialkommissionsmötet gällande de civila aspekterna på internationellt barnbortförande den 30 oktober- 9 november 2006.

¹⁰⁰ Se *Working Document No. 2E, Proposal of the delegation of Switzerland*, distribuerat den 27 oktober 2006 på femte specialkommissionsmötet gällande de civila aspekterna på internationellt barnbortförande den 30 oktober- 9 november 2006.

Det finns ett behov av att man på ett internationellt plan klargör detta samband, så att domstolar i sin tur kan motivera hur avvägningen gjorts mellan principerna. I de ovan diskuterade Catton-ärendet saknades en sådan avvägning och domstolen gjorde en strikt, i och för sig i nuläget konventionsenlig, tolkning av undantagsregeln i artikel 13 1(b). Det kan argumenteras att om Schweiz' förslag varit i kraft så hade utgången blivit annorlunda. Domstolen hade då behövt ta ställning till vad som var bäst för barnen ifråga. Då hade domstolen på ett mer ingående sätt varit tvungen att ta ställning till om det var barnets bästa att föras tillbaka till Nya Zeeland. Eftersom fadern hade ett besöksförbud gentemot sonen torde det stå klart att en bedömning redan gjorts att det inte var i barnets intresse att umgås med fadern. Eftersom sonen inte alls skulle återföras till fadern utan till ett fosterhem på Nya Zeeland står det klart att omständigheterna i punkt a) i Schweiz förslag är uppfyllda, dvs. det är inte i barnets intresse att bli placerad hos fadern.

Domstolen hade också behövt ta ställning till om modern kunde ta hand om barnet vid en eventuell överflyttning. Det är mer oklart hur denna bedömning skulle göras. Fadern hade ett besöksförbud i förhållande till både modern och sonen. Om nyzeeländska myndigheter bedöms kunna skydda modern och sonen, så finns det anledning att anta att modern skulle kunna ta hand om sonen på Nya Zeeland. Detta skulle förstås behöva vägas mot att domstolen beslutat att dottern skulle stanna med modern i Sverige. Slutligen skulle domstolen behöva bedöma om placeringen av barnet i fosterfamilj var i barnets intresse. Det finns anledning att anta att pojken hellre skulle stanna med sin moder som han, enligt domstolens bedömning, var helt beroende av, än att bli placerad i ett fosterhem.

Att det är barnets bästa som skall vara det centrala vid tillämpningen av artikel 13 1(b) framgår tydligt av Schweiz' förslag. Som ovan konstaterats finns ingen universell standard av vad som är att betrakta som barnets bästa. Förslaget ger inte heller någon direkt vägledning om vad som är att betrakta som barnets bästa. Förslaget ger dock några konkreta förslag på omständigheter där barnets intresse bör gå före intresset att återföra. Schweiz' förslag medför att domstolar skulle bli tvingade att väga in barnets bästa i bedömningarna om överflyttning, något som hittills saknats i flera domar. Dessutom skulle förslaget troligen medföra en mer flexibel tillämpning av artikel 13 1(b), t.ex. på det sätt att förekomsten av våld i hemmet oftare kan komma att omfattas av bestämmelsen. Att Schweiz vill åstadkomma en förändring eller i vart fall få till

stånd en annan tolkning av artikel 13 1(b) står klart. En ändring avseende tillämpningen av artikeln kan dock inte komma till stånd om inte övriga konventionsstater också anser att det finns ett behov av förändring. Därför skall jag i det följande redogöra för hur andra konventionsstater ställer sig till en mer flexibel tillämpning av artikel 13 1(b), med fokus på situationer där våld förekommit i hemmet.

3.3 Diskrepansen mellan EU och vissa länder utanför Europa

Trots att vägransgrunden i artikel 13 1(b) används restriktivt och barn blir återlämnade i det stora flertalet fall har man samtidigt noterat en viss motreaktion till detta i vissa länder. Det lämpliga i barnets återlämnande har börjat ifrågasättas i situationer där fysiskt eller sexuellt våld förekommit inom familjen, oavsett om barnet eller föräldern varit det omedelbara offret.¹⁰¹ Engelska domstolar har generellt varit motsträviga vad gäller att basera en vägran till överflyttning på yrkanden om våld i hemmet. Denna inställning delades länge av många andra länder, däribland Australien, Kanada, Nya Zeeland, Scotland och USA.¹⁰² I Australien har man t.ex. låtit återförandet innebära att en överflyttning sker till hemvistlandet och inte till en speciell person eller plats, troligen för att kunna genomföra en överflyttning trots att vissa tveksamheter förelegat beträffande lämpligheten hos den kvarlämnade föräldern.¹⁰³ Nyzeeländska domstolar har intagit samma uppfattning. Detta har dock inte fått till konsekvens att vägransgrunden i artikel 13 1(b) inte alls kommit att tillämpas där våld i hemmet konstaterats. Istället har det noterats att domstolar i både Nordamerika och Nya Zeeland börjat vägra överflyttning under åberopande av artikel 13 1(b), på grund av den psykiska skada barn ansetts ta av att antingen behöva bevittna våld eller bli direkt utsatt av det.¹⁰⁴

I Kanada har det bland annat i ett uppmärksammat fall från 1999¹⁰⁵, konstaterats att våld som utövas från ena föräldern på den andra, påverkar barnet i sådan utsträckning att det kan medföra att undantaget i artikel 13 1(b) blir tillämpligt så att överflyttning kan vägras. Två förutsättningar för att rekvisiten i artikel 13 1(b) skall vara uppfyllda

¹⁰¹ Jänterä-Jareborg ovan not 13 a.a. s. 831-832.

¹⁰² Lowe, Everall & Nicholls ovan not 41 a.a. s. 338-339.

¹⁰³ Gillen ovan not 4 a.a. s. 34.

¹⁰⁴ Se Gillen ovan not 4 a.a. s. 35 och Jänterä-Jareborg ovan not 13 a.a. s. 832.

