



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Emma Bertilsson

# Uppehållstillstånd - en (o)möjlighet för det tvångsomhändertagna barnet?

- En undersökning om principen om barnets bästa och rätten till privat- och familjeliv

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Yana Litins'ka

Termin för examen: Period 1, VT2022

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>3</b>
1.1 Bakgrund	3
1.2 Syfte och frågeställning	5
1.3 Metod och material	5
1.4 Tidigare forskning	8
1.5 Avgränsningar	11
1.6 Disposition	12
<b>2 PRINCIPEN OM BARNETS BÄSTA</b>	<b>13</b>
2.1 Inledande kommentar	13
2.2 Bakgrund och uppkomst	13
2.3 En grundläggande princip	16
2.4 De tre funktionerna av principen om barnets bästa	18
2.4.1 Inledande kommentar	18
2.4.2 Materiell rättighet	19
2.4.2.1 Barnets bästa i regler om uppehållstillstånd	19
2.4.2.2 Barnets bästa vid tvångsomhändertagande	24
2.4.3 Processuell regel	26
2.4.4 Tolkningsprincip	30
2.4.4.1 Bedöma barnets bästa i en rättighetskonflikt	30
2.4.4.2 Barnets bästa vägs mot andra intressen	34
2.5 Europarätten och principen om barnets bästa	35
2.6 Sammanfattning	37
<b>3 ETT BARNES RÄTT TILL PRIVAT- OCH FAMILJELIV</b>	<b>40</b>
3.1 Inledande kommentar	40
3.2 Barnkonventionen	41
3.2.1 Om artikel 16	41
3.2.2 Ett skyddsvärt privat- och familjeliv	44
3.2.3 Tillåtna inskränkningar	46
3.3 Europarätt	47

3.3.1	Om artikel 8	47
3.3.2	Ett skyddsvärt privat- och familjeliv	50
3.3.3	Tillåtna inskränkningar	52
<b>3.4</b>	<b>Sammanfattning</b>	<b>55</b>
<b>4</b>	<b>MIGRATIONSDOMSTOLENS AVGÖRANDE</b>	<b>57</b>
<b>4.1</b>	<b>Inledande kommentar</b>	<b>57</b>
<b>4.2</b>	<b>Beslut om nekat uppehållstillstånd</b>	<b>57</b>
4.2.1	Fall 1 – UM 1089-19	57
4.2.2	Fall 2 – UM 3447 - 20	59
4.2.3	Fall 3 – UM 5436 - 21	60
4.2.4	Fall 4 – UM 5859 - 20	62
4.2.5	Fall 5 – UM 8194 -20	63
<b>4.3</b>	<b>Beslut om uppehållstillstånd/återförvisning</b>	<b>64</b>
4.3.1	Fall 6 – UM 297-20/UM 299-20	64
4.3.2	Fall 7 – UM 2990 - 21	65
4.3.3	Fall 8 – UM 178-21	66
<b>4.4</b>	<b>Sammanfattning</b>	<b>68</b>
<b>5</b>	<b>DISKUSSION</b>	<b>70</b>
<b>6</b>	<b>SLUTSATS</b>	<b>79</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>80</b>

# Summary

Children in an asylum process are especially exposed in society. Therefore, a high standard is expected of the law enforcer's investigation and assessment of the best interest of the child, within the rules for residence permit in the Aliens Act (2005:716).

The regulation of the best interest of the child in the Aliens Act (2005:716) protect the child's right to health and development which to a certain extent is dependent on the child's family environment. However, for some asylum-seeking children the family environment has been deemed a risk for the child's health and development, and therefore the child seeking asylum has been placed in a family home.

The purpose of the essay is to investigate how the principle of the best interest of the child and the right to respect for private and family life is read in the assessment of the Swedish rules for residence permits regarding asylum seeking children, who has been placed in a family home for social preventive care.

The investigation is conducted through the legal dogmatic method and with a case analysis. The legal rulings that are investigated are from the migration court and are delimited to the year 2021, which is the year after the UN Convention of the Rights of the Child were incorporated in Swedish law.

The result of the essay is that the relationship between the principle of the rights of the child and the right to respect for private and family life in the assessment of the Swedish rules for residence permit, is problematic. The open phrasing of these regulations in combination with the migration court's lack of adequate grounds for decision, means an insecurity in the rule of law for asylum seeking children who has been placed in social preventive care.

# Sammanfattning

Barn i en asylprocess är särskilt utsatta i samhället. Det ställs därför höga krav på rättstillämparens utredning och bedömning av vad som är det bästa för barnet inom reglerna för uppehållstillstånd i utlänningslagen (2005:716).

Bestämmelsen om barnets bästa i utlänningslagen (2005:716) skyddar särskilt barnets rätt till hälsa och utveckling där barnets familjemiljö anses essentiell. Men för vissa asylsökande barn har den biologiska familjen ansetts utgöra skada för barnets hälsa och utveckling och barnet har därmed tvångsomhändertagits och placerats i ett familjehem.

Uppsatsens syfte är att undersöka hur principen om barnets bästa och rätten till privat- och familjeliv förstås i svensk rätt inom bedömningen av svenska uppehållstillståndsregler för barn som både söker asyl och som genom tvångsomhändertagande placerats i ett familjehem.

Undersökningen genomförs utifrån den rättsdogmatiska metoden med en rättsfallsanalys. De rättsliga avgöranden som undersöks är från migrationsdomstolen och har avgränsats till år 2021, året efter barnkonventionen inkorporerades i svensk lag.

Uppsatsen resulterar i att relationen mellan principen om barnets bästa och rätten till respekt för privat- och familjeliv i en bedömning av uppehållstillstånd är problematisk. Bestämmelsernas öppna formuleringar i kombination med migrationsdomstolens bristande motiveringar innebär en rättsosäkerhet för tvångsomhändertagna barn som söker asyl.

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Det är en grundläggande mänsklig rättighet för barn att få särskild omvårdnad.<sup>1</sup> Dessutom är lycka, kärlek, förståelse och en uppväxt i familjemiljö essentiellt för ett barns fulla utveckling.<sup>2</sup> Detta konstateras i inledningen till barnkonventionen som sedan 2020 är svensk lag.<sup>3</sup>

Det förekommer dock situationer när barnets familjemiljö anses utgöra en risk för barnets utveckling. När det finns en påtaglig risk för den unges hälsa eller utveckling med anledning av fysisk eller psykisk misshandel, otillbörligt utnyttjande, brister i omsorgen eller något annat förhållande i hemmet kan barnet tvångsomhändertaras och placeras i familjehem.<sup>4</sup> Det föreskrivs i svensk grundlag att den offentliga makten ska verka för att tillvarata barns rätt, värna om individens rätt till privat- och familjeliv och särskilt trygga rätten till social omsorg, trygghet och hälsa för alla människor.<sup>5</sup>

Men ett tvångsomhändertaget barn som också är asylsökande kan hamna i en prekär situation när barnet placeras i familjehem och föräldrarna får beslut om utvisning. Då måste rättstillämparen ta ställning till om barnet ska stanna i Sverige eller utvisas med sina föräldrar. I bedömningen ska hänsyn tas till vad som är det bästa för barnets hälsa och utveckling.<sup>6</sup>

Eftersom barnets utveckling är beroende av en uppväxt i familjemiljö måste rättstillämparen också bedöma om familjemiljön som speglar barnets bästa är familjehemsfamiljen eller den biologiska familjen.

---

<sup>1</sup> Inledningen till lagen (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen), punkt 4.

<sup>2</sup> Ibid, punkt, 6.

<sup>3</sup> Socialdepartementet, *"Barnkonventionen som svensk lag"*.

<sup>4</sup> 2 §, lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (LVU).

<sup>5</sup> 1 kap 2 § Regeringsformen.

<sup>6</sup> 1 kap 10 § utlänningslagen (2005:716).

Den invandringspolitiska debatten skildrar ofta utvisningsbeslut av barn som något uteslutande negativt och hemskt.<sup>7</sup> Men även om mycket talar för att växa upp i Sverige är fördelaktigt är ett utvisningsbeslut vanligtvis en svår avvägning mellan alternativ som båda har för- och nackdelar för barnet. En etnocentrisk syn där en framtid i Sverige är bäst för alla oavsett kultur, språk, bakgrund eller tillhörighet är problematisk i sig och tas avstånd ifrån i förarbeten och prejudikat i relation till principen om barnets bästa.<sup>8</sup> Samtidigt framhävs orimligheten i överlämnandet av ett barn till vanvårdande vårdnadshavare som i praktiken innebär en risk för barnets liv och hälsa.<sup>9</sup> Sedan 2008 har ett flertal skriftliga frågor och motioner inlämnats till regeringen med kritik mot bestämmelsen som resulterar i att barn utelämnas till föräldrar som bedömts vara en fara för dem.<sup>10</sup>

”Även när det är rätt kan det bli fel.”<sup>11</sup> Så uttrycker barnrättsorganisationen Barnens rätt i samhället (BRIS) situationen när barn faller mellan stolarna och tar skada trots att ett myndighetsbeslut varit i enlighet med svensk lag.<sup>12</sup> Att barn faller mellan stolarna i överlappningen mellan just migrationslagstiftningen och lagen (1990:52) om vård av unga (LVU) är dessutom något som Barnombudsmannen Elisabeth Dahlin menar varnats om sedan 2016.<sup>13</sup>

Forskare inom barnrätt förtydligar att även om en krock mellan migrationslagstiftning och skyddslagstiftning ”kanske är ofrånkomlig[t]”<sup>14</sup>

---

<sup>7</sup> Backlund, Å, m.fl. ”Ovärdigt att utvisa placerade barn”.

<sup>8</sup> Prop. 1996/97:25, s. 248; MIG 2015:4.

<sup>9</sup> Prop. 1996/97:25, Bilaga 3, s. 313.

<sup>10</sup> Skriftlig fråga 2008/09:695 ”*Utvisning av barn omhändertagna enligt lagen om vård av unga*”, 4 mars 2009; Motion 2011/12:Sf328, ”*Utvisning av barn som vårdas enligt LVU*”, 3 oktober 2011; Motion 2013:14:Sf242, ”*Utvisning av barn som står under LVU-beslut*”, 3 september 2013; Motion 2013/14:Sf232, ”*LVU ska ges företräde framför utlänningslagen*”, 30 september 2013.

<sup>11</sup> Jägerskog, M; Bennwik, E och Angsell, M, ”Socialtjänstlagen – en viktig nyckel för barnets rättigheter i praktiken”.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Svensson, A.H, ”BO om utvisning av barn: Riksdagen måste sätta ner foten”.

<sup>14</sup> Backlund, Å, m.fl. ”Ovärdigt att utvisa placerade barn”.

bör barnkonventionen och rätten till familjeliv i viss mån ge barn rätt att inte skiljas från sitt familjehem.<sup>15</sup>

## 1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsens syfte är att undersöka hur principen om barnets bästa och rätten till privat- och familjeliv förstås inom ramen för reglerna om uppehållstillstånd för asylsökande barn som tvångsomhändertagits från sina föräldrar.<sup>16</sup> Med *förstås* menar jag dels hur lagstiftningen är formulerad, samt hur rättstillämparen faktiskt tillämpar principen om barnets bästa och rätten till respekt för privat- och familjeliv i avgöranden om uppehållstillstånd.

För att uppnå syftet ska följande frågeställningar besvaras:

- Vad innebär principen om barnets bästa i bestämmelser om uppehållstillstånd för asylsökande barn?
- Vad innebär rätten till privat- och familjeliv för asylsökande barn som omhändertagits?
- Hur återspeglar migrationsdomstolen principen om barnets bästa och rätten till privat- och familjeliv i mål som rör asylsökande barn som tvångsomhändertagits?

## 1.3 Metod och material

Den relevanta metoden för denna uppsats är den rättsdogmatiska metoden. Den rättsdogmatiska metoden innebär att svar på frågor söks i rättskällor. I Sverige räknas lagtext, förarbeten och prejudikat som rättskällor, men även doktrin och annan forskning används ofta inom ramen för rättsdogmatiken.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Backlund, Å, m.fl. "Ovärdigt att utvisa placerade barn".

<sup>16</sup> 2 § LVU.

<sup>17</sup> Kleineman, J. "Rättsdogmatisk metod.", s. 36.



I uppsatsen kommer FN:s barnrättskommittés allmänna kommentarer om barnkonventionens bestämmelser tillmätas stor vikt i bedömningen om hur barnets bästa förstås i svensk rätt. Enligt den allmänna tolkningsprincipen om fördragskonform tolkning är nämligen svenska myndigheter skyldiga att tolka svensk lag i ljuset av internationella konventionsåtaganden.<sup>18</sup> Det indikerar att förståelsen av den svenska lagen, lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter, bör förstås i ljuset av barnkonventionens innebörd internationellt.

Allmänna kommentarer från internationella kommittéer är visserligen inte juridiskt bindande, men har utvecklats till ett viktigt tolkningsinstrument både nationellt och internationellt.<sup>19</sup> Sverige har dessutom erkänt barnrättskommitténs uppdrag att granska konventionsstaternas arbete för att förverkliga barnkonventionens bestämmelser.<sup>20</sup> Regeringen har i förarbeten till inkorporeringen av barnkonventionen betonat att allmänna kommentarer för konventionskommittéer kan utgöra ett viktigt tolkningsunderlag vid tillämpning av barnkonventionens bestämmelser.<sup>21</sup> Det faktum att allmänna kommentarer inte nämns explicit som ett tolkningsunderlag i wienkonventionen om traktaträtt<sup>22</sup> anses, mot bakgrund av ovanstående, inte förhindra användningen av kommentarerna som rättskällor i detta fall med syfte att undersöka principen om barnets bästa. Uppsatsens rättdogmatiska metod lutar sig därför i första hand mot svenska förarbeten och lagtext men använder också den internationella regleringen som tolkningsverktyg för vad den svenska rätten innebär.

Utöver internationell och svensk rätt används även regional europarätt i uppsatsen. De relevanta europarättsliga källorna är artikel 8 europakonventionen om rätten till privat- och familjeliv samt

---

<sup>18</sup> Ds 2019:23, s. 61.

<sup>19</sup> SOU 2020:63, s. 117.

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> Prop. 2017/18:186 s. 84.

<sup>22</sup> Wienkonventionen, SÖ 1975:1.

Europadomstolens avgöranden. Till skillnad från de svenska och internationella rättskällor som används finns inga förarbeten till EKMR. Däremot är Europadomstolens avgöranden direkt bindande för Sverige. Därför är Europadomstolens avgöranden relevanta inom den rättsdogmatiska metoden främst i förståelsen av rätten till privat- och familjeliv men används även för att belysa förståelsen av den internationella principen om barnets bästa.

För att se hur gällande rätt tolkas kommer avgöranden från underrätten migrationsdomstolen belysas. De prejudikat som finns av Högsta Förvaltningsdomstolen (HFD) och Migrationsöverdomstolen är antingen om barnets bästa och uppehållstillstånd, eller barnets bästa och omhändertagande. Ett centralt avgörande från 2020 behandlade principen om barnets bästa gentemot statens intresse av reglerad invandring.<sup>23</sup> I HFD förekommer prejudikat gällande barnets bästa och omhändertagande enligt LVU om förutsättningar för vård enligt 2 § LVU<sup>24</sup> och utredningsskyldigheten för Socialtjänsten.<sup>25</sup> Något prejudicerande avgörande från Migrationsöverdomstolen angående barnets bästa där den asylsökande själv är omhändertagen enligt LVU har inte hittats. För att analysera rättstillämparens faktiska förståelse av barnets bästa i dessa fall kommer därför rättsfallsanalysen i uppsatsen behandla avgöranden från migrationsdomstolen där den asylsökande själv är omhändertagen enligt LVU.

Migrationsdomstolen är en underrätt och avgöranden kan inte tillmätas någon större rättslig betydelse självständigt. Däremot kan rättstillämparens förståelse och beaktande av principen om barnets bästa för omhändertagna asylsökande barn analyseras och möjligen resultera i en indikation om rättsläget.

---

<sup>23</sup> MIG 2020:24.

<sup>24</sup> HFD 2018 ref. 6; HFD 2011 ref. 6.

<sup>25</sup> RÅ 2008 ref. 55.

De rättsfall som behandlas i rättsfallsanalysen har hittats i databasen JPinfonet.com med sökorden ("LVU" + "Utvisning"). Eftersom uppsatsen vill undersöka i vilken utsträckning och på vilket sätt barnets bästa tillämpas är det viktigt att även uppmärksamma de fall som inte nämner principen om barnets bästa. Därför har "barnets bästa" uteslutits som sökord. Istället har en avgränsning gjorts genom att endast undersöka resultat från 2021. Året 2021 valdes eftersom under 2020 var barnkonventionen ny som svensk lag och lagstiftarens vägledning publicerades först i december 2020. Med anledning av att få fall hann publiceras under 2022 innan uppsatsen påbörjades valdes därför 2021.

Vid sökningen gav databasen 47 träffar. Av 47 fall om LVU och utvisning under 2021 handlade endast 8st om asylsökande barn som tvångsomhändertagits enligt LVU 2 §. Resterande träffar handlade om förvar (8st), sökande som inte längre var omhändertagen enligt LVU eller var vuxna (21st), tillstånd för omprövning (5st), ensamkommande (1st) eller vårdats på annan grund inom LVU (1st). I två fall har barnet placerats med tillåtelse men fastnat i sökmotorn ändå och i ett annat fall har sökmotorn tolkat namnet Lyu som LVU och är därför irrelevanta för arbetet. Av de 8 fall som kommer behandlas inom ramen för denna uppsats är 5st från Förvaltningsrätten i Göteborg och 3st från Förvaltningsrätten i Stockholm.

