



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Caroline Orava

## Hur aktiv får domstolen vara i tvistemålsprocessen?

En undersökning av rättens materiella processledning och utredningsansvar i familjemål jämfört med övriga tvistemål

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Eva Ryrstedt

Termin för examen: Period 1 VT2017

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod och perspektiv	6
1.5 Forskningsläge och material	8
1.6 Disposition	9
<b>2 ANSVARS- OCH UPPGIFTSFÖRDELNING I TVISTEMÅLSPROCESSEN</b>	<b>10</b>
2.1 Den kontradiktoriska principen	10
2.2 Förhandlingsprincipen	11
2.3 Officialprincipen	11
2.4 Domstolens opartiskhet	12
<b>3 DOMSTOLENS PROCESSLEDNING OCH UTREDNINGSANSVAR</b>	<b>14</b>
3.1 Rättegångsbalkens regler om materiell processledning	14
3.1.1 Inledning	14
3.1.2 Gällande rätt	15
3.1.2.1 Omfattningen av den materiella processledningen	17
3.1.2.2 Risken för domarens partiskhet	19
3.2 Rättegångsbalkens regler om utredningsansvar	19
3.2.1 Inledning	19
3.2.2 Gällande rätt	20
3.2.2.1 Yrkande och grunder	20
3.2.2.2 Bevisning	21
3.3 Specialregler för familjemål	22
3.3.1 Inledning	22
3.3.2 Barnets bästa och rätt att komma till tals	23
3.3.3 Materiell processledning	24
3.3.4 Utredningsansvar	26
3.3.4.1 Att utreda barnets vilja	28
3.3.4.2 Att utreda risken för att barnet far illa	31
<b>4 MATERIELL PROCESSLEDNING OCH UTREDNINGSANSVAR I RÄTTSTILLÄMPNINGEN</b>	<b>33</b>
4.1 Inledning	33

4.2	Dispositiva tvistemål	33
4.3	Familjemål	35
4.4	JO-beslut	36
4.5	Sammanfattande kommentarer	37
<b>5</b>	<b>ANALYS OCH DISKUSSION</b>	<b>39</b>
5.1	Inledning	39
5.2	Skillnader mellan familjemål och övriga tvistemål:	39
5.2.1	I omfattningen av den materiella processledningen	39
5.2.1.1	Förhållandet till domstolens opartiskhet	41
5.2.2	I utredningsansvaret	42
5.3	Sammanfattande kommentarer och slutsatser	45
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>48</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>51</b>

# Summary

In a proceeding in court, different tasks are divided between the different actors. The main principle in Swedish law is that the litigants have the responsibility for the substantive part of the proceeding, while the court is responsible for the formal part. This is based on the procedural code principles that regulate the responsibility between the court and the litigants in the court proceeding: the contradictory principle, the principle of party presentation and the principle of official responsibility. Sometimes the court must interfere in the substantive part of the proceeding, e.g. to clarify ambiguities in a party's claim or to make sure that the decision is conform to the child's best interest in a family case.

The purpose of this essay is to examine the courts direction of proceedings in family cases compared to other civil cases. Within this purpose, I examine how far the courts direction of proceeding is allowed to range, i.e. how active the court is allowed to be during the main hearing. As a part of this, I examine which enquiry responsibility the court has in different civil cases. I also examine how the courts direction of proceedings relates to the courts requirement to be impartial.

Through my survey, I have reached the conclusion that the range of the courts direction of proceedings depends on some distinct factors. These factors are for example, if the case is amenable to out-of-court settlement or not, if the litigants have legal counsels or not and if the case is simple or complicated. In its direction of proceedings, it is important that the court isn't that active that it's risking its impartiality. Because of that, the court needs to be careful in its direction of proceedings and don't do more than necessary to reach the purpose.

In cases amenable to out-of-court settlements, the litigants set the material frame of the case, by their claims, their references and their proof. The court is responsible to make sure the enquiry is enough. If the enquiry is insufficient, the court shall try to get the litigants to contribute more to it. In family cases, the court has an independent responsibility to make sure the enquiry is complete. Because of that, the court is allowed to retrieve information on its own, e.g. by requesting a custody enquiry from the social welfare committee.

Both the courts direction of proceedings and its enquiry responsibility reaches a lot further in family cases than in other cases.

# Sammanfattning

I en rättegångsprocess är olika uppgifter fördelade mellan de olika aktörerna. Huvudregeln enligt svensk rätt är att parterna har huvudansvaret för den materiella delen av processen, medan domstolen ansvarar för den formella delen. Det har sin grund i de processrättsliga principer som reglerar ansvaret mellan domstolen och parterna i rättegångsprocessen: den kontradiktoriska principen, förhandlingsprincipen och officialprincipen. Ibland måste emellertid domstolen ingripa i den materiella delen av processen, t.ex. för att klarlägga otydligheter i en parts talan eller för att barnets bästa ska kunna tillgodoses i en familjerättsprocess.

Syftet med uppsatsen är att undersöka hur domstolens materiella processledning ser ut i familjemål jämfört med övriga tvistemål. Inom ramen för syftet undersöker jag hur omfattande domstolens materiella processledning får vara, dvs. hur aktiv domstolen får lov att vara, under huvudförhandlingen. Som en del i detta undersöker jag vilket ansvar domstolen har för utredningen i olika typer av tvistemål. Jag undersöker även hur den materiella processledningen förhåller sig till domstolens krav på opartiskhet.

Genom min undersökning har jag kommit fram till att den materiella processledningen sträcker sig olika långt i olika fall beroende på en del faktorer. Dessa faktorer är exempelvis om målet är dispositivt eller indispositivt, om parterna har ombud eller inte och om det är ett komplicerat eller ett enklare mål. Det är viktigt att domstolen inte är så aktiv att den blir, eller riskerar att uppfattas som, partisk. Därför måste domstolen vara försiktig i sin materiella processledning och inte göra mer än vad som krävs för att uppfylla syftet med den i det enskilda fallet.

För dispositiva tvistemål är det parterna som bestämmer processens materiella ram genom sina yrkanden, sina åberopanden och sin bevisning. Domstolen har ett ansvar för att utredningen är tillräcklig. Om utredningen brister ska domstolen, genom materiell processledning, försöka få parterna att bidra till mer utredning. I familjemål har domstolen däremot ett oberoende ansvar för att utredningen är fullständig. Därför får domstolen i dessa fall hämta in utredning på egen hand, t.ex. genom att begära in vårdnadsutredning från socialnämnden.

Både den materiella processledningen och utredningsansvaret sträcker sig avsevärt längre för familjemål jämfört med för övriga mål.

# Förord

För nästan exakt fem år och fyra månader sedan gick jag med förväntansfulla steg in i på Juridicum i Lund för första gången. Tiden på Juridicum har gett mig nya vänner, nya upplevelser och ny kunskap. Jag minns det som en härlig tid, trots tusentals sidor kurslitteratur och rättsfall, tentastress och många pendlingstimmar. Nu är den sista delen av utbildningen klar och det är dags att skicka in min uppsats. Nästa kapitel i livet tar snart sin början, när det nu är dags för arbetslivet som jurist.

Jag vill passa på att tacka min handledare, professor Eva Ryrstedt, för värdefulla kommentarer och råd under terminen.

Jag vill även tacka mina vänner, speciellt Emelie, Olivia, Petronella, Jennifer och Sara. Utan er hade juristprogrammet och tiden som student i Lund inte ens varit hälften så rolig!

Sist men inte minst vill jag tacka min familj. Ert stöd och er tro på mig betyder mycket. Ett extra tack till Johannes och Freja för att ni har hållit ställningarna hemma medans jag har jobbat med min uppsats. Jag älskar er!

Trelleborg maj 2016

*Caroline Orava*

# Förkortningar

Barnkonventionen	FN:s konvention om barnets rättigheter
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FB	Föräldrabalk (1949:381)
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
JO	Justitieombudsmannen
JT	Juridisk tidskrift
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Regeringens proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
RH	Rättsfall från hovrätterna
RU	Rättegångsutredningen
SOSFS	Socialstyrelsens författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Domstolsprocessen i tvistemål i Sverige är uppbyggd med parterna som huvudaktörer. Processen är utformad som ett kontradiktoriskt förfarande, där parterna står mot varandra inför en opartisk domare som var och en av dem ska försöka övertyga. Varje part ger sin version av tvisten och argumenterar utifrån sina egna intressen. Genom förfarandet förväntas parterna tillsammans presentera all den information som domaren behöver för att döma i tvisten. Grunden till den kontradiktoriska domstolsprocessen är att varje person själv ska ha rätt att ansvara för sina privata angelägenheter. Staten ska lägga sig i dessa så lite som möjligt.<sup>1</sup>

I mål om vårdnad, boende och umgänge<sup>2</sup> kan processen inte se ut på samma sätt som för övriga tvistemål, eftersom barnets bästa ska vara avgörande för domstolens beslut.<sup>3</sup> Om rätten enbart skulle tillämpa det kontradiktoriska förfarandet skulle den riskera att inte tillgodose barnets bästa, eftersom det inte alltid samstämmer med parternas, föräldrarnas, intressen. Därför krävs det att domstolen utövar materiell processledning, så att alla omständigheter av betydelse tas in i målet och utredningen blir fullständig. Om domaren går för långt i sin materiella processledning kan det dock riskera domarens neutralitet. Detta eftersom parterna kan få uppfattningen att domaren lägger sig i den fria processföringen i för stor utsträckning och på grund av det är partisk.<sup>4</sup>

## 1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är att utreda hur domstolens processledande uppgift och utredningsansvar ser ut i familjemål utifrån en jämförelse med andra typer av tvistemål. Som en del i detta syfte avser jag även att belysa hur domstolen genom sin processledning tar hänsyn till barnets bästa, eftersom det ska vara avgörande för domstolens beslut i mål om vårdnad, boende och umgänge.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Westberg (2013) s. 133–135.

<sup>2</sup> Fortsatt sammanfattat i uppsatsen som ”familjemål”. Familjemål innefattar ofta även t.ex. mål om äktenskapsskillnad, men jag använder en snävare definition i denna uppsats.

<sup>3</sup> Se 6 kap. 2 a § föräldrabalken.

<sup>4</sup> Westberg (2013) s. 154–158.

<sup>5</sup> 6 kap. 2a § föräldrabalken (1949:381).



Den övergripande frågeställningen som jag har valt för att uppnå syftet med min uppsats är:

- Hur ser domstolens processledande uppgift ut för familjemål jämfört med övriga tvistemål?

Till hjälp för att besvara den övergripande frågan har jag valt följande kompletterande frågeställningar:

- Vilka faktorer avgör hur omfattande den materiella processledningen bör vara i ett enskilt fall?
- Hur förhåller sig domstolens materiella processledning till domstolens opartiskhet?
- Vilket ansvar har domstolen för utredningen?

## 1.3 Avgränsningar

Eftersom denna uppsats har ett begränsat omfång har jag valt att avgränsa mig på så sätt att uppsatsen inte kommer att behandla tiden före huvudförhandling. Det leder till att samarbetsamtal, medling och förberedelse i domstol inte tas upp. Av samma anledning kommer inte heller interimistiska beslut att behandlas. Angående barnets bästa avser jag att undersöka hur domstolens processledning hjälper till att tillgodose barnets bästa som övergripande princip. Barnets rätt att komma till tals och risken att barnet far illa kommer dock att belysas särskilt, på grund av sambandet med domstolens utredningsskyldighet. Sambandet utgörs av att domstolen har huvudansvaret för att utreda barnets vilja, och därför måste se till att barnet får komma till tals i processen. Domstolen har även ansvar för att utreda om det finns en risk att barnet kan komma att fara illa.<sup>6</sup>

När jag skriver om domstolens processledning i denna uppsats är det den materiella processledningen jag avser. Den formella processledningen, som avser domarens handläggande verksamhet,<sup>7</sup> behandlas inte.

## 1.4 Metod och perspektiv

I mitt arbete med denna uppsats har jag använt mig av rättsdogmatisk metod, genom att försöka hitta svaren på mina frågeställningar med hjälp av de

---

<sup>6</sup> En utförlig redogörelse för utredningen om barnets vilja och risk för att fara illa finns i kapitel 3.3.4.

<sup>7</sup> Se t.ex. Westberg (2013) s. 157.

allmänt accepterade rättskällorna, dvs. lagtext, lagförarbeten, rättspraxis och juridisk litteratur (till exempel böcker och lagkommentarer). Den rättsdogmatiska metoden innebär att en analys av de olika rättskällorna görs, för att nå fram till ett resultat som motsvarar vad som är gällande rätt. Analysen av rättskällorna är nödvändig eftersom lagtext är för kort och vag för att det ska gå att utröna gällande rätt enbart genom att läsa denna. För att få mer information om vad som är gällande rätt på området behöver jag därför studera förarbeten, rättspraxis och litteratur.<sup>8</sup> Den information om gällande rätt, kopplat till mina olika frågeställningar, som jag har fått fram genom analys av rättskällorna har jag sedan jämfört för att kunna svara på frågeställningarna. Med det menar jag att jag har jämfört gällande rätt angående domstolens materiella processledning och utredningsansvar allmänt för tvistemål med vad som gäller för familjemål. Den materiella processledningen har även undersökts i förhållande till kravet på att domstolen ska vara opartisk.

Jag har använt en rättsanalytiskt inriktad metod, eftersom jag har analyserat rätten på ett friare sätt än vad den klassiska rättsdogmatiska metoden erbjuder. Jag har t.ex. använt mig av JO-beslut i min undersökning, vilka inte utgör klassiska rättskällor.<sup>9</sup> Det råder delade meningar om rättsanalytisk metod ska ses som en egen metod eller som en del av den rättsdogmatiska metoden. Enligt Sandgren i ”Rättsvetenskap för uppsatsförfattare” är rättsanalytisk metod en egen metod, som dock överlappar den rättsdogmatiska. Enligt honom ligger skillnaden i att den rättsdogmatiska metoden har uppgiften att fastställa gällande rätt och är bunden till de klassiska rättskällorna. Den rättsanalytiska metoden är istället friare och obunden av ett visst material. Dessutom menar han att argumentationen är friare och rättssystemet ses på ett mer öppet sätt, där rättsliga problem inte behöver ha ett tydligt rätt svar. Kleineman skriver däremot i ”Juridisk metodlära” att rättsanalytisk metod är ett förslag på ett uttryck som bättre skulle beskriva den rättsdogmatiska metoden.<sup>10</sup>

Förr kritiserades rättsdogmatiken för att enbart fastställa gällande rätt genom normer och lagar och inte genom hur den tillämpas i verkligheten. Denna kritik anses dock vara föråldrad nu, bland annat på grund av att den rättsdogmatiska metoden har så stor praktisk betydelse. Man behöver veta vad som är gällande rätt för att kunna tillämpa den.<sup>11</sup> Annan kritik som har riktats mot den rättsdogmatiska metoden är risken för att rättsdogmatikern inte håller sig neutral på grund av sina egna värderingar. Det kan hända om

---

<sup>8</sup> Jfr. Kleineman i *Juridisk metodlära*. (2013) s. 21–23.

