



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sofia Eliasson

Omhändertagen på godtycklig grund?

En utredning om rättssäkerheten vid tvångsomhändertaganden
av barn som lever i en skadlig miljö

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: David Reidhav

Termin: VT 2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställning	4
1.3 Avgränsningar	5
1.4 Perspektiv och metod	6
1.5 Forskningsläge och material	6
1.6 Disposition	7
2 RÄTTSSÄKERHET	8
2.1 Vad är rättssäkerhet?	8
2.2 Vaga rekvisit	10
2.3 Diskrepans mellan rättsregler och praktisk tillämpning	11
3 LVU	13
3.1 Vad säger 2 § LVU?	13
3.2 Hur sker ett tvångsomhändertagande?	13
4 SVAGHETER MED GÄLLANDE ORDNING	15
4.1 Vaga rekvisit	15
4.1.1 Påtaglig risk för skada	16
4.1.2 Barnets bästa	16
4.2 Diskrepans mellan rättsregler och praktisk tillämpning	17
4.2.1 Offentliga biträdens/ställföreträdares överdimensionerade roll?	17
4.2.2 Socialnämnders/socialsekreterares överdimensionerade roll?	18
4.2.3 Tidsbrist	19
4.2.4 Bedömningarnas komplexitet och domstolarnas brist på sakkunskap	20
4.2.5 Rätten att bli hörd	20
4.2.6 Brister i utredningarna	21

4.2.7	Kravet på bristande samtycke	22
5	ANALYS OCH SLUTSATSER	23
5.1	Begreppet rättssäkerhet	23
5.2	LVU och rättssäkerhet	24
5.2.1	Vaga rekvisit	24
5.2.2	Diskrepans mellan rättsregler och praktisk tillämpning	25
5.2.3	Frågeställningen	26
5.3	Lösning?	26
5.4	Framåtblickande	27
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	29
	Offentligt tryck	29
	Kommittédirektiv	29
	Propositioner	29
	Rättsfall	29
	Socialstyrelsens publikationer med mera	29
	Litteratur	30
	Artiklar	31
	Internetkällor	32

Summary

Children living in a harmful environment might compulsorily be taken into care by the social services. It is of utmost importance that this is not done arbitrarily. The purpose of this essay is to investigate if this act of the State is being done in consistency with the notion of the rule of law. In the judicial doctrine many people have presented theories of the meaning of the rule of law. All of them have at least one thing in common: they impose a requirement of *predictability*. Some of them also require that the law itself must be filled with ethically acceptable content.

The law stipulates that compulsory removal by the State should be given to children who run a substantial risk of being injured due to maltreatment, lack of care or any other harmful condition in the home to him or her. Moreover, the State can only take care of a child if it is considered to be in the best interests for the individual. The lack of clarity of the law causes an increased influence by judges and individualised decisions. It is also problematic that no one can be certain what is actually the best for a child, and if there is a *substantial* risk of injury.

The applicable law might be criticised in this aspect of the rule of law even in other ways. The legal position may cause a discrepancy between the law itself and its practical application. As an illustration, other actors than the Court and the individual child might have a substantial influence on the decisions that are to be made. This influence is not properly regulated and controlled. Furthermore, there are sometimes deficiencies in the investigations concerning the children. For instance, all desirable acts of an investigation cannot be executed, due to haste or difficulties to evaluate the true opinion and wishes of a child.

Sammanfattning

Staten kan under vissa förutsättningar omhänderta barn som lever i en skadlig miljö. Det är av yttersta vikt att så inte sker helt sonika. Denna uppsats syftar till att utreda huruvida det sätt på vilket tvångsomhändertaganden ska ske och faktiskt sker, är förenligt med föreställningen om ett rättssäkert samhälle. Många har i den juridiska litteraturen presenterat teorier om vad begreppet rättssäkerhet innebär. Att *förutsebarhet* är ett nödvändigt krav för sådan, råder det enighet kring. Vissa menar att det dessutom krävs att rätten fylls med ett etiskt godtagbart innehåll.

I lagtexten stipuleras att vård ska beredas det barn som på grund av misshandel, otillbörligt utnyttjande, brister i omsorgen eller något annat förhållande i hemmet, löper en påtaglig risk att skadas. Vidare får ett omhändertagande endast ske om det anses vara till *barnets bästa*. Ur rättssäkerhetssynpunkt kan särskilt regleringens vaga rekvisit ifrågasättas då sådana medför ett ökat domarinflytande och mer in casu-betonade beslut. Det är även problematiskt att ingen säkert kan veta vad som är det bästa för ett barn eller huruvida en *påtaglig* risk för skada föreligger.

Den gällande ordningen kan kritiseras ur rättssäkerhetssynpunkt då den inbjuder till diskrepans mellan rättsregler och den praktiska tillämpningen av dem. Det är till exempel så att många andra aktörer än domstolen och barnet har stort inflytande vid förfarandet och denna inverkan är inte ordentligt reglerad och kontrollerad. Vidare förekommer brister i utredningarna kring barnet då exempelvis vissa önskade utredningsåtgärder inte kan vidtas, det ibland råder tidsbrist och då det kan vara svårt att få fram ett barns verkliga vilja.

Förkortningar

Dir.	Kommittédirektiv
FB	Föräldrabalken
HovR	Hovrätten
KamR	Kammarrätten
LVU	Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga
Prop.	Proposition
RF	Regeringsformen
RÅ	Regeringsrättens Årsbok
SoL	Socialtjänstlag (2001:453)
SOSFS	Socialstyrelsens föfattningssamling

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I början av mars månad i år, 2015, beslutade den sociala myndighetsnämnden i Finspångs kommun att omedelbart tvångsomhändertaga en nyfödd flicka på BB. Beslutet kom senare att upphävas av kammarrätten på grund av att det huvudsakligen grundats på en *annan* kommuns utredning beträffande föräldrarnas *förstfödda* dotter. Den i fallet agerande socialnämnden hade inte egenhändigt undersökt föräldrarnas förmåga att ta hand om den nyfödda flickan.¹

Detta avgörande aktualiserar frågan om förutsättningarna för tvångsomhändertaganden av barn och unga.² Under år 2013 vidtogs insatser enligt lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU) för 9423 barn.³ Sker omhändertaganden i enlighet med den fundamentala idén om ett rättssamhälle?

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att undersöka huruvida det sätt på vilket tvångsomhändertaganden av barn sker är rättssäkert – det vill säga förenligt med idén om att individer ska ges skydd mot övergrepp från samhället.⁴ Detta är viktigt eftersom det är av yttersta vikt att inte staten på lösa grunder tar sig rätten till något så ingripande som att beröva en person dess frihet och rätt till självbestämmande, respektive tar ifrån föräldrar sina barn.

Den fortsatta framställningen kommer att utgå ifrån frågeställningen:

¹ KamR i Jönköping, målnr 745–15, 2015-03-18.

² I den fortsatta framställningen används enbart termen *barn* och avser då barn och ungdomar upp till 18 års ålder, jfr 1 § LVU.

³ Socialstyrelsen, *Barn och unga – insatser år 2013 – Vissa insatser enligt socialtjänstlagen (SoL) och lagen med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU)* (2014 s. 68, tabell 15).

⁴ Krister Thelin, *Sverige som rättsstat* (Timbro 2001 s. 62).

- Är gällande reglering kring, samt förfarandet vid, tvångsomhändertaganden av barn som lever i en skadlig miljö, förenlig/förenligt med idén om ett rättssäkert samhälle?

För att besvara denna frågeställning kommer inledningsvis att redogöras för följande frågor:

- Vad är rättssäkerhet?
- Vilka är förutsättningarna för tvångsvård enligt 2 § LVU?
- Hur ser förfarandet vid tvångsomhändertaganden ut?

