



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Alma Bergqvist

Inkorporeringen av barnkonventionen i svensk lag och dess effekter på bedömningen av barnets bästa i utlänningslagen

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Marja-Liisa Öberg

Termin: HT2021

Innehåll

1	SUMMARY	1
2	SAMMANFATTNING	2
	FÖRKORTNINGAR	3
3	INLEDNING	4
3.1	Bakgrund	4
3.2	Syfte och frågeställningar	5
3.3	Avgränsningar	5
3.4	Metod, material och perspektiv	6
3.5	Forskningsläge	9
3.6	Disposition	9
4	BAKGRUND TILL INKORPORERINGEN AV BARNKONVENTIONEN	11
4.1	Allmänna principer	11
4.2	Syftet med inkorporeringen	11
4.3	Tillämpning av barnkonventionen efter inkorporeringen	13
5	BARNETS BÄSTA ENLIGT BARNKONVENTIONEN	15
5.1	Barnkonventionen	15
5.2	Barnets bästa i barnkonventionen	16
6	BARNETS BÄSTA ENLIGT UTLÄNNINGSLAGEN	18
6.1	Portalparagraf 1 kap. 10 § UtL	18
6.2	Särskilt ömmande omständigheter 5 kap. 6 § UtL	19
7	BEDÖMNINGEN AV BARNETS BÄSTA INNAN RESPEKTIVE EFTER INKORPORERINGEN	23
7.1	MIG 2015:4	23
7.2	MIG 2020:24	24
8	ANALYS OCH SLUTSATS	26

8.1	Jämförelse av beslutsprocessens delar	26
8.2	Bedömningen av omständigheter till grund för anpassning till Sverige	27
8.2.1	Illegal vistelsetid	27
8.2.2	Barnets koppling till hemlandet	28
8.3	Barnets bästa som ett öppet koncept	29
8.4	Slutsats	31
9	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	33
9.1	Litteratur	33
9.2	Offentligt tryck	34
9.3	Traktat	34
9.4	Elektroniska källor	35
9.5	Rättsfallsförteckning	36

1 Summary

In light of the incorporation of the Convention on the Rights of the Child (CRC) in Swedish law on January 1st, 2020, the purpose of the thesis is to examine whether the convention has had the impact on the application of law that the legislator intended when the law was incorporated. The purpose is fulfilled by answering the question of how the incorporation of the CRC into Swedish law has affected the assessment of the best interests of the child when particularly distressing circumstances are the basis of an application for residence permit. The three parts that are examined are the decision-making process, how the assessment of the circumstances that formed the basis for the child's adaptation to Sweden has been made and whether the child's best interests are used as an open concept or not. The legal dogmatic method is used to answer the questions by processing the material used in relation to the doctrine of legal sources. The work is based on a legal development perspective, which is used to explain the changes in current law by comparing the legal situation before and after a specific change in the law.

In the preparatory work, the government has stated that the best interests of the child shall be assessed in each individual case. The paragraph in the Swedish Aliens Act regulating residence permits based on particularly distressing circumstances requires an overall assessment of all circumstances within which a balance of interests must be made, where the best interests of the child constitute one of these interests. Two legal cases from before and after incorporation are used to show that the view of the child's best interests has changed in case law. The most important conclusions that are drawn are that the incorporation has resulted in the best interests of the child being used to a greater extent as a procedure by the courts. Although, when it comes to applying the child's best interests as an open concept, not much has changed. Nor in the individual assessment of the circumstances that have been invoked as particularly distressing. The child's will has begun to become more important in the assessment, but the child's grounds for asylum are not tried completely independently against their family.

2 Sammanfattning

Mot bakgrund av inkorporeringen av barnkonventionen 1 januari 2020 är syftet med uppsatsen att undersöka om konventionen fått det genomslag i rättstillämpningen som lagstiftaren avsåg vid införandet av lagen. Syftet uppnås genom att frågeställningen hur inkorporeringen av barnkonventionen i svensk lag har påverkat bedömningen av barnets bästa när särskilt ömmande omständigheter utgör grund för uppehållstillstånd i 5 kap. 6 § utlänningslagen (2005:716), UtIL besvaras. Särskilt undersöks beslutsprocessens olika delar, hur bedömningen av omständigheterna som legat till grund för barnets anpassning till Sverige har gjorts och om barnets bästa används som ett öppet eller låst koncept. Rättsdogmatisk metod används för att besvara frågeställningarna genom att materialet som används behandlas i förhållande till rättskälleläran. Till grund för arbetet ligger ett rättsutvecklingsperspektiv, som används för att förklara förändringarna i gällande rätt genom att jämföra rättsläget före och efter en specifik lagändring.

Regeringen har i förarbeten uttalat att barnets bästa ska bedömas i varje individuellt fall. I 5 kap. 6 § UtIL görs en helhetsbedömning av samtliga omständigheter inom vilken en intresseavvägning ska göras, där barnets bästa utgör ett av dessa intressen. MIG 2015:4 och MIG 2020:24 är två rättsfall från före respektive efter inkorporeringen som visar på att synen på barnets bästa förändrats i rättspraxis. De viktigaste slutsatserna som dras är att inkorporeringen resulterat i att barnets bästa i större utsträckning används som ett tillvägagångssätt av rättstillämparen. Däremot har tillämpningen av barnets bästa som ett öppet koncept inte förändrats utan förblir bunden av rättsliga presumtioner, inte heller den enskilda bedömningen av omständigheterna som åberopats som särskilt ömmande. Barnets vilja har börjat få större betydelse i bedömningen men barns asylskäl provas inte helt självständigt mot deras familj.

Förkortningar

Barnkonventionen	FN:s konvention om barnets rättigheter
Barnrättskommittén	FN:s kommitté för barnets rättigheter
Ds	Departementsserien
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna
MIG	Migrationsöverdomstolens prejudikat
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
UtlL	Utlänningslag (2005:716)
Wienkonventionen	Wienkonventionen om traktaträtten, Wien den 23 maj 1969

3 Inledning

3.1 Bakgrund

1 januari 2020 trädde FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen) i kraft som svensk lag. Sverige ratificerade konventionen redan 1990, och har sedan dess strävat efter att leva upp till sitt konventionsåtagande genom transformering.¹ I ett riksdagsbeslut antogs barnkonventionen som lag 2018.² Bakgrunden till förslaget var bland annat att FN:s kommitté för barnets rättigheter (Barnrättskommittén) i sin kritik till Sveriges efterlevnad av konventionen 2015 lyfte fram att staten bör vidta ytterligare åtgärder för att säkerställa att barnets bästa återspeglas i rättstillämpningen, särskilt i asylprocesser som omfattar barn.³ Regeringen tog fasta på detta och betonade i samband med inkorporeringen att rättstillämpningen länge brustit i tillämpningen av principen om barnets bästa i alla beslutsprocesser som rör barn.⁴ Målsättningen med inkorporeringen var således att konventionen skulle få tydligare genomslag i rättstillämpningen.⁵

Mot bakgrund av detta är det relevant att undersöka om inkorporeringen har fått någon effekt för hur tillämpningen av barnkonventionen görs i praktiken. En situation där den praktiska tillämpningen kan studeras är vid bedömningen av uppehållstillstånd med grund i särskilt ömmande omständigheter i 5 kap. 6 § UtL. Bedömningen av ett barns särskilda ömmande omständigheter är särskilt relevant, eftersom det vid prövningen av om det finns grund för uppehållstillstånd ska göras en samlad bedömning av en rad olika omständigheter, där barnets bästa kan få avgörande vikt.

¹ Prop. 1989/90:107, s. 3.

² SFS 2018:1197.

³ CRC/C/SWE/CO/5, s. 4.

⁴ Prop. 2017/18:186, s. 95.

⁵ Ibid. s. 95.

3.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka det förändrade rättsläget efter det att barnkonventionen blev lag 1 januari 2020. Avsikten är att utreda om det skett en betydande förändring av rättsläget vad gäller rättstillämpning av utlänningslagen i praktiken. Huvudsakligen är syftet att undersöka om barnets bästa i barnkonventionen fått ett sådant genomslag som var avsett när lagstiftaren valde att införa traktaten som lag.