## 1.4 Tidigare forskning

Forskningen som gjorts är relativt omfattande och migrationsrätt är dessutom ett rättsområde som ständigt utvecklas. Den senaste forskningen om barnets bästa i migrationsrättslig kontext är den omfattande avhandlingen *Den reglerade invandringen och barnets bästa (2020)* där Louise Dane utreder hur barnets bästa bör bedömas i olika migrationsrättsliga ärenden utifrån de grundläggande offentlighetsrättsliga principerna; *legalitet*, *objektivitet*, *proportionalitet* och *motiveringsskyldighet*. Där framgår att förklaringarna från både lagstiftare och rättstillämpare angående hur avvägningarna mellan

intresset av den reglerade invandringen och barnets bästa är oklara. Dessutom framhävs att synliggörande av migrationsrättsliga avvägningar är essentiellt för att den enskilde ska acceptera ett beslut där barnets bästa fått stå tillbaka för ett annat intresse (t.ex. reglerad invandring).<sup>26</sup> Eftersom avhandlingens syfte var att utreda hur principen *bör* tillämpas i svensk migrationsrätt togs inte underrättsavgöranden i beaktande.<sup>27</sup>

I samband med barnkonventionens införande i svensk lag 2020 publicerades även en bok av flera forskare med koppling till Barnrättscentrum i Stockholm om hur barnkonventionen bör förstås i praktiken.<sup>28</sup> Forskningen täcker ett flertal rättsområden som socialrätt, migrationsrätt, processrätt, medicinsk rätt m.fl. I avsnittet om barnets rättigheter i migrationsprocessen behandlas principen om barnets bästa och barnets rätt till delaktighet. Det finns en försiktig optimism i slutsatsen om att inkorporeringen av barnkonventionen som svensk lag skulle kunna innebära att barnets bästa blir en självständig uppehållsgrund. Men även om inkorporeringen anses kunna leda till stärkt barnrättsligt skydd tros den största skillnaden vara en annan grundprincip i barnkonventionen, nämligen barnets rätt att få komma till tals.<sup>29</sup> Den praktiska tillämpningen av barnets rättigheter genom barnkonventionen har även undersökts utifrån ett tjänstemans perspektiv. I undersökningen *Barn i migrationsprocessen* av Anna Lundberg och Jacob Lind utfördes studier om hur tjänstemän på Migrationsverket fattar beslut om uppehållstillstånd för asylsökande barn.<sup>30</sup> Slutsatsen visade att barnets bästa främst ansågs relevant i bedömningen av uppehållstillstånd för humanitära skäl och att det faktum att barn kan ha egna skäl för att beviljas uppehållstillstånd på andra grunder tappats bort på vägen.<sup>31</sup>

Även tidigare forskning har behandlat ämnet om barnets bästa i relation till svensk migrationsrätt. I en rättsvetenskaplig undersökning från 2005

---

<sup>26</sup> Dane, L, *Den reglerande invandringen och barnets bästa*, s. 470.

<sup>27</sup> Ibid, s. 12.

<sup>28</sup> Åhman, K, m.fl, *Barnkonventionen i praktiken – rättsliga utmaningar och möjligheter*.

<sup>29</sup> Dane, L, Johansson Köves, A, *Barns rättigheter i migrationsprocessen*, s. 327.

<sup>30</sup> Lundberg, A & Lind, J, *Barn i migrationsprocessen*.

<sup>31</sup> Ibid, s. 87.

undersökte Johanna Schiratzki dels svensk rätt i förhållande till internationella konventioner, dels sambandet mellan svenska civil- och offentlig rätt.<sup>32</sup> I undersökningens slutsats konstateras en ojämlikhet när barnets bästa vägs mot intresset av reglerad invandring eftersom det i praktiken endast är utländska barns bästa som får stå tillbaka. Där framförs att genomslagskraften för barnets bästa i migrationsrätten främst är att uppehållstillstånd på humanitära skäl ska beviljas när barnets basala behov hotas.<sup>33</sup>

Även om denna uppsats primärt har migrationsrättsligt fokus vill jag även lyfta den forskning som gjorts om barnets bästa för omhändertagna barn eftersom frågeställningen fokuserar på just omhändertagna asylsökande barn i bedömningen om uppehållstillstånd. Titti Mattson har forskat om barns rätt i rättsprocessen utifrån rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi<sup>34</sup> samt om barn i familjehem och möjliga förbättringar.<sup>35</sup> Forskningen om barnets rätt i förhållande till tvångsomhändertagande verkar i stor utsträckning gälla barnets rätt att bli hörd och hur det förhåller sig till rätten till privat- och familjeliv. I en avhandling av Pernilla Leviner har detta förhållande förklarats som ett trepartsförhållande där de olika parterna går in med olika förhållningsregler och därmed skapas potentiellt en intressekonflikt.<sup>36</sup>

Jag har i detta avsnitt lyft fram den mest relevanta forskningen för uppsatsen, dvs forskning med koppling till migrationsrätt, tvångsomhändertagande eller båda. Forskningen har uteslutande gjorts på material från innan barnkonventionen blev svensk lag och även om Lundberg och Lind undersökt barnets bästa för asylsökande barn som omhändertagits, gjordes det på migrationsverkets beslut och dessutom fem år innan barnkonventionen blev

---

<sup>32</sup> Schiratzki, J, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige – en rättsvetenskaplig undersökning*.

<sup>33</sup> Ibid, s. 182.

<sup>34</sup> Mattsson, T. *Barnet och rättsprocessen: rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård*.

<sup>35</sup> Mattsson, T. & Vinnerljung, B. *Barn i familjehem. Förslag på åtgärder som skulle göra skillnad för samhällets mest utsatta*; Mattsson, T. *Barnet som subjekt och aktör: en rättslig studie om barn i familjehem*.

<sup>36</sup> Leviner, P, *Rättsliga dilemman i socialtjänstens barnskyddsarbete*, s. 21.

svensk lag. Jag anser därför att det finns utrymme för att undersöka förståelsen av principen om barnets bästa i svensk migrationsrätt för omhändertagna barn genom att begrunda underrättens tillämpning på liknande vis som Lundberg och Lind men med barnkonventionen som svensk lag. Dessutom med stöd av Danes omfattande forskning om hur barnets bästa bör fungera inom svensk migrationsrätt.

## 1.5 Avgränsningar

Frågan om barnets bästa i migrationsrätten som helhet är som nämnts i avsnittet för tidigare forskning ett tillräckligt stort ämne för en omfattande avhandling. Jag har därför begränsat undersökningen till asylsökande barn som omhändertagits med stöd av LVU. Ett omhändertagande enligt LVU kan ske antingen på grund av miljöskäl eller personliga skäl.<sup>37</sup> Denna uppsats kommer enbart fokusera på omhändertagande på grund av miljöskäl, dvs där familjesituationen innebär en risk för barnets hälsa eller utveckling. De barn som omhändertagits på grund av personliga skäl, exempelvis kriminellt agerande eller missbruk, utesluts eftersom kriminella handlingar är en faktor som bedöms vid bedömning av uppehållstillstånd. Dessutom missas en del av problematiken i den migrationsrättsliga bedömningen eftersom det då inte kan antas att en återförening med familjen innebär en risk för barnet. Visserligen kan barnet ses som en risk för sig själv om inte rätta insatser sätts in, men det lämnar jag till någon annan att beakta vid vidare forskning. Även omhändertagna ensamkommande barn kommer bortses från i denna uppsats eftersom deras omhändertagande inte kopplas till ett påtagligt skadligt beteende från föräldrarna utan snarare enbart på det faktum att föräldrarna inte befinner sig i landet.

De fall som belyses i rättsfallsanalysen är uteslutande ärenden där det omhändertagna barnet själv är asylsökande, antingen själv eller tillsammans med andra familjemedlemmar. Det beror på att jag vill undersöka barnets rätt

---

<sup>37</sup> 2–3 §§ LVU.

till familj och inte föräldrarnas rätt att få vara med sina barn. Uppsatsen omfattar därför inte tillämpningen av barnets bästa där asylsökande personen är en familjemedlem till ett omhändertaget barn. Det innebär också att barn med svenskt medborgarskap som omhändertagits enligt LVU inte heller diskuteras inom ramen för uppsatsen eftersom de inte kan vara asylsökande själva.

## 1.6 Disposition

Uppsatsen kan delas in i tre delar: en inledande del (kapitel ett), en huvuddel (kapitel två, tre och fyra) samt en avslutande del (kapitel fyra och fem).

I kapitel ett förklaras metoden som använts, uppsatsens syfte, frågeställningar och avgränsningar. Kapitlet avser ge läsaren en överblick över vad som väntas i uppsatsen.

I kapitel två, tre och fyra utreds uppsatsens tre frågeställningar. I kapitel två, undersöks principen om barnets bästa, det är en viktig del för förståelsen av uppsatsens övriga delar. Därefter kommer kapitel tre om rätten till privat- och familjeliv, vilket relateras till principen om barnets bästa. Denna bakgrundsförståelse för principen om barnets bästa och rätten till privat- och familjeliv möjliggör för läsarens förståelse av migrationsdomstolens avgöranden som redogörs för i kapitel fyra.

I kapitel fem diskuteras den information som redogjorts i tidigare kapitel för att utgöra uppsatsens slutsats i kapitel sex.

## 2 Principen om barnets bästa

### 2.1 Inledande kommentar

I detta avsnitt förklaras principens framväxt och hur den förstås av barnrättskommittén, svensk lagstiftare och Europadomstolen. Avsnittet ämnar ge läsaren förståelse för vad principen om barnets bästa innebär av instanser som den svenska rättstillämparen behöver ta hänsyn till. Utgångspunkten inom migrationsrätten är att staten själv har bestämmande rätt över vem som får befinna sig på statens territorium.<sup>38</sup> Detta uttryck för *statssoveräniteten*<sup>39</sup> begränsas dock genom olika internationella- och mellanstatliga avtal.<sup>40</sup>

För att undersöka principen om barnets bästa i svensk rätt måste den även till viss del sättas i internationell kontext, vilket kommer framställas i detta avsnitt.

### 2.2 Bakgrund och uppkomst

Principen om barnets bästa regleras i artikel 3.1 i FN:s barnkonvention från 1989 men nämndes redan 1959 i FN:s deklaration om barnets rättigheter.<sup>41</sup> Barnets bästa är en princip med ursprung i de fundamentala tankarna om barnets särskilda sårbarhet som medför ett behov av skydd i beslutsfattande om barn.<sup>42</sup> Den ursprungliga versionen av principen om barnets bästa från 1959 innebar att barn skulle ges särskilt skydd för att ”fysiskt, psykiskt, moralisk, andligen och socialt utvecklas på ett sunt och normalt sätt och under

---

<sup>38</sup> Prop. 1996/97:25, s. 228; Dane, L, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 73.

<sup>39</sup> Artikel 2.1, United Nations, *Charter of the United Nations*, 24 oktober, 1945.

<sup>40</sup> Dane, L, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 73.

<sup>41</sup> SOU 2020:63, s. 178; Deklarationen om barnets rättigheter antagen av FN:s generalförsamling genom resolution 14/1386 den 20 november 1959.

<sup>42</sup> SOU 1997:116, s. 56.



fria och värdiga betingelser”<sup>43</sup> Denna formulering finns hänvisad till även i inledningen till dagens barnkonvention och är därför enligt internationella tolkningsprinciper fortfarande vägledande i hur bestämmelsen om barnets bästa ska tolkas.<sup>44</sup> Men innan barnkonventionen formades var det deklARATIONEN från 1959 som uttryckligen framhävde principen om barnets bästa även om andra internationella konventioner om mänskliga rättigheter också gäller för barn.<sup>45</sup>

När Polen 1978 tog initiativet till en konvention specifikt för barnets rättigheter var inställningen tveksam från de övriga medlemsländerna i FN.<sup>46</sup> Det största motargumentet var att barnets rättigheter redan omfattades av ramverket för de grundläggande mänskliga rättigheterna som fastställdes i 1966 års konventioner om medborgerliga och politiska rättigheter respektive ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.<sup>47</sup> De innehåller inget specifikt barnskydd men omfattar barn likväl som vuxna eftersom de grundläggande mänskliga rättigheterna baseras på den inneboende värdigheten för varje människa.<sup>48</sup>

Polens utkast till en särskild konvention för barns rättigheter resulterade ändå i dagens barnkonvention och grundades på den ursprungliga formuleringen om barnets bästa från 1959.<sup>49</sup> Målet att skydda barnets ”fysiskt, psykiskt, moralisk, andligen och socialt utvecklas på ett sunt och normalt sätt och under fria och värdiga betingelser”<sup>50</sup> utvecklades därmed till barnkonventionens 54 olika artiklar och dess tre tilläggsprotokoll.<sup>51</sup>

---

<sup>43</sup> SOU 2020:63, s. 178; Artikel 2, Declaration of the Rights of the Child.

<sup>44</sup> Wienkonventionen, artikel 31.

<sup>45</sup> SOU 2020:63, s. 91.

<sup>46</sup> SOU 1997:116, s. 52.

<sup>47</sup> SOU 1997:116, s. 51.

<sup>48</sup> Preambeln, International Covenant on Civil and Political Rights och International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

<sup>49</sup> SOU 1997:116, s. 52.

<sup>50</sup> SOU 2020:63, s. 178; Artikel 2, Declaration of the Rights of the Child.

<sup>51</sup> Convention on the Rights of the Child; Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict; Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography; Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure.

Den svenska lagen (2018:119) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter består av de första artiklarna av den internationella konventionen (artiklarna 1–42).<sup>52</sup> Det är i artiklarna 1 – 41 som barnets rättigheter uttrycks och har därför inkorporerats i sin helhet.<sup>53</sup> I de övriga artiklarna (42 – 54) är av administrativ karaktär om barnrättskommitténs sammansättning och rapportering vilket inte ansetts nödvändigt att betunga svensk lag med. Däremot gjordes ett undantag för den administrativa regeln i artikel 42 om staternas skyldighet att informera både barn och vuxna om rättigheterna i konventionen.<sup>54</sup>

Av de s.k. sakartiklarna (1 – 41) som föreskriver barnets rättigheter är det fyra artiklar som barnrättskommittén anses särskilt viktiga för implementeringen av barnrättsperspektivet i nationell lag.<sup>55</sup> Dessa fyra artiklar kallas barnkonventionens grundprinciper och innebär att barn har en inneboende rätt till liv och att konventionen syftar till att skydda barnets liv och hälsa, att rättigheterna ska tillämpas på alla barn utan diskriminering, att barnet har rätt att få uttrycka sin åsikt i beslut som rör dem samt att barnets bästa ska beaktas i alla beslut som rör barn.<sup>56</sup>

Principen om barnets bästa är alltså inte bara en rättighet utan en grundläggande princip med syftet att försäkra barnets fulla tillgång till samtliga konventionens rättigheter och barnets utveckling.<sup>57</sup> Bedömningen av barnets bästa ska göras i varje enskilt fall och ta hänsyn till barnkonventionen som helhet.<sup>58</sup>

---

<sup>52</sup> 1 §, lag (2018:119) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter (Barnkonventionen).

<sup>53</sup> Prop. 2017/18:186, s. 81.

<sup>54</sup> Artikel 42 barnkonventionen; Prop. 2017/18:186, s. 81.

<sup>55</sup> UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, punkt 12.

<sup>56</sup> Se artiklarna 2.1, 3.1, 6 och 12; CRC General comment No. 5, punkt, 12; Se även SOU 2020:63, s. 99 och SOU 1997:116, s. 56.

<sup>57</sup> UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*, punkt 4.

<sup>58</sup> SOU 2020:63, s. 261.

## 2.3 En grundläggande princip

Begreppet *barnets bästa* är av central betydelse i barnkonventionen men saknar en särskilt uttalad definition. Innebörden av begreppet är därför mycket omdiskuterat.<sup>59</sup> Principen om barnets bästa som en grundläggande princip i barnkonventionen anses essentiell för att barnrättsperspektivet till fullo införs i medlemsstaternas rättssystem.<sup>60</sup>

Den svenska versionen av principen om barnets bästa i artikel 3.1 som sedan 1 januari 2020 är svensk lag har följande formulering:

*”Vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, ska i första hand beaktas vad som bedöms vara barnets bästa.”*<sup>61</sup>

Att barnets bästa ska beaktas vid *alla* åtgärder som rör barn innebär en utvidgning av begreppet. Tidigare har barnets bästa enbart omfattat familjerättsliga frågor, men nu omfattas alla områden.<sup>62</sup> Formuleringen att barnets bästa ska beaktas *i första hand* betyder enligt FN:s Barnrättskommitté att barnets intresse ska beaktas som högre än andra intressen och inte enbart är ett intresse bland andra. Samtidigt framgår att artikel 3.1 är en bestämmelse med mycket bred tillämpning och att andra intressen kan väga tyngre.<sup>63</sup> Vad som bedöms vara barnets bästa kan därför inte besvaras på ett enkelt sätt eftersom det måste utredas i varje enskilt fall.<sup>64</sup>

När det talas om principen om barnets bästa avses ofta denna bestämmelse i barnkonventionen. Men barnets bästa finns också i andra svenska lagar och

---

<sup>59</sup> SOU 2020:63, s. 189.

<sup>60</sup> General comment No. 14, punkt 4.

<sup>61</sup> Artikel 3.1 Barnkonventionen.

<sup>62</sup> SOU 1997:116, s. 127.

<sup>63</sup> General comment No. 14, para 39.