¹⁰⁵ *Pollastro v. Pollastro*, [1999] O.R. (3^d) 485 (Ontario). Finns tillgänglig på Permanenta Byråns Databank INCADAT som omfattar en sammanfattning av avgöranden enligt 1980 års Haagkonventionen från de olika fördragsslutande staterna. Se <http://www.incadat.com>.

förefaller dock vara att barnet har en stark anknytning till den förälder som blivit utsatt för våldet samt att barnet är i en sådan ålder att det finns ett behov av föräldrarnas omsorg.¹⁰⁶

I motsats till den kanadensiska utvecklingen har engelska domstolar generellt inte lagt någon vikt vid yrkanden så som att barnet skulle lida skada av att behöva separeras från sin primära vårdnadshavare.¹⁰⁷ Detta gäller framför allt fall där den primära vårdnadshavaren vägrar att följa med barnet vid en överflyttning. Som ovan konstaterats har heller inte våld i hemmet som vägransgrund vunnit några större framsteg i engelska domstolar.¹⁰⁸ Engelska domstolar har dessutom haft ett relativt strängt krav på klar och övertygande bevisning i fall där våld yrkats. Den engelska Haagprocessen är ytterst summarisk, och muntlig bevisning är sällan tillåten. Detta gäller även fall där mera allvarliga yrkanden gjorts.¹⁰⁹ Det har anförts att det av denna anledning är mycket svårt att fastställa att det föreligger sådana omständigheter att vägransgrunden i artikel 13 1(b) är uppfylld, vilket fått svåra konsekvenser i fall där våld yrkats.¹¹⁰

Vilken sorts bevisning som skall krävas för att en invändning enligt 13 1(b) kan anses ha blivit styrkt har även diskuterats i svensk rätt. Enligt svenska förarbeten skall den allvarliga risken för barnets fysiska eller psykiska hälsa framgå av objektiva omständigheter.¹¹¹ I ett svenskt fall från år 2000, som gällde ett bortförande från Israel till Sverige, hade det inte visats att barnen blivit skadade. Moderns redogörelse för vad hon själv vid ett antal tillfällen vittnat om sågs dock som trovärdigt bevis, särskilt som det också stöddes av två vittnens iakttagelser.¹¹² Detta visar att Sverige intagit en mer liberal syn än vad England gjort beträffande vilken bevisning som krävs i fall där artikel 13 1(b) aktualiseras.

Inom den Europeiska Unionen synes utvecklingen generellt gå i en annan riktning än i

¹⁰⁶ Chamberland ovan not 6 a.a. s. 20-21.

¹⁰⁷ Lowe, Everall & Nicholls ovan not 41 a.a. s. 332.

¹⁰⁸ A.a. s. 336-337. I *The Judges News Letter* ovan not 4 a.a. s. 33-34, uppmärksammar dock Gillen ett engelskt fall (Re W (Abduction: Domestic Violence) [2005] 1 FLR 727) där även engelsk domstol fäster avseende vid att ett barn påverkas av att ha levt med en moder som blivit utsatt för våld. Överinstansdomstolen i England medgav vidare att vägransgrunden i artikel 13 1 (b) kan anses uppfylld även i fall där barnet inte direkt blivit utsatt för våldet. I detta fall beslutade dock domstolen om överflyttning då det ansågs att skyddsåtgärder kunde vidtas i hemvistlandet. Kanske är detta ett tecken på att även engelska domstolar börjat inta en mindre restriktiv inställning i fall där våld förekommit i hemmet. För en diskussion kring *undertakings* se ovan rubrik 3.1.

¹⁰⁹ Bruch ovan not 5 a.a. s. 533. Se även Lowe, Everall & Nicholls, ovan not 41 a.a. s. 337, där vissa engelska rättsfall analyseras och av vilka det framgår att muntlig bevisning används i begränsad utsträckning i England

¹¹⁰ Bruch ovan not 5 a.a. s. 534.

¹¹¹ Prop. 1988/89:8, Om olovligt bortförande av barn i internationella förhållanden, 25 augusti, 1988, s. 43. Här påpekas också att det inte behöver vara fråga om en omedelbar risk.

¹¹² Se Jänträ-Jareborg ovan not 2 a.a. s. 888-889, för en analys och en redogörelse av fallet.

många icke europeiska länder med tanke på den nya Bryssel II-förordningen. Ovan diskuterade artikel 11(4) i Bryssel II-förordningen torde medföra att överflyttning är möjligt i de flesta fallen. Jänterä-Jareborg har uppmärksammat att det är tankeväckande att utvecklingen inom Europeiska Unionen gått i en annan riktning än diskussionen på andra sidan atlanten.¹¹³ Jänterä-Jareborg menar att *EU-hökarna* vunnit över *Haagduvorna*. *Duvornas* linje går, enligt Jänterä-Jareborg, ut på att ett olovligt bortförande eller kvarhållande i vissa fall kan vara berättigat med följderna att barnet inte skall behöva återlämnas. Därför kom Haagkonventionen att innehålla vissa vägransgrunder, av hänsyn till barnets bästa. Enligt *hökarna* däremot, menar Jänterä-Jareborg, skall återlämnandet ske villkorslöst. Jänterä-Jareborg menar vidare att Bryssel II-förordningen huvudsakligen gått *hökarna* till mötes.¹¹⁴ Vad denna utveckling beror på kan endast spekuleras kring, men det finns anledning att ifrågasätta om det är förenligt med 1980 års Haagkonvention att man inom EU intagit denna villkorslösa inställning att till varje pris återföra ett bortfört barn. Det är vidare av stor vikt att 1980 års Haagkonvention tillämpas konsekvent av konventionsstaternas domstolar. En internationell konvention av nu aktuellt slag kan fylla sin funktion endast om den tolkas enhetligt i de konventionsanslutna staterna.