1.3 Avgränsningar

Kaldal hävdar att det *riskrekvisit* som återfinns i det för denna uppsats aktuella lagrummet och som kommer att redogöras för nedan, ligger i gränslandet mellan juridik och kunskap från andra vetenskapliga discipliner.⁵ En undersökning som enbart behandlar tolkningen av riskrekvisitet skulle därför kunna berikas av ett beteendevetenskapligt perspektiv. Då denna uppsats istället behandlar rättssäkerhetsaspekten har ett sådant perspektiv utelämnats.

I denna uppsats har de så kallade beteendefallen i 3 § LVU utelämnats till förmån för de så kallade miljöfallen i 2 § LVU. De förstnämnda fallen är naturligtvis också mycket intressanta men den, i uppsatsens avseende, *problematik* som finns kring dessa fall är delvis en annan, och ramen för denna framställning ger inte utrymme för en djupare redogörelse av båda. Ställföreträdarinstitutet, som närmare redogörs för nedan, är ett exempel på något som blir särskilt intressant i de fall som avses i 2 § LVU då motstridiga intressen ofta förekommer mellan barnet och vårdnadshavaren.⁶

Undersökningen behandlar frågan huruvida *lagtexten* är förenlig med idén om rättssäkerhet, samt hur väl förfarandet vid utredningen och i domstolen *allmänt* sett överensstämmer med denna idé. Frågan behandlas på ett teoretiskt plan, varför inga empiriska undersökningar har genomförts.

⁵ Anna Kaldal, *Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål* (Jure Förlag 2010 s. 29).

⁶ Kaldal s. 155.

I avsnitt 2.2 respektive 2.3 redogörs särskilt för två faktorer som bidrar till misslyckad förutsebarhet – vaga rättsregler samt diskrepans mellan rättsreglerna och praktisk tillämpning av dem. Dessa faktorer är särskilt betydelsefulla för den aktuella utredningen då det främst är på dessa plan rättssäkerhetsaspekten kan ifrågasättas.

Uppräkningen av svagheter med den gällande ordningen i avsnitt 4 gör inte anspråk på att vara uttömmande utan är enbart en exemplifiering. Kärnpunkterna i problematiken finns dock med.

1.4 Perspektiv och metod

Denna uppsats behandlar det aktuella rättsområdet ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Detta perspektiv har en stark koppling till formell rättvisa – att lika fall ska behandlas lika. Uppsatsen behandlar både rättsreglerna i sig och det utfall de får i praktiken.

För att besvara den aktuella frågeställningen tillämpas den rättsdogmatiska metoden.⁷ Denna metod syftar till att ge svar på hur fall ska behandlas juridiskt och utgår ifrån de allmänt accepterade rättskällorna. Mitt fokus ligger på att granska lagstiftning, lagförarbeten, rättspraxis och doktrin – i just nämnda ordning i enlighet med rättskällevärdet.⁸ Särskilt stor vikt fästs vid doktrin som i och för sig saknar självständig auktoritet, men som samspelar med övriga rättskällor och därmed ökar deras demokratiska legitimitet.⁹ Detta då det främst är inom doktrinen som en djupare kritisk diskussion kring rätten kan återfinnas.

1.5 Forskningsläge och material

Uppsatsen belyser en mycket uppmärksammat problematik, se exempelvis det nyligen avgjorda ”Yara-fallet”.¹⁰ År 2012 kom ett kommittédirektiv med en översyn av LVU

⁷ För ett kritiskt perspektiv av den valda metoden som en vetenskaplig sådan, se Nils Jareborg, ”Rättsdogmatik som vetenskap”, *Svensk Juristtidning*, häfte 1 år 2004, s. 7–10.

⁸ Christian Dahlman, *Rätt och rättfärdigande: en tematisk introduktion i allmän rättslära* (Studentlitteratur 2010 s. 23–24).

⁹ *Juridisk metodlära*, Fredric Korling (red.) (Studentlitteratur 2013 s. 21–27).

¹⁰ HovR över Skåne och Blekinge, mål nr B 454-15, 2015-05-19.

vilket senare efterföljdes av två tilläggsdirektiv. Utredningen syftade till att ytterligare stärka barnrättsperspektivet och rättssäkerheten för barn som vårdas enligt LVU.¹¹

Vad gäller forskningen kring tvångsomhändertaganden av barn finns en hel del material. Titti Mattson och Anna Hollander är stora namn inom området.¹² Det har även skrivits mycket om rättssäkerhetsbegreppet genom åren – exempelvis av Lon Fuller, Aleksander Peczenik och Åke Frändberg.¹³ Litteraturen om tvångsomhändertaganden med fokus på rättssäkerhetsaspekten är dock mer ovanligt förekommande. Till stor nytta vid författandet av denna uppsats har Anna Kaldals avhandling *Parallella processer* varit. Den behandlar visserligen även brott- och vårdnadsfall, men ger ett intressant perspektiv på bland annat riskbegreppet och frågor kring bevis på ett sätt som sällan påträffas i övrig litteratur.

Skillnaden mellan denna uppsats och det som redan finns skrivet på området, är att uppsatsen på ett kortfattat och strukturerat sätt ifrågasätter den gällande ordningen, med fokus på rättssäkerhetsaspekten. Den litteratur som refereras till i uppsatsen är i flera fall av det äldre slaget. Detta har naturligtvis beaktats vid urvalet av den information som inhämtats.

1.6 Disposition

Den följande framställningen kommer inledningsvis att bestå av en redogörelse för innebörden av begreppet rättssäkerhet. Denna del kommer att efterföljas av en beskrivning av grunder för, och tillvägagångssätt vid, tvångsomhändertaganden. Beskrivningen omfattar inte alla led i processen, utan fokus ligger på de delarna som senare behandlas i avsnitt 4. Avsnitt 4 innehåller i sin tur ett kritiskt perspektiv¹⁴ av reglerna för tvångsomhändertaganden och hur dessa förhåller sig till idén om rättsstaten. Slutligen följer en analys av utredningen i vilken den ovan redovisade frågeställningen besvaras på ett djupare plan.

¹¹ Dir. 2012:79 s. 1. Se även dir. 2013:74 samt dir. 2014:87.

¹² Se t.ex. Mattsons *Barnet och rättsprocessen: rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård* (Juristförlaget 2002) resp. Hollanders *Omhändertagande av barn: en studie av barnavårdsfall vid förvaltningsdomstolarna åren 1974, 1977 och 1982* (Aktuell Juridik Förlag, Stockholm 1985).

¹³ Se avsnitt 2 för hänvisningar till deras resp. verk.

¹⁴ Med *kritiskt perspektiv* avses här att brister/svagheter med gällande ordning uppmärksammas.

2 Rättssäkerhet

2.1 Vad är rättssäkerhet?

Det finns ingen klar definition av begreppet rättssäkerhet. Enligt *Nationalencyklopedin* brukar termen i allmänt språkbruk innebära att de enskilda medborgarna har ett skydd mot godtyckliga ingripanden från samhället. Medborgarna ska exempelvis inte dömas utan tillräcklig bevisning eller stöd i lag, och det ska råda likhet inför lagen. Termen innefattar även att rättsreglerna ska tillämpas på ett förutsebart sätt.¹⁵ Det finns dock flera olika teorier kring vad termen innebär mer exakt. Nedan följer en redogörelse för några av dem. Vissa av teorierna härstammar från andra länder än Sverige, men då de *i huvudsak* behandlar en del av rättens djupstruktur är de ändå relevanta i sammanhanget.