<sup>9</sup> Se Sandgren (2015) s. 45.

<sup>10</sup> Jfr. Kleineman i *Juridisk metodlära* (2013) s. 24 och Sandgren (2015) s. 45–47.

<sup>11</sup> Kleineman i *Juridisk metodlära* (2013) s. 24.

rättsdogmatikern har en bild av rättsläget som inte stämmer överens med verkligheten. Rättsdogmatikern kan t.ex. ha en förhoppning om att en lagbestämmelse ska tolkas på ett visst sätt. Då finns det en risk att rättsdogmatikern försöker hålla fast vid sin bild av rättsläget istället för att ha en neutral inställning till den information som han eller hon får fram ur rättskällorna. Den rättsdogmatiska metoden är dock en viktig metod som används i stor utsträckning både av rättsvetenskapsmän och yrkesverksamma jurister, trots den kritik som riktats mot den.<sup>12</sup> Om man är medveten om de risker som finns, så att man kan undvika dem, ser jag den rättsdogmatiska metoden som en utmärkt metod att använda när man skriver en rättsvetenskaplig uppsats.

Hela uppsatsen präglas av ett processrättsligt perspektiv. Den del som handlar om materiell processledning för familjemål har även ett barnrättsperspektiv, då den delen inriktar sig på principen om barnets bästa. Barnrätten är ett rättsområde där den juridiska bedömningen utgår från barnet och barnets rättsliga relationer till olika delar av samhället.<sup>13</sup>

## 1.5 Forskningsläge och material

I tidigare juridiska framställningar har domstolens materiella processledning främst diskuterats som en del i bredare sammanhang, där hela civilprocessen behandlas. Exempel på detta är böckerna ”Domstols officialprövning” och ”Civilrättskipning” av Peter Westberg, ”Rättegång V” av Per Olof Ekelöf, ”Civilprocessen” av Bengt Lindell och ”Processrätt – grunderna för domstolsprocessen” av Mikael Mellqvist. Författarna beskriver vad materiell processledning är och hänvisar främst till lagförarbetena. Dessa böcker har jag haft stor nytta av i arbetet med min uppsats. Materiell processledning har även behandlats i en del artiklar, t.ex. Peter Westberg: ”Kasuistiska marginalanteckningar eller en sedvanerättslig arkipelag” i JT 1995/96 s. 74 och Claude Zacharias: ”Gränsen mellan materiell processledning och materiell rådgivning” i SvJT 2002 s. 736.

När det gäller materiell processledning i familjemål har detta berörts i både processrättslig och familjerättslig forskning. Några exempel är Lotta Dahlstrands avhandling ”Barns deltagande i familjerättsliga processer”, böckerna ”Barnrättens grunder” och ”Föräldrans ansvar i välfärdsrätten” av Johanna Schiratzki samt ”Vårdnad, boende och umgänge” av Mats Sjösten. Även de ovan nämnda civilprocessuella böckerna behandlar kortfattat materiell processledning i familjemål. Det finns även en del juridiska artiklar

---

<sup>12</sup> Kleineman i *Juridisk metodlära* (2013) s. 43–44.

<sup>13</sup> Schiratzki (2017) s. 17.

som behandlar processen i familjemål, och då främst i vilken utsträckning domstolen beaktar barnets bästa. Några exempel på sådana artiklar är Annika Rejmer: ”Barnperspektiv och barnets bästa i tingsrätts handläggning av vårdnadstvister” i SvJT 2002 s. 138 och Eva Ryrstedt: ”Barnets bästa och vilja i domstol” i SvJT 2009 s. 1013.

Någon ingående jämförelse mellan den materiella processledningen i familjemål och övriga mål, liknande den jag gjort i denna uppsats, har jag inte kunnat hitta. För att uppfylla syftet med min uppsats har jag använt mig av lagtext och förarbeten till främst rättegångsbalken och föräldrabalken. Jag har även hittat värdefull information i de böcker och artiklar som jag nämnt i detta kapitel.

## 1.6 Disposition

I den fortsatta framställningen börjar jag med att beskriva hur ansvaret och uppgifterna är fördelade mellan parterna och domaren i tvistemålsprocessen, i kapitel två. Det gör jag för att ge en grundläggande bakgrund till vilka rättsprinciper som bestämmelserna om domstolens materiella processledning och utredningsansvar bygger på.

I kapitel tre redogör jag för hur domstolens processledning ser ut i gällande rätt, först allmänt och sedan specifikt för familjemål. I samma kapitel tar jag även upp domstolens utredningsansvar.

I kapitel fyra redogör jag för ett antal NJA-fall och ett RH-fall där HD och hovrätten återförvisat mål på grund av bristande materiell processledning eller otillräcklig utredning. I samma kapitel tar jag även upp några JO-beslut där kritik har riktats mot domare med anledning av deras materiella processledning och utredningsansvar. Syftet med att redogöra för dessa rättsfall och JO-beslut är att ge några praktiska exempel på hur materiell processledning har tillämpats och vilket ansvar domstolen har ansetts ha för utredningen i olika fall.

Till sist, i kapitel 5, avslutar jag med analys och diskussion. Där svarar jag på mina frågeställningar och redovisar de slutsatser jag kommit fram till.

# 2 Ansvars- och uppgiftsfördelning i tvistemålsprocessen

## 2.1 Den kontradiktoriska principen

En huvudprincip inom svensk processrätt är den kontradiktoriska principen. Enligt principen ses parterna som huvudaktörer i processen. Det är parterna som har ansvaret för förhandlingen genom att argumentera mot varandra. Domarens uppgift är att lyssna opartiskt på deras framställningar.<sup>14</sup> Tanken bakom den kontradiktoriska principen är att fördela ansvaret och uppgifterna i rättegången mellan parterna och det offentliga samhället, som domaren representerar. Parterna ska bestämma över själva tvisten samt på vilken information och bevisning tvisten ska prövas. Domarens uppgift är att bestämma över rättsreglernas användning och vilka slutsatser som kan dras av den presenterade informationen och bevisningen. Domarens huvuduppgift tar således vid efter huvudförhandlingen. Då ska han eller hon analysera parternas beskrivning av tvisten och den bevisning som parterna har presenterat. Genom denna uppgift ska domaren komma fram till vem av parterna som har rätt och hur målet ska avgöras. Under huvudförhandlingen är huvudregeln att domaren ska vara förhållandevis passiv. En risk som kan uppkomma om domaren är för aktiv i rättegångsprocessen är att han eller hon kan bli fast i sina egna föreställningar om tvisten. Det kan leda till att domaren lättare missuppfattar vad tvisten handlar om och därför kommer fram till ett oriktigt avgörande. Domaren måste ändå till viss del vara aktiv i processen, särskilt när det finns andra omständigheter än parternas intressen att beakta.<sup>15</sup> Så är fallet t.ex. i familjemål där barnets bästa ska vara avgörande, vilket jag behandlar nedan i kapitel 3.3.

Som en del av den kontradiktoriska principen finns två andra viktiga processrättsliga principer – förhandlingsprincipen och officialprincipen. Dessa principer rör uppgifts- och ansvarsfördelningen i processen, genom att förhandlingsprincipen förklarar parternas inflytande i rättegången och officialprincipen förklarar domarens.<sup>16</sup> Jag beskriver principerna i nästföljande avsnitt.

---

<sup>14</sup> Mellqvist (2015) s. 30.

<sup>15</sup> Westberg (2013) s. 134–136. Se även Mellqvist (2015) s. 31–33.

<sup>16</sup> Westberg (2013) s. 136.

## 2.2 Förhandlingsprincipen

Syftet med förhandlingsprincipen är att var och en av parterna ska lägga fram sin sida av tvisten inför domstolen. Parternas motstående intressen ställs mot varandra och de argumenterar både för sin egen ståndpunkt och mot varandras. Genom ett sådant förfarande är tanken att rätten ska få all den information som behövs för att kunna avgöra tvisten på ett rättvist sätt. Man kan säga att förhandlingsprincipen bygger på en idé om att vardera parten kämpar för att ta tillvara sina egna intressen, så att tvisten ska kunna avgöras på det sätt som är bäst för den parten. För att parterna ska kunna göra detta tillämpas principerna om fri processföring och fri bevisföring inom ramen för förhandlingsprincipen. Det innebär att det inte ska finnas några rättsregler som hindrar parterna från att agera för sitt eget bästa. Parterna ska själv få välja vad de vill yrka och på vilka grunder, samt vilken bevisning de vill stödja sin talan på. Ingen annan än parterna själva ska bestämma hur de ska tänka och agera i rättegångsprocessen. Det gäller särskilt för domstolen, som inte får lägga sig i de bedömningar parterna har gjort i sina försök att tillgodose sitt eget bästa. Domaren får med andra ord inte agera som rådgivare åt någon av parterna. Under vissa förutsättningar måste man dock göra undantag från förhandlingsprincipen, för att tillgodose ett allmänintresse eller tredjemansintresse.<sup>17</sup>

Som en del i förhandlingsprincipen finns dispositionsprincipen. Enligt principen får domstolen inte pröva och döma över något annat än det som parterna har valt att yrka och grunda sina yrkanden på. Domstolen får inte heller beakta någon annan bevisning än den som parterna har valt att presentera.<sup>18</sup> Dispositionsprincipen uttrycks i 17 kap. 3 § RB, som anger att rätten inte får döma över något annat eller något mer än vad parterna har yrkat. I dispositiva tvistemål får domen inte grundas på omständigheter som parterna inte har åberopat till grund för talan. Närmare om vad detta innebär kommer att beskrivas längre fram i uppsatsen.<sup>19</sup>

## 2.3 Officialprincipen

Som en motstående princip till förhandlingsprincipen står officialprincipen, vilken ger domstolen möjlighet att vara självständigt verksam i processen. I

---

<sup>17</sup> Westberg (2013) s. 138–146.

<sup>18</sup> Westberg (2013) s. 146–147.

<sup>19</sup> Se kapitel 3.2.2.1.

vissa fall har domstolen även en skyldighet att vara det. I indispositiva tvistemål får rätten grunda domen på andra omständigheter än de som parterna åberopat. När rätten gör detta tillämpar den officialprincipen.<sup>20</sup> Jag tolkar det som att officialprincipen är en förutsättning för den materiella processledningen, eftersom domaren agerar självständigt i processen genom sin materiella processledning.

Svensk processrätt är uppbyggd så att förhandlingsprincipen är den grundläggande processprincipen. I de olika processformerna görs sedan undantag, där officialprincipen träder in i olika grad. I familjerättsliga mål har officialprincipen en särskild betydelse, eftersom rätten måste ta hänsyn även till annat än det som parterna har framfört. När domstolen ska besluta i mål om vårdnad, boende och umgänge måste rätten aktivt bidra till utredningen i målet, om den anser att det är nödvändigt.<sup>21</sup> Jag återkommer till detta i kapitel 3.3.4.

## 2.4 Domstolens opartiskhet

I detta kapitel vill jag slutligen nämna något om domstolens opartiskhet. Denna regleras i 1 kap. 9 § regeringsformen, som bland annat anger att domstolar ska beakta allas likhet inför lagen och iaktta saklighet och opartiskhet. Bestämmelsen utgör en konstitutionell grund för de regler som finns i rättegångsbalken och som rör domstolens opartiskhet på olika sätt. Domstolen får varken vara partisk eller riskera att uppfattas som partisk. Att domstolen inte får vara partisk betyder att domstolen inte medvetet får agera på ett sätt som ger den ena parten fördelar i processen i förhållande till den andra parten. Att domstolen inte får riskera att uppfattas som partisk innebär t.ex. att en domare inte får döma i en tvist där domarens familjemedlem är part, även om domaren trots det skulle agera helt opartiskt. Bestämmelsen har således både en subjektiv och en objektiv sida. Den subjektiva sidan handlar om hur domstolen själv anser sig agera och den objektiva handlar om hur domstolens agerande kan uppfattas utifrån. I kravet på saklighet och opartiskhet innefattas således även hur domaren bemöter parterna.<sup>22</sup> Även artikel 6 i EKMR<sup>23</sup> stadgar rätten till en rättvis och offentlig förhandling inför en opartisk domstol.

---

<sup>20</sup> Lindell (2012) s. 113–116.

<sup>21</sup> Mellqvist (2015) s. 42–43.

<sup>22</sup> Bull & Sterzel (2015) s. 53–54.

<sup>23</sup> Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

Min uppfattning är att kravet på domstolens opartiskhet blir en del i fördelningen av ansvaret och uppgifterna mellan domaren och parterna, eftersom en snedfördelning kan leda till att domaren blir partisk. Det kan t.ex. hända om domstolen utövar en för omfattande materiell processledning.



# 3 Domstolens processledning och utredningsansvar

## 3.1 Rättegångsbalkens regler om materiell processledning

### 3.1.1 Inledning

Grundbestämmelsen för domstolens materiella processledning under huvudförhandlingen togs in i lagen år 1942, genom införandet av rättegångsbalken.<sup>24</sup> De ursprungliga motiven till bestämmelsen finns i SOU 1938:44. Där beskrivs domstolens materiella processledning som ”dess verksamhet för bestämmande av tvistens föremål och utredningens fullständigande”<sup>25</sup>. Processlagsberedningen uttryckte i motiven att förhandlingsprincipen bör vara ledande för civilprocessen. I vissa fall ansåg man dock att rätten måste kunna påverka processmaterialet, genom att försöka göra det tydligt vad som är tvistigt mellan parterna och vilka grunder de vill anföra. Man ansåg att det hade särskild betydelse i de rättegångar där parterna själv förde sin talan utan ombud. Genom frågor till parterna skulle rätten kunna få dem att åberopa omständigheter som de tidigare missat. Processlagsberedningen anförde dock att rätten måste vara mycket försiktig i sin materiella processledning för att inte uppfattas som partisk.<sup>26</sup>

År 1977 tillsattes Rättegångsutredningen (RU) i arbetet med en översyn av rättegångsbalken. År 1982 kom RU med delbetänkandet SOU 1982:25–26, där man ingående behandlade rättens materiella processledning. RU kom fram till att reglerna för den materiella processledningen behövde reformeras. Det var för stora skillnader på hur den materiella processledningen användes från domare till domare.<sup>27</sup> RU anförde att den materiella processledningen skulle ha till syfte att skapa bättre underlag för domstolen att avgöra mål på ett materiellt riktigt sätt. Den skulle även bidra till att göra rättegångsprocessen snabbare och billigare. RU menade även att antalet överklaganden kan sjunka till följd av en skicklig materiell processledning, eftersom processledningen kan bidra till att mål blir ordentligt utredda redan

---

<sup>24</sup> Rättegångsbalken (1942:740) trädde i kraft 1 januari 1948 och ersatte rättegångsbalken i 1734 års lag.

<sup>25</sup> SOU 1938:44 s. 444.

<sup>26</sup> SOU 1938:44 s. 444–445.