<sup>64</sup> Ibid, para 32.

regler.<sup>65</sup> Bestämmelserna i svensk rätt består både av portalparagrafer och enskilda bestämmelser med varierande formuleringar med skilda motiveringar i förarbetena.<sup>66</sup> Det beror på att Sverige är en dualistisk stat vilket innebär att barnkonventionen inte blev automatiskt tillämplig inom det svenska rättssystemet vid ratificeringen den 29 juni 1990.<sup>67</sup> I dualistiska stater krävs nämligen särskild lagstiftning för att bestämmelserna ska bli en del av gällande rätt. Det kan ske på två sätt: transformering eller inkorporering. Vid transformering ändras gällande nationell lagstiftning för att uppfylla den internationella bestämmelsen. Inkorporering innebär att den internationella konventionen implementeras genom att stifta en lag som anger att de aktuella bestämmelserna ska gälla i sin helhet, eller till viss del, som nationell lag.<sup>68</sup>

I en statlig utredning från 1996 om hur svensk rätt och praxis förhöll sig till Barnkonventionens bestämmelser förklaras att konventionens implementering är en politisk process och inte direkt tillämplig i svenska domstolar på grund av sina vaga formuleringar. Dessutom beskrevs inkorporering som onödig med hänvisning till den ”omfattande barnrättslig lagstiftning” Sverige hade.<sup>69</sup> Transformeringen som skett sedan ratificeringen har utmynnat i bestämmelser om barnets bästa med olika utgångspunkter och olika innebörd.<sup>70</sup> Regeringen förtydligar att transformation av den svenska lagstiftningen förväntas fortsätta även efter inkorporeringen av Barnkonventionen.<sup>71</sup> Regeringens mål med transformeringsarbetet efter inkorporeringen 2020 är en enhetlighet om betydelsen för bestämmelser i lagtext som reflekterar barnkonventionens bestämmelser, t.ex. principen om barnets bästa.<sup>72</sup>

---

<sup>65</sup> Se bl.a. 1 kap 10 § utlänningslagen: 1 § femte stycket LVU och 1 kap 2 § socialtjänstlag (2001:453).

<sup>66</sup> SOU 2020:63, s. 243.

<sup>67</sup> Utrikesdepartementet, *FN:s konvention om barnets rättigheter* SÖ 1990:20.

<sup>68</sup> SOU 2020:63, s. 94–95.

<sup>69</sup> SOU 1997:116.

<sup>70</sup> Prop. 2017/18:186, s. 94.

<sup>71</sup> *Ibid*, s. 93.

<sup>72</sup> *Ibid*, s. 95.

Det primära syftet med begreppet barnets bästa är att barnet faktiskt får åtnjuta samtliga av barnkonventionens rättigheter.<sup>73</sup> För att uppnå syftet förklaras principen som bestående av följande tre funktioner: en materiell rättighet, en processuell regel och en tolkningsprincip.<sup>74</sup>

## 2.4 De tre funktionerna av principen om barnets bästa

### 2.4.1 Inledande kommentar

Barnets bästa som *materiell rättighet* är en direkt skyldighet för medlemsstaterna att utvärdera och bedöma vad barnets bästa är, samt beakta barnets bästa som ett primärt intresse i enskilda beslut.<sup>75</sup> Eftersom rättigheten är direkt tillämplig kan barnets bästa yrkas i rätten om den inte uppfylls.<sup>76</sup>

Barnets bästa som *processuell regel* innebär ett krav på myndigheterna att arbeta utifrån ett barnanpassat förfarande vilket bland annat ställer krav på att barnets åsikt beaktas, samt att det görs en konsekvensutredning.<sup>77</sup> Barnets rätt att få sin åsikt beaktad är en grundläggande rättighet i barnkonventionen och ofrånkomligt sammanlänkad med rätten till barnets bästa i artikel 3.1.<sup>78</sup>

Konsekvensutredningen är framtagen för att utreda vad barnets bästa är och ska inkludera både positiva och negativa följder för barnet av beslutet och utgör den processuella aspekten av principen om barnets bästa.<sup>79</sup> Migrationsmyndigheterna i Sverige har därför skyldighet att utreda vad som är barnets bästa, göra en konsekvensanalys samt väga barnets bästa mot intresset av den reglerade invandringen. Utvärderingen ska visa både att

---

<sup>73</sup> SOU 2020:63; CRC General comment No 14, punkt 1 och 4.

<sup>74</sup> Prop. 2017/18:186, s. 96; CRC General comment No 14, punkt 6.

<sup>75</sup> SOU 2020:63, s. 192.

<sup>76</sup> CRC General comment No 14, punkt 6.

<sup>77</sup> Prop. 2017/18:186, s. 96; CRC General comment No 14.

<sup>78</sup> CRC General comment No 14, punkt 43.

<sup>79</sup> Dane, L, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 189.

barnets bästa beaktats samt på vilket sätt det beaktats, exempelvis vad som ansetts vara barnets bästa, vilka intressen det vägdes mot och vilka kriterier som bedömdes vara relevanta.<sup>80</sup>

Den tredje funktionen är barnets bästa som *tolkningsprincip*. Med tolkningsprincip menas att i de fall en bestämmelse kan tolkas på flera olika sätt ska den tolkning som bäst överensstämmer med barnets bästa användas.<sup>81</sup>

För en rättstillämpande myndighet innebär ett beaktande av principen om barnets bästa att en kombination av dessa tre funktioner styr beslutet i det enskilda fallet.<sup>82</sup> Även om de olika funktionerna är nära sammanlänkade i bedömningen av barnets bästa har de ändå undersökts separat för tydlighetens skull.

## 2.4.2 Materiell rättighet

### 2.4.2.1 Barnets bästa i regler om uppehållstillstånd

Funktionen av principen som materiell rättighet är att ge barnet rätt till en utredning och bedömning av barnets bästa samt att det faktiskt ska beaktas vid tillämpningen av utlänningslagens bestämmelser.<sup>83</sup> I detta avsnitt förklaras vad barnets bästa som materiell rättighet har för betydelse i relation till utlänningslagens bestämmelser om uppehållstillstånd.

Bestämmelser om uppehållstillstånd finns i 5 kapitlet utlänningslagen. Uppehållstillstånd kan ges på grunderna skyddsbehov, ställning som varaktigt bosatt, anknytning, arbete eller på grund av Sveriges internationella åtaganden.<sup>84</sup> Det är främst reglerna för skyddsbehov som kommer fokuseras på inom ramen för denna uppsats. Uppehållstillstånd på grund av

---

<sup>80</sup> CRC General comment No 14, punkt 6.

<sup>81</sup> Ibid; Prop. 2017/18:186, s. 96.

<sup>82</sup> CRC General comment No 14, punkt 7.

<sup>83</sup> Dane, L, *Barnets bästa*, s. 76.

<sup>84</sup> Se 5 kap. utlänningslagen.

skyddsbehov kan i sin tur ges på grund av flyktingstatus, alternativt skyddsbehövande eller på grund av särskilt ömmande omständigheter.<sup>85</sup>

För asylsökande barn som omhändertagits enligt LVU finns även lagstöd för tillfälligt uppehållstillstånd med anledning av behov av vård inom LVU.<sup>86</sup> Det är dock inte omhändertagandet i sig som grundar uppehållstillstånd utan anledningen bakom omhändertagandet och om ett barn bereds vård enligt LVU ska ett uppehållstillstånd enligt detta lagrum endast kunna nekas om motsvarande vård kan ges i hemlandet.<sup>87</sup> Dessutom bör ett yttrande från socialnämnden inhämtas innan ett nekande beslut tas.<sup>88</sup> I det fall ett barn får uppehållstillstånd på grund av vård enligt LVU bör även föräldrarna beviljas motsvarande uppehållstillstånd.<sup>89</sup>

Bestämmelsen har en öppen formulering där rättstillämparen *får* bevilja uppehållstillstånd vilket ger upphov till utredning av vad barnets bästa är och hur det vägs mot andra intressen.<sup>90</sup> Med den här bestämmelsen avsåg lagstiftaren att förmedla en principiell rätt till uppehållstillstånd och endast om motsvarande vård kan ges i hemlandet kan barnet utvisas.<sup>91</sup> I alla bedömningar om uppehållstillstånd för asylsökande barn ska rättstillämparen beakta barnets bästa.<sup>92</sup>

Bestämmelsen om barnets bästa i 1 kap 10 § utlänningslagen utgör en portalparagraf vilket vid införandet ansågs ge principen en betydelsefull och kraftig innebörd.<sup>93</sup> Samtidigt som bestämmelsen om barnets bästa infördes i utlänningslagen tillkom även rätten för barn att komma till tals inom migrationsprocessen.<sup>94</sup> Nu när barnkonventionen är svensk lag utgör artikel

---

<sup>85</sup> 5 kap 1 och 6 §§ Utlänningslagen.

<sup>86</sup> 5 kap 12 § Utlänningslagen.

<sup>87</sup> Prop. 1996/97:25, Bilaga 3, s. 313.

<sup>88</sup> Fridström, I, Utlänningslag (2005:716), 5 kap 12 §, JUNO lagkommentar nr. 195.

<sup>89</sup> 5 kap 14 § Utlänningslag; prop. 1996/97:25, s. 286–287.

<sup>90</sup> CRC General comment No 14; Dane, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 196.

<sup>91</sup> Prop. 1996/97:25, s. 286.

<sup>92</sup> 1 kap 10 § Utlänningslagen.

<sup>93</sup> SOU 2020:63, s. 1655.

<sup>94</sup> 1 kap 11 § Utlänningslagen; Prop. 1996/97:25; bet. 1996/97:SfU5.

3.1 det mest centrala portalstadgande om barnets bästa. Men även om behovet av 1 kap 10 § utlänningslagen rent juridiskt minskat sedan barnkonventionens inkorporering kan visst pedagogiskt värde fortfarande föreligga.<sup>95</sup> Trots bestämmelsen om barnets bästa i 1 kap 10 § utlänningslagen visar en rättsfallsstudie från 2018 att migrationsdomstolarna sällan utvecklar hur barnets bästa beaktats i beslutet.<sup>96</sup> Myndigheten tenderar snarare att kort konstatera att principen om barnets bästa har beaktats eller att principen inte ensamt kan ligga till grund för beviljat uppehållstillstånd.<sup>97</sup>

Vid utarbetningen till dagens utlänningslag konstaterades att portalparagrafens bestämmelse om barnets bästa inte fått det genomslag som tänkts trots förklaringar i förarbeten. Följaktligen infördes barnets bästa i fler materiella bestämmelser inom utlänningslagen.<sup>98</sup> Problematiken med att ge principen genomslag föreligger dock än idag och verkar grunda sig i oklarheter i hur den bör tillämpas.<sup>99</sup> Anledningen till de öppna formuleringarna i förklaringarna och oviljan att fastslå någon definitiv definition av barnets bästa är behovet av friheten att göra bedömningar i varje enskilt fall. Det som generellt i samhället kan anses vara bra för barn når inte automatiskt upp till kravet för barnets bästa i det enskilda fallet, därav måste barnets bästa bedömas i varje enskilt fall.<sup>100</sup> Vad som utgör barnets bästa kan också ändras allteftersom forskning utvecklas inom området. En öppen bestämmelse ger möjlighet för rättstillämparen följa samhällsutvecklingen och tillämpa den relevanta förståelsen av vad som är bäst för barnet.<sup>101</sup> Barnrättskommittén lyfter dock att en öppen bestämmelse också medför negativa konsekvenser. Det har visats att principens öppna utformning utnyttjats till fördel för andra agendor. Exempelvis framhävs att statliga aktörer från något konventionsland har hävdats barnets bästa för att rättfärdiga rasistiska policys.<sup>102</sup>

---

<sup>95</sup> SOU 2020:63, s. 243.

<sup>96</sup> Ibid, s. 1665.

<sup>97</sup> Ibid.

<sup>98</sup> Ibid, s. 1656.

<sup>99</sup> Ibid, s. 1666.

<sup>100</sup> Dane, L, *Barnets bästa*, s. 77.

<sup>101</sup> CRC General comment No 14, punkt 34.

<sup>102</sup> Ibid, punkt 34.



Bestämmelsen om barnets bästa i 1 kap 10 § utlänningslagen kan inte åberopas självständigt som grund till uppehållstillstånd.<sup>103</sup> Barnets bästa kan inte förändra betydelsen eller innehållet i andra migrationsrättsliga bestämmelser utan måste användas inom ramen för dessa.<sup>104</sup> Tillämpningen av portalparagrafen i utlänningslagen kan därför i förlängningen ses som en tolkningsprincip av övriga bestämmelser i utlänningslagen. Vilken bestämmelse i utlänningslagen som blir aktuell i det enskilda fallet, och hur den bestämmelsen är utformad, påverkar vilken effekt principen om barnets bästa kan få i beslutet.<sup>105</sup> Detta synsätt har genom ett rättsligt ställningstagande implementerats officiellt vid migrationsverkets bedömningar.<sup>106</sup> För att belysa hur utformning av det relevanta lagrummet i målet påverkar hur principen om barnets bästa används i migrationsmål, kan en generell kategorisering göras. Louise Dane delar in migrationsbestämmelserna i tre kategorier; 1) tvingande bestämmelser med distinkta rekvisit, 2) fakultativa bestämmelser med distinkta rekvisit, samt 3) bestämmelser med öppna formuleringar.<sup>107</sup>

Tvingande bestämmelser med distinkta rekvisit är exempelvis 4 kap 1 § utlänningslagen om flyktingskap.<sup>108</sup> Samtliga rekvisit om *välgrundad fruktan för förföljelse* kopplat till någon *flyktinggrund*<sup>109</sup> måste vara uppfyllt för att uppehållstillstånd på den grunden ska kunna beviljas. Principen om barnets bästa enligt 1 kap 10 § utlänningslagen kan inte i de fallen tillämpas för att bortse från något rekvisit och bevilja uppehållstillstånd när något rekvisit inte uppfyllts. Däremot kan principen tillämpas för att tolka rekvisiten utifrån ett barnperspektiv.<sup>110</sup> Det framgår av FN:s barnrättskommitté som uttryckligen konstaterar att en ålders- och könsanpassad tolkning ska göras på både

---

<sup>103</sup> Prop. 1996/97:25 s. 247.

<sup>104</sup> Dane, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 190.

<sup>105</sup> *Ibid*, s. 191.

<sup>106</sup> Migrationsverket, *Prövning av barnets bästa*, s. 17.

<sup>107</sup> Dane, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 192.

<sup>108</sup> *Ibid*, s. 192.

<sup>109</sup> Flyktinggrunderna framgår i 4 kap 1 § Utlänningslagen och är ras, nationalitet, politisk uppfattning, kön, sexuell läggning eller tillhörighet till annan viss grupp.

<sup>110</sup> Dane, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 193.

barnkonventionen och flyktingkonventionen.<sup>111</sup> Det innebär att tolkningen av vad som utgör *förföljelse* kan bero på om sökande är barn eller vuxen.<sup>112</sup> Det har vidare slagits fast av Migrationsöverdomstolen att omständigheter som enligt praxis innebär skyddsbehov för ett barn, inte innebar skyddsgrund för någon som fyllt 18 år.<sup>113</sup> Det utmärkande för tvingande bestämmelser med distinkta rekvisit är att om rekvisiten är uppfyllda kan inte principen om barnets bästa påverka utfallet.<sup>114</sup>

Gällande Danes andra kategori rörande fakultativa bestämmelser är rättstillämparen fri att göra en bedömning utifrån barnets bästa även om rekvisiten är uppfyllda. Ett exempel är bestämmelsen om flyktingstatusförklaring som innehåller undantag om personen utfört synnerligen grova brott.<sup>115</sup> Myndigheten får då vägra en sökande flyktingstatusförklaring om personen begått grova brott. Men rättstillämparen kan också bedöma att barnets bästa medför att flyktingstatusförklaring ska beviljas trots bestämmelsens rekvisit är uppfyllda.

Den tredje kategorin om öppet formulerade bestämmelser innehåller inga specifika rekvisit utan mer olika bedömningar som ska vägas mot varandra. Uppehållstillstånd baserat på synnerligen eller särskilt ömmande omständigheter i 5 kap 6 § utlänningslagen är ett exempel på en sådan bestämmelse.<sup>116</sup>

Synnerligen eller särskilt ömmande omständigheter kan grunda uppehållstillstånd om uppehållstillstånd inte kan ges på annan grund och baseras på en samlad bedömning utifrån hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situationen i hemlandet.<sup>117</sup> Det faktum att barnet är asylsökande är en

---

<sup>111</sup> CRC General comment No 6, punkt 74.

<sup>112</sup> UNHCR:s regionala representation för Nordeuropa, UNICEF Sverige och Migrationsverket, *Barnets rättigheter i asylprocessen – sammanställning av stöddokument för handläggning och prövning av barns asylskäl*, s. 20.

<sup>113</sup> MIG 2018:6: jmf MIG 2017:6.

<sup>114</sup> Dane, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 192.

<sup>115</sup> 4 kap 3 § 2st utlänningslagen.

<sup>116</sup> Dane, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 196.

<sup>117</sup> 5 kap 6 § 1st utlänningslagen.

viktig omständighet i bedömningen av barnets bästa.<sup>118</sup> Kraven för uppehållstillstånd enligt ömmande omständigheter är därför uttryckligen olika för barn och vuxna. Det krävs *synnerligen* ömmande omständigheter för vuxna där det räcker med *särskilt* ömmande omständigheter för barn.<sup>119</sup> Det krävs helt enkelt inte samma ”allvar och tyngd” för barns hälsotillstånd eller situation i hemlandet för att kunna beviljas uppehållstillstånd.<sup>120</sup> Vid tillämpning av en sådan öppen ”ventilbestämmelse” kan principen om barnets bästa få en avgörande betydelse eftersom principen som materiell rättighet innebär ett primärt intresse i avvägningen mot andra.<sup>121</sup>

Men att principen *kan få* avgörande betydelse innebär inte att den får det. Det är tillåtet att låta andra intressen väga tyngre, t.ex. intresset av reglerad invandring, under förutsättning av att barnets bästa beaktats på ett korrekt sätt. Att det inte tydligt framgår av bestämmelserna i 1 kap 10 § utlänningslagen eller artikel 3.1 barnkonventionen att barnets bästa kan bortses ifrån i vissa fall är olyckligt enligt Dane.<sup>122</sup> Den rättsliga tillämpningen av barnets bästa på öppna bestämmelser kräver därför först en utredning av vad som är barnets bästa och sedan en avvägning av det gentemot andra intressen.<sup>123</sup>

#### **2.4.2.2 Barnets bästa vid tvångsomhändertagande**

Den materiella regleringen om barnets bästa i relation till omhändertagande av barn och unga finns i 1 § femte stycket LVU och återspeglar barnkonventionens artikel 3.1 på ett mer avgränsat sätt än dess motsvarighet i utlänningslagen.<sup>124</sup> Lagstiftningen är inriktad på att skydda barn från fysisk eller psykisk misshandel, brister i omsorgen, utnyttjande eller annat i hemmet som innebär en påtaglig risk för barnets hälsa eller utveckling.<sup>125</sup> Den snävare

---

<sup>118</sup> CRC General comment No 14, punkt 75.