John Locke menar att en *rättsstat*, vilket är en till rättssäkerhet närbesläktad term, främst kännetecknas av att den offentliga makten utövas med regler samt att den offentliga maktutövningen i sig är begränsad av regler. Det ska således röra sig om en *nomokrati* i vilken lagstiftaren inte har makt över individuella fall. I motsats till en nomokrati står en *despoti* i vilken lagstiftaren kan befalla vad som helst. En sådan lagstiftare kommer, förr eller senare, att utnyttja just detta för att främja sina egna intressen. Despotier måste därför undvikas.¹⁶

Theelin menar att rättssäkerhet står för förutsebarhet, legalitet och proportionalitet, samt är den enskildes värn. Han understryker även att termen endast tar sikte på den enskildes rätt i förhållande till statsmakten och inte den trygghet som eftersträvas ute i samhället.¹⁷ Om en stat ska anses vara rättssäker eller inte avgörs av huruvida en rättsordning följer rättsstatsidealet eller inte. En stat kan vara mer eller mindre rättssäker beroende av till vilken grad så sker.¹⁸

¹⁵ Ann-Sophie Gleisner, ”Rättssäkerhet”, *Nationalencyklopedin*.

¹⁶ Dahlman s. 62–64.

¹⁷ Theelin s. 62.

¹⁸ *Rättsstaten – rätt, politik och moral: seminarium 5 oktober 1994*, Fredrik Sterzel (red.) (Rättsfonden 1996 s. 44).

Lon Fuller har urskilt ett antal olika sätt på vilka en rättsordning kan misslyckas med att skapa förutsebarhet. Han menar att staten kan misslyckas med att överhuvudtaget skapa regler eller med att offentliggöra dem. Att lagar tillämpas retroaktivt, att de är obegripliga eller motstridiga, eller att de föreskriver någonting omöjligt, är andra faktorer som hindrar förutsebarhet. Vidare menar han på att förutsebarheten också går om intet i det fall lagarna ändras alltför ofta eller om de i praktiken tillämpas på ett sätt som inte överensstämmer med dess ordalydelse.¹⁹

Peczenik använder sig av begreppen *formell* respektive *materiell rättssäkerhet*. Den formella rättssäkerheten handlar om att den offentliga makten utövas inom en rättslig ram och att det föreligger en hög grad av förutsebarhet. Denna typ av rättssäkerhet tar alltså inte hänsyn till frågan huruvida en norm är etiskt godtagbar eller inte. Peczenik menar att den formella rättssäkerheten måste vägas samman med andra etiska värden, och att den materiella rättssäkerheten är resultatet av denna avvägning.²⁰ Detta påstående stöds med ett exempel från Hitlers tredje rike. Även om det var mer eller mindre förutsebart för judarna – genom granskning av lagen – vilket öde som väntade dem, vore det absurt att kalla en sådan förutsebarhet för rättssäkerhet.²¹

En likande begreppsapparat används av Tamanaha som skriver om *formal theories* (formella teorier) och *substantive theories* (materiella teorier) om rättssäkerhet. Formella teorier fokuserar på att ”rätt” källor används samt formen av laglighet, medan materiella teorier även inkluderar krav på att innehållet i lagen som ska vara ”rättvist” och förenligt med vedertagna moraliska principer. Utöver den just beskrivna uppdelningen delar Tamanaha upp respektive teori i ”tunnare och tjockare versioner”. Den tunnaste formella versionen av rättsstatsprincipen är idén om att staten handlar under lagen. Lite tjockare blir teorin om den dessutom uppställer ett krav på formell laglighet, det vill säga att lagen är generell, klar och förutsebar. Det blir en tjock teori om rättssäkerhet om ett krav på demokrati adderas. Vad gäller de materiella teorierna är de tunna om de endast innehåller krav på individuella rättigheter, tjockare om de även

¹⁹ Lon Fuller, *The Morality of Law* (Yale U.P. 1965 s. 38–39).

²⁰ Aleksander Peczenik, *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära* (Fritze 1995 s. 11–14).

²¹ Aleksander Peczenik, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation* (Fritze 1995 s. 97–98).

inkluderar rätt till värdighet och/eller rättvisa, och tjocka om de även inkluderar krav på socialbidrag, jämställdhet och välfärd.²²

Frändberg kritiserar den uppdelning av rättssäkerhetsbegreppet som beskrivits i de två föregående styckena – särskilt den som förespråkas av Peczenik. Han menar att Peczenik tilldelar rättssäkerhetsbegreppet en helt ny innebörd genom uppdelningen av termen i formell respektive materiell rättssäkerhet, och att så inte kan göras då de värden som klassas som formella uppfattas ha ett lägre värde än de som anses vara materiella. Vidare kritiserar han uppdelningen då den får till följd att förutsebarhet anses vara ett värde som vid en avvägningssituation kan tvingas ge vika, medan likhet inför lagen, rättvisa och individens trygghet gentemot staten anses vara värden som inte kan det.²³

Frändberg menar att det är närmast omöjligt att skapa en definition av begreppet som fungerar i alla tänkbara sammanhang. Han anser att lösningen på problemet är att tydligt definiera termen i varje enskilt fall; värdet av konformitet måste ge vika för värdet av precision. Han menar dock att många jurister är enade kring definitionen ”förutsebarhet i rättsliga angelägenheter”. Frändberg förespråkar en syn på rättssäkerhetsbegreppet som tillåter att det kan finnas även moraliskt ”dålig” juridisk rätt – alltså en definition som kan liknas vid Peczeniks formella rättssäkerhet. Han menar således att rättens innehåll kan tänkas vara absurt men inte rättssäkerhetsbegreppet som sådant. Vidare poängterar han att rättssäkerhetsbegreppet inte ensamt räcker för att beskriva ett gott samhälle utan att det i ett sådant samhälle måste bevakas att andra värden av betydelse inte kränks.²⁴

2.2 Vaga rekvisit

Fuller menar att *klarhet* är en av de viktigaste delarna av rättsreglers legalitet. Utan klara regler kan makt som innehas av exempelvis domare och poliser lätt missbrukas. Vag lagstiftning kan göra att laglighet blir ouppnåeligt då lagen alltid kan tolkas till nackdel för den enskilde. Det behöver dock inte alltid vara negativt att göra rättsföljder

²² Brian Z. Tamanaha, *On the rule of law: history, politics, theory* (Cambridge University Press 2004 s. 91–113).

²³ Åke Frändberg, *Rättsordningens idé: en antologi i allmän rättslära* (Iustus 2005 s. 284–285).

²⁴ Frändberg s. 284–288.

beroende av vaga termer. Fallet är snarare det omvända då detta ibland kan vara en nödvändighet för att förverkliga lagstiftarens intentioner. Det är inte möjligt att i lagstiftningen vara mer exakt och konkret än vad det fenomen som behandlas i sig är. En missvisande tydlighet kan vara mer skadlig än en ”ärlig” vaghet. Fuller menar att det är ett vanligt missförstånd att en jäktad lagstiftare som inte hittar en lämplig formulering till en lag, lätt kan delegera denna uppgift till domstolen. En sådan lösning kan visserligen lämpa sig i vissa fall men inte i alla. Avgörande är den enskilda frågans art.²⁵

2.3 Diskrepans mellan rättsregler och praktisk tillämpning

Enligt Fuller kan diskrepans mellan rättsreglerna och den praktiska tillämpningen uppstå på en rad olika sätt – exempelvis genom misslyckad tolkning, bristande insikt i vad som krävs för att upprätthålla rättssystemet, mutor, likgiltighet eller jakten efter personlig makt. Det finns förstås en mängd processuella institut som är till för att förhindra just nämnda faktorer, såsom rätten att företrädas av en advokat. Fuller menar dock att det är rättsväsendet som har det huvudsakliga ansvaret för att förhindra diskrepans mellan rättsreglerna och den praktiska tillämpningen av dem. Detta kan dock ses som problematiskt i och med att korrigerande av illegitim rättstillämpning då kräver att den utsatte har vilja och ekonomisk förmåga att inleda en rättsprocess i frågan.²⁶