<sup>27</sup> SOU 1982:26 s. 108–109.

i tingsrätten.<sup>28</sup> RU:s arbete ledde till att regeringen tog fram prop. 1986/87:89, som ligger till grund för den nu gällande huvudbestämmelsen för domstolens materiella processledning.

### 3.1.2 Gällande rätt

I 43 kap. 4 § andra stycket RB finns den bestämmelse som domstolens materiella processledning under huvudförhandling grundar sig på. Bestämmelsen anger att rätten ska

*”se till att målet blir utrett enligt vad dess beskaffenhet kräver och att inget onödigt dras in i målet. Genom frågor och påpekanden skall rätten försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i de uttalanden som görs.”*

Enligt 50 kap. 17 § och 55 kap. 15 § RB ska 43 kap. 4 § RB tillämpas även av hovrätt och HD. Rätten kan dock i de flesta fall utgå från att den materiella processledning som behövs i målet har gjorts av tingsrätten. Om hovrätten eller HD upptäcker att så inte är fallet är den skyldig att utöva materiell processledning på samma sätt som tingsrätten.<sup>29</sup>

Syftet med den materiella processledningen är att rätten ska uppmärksamma en part på brister i utformningen av hans eller hennes talan. Rätten ska även försöka få parten att förtydliga, utföra eller ändra en processhandling så att bristen rättas till.<sup>30</sup> Den materiella processledningen har oftast störst betydelse under förberedelsen inför huvudförhandling.<sup>31</sup> Det är dock vanligt att behovet av materiell processledning visar sig även under huvudförhandlingen.<sup>32</sup> Den materiella processledningen under huvudförhandlingen kan ofta begränsas till att rätten kontrollerar att målet blir tillräckligt utrett inom de ramar som satts upp under förberedelsen.<sup>33</sup> Ett exempel på när rätten kan utöva materiell processledning under huvudförhandlingen är när en part berättar om en omständighet i sin sakframställning, och denna omständighet kan vara av civilrättslig betydelse. Då kan rätten fråga parten varför han eller hon berättar om omständigheten, för att klarlägga den otydlighet som kan uppkomma i fråga om parten vill åberopa omständigheten till grund för sin talan eller inte.<sup>34</sup> Det är viktigt för rätten att veta om parten vill åberopa omständigheten, särskilt i dispositiva tvistemål. Det beror på att rätten, i dessa mål, endast får

---

<sup>28</sup> SOU 1982:26 s. 116.

<sup>29</sup> Fitger m.fl., Rättegångsbalken (20 dec. 2016, Zeteo), kommentaren till 50 kap. 17 §.

<sup>30</sup> Westberg (1988) s. 691.

<sup>31</sup> Materiell processledning under förberedelsen regleras i 42 kap. 8 § 2 st. RB.

<sup>32</sup> Brolin m.fl. (2016) s. 33.

<sup>33</sup> Prop. 1986/87:89 s. 216–217.

<sup>34</sup> Ekelöf m.fl. (2011) s. 88.

lägga sådana uppgifter som en part har åberopat till grund för domen, enligt 17 kap. 3 § RB.<sup>35</sup> För att en omständighet ska vara åberopad räcker det inte att en part har nämnt den. Parten måste tydligt lyfta fram omständigheten och presentera den med eftertryck.<sup>36</sup> Under vittnesförhör kan domaren utöva materiell processledning genom att uppmana ombuden att ställa frågor om en viss omständighet. Anledningen till att domaren inte bör ställa sina frågor direkt är risken för att uppfattas som partisk.<sup>37</sup> I sällsynta fall kan materiell processledning behövas även under pläderingen, om en part uttrycker sig otydligt eller utelämnar någon viktig omständighet. I så fall bör domaren uppmärksamma parten på det.<sup>38</sup> Om parterna framställer nya yrkanden eller ändrar eller gör tillägg till vad de fört fram under förberedelsen kan även detta leda till att materiell processledning behövs under huvudförhandlingen.<sup>39</sup> Regeringen betonar i propositionen att rätten ska driva en aktiv processledning, utan att gå över till vad som kan anses vara rådgivande verksamhet.<sup>40</sup>

Det är parterna själva som bestämmer om, och på vilket sätt, de vill bemöta domstolens materiella processledning. Om rätten t.ex. ber ena parten att förtydliga något, är det parten själv som bestämmer om han eller hon vill göra det. Genom att parternas bestämmanderätt bibehålls kommer den materiella processledningen inte i konflikt med dispositionsprincipen. Underlåtenhet kan dock i många fall vara negativt för parten. Domstolen kan missuppfatta parten om han eller hon inte vill förtydliga det som domstolen anser vara otydligt.<sup>41</sup>

För att bidra till en effektiv domstolsprocess ligger det även inom ramen för den materiella processledningen att rätten ska begränsa processmaterialet så att inget onödigt dras in i målet. Det kan göras genom att rätten försöker reda ut vad som verkligen är tvistigt mellan parterna. Då kan rätten sälla bort det som inte är tvistigt från domstolsprövningen.<sup>42</sup>

En annan del av den materiella processledningen är reglerad i 43 kap. 6 § andra stycket RB. Bestämmelsen rör den materiella processledningen på så sätt att domstolen ska uppmana en part att förklara sig om partens uppgifter är motsägelsefulla. Syftet med bestämmelsen är att se till att parterna håller sig till sanningen, enligt den sanningsplikt som kommer till uttryck i

---

<sup>35</sup> Se kapitel 3.2.2.1.

<sup>36</sup> Mellqvist (2015) s. 69.

<sup>37</sup> Ekelöf m.fl. (2011) s. 97.

<sup>38</sup> Ekelöf m.fl. (2011) s. 102.

<sup>39</sup> Brolin m.fl. (2016) s. 33.

<sup>40</sup> Prop. 1986/87:89 s. 103.

<sup>41</sup> Westberg (1988) s. 554.

<sup>42</sup> Mellqvist (2015) s. 30–32.

paragrafens första stycke.<sup>43</sup> Första stycket anger att parterna ska redogöra sanningsenligt för de omständigheter de åberopar i målet och uttala sig om de omständigheter som motparten anför, samt svara på frågor. Jag kommer inte att gå djupare in på denna bestämmelse.

### 3.1.2.1 Omfattningen av den materiella processledningen

Rättegångsbalken innehåller inga detaljerade regler för hur omfattande den materiella processledningen bör vara. Den enskilda domaren får i stor utsträckning själv avgöra var gränsen ska gå.<sup>44</sup> När rätten består av flera ledamöter bör de diskutera med varandra vad som är lämpligt att göra inom ramen för den materiella processledningen. Om ledamöterna är oeniga bör de hålla omröstning i frågan.<sup>45</sup>

I sin materiella processledning måste domstolen ta stor hänsyn till de individuella omständigheterna i olika mål och till målens karaktär. Att en part själv för sin talan i domstol, utan ombud, kan ofta leda till att det krävs en mer långtgående materiell processledning. Processledningens omfattning är dock inte formellt beroende av detta förhållande.<sup>46</sup> Den materiella processledningen kan skilja sig på så sätt att i de fall parten har ombud kan rätten ofta nöja sig med att påpeka att en brist föreligger i partens talan. När parten för talan utan ombud krävs det att rätten ger en mer ingående beskrivning av vad det är som är bristande i partens talan.<sup>47</sup>

Frågan om hur omfattande domstolens materiella processledning bör vara skiljer sig även åt beroende på om det rör sig om ett dispositivt eller ett indispositivt tvistemål. I dispositiva tvistemål är det parterna som helt bestämmer över processmaterialet, i enlighet med förhandlingsprincipen<sup>48</sup>. I de fallen får rätten bara döma över det material som en part har åberopat, enligt 17 kap. 3 § första stycket RB. Resultatet blir att processledningen i dispositiva tvistemål främst går ut på att klargöra vad parterna vill åberopa i rättegången. I indispositiva tvistemål har rätten däremot ett oberoende ansvar för att målet blir ordentligt utrett. Ett sådant ansvar kräver en mer omfattande processledning, som t.ex. kan utföras genom att domstolen självmant hämtar in bevisning eller dömer över andra omständigheter än de som parterna

---

<sup>43</sup> Brolin m.fl. (2016) s. 38.

<sup>44</sup> Prop. 1986/87:89 s. 103–104.

<sup>45</sup> Brolin m.fl. (2016) s. 35.

<sup>46</sup> Prop. 1986/87:89 s. 105–107. Se NJA 1995 s. 571 för exempel på när part förde talan utan ombud och HD ansåg att den materiella processledningen skulle vara mer omfattande. Se även kapitel 4.2.

<sup>47</sup> Westberg (1988) s. 697.

<sup>48</sup> Se kapitel 2.2.

åberopat. Enligt förarbetena bör en gräns för den materiella processledningen i indispositiva tvistemål vara att den inte får gå längre än vad som kan motiveras med beaktande av de materiella rättsreglernas krav.<sup>49</sup>

Det framgår tydligt att officialprincipen har en stark ställning i de indispositiva tvistemålen. Förhandlingsprincipen kan dock tillämpas även i dessa mål, genom att rätten till en början agerar på samma sätt som i dispositiva tvistemål och låter parterna bestämma över processmaterialet. Om rätten efter hand märker att parternas utredning inte är tillräcklig, utövar rätten sin materiella processledning för att se till att processmaterialet inte är bristfälligt.<sup>50</sup> Det är viktigt eftersom bristande processledning kan utgöra rättegångsfel. I de fall det behövs måste rätten utföra en ordentlig materiell processledning, för att inte riskera domvilla och återförvisning av målet. Samtidigt ska rätten inte gå så långt att den kan uppfattas som partisk.<sup>51</sup> Det är en svår balansgång eftersom direkta och konkreta frågor kan leda till att parterna uppfattar det som att domaren lägger sig i tvisten för mycket. Samtidigt kan en alltför försiktig processledning leda till att oklarheter inte blir tillräckligt utredda.<sup>52</sup> Det finns några punkter som domare kan ta fasta vid för att avgöra hur omfattande den materiella processledningen bör vara. Det kan t.ex. vara att se till att parterna åberopar allt de vill åberopa redan i tingsrätten eller att hänvisa en part som behöver mycket hjälp till juridisk rådgivning. Domstolen bör även beakta att det inte är meningsfullt att utöva materiell processledning för att försöka få en part att åberopa något som utgör en otillåten taleändring<sup>53</sup>. Ofta krävs mer omfattande materiell processledning i stora, komplicerade fall än i mindre och enklare fall.<sup>54</sup>

När rätten avgör om materiell processledning ska bedrivas i ett visst fall bör den beakta att processledningen kan bidra till att processen drar ut på tiden och blir dyrare för parterna. I vissa fall kan det dock vara viktigt för parterna att få tvisten fullständigt behandlad. Då kan domstolen informera parterna om att rättegångskostnaderna kan bli högre om processens ram utvidgas, genom att t.ex. fler omständigheter tas in i målet. Sen kan parterna själva bestämma hur de vill göra i frågan.<sup>55</sup>

---

<sup>49</sup> SOU 1982:26 s. 113–114.

<sup>50</sup> Prop. 1986/87:89 s. 108.

<sup>51</sup> Lindell (1988) s. 23–24.

<sup>52</sup> Lindell (2012) s. 293.

<sup>53</sup> Vad som är en otillåten taleändring regleras i 13 kap. 3 § RB.

<sup>54</sup> Lindell (2012) s. 293–294.

<sup>55</sup> Westberg (1988) s. 670–671.

### 3.1.2.2 Risken för domarens partiskhet

Risken för domarens partiskhet i samband med en aktiv materiell processledning kan delas in i två delar. Dessa utgörs av risken för att domaren verkligen blir partisk i utövningen av processledningen samt risken att parterna, eller en av dem, får uppfattningen att domaren är partisk. Om domaren är för aktiv kan han eller hon bli partisk genom att bli låst i sin egen uppfattning. För att motverka detta kan domaren se till att hela tiden vara beredd på att ändra uppfattning i takt med utvecklingen i målet. Det är även viktigt att domaren är försiktig i sin processledning och inte gör mer än vad som behövs för att uppfylla syftet med den.<sup>56</sup> När rätten utövar materiell processledning måste den därför alltid noga överväga vad som behöver göras enligt kravet på en effektiv process jämfört med kravet på att domstolen ska hålla sig opartisk. Det kan variera mycket mellan olika mål.<sup>57</sup> Genom sitt ansvar för att klargöra det materiella innehållet i parternas talan måste domaren till viss del lägga sig i det som parterna menar är civilrättsligt relevant. Det är då viktigt att domaren inte går över till att ge någon av parterna rättslig rådgivning. Om domstolen går över gränsen är risken stor att motparten uppfattar domaren som partisk. Gränsen mellan att domaren klarlägger innehållet i en parts talan och att domaren ger råd om hur talan bör utformas kan dock vara svår att dra på ett tydligt sätt.<sup>58</sup>

## 3.2 Rättegångsbalkens regler om utredningsansvar

### 3.2.1 Inledning

En del i domstolens materiella processledning är domstolens ansvar att se till att målet blir tillräckligt utrett. Det framgår av 43 kap. 4 § andra stycket första meningen RB.<sup>59</sup> Rättens utredningsansvar under huvudförhandlingen innebär att domstolen ska se till att målet blir tillräckligt utrett, inom de ramar som satts upp under förberedelsen.<sup>60</sup> Eftersom domstolen ska hålla sig opartisk och för att målen inte ska bli alltför omfattande bör gränsen för domstolens undersökningsansvar vara förhållandevis snäv.<sup>61</sup> För att uppfylla sitt ansvar tillämpar domstolen materiell processledning på det sätt som jag redogjort för

---

<sup>56</sup> SOU 1982:26 s. 116–117.

<sup>57</sup> Prop. 1986/87:89 s. 105.

<sup>58</sup> Westberg (2013) s. 335–336.

<sup>59</sup> Jfr dock Westberg (2013) s. 155, där utredningsansvaret hålls isär från domarens processledande verksamhet.

<sup>60</sup> Prop. 1986/87:89 s. 215–216.

<sup>61</sup> Prop. 1986/87:89 s. 104.

i föregående avsnitt. Domstolens utredningsansvar hänger således ihop med den materiella processledningen.

Utredningsansvaret skiljer sig åt beroende på om målet är dispositivt eller indispositivt. En viktig skillnad är att domen i de dispositiva tvistemålen inte nödvändigtvis måste motsvara ”materiell sanning”. En part kan medge något utan att rätten undersöker om det som parten medger verkligen har hänt. I indispositiva tvistemål måste rätten däremot tillämpa officialprincipen och kan grunda domen på andra omständigheter än de som parterna har åberopat. I de målen strävar rätten efter att avgöra tvisten mot bakgrund av vad som utgör materiell sanning.<sup>62</sup>

Domstolens utredningsansvar regleras även av andra bestämmelser i rättegångsbalken. Jag kommer därför i det följande att behandla 17 kap. 3 § RB, som handlar om yrkanden och grunder, och 35 kap. 6 § RB, som handlar om bevisning.

