



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Mine Tirpan

Riskerar barn att fara illa?

Om domstolens riskbedömning i mål om vårdnad boende och umgänge

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Professor Eva Ryrstedt
Termin för examen: HT 2019

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Inledning	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod	10
1.5 Material	12
1.6 Forskningsläge	14
1.7 Disposition	14
2 PRINCIPEN OM BARNETS BÄSTA	16
2.1 Barnkonventionen artikel 3	16
2.2 Barnets bästa vid frågor om vårdnad, boende och umgänge	17
2.3 Innebörden av barnets bästa	18
2.4 Barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna	20
2.5 Barnets vilja	22
2.6 Risken för att barnet far illa	24
2.6.1 Bestämmelsens framväxt	24
2.6.2 Begreppsinnebörden av ”risken att fara illa”	28
2.6.3 Riskens bakgrundsfaktorer	30
2.6.3.1 Övergrepp riktat mot barn eller annan i barnets familj	30
2.6.3.2 Olovligt bortförande eller kvarhållande	32
2.6.3.3 Att barnet annars far illa	33
3 RISKBEDÖMNING OCH UTREDNINGSAANSVAR	35
3.1 Domstolens utredningsskyldighet	35
3.2 Vårdnadsutredningen	36

3.3 Domstolens riskbedömning	38
3.3.1 Riskbedömningens syfte	38
3.3.2 Riskbedömningen – en prövning i två steg?	40
3.3.3 Risknivå – ett krav på konkretion	43
3.4 Riskens betydelse för bedömningen av barnets bästa	45
3.5 Risken att barn far illa i praxis	47
4 RISKBEDÖMNINGEN UR ETT PRAKTISKT PERSPEKTIV	51
4.1 Inledande kommentar	51
4.2 Domstolens utredningsskyldighet	51
4.3 Risken att barnet kan fara illa	52
4.4 Riskbedömningen	53
4.5 Riskens betydelse i mål om vårdnad boende och umgänge	56
4.6 Handläggningen av mål avseende vårdnad, boende och umgänge	57
5 ANALYS	59
5.1 Domstolens riskbedömning	59
5.2 Våld och andra övergrepp	65
5.3 Slutsats	67
BILAGA A	69
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	70
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	74

Summary

Society has an interest in protecting children from harm when they grow up under dangerous conditions. Children's exposure to violence and abuse can have serious consequences for the child's health and development.

The regulations regarding matters of custody, the residence of the child and visitation rights are found in the sixth chapter of the Parental Code (1949). The best interest of the child must be decisive in all decisions concerning children. Court assessment of what is in the best interest of the child should pay special attention to the risk of the child being harmed, as well as the child's need for close and good contact with both its parents. These circumstances must weigh equally in the assessment.

In cases of child custody, their living environment, and visitation rights, allegations that children are at risk of being harmed when living with a parent is common. In order to exclude potential risks, a risk assessment must be made. The risk assessment has a protective purpose and gives society an opportunity to take responsibility for the child's upbringing conditions. Children have the right to grow up with both their parents and live with their family. However, the risk assessment determines when this right may be limited in order to protect the child. There is no standardized method for making the assessment. In current law, one can find statements about how the risk assessment is conducted and what criteria will be of significance. Also, there is some guidance in the preliminary works on what should be included in the assessment.

The Court must determine whether there is a risk in the child's environment and the extent of the risk that is posed to the child in the future. A parent with violent tendencies can, after a risk assessment, be viewed as a potential risk to the child. If a risk can be ascertained, the risk should weigh heavily in the overall assessment in the best interest of the child. When the court

makes a final assessment, all circumstances, including the best interests of the child, are of great importance.

There is no clear answer as to whether an identified risk outweighs the other circumstances in the individual case. The preliminary works and the doctrine provide an interpretation that means that the risk of danger should outweigh other circumstances, including what is best for the child.

Based on the cases that this thesis has studied, after the custody reform of 2006, there is no legal precedent in the matter. It is unclear if a substantial risk outweighs other circumstances, such as what is best for the child.

Sammanfattning

Samhället har ett intresse av att skydda barn från att komma till skada när de växer upp under farliga förhållanden. Barns exponering för våld och övergrepp kan få allvarliga konsekvenser för barnets hälsa och utveckling.

Bestämmelserna som reglerar vårdnad, boende och umgänge finns i 6 kap. föräldrabalken (1949:381). Barnets bästa ska vara avgörande vid alla beslut som rör barn. Vid domstolens bedömning om vad som är till barnets bästa ska det fästas särskilt avseende vid risken för att barnet far illa och barnets behov av nära och god kontakt med båda föräldrarna. Dessa omständigheter ska väga lika tungt i bedömningen.

I mål om vårdnad, boende och umgänge är det vanligt att det förekommer påståenden om att barn riskerar att fara illa med en förälder. För att en eventuell risk ska uteslutas måste en riskbedömning göras.

Riskbedömningen har ett skyddssyfte och ger samhället en möjlighet att ta ansvar för barnets uppväxtförhållanden. Barn har rätt att växa upp med båda sina föräldrar och leva med sin familj. Riskbedömningen avgör emellertid när denna rättighet får begränsas i syfte att skydda barnet. Det finns inte någon standardiserad metod för hur bedömningen ska göras. I gällande rätt finner man få uttalanden om hur riskbedömningen går till och vilka kriterier som ska få betydelse. Det finns dock viss vägledning i förarbetena om vad som bör ingå i bedömningen.

Domstolen har att konstatera om det finns en riskfaktor i barnets miljö och den grad av risk som riskfaktorn innebär för det enskilda barnet i framtiden. Riskbedömningen kan leda till att en förälder med våldsproblematik bedöms utgöra en risk för barnet. Om en risk kan konstateras bör risken väga tungt i helhetsbedömningen. När domstolen gör en slutlig bedömning av barnets bästa är samtliga omständigheter, som barnets bästa inbegriper, av stor vikt.

Det finns inget tydligt svar på huruvida en konstaterad risk väger tyngre än de övriga omständigheterna i det enskilda fallet. I förarbetena och doktrinen förs en tolkning som innebär att risken att fara illa bör väga tyngre, än övriga omständigheter som barnets bästa inbegriper. Utifrån rättsfallen som uppsatsen har studerat finns det inte prejudikat på området efter 2006 års vårdnadsreform. Om en konkret risk väger tyngre än övriga omständigheter som barnets bästa inbegriper är därmed oklart.

Förord

Min tid på juristprogrammet har nått sitt slut. Snart har jag min efterlängtaade juristexamen!

Jag vill börja med att tacka min handledare Eva Ryrstedt för hennes stöd, kloka råd och effektiva handledning hon gett mig genom processen. Jag vill även passa på att tacka de domare som tog sig tid att medverka i intervjuerna och dela med sig av sina kunskaper.

Jag vill rikta ett stort tack till min familj och vänner för att ni stöttat mig under min tid på juristprogrammet. Jag vill tacka Milica, Abtin, Isabelle och Anna som tog sig tid att korrekturläsa min uppsats.

Mamma och pappa, tack för att ni alltid trott på mig, utan er hade jag inte klarat det. Jag vill även tacka mina syskon, för alla våra djupa samtal vi haft och den motivation ni gett mig under min studietid.

Stort tack till er alla!

Lund, den 26 februari 2020

Mine Firpan

Förkortningar

Barnkonventionen	Förenade nationens konvention den 20 november 1989 om barnets rättigheter
BrB	Brottsbalken (1962:700)
Dir.	Kommittédirektiv
FB	Föräldrabalken (1949:381)
FN	Förenta nationerna
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
HSFL-FS	Gemensamma författningssamling avseende hälsa- och sjukvård, läkemedel, folkhälsa m.m.
JT	Juridisk Tidskrift
MFoF	Myndighet för familjerätt och föräldraskapsstöd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
OSL	Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)
Prop.	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TR	Tingsrätt

1 Inledning

1.1 Inledning

Frågor om vem av föräldrarna som ska tillerkännas vårdnaden m.m. om ett barn efter en separation regleras i sjätte kapitlet FB.

Utgångspunkten är att alla beslut om vårdnad, boende och umgänge ska avgöras utifrån vad som är bäst för barnet. Det är barnets tillvaro och framtid som påverkas och barnets intressen som står i fokus. Att barn får växa upp under trygga och goda förhållanden är av avgörande betydelse.¹

Domstolen har i mål avseende vårdnad, boende och umgänge ett ansvar för att målet blir tillbörligt utrett enligt 6 kap. 19 § FB. Vid bedömningen av vad som är barnets bästa finns det ett flertal bestämmelser som domstolen beaktar. Den uppräknade som görs av barnets grundläggande rättigheter i 6 kap. 1 § FB är av betydelse i domstolens bedömning. Barn har rätt till omvårdnad, trygghet och en god uppfostran. Bestämmelsen anger vidare att barn ska behandlas med aktning för sin person och egenart. Barn får inte utsättas för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling.² Det framhålls vidare i 6 kap. 2 a § andra och tredje stycket FB vissa särskilda omständigheter som domstolen har att beakta vid bedömningen av vad som är barnets bästa. Dessa omständigheter är dels risken att barn far illa, dels barnets behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Domstolen ska även ta hänsyn till barnets vilja med beaktande av barnets mognad och ålder.³

Risken för att barn far illa och dess betydelse har under senare år fått allt större uppmärksamhet i vårdnadsrelaterade tvister. Inför lagändringen 2006, var det flera remissinstanser som uttryckte oro kring att domstolen, inte i

¹ Prop. 2005/06:99 s. 39 f.

² Prop. 2005/06:99 s. 40; Sjösten, 2014, s. 37 f.

³ Walin & Vängby, 2010, s. 6:14; Prop. 2005/06:99 s. 40.

tillräcklig utsträckning, uppmärksammade risken att barnet kan fara illa.⁴ Även Barnombudsmannen har framfört kritik, om att det gjorts schablonmässiga bedömningar av uppgifter om våld och övergrepp.⁵ Genom vårdnadsreformen 2006, betonades risken för att barn far illa ytterligare. Syftet var att förtydliga att barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrar inte får innebära att barnet måste leva eller umgås med en förälder under alla förhållanden.⁶

Lagändringen 2006, har inneburit att domstolen och socialnämnden, ska fästa större vikt vid risken för att barnet far illa vid beslut om vårdnad, boende och umgänge. När det i målet förs fram uppgifter om exempelvis våld, måste dessa uppgifter prövas och en riskbedömning göras. Domstolen gör en helhetsbedömning av samtliga omständigheter och har ett särskilt ansvar för att utreda om barnet riskerar att fara illa. När domstolen kommer fram till att barnet riskerar att fara illa ska det i sin tur väga tungt i bedömningen av vad som är barnets bästa. Bedömningen är beroende av de individuella omständigheterna som framkommer i det enskilda fallet.⁷

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka vilken betydelse våld eller andra övergrepp har för utfallet i vårdnads-, boende- och umgängestvister. Jag undersöker omständigheter som innebär att barn far illa eller kan komma att fara illa och hur domstolen hanterar och bedömer detta. Undersökningen tar sikte på hur domstolen arbetar när det väger risken att barn far illa mot andra bedömningsgrunder och vad riskbedömningen tar fasta på. Finns det eventuella mönster i bedömningen eller gör domstolen skilda bedömningar och för olika resonemang kring samma eller liknande situationer, och vad beror detta på.

⁴ Prop. 2005/06:99 s. 41.

⁵ SOU 2005:43 s. 197 ff; Barnombudsmannen, 2005, s. 37.

⁶ Prop. 2005/06:99 s. 41 f.

⁷ Prop. 2005/06:99 s. 42 f; Sjösten, 2014, s. 49.

För att uppfylla mitt syfte med uppsatsen kommer följande frågeställningar att besvaras:

- Hur gör domstolen en riskbedömning, när det avväger risken att fara illa med behovet av kontakt med föräldrarna?
- Hur påverkar våld utfallet i domstolens riskbedömning?

1.3 Avgränsningar

För att uppfylla uppsatsens syfte och för att besvara dess frågeställningar har jag gjort vissa avgränsningar. Uppsatsen berör endast tvister angående vårdnad, boende och umgänge enligt FB. Jag berör i mål om vårdnad, boende och umgänge ett flertal omständigheter inom begreppet barnets bästa. För att uppsatsen inte ska bli allt för bred ligger fokus på barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna och risken att barn far illa.

Uppsatsen avgränsas till att endast behandla riskbedömningar som görs i mål om vårdnad, boende och umgänge. Det förekommer omfattande forskning om riskbedömningen inom andra rättsområden. Riskbedömningen som sker exempelvis inom ramen för lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga och lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall, kommer inte att behandlas särskilt. Denna avgränsning har även gjorts på grund av utrymmesskäl.

Uppsatsen handlar om riskbedömningar och det är domstolens riskbedömning som står i fokus. Efter 2006 års vårdnadsreform betonades vikten av att också den som utreder frågor om vårdnad, boende och umgänge i större utsträckning, genomför en riskbedömning.⁸ Socialnämndens ansvar för att genomföra vårdnadsutredningar berörs emellertid inte ingående. Vårdnadsutredningar som verkställs i mål om vårdnad, boende och umgänge, kommer inte att behandlas eftersom

⁸ Prop. 2005/06:99 s. 39.

socialnämndens vårdnadsutredning är vanligen förenad med sekretess och därmed svåröverkomlig.⁹

Uppsatsen kommer endast att behandlas utifrån ett svenskt perspektiv och därmed kommer svensk rätt att vara i fokus för denna uppsats. Däremot kommer relevanta gemenskapsrättsliga och internationella bestämmelser att tas upp för att få en förståelse för ämnet och hur den svenska regleringen är uppbyggd. Uppsatsen avgränsas till att inte närmare redogöra för den processuella och materiella regleringen avseende vårdnad, boende och umgänge som regleras i 6 kap. FB. Verkställighet av en dom eller ett beslut om vårdnad, boende och umgänge kommer inte behandlas i uppsatsen. Uppsatsens fokus ligger på 6 kap. 1 § FB och 6 kap. 2 a § FB och är skriven utifrån ett barnperspektiv.

1.4 Metod

I uppsatsen har jag använt två metoder för att uppfylla uppsatsens syfte och besvara dess frågeställningar. Den första metoden som använts är den rättsdogmatiska metoden. Denna metod tillämpas i uppsatsens andra till tredje kapitel. Den rättsdogmatiska metoden har använts för att fastställa gällande rätt.¹⁰ Det görs med hjälp av allmänt accepterade rättskällor. Rättskällor inom denna metod utgörs av lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och rättsdogmatisk doktrin.¹¹ Metoden används för att utreda hur rättsläget i mål avseende vårdnad, boende och umgänge ser ut idag.¹²

Metoden syftar till att fastställa gällande rätt men kan även användas för att kritisera eller föreslå ändringar av rättsläget.¹³ Den rättsdogmatiska metoden kan emellertid kritiseras för att endast behandla gällande rätt och traditionella juridiska källor. Metoden kritiseras för att inte undersöka hur

⁹ Se 26 kap. 1 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL, om sekretess inom socialtjänstens område. Se även 36 kap. 1 § OSL om sekretess hos domstolen i familjerättsliga mål och ärenden.

¹⁰ Sandgren, 2018, s. 49 f.

¹¹ Kleineman, 2018, s. 21.

¹² Kleineman, 2018, s. 21 f.

¹³ Kleineman, 2018, s. 24.

rätten tillämpas i praktiken. Det framgår inte hur exempelvis myndigheter tillämpar bestämmelserna även om metoden innehåller prejudikat på området.¹⁴ De rättsregler som bygger på principen om barnets bästa är öppett och vagt formulerade och ställer krav på att rättstillämparen vid tolkning av lagen, tillämpar kunskap om barns behov och utveckling.¹⁵ Svaret på frågan om vad som är barnets bästa och hur domstolen gör en avvägning mellan de olika intressen som framgår i 6 kap. 2 a § FB anges inte närmare i lagen och kan enbart i begränsad utsträckning sökas i rättskällorna. Riskbedömningar i mål om vårdnad, boende och umgänge kan inte enbart analyseras genom en granskning och analys av rättskällorna. Därmed är den rättsdogmatiska metoden inte tillräcklig för att besvara uppsatsens frågeställningar. Inom den rättsdogmatiska metoden är det inte heller tillåtet att använda sig av exempelvis intervjuer som metod, eftersom den rättsdogmatiska metoden kräver förankring i allmänt accepterade rättskällor.¹⁶

Mot denna bakgrund undersöks domstolarnas rättstolkning av risken för att barn far illa och domstolens riskbedömning genom att tillämpa en kvalitativ metod i form av intervjuer. Syftet med intervjuerna är att erhålla en ökad förståelse för hur lagstiftningen tillämpas i praktiken. En kvalitativ metod har valts för att den är mer flexibel inför de svar som kan uppkomma och kan ge en helhetsbild samt en ökad förståelse för ett område.¹⁷ Jag använder mig av den intervjuform som kallas för halvstrukturerad intervju. Det innebär att respondenterna svarar fritt på öppna men konkreta frågor. Intervjufrågorna har upprättats på förhand och skickats till respektive respondent i förväg.¹⁸ Uppsatsens frågeställningar har varit avgörande för vilken yrkesverksam grupp av människor som tillfrågats att medverka inom ramen för den kvalitativa studien. Urvalet till de kvalitativa intervjuerna har därmed inte gjorts slumpartat, utan krävt att intervjupersonerna är sakkunniga och erfarna i området.¹⁹ Den grupp som har erfarenhet och

¹⁴ Kleineman, 2018, s. 24.

¹⁵ Prop. 2005/06:99 s. 68 f.

¹⁶ Kleineman, 2018, s. 29.

¹⁷ Holme & Solvange, 1997, s. 79 f.

¹⁸ Lantz, 2013, s. 73 f och 80 ff. Se Bilaga A.