Fuller behandlar även problematiken kring tolkning som han anser är det mest känsliga elementet i strävan efter överensstämmelse mellan rättsregler och praktisk tillämpning. Legitimitet kräver att domare och andra tjänstemän tillämpar gällande lag i enlighet med de tolkningsprinciper som lämpar sig i sammanhanget, och inte efter eget tycke eller blint efter lagtextens bokstav. Vidare pekar han på det problematiska i att det i rättstillämparens uppgift ingår att försöka förstå avsikten med en lag som denne inte själv har stiftat. Han menar att det är en omöjlighet att inte någon tveksamhet alls uppstår kring vad lagstiftarens faktiska avsikt med lagen var. Han nämner även problematiken kring det faktum att det talas om *lagstiftarens* intentioner som om denne vore en faktisk person. Stiftarna till en lag är ofta just det: ”stiftare” – i plural. Dessa

²⁵ Fuller s. 63–65.

²⁶ Fuller s. 81–82.

verkar kanske vid olika tillfällen och utan någon exakt gemensam uppfattning om det syfte som eftersträvas.²⁷

²⁷ Fuller s. 82–87.

3 LVU

3.1 Vad säger 2 § LVU?

Initialt bör i detta avsnitt redogöras för det aktuella lagrummet. Enligt 2 § LVU gäller att tvångsvård kan aktualiseras om det på grund av fysisk eller psykisk misshandel, otillbörligt utnyttjande, brister i omsorgen eller något annat förhållande i hemmet finns en påtaglig risk för att barnets hälsa eller utveckling skadas. Det räcker alltså inte att något av de så kallade *miljörekvisiten* är uppfyllda, utan även riskrekvisitetet måste uppfyllas.²⁸ Förutom de i lagrummet tillämpliga rekvisiten krävs även enligt 1 § LVU att bristande samtycke föreligger samt att den påtänkta vården är till *barnets bästa*.

Det är förstås inte möjligt att i lagtexten uppräknas alla de situationer och förhållanden som kan ligga till grund för insatser från staten – inte minst med tanke på att det inte är missförhållandena i sig som utgör grunden till en LVU-ansökan utan istället de *konsekvenser* som dessa medför för barnet ifråga.²⁹ Om rekvisitetet *påtaglig risk* kan följande sägas: Det måste finnas konkreta omständigheter som talar för en skaderisk och denna risk ska inte vara *obetydlig, oklar eller avlägsen* utan *klar och konkret*.³⁰ Ambitionen är att ingripa till barnets skydd innan skada uppstått men först vid en viss risknivå.³¹

3.2 Hur sker ett tvångsomhändertagande?

Det är förvaltningsrätten som efter ansökan av en socialnämnd beslutar om tvångsvård ska aktualiseras eller inte.³² Det finns även möjlighet till omedelbart omhändertagande enligt 6 § LVU om rättens beslut inte kan inväntas. Ett stort antal myndigheter har en lagstadgad skyldighet att genast anmäla till socialnämnden om de i sin verksamhet får kännedom om något förhållande som skulle kunna leda till ett ingripande av

²⁸ Kaldal s. 278–279.

²⁹ Hjärdis Flodström Nilsson, *Vad säger LVU?* (Gothia 2004 s. 25).

³⁰ Prop. 1989/90:28 s. 62.

³¹ Jfr RÅ 1995 ref. 46 och RÅ 1995 ref. 64.

³² 4 § LVU.

socialnämnden till skydd för ett barn.³³ När en sådan anmälan kommer in till socialtjänsten görs först en förhandsbedömning för att bedöma huruvida socialnämnden kan eller bör agera. Står det redan från början klart att så inte kommer att ske, bör en utredning inte inledas då en sådan på tvivelaktiga eller felaktiga grunder skulle kränka en familjs integritet.³⁴

33 § LVU föreskriver att handläggningen hos socialnämnderna ska ske skyndsamt.³⁵ 36 § LVU stipulerar barnets rätt att bli hörd. Om så inte sker av någon anledning ska, enligt samma lagrum, hans eller hennes inställning så långt som möjligt klargöras på annat sätt. Detta är angeläget med hänvisning till principen om barnets bästa.³⁶ Både barnet och dess föräldrar har rätt till ett offentligt biträde, och är barnet under 15 år ska biträdet även agera ställföreträdare för detta.³⁷ I övrigt är handläggarna på socialnämnderna hänvisade till *Socialstyrelsens författningssamling* för vägledning i utredningsarbetet.³⁸ Ibland förekommer även lokala riktlinjer för handläggning och dokumentation.³⁹

³³ SoL 14:1.

³⁴ Flodström Nilsson s. 21.

³⁵ Clevesköld, Karnovs lagkommentar nr 101.

³⁶ Clevesköld, Karnovs lagkommentar nr 107.

³⁷ 39 § resp. 36 § LVU.

³⁸ Se särskilt SOSFS 1997:15 samt SOSFS 2014:5.

³⁹ Se t.ex. riktlinjer, socialnämnden Häbo kommun, 2009/132.

4 Svagheter med gällande ordning

Vid en första anblick kan det verka som att rättssäkerhetsaspekten är väl tillgodosedd i LVU-målen – staten bekostar offentliga biträden, socialnämnderna lyder under objektivitets- och proportionalitetsprinciperna⁴⁰, och i slutändan är det domstolen som avgör huruvida ett omhändertagande ska ske eller inte.⁴¹ I det följande avsnittet redogörs för ett antal punkter på vilka rättssäkerhetsaspekten vid tvångsomhändertagande kan ifrågasättas. För att åstadkomma struktur har framställningen delats in i mindre kapitel. Uppdelningen är dock inte given och i flera fall kan ett problem eller en svaghet falla in under mer än en rubrik.

4.1 Vaga rekvisit

Den aktuella typen av mål präglas av välfärdsambitionen att *göra gott*.⁴² Detta tar sig uttryck i lagen på så vis att den innehåller normativa rekvisit vilka kännetecknas av vaga och oprecisa kriterier.⁴³ Detta möjliggör flexibilitet i rättstillämpningen – att situationer som inte förutsetts av lagstiftaren ändå ska kunna täckas av lagbestämmelsen. Det medför dock också in casu-betonade beslut med ett stort tolkningsutrymme för domstolen.⁴⁴

Rekvisitens vaga och öppna formulering kan även medföra en sammanblandning av sak- och rättsfrågor, vilket är problematiskt då information kan lämnas helt utan avseende vid domstolens avgörande. Det är inte givet vilka omständigheter som utgör rättsfakta och som därmed ska ställas upp i ett bevistema och bevisas. Inte heller är det klart vilka omständigheter som utgör bevisfakta och som ska bevisvärderas i relation till bevistemat.⁴⁵

⁴⁰ 1 kap. 9 § RF resp. t.ex. prop. 1993/94:117 s. 39–40.

⁴¹ Mats Cato, ”När samhället tar ett barn”, *Advokaten* nr 1 2014 s. 42.

⁴² Kaldal s. 274.

⁴³ Christian Diesen m.fl., *Bevisprövning i förvaltningsmål* (Norstedts juridik 2003 s. 51).

⁴⁴ Kaldal s. 274.

⁴⁵ Kaldal s. 304–305.

