



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Åsa Nilsson

BEHOVET AV EN RÄTTSSÄKER RISKBEDÖMNING

*En rättsvetenskaplig uppsats om riskbedömningar i mål avseende vårdnad,
boende och umgänge.*

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Eva Ryrstedt

Termin för examen: Period 1 VT 2016

INNEHÅLL

SUMMARY	5
SAMMANFATTNING	7
FÖRORD	9
FÖRKORTNINGAR	10
1. INLEDNING.....	11
1.1. BAKGRUND.....	11
1.2. SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR.....	12
1.3. AVGRÄNSNINGAR.....	13
1.4. METOD OCH PERSPEKTIV.....	14
1.5. MATERIAL	17
1.6. FORSKNINGSLÄGE	17
1.7. FÖRSLAG TILL VIDARE FORSKNING	18
1.8. UPPSATSENS FORTSATTA DISPOSITION	18
2. BEGREPPET RÄTTSSÄKERHET	19
2.1. BEGREPPETS OKLARHET	19
2.2. BEGREPPETS GRUNDLÄGGANDE BETYDELSE.....	20
2.2.1. BEGREPPETS UPPDELNING.....	20
2.2.2. FORMELL RÄTTSSÄKERHET	21
2.2.2.1. DEN TRADITIONELLA TOLKNINGEN	21
2.2.2.2. FÖRUTSEBARHET	22
2.2.2.3. LIKHET INFÖR LAGEN	22
2.2.3. MATERIELL RÄTTSSÄKERHET	23
2.3. RÄTTSSÄKERHET INOM FAMILJERÄTTEN	25
3. PRINCIPEN OM BARNETS BÄSTA	27
3.1. EN VÄLETABLERAD PRINCIP	27
3.2. KONVENTIONEN OM BARNENS RÄTTIGHETER	27
3.2.1. KONVENTIONENS FRAMVÄXT	27
3.2.2. VEM ANSES VARA ETT BARN?	28
3.2.3. KONVENTIONENS INNEHÅLL.....	28
3.2.4. ART. 3 BARNKONVENTIONEN.....	29
3.2.5. ART. 9 BARNKONVENTIONEN.....	30

3.2.6.	ART. 12 BARNKONVENTIONEN.....	31
3.3.	BARNENS BÄSTA INOM EU-RÄTTEN.....	31
3.4.	BARNETS BÄSTA I SVENSK LAGSTIFTNING.....	32
3.4.1.	PRINCIPENS GENOMSLAGSKRAFT.....	32
3.4.2.	ART. 8 EUROPAKONVENTIONEN.....	32
3.4.3.	MÅL OM VÅRDNAD, BOENDE OCH UMGÄNGE.....	33
3.4.3.1.	BARNETS BEHOV AV EN NÄRA OCH GOD KONTAKT.....	35
3.4.3.2.	BARNETS VILJA.....	37
3.4.3.3.	BARNETS BEHOV AV TRYGGHET.....	38
4.	RISKBEDÖMNINGEN I VÅRDNADSMÅL.....	39
4.1.	BEDÖMNINGEN I ETT SAMMANHANG.....	39
4.2.	BEDÖMNINGENS SYFTE.....	39
4.3.	BEDÖMNINGENS FRAMVÄXT.....	40
4.4.	BEDÖMNINGENS AKTUALISERANDE.....	43
4.4.1.	NÄR INITIERAS EN RISKBEDÖMNING?.....	43
4.4.2.	NÄRMARE OM AKTUELLA RISKFAKTORER.....	46
4.4.2.1.	RISK FÖR ATT BARNET UTSÄTTS FÖR ÖVERGREPP.....	46
4.4.2.2.	RISK FÖR ATT NÅGON ANNAN I FAMILJEN UTSÄTTS FÖR ÖVERGREPP.....	46
4.4.2.3.	RISK FÖR ATT BARNET OLOVLIGT FÖRS BORT ELLER HÅLLS KVAR.....	47
4.4.2.4.	RISK FÖR ATT BARNET ANNARS FAR ILLA.....	48
4.5.	BEHOVET AV EN STANDARDISERAD METOD FÖR RISKBEDÖMNINGAR.....	49
4.6.	BEVISFAKTA ELLER RÄTTSAKTA.....	52
4.7.	EN TVÅSTEGSPRÖVNING.....	53
4.7.1.	STEG 1.....	53
4.7.2.	STEG 2.....	54
4.8.	BEDÖMNINGENS BEVISKRAV.....	55
4.9.	NÄRMARE OM SKADEREKVISITET FARA ILLA.....	57
4.10.	BETYDELSEN FÖR BEDÖMNINGEN AV BARNETS BÄSTA.....	58
5.	PREJUDICERANDE PRAXIS.....	59
5.1.	MÄNGDEN AVGÖRANDE.....	59
5.2.	HOT OM BORTFÖRANDE.....	59

5.3. RISK FÖR BARNETS PSYKISKA HÄLSA	60
5.4. BRISTER I FÖRÄLDRASKAPET	60
5.5. VÅLD MOT DEN ANDRA FÖRÄLDERN	61
6. ANALYS OCH DISKUSSION.....	62
6.1. RISKBEDÖMNINGENS SYFTE OCH METOD.....	62
6.2. TYNGDPUNKTEN FÖR BARNETS BÄSTA.....	64
6.3. RISKBEDÖMNINGENS RÄTTSSÄKERHET	68
6.4. SLUTSATS	71
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....	73

SUMMARY

The regulation concerning custody, residence and access are provided in the Swedish Parental Code Chapter 6. When a conflict between parents is presented before the social welfare committee or the general Court, our civil law regulation fills a controlling function as well as a conflict resolution function.

The social welfare committee and the Courts shall ensure that all decisions concerning custody, residence and access are compatible with the child's best interest, enshrined in Parental Code Chapter 6. section 2 a. When the social welfare committee or the general Court determines what is in the child's best interest they shall attach particular importance to the risk that the child or somebody else in the family gets mistreated. A risk assessment must be undertaken if a potential risk is to be excluded. The risk assessment is given legal support in Parental Code Chapter 6. section 2 a. paragraph 2. indent 1. If the child's best interest is to be achieved certain aspects must be taken into account. The child needs to maintain a personal relation and direct contact with both parents, the child's opinion must be taken into consideration and the child's need of security must be considered.

The purpose of this paper is to, through the legal dogmatic method, analyze the risk assessment in cases concerning custody, residence and access. The questions answered in this essay are *how risk assessments are made, what the purpose of a risk assessment is, whether an actual risk is the essential factor when the child's best interest shall be ascertained and whether the risk assessments are legally certain or if they have to be reformed.* The answers to these questions have been found in our legal sources as I worked with these along the legal source doctrine.

In present time there is no elaborated standard method for how a risk assessment shall be made. Even so, the social welfare committee or the Courts usually do the risk assessment in two steps. Firstly they identify whether there has been established a risk factor in relation to the children. If a risk factor is investigated and proven the social welfare committee or the Court goes on to step two of the procedure. In the second step, the social welfare committee or the Court makes a prospective assessment to decide which degree of risk the risk factors constitutes for the individual child. The risk factor, or factors, shall be tested in relation to the theme of proof, which is future damage. If a risk is confirmed, the main rule is that custody, residence or access shall not be granted the parent who constitutes a risk for the child.

Risk assessments concerning custody, residence and access has a preventive protection function and gives the society a chance to take responsibility for children's upbringing. Children have the right to grow up with both their parents and to live with their family. The risk assessments concerning custody, residence and access however determines when this right may be restricted in order to protect the child. Risk assessments give rise to a balance of interests

between children's and families right to family life, and children's right to custody care.

When the social welfare committee or the Court finally makes a judgement concerning the best interest of the child, all parameters are of great importance. There is no obvious answer to whether a confirmed risk outweighs the other assessment points. Case law, international law and doctrine suggests that the risk assessment does in fact take precedence, or should take precedence, to other parameters that are included in child's best interest.

The risk assessment appears to be formally and materially legally certain, but if you look at how the risk assessments work in practice you can find some legal security flaws. There is a large need of a standardized method of how risk assessments should be made. There is also a need of more precedential Court practice concerning risk assessments. Finally the investigation standard, concerning how closely the social welfare committee and the Court shall examine whether risk factors are at hand, should be specified.

SAMMANFATTNING

När föräldrar till barn i vårt samhälle blir oense och inte på egen hand kan lösa frågor om vårdnad, boende och umgänge träder vår rättsliga reglering in för att reda ut den konflikt som råder. Regleringen avseende vårdnad, boende och umgänge finns i 6 kap. FB. När en konflikt mellan föräldrar presenteras för socialnämnden eller tas upp i allmän domstol fyller de civilrättsliga reglerna kring vårdnad, boende och umgänge, vid sidan av en konfliktlösande funktion, en kontrollfunktion. Denna kontrollfunktion innebär att socialnämnden eller domstolen skall se till att alla beslut om vårdnad, boende och umgänge är förenliga med barnets bästa, som tar utgångspunkt i 6 kap. 2a § FB. När socialnämnden eller domstolen utröner vad som är till barnets bästa skall de fästa avseende särskilt vid risken för att barnet eller någon annan i familjen far illa. För att en potentiell risk skall uteslutas måste en riskbedömning göras. Riskbedömningen ges lagstöd i 6 kap. 2 a § andra stycket första meningen FB. Då barnets bästa skall vara för handen måste även barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrar, barnets vilja samt barnets behov av trygghet beaktas.

Syftet med denna uppsats är att, genom den rättsdogmatiska metoden, analysera riskbedömningar i mål om vårdnad, boende och umgänge. De frågeställningar som ges svar på är *hur riskbedömningarna görs, vad som är syftet med riskbedömningarna, om en konstaterad risk är den tyngst vägande faktorn när barnets bästa skall utrönas samt huruvida riskbedömningarna är rättssäkra eller om de bör reformeras*. Svaren på dessa frågeställningar har främst sökts i våra rättskällor då jag arbetat med dessa utefter rättskälleläran.

Det finns i nuläget ingen utarbetad standardiserad metod för hur en riskbedömning skall göras. I regel gör dock socialnämnden eller domstolen en riskbedömning i två steg. I första steget identifierar socialnämnden eller domstolen huruvida det förelegat någon riskfaktor i barnets vardag. Om en riskfaktor utretts och bevisats går socialnämnden eller domstolen vidare till steg två i bedömningen och avgör vilken grad av risk riskfaktorerna utgör för det enskilda barnet. Riskfaktorn eller riskfaktorerna skall prövas i relation till bevistemat en framtida skada. Om en risk för barnet kan konstateras är huvudregeln att vårdnad, boende och umgänge inte skall tilldömas den förälder som innebär en risk för barnet.

Riskbedömningar i mål om vårdnad, boende och umgänge har ett preventivt skyddssyfte och ger samhället en chans att ta ansvar för barns uppväxtförhållanden. Barn har rätt att växa upp med båda sina föräldrar och att leva med sin familj. Riskbedömningar i mål om vårdnad, boende och umgänge avgör dock när denna rättighet får begränsas till skydd för barnet.

När domstolen slutligen gör en bedömning av barnets bästa är samtliga parametrar, som barnets bästa inbegriper, av stor vikt. Det finns inget tydligt svar på huruvida en konstaterad risk väger tyngre än de övriga bedömningspunkterna. Praxis, internationell lagstiftning och doktrin talar dock

för en tolkning som innebär att riskbedömningen trumfar, eller bör trumfa, övriga parametrar som barnets bästa inbegriper.

När det kommer till huruvida riskbedömningen är att anse som rättssäker eller inte kan det konstateras att denna lagtekniskt, utifrån min tolkning av rättssäkerhetsbegreppet, ger sken av att vara formellt och materiellt rättssäker. Ser man till hur riskbedömningen fungerar i praktiken finns det dock vissa rättssäkerhetsbrister. Det finns ett stort behov av en standardiserad metod för hur riskbedömningarna skall göras. Det finns också ett behov av mer prejudicerande praxis som behandlar riskbedömningar. Slutligen bör utredningsstandarden, för hur noga socialnämnden och domstolen skall undersöka om riskfaktorer finns, specificeras.

FÖRORD

Fyra och ett halvt år har nu gått. Resan in den rättsliga djungeln började ute på landsbygden i Australien. Där övertygade en värtalig humanjurist mig om att barnets bästa i vårdnadsmål var roligare att kämpa för än ett företags ekonomiska vinning. Den värtaliga mannens namn kommer jag inte ihåg, men jag är nu tacksam för vårt insiktsfulla samtal.

Även om juristprogrammet från början inte kändes helt rätt, kom mitt intresse för juridiken att växa sig allt större. Framförallt humanjuridiken har under terminerna fått mitt engagemang att blomstra, men även områden jag varit tveksam till att utforska har fångat mitt intresse. Juridiken har mycket att ge och framförallt genomsyrar den hela vårt samhälle. Roligast med juridiken är att jag, med dess redskap, kan hjälpa andra.

Jag vill tacka min familj och mina vänner för att ni stöttat mig under dessa år då jag tvivlat på mig själv eller känt mig orkeslös inför kommande utmaningar. Jag vill framförallt tacka er för att ni alla kunnat glädjas med mig, då saker och ting har gått bra.

Jag vill tacka dig Canela, för att du fick tilltro till mig då jag var din praktikant under sommaren 2015. Utan dig hade jag aldrig genomfört min första rättsliga process i Europadomstolens Grand Chamber. Denna upplevelse och erfarenhet är svårslagen. Jag vill samtidigt passa på att tacka alla på Advokatfirman Collin Foyen. Utan ert stöd och sällskap hade mitt uppsatsskrivande varit betydligt mer ensamt och min vardag mindre givande.

Slutligen vill jag tacka min handledare Eva Ryrstedt, för hennes effektiva handledning, snabba svar och breda kompetens.

Stort tack till er alla!

Malmö, den 27 maj 2016

Asa Nilsson

FÖRKORTNINGAR

Barnkonventionen	Konventionen om barnets rättigheter
BrB	Brottsbalk (1962:700)
Dir.	Kommittédirektiv
Europakonventionen	Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EUs rättighetsstadga	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
EU-fördraget	Fördraget om Europeiska Unionen
FB	Föräldrabalk (1949:381)
FN	Förenta Nationerna
HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätt
JT	Juridisk Tidskrift
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning I
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RH	Rättsfall från hovrätterna
RF	Regeringsformen (1974:152)
SoF	Socialtjänstförordning (2001:937)
SoL	Socialtjänstlag (2001:453)
SvJT	Svensk Juristtidning
SOU	Statens offentliga utredningar
TR	Tingsrätt

1. INLEDNING

1.1. BAKGRUND

Regleringen avseende vårdnad, boende och umgänge finns i 6 kap. Föräldrabalken (FB). Dessa regler är av civilrättslig karaktär och en del av den civilrättsliga barnrätten i vårt samhälle.¹ En grundtanke bakom regleringen är att så långt så möjligt främja ett gemensamt föräldraansvar.² Ända sedan 1998 har reglerna i 6 kap. FB präglats otroligt mycket av barnets bästa. Principen är dominerande inom barnrätten och en vedertagen utgångspunkt när det gäller åtgärder som rör barn.³ Reglerna i FB syftar till att säkerställa att det finns någon som för ett barns räkning fattar de beslut som behövs för att barnets bästa skall uppnås i frågor om vårdnad, boende och umgänge.⁴

Statistik visar att en stor del av de föräldrar som idag inte sammanlever löser frågan om vårdnad, boende och umgänge utomrättsligt. Lagens utgångspunkt är att föräldrarna själva råder över sina barns uppväxt och uppfostran.⁵ I Sverige finns dels en balans mellan föräldrarnas ansvar för barnets bästa i förhållande till samhällets ansvar för barnets bästa och barnets egna rättigheter, dels en balans mellan barnens rätt till skydd och barnens rätt till självbestämmande.⁶ Denna balans finner stöd i internationella konventioner och gemenskapsrättsliga bestämmelser som på barnrättens område påverkar den svenska regleringen.

Antalet avgjorda civilmål vid TR:n gällande talan om vårdnad, boende och umgänge (i det följande benämnds dessa även som vårdnadsmål), har varierat relativt mycket de senaste åren. Det avgjordes mellan 4500-6300 familjerättsliga⁷ civilmål per år under 2011-2015.⁸ När en konflikt mellan föräldrar tas upp i allmän domstol fyller de civilrättsliga reglerna kring

¹ Schiratzki, 2013, s.15.

² Walin & Vängby, 2010, s.6:4.

³ Kaldal, 2010, s.25; Prop. 2005:06/99, s.38; Schiratzki, 2013, s.16.

⁴ Walin & Vängby, 2010, s.6:2.

⁵ Kaldal, 2010, s.25.

⁶ Schiratzki, 2013, s.17.

⁷ Familjerättsliga mål avseende vårdnad av barn m.m.

⁸ Domstolsverket, 2016-05-24,

http://www.domstol.se/Publikationer/Statistik/domstolsstatistik_2015.pdf, s.14.

vårdnad, boende och umgänge, vid sidan av en konfliktlösande funktion, en kontrollfunktion. Denna kontrollfunktion kommer till uttryck genom att rätten åläggs att *ex officio* kontrollera att föräldrarnas överenskommelser i fråga om vårdnad, boende och umgänge är förenliga med barnets bästa.⁹

I regeringens proposition 2005/06:99, *Nya vårdnadsregler*, framfördes att betydelsen avseende huruvida barnet far illa, vid en bedömning av barnets bästa, skulle lyftas fram i FB. Det fanns en oro hos bl.a. Socialstyrelsen, Barnombudsmannen, Riksförbundet Barnens Rätt i Samhället och Brottsoffermyndigheten, för att domstolarna inte i tillräckligt stor utsträckning uppmärksammade denna risk.¹⁰ Incitamentet från lagstiftaren har inneburit att domstolar och socialnämnder, efter 2006, skall fästa större vikt vid risken för att barnet far illa vid beslut om vårdnad, boende och umgänge. För att uppmärksamma risker för barnet görs riskbedömningar i processer avseende vårdnad, boende och umgänge.

1.2. SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR

Mitt huvudsakliga syfte med denna examensuppsats är att analysera, samt redogöra för, den riskbedömning som görs i vårdnads mål. Riskbedömningen ges lagstöd i 6 kap. 2 a § andra stycket första meningen FB. Bestämmelsen anger att domstolen och socialnämnden, vid en bedömning av vad som är bäst för barnet, särskilt skall fästa avseende vid risken för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp, att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar eller att barnet annars far illa.¹¹ Jag avser att utreda vad dessa risker inbegriper samt belysa vad riskbedömningen fyller för funktion.

6 kap. 1 § FB och 6 kap. 2 a § FB stadgar, utöver risken för att barnet far illa, även andra bedömningsgrunder som domstolen och socialnämnden skall fästa särskilt avseende vid för att utröna barnets bästa. Dessa bedömningsgrunder behandlas nedan under avsnitt tre. I relation till dessa bedömningsgrunder är syftet med denna uppsats att utröna på vilket sätt en konstaterad risk får

⁹ Schiratzki, 1997, s.76.

¹⁰ Prop. 2005/06:99, s.41.

¹¹ Walin & Vängby, 2010, s.6:19.

genomslag när rätten dömer i ett vårdnadsfall. Jag avser att väga risken för att barnet far illa mot övriga bedömningsgrunder som stadgas i 6 kap. 1 § FB och 6 kap. 2 a § FB, för att analysera om någon grund ges företräde framför denna.

Med denna uppsats avser jag slutligen att analysera huruvida riskbedömningar i vårdnadsfall är att anse som rättssäkra. För att kunna besvara detta måste jag närmare redogöra för vad rättssäkerhet egentligen innebär, när och varför en riskbedömning görs i ett vårdnadsfall, samt om den görs utifrån fasta utgångspunkter eller om den är slumpartad. För att uppfylla ovanstående syften kommer följande frågeställningar besvaras:

- *Vad är syftet med, och hur görs, riskbedömningen i vårdnadsfall?*
- *Väger en konstaterad risk tyngre än övriga bedömningsgrunder, som barnets bästa inbegriper, i vårdnadsfall?*
- *Är riskbedömningen i vårdnadsfall rättssäker, eller bör den på något vis reformeras?*

1.3. AVGRÄNSNINGAR

Inom familjerätten är vårdnad, boende och umgänge frekvent uppe för analys och diskussion. Barnrätten är väl belyst i vårt samhälle och det finns mycket att analysera när det gäller dess reglering och tillämpning. Uppsatsen avgränsas till att behandla riskbedömningar i mål om vårdnad, boende och umgänge. Även om det förekommer omfattande forskning om riskbedömningar inom andra rättsområden, som exempelvis inom ramen för lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall, lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga och lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård, kommer dessa riskbedömningar pga. utrymmesskäl inte att behandlas.