¹⁹ Holme & Solvang, 1997, s. 101.

kunskap kring processen i ett mål om vårdnad, boende och umgänge är domare, som motiverat valet. Varje intervju är avsevärt större och mer heltäckande till skillnad från en enkätundersökning. Det innebär att det ofta är färre personer som ingår i undersökningen av den kvalitativa metoden. Antalet domare är tre till antalet och arbetar vid Malmö och Lunds tingsrätt. Vid en av intervjuerna närvarade två domare från samma tingsrätt. Varje intervju har spelats in och transkriberats.²⁰

Intervjuer är ett medel för att samla in nytt material. Det ställs emellertid krav på att metoden måste ge tillförlitliga resultat och att resultatet ska vara giltigt.²¹ Kravet anses vara lägre ställt när det gäller kvalitativ metod eftersom avsikten är att få en förståelse och inte att få fram ”giltiga” resultat på samma sätt. Personer som blir intervjuade är oftast försiktiga och svarar på ett sätt denne tror att intervjuaren förväntar sig.²² Följaktligen har det ställts öppna frågor, för att möjliggöra för respondenterna att få svara fritt under intervjun samt för att undvika att leda respondenterna.²³ Samma frågor har ställts till respektive respondent, och samtliga har även haft möjlighet att svara relativt fritt i förhållande till de frågor som upprättats. En sammanställning av intervjuerna finns i kapitel fyra.

1.5 Material

Materialet i denna uppsats har jag avgränsat till de rättskällor som utgör grunden för ämnesvalet och för att besvara uppsatsens frågeställningar. Vid användandet av en rättsdogmatisk metod handlar det om att söka svaren i de allmänt accepterade rättskällorna; lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och juridisk doktrin.²⁴ I lagstiftning, förarbeten och doktrin diskuteras hur risken för barn att fara illa betonats och vad riskbedömningen i mål om vårdnad, boende och umgänge tar fasta på. Materialet består i dessa delar av uppsatsen till stor del av ovan nämnda källor.

²⁰ Lantz, 2013, s. 144.

²¹ Lantz, 2013, s. 15.

²² Holme & Solvang, 1997, s. 94.

²³ Holme & Solvang, 1997, s. 100 f.

²⁴ Kleineman, 2018, s. 21.

Förarbetena ger en vidare inblick i den reglering som finns och är till hjälp vid tolkning av lagtextens framväxt och utformning.²⁵ Med förarbeten kan regeringens proposition om nya lagar och lagändringar särskilt nämnas. Det finns även utredningar som tillsätts av regeringen och redovisas i den tryckta publikationen Statens offentliga utredning. Förarbeten utgör en betydande del av det material som studerats i uppsatsen för att utreda gällande rätt. Särskilt bör nämnas regeringens proposition, *Nya vårdnadsregler*,²⁶ och betänkandet, *Vårdnad– Boende – Umgänge. Barnets bästa, förälders ansvar*²⁷. SOU-betänkanden anses emellertid inte alltid ha ett högt värde som rättskälla. Bengtsson anser att ett SOU-betänkandes redogörelse för gällande rätt har ett värde såsom rättskälla oberoende av betänkandets efterföljande resultat. Värdet av ett SOU-betänkande kan variera beroende på om det finns en efterföljande proposition eller inte. För de betänkanden som leder till en proposition och efterföljande lag, anses de delar i betänkandet som kompletterar propositionen ha ett högt värde som rättskälla.²⁸

Jag använder vidare rättspraxis för att belysa hur rättsprocesser ser ut för domstolens rättstolkning av risken för att barn far illa. Prejudicerande domar i familjerättsliga mål är begränsade. Det begränsade antal som finns för uppsatsens ämnesval är därför centrala för studien. En redogörelse av rättsfallen har gjorts i kapitel tre.²⁹ Vidare har jag använt doktrin med juridisk anknytning i form av litteratur, artiklar samt handböcker och allmänna råd från Socialstyrelsen. Syftet har varit för att öka förståelse för området. Doktrin har använts för att ta del av olika författares perspektiv och synsätt kring gällande rätt. Den har även använts för att se vilka slutsatser som kan dras av den praxis och förarbeten som behandlats i uppsatsen.³⁰ Vad gäller litteratur har jag använt bland annat boken

²⁵ Kleineman, 2018, s. 22.

²⁶ Prop. 2005/06:99.

²⁷ SOU 2005:43.

²⁸ Bengtsson, SvJT 2011 s. 778.

²⁹ Se avsnitt 3.5.

³⁰ Olsen, SvJT 2004 s. 120 ff.

*Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål*³¹. Denna bok är en detaljrik framställning av riskbedömningar i mål om vårdnad, boende och umgänge.

Det empiriska materialet utgörs av intervjuer med tre yrkesverksamma domare vid tingsrätt.³²

1.6 Forskningsläge

Idag är rättsläget kring vårdnad, boende och umgänge väl utrett i både doktrin och förarbeten. Det finns omfattande material inom det familjerättsliga området och betydande forskare inom barn- och familjerätt, som bl.a. Johanna Schiratzki, Eva Ryrstedt och Anna Singer.

I samband med 2006 års vårdnadsreform har vikten av barnets behov av skydd från barnets förälder som utsätter det för risk att fara illa betonats. Vad avser riskbedömningen i mål om vårdnad, boende och umgänge finns det inte lika mycket författningar som vårdnad, boende och umgänge i stort. Det råder bristande forskning om riskbedömningar inom det familjerättsliga området. Forskaren Anna Kaldal har skrivit en bok som heter *Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål*. Mats Sjösten och Johanna Schiratzki är författare som också har berört ämnet.

1.7 Disposition

För att besvara uppsatsens huvudsakliga frågeställningar är det viktigt att redogöra för utgångspunkten i argumentationen. Uppsatsen inleds med ett kapitel som behandlar principen om barnets bästa. En redogörelse görs av de viktiga omständigheterna vid bedömningen av vårdnads-, boende- och umgangesfrågan. Bestämmelsen om risken att barn far illa behandlas mer ingående eftersom bestämmelsen är central för uppsatsens syfte.

Bestämmelsen undersöks utifrån lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin.

³¹ Anna Kaldal, 2010.

³² Se avsnitt 1.4.

Kapitlet avser att ge läsaren grundläggande kunskap om begreppet barnets bästa.

I *tredje kapitlet* kommer en redogörelse för domstolens riskbedömning i mål om vårdnad, boende och umgänge. I detta avsnitt behandlas även domstolens utredningsskyldighet vid mål avseende vårdnad, boende och umgänge. Avsnittet ger läsaren en inblick i hur domstolen uppfyller sitt utredningsansvar och hur domstolen gör en riskbedömning. Kapitlet innehåller även praxis kring risken att barnet far illa.

Kapitel fyra innehåller en sammanställning av de intervjuer jag har genomfört med yrkesverksamma domare på respektive tingsrätt.

Uppsatsen avslutas med en analys i vilken uppsatsens syfte och frågeställningar besvaras. Kapitlet inleds med en analys av det som presumerats i uppsatsen för att slutligen avslutas i en slutsats. I analysen kommer en strikt hållen uppdelning av resultatet utifrån respektive metod inte att göras.

2 Principen om barnets bästa

2.1 Barnkonventionen artikel 3

Begreppet barnets bästa har funnits i svensk lagstiftning sedan 1910-talet och i HD:s praxis från 1920-talet. Under 1970-talet lyftes begreppet barnets bästa och barnets rätt fram i både svensk och internationell doktrin samt debatt.³³ Principen om barnets bästa kommer till uttryck i artikel 3 i FN:s konvention om barnets rättigheter³⁴ som antogs av FN:s generalförsamling år 1989.³⁵

Idag är barnkonventionen svensk lag och innebär ett förtydligande av att domstolen och rättstillämparen ska beakta de rättigheter som följer av barnkonventionen.³⁶ Till en början ratificerade Sverige konventionen och den trädde i kraft den 2 september 1990.³⁷ I samband med ratificeringen, diskuterades även om Sverige skulle inkorporera barnkonventionen som lag. Efter en omdiskuterad debatt lämnade Barnrättighetsutredningen i sitt betänkande ett förslag på en lag om inkorporering av barnkonventionen.³⁸ Förslaget kom att läggas till grund för regeringens proposition³⁹ som antogs av riksdagen 1 juni 2018 och barnkonventionen blev den 1 januari 2020 lag i Sverige.⁴⁰

Principen om barnets bästa har sin grund i uppfattningen att barn och vuxna har fullt och lika människovärde.⁴¹ Vid alla åtgärder som rör barn och som vidtas såväl av offentliga som privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter och lagstiftande organ, ska barnets

³³ Schiratzki, 1997, s. 50.

³⁴ Hädanefter barnkonventionen.

³⁵ Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, UNTS, vol. 1577, p. 3.

³⁶ Prop. 2017/18:186 s. 1. Lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter.

³⁷ Prop. 1989/90:107 s. 27 f.

³⁸ SOU 2016:19.

³⁹ Prop. 2017/18:186.

⁴⁰ Lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter.

⁴¹ SOU 1997:116 Del 2 t.o.m. kap 6 s. 60.

bästa i första hand beaktas.⁴² I artikeln anges att det är konventionsstaterna som ska tillförsäkra barnet sådant skydd och omvårdnad som behövs för dess välfärd. Konventionsstaterna ska för ändamålet vidta alla lämpliga lagstiftnings- och administrativa åtgärder. Hänsyn ska därvid tas till de rättigheter och skyldigheter som tillkommer barnets föräldrar, vårdnadshavare eller andra personer med lagligt ansvar för barnet.⁴³

2.2 Barnets bästa vid frågor om vårdnad, boende och umgänge

Sedan ratificeringen av barnkonventionen har Sverige valt att successivt implementera delar av konventionens bestämmelser i svensk rätt. Genom lagreformen 1998 infördes en uttrycklig och övergripande bestämmelse om att barnets bästa ska komma i främsta rummet vid avgörande av alla frågor som rör vårdnad, boende och umgänge.⁴⁴ Införandet av bestämmelsen skulle tydligare markera barnets bästa som en utgångspunkt för bedömningen i samtliga avgöranden enligt FB:s sjätte kapitel. Vidare knöts regleringen av frågor om vårdnad, boende och umgänge tydligare till barnkonventionen. Det framhölls vid införandet av barnets bästa i FB 1998, att inga andra intressen kan ta över eller gå före barnets bästa vid frågor om vårdnad, boende och umgänge.⁴⁵

Ett tydligt barnperspektiv ska finnas vid alla beslut och andra åtgärder som rör barn. Att ha ett barnperspektiv innebär att beslutsfattaren i alla frågor som rör vårdnad, boende och umgänge ska försöka förstå barnet och ta reda på hur barnet uppfattar sin situation och eventuella förändringar. Man försöker se situationen med barnets ögon. Det ingår även att beslutsfattaren, noga analyserar vilka följder olika beslutsalternativ kan få för ett enskilt barn. Det är slutligen den vuxne utifrån sin kunskap och erfarenhet som måste fatta beslut.⁴⁶

⁴² Art. 3 punkt 1 barnkonventionen; Prop. 2017/18:186 s. 7 ff. och 12.

⁴³ Art. 3 punkt 2 barnkonventionen.

⁴⁴ Prop. 1997/98:7 s. 101.

⁴⁵ Prop. 1997/98:7 s. 46 och 104.

⁴⁶ Prop. 2005/06:99 s. 38 f.

Genom 2006 års vårdnadsreform genomfördes betydande ändringar i 6 kap. FB. Betydelsen av barnets bästa kom tydligare till uttryck i lagtexten och bestämmelsen om barnets bästa fick sin utformning genom 2006 års vårdnadsreform som idag är den gällande bestämmelsen om barnets bästa.⁴⁷ Den återfinns numera i 6 kap. 2 a § FB. Syftet med ändringen var framför allt att förstärka barnperspektivet. Den tidigare lydelsen, att barnets bästa ska komma i främsta rummet, ansågs inte på ett tillräckligt tydligt sätt ange att det alltid är barnets bästa som ska vara avgörande för beslut.⁴⁸

2.3 Innebörden av barnets bästa

Barnets bästa ska vara avgörande för alla beslut om vårdnad, boende och umgänge. Det gäller såväl för domstolen som socialnämnden att beakta principen då beslut tas eller avtal ska godkännas.⁴⁹

Någon närmare definition av den materiella innebörden av principen om barnets bästa har inte diskuterats under utarbetandet av barnkonventionen.⁵⁰ Det har även i flera svenska lagstiftningsförarbeten förts diskussioner kring den materiella innebörden av begreppet barnets bästa. Vad som är barnets bästa är inget statiskt begrepp. Begreppets innebörd ändras över tiden och med samhällsutvecklingen. Barnets individuella situation leder även till att innehållet av barnets bästa varierar.⁵¹ Att innebörden av begreppet barnets bästa har lämnats öppet både i barnkonventionen och i svensk lagstiftning är för att uppnå flexibilitet och anpassning till det enskilda barnet och situationen.⁵² Bestämmelsens öppna formulering möjliggör för domstolen att beakta omständigheter som lagstiftaren inte har förutsett, eftersom en stor variation av situationer förekommer under domstolens prövning.⁵³

⁴⁷ Prop. 2005/06:99 s. 1.

⁴⁸ Prop. 2005/06:99 s. 38 ff.

⁴⁹ Prop. 1997/98:7 s. 104 f. Se även Sjösten, 2014, s. 42.

⁵⁰ SOU 1997:116 Del 2 t.o.m. kap 6 s. 67 f.

⁵¹ SOU 1997:116 Del 2 t.o.m. kap 6 s. 65 f.

⁵² SOU 1997:116 Del 2 t.o.m. kap 6 s. 67; Kaldal, 2010, s. 68.

⁵³ Kaldal, 2010, s. 214 f.

Vad som är barnets bästa måste avgöras i varje enskilt fall utifrån en bedömning av de individuella behoven och förhållandena. Till detta kommer att begreppet barnets bästa inte får användas slentrianmässigt. Det framhålls i förarbetena till lagen att domstolen och socialnämnden tydligt ska redovisa hur man har resonerat i det enskilda fallet.⁵⁴ Hänsyn ska vid bedömningen tas till allt som rör barnets fysiska som psykiska välbefinnande och utveckling. I så lång utsträckning som möjligt ska därvid kortsiktiga som långsiktiga effekter för barnet beaktas.⁵⁵

Vad som är det individuella barnets bästa ska fastställas genom en kombination av dels ett objektivt perspektiv och dels ett subjektivt perspektiv. Barnets bästa utifrån ett objektivt perspektiv bygger på vad man vet om barn, genom att beslutsfattaren på olika nivåer gör bedömningar som grundas på vetskap och beprövad erfarenhet. Det handlar om att skaffa sig kunskap om barnet eller inhämta sådan kunskap från experter. Barnets bästa utifrån ett subjektivt perspektiv grundas på kunskap om det enskilda barnet, att det berörda barnet tillåts ge uttryck för sin uppfattning om vad som är dess bästa t.ex. genom att lyssna och låta barnet komma till tals.⁵⁶ Vad angår det subjektiva perspektivet tillkommer det även svårigheter att utreda barnets egentliga vilja. Det kan vara fråga om när barnet uppnått en tillräcklig ålder och mognad för att kunna förmedla sina egna synpunkter. Det kan även vara fråga om huruvida det som barnet förmedlar verkligen är barnets egen mening eller om barnet exempelvis påverkats alltför mycket av föräldrarna. En svårighet knuten till vad som objektivt anses vara barnets bästa är att det inom det beteendevetenskapliga forskningsfältet inte råder någon överensstämmande uppfattning kring vad som är att betrakta som barnets bästa.⁵⁷

Att domstolen ska besluta efter vad som är bäst för barnet anges i flera bestämmelser i 6 kap. FB. Det är emellertid domstolen respektive

⁵⁴ Prop. 2005/06:99 s. 40.

⁵⁵ Prop. 1997/98:7 s. 104 f; Prop. 2005/06:99 s. 39 f. Se även Sjösten, 2014, s. 43.

⁵⁶ SOU 1997:116 Del 2 t.o.m. kap 6 s. 69 f; SOU 2005:43 s. 105.

⁵⁷ Kaldal, 2010, s. 68; SOU 1997:116 Del 2 t.o.m. kap 6 s. 69.

socialnämndens uppfattning, antaganden och bedömning som blir avgörande i det enskilda fallet.⁵⁸ Domstolen gör dock inte en helt fri bedömning. Lagregleringens utformning och förarbeten ger i sig vissa riktlinjer för vad som ska beaktas när barnets bästa bedöms.⁵⁹ En allmän utgångspunkt vid bedömningen, är att barnets grundläggande behov tillgodoses. Av detta följer att barnet har rätt till omvårdnad, trygghet och god fostran vilket kommer till uttryck i 6 kap. 1 § FB. Lagstiftaren har vidare i 6 kap. 2 a § FB pekat ut ytterligare omständigheter som domstolen särskilt ska beakta vid avgörandet av vad som är barnets bästa. I övrigt lämnas ett stort utrymme för rättstillämparen att göra en bedömning utifrån det enskilda barnets behov och situation.⁶⁰ Att det i lagtexten särskilt lyfts fram vissa omständigheter, ska ses som ett uttryck för att dessa omständigheter aldrig får glömmas bort vid bedömningen. Bedömningen av vad som är barnets bästa sker efter en helhetsbedömning. Det handlar om att finna en lösning som på bästa sätt tillgodoser det enskilda barnets intressen och behov för framtiden.⁶¹

Här nedan följer de omständigheter som särskilt lyfts fram i lagstiftningen för bedömningen av barnets bästa när vårdnads-, boende och umgängesfrågan har behandlats.

2.4 Barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna

En av de omständigheter som domstolen särskilt beaktar vid avgörandet av vad som är barnets bästa vid vårdnads-, boende och umgängestvist är barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Barnets rätt till båda sina föräldrar är även en grundläggande rättighet som slås fast i artikel 9 och 18 barnkonventionen.

⁵⁸ Prop. 1997/98:7 s. 104 f.

⁵⁹ Singer, 2019, s. 149.

⁶⁰ Schiratzki, 2019, s. 37.

⁶¹ Prop. 1997/98:7 s. 104.