<sup>119</sup> 5 kap 6 § 1–2 st. utlänningslagen.

<sup>120</sup> Prop. 2004/05:170, s. 281; prop. 1996/97:25, s. 248.

<sup>121</sup> Dane, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 196.

<sup>122</sup> Ibid.

<sup>123</sup> Ibid.

<sup>124</sup> Clevesköld, Lars, lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, 1 § femte stycket, JUNO lagkommentar nr. 7.

<sup>125</sup> 2 § LVU.

betydelsen av barnets bästa enligt denna lag innebär att inget annat intresse kan väga tyngre än barnets i beslutet om ett omhändertagande.<sup>126</sup> Ett beslut om omhändertagande hindrar dock inte ett utvisnings- eller avvísingsbeslut enligt utlänningslagen.<sup>127</sup> Det innebär att vårdinsats i form av omhändertagande som gjorts för att skydda barnet från sina föräldrar avbryts och barnets utvisas tillsammans med föräldrarna om migrationsverket bestämmer det.<sup>128</sup>

Däremot finns en möjlighet för rättstillämparen att bevilja tillfälligt uppehållstillstånd om barnet vårdas enligt LVU och motsvarande vård inte finns i hemlandet.<sup>129</sup> Ett beslut om omhändertagande enligt LVU kan därför innebära svåra avvägningar för att bedöma barnets bästa med beaktande av rätten till respekt för familjeliv, rätten till skydd för barnet och risken att vården avbryts på grund av utvisning. Risken att barnet utvisas tillsammans med föräldrarna som barnet omhändertagits från har visat sig ge en hopplöshet till socialarbetare som följaktligen avstått från att omhänderta barnet och istället satt in mindre ingripande insatser.<sup>130</sup>

Sveriges skyddssystem beskrivs som ”service- och familjestödsorienterat” vilket innebär att omhändertagande av barn, särskilt tvångsomhändertaganden, undviks om möjligt. Men det är vanligt att andra stödinsatser sätts in i ett tidigt skede för att undvika allvarigare situationer.<sup>131</sup> När ett omhändertagande väl anses behövligt är målet i princip alltid en framtida återförening av familjen eftersom utgångspunkten för den svenska systemet är att det bästa för barnet är bevarandet av familjen.<sup>132</sup> Genom barnkonventionens individuella fokus utmanas det familjeorienterade

---

<sup>126</sup> Clevesköld, Lars, lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, 1 § femte stycket, JUNO lagkommentar nr. 7.

<sup>127</sup> 21a § 1 st 1p LVU.

<sup>128</sup> Backlund, Å & Malmsten, J, *Barnets bästa? En studie om asylsökande barn i socialtjänsten*, s. 16.

<sup>129</sup> 5 kap 12 § utlänningslagen; prop. 1996/97:25, s. 286.

<sup>130</sup> Backlund, Å & Malmsten, J, s. 25.

<sup>131</sup> Leviner, P, *Barns rätt till skydd från att fara illa – ett tydligt men komplexa bedömningar*, s. 225.

<sup>132</sup> *Ibid*, s. 225.

skyddssystemet till viss del. Principen om barnets bästa omfattar nämligen både rätten till familjeliv och rätten att skyddas från föräldrar eller andra omsorgspersoner.<sup>133</sup>

### 2.4.3 Processuell regel

Barnets bästa som processuell regel inom svensk rätt är inte alltid explicit utskrivet. I utlänningslagen finns exempelvis inga särskilda regler om handläggningen av ett ärende som rör barn.<sup>134</sup> Däremot framgår det av förarbeten att vissa bestämmelser utformats med beaktande av barnets bästa, även om principen inte uttryckligen nämns.<sup>135</sup> Exempelvis kan barn beviljas uppehållstillstånd vid särskilt ömmande omständigheter där det för vuxna krävs synnerligen ömmande omständigheter.<sup>136</sup>

Barnets bästa som processuell regel innebär ett krav på rättstillämparen att utreda samtliga positiva och negativa konsekvenser ett beslut har på det berörda barnet.<sup>137</sup> Resonemanget måste också redogöras utförligt för att visa både *att* det beaktats och *hur* det beaktats.<sup>138</sup> För att uppfylla principen om barnets bästa i bedömningen och avvägningen av barnets bästa bör processen vara barnanpassad.<sup>139</sup> Ett barnanpassat tillvägagångssätt innebär att skapa en trygg miljö där barnet känner sig respekterad samt informera barnet om valmöjligheter och möjliga konsekvenser av eventuella beslut.<sup>140</sup>

I förarbeten till inkorporeringen av barnkonventionen i svensk lag förtydligas att metoden som FN:s barnrättskommitté utfärdat, bör följas.<sup>141</sup> Det har även Migrationsöverdomstolen slagit fast i MIG 2020:24 som avgjordes efter barnkonventionen blivit svensk lag. Metoden innebär att barnets bästa först

---

<sup>133</sup> Ibid, s. 226.

<sup>134</sup> SOU 2020:63, s. 211.

<sup>135</sup> Ibid, s. 208.

<sup>136</sup> Prop. 2004/05:170, s. 281.

<sup>137</sup> Prop. 2017/18:186, s. 96; CRC General comment No 14.

<sup>138</sup> CRC General comment No 14, punkt, 6 (c).

<sup>139</sup> SOU 2020:63, s. 263; CRC General comment No 14, punkt, 85.

<sup>140</sup> Ibid; Ibid, punkt, 22-25.

<sup>141</sup> Prop. 2017/18:186, s. 96.

ska bedömas utifrån viktiga kriterier och sedan vägas mot andra intressen.<sup>142</sup> Bedömningen ska utgå från omständigheterna i det enskilda fallet men behöver inte behandla samtliga kriterier barnrättskommittén listar som viktiga.<sup>143</sup> Myndigheterna måste inhämta barnets åsikt för att korrekt beakta barnets bästa eftersom principen om barnets bästa är en öppen bestämmelse med innebörden att samtliga bestämmelser i barnkonventionen är ”odelbara och ömsesidigt förstärkande”.<sup>144</sup>

I migrationsrättsliga ärenden är skyldigheten att höra barnet kodifierat i 1 kap 11 § utlänningslagen, men innehåller till skillnad från barnkonventionens bestämmelse ett lämplighetskrav. Lämplighetskravet innebär att barnets uttalanden ska bedömas utifrån barnets ålder och mognad samt att barnet inte ska höras om det bedöms vara olämpligt.<sup>145</sup> Beslut som tagits utan att barnet fått uttrycka sin åsikt i tillräcklig utsträckning innebär att myndigheten brutit i sin utredningsskyldighet.<sup>146</sup>

De kriterier som barnrättskommittén föreslår är inte en uteslutande lista och medlemsländer har fritt att införa andra kriterier anpassade enligt deras rättssystem så länge det inte strider mot rättigheter i barnkonventionen.<sup>147</sup> Syftet med att inte ha en fullt uttömmande lista är viljan att behålla en flexibilitet i bedömningen om barnets bästa. Andra faktorer kan också påverka, men kriterierna som barnrättskommittén ställt upp måste beaktas och bedömas i varje enskilt fall.<sup>148</sup> De olika kriterierna behöver däremot inte bedömas på samma sätt utan kan tillämpas olika beroende på de individuella omständigheterna i fallet.<sup>149</sup> Barnrättskommitténs kriterier är barnets åsikt, identitet, bevarande av familj, säkerhet, utsatthet, rätt till hälsa och rätt till utbildning<sup>150</sup>.

---

<sup>142</sup> CRC General comment No 14, punkt, 46; Prop. 2017/18:186, s. 96.

<sup>143</sup> CRC General comment No 14, punkt, 49; se p. 52 för uppräknning av kriterierna.

<sup>144</sup> Prop. 2017/18:186, s. 96.

<sup>145</sup> Prop. 2004/05:170, s. 269.

<sup>146</sup> NJA 2006 s. 40.

<sup>147</sup> CRC General comment No 14, punkt, 51.

<sup>148</sup> Ibid, punkt, 50.

<sup>149</sup> Ibid, punkt, 80.

<sup>150</sup> Ibid, punkt, 53 ff.

Dessutom kan de utvalda bedömningskriterierna ibland behöva vägas mot varandra innan en avvägning mot andra utomstående intressen kan göras.<sup>151</sup> I fall där vissa rättigheter måste begränsas för att skydda barnet och ge full styrka till andra rättigheter (t.ex. rätten till säkerhet begränsar rätten till bevarande av familjeliv) måste bedömningen göras utifrån barnets ålder och mognad.<sup>152</sup> En sådan bedömning ska enligt barnrättskommittén utgå ifrån barnets fysiska, psykiska och kognitiva utveckling.<sup>153</sup>

I ett rättsligt ställningstagande från migrationsverket specificeras att vilka ärenden metoden kan appliceras på bestäms av vilken slags lagregel som är relevant. Här hänvisar migrationsverket till Danes uppdelning om tvingande, fakultativa och öppna bestämmelser.<sup>154</sup> Någon utförlig redogörelse av prövningen anses dock inte nödvändig enligt Migrationsverket gällande tvingande eller fakultativa bestämmelser med tydliga rekvisit, när dessa rekvisit ändå inte är uppfyllda. I de fallen anser migrationsverket att en kort kommentar om att principen beaktats räcker.<sup>155</sup> Enligt barnrättskommittén ska dock alltid ett beslut som rör barn motiveras oavsett vilken slags bestämmelse som tillämpats.<sup>156</sup>

Asylärenden är en speciell ärendekategori inom förvaltningsrätten eftersom besluten är oåterkalleliga och ett felaktigt beslut kan innebära brott mot mänskliga rättigheter.<sup>157</sup> Barn är dessutom extra sårbara i en asylprocess.<sup>158</sup> Följaktligen är utredningsansvaret högt ställt på både myndighet och domstol.<sup>159</sup> Domstolens utredningsansvar innebär ett ansvar för rätten utreda målet som dess beskaffenhet kräver.<sup>160</sup> Vad målets beskaffenhet kräver beror

---

<sup>151</sup> Ibid, punkt, 80.

<sup>152</sup> CRC General comment No 14, punkt, 83.

<sup>153</sup> Ibid, punkts, 83.

<sup>154</sup> Migrationsverket, *Prövning av barnets bästa*, s. 20.

<sup>155</sup> Ibid, s. 27.

<sup>156</sup> CRC General comment No 14, punkt, 6 (c).

<sup>157</sup> Lindkvist, G, s. 123.

<sup>158</sup> CRC General comment No 14, punkt, 75–76.

<sup>159</sup> Lindkvist, G, s. 123; MIG 2014:21.

<sup>160</sup> 8 § förvaltningsprocesslag (1971:291).

på vad målet handlar om, om motparten är offentlig samt om den enskilda har ombud under processen.<sup>161</sup> Migrationsärenden är mål där domstolen har ett högre utredningsansvar än i andra ärenden.<sup>162</sup> Med beaktande av barns särskilda utsatthet generellt och det faktum att barn dessutom inte själva valt att lämna sitt land, bör asylprocessen för barn omfatta viss särbehandling.<sup>163</sup>

Migrationsdomstolen har därför utbredd utredningsskyldighet inom barns asylärenden. När migrationsdomstolen ska bedöma ett ärende om uppehållstillstånd finns ett bredare utrymme för att åberopa nya omständigheter än i andra förvaltningsrättsliga mål.<sup>164</sup> Det är i första instansen, dvs hos Migrationsverket den huvudsakliga prövningen ska göras.<sup>165</sup> Dock kan utredningsansvaret för migrationsdomstolen anses motsvara utredningsansvaret för första instansen i just asylärenden.<sup>166</sup>

Domstolens utredningsskyldighet omfattar dock inte egna efterforskningar utan framträder genom antingen återförvisning av målet till migrationsverket eller materiell processledning.<sup>167</sup> Utredningsskyldigheten för förvaltningsmyndigheter som migrationsverket framgår inte av lagtext men anses befast i svensk rättskälleordning som allmän förvaltningsrättslig princip s.k. ”officialprincipen”.<sup>168</sup> Det högt ställda utredningsansvaret på rättstillämparna i asylrättsmål förändrar inte det faktum att bevisbördan principiellt ligger på den sökande eftersom det är svårt för rättstillämparen att kontrollera vissa påståenden.<sup>169</sup> Däremot bör domstolen inhämta relevanta upplysningar från andra myndigheter.<sup>170</sup> När ett barn är omhändertagen inom LVU ska yttrande inhämtas från socialnämnden och deras bedömningen bör tillmätas stor betydelse i avgörandet om uppehållstillstånd för barnet.<sup>171</sup>

---

<sup>161</sup> Prop. 2012/13:45, s. 111.

<sup>162</sup> SOU 2006:6, s. 204.

<sup>163</sup> Prop. 1996/97:25, s. 246.

<sup>164</sup> Dane, L & Johansson Köves, A, *Barns rättigheter i migrationsprocessen*, s. 303.

<sup>165</sup> Prop. 2004/05:170 s. 153 f; MIG 2013:12; MIG 2015:19.

<sup>166</sup> Dane, L & Johansson Köves, A, *Barns rättigheter i migrationsprocessen*, s. 303.

<sup>167</sup> Prop. 1996/97:25, s. 111; Lindkvist, G, s. 78.

<sup>168</sup> MIG 2014:22; prop. 2004/05:170, s. 154–155; Lindkvist, G, s. 78.

<sup>169</sup> Prop. 1996/97:25, s.114.

<sup>170</sup> Ibid, s. 111.

<sup>171</sup> Ibid, s. 268.



Enligt ett vägledande avgörande från HFD omfattar utredningsskyldigheten att inhämta korrekt utredning om barnperspektivet även där sökande är vuxen och har begått brott.<sup>172</sup> I fallet framgår en skyldighet att belysa barnperspektivet enbart på grund av att mannen har barn i Sverige.<sup>173</sup> Följaktligen får anses att migrationsdomstolen har långtgående utredningsansvar med skyldighet att inhämta uppgifter från socialnämnden när ett barn som omhändertagits enligt LVU riskerar utvisning. Utredningsansvaret i officialprincipen har som syfte att göra myndighetsbesluten så korrekta som möjligt, men utredningsansvaret måste också vägas mot den enskildes rättssäkerhet och processekonomiska intressen.<sup>174</sup>

## **2.4.4 Tolkningsprincip**

### **2.4.4.1 Bedöma barnets bästa i en rättighetskonflikt**

Funktionen av barnets bästa som tolkningsprincip innebär enligt barnrättskommittén att om en bestämmelse kan tolkas på mer än ett sätt ska alternativet som bäst reflekterar barnets bästa väljas.<sup>175</sup> Vid en sådan tolkning av vad som är barnets bästa utgör barnkonventionens bestämmelser ramverket.<sup>176</sup> Denna förklaring har den svenska lagstiftaren sedan upprepat i svenska rättskällor i samband med barnkonventionens införande i svensk lag.<sup>177</sup> Men i en tidigare statlig utredning om barnets bästa framförs en bredare definition av barnets bästa som tolkningsprincip. Utöver att vara avgörande i en tolkning av en särskild bestämmelse anses barnets bästa som tolkningsprincip även vara ett instrument för att lösa konflikter mellan olika nationella bestämmelser.<sup>178</sup>

---

<sup>172</sup> NJA 2006:40.

<sup>173</sup> Ibid.

<sup>174</sup> Lindkvist, G, s. 79.

<sup>175</sup> CRC General comment No 14, punkt, 6 (b).

<sup>176</sup> Ibid.

<sup>177</sup> Prop. 2017/18:186, s. 96; SOU 2020:63, s. 192.

<sup>178</sup> SOU 1997:116, s. 134.

Principen om barnets bästa som tolkningsprincip förklaras som en bestämmelse genom vilken sakartiklarna i barnkonventionen bör tolkas. Samtidigt utgör sakartiklarna en vägledning i vad som utgör barnets bästa.<sup>179</sup> Barnets bästa är därmed ett verktyg för att avgöra vilken av två motstående rättigheter som ska väljas. När de regler som ska vara vägledande i bedömningen av barnets bästa står emot varandra, t.ex. rätt till privat- och familjeliv (artikel 16) och rätt till utveckling och säkerhet (artikel 9) är det inte helt enkelt att besluta vad som utgör barnets bästa i det enskilda fallet.