## 3.2.2 Gällande rätt

### 3.2.2.1 Yrkande och grunder

Domstolens utredningsansvar i fråga om yrkanden och grunder kan utläsas ur 17 kap. 3 § RB. Av bestämmelsen framgår att rätten inte får döma över något annat eller något mer än vad en part har yrkat. I dispositiva tvistemål får domen inte grundas på omständigheter som ingen av parterna har åberopat till grund för talan. Första stycket gäller som huvudregel för alla tvistemål. Det finns dock särskilda bestämmelser i speciallagar, som innebär att rätten kan döma över något som inte har yrkats.<sup>63</sup> Den allmänna tolkningen av paragrafens andra stycke är att en domare i indispositiva tvistemål självmant får lov att ta hänsyn även till andra omständigheter än de som parterna har åberopat. I vissa fall kan rätten till och med vara skyldig att göra detta.<sup>64</sup>

I dispositiva tvistemål ansvarar parterna således själva för att skaffa all information de behöver för att utforma sin respektive talan. Huvudregeln är därför att rätten inte har något ansvar för att hämta in information. När det gäller indispositiva tvistemål tvistar parterna däremot om något som de inte själva helt kan bestämma över, t.ex. vem av föräldrarna som ska ha vårdnaden om ett barn. I dessa mål ska rätten sätta barnets bästa före föräldrarnas

---

<sup>62</sup> Lindell (2012) s. 46.

<sup>63</sup> Fitger m.fl., Rättegångsbalken (20 dec. 2016, Zeteo), kommentaren till 17 kap. 3 §. Se t.ex. RH 2005:38 där hovrätten tilldömde pappan ett mer begränsat umgänge än vad han yrkat och mamman medgivit. Se även kapitel 4.3.

<sup>64</sup> Westberg (2013) s. 147.

intressen och det finns ofta mer information än den som parterna väljer att lyfta fram i rättegångsprocessen. Om domaren misstänker att det finns annan information som kan ha betydelse i målet eller att det finns mer som behöver utredas är det domarens ansvar att se till att det sker. Domaren ger i så fall oftast uppmaningar till parterna att skaffa informationen istället för att på egen hand utföra utredande arbete.<sup>65</sup> Genom 17 kap. 3 § RB kommer förhandlingsprincipen och officialprincipen till uttryck i lagtexten.<sup>66</sup>

### 3.2.2.2 Bevisning

I utredningsansvaret ingår även frågan om vem som ska föra in bevisningen i målet. Detta regleras av 35 kap. 6 § RB, som anger att det är parterna som ska ansvara för bevisningen. När det gäller indispositiva tvistemål får rätten dock självmant hämta in bevisning. Bestämmelsen ändrades genom prop. 2004/05:131. Innan ändringen fick domstolen självmant hämta in vissa typer av bevisning även i dispositiva tvistemål. Regeringen bedömde att det var fara för domstolens opartiskhet att domstolen fick hämta in bevisning i dispositiva tvistemål, samt att det inte var kostnadseffektivt. Man ansåg vidare att regler som begränsar parternas möjligheter att styra över en dispositiv tvistemålsprocess skulle undvikas så långt som möjligt. Därför togs möjligheten för domstolen att inhämta bevisning i dispositiva tvistemål bort. Lagändringen motiverades även av att rättens utredningsansvar inte sträcker sig lika långt i dispositiva tvistemål som i indispositiva.<sup>67</sup>

Anledningen till att det som huvudregel är parterna som ska ansvara för bevisningen ligger i förhandlingsprincipen.<sup>68</sup> Den nuvarande bestämmelsen i 35 kap. 6 § RB innebär att domaren, i dispositiva tvistemål, inte får leta efter, samla in eller döma efter bevis som parterna inte tagit in i rättegången och stöder sin respektive talan på. I indispositiva tvistemål får rätten däremot hämta in bevisning på eget initiativ.<sup>69</sup> Det innebär inte att rätten måste förhålla sig helt passiv angående bevisningen i dispositiva tvistemål. Domstolen får lov att diskutera bevisningen med stöd av sin materiella processledning i alla tvistemål. Rätten måste dock alltid förhålla sig till problemet med att engagera sig för mycket i en sakfråga, då det kan leda till partiskhet.<sup>70</sup>

Eftersom förhandlingsprincipen ska präglade processen även för de indispositiva tvistemålen ska rätten enbart komplettera den bevisning som

---

<sup>65</sup> Westberg (2013) s. 154.

<sup>66</sup> Jfr kapitel 2.2 och 2.3.

<sup>67</sup> Prop. 2004/05:131 s. 154–155.

<sup>68</sup> Fitger m.fl., Rättegångsbalken (20 dec. 2016, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 6 §.

<sup>69</sup> Westberg (2013) s. 148.

<sup>70</sup> Fitger m.fl., Rättegångsbalken (20 dec. 2016, Zeteo), kommentaren till 35 kap. 6 §.



parterna har fört in i målet. I början av processen är det bara parterna som känner till vilken bevisning som finns och därför är det också de som enklast kan föra in bevisningen. Oftast när rätten hämtar in bevisning självmant beror det på att rätten på något sätt under domstolsprocessens gång fått kännedom om att ytterligare bevisning finns. Rätten brukar således inte självmant efterforska om det finns någon mer bevisning.<sup>71</sup>

## 3.3 Specialregler för familjemål

### 3.3.1 Inledning

Familjemålen är en specialform av tvistemål, dit bland annat mål om vårdnad om barn, barns boende och barns umgänge med sina föräldrar räknas. Dessa mål är indispositiva, vilket innebär att parterna inte får bestämma fritt över processföremålet. Rätten har ett eget ansvar för utredningen och avgörandet, och behöver därför inte följa vad parterna har anfört. Rätten ansvarar för att innehållet och syftet med de materiella reglerna om vårdnad, boende och umgänge uppfylls.<sup>72</sup>

En rättegångsprocess innebär ofta stora påfrestningar, både för de tvistande föräldrarna och för deras barn. Därför erbjuds flera olika sätt att lösa tvisten genom att få parterna att komma överens innan det går så långt som till en domstolsprocess.<sup>73</sup> De olika vägar som finns för att hitta en lösning på konflikten behandlas inte i denna uppsats.<sup>74</sup> Om föräldrarna inte lyckas komma överens i frågor om vårdnad, boende och umgänge, kan en förälder väcka talan vid domstol enligt 6 kap. 5 § FB. Processen i de flesta mål som rör vårdnad, boende och umgänge handläggs på samma sätt som övriga tvistemål, enligt 6 kap. 17 § andra stycket första meningen FB. Det finns dock vissa särskilda bestämmelser för processen i 6 kap. FB. En mycket viktig bestämmelse som är relevant för denna uppsats är 6 kap. 2 a § FB. Den stadgar principen om att barnets bästa ska vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. Även 6 kap. 19 § FB, som reglerar rättsens utredningsansvar i familjemål, är relevant för denna uppsats. Bestämmelsen anger bland annat att rätten ska se till att frågor som rör vårdnad, boende och umgänge blir tillbörligt utredda. Dessa två bestämmelser kommer jag behandla i de följande avsnitten.

---

<sup>71</sup> Ekelöf m.fl. (2009) s. 54–57.

<sup>72</sup> Mellqvist (2015) s. 95–96.

<sup>73</sup> Heuman (2014) s. 82–83.

<sup>74</sup> Se kapitel 1.3.

### 3.3.2 Barnets bästa och rätt att komma till tals

I syfte att förstärka barnperspektivet i 6 kap. FB arbetades ett lagförslag fram genom prop. 2005/06:99. Förslaget ledde bland annat fram till den nu gällande bestämmelsen i 6 kap. 2 a § FB. En anledning till att man ville förstärka barnperspektivet var för att svensk rätt bättre skulle stå i överensstämmelse med barnkonventionen<sup>75,76</sup>. Enligt art. 3 i barnkonventionen ska barnets bästa komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn. Det gäller oavsett om de vidtas av offentliga organ eller av privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ. Även artikel 12 i barnkonventionen har haft inflytande på 6 kap. 2 a § FB. Artikeln anger att konventionsstaterna ska se till att det barn som är i stånd att bilda egna åsikter har rätt att fritt uttrycka dessa i alla frågor som rör barnet. Barnets åsikter ska ges betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad.

Enligt 6 kap. 2 a § FB ska barnets bästa vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. I sin bedömning ska rätten fästa avseende särskilt vid risken för att barnet på något sätt kan komma att fara illa samt barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Utöver detta ska rätten ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad.

För att undersöka om barnperspektivet verkligen hade stärkts genom 2006 års lagändring tillsattes en vårdnadsutredning som fick detta uppdrag år 2014. Vårdnadsutredningen redovisade sitt arbete i SOU 2017:6. Resultaten av utredningen visade att barnperspektivet har stärkts, men att det fortfarande finns utrymme för förbättringar. Det gäller särskilt riskbedömningarnas kvalitet och hur, och i vilken utsträckning, barnets vilja beaktas.<sup>77</sup>

När det fattas beslut om barns vårdnad, boende och umgänge är det barnets framtid och tillvaro som regleras. Därför är det viktigt att besluten som tas stämmer överens med vad som är bäst för barnet. Ofta anser man att det som föräldrarna kan komma överens om är bäst även för barnet, eftersom barnets tillvaro fungerar bättre om tillvaron fungerar för barnets föräldrar. Är föräldrarna missnöjda med hur vårdnad, boende och umgänge har bestämts är det lättare att konflikter uppstår. Dessa konflikter går i många fall ut över barnet på ett skadligt sätt.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> FN:s konvention om barnets rättigheter.

<sup>76</sup> Prop. 2005/06:99 s. 38.

<sup>77</sup> SOU 2017:6 s. 26.

<sup>78</sup> Prop. 2005/06:99 s. 39 och SOU 2005:43 s. 105.

Vad som är barnets bästa kan inte definieras på ett allmängiltigt sätt. Det finns många olika åsikter om vad som är bäst för ett barn och åsikterna ändrar sig dessutom över tiden. Vad som är bäst för ett barn kanske inte är det för ett annat barn. Därför måste en individuell bedömning göras i varje enskilt fall.<sup>79</sup> Bedömningen ska grunda sig på kunskap och beprövad erfarenhet, samt barnets egen åsikt. Allt som rör barnets fysiska och psykiska välbefinnande och utveckling ska beaktas. Så långt det är möjligt ska hänsyn tas till både kortsiktiga och långsiktiga effekter för barnet.<sup>80</sup> Uppräkningen som görs i 6 kap. 1 § FB om barnets grundläggande rättigheter och uppräknings i 6 kap. 2 a § FB om barnets bästa är tänkt att vara vägledande i bedömningen av vad som är bäst för barnet. Det går inte att ange mer precist vad som ska anses vara barnets bästa, eftersom man då riskerar att förlora den flexibilitet som krävs för att kunna göra en individuell bedömning i det enskilda fallet.<sup>81</sup>

En viktig del i att bedöma vad som är ett barns bästa uppstår om det framkommer uppgifter om våld i målet. Då måste uppgifterna alltid prövas och rätten måste göra en riskbedömning. Om domstolen kommer fram till att det föreligger en risk för att barnet kan komma att fara illa ska detta väga tungt i helhetsbedömningen av vad som är bäst för barnet.<sup>82</sup> Även barnets vilja är en särskilt viktig omständighet vid en prövning av vad som är barnets bästa. Om barnet har uppnått tillräcklig ålder och mognad, samt uttrycker en tydlig vilja, bör rätten i allmänhet följa barnets önskemål. Även i de fall där barnets vilja inte är lika tydlig ska rätten ta hänsyn till synpunkter som barnet har t.ex. om hur det är att bo med den ena eller andra föräldern.<sup>83</sup>

### 3.3.3 Materiell processledning

I familjemål finns det en risk att barnets bästa inte blir tillgodosett om parterna fritt får reglera sitt rättsförhållande. Omständigheterna att målets utgång berör barnet i mycket stor utsträckning samt att barnet inte är part i målet gör att den materiella processledningen måste vara ingående. Det är mycket viktigt att en dom i ett familjemål stämmer överens med den materiella rätten. Därför måste domstolen verka för att garantera en sådan överensstämmelse.<sup>84</sup> Trots detta är även familjerättsprocessen i grunden ett kontradiktoriskt förfarande.

---

<sup>79</sup> SOU 2005:43 s. 105.

<sup>80</sup> Prop. 2005/06:99 s. 40.

<sup>81</sup> Prop. 1997/98:7 s. 47.

<sup>82</sup> Prop. 2005/06:99 s. 42.

<sup>83</sup> Prop. 2005/06:99 s. 45. Se även SOU 2017:6 s. 309. Angående domstolens ansvar för att utreda barnets vilja och risken för att barnet far illa, se nedan i kapitel 3.3.4.

<sup>84</sup> SOU 1982:26 s. 112.

Skillnaden mot andra tvistemål är att förhandlingsprincipen får stå tillbaka mer i förhållande till officialprincipen.<sup>85</sup>

Inom ramen för den materiella processledningen i familjemål ligger att rätten ska vara aktiv så att processen förs framåt. Det är viktigt att processen inte drar ut på tiden och att ett avgörande kan komma så snabbt som möjligt. För att begränsa processens omfattning och tidsutdräkt bör rätten dessutom verka för att avgöranden om vårdnad, boende och umgänge blir så välgrundade som möjligt redan från början. Då är risken för överklagande mindre och barnet kan lättare och snabbare få en stabil tillvaro.<sup>86</sup>

Domar i mål om vårdnad, boende och umgänge har inte rättskraft, vilket betyder att det går att väcka talan på nytt i en fråga som redan avgjorts.<sup>87</sup> I den materiella processledningen ingår, som jag redogjort för tidigare, att begränsa processmaterialet.<sup>88</sup> I familjemål innebär detta bland annat att om en ny talan väckts kort efter ett tidigare avgörande kan domstolen ofta begränsa processen till att enbart omfatta nya uppgifter. Det finns i sådana upprepade processer vanligtvis möjlighet att förenkla hanteringen, genom att prövningen begränsas till sådana omständigheter som tillkommit efter det tidigare avgörandet.<sup>89</sup>

Domstolen kan även begränsa socialnämndens vårdnadsutredning<sup>90</sup>. För att göra detta kan domstolen sätta upp ramar och riktlinjer för utredningen. Det kan vara bra i de fall då det bara är en viss omständighet som kräver mer utredning. Domstolen får inte agera på ett sätt så att dess opartiskhet kan ifrågasättas, men om alla parter är överens om att det bara är vissa frågor som behöver utredas kan det vara tidseffektivt att sätta gränser för utredningen.<sup>91</sup> Dock visar en undersökning som Annika Rejmer gjort att domarna inte använder sig av möjligheten att ange riktlinjer för utredningen i särskilt stor utsträckning.<sup>92</sup>

Det bästa för barnet anses oftast vara att föräldrarna kommer överens och kan samarbeta i så stor utsträckning som möjligt.<sup>93</sup> I familjemål är det därför extra viktigt att domstolen är försiktig i sin materiella processledning så att inte parternas konflikt förvärras.<sup>94</sup>

---

<sup>85</sup> Mellqvist (2015) s. 33.