Enligt artikel 9 i barnkonventionen stadgas barnets rätt till sina föräldrar och artikeln understryker att barn bör växa upp med dem. Konventionsstaterna ska göra sitt bästa för att säkerställa att ett barn inte skiljs från sina föräldrar mot deras vilja. Endast i de fall behöriga myndigheter finner det nödvändigt för barnets bästa ska ett sådant åtskiljande ske.⁶² Det stadgas vidare i artikeln att konventionsstaterna ska respektera rätten för ett barn, som skiljs från den ena föräldern eller båda föräldrarna, att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkt kontakt med dessa, såtillvida att det inte strider mot barnets bästa.⁶³

Artikel 18 i barnkonventionen stadgar att konventionsstaterna ska göra sitt bästa för att säkerställa erkännandet av principen att båda föräldrarna har gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling. Föräldrarna eller, i förekommande fall vårdnadshavaren, har huvudansvaret för barnets uppfostran och utveckling. Dessa ska låta sig vägledas av vad som bedöms vara barnets bästa.⁶⁴

Vid vårdnadsreformen år 1990⁶⁵ infördes för första gången en uttrycklig bestämmelse om barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna.⁶⁶ Det gjordes i samband med att gemensam vårdnad blev huvudregel även i de fall en förälder eller båda hellre vill ha ensam vårdnad, men när inte någon av dem motsatte sig gemensam vårdnad. När gemensam vårdnad inte kunde komma i fråga skulle vårdnaden anförtros den förälder som bäst främjar barnets kontakt med den andra föräldern, vilket redan tidigare betonats, om än inte i lag.⁶⁷

Barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna betonades ytterligare efter 1998 års lagändring⁶⁸, när rätten gavs möjlighet att döma till

⁶² Art. 9 punkt 1 barnkonventionen.

⁶³ Art. 9 punkt 3 barnkonventionen.

⁶⁴ Art. 8 punkt 1 barnkonventionen.

⁶⁵ SFS 1990:1526.

⁶⁶ Prop. 1990/91:8 s. 37 ff.

⁶⁷ Prop. 1981/82:168 s. 66; prop. 1982/83:165 s. 19.

⁶⁸ SFS 1998:319.

gemensam vårdnad även mot en förälders vilja. En förutsättning är dock att gemensam vårdnad är bäst för barnet. Avsikten var att den gemensamma vårdnaden skulle motivera föräldrarna att samverka kring barnet och skapa bättre förutsättningar för kontakt mellan barn och förälder.⁶⁹ Principen kom att få stort genomslag i praktiken och bidrog till att gemensam vårdnad blev huvudregel år 1998 också i de fall en av föräldrarna motsatte sig gemensam vårdnad.⁷⁰

En av grundtankarna bakom reglerna i sjätte kapitlet FB är att så långt som möjligt främja ett gemensamt föräldraansvar. Föräldrabalkens regler om vårdnad och umgänge bygger på uppfattningen att barnet har ett behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar.⁷¹ Det är för ett barns utveckling och välbefinnande viktigt att det har nära, goda och regelbundna relationer till båda sina föräldrar, oavsett om de har separerats. Särskilt vad gäller små barn är det viktigt att barnet har en god känslomässig anknytning till båda sina föräldrar och detta anses även vara viktigt för barnets trygghetskänsla.⁷² Mot bakgrund av detta är det i allra flesta fall bäst för barnet att ha en nära och god kontakt med båda föräldrarna. Det innebär naturligtvis inte att barnet måste leva eller umgås med en förälder under alla förhållanden.⁷³

2.5 Barnets vilja

Vid fastställandet av vad som är barnets bästa, och för att utröna hur barnets behov bäst blir tillgodosedda, är det viktigt att barnets egen uppfattning och egna önskemål kommer fram och blir beaktade i processen.⁷⁴ Barn som är i stånd att bilda egna åsikter ska ha rätt att fritt uttrycka dessa i alla frågor som rör barnet, vilket har slagits fast i artikel 12 barnkonventionen.⁷⁵

⁶⁹ Prop. 1997/98:7 s. 51.

⁷⁰ Singer, 2019, s. 150.

⁷¹ Prop. 2005/06:99 s. 50.

⁷² Ewerlöf, Sverne & Singer, 2004, s. 77.

⁷³ Prop. 2005/06:99 s. 42.

⁷⁴ Sjösten, 2014, s. 51.

⁷⁵ Art. 12 punkt 1 barnkonventionen.

År 1994 infördes en bestämmelse om att hänsyn ska tas till barnets egen vilja i FB⁷⁶ och den återfinns idag i 6 kap. 2 a § sista stycket.

Det anges i lagen att domstolen ska ta hänsyn till barnets vilja för att markera att barnets inställning är en viktig omständighet vid domstolens prövning. Det framgår vidare av lagtexten att hänsyn ska tas till barnets vilja med beaktande av barnets ålder och mognad. I lagens förarbeten konstateras även att det kan vara svårt att veta vad som är barnets verkliga vilja.⁷⁷

Barnets inställning kan förändras och påverkas av föräldrarna.⁷⁸ Vilken tyngd barnets vilja ska ha, eller har vid avgörandet av en vårdnadsrelaterad fråga, är svårt att uttala sig om. Det är därför viktigt att det som barnet ger uttryck för bedöms av en sakkunnig och med hänsyn tagen till omständigheterna i det enskilda fallet.⁷⁹ Den som gör en utredning i mål om vårdnad, boende och umgänge, har bland annat i uppgift att försöka klarlägga barnets egen inställning och därefter redovisa den för domstolen. Det kan ske i form av samtal med barnet eller genom att utredaren samtalar med personer i barnets omgivning som känner barnet väl.⁸⁰ Det är upp till den enskilda beslutsfattaren att bedöma vilken betydelse barnets ålder och mognad ska ges vid beaktande av barnets vilja.⁸¹

Det finns ingen angiven åldersgräns för när barnets vilja ska börja tillmätas betydelse. I vilken omfattning barnets vilja ska tillmätas betydelse, är beroende av hur tydligt barnet uttrycker sin vilja. Barnets vilja får dock större betydelse ju äldre och mognare barnet är. I förarbeten framhölls emellertid att det inte är lämpligt i lag att slå fast en viss ålder för när ett barn bör tillfrågas.⁸² Ett sådant riktmärke leder till att bedömningen i praktiken blir schablonmässig och går ut över de yngre barnens möjlighet

⁷⁶ Prop. 1994/95:224.

⁷⁷ Se exempelvis prop. 1994/95:224 s. 27.

⁷⁸ Prop. 2005/06:99 s. 45. Se även Schiratzki, 2019, s. 111.

⁷⁹ Oldenstedt, Föräldrabalk (1949:381), kommentar till 6 kap. 2 a §, not 162, Karnov 2020-02-20, tillgänglig i databasen JUNO.

⁸⁰ Walin & Vängby, 2010, s. 6:94.

⁸¹ Oldenstedt, Föräldrabalk (1949:381), kommentar till 6 kap. 2 a §, not 162, Karnov 2020-02-20, tillgänglig i databasen JUNO.

⁸² Prop. 2005/06:99 s. 82.

till inflytande.⁸³ Utifrån den rättsfallsanalys Schiratzki har gjort, framgår det att barnets vilja ibland har varit av avgörande betydelse vad gäller barn i åldrarna från sex år och uppåt. Hon anser dock att det är beroende av det enskilda fallet och att det även finns gott om undantag.⁸⁴

I svensk rätt är utgångspunkten att barn ska skyddas från att behöva delta i en rättstvist. Barn får enligt 6 kap. 19 § sjätte stycket FB höras inför rätten om särskilda skäl talar för det, samt om det är uppenbart att barnet inte kan ta skada av det.

2.6 Risken för att barnet far illa

2.6.1 Bestämmelsens framväxt

Utgångspunkten i FB är att det för de flesta barn är bäst att växa upp med sina föräldrar och att barnets föräldrar är mest lämpade som vårdnadshavare.⁸⁵ Men så är inte alltid fallet, utan det förekommer situationer då barnets föräldrar missköter sin roll som förälder. För att skydda barn från sådana situationer krävs det regler för att samhället ska kunna skydda barn som far illa.⁸⁶

Synen på barnet har genomgått stora förändringar sedan 1900-talet. I det framväxande svenska välfärdssamhället ökade medvetenheten om att barn alltmer ses som en självständig individ med egna rättigheter samt med egna intressen och behov som måste tillgodoses.⁸⁷ I Sverige var aga av barn tillåtet som ett inslag i vårdnadens utövande och användes som uppfostringsmetod för att bl.a. lära barnet att lyda.⁸⁸ Med aga avses kroppslig bestraffning som innebär att barnet tillfogas kroppsskada eller smärta. Lindrigt slag eller hastigt övergående omfattas likaså.⁸⁹ Under 1970-talet började barnaga att debatteras på allvar i Sverige. År 1977 tillsattes

⁸³ Prop. 2005/06:99 s. 46.

⁸⁴ Schiratzki, 2008, s. 90 ff.

⁸⁵ Kaldal, 2010, s. 21.

⁸⁶ Kaldal, 2010, s. 71.

⁸⁷ Singer, 2019, s. 29.

⁸⁸ Singer, 2019, s. 30 och 287.

⁸⁹ Singer, 2019, s. 287.

utredningen om barnets rätt, i syfte att öka förutsättningarna för att kunna ge barn goda uppväxtbetingelser och att främja barnets utveckling på bästa sätt.⁹⁰ Utredningen presenterade sitt första förslag som gällde att aga som ett inslag i vårdnadens utövande skulle förbjudas. Förslaget antogs och ett uttryckligt förbud mot barnaga infördes i föräldrabalken 1979 som numera återfinns i 6 kap. 1 § FB.⁹¹ Sedan år 1979 har det i Sverige varit förbjudet att utsätta barn för kroppslig bestraffning eller annan kränkande behandling. Bestraffning som medför att barnet tillfogas kroppsskada eller smärta, ska betraktas som misshandel enligt 3 kap. 5 § brottsbalken (1962:700).⁹²

Det stadgas även i artikel 19 barnkonventionen, att konventionsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att skydda barnet mot ”alla former av fysiskt eller psykiskt våld, skada eller övergrepp, vanvård eller försumlig behandling, misshandel eller utnyttjande, inklusive sexuella övergrepp”⁹³.

Vid lagändringen år 1993⁹⁴ infördes för första gången risken för att barnet far illa i lagtext och skulle beaktas vid avgörandet av vårdnads- och umgängesrelaterade tvister.⁹⁵ Bestämmelsen tog endast sikte på bedömningen av umgängesfrågor. Betonandet av barnets behov av kontakt med båda föräldrarna år 1990⁹⁶, gav även upphov till kritik mot rättstillämparen. Barnets rätt till kontakt med båda föräldrarna kom att tillmätas en sådan betydelse att vårdnads-, och umgängesfrågor, avgjordes på ett sådant sätt att det fanns uppenbara risker för att barnet skulle kunna skadas.⁹⁷ Domstolen skulle vid beslut rörande umgänge beakta risken för att barnet i samband med utövande av umgänget utsätts för övergrepp, olovligen bortförs eller kvarhålls eller annars far illa.⁹⁸ I förarbetena till lagändringen som vidtogs år 1993 betonades således vikten av att

⁹⁰ Dir 1997:25.

⁹¹ SOU 1978:10; prop. 1978/79:67.

⁹² Oldenstedt, Föräldrabalk (1949:381), kommentar till 6 kap. 1 §, not 154, Karnov 2020-02-20, tillgänglig i databasen JUNO.

⁹³ Art. 19 punkt 1 barnkonventionen.

⁹⁴ SFS 1993:213.

⁹⁵ Prop. 1992/93:139 s. 27 ff.

⁹⁶ Se avsnitt 2.4.

⁹⁷ Prop. 1990/91:8 s. 11; Prop. 1992/93:139 s. 26 ff.

⁹⁸ Prop. 1992/93:139 s. 28 ff.

umgängesbeslut inte skulle fattas efter schabloner utan grundas på omständigheterna i det enskilda fallet.

Genom 1998 års lagändring,⁹⁹ vid införandet av de övergripande bestämmelserna om barnets bästa, valde man att inarbeta barnets kontakt med båda sina föräldrar och risken för att barnet far illa som tidigare reglerats i skilda paragrafer. Införandet tydliggjorde att dessa omständigheter ska vara en del av bedömningen av barnets bästa. Det stadgades att vid bedömningen av barnets bästa skulle risken för att barnet utsätts för övergrepp, olovligen förs bort eller hålls kvar eller annars far illa beaktas. Tillämpningsområdet för bestämmelsen om risken för att barnet far illa utvidgades ytterligare och gjordes tillämplig även vid avgörande av vårdnadsfrågor.¹⁰⁰ Barnets kontakt med båda föräldrarna kom dock att betonas ytterligare efter 1998 års lagändring. Men även här, som i tidigare lagstiftningsärenden har många framfört att andra omständigheter av betydelse för barnets bästa fått ge vika framför barnets behov av kontakt med båda föräldrarna.¹⁰¹

Den 27 juni 2002 beslutade regeringen att tillsätta en kommitté med uppdrag att utvärdera 1998 års reform av FB:s regler.¹⁰² Av flera undersökningar framgick det att många barn upplever våld i familjen.¹⁰³ Kommittén undersökte bland annat hur domstolarna dömer i mål om vårdnad, boende och umgänge när det förekommer påståenden om familjevåld. Efter en genomgång av praxis framförde kommittén att påstående om övergrepp var relativt vanliga i vårdnadsfall.¹⁰⁴ Trots sådana uppgifter, visade vårdnadskommitténs utvärdering att domstolarnas bedömning grundats på att barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna i många fall vägde tyngre än eventuella risker.¹⁰⁵ Det

⁹⁹ SFS 1998:319.

¹⁰⁰ Prop. 1997/98:7 s. 46 ff.

¹⁰¹ SOU 2005:43 s. 198.

¹⁰² Dir. 2002:89.

¹⁰³ Se exempelvis SOU 2001:72.

¹⁰⁴ SOU 2005:43 s. 118.

¹⁰⁵ SOU 2005:43 s. 197 ff.

uttrycktes även en oro från remissinstanserna att domstolen inte i tillräcklig omfattning uppmärksammade risken för att barnet far illa.¹⁰⁶ En bidragande orsak till detta ansågs vara att barnets behov av en nära och god kontakt med föräldrarna hade en särställning i lagens dåvarande lydelse jämfört med barnets andra behov. Domstolen skulle fästa *avseende särskilt* vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna medan risken för att barnet far illa endast skulle *beaktas*.¹⁰⁷ Det framhölls i kommitténs betänkande att skyddsaspekterna fått för lite tyngd i lagstiftningen och att barnets rätt till skydd behöver stärkas. Kommittén diskuterade att risken för att barnet skulle komma att fara illa även borde framhållas i lagen.¹⁰⁸

Genom 2006 års reform ändrades lagtexten ytterligare. För att öka uppmärksamheten på fall där barnet kan fara illa och för att betona betydelsen av detta vid bedömningen av vad som är barnets bästa, lyftes omständigheten fram tydligare i lagstiftningen. Avsikten med ändringen var att förekomsten av risken för barnet skulle utredas och beaktas i större utsträckning än vad det tidigare gjorts.¹⁰⁹ Lagtexten ändrades, till att domstolen vid beslut som rör vårdnad, boende och umgänge ska fästa avseende särskilt vid risken för att barnet far illa, precis som dess behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Därigenom underströks att domstolen och socialnämnden vid avgörandet av vad som är barnets bästa, ska vara uppmärksamma på risken för våld eller andra övergrepp. En nyhet i samband med lagändringen är att ett tillägg har gjorts om risken för att någon annan i familjen utsätts för övergrepp. Domstolen och socialnämnden ska således även fästa avseende vid risken för detta.¹¹⁰

Sammantaget har riskbedömningen lyfts fram tydligare i lagen.¹¹¹

Utgångspunkten efter 2006 års reform är att risken för barnet att utsättas för något som kan medföra att barnet far illa måste väga tungt vid avgörandet

¹⁰⁶ Prop. 2005/06:99 s. 41.

¹⁰⁷ SOU 2005:43 s. 198.

¹⁰⁸ SOU 2005:43 s. 736.

¹⁰⁹ Prop. 2005/06:99 s. 41 ff.

¹¹⁰ Prop. 2005/06:99 s. 86.

¹¹¹ Prop. 2005/06:99 s. 51 f.

av en vårdnadstvist.¹¹² Enligt Kaldal kan lagändringen uppfattas på olika sätt. Det kan tolkas som att själva risknivån har sänkts och att det krävs mindre allvarliga situationer än vad som tidigare begärts för att riskrekvisitet ska anses uppfyllt. Det kan även tolkas som att beviskrav för riskfaktorer sänkts. En annan tolkning är att samma risknivå gäller men att risken alltid ska vara avgörande när den viktas i förhållande till de övriga omständigheterna i helhetsbedömningen av barnets bästa.¹¹³

2.6.2 Begrepps innebörden av ”risken att fara illa”

I 6 kap. 2 a § andra stycket första strecksatsen FB har vissa omständigheter räknats upp som kan innebära en risk för att barnet far illa. Risken för att fara illa innefattar fyra faktorer:

- övergrepp riktade mot barnet,
- övergrepp riktade mot någon annan i familjen,
- olovligt bortförande eller kvarhållande av barnet, samt
- att barnet annars far illa

I förarbetena motiveras dessa uppräknade förhållanden som särskilt riskfyllda för barn och lagstiftaren ansåg att det var nödvändigt att ange dem i lagtexten.¹¹⁴ Dessa uppräknade omständigheter rubricerar Kaldal som riskfaktorer.¹¹⁵

Lagen tar sikte på *risken* för att barnet kommer att fara illa men det framgår inte av lagtexten, vilka barn som avses med benämningen barn som far illa eller närmare vad som inryms i begreppet risk. Varken begreppet risk eller riskbedömning har en legaldefinition. Det medför att det inte finns någon given definition, som anger vad som avses eller hur man ska gå tillväga vid en analys av dessa två begrepp.¹¹⁶ Enligt Svenska Akademiens ordbok, förklaras *risk* som en ”*möjlighet att ngt icke önskligt (ngt olyckligt l. obehagligt) skall inträffa l. att en skada l. förlust skall drabba någon [...]*”.

¹¹² Prop. 2005/06:99 s. 42.

¹¹³ Kaldal, 2010, s. 215 f.