4.1.1 Påtaglig risk för skada

Prövningen av om riskrekvisitet är uppfyllt består i praktiken av en värdering av allvaret i de riskfaktorer som anses finnas i barnets miljö, och eventuella förmildrande omständigheter som kan kompensera för dessa. Här blir det alltså inte fråga om en tolkning av rättskällorna utan istället om en kunskapsteoretiskt grundad bedömning av sambandet mellan barnets miljö och en hypotetisk framtida skada.⁴⁶

Vad som är en risk för barnet påverkas av vår kunskap och föreställning om vad som är skadligt för barn – en fråga av psykologisk såväl som social komplexitet. Domaren är som regel inte någon specialist inom dessa discipliner, men kan begära in expertutlåtanden eftersom måltypen är indispositiv. Detta förutsätter naturligtvis att domaren både kan identifiera den kunskapslucka som denne vill fylla med ett expertutlåtande, samt att denne kan värdera det erhållna materialet i förhållande till det enskilda barnets situation.⁴⁷

Vidare handlar dessa fall om en bedömning av en hypotetisk *framtida* skada. Till grund för bedömningen ligger iakttagelser av dokumenterat identifierade faktorer och orsakssamband. Frågan om vad som utgör en skada är dock inte given utan knuten till beslutsfattarens preferenser. *Sannolikheten* för skadans inträffande utgör troligen den mest centrala delen i riskbedömningen. Denna beräkning är inte endast en fråga om ett statistiskt samband mellan en faktor och en effekt, utan även en bedömning av vilken betydelse detta statistiska värde, tillsammans med annan information, kan tillmätas i ett enskilt fall. Att avgöra om en risk når upp till den i lagen uppställda risknivån är ingen enkel uppgift.⁴⁸

4.1.2 Barnets bästa

Beslut enligt LVU ska inte ha något annat syfte än att förbättra situationen för barnet.⁴⁹ Barnets bästa är ett problematiskt begrepp då dess innebörd skiftar över tiden samt är beroende av den kultur och det sociala sammanhang som barnet lever i. Det är dessutom

⁴⁶ Kaldal s. 281.

⁴⁷ Kaldal s. 28.

⁴⁸ Kaldal s. 87–92.

⁴⁹ Prop. 2002/03:53 s. 77.

starkt kopplat till den enskilde individen, dennes ålder och personliga egenskaper. Mycket forskning sker på området och värderingar i samhället förändras, varför kunskapen om barnets bästa ständigt utvecklas och reformeras. Det är alltså fråga om ett svårdefinierat begrepp.⁵⁰

Det är också problematiskt att forskarna på det beteendevetenskapliga området är oeniga i frågan om vad som är det bästa för ett barn. Ytterligare svårigheter är att fastställa huruvida ett specifikt barn uppnått tillräcklig mognad för att förmedla sin synpunkt, samt att avgöra om det faktiskt är sin egen vilja barnet förmedlar.⁵¹

4.2 Diskrepans mellan rättsregler och praktisk tillämpning

4.2.1 Offentliga biträdens/ställföreträdarens överdimensionerade roll?

Det offentliga biträdet/ställföreträdaren spelar en viktig roll för rättssäkerheten i LVU-mål.⁵² Ställföreträdaren företräder barnet och vidtar bindande processhandlingar i dess ställe, vilka barnet själv inte har några legala möjligheter att styra över.⁵³ Det ställs väldigt höga krav på företrädaren som själv måste avgöra vad som är barnets inställning i målet och vad som är det bästa för vederbörande. Det offentliga biträdet/ställföreträdaren ska dessutom bevaka dels barnets rätt att överklaga, dels att tillräcklig utredningsstandard uppnås i målet.⁵⁴ För att förmedla barnets perspektiv måste denne vid tolkningen av barnets behov vara helt opåverkad av sina egna preferenser.⁵⁵ Det finns en risk att företrädaren vid framförandet av vad barnet yttrat, tonar ner sådant som är barnets åsikt men som företrädaren själv inte anser är förenligt med barnets bästa.⁵⁶

⁵⁰ Flodström Nilsson s. 9.

⁵¹ Kaldal s. 68.

⁵² Cato s. 37.

⁵³ Kaldal s. 21.

⁵⁴ Kaldal s. 155–156.

⁵⁵ Johanna Schiratzki, *Barnrättens grunder* (Studentlitteratur 2002 s. 32–33 och 43).

⁵⁶ Mattson s. 451–452.

Trots komplexiteten i den aktuella typen av mål är det ofta mycket unga och oerfarna jurister som tilldelas uppgiften att vara ställföreträdare, vilket kan ses som problematiskt. Cato uppger att uppdraget kräver erfarenhet: dels vana av den aktuella typen av mål, dels livserfarenhet.⁵⁷ Att de offentliga biträdena kommer in mycket sent i omhändertagandeprocessen och att det då är svårt att ifrågasätta utredningarna kan också ses som bekymmersamt.⁵⁸

4.2.2 Socialnämnders/socialsekreterares överdimensionerade roll?

Det primära ansvaret för en fullständig utredning ligger på socialnämnden, och då i praktiken främst på de enskilda socialsekreterarna. Domstolens ansvar för utredningen kan således betraktas som sekundärt.⁵⁹ Detta bör förklaras ytterligare: Likt ovan konstaterat är det här fråga om en indispositiv måltyp, varför domstolen i viss mån kan gå utöver parternas yrkanden och grunder, samt har ansvar för att utredningen uppnår den nivå som fordras.⁶⁰ Det är dock så att *bevis- och utredningsbördan* är placerad på socialnämnden. Det är nämnden som har ansvar för att inleda hela den utredning som kan komma att ligga till grund för ett domstolsavgörande. De utredningsåtgärder som vidtas och vad som följer av dessa, kommer att bli avgörande för både nämndens och domstolens möjlighet att fatta ett riktigt beslut.⁶¹

Vidare, i och med principerna om objektivitet respektive proportionalitet, måste socialnämnden göra en avvägning mellan intresset att få en omständighet utredd och den enskilda familjens integritet.⁶² Görs en missbedömning redan på detta stadium kan, i de fall intresset att utreda får ge vika, värdefull information gå förlorad.

Claezon menar att de enskilda socialsekreterarna utsätts för en enorm psykisk påfrestning. Deras emotionella upplevelser kommer att påverka de beslut som de fattar då det är omöjligt att helt stänga ute egna värderingar och känsloläggningar. Det kan även vara svårt för dem att skilja sin egen livshistoria från det fall som de utreder, vilket

⁵⁷ Cato s. 37.

⁵⁸ Cato s. 42.

⁵⁹ Kaldal s. 279.

⁶⁰ Kaldal s. 37.

⁶¹ Kaldal s. 307–309.

⁶² Flodström Nilsson s. 21.

kan leda till identifiering med endera parten.⁶³ Känner de starkt för en person kan det vara svårt att vara objektiv och neutral. Vidare kan även ärendenas komplexitet leda till ”mental shortcuts”, vilket innebär att socialsekreteraren förenklar ett problem istället för att utreda det.⁶⁴

Andra problem som förekommer i denna del av tvångsomhändertagandeprocessen är att dokumentationen i utredningarna ofta är ofullständig och osystematisk. Det finns även en tendens att utredaren övervärderar konkret information som denne upplever som känslomässigt intressant och fäster mindre vikt vid faktorer som är svåra att tolka.⁶⁵ Vidare ställs socialsekreteraren inför svårigheten att ”koppla bort” sina fördomar och fokusera på de faktiska konsekvenserna som hemmamiljön leder till för ett specifikt barn. Det är lätt att uppfatta exempelvis fattigdom, arbetslöshet och avvikande uppfostringsmetoder som argument för tvångsvård.⁶⁶

Socialnämnders ansökningar om vård av barn ges oftast bifall.⁶⁷ Förklaringen till detta kan vara att ansökningarna är välgrundade, men också att det råder rättslig obalans mellan parterna.⁶⁸

4.2.3 Tidsbrist

Cato uppger att ställföreträdarens svåra uppgift att själv bedöma vad som är det bästa för ett barn, kombinerad med den snäva tidsfristen för utförandet av den, är ett av de största problemen med LVU-målen. Han menar även att det råder en rättslig obalans mellan parterna i målet då socialtjänsten ofta har mer tid att förbereda sig, medan biträdena nekas full ersättning om de lagt ned vad domstolen anser är ”för mycket tid”.⁶⁹

⁶³ Ingrid Claezon, *Bättre beslut: en studie av socialsekreterarnas handläggning av omhändertagande av barn* (Institutionen för socialt arbete, Umeå universitet 1987 s. 7).