<sup>86</sup> SOU 2005:43 s. 34.

<sup>87</sup> Sjösten (2014) s. 214.

<sup>88</sup> Se avsnitt 3.1.2.

<sup>89</sup> SOU 2005:43 s. 269.

<sup>90</sup> Se nästa avsnitt angående vårdnadsutredningen.

<sup>91</sup> Prop. 1990/91:8 s. 46. Se även Sjösten (2014) s. 223.

<sup>92</sup> Rejmer i ”Barnrätt – en antologi” (2014) s. 376.

<sup>93</sup> Se t.ex. prop. 2005/06:99 s. 39 och SOU 2005:43 s. 105.

<sup>94</sup> Westberg (1988) s. 617.

### 3.3.4 Utredningsansvar

I föräldrabalken finns en specialbestämmelse som rör domstolens utredningsansvar i familjemål. Enligt 6 kap. 19 § första stycket FB ska domstolen se till att frågor om vårdnad, boende och umgänge blir tillbörligt utredda. Det innebär att rätten på eget initiativ ska säkerställa att utredningen blir så utförlig som krävs, vilket är ett högt ställt krav.<sup>95</sup> Bestämmelsen ger uttryck för rättens möjlighet att självständigt hämta in bevisning och ytterligare utredning. Den utgör således ett förtydligande och ett komplement till de regler i rättegångsbalken som jag behandlat i tidigare kapitel.<sup>96</sup> 6 kap. 19 § första stycket FB innebär vidare att rätten alltid måste göra en viss officialprövning i barnets intresse. Detta gäller även i de fall föräldrarna är överens i frågor om vårdnad, boende och umgänge.<sup>97</sup>

Innan rätten avgör ett mål om vårdnad, boende och umgänge ska socialnämnden ges tillfälle att lämna upplysningar, enligt 6 kap. 19 § andra stycket FB. Har nämnden tillgång till upplysningar som kan vara av betydelse för bedömningen i målet är nämnden skyldig att lämna dessa upplysningar till rätten. Denna möjlighet, och i vissa fall skyldighet, att lämna upplysningar fungerar bland annat som ett skydd för barnet när föräldrarna har kommit överens i frågor om vårdnad, boende och umgänge, och överenskommelsen inte är till barnets bästa.<sup>98</sup> Ibland händer det att domstolen misstolkar yttranden från socialnämnden. För att domstolens bedömning ska bli korrekt bör den ta ny kontakt med den som utfärdat ett yttrande som domstolen uppfattar som oklart eller otydligt. På så sätt kan missuppfattningar redas ut.<sup>99</sup>

Enligt 6 kap. 19 § tredje stycket FB får rätten ge i uppdrag till socialnämnden att göra en s.k. vårdnadsutredning<sup>100</sup> om det behövs mer utredning inför avgörandet. Då utser socialnämnden en tjänsteman som får i uppdrag att genomföra en noggrann utredning. I arbetet med utredningen träffar utredaren föräldrarna och barnet, samt andra personer som kan bidra med information till utredningen, t.ex. lärare och grannar.<sup>101</sup> Det är viktigt att domstolen endast hämtar in vårdnadsutredningar i de fall då det verkligen behövs fler och utförligare uppgifter än de som socialnämnden ska ges tillfälle att lämna enligt 6 kap. 19 § andra stycket FB. De flesta vårdnadstvister som går så långt som till huvudförhandling i domstol behöver dock en vårdnadsutredning för

---

<sup>95</sup> Mellqvist (2015) s. 103.

<sup>96</sup> Se avsnitt 3.1 och 3.2.

<sup>97</sup> Heuman (2014) s. 91. Se även Sjösten (2014) s. 58. För ett exempel från rättstillämpningen se RH 2005:38 där hovrätten tilldömde pappan ett mer begränsat umgänge än vad han yrkat och mamman medgivit. Se även kapitel 4.3.

<sup>98</sup> Prop. 1994/95:224 s. 35–36. Se även Schiratzki (2017) s. 109–110.

<sup>99</sup> SOU 2005:43 s. 206.

<sup>100</sup> Utredning om vårdnad, boende och/eller umgänge.

<sup>101</sup> Heuman (2014) s. 105.

att kunna avgöras på ett bra sätt.<sup>102</sup> Som angetts ovan är domstolen intetvungen att begära en vårdnadsutredning för att uppfylla sitt utredningsansvar. Ibland kan det dock vara ett rättegångsfel att inte göra det.<sup>103</sup>

I vårdnadsutredningen ska utredaren redovisa den information som kommit fram i utredningen samt upplysningar om barnet och barnets föräldrar.<sup>104</sup> Om det inte är olämpligt ska utredaren även lämna förslag till beslut, enligt 6 kap. 19 § tredje stycket FB. Lämpligheten i att utredaren ger ett eget förslag på beslut måste bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet. För att avgöra om ett förslag ska lämnas eller inte bör utredaren ta hänsyn till om beslutet kan uppfattas nedvärderande mot någon av föräldrarna. För att inte riskera att tvisten trappas upp bör utredaren därför i vissa fall låta bli att lämna förslag till beslut. I andra fall kan utredarens synpunkter vara av så stort värde, på grund av utredarens kunskaper om tvisten och familjeförhållandena, att han eller hon bör lämna ett sådant förslag.<sup>105</sup> Den som utför vårdnadsutredningen redogör ofta för vilka konsekvenser de olika lösningarna av tvisten kan få för barnet. Det är inte lika långtgående som att ge ett konkret förslag på beslut, och kan i vissa fall vara bättre.<sup>106</sup> Om utredaren anser att det är olämpligt att lämna förslag på beslut bör utredaren ange varför han eller hon har den uppfattningen.<sup>107</sup> Innan utredaren lämnar in utredningen till domstolen ska utredningen kommuniceras med föräldrarna. Det är en fråga om rättssäkerhet att föräldrarna får möjlighet att kommentera det som tillförts till målet. Dessutom kan eventuella missförstånd redas ut innan domstolen får in utredningen.<sup>108</sup>

Även om vårdnadsutredningen och utredarens förslag till beslut är mycket viktiga innebär de inte att domstolen kan låta bli att göra en egen analys av utredningen i målet. Det är i slutändan domstolen som ska avgöra vad som är bäst för barnet.<sup>109</sup> Det är viktigt att domstolen kontrollerar så att de resonemang som förs fram i vårdnadsutredningen är hållbara och att utredaren har grund för sina bedömningar. Eftersom en viss tid kan ha hunnit gå från att vårdnadsutredningen utfördes till dess att rätten ska avgöra målet måste rätten kontrollera att inte förhållandena har ändrats på ett sätt som är av betydelse för utredningen. Utredningen kan i så fall behöva kompletteras.<sup>110</sup>

---

<sup>102</sup> SOU 2005:43 s. 245–246.

<sup>103</sup> Schiratzki (2013) s. 136.

<sup>104</sup> Dahlstrand (2004) s. 58.

<sup>105</sup> Prop. 1990/91:8 s. 45–46.

<sup>106</sup> Prop. 1997/98:7 s. 90.

<sup>107</sup> SOSFS 2012:4 s. 16.

<sup>108</sup> Sjösten (2014) s. 225.

<sup>109</sup> Prop. 2005/06:99 s. 60.

<sup>110</sup> Heuman (2014) s. 105–106. Se t.ex. NJA 1987 s. 48 och NJA 1994 C 5. Se även kapitel 4.3.

När rätten ska avgöra ett familjemål ska den göra sin bedömning med hänsyn till vad utredningen i målet visar. Rätten ska bland annat beakta föräldrarnas personliga egenskaper och bostadsförhållanden, samt barnets intressen och ålder. Bedömningen ska vara inriktad på de omständigheter som föreligger i det enskilda fallet. Utredningen måste därför vara fullständig och ingående i alla relevanta delar.<sup>111</sup>

### 3.3.4.1 Att utreda barnets vilja

Av 6 kap. 2 a § sista stycket FB framgår att domstolen ska ta hänsyn till barnets vilja. Det ligger därför ett ansvar på domstolen att på något sätt få reda på vad barnet vill. Det är ytterst domstolens uppgift att försöka utreda om barnet har några synpunkter på vårdnadsfrågan och vilka dessa synpunkter i så fall är.<sup>112</sup> Om föräldrarna är överens och inget tyder på att barnet har en inställning som går emot föräldrarnas överenskommelse behövs dock inte någon ingående utredning.<sup>113</sup> Barnet själv har inte talerätt i mål om vårdnad, boende och umgänge, vilket betyder att barnet själv inte kan föra talan i ett sådant mål. Därför måste rätten se till att barnet får komma till tals på andra sätt för att få sin vilja beaktad.<sup>114</sup>

6 kap. 19 § fjärde stycket FB anger att den som verkställer en vårdnadsutredning ska försöka klarlägga barnets inställning, om det inte är olämpligt, och redovisa denna för rätten. Syftet med bestämmelsen är att säkerställa att underlaget är tillräckligt för att domstolen ska kunna beakta barnets vilja.<sup>115</sup> Det kan ofta vara olämpligt att fråga barnet hur barnet anser att domstolen bör avgöra målet. Meningen är istället att utredaren ska få en sådan kontakt med barnet att han eller hon kan få en uppfattning av om barnet har någon viljeinriktning som bör ha betydelse för prövningen.<sup>116</sup> Det är utredaren som avgör om, och i så fall på vilket sätt, det är lämpligt att försöka få fram barnets vilja. De uppgifter som lämnas in till domstolen bör innehålla information som kan ge en bild av barnets inställning. För att få en uppfattning om barnets inställning måste utredaren träffa barnet och ställa frågor som kan ge information om vad barnet vill. Med hänsyn till barnets ålder och mognad får utredaren bedöma hur detta kan göras på ett lämpligt sätt. Om det rör sig om ett mycket ungt eller särskilt känsligt barn kan det ibland vara olämpligt att försöka klargöra barnets vilja över huvud taget. Om

---

<sup>111</sup> Heuman (2014) s. 103.

<sup>112</sup> SOU 2005:43 s. 543.

<sup>113</sup> Sjösten (2014) s. 54.

<sup>114</sup> Prop. 1994/95:224 s. 15–16.

<sup>115</sup> Prop. 1994/95:224 s. 54.

<sup>116</sup> Prop. 1994/95:224 s. 33.

utredaren inte anser att det är lämpligt att försöka klarlägga barnets inställning bör detta och skälen till det anges.<sup>117</sup> Enligt Socialstyrelsens allmänna råd bör utredaren träffa barnet både tillsammans med respektive förälder och ensam. Vid mötet bör utredaren låta barnet berätta om sin situation. Samtalet med barnet bör anpassas till barnets ålder och mognad och utredaren bör kontrollera med barnet så att alla uppgifter har uppfattats på rätt sätt. Om utredaren anser att det är olämpligt att hålla ett samtal direkt med barnet kan barnet istället komma till tals i utredningen indirekt, genom att utredaren pratar med personer som känner barnet väl.<sup>118</sup>

För att barnet verkligen ska vara delaktigt i beslutet räcker det inte att samtal har hållits med barnet. Barnet måste även ha fått information om varför samtalen hålls och vilken betydelse det som barnet säger kan få i målet.<sup>119</sup> Det kan i vissa fall vara svårt att veta vad som är barnets verkliga vilja. Barnet kan ändra åsikt under utredningens gång och kan påverkas på olika sätt till att ha en viss inställning. Därför är det viktigt att det görs en noggrann bedömning av barnets synpunkter och att omständigheterna i det enskilda fallet beaktas. Barnet ska inte tvingas att uttrycka en vilja eller ta ställning för någon av föräldrarna.<sup>120</sup> Rätten att komma till tals innefattar även en rätt för barnet att inte uttrycka någon åsikt alls.<sup>121</sup> Detta innebär en svår avvägning, eftersom barnets inställning är viktig för bedömningen samtidigt som barnet ska slippa välja sida i konflikten.<sup>122</sup>

Lotta Dahlstrand gjorde en undersökning av tingsrättspraxis i samband med sin doktorsavhandling. Undersökningen visade att det främst var barn som fick komma till tals en vårdnadsutredning som fick möjlighet att uttrycka sina åsikter. I tingsrättsdomarna med vårdnadsutredning fanns det uppgifter om barnets vilja i 79 % av domarna, medan endast 31 % av domarna utan vårdnadsutredning hade sådana uppgifter. Enligt Dahlstrand kan detta bero på att lagen är utformad så att barnets inställning ska klarläggas i vårdnadsutredningen om det inte är olämpligt. Någon tydlig regel för utredningen av barnets inställning i de fall en vårdnadsutredning inte görs finns inte i svensk rätt.<sup>123</sup> I Ds 2002:13 verkade Justitiedepartementet ha samma uppfattning som Dahlstrand. Justitiedepartementet uttryckte att gällande rätt endast säkerställer att barn får redogöra för sin inställning i de mål där domstolen anser att barnets inställning kan ha betydelse för avgörandet. I övriga mål blir barnen inte tillfrågade om sin inställning.<sup>124</sup>

---

<sup>117</sup> Prop. 1994/95:224 s. 54–55.

<sup>118</sup> SOSFS 2012:4 s. 12–13.

<sup>119</sup> Ryrstedt, SvJT 2009 s. 1034.

<sup>120</sup> Prop. 1994/95:224 s. 27–28.

<sup>121</sup> Kaldal i ”Barnrätt – En antologi (2014) s. 217.

<sup>122</sup> Mellqvist (2015) s. 103.

<sup>123</sup> Dahlstrand (2004) s. 269–273.

<sup>124</sup> Ds 2002:13 s. 74.



Justitiedepartementet föreslog att 6 kap. 19 § FB skulle få en ny del i första stycket. Den nya delen skulle innebära att domstolen ska hämta in upplysningar om barnets inställning i alla mål som bestämmelsen omfattar, om det inte anses olämpligt. En sådan formulering skulle stämma bättre överens med barnkonventionen.<sup>125</sup> Förslaget har inte lett till lagstiftning. SOU 2017:6 bygger vidare på tanken om att lagtexten i FB behöver ändras för att stämma överens med barnkonventionen. Det är en absolut rättighet som barn har att fritt få uttrycka sina åsikter och bli hörd i frågor som rör barnet.<sup>126</sup> Förslagen innebär att 6 kap. 2 a § FB ska ändras så att barnets åsikter och inställning, istället för barnets vilja som den nuvarande formuleringen anger, ska tillmätas betydelse vid bedömningen av barnets bästa. Genom den formulering som föreslås skulle svensk lagtext utgå från samma begrepp som används i barnkonventionen. Utredningen föreslår även att en helt ny bestämmelse ska föras in i föräldrabalken. Den nya bestämmelsen föreslås stadga att ”ett barn ska få relevant information och ges möjlighet att framföra sina åsikter eller sin inställning i frågor om vårdnad, boende eller umgänge. Om barnet inte framför sina synpunkter, ska hans eller hennes åsikter eller inställning så långt det är möjligt klarläggas på annat sätt.”<sup>127</sup>

Enligt 6 kap. 19 § sista stycket FB får ett barn, vars föräldrar tvistar om vårdnad, boende och umgänge, höras inför domstolen.<sup>128</sup> Det krävs att särskilda skäl talar för att barnet ska höras och att det är uppenbart att barnet inte kan ta skada av att det. Bestämmelsen är tänkt att tillämpas restriktivt och det är mycket ovanligt att barn hörs inför domstolen.<sup>129</sup> Det vanliga är istället att barnet får komma till tals i samband med socialnämndens utredning, eftersom det anses lämpligare och mindre ingripande för barnet. I de fall ett äldre barn själv begär att få föra fram sina synpunkter inför domstolen kan det, enligt förarbetena, i undantagsfall vara lämpligt.<sup>130</sup> En förutsättning för att barnet ska kunna höras inför rätten är att barnet själv går med på det.<sup>131</sup> Åsikterna kring lämpligheten av att höra barn inför rätten skiljer sig mycket åt. Exempelvis verkar Mellqvist ha uppfattningen att barnet själv aldrig bör höras inför rätten,<sup>132</sup> medan Dahlstrand uttrycker att man inte behöver vara för rädd för att låta äldre barn samtala med domaren kring sin inställning.<sup>133</sup>

---

<sup>125</sup> Ds 2002:13 s. 173–174.