¹¹⁴ Prop. 2005/06:99 s. 42.

¹¹⁵ Kaldal, 2010, s. 232.

¹¹⁶ Kaldal, 2010, s. 87.

Riskbedömning beskrivs som en ”*bedömning av risken i ett enskilt fall*”¹¹⁷. Sammantaget kan begreppet *riskbedömning* tolkas som att man i det enskilda fallet värderar och uppskattar möjligheten av att något icke önskvärt ska inträffa. I förarbetena uttrycks att det rör sig om att värdera sannolikheten för en framtida skada.¹¹⁸ Formuleringen indikerar på att domstolen ska tillämpa ett sannolikhetsmått för graden av övertygelse för att den framtida skadan kommer att inträffa. En sannolikhet kan rent språkligt uttryckas som exempelvis låg, antaglig eller hög.¹¹⁹

När bestämmelsen för första gången infördes som ledning för beslut om umgänge ansåg regeringen att det inte fanns skäl att definiera begreppet utan att den borde ges en vid ram.¹²⁰ Vilka omständigheter som kan falla inom ramen för begreppet i FB har lämnats odefinierat.¹²¹ De uppräknade riskfaktorerna, övergrepp, olovligt bortförande eller kvarhållande utgör sådana omständigheter vilka medför att barnet utsätts för en risk att fara illa. Lagtexten anger inte närmare vad som ska inrymmas i begreppet *annars far illa*. Utformningen av *risken för att barnet annars far illa*, ger enligt Kaldal ett utrymme för domstolen att beakta riskfaktorer som inte identifierats i lagen.¹²²

Idag används en vid definition av *barn som far illa*, dock finns det för- och nackdelar med både snäva respektive vida definitioner av rättsliga begrepp. Kaldal anser att fördelen med en vid definition av barn som far illa leder till att många barn får sina behov utredda och tillgodosedda. Emellertid kan detta leda till att många familjer och barn utreds utan att det finns behov av sådana insatser. Kaldal framhåller, att en vid definition av barn som far illa lämnar stort tolkningsutrymme till den enskilda utredaren och

¹¹⁷ Svenska Akademiens ordbok, sök i SAOB, hämtad 12 februari från <https://www.saob.se/>

¹¹⁸ SOU 2005:43 s. 203.

¹¹⁹ Kaldal, 2010, s. 182.

¹²⁰ Prop. 1992/93:139 s. 29.

¹²¹ Kaldal, 2010, s. 77.

¹²² Kaldal, 2010, s. 240.

beslutsfattaren. En för snäv definition av barn som far illa kan dock i många fall öka risken för att många barn i behov av hjälp inte uppmärksammas.¹²³

I kommande avsnitt behandlas de riskfaktorer som särskilt lyfts fram i 6 kap. 2 a § andra stycket FB.

2.6.3 Riskens bakgrundsfaktorer

2.6.3.1 Övergrepp riktat mot barn eller annan i barnets familj

I svensk lagstiftning har vikten av att skydda barn från övergrepp allt mer betonats. Vid bedömning ska domstolen ta hänsyn till risken för att barnet eller annan i barnets familj utsätts för övergrepp. Barn ska behandlas med aktning för sin person och egenart. Ett barn har en absolut rätt att inte bli utsatt för våld, övergrepp eller annan kränkande behandling.¹²⁴

Med begreppet ”övergrepp” avses enligt förarbetena fysiska övergrepp, såsom misshandel eller sexuella förgripelser men även psykiska övergrepp omfattas.¹²⁵ Vad övergrepp av psykisk natur innefattar, definieras inte närmare i förarbetena. Vägledning kan dock sökas från kommitténs betänkande mot barnmisshandel som gavs i uppdrag att närmare definiera begreppet barnmisshandel. Kommittén anförde att till psykiska övergrepp räknas exempelvis, orimligt hårda bestraffningar, hån, kritik, förlöjligande, nedvärdering, orimliga krav eller konstant vägran att lyssna på barnets synpunkter.¹²⁶

I flera undersökningar under senare år har det framkommit att alltför många barn bevitnar våld i familjen. Barnombudsmannen konstaterade i en studie av vårdnadsdomar att domstolen inte tog uppgifter om våld och övergrepp på allvar.¹²⁷ Domstolen ansågs ha en vilja att tillerkänna föräldrar såväl gemensam vårdnad som umgänge med barnet, även när förälder gjort sig skyldig till våld mot barnet eller annan i familjen.¹²⁸ I studien framkom att

¹²³ Kaldal, 2010, s. 78.

¹²⁴ Prop. 2005/06:99 s. 42.

¹²⁵ Prop. 1992/93:139 s. 37.

¹²⁶ SOU 2001:72 s. 24 f.

¹²⁷ Barnombudsmannen, 2005, s. 40.

¹²⁸ Barnombudsmannen, 2005, s. 35 ff. och 40 f.

domstolen dömde till gemensam vårdnad i 43 procent av fallen även om förälder var dömd för våldsbrott mot någon i familjen. Även umgänge beslutades i 29 procent av fallen och i 56 procent av dessa var umgänget öovervakat. Det var endast i 7 procent av fallen, som umgänge inte dömdes ut med en förälder som gjort sig skyldig till våld.¹²⁹

I samband med 2006 års lagändring infördes riskfaktorn övergrepp mot någon annan i familjen. Vad som närmare bestämt åsyftas med någon ”i barnets familj” har närmare inte berörts i förarbetena utan har exemplifierats och kan avse den andra föräldern eller ett syskon.¹³⁰ I förarbetena anges att det är väl belagt, att det innebär en risk för barnets psykiska hälsa att tvingas se och höra våld i hemmet och kan leda till att barn får illa.¹³¹ Barn som bevittnar våld mot en förälder är utsatt för psykiskt våld. Det leder till att barn oftast känner rädsla för den förälder som är våldsam, vilket för barnet är mycket traumatiskt.¹³² Regeringen ansåg att våld riktat mot någon till barnet närstående ska ges en särskild betydelse. Reaktionerna av att bevittna våld kan bli lika allvarliga som när barnet själv utsätts för övergrepp.¹³³ En allmän uppfattning är att våld, hot, övergrepp inom familjen utgör en allvarlig hälsorisk för barn.¹³⁴

Av förarbetena framgår det att när en förälder utsätter barnet eller någon annan i familjen för våld, trakasserier eller andra kränkningar är det i de allra flesta fallen bäst om den föräldern inte får del i vårdnaden om barnet. Det görs även gällande att bedömningen kan resultera i att inget umgänge bör ske mellan barnet och den våldsutövande föräldern.¹³⁵

Förekomsten av våld mot en närstående har även i tidigare förarbeten till vårdnadslagstiftningen lyfts fram.¹³⁶ Det har däremot inte baserats på risken

¹²⁹ Barnombudsmannen, 2005, s. 40.

¹³⁰ Prop. 2005/06:99 s. 41 f.

¹³¹ Prop. 2005/06:99 s. 42.

¹³² Barnombudsmannen, 2005, s. 43.

¹³³ Prop. 2005/06:99 s. 41 f.

¹³⁴ SOU 2005:43 s. 116 f.

¹³⁵ Prop. 2005/06:99 s. 42.

¹³⁶ Kaldal, 2010, s. 237.

för att barn far illa utan en oro för föräldrarnas förmåga att tillgodose barnets behov av trygghet.¹³⁷

2.6.3.2 Olovligt bortförande eller kvarhållande

Risken för att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar är ytterligare en riskfaktor som särskilt ska beaktas. Det var den ökade rörligheten över gränserna som medförde ett större behov av samarbete mellan länder och av en nationell reglering. Avsikten var för att kunna motverka att föräldrar, som inte hade vårdnaden om sina barn, obehörigen för med sig barnen till ett annat land eller olovligen håller kvar barnet i ett annat land.¹³⁸ I samband med detta ansågs, att där det finns en risk för ett olovligt bortförande skulle umgängesbeslutet utformas med beaktande av denna risk för att barnets bästa skulle kunna tillgodoses.¹³⁹ Det gjordes gällande att domstolen dömt ut umgänge på ett schablonartat sätt, även i fall där barnet riskerade att komma till skada genom att det olovligen förs bort från landet. I förarbetena framhålls även att risken för att barnet olovligen förs utomlands kan leda till att umgänge inte bör förordnas.¹⁴⁰

Risken för olovligt bortförande eller kvarhållande omfattar både risken för att umgängesförälder för barnet ut ur landet och risken för att barnet olovligen förs bort eller hålls kvar inom landet.¹⁴¹ Förhållanden som kan ha betydelse vid bedömningen av om riskfaktorn bortförande eller kvarhållande föreligger, är exempelvis om en förälder tidigare bortfört, eller kvarhållit barnet. Även en förälders tidigare hot eller planering av att föra bort eller hålla kvar barnet är av betydelse. För att ett uttalat hot ska utgöra en riskfaktor måste det i regel vara allvarligt menat. HD har emellertid poängterat att ett bortförande eller kvarhållande i vissa fall kan vara motiverat. Det kan röra sig om ett bortförande som sker i syfte att skydda barnet.¹⁴²

¹³⁷ Prop. 1997/98:7 s. 48 ff. och s. 107.

¹³⁸ Prop. 1992/93:139 s. 27.

¹³⁹ Prop. 1992/93:139 s. 26 ff.

¹⁴⁰ Prop. 1992/93:139 s. 28 f.

¹⁴¹ Prop. 1992/93:139 s. 29 och 38.

¹⁴² Kaldal, 2010, s. 239 f.

En risk för olovligt bortförande eller kvarhållande har framförallt ansetts föreligga om föräldrarna eller någon av dem har anknytning till ett annat land än Sverige.¹⁴³ I NJA 1995 s. 727 var frågan hur stor risken för bortförande ska vara för att den ska inverka på bedömningen av umgängesfrågan. HD uttalade att det ”inte är tillräckligt att den förälder vars umgänge med barnet är i fråga har sitt ursprung i annat land och har anknytning till det landet genom anhöriga eller på annat liknande sätt. Det krävs att det föreligger en mer konkret fara för bortförande”¹⁴⁴.

Omständigheter som kan visa på en sådan risk föreligger och som kan inverka på umgängesfrågan är om ”en faktisk åtgärd som framstår som vidtagen för att förbereda ett senare bortförande eller uttalanden som tyder på ett sådant syfte hos föräldern”¹⁴⁵.

En omständighet som kan påverka och vara till hjälp vid bedömningen är i vilken mån umgängesföräldern har funnit sig i att den andra föräldern tillerkänts vårdnaden om barnet.¹⁴⁶

Vidare kan den som obehörigen skiljer ett barn som är under 15 år från dess vårdnadshavare dömas till egenmäktighet med barn enligt 7 kap. 4 § BrB. Det blir även aktuellt vid gemensam vårdnad när den ena vårdnadshavaren utan beaktansvärda skäl egenmäktigt bortför barnet.

2.6.3.3 Att barnet annars far illa

De ovan behandlade riskfaktorerna motiveras i förarbetena som särskilt riskfyllda för barn. Domstolen ska även fästa särskilt avseende vid risken att barnet ”annars far illa”.¹⁴⁷ Risken att barn annars far illa är, enligt ordalydelsen, en mer öppen bakgrundsfaktor än de tre övriga faktorerna som uttryckligen tagits med i bestämmelsen. Formuleringen annars far illa, lämnar en öppning för ytterligare och oidentifierade riskfaktorer. Kaldal framför följande: ”Riskfaktorerna torde med utgångspunkt i lagens formulering, utöver de explicit angivna, kunna bestå av en rad obestämda

¹⁴³ Prop. 1992/93:139 s. 37 ff.

¹⁴⁴ Se NJA 1995 s. 727, s. 741.

¹⁴⁵ Se NJA 1995 s. 727, s. 741.

¹⁴⁶ Prop. 1992/93:139 s. 38.

¹⁴⁷ Prop. 2005/06:99 s. 42.

faktorer. En begränsning torde emellertid ligga i att en viss kvalifikation i nivå med de tre övriga faktorerna krävs.”¹⁴⁸

I de mål där HD resonerar om risken för att fara illa, utan att det rör sig om övergrepp eller bortförande, har domstolen inte angett vilken grund det baserats på.¹⁴⁹ Omständigheter som barn annars far illa av exemplifieras i förarbetena. Det kan röra sig om situationer när exempelvis barn umgås med en förälder med missbruksproblem, en förälder som lämnar barnet vind för våg eller när en förälder låter barnet vistas i olämpliga miljöer.¹⁵⁰

Utifrån praxis konstaterar HD att en förälders psykiska ohälsa kan falla in under riskfaktorn annars far illa. I NJA 2003 s. 372 var det fråga om det förelåg en risk för barnet vid umgänge med pappan. Pappan hade hastiga personlighetsförändringar och humörsvängningar och HD ansåg att pappans psykiska instabilitet utgör en konkret risk, för att barnet skulle fara illa vid ett umgänge med pappan.¹⁵¹

¹⁴⁸ Kaldal, 2010, s. 240.

¹⁴⁹ Kaldal, 2010, s. 240.

¹⁵⁰ Prop. 1992/93:139 s. 29 och 38.

¹⁵¹ Kaldal, 2010, s. 231.

3 Riskbedömning och utredningsansvar

3.1 Domstolens utredningsskyldighet

Processuella bestämmelser ger en ram för den rättsliga prövningen vid domstol och annan myndighet. Processreglerna kan även sägas avspegla det samhällsintresse ett rättsområde har. Traditionellt anses familjerätten vara ett område där samhället har ett långtgående intresse av att utöva kontroll i syfte att skydda barn och bevaka barnets bästa.¹⁵² Domstolsprövningen i mål om vårdnad, boende och umgänge är som huvudregel indispositiv. Det innebär att domstolen har ett utredningsansvar och att förlikning om saken inte är tillåtet mellan parterna i målet. Skälet till att mål om vårdnad, boende och umgänge är indispositiva, är att barn i processer inte ska vara utelämnade till föräldrarnas agerande. Utgången i mål om vårdnad, boende och umgänge kommer på ett ingripande sätt beröra barnet som inte själv är part. Domstolen har ett ansvar för att barnets bästa tillgodoses i rättsprocessen.¹⁵³

Officialprincipen innebär att domstolen ska eller får vara självständigt verksam i processen. Domstolen ges rätt att företa en processhandling oberoende av parts yrkande och besluta om ett annat alternativ genom att lägga ett icke åberopat rättsfakta till grund för domen. Det innebär att parterna inte kan begränsa rättens prövning genom, sina yrkanden och åberopanden. I indispositiva tvister har medverkan från domstolens sida bedömts nödvändig med anledning av att olika intressen annars riskerar att inte bli tillgodosedda.¹⁵⁴

¹⁵² Schiratzki, 2013, s. 186.

¹⁵³ Schiratzki, 1997, s. 260 f.

¹⁵⁴ Schiratzki, 2013, s. 187; Oldenstedt, Föräldrabalk (1949:381) 6 kap. 19 §, Lexino 2020-02-20.

Vid sidan om det enskilda barnets intressen finns även ett samhällsintresse av att en riktig dom materiellt realiserar. I betydelse av detta ligger barns rätt till en uppväxt fri från våld och andra ofördelaktiga förhållanden.¹⁵⁵ Som ett led i officialansvaret har domstolen en skyldighet att se till att frågor om vårdnad, boende och umgänge blir tillbörligt utredda vilket framgår av 6 kap. 19 § första stycket FB. Domstolens utredningsansvar gäller såväl när föräldrarna tvistar om dessa frågor som när de är överens.¹⁵⁶ Vad som anses vara en tillbörlig utredningsstandard är dock oklart och det finns ingen specifik reglering vad gäller tillvägagångssättet kring detta.¹⁵⁷

Domstolen ska innan det har att avgöra ett mål eller ett ärende om vårdnad, boende eller umgänge ge socialnämnden tillfälle att lämna upplysningar. Det är domstolen som avgör om nämnden ska föreläggas att komma in med skriftlig yttrande eller beredas tillfälle att yttra sig. Om nämnden har upplysningar som kan vara av betydelse för bedömningen av tvisten, är dock nämnden skyldig att lämna sådana upplysningar till domstolen enligt 6 kap. 19 § andra stycket FB.¹⁵⁸

3.2 Vårdnadsutredningen

I praktiken fullgör domstolen sin utredningsskyldighet genom att begära in en utredning från socialnämnden eller något annat organ enligt 6 kap. 19 § tredje stycket FB. Vad som avses är vanligen benämnt vårdnadsutredning. Den genomförs av socialnämnden i den kommun där barnet är bosatt.¹⁵⁹ En vårdnadsutredning är dock inte ett obligatoriskt moment utan beror på förhållandena i det enskilda fallet. Det framgår dock av praxis att brister i utredningen kan utgöra rättegångsfel.¹⁶⁰ Domstolen får fastställa riktlinjer för hur en vårdnadsutredning ska bedrivas.¹⁶¹ Det kan bli aktuellt om det

¹⁵⁵ Schiratzki, 2013, s. 188.

¹⁵⁶ Wallin & Vängby, 2010, s. 6:91 ff.

¹⁵⁷ Kaldal, 2010, s. 263.

¹⁵⁸ Wallin & Vängby, 2010, s. 6:92 f; Oldenstedt, Föräldrabalk (1949:381) 6 kap. 19 §, Lexino 2020-02-20.

¹⁵⁹ Oldenstedt, Föräldrabalk (1949:381) 6 kap. 19 §, Lexino 2020-02-20; Prop. 1981/82:168 s. 77 f; Prop. 1994/95:224 s. 16.

¹⁶⁰ NJA 1987 s. 48.