Att utvecklingen inom Europa gått i en annan riktning än de ovan diskuterade länderna kommer således till uttryck i artikel 11(4) i Bryssel II-förordningen.¹¹⁵ Det framgår av handledningen till den nya Bryssel II-förordningen att förordningen skall innebära en förstärkning av huvudregeln att domstolen skall besluta om omedelbart återlämnande av barnet, genom att undantagen i artikel 13 1(b) i 1980 års Haagkonvention begränsas till ett minimum. Utgångspunkten skall vara att barnet alltid skall återlämnas om det kan skyddas i hemvistlandet i EU.¹¹⁶ Bryssel II-förordningen går således ett steg längre än 1980 års Haagkonvention genom att utvidga skyldigheten att besluta om återlämnande av barnet till fall där ett återlämnande skulle utsätta barnet för sådan skada, men där det ändå står klart att myndigheterna har vidtagit eller planerar att vidta lämpliga åtgärder för att garantera barnets skydd efter återlämnandet.¹¹⁷ Det räcker inte att det finns förfaranden som syftar till att skydda barnet i ursprungsmedlemsstaten, utan det måste kunna konstateras att myndigheterna i ursprungsmedlemsstaten har vidtagit konkreta

¹¹³ Jänterä-Jareborg ovan not 13 a.a. s. 832.

¹¹⁴ A.a. s. 833.

¹¹⁵ Se ovan avsnitt 3.1.3.

¹¹⁶ Handledningen till den nya Bryssel II-förordningen ovan not 18 a.a. s. 33.

¹¹⁷ A.a.

åtgärder för att skydda barnet i fråga.¹¹⁸ Det framgår av handledningen att det kommer att vara svårt för domstolen i tillflyktslandet att bedöma de faktiska förhållandena i ursprungsmedlemsstaten, men att centralmyndighetens bistånd med uppgifter om förekomsten av skyddsåtgärder kommer att bli av mycket stor betydelse.¹¹⁹

Som konstaterats ovan framgår det inte av handledningen vilka typer av skyddsåtgärder som skall kunna vidtas i hemvistlandet och mig veterligen har artikel 11(4) ännu inte kommit att tillämpas i svensk domstol.¹²⁰ Det enda som konstaterats är att de åtgärder som innefattas vid en *undertaking*, kan vara sådana åtgärder som avses i artikel 11(4). Det finns således anledning att anta att samma problematik som uppstått vad gäller *undertakings* kan komma att aktualiseras även vad gäller artikel 11(4).¹²¹

Precis som Jänterä-Jareborg poängterar så verkar artikel 11(4) bidra till ett villkorslöst återlämnande. Det återstår att se hur praxis kommer att se ut och hur domstolar kommer att förhålla sig till artikel 11(4) i Bryssel II-förordningen, framför allt i fall där våld förekommit i hemmet. Syftet med 1980 års Haagkonvention har aldrig varit att överflyttning skall ske i samtliga fall där ett enligt konventionens mening olovligt bortförande eller kvarhållande ägt rum, men Bryssel II-förordningens lydelse ser ut att bidra till ett motsatt resultat. I handledningen till nya Bryssel II-förordningen nämns inget om att någon avvägning skall göras i förhållande till vad som är bäst för barnet. Om målet med den nya Bryssel II-förordningen är att denna skall tillämpas så att vägransmöjligheterna begränsas till ett minimum, finns det anledning att argumentera att det kommer att förekomma fall där intresset av att tillvarata barnets bästa eftersätts.

Följden av denna inkonsekvens mellan europeiska och vissa icke europeiska länder vad gäller tillämpningen av 1980 års Haagkonvention kan tänkas bli att ett slags *forumshopping* uppstår, dvs. att föräldrar ser till att bortföra sina barn till icke europeiska länder, såsom USA, Kanada och Nya Zeeland, där en inte lika strikt tillämpning av vägransgrunden i artikel 13 1(b) görs. Detta är något som så långt som möjligt bör undvikas och det krävs därför att konventionsstaterna kommer överens om

¹¹⁸ Handledningen till den nya Bryssel II-förordningen ovan not 18 a.a. s. 33.

¹¹⁹ A.a. s. 34.

¹²⁰ Utöver de ovan nämnda Salem-fallet där Stockholms tingsrätt diskuterade kring artikel 11(4), men artikeln kom aldrig att tillämpas. Se ovan under avsnitt 3.1.4.

¹²¹ För en diskussion om *undertakings* se ovan avsnitt 3.1. I detta sammanhang kan nämnas att artikel 11 i 1996 års Haagkonvention (som Sverige ännu inte ratificerat, men väntas göra framöver) får anses ge tillflyktsstatens domstolar möjlighet att förordna om hur barnet skall skyddas vid en överflyttning. Domstolens förordnanden erkänns och är verkställbara i de övriga stater som ratificerat 1996 års konvention.

vilken linje som skall hållas. Kanske har det schweiziska förslaget analyserats ytterligare till nästa specialkommissionsmöte och ställning kan då tas till hur en enhetlig tillämpning bör se ut.¹²² Till dess finns det även ett uppenbart behov av forskning kring hur barn påverkas både långsiktigt och kortsiktigt av både ett bortförande och en överflyttning. Så länge sådan forskning inte finns tillgänglig skall påståendena om att Haagkonventionens tillämpning riskerar att åsidosätta individuella barns bästa bemötas med stor återhållsamhet. I maj 2006 kom den första studien ut som redogjorde för tio barns berättelser av hur de påverkats av ett bortförande. Denna studie kommer att beskrivas i det följande.