Jag har vidare avgränsat mitt arbete med uppsatsen genom att inte analysera underrättspraxis som inbegriper aktuella riskbedömningar. Statistiken ovan, under rubriken bakgrund, nämner antal avgjorda mål i TR:n mellan 2011-2015. Denna statistik ger läsaren inblick i hur många barn som årligen är inblandade i en rättslig vårdnadsprocess och som påverkas av hur lagstiftningen är

utformad. Mitt syfte med uppsatsen är dock att undersöka hur riskbedömningen utvecklats samt huruvida prejudicerande praxis påverkat denna utveckling. Således har en studie av domar från TR:n inte varit aktuell.

Vidare, eftersom begreppet rättssäkerhet inte har en fastställd betydelse, kommer jag nedan under avsnitt två definiera ett rättsäkerhetsbegrepp som är väl anpassat till uppsatsens ämnesval.¹² Detta rättssäkerhetsbegrepp kommer jag utgå från i min analys.

I uppsatsen skall jag försöka utröna om en konstaterad risk väger tyngre än övriga bedömningsgrunder som barnets bästa inbegriper i vårdnads mål. Jag kommer närmare gå in på vad dessa övriga bedömningsgrunder inbegriper under avsnitt tre. Dock kommer primärt fokus i uppsatsen läggas på riskbedömningen och inte på övriga bedömningsgrunder.

Ytterligare avgränsning har jag gjort genom att i denna uppsats endast behandla riskbedömningar utifrån ett svenskt och inte ett internationellt perspektiv. Således kommer svensk rätt och rättstillämpning att vara i fokus. Trots detta tar jag även upp relevanta gemenskapsrättsliga och internationella bestämmelser för en mer djupgående förståelse för ämnet samt för hur den svenska regleringen är uppbyggd.

Slutligen har jag valt att avgränsa uppsatsen på så vis att jag inte närmare redogör för den övriga processuella och materiella regleringen avseende vårdnad, boende och umgänge som finns i 6 kap. FB. Fokus ligger på 6 kap. 1 § FB och 6 kap. 2 a § FB.

1.4. METOD OCH PERSPEKTIV

Denna rättsvetenskapliga uppsats är av deskriptiv och analytisk karaktär. Underliggande är framställningen även kritisk. Den rättsdogmatiska metoden

¹² Staaf, 2005, s.26.

kan med fördel användas för att rikta kritik mot rättsläget och föreslå ändringar av gällande rätt.¹³ Denna metod kommer därför användas i uppsatsen.

Syftet med den rättsdogmatiska metoden är att fastställa, systematisera och tolka gällande rätt för att rekonstruera en rättsregel eller lösa ett juridiskt problem. För att utröna gällande rätt i detta avseende får jag använda mig av våra rättskällor och arbeta med dessa utefter rättskällevärdet. Rättskällevärdet anger hur rättskällorna står i relation till varandra. Först kommer den rättskälla som är viktigast för kunskapen om gällande rätt.¹⁴ Vad som utgör en rättskälla är diskutabelt, det rör sig dock om det material i vilket rättstillämparen söker svar på frågor om rättsreglernas innehåll.¹⁵ Utifrån rättskällevärdets hierarkiska principer kommer följande rättskällor nyttjas i denna uppsats;

- Lagtext
- Förarbeten
- Prejudicerande praxis
- Rättsvetenskaplig doktrin
- Myndighetspublikationer, m.m.

Vad gäller lagtext så avser jag främst svensk lagtext men även lagtext i gemenskapsrättsliga fördrag och internationella konventioner används och analyseras. Avseende *Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna* (Europakonventionen) kan sägas att denna gäller som lag i Sverige sedan 1 januari 1995.¹⁶ *Konventionen om barnets rättigheter* (Barnkonventionen) gäller ännu inte som lag i Sverige, men då vi ratificerat denna och den inom en snar framtid kan komma att bli lag i Sverige ingår den som en tolkningsgrund i såväl Europakonventionen som svensk rätt.¹⁷ Slutligen avseende EU-rätten kan sägas att denna har en särställning i svensk rätt i jämförelse med annan internationell rätt. EU-rätten går, enligt principen om EU-rättens företräde, före

¹³ Korling & Zamboni, 2013, s.24.

¹⁴ Korling och Zamboni, 2013, s.21 ff; Olsen, SvJT, 2004, s.111.

¹⁵ Schiratzki, 2013, s.25 f.

¹⁶ 2 kap. 19 § RF.

¹⁷ Se nedan under avsnitt 3.2.

den svenska interna rättsordningen om det skulle visa sig att innehållet i EU-rätt och svensk rätt står i strid med varandra.¹⁸

Med myndighetspublikationer m.m. menar jag främst juridiska artiklar samt allmänna råd från exempelvis Socialstyrelsen. Denna typ av material anses viktig inom barn- och välfärdsrätten.¹⁹ Därför kommer även sådant material kunna utgöra en form av rättskälla i denna uppsats.

Vad gäller punkten prejudicerande praxis avser jag främst avgöranden från HD, men även vissa rättsfall från HovR:n. Det kan nämnas att jag under arbetet med uppsatsen blivit medveten om att det endast finns ett begränsat antal prejudicerande domar som behandlar just riskbedömningar i vårdnadsmål. De avgöranden som berörs har figurerat kontinuerligt i den doktrin samt de förarbeten jag behandlat. Av vikt i sammanhanget är att familjerättsliga mål är *in casu-betonade*. Detta innebär att domstolens bedömning utgår ifrån varje enskilt fall vid en bedömning. På basis av detta anses prejudikaten väga mindre tungt än inom andra rättsliga områden.²⁰

Rättsdogmatiken utgår nästan alltid från en eller flera konkreta problemställningar, så även i denna uppsats.²¹ Med hjälp av den rättsdogmatiska metoden kommer jag analysera de inledande frågeställningar som ställts upp ovan under avsnitt 1.2. Den första frågeställningen är deskriptiv medan de senare två kan ses ur ett mer kritiskt perspektiv. Avseende frågeställning två kan sägas att denna utgår från beslutsfattaren i mål om vårdnad, boende och umgänge. Svaret på om någon bedömningsgrund väger tyngre än en annan kan finnas i rättspraxis, doktrin, e.d. För att svara på frågeställning nummer tre kommer jag nedan utreda rättssäkerheten som en aktuell rättsprincip och sedan tillämpa denna på riskbedömningen i mål om vårdnad, boende och umgänge. Svaret på om riskbedömningen i dessa fall anses rättssäker kan komma att variera beroende på om man svarar utifrån barnets, föräldrarnas eller domstolens perspektiv. Då denna uppsats tar

¹⁸ Se nedan under avsnitt 3.3.

¹⁹ Schiratzki, 2013, s.26.

²⁰ Schiratzki, 2013, s.28.

²¹ Korling & Zamboni, 2013, s.23.

utgångspunkt i barnets bästa kommer barnets perspektiv i frågan vara det centrala.

1.5. MATERIAL

Som stadgats ovan under avsnitt 1.4 utgör rättskällorna, så som jag avgränsat dem, materialet för denna uppsats. Lagtext, framförallt den i 6 kap. FB, utgör grunden för ämnesvalet och för gällande rätt avseende riskbedömningar i mål om vårdnad, boende och umgänge. Förarbetena ger en vidare inblick i den reglering som finns och är till hjälp vid tolkning av lagtextens framväxt och utformning. Prejudicerande praxis fyller samma funktion. Den doktrin som används fyller sedan en deskriptiv och en klargörande funktion för förståelsen av ämnesvalet. Övrigt material fungerar slutligen som komplement till de andra rättskällorna.

1.6. FORSKNINGSLÄGE

Vårdnad, boende och umgänge är ett familjerättsligt område som är väl granskat i förarbeten, doktrin och praxis. Vad specifikt avser riskbedömningen i dessa mål finns det inte lika mycket författat som om vårdnad, boende och umgänge i stort. Som framgår nedan under avsnitt fyra råder det snarare brist på forskning om exempelvis standardiserade riskbedömningar i samband med utredningar i vårdnadsfall. Forskaren Anna Kaldal har dock skrivit en mycket användbar bok för uppsatsen som heter *Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål*. Johanna Schiratzki och Mats Sjösten är exempel på ytterligare författare som berört ämnet. Förarbeten samt övrigt material från exempelvis Socialstyrelsen har annars varit användbara källor för att få fram information om den riskbedömning som behandlas.

Vad gäller rättssäkerheten kan sägas att denna inte behandlas i särskilt stor mån inom den familjerättsliga doktrinen. Rättssäkerhet diskuteras främst inom den socialrättsliga doktrinen av författare så som Titti Mattsson, Annika Staaf och Elisabeth Eneroth. Josef Zila, Åke Frändberg och Alexander Peczenik har också författat om begreppet rättssäkerhet.

Slutligen har jag funnit publicerade uppsatser som behandlar riskbedömningar i mål om vårdnad, boende och umgänge. Jag har dock inte hittat något nämnvärt material som behandlat rättssäkerhetsaspekten i förhållande till riskbedömningen på så vis som jag avser att göra.

1.7. FÖRSLAG TILL VIDARE FORSKNING

I denna framställning undersöker jag bl.a. om den riskbedömning som idag företas i vårdnadsfall är rättssäker eller inte. Nedan berörs bl.a. behovet av en standardiserad metod för de som arbetar med dessa riskbedömningar. Jag har inte, under arbetet med denna uppsats, haft tid eller material för att närmare analysera hur en mer rättssäker metod rent praktiskt skulle kunna se ut. Detta är dock något som jag anser att det borde forskas vidare kring.

1.8. UPPSATSENS FORTSATT DISPOSITION

Efter detta inledande avsnitt följer avsnitt **två** som behandlar begreppet *rättssäkerhet*. I avsnitt **tre** redogörs sedan för begreppet *barnets bästa*. Under avsnitt **fyra** behandlas riskbedömningen i mål om vårdnad, boende och umgänge. Under avsnitt **fem** går jag igenom prejudicerande praxis på området och slutligen under avsnitt **sex** följer diskussion samt analys.

2. BEGREPPET RÄTTSSÄKERHET

2.1. BEGREPPETS OKLARHET

Termen rättssäkerhet är inkluderat i begreppet rättsstat. Utmärkande för en rättsstat är att rättssäkerhet råder i densamma. Termen rättssäkerhet används ibland för att representera ett rättsstatsvärde och ibland för att markera individens rättsskydd gentemot den offentliga makten.²²

Begreppet rättssäkerhet är sedan länge etablerat i svensk rätt och är en av de mest grundläggande juridiska principerna. Rättssäkerheten är en viktig samt allmänt accepterad princip som är positivt laddad.²³ Trots detta har begreppet rättssäkerhet ingen fastställd betydelse.²⁴ Detta är förståeligt då rättsprinciper oftast inte är konkreta så som rättsregler. En rättsprincip är en norm som uttrycker ett grundläggande eller vägledande ideal, som sedan kan förverkligas i högre eller lägre grad. Vid ett rättsligt beslutsfattande och i en juridisk argumentation kan principer tas i övervägande och ge skäl för att avgöra ett fall på visst vis.²⁵ Rättssäkerhetsbegreppet används idag i mycket skilda betydelser och sammanhang. Detta behöver inte ses som negativt då det innebär att begreppet inte stagnerar. Det är av vikt att en grundläggande rättsprincip utvecklas i samtakt med rättssamhället i övrigt.

Enligt internationella konventioner, svensk lag och svenska förarbeten skall en rättslig process som rör barn vara rättssäker. Rättssäkerhet diskuteras dock doktrinärt mest i relation till offentlighetsrättsliga beslut och åtgärder.²⁶ Detta trots att den frekvent nämns som en självklar tyngdpunkt inom den civilrättsliga familjerätten. I anledning av detta anser jag att rättssäkerhetsaspekten bör analyseras närmare i relation till familjerättsliga beslut och åtgärder.

²² Frändberg, JT, s.269.

²³ Gustafsson, 2002, s.301; Staaf, 2005, s.12.

²⁴ Edqvist, SvJT, s.375 ff.; Frändberg, JT, s.271; Gustafsson, 2002, s.25 f. och s.301; Staaf, 2005, s.26; Zila, SvJT, s.284.

²⁵ Gustafsson, 2002, s.40 f.

²⁶ Se exempelvis: Titti Mattsson, *Barnet och rättsprocessen*; Elisabeth Eneroth, *Unga på hem för vård eller boende – Om rättssäkerhet, legitimitet och tillit vid beslut om ungas vård*; Annika Staaf, *Rättssäkerhet och tvångsvård, En rättssociologisk studie*, etc.

Eftersom rättssäkerhetsbegreppet har en vid betydelse bör dess innebörd preciseras för att en seriös argumentation skall kunna föras avseende dess tillämpning. När betydelsen av ett juridiskt begrepp skall utrönas kan denna med fördel sökas i våra rättskällor. Först ser man till den primära rättskällan, dvs. den skrivna lagen. Begreppet rättssäkerhet förekommer dock väldigt sällan där. Om rättssäkerheten trots allt nämns så specificeras inte vad rättssäkerheten skall, bör eller antas vara. I sekundära rättskällor, så som exempelvis förarbeten, förs ibland diskussioner om rättssäkerheten och dess olika definitioner. Dessa definitioner är dock inte entydiga och klara. Olika definitioner av begreppet är aktuella beroende på vilket rättsområde som behandlas. Det finns exempelvis tydliga skillnader mellan socialrättens och straffrättens definition av rättssäkerhet.²⁷

Rättssäkerhetsbegreppets oklarhet utesluter inte att det finns ett visst samförstånd när det kommer till dess grundläggande betydelse.²⁸ Jag skall nu se till denna grundläggande betydelse för att sedan formulera ett familjerättsligt rättssäkerhetsbegrepp som jag kan utgå från i min analys.

2.2. BEGREPPETS GRUNDLÄGGANDE BETYDELSE

2.2.1. BEGREPPETS UPPDELNING

Inom den juridiska vetenskapen skiljer man mellan en formell och en materiell rättssäkerhet.²⁹ Den formella kan även kallas den traditionella rättssäkerheten.³⁰ Det formella rättssäkerhetsbegreppet är primärt utformat för att garantera och skydda äldre traditionella rättighetsformer, så som medborgerliga fri- och rättigheter, och inte exempelvis sociala rättigheter.³¹ I doktrin framförs ofta att de formella rättssäkerhetskriterierna är otillräckliga, att rättsäkerhet fordrar något mer än så. För att komplettera den formella delen av rättssäkerheten har bl.a. Alexander Peczenik, som var professor i allmän rättslära och som har

²⁷ Staaf, 2005, s.26.

²⁸ Zila, SvJT, s.284.

²⁹ Gustafsson, 2002, s.380; Staaf, 2005, s.28 ff.; Zila, SvJT, s.286, m.fl.

³⁰ Gustafsson, 2002, s.25.

³¹ Gustafsson, 2002, s.302.

ifrågasatt den traditionella definitionen av formell rättssäkerhet, framfört att man bör komplettera den formella rättssäkerheten med en materiell sådan.³²

Skillnaden mellan det materiella och formella rättssäkerhetsbegreppet består i att det formella inte lägger någon vikt vid rättens innehåll. Den formella rättssäkerheten garanterar inte några etiska och sociala värden och tar ingen hänsyn till att även *effekter* av juridiska beslut skall vara etiskt godtagbara. Att lagen i sig är rättvis och jämlik innebär inte att ett juridiskt beslut som bygger på lagen blir detsamma. Den materiella rättssäkerheten är således mer värdeladdad än den formella rättssäkerheten.³³

2.2.2. FORMELL RÄTTSSÄKERHET

2.2.2.1. DEN TRADITIONELLA TOLKNINGEN

Den formella och traditionella tolkningen av rättssäkerhetsbegreppet är att rättssäkerheten innebär ett skydd mellan individen och det allmänna.³⁴ Håkan Gustafsson som är professor i allmän rättslära och Josef Zila som är professor i straffrätt, menar att legalitetsprincipen³⁵ är rättssäkerhetens odiskutabla och nödvändiga premiss. Legalitetsprincipen skildrar maktutövningens normbundenhet.³⁶ De menar att utan legalitet så finns det ingen rättssäkerhet, därför har de också placerat principen utanför definitionen av rättssäkerhet.³⁷

Av legalitetsprincipen följer dock värdet rättslig förutsebarhet. Denna förutsebarhet anses enligt rättslig doktrin vara den formella rättssäkerhetens primära, och i vissa fall enda, värde.³⁸ Utöver kravet på rättslig förutsebarhet anses dock även värdet rättslig likhet ingå i den formella rättssäkerhetsdefinitionen. Rättslig likhet innebär likhet inför lagen.³⁹

³² Gustafsson, 2002, s.380 ff.; Staaf, 2005, s.36.

³³ Gustafsson, 2002, s.380 ff.; Staaf, 2005, s.36; Zila, SvJT, s.300 ff.

³⁴ Gustafsson, 2002, s.306; Mattsson, 2002, s.29.

³⁵ 1 kap. 1 § tredje stycket RF.

³⁶ Marcusson, 2012, s.73.

³⁷ Gustafsson, 2002, s.308.

³⁸ Frändberg, JT, s.270; Gustafsson, 2002, s.25; Mattsson, 2002, s.29; Staaf, 2005, s.29 f.; Peczenik, 1995, s.51.

³⁹ Frändberg, JT, s.270; Mattsson, 2002, s.29; Staaf, 2005, s.31.

2.2.2.2. FÖRUTSEBARHET

Förutsebarheten är den formella rättssäkerhetens kärna. Rättsskipning och myndighetsutövning i en demokratisk rättsstat måste vara förutsebar med hjälp av rättsreglerna.⁴⁰ I en rättsstat följer maktutövningen i hög grad rättsreglerna, därmed uppvisar maktutövningen en hög grad av förutsebarhet. Ett besluts förutsebarhet skyddar den enskilde individen mot skönsmässig maktutövning.⁴¹

Förutsebarheten i en rättsstat främjas av att rättsreglerna tillämpas på ett öppet vis. Viktigast här är domstolarnas skyldighet att offentliggöra alla relevanta skäl för (och emot) sina avgöranden.⁴² Rättssystemet skall tillhandahålla klara, tydliga och pålitliga svar på frågor av rättslig karaktär. För att förutsebarhet och rättssäkerhet skall gå hand i hand krävs att det finns klara och adekvata regler, att reglerna är lättillgängliga och att rättstillämpande organ tillämpar reglerna lojalt och korrekt. Detta ger för handen att det inte är förutsebart, och därmed inte formellt rättssäkert, om det föreligger rättsbrist. Med detta menas att det inte finns några regler eller prejudikat som kan giva förutsebarhet i en viss fråga. Det är inte heller förutsebart om rättstillämpande organ, som domstolarna, tillämpar reglerna ibland och ibland inte, eller om de tillämpar reglerna olika på olika fall.⁴³ Det är inte heller förutsebart om regler ändras i för snabb takt.⁴⁴

2.2.2.3. LIKHET INFÖR LAGEN

Likhet inför lagen ingår också i den formella rättssäkerhetsdefinitionen.⁴⁵ I 1 kap. 9 § Regeringsformen (RF) uppställs bl.a. krav på att domstolar och förvaltningsmyndigheter skall beakta allas likhet inför lagen. Detta krav innebär inte ett krav på likhet i lagen. På detta vis kan särbehandling, t.ex. av barn, motiveras.⁴⁶ Likhetsprincipen spelar en stor roll då en lagregel är otydlig. Dess funktion är att motarbeta förvaltningsmyndigheternas och domstolarnas

⁴⁰ Peczenik, 1995, s.84 ff.

⁴¹ Peczenik, 1995, s.51.

⁴² Peczenik, 1995, s.90 ff.