¹⁶¹ Prop. 1990/91:8 s. 46 och 66 f., Jfr prop. 1997/98:7 s. 90 f.

står klart att endast vissa frågor behöver utredas. Det ankommer dock på utredare att avgöra hur utredningen närmare ska bedrivas.¹⁶²

Myndigheten för familjerätten och föräldraskapsstöd har gett ut allmänna råd för hur utredningsförfarandet bör bedrivas av socialnämnden. Det framgår bland annat, att samtal med föräldrarna, ny partner, barnet, referenspersoner såsom exempelvis förskolepersonal och skolpersonal bör ske. Socialnämndens samtal med föräldrarna bör handla om barnet, föräldrarollen och föräldrarnas omsorgsförmåga. Vidare framgår det att kontakt med barnet bör ske för att ta reda på hur barnet mår och bedöma barnets utveckling, mognad samt anknytning till föräldrarna.¹⁶³ Utöver detta har utredaren i uppgift att ta reda på hur föräldrarna ser på sin egen situation, barnets relation till andra i familjen, samarbetet mellan föräldrarna, den andre förälderns förmåga att vara förälder samt hur vårdnad, boende och umgänge bör lösas utifrån barnets behov.¹⁶⁴ Socialnämnden bör inhämta utdrag från socialtjänstens register samt från polismyndighetens belastnings- och misstankeregister.¹⁶⁵

Det framgår av förarbetena till 2006 års vårdnadsreform att inte bara domstolen utan även den som utreder frågor om vårdnad, boende och umgänge bör pröva påståenden om övergrepp. Formuleringen indikerar på att det för en riskbedömning krävs att uppgifter om t.ex. övergrepp framförs i målet.¹⁶⁶ Det uttalas också att det är naturligt att i utredningen redovisa hur man ser på risken för att barn far illa.¹⁶⁷ Den som utför en vårdnadsutredning ska utreda och redovisa i sin bedömning om det finns en risk för att barnet eller någon annan i familjen utsätts för våld eller andra övergrepp eller att barnet olovligen förs bort, hålls kvar eller på något annat sätt far illa.¹⁶⁸ Utredaren bör, vid samtal med föräldrarna ta reda på om det

¹⁶² Walin & Vängby, 2010, s. 6:92.

¹⁶³ HSLF-FS 2017:51 s. 6-11

¹⁶⁴ HSLF-FS 2017:51 s. 8 f.

¹⁶⁵ HSLF-FS 2017:51 s. 6.

¹⁶⁶ SOU 2005:43 s. 207. Se även Kaldal, 2010, s. 264 f.

¹⁶⁷ Prop. 2005/06:99 s. 59 f.

¹⁶⁸ HSFS-FS 2017:51 s. 8.

har förekommit hot, missbruk, psykisk ohälsa eller andra problem i familjen. Utredaren ska redovisa om någon av föräldrarna har en sådan livsföring som kan inverka på omsorgsfrågan, exempelvis missbruk, psykisk ohälsa, våldsbenägenhet eller kriminalitet.¹⁶⁹ Utredaren ska även se till konsekvenserna för barnet, om det framgår att våld eller andra övergrepp, hot, missbruk, psykisk ohälsa har förekommit. Det är av stor vikt att lyfta i bedömningen om det finns en risk att barnet far illa.¹⁷⁰ I Socialstyrelsens handbok om vårdnad, boende och umgänge finns även ett separat kapitel om särskilda problem hos föräldrarna som hjälpmedel för nämnden att undersöka, exempelvis våld, missbruk etc. i familjen.¹⁷¹

Det är av stor vikt att utredningarna som socialnämnden gör vid vårdnadsrelaterade tvister, är grundliga och tydliga vad gäller risken att ett barn kan fara illa.¹⁷² Vårdnadsutredningen är ett viktigt underlag för domstolens beslut och utredningens kvalitet är av stor betydelse för utgången i målet. Utredningen utgör oftast den centrala bevisningen i vårdnadsålet, utöver föräldrarnas bevisföring.¹⁷³

Utredaren ska lämna en rekommendation till beslut. Domstolen ska emellertid göra en egen analys av de omständigheter som kommit fram i utredningen. Det är alltid domstolen som slutligen tar ställning till vad som är bäst för barnet.¹⁷⁴ Ett mål är tillbörlig utrett då domstolen har tillräckligt underlag för att kunna bedöma att beslutet är förenligt med barnets bästa.¹⁷⁵

3.3 Domstolens riskbedömning

3.3.1 Riskbedömningens syfte

Barn har rätt att växa upp med sina föräldrar och leva med sin familj. Barn har även en rätt att växa upp i en trygg miljö skyddad från våld och

¹⁶⁹ HSLF-FS 2017:51 s. 8 -11.

¹⁷⁰ HSLF-FS 2017:51 s. 9-12.

¹⁷¹ Se Socialstyrelsen, 2012, s. 139-154.

¹⁷² Prop. 2005/06:99 s. 59; Singer, 2019, s. 152.

¹⁷³ Kaldal, JT 2012 s. 550.

¹⁷⁴ Prop. 2005/06:99 s. 60.

¹⁷⁵ Schiratzki, 2013, s. 136 f.

övergrepp.¹⁷⁶ Vid tvister om vårdnad, boende och umgänge handlar det om att barnets rätt till båda sina föräldrar ska tillgodoses. Samhället har, genom domstolen ett ansvar för barnets bästa. Om en förälder utgör en risk för barnet måste domstolen avgöra om barnet ska skyddas genom att begränsa dess kontakt med föräldern. Det är endast när det är bäst för barnet som det ska skiljas från sina föräldrar. Intresseavvägningen mellan föräldrar och barns rätt till familjeliv samt barns rätt till samhällets skydd är inte given och hur denna avvägning görs finns varken i FB eller några internationella konventioner.¹⁷⁷

Balansgången mellan rätten till familjeliv och rätten till en uppväxt fri från våld och övergrepp belyses bl.a. i FB:s krav på att det ska föreligga en viss risknivå för att begränsa kontakten mellan barn och förälder.¹⁷⁸ Både innehållet och tillämpningen av de rättsliga normerna i mål om vårdnad, boende och umgänge präglas av en beteendevetenskaplig förståelse av barn och risk.¹⁷⁹

I förarbetena till 2006 års vårdnadsreform framgår, att när uppgifter om våld förs fram, ska en riskbedömning alltid göras.¹⁸⁰ En riskbedömning utgör en prognos om en framtida skada. Det innebär att syftet med riskbedömningar är att bedöma risken för att ett barn kan komma att fara illa i framtiden. Därmed är riskbedömningens funktion central då den kan leda till omfattande begränsningar i kontakten mellan barn och föräldrar. Det är också avgörande för samhällets ansvar för barnets uppväxtförhållande och barnets möjlighet att erhålla skydd.¹⁸¹ Bedömningen tar sikte på såväl eventuell farlighet hos en förälder som en trygghetsbedömning ur barnets perspektiv.¹⁸²

¹⁷⁶ Kaldal, 2010, s. 217 och 251. Se barnkonventionen art. 3, 9, 19, samt 6 kap. 1 § FB.

¹⁷⁷ Kaldal, 2010, s. 218.

¹⁷⁸ Kaldal, 2010, s. 217 f.

¹⁷⁹ Kaldal, 2010, s. 73.

¹⁸⁰ Prop. 2005/06:99 s. 42.

¹⁸¹ Kaldal, 2010, s. 76 och 225.

¹⁸² SOU 2017:6 s. 327 f; Eriksson, Källström Cater & Näsman, 2015, s. 132.

Johanna Schiratzki anser att i samband med 2006 års lagändring, ges riskbedömningen större utrymme vid bedömningen av barnets bästa än vad den tidigare gjort.¹⁸³ Hon framhåller även att olämplighet är ett annat uttryck för riskbedömningen. Emellertid poängterar hon att domstolen undviker en sådan skrivelse. En olämplighetsstämpel av en förälder kan framstå som svårförenlig med presumtionen om kontakt mellan barn och förälder.¹⁸⁴

3.3.2 Riskbedömningen – en prövning i två steg?

Frågan som uppkommer i samband med risken att barn far illa, är hur en riskbedömning ska göras. Det framgår av förarbetena till 2006 års vårdnadsreform att det inte är möjligt att sätta upp någon enkel formel eller modell som är tillämplig för alla fall. Det måste alltid bli en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁸⁵ En riskbedömning är en sannolikhetsuppskattning av ett visst framtida utfall. Målets indispositiva karaktär och kravet på beslutets materiella riktighet medför därtill ett krav på att all relevant information ska ingå i bedömningen.¹⁸⁶

I förarbetena har emellertid vissa riktlinjer lämnats för hur riskbedömningen kan göras. Det anges att det i praktiken oftast aktualiseras två spörsmål i samband med domstolens riskbedömning. I den första frågan har man att ta ställning till om det förekommit några övergrepp, eller andra riskfaktorer som lagen anger. Därefter har domstolen att ta ställning till risken för att barnet kan komma att fara illa. Den senare frågan handlar om att uppskatta sannolikheten för den icke önskvärda följden och hur detta kan komma att påverka barnet framöver.¹⁸⁷

Anna Kaldal har identifierat en tvåstegsprövning i riskbedömningen.¹⁸⁸ En uppdelning av riskbedömningen i två steg görs dock inte uttryckligen i 6 kap. 2 a § FB. I det första steget har domstolen att utreda förekomsten av de

¹⁸³ Schiratzki, 2019, s. 109 f.

¹⁸⁴ Schiratzki, 2019, s. 110.

¹⁸⁵ SOU 2005:43 s. 203.

¹⁸⁶ Oldenstedt, Föräldrabalk (1949:381) 6 kap. 2 a §, Lexino 2020-02-20.

¹⁸⁷ SOU 2005:43 s. 199 ff.

¹⁸⁸ Kaldal, 2010, s. 230.

riskfaktorer som stadgas i 6 kap. 2 a § andra stycket första meningen FB.¹⁸⁹ En riskfaktor definieras som en omständighet i barnet miljö som indikerar att det finns en risk för att barnet far illa. För att en risk ska anses föreligga krävs att det föreligger en konkret omständighet som talar för risk.¹⁹⁰ I förarbetena ges exempel på vad riskbedömningen ska grunda sig på. Den ska i första hand utgå ifrån vad som är utrett om tidigare inträffade händelser samt andra faktiska omständigheter för att fastställa om det finns en risk för att barnet far illa.¹⁹¹ Tidigare övergrepp, hot om övergrepp, allmän attityd till våld, missbruksproblem och psykiska sjukdomar är exempel på riskfaktorer.¹⁹² Även situationer där en förälder brister i omsorg om barnet och har stora problem med att inte ge barnet vad det behöver i form av omvårdnad, uppmärksamhet, kontakt och stimulans är riskfaktorer och ska beaktas i bedömningen.¹⁹³

Det innebär emellertid inte att ett övergrepp måste ha visats. Det anses tillräckligt att det görs sannolikt att det har inträffat.¹⁹⁴ Exempelvis ett våldsamt beteende, hot om övergrepp, allmän attityd till våld, missbruksproblem och psykisk sjukdom är förhållanden som kan räcka, för att konstatera att en riskfaktor föreligger.¹⁹⁵ Det innebär att första steget går ut på att fastställa vad som redan har hänt och är tillbakablickande.¹⁹⁶ Bevisningen förs exempelvis genom vittnesutsagor, läkarintyg och psykologutlåtanden.¹⁹⁷ Om någon av riskens bakgrundsrekvisit inte är uppfyllda går prövningen inte vidare till steg två i riskbedömningen.¹⁹⁸

Det andra steget i riskbedömningen syftar till att prognostisera och individualisera riskfaktorerna i förhållande till det enskilda barnet. Enbart förekomsten av en viss riskfaktor innebär inte i sig att det finns en risk för

¹⁸⁹ Kaldal, 2010, s. 234.

¹⁹⁰ SOU 2005:43 s. 201.

¹⁹¹ Prop. 2005/06:99 s. 42; SOU 2005:43 s. 200 ff.

¹⁹² Prop. 2005/06:99 s. 42.

¹⁹³ SOU 2005:43 s. 203.

¹⁹⁴ SOU 2005:43 s. 201.

¹⁹⁵ Prop. 2005/06:99 s. 42; Kaldal, 2010, s. 237.

¹⁹⁶ Kaldal, JT 2012 s. 543.

¹⁹⁷ Kaldal, 2010, s. 255.

¹⁹⁸ Kaldal, 2010, s. 191.

att barnet kommer att fara illa. Det innebär att bedöma vilken grad av risk de konstaterade riskfaktorn utgör för det enskilda barnet.¹⁹⁹ Man har att försöka kartlägga hur allvarligt det är för barnet att växa upp eller umgås med en riskförälder. Kunskap om barn och deras behov är här av avgörande betydelse.²⁰⁰ Det indikerar att andra steget i en riskbedömning är en framåtblickande prövning. Sambandet mellan faktorerna i barnets miljö och en möjlig skadeeffekt utgör den risk som kan kopplas till en framtida skada. Om den risknivå lagen kräver uppnås inträder rättsföljden och innebär att barnet ska skyddas.²⁰¹

Om övergrepp ligger långt tillbaka i tiden och om förhållandet mellan barnet och föräldrarna har fungerat väl efter det inträffade, behöver det inte alltid innebära att det finns en risk för att barnet kommer att fara illa. Övergrepp som har skett systematiskt under en längre tid, kan dock tyda på en större risk för att barnet far illa. Om en förälder gjort sig skyldig till en enstaka överilad handling mot den andra föräldern kan risken vara mindre för att barnet far illa. I de fall övergreppet nyligen har inträffat kan risken emellertid vara större. Övergrepp, som sker till följd av en förälders behov av att utöva makt och kontroll över sitt offer, innebär allmänt sett en större risk för att barnet kan fara illa. Det uttrycks i förarbetena att ett sådant beteende kan vara svårt att förändra.²⁰² Övergreppens art, allvarlighetsgrad, tidpunkt och systematik ska beaktas och är av särskilt stor betydelse i bedömningen.²⁰³

I bedömningen är det inte endast riskfaktorer som domstolen beaktar, utan även skyddsfaktorer. Skyddsfaktorer kan finnas i form av andra personer i det sociala nätverket som kan stödja barnet. Det kan även vara att en våldsutövande förälder eller en förälder med missbruksproblem gått i behandling och fått hjälp för sitt beteende.²⁰⁴

¹⁹⁹ Kaldal, 2010, s. 230 f och 234; Prop. 2005/06:99 s. 43.

²⁰⁰ Kaldal, 2010, 257.

²⁰¹ Kaldal, 2010, s. 257.

²⁰² Prop. 2005/06:99 s. 42 f; SOU 2005:43 s. 203.

²⁰³ SOU 2005:43 s. 203.

²⁰⁴ SOU 2005:43 s. 204.

Sammantaget kan man säga att prövningen ska gå ut på att samtliga faktorer av relevans för risken för det enskilda barnet ställs i relation till risk för att fara illa. Riskfaktorernas art, skyddsfaktorer, samt grad av exponering för risken ska ingå i bedömningen.

3.3.3 Risknivå – ett krav på konkretion

Den centrala frågan i den rättsliga riskbedömningen är risknivån som kommer till uttryck i lagen, genom kravet på att en viss risknivå ska föreligga.²⁰⁵ Den rättsliga risknivån och uppfyllandet av beviskravet beskriver den brytpunkt där behovet av nära och god kontakt får ge vika för barnets behov av skydd.²⁰⁶ Att risknivån har sänkts är en av flera tolkningar av 2006 års reform.²⁰⁷ Kaldal anser dock att det är oklart om reformen haft framgång, eftersom det inte finns tydliga uttalanden i förarbetena och prejudikat om risknivån.²⁰⁸

Det betonas i förarbetena till lagen att det inte är tillräckligt med en generell risk. För att risk ska anses föreligga, måste risknivån vara konkret.²⁰⁹ Emellertid konkretiseras varken risknivån eller skaderekvisitet i lagen vilket ger stort tolkningsutrymme för beslutsfattaren.²¹⁰ I förarbetena och praxis förekommer begreppet konkret, när graden av risk uttrycks. Kaldal framhåller att HD har uttryckt graden av risk som ska föreligga, genom begreppen *konkret fara* och *beaktansvärd risk*²¹¹ samt *konkret risk*²¹². Konkretionskravet kan sägas utgöra en risknivå. I förarbetena förklaras att konkret fara innebär att risken ska grunda sig på faktiskt konstaterbara förhållanden.²¹³ Det innebär att domstolen måste bedöma och avgöra sambandet mellan riskfaktorer som finns i barnets miljö i nuläget och den

²⁰⁵ Kaldal, 2010, s. 172 och 269.

²⁰⁶ Kaldal, 2010, s. 269.

²⁰⁷ Kaldal, 2010, s. 215.

²⁰⁸ Kaldal, 2010, s. 271.

²⁰⁹ Prop. 2005/06:99 s. 42 f; SOU 2005:43 s. 200 ff.

²¹⁰ Kaldal, 2010, s. 78. Se även avsnitt 2.6.2.

²¹¹ NJA 1995 s. 727.

²¹² NJA 2003 s. 372.

²¹³ SOU 2005:43 s. 201.

befarade framtida skadan för att kunna fastställa en risknivå.²¹⁴ Det blir en fråga om sannolikheten för en framtida effekt. En allvarlig riskfaktor medför en högre grad av sannolikhet för skadeeffektens inträffande. En mindre allvarlig riskfaktor utgör däremot en lägre grad av sannolikhet för skadeeffektens inträffande.²¹⁵ Konkretionskravet är även ett uttryck för att en riskbedömning inte får baseras på en allt för svag erfarenhetssats utan ska grunda sig på en reell och kunskapsbaserad risk.²¹⁶

I förarbetena framhålls att det inte krävs, som i brottmål att det är ställt utom rimlig tvivel, att förhållanden kommer att inträffa som kan leda till att barnet far illa. Det är med andra ord inte brottmålets stränga beviskrav som ska gälla i tvister om vårdnad, boende och umgänge.²¹⁷ I SOU 2017:6 framhålls emellertid att TR många gånger ställde högre krav för att en viss risk skulle få betydelse i målet än vad vårdnadsutredare gjorde.²¹⁸ Kaldal påpekar att det råder högre beviskrav för att bevisa att en förälder utgör en risk för barnet än för att bevisa motsatsen. En bidragande orsak är att barnets rätt till god kontakt och familjeliv måste brytas.²¹⁹

Om en eller flera riskfaktorer bevisas föreligga, innebär det inte alltid att de blir utslagsgivande i riskbedömningen. Risken kan vägas upp av skyddsfaktorer i barnets miljö och andra omständigheter i det enskilda fallet. Det medför att risken bedöms lägre, eller helt faller bort.²²⁰

Singer framför att bedömningen av den risk som föreligger inte är lätt att göra och att kravet på risknivå är för högt ställt. Hon finner det anmärkningsvärt att risken för barn att fara illa fått en underordnad betydelse i praxis, i förhållande till barnets behov av kontakt med föräldrarna.²²¹ Sammantaget finns det inget klart svar på var risknivån ligger. Placeras risknivån högt leder det till att endast mycket allvarliga

²¹⁴ Kaldal, 2010, s. 186.