4 Reunites studie: hur påverkas barn av ett bortförande?

4.1 Presentation av Reunite

Reunite är en stiftelse som grundades år 1986 i England. Reunite är specialiserad på frågor rörande internationellt barnbortförande och erbjuder råd, information och hjälp till föräldrar, familjemedlemmar och vårdnadshavare som har varit med om ett bortförande eller som befarar sig komma att bli utsatta för det. Reunite ger även råd till föräldrar som har bortfört sina barn och ger upplysning i frågor som rör internationella umgängesfrågor. Utöver detta ger Reunite specialistråd och utbildning till advokater, statliga myndigheter och andra specialister inom detta område.¹²³

Reunites, inom sitt område ledande, verksamhet finansieras bl.a. av engelska staten och av välgörenhetsorganisationer. Reunites filosofi grundar sig på att barnbortförande är fel, oavsett om bortförandet är straffbart eller inte. 1980 års Haagkonvention används som utgångspunkt i Reunites arbete, då organisationen till fullo stödjer Haagkonventionens syfte att snabbt återföra ett bortfört barn.¹²⁴

Reunites arbete karakteriseras av att stor vikt läggs vid att medverka till att föräldrar som bortfört ett barn och som därefter gått *under jorden* träder fram. Detta innebär vanligtvis att den person som fört bort barnet får förklarat till sig vikten av att barnet återförs. Reunites mål är att hela tiden tillvarata barnets intresse och att se till att

¹²² Se det schweiziska förslaget under avsnitt 3.2.

¹²³ För information om Reunite se hemsidan ovan not 14 a.a.

¹²⁴ A.a.

återförandet sker på ett sätt som inte är traumatiskt för barnet.¹²⁵

4.2 Bakgrund och syfte

När ett barn återförts till hemvistlandet har vanligtvis myndigheterna i tillflyktsstaten ingen ytterligare kontakt med barnet eller kännedom om vilka övriga juridiska beslut som tas rörande barnet i det land till vilket barnet återförts. På grund av detta föddes idén att göra en uppföljningsstudie på hur barn påverkas både på längre och kortare sikt av ett bortförande.¹²⁶

Marilyn Freemans studie, daterad maj 2006, är en uppföljning på rapporten *The Outcomes for Children Returned Following an Abduction* från år 2003.¹²⁷ I sistnämnda rapport gjordes intervjuer med föräldrar som varit inblandade i ett bortförande. Denna rapport innehöll dock inga intervjuer med barnen inblandade vid bortförandet. Det konstaterades att om sådana intervjuer skulle äga rum så måste dessa utföras av kvalificerade och erfarna specialister. I maj 2006 utkom Marilyn Freemans rapport innehållande intervjuer med barn som varit utsatta för ett bortförande.¹²⁸ Denna studie var den första i Europa där intervjuer skedde med barnen utan närvaro av barnets föräldrar.

Med hjälp av studien från 2003 kunde samma undersökningsgrupp användas vid studien 2006. Detta medförde att den andra studien kunde göras mycket snabbare än om en ny undersökningsgrupp hade behövt utses. Kompetenta och rutinerade experter utförde intervjuerna med berörda barn.¹²⁹

Det huvudsakliga syftet med studien var att ta del av de erfarenheter som barnen haft under tiden för bortförandet. Syftet var att få en bättre förståelse för hur barn påverkas av ett bortförande till ett annat land. Ett ytterligare syfte med studien var att se om barn i allmänhet påverkas annorlunda vid ett bortförande än vid en skilsmässa mellan föräldrarna.¹³⁰

¹²⁵ Se Reunites hemsida ovan not 14 a.a.

¹²⁶ Även från svenskt håll har man uppmärksammat vikten av undersökningar och forskning kring hur barn påverkas både långsiktigt och kortsiktigt av ett bortförande. Detta togs bl.a. upp vid det informella ministermötet angående internationellt barnbortförande och relaterade frågor i Stockholm den 4 november 2005.

¹²⁷ Reunites studie från 2003 ovan not 19 a.a.

¹²⁸ Reunites studie från 2006 ovan not 9 a.a.

¹²⁹ A.a. s. 1.

¹³⁰ A.a. s. 55.

4.3 Undersökningsgruppen

Tio barn, från sju av de familjer som deltog i studien intervjuades. 60 % var pojkar och 40 % var flickor. Vid tiden för bortförandet var 40 % av barnen under fyra år gamla. 50 % var mellan fem och nio år. Resterande 10 % var över 14 år när bortförandet ägde rum. Av de barn som intervjuades så konstaterades att varken kön eller ålder hade någon betydelse för hur barnen påverkades av bortförandet. Alla barn var påtagligt påverkade av bortförandet.¹³¹

Alla, utom ett barn, var bortförda tillsammans med ett syskon. I samtliga fall inträffade bortförandet för över fem år sedan. Barnen var bortförda mellan sex veckor och fjorton månader och i ett av fallen återfördes aldrig barnet tillbaka till sitt hemvistland. Med undantag för ett barn som hade afro- karibiskt härkomst hade resterande barn europeiskt ursprung.¹³²

4.4 Omständigheterna vid bortförandet

I två av fallen var barnet bortfört av fadern. Detta inkluderade tre barn, dvs. 30% av barnen. Ingen av dessa barn betraktade fadern som den primära vårdnadshavaren. Resterande 70 % av barnen hade blivit bortförda av sin moder. Alla dessa barn betraktade modern som sin primära vårdnadshavare. Det var dock ett barn som ansåg att fadern, i förhållande till modern, var likvärdig vårdnadshavare, men på annat sätt ansvarig vid hans uppväxt. De barn som blivit bortförda av sin moder betraktade inte henne som en kidnappare, medan de barn som blivit bortförda av sin fader tenderade att betrakta honom som en kidnappare. Ett barn talade även i termer att hon blivit stulen (*stolen*) av sin fader.¹³³ Reunites studie från 2006 bekräftar vad som tidigare konstaterats i denna uppsats, dvs. att det i majoriteten av bortförandefallen är den primära vårdnadshavaren, och då modern, som för bort barnet.

80 % av barnen kom tydligt ihåg omständigheterna kring bortförandet. I flera av fallen förklarades bortförandet från början med att barnen och föräldern skulle åka på en längre semester. Många av barnen tyckte även i ett inledningsskede att detta var spännande. I ett fall visste dock barnet att det inte var frågan om någon semester vid

¹³¹ Reunites studie från 2006 ovan not 9 a.a. s. 55.

¹³² A.a.