⁴³ Frändberg, JT, s.274 ff.

⁴⁴ Peczenik, 1995, s.90.

⁴⁵ Frändberg, JT, s.270; Mattsson, 2002, s.29; Staaf, 2005, s.31.

⁴⁶ Marcusson, 2012, s.192.

godtycklighet.⁴⁷ Principen riktar sig primärt till rättstillämparna och inte till riksdagen eller andra regelgivare. Likhetsprincipen träffar både myndigheternas beslutande verksamhet och den faktiska förvaltningsverksamheten. De som tillämpar rätten får inte göra åtskillnad mellan enskilda, såtillvida att detta inte följer av gällande rättsregler.⁴⁸

2.2.3. MATERIELL RÄTTSSÄKERHET

För att en stat skall anses vara en rättsstat räcker det inte att staten är formellt rättssäker. Om man skall kalla en stat rättsstat krävs att rättsreglernas innehåll uppfyller ett visst etiskt minimum.⁴⁹ Den formella rättssäkerheten tenderar att förbise de målangivelser och väsentliga behovsprövningar som välfärdsrättigheterna, de sociala rättigheterna, anger.⁵⁰ Den materiella rättssäkerheten utgår från den enskildas värdighet, rättigheter och livsval. Utöver detta beaktar den vilka praktiska effekter eller konsekvenser ett rättsligt beslut har för den enskilda.⁵¹

Peczenik menar att den materiella rättssäkerheten innebär att rättskipning och myndighetsutövning baseras på en förnuftig avvägning mellan förutsebarhet och andra etiska värden. Enligt Peczenik kräver den materiella rättssäkerheten att beslut, som innebär rättskipning eller myndighetsutövning, är i hög grad förutsebara i relation till rättsnormerna och samtidigt i hög grad etiskt godtagbara.⁵²

Rättssociologen Annika Staaf menar att man kan koppla samman strävan efter materiellt rättvisa normer med de internationella konventioner som formulerats efter krigstiden under slutet av 1940-talet och framåt. Konventioner som betonar mänskliga grundrättigheter samt sociala rättigheter.⁵³ Det moderna samhället bör enligt Staaf se till att den materiella rättvisan beaktas vid

⁴⁷ Marcusson, 1989, s.402.

⁴⁸ Eneroth, 2014, s.34 f.

⁴⁹ Peczenik, 1995, s.63.

⁵⁰ Gustafsson, 2002, s.25.

⁵¹ Staaf, 2005, s.37.

⁵² Peczenik, 1995, s.94.

⁵³ Staaf, 2005, s.37.

juridiskt beslutsfattande. Vidare menar Staaf att det är av vikt att innehållet i, men även effekter av, juridiska beslut blir etiskt godtagbara.⁵⁴

Sveriges Advokatsamfund har definierat ett materiellt rättssäkerhetsbegrepp. Deras definition lyder enligt följande:

”Skyddet för de grundläggande mänskliga rättigheterna sådana dessa berörs i grundlagar och konventioner. Den berör enskildas rätt mot riksdag, regering och myndigheter. Den innefattar krav på rättsregler och deras innehåll, tolkning och tillämpning. Den skall ge enskilda människor och privata organisationer trygghet, både så att de är skyddade mot myndigheternas godtycke och så att de kan förutse, såväl de rättsliga verkningarna av sina egna handlingar, som myndigheternas handlingssätt under givna omständigheter. Den skall ge den enskilde möjlighet att tillvarata den rätt som tillkommer honom enligt principerna för ett demokratiskt samhälle, och den skall utgöra kännetecknet för de spelregler som statsmakten underkastar sig i ett sådant samhälle.”⁵⁵

Den materiella rättssäkerheten finner också visst rättsligt stöd i 1 kap. 2 § RF.⁵⁶ Detta lagrum stadgar ett skydd mot olika former av integritetskränkningar. Paragrafen framhäver bl.a. att det allmänna skall verka särskilt för social omsorg. Enligt förarbetena syftar man här på social vård och omvårdnad.⁵⁷ 1 kap. 2 § RF kan ses som allmänna riktlinjer för de offentliga organens verksamhet.⁵⁸ Sedan 2011 anges särskilt i paragrafens femte stycke att det allmänna skall verka för att barns rätt tas tillvara. Denna grundlagsändring står väl i linje med Sveriges förpliktelser enligt Barnkonventionen samt den EU-rätt som tillvaratar barns rättigheter.⁵⁹

⁵⁴ Staaf, 2005, s.36.

⁵⁵ Gustafsson, 2002, s.302.

⁵⁶ Staaf, 2005, s.37 ff.

⁵⁷ Prop. 1975/76:209, s.137 ff.

⁵⁸ Eneroth, 2014, s.37.

⁵⁹ Prop. 2009/10:80, s.186 ff.; NJA 2014 s.307.

2.3. RÄTTSSÄKERHET INOM FAMILJERÄTTEN

Rättssäkerhetsbegreppet används ofta när myndigheter vill visa att det finns en uttalad vilja hos dem att stärka vissa grupper rättigheter och ge skydd mot godtycke och andra kränkningar.⁶⁰ Då en rättslig process som berör barn skall vara rättssäker bör ett civilrättsligt rättssäkerhetsbegrepp inom familjerätten därför utformas så att barnens rättigheter tas tillvara och deras skyddsvärde respekteras.

Rättssäkerhetsbegreppet inom familjerätten bör grundas på såväl en formell som en materiell del. Denna distinktion bör fortsatt göras eftersom det är av vikt att kunna poängtera att ett visst beslut eller en viss åtgärd är formellt men inte materiellt rättssäker, eller vice versa.

Ett rättssäkerhetsbegrepp som skall diskuteras i relation till civilrättsliga beslut och åtgärder inom familjerätten skall, enligt mig, innehålla ett krav på förutsebarhet samt ett krav på likhet inför lagen. Vad dessa begreppsbildningar innebär har jag gått igenom ovan. Dessa formella rättssäkerhetskriterier anser jag till stor del vara tydliga och klara, så även i förhållande till civilrätten. En intressant aspekt är att Annika Staaf menar att kravet på förutsebarhet svårligen kan upprätthållas i socialrättsliga regleringssituationer. Detta eftersom alla individer har en unik livssituation som skall tas i beaktande i förhållande till socialrättsliga beslut och åtgärder. Detsamma gäller i relation till beslut och åtgärder avseende vårdnad, boende och umgänge. Även här görs intresseavvägningar för den enskildes bästa och detta måste den rättsliga beslutsfattaren ta hänsyn till vid sin myndighetsutövning. De mer materiellt orienterade rättsvetenskapliga forskarna menar därför att den formella rättssäkerheten måste vägas upp med en etisk dimension.⁶¹

Utöver de formella kriterierna anser jag således att beslut och åtgärder inom familjerätten också bör vara etiskt godtagbara, precis som socialrättsliga beslut

⁶⁰ Staaf, 2005, s.24.

⁶¹ Staaf, 2005, s.41.

och åtgärder bör vara för att anses rättssäkra.⁶² Vad etisk godtagbarhet egentligen innebär är dock otydligt enligt min uppfattning. Om man ser till etisk godtagbarhet i förhållande till familjerättsliga beslut och åtgärder menar jag, precis som Annika Staaf samt advokatsamfundet framför, att man kan koppla samman strävan efter materiellt rättssäkra normer med de internationella konventioner som stadgar rättigheter och skydd för barn.

Barnkonventionen, som behandlas nedan under avsnitt tre, ger uttryck för det som ett materiellt rättssäkerhetsbegrepp inom familjerätten bör inbegripa. Barnkonventionen innehåller skydd för etiska värden så som exempelvis att alla barn har samma rättigheter, inget barn får diskrimineras, varje barn har rätt till god hälsa och social trygghet, varje barn skall skyddas mot alla former av utnyttjande, m.fl. Framförallt stadgar Barnkonventionen samt *Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna* (EUs rättighetsstadga) vikten av barnets bästa, som alltid skall tas i beaktande vid beslut och åtgärder som berör barn. Dessa etiskt viktiga värdegrunder anser jag kan vara till god vägledning när det kommer till att definiera materiell rättssäkerhet i förhållande till familjerättsliga beslut och åtgärder. Till stöd för denna tolkning stadgas det nu även i 1 kap. 2 § RF att det allmänna skall verka för att barns rätt tas tillvara. Utöver ovan angivna internationella instrument som talar om barnets bästa stadgar artikel 8 i Europakonventionen rätten till respekt för privatliv, familjeliv, hem och korrespondens. Även denna internationella rättighet, som redogörs för nedan under avsnitt 3.4, kan tas i beaktande då man diskuterar den materiella rättssäkerheten inom familjerätten.

Sammanfattningsvis bör alltså familjerättsliga beslut och åtgärder, för att vara rättssäkra, vara förutsebara samt uppfylla allas likhet inför lagen. Beslut och åtgärder bör också leda till etiskt godtagbara resultat som är väl förenliga med barnens grundläggande sociala- och mänskliga rättigheter. Då riskbedömningen i vårdnadsfall är en familjerättslig åtgärd som vidtas i processen och då dess resultat sedan påverkar ett beslut bör alltså dessa uppfylla ovan nämnda krav för att anses rättssäkra.

⁶² Staaf, 2005, s.71 ff.

3. PRINCIPEN OM BARNETS BÄSTA

3.1. EN VÄLETABLERAD PRINCIP

Principen om barnets bästa har funnits i svensk lagstiftning och i HD:s praxis sedan tidigt 1900-tal.⁶³ Principen har länge varit väletablerad, både nationellt och internationellt. Ett antal variationer av principen har dock genom åren figurerat i internationella deklARATIONER och konventioner.⁶⁴ Det var främst under 1970-talet som barnets bästa lyftes fram i såväl svensk som internationell doktrin och debatt. Barnets bästa är en princip som i dagsläget är vedertagen. Trots detta är dess närmare innebörd oklar. För att få en fördjupad förståelse för principen följer nedan en redogörelse som närmare belyser dess kärna.⁶⁵

3.2. KONVENTIONEN OM BARNENS RÄTTIGHETER

3.2.1. KONVENTIONENS FRAMVÄXT

Åren efter andra världskriget uppmärksammades mänskliga rättigheter allt mer frekvent. Snart fördes en kampanj i Europa för regler som särskilt skulle skydda barnens rättigheter. Barnrätten fick härmed genomslag, dock fanns inga bindande deklARATIONER vid denna tid. Då Barnkonventionen skapades ändrades detta. Konventionen antogs av FN:s generalförsamling den 20 november 1989 och fick då folkrättsligt bindande verkan för de stater som ratificerade den.⁶⁶

Sverige var ett av de första länderna som ratificerade Barnkonventionen.⁶⁷ Barnkonventionen har påverkat, och påverkar ännu, den svenska lagstiftningen mycket.⁶⁸ Detta eftersom konventionen var det första internationella dokumentet som stadgade att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid *alla* åtgärder som rör barn.⁶⁹ Sedan Sverige ratificerade Barnkonventionen har lagstiftarna använt sig av transformering. Detta innebär att de anpassat

⁶³ Schiratzki, 1997, s.50.

⁶⁴ Barnkommittén, 1997, s.126.

⁶⁵ Schiratzki, 1997, s.50.

⁶⁶ Regeringskansliet, 2016-05-17,

<http://www.regeringen.se/contentassets/73a236aad23d48149f156d85b7021e55/ud-info---skrift-manskliga-rattigheter.-konventionen-om-barnets-rattigheter>, s.6.

⁶⁷ Barnkommittén, 1997, s.45.

⁶⁸ Barnkommittén, 1997, s.140.

⁶⁹ Barnkommittén, 1997, s.126.

lagstiftningen till Barnkonventionens bestämmelser i den mån det behövs för att vår reglering skall stämma överens med dessa.⁷⁰ Sedan ratificeringen i Sverige har det många gånger ifrågasatts om vi istället fullt ut borde införliva konventionen med svensk rätt genom inkorporering. Detta skulle innebära att Barnkonventionen görs till svensk lag.⁷¹ Om Barnkonventionen görs till svensk lag blir det obligatoriskt för samtliga domstolar och myndigheter att använda sig av den.⁷² Domstolarna kommer då i vårdnadsfall *ex officio* behöva ta hänsyn till dess innehåll. I februari 2016 överlämnades betänkandet *Barnkonventionen blir svensk lag* till Socialdepartementet.⁷³ Lagen föreslås träda i kraft den första januari 2018.⁷⁴

3.2.2. VEM ANSES VARA ETT BARN?

I artikel 1 Barnkonventionen definieras när någon anses vara ett barn. Varje människa under 18 år anses enligt konventionen vara ett barn, om inte barnet blir myndigt tidigare enligt den lag som gäller barnet.⁷⁵ I Sverige och enligt svensk rätt blir man dock myndig när man fyller 18 år, alla under 18 år är således omyndiga och anses vara barn.⁷⁶

3.2.3. KONVENTIONENS INNEHÅLL

Barnkonventionen ger en universell definition av de rättigheter som skall gälla för barn över hela världen.⁷⁷ Konventionen är inriktad på det enskilda barnet och de materiella artiklarna handlar om barnets rätt att få sina grundläggande rättigheter och behov tillgodosedda.⁷⁸ I konventionens inledning slås fast att familjen har det primära ansvaret för den vård och det skydd som barnet behöver, samtidigt som barnet också är i behov av samhälleligt skydd. Konventionen sätter barnens behov före föräldrarnas.⁷⁹

⁷⁰ Dir. 2013:35, s.2.

⁷¹ Dir. 2013:35, s.3.

⁷² Heilborn & Swarting, Advokaten, s.42 f.

⁷³ SOU 2016:19, s.4.

⁷⁴ SOU 2016:19, s.67.

⁷⁵ Art.1 Barnkonventionen.

⁷⁶ 9 kap. 1 § FB.

⁷⁷ Regeringskansliet, 2016-05-17,

<http://www.regeringen.se/contentassets/73a236aad23d48149f156d85b7021e55/ud-info---skrift-manskliga-rattigheter.-konventionen-om-barnets-rattigheter>, s.7.

⁷⁸ Barnkommittén, 1997, s.53.

⁷⁹ Barnkommittén, 1997, s.54.

3.2.4. ART. 3 BARNKONVENTIONEN

Alla Barnkonventionens artiklar är viktiga och bidrar till dess helhet. Det finns dock fyra grundläggande artiklar som befäster konventionens allmänna principer. Artikel 3 är en av dessa grundläggande artiklar, denna ger uttryck för principen om barnets bästa.⁸⁰

Artikel 3 stadgar att barnets bästa skall komma i första hand vid alla beslut som rör barn. Mer ingående innebär detta att alla offentliga organ eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ skall se till barnets bästa då de vidtar åtgärder som berör barn.

Principen om barnets bästa härrör från två grundläggande tankar som båda har satt sin prägel på Barnkonventionen. Dessa tankar innebär att barn har fullt och lika människovärde som vuxna och alltså inte är mindre värda än dem, samt att barn är sårbara och behöver särskilt stöd och skydd.⁸¹

I Barnkonventionen är begreppet barnets bästa öppet formulerat. Detta beror på att FN:s generalförsamling ville lämna det öppet för länderna att tolka artikel 3, de ville inte på ett onödigt vis begränsa barnets rättigheter.⁸² Det är av vikt att begreppet barnets bästa inte är ett statiskt begrepp. Det varierar över tid och från ett samhälle, med dess kulturella och sociala värderingar, till ett annat. När barnets bästa utronas skall utgångspunkten vara varje barns individuella situation.⁸³

Sammanfattningsvis kan artikel 3 sägas fylla fyra funktioner. Artikel 3 skall:

1. vara vägledande i alla beslut som rör barn,
2. fungera som ett instrument för att utvärdera lagar och policys som inte täcks av konventionen själv,

⁸⁰ Barnkommittén, 1997, s.16.

⁸¹ Barnkommittén, 1997, s.125.

⁸² Barnkommittén, 1997, s.127 ff.

⁸³ Barnkommittén, 1997, s.131.

3. fungera som ”medlande” princip som kan användas när man skall lösa konflikter mellan exempelvis olika rättigheter,
4. hjälpa till att belysa innebörden av andra artiklar i konventionen.⁸⁴

Barnkonventionen talar om det enskilda barnets bästa samt om vad som är bäst för barn i allmänhet. En rad faktorer som rör barns behov skall vägas in i denna bedömning. En grundpelare för bedömningen som är av intresse för uppsatsens fortsatta innehåll är *barnets behov av omvårdnad och skydd*. Detta anses vara ett av de mest elementära livsbehoven för barnen. Barnets fysiska och psykiska behov är delvis sammanflätade och det är viktigt att de båda tillgodoses.⁸⁵

När man bedömer vad som är barnets bästa skall man dels se till vad som faktiskt är barnets bästa i en viss situation, dels göra en avvägning mot andra intressen. Då barnets bästa vägs mot andra intressen, så som exempelvis barnets rätt att komma till tals, skall barnets bästa väga tungt. Hur tungt kan dock variera beroende på omständigheterna i det enskilda fallet.⁸⁶

3.2.5. ART. 9 BARNKONVENTIONEN

Artikel 9 i Barnkonventionen behandlar barnets rätt till sina föräldrar. Artikeln stadgar bl.a. att ett barn inte skall skiljas från sina föräldrar mot deras vilja förutom i de fall då behöriga myndigheter finner detta nödvändigt för barnets bästa.⁸⁷ Artikeln stadgar vidare att konventionsstaterna skall respektera rätten för ett barn, som skiljs från den ena föräldern eller båda föräldrarna, att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkt kontakt med dessa, såtillvida att det inte strider mot barnets bästa.⁸⁸

Stadgandet i artikel 9 i Barnkonventionen innebär att staten har ett ansvar för att göra allt staten kan för att undanröja det hinder som finns för att barnen skall få rätt till båda sina föräldrar. Barnkonventionen utgår från *barnets* rätt till

⁸⁴ Barnkommittén, 1997, s.134 f.

⁸⁵ Barnkommittén, 1997, s.135.

⁸⁶ Barnkommittén, 1997, s.137.

⁸⁷ Art. 9 punkt 1 Barnkonventionen.

⁸⁸ Art. 9 punkt 3 Barnkonventionen.

sina föräldrar och inte föräldrarnas rätt till barnet.⁸⁹ Artikel 9 skall ses i ljuset av artikel 7.1 i Barnkonventionen som stadgar att barnet har rätt att bli omvårdat av sina föräldrar. Exempel på när ett åtskiljande kan bli aktuellt är vid vanvård eller övergrepp från föräldrarnas sida eller när föräldrarna lever åtskilda och beslut måste fattas angående barnets vistelseort.⁹⁰

3.2.6. ART. 12 BARNKONVENTIONEN

Artikel 12 i Barnkonventionen stadgar barnens rätt att komma till tals. Denna rättighet är, precis som barnets bästa, en av konventionens grundläggande principer. Artikel 12 delas in i två punkter. Den ena stadgar barnets rätt att fritt uttrycka sina åsikter i alla frågor som berör dem. Den andra stadgar att barnet skall beredas möjlighet att höras och att barnet skall få komma till tals i alla frågor som berör barnet på ett mer personligt plan.⁹¹ Punkt två tar sikte på när ett beslut skall fattas som rör barnet, i dessa fall skall barnet särskilt beredas möjlighet att höras.⁹²

Artikel 12 stadgar ingen nedre gräns för när barnet skall ha rätt att delta och fritt uttrycka sina åsikter. Det barn som ”är i stånd att bilda egna åsikter”⁹³ skall ha rätt att komma till tals, detta gäller även om barnet inte är moget nog för att kommunicera sina åsikter. Barnets åsikter skall tillmätas betydelse i förhållande till dess ålder och mognad. Barnen har inga skyldigheter att uttrycka sina åsikter enligt artikeln, däremot har staten en skyldighet att involvera barnen i alla frågor som berör dem. Varje beslutsprocess måste utformas så att barnet ges en möjlighet att komma till tals.⁹⁴

3.3. BARNENS BÄSTA INOM EU-RÄTTEN

Principen om barnens bästa stadgas i fler internationella dokument än i Barnkonventionen. Sverige är med i EU och således bundna av *Fördraget om Europeiska unionen* (EU-fördraget) samt EUs rättighetsstadga. EUs rättighetsstadga beskriver de fri- och rättigheter som EU erkänner att varje

⁸⁹ Barnkommittén, 1997, s.235 f.