²¹⁵ Kaldal, 2010, s. 183 f och 234.

²¹⁶ Kaldal, 2010, s. 189 f och 243 f.

²¹⁷ Prop. 2005/06:99 s. 42; SOU 2005:43 s. 201.

²¹⁸ SOU 2017:6 s. 171.

²¹⁹ Kaldal, 2010, s. 265 f.

²²⁰ Prop. 2005/06:99 s. 42 f; Kaldal, 2010, s. 231 och 241 f.

²²¹ Singer, 2019, s. 152.

risker omfattas och situationer som rör mer komplexa samband faller utanför bedömningen.²²²

3.4 Riskens betydelse för bedömningen av barnets bästa

Vid den individuella riskbedömningen fastställs om risknivån uppnås eller inte. När riskbedömningen leder till att risken för att barnet far illa inte är uppfylld, innebär det att den rättsliga grunden risk inte ska tas med i bedömningen av barnets bästa. Prövningen handlar inte längre om att skydda barnet från skada och begränsa barnets kontakt med en riskförälder, utan mer om att hitta de möjliga vårdnads-, boende- eller umgängesalternativ som är bäst för barnet.²²³

En begränsning av kontakten mellan barn och förälder kan dock ske på annan grund. Det kan röra sig om exempelvis samarbetsvårigheter mellan föräldrarna, eller med hänsyn till barnets behov av trygghet. Att den rättsliga grunden risk utesluts, måste inte innebära att informationen som ingick i riskbedömningen bortfaller ur prövningen. Om informationens som ingick i riskbedömningen har relevans för barnets bästa ska den ingå i helhetsbedömningen.²²⁴

Om risken inte utesluts i domstolens riskbedömning ska den rättsliga grunden risk tas med i helhetsbedömningen.²²⁵ I förarbeten anges att *”i de fall där domstolen kommer fram till att det finns en risk för att barnet kommer att fara illa, bör detta väga tungt i den helhetsbedömning av samtliga omständigheter som skall göras.”*²²⁶ Singer poängterar att det är självklart att barnet inte ska ha kontakt med en förälder som riskerar att vara till men för barnet.²²⁷

²²² Kaldal, 271 f.

²²³ Kaldal, 2010, s. 242 och 260.

²²⁴ Kaldal, 2010, s. 242 och 251.

²²⁵ Kaldal, 2010, s. 251.

²²⁶ Prop. 2005/06:99 s. 42. Jfr även SOU 2005:43 s. 206 f.

²²⁷ Singer, 2019, s. 152.

I förarbetena uttalas att ”även om det allmänt finns en risk för att barnet kan fara illa kan domstolen ändå komma till uppfattningen att barnet kommer att vara tryggt vid ett umgänge, nämligen om detta utformas på ett visst sätt.”²²⁸ Prövningen kan mynna ut i att ett visst umgänge visserligen är bäst för barnet men att det bör ske under särskilda former, t.ex. i närvaro av en kontaktperson, då barnets exponering för risken är mindre vid ett begränsat umgänge.²²⁹ En förälder som utgör en risk för barnet som vårdnadsförälder behöver emellertid inte utgöra en risk som umgängesförälder eftersom graden av exponering av risk kan variera beroende på om frågan rör vårdnad, boende eller umgänge.²³⁰ Domstolen har dock att avgöra i vilken utsträckning barnet kommer att exponeras för risken och se till vad de framtida konsekvenserna kan bli för barnet.²³¹

Om en förälder utsätter barnet eller någon annan i familjen för våld, trakasserier eller andra kränkningar, är det i de allra flesta fall bäst för barnet att den föräldern inte får del i vårdnaden. Riskbedömningen torde i ett sådant fall leda till att risken ges utslagsgivande betydelse vid bedömningen av vårdnadsfrågan genom att risken inte kan undanröjas trots att domstolen beaktar skyddsfaktorer i barnets miljö. Ett liknande resonemang kan anföras angående bedömningen av umgängesfrågan. I de fall domstolen inte kan finna ett lämpligt resonemang för att minimera risken bör något umgänge inte äga rum. Det måste dock alltid bli beroende av en individuell prövning och av omständigheterna i det enskilda fallet. Det framhålls även att hänsyn måste tas till barnets egen inställning.²³²

Det är emellertid svårt att dra slutsatsen om en uppfylld risknivå alltid ger avgörande betydelse i helhetsbedömningen av barnets bästa. Vilken betydelse risken ska tillmätas i riskbedömningen och vid bedömningen av

²²⁸ SOU 2005:43 s. 206. Jfr även prop. 2005/06:99 s. 42

²²⁹ SOU 2005:43 s. 206 f. Se även prop. 2005/06:99 s. 42.

²³⁰ Kaldal, 2010, s. 242.

²³¹ Kaldal, 2010, s. 242.

²³² SOU 2005:43 s. 206 f; prop. 2005/06:99 s. 42. Jfr även Kaldal, 2010, s. 242.

barnets bästa, i förhållande till övriga omständigheter, blir upp till domstolen att avgöra i det enskilda fallet.²³³

3.5 Risken att barn far illa i praxis

Ett prejudicerande avgörande från 1995 rörde frågan om umgänge skulle vägras med hänsyn till risken för att barnet skulle bli olovligen bortfört.²³⁴ Föräldrarna hade en son som var ca två år gammal. Paret separerade strax efter sonens födelse. Modern yrkade att TR:n skulle tillerkänna henne ensam vårdnad medan fadern ville ha fortsatt gemensam vårdnad. Modern framförde i målet att fadern vid ett flertal tillfällen framställt hot om att han skulle föra deras son till det land där fadern hade sitt ursprung i. TR tillerkände modern ensam vårdnad om parternas gemensamma son och fadern umgänge i närvaro av kontaktperson. I HovR yrkade fadern att han skulle tillerkännas rätt till umgänge med sonen utan kontaktperson. Modern yrkade begränsning och motsatte sig umgänge. HovR fann att det inte förelåg en risk för att sonen skulle bli olovligen bortförd och tillerkände fadern umgänge utan kontaktperson. HD hade att pröva hur stor risken för bortförande skulle vara och hur denna risk skulle inverka på bedömningen av umgangesfrågan. HD framförde att det inte var tillräckligt att den förälder vars umgänge med barnet är ifråga har sitt ursprung i ett annat land. HD uttalade i det sammanhanget att det måste föreligga en mer konkret fara för riskens förverkligande för att den ska påverka bedömningen av umgangesfrågan. En annan ordning skulle inte vara förenlig med den betydelse som lagstiftningen tillmätt barnets behov av umgänge med en förälder som inte är vårdnadshavare. HD framhöll vidare att ett uttalat hot måste bedömas som allvarligt menat för att utgöra en riskfaktor. Uttalandena låg två år tillbaka i tiden och hade gjorts i affekt. Man tog även i beaktande att föräldrarnas förhållande nyligen hade upplösts. Fadern var etablerad i Sverige och hade förlovat sig med en ny kvinna. HD menade att det inte fanns en sådan risk för bortförande av sonen att det skulle utgöra hinder för umgänge. Det hot om att föra bort sonen var inte av det slag som

²³³ Prop. 2005/06:99 s. 42; Kaldal, 2010, s. 242 och 248 ff.

²³⁴ NJA 1995 s. 727.

krävts för att utgöra en tillräcklig risk för att begränsa faderns umgänge med sonen. Däremot fann HD att moderns oro för bortförande av sonen kunde påverka hennes omsorgsförmåga ogynnsamt. HD beslutade om umgänge initialt, vilket skulle ske i närvaro av kontaktperson. I målet utgjorde inte risk den rättsliga grunden för det begränsade umgänget.

Ett omskrivet avgörande från 2003 rörde frågan om umgänge ska utebli med hänsyn till risken för att barnet far illa.²³⁵ Fadern väckte talan i TR och yrkade till en början gemensam vårdnad och umgänge med dottern som var ca tre år gammal. Dottern hade sedan födseln stadigvarande bott hos modern, som haft ensam vårdnad. Föräldrarna hade aldrig varit gifta eller sammanbott med varandra. Modern motsatte sig umgänge och gjorde gällande att fadern inte hade förmåga att se till dotterns behov. Hon ansåg att fadern hade snabba personlighetsförändringar och växlande humör samt uppträdde aggressivt och saknade verklighetsuppfattning. Modern menade att dessa förhållanden skulle skada dottern både psykiskt och fysiskt. Även utredaren som hade genomfört vårdnadsutredningen i målet framhöll att fadern under utredningen upplevdes som psykiskt instabil och visade hastiga personlighetsförändringar. Därmed var det ytterst tveksamt om ett umgänge med fadern var till dotterns bästa. Fadern menade att hans beteende berott på att han mådde dåligt efter separationen från modern. I målet framkom även att fadern var mycket fäst vid dottern och ville hennes bästa. HD kom fram till att faderns personlighet visserligen talade för att det fanns en konkret risk för att dottern skulle kunna fara illa vid ett umgänge med fadern. Däremot kunde risken reduceras till en acceptabel nivå genom begränsat umgänge under närvaro av en kontaktperson. HD fann, att det var i barnets intresse och i enlighet med barnets bästa att ha kontakt med sin fader.

Ett avgörande från 2005 gällde frågan om umgänge, där påståenden om våld förekommit.²³⁶ Föräldrarna i målet hade gemensam vårdnad om sina tre

²³⁵ NJA 2003 s. 372.

²³⁶ RH 2005:38.

döttrar på sju, nio och elva år. Det framgick av utredningen i målet att modern hade vistats i olämpliga miljöer och umgicks med tungt kriminellt belastade personer. Modern hade i målet framfört att fadern hotat och misshandlat henne och barnen. Av utredningen framgick även att de tre gemensamma barnen hade berättat att fadern slog dem när han blev arg och att barnen vid flera tillfällen hade bevittnat när modern blivit hotad och slagen av fadern. Fadern upplevde att modern manipulerat barnen till att vilja vara med henne. Moderns påståenden om hot och misshandel under relationen fick även stöd av barnens uppgifter och vittnesbevisningen i målet. I HovR:s domskäl uppmärksammandes moderns missbruk och felaktiga umgänge. HovR bedömde att moderns tidigare levnadsförhållanden hänförde sig till en förfluten tid och inte skulle ligga modern till last vid bedömningen av vårdnadsfrågan. HovR kom fram till att fadern genom misshandel, hot och trakasserier uppvisat brister i sitt föräldraskap. Fadern hade även underlåtit att främja kontakt med modern och hennes närstående. HovR fann att det fanns en risk att barnen kunde fara illa av att fadern var ensam vårdnadshavare. Gemensam vårdnad bedömdes vara utesluten då föräldrarna hade samarbetssvårigheter och inte kunde kommunicera med varandra. Det bästa för barnen var att tillerkänna modern ensam vårdnad. Modern hade i målet medgivit ett växelvis boende men HovR gick utöver moderns medgivande och ansåg att det inte var förenligt med barnens bästa. Barnen tillerkändes umgänge med fadern till veckoslut varannan vecka med hänvisning till barnens trygghet.

I ett fall från 2006 var frågan om den gemensamma vårdnaden skulle bestå efter att modern dömts för försök till dråp av fadern.²³⁷ Föräldrarna hade gemensam vårdnad om sina två söner som var på två respektive sex år gamla. Modern hade fyra år tidigare dömts för dråpförsök och överlämnades till rättspsykiatrisk vård. Fadern förde talan mot modern och yrkade att TR:n skulle tillerkänna honom ensam vårdnad. Fadern framförde att modern var olämplig som vårdnadshavare då modern i parternas gemensamma bostad försökt döda honom. Modern yrkade att den gemensamma vårdnaden skulle

²³⁷ NJA 2006 s. 26.

bestå. Både TR och HovR fastställde att vårdnaden skall vara fortsatt gemensam mellan parterna. Fadern gjorde gällande att han fortfarande var rädd för modern och inte kunde tänka sig någon direktkontakt. HD framhåll att faderns inställning måste respekteras och fann att den subjektiva rädsla som fadern kände för modern var befogad. HD konstaterade mot bakgrund av detta att föräldrarna inte kunde samråda direkt med varandra rörande barnen och att gemensam vårdnad inte framstod som förenlig med barnets bästa. HD betonade emellertid att båda föräldrarna hade ett gemensamt ansvar för barnens umgänge med den föräldern som inte hade vårdnaden. Enligt HD hade fadern visat att han kunde leva upp till detta ansvar. HD tillerkände fadern ensam vårdnad. I avgörandet hade inte våldet utgjort den rättsliga grunden för begräsning i kontakten mellan barnen och föräldern. Det var föräldrarnas oro och den inverkan det hade på barnens trygghet och oförmåga att samarbeta som utgjorde den rättsliga grunden för beslutet.

4 Riskbedömningen ur ett praktiskt perspektiv

4.1 Inledande kommentar

I detta kapitel presenteras en kortfattad framställning av vad de tre domarna har berättat under intervjun. Intervjuförfarandet har gått till så att varje intervju har blivit inspelad och transkriberad. Varje domare är anonym i framställningen, därmed benämns varje domare som respondent. En sammanställning har gjorts av varje respondents svar utifrån de frågor som ställts. Samtliga respondenter fick tillfälle att svara på samma frågor. När flera eller samtliga respondenter har fört likvärdiga resonemang framgår detta. När enbart en respondent har berättat något, framgår även detta uttryckligt i framställningen.

4.2 Domstolens utredningsskyldighet

Twister rörande frågor om vårdnad, boende och umgänge är indispositiva. Samtliga respondenter framhåller att det är barnet som är i fokus för deras uppdrag och utgår i sitt arbete från vad som är barnets bästa. Domstolen har ett utredningsansvar när målet väl kommer in till tingsrätten.²³⁸ Samtliga respondenter berättar att de i förhållande till sin utredningsskyldighet anpassar sig efter omständigheterna i varje mål. Det är vanligt att domstolen uppdrar åt socialnämnden att verkställa en vårdnad-, boende- eller umgängesutredning.²³⁹ Två respondenter menar att det är vanligt att begära in en vårdnadsutredning. När domstolen fått in en vårdnadsutredning innebär det att målet är tillbörligt utrett.²⁴⁰ Samtliga respondenter berättar att de regelmässigt begär in ett snabbyttrande. Eftersom mål om vårdnad, boende och umgänge är processer som pågår under en längre tid, begärs snabbyttranden in för att domstolen ska få underlag för att fatta ett intermistiskt beslut. I ett tidigt stadium i processen beaktar domstolen

²³⁸ Se 6 kap. 19 § första stycket FB.

²³⁹ Se 6 kap. 19 § tredje stycket FB.

²⁴⁰ Se 6 kap. 19 § FB.

försiktighetsprincipen och inväntar att få in vårdnadsutredningen och mer bevisning.

Respondenterna förklarar att en vårdnadsutredning ska innehålla en fullständig redovisning av hur förhållandena ser ut i det enskilda fallet. Socialnämnden lämnar en rekommendation till beslut. Vårdnadsutredningen ger oftast en opartisk bild av hur det verkliga förhållandet ser ut. Samtliga respondenter menar att det finns en stor tilltro till socialnämndens genomförda utredningar. Socialnämnden har den specialkunskap som krävs och ser det som är relevant i varje enskilt fall. Respondenterna förklarar att risken att barn far illa utreds alltid av såväl domstolen som socialnämnden. En respondent menar att socialnämnden har en bred kunskap vad gäller barns utveckling och hur risker påverkar barn. Vårdnadsutredningen ger domstolen ett fullgott underlag för att, kunna besluta i enlighet med barnets bästa. En av respondenterna berättar att den viktigaste delen av utredningen är att den presenterar information. Samtliga respondenter förklarar att de förhåller sig självständigt till vårdnadsutredningen och alltid gör en egen bedömning i målet.

4.3 Risken att barnet kan fara illa

Samtliga respondenter framhåller att det oftast är, mer eller mindre självklart i målet, när en riskbedömning ska göras. I såväl stämningsansökan som svaromålet görs det gällande att en förälder är olämplig och utgör en risk för barnet. Samtliga respondenter framhåller att de tar hänsyn till alla de risker som anges i 6 kap. 2 a § FB. De risker som respondenterna beaktar är psykisk och fysisk misshandel, missbruk, psykisk ohälsa, sexuella övergrepp, risken för bortförande samt om föräldern har brister i sin omsorg och föräldraförmåga som medför att barnets grundläggande behov inte tillgodoses. I stämningsansökan och svaromålet, lyfts risker fram av parterna i form av påståenden. En respondent påpekar att det förekommer enormt stora variationer av händelser som kan innebära att barnet far illa.

Alla mål är unika för sig och det finns många ”riskfaktorer” som faller inom ”*risken att annars fara illa*”.²⁴¹

Respondenterna berättar att påståenden om att den ena parten utsätter barnet för våld eller någon annan form av övergrepp är vanligt förekommande. Samtliga respondenter anför att alla påståenden inom rimliga gränser tas i beaktan och värderas. En respondent framhåller att det även beror på vilken risk som görs gällande, eftersom vissa riskfaktorer anses mer allvarliga än andra. Två respondenter ser mycket allvarligt på risken för bortförande eftersom risken inte går att åtgärda vid ett felaktigt beslut. En respondent menar att det är ” helt enkelt kört ”om risken inte beaktas på allvar vid ett beslut.

Respondenterna poängterar även att det är svårt att lita på vad parterna framför. En förklaring till detta, är att det finns en tendens hos föräldrarna att framföra ogrundade påståenden eller falska anklagelser i syfte att ”hämnas”. Ogrundade påståenden om att barnet far illa hos en förälder förs även fram för att förbättra en parts möjlighet att vinna tvisten. Allvarliga risker brukar oftast visa sig genom att det finns dom eller förundersökning som även talar för att en förälder talar sanning. Om det förekommer påståenden där ord står mot ord, får dessa uppgifter inte någon betydelse i målet. Två respondenter berättar att risken att barnets far illa på grund av hot och våld mellan föräldrarna är oftast sammankopplad med föräldrarnas separation. Respondenterna förklarar att risken i dessa fall kan betraktas som övergående eftersom att det hänför sig till separationen mellan parterna.