<sup>126</sup> SOU 2017:6 s. 109.

<sup>127</sup> SOU 2017:6 s. 313–315 och 525–528.

<sup>128</sup> För ett exempel på när ett barn har hörts inför rätten, se NJA 1995 s. 398. Rättsfallet tas upp i kapitel 4.3. Se även JO 1981/82 s. 25 där JO kritiserade en domare för att ha hört två barn inför rätten. Beslutet redogörs för i kapitel 4.4.

<sup>129</sup> SOU 2005:43 s. 552.

<sup>130</sup> Prop. 1981/82:168 s. 56–57.

<sup>131</sup> Sjösten (2014) s. 231.

<sup>132</sup> Mellqvist (2015) s. 104.

<sup>133</sup> Dahlstrand (2004) s. 297.

### 3.3.4.2 Att utreda risken för att barnet far illa

I bland kommer det fram information som tyder på att det kan finnas en risk för att barnet far illa på grund av någon av föräldrarna, t.ex. att någon av föräldrarna kommer att utsätta barnet för övergrepp. Då ska domstolen som en del i sin utredningsskyldighet göra en sannolikhetsbedömning av risken. Om det finns en fällande dom eller om föräldern erkänner övergrepp uppkommer sällan problem. I andra fall måste domstolen undersöka om det t.ex. finns ögonvittnen eller dokumenterade skador från påstådda övergrepp. I de fall ord står mot ord blir det en fråga om trovärdigheten hos parterna. Risken för övergrepp i familjemål har inte lika högt beviskrav som en fällande dom i ett brottmål. Det räcker att det finns konkreta omständigheter som pekar på att övergrepp har förekommit samt någon typ av stödbevisning för ett påstående om övergrepp. Exempel på sådan stödbevisning kan vara polisanmälningar, vittnesförhör eller barnpsykiatriska utredningar. Om rätten kommer fram till att det sannolikt finns en risk för att barnet kan komma att fara illa ska rätten göra en riskbedömning.<sup>134</sup>

Rättens riskbedömning ska göras utifrån en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Det säger sig självt att det kan vara svårt att bedöma risken för att barnet ska fara illa i framtiden. För att kunna bedöma risken beaktar domstolen tidigare övergrepp och av vilken art dessa varit, t.ex. om det är barnet eller en förälder som blivit utsatt för övergreppen och hur allvarliga övergreppen varit. Domstolen beaktar även om övergreppen har pågått under en längre tid eller om det varit fråga om en enstaka överilad handling, samt hur lång tid som har gått sedan tidigare övergrepp.<sup>135</sup>

I de fall domstolen kommer fram till att det finns en risk för att barnet kan komma att fara illa, bör detta tillmätas stor betydelse i helhetsbedömningen. Ofta är det bäst för barnet att den förälder som riskerar att utsätta barnet för t.ex. övergrepp inte får del i vårdnaden. I vissa fall bör inte heller något umgänge beslutas. Ibland kan dock umgänge anses vara bäst för barnet, trots risken. Då kan umgänget ske tillsammans med umgängesstöd (kallades tidigare kontaktperson).<sup>136</sup>

Det är inte bara domstolen som ska göra en riskbedömning, utan även den som utför vårdnadsutredningen. Vårdnadsutredningen är ett viktigt underlag för domstolens bedömning och avgörande. Därför måste alla omständigheter som kan ha betydelse för målet tas upp. Vid kontakten med barnet är det

---

<sup>134</sup> SOU 2005:43 s. 200–201.

<sup>135</sup> SOU 2005:43 s. 203.

<sup>136</sup> Prop. 2005/06:99 s. 42.

således viktigt att utredaren får en uppfattning om hur barnet påverkas av eventuellt våld i familjen och hur barnet upplever situationen.<sup>137</sup>

---

<sup>137</sup> Prop. 2005/06:99 s. 43.

# 4 Materiell processledning och utredningsansvar i rättstillämpningen

## 4.1 Inledning

Bristande materiell processledning och otillräcklig utredning har i flera fall lett till att mål har återförvisats till lägre instans på grund av rättegångsfel. När ett mål återförvisas av en högre instans undanröjs domen från den lägre instansen. Ett undanröjande leder till att den lägre rättens avgörande blir ogiltigt utan att den högre rätten ersätter domen med ett eget avgörande. När den lägre rättens avgörande undanröjs på grund av bristande materiell processledning eller otillräcklig utredning återförvisas målet till den lägre instansen för ny handläggning.<sup>138</sup> I detta kapitel redogör jag för några sådana fall samt JO-beslut som rör domstolens materiella processledning och utredningsansvar.

## 4.2 Dispositiva tvistemål

I rättstillämpningen har olika omständigheter lett till att en högre instans har ansett att den materiella processledningen i lägre instanser varit bristfällig. Ett exempel är NJA 1976 s. 289 där en arbetstagare stämde bolaget han arbetade på efter en arbetsplatsolycka. Arbetstagaren begärde skadestånd, vilket han inte fick i tingsrätten. Då överklagade han till hovrätten som ändrade tingsrättens dom och fastställde att bolaget var skadeståndsskyldigt. Eftersom hovrätten enbart fastställde skadeståndsskyldighet överklagade bolaget domen till HD. Bolaget påpekade att hovrättens dom var otydlig i vållandefördelningen. Rätten hade inte prövat frågan om jämkning på grund av medvållande. I frågan om arbetstagarens medvållande hade hovrätten endast uttalat att arbetstagaren inte ”genom egen oförsiktighet medverkat till skadan i så hög grad att skadestånd ej skall utgå”. Hovrätten yttrade sig i HD och anförde att den inte ansåg att jämkningsfrågan behövdes tas upp. Hovrätten ansåg att talan endast rörde frågan om skadeståndsskyldighet skulle fastställas eller inte. Enligt HD hade emellertid hovrätten en skyldighet att utöva materiell processledning genom att fråga parterna om talan skulle innefatta en prövning av jämkning på grund av medvållande.

---

<sup>138</sup> Welamson (1994) s. 119.

Den materiella processledningen kan även vara bristfällig om domstolen missuppfattar vad en part menar och underlåter att klargöra det. Det inträffade i t.ex. NJA 1988 C 182. Ena parten angav i hovrätten att den inte avsåg att åberopa någon muntlig bevisning. Hovrätten uppfattade detta så att den bortsåg även från den muntliga bevisning som tagits upp i tingsrätten. På grund av det anförde hovrätten att parten inte hade uppfyllt sin bevisbörda och talan lämnades utan bifall. Parten överklagade domen till HD. HD påpekade att hovrätten borde ha utövat materiell processledning. Hovrätten skulle ha frågat parten om den menade att det enbart var ny muntlig bevisning som den inte avsåg att åberopa, eller om inte heller den muntliga bevisningen från tingsrätten skulle åberopas. Även NJA 2014 s. 212 rör bristande materiell processledning i samband med en missuppfattning från rättsens sida. I det målet hade hovrätten uppfattat det som att parterna var överens om hur ett visst skadestånd skulle bestämmas. Hovrätten ansåg därför att det var ostridigt vilket belopp skadeståndet skulle fastställas till. Ena parten överklagade domen till HD. Enligt den parten hade hovrätten missuppfattat dess talan angående inställningen till principen om hur skadeståndet skulle bestämmas. Hovrätten hade sedan lagt denna felaktiga uppfattning till grund för domen. HD uttalade att materiell processledning i praktiken inte ska behövas när ett mål kommit så långt som till huvudförhandling i hovrätt. HD framförde emellertid att det ibland finns ofullständigheter eller otydligheter i uttalanden som görs under huvudförhandlingen. I så fall måste hovrätten försöka avhjälpa detta genom frågor och påpekanden. HD anförde vidare att den materiella processledningen under huvudförhandling i hovrätt ska göras med försiktighet. Rätten ansvarar för att säkerställa att talan har uppfattats korrekt efter att ha ställt frågor till parterna. HD återförvisade målet eftersom hovrätten grundat domen på en felaktig uppfattning om ena partens talan. Uppfattningen var dessutom oförenlig med hur parten i övrigt hade fört sin talan.

När en part för sin talan själv utan ombud kan det leda till att den materiella processledningen bör vara mer omfattande. Det var fallet i NJA 1995 s. 571. Den ena parten hade fört talan själv i tingsrätten. I hovrätten framförde hon nya yrkanden och nya omständigheter till stöd för sina yrkanden. Hovrätten ansåg att de nya åberopandena utgjorde otillåten taleändring. Därför kunde endast de omständigheter som åberopades i tingsrätten läggas till grund för hovrättens prövning. Hovrätten gjorde samma bedömning som tingsrätten. Efter överklagande anförde HD att parten inte hade fått möjlighet att framföra alla invändningar och åberopa all den bevisning som hennes ombud ansåg nödvändiga för att tillvarata hennes rätt. Tingsrätten hade inte utövat den processledning som behövdes med hänsyn till tvistefrågans art tillsammans med omständigheten att parten förde sin talan utan ombud. HD gjorde

bedömningen att parten haft giltig ursäkt att inte åberopa alla omständigheter och all bevisning redan i tingsrätten.

### 4.3 Familjemål

Som framgår av redogörelsen i kapitel 3.3 har domstolen ett större ansvar för utredningen i familjemål jämfört med övriga tvistemål. Till följd av det kan domstolen vara mer aktiv under rättegångsprocessen och utöva en mer omfattande materiell processledning. Av praxis framgår det att domstolen ibland måste komplettera utredningen genom att begära in en ny vårdnadsutredning. Om domstolen underlåter att göra det uppfyller den inte sitt utredningsansvar. Exempel från praxis finns i NJA 1987 s. 48 och 1994 C 5. I de fallen hade ena föräldrarnas familjeförhållanden ändrats under tiden från att vårdnadsutredningen utfördes till domstolens dom. Den enda utredningen som fanns om parternas nya familjeförhållanden var sådant som parterna själva hade berättat inför rätten. Eftersom de nya familjeförhållandena inte hade blivit utredda i en vårdnadsutredning ansåg HD att domarna hade grundats på ofullständiga utredningar. HD påpekade att det var viktigt att rätten såg till att utredningen var så fullständig som möjligt.

Domstolen har huvudansvaret för att utreda barnets vilja. Det vanligaste är att barnet får komma till tals i vårdnadsutredningen. I undantagsfall kan dock barnet höras inför rätten för att få föra fram sin vilja.<sup>139</sup> I NJA 1995 s. 398 hördes en trettonårig flicka personligen inför rätten i en vårdnadstvist. Flickans föräldrar var inte närvarande i rättssalen under tiden flickan hördes. Flickan framhöll en stark åsikt att vilja bo med sin pappa och uttryckte en motvilja mot sin mamma. Hovrätten fäste inte någon avgörande vikt vid flickans vilja, eftersom rätten bedömde att flickans vilja var påverkad av pappans negativa inställning till mamman. Pappan överklagade till HD. HD anförde i domskälen att flickan hade normal mognad för sin ålder. Hon hade gett tydligt uttryck för sin vilja av att pappan skulle ha vårdnaden om henne. Även om pappans lämplighet som vårdnadshavare kunde ifrågasättas, ansåg HD att det var bäst för flickan att följa hennes bestämda vilja. På grund av det tillerkändes pappan vårdnaden om flickan.

I familjemål behöver domstolen inte följa vad parterna har yrkat och medgivit i sitt avgörande.<sup>140</sup> Ett exempel från rättstillämpningen finns i RH 2005:38. I målet hade mamman medgivit pappans yrkande om växelvis boende. Hovrätten anförde att rätten är bunden av parternas medgivanden i dispositiva

---

<sup>139</sup> Se kapitel 3.3.4.1.

<sup>140</sup> Se kapitel 3.3.4.

tvistemål och att denna princip som huvudregel gäller även i indispositiva frågor. Särskilda regler kan dock leda till att rätten är skyldig att pröva en fråga även om ingen part har yrkat det. Hovrätten hänvisade till dåvarande 6 kap. 15 a § FB som stadgade att rätten skulle besluta om umgänge efter vad som är bäst för barnet.<sup>141</sup> Hovrätten ansåg att det fanns skäl att gå utöver vad parterna hade yrkat och medgivit eftersom växelvis boende inte ansågs vara bäst för barnen. Hovrätten beslutade att barnen skulle ha ett mer begränsat umgänge med pappan än det yrkade.

## 4.4 JO-beslut

JO har i några olika fall framfört kritik eller kommit med råd angående domstolens utredningsansvar och materiella processledning i familjemål. I JO 1981/82 s. 25 riktade JO kritik mot en domare för att hon hade hört två barn inför rätten. Barnen var 8 och 10 år gamla. Enligt JO fanns inga formella hinder mot att höra barnen. Domaren skulle emellertid ha skaffat sig tillräckligt underlag för att kunna avgöra om det var lämpligt att höra barnen. I fallet hade domaren endast frågat föräldrarnas respektive ombud om de gick med på att låta barnen höras inför rätten. Enligt JO fanns det inte heller i övrigt tillräckligt starka skäl för att höra barnen inför rätten i det målet.

I JO 1981/82 s. 38 redogjorde JO för hur domstolens utredningsansvar bör se ut i vårdnadsfall där föräldrarna är överens. JO anförde att domstolen ska följa föräldrarnas överenskommelse om den inte uppenbart strider mot barnets bästa. Enligt JO räcker det att domstolen ger socialnämnden tillfälle att yttra sig inom en kortare tid för att en utredning i de fallen ska vara tillräcklig. Om socialnämnden inte anser att den behöver yttra sig i målet kan domstolen avgöra tvisten enligt föräldrarnas överenskommelse. Domstolen behöver således inte göra någon ingående utredning när föräldrarna är överens.