⁹⁰ Barnkommittén, 1997, s.230 f.

⁹¹ Barnkommittén, 1997, s.174.

⁹² Barnkommittén, 1997, s.186.

⁹³ Barnkommittén, 1997, s.174.

⁹⁴ Barnkommittén, 1997, s.173 ff.

människa har. EU-rätten har en särställning i svensk rätt i jämförelse med annan internationell rätt. EU-rätten går, enligt principen om EU-rättens företräde, före den svenska interna rättsordningen om det skulle visa sig att innehållet i EU-rätt och svensk rätt står i strid med varandra. Detta innebär att svensk lag som strider mot bestämmelser i rättighetsstadgan inte får tillämpas.⁹⁵

Artikel 3 i EU-fördraget stadgar att Europeiska unionens mål är att främja skyddet av barnens rättigheter. I artikel 24, andra punkten, i EUs rättighetsstadga uttrycks att barnets bästa skall komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn, oavsett om dessa åtgärder vidtas av offentliga myndigheter eller privata institutioner.⁹⁶ Utöver principen om barnets bästa framhäver artikel 24 barnets rätt att komma till tals samt barnets rätt till ett personligt förhållande med båda föräldrarna.⁹⁷

3.4. BARNETS BÄSTA I SVENSK LAGSTIFTNING

3.4.1. PRINCIPENS GENOMSLAGSKRAFT

Begreppet barnets bästa är som ovan nämnts väletablerat i svensk rätt. Enligt flera svenska författningar skall vad som är bäst för barnet beaktas vid olika sorters beslut. Exempel på lagar som uttryckligen stadgar barnets bästa är utlänningslagen, socialtjänstlagen, namnlagen och lagen om vård av unga. Även i många lagar som inte uttryckligen anger att barnets bästa skall vara avgörande eller vägledande så vägs denna bedömningsgrund in.⁹⁸

3.4.2. ART. 8 EUROPAKONVENTIONEN

I Europakonventionen stadgas principen om barnets bästa inte uttryckligen. Lagstiftning som gäller vårdnad om barn och föräldrars umgänge med barn faller dock inom tillämpningsområdet för artikel 8 Europakonventionen som reglerar rätten till respekt för privatliv, familjeliv, hem och korrespondens. Även avgöranden i enskilda fall som nationella domstolar eller myndigheter

⁹⁵ SOU 2016:19, s.354; EU-domstolen har stadfäst principen i domen i målet Costa mot Enel.

⁹⁶ Art. 3 EU-fördraget; Art. 24 EUs rättighetsstadga.

⁹⁷ Art. 24 EUs rättighetsstadga, punkt 1 och 2.

⁹⁸ Barnkommittén, 1997, s.140 f.

meddelar i frågor om vårdnad och umgänge faller inom detta tillämpningsområde.⁹⁹

Rätten till respekt för familjelivet innebär en rätt för familjemedlemmar att leva tillsammans och att vidmakthålla samt utveckla ömsesidiga relationer utan att staten ingriper. Även då familjemedlemmar har en sådan rättighet enligt artikel 8 Europakonventionen har staterna genom samma bestämmelse en positiv skyldighet som innebär att de genom lagstiftning eller på annat vis skall skydda familjen.¹⁰⁰ Om en förälder genom skilsmässa eller separation inte får vårdnaden om sitt barn skall denna förälder som huvudregel ha rätt till umgänge med barnet för att artikel 8 Europakonventionen skall anses respekterad. Det kan dock finnas särskilda skäl att utesluta umgängerätt. Föräldrarnas och barnets intressen skall här vägas mot varandra och barnets intressen skall tillmätas särskild vikt. Inskränkningen av föräldrarnas umgängerätt skall vidare vara proportionerlig. Enligt artikel 8.2 Europakonventionen kan umgängerätten inskränkas om det är till skydd för exempelvis hälsa eller moral.¹⁰¹ Avseende staternas skyldighet att vidta positiva åtgärder för att skydda den enskildes privatsfär kan sägas att de kan bryta mot denna skyldighet genom att inte skapa ett tillräckligt rättsligt skydd. Staten kan bli ansvarig för sin underlåtenhet även då ett specifikt övergrepp, som visat att det rättsliga skyddet var otillräckligt, har utförts av en enskild person för vars handlande staten i och för sig inte är ansvarig. De krav på skyddsåtgärder som ställs på staten måste dock vara rimliga.¹⁰²

3.4.3. MÅL OM VÅRDNAD, BOENDE OCH UMGÄNGE

Genom 1998 års lagstiftning infördes portalparagrafen 6 kap. 2 a § FB som stadgar barnets bästa.¹⁰³ Genom denna paragraf knöts regleringen avseende frågor om vårdnad, boende och umgänge tydligt till artikel 3 i Barnkonventionen. I 6 kap. 2 a § FB stadgas att barnets bästa skall vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. Principen skall

⁹⁹ Danelius, 2012, s.378 f.

¹⁰⁰ Danelius, 2012, s.372.

¹⁰¹ Danelius, 2012, s.378 f.

¹⁰² Danelius, 2012, s.346 f.

¹⁰³ Prop. 1997/98:7, s.101.

beaktas av såväl domstolen som socialnämnden då beslut skall tas eller avtal skall godkännas.¹⁰⁴ Principen om barnets bästa betraktas ofta som en överordnad princip.¹⁰⁵

I 6 kap. 2 a § FB anges inte vad som exakt anses vara barnets bästa. Detta beror på att lagstiftaren inte velat förlora flexibiliteten som behövs i de enskilda fallen.¹⁰⁶ Den öppna formuleringen av paragrafen är en avsiktlig strategi; rätten skall kunna beakta omständigheter som lagstiftaren inte förutsett.¹⁰⁷ Att innebörden av begreppet barnets bästa är öppen och därmed oklar kan te sig problematiskt då begreppet ges utrymme att innebära olika saker för olika människor, beroende på hur barns behov uppfattas. Bedömningen av vad som är bäst för ett barn i ett enskilt fall kan dock inte göras schablonmässigt utan måste göras utefter de individuella omständigheterna i varje enskilt fall. Begreppets innebörd varierar också med tiden då ny kunskap träder fram och samhällets värderingar förändras.¹⁰⁸

I 6 kap. 2 a § andra och tredje stycket FB stadgas vissa omständigheter som skall beaktas då det görs en bedömning gällande vad som är bäst för barnet. Innebörden av barnets bästa är således inte helt oklar. De omständigheter som särskilt skall beaktas enligt paragrafens andra och tredje stycke är följande;

- Risken för att barnet eller någon annan i familjens utsätts för övergrepp eller att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa,
- Barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna,
- Barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.

Forskaren Anna Kaldal har diskuterat huruvida de omständigheter som räknas upp i 6 kap. 2a § FB utgör rekvisit i traditionell bemärkelse eller inte. Om de utgör rekvisit i traditionell bemärkelse måste de uppfyllas för att barnets bästa skall anses vara för handen.¹⁰⁹ Göran Ewerlöf, Tor Sverne och Anna Singer

¹⁰⁴ Prop. 1997/98:7, s.104; Sjösten, 2014, s.42.

¹⁰⁵ Mattsson, 2002, s.35.

¹⁰⁶ Sjösten, 2014, s.43.

¹⁰⁷ Kaldal, 2010, s.215.

¹⁰⁸ Sjösten, 2014, s.43.

¹⁰⁹ Kaldal, 2010, s.221.

menar att domstolarna har använt dessa förhållanden som generella presumtioner för vad som är barnets bästa. De menar vidare att detta är riskfyllt för att förvaltningsmyndigheterna och domstolarna då riskerar att bortse från andra viktiga faktorer i det enskilda fallet.¹¹⁰ Även andra¹¹¹ viktiga förhållanden kan i ett enskilt fall vara av vikt för barnets bästa.¹¹² Det står dock klart att de faktorer som uppräknas i 6 kap. 2a § FB inte kan beaktas som helt fristående bevisfakta. Med detta menas att rättstillämparen inte, enligt principen om fri bevisprövning, vid sin bevisvärdering kan välja att beakta eller bortse från exempelvis risken för att barnet får illa eller barnets vilja. Dessa faktorer skall beaktas, det är emellertid oklart hur de skilda faktorerna skall viktas i förhållande till varandra.¹¹³ Det finns ytterligare en central faktor vid bedömningen avseende vad som är bäst för barnet förutom de som stadgas i 6 kap. 2a § FB. Denna faktor är barnets behov av trygghet som stadgas i 6 kap. 1 § FB.¹¹⁴

I ett mål om vårdnad, boende och umgänge skall domstolar och förvaltningsmyndigheter alltid utröna barnets bästa. Barnets bästa är ett bevisstema och relevanta tolkningsfaktorer skall utredas och sedan ges betydelse i förhållande till varandra beroende på det enskilda barnets behov och situation. Man kan i anledning av detta se det som att utrönandet av barnets bästa sker genom en tvåstegsprövning, där domstolarna och förvaltningsmyndigheterna först utreder tolkningsfaktorerna och sedan gör en prognos för barnets bästa.¹¹⁵

3.4.3.1. BARNETS BEHOV AV EN NÄRA OCH GOD KONTAKT

Precis som i Barnkonventionen är barnets rätt att bli omvårdat av båda sina föräldrar en grundläggande princip i den svenska familjerättsliga lagstiftningen.¹¹⁶ Domstolen och socialnämnden skall vid en bedömning av vad

¹¹⁰ Ewerlöf, Sverne & Singer, 2004, s.79

¹¹¹ I praxis finns ytterligare exempel på omständigheter som domstolarna ofta använder sig av för att fastställa barnets bästa. Ett exempel är att syskon inte bör skiljas åt om detta inte är till fördel för barnet. Se Ewerlöf, Sverne & Singer, 2004, s.79.

¹¹² Prop. 1997/98:7, s.105; Sjösten, 2014, s.43.

¹¹³ Kaldal, 2010, s.221.

¹¹⁴ Ewerlöf, Sverne & Singer, 2004, s.77; Kaldal, 2010, s.227.

¹¹⁵ Kaldal, 2010, s.226.

¹¹⁶ Barnkommittén, 1997, s.26.

som är bäst för barnet i en process fästa avseende särskilt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Detta stadgas i 6 kap. 2a § andra stycket andra meningen FB. Behovet av en nära och god kontakt med båda föräldrarna skall sedan år 1998 beaktas i alla frågor som berör vårdnad, boende eller umgänge.¹¹⁷

År 1991 förtydligades bestämmelsen om barnets behov av kontakt med båda föräldrarna i FB. Bestämmelsen relaterade vid denna tid särskilt till de fall där gemensam vårdnad inte blev aktuell. Principen infördes eftersom problemet med umgängessabotage då hade uppmärksammats. Med umgängessabotage menas att den förälder som har vårdnaden om barnet på olika vis hindrar en kontakt mellan barnet och den andra föräldern. Lagstiftaren uttryckte här att man skulle se allvarligt på dessa fall eftersom det är av vikt för barnets psykiska hälsa att ha ett fungerande umgänge med båda föräldrarna.¹¹⁸

Eftersom en nära och god kontakt till båda föräldrarna i de allra flesta fall är bäst för barnet skall detta beaktas i de fall då gemensam vårdnad kan vara aktuell såväl som i de fall då vårdnaden skall anförtros en av föräldrarna.¹¹⁹ Speciellt för små barn är det av vikt att ha en god känslomässig anknytning till båda föräldrar, även om inte båda föräldrar är vårdnadshavare. Detta är viktigt bl.a. för barnets trygghetskänsla.¹²⁰

Att det normalt är bäst för barnet att ha en nära och god kontakt till båda sina föräldrar innebär givetvis inte att barnet alltid måste leva eller umgås med en förälder under alla förhållanden. Detta hänger samman med att ett barn har en absolut rättighet att inte bli utsatt för våld, övergrepp eller annan kränkande behandling. Ett barn har också rätt att inte få sin psykiska hälsa utsatt för risker, som exempelvis genom att tvingas se eller höra våld i hemmet. Även lindrigare våld kan uppfattas som allvarligt.¹²¹ Om nyss nämnda förhållanden råder kan det i enskilda fall vara bättre för barnet att visst umgänge begränsas. Denna

¹¹⁷ Prop. 1997/98:7, s.48, 105.

¹¹⁸ Prop. 1990/91:8, s.37 ff.

¹¹⁹ Prop. 1990/91:8, s.60. Prop. 2005/06:99, s.42.

¹²⁰ Ewerlöf, Sverne & Singer, 2004, s.77.

¹²¹ Prop. 2005/06:99, s.42.

bedömning hänför sig till den riskbedömning som skall behandlas under avsnitt fyra.

3.4.3.2. BARNETS VILJA

För att utröna hur barnets behov bäst blir tillgodosett är det av vikt att barnets egna uppfattningar och önskemål blir belysta och beaktade i processen. Enligt 6 kap. 2a § tredje stycket FB skall hänsyn tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.¹²² Det var i enlighet med Barnkonventionens regler om barns rätt att komma till tals som en uttrycklig bestämmelse infördes i FB år 1996.¹²³

Barnets vilja skall beaktas i samtliga mål hos domstolen men även socialnämnden skall vid sin prövning av föräldrarnas avtal beakta dess vilja. Barnets vilja kan ändras från dag till dag, därför är det av vikt att det som barnet ger uttryck för bedöms av någon som besitter sakkunskap. Det är också av vikt att hänsyn tas till omständigheterna i det enskilda fallet.¹²⁴

Praxis ger för handen att gränsen för när barnets vilja skall beaktas och inte är flytande. Sammanfattningsvis kan följande anföras när det kommer till riktlinjer för gränsdragningen, utefter praxis på området. Det är sällan ett barn som är tio år gammalt får sin vilja beaktad, det är tämligen vanligt att ett barn som är elva år får sin vilja beaktad och det är endast i undantagsfall som barnets vilja inte beaktas om barnet är tolv år gammalt eller äldre. Dock innebär detta inte att man kan bortse från mognadsaspekten. Är en tolvåring att anse som ovanligt omogen för sin ålder kan dess vilja givetvis inte beaktas i lika stor utsträckning. Något som också måste analyseras och tas i beaktning är huruvida barnets eventuella viljeyttring kan antas vara barnets egna eller om barnet eventuellt pratar utefter exempelvis en förälders vilja.¹²⁵

¹²² Sjösten, 2014, s.51.

¹²³ Prop. 2005/06:99, s.45.

¹²⁴ Sjösten, 2014, s.54.

¹²⁵ Sjösten, 2014, s.53.

3.4.3.3. BARNETS BEHOV AV TRYGGHET

6 kap 1 § FB ger uttryck för barnets behov av trygghet. Den aktuella och nuvarande lydelsen av bestämmelsen infördes i FB år 1983. I paragrafen stadgas att barn har rätt till omvårdnad, trygghet och god fostran, samt att barn skall behandlas med aktning för sin person och egenart. Vidare stadgas att barn inte får utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling.¹²⁶ Vad som stadgas i bestämmelsen ger uttryck för att den som har vårdnaden om ett barn inte endast ansvarar för barnets materiella behov utan också dess psykiska behov.¹²⁷ Barnets behov av trygghet uttrycks ibland som barnets behov av stabilitet och kontinuitet.¹²⁸

¹²⁶ 6 kap. 1 § FB.

¹²⁷ Walin & Vängby, 2010, s.6:7.

¹²⁸ Kaldal, JT, s.540 ff.

4. RISKBEDÖMNINGEN I VÅRDNADSMÅL

4.1. BEDÖMNINGEN I ETT SAMMANHANG

Ett barn har rätt att växa upp med båda sina föräldrar och att leva med sin familj.¹²⁹ Ett barn har också rätt att växa upp i en trygg miljö skyddad från våld och övergrepp.¹³⁰ Detta är rättigheter som barn har men som ibland ställs mot varandra. Endast när det är bäst för barnet skall det skiljas från sina föräldrar mot sin vilja.¹³¹ Intresseavvägningen mellan barnens och föräldrarnas rätt till familjeliv samt barns rätt till samhällsvård är långt ifrån enkel och varken svensk rätt eller några internationella konventioner anger precis hur den skall göras.

Balansgången mellan rätten till familjeliv och rätten till en trygg uppväxt fri från våld och övergrepp belyses dock bl.a. genom FB:s krav på att det skall föreligga en viss risknivå för att kontakten mellan barn och förälder skall kunna begränsas. Utgångspunkten för lagstiftningen om vårdnad, boende och umgänge är att regelsystemet så långt som möjligt skall främja ett gemensamt föräldransvar. Föräldraskapet medför också en rätt för föräldrarna till vårdnad och umgänge med barnet. I vårdnaden om barnet ingår dock ett ansvar för barnets omvårdnad, trygghet och goda fostran. Socialnämndernas beslut och domstolarnas avgöranden i vårdnadsmål kan inskränka föräldrarnas rätt till vårdnad och umgänge och vid domstolarnas och socialnämndernas avgörande är barnets bästa alltid den avgörande faktorn.¹³² Risken för att barnet far illa är alltså en omständighet som skall beaktas i socialnämndernas och domstolarnas avgöranden av vad som är bäst för barnet.

4.2. BEDÖMNINGENS SYFTE

Såväl innehållet som tillämpningen av de rättsliga normerna i mål om vårdnad, boende och umgänge präglas av en beteendevetenskaplig förståelse för barn

¹²⁹ Art.9 Barnkonventionen; Art.8 Europakonventionen.

¹³⁰ 6 kap. 1 § FB, Art.3 Barnkonventionen, Art.9 Barnkonventionen, Art.19 Barnkonventionen, Art.34 Barnkonventionen, Art.8 Europakonventionen.

¹³¹ Art.9 Barnkonventionen.

¹³² Kaldal, 2010, s.217 ff.; Sjösten, 2014, s.21; Walin & Vängby, 2010, s.6:2, ff.

och risk.¹³³ Riskbedömningar i vårdnads mål har för avsikt att bedöma risken för att ett barn skall fara illa och ta skada. Dessa riskbedömningar ger uttryck för samhällets ansvar för barn vid tvister avseende vårdnad, boende och umgänge. Främst kommunernas socialnämnder har ett övergripande ansvar för att barn och unga växer upp under trygga och goda förhållanden. Vad trygga och goda förhållanden innebär samt vad som gör att barn far illa är dock inte ristat i sten. Synen på detta förändras i takt med samhället och samhällets syn på barn.¹³⁴

6 kap. 2a § FB samt 6 kap. 1 § FB belyser barnets bästa. Vid bedömningen av vad som är bäst för barnet skall det, utöver barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna, barnets vilja samt barnets rätt till trygghet fästas avseende särskilt vid;

”risken för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för övergrepp eller att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa”¹³⁵.

Om det konstateras att det finns en risk för att barnet far illa är huvudregeln att vårdnad, boende eller umgänge inte skall tilldömas den förälder som innebär en risk för barnet.¹³⁶

4.3. BEDÖMNINGENS FRAMVÄXT

Det var för 23 år sedan som lagstiftarna i Sverige införde en bestämmelse om att rätten skulle beakta risken för att barnet far illa då de tog beslut avseende umgänge.¹³⁷ Det grundläggande motivet till att denna bestämmelse infördes i 6 kap. 15§ fjärde stycket FB var att den ökade rörligheten över gränserna hade medfört ett behov av en fungerande nationell reglering i syfte att motverka att föräldrar, som inte hade vårdnaden om sina barn, obehörigen förde med sig sina barn till ett annat land eller olovligen höll kvar barnen i ett annat land för att skilja barnen från deras vårdnadshavare. Vid denna tid gjordes det gällande att umgänge bestämdes på ett schablonartat vis även i fall där det fanns risk för

¹³³ Kaldal, 2010, s.73.

¹³⁴ Kaldal, 2010, s.76, 214; Singer, 2012, s.199 f.

¹³⁵ 6 kap. 2a § andra stycket, första meningen FB.

¹³⁶ Kaldal, JT, s.243.