4.4 Riskbedömningen

Samtliga respondenter framhåller att all relevant information ingår i riskbedömningen. Varje ny uppgift som kan utgöra en risk för barnet prövas och värderas. Samtliga respondenter förklarar att riskbedömningar är svåra att göra. Respondenterna förklarar riskbedömningen som att de väger

²⁴¹ Se 6 kap. 2 a §.

samtliga omständigheter och uppgifter de har i målet och på så sätt kan de vidta en helhetsbedömning. Respondenterna beskriver förfarandet att det först har att undersöka om det finns en konkret risk för barnet. Om det finns en risk ska man avgöra om den går att neutralisera. I de fall risken inte kan undanröjas har man att avgöra hur risken ska beaktas. Respondenterna berättar att det inte finns någon metod för hur en riskbedömning bör eller ska gå till. Det är inte möjligt att ha en mall eller modell för hur man ska bedöma risken. Det skulle bli urholkat, eftersom hänsyn måste tas till omständigheterna i det enskilda fallet.

Svårigheten i riskbedömningen är att identifiera och korrekt värdera olika omständigheter som kan utgöra risk för barnet och hur dessa bör beaktas i det enskilda fallet. Respondenterna framhåller att det är svårt att komma till rätta genom lagstiftningen. I den här typen av mål finns det mycket beskyllningar. Samtliga respondenter berättar att det är svårt att avgöra om ett påstående är riktigt eller inte och vilken betydelse det ska tillmätas i bedömningen. Domstolen utgår från det som framgår av vårdnadsutredningen, samt övrig bevisning i målet. Många gånger finns det redan tidigare uppgifter i socialregistret samt i polismyndighetens belastnings- och misstankeregister. Respondenterna påpekar att mycket visar sig redan i vårdnadsutredningen och underlättar för domstolen att beakta de omständigheter som har betydelse vid riskbedömningen.

Respondenterna berättar att det måste finnas något konkret att ta på för att det ska ha betydelse för deras bedömning. Respondenterna framhåller att HD har varit tydlig med att det krävs mer konkreta risker än rena påståenden. Parterna måste genom bevisning, vittnesförhör styrka sina påståenden. I utredningen måste det även finnas något som ger stöd åt och talar för en händelse som påstås ha inträffat. En respondent berättar att det är vanligt att förskolepersonal flaggar för beteendeförändringar hos barn, som kan tyda på att barnet till exempel utsätts för våld. Genom vittnesmål med exempelvis närstående eller vänner kan även en viss händelse styrkas som är

relaterad till våld eller övergrepp. Respondenterna menar att det måste finnas tillräckligt tydliga indikationer på att barnet riskerar att fara illa. Respondenterna framhåller att det är svårt att utreda och med tillräcklig styrka bevisa att exempelvis övergrepp eller våld existerar.

Respondenterna förklarar att ett mål om vårdnad, boende och umgänge skiljer sig från ett brottmål. Det måste inte vara ställt utom rimligt tvivel att exempelvis övergrepp har skett. Polisanmälan av en förälder som gjorts angående våld eller andra övergrepp kan styrka att en viss händelse har skett. En respondent framhåller att man beaktar om det finns detaljerade uppgifter om vad som har hänt och om det finns en nedlagd förundersökning. Samtliga respondenter framhåller att en misshandelsdom²⁴² i sig har ett högt bevisvärde i målet. Respondenterna påpekar att de uppmärksammar när domen meddelades och när gärningen begicks. I de fall det finns uppgifter om att föräldern hotat eller tidigare bortfört barnet eller ett syskon tas det med i bedömningen och övervägs. Två respondenter framhåller att om våldet, ligger långt tillbaka i tid finns det inte längre någon risk för barnet. Om en händelse ligger nära i tid föreligger en större risk för att barnet kan fara illa. En respondent framhåller även att våldet kan vara av väldigt olika grad vilket värderas i bedömningen.

Respondenterna framhåller att de även har att väga risken mot skyddsfaktorer som finns i barnets miljö. Samtliga respondenter menar att om en förälder vill ta emot hjälp för sitt beteende är det en ”skyddsfaktor” i bedömningen. En förälder med psykisk ohälsa kan ha stöd från sina föräldrar. Barnets mor- och farföräldrar kan finnas till stöd och är en ”skyddsfaktor” i bedömningen. En tidigare våldsamt förälder kan ha genomgått behandling för att komma till rätta med sitt beteende. Om föräldern istället förnekar att det har förekommit våld i relationen eller mot barnet eller påstår att den andra har provocerat fram det, är det en ”riskfaktor” i bedömningen. Två respondenter framhåller att vissa risker även kan kontrolleras. Om en förälder har visat tecken på att vara i missbruk

²⁴² Fällande dom i brottmål finns.

eller om det finns uppgifter om narkotikamissbruk kan föräldern lämna drogtest. En respondent påpekar att en förälder med missbruksproblem som genomgått behandling, har stor återfallsrisk och det är svårt att bortse från det tidigare dokumenterade missbruket. Om umgänge kan utformas på ett visst sätt är även det en ”skyddsfaktor” i bedömningen.

4.5 Riskens betydelse i mål om vårdnad boende och umgänge

Respondenterna framhåller att risken tillmäts en stor betydelse eftersom risken för barn hänger samman med vad som är till barnets bästa.

Respondenterna beskriver att varje risk för att barnet far illa alltid leder till inskränkningar. Risken påverkar frågan om vårdnad, boende och umgänge på olika sätt. Respondenterna framhåller att om det fortfarande föreligger en risk, som inte är på en acceptabel nivå, utesluts umgänge eller förordnar umgänge med umgängesstöd. Två av respondenterna förklarar att det krävs väldigt allvarliga risker för att en förälder inte ska få del i vårdnaden.

Samtliga respondenter framhåller att det inte endast är risken som beaktas utan, omständigheter i det enskilda fallet vägs emot varandra. Som det i lagen framgår har barnet ett behov av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar.²⁴³ Om det inte kan ha en tät och nära relation så har barn ändå behov av en levande bild av sin förälder. En respondent anser, att inte låta barnet träffa sin förälder, i sig utgör en risk och kan få negativa konsekvenser för barnet. Två respondenter framhåller att barn har ett behov av sina föräldrar och lägger stor vikt vid att ett umgänge ska komma till stånd. Respondenterna påpekar emellertid att om barnet utsätts för en risk kan ett vanligt umgänge inte förordnas. Respondenterna berättar även att de prövar om risken kan gå över efter en överskådlig tid och övergå till ett umgänge utan umgängesstöd. Ett umgängesstöd är även inte någon form av vakt utan ska vara en trygghet för barnet. En respondent menar att det inte

²⁴³ Se 6 kap. 2 a § FB.

beslutas om umgängesstöd såvida det inte står klart att det kan fasas ut inom ett år.

Samtliga respondenterna framhåller att vid nyligen begånget våld mot barn eller vid akut bortföranderisk förordnas inget umgänge. Respondenterna framhåller att barnets vilja beaktas vid bedömningen. Två av respondenterna framhåller att barn ofta vill skydda en riskförälder och inte alltid berättar hela sanningen. Det blir därmed svårt att ta barnets vilja på allvar. En respondent framhåller att om ett barn vill träffa sin förälder som medföra en risk, vill man inte gå emot barnets vilja. Respondenten menar att barnets uttryckta vilja, att ha ett umgänge, är förenligt med barnets bästa. Respondenterna berättar att ett alternativt uttryck för riskbedömning är olämplighet, då man har att bedöma om föräldern som utsätter barnet för en risk är olämplig.

4.6 Handläggningen av mål avseende vårdnad, boende och umgänge

Samtliga respondenter framför att mål avseende vårdnad, boende och umgänge är vanligt förekommande. Alla mål går dock inte vidare till huvudförhandling utan reds ut innan. Respondenterna upplever att målen idag har blivit allt mer komplicerade och att ett flertal allvarliga uppgifter och omständigheter ofta förekommer. Det mål som tas till huvudförhandlingen är oftast de mest komplexa och handläggningstiderna upplevs ha blivit allt längre. En respondent berättar att tidigare var det vanligt med mål där det fanns en risk för sexuella övergrepp. Två av respondenterna berättar att målen där det finns en risk för bortförande har ökat. Anledningen är den internationella karaktär målen har fått.

Respondenterna anser att rättegången medför en ökad konfliktnivå mellan parterna och barnet riskerar att komma i skymundan. Respondenterna anser att det alltid är bäst för barnet att föräldrarna kommer överens i frågor om vårdnad, boende och umgänge. Respondenterna berättar att majoriteten av föräldrarna kommer överens om vårdnad, boende och umgänge vid en

separation. Idag finns det även flera metoder för att lösa konflikter om vårdnad, boende och umgänge som många tingsrätter erbjuder. Metoden kallas Konflikt och försoning. Syftet med metoden är att parterna med tingsrättens och familjerättens hjälp ska komma fram till varaktiga lösningar som är bra för barnet. I vissa städer finns även en möjlighet att förordna om att umgänge sker på ”Umgåsen”, där det finns personal från familjerätten närvarande.

Riskmedvetenheten har fått effekt och påverkat socialtjänstens utredningar. Respondenterna ser mer tydliga, formella riskbedömningar och vårdnadsutredningarnas kvalitet har höjts. Riskbedömningar som görs i vårdnadsutredningen innehåller analyser om all information i målet utifrån olika analysmodeller och riskbedömningsverktyg. Två respondenter berättar att de bedömningar och förslag som domstolen får in känns mer genomarbetade än de tidigare varit.

5 Analys

5.1 Domstolens riskbedömning

Barn har rätt till att leva med sin familj och mår bäst av en nära och god kontakt med båda sina föräldrar. Denna rättighet begränsas om en förälder utgör en viss grad av risk för att barnet kommer att far illa.

Riskbedömningen syftar till att underlätta den intresseavvägning som måste ske mellan föräldrarnas och samhällets ansvar för barnets bästa. Det ligger i samhällets och i det enskilda barnets intresse att kontakten mellan barn och förälder begränsas om en förälder utgör en risk.²⁴⁴ Jag vill även belysa att bestämmelsen om barnets bästa i 6 kap. 2 a § FB är öppen formulerad för att omständigheter som lagstiftaren inte har förutsett ska kunna beaktas. Detta är även förenat med svårigheter. Det finns varken förarbeten eller prejudikat som klargör hur de olika bedömningsgrunderna som barnets bästa inbegriper ska viktas i förhållande till varandra vid en bedömning av frågor avseende vårdnad, boende och umgänge.

Av den kvalitativa studien framkommer att utredningsskyldigheten tas på allvar och anpassas efter omständigheterna i varje enskilt mål. Domstolen uppfyller generellt sett sin utredningsskyldighet genom att uppdra åt socialnämnden att verkställa en vårdnadsutredning. Utredningens syfte är att förse domstolen med information. Det är genom vårdnadsutredningen som domstolen får en redogörelse för de verkliga förhållanden som finns i barnets miljö. På så sätt får domstolen en möjlighet att skapa sig en bild om hur barnets verklighet ser ut, vilket har stor betydelse i riskbedömningen. Ambitionen om ett materiellt riktigt beslut i mål avseende vårdnad, boende och umgänge ställer krav på en fullgod utredning. Därmed får vårdnadsutredningen ses som ett viktigt redskap för att få ett fullgott beslutsunderlag när det kommer till domstolens uppgift att tolka verklighetssambandet. Vårdnadsutredningen ger även det underlag för att

²⁴⁴ Se avsnitt 3.3.1.

domstolen ska kunna uppfylla sitt ansvar att se till att frågor om vårdnad, boende och umgänge blir tillbörligt utrett. Utredningarnas syfte är att fastställa vad som är barnets bästa. Domstolen har dock alltid en skyldighet att föra sitt eget resonemang om vad som anses vara bäst för det enskilda barnet. Av den kvalitativa studien framgår att domstolen förhåller sig självständig till vårdnadsutredningen. Att domstolen förhåller sig självständig medför att ytterligare information som domstolen anser vara av betydelse beaktas. På detta sätt kan barnets bästa i större utsträckning tillgodoses.

När ett påstående om risk framförs görs alltid en riskbedömning av domstolen. Denna bedömning sker även om ett påstående om risk inte vinner stöd av den utredning eller övrig bevisning som presenteras i målet. Det är inte möjligt att ställa upp en enda form eller modell för hur domstolens riskbedömning ska göras. Det framhålls i förarbetena att förekomsten av risken för att barnet far illa ska utredas och beaktas i större utsträckning än vad som tidigare gjorts.²⁴⁵ Lagstiftning och förarbetena ger efter 2006 års vårdnadsreform tydligare vägledning för att avgöra hur en riskbedömning ska göras. Enligt Kaldal betraktas riskbedömningen som en prövning som görs i två steg.²⁴⁶ Det råder en uppfattning utifrån den kvalitativa studien att riskbedömningen utförs på olika sätt och att hänsyn måste tas till det enskilda fallet. Domstolen har att konstatera huruvida det föreligger någon riskfaktor och om denna kan bevisas. Det grundar sig på tidigare inträffade händelser som kan medföra att barn riskerar att fara illa. Om riskfaktorn sedan bedöms vara tillräckligt allvarligt kommer riskfaktorn att tillmätas betydelse när domstolen har att avgöra graden av risk.

Begreppet risk för att fara illa i FB uttrycker den risknivå som medför en skyldighet för samhället att ingripa till skydd för barnet. Det bör emellertid påpekas att det är oklart vad det innebär i praktiken eftersom formuleringen är vag. Det framgår inte vilka barns om ska skyddas, eller vilka

²⁴⁵ Se avsnitt 2.6.1.

²⁴⁶ Se avsnitt 3.3.2.

omständigheter som anses vara tillräckligt farliga. Det indikerar på ett stort tolkningsutrymme och upp till domstolen att bedöma vilka riskfaktorer som är tillräckligt allvarliga. I NJA 1995 s. 727 bedömdes uttalanden om bortförande av barnet, som låg långt tillbaka i tiden inte som tillräckligt allvarliga.

Det betonas i förarbetena till 2006 års vårdnadsreform att det inte behöver vara ställt utom rimligt tvivel att exempelvis våld eller ett övergrepp har begåtts, för att ett påstående ska beaktas och ligga till grund för en begränsning i kontakten mellan barn och förälder. Det ställs emellertid krav på att en riskfaktor måste grunda sig på konkreta omständigheter. En riskfaktor måste vara tillräckligt allvarlig för att den ska utredas och beaktas i riskbedömningen. I förarbetena gällande den risknivå som krävs finns det inte mer uttalanden än att det ska vara konkret och inte bygga på generella antagande. Den kvalitativa studien ger inte stöd för att risknivån har sänkts efter 2006 års reform. Mindre allvarliga situationer, vilket tidigare inte nådde upp till den risknivå som lagen kräver anses numera inte kunna begränsa kontakten mellan barn och förälder med hänvisning till den rättsliga grunden risk. Det innebär att ett krav på konkretion fortfarande tillämpas. I betänkandet från 2017 framhålls att domstolen ställt för höga krav för att en viss risk skulle få betydelse i målet. Det talar för att en konstaterad riskfaktor inte alltid blir avgörande vid bedömningen av barnets bästa eftersom den inte når upp till risknivån. Om risknivån är för högt ställt leder det till att endast allvarliga riskfaktorer beaktas och andra mer komplexa situationer inte får genomslag i riskbedömningen.

Den kvalitativa studien har bidragit till en modifierad uppfattning för att förstå innebörden med konkreta omständigheter. Det måste finnas tillräckligt tydliga indikationer på att barnet riskerar att fara illa. Det kan vara att en part vid en polisanmälan lämnat en detaljerad berättelse av en händelse som styrker partens påståenden. Påståendet ska även få stöd av utredningen i målet. En väl utförd vårdnadsutredning och övertygande vittnen anses vara tillräckligt för att ge stöd för en förälders påstående.

Det framgår av förarbetena till lagen att risken ska väga tungt, men det sägs inget om att det automatiskt utesluter en riskförälder som vårdnadshavare. Anledningen är att domstolen inte kan begränsa kontakten mellan barn och förälder om det inte finns någon form av bevisning som styrker att en riskfaktor är för handen. En bidragande orsak är att det råder högre beviskrav för att bevisa att en förälder utgör en risk för barnet än för att bevisa motsatsen. Enligt min mening verkar det inte finns stora skillnader mellan beviskravet för mål om vårdnad, boende och umgänge och de stränga beviskrav som tillämpas i brottsmål. Det blir därmed svårt att bryta barnets kontakt med riskföräldern.

Om en riskfaktor konstateras görs en individualiserad prognos där domstolen ska utröna om den bakomliggande riskfaktorn kan innebära en risk för barnet i framtiden. Om riskfaktorn består av en förälder med våldsproblematik måste domstolen ta hänsyn till när våldet senast framkom, hur långvarigt våldet är samt om föräldern har genomgått behandling för att hantera sitt problem. Genom att beakta sådana tidigare inträffade händelser avgör domstolen om det finns en konkret risk för att barnet kan komma att fara illa med föräldern. I NJA 1995 s. 727 ansågs tidigare uttalanden som låg långt tillbaka i tiden inte var tillräckligt allvarliga och att det inte förelåg någon konkret risk. I RH 2005:38 ansåg domstolen att faderns tidigare våldsproblematik, medförde en risk att barnet kunde fara illa. Det ansågs föreligga en risk att barnen skulle fara illa om fadern hade i fortsättningen ensam vårdnad och umgänge. I NJA 2003 s. 372 ansågs faderns psykiska ohälsa utgöra en konkret fara och att barnet kunde fara illa vid ett umgänge med fadern.