För att uppnå syftet kommer uppsatsen besvara frågeställningen hur inkorporeringen av barnkonventionen i svensk lag har påverkat bedömningen av barnets bästa när särskilt ömmande omständigheter utgör grund för uppehållstillstånd i 5 kap. 6 § utlänningslagen. För att ge svar på huvudfrågeställningen kommer arbetet även besvara följande delfrågeställningar: hur barnets bästa ska tolkas enligt barnkonventionen och utlänningslagen samt hur bedömningen av barnets bästa gjorts före respektive efter inkorporeringen av barnkonventionen utifrån beslutsprocessens delar, hur bedömning gjorts av omständigheterna som legat till grund för barnets anpassning till Sverige och om barnets bästa används som ett öppet koncept eller inte.

3.3 Avgränsningar

Barnets bästa baseras på ett antal olika rättigheter i barnkonventionen, därför finns det flera komponenter i konventionen som kan utredas i förhållande till utlänningslagen. Uppsatsen avgränsas till att endast avse barnets bästa som det formuleras i barnkonventionens tredje artikel, även om tolkningen av artikeln ska göras mot bakgrund av konventionen i helhet.⁶ Relevanta aspekter i asylärenden utifrån ett barnrättsperspektiv som inte behandlas här är barnets rätt att komma till tals, som stadgas i 1 kap. 11 § UtIL och artikel

⁶ SOU 2020:63, s. 242.

12 i barnkonventionen samt barnets rätt att återförenas med sin familj om den splittrats i artikel 10 i barnkonventionen. Det finns endast utrymme att beakta en artikel inom ramen för arbetet, artikel 3 om barnets bästa har valts ut eftersom tillämpningen av denna betonats av regeringen i samband med inkorporeringen.⁷

Migrationsrätt är endast ett rättsområde som barnets bästa har inverkan på. Det har valts ut bland annat eftersom Barnrättskommittén pekade ut detta som ett problemområde i sin kritik av Sveriges efterlevnad av konventionen.⁸ Arbetet omfattar endast grunden för uppehållstillstånd i 5 kap. 6 § UtL om särskilt ömmande omständigheter för barn. Enligt portalparagrafen i 1 kap 10 § UtL ska barnets bästa beaktas i alla beslut som rör barn och det finns andra grunder för uppehållstillstånd än 5 kap. 6 § i utlänningslagen, men paragrafen har valts ut eftersom prövningen av särskild anknytning omfattar en öppen bedömning där barnets bästa kan få stor betydelse. Inom ramen för detta arbete finns det inte utrymme att undersöka ytterligare bestämmelser i utlänningslagen.

3.4 Metod, material och perspektiv

Rättsdogmatisk metod används för att lösa ett rättsligt problem genom att tolka och tillämpa rättskällehärans olika komponenter utifrån rättskällehierarkin. Detta innebär att lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och doktrin används för att besvara frågeställningen.⁹ Rättsdogmatisk metod utgår från rättsliga normer för att komma fram till vad som är gällande rätt, men inte hur normerna tillämpas.¹⁰ Jag har valt att använda mig av rättsdogmatisk metod eftersom syftet med uppsatsen är att utröna hur rättsläget ser ut, det är därför relevant att utgå från rättskällorna enligt rättskällehäran för att kartlägga detta. Eftersom den huvudsakliga frågeställningen inriktas på vad som utgör

⁷ Prop. 2017/18:186, s. 95.

⁸ CRC/C/SWE/CO/5, s. 4.

⁹ Kleinman (2018), s. 21.

¹⁰ Ibid. s. 24.

gällande rätt och inte hur den bör vara, kommer den rättsdogmatiska metoden tolkas på ett mer rigitt sätt.¹¹ Detta innebär att lagstiftning och prejudikat får övervägande betydelse som komponenter av gällande rätt då de utgör auktoritativa rättskällor. Förarbeten och doktrin används som underlag för att beskriva hur gällande rätt ska tolkas och tillmäts vikt i förhållande till lag och prejudikat. Doktrin har ingen självständig auktoritet i rättskälleläran, utan är beroende av vilket stöd innehållet har i gällande rätt.¹²

För att redogöra för hur lagstiftningen är tänkt att tolkas och syftet bakom denna, används förarbeten som underlag. Detta omfattar propositioner och betänkanden inför införandet av 1 kap. 10 § UtlL¹³ och 5 kap. 6 § UtlL¹⁴ samt utredningarna som gjordes inför att barnkonventionen blev svensk lag¹⁵. I redogörelsen för hur barnkonventionen ska tillämpas i Sverige i egenskap av en internationell traktat används en departementspromemoria.¹⁶ Departementspromemorior är inte bindande för rättstillämparen och brukar sällan åberopas som ensamt stöd för uttalanden om rättsläget.¹⁷ Här används den i den mån den speglar allmänna rättsprinciper. Vidare används Barnrättskommitténs allmänna kommentarer som syftar till att vara vägledande för hur barnkonventionen ska tolkas, men som inte är juridiskt bindande för konventionsstaterna.¹⁸ Även Barnrättskommitténs kritik av Sveriges efterlevnad av barnkonventionen från 2015 används för att förklara syftet med artikel 3.¹⁹ Eftersom dessa inte är källor med en naturlig plats i rättskällehierarkin används de endast i den mån de återspeglas i svenska lagstiftningsförarbeten. Då det inte finns någon litteratur som författats efter det att barnkonventionen blev lag kommer tolkningen av lagen efter inkorporeringen främst baseras på förarbeten och praxis. Vad gäller

¹¹ Ibid. s. 30 och 36 f.

¹² Ibid. s. 33.

¹³ Prop. 1996/97:25.

¹⁴ Prop. 2004/05:170; Prop. 2013/14:216.

¹⁵ SOU 2016:19; Prop. 2017/18:186; SOU 2020:63.

¹⁶ Ds 2019:23.

¹⁷ Bengtsson (2010), s. 114.

¹⁸ CRC/C/GC/14, Barnombudsmannens svenska översättning av kommentarerna har använts som språkligt stöd.

¹⁹ CRC/C/SWE/CO/5.

bedömningen innan inkorporeringen kommer doktrin spela en större roll, men eftersom migrationsrätt är ett mycket levande och föränderligt rättsområde så saknar mycket av tidigare doktrin relevans.²⁰

Två rättsfall analyseras för att besvara frågeställningen, MIG 2015:4 och MIG 2020:24. MIG 2020:24 är det enda fallet från Migrationsöverdomstolen som avkunnats efter det att barnkonventionen blev lag som rör tillämpningen av barnets bästa i bedömningen av särskilt ömmande omständigheter i 5 kap. 6 § UtL. MIG 2015:4 är föremål för jämförelsen eftersom det är ett uppmärksammat prejudicerande rättsfall som behandlar särskild anpassning och ligger mycket nära MIG 2020:24 i omständigheterna i målen. För att utreda om barnkonventionen fått det genomslag lagstiftaren avsett används prejudicerande domar då de visar på en bestående förändring av rättsläget för tillämpningen i praktiken. Angående prejudikatstolkning så beaktas prejudikaten utifrån att ett prejudikats värde kan höjas av att grunderna för domslutet ger uttryck principiella bedömningar.²¹ Det är även av relevans att små skillnader i omständigheterna kan få avgörande betydelse för tolkningen.²²

Till grund för arbetet finns ett rättsutvecklingsperspektiv. Ett rättsutvecklingsperspektiv är nära anknutet till en rättshistorisk metod, och utgår från förändringar i gällande rätt primärt utifrån lagstiftning och sekundärt utifrån rättspraxis.²³ Rättsutvecklingsperspektivet har valts ut eftersom det ger en inblick i hur rättsläget förändrats och belyser konsekvenserna av inkorporeringen av barnkonventionen, vilket är syftet med uppsatsen. I arbetet kommer perspektivet appliceras genom att rättsläget för samma rättsfråga precis före och efter en specifik lagändring jämförs och analyseras.

²⁰ Se senaste lagändringar av utlänningslagen SFS 2016:752, SFS 2017:353, SFS 2019:481, SFS 2021:765.

²¹ Bernitz, Carlsson, Heuman, Leijonhufvud, Magnusson Sjöber, Seipel, Warnling-Nerep och Vogel (2017), s. 134.