Bedömningen av barnets bästa görs av rättstillämparen men kräver deltagande av barnet själv.<sup>180</sup> Barnets bästa ska bedömas utifrån varje enskilt fall och utifrån omständigheterna i det särskilda barnets/barnens omständigheter.<sup>181</sup> Efter många försök att utkristallisera kärnan av barnets bästa finns idag viss konsensus inom forskningen om att ett universellt definierat ”barnets bästa” inte är önskvärt.<sup>182</sup> Istället förespråkas ett öppet koncept där hänsyn tas till personlig situation och behov i syfte att försäkras om att det enskilda barnets bästa beaktas primärt.<sup>183</sup>

Ett öppet koncept innebär dock inte en helt oreglerad bedömning även om ramarna inte är helt strikta. Regeringen beskriver att barnets bästa ska ses som en metod där de unika omständigheterna i målet bedöms utifrån barnets egna åsikter (artikel 12) och vad föräldrarna anser är bäst för barnet (artikel 5 och 18).<sup>184</sup>

Men den svenska metoden som i stor utsträckning anses ge det bästa resultatet av barnets bästa baseras på den brittiska familjerättsexperten John Eekelaars teori och inkluderar inte föräldrarnas åsikt.<sup>185</sup> Eekelaars teori utgår ifrån att bedömningen om barnets bästa kan utgå ifrån ett subjektivt eller objektivt

---

<sup>179</sup> SOU 1997:116, s. 134.

<sup>180</sup> CRC General comment No 14, punkt 47.

<sup>181</sup> Ibid, punkt 48.

<sup>182</sup> Dane, L, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 197.

<sup>183</sup> Ibid.

<sup>184</sup> SOU 2020:63, s. 242.

<sup>185</sup> Dane, L, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 197.

tillvägagångssätt. Det subjektiva innebär att barnet själv får uttrycka vad som är det bästa för hen, vilket kräver en miljö fri från påverkan av någon vuxen. Det objektiva tillvägagångssättet innebär att rättstillämparen inhämtar kunskap från experter och grundar beslutet om barnets bästa på beprövad erfarenhet och vetenskap.<sup>186</sup> Det är en kombination av det subjektiva och objektiva tillvägagångssättet som ansetts bäst i bedömningen av barnets bästa och även det som den i svensk rätt hänvisas till.<sup>187</sup>

Den kunskap som krävs av rättstillämparen för att objektivt bedöma barnets bästa bör sökas både inom och utanför rättskällorna för att säkerställa att beslutet grundas på uppdaterad information.<sup>188</sup> En vägledning som kan urskönjas inom rättskällorna är tre centrala behov för barn som barnrättskommittén identifierat och som sedan framhävts i svenska förarbeten.<sup>189</sup> De grundläggande behoven är:

- ”1. Omvårdnad och skydd för att kunna överleva och utvecklas,*
- 2. Ett stabilt och varaktigt förhållande till båda sina föräldrar samt*
- 3. Respekt för sin integritet, att få känna att de har en uppgift att fylla och få ta ansvar och påverka sin situation i takt med stigande ålder och mognad.”<sup>190</sup>*

Att bedöma barnets bästa utifrån ett öppet koncept innebär en flexibel tillämpning som ger förutsättningarna för en bra individuell bedömning. Men samtidigt finns nackdelar med en öppen bedömning. Den främsta risken är att bedömningen missbrukas till fördel för andra intressen, t.ex. att föräldrarnas syn föredras och att beslutsfattaren då inte utreder barnets bästa tillräckligt noggrant.<sup>191</sup>

---

<sup>186</sup> SOU 1997:116, s. 134.

<sup>187</sup> Ibid; Dane, L, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 197.

<sup>188</sup> Dane, L, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 197.

<sup>189</sup> Prop. 1996/97:25, s. 246.

<sup>190</sup> Ibid.

<sup>191</sup> CRC General Comment No 14, punkt 34.

Det faktum att barnrätt är ett område under ständig utveckling i samhället medför en slags *dubbel subjektivitet* vid bedömningar.<sup>192</sup> Den dubbla subjektiviteten består av en *kollektiv subjektivitet* och en *personlig subjektivitet*. Den kollektiva subjektiviteten betyder att det alltid finns en generell uppfattning i samhället om vad barnets bästa är även om den förändras genom tid.<sup>193</sup> Medan den personliga subjektiviteten betyder att rättstillämparens egna uppfattningar om barnets bästa påverkar beslutet.<sup>194</sup>

En subjektiv rättstillämpare överensstämmer visserligen inte med den formella rättssäkerheten som genomsyrar svensk rättstillämpning där lika fall ska dömas lika. Men opartiskhet och formell rättssäkerhet är inte alltid att föredra. Enligt Anna Lundberg behövs också en materiell rättssäkerhet, där personer i behov av skydd faktiskt får skydd oavsett hur liknande fall tidigare dömts. Eftersom en rättssäker prövning kräver både flexibilitet och förutsägbarhet, särskilt med en princip som barnets bästa utan tydligt rätt och fel, kan viss subjektivitet vara fördelaktigt.<sup>195</sup>

Bedömningen av barnets bästa som ett öppet koncept medför därför både fördelar och nackdelar, men det kan enligt Schiratzki diskuteras om Sverige faktiskt har ett öppet koncept som beskrivs i svenska förarbeten.<sup>196</sup> Den svenska rättstillämparen måste stödja sig på svensk lag och kan inte förutsättningslöst bedöma barnets unika omständigheter. Schiratzki menar att denna klyfta mellan öppet koncept i teori och praktiken medfört problem för den svenska tillämpningen av barnets bästa. Den svenska tillämpningen är fast i att rättsligt koda vad som är rätt och fel vilket leder till "låsta presumtioner" inom praxis.<sup>197</sup> Barnets bästa som öppet koncept har då lett till en mer snäv bedömning eftersom en stark presumtion är svår att bryta och rättstillämparens möjlighet att tillämpa barnets bästa utifrån varje enskilt fall

---

<sup>192</sup> Zermatten, J, s. 494.

<sup>193</sup> Zermatten, J, s. 494.

<sup>194</sup> Ibid.

<sup>195</sup> Lundberg, A, *Reflektioner kring opartiska och lojala tjänstemän i svensk utlänningsförvaltning*, s. 380-381.

<sup>196</sup> Schiratzki, J, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*, s. 180.

<sup>197</sup> Ibid.

begränsas.<sup>198</sup> Även om presumtionerna kan stämma för många frångås den individuella helhetsbild som avses med principen om barnets bästa eftersom en starkare presumtion innebär svårare för barnen i undantagsfallen. Ett exempel som lyfts är uppfattningen om att det bästa för asylsökande barn är att återförenas med sina föräldrar i hemlandet.<sup>199</sup>

I bedömningen om vad som utgör barnets bästa i det enskilda fallet är det viktigt att vad som *är* barnets bästa inte blandas ihop med vad som ”inte anses strida mot barnets bästa”.<sup>200</sup>

#### **2.4.4.2 Barnets bästa vägs mot andra intressen**

Det framgår i artikel 3.1 att barnets bästa alltid ska beaktas.<sup>201</sup> Men i den generella kommentaren till artikel 3.1 om principen om barnets bästa förtydligar barnrättskommittén hur barnets bästa ska relateras till andra intressen. Barnets bästa som primärt intresse innebär att det ska tolkas som ett starkare intresse än andra och prioriteras särskilt i beslut som har uppenbar påverkan på barnet.<sup>202</sup> Däremot konstaterar barnrättskommittén i likhet med förarbetena att principens generella tillämpning medför att andra intressen ibland kommer kollidera med barnets bästa. I sådana fall läggs avvägningen på tillämpande auktoritet med riktlinjen att principen om barnets bästa inte enbart ska beaktas som ett av andra intressen.<sup>203</sup>

I förarbetena till artikel 3.1 framförde UNICEF kritik mot den sedan antagna formuleringen ”a primary consideration”.<sup>204</sup> UNICEF ansåg att formuleringen var otydlig eftersom den ger uttryck för två skilda betydelser. Dels att andra intressen kan beaktas även om de intressena inte anses vara ”primära”, men också att många intressen kan beaktas och att alla anses vara

---

<sup>198</sup> Ibid.

<sup>199</sup> Schiratzki, J, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*, s. 180.

<sup>200</sup> Dane, L, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 205.

<sup>201</sup> Artikel 3.1 Barnkonventionen; SOU 1997:116, s. 136.

<sup>202</sup> CRC General comment No 14, punkt 39–40.

<sup>203</sup> CRC General comment No 14, punkt 39; SOU 1997:116, s. 22.

<sup>204</sup> United Nations High Commissioner for Human Rights, *Legislative History of the Convention of the Rights of the Child*, s. 344.

”primära”.<sup>205</sup> Den svenska formuleringen ”i främsta rummet” speglar betoningen i de internationella förarbetena om att barnets bästa inte alltid är utslagsgivande och att avvägning mot andra intressen ska vara möjlig i vissa fall.<sup>206</sup> De beslutsfattande myndigheterna förväntas också tydligt motivera sitt beslut om hur barnets bästa beaktats i det enskilda fallet.<sup>207</sup> Det anses extra viktigt när myndigheten har ”ett betydande maktmandat”<sup>208</sup> vilket beslut om uppehållstillstånd kan anses vara. Motiveringen av migrationsrättsliga beslut har dock tidigare visat sig vara bristfälliga.<sup>209</sup>

Att barnets bästa ska vägas mot andra samhällsintressen innebär en begränsning av ett enskilt intresse mot ett kollektivt intresse.<sup>210</sup> Det handlar då inte längre om vad som faktiskt utgör barnets bästa utan hur barnets bästa står sig mot andra samhällsintressen som t.ex. reglerad invandring.

## 2.5 Europarätten och principen om barnets bästa

Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (EKMR) är sedan 1998 gällande som svensk lag och har en särskild rättslig ställning eftersom det är grundlagsstadgat att ingen lag eller föreskrift får strida mot bestämmelserna i EKMR.<sup>211</sup> Sveriges medlemskap i EU ger även företräde för unionsrätten framför den nationella rätten.<sup>212</sup> Redan innan barnkonventionen blev svensk lag gav Europadomstolen och EU-rätten ökad tyngd till barnkonventionen i

---

<sup>205</sup> Ibid.

<sup>206</sup> SOU 1997:116, s. 128-129.

<sup>207</sup> CRC General comment No 14, punkt, 97.

<sup>208</sup> Dane, L, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 448.

<sup>209</sup> Ibid, s. 449; Se även Lundberg, A & Lind, J.

<sup>210</sup> Dane, L, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 412.

<sup>211</sup> Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen); 2 kap 19 § Regeringsformen.

<sup>212</sup> 1 kap 10 § Regeringsformen.

svensk rättstillämpning.<sup>213</sup> Men även med barnkonventionen inkorporerad i svensk lag är europarätten en viktig faktor i svensk rättstillämpning.

Europadomstolen är kontrollinstans för att medlemsstaterna till EKMR inte bryter mot konventionsbestämmelserna.<sup>214</sup> Europadomstolens domar är dessutom bindande för medlemsstaterna.<sup>215</sup> Den svenska rättstillämparen i migrationsmål måste förhålla sig till reglerna i EKMR och Europadomstolen måste i sin tur förhålla sig till barnkonventionens bestämmelser, dvs, barnets bästa.<sup>216</sup> Det har lett till att Europadomstolens praxis om de grundläggande mänskliga rättigheterna som t.ex. rätten till privat och familjeliv har förenats med barnkonventionens bestämmelser.<sup>217</sup>

EKMR har inte en specifik regel som uttrycker principen om barnets bästa, men konventionen reglerar grundläggande mänskliga rättigheter som är tillämpliga på alla människor, barn som vuxna. Europadomstolen har konstaterat att det råder internationell konsensus om att barnets bästa ska vara av största vikt i alla beslut som rör barn.<sup>218</sup> Uttalandet indikerar att principen om barnets bästa blivit en generell princip i internationell rätt. Tillämpningen av principen i domstolen möjliggör beaktandet av andra specifika rättigheter för barn. Principen i EKMR kan förklaras som en magnet med kraft att dra åt sig andra rättigheter för barn i det enskilda fallet.<sup>219</sup>

Inom EU-rätten finns principen om barnets bästa uttryckligen utskrivna i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna (rättighetsstadgan) som all EU-rätt måste tolkas utefter.<sup>220</sup> Betydelsen av barnets bästa i rättighetsstadgan

---

<sup>213</sup> Dane, L, *Reflektioner kring barnkonventionens ökade betydelse för rätten att få leva tillsammans med sin familj*, s. 43.

<sup>214</sup> Artikel 19, Europakonventionen.

<sup>215</sup> Artikel 46, Europakonventionen.

<sup>216</sup> Dane, L, *Reflektioner kring barnkonventionens ökade betydelse för rätten att få leva tillsammans med sin familj*, s. 43.

<sup>217</sup> Ibid.

<sup>218</sup> Neulinger och Shuruk mot Schweiz, punkt 135.

<sup>219</sup> Takács, N, s. 5.

<sup>220</sup> Artikel 24, europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, EUT 2012/C 326/02; Dane, L, *Reflektioner kring barnkonventionens ökade betydelse för rätten att få leva tillsammans med sin familj*, s. 43.

följer betydelsen som avses enligt FN:s barnkonvention.<sup>221</sup> I frågan om svensk rättstillämpning om barnets bästa kan därför vägledning finnas i europarättens avgöranden och tolkningar av principen.

## 2.6 Sammanfattning

Principen om barnets bästa har utvecklats under lång tid men har kvar målet att ge barn skydd för ”fysiskt, psykiskt, moralisk, andligen och socialt utvecklas på ett sunt och normalt sätt och under fria och värdiga betingelser”.<sup>222</sup> Principen framgår av artikel 3.1 i barnkonventionen och är en av konventionens fyra grundläggande principer där syftet med principen är att säkerställa barnets faktiskt åtnjutande av konventionens samtliga rättigheter.<sup>223</sup> Rättigheterna i konventionen kan dock ibland leda till olika beslut och därmed måste en av rättigheterna väljas över den andra. En sådan situation kan vara när ett asylsökande barn omhändertagits i vilket fall migrationsmyndigheterna måste bedöma om rätten till privat- och familjeliv eller rätten till omvårdnad utgör barnets bästa i det specifika fallet.<sup>224</sup>

Omvårdnad och skydd för barnets utveckling och överlevnad samt ett stabilt förhållande till båda sina föräldrar är både rättigheter i konventionen och barnets grundläggande behov.<sup>225</sup> En konflikt mellan rätten till sina föräldrar och skydd för barnets utveckling är därför inte helt enkel att lösa. Viss vägledning kan den svenska rättstillämparen dock få från europarättslig praxis eftersom både Europadomstolen och EU-domstolen måste förhålla sig till principen om barnets bästa.<sup>226</sup>

Principen om barnets bästa förklaras som bestående av tre funktioner som tillsammans bidrar till att uppnå syftet om faktiskt åtnjutande av samtliga

---

<sup>221</sup> Lebeck, C, ”EU-Statgan om grundläggande rättigheter”, s. 567.

<sup>222</sup> SOU 2020:63, s. 178; Artikel 2, *Declaration of the Rights of the Child*.

<sup>223</sup> SOU 2020:63, s. 178; CRC General comment No 14, punkt 1 och 4.

<sup>224</sup> Se avsnitt 2.4.4.1 ”Bedöma barnets bästa i en rättighetskonflikt”.

<sup>225</sup> Prop. 1996/97:25, s. 246.

<sup>226</sup> se avsnitt 2.5 ”Europarätten och principen om barnets bästa”.



konventionsbestämmelser. De tre funktionerna är: 1) en uttrycklig rätt för barnets bästa att utredas och beaktas (materiell rättighet), 2) ett barnanpassat sätt där barnet känner sig respekterad, informerad och trygg samt att både positiva och negativa aspekter av beslutet utretts (processuell regel), och 3) vid valet av två tolkningar av en bestämmelse ska det beslut som bäst motsvarar barnets bästa väljas (tolkningsprincip).<sup>227</sup> Rättstillämparen har vid bedömning av uppehållstillstånd i det enskilda fallet därmed skyldighet att beakta barnets bästa utifrån dessa tre funktioner med stöd av både den generella portalparagrafen i barnkonventionen och särskilda portalparagrafen i 1 kap 10 § utlänningslagen.<sup>228</sup>

Bedömningen av barnets bästa är inte helt okomplicerat eftersom ingen enhetlig definition finns utöver att bedömningen ska göras i varje enskilt fall och att barnets egen åsikt måste beaktas.<sup>229</sup> Barn i en asylprocess anses också extra sårbara vilket ställer höga krav på både myndighetens och domstolens utredning av vad barnets bästa är.<sup>230</sup> Men rättstillämparen kan inte bevilja uppehållstillstånd enbart på grunden att det vore barnets bästa. Portalparagrafen om barnets bästa i 1 kap 10 § utlänningslagen kan bara användas inom ramen för de bestämmelser om uppehållstillstånd som regleras i utlänningslagen.<sup>231</sup>

Rättstillämparens möjlighet att beakta barnets bästa beror även på vilken typ av bestämmelse beslutet baseras på. Dane har identifierat tre olika typer av bestämmelser som ger olika utrymme för barnets bästa att påverka beslutet; tvingande bestämmelser med distinkta rekvisit, fakultativa bestämmelser med distinkta rekvisit samt bestämmelser med öppna formuleringar.<sup>232</sup> Av bestämmelserna för uppehållstillstånd för asylsökande är *särskilt ömmande*

---

<sup>227</sup> se avsnitt 2.4 ”De tre funktionerna av barnets bästa”.

<sup>228</sup> Ibid.

<sup>229</sup> CRC General comment No 14, punkt 48.

<sup>230</sup> Lindkvist, G, s. 123; MIG 2014:21.

<sup>231</sup> Se avsnitt 2.4.2.1 ”Barnets bästa i reglerna om uppehållstillstånd”.

<sup>232</sup> Dane, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 192.