När det görs en individuell riskbedömning ingår det att domstolen beaktar riskneutraliserande faktorer i barnets miljö. I NJA 2003 s. 372 och RH 2005:38 beslutades umgänge med en riskförälder. Rättsfallen kan tolkas som att ett barn tål att utsättas för en viss grad av risk. Det kan även uppfattas som att barn får tåla en viss grad av risk. I dessa två rättsfall förelåg en konkret risk, trots detta uteslöts inte kontakten mellan barn och

riskförälder. Risken hanteras istället genom att besluta om umgängesstöd. Domstolens argument vara att tillgodose barnets behov av kontakt med båda föräldrarna. Det kan därmed ifrågasättas om rättstillämpningen är till barnets bästa eftersom det föreligger en risk men domstolen väger barnets behov av kontakt med föräldrarna i större utsträckning. Det framgår av förarbetena att ett umgänge tillåts i högre grad med en riskförälder. Utifrån den kvalitativa studien uppfattas graden av exponering av risk vid ett umgänge vara betydligt lägre om umgänget sker under särskilda former. Umgänge i närvaro av umgängesstöd kan utgöra en sådan faktor som medför att risken minimeras. Det går således inte att med full säkerhet säga att en risk kommer inträffa eller inte. Det finns fortfarande en risk för att det inte blir bra för barnet. Enligt min mening borde inte umgängesstöd uppfattas som en garanti att barnet undgår risk. Det kan även tolkas som att domstolen tenderar att vilja tillerkänna föräldrar umgänge med barn även om det finns en risk för barnet att fara illa. Risken har ställts högt i förhållande till barnets bästa vilket medför att det är svårt att bryta kontakten mellan förälder och barn. Rättsfallen ger även uttryck till en hög risknivå eftersom att kontakten mellan barn och förälder inte begränsats på grund av den rättsliga grunden risk. Som Singer poängterar får risken för att barn far illa i frågor om vårdnad, boende och umgänge, underordnad betydelse i förhållande till bestämmelsen om barnets behov av kontakt med båda föräldrarna.²⁴⁷

Om en risk inte kan undanröjas med beaktande av riskneutraliserande faktorer har domstolen att avgöra hur risken ska beaktas. I förarbetena uttalas det om att risken ska väga tungt vid bedömningen av barnets bästa. Risken prövas i förhållanden till andra bedömningsgrunder domstolen har att beakta vid bedömningen av barnets bästa. Det är dock oklart om risken väger tyngre i förhållande till de övriga bedömningsgrunderna. Rättskällorna fastställer inte tydligt kravet på vilken vikt risken att barn far illa ska ges. Det kan tolkas som att risken alltid viktas i förhållande till de andra bedömningsgrunderna som barnets bästa inbegriper men väger inte

²⁴⁷ Se avsnitt 3.3.3.

tyngre. Den oklara formuleringen ger även ett stort tolkningsutrymme för beslutsfattaren att avgöra riskens betydelse och dess inverkan på beslutet.

Avseende de prejudicerande fall som redogjorts, går det inte att med full säkerhet uttala sig om hur risknivån hade bedömts idag, med den anledningen att det inte finns prejudikat på området efter 2006 års vårdnadsreform. Därmed är rättsläget oklart i förhållande till huruvida en konkret risk väger tyngre än övriga bedömningsgrunder som barnets bästa inbegriper. Enligt min mening får risken att barn far illa inte utslagsgivande betydelse i riskbedömningen på grund av den högt ställda risknivån. Det medför även att den rättsliga grunden risk inte tas med i helhetsbedömningen av barnets bästa. För att risken ska få utslag krävs det att risknivån sänks. Domstolen beaktar även i för stor utsträckning riskneutraliserande faktorer, ”skyddsfaktorer” i barnets miljö. Det borde även ställas krav på vilka faktorer som ska neutralisera en konkret risk. Om samma risknivå gäller idag hade HD enligt min mening fört samma resonemang och bedömt de rättsfall som studerats i uppsatsen på samma sätt.

Efter 2006 års vårdnadsreform kan man emellertid konstatera att risken alltid tas i beaktande i de fall den kan bevisas i tillräcklig mån. Kaldal framhåller att 2006 års reform kan tolkas på flera olika sätt. Det kan tolkas som att risknivån har sänkts och att det krävs mindre allvarliga situationer för att riskrequisitet ska anses uppfyllt eller att beviskravet för riskfaktorer sänkts. En annan tolkning är att samma risknivå gäller men att risken alltid ska vara avgörande när den viktas i förhållande till de övriga omständigheterna som barnets bästa inbegriper.²⁴⁸ Förarbetena ger inget klart svar på vilken tolkning som gäller. Lagändringen kan utifrån det som presumerats i uppsatsen uppfattas som att den senare tolkningen gäller. Av det som har studerats i uppsatsen finns det inget som indikerar på att risknivån eller beviskravet har sänkts. Däremot framgår det tydligt av

²⁴⁸ Se avsnitt 2.6.1.

förarbetena och av den kvalitativa studien att risken utreds och beaktas i större utsträckning.

5.2 Våld och andra övergrepp

Det görs tydligt i förarbetena att ett barn inte ska behöva leva med en förälder som utsätter denne för våld och andra övergrepp. I förarbetena uttalas att om en förälder utsätter barnet för våld eller andra övergrepp är det i de allra flesta fall bäst för barnet att den föräldern inte får del i vårdnaden. Våldet kan även resultera i att umgänge inte bör ske mellan barnet och den våldsutövande föräldern.

Den kvalitativa studien ger stöd i att påståenden och uppgifter om att en förälder utsätter barnet eller någon annan i barnets familj för våld, alltid tas på allvar i riskbedömningen. Synen på vad som utgör en risk för att barnet far illa har emellertid skiftat över tid och hur stor skada en viss risk anses innebära för barnet varierar. Barnombudsmannen konstaterade i sin studie från 2005 att domstolen inte tog våld och andra övergrepp på allvar. I förarbetena till lagen ges det numera tydligare vägledning för att avgöra risken för våld och övergrepp. Det framgår bland annat hur hänsyn ska tas till våldets art samt hur lång tid som har förflutit sedan våldet utövats. Utifrån den kvalitativa studien anses våld som ligger långt tillbaka i tiden innebära en mindre risk och kan tolkas som att den faller bort. Om våldet ägt rum nyligen anses risken vara större och beaktas i större utsträckning i riskbedömningen.

Den kvalitativa studien ger stöd för den uppfattningen att föräldrar oftast påstår att våld och andra övergrepp har förekommit för att få fördelar i målet. Det finns även en tendens hos föräldrar att framföra uppgifter om våld för att smutskasta och hämnas på den andra föräldern. Sådana påståenden beaktas som falska anklagelser och får ingen betydelse vid bedömningen. Dessa bedöms inte som tillräckligt allvarliga eftersom de inte stöds i någon form av bevisning. Enligt min mening finns det dock en risk att denna uppfattning som råder vad gäller våld, får en underordnad

betydelse. För att ta det säkra före det osäkra borde man gå till botten med varför föräldrar gör gällande sådana uppgifter och utreda dessa omständigheter.

I samband med 2006 års reform ska det även fästas särskilt avseende vid risken för att barnet far illa genom att någon annan i familjen utsätts för övergrepp. I RH 2005:38 hade fadern utövat våld mot barnen och modern. I avgörandet togs hänsyn till våldet som fadern utövat och fick betydelse då det konstaterades att barnen kunde fara illa med fadern. Med hänvisning till föräldrarnas samarbetsvårigheter fick fadern inte del i vårdnaden. Det är oklart om våldet har inverkat på beslutet av vårdnadsfrågan. Umgänget med fader begränsade till veckoslut varannan vecka med hänvisning till barnens trygghet. Våldet kan ha inverkat i begränsningen av umgängesfrågan men kommer inte till uttryck eftersom begränsningen inte hänvisas till den rättsliga grunden risk.

Det råder en uppfattning bland respondenterna från den kvalitativa studien att en förälders våldsbenägenhet mot den andra föräldern inte per automatik kan sägas utgöra en risk för barnet. Uppgifter och påståenden om våld beaktas oftast i ljuset av föräldrarnas separation. Det gör att våldet kan beskrivas kopplat till situationen och inte till den våldsutövande personen. Våldet bedöms i sådana situationer som tillfälliga och övergående.²⁴⁹ Våldet reduceras med anledning av detta till något som inte på allvar utgör en risk för barnet. Därmed saknar våld mot den andra föräldern inverkan på kontakten mellan barn och den våldsutövande föräldern. Att våldet bedöms vara situationsbundet kan å andra sidan ge en felaktig utgångspunkt vid riskbedömningen. I den kvalitativa studien förs det ett resonemang om att våld som är förenat med separationen anses inte längre vara aktuellt. I såväl förarbetena som lagtext betonas vikten av att barn som bevittnar våld tar allvarlig skada av det och att det medför en allvarlig hälsorisk för barn. Flera undersökningar har tydligt visat att det finns ett samband mellan barn som upplever våld i hemmet som när barnet själv blir utsatt.

²⁴⁹ Se avsnitt 4.3.

Skadeeffekterna anses vara stora och barn utsätts för psykiskt våld vilket kan få allvarliga konsekvenser i framtiden.²⁵⁰

När riskfaktorn våld sammankopplas med föräldrarnas situation bidrar det till att våldet förblir oupptäckt och förbises. Det leder även till att skadeeffekterna som våldet medför barnet inte beaktas. Om våldet har resulterat i separationen mellan föräldrarna borde även innebära att det finns en risk för att det fortsätter efter separationen. En förälder med våldsproblem borde betraktas som en del av förälderns beteende och inte som en del av situationen. Det skulle leda till att våldet beaktas i större utsträckning i bedömningen. Anna Singer poängterar även att det är en självklarhet att barn inte ska ha kontakt med en förälder som riskerar att vara till men för barnet.²⁵¹

Den slutsats man kan dra utifrån det som presumerats i uppsatsen är att uppgifter och påståenden om våld oftast är situationsbunden. Risken som en förälder faktiskt utgör får på grund av detta ingen betydelse och finns inte i domstolens bedömning. Det medföra att våld förringas i målet. I dessa situationer leder det till att det görs schablonmässiga bedömningar av våld, vilket även Barnombudsmannen har framfört i sin studie från 2005.²⁵²

5.3 Slutsats

Den öppna formuleringen av begreppet barnets bästa medför svårigheter när domstolen har att lösa tvister som rör allvarliga konflikter mellan föräldrarna. Begreppets innebörd förändras och skiftar över tiden. Vad som är barnets bästa blir således närmast obegripligt. Domstolens riskbedömning i mål om vårdnad, boende och umgänge syftar till att skydda barn från att fara illa. Att förutsäga utvecklingen hos ett barn är svårt och föräldrabalkens öppna och vaga formuleringar underlättar inte tillvägagångssättet. Det medför att avvägningen som görs mellan barnets rätt och behov av båda sina

²⁵⁰ Se avsnitt 2.6.3.1.

²⁵¹ Se avsnitt 3.4.

²⁵² Se avsnitt 1.1.

föräldrar och barnets rätt till skydd mot alla former av övergrepp är förenad med svårigheter. Risker behöver inte alltid bli utslagsgivande vid bedömningen. Risknivån ställs högt i förhållande till barnets bästa. En begränsning i kontakten mellan barn och förälder är därmed svår att bryta. Det råder en allmän uppfattning om att barn mår bäst av att ha kontakt med båda sina föräldrar. Barn har ett intresse av att ha en känslomässig anknytning till sina föräldrar. I mål om vårdnad, boende och umgänge försöker man i så stor utsträckning som möjligt tillgodose detta behov.

Idag finns ingen metod för hur en riskbedömning ska göras och därför lämnas ett stort utrymme till beslutsfattaren. För att riskbedömningen ska få genomslagskraft och beaktas i större utsträckning, i relation till vad som är barnets bästa, bör risken för att barn far illa särskiljas ur bedömningen av barnets bästa och prövas separat. En sådan lösning kan skapa tydligare och mer förutsägbara riskbedömningar. Det skulle även leda till att våld och andra övergrepp utreds och beaktas i större utsträckning i bedömningen.

Bilaga A

Intervjumall

Bakgrundsfrågor

- Hur länge har du arbetat i domstolen?
- Hur många mål om barn (procent) tror du ha haft genom åren på tingsrätten?

Riskbedömningen

- Vad är det som gör att du leds in på tanken med en riskbedömning, är det alltid en fråga som tas upp?
- Genom 2006 års vårdnadsreform betonades risken att fara illa. På vilket sätt kan den ökade riskmedvetenheten sägas ha kommit till uttryck i rättstillämpningen?
- När görs en riskbedömning och hur går den till?
- Hur resonerar ni kring risken att barn kan fara illa i er riskbedömning?
- Vilka är de risker för barnet ni tar hänsyn till när ni utreder målet?
- Hur bedömer ni en uppgift om att det förekommit någon form av övergrepp mot barn?
 - Om uppgiften är fastställd genom en dom?
 - Om det är ett påstående/anlagelse från en förälder?
 - Utredds varje ny uppgift?
- I vilka fall bedömer ni att en konstaterad risk, hos en förälder är av sådan art att inskränkningar bör göras vad gäller vårdnadsfrågan/umgängesfrågan eller boendefrågan?
 - Vilken betydelse har förälders våld i bedömningen?
 - Finns det omständighet som alltid leder till en inskränkning av umgänge med en förälder?
- Vad leder riskbedömningen till?

om en risk föreligger, blir det alltid avgörande eller kan andra intressen ta över?

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

SOU 1978:10 Barnets rätt 1. Om förbud mot aga.

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

SOU 2001:72 Barnmisshandel. Att förebygga och åtgärda.

SOU 2005:43 Barnets bästa, föräldrars ansvar. Del A och B.

SOU 2016:19 Barnkonventionen blir svensk lag.

SOU 2017:6 Se barnet!

Propositioner

Prop. 1978/79:67 om förbud mot aga.

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

Prop. 1982/83:165 om verkställighet av avgöranden om vårdnad eller umgänge m.m.

Prop. 1989/90:107 Godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter.

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

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

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

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

Prop. 2005/06:99 Nya vårdnadsregler.

Prop. 2017/18:186 Inkorporering av FN:s konvention om barnets rättigheter.

Kommittédirektiv

Dir 1977:25.

Dir 2002:89.

FN

UN General Assembly, Convention on the Rights of the Child, 20 november 1989, Förenade nationerna konventionen om barnets rättigheter, 20 november 1989, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b38f0.html>, SÖ 1990:20.

Litteratur, artiklar, myndighetspublikationer m.m.

Myndighetspublikationer

Barnombudsmannen, *När tryggheten står på spel*, Barnombudsmannen rapporterar, BR 2005:2, ISBN 91-87448-01-7, 2005.

Socialstyrelsen, Vårdnad, boende och umgänge. Handbok – stöd för rättstillämpning och handläggning inom socialtjänstens familjerätt, 2012, art. nr 2012-4-8.

Myndigheten för familjerätt och föräldraskapsstöds allmänna råd om socialnämndens ansvar för vissa frågor om vårdnad, boende och umgänge, MFoF, HSLF-FS 2017:51.

Artiklar

Bengtsson, Bertil. *SOU som rättskälla*, Svensk Juristtidning 2011, nr. 8, s. 777- 785.

Kaldal, Anna. *Standardiserade metoder för att bedöma risk i ärenden om vårdnad, boende och umgänge*, Juridisk Tidskrift 2012-13, nr. 3, s. 540-562.

Olsen, Lena. *Rättsvetenskapliga perspektiv*, Svensk Juristtidning 2004, nr. 2, s. 105–145.

Litteratur

Eriksson, Maria, Källström Cater, Åsa & Näsman, Elisabet (red), *Barns röster om våld: att lyssna, tolka och förstå*, Andra upplagan, Gleerups Utbildning, Falkenberg, 2015.

Ewerlöf, Göran, Sverne, Tor & Singer, Anna, *Barnets bästa: Om föräldrars och samhällets ansvar*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2004.

Holme, Idar Magne & Solvang, Bernt Krohn, *Forskningsmetodik: om kvalitativa och kvantitativa metoder*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 1997.

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

Kleineman Jan, Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018.

Lantz, Annika, *Intervjumetodik*, Tredje upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2013.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, Fjärde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018.

Schiratzki, Johanna, *Vårdnad och vårdnadstvister*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1997.

Schiratzki, Johanna, *Mamma och pappa inför rätta*, Iustus Förlag, Uppsala, 2008.

Schiratzki, Johanna, *Föräldraansvar i välfärdsrätten: om vårdnad, vårdnadstvister och barnskydd*, Första upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2013.

Schiratzki, Johanna, *Barnrättens grunder [med socialrätt]*, Sjunde upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2019.

Singer, Anna, *Barnets bästa: om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, Sjunde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2019.

Sjösten, Mats, *Vårdnad, boende och umgänge: samt verkställigheten av sådana avgöranden och överenskommelser*, fjärde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014.

Walín, Gösta & Vängby, Staffan, *Föräldrabalken: en kommentar, D. 1, 1-13 kap.*, Bokutg., uppdaterad t.o.m. supplement 10, juli 2010, Norstedts Juridik, Stockholm, 2010.

Lagkommentarer

Karnov

Oldenstedt, Boel: [Föräldrabalk (1949:381), kommentar till 6 kap. 1 §, not 154], Karnov 2019-01-06, tillgänglig i databasen JUNO, besökt 2020-02-20.

Oldenstedt, Boel: [Föräldrabalk (1949:381), kommentar till 6 kap. 2 a §, not 162], Karnov 2020-02-15, tillgänglig i databasen JUNO, besökt 2020-02-20.

Lexino

Oldenstedt, Boel, Föräldrabalk (1949:381) 6 kap. 2 a §, Lexino 2020-02-15, tillgänglig i databasen JUNO, besökt 2020-02-20.

Oldenstedt, Boel, Föräldrabalk (1949:381) 6 kap. 19 §, Lexino 2018-12-16, tillgänglig i databasen JUNO, besökt 2020-02-20.

Elektroniska källor

Svenska Akademiska ordbok, sök i SAOB, hämtad den 12 februari 2020 från <https://www.saob.se/>.

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1987 s. 48

NJA 1995 s. 727

NJA 2003 s. 372

NJA 2006 s. 26

Rättsfall från hovrätterna

RH 2005:38