¹³⁷ Prop. 1992/93:139, s.7.

att barnet kunde komma till skada. Domstolarna kritiserades för att de avvek från standardnormen enbart då det kunde ledas i bevis att den förälder som inte var vårdnadshavare var olämplig att umgås med barnet. Till denna diskussion tillfördes att den vid tiden nya bestämmelsen, 6 kap. 6a § FB, uppfattades som att vårdnadshavaren skulle vara skyldig att medverka till umgänge även när detta riskerade att skada barnet. 6 kap. 6a § FB trädde ikraft år 1991 och stadgade att det vid beslut om barnets bästa skulle fästas särskild vikt vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Man ville genom införandet av 6 kap. 15 § fjärde stycket FB klargöra att behovet av en nära och god kontakt med båda föräldrarna inte skulle trumfa risken för att barnet far illa.¹³⁸ 6 kap. 15 § fjärde stycket FB blev en förtydligande och kompletterande bestämmelse till 6 kap. 6a § FB och avsåg att undanröja missförstånd om räckvidden av denna.¹³⁹

I förarbetena till 6 kap. 15 § fjärde stycket FB diskuterades också att risken för att barnet far illa inte enbart skulle beaktas då en förälder riskerade att olovligen föra bort barnet ur landet. Även andra fall av risker så som olovliga bortföranden inom landet, risk för misshandel, sexuella förgrep eller vistelse i ogynnsam miljö med missbruk etc. skulle tas i beaktande. Bestämmelsen skulle ges en vid ram eftersom domstolarna, föräldrarna och andra skulle fästa vikt vid betydelsen av att barn inte skulle komma till skada i samband med utövande av umgänge.¹⁴⁰

Fem år efter att 6 kap. 15 § fjärde stycket FB hade införts tilltog diskussionen om att barnets bästa skall stå i centrum vid all lagstiftning som nära berör barn. Barnkonventionen diskuterades allt mer frekvent, framförallt artikel 3 som stadgar barnets bästa.¹⁴¹ Det var också nu som lagstiftarna bestämde sig för att de ville samordna befintliga bestämmelser om vad som skulle beaktas vid en bedömning av frågor om vårdnad, boende och umgänge.¹⁴² 6 kap. 2a § FB infördes 1998 och sammanförde 6 kap. 15 § fjärde stycket FB samt 6 kap. 6a §

¹³⁸ Prop. 1990/91:8, s.11; Prop. 1992/93:139, s.26 ff.

¹³⁹ Prop. 1997/98:7, s.48.

¹⁴⁰ Prop. 1992/93:139 s.28 ff.

¹⁴¹ Prop. 1997/98:7, s.20, s.35.

¹⁴² Prop. 1997/98:7, s.47 ff.

FB. Den förstnämnda bestämmelsen har sedan denna lagändring fungerat som en portalparagraf för 6 kap. FB.

Ytterligare några år efter att 6 kap. 2a § FB införts ansåg våra lagstiftare att betydelsen av risken för att barnet far illa skulle lyftas fram i vår familjerättsliga lagstiftning. I juli 2006 gjordes därför en reformering av bestämmelsen om barnets bästa.¹⁴³ Ett flertal år innan lagändringen 2006 gjordes undersökningar, av bl.a. Rädda Barnen och Kommittén mot barnmisshandel. Dessa undersökningar visade att många barn upplevde våld i familjen. Vårdnadskommittén undersökte även hur domstolarna vid tiden dömde i vårdnadsmål då det förekom påståenden om familjevåld. Enligt undersökningen var påståenden om övergrepp relativt vanliga i vårdnadsmål vid denna tid. Vårdnadskommittén hävdade att domstolarna i stor utsträckning dömde till gemensam vårdnad mot en förälders vilja trots att uppgifter om riskfaktorer förelåg. Liknande utredningar som företogs av vårdnadskommittén genomfördes av Barnombudsmannen och Socialstyrelsen, deras resultat var snarlika vårdnadskommitténs. Flera remissinstanser, bl.a. Socialstyrelsen, Brottsoffermyndigheten, Barnombudsmannen, Familjerättssociomernas Riksförening och Riksförbundet Barnens Rätt i Samhället, uttryckte vid denna tid en oro för att domstolarna inte i tillräckligt stor mån uppmärksammade risken för att barn far illa. I anledning av denna kritik ansåg regeringen att det skulle markeras ytterligare i lagtexten att risken för att barnet far illa vid beslut om vårdnad, boende och/eller umgänge skall väga tungt. De menade att det skall fästas avseende *särskilt* vid risken för att barnet far illa och att domstolar och socialnämnder skall vara uppmärksamma på risken för våld och andra övergrepp.¹⁴⁴

Eftersom lagändringen 2006 innebar att risken för att barnet far illa skulle börja tillmätas större betydelse för bedömningen av barnets bästa ställde sig många frågande till hur detta skulle uppfattas. Enligt Anna Kaldal kan lagändringen uppfattas på flera olika sätt. Den kan tolkas som att själva risknivån har sänkts och att det krävs mindre allvarliga situationer än vad som krävdes förr för att

¹⁴³ Prop. 2005/06:99, s.19.

¹⁴⁴ Prop. 2005/06:99, s.41 f.

riskrekvisitet skall anses uppfyllt. Den kan vidare tolkas som att beviskravet för riskfaktorer sänkts. Slutligen kan den tolkas som att det är samma risknivå som gäller men att risken alltid skall vara avgörande när den viktas i förhållande till de resterande faktorerna i en bedömning av barnets bästa.¹⁴⁵

Vilken eller vilka tolkningar som är gällande är oklart. I motiven till lagändringen 2006 stadgas dock följande; ”Utan tvekan är det i de allra flesta fall bäst för barnet att ha en nära och god kontakt med båda sina föräldrar och det är också utgångspunkten i vårt fortsatta resonemang. Men så som också sägs i förarbetena får barnets rätt till båda sina föräldrar aldrig innebära att barnet riskerar att fara illa. Även om ett barn i de allra flesta fall mår bäst av att få träffa båda sina föräldrar får detta inte innebära att ett barn måste leva eller umgås med en förälder under alla förhållanden. Enligt vår mening måste en grundläggande utgångspunkt vara att alla barn under alla omständigheter har en absolut rätt att aldrig någonsin behöva bli utsatta för våld, övergrepp eller annan kränkande behandling av en förälder. Inget annat intresse kan rättfärdiga en sådan behandling.”¹⁴⁶

4.4. BEDÖMNINGENS AKTUALISERANDE

4.4.1. NÄR INITIERAS EN RISKBEDÖMNING?

Huvudregeln när det kommer till barnens uppväxt är att föräldrarna bestämmer själva över denna. Föräldrarnas beslutanderätt inbegriper frågan om vårdnaden och därmed hur boendet eller umgänget skall ordnas vid en separation. Dock är det inte alltid barnets föräldrar kan komma överens när det gäller dessa frågor.¹⁴⁷ En rättslig process avseende vårdnad, boende och umgänge kan inledas i anledning av en rad olika händelser. I relation till dessa processer finns det i regel en konflikt som inte går att lösa på annat vis än i rättssalen.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Kaldal, 2010, s.215 f.

¹⁴⁶ SOU 2005:43, s.199.

¹⁴⁷ Kaldal, 2010, s.126 f.

¹⁴⁸ Även föräldrar som är överens i samtliga frågor har en möjlighet att vända sig till domstol, se Sjösten, 2014, s.210.

Vårdnadshavare har ett ansvar för barnets omvårdnad, trygghet och goda fostran. I detta ansvar ingår att vårdnadshavaren skall skydda barnet från våld och övergrepp. En vårdnadshavare har en skyldighet att skydda barnet från en olämplig förälder eller annan vårdnadshavare. Således skall vårdnadshavaren initiera en domstolsprocess för att begränsa barnets kontakt med denna person om den anses vara en risk för barnet. I vissa fall förmår dock inte vårdnadshavaren att leva upp till sin skyldighet att tillgodose barnets behov av skydd. I dessa fall kan barnet behöva skydd och stöd från de sociala myndigheterna.¹⁴⁹

Socialnämnden kan stötta och motivera en förälder till att driva en process mot den andra föräldern om begränsning i vårdnad eller umgänge med barnet.¹⁵⁰ Socialnämnden skall dock, om barnets vårdnadshavare förhåller sig passiv och inte förmår begränsa kontakten med en riskförälder, på egen hand väcka talan i domstol om begränsning i vårdnaden och umgänget med barnet. Här träder socialnämndens ansvar för barnet in.¹⁵¹ Oavsett om frågan om vårdnad, boende och umgänge avgörs hos socialnämnden eller först när talan väcks i domstol är det myndigheternas ansvar att beslutet är förenligt med barnets bästa.¹⁵²

I varje fall där socialnämnden eller domstolen står inför att göra en bedömning av vårdnad, boende och/eller umgänge skall de särskilt beakta risken för att barnet far illa.¹⁵³ Således skall en riskbedömning göras om det finns något som indikerar på att en risk är för handen. Både socialnämnden och domstolen har en skyldighet att se till att frågor om vårdnad, boende och umgänge blir tillbörligt utredda.¹⁵⁴ Vad som är en tillbörlig utredningsstandard är dock oklart.¹⁵⁵ I motivuttalandena till 2006 års lagändring anses det i vart fall stå klart att en riskbedömning skall göras om påståenden om övergrepp finns.¹⁵⁶ En riskbedömning kan således aktualiseras vid flera olika skeden i en process.

¹⁴⁹ Kaldal, 2010, s.218.

¹⁵⁰ Kaldal, 2010, s.218.

¹⁵¹ 6 kap. 7 § FB, 6 kap. 15a § FB, 5 kap. 2 § SoF.

¹⁵² Kaldal, JT, s.552.

¹⁵³ 6 kap. 2a § FB.

¹⁵⁴ 6 kap. 17a § andra stycket FB, 6 kap. 19§ första stycket FB.

¹⁵⁵ Kaldal, 2010, s.263.

¹⁵⁶ SOU 2005:43, s.199 ff.

En central fråga är hur pass ingående utredning som är motiverad i de olika stadierna i processen. Av vikt i sammanhanget är att exempelvis en vårdnads-, boende-, eller umgängesutredning¹⁵⁷ först kan bli aktuell när det förs en process i domstol, detta utesluter dock inte att socialnämnden redan innan detta skall göra en riskbedömning.¹⁵⁸

Domstolsprocessen i mål om vårdnad, boende och umgänge är som huvudregel indispositiv. Detta innebär att domstolen i dessa mål har en utredningsskyldighet och att parterna i målet inte med rättslig verkan kan träffa förlikning. Anledningen till varför dessa processer är indispositiva är att barnet, i processen, inte skall vara utelämnad till dess föräldrars agerande. Domstolen skall beakta det syfte som i det enskilda fallet ligger till grund för de indispositiva rättsreglerna och de allmänna intressen som dessa avser att skydda. De indispositiva reglerna skyddar barnets bästa och således är detta vad domstolen skall tillgodose i dessa rättsprocesser. Utredningsskyldigheten som åligger domstolen gäller både när föräldrarna är överens och när de tvistar om frågor i processen. Domstolen har i vårdnadsfall möjlighet att döma på annat sätt än parterna yrkat.¹⁵⁹ En dom som avkunnas i ett vårdnadsfall har dock ingen rättskraft. Vill en förälder efter lagkraftvunnen dom, avseende exempelvis vårdnaden, väcka talan om vårdnaden på nytt är huvudregeln att det inte finns något hinder mot detta.¹⁶⁰

En riskbedömning skall utgå från de riskfaktorer som framgår av bestämmelsen i 6 kap. 2a § FB. Som vi sett ovan under avsnitt 4.2 innefattar risken för att barn far illa i nuläget följande fyra risker:

- risken för att barnet utsätts för övergrepp,
- risken för att någon annan i familjen utsätts för övergrepp,

¹⁵⁷ En vårdnads-, boende-, eller umgängesutredning är en utredning som domstolen uppdrar åt socialnämnden eller något annat organ att företa om det finns behov av ytterligare utredning i målet, se 6 kap. 19 § tredje stycket FB. En utredning skall endast äga rum om den är nödvändig för tvistens avgörande. Utredningen kan se olika ut beroende på omständigheterna i varje enskilt fall. Socialnämnden lämnar i regel en rekommendation till domstolen efter utredningen. Går domstolen sedan emot det utlåtande som givits av utredarna skall detta motiveras, se Sjösten, 2014, s.222 ff.

¹⁵⁸ Kaldal, JT, s.552; 6 kap. 6 §, 14a § andra stycket, 15a § tredje stycket FB.

¹⁵⁹ 35 kap 6 § RB; 6 kap 19 § första stycket FB; Prop.2005/06:99, s.36; Schiratzki, 1997, s.268; Sjösten 2014, s.212.

¹⁶⁰ 42 kap 5§ första stycket RB.

- risken för att barnet olovligt förs bort eller hålls kvar samt
- risken för att barnet annars far illa.

4.4.2. NÄRMARE OM AKTUELLA RISKFAKTORER

4.4.2.1. RISK FÖR ATT BARNET UTSÄTTS FÖR ÖVERGREPP

Vikten av att skydda barn från övergrepp är en avgörande faktor i en riskbedömning. Det är dock inte varje övergrepp, eller hot om övergrepp, som anses vara en tillräcklig risk för att motivera begränsningar i kontakten mellan barn och förälder.¹⁶¹ Med övergrepp mot barnet avses såväl fysiska som psykiska övergrepp. I förarbetena ges exempel på fysiska övergrepp så som misshandel och sexuella förgripelser. Även hotelser om övergrepp samt umgängesföräldrarnas attityd till våld är omständigheter som kan vägas in i bedömningen. Det ges i förarbetena ingen närmare exemplifiering på övergrepp som enbart är av psykisk natur, dock stadgas att dessa skall beaktas vid en bedömning.¹⁶² Av vikt är att riskfaktorn inte bygger på att ett övergrepp måste ha skett, det räcker att något av ovan nämnda förhållanden har fastställts i barnets liv. I vårdnads mål bedömer man riskbeteenden hos någon av barnets föräldrar eller uppmärksammar riskfaktorer för framtida övergrepp mot barnet. De beteenden man analyserar kan, men behöver inte, vara brottsliga enligt Brottsbalkens (BrB) regler för att utgöra riskfaktorer, de behöver inte ens vara riktade direkt mot barnet. Om ett beteende talar för framtida risk för övergrepp mot barnet anses det vara en riskfaktor. Ovan stadgat ger också för handen att inte heller en fällande dom mot en förälder avseende övergrepp mot barnet automatiskt innebär att en tillräcklig risknivå är uppnådd vid en riskbedömning.¹⁶³

4.4.2.2. RISK FÖR ATT NÅGON ANNAN I FAMILJEN UTSÄTTS FÖR ÖVERGREPP

Det var först genom lagändringen 2006 som riskfaktorn *övergrepp mot någon annan i familjen* infördes i 6 kap. 2a § FB. Om en förälder gjort sig skyldig till ett övergrepp mot den andra föräldern eller mot exempelvis ett syskon eller

¹⁶¹ Kaldal, 2010, s.234.

¹⁶² Prop. 1992/93:139, s.37.

¹⁶³ Kaldal, 2010, s.235; Prop. 2005/06:99, s.42.

annan närstående kan detta indikera på en risk för att barnet i fråga far illa. Ändringen i lagtexten motiverades med att det är riskfyllt för barn att växa upp i en våldsamt miljö. Om inte annat innebär det en risk för barnets psykiska hälsa att tvingas se eller höra våld i hemmet. Brottsoffermyndigheten framhöll vid tiden att reaktionerna kan bli lika allvarliga när barn bevittnar våld i sin närmiljö som när barnet själv blir direkt utsatt för övergrepp. Barnet kan t.ex. känna stark oro för att själv drabbas eller påverkas psykiskt på annat vis. I förarbetena stadgas att om en förälder utsätter barnet eller någon annan i familjen för våld, trakasserier eller andra kränkningar så är det i de flesta fall bäst för barnet att denna förälder inte får del i vårdnaden. Det samma kan gälla för beslut om umgänge, beroende på situationen i det enskilda fallet.¹⁶⁴ Syftet med införandet av rekvisitetet *övergrepp mot någon annan i familjen* har varit att ytterligare uppmärksamma den risk det kan innebära för barnet att bevittna våld mot någon annan i familjen.¹⁶⁵

4.4.2.3. RISK FÖR ATT BARNET OLOVLIGT FÖRS BORT ELLER HÅLLS KVAR

Som nämnts ovan var det den ökade rörligheten över gränserna som medförde ett behov av en nationell reglering som kunde motverka att föräldrar, som inte hade vårdnaden av sina barn, obehörigen skulle föra med sig barnen till ett annat land eller olovligen hålla kvar barnen i ett annat land. Det ansågs att där det fanns en risk för ett olovligt bortförande e.d. skulle umgängesbeslutet vid tiden utformas med beaktande av denna risk för att barnets bästa skulle kunna tillgodoses.¹⁶⁶ I förarbetena till denna bestämmelse stadgas följande ”Det kan också förekomma att risken för att barnet olovligen förs utomlands är så påtaglig att rätten över huvud taget inte bör förordna om umgänge eller kringgärda detta med även andra försiktighetsmått än som nyss sagts.”¹⁶⁷ I förarbetena poängteras att även risken för att barnet olovligen hålls kvar inom landets gränser, på en för vårdnadshavaren okänd ort, skall tas med i denna bedömning. Risken för att ett barn olovligen skall komma att föras ut ur landet anses vara större om båda föräldrarna, eller en av dem, har anknytning till ett

¹⁶⁴ Prop. 2005/06:99, s.41 ff.

¹⁶⁵ Kaldal, 2010, s.238; Prop. 2005/06:99, s.42.

¹⁶⁶ Prop. 1992/93:139, s.26 ff.

¹⁶⁷ Prop. 1992/93:139, s.28 f.

annat land än Sverige. Något som påverkar bedömningen anser lagstiftaren vara i vilken mån umgängesföräldern funnit sig i att den andra föräldern tillerkänts vårdnaden om barnet. T.ex. om en främmande rättsuppfattning inte erkänner att modern har bestämmanderätt över vart barnet skall vistas anses detta indikera på att försiktighetsmått är påkallade.¹⁶⁸

Anna Kaldal menar att risken för att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar är annorlunda till sin karaktär än de två riskfaktorer som behandlats ovan under avsnitt 4.4.2.1 och 4.4.2.2. Hon menar att riskfaktorn *bortförande* eller *kvarhållande* beskriver både en riskfaktor och ett skaderekvisit. Riskfaktorn består då av tidigare hot, uttalanden om bortförande eller kvarhållande eller tidigare genomförda bortföranden eller kvarhållanden. Skadeeffekten menar Kaldal är att barnets bortförs eller kvarhålls och om det bevisas att det finns en risk för bortförande eller kvarhållande anses skaderekvisitet vara uppfyllt.¹⁶⁹

Något som inte betraktas som en riskfaktor är om ett bortförande sker i syfte att skydda barnet från en bevisligen farlig situation. HD har indikerat att ett bortförande eller kvarhållande i vissa fall anses motiverat. Förhållanden som kan ha betydelse vid bedömningen av om riskfaktorn föreligger är exempelvis om en förälder tidigare bortfört eller kvarhållit barnet eller om en förälder hotat eller planerat att föra bort barnet eller ett syskon till barnet. I regel måste ett uttalat hot anses allvarligt menat för att utgöra en riskfaktor. Rättsfaktumet *bortförande* eller *kvarhållande* kan jämföras med brottet *egenmäktighet med barn* som stadgas i 7 kap. 4 § BrB. Detta brott straffbelägger skiljandet av ett barn från dess vårdnadshavare eller att en vårdnadshavare utan beaktansvärda skäl egenmäktigt bortför eller bemäktigar sig ett barn från den andra vårdnadshavaren.¹⁷⁰

4.4.2.4. RISK FÖR ATT BARNET ANNARS FAR ILLA

Riskfaktorn *annars far illa* är mer öppet formulerad än de tre andra riskfaktorerna. Denna riskfaktor indikerar att riskbedömningen kan påverkas av en rad obestämda faktorer. I förarbetena exemplifieras dessa riskfaktorer med

¹⁶⁸ Prop. 1992/93:139, s.37 ff.

¹⁶⁹ Kaldal, 2010, s.238.