²² Ibid. s. 135.

²³ Ibetsson (2012), s. 139 ff.

3.5 Forskningsläge

Många författare har skrivit om barnets bästa i asylprocessen, exempelvis har Johanna Schiratzki utrett barnets bästa i ett mångkulturellt samhälle och har bland annat undersökt hur bedömningen av barnets bästa gjorts enligt utlänningslagen.²⁴ Håkan Sandesjö har utrett barnrättsperspektivet i asylprocesser och 5 kap. 6 § UtL som grund för uppehållstillstånd, men inte lägger större vikt vid bedömningen av barnets bästa.²⁵ Anna Lundberg har gjort en empirisk studie av hur barnets bästa applicerats i asylprocesser mellan 2006 och 2008 utifrån intervjuer med tjänstemän och asylbeslut med syfte att utreda avståndet mellan policy och praktik.²⁶ Louise Dane, universitetslektor vid Stockholms universitet, gav 2019 ut sin avhandling som behandlar bedömningen om barnets bästa i migrationsärenden med särskilt fokus på intresseavvägningar mellan barnets bästa och statens intresse att reglera invandringen. Dane fokuserar dock främst på hur bedömningen *bör* göras för att vara i enlighet med barnkonventionen och Barnrättskommitténs kommentarer utifrån de lege ferenda-argument.²⁷

Det finns i dagsläget ingen allmänt tillgänglig forskning på hur bedömningen av barnets bästa har gjorts efter inkorporeringen av barnkonventionen 2020. Det har inte heller publicerats material om barnets bästa med inriktning på bedömningen av särskilt ömmande omständigheter och anpassning till Sverige. Uppsatsen tar avstamp i tiden efter inkorporeringen, och tar därför vid där forskningen som redovisats ovan slutar.

3.6 Disposition

Inledningsvis ges en bakgrund till inkorporeringen av barnkonventionen i en svensk kontext. Sedan redogörs för barnkonventionen och hur barnets bästa

²⁴ Schiratzki (2000).

²⁵ Sandesjö (2013).

²⁶ Lundberg (2009).

²⁷ Dane (2019).

tolkas inom denna. Därefter presenteras underlaget för hur barnets bästa regleras inom ramen för utlänningslagen, särskilt utifrån portalparagrafen 1 kap. 10 § och 5 kap. 6 § UtL om särskilt ömmande omständigheter. Sedan redogörs för hur bedömningen av barnets bästa gjordes innan inkorporeringen av barnkonventionen i MIG 2015:4 samt efter i MIG 2020:24. Slutligen jämförs de två olika rättslägena för att undersöka hur gällande rätt förändrats efter det att barnkonventionen blev lag utifrån beslutsprocessens delar, bedömningen av omständigheterna som ligger till grund för att visa på barnets anpassning till Sverige och om det används som ett öppet koncept eller inte.

4 Bakgrund till inkorporeringen av barnkonventionen

4.1 Allmänna principer

Sverige ratificerade barnkonventionen 1990.²⁸ Sverige är en dualistisk rättsordning, därför måste en konvention införlivas med den nationella rätten för att börja gälla som lag.²⁹ Detta kan göras genom normharmonisering, transformering eller inkorporering.³⁰ Transformering innebär att nationella bestämmelser modifieras så att de överensstämmer med konventionens.³¹ En inkorporering får konsekvensen att konventionen blir gällande som svensk rätt i sin originaltext och kan direkt tillämpas i viss mån.³² Konventionsstaters domstolar och övriga myndigheter är oavsett skyldiga att göra en fördragskonform tolkning och tolka nationella regler på ett sätt så att de är förenliga med barnkonventionen.³³ Även om konventionen inte inkorporeras är staten bunden att uppfylla sina konventionsförpliktelser och kan inte använda sig av nationell rätt för att berättiga ett åsidosättande av dessa.³⁴

4.2 Syftet med inkorporeringen

Sverige har sedan ratificeringen strävat efter att efterleva barnkonventionen genom transformering.³⁵ Sveriges efterlevnad av konventionen granskades senast av Barnrättskommittén i mars 2015.³⁶ Kommittén rekommenderade att barnkonventionen skulle bli svensk lag och Sverige uppmanades vidta nödvändiga åtgärder för att få nationell lagstiftning fullständigt i enlighet med

²⁸ Prop. 1989/90:107, s. 3.

²⁹ Ds 2019:23, s. 59.

³⁰ Ibid. s. 59.

³¹ Ibid. s. 59.

³² Ibid. s. 62.

³³ Ibid. s. 61.

³⁴ Ibid. s. 58.

³⁵ Prop. 1989/90:107, s. 3.

³⁶ Se CRC/C/SWE/CO/5.

konventionen.³⁷ Barnrättskommittén betonade att barnets bästa ska vara utgångspunkten för beslutsprocesser som rör barn, särskilt asylprocesser.³⁸ En utredning tillsattes av regeringen 19 februari 2015 med uppdrag att se över möjligheterna att inkorporera barnkonventionen i svensk lag.³⁹ Utredningen fann att rättstillämparen i regel inte uppfyllde kraven som ställs i artikel 3 i barnkonventionen, besluten saknade en tillräckligt utförlig motivering utifrån barnets bästa i barnkonventionen.⁴⁰ Mot bakgrund av bristerna som uppdagades lade regeringen fram ett förslag på inkorporering av barnkonventionen som antogs av riksdagen.⁴¹ Barnkonventionen trädde i kraft som svensk lag 1 januari 2020.⁴²

Syftet bakom inkorporeringen var bland annat att barnkonventionen skulle få tydligare genomslag i rättstillämpningen.⁴³ Regeringen anförde i förarbeten till inkorporeringen att det behövs ett fortsatt transformeringsarbete med särskilt fokus på principen om barnets bästa som ett tillvägagångssätt i beslutsprocesser.⁴⁴ Det sågs som en brist i rättstillämpningen att barnets bästa inte redovisats i enlighet med barnrättskommitténs allmänna kommentarer om tolkningen av artikel 3 i barnkonventionen.⁴⁵ Regeringen betonade att hänsyn ska tas till det enskilda barnets intressen och att barn i fortsättningen ska betraktas som egna rättighetsbärare vars åsikter ska beaktas.⁴⁶

³⁷ Ibid. s. 2.

³⁸ Ibid. s. 4.

³⁹ Se det ursprungliga direktivet till Barnrättsutredningen Dir. 2013:35, och tilläggsdirektiv till Barnrättsutredningen (S 2014:8) ang. inkorporeringen, samt resultatet i SOU 2016:19, s. 3.

⁴⁰ Ibid. s. 291.

⁴¹ Se Prop. 2017/18:186.

⁴² SFS 2018:1197.

⁴³ Prop. 2017/18:186, s. 74.

⁴⁴ Ibid. s. 92.

⁴⁵ Ibid. s. 95.

⁴⁶ Ibid. s. 95 och s. 75.

4.3 Tillämpning av barnkonventionen efter inkorporeringen

I första hand ska barnkonventionen användas så att den bidrar till förståelsen av den nationella lagstiftningen genom en fördragskonform tolkning.⁴⁷ I andra hand ska konventionen direkt tillämpas, men detta förutsätter att det finns en lucka i svensk lag eller att det uppstår en reell lagkonflikt.⁴⁸ En sådan normkonflikt kan uppkomma när svensk rätt ger sämre skydd för barnets rättigheter än barnkonventionens reglering enligt art 41 i konventionen.⁴⁹ När en sådan motsättning uppstår ska lagrummet så långt det går tolkas så att en sådan konflikt undviks. I andra fall ska konflikten lösas av allmänna rättsprinciper som *lex specialis* eller *lex posterior*.⁵⁰ Regeringen har anfört att rättstillämparen vid en normkonflikt kan väga in att barnkonventionen reglerar mänskliga rättigheter och därför kan ges särskild vikt vid normkonflikter.⁵¹

Enligt regeringen ska barnkonventionens originaltext ligga till grund för tillämpningen och ska tolkas med hjälp av sedvanliga tolkningsregler.⁵² Barnkonventionen är ett internationellt avtal och därför tillämpas tolkningsreglerna i Wienkonventionen om traktaträttens artiklar 31–32. I första hand ska avtal tolkas ärligt utifrån gängse mening av texten sedd i sitt sammanhang mot bakgrund av ändamål och syfte med traktaten.⁵³ Sammanhanget utgörs av texten i konventionen, dess preambel samt överenskommelser i samband med att konventionen ingicks.⁵⁴ Konventionens förarbeten (*travaux préparatoires*) består av förhandlingar och diskussioner som fördes när konventionen togs fram som kan få

⁴⁷ Ds 2019:23, s. 66.