¹³³ A.a. s. 56.

bortförandet. Detta barn hade blivit bortfört två gånger och bägge gångerna hade den bortförande föräldern berättat vad det var frågan om. Detta barn blev illa berört över att bli tvingat att återvända till sitt hemvistland samt till sin icke primära vårdnadshavare. Återförandet för detta barn var mycket mer traumatiskt än själva bortförandet, eftersom barnet i fråga betraktade det land som han tagits till som sitt hemland.¹³⁴ De barn, till vilka föräldrarna förklarat det inträffade, verkade inte lika besvikna över det som hänt som de barn som känt sig lurade på grund av att föräldrarna inte varit ärliga genom att säga att det var en längre semester de skulle åka iväg på. Alla barn kände att de var tvungna att alliera sig med den förälder som de blivit bortförda av oavsett hur detta kändes för dem.¹³⁵

Tre av barnen i studien ansåg att de återvände hem vid återförandet till hemvistlandet. Dessa barn ansåg sig aldrig heller ha blivit kidnappade. Fyra av barnen upplevde svårigheter och bekymmer under tiden som de var iväg, inför vetskapen om att inte återvända till hemvistlandet. Två barn ville stanna kvar i det land till vilket deras moder hade fört dem. Två barn i en familj kommer inte ihåg så mycket kring vad som hände vid bortförandet samt vilken inställning de hade till ett eventuellt återförande, på grund av att de var för unga. I en annan familj var de båda syskonen ledsna över att behöva bli separerade från sin far, men de trodde att modern hade rätt att lämna hemmet.¹³⁶

4.5 Barnens vistelse i tillflyktslandet

Sju av barnen gick i skolan eller på daghem under tiden som de var borta. Flera av dessa barn ansåg att det var fördelaktigt att få vara i skolan eller på dagis. Ett barn förklarade att han fick tankarna på annat när han fick umgås med vänner och göra olika saker, något som för honom framstod som en viss hjälp. Detta barn ansåg även att det kändes märkligt att återvända till hemvistlandet, eftersom han innan han for tagit farväl av sina vänner där. Barn som tagits till ett land, i vilket ett för dem främmande språk talades, upplevde i flera av fallen att det var mycket svårt att skaffa sig vänner där.¹³⁷ De flesta av barnen kunde dock använda skolan och vännerna som ett sätt att glömma det som inträffat. Alla barn tycktes dock vara obekväma i den omvälvande situation de befann

¹³⁴ Reunites studie från 2006 ovan not 9 a.a. s. 56.

¹³⁵ A.a. s. 62.

¹³⁶ A.a. s. 56.

¹³⁷ A.a. s. 56-57.

sig i och osäkerheten beträffande den egna vardagen.¹³⁸

4.6 Barnets återförande till hemvistlandet

Vissa barn hade svårigheter att anpassa sig efter att ha återvänt till hemvistlandet. Detta gällde framförallt ett barn som kvarhållits under en längre tid i det nya landet och som därför också tvingats att lära sig ett nytt språk. Vid återförandet ställdes detta barn inför situationen att återigen ta upp det gamla språket som då försvunnit. Än idag känner detta barn en olust för allt som har med utbildning och skola att göra. Ett annat barn hade omfattande svårigheter vid återförandet, då föräldrarna kommit överens om att barnet skulle bo växelvis hos föräldrarna samt gå på två olika skolor beroende på med vilken förälder barnet bodde. Detta var en lösning som framstod som både stressande och förvirrande för barnet i fråga. Sex av barnen hade bibehållit vännerna i hemvistlandet, något som hjälpte dessa barn att anpassa sig till förhållandena snabbare. Många av barnen återvände till skolan och de vänner de haft innan de fördes bort. Att återuppta kontakten med vänner var något som värderades högt hos alla barn.¹³⁹

4.7 Hur påverkas barn känslomässigt?

De flesta av barnen hade relativt klara minnen om sina känslor kring själva bortförandet. Det var dock inte alltid lätt att urskilja vad som egentligen var barnets egna version av det hela och hur mycket som barnet påverkats av övriga familjen gällande synen på det inträffade. Alla utom ett av barnen kände sig mycket nära till den förälder som bortfört barnet. Ett barn kände sig tryggt med den bortförande föräldern, men beskrev att symtom såsom huvudvärk, stress och illamående ökade under perioden som han var borta från den andre föräldern. Ett barn beskrev en oro än idag för att återigen bli kidnappad eller bli utsatt för oväntade händelser. Barn som fått berättat till sig att modern dött då så inte var fallet, upplevde ordentliga trauman vid återförandet.¹⁴⁰

¹³⁸ Reunites studie från 2006 ovan not 9 a.a. s. 62.

¹³⁹ A.a. s. 57.

¹⁴⁰ A.a. s. 57-58.

4.8 Effekter på barnens relation till föräldrarna

Många av barnen hade ingen kontakt med vare sig den kvarlämnande föräldern, syskon eller övrig släkt under vistelsen i det andra landet. Tre av barnen saknade sina syskon och övriga familjemedlemmar under vistelsen borta. De flesta av barnen hade idag viss kontakt med föräldern som de inte bodde tillsammans med, oavsett om denne förälder varit den bortförande föräldern eller den kvarlämnade föräldern. Endast ett av barnen hade i dagsläget ingen direktkontakt med den förälder som barnet inte bodde tillsammans med. Vad gäller tre av barnen så var deras kontakt med denne förälder begränsad på grund av att denne vägrat efterleva beslutet om hur umgänget skulle utövas. Även om ett av barnen nu bodde tillsammans med föräldern som bortfört barnet så hade detta barn svårt att lita på den andre föräldern, på grund av rädslan av att denne föräldern istället skulle bortföra barnet. Många av barnen hade förlorat tillit till den förälder som de inte bodde tillsammans med då denne, i flera av fallen, inte följt domstolsbeslut på hur umgänget skulle utövas. Dessa barn upplevde ofta aggression och irritation mot denna förälder för att denna inte ansträngde sig för att inge ett förtroende till både domstol och den andre föräldern om hur umgänget skulle bedrivas.¹⁴¹