¹⁷⁰ Kaldal, 2010, s.239 f.

att barnet kan fara illa genom att behöva vistas i olämpliga miljöer när det umgås med en förälder som har missbruksproblem, eller att en förälder med missbruksproblem eventuellt kommer att lämna barnet vind för våg under umgängestillfällena. Samma problem torde kunna uppstå om föräldern lider av en psykisk sjukdom eller psykisk ohälsa.¹⁷¹

4.5. BEHOVET AV EN STANDARDISERAD METOD FÖR RISKBEDÖMNINGAR

I förarbetena till lagändringen 2006 stadgade våra lagstiftare att Socialstyrelsen är det organ som skall ha i uppgift att sammanställa kunskap om och medverka till metodutveckling för hur riskbedömningar skall göras. Detta eftersom Socialstyrelsen är det organ som skall informera, utbilda och ge annat stöd till dem som handlägger frågorna inom socialtjänsten.¹⁷² I januari 2007 gav regeringen Socialstyrelsen i uppdrag att sammanställa kunskapsläget avseende hur riskbedömningar skall göras när socialnämnden utreder frågor om vårdnad, boende och/eller umgänge.¹⁷³

Av Socialstyrelsens rapport framgår att riskbedömningar kan göras på olika vis. Vissa förespråkar kliniska¹⁷⁴ bedömningar medan andra förespråkar standardiserade bedömningar. En standardiserad bedömning innebär att praktikerns beslut vägleds av en tydlig modell, där förutbestämda faktorer vägs samman på ett i förväg bestämt sätt. Den standardiserade bedömningen grundas på ett bedömningsinstrument som i allmänhet baseras på forskning om risk- och skyddsfaktorer för framtida problem.¹⁷⁵ Socialstyrelsen stadgar i rapporten att intresset för standardiserade utredningsmodeller ökat i Sverige under senare år och att några forskningsbaserade riskbedömningsinstrument har börjat användas.¹⁷⁶ De stadgar också att det finns ytterst få svenska forskare som fokuserat på frågor som rör standardiserade bedömningar i samband med

¹⁷¹ Kaldal, 2010, s.240 f.; Prop. 1992/93:139, s.29 ff.; Prop. 2005/06:99, s.42.

¹⁷² Prop. 2005/06:99, s.43.

¹⁷³ Socialstyrelsen, Brännström, 2007, s.5.

¹⁷⁴ En klinisk bedömning innebär i stora drag att praktiker, på basis av erfarenhet och kunskaper om klientens unika och individspecifika omständigheter, fattar beslut om en åtgärd. (Socialstyrelsen, Brännström, 2007, s.14.)

¹⁷⁵ Socialstyrelsen, Brännström, 2007, s.14.

¹⁷⁶ Socialstyrelsen, Brännström, 2007, s.15.

socialnämndens utredningar om vårdnad, boende och/eller umgänge och att de därför fick söka efter relevant forskning i den engelskspråkiga litteraturen. Så gott som samtliga kartlagda studier av intresse hade sitt ursprung i USA.¹⁷⁷

Socialstyrelsen redogjorde i sin utredning för hur yrkesverksamma i Sverige gör riskbedömningar i samband med utredningar om vårdnad, boende och umgänge. Redogörelsen framlades efter resultatet av en enkätundersökning riktad till medlemmar i familjerättssociomerns förening. Enkätundersökningen gjordes för att få en bild av de professionellas arbetsätt och tankar. Endast ett fåtal av de 450 medlemmar som medverkade i enkätundersökningen uppgav att de använde något standardiserat bedömningsinstrument i samband med riskbedömningar. Ungefär hälften av de medverkade uppgav att lagändringen 2006 har inneburit förändringar av arbetsättet i utredningarna. Dock hade ändringarna enligt dessa inte varit särskilt stora. Ca 80 % av de medverkande ansåg att det fanns ett behov av bättre metoder, utvärderade riskbedömningsinstrument samt vägledning från Socialstyrelsen.¹⁷⁸ I Socialstyrelsens slutsatser stadgades att standardiserade riskbedömningsinstrument ger såväl bättre prognosförmåga som en ökad transparens och därmed också bättre rättssäkerhet. Slutligen stadgade Socialstyrelsen att det fanns ett behov av långsiktigt utvecklings- och utvärderingsarbete av riskbedömningsinstrument som kan användas i utredningar som rör vårdnad, boende och/eller umgänge.¹⁷⁹

Under 2010, några år efter Socialstyrelsens rapport, publicerade Anna Kaldal en rättsvetenskaplig studie om bl.a. riskbedömningar i vårdnadsmål. I denna tar även Kaldal upp att riskbedömningar i vårdnadsmål har studerats mycket begränsat inom det rättsvetenskapliga forskningsfältet.¹⁸⁰ Utöver Kaldals studie verkar forskningsresultaten fortfarande skrala på området. Kaldals studie har pga. detta, i arbetet med denna uppsats, fått vara vägledande för hur en aktuell riskbedömning företas i nutid.

¹⁷⁷ Socialstyrelsen, Brännström, 2007, s.16 ff.

¹⁷⁸ Socialstyrelsen, Brännström, 2007, s.22 ff.

¹⁷⁹ Socialstyrelsen, Brännström, 2007, s.25 f.

¹⁸⁰ Kaldal, 2010, s.35.

Under 2011 publicerade Socialstyrelsen en uppföljning av hur 2006 års vårdnadsreform slagit igenom i socialtjänstens arbete. I denna tog de bl.a. upp att det vid tiden fortfarande inte fanns något evidensbaserat instrument eller verktyg, någon modell eller några rekommendationer för hur man i en vårdnadsutredning skall bedöma riskerna för att barn far illa. Socialstyrelsen stadgade att det efterfrågade stödet för hur riskbedömningar skall företas dröjer trots att behovet indikeras vara stort. I uppföljningen stadgar Socialstyrelsen att det finns stora skillnader mellan hur kommunerna genomför riskbedömningar. Vissa kommuner gör initiala riskbedömningar i alla ärenden för att sedan göra en fördjupad riskbedömning i ärenden där det är relevant medan andra kommuner endast gör riskbedömningar i de fall då det finns tydliga indikationer på att ett barn kan fara illa.¹⁸¹

Anna Kaldal publicerade, efter sin studie, en artikel i *Juridisk Tidskrift* 2012/13 om standardiserade metoder för att bedöma risk i ärenden om vårdnad, boende och umgänge. I denna framhäver hon fortsatt att det inte finns några säkra metoder för bedömning av risken för att ett barn far illa.¹⁸² Hon påtalar också faran med att riskbedömningar är bristfälliga och menar att det för rättssäkerhetens skull hade varit bra om alla utredningar utgick ifrån en och samma metod. När Kaldal pratar om att utredningar är bristfälliga menar hon att vissa utredare t.ex. inte inhämtar information från andra myndigheter eller pratar med personer runt barnet som grannar och släktingar. Vissa utredare bortser också från gamla handlingar som äldre journaler från läkarbesök och pratar inte med barnet ensamt. Kaldal menar att man hade kunnat undvika dessa brister om alla utgick från samma riskbedömningsinstrument. Med en standardiserad metod skulle den enskilde utredarens kompetens, objektivitet och noggrannhet inte spela en lika stor roll.¹⁸³

I kommittédirektiv 2014:84, *En utvärdering av 2006 års vårdnadsreform*, stadgas att en särskild utredare bl.a. skall ta ställning till vilka åtgärder som kan behöva vidtas för att säkerställa att riskbedömningar görs i tillräckligt stor

¹⁸¹ Socialstyrelsen, 2011, s.25.

¹⁸² Kaldal, JT, s.540.

¹⁸³ Kaldal, JT, s.546 f.

utsträckning och att dess bedömningar är av hög kvalitet. Utredaren skall senast i oktober 2016 lämna de förslag till författningsändringar och andra åtgärder som behövs göras.¹⁸⁴ Oaktat att det finns ett stort behov av en standardiserad metod finns det i dagsläget vissa riktlinjer för hur en riskbedömning skall gå till. Nedan under avsnitt 4.7 redogörs för riskbedömningen i två steg så som den i regel företas idag.

4.6. BEVISFAKTA ELLER RÄTTSAKTA

Ovan under avsnitt 3.4.2 stadgas att de faktorer som uppräknas i 6 kap. 2a § FB, enligt Kaldal, inte bör beaktas som helt fristående bevisfakta som domstolen kan välja om de vill fästa särskild uppmärksamhet vid. Vad specifikt avser faktorn *riskan för att barn far illa* kan sägas att dess inrymmande riskfaktorer i sig kan utgöra antingen bevisfakta eller rättsfakta.

Om riskfaktorerna utgör bevisfakta skall dessa ingå och beaktas i en bedömning utifrån dess bevisvärde och relevans. Denna bedömning innebär att domstolen får ett större tolkningsutrymme och att bedömningen görs utifrån rättens kunskap om verklighetsförhållandena. Om riskfaktorerna istället utgör rättsfakta, skall dessa först bevisas för att ingå i en riskbedömning. Detta innebär att domarna i dessa fall är skyldiga att dela upp riskfaktorerna (delrekvisiten) i separata bevissteman för att sedan knyta beviskrav och bevisbörda till dessa. Om riskfaktorerna utgör rättsfakta har domaren utrymme för mindre fri tolkning. Det är i regel ovanligt att bevisfakta anges i lag. Dessutom talar lagstiftarens ambitioner, om att särskild vikt skall fästas vid risken för att barnet far illa, för att riskfaktorerna utgör rättsfaktum. Detta innebär att även riskbedömningen skall delas upp i två steg. Dels skall någon av de i lagen angivna riskfaktorerna fastslås, dels skall dessa medföra en viss fara för att barnet far illa. Detta går hand i hand med att risken skall prövas individuellt i förhållande till det enskilda barnet och dess livssituation. Även om det inte uttryckligen stadgas i lagen, delar man alltså upp riskbedömningen

¹⁸⁴ Dir. 2014:84, s.1, 10 ff.

i ett bakgrundstema för riskfaktorerna och ett prognostema för den individuella riskbedömningen.¹⁸⁵

4.7. EN TVÅSTEGSPRÖVNING

4.7.1. STEG 1

Innan en individuell prognos för barnet görs är det första steget i en riskbedömning att utreda förekomsten av de riskfaktorer som stadgas i 6 kap. 2a § andra stycket första meningen FB.¹⁸⁶ Uppräkningen i paragrafen är uttömmande men formuleringen *annars far illa* lämnar en öppning för ytterligare och oidentifierade riskfaktorer.¹⁸⁷ Av vikt är att samtliga faktorer av betydelse för bedömningen av risken för att barnet far illa skall beaktas.¹⁸⁸

Det första steget i en riskbedömning blickar alltså bakåt.¹⁸⁹ Den riskbedömning som skall företas skall i första hand grundas på vad som är utrett om tidigare inträffade händelser samt andra faktiska omständigheter som kan ha betydelse för bedömningen.¹⁹⁰ I steg ett fastställer man vad som redan har hänt.¹⁹¹ Då riskfaktorerna utgör rättsfaktum krävs det att dessa uppfylls innan prövningen går vidare till att bedöma vilken grad av risk de utgör för det enskilda barnet. Om en riskfaktor inte kan bevisas försvinner detta rättsfaktum från processen. Den eller de riskfaktorer som däremot bevisas kommer dock ingå i riskbedömningen i steg två, men då som prognosfaktorer ihop med andra faktorer av beviskaraktär.¹⁹² I första steget görs en prövning av om de riskfaktorer som lagen anger är för handen i barnets miljö. Bevisningen för en riskfaktor förs exempelvis genom vittnesutsagor, läkarintyg och psykologutlåtanden. Först om en risk är konstaterad går prövningen vidare till steg två, dvs. om riskfaktorn eller riskfaktorerna utgör en tillräcklig risk enligt

¹⁸⁵ Kaldal, 2010, s.230 ff.

¹⁸⁶ Kaldal, 2010, s.232.

¹⁸⁷ Kaldal, 2010, s.233.

¹⁸⁸ Kaldal, JT, s.540 ff.

¹⁸⁹ Kaldal, 2010, s.234.

¹⁹⁰ Prop. 2005/06:99, s.42.

¹⁹¹ Kaldal, JT, s.543.

¹⁹² Kaldal, 2010, s.233.

vad lagen kräver.¹⁹³ Samma riskfaktor utgör ett rättsfaktum i första steget och ett bevisfaktum i andra steget i förhållande till risknivån.

4.7.2. STEG 2

När riskfaktorerna utretts och bevisats går man vidare till steg två i riskbedömningen som innebär att man skall bedöma vilken grad av risk de konstaterade riskfaktorerna utgör för det enskilda barnet. Det andra steget i en riskbedömning är framåtblickande och utgörs av en individualiserad prognos som innebär att *riskfaktorn* eller *riskfaktorerna* skall prövas i relation till bevis temat *en framtida skada*. När man sett till vad som tidigare inträffat skall man sedan främst se till risken för att framtida övergrepp kan komma att ske.¹⁹⁴ Den prognostiska delen tar sikte på situationen för barnet efter en avslutad process. Sambandet mellan faktorerna i barnets miljö och en möjlig skadeeffekt utgör den risk som kan kopplas till en framtida skada. Uppnår den samma styrka som den risknivå som krävs enligt lagen inträder rättsföljden och barnet skall skyddas.¹⁹⁵

En riskfaktor som redan lett till en uppkommen skada, t.ex. att en vårdnadshavare misshandlat sitt barn, utgör ett bevisfaktum i steg två som kan ha betydelse för att bedöma graden av risk för att situationen skall inträffa igen. Med *risk för att barnet far illa* menas alltså den framtida risken och inte vad som redan skett. En redan realiserad skada, tillsammans med övrig information i målet, värderas i förhållande till en möjlig framtida skada. Om en allvarlig riskfaktor redan ägt rum, indikerar detta på att ytterligare risk kan vara för handen. Ett verbalt hot eller att en mindre allvarlig riskfaktor realiserats väger inte lika tungt i den framåtsyftande bedömningen.¹⁹⁶ I steg två bedömer man risknivån genom att ta ställning till samtliga faktorer av betydelse för risken. Både risk- och skyddsfaktorer skall analyseras. Man beaktar här omständigheter som att en våldsutövande förälder har gått i behandling och

¹⁹³ Kaldal, 2010, s.255 f.

¹⁹⁴ Kaldal, 2010, s.234; Prop. 2005/06:99, s.43.

¹⁹⁵ Kaldal, 2010, s.257.

¹⁹⁶ Prop. 2005/06:99, s.43.

ändrat sitt beteende. I en sådan situation kan risken för återfall anses vara lägre.¹⁹⁷

Den sammantagna riskbedömningen skall göras individuellt utifrån det enskilda barnets behov och situation. Oavsett om det gäller ett beslut om vårdnad, boende eller umgänge skall samma riskfaktorer bedömas. Dock kan riskfaktorerna analyseras olika beroende på om det rör sig om ett beslut avseende vårdnad, boende eller umgänge. I prövningen är riskfaktorernas art, skyddsfaktorer, graden av exponering för risken, m.m. av vikt. Efter en individualiserad bedömning avgörs om risknivån uppnås eller inte. Bedömningen skall innefatta en analys av de framtida konsekvenser som följer av ett beslut.¹⁹⁸

4.8. BEDÖMNINGENS BEVISKRAV

Innan en riskbedömning initieras skall det enligt motiven till lagändringen 2006 göras en sannolikhetsbedömning. Om en förälder som påstås ha begått ett övergrepp erkänner detta kan socialnämnden eller domstolen direkt gå över på den framåtblickande riskbedömningen. Om föräldern nekar får saken prövas genom en sannolikhetsbedömning. Om skador är dokumenterade, ögonvittnen finns eller dylikt är det lättare än om ord står mot ord.¹⁹⁹ I förarbeten såväl som i praxis förekommer begreppet *konkret* när graden av risk uttrycks.²⁰⁰ Frågan är vad detta konkretisationskrav egentligen innebär. Enligt förarbetena skall *risken* av att barnet far illa beaktas vid en bedömning. När man bedömer den risknivå som avses räcker det att det föreligger konkreta omständigheter som talar för att det föreligger en risk för barnet. Detta innebär alltså att det inte måste vara ställt utom rimligt tvivel att förhållandena kommer att inträffa som man antar kan leda till att barnet far illa. Även misstankar om övergrepp mot barnet som exempelvis misshandel eller sexuella förgripelser, skall beaktas.²⁰¹ Beviskraven för dessa omständigheter är alltså inte lika höga som i brottmål, därvid skall ett påstående om övergrepp beaktas i ett vårdnadsfall även om det

¹⁹⁷ Kaldal, JT, s.543; SOU 2005:43, s.204.

¹⁹⁸ Kaldal, 2010, s.241 f.

¹⁹⁹ SOU 2005:43, s.200 ff.

²⁰⁰ Kaldal, 2010, s.243; SOU 2005:43, s.201.

²⁰¹ Prop. 1997/98:7, s.47 ff.

skulle vara så att en förundersökning hos polisen lagts ned.²⁰² En utredning kan dock också påvisa omständigheter som tyder på att ett påstående om övergrepp saknar grund. I dessa fall får ett noggrant övervägande göras.²⁰³ Det måste i regel framstå som mer sannolikt att övergrepp eller andra kränkningar har skett än att de inte har det.²⁰⁴ Riskfaktorn skall i första hand vara reell och grunda sig på en erfarenhetssats och i andra hand kunna individualiseras i förhållande till det enskilda barnet. Uttrycket konkret innebär ett krav på den omständighet som utgör en riskfaktor samt ett krav på en viss risknivå. En allvarlig riskfaktor är alltså inte samma sak som en allvarlig risk, dessa skall prövas individuellt för att riskrekvisitet skall anses uppfyllt.²⁰⁵

Om det är utrett sedan tidigare att en förälder gjort sig skyldig till övergrepp bör en detaljerad bedömning göras av det som inträffat. Något som särskilt kan beaktas under dessa bedömningar är t.ex. om övergreppen skett systematiskt under en längre tid, varit allvarliga, riktats mot fler personer eller om övergreppen verkar fungera som ett uttryck för förövarens behov av att utöva makt och kontroll. I dessa fall föreligger det ofta skäl för att utgå från att barnet skulle fara illa med den föräldern som vårdnadshavare.²⁰⁶ Andra omständigheter av betydelse i bevishänseende är om missbruk eller psykisk sjukdom föreligger.²⁰⁷ Något som spelar en stor roll vid bedömningen är när våldet eller kränkningarna har skett. Ligger övergreppen långt tillbaka i tiden eller har de nyligen ägt rum? Ju närmare i tiden övergreppen ligger desto större anser man risken vara för att dessa övergrepp kommer ske igen. Har föräldern gått igenom någon form av behandling för att undvika upprepning av någon form av övergrepp skall detta beaktas i bedömningen. Även barnets egen åsikt skall beaktas i förhållande till dess ålder och mognad.²⁰⁸

Då vårdnads mål är indispositiva och en domstol måste komma till ett materiellt riktigt beslut skall all information av betydelse ingå i en bedömning av den

²⁰² Prop. 2005/06:99, s.42.

²⁰³ Prop. 2005/06:99, s.43.

²⁰⁴ SOU 2005:43, s.201.

²⁰⁵ Kaldal, 2010, s.243 f.

²⁰⁶ Prop. 2005/06:99, s.43.

²⁰⁷ Kaldal, JT, s.544.