⁴⁸ *Ibid.* s. 66.

⁴⁹ Prop. 2017/18:186, s. 86.

⁵⁰ *Ibid.* s. 87.

⁵¹ *Ibid.* s. 87.

⁵² *Ibid.* s. 82.

⁵³ *Ibid.* s. 83.

⁵⁴ *Ibid.* s. 83.

betydelse vid tolkningen.⁵⁵ Som subsidiära tolkningsmedel kan doktrin och rättspraxis användas enligt artikel 32 Wienkonventionen.

⁵⁵ Ibid. s. 84.

5 Barnets bästa enligt barnkonventionen

5.1 Barnkonventionen

Barnkonventionen ska tillämpas på alla barn inom en stats jurisdiktion, den gäller oavsett om barnet är medborgare eller inte. Samtliga barn ska åtnjuta rättigheterna i konventionen, inklusive de som söker asyl, är på flykt eller migrerar.⁵⁶ Tillämpningen ska göras utan åtskillnad av något slag enligt artikel 2.1 i konventionen. Inga undantag får göras från konventionen enligt huvudregeln, endast stater med bristande resurser som kan ha svårt att tillgodose ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter kan få dispens. Trots dispens måste dessa stater vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att barn kan åtnjuta sina rättigheter enligt artikel 4 i konventionen. Sverige har inte gjort någon reservation mot konventionen, därför avgörs Sveriges möjlighet att inskränka rättigheterna i konventionen utifrån hur artiklarna är formulerade.⁵⁷

FN:s barnrättskommitté har som uppgift att övervaka efterlevnaden av konventionen enligt artikel 43 i barnkonventionen. Det finns inget sanktionssystem eller domstolsorgan som kan kontrollera de anslutna parterna, utan det görs endast genom barnrättskommitténs allmänna rekommendationer riktade till konventionsstaterna enligt artikel 45 barnkonventionen. FN:s barnrättskommitté har skrivit allmänna kommentarer till konventionens artiklar som ska vara vägledande för tolkningen. De utgör ingen juridiskt bindande rättskälla men kan utgöra ett viktigt stöd och ge vägledning för tolkning och tillämpning av barnkonventionen beroende på omständigheterna i det enskilda fallet.⁵⁸ I

⁵⁶ CRC/GC/2005/61, p. 12.

⁵⁷ Dane (2019), s. 172.

⁵⁸ Prop. 2017/18:186, s. 79.

barnkonventionens tredje tilläggsprotokoll regleras ett klagomålsförfarande till Barnrättskommittén, men Sverige har inte signerat detta.⁵⁹

5.2 Barnets bästa i barnkonventionen

Barnets bästa regleras i artikel 3 i barnkonventionen och innebär att det som bedöms vara barnets bästa i första hand ska beaktas vid alla beslut som rör barn. Formuleringen av barnets bästa har medvetet lämnats öppen för att möjliggöra en bedömning i varje individuellt fall.⁶⁰ Bedömningen ska göras mot bakgrund av barnkonventionens övriga artiklar.⁶¹ Schiratzki menar att rättstillämparen inte alltid använder sig av barnets bästa som ett öppet koncept, vilket enligt henne innebär att barnets bästa ska tolkas förutsättningslöst. Istället använder sig rättstillämparen enligt Schiratzki av rättsliga presumtioner som utgör bestämda tolkningar av barnets bästa för att bedöma vad som utgör barnets bästa. Detta trots att det i förarbeten ofta uppmanas till helhetsbedömningar som frångår bestämda uppfattningar.⁶² Det har även framkommit i utredningen inför att barnkonventionen blev svensk lag att rättstillämparen främst använder sig av låsta bedömningar.⁶³ Ju mer framträdande roll barnrättsperspektivet fått i Sverige, desto fler rättsliga presumtioner har tillkommit enligt Schiratzki.⁶⁴ Dane menar att ju större utrymme det finns för skönsmässiga tolkningar av barnets bästa, desto större risk finns det för att rättssäkerheten äventyras.⁶⁵

Enligt regeringen är definitionen av barnets bästa inte helt lätt att förklara eftersom det bestäms i varje enskild situation utifrån en individuell bedömning med utgångspunkt i konventionen som helhet.⁶⁶ Barnets bästa

⁵⁹ United Nations Treaty Collection, '11. d Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure', hämtad 21-12-17.

⁶⁰ Dane (2019), s. 184.

⁶¹ Dane (2019), s. 184; CRC/C/GC/14, p. 3.

⁶² Schiratzki (2000), s. 62.

⁶³ SOU 2016:19, s. 21.

⁶⁴ Schiratzki (2000), s. 178.

⁶⁵ Dane (2019), s. 197.

⁶⁶ Prop. 2017/18:186, s. 96; CRC/C/GC/14, p. 3.

innehåller tre delar, det är en materiell rättighet, en rättslig tolkningsprincip och ett tillvägagångssätt.⁶⁷ Barnets rätt att få sitt bästa bedömt inför ett beslut är den materiella rättigheten.⁶⁸ Som tolkningsprincip betyder det att den tolkning av en rättsregel som i större utsträckning tillgodoser barnets bästa ska ges företräde.⁶⁹ Tillvägagångssättet innebär att en beslutsprocess som påverkar ett enskilt barn ska innehålla en utvärdering av eventuella konsekvenser för barnet.⁷⁰ Beslutet ska vidare innehålla en motivering som konkret visar att hänsyn tagits till barnets bästa.⁷¹ Detta görs genom att rättstillämparen redogör för hur barnets bästa beaktats, vad som ansetts vara barnets bästa, vilka kriterier det grundas på samt hur intresseavvägningen mellan motstående intressen har gjorts.⁷² Barnets åsikter är en väsentlig del av bedömningen om barnets bästa, barnets rätt att bli hörd enligt artikel 12 i barnkonventionen ingår i artikel 3.⁷³ Ett beslut kan vara i enlighet med barnkonventionen även om det inte är i linje med barnets bästa eller barnets åsikter om beslutet varit välavvägt och grunderna redovisats.⁷⁴

⁶⁷ Prop. 2017/18:186, s. 96; CRC/C/GC/14, II. Objectives.

⁶⁸ Prop. 2017/18:186, s. 96.

⁶⁹ Ibid. s. 96.

⁷⁰ Ibid. s. 96.

⁷¹ Ibid. s. 96.

⁷² Prop. 2017/18:186, s. 96; CRC/C/GC/14, V. Implementation: assessing and determining the child's best interest, A. Best interests assessment and determination.

⁷³ Prop. 2017/18:186, s. 96.

⁷⁴ Ibid. s. 96; Dane (2019), s. 196.

6 Barnets bästa enligt utlänningslagen

6.1 Portalparagraf 1 kap. 10 § UtIL

I 1 kap. 10 § UtIL stadgas att i ärenden som rör barn ska barnets hälsa och utveckling särskilt beaktas samt vad barnets bästa i övrigt kräver. Detta är en portalbestämmelse som gäller för hela utlänningslagen.⁷⁵

När portalparagrafen infördes 1997 anfördes att barnets bästa skulle ges en stark och meningsfull innebörd men inte generellt ta över samhällsintresset att reglera invandringen.⁷⁶ Regeringen betonade att barn inte regelmässigt kan anses ha det bäst i Sverige oavsett språklig, kulturell och nationell bakgrund och tillhörighet.⁷⁷ 1 kap. 10 § UtIL syftar till att säkerställa att barn faktiskt åtnjuter sina rättigheter enligt barnkonventionen, men prövningen ska inte gå så långt att det blir ett eget kriterium för uppehållstillstånd att vara barn.⁷⁸ I förarbeten till portalbestämmelsen redogörs det inte för hur en bedömning av barnets bästa ska göras.