*omständigheter* den mest öppet formulerade vilket ger ökad möjlighet för migrationsmyndigheten att beakta barnets bästa.<sup>233</sup>

För att kunna beakta barnets bästa inom ramen för de svenska migrationsrättsliga reglerna om uppehållstillstånd krävs först att rättstillämparen kommit fram till vad barnets bästa faktiskt är. Det har konstaterats i svenska förarbeten att det bästa tillvägagångssättet för att uppnå det är att kombinera den subjektiva och den objektiva bilden av vad barnets bästa är. Vilket innebär att barnets egen åsikt om vad som är bäst kombineras med rådande kunskap i samhället om vad som är bäst för barnet.<sup>234</sup>

Att barnets bästa exakta betydelse inte definieras utan lämnas öppet har både för- och nackdelar. Det möjliggör en mer flexibel tolkning både efter barnets specifika omständigheter och utefter samhällets föränderliga syn på vad som är bäst för ett barn. Samtidigt finns en strävan i svensk rätt att kodifiera begreppets innebörd och att det därmed skapats *låsta presumtioner* som istället försvårar en individuell bedömning i de fall som går emot majoriteten.<sup>235</sup> Men även om begreppet barnets bästa har en öppen betydelse har barnrättskommittén konstaterat ett antal viktiga kriterier som den nationella rättstillämparen ska utreda för att ordentligt bedöma barnets bästa, bl.a. bevarande av familjen.<sup>236</sup>

---

<sup>233</sup> Se avsnitt 2.4.2.1 ”Barnets bästa i reglerna om uppehållstillstånd”.

<sup>234</sup> SOU 1997:116, s. 134.

<sup>235</sup> Schiratzki, J, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige*, s. 180.

<sup>236</sup> CRC General comment No 14, punkt 50.

# 3 Ett barns rätt till privat- och familjeliv

## 3.1 Inledande kommentar

Rätten till privat- och familjeliv har sedan första versionen av utlänningslagen varit en viktig del i migrationsrättsliga beslut.<sup>237</sup> Den offentliga maktens skyldighet att värna om den enskildes privat- och familjeliv är dessutom kodifierad i svensk grundlag och i internationella överenskommelser som barnkonventionen, EKMR och EU:s rättighetsstadga.<sup>238</sup> Samtliga av dessa internationella konventioner är idag svensk lag och utgör tillsammans den svenska regleringen av rätten för privat- och familjeliv.

Utöver rätten till privat- och familjeliv finns principen om familjens enhet som är en grundläggande princip i svensk migrationsrätt och innebär en långtgående strävan att hålla ihop en familj.<sup>239</sup> Ett liknande perspektiv har barnrättskommittén som uttryckligen nämner *bevarandet av familj* som ett viktigt kriterium i bedömningen av vad som är barnets bästa.<sup>240</sup>

Rätten till respekt för privat- och familjeliv och principen om familjens enhet är därför något den svenske rättstillämparen måste ta hänsyn till i en bedömning om ett barns rätt till uppehållstillstånd. Gällande tvångsomhändertagna barn som söker asyl uppstår frågan om vad som utgör ett skyddsvärt privat- och familjeliv och hur den rätten kan inskränkas.

---

<sup>237</sup> Prop. 2004/05:170, s. 96; Dane, L, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 209.

<sup>238</sup> 1 kap 1 § 4st Regeringsformen; Artikel 16 barnkonventionen, artikel 8 Europakonventionen och Artikel 7 europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, EUT 2012/C 326/02; Dane, L, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 209.

<sup>239</sup> Prop. 2005/06:72, s. 68; Se även MIG 2018:4 och MIG 2018:20.

<sup>240</sup> CRC General comment No 14, punkt 53.

I detta avsnitt kommer rätten till privat- och familjeliv förklaras utifrån både barnkonventionen och europarätten för att ge en bild över rättighetens uppbyggnad.

## 3.2 Barnkonventionen

### 3.2.1 Om artikel 16

Rätten till privat- och familjeliv enligt barnkonventionen gäller för alla barn inom svenskt territorium utan åtskillnad för ras, hudfärg, kön, språk, religion, politiska eller annan åskådning, nationella, etniska eller sociala ursprung, egendom, funktionsnedsättning, börd eller ställning i övrigt.<sup>241</sup> Rättigheten gäller därför både barn med svenskt medborgarskap och barn som migrerat till Sverige, oavsett deras legala status.<sup>242</sup>

Rätten till respekt för privat- och familjeliv i barnkonventionen framgår i artikel 16 med följande formulering:

*”1. Inget barn får utsättas för godtyckliga eller olagliga ingripanden i sitt privat- och familjeliv, sitt hem eller sin korrespondens och inte heller för olagliga angrepp på sin heder och sitt anseende.*

*2. Barnet har rätt till lagens skydd mot sådana ingripanden eller angrepp.”<sup>243</sup>*

I första punkten framgår bestämmelsens tillämpningsområde och syfte. Den innebär ett förbud mot godtyckliga och olagliga ingripanden i olika delar av ett barns liv, bl.a. barnet privat- och familjeliv.

---

<sup>241</sup> Artikel 2, barnkonventionen.

<sup>242</sup> Artikel 2.1, barnkonventionen; Dane, *Den reglerade invandringen och barnets bästa*, s. 212.

<sup>243</sup> Artikel 16, barnkonventionen.

I andra punkten av artikel 16 framgår att bestämmelsen inte bara ger uttryck för skyldighet att avstå från handlingar utan även innebär en positiv skyldighet för staten att införa förbud mot godtyckliga ingripande.<sup>244</sup>

Barnrättskommittén har inte utfärdat någon allmän kommentar om rätten till privat- och familjeliv, men viss vägledning får den svenska lagstiftaren och rättstillämparen av FN:s kommitté för mänskliga rättigheter (MR-kommittén).<sup>245</sup> Bestämmelsen i barnkonventionen har nämligen sin motsvarighet i konventionen för medborgerliga och politiska rättigheter.<sup>246</sup>

Ursprungligen konstaterade FN i deklARATIONEN om de mänskliga rättigheterna (1948) att familjen är en naturlig och grundläggande enhet i samhället som staten har skyldighet att skydda.<sup>247</sup> Princip om familjens enhet uttrycks även i ingressen till barnkonventionen. Där förklaras familjen som den grundläggande enheten och den naturliga miljön för barns utveckling och välfärd där familjemiljön bör präglas av lycka, kärlek och förståelse.<sup>248</sup> I enlighet med internationella regler för tolkning av konventioner är principen om familjens enhet vägledande i tolkningen av barnkonventionens bestämmelser.<sup>249</sup> Det innebär att bestämmelsen om rätten till privat- och familjeliv i barnkonventionen bör tolkas utifrån den övergripande principen om familjens enhet.

När rätten till privat- och familjeliv tillämpas måste hänsyn tas till "*the principle of internal context sensitivity*"<sup>250</sup> dvs. hur rätten till privat- och familjeliv relaterar till konventionens övriga bestämmelser.<sup>251</sup> Alla bestämmelser i barnkonventionen ska ses som en helhet för att skydda barnets

---

<sup>244</sup> UN Human Rights Committee, *CCPR General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy)*, punkt 1.

<sup>245</sup> SOU 2020:63, s. 628.

<sup>246</sup> Tobin, J, s. 553.

<sup>247</sup> Artikel 16.3, UNGA, *Universal Declaration of Human Rights*.

<sup>248</sup> Preambeln punkterna 4-5, barnkonventionen.

<sup>249</sup> Artikel 31, Wienkonventionen, punkt 331.

<sup>250</sup> Tobin, J, s. 553.

<sup>251</sup> Ibid.

liv, hälsa och utveckling.<sup>252</sup> En möjlig kategorisering är att skilja på bestämmelser som kompletterar och bestämmelser som begränsar.<sup>253</sup> Det primära ansvaret för barnets utveckling åligger föräldrarna (eller andra vårdnadshavare) där barnets bästa ska komma i främsta rummet (artikel 18.1). Staten har i sin tur skyldighet att respektera föräldrarnas rättighet och skyldighet att uppfostra barnet under förutsättning att det inte bryter mot någon bestämmelse i konventionen (artikel 5). Staten har vidare skyldighet att stödja föräldrarna på lämpligt sätt för att tillförsäkra barnet rättigheterna enligt konventionen (artikel 18.2).

Barnets rätt till sin familj framgår utöver rätten till privat- och familjeliv i artikel 16 av deras rätt att få föräldrarnas omvårdnad (artikel 7), behålla släktförbindelser (artikel 8), inte skiljas från sina föräldrar mot sin vilja (artikel 9).

De uppräknade rättigheterna ovan kan ses som överlappande rättigheter till artikeln om privat- och familjeliv och förstärker skyddet för barnets privat- och familjeliv.<sup>254</sup> Även om de kompletterande bestämmelserna är positiva i hänseendet att de förtydligar barns rättigheter, har de även gjort att den mer långtgående bestämmelsen i artikel 16 inte fått samma genomslag i barnkonventionen som i andra internationella dokument.<sup>255</sup>

Det är inte helt enkelt att förstå hur barnets rätt till privat- och familjeliv förhåller sig till de andra rättigheterna i konventionen, men ett annat problem är hur barnets rätt till privat- och familjeliv förhåller sig till föräldrarnas rätt till privat- och familjeliv.<sup>256</sup> Detta diskuterades i förarbetena till Barnkonventionen där det framlades kritik mot att ett införande av ett explicit skydd för privat- och familjeliv för barn med motiveringar att det skulle innebära en inskränkning av föräldrarnas rätt.<sup>257</sup> Men det bemöttes med

---

<sup>252</sup> SOU 2020:63, s. 629.

<sup>253</sup> Tobin, s. 553.

<sup>254</sup> Ibid.

<sup>255</sup> Ibid, s. 597.

<sup>256</sup> Ibid, s. 553.

<sup>257</sup> Tobin, J, s. 554.

uttalandet ”om föräldrar ska skyddas från stater, bör barn skyddas från sina föräldrar”<sup>258</sup> [min översättning] och bestämmelsen infördes oförändrad som artikel 16 i barnkonventionen.<sup>259</sup>

### 3.2.2 Ett skyddsvärt privat- och familjeliv

Begreppet *privatliv* omfattar en individs rätt till självbestämmande men också skydd för sin fysiska och psykiska integritet, personliga identitet och personliga information.<sup>260</sup> Skyddet av ett barns privatliv är en del av det övergripande målet att skydda barnets hälsa och utveckling.<sup>261</sup>

Begreppet *familjeliv* är centrerat utifrån barnets bästa och fokuserar därför på att det finns en faktisk relation, samt barnets uppfattning om vem som är familj.<sup>262</sup> Skyddet för ett barns familjeliv enligt barnkonventionen är därför brett och inkluderar inte bara kärnfamilj utan även andra familjestrukturer oavsett biologisk relation, äktenskap eller sexuell läggning mellan föräldrarna.<sup>263</sup> Skyddet mot godtyckligt eller olagligt ingripande i privat- och familjelivet gäller därför oberoende av om de lever med sina biologiska föräldrar, i familjehem eller annan institution/inrättning.<sup>264</sup>

Det kan dock klart konstateras att de biologiska föräldrarna räknas som familj och är ett skyddsvärt intresse enligt artikel 16.<sup>265</sup> Barnets rätt till sina föräldrar är dessutom en generell utgångspunkt i barnkonventionen.<sup>266</sup> MR- kommittén uttrycker vikten av att begreppet ”familj” tolkas brett och med syftet att omfatta statens tolkning av vilka personer som ingår i en familj.<sup>267</sup> UNHCR (”UN High Commissioner for Refugees”) förklarar att en flexibilitet i

---

<sup>258</sup> Tobin, J, s. 554.

<sup>259</sup> Ibid.

<sup>260</sup> Ibid, s. 560-561.

<sup>261</sup> SOU 2020:63, s. 629.

<sup>262</sup> Tobin, J, s. 578.

<sup>263</sup> Ibid.

<sup>264</sup> SOU 2020:63, s. 628.

<sup>265</sup> Se bl.a. artiklarna 7,8,9 och 10 i barnkonventionen.

<sup>266</sup> Leviner, P, *Barns rätt till skydd från att fara illa – ett tydligt uppdrag men komplexa bedömningar*, s. 226.

<sup>267</sup> HRC General comment No 16, punkt 5.

definitionen av familj för flyktingar är viktigt eftersom det måste finnas utrymme för hänsyn till kulturella skillnader i vad som bedöms som familj.<sup>268</sup> Samhällets utformning påverkar vilka personer som anses vara familjemedlemmar och kan skilja sig inte bara mellan stater utan även inom stater.<sup>269</sup> Angående asylsökande omhändertagna barn skyddas även familjeliv med familjehem eller annan institution.<sup>270</sup>

Men oavsett kulturella skillnader i definitioner har både UNHCR och MR-kommittén konstaterat att kärnfamiljen utgör ”familj”.<sup>271</sup> MR – kommittén slår fast i relation till principen om familjens enhet och skyddet för densamma att rätten till skydd gäller för alla personer som definieras som familj i en stats lag eller praxis. Men poängterar även att hur långtgående skyddet är beror på hur relationen definieras i nationell lag, t.ex. att personer i kärnfamiljen ges mycket långtgående skydd medan personer i utvidgade familjen skyddas med mindre långtgående åtgärder.<sup>272</sup> Vad som ingår i kärnfamiljen inom ramen för utlänningslagen framgår inte av dess förarbeten men UNHCR definierar kärnfamilj som gifta/förlovande/samboende under betydande tid samt deras minderåriga barn.<sup>273</sup>

I svensk rätt kan en statsindividualism urskönjas i den familjerättsliga regleringen.<sup>274</sup> Det innebär att den svenska regleringen i grunden bygger på att skydda individerna i familjen och inte familjen som en enhet. Motsägelsefullt nog finns fortfarande ett starkt kärnfamiljsideal i familjerättslig lagstiftning.<sup>275</sup> Exempelvis finns vissa presumtioner i föräldraskap angående att en make till en kvinna som föder barn presumeras dessa vara barnets biologiska föräldrar, men samma rättsliga presumtion om

---

<sup>268</sup> UNHCR, *Family protection issues*, punkt 4.

<sup>269</sup> Ibid.

<sup>270</sup> SOU 2020:63, s. 629.

<sup>271</sup> UNHCR, *Family protection issues*, punkt 3; HRC General Comment No. 19, punkt 2.

<sup>272</sup> HRC General Comment No. 19, punkt 2.

<sup>273</sup> UNHCR, *Family protection issues*, punkt 2.

<sup>274</sup> Leviner, P, *Kärnfamiljsideal och fri familjebildning – oförenliga utvecklingsspår i den svenska familjerätten*, s. 627.

<sup>275</sup> Ibid.



föräldraskap gäller inte för två kvinnor som är gifta.<sup>276</sup> Detta exempel visar inte bara att det finns presumtioner för heterosexuella och monogama familjebildning, utan även att en biologisk koppling till barnet premieras. Ett biologiskt föräldraskap prioriteras över barnets behov till stabilitet och vilja att bo kvar i en familj som barnet kanske själv uppfattar som sin riktiga.<sup>277</sup> Denna starka presumtion för att barnets bästa är att vara med sina biologiska föräldrar finns även genom principen om återförening där målet med ett omhändertagande är en återförening med de biologiska föräldrarna. Leviner lyfter att ett stort problem är att regleringen utgår ifrån föräldrarnas rätt till barnet istället för barnets behov och rätt till familj.<sup>278</sup> FN:s barnrättskommitté har dock slagit fast att rätten till privat- och familjeliv inte kan användas av föräldrarna för att skydda sig mot statligt ingripande om de själva utgör fara för sitt barn.<sup>279</sup>

Leviner menar att det finns en ovilja från den offentliga makten att kapa banden till den biologiska familjen på ett oåterkalleligt sätt.<sup>280</sup> Enligt barnkonventionens bestämmelse av rätt till privat- och familjeliv är åtminstone relationer inom kärnfamiljen skyddade från godtyckligt och olagligt ingripande från staten.

### 3.2.3 Tillåtna inskränkningar

Skyddet mot ingripande i privat- och familjelivet enligt artikel 16 barnkonventionen gäller uttryckligen mot godtyckliga och olagliga ingripande.<sup>281</sup> Det innebär att artikeln inte skyddar mot ingripanden som har lagstöd och inte är godtyckliga. Utöver den förklaringen framgår det inte direkt av konventionstexten vilka ingripanden det skulle kunna handla om.<sup>282</sup>

---

<sup>276</sup> Leviner, P, *Kärnfamiljsideal och fri familjebildning – oförenliga utvecklingsspår i den svenska familjerätten*, s. 632.

<sup>277</sup> Ibid, s. 640.

<sup>278</sup> Ibid, s. 642.

<sup>279</sup> CRC Concluding Observations: Marshall Islands, punkt 26.

<sup>280</sup> Leviner, P, *Kärnfamiljsideal och fri familjebildning – oförenliga utvecklingsspår i den svenska familjerätten*, s. 636.

<sup>281</sup> Artikel 16.1 barnkonventionen.

<sup>282</sup> SOU 2020:63, s. 633.

Utifrån MR-kommitténs motivering framgår att förbudet mot ett olagligt ingripande inte bara ställer krav på att lagstöd finns utan även att lagstödet är detaljerat.<sup>283</sup> Det innebär att exakta omständigheter för vad som utgör ett tillåtet ingripande uttryckligen måste framgå i lagtexten.<sup>284</sup> MR-kommittén konstaterar även att ett ingripande med stöd i lag kan utgöra ett godtyckligt ingripande om åtgärden inte överensstämmer med konventionens syfte och ändamål eller är rimligt i förhållande till omständigheterna.<sup>285</sup> Det finns därmed ett processuellt krav på en proportionalitetsbedömning samt ett legalitetskrav för att ett beslut inte ska vara godtyckligt enligt internationell rätt, men även i svensk rätt framgår dessa krav i de offentlighetsprinciperna legalitetsprincipen och proportionalitetsprincipen.<sup>286</sup>

Migrationsöverdomstolen har ansett det oproportionerligt inskränkande att besluta om utvisning när det innebär att barnet separeras från sina föräldrar i flera år. Migrationsöverdomstolen resonerar utifrån barnrättskommitténs uttalande om att barn påverkas mer allvarligt än vuxna av att vara åtskilda från sin familj under längre tid. Deras beslut trycker särskilt på att barnets bästa har prioriteras vid en proportionalitetsbedömning av rätten till privat- och familjeliv.<sup>287</sup>

## 3.3 Europarätt

### 3.3.1 Om artikel 8

Rätten till respekt för privat- och familjeliv regleras i artikel 7 EU-stadgan och artikel 8 EKMR.<sup>288</sup> Sedan rättighetsstadgan blev en del av primärrätten

---

<sup>283</sup> SOU 2020:63, s. 634; HRC General comment No 16, punkt 4.