Rätten har ett långtgående ansvar för utredningen i familjemål. I undantagsfall kan en domare behöva ta egna initiativ för att snabbt kunna utreda vad som är bäst för barnet. Så var fallet i JO 1983/84 s. 30. En domare hade ringt till personal på ett daghem för att få mer information om vem av ett barns föräldrar som var lämpligast inför ett interimistiskt vårdnadsbeslut. JO ansåg inte att domaren förtjänade kritik för detta, men påpekade att den information som hämtas in på domarens eget initiativ måste tillföras målet på

---

<sup>141</sup> När 6 kap. 2 a § FB ändrades valde man att ta bort hänvisningen till barnets bästa i 15 a §. Att hänvisningen togs bort innebär inte någon ändring i sak, se prop. 2005/06:99 s. 90.

rätt sätt. Informationen måste dokumenteras i akten och kommuniceras med parterna.

En del i domstolens materiella processledning är att se till att processen går framåt och inte drar ut på tiden.<sup>142</sup> En domare kritiserades i JO 1995/96 s. 79 på grund av långsam handläggning av ett vårdnadsfall. Anledningen till kritiken var att domaren inte hade gett socialnämnden någon tidsfrist för vårdnadsutredningen. Det tog över ett år innan vårdnadsutredningen var klar. JO anförde att det är domstolens ansvar att se till att utredningen bedrivs skyndsamt. I fallet hade tingsrätten inte varit tillräckligt aktiv för att få till en skyndsamt handläggning av vårdnadsutredningen.

## 4.5 Sammanfattande kommentarer

Utifrån rättsfallen och JO-besluten kan man se exempel på hur den materiella processledningen tillämpas och vilken omfattning den bör ha i olika sammanhang. Några hållpunkter för den materiella processledningen i dispositiva tvistemål, som går att hitta i de rättsfall jag redogjort för, är att domstolen ska:

- fråga parterna vad som ska innefattas i deras respektive talan när det finns oklarheter kring det,
- se till att parternas talan och åberopanden uppfattas på rätt sätt,
- samt bedöma hur omfattande den materiella processledningen bör vara utifrån tvistefrågans art och om en part har ombud eller inte.

I familjemål blir frågorna kring den materiella processledningen något annorlunda, eftersom rättens utredningsansvar sträcker sig mycket längre än i dispositiva tvistemål. Några hållpunkter för den materiella processledningen och utredningsansvaret i familjemål är att domstolen ska:

- se till att utredningen är fullständig och komplettera den om den inte är det,
- se till att utredningen bedrivs skyndsamt, t.ex. genom att sätta tidsfrister för vårdnadsutredningen,
- samt se till att barnets vilja blir utredd
  - i samband med vårdnadsutredningen
  - i undantagsfall genom att barnet hörs inför domstolen.

---

<sup>142</sup> Se kapitel 3.3.3.



Om ett barn ska höras inför domstolen krävs det att det finns tillräckliga skäl. Domstolen måste dessutom skaffa sig tillräckligt underlag för att avgöra om det är lämpligt att höra barnet inför rätten.

Domstolens ansvar för utredningen kan variera på grund av olika omständigheter. Domstolens utredningsansvar är t.ex. inte lika långtgående när föräldrarna är överens. I vissa fall sträcker sig utredningsansvaret så långt att domare får agera på eget initiativ för att snabbt hämta in information i ett mål. I familjemål kan domstolens dom även resultera i något annat än det som parterna har yrkat och medgivit, om det krävs för att tillgodose principen om barnets bästa.

# 5 Analys och diskussion

## 5.1 Inledning

I detta avslutande kapitel avser jag att svara på de frågeställningar som jag formulerade i kapitel 1, utifrån framställningen i uppsatsens övriga kapitel.

Frågeställningarna är följande:

- Hur ser domstolens processledande uppgift ut för familjemål jämfört med övriga tvistemål?
  - Vilka faktorer avgör hur omfattande den materiella processledningen bör vara i ett enskilt fall?
  - Hur förhåller sig domstolens materiella processledning till domstolens opartiskhet?
  - Vilket ansvar har domstolen för utredningen?

## 5.2 Skillnader mellan familjemål och övriga tvistemål:

### 5.2.1 I omfattningen av den materiella processledningen

I svensk rätt är kontradiktionsprincipen en stark huvudprincip, där domstolen i grunden ska vara passiv. När det behövs får den dock lägga sig i den materiella delen av tvisten, särskilt till skydd för något annat intresse än parternas. För att göra detta tillämpar domstolen materiell processledning. Domstolens materiella processledning bidrar även till att målet blir tillräckligt utrett och att målet förs framåt så att processen blir effektiv. Den materiella processledningens omfattning varierar beroende på många olika omständigheter. Den grundläggande bestämmelsen i 43 kap. 4 § RB är tillämplig för alla typer av tvistemål och i alla instanser. Själva lagtexten ger ingen information om hur omfattande domstolens materiella processledning bör vara. Den anger enbart att rätten ska försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter genom att komma med påpekanden och ställa frågor till parterna. För domstolsprocessen i familjemål tillämpas, i de flesta fall, samma lagregler i RB som för övriga tvistemål. Dessutom tillämpas specialbestämmelser i FB. Specialbestämmelserna finns för att säkerställa att barnets bästa är avgörande för besluten. Inte heller dessa bestämmelser sätter ut någon gräns för omfattningen av den materiella processledningen. Den information

som jag fått fram, i lagförarbeten, rättsfall och litteratur, angående omfattningen av den materiella processledningen har sin utgångspunkt i att den är individuell och därför skiljer sig åt från fall till fall.

I sin utredning 1987 framförde RU att den materiella processledningen tillämpades väldigt olika av olika domare.<sup>143</sup> Min uppfattning är att tillämpningen fortfarande inte är enhetlig. Jag anser att det inte är möjligt att ha en helt enhetlig tillämpning eftersom gränserna för den materiella processledningen kan variera mycket, beroende på att olika mål är just olika. Tack vare rätten att överklaga domar kan överrätterna kontrollera att lika fall behandlas lika, om bedömningarna i tingsrätten skulle variera. Den enskilda domaren får själv avgöra omfattningen av den materiella processledningen, utifrån de ramar som satts upp i lagförarbeten och praxis. Det gör frågan om den materiella processledningens omfattning svår. Samtidigt anser jag inte att det går att ha tydliga gränser som går att tillämpa på samma sätt för alla tvister. Tvisterna är av så olika karaktär att några sådana gränser för den materiella processledningen inte hade fungerat. Ännu viktigare med flexibilitet anser jag att det är i sådana fall där ett annat intresse än parternas ska beaktas, t.ex. barnet i familjemål. Det är svårt att veta om variationer i tillämpningen beror på de individuella domarna eller på målens olika karaktär. Antagligen är det en blandning av båda.

Materiell processledning har störst betydelse för indispositiva tvistemål, men kan även behövas i dispositiva tvistemål. Rättsfallen som jag redogjort för visar att så kan vara fallet när något i en parts talan eller åberopanden är oklart eller oförenligt med hur parten fört sin talan i övrigt. Den materiella processledningen syftar till att få parterna att rätta till brister i sin talan. Domstolen kan t.ex. försöka få parterna att åberopa viktiga omständigheter som de tidigare glömt åberopa eller förtydliga något som är oklart. För att tillämpningen inte ska komma i konflikt med förhandlingsprincipen bör det finnas någon indikation på att parterna hade velat åberopa något mer om de vetat om betydelsen av att åberopa det. I annat fall anser jag att domstolens materiella processledning rör sig för nära området för materiell rådgivning. Eftersom parten själv bestämmer om, och hur, han eller hon vill bemöta den materiella processledningen bevaras partens bestämmanderätt och processledningen kommer inte i konflikt med dispositionsprincipen.

Av det jag har fått fram i min undersökning finns det inte särskilt mycket information om hur omfattande den materiella processledningen får vara i familjemål. Det som anges är att den materiella processledningen får, och ibland ska, vara mer omfattande än i dispositiva tvistemål. Officialprincipen har stort inflytande i familjemål och domstolen har således en mer

---

<sup>143</sup> SOU 1982:26 s. 108–109. Se även ovan i kapitel 3.1.1.

långtgående roll angående den materiella rätten än i övriga tvistemål. Eftersom barnets bästa ska vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge bör rätten, enligt mig, ställa frågor och komma med påpekanden rörande allt som kan krävas för att den ska kunna avgöra tvisten till barnets bästa. Den materiella processledningen måste dock göras på ett försiktigt och eftertänksamt sätt så att domstolen inte kan uppfattas som partisk. Min uppfattning är att det är viktigt att domstolen därför tydligt framhåller att frågorna och påpekandena ställs för att barnets bästa ska kunna tillgodoses fullt ut. Parterna ska inte få uppfattningen att frågorna ställs för att hjälpa någon av dem att vinna tvisten.

I domstolens materiella processledning ingår att aktivt föra processen framåt så att den inte drar ut på tiden. En familjerättsprocess som tar för lång tid drabbar oftast barnet negativt. Därför är det till barnets bästa att avgöra målet snabbt. Om rätten uppfattar parterna på rätt sätt och ställer frågor om sådant den är osäker på blir chanserna större för ett välgrundat avgörande. För upprepade processer gäller att domstolen oftast bara behöver ta ställning till nya omständigheter, som uppkommit efter det tidigare avgörandet. Detta förenklar hanteringen av målet och ett avgörande nås snabbare än om alla omständigheter skulle prövas igen. För dispositiva tvistemål uppkommer inte denna situation, eftersom de vinner rättskraft och således inte kan tas upp till prövning mer än en gång. Ett annat sätt att hålla en familjerättsprocess inom rimlig tid är att domstolen kan sätta upp gränser för vårdnadsutredningen, om det enbart är vissa omständigheter som behöver utredas närmare.

Även för dispositiva tvistemål är ett syfte med den materiella processledningen att bidra till ett så snabbt avgörande som möjligt. En skillnad gentemot familjemålen verkar vara att det anses viktigare i familjemål att de avgörs snabbt, så att barnen så fort som möjligt får en stabil tillvaro. Jag anser att det är en välgrundad skillnad, eftersom barnets bästa generellt kan anses vara mer skyddsvärt än parternas intressen i ett dispositivt mål. Parterna i dispositiva tvistemål är oftast mer jämställda och kan inte anses vara i lika stort behov av skydd som ett barn i en vårdnadsprocess.

### **5.2.1.1 Förhållandet till domstolens opartiskhet**

I många fall tror jag att det kan vara en svår avvägning mellan utövandet av materiell processledning och opartiskhet. Domstolen måste bedriva processledningen på ett sådant sätt att parterna inte kan uppfatta den som partisk. Samtidigt har domstolen ett ansvar att utöva omfattande processledning i vissa fall, t.ex. när en part för talan utan ombud eller på grund av tvistens art och målets karaktär. En svårighet verkar vara att se till att inte

ens kunna uppfattas som partisk i de fall där det krävs ingående materiell processledning. En part kan nog lätt få uppfattningen att motparten får skylla sig själv om han eller hon har framställt oklara yrkanden eller otydliga åberopanden. Då kan parten uppfatta domaren som partisk om inte domaren är försiktig i sina försök att klargöra motpartens talan.

Familjemål har en viss särställning även när det gäller domstolens opartiskhet. Om domstolen ger sken av att vara partisk gör det inte bara att parterna riskerar att tappa förtroendet för domstolen, utan också att parternas tvist lättare trappas upp. Den allmänna uppfattningen är att det oftast är bäst för barnet om föräldrarna kan komma överens i så stor utsträckning som möjligt. Därför bör domstolen vara försiktigare i sin materiella processledning i familjemål, jämfört med övriga tvistemål, för barnets bästa. Samtidigt har domstolen en annan utgångspunkt i familjemålen, eftersom officialprincipen har större utrymme än i övriga mål. För att minska risken att uppfattas som partisk kan rätten försöka få parterna att förstå varför en viss fråga ställs. T.ex. kan rätten förklara att en parts talan behöver förtydligas för att rätten ska kunna avgöra vad som är bäst för barnet. Då blir risken inte lika stor att motparten får uppfattningen att rätten hjälper den andra parten på ett partiskt sätt.

## **5.2.2 I utredningsansvaret**

Utredningsansvaret hänger tätt ihop med den materiella processledningen, eftersom ett syfte med materiell processledning är att se till att mål blir tillräckligt utredda. Domstolen utövar materiell processledning genom frågor och påpekanden till parterna. Genom parternas svar får domstolen in information till utredningen i målet. Att utöva materiell processledning är således ett sätt för domstolen att fullgöra sitt utredningsansvar. I familjemål räcker det inte med påpekanden och frågor till parterna för att utredningsansvaret ska uppfyllas. Utredningsansvaret sträcker sig längre för att barnets bästa ska kunna vara avgörande för beslutet.

Enligt förhandlingsprincipen är grundtanken att domstolen ska få all information och all utredning den behöver från parterna. Hade detta tillämpats fullt ut hade domstolen inte behövt ha något ansvar alls för utredningen. I dispositiva tvistemål strävar inte domstolen efter materiell sanning. Huvudprincipen är att det inte spelar någon roll om parterna håller med varandra om något som inte är sant eftersom det bara är parterna själva som drabbas. Domstolen behöver därför inte utreda och hämta in bevisning om omständigheter som parterna är överens om. I familjemål däremot, har domstolen ett ansvar för att avgörandet grundar sig på en utredning som ger

uttryck för materiell sanning. Om utredningen enbart baseras på osanna uppgifter kan domstolen inte avgöra målet till barnets bästa. Det finns således en stor skillnad mellan domstolens utredningsansvar i familjemål jämfört med övriga tvistemål.

I familjemål ansvarar domstolen för att utreda vad som är barnets bästa, eftersom det ska vara avgörande för beslutet. Det går inte att utforma en allmängiltig definition av "barnets bästa", utan det måste alltid göras en individuell bedömning. Rätten ska säkerställa att utredningen är så fullständig som krävs för att det ska gå att göra en bedömning av vad som är bäst för barnet i varje enskilt fall. För att kunna uppfylla detta högt ställda krav har rätten möjlighet att hämta in bevisning och utredning på egen hand enligt 6 kap. 19 § FB. Bestämmelsen utgör ett förtydligande av 17 kap. 3 § och 35 kap. 6 § RB.

Huvudregeln när föräldrarna är överens är att rättens utredningsansvar fullgörs genom att rätten ger socialnämnden tillfälle att yttra sig.<sup>144</sup> Domstolen måste även själv göra en viss officialprövning i barnets intresse.<sup>145</sup> I många familjemål krävs mer utredning än vad som går att få genom socialnämndens yttrande. För att uppfylla sitt utredningsansvar ska domstolen i så fall begära in en vårdnadsutredning. Att inte begära in en vårdnadsutredning i ett fall där det hade behövts kan utgöra rättegångsfel på grund av att avgörandet grundas på ett bristfälligt underlag. Exempel på detta finns i NJA 1987 s. 48 och NJA 1994 C 5, där rätten utövade materiell processledning genom att ställa frågor till parterna angående deras nya familjeförhållanden. Att enbart ställa frågor till parterna uppfyllde inte domstolens utredningsansvar, utan HD ansåg i båda fallen att ny vårdnadsutredning skulle ha hämtats in för att få ett fullständigt beslutsunderlag. För att inte risken för avgöranden som grundar sig på bristfälliga underlag ska vara för stor anser jag att det inte bör krävas särskilt mycket för att en vårdnadsutredning ska anses behövas. Om någon omständighet kan behöva mer utredning bör en vårdnadsutredning hämtas in. Eftersom det är domstolen som har huvudansvaret för utredningen är det viktigt att den granskar vårdnadsutredningen kritiskt och ser till att utredarens bedömningar är välgrundade. I undantagsfall får domare hämta in utredning på egen hand.<sup>146</sup> Utredningen som hämtas in ska i så fall dokumenteras i domstolens akt och kommuniceras med föräldrarna.