4.9 Effekter av återförandet

Endast ett av barnen upplevde det som mycket svårt att slå sig till ro efter återförandet. Han var för ung för att gå i skolan när han fördes bort och var borta i över ett år. På grund av detta så hade han inga direkta kamratrelationer och han kunde heller inte språket när han återvände. Därför var det även svårt för honom att skaffa sig nya vänner. Ett annat barn beskrev att det var både en lycklig känsla och en känsla av lättnad att få bli återfört till den kvarlämnade föräldern. Hon kommer fortfarande ihåg hur hennes pappa som bortfört henne blev bortkörd i en polisbil med handfängsel på. Det barnet menade att hon inte brydde sig om vad som hände med pappan. Även i de fall där bortförandet bidragit till ett minskat känslomässigt förtroende och till ett spänt förhållande mellan barnet och ena föräldern, önskade alla barn i studien, med undantag för ett barn, att deras föräldrar skulle bli tillsammans igen och att allting skulle bli bra. Alla barn ville ha kontakt med den föräldern de inte bodde tillsammans med.¹⁴²

¹⁴¹ Reunites studie från 2006 ovan not 9 a.a. s. 58.

¹⁴² A.a. s. 59.

Fyra av barnen hade antingen träffat eller träffar psykolog eller annan rådgivare efter återförandet. Endast ett av dessa fyra barn ansåg att detta var till hjälp. Övriga barn föredrog att prata med familj och vänner angående det inträffade. Ett av barnen ansåg att advokater inte prioriterade fall där barn var inblandade och att de inte tog barnets frågor och funderingar på allvar. Ett annat barn var dock mycket nöjt med sitt ombud och ansåg att denne varit till stor hjälp under Haagprocessen. Ett barn framhöll att tiden efter återförandet till hemvistlandet var den mest problematiska för henne och hennes bror, eftersom denna tid präglades av olika påfrestande domstolsprocesser.¹⁴³

4.10 Vilken lärdom kan föräldrar dra av studien?

Själva bortförandet verkar inte ha varit det värsta för barnen, eftersom resan till dem hade förklarats som en längre semester. När barnen fick reda på att det inte var en semester, utan att de skulle bo med bortförandeföräldern permanent, upplevde barnen sig vilseledda av den bortförande föräldern. Detta, tillsammans med att barnen var bekymrade över den kvarlämnade föräldern, har haft tydliga ogynnsamma effekter på alla inblandade barn. Även de barn som inte ansåg sig själva som kidnappade blev arga och förvirrade av oväntade domstolsprocesser och osäkerheten i vardagen. Dessa barn hade fått ett minskat förtroende för den ena föräldern eller båda föräldrarna. De barn som vetat om att det var fråga om ett bortförande har däremot inte haft samma problem i form av minskat förtroende till föräldrarna.¹⁴⁴

Alla barn värdesatte att ha en god relation med båda föräldrarna. Alla barn upplevde också att det var viktigt att bibehålla kontakt med den förälder som barnet inte bodde hos. De barn som inte hade kontakt med den förälder som de inte bodde tillsammans med ville att kontakt skulle gå att ordna på ett säkert sätt. Många av barnen var bekymrade över att om umgänget inte skulle vara bevakat så skulle barnet kanske bli utsatt för ett bortförande återigen. Alla barn var väl medvetna om att de befann sig i en konflikt mellan föräldrarna och barnen ville inte höra negativa saker om den ena föräldern från den andre. Inte heller ville barnen känna att de skulle vara tvungna att försvara en förälder.¹⁴⁵

¹⁴³ Reunites studie från 2006 ovan not 9 a.a. s. 59.

¹⁴⁴ A.a. s. 60.

¹⁴⁵ A.a.

Det konstaterades att barn generellt sett vill bli delaktiga i och informerade om vad som händer. Studien visade att barn ofta ägnar sig åt olika typer av aktiviteter för att klara av det som händer runt omkring dem vid ett bortförande. Barnen har ett behov av att fokusera tankarna på annat. Föräldrar inser ofta inte att dessa sysselsättningar är försök från barnets sida att undvika stressymtom för att orka med den press som barnet utsätts för.¹⁴⁶

4.11 Vilka slutsatser kan dras av studien?

Det kan diskuteras hur stor vikt som skall läggas vid denna studie av Reunite på grund av den begränsade undersökningsgruppen på endast tio barn. Det är heller ingen vetenskaplig studie, utan varje individ talar enbart om sina egna upplevelser. De fakta som samlats in är relativt begränsade och de frågor som ställts vilar inte på någon vetenskaplig grund. Varje barnbortförande är dessutom unikt och därför skall man vara försiktig med att dra några mer generella slutsatser av studien.

Trots ovan nämnda faktorer skall studiens betydelse inte förringas. Studien bidrar till en förståelse för hur ett bortförande kan påverka barns liv. I samtliga fall har det inträffade haft långtgående negativa effekter hos barnen och många av de inblandade barnen har efter bortförandet haft svårt att fullt ut lita på sina föräldrar och andra människor runt omkring dem. Det kan därför konstateras att barn ofta far illa av ett bortförande och att det därför finns anledning att på ett internationellt plan vidta åtgärder för att barnen i fråga inte skall komma till skada.

Studien har även ett värde då den förhoppningsvis kan bidra till ett intresse för empirisk forskning och att fler undersökningar görs om hur barn påverkas av ett bortförande. Behovet av liknande studier är påtagligt för att kunna anpassa tillämpningen av en konvention som antogs för närmare 30 år sedan, till dagens förhållanden. Detta är viktigt för att 1980 års Haagkonvention skall kunna fungera på ett tillfredställande sätt med barnperspektivet i fokus.