Trots att 1 kap. 10 § UtIL bygger på artikel 3 i barnkonventionen skiljer sig ordalydelsen åt. Det har därför diskuterats huruvida den erbjuder samma skydd. Att beakta barnets intressen i första hand är en stark formulering, i jämförelse med 1 kap. 10 § UtIL där det endast stadgas att barnets bästa särskilt ska beaktas. Enligt Dane innebär detta att paragrafen bör tolkas utifrån artikel 3 i barnkonventionen, men att praxis från Migrationsöverdomstolen visar på att barnkonventionen istället tillämpas inom ramen för utlänningslagen som ett verktyg vid tillämpningen.⁷⁹ Barnets bästa bör enligt regeringen få en verklig innebörd i beslut om barn, vilket förutsätter en diskussion om barnets bästa i samtliga individuella

⁷⁵ Prop. 1996/97:25, s. 248.

⁷⁶ Ibid. s. 248.

⁷⁷ Ibid. s. 249.

⁷⁸ Ibid. s. 247.

⁷⁹ Dane (2019), s. 188.

beslut.⁸⁰ I förarbeten har det generellt uttalats att portalparagrafen får anses ha den innebörd som huvudsakligen motsvarar artikel 3.⁸¹

6.2 Särskilt ömmande omständigheter 5

kap. 6 § UtlL

Om ingen annan grund för uppehållstillstånd föreligger kan ett barn i sista hand få uppehållstillstånd om det finns särskilt ömmande omständigheter som föranleder att ett barn inte bör utvisas enligt 5 kap. 6 § UtlL. Paragrafen är en undantagsregel till huvudgrunderna i utlänningslagen som tillämpas restriktivt och kräver att det vid en samlad bedömning av barnets situation finns sådana särskilt ömmande omständigheter att hen bör tillåtas stanna i Sverige.⁸² ”Särskilt ömmande omständigheter” infördes 2014 för att lyfta barnrättsperspektivet i utlänningslagen och är ett lägre ställt krav än ”synnerligen ömmande omständigheter” som gäller för vuxna.⁸³ När portalparagrafen 1 kap. 10 § UtlL stiftades avsåg lagstiftaren att den skulle ges särskild betydelse vid prövningen av humanitära skäl, 5 kap. 6 § UtlL förtydligar hur detta ska ske i en bedömning.⁸⁴

5 kap. 6 § UtlL bygger på en öppen bedömning, vilket innebär att barnets bästa inte endast påverkar tolkningen av lagregeln, utan kan vara avgörande i form av en materiell rättighet som ställs mot andra motstående intressen.⁸⁵ Angående den individuella prövningen av barnets bästa anförts i förarbeten endast att särskilt ömmande omständigheter är ett lägre ställt krav för barn men att barnets bästa inte får ges en så långtgående innebörd att det blir en egen grund för uppehållstillstånd. Det sägs inget om hur bedömningen av barnets bästa faktiskt ska genomföras.⁸⁶

⁸⁰ Prop. 2017/18:186, s. 95.

⁸¹ SOU 2020:63, s. 244.

⁸² Prop. 2004/05:170, s. 185 och s. 189.

⁸³ Prop. 2013/14:216, s. 16 och s. 26.

⁸⁴ Ibid. s. 194.

⁸⁵ Dane (2019), s. 196; Prop. 2013/14:216, s. 19.

⁸⁶ Prop. 2013/14:216, s. 21.

Vid en bedömning av särskilda omständigheter beaktas särskilt barnets hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situationen i hemlandet.⁸⁷ Även andra omständigheter kan beaktas då uppräkningsen inte är uttömmande.⁸⁸ Särskilt vad gäller anpassning till Sverige har regeringen uttalat att barnets anknytning inte är ensamt avgörande, utan det görs en samlad bedömning av samtliga omständigheter.⁸⁹ Bedömningen av ett barns anpassning till Sverige kan bland annat grundas på om barnet gått i skolan i Sverige och har ett socialt umgänge här.⁹⁰ Det relevanta är hur mycket barnet anpassat sig till svenska förhållanden.⁹¹

Vid bedömningen av om barnet upprättat ett nätverk i landet kan barnets vistelsetid i Sverige bli relevant.⁹² Enligt regeringen kan vistelsetid inte vara ensamt avgörande som grund för särskild anpassning, utan kan endast utgöra en orsak till att en sökande skapat en anknytning till svenska förhållanden.⁹³ Det finns ingen fast gräns för hur länge ett barn ska bo i Sverige för att anses ha etablerat en särskild anknytning.⁹⁴ I Europadomstolens dom av den 14 juni 2011 i målet *Osman mot Danmark* ansågs ett nekande av uppehållstillstånd till en flicka på sjutton år som spenderat sju år i värdlandet strida mot Europakonventionen då hon hade etablerat ett privatliv som skyddas av artikel 8 EKMR. Flickan hade bott i Danmark från det att hon var sju år tills att hon fyllde femton år, vilken Europadomstolen bedömde vara formativa år i uppväxten. Migrationsöverdomstolen har kontinuerligt använt sig av avgörandet och tillämpat uttalandet om formativa år som en måttstock för om ett privatliv kan anses ha etablerats.⁹⁵

⁸⁷ Ibid. s. 21.

⁸⁸ Ibid. s. 21.

⁸⁹ Prop. 2004/05:170, s. 195.

⁹⁰ Ibid. s. 191.

⁹¹ Ibid. s. 191.

⁹² Prop. 2013/14:216, s. 20.

⁹³ Prop. 2004/05:170, s. 280.

⁹⁴ Ibid. s. 280.

⁹⁵ MIG 2012:13, MIG 2015:4, MIG 2020:24.

Tid som sökande vistats i Sverige illegalt tas enligt förarbeten inte hänsyn till i bedömningen om särskild anknytning.⁹⁶ Det kan dock göras undantag från regeln, i synnerhet om ärendet rör barn.⁹⁷ Regeringen har i förarbeten betonat vikten av att barns asylskäl utreds självständigt från familjen.⁹⁸ I MIG 2012:13 ansågs lång vistelsetid kunna ha betydelse för om en vuxen hunnit skaffa sig starka band till landet enligt artikel 8 EKMR. Mot bakgrund av detta ansågs vistelsetidens legalitet vara irrelevant vid bedömning av anknytning, men kunde däremot bli relevant vid proportionalitetsbedömningen i artikel 8 EKMR. I det enskilda fallet bedömdes statens intresse att upprätthålla respekten för utlänningslagstiftningen väsentligen överväga sökandes intresse av skydd enligt EKMR. Dane drar slutsatsen att det tidigare inte togs hänsyn till irreguljär vistelsetid vid bedömningen av särskild anpassning, men att det på senare tid beaktas i bedömningen om anknytning, men först i proportionalitetsbedömningen.⁹⁹

Regeringen har uttalat att det inte generellt anses skada barn i deras psykosociala utveckling att följa med föräldrarna till hemlandet.¹⁰⁰ Avgörande bör vara till vilken grad barnet kan antas ta bestående skada av att flytta tillbaka till hemlandet. Eventuell skada vägs i sin tur mot andra intressen.¹⁰¹ Hänsyn ska också tas till sökandes anknytning till hemlandet i form av eventuell släkt och familj där och den tid som spenderats i landet.¹⁰² Det kan även enligt regeringen beaktas om barnet har ett nätverk i Sverige men inte i hemlandet och om förlusten av detta allvarligt skulle äventyra barnets psykosociala hälsa.¹⁰³

Enligt lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (den tillfälliga lagen) som gällde mellan 22 juni

⁹⁶ Prop. 2004/05:170, s. 281.

⁹⁷ Ibid. s. 281.

⁹⁸ Ibid. s. 195.

⁹⁹ Dane (2019), s. 394.

¹⁰⁰ Prop. 1996/97:25, s. 249.

¹⁰¹ Ibid. s. 249.

¹⁰² Prop. 2004/05:170, s. 280.

¹⁰³ Prop. 2013/14:216, s. 20.