⁶⁴ Kaldal s. 103–104.

⁶⁵ Kaldal s. 105.

⁶⁶ Tine Egelund, *Beskyttelse af barndommen: socialforvaltningers risikovurdering og indgreb* (Hans Reitzel 1997 s. 199–203).

⁶⁷ Socialstyrelsen, *Barnets rätt och LVU – Om barnet i rättsprocessen* (2009 s. 30).

⁶⁸ Cato s. 41.

⁶⁹ Cato s. 37.

Ibland måste socialnämnderna fatta snabba beslut vilket kan leda till ofullständiga utredningar. Detta kan exempelvis vara fallet när en narkotikapåverkad förälder påträffas med ett spädbarn och ett ingripande måste ske.⁷⁰

4.2.4 Bedömningarnas komplexitet och domstolarnas brist på sakkunskap

Lagen kombinerar öppna och konkreta, samt framåt- och bakåtblickande rekvisit som antingen ska uppfyllas eller uteslutas. Detta indikerar att det rör sig om ett komplext rättsområde inom vilket många intressen ska tillgodoses.⁷¹ De bedömningar som görs balanserar ständigt på gränsen mellan vad som är fakta och vad som är värdering, och det är svårt att avgöra vad som faktiskt ska bevisas i målet.⁷² Att barns utveckling är komplex och att det inte råder enighet om vad som påverkar dem på ett negativt sätt, bör ännu en gång understrykas.⁷³

I LVU-målen måste alltså kunskapsmässigt svåra bedömningarna göras. Domstolen är då beroende av socialvetenskapliga och medicinska bedömningar av barnets vårdbehov för att avgöra vårdfrågan, och det är också visat att de i praktiken förlitar sig på dem. Cato uppger att domstolen egentligen varken granskar eller ifrågasätter utredningarnas innehåll och de bedömningar som socialnämnden gjort.⁷⁴ Se även vad som stipuleras i avsnitt 4.1.1 om domstolens rätt att begära in expertutlåtanden.

4.2.5 Rätten att bli hörd

En svårighet i utredningsarbetet är involverandet av små barn, barn som endast talar svenska i begränsad mån samt barn med olika typer av diagnoser och funktionsnedsättningar.⁷⁵ I miljöfallen finns ett särskilt stort behov av att klarlägga barnets inställning.⁷⁶

⁷⁰ Cato s. 39.

⁷¹ Kaldal s. 279.

⁷² Kaldal s. 27.

⁷³ Kaldal s. 109.

⁷⁴ Cato s. 42.

⁷⁵ Cato s. 36.

⁷⁶ Clevesköld, Karnovs lagkommentar nr 107.

Den information som potentiellt kan utvinnas från ett samtal med ett barn som befaras fara illa kan vara helt avgörande för frågan om barnets vårdbehov. Barnet själv är inte sällan den enda som känner till sin situation. Hur denna information inhämtas och förmedlas till rätten kan vara avgörande i domstolens bevisvärdering och därmed även för huruvida socialnämndens ansökan ges bifall eller inte. Det finns många invanda beteenden i samtal mellan vuxna och barn, såsom att det ofta är den vuxne som driver samtalet och ställer frågor. En samtalsstil som lämpar sig i andra forum för att få fram ett barns uppfattning om något, kan få motsatt effekt i ett utredningssamtal.⁷⁷ En viktig fråga blir då vilken *metod* som används vid samtalet. Inom straffrätten finns uttalanden kring hur samtal med barn som ska utgöra en central del av bevisningen, ska genomföras. Vad gäller barnsamtalen i barnavårdsutredningen finns sådana uttalanden varken i lag, förarbeten eller praxis. Förutom Socialstyrelsens råd och rekommendationer som ligger närmast till hands i sammanhanget, blir valet av metod avhängigt eventuella lokala riktlinjer och den enskilde utredarens omdöme.⁷⁸

4.2.6 Brister i utredningarna

Förutom sådant som redan belysts ovan om brister i utredningarna, kan följande sägas: Något som är problematiskt i socialnämndernas arbete är att många önskade utredningsåtgärder inte kan vidtas. Det går exempelvis inte att tvinga en förälder att genomgå ett personlighetstest, och vad gäller utredningsåtgärder beträffande barnet krävs vårdnadshavarens samtycke till sådana.⁷⁹ Vidare är det oklart hur mycket som ska krävas för att en utredning ska kunna anses som tillräcklig, och vilka krav som placeras på socialnämnden respektive domstolen. Trots att det här rör sig om en indispositiv måltyp framstår det som att domstolen ofta låter kvarstående osäkerhet gå ut över socialnämnden. Detta samklingar inte särskilt väl med vad som det bästa för barnet.⁸⁰ Socialsekreterarnas begränsade yrkeskunskap i problemlösning är en annan faktor som sänker utredningarnas kvalitet.⁸¹

⁷⁷ Kaldal s. 23.

⁷⁸ Kaldal s. 158–120.

⁷⁹ Kaldal s. 109 samt s. 135–136, jfr 6 kap. 1 och 2 §§ FB.

⁸⁰ Kaldal s. 339.

⁸¹ Claezon s. 133.

4.2.7 Kravet på bristande samtycke

Utgångspunkten är att vård alltid ska ges på frivillig väg om så är möjligt.⁸² Detta kan bli problematiskt då det ibland kan vara svårt att på rätt sätt definiera och identifiera de mål som går att lösa utanför domstolen respektive de som kräver domstolsprövning. Ambitionen att vård i första hand ska ges på frivillig väg medför att de flesta mål aldrig når domstolens prövning. Det är bara de mest infekterade fallen som når dit. Det är av yttersta vikt att denna gallring av fall utförs på så vis att ”rätt” fall utreds vidare och att ”rätt” fall gallras bort, så att inga barn i behov av samhällets stöd går miste om detta. Här rör det sig dock om en svår balansgång. Det är inte heller bra om potentiella samförståndslösningar hindras.⁸³

⁸² 1 § LVU och 1 kap. 3 § SoL.

⁸³ Kaldal s. 26.

5 Analys och slutsatser

5.1 Begreppet rättssäkerhet

Det har visat sig att termen rättssäkerhet inte är entydig. Begreppet skulle visserligen, liksom förespråkas av Frändberg, kunna definieras för denna enskilda utredning, men detta skulle medföra en mindre generell slutsats. Närmast följer här en kortare analys av begreppet och dess innebörd.

Om en jude i Hitlers tredje rike skulle komma över Nürnberglagarna var det, mer eller mindre, förutsebart för denne vilket öde som väntade. Den tyska regimen stiftade lag men lydde också under en sådan. Det problematiska här låg dock i det faktum att den sistnämnda var alltför lätt att kringgå. Med beaktande av Tamanahas tunna teorier om formell rättssäkerhet, eller Frändbergs idé om att endast, med Peczeniks terminologi uttryckt, de formella rättssäkerhetskriterierna krävs för rättssäkerhet, kan det anses att Hitlers envælde på ett tillfredställande sätt uppfyllde de krav som ställs på rättssäkerheten i ett samhälle.