<sup>284</sup> SOU 2020:63, s. 634.

<sup>285</sup> SOU 2020:63, s. 634; HRC General comment No 16, punkt 4.

<sup>286</sup> 5 § Förvaltningslagen.

<sup>287</sup> Migrationsöverdomstolens avgörande 2018-11-13, UM 5407-18.

<sup>288</sup> Artikel 7, europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, EUT 2012/C 326/02; European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, s.167; Artikel 8, Europakonventionen.

genom införandet av Lissabonfördraget är den rättsligt bindande i svensk rättstillämpning.<sup>289</sup> Ordalydelsen i rättighetsstadgans bestämmelse om rätten till privat- och familjeliv följer formuleringen i artikel 8 EKMR och ska i praktiken överensstämma med artikel 8 EKMR enligt EU-domstolen.<sup>290</sup>

Bestämmelsen i artikel 8 EKMR om rätten till privat- och familjeliv gäller som svensk lag och både konventionsbestämmelserna och Europadomstolens praxis är bindande för den svenska rättstillämparen.<sup>291</sup> Rättstillämparens tolkning av de svenska uppehållstillståndsreglerna påverkas därför främst av artikel 8 EKMR och Europadomstolens praxis, vilket är varför fokus ligger på just den bestämmelsen.

Artikel 8 lyder som följer:

*“1. Var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.*

*2. Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välstånd eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri och rättigheter.”<sup>292</sup>*

Formuleringen av bestämmelsen har, precis som den motsvarande rättigheten i barnkonventionen, sitt ursprung i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna från 1948.<sup>293</sup> Bestämmelsen består av fyra centrala områden: privatliv, familjeliv, hem och korrespondens. Men det är privat- och familjeliv som de absolut flesta rättsfallen handlar om när denna artikel

---

<sup>289</sup> 4 § p.20, lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen (SFS 2015:13).

<sup>290</sup> Lebeck, C, s. 258.

<sup>291</sup> Ehrenkrona, Carl Henrik, Europakonventionen, JUNO lagkommentar.

<sup>292</sup> Artikel 8, Europakonventionen.

<sup>293</sup> Schabas, William A, s. 366-367.

aktualiseras.<sup>294</sup> Även om rätten till privatliv och rätten till familjeliv förklaras som två skilda områden är de till stor del överlappande i praktiken. Det är därför vanligt att både privatlivet och familjelivet utreds även om endast den ena görs gällande i domstolen.<sup>295</sup>

I den första punkten i artikel 8 ingår både en negativ och en positiv förpliktelse för staten enligt Europadomstolens förståelse av begreppet *respekt*. Vilket innebär att staten både har en skyldighet att *inte* inskränka individens privat- och familjeliv och samtidigt en skyldighet att *aktivt förhindra* inskränkningar av andra aktörer genom lagstiftning.<sup>296</sup> Men eftersom förpliktelseerna är likartade anser Europadomstolen att om en inskränkning föreligger måste det inte exakt framgå om staten brutit mot den negativa eller positiva förpliktelsen.<sup>297</sup>

I *Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Storbritannien* framgår att staterna har en bred bedömningsmarginal ("margin of appreciation") angående vad som utgör deras förpliktelser enligt *respekt* för familjeliv.<sup>298</sup> Anledningen är enligt Europadomstolen att vad som utgör respekt för familjeliv kan variera från fall till fall.<sup>299</sup>

I den andra punkten i artikel 8 framgår sedan en begränsning av individens rättighet, vilket innebär att staten *i vissa fall* tillåts inskränka individens privat- och familjeliv.<sup>300</sup> För att en inskränkning av rätten till privat- och familjeliv ska vara tillåten måste den dock vara lagstadgad, uppfylla artikelns legitima syften samt vara nödvändig för att uppnå syftet.<sup>301</sup> I denna legalitet och proportionalitetsbedömning har staten också en bedömningsmarginal ("margin of appreciation").<sup>302</sup> Bedömningsmarginalen i den nationella

---

<sup>294</sup>Schabas, William A, s. 366-367.

<sup>295</sup> Ibid.

<sup>296</sup> Ibid, s. 367.

<sup>297</sup> Nunez mot Norge.

<sup>298</sup> Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Storbritannien, punkt, 67.

<sup>299</sup> Ibid.

<sup>300</sup> Schabas, William A, s. 367.

<sup>301</sup> Ehrenkrona, Carl Henrik, Artikel 8 Europakonventionen, JUNO lagkommentar nr. 49.

<sup>302</sup> Council of Europe (CoE), *The Margin of Appreciation*.

domstolen är bred om det är en annan grundläggande mänsklig rättighet som kan innebära en inskränkning av individens privat- eller familjeliv, men snävare om inskränkningen relaterar till en central aspekt av en persons identitet eller existens.<sup>303</sup> Men för att bedöma om en inskränkning är tillåten måste först konstateras att det föreligger ett skyddsvärt intresse t.ex. ett familjeliv som staten har skyldighet att respektera.<sup>304</sup>

### 3.3.2 Ett skyddsvärt privat- och familjeliv

Enligt Europadomstolens avgörande *Aksu mot Turkiet* framgår att det inte är möjligt att definiera exakt vad som utgör en individs privatliv enligt artikel 8 EKMR, utöver att privatliv är ett brett begrepp som omfattar en persons både fysiska och sociala identitet.<sup>305</sup>

En förutsättning för att ett familjeliv föreligger enligt Europadomstolen är att det finns en nära familjerelation mellan parterna.<sup>306</sup> En nära familjerelation ansågs föreligga i *K och T mot Finland* när en tydlig avsikt om att leva tillsammans funnits samt att en 'faktiskt vårdande relation' funnits.<sup>307</sup>

Äktenskap presumeras vara en nära familjerelation, men även ett sammanboende ogift par bedömdes vara en nära familjerelation i *Kroon m.fl. mot Nederländerna* med anledning av att de hade en kontinuitet i sin familjerelation. Kontinuiteten ansågs uppfylld genom att paret fått flera barn ihop.<sup>308</sup> I detta fall konstaterade Europadomstolen att det kan föreligga ett skyddsvärt familjeliv mellan förälder och barn oavsett om föräldern bidrar till uppfostran, förutsatt att föräldrarna har en nära familjerelation.<sup>309</sup> Barnperspektivet kan ifrågasättas eftersom ett skyddsvärt familjeliv ansågs

---

<sup>303</sup> Schabas, William A, s. 368; *Söderman mot Sverige*, punkt 79.

<sup>304</sup> *Marckx mot Belgien*, punkt 31.

<sup>305</sup> *Aksu mot Turkiet*, punkt 58.

<sup>306</sup> *Marckx mot Belgien*, punkt 31.

<sup>307</sup> *K och T mot Finland*, punkt. 150.

<sup>308</sup> *Kroon m.fl. mot Nederländerna*, punkt. 30.

<sup>309</sup> *Ibid.*

finnas alldeles oavsett hur engagerad föräldern var i uppfostran och vården av barnet.

I *Kruškovič mot Kroatien* har Europadomstolen återupprepat att kontinuitet kan medföra att familjeliv föreligger.<sup>310</sup> Det framgår vidare i *Marckx mot Belgien* att det inte i sig avgörande om familjerelationen är godkänd enligt nationell lag, utan familjeliv kan föreligga för både erkända och icke- erkända familjerelationer om en nära familjerelation finns.<sup>311</sup> Men om varken biologisk eller godkänd juridisk relation finns har Europadomstolen i *Paradiso och Campanelli mot Italien* fastställt ett krav på en *genuin personlig koppling* för att ett skyddsvärt familjeliv ska föreligga.<sup>312</sup>

I *Paradiso och Campanelli* hänvisas till *Moretti och Benedetti mot Italien* där Europadomstolen ansåg att det fanns en *genuin personlig koppling* mellan fosterföräldrar och barnet även om de bara bott med barnet i 19 månader. Fosterföräldrarna hade tagit hand om barnet sedan hen var en månad gammal och barnet själv visade stark personlig koppling till fosterföräldrarna och de andra barnen i familjen. Det faktum att fosterföräldrarna även bidragit till barnets sociala utveckling framfördes som inte oväsentligt.<sup>313</sup>

I det tidigare nämnda *Paradiso och Campanelli mot Italien*, där barnet varken hade biologisk eller juridisk koppling till föräldrarna, ansågs däremot inget familjeliv föreligga. Barnet var endast 8 månader gammalt och den känslomässiga relationen ansågs därför inte uppnå till familjeliv. Deras relation utgjorde istället ett skyddsvärt privatliv eftersom föräldrarna under lång tid och genom alltifrån konstgjord befruktning till adoption till slut fått barnet genom äggdonation och surrogatmoderskap.<sup>314</sup>

---

<sup>310</sup> *Kruškovič mot Kroatien*, punkt 18.

<sup>311</sup> *Marckx mot Belgien*, punkt 31.

<sup>312</sup> *Paradiso och Campanelli mot Italien*, punkt, 148.

<sup>313</sup> *Ibid*, punkt, 149.

<sup>314</sup> *Paradiso och Campanelli mot Italien*, punkt, 157 och 163.

Privatliv och familjeliv är alltså mycket nära länkade i bedömningen av artikel 8 och även om ingen biologisk koppling eller juridisk giltig relation finns kan relationen falla under rättighetsskyddet i artikel 8 om det finns en genuin personlig koppling och kontinuitet.

### 3.3.3 Tillåtna inskränkningar

Stater har rätt att kontrollera vilka som lagligen vistas inom statens gränser, vilket uttrycks i *Üner mot Nederländerna*.<sup>315</sup> En inskränkning av rätten till privat- och familjeliv är tillåten om det finns stöd i lag och om det anses proportionerligt med hänsyn till viktiga samhällsintressen.<sup>316</sup> Ett sådant viktigt samhällsintresse är landets ekonomiska välstånd vilket inkluderar intresset av en reglerad migrationsrätt.<sup>317</sup> En avvägning måste göras i det enskilda fallet mellan statens generella intressen och den sökandes intresse.<sup>318</sup> Rätten till respekt för familjeliv ger inte frihet att bosätta sig i vilket land som helst utan syftar till att skydda individer från godtyckliga beslut från myndigheter.<sup>319</sup>

I *Nunez mot Norge* har Europadomstolen etablerat olika faktorer för att bedöma när ett beslut om nekat uppehållstillstånd inskränker individens rätt till familj enligt artikel 8. Även om det specifika fallet handlar om familjeåterförening och inte asyl indikerar bedömningsfaktorerna vad Europadomstolen anser är viktigt i avvägningen mellan familjrelation och statens rätt att inskränka individens rätt till skydd för intresset av reglerad invandring. Bedömningsfaktorerna som anges är: i vilken utsträckning beslutet förhindrar familjelivet, hur stark koppling den sökande har till staten, om det finns oöverkomliga hinder för familjeliv i hemlandet, några migrationsrättsliga regler som hindrar uppehållstillstånd, allmän säkerhet och

---

<sup>315</sup> *Üner mot Nederländerna*, punkt 54.

<sup>316</sup> Artikel 8.2 Europakonventionen; *Üner mot Nederländerna*, punkt 54.

<sup>317</sup> Council of Europe, "Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights", punkt 23.

<sup>318</sup> *Nunez mot Norge*, punkt. 70.

<sup>319</sup> *Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Storbritannien*, punkt 67.

under vilka omständigheter familjelivet inleddes.<sup>320</sup> Om familjelivet inleddes när den sökande haft oklar framtid i landet, eller rent av varit medveten om risken för utvisning funnits, krävs *exceptionella omständigheter* för att utvisning ska anses inskränka mot rätten till familjeliv.<sup>321</sup>

Även om migrationsrättsliga regler kan tala emot uppehållstillstånd konstateras i *Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna* att en familjerelation kan väga upp för ett regelbrott, förutsatt att det inte är ett straffrättsligt brott.<sup>322</sup> I detta fall hade sökande inte vidtagit åtgärder för att ansöka om laglig uppehållsrätt, men omständigheterna för att få det beviljat hade funnits. Därför ansåg Europadomstolen att ett utvisningsbeslut skulle innebära en otillåten inskränkning mot artikel 8. Den skyddsvärda familjerelationen omfattade i detta fall ett barn och Europadomstolen lade vikt vid att barnets bästa var att föräldern fick stanna i landet.<sup>323</sup> Europadomstolen vill dock skilja på fall där *berättigade förväntningar*, dvs en faktisk möjlighet, för fortsatt familjeliv inte funnits alls och de fall där möjlighet till fortsatt familjeliv varit möjligt men där nödvändiga åtgärder ej tagits.<sup>324</sup>

Utöver de tidigare nämnda faktorerna i proportionalitetsbedömningen gäller ytterligare en för barn. Europadomstolen påpekar nämligen uttryckligen att barnets bästa måste beaktas och barnets eventuella svårigheter i hemlandet ska särskilt bedömas.<sup>325</sup> Europadomstolen avhåller sig från att uttrycka någon materiell innebörd av vad som är barnets bästa men anser att en tydlig och tillräcklig utredning av familjelivet ur ett barnrättsperspektiv krävs för att inte strida mot barnkonventionen.<sup>326</sup>

---

<sup>320</sup> Nunez mot Norge, punkt. 70.

<sup>321</sup> Ibid.

<sup>322</sup> Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna, punkt 43.

<sup>323</sup> Ibid.

<sup>324</sup> Ibid.

<sup>325</sup> Üner mot Nederländerna, punkt 58.

<sup>326</sup> Takács, N, s. 10.



Europadomstolen poängterar vidare att barnets bästa enligt barnkonventionen måste beaktas inom ramen för privat- och familjeliv och att separera barn från deras mamma under två år med oklar möjlighet till återförening efter den tiden, väger tyngre än statens generella intresse av reglerad invandring.<sup>327</sup> Staten har visserligen agerat inom sin bedömningsmarginal ("margin of appreciation") men borde enligt Europadomstolen ha beaktat barnets bästa i proportionalitetsbedömningen.<sup>328</sup>

I *El Ghatet mot Schweiz* konstaterar Europadomstolen att det är upp till nationell domstol att avgöra vad som är barnets bästa i det enskilda fallet.<sup>329</sup> Europadomstolens uppgift är endast att kontrollera det nationella beslutets enlighet med rätten till privat- och familjeliv och att tillräcklig hänsyn tagits till barnets bästa.<sup>330</sup> Det åligger därför migrationsdomstolen att bedöma proportionaliteten mellan utvisning, rätten till respekt för privat- och familjeliv utifrån vad som är det bästa för barnet.

Barnets bästa kan väga tyngre än föräldrars rätt till familjeliv enligt artikel 8 om exempelvis barnets hälsa eller utveckling riskerar att påverkas negativt.<sup>331</sup> Europadomstolen beskriver bedömningen om barnets bästa i relation till rätten till familjeliv som bestående av två delar i *Neulinger och Shuruk mot Schweiz*.<sup>332</sup> För det första är utgångspunkten att upprätthålla familjens enhet med undantaget om familjen visats vara uppenbart olämpliga. För det andra, måste barnets utveckling garanteras och rätten till familjeliv får inte medföra att föräldrarna utsätter barnet för något som riskerar dess utveckling eller hälsa.<sup>333</sup> Europadomstolen bedömde i detta fall att det vore i strid med barnets bästa att utvisa ett barn till hemlandet där hans pappa bor eftersom hans mamma, som barnet har starkast relation till, riskerar fängelse vid ett återvändande.<sup>334</sup>

---

<sup>327</sup> Nunez mot Norge, punkt. 84.

<sup>328</sup> Ibid.

<sup>329</sup> El Ghatet mot Schweiz, punkt 47.

<sup>330</sup> Ibid.

<sup>331</sup> Sahin mot Tyskland, punkt 66.

<sup>332</sup> Neulinger och Shuruk mot Schweiz, punkt 136.

<sup>333</sup> Ibid.

<sup>334</sup> Ibid, punkt 151.

### 3.4 Sammanfattning

Den svenska rättstillämparen behöver ta hänsyn till individens privat- och familjeliv utifrån EKMR i alla migrationsrättsliga beslut, men när ett beslut rör ett barn aktualiseras även bestämmelsen enligt barnkonventionen. Rätten till privat- och familjeliv i barnkonventionen respektive europarätten kommer båda ursprungligen från FN:s deklaration om mänskliga rättigheter. Rätten till privat- och familjeliv enligt barnkonventionen är dock inte en lika omtalad bestämmelse som dess motsvarighet i EKMR.

Skyddet för privat- och familjeliv förutsätter att ett skyddsvärt privat- och/eller familjeliv föreligger för att ställa krav på rättstillämparen att utföra en proportionalitetsbedömning vid ett migrationsrättsligt beslut.

Privatliv utifrån EKMR omfattar en persons fysiska och sociala identitet medan privatliv enligt barnkonventionen ämnar skydda barnets hälsa och utveckling. I bedömningen av vad som utgör ett skyddsvärt familjeliv framgår att principen om familjens enhet är vägledande inom barnkonventionen. Även om uppfattningen av vem som utgör familj utifrån barnkonventionens bestämmelse i stor utsträckning överlämnas till nationell rätt framförs att kärnfamiljen skyddas. Kärnfamiljen är enligt UNHCR personer som under betydande tid varit gifta/sammanboende/förlovande samt deras minderåriga barn.