2016 och 20 juli 2021 kunde uppehållstillstånd enligt 5 kap. 6 § UtIL endast beviljas om det skulle strida mot ett svenskt konventionsåtagande att avvisa eller utvisa utlänningen. Rekvisitet togs bort i den reviderade utlänningslagen (2021:765) som började gälla 20 juli 2021. Lagändringarna bör dock inte påverka hur bedömningen görs av barnets bästa, då regeringen menar att barnkonventionen skulle beaktas i beslut som rör barn även vid tillämpning av den tidsbegränsade lagen enligt 1 kap. 10 § UtIL.¹⁰⁴ Barnkonventionen var redan då ett av de svenska konventionsåtagande som skulle tas hänsyn till vid prövningen, vilket framgår av MIG 2018:20.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Prop. 2015/16:174, s. 52.

¹⁰⁵ MIG 2018:20; Thorburn Stern (2020), s. 130 och 133.

7 Bedömningen av barnets bästa innan respektive efter inkorporeringen

7.1 MIG 2015:4

MIG 2015:4 gällde ett tolvårigt barn som utvisades från Sverige tillsammans med sin familj. I målet var det endast barnets anpassning till Sverige som åberopats som särskilt ömmande omständighet. Barnet hade gått ut årskurs fyra i svensk grundskola och klarat svenskundervisningen med god marginal. Vid prövningen i Migrationsöverdomstolen hade barnet vistats i Sverige i sex år, hela tiden illegalt.

I sin presentation av gällande rätt redogjorde domstolen för artikel 8 EKMR om rätten till respekt för sitt privat- och familjeliv samt hur barnets bästa ska tolkas inom ramen för utlänningslagen. Domstolen betonade att syftet bakom 1 kap. 10 § och 5 kap. 6 § UtlL var att underlätta bedömningen för barn, men att bestämmelserna inte innebar att barnets bästa skulle ges en så långtgående betydelse att det blir en egen grund för uppehållstillstånd. Domstolen framförde att barn inte regelmässigt kan anses ha det bäst i Sverige oavsett språklig, kulturell och nationell tillhörighet. Migrationsöverdomstolen menade att artikel 8 EKMR ska beaktas vid prövningen av särskilt ömmande omständigheter, vilket innebär att en persons sociala och kulturella band till ett samhälle samt hens vistelsetid i landet ska beaktas.

Migrationsöverdomstolen beaktade omständigheterna i det enskilda fallet: att barnet kunde svenska, gått i svensk skola och hade vänner i Sverige. Domstolen framförde att det i förarbetena till bestämmelsen anges att omständigheter som kan beaktas är att barnet fått ett nätverk i Sverige men saknar ett sådant i hemlandet och ett återvändande, och därmed förlusten av ett nätverk, allvarligt äventyrar barnets psykosociala utveckling. Därefter

framförde domstolen att det inte kan ses som generellt negativt eller en allvarlig skada på ett barns psykosociala utveckling att ett barn återvänder till sitt hemland i sällskap av sina föräldrar. Hemlandet ansågs dessutom inte helt främmande för barnet eftersom det besökts två gånger, senast tre år före aktuell prövning. Migrationsöverdomstolen beaktade även att nästan hela vistelsen i Sverige varit illegal, detta trots att barnet i egenskap av minderårig inte haft möjlighet att påverka detta.

Mot bakgrund av detta fann domstolen att barnet fått en viss anpassning till Sverige, men att den inte ansågs vara ömmande nog för att ligga till grund för uppehållstillstånd enligt 5 kap. 6 § UtL. Domstolen gjorde sedan en proportionalitetsbedömning enligt artikel 8 EKMR för att se om utvisningen stred mot Europakonventionen och kom fram till att så inte var fallet. Utvisningen prövades inte uttryckligen mot barnkonventionen.

7.2 MIG 2020:24

Den 22 december 2020 meddelades en dom av Migrationsöverdomstolen i MIG 2020:24 som rörde sig om ett 14-årigt barn som var fött och uppvuxet i Sverige. Barnet hade gått i svensk skola, lärt sig svenska och aldrig besökt sina föräldrars hemland.

Migrationsöverdomstolen inledde med att förklara att regeringen ser på principen om barnets bästa som ett tillvägagångssätt där varje beslut som rör barn ska motiveras. Aspekterna som beslutsfattaren bedömt vara relevanta ska redovisas och om beslutet inte stämmer överens med barnets åsikter bör anledning klargöras. Detta bör enligt domstolen även göras när beslutet inte är i enlighet med vad som bedömts vara barnets bästa.

Domstolen bedömde att barnets bästa var att stanna i Sverige mot bakgrund av att barnet fötts i Sverige, aldrig vistats i föräldrarnas hemland, talade svenska, gick i svensk skola och hade vänner i Sverige utanför familjen.

Domstolen bedömde att barnet hade spenderat samtliga formativa år i Sverige, i enlighet med Europadomstolens bedömning i *Osman mot Danmark*. Domstolen beaktade även att barnet saknade nätverk i föräldrarnas hemland och hade en negativ bild av landet efter att föräldrarna ansett sig riskera förföljelse innan de lämnade landet. Barnet ville leva i Sverige och befann sig i en identitetsskapande ålder med relationer utanför familjen som i stort sett skulle gå förlorade vid en utvisning.

Efter att ha fastställt barnets bästa vägde Migrationsöverdomstolen barnets intresse mot statens intresse av en reglerad invandring. Intresset av en reglerad invandring ansågs stärkas av att barnet vistats i Sverige illegalt under en lång tid. Domstolen beaktade att barn inte kan påverka föräldrarnas beslut att stanna i Sverige trots ett utvisningsbeslut och mot bakgrund av en sammantagen bedömning av de exceptionella omständigheterna ansåg domstolen att barnets bästa vägde tyngre än andra intressen. En utvisning ansågs oproportionerlig och stred därför mot barnkonventionen. Domstolen bedömde att det förelåg särskilt ömmande omständigheter enligt 5 kap. 6 § UtIL.

8 Analys och slutsats

Inkorporeringen av barnkonventionen har inte lett till några direkta förändringar av utlänningslagen. Redan innan barnkonventionen blev svensk lag skulle det göras en fördragskonform tolkning av nationell lagstiftning. Barnkonventionens inkorporering har i sig inte lett till någon förändring i hur nationell lagstiftning ska tillämpas eftersom det i förarbeten anförts att 1 kap. 10 § UtL som utgångspunkt har samma innebörd som artikel 3 i barnkonventionen och det därför inte förekommer normkonflikter som föranleder direkt tillämpning av konventionen. Däremot har det i samband med inkorporeringen tillkommit svenska förarbeten om hur barnkonventionen ska tolkas, i syfte att göra tillämpningen av barnkonventionen mer lättillgänglig för rättstillämparen. Mot bakgrund av denna förändring kan vi utröna skillnader i hur domstolen har applicerat barnets bästa i enskilda fall. Hur barnets bästa bedömts i de analyserade rättsfallen framgår av hur processen gick till, hur domstolen vägde de olika omständigheterna mot varandra och hur barnets bästa som koncept använts.

8.1 Jämförelse av beslutsprocessens delar

I MIG 2015:4 redogjorde domstolen för samtliga omständigheter som ansågs vara relevanta för bedömningen om det föreligger särskilt ömmande omständigheter och gjorde en avvägning mellan dessa för att komma fram till ett beslut. Barnets bästa beaktades inte uttryckligen, vad barnets intressen är identifierades inte och det gjordes ingen tydlig proportionalitetsbedömning mellan barnets bästa och motstående intressen. Eftersom Migrationsöverdomstolen i fallet hänvisade till hur barnets bästa regleras i utlänningslagen måste det antas ha vägts in i beslutet, men det går inte att urskilja något resonemang i domstolens bedömning där barnets bästa var i centrum och resonerades utifrån. I MIG 2020:24 var det väldigt tydligt att barnets bästa identifierades i en individuell bedömning som omfattade hur en utvisning hade påverkat barnet i fråga. Därefter fastställdes uttryckligen vad

barnets bästa var. Domstolen använde sedan resultatet av denna bedömning som ett intresse bland många i en proportionalitetsbedömning. Prövningen landade i ett beslut, i detta fall att barnets bästa skulle få företräde.