Själv intar jag istället den ståndpunkten som förespråkas av Peczenik. Jag anser att det för att rättssäkerheten ska bli något värd, krävs att den fylls med etiskt godtagbara värderingar. Det ligger enligt min mening i begreppets natur – ”säkerhet” – att sådant som hände i Tyskland med omnejd under förintelsen, inte kan tillåtas i en rättsstat. Vad som ska anses vara etiskt godtagbara värderingar är en fråga för sig som inte kommer att behandlas närmare här, men det råder nog någorlunda enighet om att Hitlers syn på judar inte var av det slaget.

Frågan kan ställas om det verkligen är nödvändigt att samla de värden som finns för hur ett samhälle ska vara, i ett begrepp. Möjligt är att istället, liksom Frändberg, tänka sig att fler värden än rättssäkerhet – i hans mening – spelar roll. Själv är jag dock av den åsikten att hela poängen med att ha ett begrepp såsom rättssäkerhet då går om intet. Då kan ju istället talas om just ”förutsebarhet i rättsliga angelägenheter” respektive

demokrati, allas likhet inför lagen och så vidare. Detta vore fullt möjligt men inte särskilt praktiskt.

Jag anser därför att definitionen av rättssäkerhet borde gå i linje med Peczeniks teorier och Tamanahas tjocka versioner av de formella respektive materiella teorierna om rättssäkerhet. Enligt min mening borde för rättssäkerhet således krävas förutsebarhet, krav på individuella rättigheter, välfärd, rättvisa, allas likhet inför lagen, demokrati, legalitet, proportionalitet samt etiskt försvarbar lagstiftning. Utan denna definition av begreppet tappar det sin ställning som, ur västerländska ögon sett, ideal för samhället, och denna utredning blir då inte lika viktig. Om dessa faktorer tillåts definiera begreppet blir det dessutom mer intressant att tala om olika grader av rättssäkerhet. Det är nog också *nödvändigt* att tala om just olika grader av rättssäkerhet då det är svårt att avgöra exempelvis var gränsen för godtagbar välfärd går.

5.2 LVU och rättssäkerhet

5.2.1 Vaga rekvisit

Ger de aktuella reglerna uttryck för bedömningar så skönsmässiga att rättssäkerheten sätts på spel? Riskrekvisitet medför visserligen flexibilitet i rättstillämpningen – inget barn ska falla mellan stolarna – men det medför också att det här inte blir fråga om en tolkning av rättskällorna utan istället en kunskapsteoretiskt grundad bedömning av sambandet mellan barnets miljö och en hypotetisk framtida skada. Detta kan naturligtvis ifrågasättas ur rättssäkerhetssynpunkt, speciellt eftersom det inte ens efter en sådan bedömning går att veta om en risk föreligger eller inte. Just det faktumet att det rör sig om en potentiell och framtida skada är mycket problematiskt, då detta blir avhängigt beslutsfattarens preferenser och egentligen bara är en gissning om hur framtiden kommer att arta sig. Det är också mycket sällan som det faktiskt visar sig huruvida ett beslut om vård var befogat eller inte.

Även formuleringen barnets bästa motiveras av flexibilitet vid rättstillämpningen. Vad som är bäst för ett barn på lång sikt är dock ingen som kan veta säkert – inte forskarna inom området, inte barnet självt, inte föräldrarna och inte heller domstolen. Svaren på frågan vad som är det bästa för barn är lika många som antalet barn, och vilket svar av

dessa som hör till vilken individ är närmast omöjligt att veta. Ändå är det precis detta som domstolarna utger sig för att kunna avgöra. Vilka är de att göra denna bedömning? Mot bakgrund av vad som framhållits ovan om rättssäkerhet, ställer jag mig tveksam till ifrågavarande reglering.

5.2.2 Diskrepans mellan rättsregler och praktisk tillämpning

Föreligger diskrepans mellan rättsreglerna ifråga och det utfall de får i praktiken? Om frågan avser enskilda fall, kan den inte besvaras utan att empiriska undersökningar först genomförs. På ett mer teoretiskt och allmänt plan kan dock konstateras att den gällande ordningen *inbjuder* till avvikelser mellan rättsregler och det praktiska utfallet av dem. Detta visar sig exempelvis genom att offentliga biträden/ställföreträdare samt socialnämnder/socialsekreterare i praktiken får stort inflytande över frågan om tvångsvård ska aktualiseras, trots att en objektiv bedömning ska göras och dessa omöjliga, enligt doktrinen, helt kan stänga ute sina egna värderingar. Ordningen inbjuder alltså till avvikelser mellan rättsregler och praktisk tillämpning på så vis att förfarandet inte regleras mer detaljerat och/eller att lagens efterlevnad inte kontrolleras hårdare. Diskrepansen visar sig även på så vis att det i praktiken inte alltid finns tillräckligt med tid att göra det som lagtexten anbefaller. Kanske är det till och med så att lagtexten påbjuder något som i verkligheten är omöjligt att genomföra? Det kan argumenteras för att en utredning egentligen aldrig kan bli klar förrän barnet de facto skadas. Då är ett ingripande egentligen för sent eftersom ett sådant ska ske innan skada uppstår. Det kan knappast heller fastslås att en utredning är klar och ansökan om tvångsvård avslås, eftersom det alltid går att utreda mer och potentiellt finna något som aktualiserar vård.

Att gällande reglering inbjuder till diskrepans mellan rättsregler och praktisk tillämpning, visar sig vidare genom det faktum att bedömningarna ligger i gränslandet mellan vad som är fakta och vad som är värdering. Det är även problematiskt att domstolen i praktiken måste fatta beslut grundade på experters bedömningar. Då är det ju i själva verket inte i domstolens händer som avgörandena ligger. Hur ska domstolen kunna veta om experten har rätt? Hur kan ”experten” ens själv veta om denne har rätt?

5.2.3 Frågeställningen

”Är gällande reglering kring, samt förfarandet vid, tvångsomhändertaganden av barn som lever i en skadlig miljö, förenlig/förenligt med idén om ett rättssäkert samhälle?” – så löd frågan som ställdes inledningsvis i denna undersökning. Mot bakgrund av vad som ovan stipulerats kan konstateras att den gällande ordningen *kan* ifrågasättas ur rättssäkerhetssynpunkt då den inbjuder till diskrepans mellan rättsreglerna och den praktiska tillämpningen av dem, och på grund av att de vaga rekvisiten gör att förutsebarheten sätts på spel. De olika teorierna om rättssäkerhet har åtminstone kravet på förutsebarhet som gemensam nämnare. Om, som förespråkas i avsnitt 5.1, fler parametrar tillåts definiera rättssäkerhetsbegreppet, blir kritiken förstås ännu skarpare mot den gällande ordningen. Det finns exempelvis ingen garanti för materiellt godtagbara beslut i Peczeniks mening. Ordningens oerhört spröda legitimitet medför att en enhetlig rättstillämpning med alla människors likhet inför lagen är närmast omöjlig att upprätthålla.