²⁰⁸ Prop. 2005/06:99, s.43.

framtida risken. Allt ifrån vad en förälders psykologiska profil säger till vad en granne uppger om barnets situation kan vara viktig information.²⁰⁹ Lösa riskfaktorer som att exempelvis en förälder kommer från ett annat land räcker i regel inte för att risken skall anses konkret. En sådan slutsats skulle inte basera sig på erfarenhet utan istället baseras på en fördom och därmed vara diskriminerande för den förälder som drabbas.²¹⁰

Vilket beviskrav som gäller i vårdnads mål är oklart. Mycket talar dock för att det inte finns skäl att frångå normalkravet i tvistemål som är *styrkt*. Detta motiveras bl.a. av presumtionen om rätten till familjeliv samt att det rör sig om en retrospektiv prövning i steg ett.²¹¹ Frågan är om ett lika högt beviskrav kan ställas i relation till den framåtblickande bedömningen i steg två. Kunskapsteoretiskt betraktas en hög risknivå ligga på 70 % säkerhet. Denna grad av säkerhet betraktas som det relativt låga beviskravet *sannolikt*. Även om detta kan te sig något lågt medför ett krav på sannolikhet att de flesta risksituationer faller utanför lagens tillämpningsområde.²¹² Riskbedömningen är i andra steget en sannolikhetsuppskattning av ett visst framtida utfall. Sambandet mellan en viss riskfaktor och en skada är här av stor vikt. Om sambandet som analyseras inte är mycket starkt måste en viss riskfaktors bevisvärde bedömas i förhållande till samtliga faktorer av betydelse i barnet liv.²¹³ Man kan se det som att det ställs ett kvalitativt krav på en uppmärksam riskfaktor för att den skall anses utgöra en tillräcklig risk. Anna Kaldal menar att risknivån kan likställas med beviskravsnivån *sannolika skäl*.²¹⁴

4.9. NÄRMARE OM SKADEREKVISITET FARA ILLA

Skaderekvisitet *fara illa* preciseras inte direkt i lagtexten, därför ges ett stort tolkningsutrymme vad gäller den framtida skadeeffekten. Frågan som avser skadeeffekten i vårdnads mål har enligt Kaldal inte uppmärksamats i

²⁰⁹ Kaldal, JT, s.544.

²¹⁰ Kaldal, 2010, s.243 f; NJA 1995 s.727.

²¹¹ Kaldal, 2010, s.267.

²¹² Kaldal, 2010, s.269 f.

²¹³ Kaldal, JT, s.544.

²¹⁴ Kaldal, JT, s.545 f.

rättskällorna. Vilken skada på barnet man avser är därför outrett. Istället har flera avgöranden från HD diskuterat konsekvenserna för barnet utan att diskutera detta i samband med risken för att barnet far illa. I regel innebär detta att den bedömning som görs, i förhållande till risken för skada, handlar om riskfaktorernas allvar och risknivån utifrån antaganden om en oklar skadeeffekt. Den skadeeffekt som analyseras i riskbedömningar skall utmynna från de omständigheter som utgör riskfaktorer. Bedömningen av skadeeffekten är inte samma som bedömningen som slutligen görs för barnets bästa, således rör det sig förmodligen inte om samma långsiktiga konsekvenser som i den slutliga bedömningen av barnets bästa.²¹⁵

4.10. BETYDELSEN FÖR BEDÖMNINGEN AV BARNETS BÄSTA

Om rätten efter en individuell bedömning finner att det inte föreligger en risk, eller en tillräcklig risk, för barnet skall risken inte tas med i bedömningen av barnets bästa. Risken skall då helt uteslutas ur prövningen. Kontakten med en förälder kan uteslutas ändå, men på en annan grund än att en risk föreligger. När risker utesluts handlar prövningen inte om att skydda barnet från skada utan om att hitta vilket av två eller flera möjliga vårdnad-, boende- eller umgängesalternativ som är bäst anpassat efter barnets behov.²¹⁶ Kommer rätten dock fram till att en risk föreligger skall denna risk tas med i helhetsbedömningen avseende barnets bästa.²¹⁷ En risknivås inverkan kan skilja sig åt beroende på om man bedömer vårdnad eller umgänge. I regel krävs att den risknivån som begränsar ett umgänge är hög. Detta beror bl.a. på att ett umgänge kan begränsas genom att det exempelvis sker i närvaro av ett umgängesstöd. Vårdnad kan inte begränsas på motsvarande vis då den medför en rätt att utöva den faktiska vårdnaden utan begränsning.²¹⁸

²¹⁵ Kaldal, 2010, s.250 f.

²¹⁶ Kaldal, 2010, s.260.

²¹⁷ Kaldal, 2010, s.241 ff.

²¹⁸ Kaldal, 2010, s.247 f.

5. PREJUDICERANDE PRAXIS

5.1. MÄNGDEN AVGÖRANDE

Det finns endast ett begränsat antal prejudicerande domar som behandlar riskbedömningar i vårdnadsfall. Det finns betydligt fler prejudicerande domar som behandlar övriga komponenter som barnets bästa inbegriper. En viktig aspekt är att det inte finns prejudicerande avgöranden avseende riskbedömningar i vårdnadsfall som avkunnats efter lagändringen 2006. Det finns dock några avgöranden från tiden före lagändringen som jag anser är av vikt att belysa. Dessa skall redogöras för nedan.

5.2. HOT OM BORTFÖRANDE

I NJA 1995 s.727 hade två föräldrar en son på ca två år. Paret separerade strax efter sonens födelse. Modern yrkade efter stämning att TR:n skulle tillerkänna henne ensam vårdnad. Fadern ville ha fortsatt gemensam vårdnad. Modern framförde i målet att fadern vid ett flertal tillfällen framställt hotelser om att han skulle föra deras son till det land där fadern hade sitt ursprung. Efter TR:s dom om att modern skulle ha ensam vårdnad yrkade fadern att han skulle tillerkännas rätt till umgänge med sonen utan kontaktperson. Modern motsatte sig umgänge. HD hade efter HovR:s dom att ta ställning till hur stor risken för bortförande skall vara för att den skall inverka på bedömningen av frågan om umgänge. HD stadgade att det inte är tillräckligt att den förälder vars umgänge med barnet är ifråga har sitt ursprung i ett annat land. Det måste föreligga en mer konkret fara för bortförande. Då fadern framfört hotelser om att föra bort sonen för två år sedan då föräldrarnas förhållande nyligen hade upplösts, samt då fadern vid tiden för dom bott i Sverige i sex år och förlovat sig med en ny kvinna och skaffat lägenhet med henne i Sverige ansåg HD inte att det fanns en sådan risk för bortförande av sonen att det skulle utgöra hinder för umgänge. HD ansåg dock att umgänget initialt, under en viss tid framöver, skulle ske med kontaktperson. Detta eftersom det fanns en risk för att den oro som modern kände, avseende att umgänget mellan fadern och sonen utan kontaktperson skulle kunna påverka sonen samt henne ogynnsamt, var befogad.

5.3. RISK FÖR BARNETS PSYKISKA HÄLSA

I NJA 2003 s.372 hade två föräldrar, som aldrig varit sammanboende, en dotter på ca tre år som från födseln stadigvarande bott hos modern då hon haft ensam vårdnad. I rättsfallet hade HD att avgöra frågan om umgänge med fadern. I rättsfallet fick HD göra en riskbedömning då modern motsatte sig umgänge pga. av att hon ansåg att fadern genomgick snabba personlighetsförändringar och växlingar i sitt humör samt att han uppträdde aggressivt, saknade verklighetsuppfattning och inte hade förmåga att se dotterns behov. Modern menade att dessa förhållanden skulle skada dottern framförallt psykiskt men även i vissa fall fysiskt då fadern inte var kapabel att sköta dotterns omvårdnad. Fadern menade i fallet att hans tidigare beteenden berott på att han efter separationen från modern mådde dåligt. En familjerättssekreterare framhöll via en vårdnads- och umgängesutredning i målet att fadern under utredningen haft den typ av beteende som modern påtalat och att ett gängse umgänge vore direkt olämpligt och att ett skyddat umgänge med kontaktperson borde begränsas till kortare tid än tre timmar. HD kom i fallet fram till att det fanns en konkret risk för dottern att hon skulle fara illa psykiskt vid ett gängse umgänge med fadern men att risken kunde motverkas genom begränsat umgänge under medverkan av en kontaktperson. HD ansåg att umgänge med fadern varannan lördag under tre timmar var till dotterns bästa.²¹⁹

5.4. BRISTER I FÖRÄLDRASKAPET

I RH 2005:38 hade två föräldrar som varit gifta haft gemensam vårdnad om sina tre döttrar på sju, nio och elva år. I rättsfallet gjorde HovR:n en riskbedömning och i målet fanns skriftlig bevisning i form av två vårdnads- och umgängesutredningar samt utredningar som utrett huruvida barnen far illa. Av utredningarna framgick bl.a. att barnen berättat att fadern slår barnen när

²¹⁹ Av intresse i sammanhanget är att det vid tiden för avgörandet ej fanns en lagstadgad bestämmelse i FB för konstruktionen med kontaktperson. Vid denna tid kunde en begäran från domstol om medverkan från kommunens sida ge otillfredsställande resultat. Ibland följdes beslut från domstolen inte eftersom exempelvis socialnämndens resurser att bistå med kontaktperson inte räckte till. 6 kap. 15 c § i FB 2010. Bestämmelsen stadgar att rätten får besluta att en person skall utses av socialnämnden som skall medverka vid umgänget (umgängesstöd). Nuvarande umgängesstöd hänger på att det kan trappas av. Se prop.2009/10:192, *Umgängesstöd och socialtjänstens förutsättningar att tala med barn*, s.4, 8 ff.

han blir arg på dem, att fadern upplever att modern manipulerar barnen till att vilja vara med henne och att det inte är bra för barnen att modern får ensam vårdnad av barnen. Det framgick även att fadern vid upprepade tillfällen under parets förhållande slagit modern framför barnen. I HovR:s domskäl uppmärksammas moderns missbruk och felaktiga umgänge, HovR:n menar dock att dessa omständigheter hänförde sig till en förfluten tid och att det inte skulle ligga modern till last vid en bedömning av vårdnaden. HovR:n kom fram till att fadern istället visat brister i sitt föräldraskap genom misshandel, hot och trakasserier och genom underlåtenhet att främja kontakt med modern och hennes släkt. HovR:n ansåg att det fanns en risk att barnen skulle ta skada om de fortsatt skulle vara i hans vård. Då föräldrarna hade samarbetssvårigheter fick modern ensam vårdnad i detta fall. HovR:n medgav inte växelvis boende som yrkats utan barnen tillerkändes umgänge med fadern torsdag eftermiddag till måndag morgon varannan vecka.

5.5. VÅLD MOT DEN ANDRA FÖRÄLDERN

I NJA 2006 s.26, som avgjordes av HD strax före lagändringen 2006, hade två föräldrar gemensam vårdnad om sina två söner. Då processen inleddes var sönerna två respektive sex år gamla. Fadern förde talan mot modern då modern hade försökt dräpa fadern i parternas gemensamma bostad. Modern dömdes till försök till dråp och överlämnades till rättspsykiatrisk vård. Fadern yrkade i TR:n att han ville ha ensam vårdnad då han menade att modern var olämplig som vårdnadshavare. Modern yrkade att den gemensamma vårdnaden skulle bestå. HD menade i fallet att faderns rädsla för modern var befogad och att det inte kan krävas att han skall ha direktkontakt med en person som utsatt honom för ett sådant allvarligt övergrepp. Eftersom det i fallet saknats skäl att överväga att modern skulle bli ensam vårdnadshavare, och detta inte heller hade föreslagits från något håll, tillerkände HD fadern ensam vårdnad i detta fall. Dock var risken för att barnen skulle fara illa i detta fall inte avgörande, utan föräldrarnas oförmåga att samråda om barnens angelägenheter direkt med varandra var avgörande för att den gemensamma vårdnaden upplöstes. Utöver samarbetsproblemen tydde vårdnadsutredningarna i fallet på att både fadern och modern båda månade ovanligt mycket för barnen.

6. ANALYS OCH DISKUSSION

6.1. RISKBEDÖMNINGENS SYFTE OCH METOD

Majoriteten av de föräldrar som idag inte sammanlever löser frågan om vårdnad, boende och/eller umgänge utomrättsligt.²²⁰ I dessa fall kan samhället i stort endast önska att den lösning som föräldrarna kommer överens om är den bästa för barnet. I dessa situationer har samhället i regel ingen kontroll över om ett barn lever i en riskfylld miljö eller inte. När en tvist om vårdnad, boende och/eller umgänge uppkommer mellan föräldrar, ges samhället dock en chans att utöva kontroll över barnets situation. En riskbedömning har till syfte att skydda barnet från att fara illa. En riskbedömning syftar också till att säkerställa att det beslut socialnämnden eller domstolen kommer fram till i ett vårdnadsfall är förenligt med barnets bästa.

I vårdnadsfall ger riskbedömningar uttryck för samhällets ansvar för barns uppväxtförhållanden. Riskbedömningsinstrumentet kan i detta hänseende liknas vid en fallskärm, den finns där för att förödande konsekvenser skall undvikas men den vecklas bara ut om någon drar i snöret. Om någon drar i snöret är det sedan av vikt att fallskärmen uppfyller sitt syfte. På samma vis är det av vikt att riskbedömningen uppfyller sitt syfte för att barnet inte skall utsättas för risker. Riskbedömningens metod är således av avgörande vikt.

Riskbedömningarna utförs på olika vis och det finns stora skillnader mellan vilka tillvägagångssätt kommunerna väljer då dessa skall företas.²²¹ Detta är problematiskt ur rättssäkerhetssynpunkt, vilket jag återkommer till nedan under avsnitt 6.3. Ser man till de riktlinjer som idag finns skall riskbedömningen i regel följa två steg. Först skall socialnämnden eller domstolen konstatera huruvida det föreligger någon riskfaktor samt om denna kan bevisas. Om en risk konstateras går prövningen vidare till steg två. I steg två görs en individualiserad prognos där domstolen eller socialnämnden skall utröna om de bakomliggande riskfaktorerna kan innebära en framtida risk för barnet. Har en allvarlig riskfaktor styrkts tyder detta på att ytterligare risk kan bli förestående.

²²⁰ Kaldal, 2010, s.25.

²²¹ Se avsnitt 4.5.

Om en risk väl anses föreligga för barnet efter en individuell prövning skall denna aspekt tas med i bedömningen av barnets bästa. Detta kan man se som steg tre i riskbedömningsprocessen. Huvudregeln om en risk är för handen är att vårdnad, boende eller umgänge inte skall tillerkännas den förälder som utgör en risk för barnet.²²² När en risk inte föreligger rör sig prövningen inte längre om att skydda barnet utan dess syfte blir då att se till att ett beslut blir så förenligt med barnets bästa som det kan bli.

Riskbedömningen i vårdnadsmål har ett preventivt skyddssyfte. Domstolen och socialnämnden skall så gott de förmår skydda barnet från att fara illa då de avgör en fråga om vårdnad, boende eller umgänge. Det är svårt att undersöka huruvida detta preventiva skyddssyfte uppnås eller inte. Målet är att inget barn skall fara illa men utan efterföljande undersökningar är det omöjligt att veta om denna målbild blir målgång. Då ett beslut tagits eller en åtgärd utförts får samhället förlita sig på övrig skyddslagstiftning som verkar för barnets bästa, om beslutet eller åtgärden inte leder till ett rättsenligt resultat. Exempelvis *lagen om vård av unga* fyller här en viktig funktion, då dess bestämmelser också kan begränsa kontakten mellan ett barn och dess vårdnadshavare om barnet far illa. Annars kan givetvis en ytterligare prövning av vårdnad, boende och/eller umgänge bli aktuell. Detta då en dom som avkunnats inte vinner rättskraft.

För att syftet med riskbedömningarna skall kunna uppnås krävs att socialnämnder och domstolar uppmärksammar risker i barnets närhet. Hela ansvaret kan dock inte läggas dessa myndigheter till last. Även andra samhällsaktörer spelar här en viktig roll. Vid en indikation om att ett barn far illa måste såväl lärare, tränare, föräldrar, fritidspedagoger, m.fl. agera. Alla risker som dokumenteras är till hjälp vid ett framtida avgörande eller beslut. För att en riskbedömning skall initieras krävs att det föreligger konkreta omständigheter som talar för att det föreligger en risk för barnet.²²³

²²² Kaldal, JT, s.243.

²²³ Prop. 1997/98:7, s.47 ff.

Riskbedömningen syftar också till att underlätta den intresseavvägning som måste ske mellan föräldrarnas och samhällets ansvar för barnets bästa. Reglerna i FB syftar till att säkerställa att det finns någon som för ett barns räkning fattar de beslut som behövs för att barnets bästa skall uppnås.²²⁴ För att barnets bästa skall uppnås måste riskfaktorer uteslutas.

Riskbedömningen i vårdnadsmål syftar slutligen till att uppfylla de krav som internationella konventioner och gemenskapsrättsliga bestämmelser ställer på svensk lagstiftning. Artikel 3 i Barnkonventionen stadgar att barn behöver särskilt stöd och skydd.²²⁵ Behovet av skydd anses vara ett av de mest elementära livsbehoven för barnen enligt Barnkonventionen.²²⁶ Även artikel 8 i Europakonventionen ger uttryck för staters positiva skyldighet att genom lagstiftning eller på annat vis skydda familjen.²²⁷ Skyddsaspekten för barnen är således genomträngande nationellt såväl som internationellt och riskbedömningen i vårdnadsmål fyller en viktig funktion.

6.2. TYNGDPUNKTEN FÖR BARNETS BÄSTA

Jag har ovan belyst att innebörden av principen om barnets bästa i 6 kap. 2a § FB är något oklar. Den är oklar på så vis att det är en överordnad princip som är föränderlig. Lagstiftaren har åsyftat att göra principen flexibel i förhållande till varje enskilt fall och i förhållande till samhällets skiftande värderingar. Principen om barnets bästa i 6 kap. 2a § FB är också oklar på så vis att varken förarbeten eller prejudicerande praxis klargör hur de olika parametrarna som barnets bästa inbegriper skall viktas i förhållande till varandra vid en bedömning av frågor om vårdnad, boende och umgänge.²²⁸

Då barnets bästa skall utrönas skall det enligt 6 kap. 2a § FB fästas avseende särskilt vid risken för att barnet far illa samt barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Hänsyn skall också tas till barnets vilja. Då bestämmelsen om barnets bästa inte är uttömmande kan också andra

²²⁴ Walin & Vängby, 2010, s.6:2.

²²⁵ Barnkommittén, 1997, s.125.

²²⁶ Barnkommittén, 1997, s.135.

²²⁷ Danelius, 2012, s.372.

²²⁸ Se avsnitt 3.4.3.

förhållanden vara av vikt vid en bedömning och barnets behov av trygghet beaktas i stor utsträckning.²²⁹ I Barnkonventionen stadgas nyss nämnda parametrar i olika artiklar. I artikel 24 i EU:s rättighetsstadga sammanförs istället de olika parametrarna under rubriken *Barnets rättigheter*. I svensk rätt har begreppet barnets bästa således givits visst innehåll i förhållande till frågor om vårdnad, boende och umgänge.

Som Anna Kaldal framfört kan lagändringen 2006, avseende att risken för att barnet far illa skall tillmätas större betydelse för bedömningen av barnets bästa, tolkas på olika vis. Är det så att risknivån har sänkts, att beviskravet har sänkts eller att risken alltid skall vara avgörande när den viktas i förhållande till de resterande faktorerna i en bedömning av barnets bästa? Förarbetena ger inga klara svar på vilken tolkning som här är den rätta. Det finns inte heller prejudicerande praxis efter lagändringen som är vägledande i denna fråga. Rättsläget är således oklart. Trots att rättsläget är oklart anser jag att det finns tolkningsutrymme som ger för handen att risken för att barnet far illa faktiskt skall vara avgörande när den viktas i förhållande till resterande faktorer som barnets bästa inbegriper.

För det första stadgar barnkommittén i sitt huvudbetänkande från 1997 att barnets bästa, som stadgas i artikel 3 Barnkonventionen, skall vara en tungt vägande faktor då denna vägs mot andra intressen.²³⁰ I artikel 3 stadgas att ”Konventionsstaterna åtar sig att tillförsäkra barnet sådant skydd och sådan omvårdnad som behövs för dess välfärd, [...]”²³¹. Således inbegriper barnets bästa i Barnkonventionen en skyddsaspekt. Risken för att barnet far illa i 6 kap. 2a § andra stycket första meningen FB ger också uttryck för en skyddsaspekt som skall beaktas. Barnkommittén klargör dock inte hur mycket tyngd barnets bästa faktiskt skall ges i förhållande till övriga intressen. Ändock antyder ovan enligt mig på att skyddsaspekten till viss mån väger tyngre än andra intressen som Barnkonventionen stadgar. Således bör risken för att barnet far illa också väga tyngre än övriga parametrar som barnets bästa inbegriper i svensk rätt.

²²⁹ Ewerlöf, Sverne & Singer, 2004, s.77; Kaldal, 2010, s.227.

²³⁰ Barnkommittén, 1997, s.137.