Regeringen anförde i samband med inkorporeringen att barnets bästa ska användas som ett tillvägagångssätt genom en beslutsprocess som redogör för hur barnets bästa beaktas, vad som anses utgöra barnets bästa, vilka omständigheter beslutet grundas på och hur avvägningen mellan de relevanta intressena gjorts. Förarbeten är inte bindande för rättstillämparen men efter det att domstolen i MIG 2020:24 genomgående använde sig av barnets bästa som tillvägagångssätt för att komma fram till sitt beslut kan metoden anses ha bekräftats som grundläggande utgångspunkt för bedömningen. Eftersom barnets bästa som tillvägagångssätt inte omnämns i lag eller förarbeten innan inkorporeringen kan slutsatsen dras att det var denna som låg till grund för den förändrade beslutsprocessen i rättspraxis.

8.2 Bedömningen av omständigheter till grund för anpassning till Sverige

8.2.1 Illegal vistelsetid

En del av barnets bästa är att barn ska ses som rättighetsbärare och få sina egna asylskäl prövade som individer, och inte som en del av sin familj. I förarbeten har detta synsätt betonats sedan utlänningslagen stiftades men samtidigt har utgångspunkten varit att illegal vistelsetid inte kan ligga till grund för särskild anpassning till svenska förhållanden. Undantag har eventuellt kunnat göras för barn. När barnrättsperspektivet utvecklades uttalade regeringen att barns bristande möjlighet att påverka sin vistelse måste kunna beaktas i bedömningen. Mot bakgrund av detta talar förarbeten för att illegal vistelsetid kan beaktas, om rättstillämparen finner att situationen föranleder ett undantag.

I MIG 2015:4 beaktade Migrationsöverdomstolen att barnets vistelse varit illegal i bedömningen av barnets anpassning till Sverige, trots att barnet inte ansågs haft möjlighet att påverka detta. Domstolen beaktade detta inom ramen för bedömningen om anknytning. I MIG 2020:24 gjorde Migrationsöverdomstolen en liknande bedömning som i MIG 2012:13 och beaktade att vistelsetiden varit illegal i en proportionalitetsbedömning efter det att anknytningen etablerats. Domstolen vägde faktumet att vistelsetiden varit illegal som ett led i statens intresse att reglera invandringen mot barnets bästa, och kommer fram till att principen om barnets bästa ska få företräde i det enskilda fallet.

Baserat på det få antal fall som avgjorts sedan konventionens inkorporering kan man ännu inte dra slutsatser kring om vistelsetidens legalitet är avgörande i bedömningen om särskild anknytning. Detta då Migrationsöverdomstolen inte har varit enhetlig i sin bedömning. Vid en sammanvägd tolkning av förarbeten och praxis framstår det att illegal vistelsetid som utgångspunkt inte ska beaktas, men att undantag kan göras för barn. MIG 2012:13 och MIG 2020:24 får anses vara exempel på när ett sådant undantag kan göras. Barnet bedöms således inte fullt ut som en egen individ och rättighetsbärare, utan påverkas av bedömningen av familjen, inkorporeringen har därför i detta avseende inte inneburit någon betydande förändring. I MIG 2020:24 anfördes att barnets bästa måste väga tyngre än statens intresse att reglera invandringen för att domstolen ska döma enligt barnets bästa. Om illegal vistelsetid även i framtiden beaktas i en proportionalitetsbedömning kan rättsläget sägas ha förändrats, och MIG 2020:24 kan utgöra en precisering av tidigare praxis, men för närvarande är det oklart.

8.2.2 Barnets koppling till hemlandet

Vid inkorporeringen av barnkonventionen anförde regeringen att barnet ska ses som en egen rättighetsbärare med egna åsikter som måste beaktas vid bedömningen av barnets bästa. Om det slutgiltiga beslutet inte är i enlighet med barnets vilja måste anledningen till det tydligt motiveras.

Bedömningen av barnets koppling till hemlandet i MIG 2015:4 gjordes med hänsyn till vad som tidigare uttalats generellt i förarbeten om vad ett återvändande innebär för ett barn. Barnets vilja beaktades inte uttalat i MIG 2015:4 och det gjordes därmed ingen tydlig motivering av varför ett utvisningsbeslut togs och om detta var i linje med barnets vilja eller inte. I MIG 2020:24 anfördes att barnet i fråga hade förutsättningarna att anpassa sig till föräldrarnas hemland vid en utvisning. Migrationsöverdomstolen fäste dock vikt vid att barnet hade en negativ inställning till landet och inte vill flytta dit. Domstolen drog slutsatsen att trots att barnet förmodligen skulle klara av att flytta till hemlandet med sina föräldrar utan att det skulle innebära en allvarlig skada på den psykosociala utvecklingen, så var detta inte barnets vilja.

I bedömningen av särskilt ömmande omständigheter beaktade domstolen barnets inställning till hemlandet i MIG 2020:24, till skillnad från bedömningen som gjordes i MIG 2015:4. Vilka omständigheter som kan bli aktuella i varje enskilt fall kan variera, då det ska göras en helhetsbedömning i 5 kap. 6 § UtLL. Mot bakgrund av hur barnets bästa i artikel 3 ska tolkas enligt förarbeten och hur domstolen dömde i MIG 2020:24 bör det dock anses vara gällande rätt att barnets vilja att stanna i Sverige ska inkluderas i bedömningen inom ramen för barnets bästa som tillvägagångssätt. Detta ska således vägas in även vid bedömningen av barnets koppling till hemlandet. Eftersom det först var i förarbeten till inkorporeringen av barnkonventionen som det betonades att barnets vilja skulle beaktas, kan slutsatsen dras att detta föranlett förändringen i praxis som framgår av MIG 2020:24.

8.3 Barnets bästa som ett öppet koncept

Barnets bästa har sedan barnkonventionen ratificerades i förarbeten tolkats som ett öppet koncept, där en helhetsbedömning ska göras i varje enskilt fall. Det förutsätter en individuell bedömning av alla omständigheter som inte är

bunden av rättsliga ställningstaganden. Detta har samtidigt kompletterats av generella exempel i förarbeten på hur barnets bästa kan tolkas.

I MIG 2015:4 använde sig Migrationsöverdomstolen av bestämda presumtioner för att avgöra vad som var barnets bästa, och det gjordes ingen individuell bedömning. Samtliga omständigheter som fördes fram i MIG 2015:4 återfinns i förarbeten. I MIG 2020:24 användes också dessa presumtioner för att fastställa vad som utgjorde barnets bästa, men det gjordes i större utsträckning avsteg från dessa. Domstolen tog här hänsyn till andra omständigheter än de som anges i förarbeten till 5 kap. 6 § UtLL. Bland annat hänvisade domstolen till barnets inställning till hemlandet, att ett återvändande hade lett till att barnet mått dåligt och att barnet var i en identitetsskapande ålder med sociala relationer utanför familjen. Trots att domstolen i MIG 2020:24 inte endast beaktade de rättsliga presumtionerna i förarbeten, så är bedömningen, vid en jämförelse mellan förarbeten och prejudikat, fortfarande inte öppen. Ett exempel är att Migrationsöverdomstolen i MIG 2020:24 utgick från presumtionen att ett återvändande till hemlandet inte skadar barnets psykosociala utveckling, även om domstolen senare dömde i motsats till detta.

Därtill baserades en del av de beaktade omständigheterna på statiska värden, bland annat en beräkning av vistelsetid och formativa år. Formativa år har kontinuerligt använts som måttstock i bedömningen av barnets anknytning baserat på vistelsetid av Migrationsöverdomstolen sedan Europadomstolens avgörande i *Osman mot Danmark*. Det anges ingenting i förarbeten om att det ska göras en prövning av formativa år, tvärtom fastställs att det inte går att ange en gräns för hur länge ett barn måste vistas i Sverige för att uppnå en särskild anknytning. I och med att Migrationsöverdomstolen vidhållit bedömningen konsekvent, kan dock sägas att det enligt gällande rätt ska göras en sådan prövning. Fasta värden i bedömningen av barnets bästa, som formativa år, frångår idén om att det ska göras en individuell bedömning.