Att det är barn som intervjuas i frånvaro av sina föräldrar är unikt i denna studie. Det är otvivelaktigt att det kan vara mycket känsligt att intervjua barn, inte minst därför att detta kan återuppväcka svåra minnen hos barnen. Det är därför viktigt att man i framtida

¹⁴⁶ Reunites studie från 2006 ovan not 9 a.a. s. 61.

liknande studier tar detta i beaktande. Detta kan ske genom att intervjuer endast görs med barn som uppnått viss mognad och att intervjuerna genomförs av professionella personer.

1980 års Haagkonvention grundar sig på tanken att ett snabbt återförande skall ske för att *status quo* skall kunna återställas. Studien visar på att många av barnen upplevde återförandet som mer påfrestande än själva bortförandet. I vissa av fallen kan det även ifrågasättas om *status quo* återställdes, där barn efter att varit borta en längre tid mist språket i hemvistlandet och inte kom ihåg de vänner de hade där innan de blev bortförda. Detta rättfärdigar förstås inte att en förälder skall kunna ta med sitt barn till ett annat land och sedan dra vinning av sin olovlige gärning genom att barnet får kvarstanna med föräldern i det nya landet. Det kan dock argumenteras att tidigare *status quo* inte skall tillgodoses till vilket pris som helst. Kanske kan det argumenteras att artikel 13 1(b) skall träda in redan i en situation då barnet tappat så många band med hemvistlandet att barnet skulle försättas i en icke godtagbar situation om det skulle återföras, eftersom barnet i fråga skulle få genomgå en svår tid med ett *nytt* språk och en anpassning till den gamla miljön.

Det är dock rimligt att anta att artikel 13 1(b) inte skall ta sikte på sistnämnda situation. Samtidigt bör man kunna argumentera att artikel 13 1(b) borde väga starkare då våld förekommit. Skall Haagkonventionen syfta till att återställa *status quo* i fall där kanske både barnet och den bortförande föräldern blivit misshandlade? I en sådan situation blir diskussionen kring att försätta barnet i en icke godtagbar situation allt mer relevant.

Genom de intervjuer som gjordes med berörda barn i Reunites och Marilyn Freemans studie framkom ingenting som bekräftade eller uteslöt att våld förekommit i hemmet. Även om inget av barnen konkret nämnde att våld förekommit, kan förekomsten av våld inte uteslutas. Såsom studien visar är barn ofta lojala mot båda föräldrarna och vill generellt sett inte ta någons parti. Trots att barnen intervjuades i frånvaro av sina föräldrar kan barnen fortfarande vara motvilliga att tala om obehagliga upplevelser såsom våld. Det kan heller inte bortses från att föräldrarna ofta har en stor påverkan på barnen, även om föräldrarna inte befinner sig i samma rum. I studien nämns även att det vid intervjuerna var svårt att visa vad som var barnets version och hur mycket de influerats av föräldrarnas känslor och version av det inträffade.

5 Avslutande kommentar

Uppsatsen avser att ta ställning till om tillämpningen av 1980 års Haagkonvention lever upp till principen om barnets bästa, och då framförallt i situationer där våld förekommit i hemmet. Det kan konstateras att verkligheten idag ser annorlunda ut än vad konventionens skapare föreställde sig. Reunites studie från 2006 bekräftar även det faktum att i det stora flertalet fall är det modern till barnet som bortför eller kvarhåller barnet. Det har konstaterats att en ändring i fråga om tillämpningen av 1980 års Haagkonvention enbart på den grund att det oftast är mödrar som för bort sitt barn är svår att motivera.

Våld i hemmet har kommit att bli en vanligare orsak till att mödrar för bort sina barn. På olika håll har redan en mer flexibel tillämpning av undantaget i artikel 13 1(b) börjat förespråkas i fall där våld förelegat. Huruvida vi nått till den punkt där en förändring av 1980 års Haagkonvention är aktuell står dock inte klart. Det bör inte bortses från att 1980 års Haagkonvention har fungerat tillfredställande i många fall. Det finns vidare anledning att fråga sig om 1980 års Haagkonvention är det mest lämpliga instrumentet för att bekämpa våld i hemmen. Det bör undersökas vilka andra möjligheter som finns för att skydda kvinnor och barn som blivit utsatta för våld, också i gränsöverskridande situationer. Dessutom är detta problem något som man också på nationell nivå bör arbeta med. Det står klart att dagens tillämpning i enskilda fall fått en olycklig utgång för vissa barn, men om detta skall medföra omfattande reformer kan diskuteras.

Det finns ett uppenbart behov av empirisk forskning om hur en överflyttning på lång sikt påverkar barn. Så länge som det inte finns tillgång till sådan forskning skall påståendena om att Haagkonventionens tillämpning riskerar att åsidosätta individuella barns bästa bemötas med stor återhållsamhet. Reunites studie från 2006 är ett bra exempel på den typ av forskning vi behöver mer av. Det är också uppenbart att det fortfarande finns ett behov av att utbilda domstolar och olika experter (såsom sociala myndigheter, barnpsykologer etc.) i barnfrågor och om hur barn påverkas av både ett bortförande och en överflyttning. Genom att medvetandegöra barns påverkan av ett bortförande kommer förhoppningsvis tillämpningen av 1980 års Haagkonvention att bli mer *barnvänlig* på sikt.

Det krävs också mer empirisk forskning kring hur pass vanligt det är att kvinnor flyr med sina barn på grund av våld i hemmet. I takt med sådan forskning är förhoppningen

att 1980 års Haagkonvention tillämpas med hänsyn till hur de faktiska förhållandena ser ut. Till detta skall även läggas vikten av att konventionen tillämpas enhetligt i de olika staterna. Till dess att ny forskning läggs fram är den fortsatta framgången av 1980 års Haagkonvention beroende av att konventionsförfarandet förblir relativt summariskt och att vägransgrunderna tolkas restriktivt.