I domstolens utredningsansvar i familjemål ingår att se till att det finns utredning avseende barnets inställning. Det krävs för att barnets vilja ska

---

<sup>144</sup> Se t.ex. JO 1981/82 s. 25.

<sup>145</sup> Se t.ex. RH 2005:38.

<sup>146</sup> Se t.ex. JO 1983/84 s. 30.

kunna beaktas av domstolen. Som framgår av min framställning är det främst i socialnämndens vårdnadsutredningar som barnets inställning utreds. Jag anser att det är bra att det främst är vårdnadsutredaren som ska utreda barnets inställning, eftersom det krävs specialkunskap på området. Enligt mig borde dock domstolens utredningsansvar angående barnets vilja sträcka sig längre än vad det gör i svensk rätt. Jag anser inte att den aktuella lagtexten och tillämpningen stämmer överens med barnkonventionen. Enligt artikel 12 i barnkonventionen ska konventionsstaterna se till att det barn som är i stånd att bilda egna åsikter har rätt att fritt uttrycka dessa i alla frågor som rör barnet. Barnets åsikter ska ges betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad. Enligt svensk rätt ska barnets inställning i första hand klargöras i vårdnadsutredningen, om det inte är olämpligt. Detta är problematiskt eftersom en vårdnadsutredning enbart ska göras när det är nödvändigt. I de fall någon vårdnadsutredning inte anses nödvändig tillgodoses inte barnets rätt att fritt uttrycka sina åsikter. Min uppfattning är att svensk lag skiljer sig från barnkonventionen på grund av olika syn på barnet hos lagstiftaren i Sverige och hos FN:s barnrättskommitté. I Sverige förefaller det vara viktigare att skydda barnet från att bli pressad på sina åsikter. I vissa fall verkar det även som att domstolen inte tycker att barnets inställning behöver utredas eftersom den ändå inte hade haft någon betydelse. Så kan det t.ex. vara om barnet anses vara för ungt eller omoget eller om någon annan omständighet väger så tungt i bedömningen av barnets bästa att den omständigheten ändå blivit avgörande framför barnets vilja. Om det nya förslaget om ändring i föräldrabalken leder till lagstiftning kommer svensk lagtext stå i bättre överensstämmelse med barnkonventionen. Då kommer barnet ha rätt att uttrycka sina åsikter och sin inställning i alla frågor som rör vårdnad, boende och umgänge.

I undantagsfall kan domstolen utreda barnets vilja genom att höra barnet inför rätten. Domstolen måste i så fall utreda om det är lämpligt att höra barnet. För att utreda detta krävs det mer än att fråga föräldrarnas ombud.<sup>147</sup> Det måste även finnas tillräckliga skäl för att höra barnet. Om det är tillräckligt att barnet får uttrycka sin inställning i en vårdnadsutredning finns det antagligen inte tillräckligt starka skäl för att höra barnet inför rätten. Jag anser att barn som själv vill det och som anses tillräckligt mogna för att förstå vad det innebär, ska få höras inför rätten, om det kan tillföra något mer än vad som kommer fram i vårdnadsutredningen.

En annan del i domstolens utredningsansvar i familjemål är att utreda risken för att barnet kan komma att fara illa. Vårdnadsutredaren och domstolen utreder tidigare övergrepp för att bedöma en framtida risk. Detta är komplicerat eftersom man inte kan veta vad som händer i framtiden. För att

---

<sup>147</sup> Se JO 1981/82 s. 25.

skydda barnen och avgöra familjemålen till barnets bästa krävs dock ett sådant förfarande.

Angående ansvaret för bevisningen finns en stor skillnad mellan familjemål och övriga tvistemål. I familjemål får domstolen hämta in bevisning på egen hand. Detta görs bland annat genom att domstolen begär in vårdnadsutredningar. Domstolens långtgående utredningsansvar leder till att den även har ett stort ansvar för bevisningen. I dispositiva tvistemål är det helt och hållet parterna som ansvarar för bevisningen. Domstolen kan dock utöva materiell processledning om bevisningen är oklar eller otydlig. Rätten får således försöka klarlägga bevisningen genom frågor och påpekanden till parterna, så länge den håller sig inom opartiskhetens ramar.

### **5.3 Sammanfattande kommentarer och slutsatser**

Min framställning och analys leder till slutsatsen att den materiella processledningen utgörs av att domstolen på olika sätt får ta ansvar för den materiella delen av rättsprocessen. Det gör domstolen genom att ställa frågor och påpekanden till parterna för att kunna klarlägga otydligheter och ofullständigheter i parternas respektive talan. Olika syften med materiell processledning är att rättsprocessen ska bli effektiv, att avgörandet inte ska grundas på missförstånd samt att domstolen ska ha tillräckligt underlag för att döma i tvisten. Det som skiljer den materiella processledningen åt mellan familjemål och övriga tvistemål är att domstolen får utöva en mer omfattande materiell processledning i familjemålen. Det behövs ofta eftersom domstolen måste se till att barnets bästa är avgörande för beslutet.

Gränsen för domstolens materiella processledning går någonstans mellan så bristande att den utgör rättegångsfel och så omfattande att domstolen blir partisk. Gränsen är flytande och beror på vilken typ av mål det är fråga om och vilka omständigheter som föreligger i det enskilda fallet. Avvägning ska även ske i förhållande till behovet av en effektiv rättegångsprocess. Min undersökning har lett fram till att jag lyckats identifiera ett antal kriterier som domstolen bör beakta när den beslutar hur omfattande den materiella processledningen ska vara. Dessa kriterier är:

- Individuella omständigheter i målet
- Målets karaktär
- Om parterna har ombud eller inte
- Om målet är dispositivt eller indispositivt



- Om målet är stort och komplicerat eller mindre och enklare

Angående indispositiva tvistemål bör den materiella processledningen inte gå längre än vad som är motiverat av de materiella rättsreglernas krav. Konkret innebär det att den materiella processledningen i familjemål inte bör vara mer omfattande än vad som krävs för att domstolen ska kunna komma fram till ett välgrundat beslut där barnets bästa är avgörande.

Min uppfattning är att det måste vara svårt för domarna att veta om de missuppfattat något i en parts talan, eftersom de förhoppningsvis inte missuppfattar med avsikt. Om man inte vet om att man missuppfattar något vet man inte vad man ska fråga för att förtydliga det. Det innebär att domstolen bör vara mycket noggrann för att kunna ta hänsyn till alla de omständigheter som kan vara aktuella, för att minska risken för att missuppfatta parternas talan. Har domstolen minsta tvekan om någon omständighet bör den tillämpa materiell processledning för att se till att inte missuppfatta något.

I sin materiella processledning är det viktigt att domstolen håller sig opartisk så att den varken blir partisk eller parterna kan få uppfattningen att den är partisk. Domstolens materiella processledning förhåller sig därför till domstolens opartiskhet på så sätt att rätten inte bör göra mer än vad som krävs för att uppfylla syftet med den materiella processledningen. Om t.ex. ett åberopande är otydligt bör, som jag tolkar det, rätten inte ställa en mer specifik eller långtgående fråga än vad som är nödvändigt för att åberopandet ska bli tydligt. Om rätten ställer en för specifik eller långtgående fråga finns det en risk att en av parterna uppfattar det som att rätten försöker hjälpa den andra parten på ett sätt som inte kan anses opartiskt.

Domstolens utredningsansvar hänger ihop med den materiella processledningen genom att otillräcklig utredning ofta beror på bristande materiell processledning. Om processledningen varit mer ingående hade det kunnat leda till att utredningen blev fullständig. T.ex. kan domstolen utöva materiell processledning och fråga en part om en omständighet som inte är tillräckligt utredd. Då får domstolen in mer information genom partens svar, vilket bidrar till utredningen i målet. En dom som grundar sig på otillräcklig utredning kan undanröjas av högre rätt och återförvisas för ny prövning.

Hur långt utredningsansvaret sträcker sig skiljer sig mycket åt mellan familjemål och övriga tvistemål. När det gäller dispositiva tvistemål ansvarar domstolen för att målen blir tillräckligt utredda, men det är parterna som ska föra in utredningen i målet, genom sina yrkanden, åberopanden och bevisning. För att domstolen ska kunna uppfylla sitt utredningsansvar tillämpar den materiell processledning för att genom frågor och påpekanden

se till att parterna tar in all utredning som behövs. För familjemålen har domstolen ett oberoende ansvar för utredningen, för att säkerställa att tvisten avgörs till barnets bästa. Utredningen sträcker sig således avsevärt längre för familjemål. Domstolen kan själv hämta in utredning, oftast genom socialnämndens yttrande och vårdnadsutredningar, men även i undantagsfall på egen hand.

Två viktiga omständigheter som domstolen ansvarar för att utreda är barnets vilja och risken att barnet kan komma att fara illa. Det är domstolen som har huvudansvaret och som måste se till att dessa områden blir ordentligt utredda. För att utreda barnets vilja och risk att fara illa begär domstolen oftast in ett yttrande eller en vårdnadsutredning från socialnämnden. För att domstolen ska uppfylla sitt utredningsansvar krävs därför att den granskar vårdnadsutredningen. Det behövs för att säkerställa att utredningen är gjord på rätt sätt och att alla väsentliga omständigheter tagits upp. För att svensk rätt ska stämma överens med barnkonventionen behöver den dock ändras. Domstolens utredningsansvar, speciellt beträffande barnets åsikt och inställning, behöver utökas. Som svensk rätt ser ut nu får alla barn inte den möjlighet att fritt uttrycka sin åsikt som stadgas i barnkonventionen.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### Statens offentliga utredningar

SOU 1938:44 Processlagsberedningens förslag till rättegångsbalk.

SOU 1982:25–26 Översyn av rättegångsbalken 1 – Processen i tingsrätt.

SOU 2005:43 Vårdnad – Boende – Umgänge. Barnets bästa, föräldrars ansvar.

SOU 2017:6 Se barnet!

### Propositioner

Prop. 1981/82:168 om vårdnad och umgänge m.m.

Prop. 1986/87:89 om ett reformerat tingsrättsförfarande.

Prop. 1994/95:224 Barns rätt att komma till tals.

Prop. 1990/91:8 om vårdnad och umgänge.

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

Prop. 2004/05:131 En modernare rättegång – reformering av processen i allmän domstol.

Prop. 2005/06:99 Nya vårdnadsregler.

### Övrigt

Ds 2002:13 Utöandet av barns rättigheter i familjerättsprocesser.

SOSFS 2012:4 Socialstyrelsens allmänna råd om socialnämndens ansvar för vissa frågor om vårdnad, boende och umgänge.

## Litteratur

Brolin, Thomas; Rehnström, Åke; Widebeck, Mats & Gleiss Wilborg, Fanny: *Tvistemålsprocessen II: En handledning för huvudförhandlingen*. Stockholm: Wolters Kluwer, 2016.

Bull, Thomas & Sterzel, Fredrik: *Regeringsformen – En kommentar*. Lund: Studentlitteratur, 2015.

Cederborg, Ann-Christin & Warnling-Nerep Wiweka (red.): *Barnrätt – En antologi*. Stockholm: Norstedts juridik, 2014.

Dahlstrand, Lotta: *Barns deltagande i familjerättsliga processer*. Uppsala: Juridiska fakulteten, 2004.

Ekelöf, Per Olof; Edelstam, Henrik & Heuman, Lars: *Rättegång IV*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2009.

Ekelöf, Per Olof; Edelstam, Henrik & Pauli, Mikael: *Rättegång V*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2011.

Fitger m.fl., Rättegångsbalken (20 dec. 2016, zeteo.wolterskluwer.se), kommentaren.

Heuman, Lars: *Specialprocess – Utsökning och konkurs*. Stockholm: Norstedts Juridik, 2014.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.): *Juridisk metodlära*. Lund: Studentlitteratur, 2013.

Lindell, Bengt: *Partsautonomins gränser*. Uppsala: Iustus förlag, 1988.

Lindell, Bengt: *Civilprocessen: Rättegång samt skiljeförfarande och medling*. Uppsala: Iustus förlag, 2012.

Mellqvist, Mikael: *Processrätt – grunderna för domstolsprocessen*. Uppsala: Iustus förlag, 2015.

Rejmer, Annika: ”Barnperspektiv och barnets bästa i domstolens handläggning av vårdnadstvister” I: *Svensk Juristtidning 2002 s. 138–156*.

Ryrstedt, Eva: ”Barnets bästa och vilja i domstol” I: *Svensk Juristtidning 2009 s. 1013–1037*.

Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation*. Stockholm: Norstedts juridik, 2015.

Schiratzki, Johanna: *Barnrättens grunder*. Lund: Studentlitteratur, 2017.

Schiratzki, Johanna: *Föräldraansvar i välfärdsrätten – om vårdnad, vårdnadstvister och barnskydd*. Stockholm: Norstedts juridik, 2013.

Sjösten, Mats: *Vårdnad, boende och umgänge – samt verkställigheten av sådana avgöranden och överenskommelser*. Stockholm: Norstedts juridik, 2014.

Welamson, Lars: *Rättegång VI*. Stockholm: Norstedts juridik, 1994.

Westberg, Peter: *Domstols officialprövning*. Lund: Juristförlaget i Lund, 1988.

Westberg, Peter: "Kasuistiska marginalanteckningar eller en sedvanerättslig arkipelag – några reflektioner över underrätternas normbildning i frågor om materiell processledning i tvistemål" I: *Juridisk tidskrift 1995/96 nr 1 s. 74*.

Westberg, Peter: *Civilrättskipning*. Stockholm: Norstedts juridik, 2013.

Zacharias, Claude: "Gränsen mellan materiell processledning och materiell rådgivning" I: *Svensk juristtidning 2002 s. 736–740*.

### **JO-beslut**

JO 1981/82 s. 25 (beslut 15 oktober 1980)

JO 1981/82 s. 38 (beslut 12 december 1980)

JO 1983/84 s. 30 (Dnr 809-1982)

JO 1995/96 s. 79 (Dnr 3848-1994)

# Rättsfallsförteckning

## **Nytt juridiskt arkiv**

NJA 1976 s. 289

NJA 1987 s. 48

NJA 1988 C 182

NJA 1994 C 5

NJA 1995 s. 398

NJA 1995 s. 571

NJA 2014 s. 212

## **Rättsfall från hovrätterna**

RH 2005:38