Det står inte klart att barnets bästa bedöms så förutsättningslöst som Schiratzki hävdar att det ska göras, då bedömningarna i målen i övervägande del baseras på förarbetsuttalanden. Mot bakgrund av detta är bedömningen som enligt gällande rätt ska göras av barnets bästa inte i linje med det öppna koncept som beskrivs i förarbeten och doktrin. Inkorporeringen av barnkonventionen har således inte inneburit en förändring i hur barnets bästa ska tolkas och bedömas i detta avseende.

8.4 Slutsats

Inkorporeringen av barnkonventionen har framför allt påverkat tillvägagångssättet för bedömningen av barnets bästa i prövningen av särskilt ömmande omständigheter som grund för uppehållstillstånd. Detta kan i stort komma att innebära att barnets bästa i fortsättningen kommer belysas i de beslut som berör barn och att motiveringen bakom beslutet blir mer transparent då den öppet ska redovisas. Ytterligare kan inkorporeringen leda till att barnets bästa får avgörande vikt vid beslut, även om det alltid först ska vägas mot motstående intressen. Syftet bakom inkorporeringen kan därför sägas ha uppnåtts, då rättstillämparen tagit fasta på förarbetens instruktioner gällande hur barnets bästa bör tolkas och barnets intressen genomsyrt hela beslutsprocessen. Bedömningen som görs av barnets bästa i prövningen av särskilt ömmande omständigheter bör kunna få påverkan på andra beslut som rör barn som prövas mot utlänningslagen då 1 kap. 10 § gäller för hela lagen.

En ytterligare observation är att barnets vilja sedan inkorporeringen beaktats i större utsträckning. Det är däremot oklart om barnet betraktas som en självständig rättighetsbärare i det hänseende att hen har rätt till en individuell prövning oberoende av sin familj. Detta kan leda till att barn även fortsättningsvis inte ses som självständiga individer med egna rättigheter. Från analysen står det klart att barnets bästa inte konsekvent tillämpas som ett öppet koncept. Som konstaterats av Dane så gör tillämpningen av barnets bästa som ett låst koncept rättstillämpningen mer förutsägbar, men det kan

samtidigt riskera att en generell tolkning av vad som utgör barnets bästa tillämpas istället för att en individuell bedömning görs i varje enskilt fall. Relevanta omständigheter som inte omnämns i förarbeten kan då riskera att inte beaktas, vilket äventyrar att barnet får sina intressen tillgodosedda i enlighet med barnets bästa i barnkonventionen.

Utifrån analysen kan slutsatsen dras att det finns uppenbara skillnader i hur barnets bästa stått i fokus i de två jämförda rättsfallen. De långtgående effekterna av inkorporeringen av barnkonventionen i svensk lag kommer dock ej gå att fastslå med säkerhet förrän antalet avgjorda domar blivit fler. I väntan på dessa kan ovanstående observationer bringa klarhet i hur rättsläget utvecklats och ses som en indikation på hur framtida migrationsärenden där barn är involverade kan komma att påverkas av inkorporeringen av barnkonventionen.

9 Käll- och litteraturförteckning

9.1 Litteratur

Bengtsson, Bertil, *Om departementspromemorior*, SvJT 2010, andra häftet, s. 105–119.

Bernitz, Ulf – Mia, Carlsson – Heuman, Lars – Leijonhufvud, Madeleine – Magnusson Sjöberg, Cecilia, *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, fjortonde upplagan, Stockholm: Wolters Kluwer 2017.

Dane, Louise, *Den reglerade invandringen och barnets bästa: barns rätt till familjeliv och privatliv enligt barnkonventionen, Europakonventionen, EU-rätten och svensk utlänningslagstiftning*, Stockholm University u.o. 2019.

Ibetsson, David, ‘Comparative legal history: a methodology’ i Musson Anthony – Stebbings, Chantal, *Making legal history Approaches and Methodologies*, Cambridge: Cambridge University Press 2012.

Lundberg, Anna, *Principen om barnets bästa i asylprocessen – ett konstruktivt verktyg eller kejsarens nya kläder?* Malmö: Malmö Institute for Studies of Migration, Diversity and Welfare 2009.

Kleineman, Jan, ‘Rättsdogmatisk metod’ i Nääv, Maria; Zamboni Mauro (red.s) *Juridisk metodlära*, Lund, Studentlitteratur AB 2018.

Sandesjö, Håkan, *Barnrättsperspektivet i utlänningslagen*, första upplagan, u.o. Norstedts Juridik 2013.

Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt samhälle: En rättsvetenskaplig undersökning*, första upplagan, Stockholm: Juridiska fakulteten, Stockholms universitet 2000.

Thorburn Stern, Rebecca, *Innebörden av "svenskt konventionsåtagande" – svårare att tolka än man tror*, SvJT 2020, andra häftet, s. 120–136.

9.2 Offentligt tryck

Kommittédirektiv

Dir. 2013:35 *Översyn av barnets rättigheter i svensk rätt.*

Dir. 2015:17 *Tilläggsdirektiv till Barnrättighetsutredningen (S 2013:08).*

Propositioner

Prop. 1989/90:107 *Om godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter.*

Prop. 1996/97:25 *Svensk migrationspolitik i ett globalt perspektiv.*

Prop. 2004/05:170 *Ny instans- och processordning till utlänningslagen.*

Prop. 2013/14:216 *Särskilt ömmande omständigheter.*

Prop. 2015/16:174 *Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.*

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

Utredningsbetänkanden

SOU 2016:19 *Barnkonventionen blir svensk lag.*

Ds 2019:23 *Vägledning vid tolkning och tillämpning av FN:s konvention om barnets rättigheter.*

SOU 2020:63 *Barnkonventionen och svensk rätt.*

9.3 Traktat

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 maj 1969, Vol 1155 UNTS (s 331), SÖ 1988:36.

9.4 Elektroniska källor

Committee on the Rights of Child: Concluding observations on the fifth periodic report of Sweden (CRC/C/CWE/CO/5), 2015-06-03
(<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhss72%2fq1eVoP7zI6aqBceevrVfldBYT43i90sc90HdiW%2bDqnmuiwXj15G5r1mIs5j64ND9102EyeCglmd1n20cKUXlggSSiTeGbN6Eh4iTRQ>), hämtad 2021-14-12.

Committee on the Rights of Children: ‘*General comment No. 6 (2005) Treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*’, (CRC/GC/2005/61), september 2005,
(<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhssiQql8gX5Zxh0cQqSRzx6ZfXmRo9mdg35%2bm8BvAjgXjOPXPQUmY0uSJjNwpdL6bFpqljfu3aX2s6Yi1797MERXI29uw8wUJlTT3kCKSbL1T9>) hämtad 2021-12-14.

Committee on the Rights of the Children: ‘*General comment no. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (art. 3, para.1)*’, (CRC/C/GC/14), 2013-05-29
(<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsqIkirKQZLK2M58RF%2f5F0vEAXPu5AtSWvliDPBvwUDNUfn%2fyTqF7YxZy%2bkauw11KCIJiE%2buI1sW0TSbyFK1MxqSP2oMIMyVrOBPKcB3Y1%2fMB>), hämtad 2021-12-03.

FN:s kommitté för barnets rättigheter: ‘*Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 6 (2005) Behandlingen av ensamkommande barn och barn som har skilts från föräldrarna utanför ursprungslandet*’, (CRC/C/GC/6), svensk översättning av Barnombudsmannen december 2012,
(<https://www.barnombudsmannen.se/globalassets/dokument/barnkonventionen/allmanna-kommentarer/allman-kommentar-nr-6.pdf>) hämtad 2021-12-14.

FN:s kommitté för barnets rättigheter: *'Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 14 (2013) om Barnets rätt att i första hand få beaktat vad som bedöms vara barnets bästa'*, (CRC/C/GC/14), svensk översättning av Barnombudsmannen, mars 2014

(<https://www.barnombudsmannen.se/globalassets/dokument/barnkonventionen/allmanna-kommentarer/allman-kommentar-nr-14.pdf>) hämtad 2021-12-03.

United Nations Treaty Collection: '11. d Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a communications procedure', (https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-V-11-d&chapter=4), hämtad 2021-12-17.

9.5 Rättsfallsförteckning

Migrationsöverdomstolen

MIG 2012:13.

MIG 2015:4.

MIG 2018:20.

MIG 2020:24.

Europadomstolen

Osman v. Denmark, no. 38058/09, 14 juni 2011.