Hur skulle den gällande ordningen kunna rättfärdigas? Ifrågavarande reglering kanske, likt generalklausuler och ramlagar, utgör en modell för det rättsliga beslutsfattandet som är mer inriktad mot ett specifikt mål, istället för en normtrogen sådan? Dock kvarstår problematiken med bristande förutsebarhet även om lagstiftningen betraktas på detta sätt. Kanske kan ordningen rättfärdigas genom att omhändertagandena betraktas som förmåner – att barn *befrias* från skadliga miljöer? Ett samhälle som på måfå ”delar ut belöningar” till sina medborgare borde väl inte kunna klandras ur rättssäkerhetssynpunkt? Argumentet döljer dock det faktum att mottagaren inte har någon möjlighet att avstå ”belöningen”. Att som förälder bli fråntagen sitt barn är i regel inte heller att betrakta som en belöning, såvida denne inte vanvårdat sitt barn i hopp om ett omhändertagande.

5.3 Lösning?

Det är otroligt lätt att hitta fel och kritisera. Desto svårare är det att föreslå alternativa och bättre lösningar. Precis som framhållits tidigare är det inte möjligt att i lagstiftningen vara mer exakt och konkret än vad det fenomen som behandlas i sig är. Att avgöra huruvida ett barn riskerar att fara illa eller inte, är inte som att konstatera om

någon har berövat en annan person livet genom ett knivhugg eller som att fastslå att en leverans av en köpt vara är försenad. Att det är svårt att komma på en bättre lösning på problemet rörande vilka barn som ska tvångsvårdas och vilka som inte ska det, rättfärdigar dock inte den nuvarande ordningen.

Hur ska frågan lösas istället? Jag tror att problemet är att en direkt lösning saknas; det ligger i fenomenets natur att ett antal motstående intressen krockar och måste vägas mot varandra. De lokala riktlinjerna för socialnämndernas utredning skiljer sig åt, liksom resurserna i landets olika kommuner. Om den administrativa effektiviteten minskades och mer arbete utfördes nationellt och av färre personer skulle det kanske bli lättare att behandla lika fall lika? Vidare skulle offentliga biträden/ställföreträdare kunna utbildas mer för den specifika uppgift de ställs inför, och det skulle kunna införas ett institut för *granskning* av socialnämnders utredningar innan förfarandet vid domstol. Större krav på handlägningsproceduren hjälper dock inte om det i grund och botten anses vara rättsreglerna som skapar de största problemen. Om så är fallet låter jag vara osagt.

En annan tänkbar förbättring vore kanske en mer restriktiv tillämpning av lagen, så att omhändertaganden bara aktualiseras i de allra värsta fallen – de fall som är så allvarliga att omhändertaganden bara *måste* ske. Problemet med detta är att vården ju finns av en anledning och att det vore ett misslyckande att beröva barn i behov av hjälp rätten till vård. Dessutom blir det även i dessa fall fråga om normativa bedömningar och svårigheten kring var gränsen mellan vård och icke-vård ska dras, kvarstår. Vidare skulle rättssäkerheten sättas på spel ytterligare bara genom en förändring av gällande ordning, se Fullers dogm ovan. Det bör även framhållas att vi vet vad vi har men inte vad vi får.

5.4 Framåtblickande

Vi rör oss från ett samhälle med en stark betoning på kärnfamiljen och en tätt sammanhållen släkt, mot ett mer modernt sådant innefattandes alla möjliga tänkbara familjekonstellationer, en minskad monogaminorm och ett mindre könsstereotypiskt tankesätt. Rör vi oss därmed mot ett samhälle med ett stabilt alternativ till det klassiska föräldrahemmet? Kan det i framtiden bli möjligt för barn att ”välja sina föräldrar” och

ha fler än två? Kan man på detta sätt minska antalet barn som far illa och därmed också inflytandet från staten?

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Kommittédirektiv

Dir. 2012:79 Översyn av lagen med särskilda bestämmelser om vård av unga, m.m.

Dir. 2013:74 Tilläggsdirektiv till Utredningen om tvångsvård för barn och unga (S 2012:07)

Dir. 2014:87 Tilläggsdirektiv till Utredningen om tvångsvård för barn och unga (S 2012:07)

Propositioner

Prop. 1989/90:28 Om vård i vissa fall av barn och ungdomar

Prop. 1993/94:117 Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor

Prop. 2002/2003:53 Stärkt skydd för barn i utsatta situationer m.m.

Rättsfall

RÅ 1995 ref. 46

RÅ 1995 ref. 64

Kammarrätten i Jönköping, målnummer 745–15, 2015-03-18

Hovrätten över Skåne och Blekinge, målnummer B 454-15, 2015-05-19

Socialstyrelsens publikationer med mera

Riktlinjer, socialnämnden Håbo kommun 2009/132, *Barn och ungdomsärenden: riktlinjer för handläggning och dokumentation inom individ och familjeomsorgen*

Socialstyrelsens författningssamling 1997:15 (S) Tillämpningen av lagen (1990:52) om särskilda bestämmelser om vård av unga

Socialstyrelsens författningssamling 2014:5 (S) Dokumentation i verksamhet som bedrivs med stöd av SoL, LVU, LVM och LSS

Socialstyrelsens publikationer, *Barnets rätt och LVU – Om barnet i rättsprocessen*, 2009

Socialstyrelsens publikationer, *Barn och unga – insatser år 2013 – Vissa insatser enligt socialtjänstlagen (SoL) och lagen med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU)*, 2014

Litteratur

Claezon, Ingrid: *Bättre beslut: en studie av socialsekreterarnas handläggning av omhändertagande av barn*, Institutionen för socialt arbete, Umeå universitet, Umeå, 1987

Dahlman, Christian: *Rätt och rättfärdigande: en tematisk introduktion i allmän rättslära*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2010

Diesen, Christian & Lagerqvist Veloz Roca, Annika: *Bevis. 7, Bevisprövning i förvaltningsmål*, 1 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2003

Egelund, Tine, *Beskyttelse af barndommen: socialforvaltningens risikovurdering og indgreb*, Hans Reitzel, Köpenhamn, 1997

Flodström Nilsson, Hjärdis: *Vad säger LVU?*, 1. uppl. Gothia, Stockholm, 2004

Frändberg, Åke, *Rättsordningens idé: en antologi i allmän rättslära*, Iustus, Uppsala, 2005

Fuller, Lon: *The morality of law*, Yale U.P., New Haven, 1965

Hollander, Anna, *Omhändertagande av barn: en studie av barnavårdsrätt vid förvaltningsdomstolarna åren 1974, 1977 och 1982*, Aktuell Juridik Förlag, Stockholm, 1985

Kaldal, Anna: *Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål*, Jure Förlag, Stockholm, 2010

Juridisk metodlära, Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013

Mattson, Titti: *Barnet och rättsprocessen: rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård*, Juristförlaget, Lund, 2002

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995

Rättsstaten – rätt, politik och moral: seminarium 5 oktober 1994, Sterzel, Fredrik (red.), Rättsfonden, Stockholm, 1996

Schiratzki, Johanna: *Barnrättens grunder*, Studentlitteratur, Lund, 2002

Tamanaha, Brian Z., *On the rule of law: history, politics, theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004

Theelin, Krister, *Sverige som rättsstat*, Timbro, Stockholm, 2001

Artiklar

Cato, Mats, "När samhället tar ett barn", *Advokaten*, nr 1, 2014

Jareborg, Nils, "Rättsdogmatik som vetenskap", *Svensk Juristtidning*, häfte 1, 2004

Internetkällor

Clevesköld, Lars, *Lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga – en kommentar*, Karnov: www.juridik.karnovgroup.se, kommentarnummer 101, 2015-04-13

Clevesköld, Lars, *Lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga – en kommentar*, Karnov: www.juridik.karnovgroup.se, kommentarnummer 107, 2015-04-16

Gleisner, Ann-Sophie, ”Rättssäkerhet”, *Nationalencyklopedin*,
[http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/rättssäkerhet](http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/rattssaekerhet), 2015-05-04