En alltför restriktiv tolkning av 1980 års Haagkonvention kan dock leda till att barnets bästa eftersätts, medan en alltför flexibel tolkning kan leda till att konventionens syfte urholkas och därmed mister sin funktion. Å ena sidan målas konventionen upp som ett välbehövligt instrument till skydd för barn över gränserna. Å andra sidan går man till angrepp mot Haagkonventionen och dess avsedda tillämpning. Det handlar om att hitta en gyllene medelväg vad gäller tillämpningen av 1980 års Haagkonvention. Än så länge fyller konventionen en funktion, men det står klart att vi befinner oss i en tid där den framtida tillämpningen av konvention kommer att behöva diskuteras i allt större utsträckning. Det kan mycket väl vara så att vi börjar se en utveckling där Haagkonventions syfte att snabbt återföra ett olovligt bortfört eller kvarhållet barn i allt större utsträckning tvingas vika för intresset att tillvarata barnets bästa. Barnets trygghet måste t.ex. kunna säkerställas vid verkställande av ett beslut om överflyttning. 1980 års Haagkonvention är ett levande instrument och måste anpassas efter hur verkligheten ser ut, utifrån barnens behov och intressen.

Källförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1988/89:8, Om olovligt bortförande av barn i internationella förhållanden, 25 augusti, 1988.

Prop. 2002/03:53, Stärkt skydd för barn i utsatta situationer m.m., 20 februari 2003.

Ds 2003:5, Stärkt rättsskydd för barn i gränsöverskridande fall, september 2002.

Ds 2004:56, Barnen i Brottets skugga, Justitiedepartementet, 22 december 2004.

SOU 2004:80, Kompletterande bestämmelser till den nya Bryssel II-förordningen, juli 2004.

Litteratur

Beaumont, P, & McEleavy, P, The Hague Convention on International Child Abduction, Oxford University Press, 1999.

Bogdan, M, Något om gränsöverskridande barnkidnappningar, Festskrift till Ulla Jacobsson, 1991.

Bruch, C.S., The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and Their Children in Hague Convention Child Abduction Cases, Family Law Quarterly 2004, s. 529-545.

Bucher, A, The Convention Should be Revised!, The Judges' News Letter 2006, volume 11, s. 41-44.

Chamberland, J, Article 13 1(b) and Domestic Violence: The Canadian Situation, The Judges' News Letter, Spring 2003, volume 5, s. 17-21.

Dyer, A, The Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction – Towards Global Cooperation, The International Journal of Children's Rights 1993, s. 273-292.

Gillen, J, The Hague Convention and Domestic Violence – Friend or Foe? – A Common Law Perspective of Interpretations of Article 13 1(b) of the Hague Convention in the Context of Domestic Violence, The Judges' News Letter 2006, volume 11, s. 31-36.

Greene, A.M., Seen and Not Heard?: Childrens Objections Under the Hague Convention on International Child Abduction, University of Miami International & Comparative Law Review 2005-2006, volume 13, s. 105-162.

Greif, G, & Hegar, R, When Parents Kidnap, Free Press, 1993.

Handledning för tillämpningen av den nya Bryssel II-förordningen, tillgänglig på EU-kommissionens hemsida http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_sv.pdf (2007-04-27).

Jäterä-Jareborg, M, Harmonisering, samordning och ömsesidigt förtroende inom Europeiska Unionen – Utvecklingen inom familjerätt, SvJT 2005, s. 804-844.

Jäterä-Jareborg, M, Olovliga bortföranden av barn: Dags att ställa Sverige vid skampålen?, SvJT 2000, s. 873-897.

Kaye, M, The Hague Convention and the Flight From Domestic Violence: How Women and Children are Being Returned by Coach and Four, International Journal of Law, Policy and the Family 1999, volume 13, s.191- 212.

Leto, M, Whose Best Interest? International Child Abduction Under the Hague Convention, Chicago Journal of International Law 2002, volume 3, s. 247-254.

Lowe, N, Everall Q.C., M, & Nicholls, M, International Movement of Children – Law Practice and Procedure, Jordan Published Limited, 2004.

Pérez-Vera, E, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention, 1982, s. 462. Tillgänglig på http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=2779 (2007-04-29).

Reunite Research Unit, International Child Abduction the Effects, (maj 2006) (skriven av Marilyn Freeman) Finns tillgänglig på <http://www.reunite.org/page.php?alias=research20>. (2007-04-29).

Reunite Research Unit, The Outcomes for Children Returned Following an abduction 31 (Sept. 2003) (skrivet av Marilyn Freeman), tillgänglig på <http://reunite.org/WEBSIDEREPORT.doc> (2006-04-29).

Ruckman, K, Undertakings as Convention Practice: The United States Perspective, The Judges' News Letter 2006, volume 11, s. 45-50.

Weiner, M.H., International Child Abduction and the Escape From Domestic Violence, Fordham Law Review 2000-2001, volume 69, s. 593-706.

Working Document No 1E, Special Commission on the Civil Aspects of International Child Abduction (30 October- 9 November 2006), Proposal of the Delegation of Switzerland, distribution 30 May 2006.

Working Document No 2E, Special Commission on the Civil Aspects of International Child Abduction (30 October- 9 November 2006), Proposal of the Delegation of Switzerland, distribution 27 October 2006.

Rättsfall

Barnen Catton

Länsrätten i Skåne län, dom 2005-12-01, mål nr 6966-05.

Kammarrätten i Göteborg, dom 2006-03-22, mål nr 7308-05.

Barnen Marissael

Kammarrätten i Göteborg, dom 00-03-02, mål nr 6608-1999.

Barnen Paquay

Kammarrätten i Jönköping, dom 99-11-23, mål nr 3532-1999.

Fallet Pollastro

Pollastro v. Pollastro, [1999] O.R. (3^d) 485 (Ontario).

Barnet Salem

Stockholms tingsrätt, dom 2006-09-08, ärende nr Ä 16607-06.

Övrigt

Europeiska kommissionens hemsida, <http://ec.europa.eu/> (2007-05-22).

Haagkonferensen för internationell privaträtts hemsida, <http://www.hcch.net> (2006-04-29).

Reunites hemsida, www.reunite.org/ (2007-05-21).

UD:s hemsida, www.ud.se (2007-05-21).