²³¹ Art.3 andra punkten Barnkonventionen.

För det andra har jag reflekterat över tillämpningen av artikel 8 Europakonventionen. Bestämmelsen reglerar rätten till respekt för familjeliv. Denna rättighet innebär en rätt för familjemedlemmar att leva tillsammans och att utveckla ömsesidiga relationer utan att staten ingriper. Denna rättighet kan begränsas av staternas positiva skyldighet att genom lagstiftning, eller på annat vis, skydda familjen. Rätten till umgänge med ett barn är stark, men om det t.ex. finns särskilda skäl kan rätten till umgänge med ett barn rättsenligt uteslutas. Tolkningen jag gör här är att barnets skyddsvärde går före rätten till exempelvis umgänge. Vad som stadgas i artikel 8 Europakonventionen framkommer också av artikel 9 Barnkonventionen. Av denna framgår att barn faktiskt får skiljas från sina föräldrar om det är nödvändigt för barnets bästa och behövs för att exempelvis skydda barnet.

För det tredje har jag ställt mig frågan, *vad är det bakomliggande syftet med regeln?* Principen om barnets bästa bygger på två grundläggande tankar som har satt sin prägel på Barnkonventionen och i sin tur på svensk rätt. En av dessa grundläggande tankar är att barn är sårbara och behöver särskilt stöd och skydd.²³² Barnkonventionen har till och med pekat ut *barnets behov av omvårdnad och skydd* som ett av de mest elementära livsbehoven för barnen.²³³ Att barn behöver detta stöd och skydd är för att de inte är vuxna och mogna nog att tillvarata sina egna rättigheter eller att skydda sig själv. Sett till den bakomliggande skyddsaspekten framstår det som rimligt att risken för att barnet far illa väger tyngre än övriga parametrar som barnets bästa inbegriper.

För det fjärde anser jag att motiven till 2006 års lagändring talar för att en risk för att barnet far illa skall beaktas före resterande intressen som barnets bästa inbegriper. Utredarna skriver att inget annat intresse kan rättfärdiga en illabehandling. Även om ett barn i de allra flesta fall mår bäst av att få träffa båda sina föräldrar får detta aldrig innebära att ett barn måste leva eller umgås med en förälder under alla förhållanden. Utredarna skriver vidare att en grundläggande utgångspunkt är att alla barn under alla omständigheter har en

²³² Barnkommittén, 1997, s.125.

²³³ Barnkommittén, 1997, s.135.

absolut rätt att aldrig någonsin behöva bli utsatta för våld, övergrepp eller annan kränkande behandling av en förälder.²³⁴

Slutligen indikerar den prejudicerande praxis som finns på att risken för att barnet far illa är en tungt vägande faktor. Om man ser till att barnets bästa utvärderas genom en prövning i två steg kan riskbedömningens prövning, som i sin tur innebär två steg, anses ligga inom ramen för steg ett i prövningen av barnets bästa. I prejudicerande mål som inbegriper riskbedömningar, synes risken alltid tas på allvar i de fall där den kan bevisas i tillräcklig mån. Exempelvis i NJA 1995 s.727 tillerkändes fadern endast umgänge med sonen vid medverkande av en kontaktperson då det fanns en risk för att den oro som modern kände, avseende att umgänget mellan fadern och sonen utan kontaktperson skulle kunna påverka sonen ogynnsamt, var befogad. I NJA 2003 s.372 tillerkändes fadern begränsat umgänge i närvaro av kontaktperson eftersom det annars fanns risk för dotterns psykiska hälsa. Slutligen i RH 2005:38 tillerkändes fadern endast umgänge med barnen då det annars fanns risk för att barnen skulle ta skada. Kaldal stadgar att om det inte föreligger en tillräcklig risk så kan vårdnaden, boendet och/eller umgänget begränsas ändå med hänvisning till övriga parametrar som barnets bästa inbegriper.²³⁵ Jag anser att detta stadgande stärker det faktum att om det finns en tillräcklig risk så är huvudregeln att den förälder som innebär en risk för barnet inte skall tilldömas vårdnad, boende eller umgänge. Det skulle enligt mig te sig orimligt om det i ett fall fanns en konstaterad risk för barnet och denna förälder ändå skulle tillerkännas ensam vårdnad t.ex. pga. att barnet velat detta eller pga. detta skulle göra att barnet fick en nära kontakt med båda föräldrarna.

I anledning av ovan anfört tolkar jag det som att det lutar åt att riskbedömningen trots allt trumfar, eller borde trumfa, övriga parametrar som barnets bästa inbegriper. Även praxis tyder på att en riskbedömning görs i första hand. Om en risk sedan saknas så tas andra parametrar med i bedömningen som påverkar det slutgiltiga resultatet. I NJA 2006 s.26 konstaterade HD först att moderns tidigare försök till dråp av fadern inte

²³⁴ SOU 2005:43, s.199.

²³⁵ Kaldal, 2010, s.260.

utgjorde en risk för deras två söner. Fadern tillerkändes ändå vårdnaden om barnen. Detta eftersom det inte kunde krävas av fadern att han skulle ha direkt kontakt med modern, således kunde föräldrarna inte ha gemensam vårdnad pga. samarbetsproblem.

Syftet med riskbedömningen är att skydda barnet från skada. De övriga parametrarna som barnets bästa inbegriper syftar istället till att skydda barnets rättigheter, då barnet har rätt till nära kontakt med båda sina föräldrar, rätt till trygghet och rätt till att ha en egen vilja samt att få sin åsikt hörd. Att ett skyddsvärde begränsar en rättighet är något vi ser även i andra sammanhang än det aktuella. Exempelvis ger offentlighetsprincipen oss en rättighet att ta del av allmänna handlingar hos domstolen, dock kan denna rättighet begränsas av domstolens skyldighet att i vissa fall skydda någons personuppgifter eller dylikt. Detta exempel är inte identiskt med vad som diskuteras ovan då det belyser en situation vari någons rätt till information begränsas av någon annans rätt till skydd. Exemplet belyser dock det faktum att skyddsaspekten även i vissa andra fall väger tyngst.

6.3. RISKBEDÖMNINGENS RÄTTSSÄKERHET

Precis som principen om barnets bästa är rättssäkerhetsprincipen öppen och oklar. Rättssäkerhetsbegreppet är oklart framförallt då det används som ett slags axiom i förhållande till hur rätten skall fungera inom varje rättsområde, men vad som avses med begreppet preciseras sällan. Jag har ovan definierat vad ett rättssäkerhetsbegrepp inom familjerätten bör innehålla.²³⁶ Riskbedömningen skall, för att vara formellt rättssäker, vara förutsebar och beakta allas likhet inför lagen. Riskbedömningarnas resultat skall också, för att uppfylla materiell rättssäkerhet, leda till etiskt godtagbara resultat som är väl förenliga med barnens grundläggande sociala- och mänskliga rättigheter. Målbilden är att barnet, efter en riskbedömning, skall undkomma att utsättas för risker i sin vardag.

²³⁶ Se avsnitt 2.3.

En riskbedömning skall aktualiseras i ett vårdnadsfall om det finns något som indikerar på att barnet riskerar att fara illa. Det står klart att en riskbedömning åtminstone skall göras om någon part i processen påstår att en risk är för handen.²³⁷ För att alla barn skall behandlas lika krävs således att samtliga inom socialnämnden och domstolen är lyhörda för dessa påståenden och att dessa påståenden tas på allvar. Både socialnämnden och domstolen har en skyldighet att se till att frågor om vårdnad, boende och umgänge blir tillbörligt utredda.²³⁸ Att det är oklart vad som i dessa avseenden är en tillräcklig utredningsstandard är enligt mig formellt rättsosäkert. Jag anser att lagstiftning, förarbeten eller prejudicerande praxis noggrannare bör specificera vad som krävs av socialnämnden eller domstolen i dessa fall. Om det är oklart hur pass noggrant socialnämnden och domstolen skall undersöka om riskfaktorer finns kommer barnen behandlas olika. Skönsmässiga bedömningar av huruvida en riskbedömning behövs eller inte i ett aktuellt fall kommer göras.

Det finns i nuläget heller ingen standardiserad metod för hur riskbedömningarna skall göras.²³⁹ Detta är också bristfälligt ur formell rättssäkerhetssynpunkt. Socialstyrelsen har uppgett att det finns stora skillnader mellan hur kommunerna utför sina riskbedömningar.²⁴⁰ Detta innebär att vissa barns situation utreds betydligt mer noggrant än andras. Således kanske svaga riskfaktorer, som ändå är av betydelse, uppmärksammas i vissa fall medan de förbigås i andra. Här beaktas inte heller barnens likhet inför lagen. Hade en standardiserad metod varit utformad för hur riskbedömningarna skall göras hade rättssäkerheten ökat. Om en standardiserad metod är noga utformad riskerar utredarna inte att missa riskfaktorer i lika stor utsträckning. Om myndigheterna själva får bestämma hur de skall gå till väga då de gör en riskbedömning kommer resultaten de kommer fram till i många fall bero på t.ex. hur observant utredaren är. Desto noggrannare en riskbedömning utförs, desto större är chansen för att etiskt godtagbara resultat tas som är väl förenliga med barnens grundläggande sociala- och mänskliga rättigheter. En

²³⁷ SOU 2005:43, s.199 ff.

²³⁸ 6 kap. 17a § andra stycket FB, 6 kap. 19§ första stycket FB.

²³⁹ Se avsnitt 4.5.

²⁴⁰ Socialstyrelsen, 2011, s.25.

standardiserad riskbedömning behövs således för att materiellt rättssäkra resultat skall vara för handen.

För att riskbedömningen skall vara formellt rättssäker krävs vidare att den tillämpas på ett öppet vis. Alla skäl för och emot ett visst beslut bör således offentliggöras i rättens domskäl.²⁴¹ Det krävs, utöver att tydliga regler specificerar vad riskbedömningen skall utgå från, att domstolen noga motiverar hur de bedömer materialet i en process som inbegriper en riskbedömning. Också socialnämnden bör i sina vårdnads-, boende eller umgängesutredningar noga redogöra för vad de utgår från vid sin bedömning. Det är ur formell rättssäkerhetssynpunkt problematiskt att det inte finns mer prejudicerande praxis som behandlar riskbedömningar i vårdnadsfall. Speciellt är det problematiskt att det inte finns vägledande avgöranden efter lagändringen 2006.

Avseende de prejudicerande fall som redogörs för under avsnitt fem kan dock sägas att rättens ordförande i dessa fall har beskrivit ganska väl hur de resonerat kring föreliggande riskfaktorer. Eftersom det i nuläget exempelvis råder oklarhet i förhållande till huruvida en konstaterad risk trumfar övriga parametrar som barnets bästa inbegriper finns det dock ett behov av prejudicerande praxis för att förutsebarheten skall anses uppfylld.

Riskbedömningar är, precis som familjerättsliga mål, *in casu-betonade*. Varje fall utgår således specifikt från en individuell bedömning av ett barns tillvaro. Denna aspekt medför att riskbedömningarna förvisso inte kan vara fullt ut förutsebara. Det ena fallet är inte det andra likt och små parametrar kan göra att ett avgörande som är likt ett annat går i en helt annan riktning än det första. Detta är dock inte problematiskt, utan snarare viktigt, för att domstolar och socialnämnder skall komma fram till materiellt rättssäkra beslut i frågor om vårdnad, boende och umgänge. Varje beslut behöver vara individanpassat eftersom varje barns situation ser olika ut. Oaktat detta anser jag dock att fler

²⁴¹ Peczenik, 1995, s.90 ff.

prejudicerande fall hade behövts för att underlätta arbetet för advokater och jurister som arbetar för barnets bästa.

För att formell rättssäkerhet skall vara för handen anser jag att första steget i en riskbedömning alltid bör utgå från samma metod. Här skulle en standardiserad metod, som i nuläget efterfrågas av många, fylla en funktion. Den standardiserade metoden bör ge svar på hur långtgående utredningsskyldigheten är, hur utredningen skall göras, vems åsikter utredningen bör inbegripa, etc. Om en riskfaktor konstateras bör dock utredningen, i steg två, utgå från vilken grad av risk riskfaktorerna utgör för det enskilda barnet. Detta eftersom den materiella rättssäkerheten figurerar utifrån den enskildas värdighet, rättigheter och livsval. En individualiserad prognos måste då göras i förhållande till risken för framtida skada.

Riskbedömningen i vårdnads mål framstår lagtekniskt som både formellt och materiellt rättssäker. En riskbedömning skall företas vid en bedömning av barnets bästa. Riskbedömningens målbild är tydlig, barnet skall ej utsättas för risk utan barnet skall skyddas. Ser man istället till hur riskbedömningen fungerar i praktiken finns det dock vissa rättssäkerhetsbrister. Utredningsstandarden för hur noga domstolen och socialnämnden skall undersöka om riskfaktorer finns måste specificeras. Riskbedömningen behöver vidare reformeras på så vis att en standardiserad metod utarbetas för hur dessa skall göras. Prejudicerande praxis behöver slutligen ge oss svar på oklarheter som exempelvis hur tungt en konstaterad risk väger i den sammantagna bedömningen av barnets bästa. Trots att den formella rättssäkerheten kan förbättras på många plan är det dock av vikt för den materiella rättssäkerheten att de individanpassade analyserna och besluten fortlöper. Att varje barns individuella situation alltid skall vara utgångspunkten när barnets bästa utvärderas får inte glömmas bort.

6.4. SLUTSATS

Mitt huvudsakliga syfte med denna examensuppsats har varit att analysera, samt redogöra för, den riskbedömning som görs i vårdnads mål. För att kunna

göra en meningsfull analys har jag behövt utreda begrepp som *barnets bästa* samt *rättssäkerhet*. Under arbetets gång har jag blivit införstådd med att dessa begrepp används allt för slentrianmässigt. Desto djupare man analyserar begreppens betydelser, desto mer komplicerade blir begreppen att förstå. Vad gäller rättssäkerheten i förhållande till familjerätten kan sägas att denna i större utsträckning behöver analyseras för att den skall upprätthållas. Det samma gäller begreppet barnets bästa. Principen betraktas som överordnad och dess innebörd varierar med tiden då ny kunskap träder fram och samhällets värderingar förändras.²⁴² Men vad fyller principen för funktion om den inte fortlöpande analyseras och förklaras?

Riskbedömningen i mål om vårdnad, boende och umgänge syftar till att skydda barn från att fara illa. Den är således ett kraftfullt verktyg och behovet av en rättssäker sådan är därför stort. Behovet är stort för att barnen är särskilt skyddsvärda och samhället har givits en kontrollfunktion av just denna anledning. Om denna kontrollfunktion inte kontinuerligt förbättras och tydliggörs kommer balansen, mellan föräldrarnas och samhällets ansvar för barnets bästa, att rubbas. Utan en fungerande och rättssäker riskbedömning i mål om vårdnad, boende och umgänge kommer barnets bästa svårligen kunna uppnås.

²⁴² Mattsson, 2002, s.35; Sjösten, 2014, s.43.

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING

SVENSKT OFFENTLIGT TRYCK

Kommittédirektiv

Kommittédirektiv 2013:35 *Översyn av barnets rättigheter i svensk rätt*

Kommittédirektiv 2014:84 *En utvärdering av 2006 års vårdnadsreform*

Propositioner

Prop. 1975/76:209 *Om ändring i regeringsformen*

Prop. 1990/91:8 *Om vårdnad och umgänge*

Prop. 1992/93:139 *Om olovligt bortförande och andra övergrepp mot barn*

Prop. 1997/98:7 *Vårdnad, boende och umgänge*

Prop. 2005/06:99 *Nya vårdnadsregler*

Prop. 2009/10:80 *En reformerad grundlag*

Prop. 2009/10:192 *Umgängesstöd och socialtjänstens förutsättningar att tala med barn*

Statens offentliga utredningar

SOU 1997:116 *Barnets bästa i främsta rummet. FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige*

SOU 2005:43 *Barnets bästa, föräldrars ansvar, Del A*

SOU 2016:19 *Barnkonventionen blir svensk lag*

ELEKTRONISKA KÄLLOR

Regeringskansliet, UD info, *Konventionen om barnens rättigheter*, januari 2006, hämtad den 17 maj 2016.

<http://www.regeringen.se/contentassets/73a236aad23d48149f156d85b7021e55/ud-info---skrift-manskliga-rattigheter.-konventionen-om-barnets-rattigheter>

Domstolsverket, Sveriges domstolar, *Domstolsstatistik 2015*, hämtad den 24 maj 2016.

http://www.domstol.se/Publikationer/Statistik/domstolsstatistik_2015.pdf

RÄTTSFALL

Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1995 s.727

NJA 2003 s.372

NJA 2006 s.26

NJA 2014 s.307

Rättsfall från Hovrätten

RH 2005:38

LITTERATUR

Artiklar

Edqvist, Björn. *Riksdagen och rättssäkerheten*. I Svensk Juristtidning 1986, s.374-375.

Zila, Josef. *Om rättssäkerhet*. I Svensk Juristtidning 1990, s.284-305.

Frändberg, Åke. *Om rättssäkerhet*. I Juridisk tidskrift, 2000-01, s.269-280.

Olsen, Lena. *Rättsvetenskapliga perspektiv*. I Svensk Juristtidning 2004, s.105-145.

Kaldal, Anna. *Standardiserade metoder för att bedöma risk i ärenden om vårdnad, boende och umgänge*. I Juridisk tidskrift, 2012-13, s.540-562.

Heilborn, Christina & Swarting, Odd. *Barnkonventionen måste bli svensk lag*. I Advokaten, Nr 3, 2014, s.42-43.

Böcker

Marcusson, Lena, *Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet*, Iustus, Uppsala, 1989.

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

Barnkommittén, *Barnets bästa i främsta rummet: FN:s konvention om barnets rättigheter förverkligas i Sverige*. Bil., *Barnets bästa : en antologi*, Fritze, Stockholm, 1997.

- Schiratzki, Johanna, Vårdnad och vårdnadstvister: [Custody and custody disputes], Norstedts juridik, Diss. Stockholm : Univ., Stockholm, 1997.
- Gustafsson, Håkan, Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet, Sociologiska institutionen, Univ., Diss. Göteborg : Univ., 2003, Lund, 2002.
- Mattsson, Titti, Barnet och rättsprocessen: rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård, Juristförl., Diss. Lund : Univ., 2002, Lund, 2002.
- Ewerlöf, Göran, Sverne, Tor & Singer, Anna, Barnets bästa: om föräldrars och samhällets ansvar, 5., [omarb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2004.
- StAAF, Annika, Rättssäkerhet och tvångsvård: en rättssociologisk studie, Sociologiska institutionen, Lunds universitet, Diss. Lund: Lunds universitet, 2005, Lund, 2005.
- Kaldal, Anna, Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål, Jure Förlag, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2010, Stockholm, 2010.
- WalIn, Gösta & Vängby, Staffan, Föräldrabalken: en kommentar, D. 1, 1-13 kap., Bokutg., uppdaterad t.o.m. supplement 10, juli 2010, Norstedts juridik, Stockholm, 2010.
- Danelius, Hans: *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 4., uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2012.
- Marcusson, Lena (red.), Offentligrättsliga principer, 2. uppl., Iustus, Uppsala, 2012.
- Singer, Anna, Barnets bästa: om barns rättsliga ställning i familj och samhälle, 6., [omarb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2012.
- Schiratzki, Johanna, Föräldraansvar i välfärdsrätten: om vårdnad, vårdnadstvister och barnskydd, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013.
- Eneroth, Elisabeth, Unga på hem för vård eller boende: om rättssäkerhet, legitimitet och tillit vid beslut om ungas vård, Jure, Diss. Lund : Lunds universitet, 2014, Stockholm, 2014.
- Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.
- Sjösten, Mats, Vårdnad, boende och umgänge: samt verkställigheten av sådana avgöranden och överenskommelser, 4. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014.

Myndighetspublikationer

Brännström, Lars. Socialstyrelsen, institutet för utveckling av metoder i socialt arbete, Riskbedömningar i samband med utredningar om vårdnad, boende och umgänge, 2007.

Socialstyrelsen, Familjerätten och barnet i vårdnadstvister – Uppföljning av hur 2006 års vårdnadsreform slagit igenom i socialtjänstens arbete, 2011.