Ett skyddsvärt familjeliv i barnkonventionen enligt svensk lagstiftare kan, utöver kärnfamiljen, också omfatta både familjehemsfamilj och andra institutioner.<sup>335</sup> Bedömningen av en familjerelation enligt barnkonventionen utgår ifrån dels en faktisk relation, dels barnets uppfattning av relationen.

Även i EKMR anses vikten i bedömningen av en skyddsvärd familjerelation baseras på att en faktisk nära familjerelation föreligger och inte rättslig status.

---

<sup>335</sup> SOU 2020:63, s. 628.

Dock presumeras en nära relation vid viss rättslig status eller biologisk koppling. Om varken biologisk eller rättslig koppling föreligger krävs att de visar en *genuin personlig koppling*.<sup>336</sup> För att uppnå ett skyddsvärt familjeliv enligt EKMR ställs även krav på kontinuitet i relationen.

För att ett ingripande enligt barnkonventionen ska vara tillåtet ska det vara i enlighet med konventionens syfte, dvs skydda barnets hälsa och utveckling. I EKMR uppställs däremot andra specifika syften som anses legitima t.ex. reglerad invandring. Enligt Europadomstolen ställs höga krav för att en inskränkning i privat- och familjelivet ska anses oproportionerligt mot intresset av reglerad invandring.

---

<sup>336</sup> Paradiso och Campanelli mot Italien, punkt 148.

# 4 Migrationsdomstolens avgöranden

## 4.1 Inledande kommentar

Migrationsdomstolens avgöranden är inte högsta instans utan kan i vissa fall ha överklagats till Migrationsöverdomstolen. Rättsfallen utgör inte rättsligt vägledande prejudikat men skildrar tillämpningens avvägningar i frågan om barnets bästa och rätten till privat- och familjeliv i bedömningen av uppehållstillstånd för omhändertagna barn. I detta avsnitt kommer de rättsfall i migrationsdomstolarna under 2021 vars klagande är ett omhändertaget barn som söker asyl gås igenom för att analyseras i förhållande till gällande rätt från tidigare avsnitt.

## 4.2 Beslut om nekat uppehållstillstånd

### 4.2.1 Fall 1 – UM 1089-19

#### Bakgrund

Klagande är två barn (9 och 10 år) med mamman som är deras enda vårdnadshavare. Barnen är födda i Sverige och bott större delen av sitt liv här. Barnen talar språken i hemlandet flytande. De har tidigare haft uppehållstillstånd baserat på anknytning till pappan men relationen har upphört pga våld mot mamman. Mamman har gått i skyddat boende och barnen har omhändertagits enligt LVU för omvårdnad och skydd från pappan. De ansöker om fortsatt uppehållstillstånd på grund av att förhållandet mellan mamman och pappan avslutats på grund av våld. Domstolen prövar flera uppehållsgrunder utifrån barnens perspektiv.

## **Domskäl**

Domstolen anser att barnens unga ålder gör att deras främsta anknytning är till föräldrarna och att inget hinder utifrån barnens rätt till privatliv hindras genom en utvisning. Barnens rätt till familjeliv med pappan hindras dock av en utvisning. Ett omhändertagande enligt LVU anses bryta den skyddsvärda familjerelationen. Avbrottet av familjelivet är dessutom inte permanent eftersom pappan kan träffa barnen i hemlandet och utvisning innebär därför ingen oproportionerlig inskränkning av rätten till privat och familjeliv. Barnens omhändertagande kan inte heller grunda uppehållstillstånd eftersom det ”generellt sett finns den typen av vårdmöjligheter”<sup>337</sup> i hemlandet.

## **Domslut**

Nekat uppehållstillstånd, beslut om utvisning.

## **Kommentar**

Domstolen nämner inte uttryckligen hur de beaktar barnets bästa vilket är ett krav enligt barnets bästa som processuell regel.<sup>338</sup> Däremot provas barnens möjlighet till uppehållstillstånd i ett separat avsnitt från mammans, vilket överensstämmer med det processuella kravet.<sup>339</sup> Domstolens bedömning fokuserar på barnens anknytning och anser att inget skyddsvärt privatliv finns eftersom de saknar ett etablerat nätverk i Sverige. Vad som menas med etablerat nätverk förklaras dock inte. Men den främsta anknytningen för unga barn presumeras vara föräldrarna. Det föreligger enligt domstolen ett skyddsvärt familjeliv till pappan trots att omhändertagande är grundat på att skyddas från honom och att han inte längre är vårdnadshavare. Bedömningen av barnets bästa sker huvudsakligen utifrån deras rätt till familjeliv och anses vara en nära relation med båda föräldrarna.

Men barnets bästa kan inte i sig grunda uppehållstillstånd och det anses inte oproportionerligt mot syftet att behålla en reglerad invandring att barnen

---

<sup>337</sup> Förvaltningsrätten i Göteborg, Avd. 4, Mål nr. UM 1089–19, s. 15.

<sup>338</sup> Se avsnitt 2.3.2 ”processuell regel”.

<sup>339</sup> Ibid.

utvisas med sin primära omsorgsgivare till ett land där pappan också kan hälsa på. Det anses även klarlagt genom LVU-utredningen att barnen bör leva åtskilt från sina föräldrar, men det grundar inte heller uppehållstillstånd eftersom alternativ som barnhem och familjehem finns i hemlandet.

## **4.2.2 Fall 2 – UM 3447 - 20**

### **Bakgrund**

Pojke som föddes i Sverige omhändertogs redan vid två veckors ålder och placerades i ett familjehem och har bott där sedan dess. Pojken är två år gammal. Pappan är okänd och mamman har varit både psykiskt och fysiskt våldsam mot pojken. Pojken har en morbror i Sverige med permanent uppehållstillstånd som han har god kontakt med. I hemlandet finns släkt som han aldrig träffat.

### **Domskäl**

Domstolen anser att det inte visats vara sannolikt att skyddsgrundande behandling riskeras pga pojken är faderlös. Det faktum att han har släkt i hemlandet anses också som ett ordnat mottagande. Domstolen utgår ifrån att släkten kan omhänderta pojken eftersom motsatsen inte gjorts sannolik. Domstolen konstaterar vidare att pojkens anpassning till Sverige främst är i relation till familjehemmet och på grund av hans unga ålder kan inte anses vara till svenska förhållanden på ett sätt som innebär särskilt ömmande omständighet för uppehållstillstånd. I en mening nämns att utvisning inte strider mot barnkonventionen eller annat konventionsåtagande. Släkten i hemlandet anses kunna tillgodose behovet för omvårdnad som grundat omhändertagandet och därför saknas anledning att bevilja uppehållstillstånd med anledning av ett omhändertagande.

### **Domslut**

Nekat uppehållstillstånd, beslut om utvisning.

### **Kommentar**

Domstolen konstaterar enbart kort att barnkonventionen och EKMR inte utgör hinder för utvisning. Prövningen för uppehållstillstånd sker mot den öppna bestämmelsen *särskilt ömmande omständigheter* vilket speglar ett barnrättsperspektiv i svensk rätt. Men utformningen som öppen bestämmelse ger även rättstillämparen möjlighet att beakta barnets bästa i större utsträckning. Vad domstolen anser är barnets bästa i detta fall framgår inte klart eftersom domstolen motsägelsefullt konstaterar en stark anpassning till Sverige och anknytning till familjehemmet med en kort kommentar om att anpassningen och anknytningen dock inte är *tillräckligt* stark. Någon proportionerlighetsbedömning om utvisning gentemot pojkens rätt till det privat- och familjeliv som domstolen ändå erkänner att pojken har framgå inte.

### **4.2.3 Fall 3 – UM 5436 - 21**

#### **Bakgrund**

Pojke född i Sverige (2020) omhändertogs enligt LVU för första gången strax efter han föddes då mamman avvikit från sjukhuset. Omhändertagandet varade då i två dagar innan han återförenades med mamman. I december 2020 omhändertogs han återigen och har sedan dess varit kvar i familjehemmet. Upphållstillstånd prövas på samma skyddsgrunder som sin mamma men också för anknytningen till pappan i Sverige.

#### **Domskäl**

Pojken prövas enligt samma skyddsgrunder som sin mamma och syskon vilka fått beslut om utvisning. Någon särskild omständighet som föranleder ett annat beslut för pojken anses inte finnas. Angående anknytningen till pappan är domstolen enig med migrationsverket och anser att faderskapet inte är fastställt vilket därför inte kan grunda uppehållstillstånd. Även om domstolen uttryckligen skriver att barnets bästa ska beaktas konstateras endast kort att barnets bästa inte är en självständig uppehållsgrund utan ”en omständighet som ska vägas mot övriga omständigheter att [pojken] inte kan beviljas

tillstånd”. Ingen vidare förklaring ges och domstolen avslutar med att skriva ut att utvisning inte är konventionsstridigt.

### **Domslut**

Nekat uppehållstillstånd, beslut om utvisning.

### **Kommentar**

Domstolen inleder med att lyfta deras skyldighet att beakta barnets bästa enligt portalparagrafen i 1 kap 10 § utlänningslagen. Eftersom domstolen inte skrivit ut vad de bedömt vara barnets bästa är, eller hur de resonerat, kan den processuella delen av principen om barnets bästa kritiseras i denna dom. Men det faktum att de förklarar principen om barnets bästa som en omständighet som vägs mot andra omständigheter tyder på att någon utredning om barnets bästa gjorts. Däremot är det otydligt hur domstolen använder principen.

De skriver att omständigheterna som talar mot uppehållstillstånd ska vägas mot barnets bästa, vilket kan tolkas som att barnets bästa innebär uppehållstillstånd i Sverige men att de faktiska omständigheterna inte uppfyller rekvisiten för *särskilt ömmande omständigheter*. Barnets bästa som tolkningsprincip i öppna bestämmelser kan enbart påverka inom ramen för rekvisiten och kan inte ändra betydelsen i lagtexten.<sup>340</sup>

Rätten till respekt för privat- och familjeliv berörs enbart genom ett kort konstaterande om anknytning. Eftersom faderskap ej kunnat bevisas föreligger ingen grund för anknytning och något vidare familjeliv eller privatliv utöver den biologiska kopplingen diskuteras inte.

---

<sup>340</sup> Se avsnitt 2.4.2.1 ”barnets bästa i regler om uppehållstillstånd”.



## **4.2.4 Fall 4 – UM 5859 - 20**

### **Bakgrund**

En 15 år gammal pojke har tidigare ansökt om uppehållstillstånd tillsammans med sin pappa men fått beslut utvisningsbeslut. Pappan har upprepade gånger hotat sonen och pojken har därför från och till omhändertagits enligt LVU. Sedan 2018 har pojken varit konstant omhändertagen och placerad i ett familjehem som han trivs i.

### **Domskäl**

Domstolen anser att det inte finns någon hotbild från pappan vid ett återvändande eftersom hoten varit i relation till frågan om uppehållstillstånd i Sverige. Domstolen förklarar vidare att pojkens berättelse om förlorad kontakt med släkt och familj i hemlandet inte anses sannolik och att omvårdnaden som grundat omhändertagandet därför kan tillgodoses i hemlandet.

### **Domslut**

Nekat uppehållstillstånd, beslut om utvisning.

### **Kommentar**

Det saknas en uttrycklig diskussion om vad barnets bästa är och hur det bedöms i utredningen om skyddsgrunderna. Det framgår dock att pojken själv anser att det bästa för honom är att få bo i Sverige i sitt familjehem. Även socialtjänsten uttryckte en risk för pojkens välmående och psykosociala utveckling vid en återförening med pappan. Ur ett processuellt perspektiv har barnet bästa därmed beaktats genom inhämtande av utlåtande vilket ingår i utredningsskyldigheten, men även att barnets åsikt kommer fram. Domstolen anser dock att de uppgifterna inte påverkar deras bedömning om skyddsbehovet mot hemlandet. Pojken har inte nått upp till beviskravet att göra sitt skyddsbehov sannolikt utifrån omständigheterna för omhändertagandet. Någon diskussion om privat- och familjeliv i Sverige förs inte mer än att familj och släkt konstateras finnas i hemlandet för att tillgodose vårdbehovet.

## 4.2.5 Fall 5 – UM 8194 -20

### Bakgrund

En 10 år gammal flicka ansökte asyl med sin mamma 2019. Efter ankomsten till Sverige föddes ytterligare en flicka. Båda barnen har omhändertagits med anledning av mammans psykiska ohälsa.

### Domskäl

Barnens skyddsskäl anses vara samma som mammans och det är först vid bedömningen om *särskilt ömmande omständigheter* som barnens situation behandlas separat från mammans. Eftersom barnen endast varit i Sverige i två års tid där de under ett års tid varit familjehemsplacerade finns viss anpassning till Sverige. Dock anser domstolen att den starkaste anknytningen fortfarande finns till mamman och varandra. Domstolen lägger vikt vid att barnen ej spenderat någon betydande del av sina formativa år i Sverige. Något skyddsvärt privat- och familjeliv i Sverige föreligger inte heller. Barnen har själva uttryckt vilja att bo med sin mor och domstolen anser att det finns nätverk i hemlandet som tillsammans med modern kan tillgodose omvårdnadsbehovet.

### Domslut

Nekat uppehållstillstånd, beslut om utvisning.

### Kommentar

Med en hänvisning till portalparagrafen hänvisar domstolen till principen om barnets bästa och kravet att ta hänsyn till deras hälsa, utveckling och barnets bästa i övrigt. Det är gentemot bestämmelsen om *särskilt ömmande omständigheter* som barnets bästa prövas och domstolen fäster särskild vikt vid barnens anpassning till Sverige. En tillräckligt stark anpassning till Sverige innebär en särskilt ömmande omständighet vilket är grund för uppehållstillstånd.<sup>341</sup> Domstolen anser att barnen inte spenderat sina formativa år i Sverige, att deras unga ålder och det faktum att de talar språket

---

<sup>341</sup> MIG 2020:24.

i sitt hemland talar för att deras starkaste anknytning är till sin mamma och hemlandet. Deras anpassning till Sverige anses därför inte vara tillräckligt stark.

Implicit uttrycker domstolen att barnets bästa är att vara på den plats och med de personer som barnet har bäst anknytning till. Men det framgår inte tydligt om domstolen anser att det är barnets bästa att utvisas med sin mamma eller om barnets bästa är att vara i Sverige men att det i avvägningen mot intresset av den reglerade invandringen inte väger tillräckligt tungt.

## **4.3 Beslut om uppehållstillstånd/återförvisning**

### **4.3.1 Fall 6 – UM 297-20/UM 299-20**

#### **Bakgrund**

En 15-åring och mamman har tidigare haft uppehållstillstånd pga anknytning men vid ansökan om förnyat uppehållstillstånd nekades de av Migrationsverket. I överklagan till migrationsdomstolen framfördes skyddsskäl och ärendet återförvisades till Migrationsverket. Migrationsverket nekade uppehållsrätt pga. skyddsskäl och i överklagan till migrationsdomstolen framfördes att migrationsverket inte beaktat omständigheten att 15-åringen omhändertagits enligt LVU.

#### **Domskäl**

Migrationsverkets utredning av skyddsskäl utgjordes endast av ett telefonsamtal och var inte tillräckligt. Utredning av skyddsskäl ska göras innan bedömning om uppehållstillstånd på annan grund, men även utredningen om barnets vårdbehov utifrån LVU var begränsad enligt domstolen.

## **Domslut**

Återförvisar målet till migrationsverket för ytterligare utredning.

## **Kommentar**

I detta fall lägger domstolen krav på den processuella aspekten av barnets bästa. Utredningsskyldigheten är långtgående i migrationsmål och domstolen konstaterar att ett telefonsamtal inte är tillräckligt när det gäller ett barn som omhändertagits. Eftersom det handlar om ett återförvisande görs ingen vidare analys av sakomständigheterna i fallet.

## **4.3.2 Fall 7 – UM 2990 - 21**

### **Bakgrund**

Barnet A:s ålder framgår inte på grund av sekretess men det framgår att hon har bott i Sverige i 10 år. Hon har omhändertagits genom LVU för att skyddas från sina föräldrar och hedersrelaterat våld från sin mammas släkt som befinner sig i Sverige. Under sin tid i Sverige har hon börjat ta avstånd från Islam samt slutat bära slöja. Migrationsverket bedömde att ingen hotbild fanns i hemlandet och beslutade om utvisning. Enligt Migrationsverket ansågs inte risken för bortgifte vid ett återvändande uppnå sannolikhetskravet då hon inte lämnat konkreta uppgifter om vem hon skulle giftas bort till.

### **Domskäl**

Domstolen konstaterar att beslutet om omhändertagande enligt LVU visar på ett hot från föräldrar och familj. Hon har släkt i hemlandet och föräldrarna har också fått beslut om utvisning. Domstolen anser därför att det finns en hotbild mot henne i hemlandet. Föräldrarna har själva sagt att de inte kan skydda henne vid ett återvändande och att hon riskerar död eller utfrysning. Det faktum att hon är ett barn och att inget skydd i hemlandet, varken från föräldrar eller myndigheter, finns att tillgå kan det inte krävas att hon flyr till en annan del av hemlandet själv.

## **Domslut**

Tidsbegränsat uppehållstillstånd i tre år som flykting.

## **Kommentar**

I detta fall utreds uppehållstillstånd på grund av risk för förföljelse vilket är enligt Danes kategorisering är en tvingande bestämmelse med distinkta rekvisit.<sup>342</sup> Det innebär mindre bedömningsmarginal för domstolen att tolka in barnets bästa eftersom specifika omständigheter måste uppfyllas. Däremot inkluderas ett barnrättsperspektiv genom att konstatera att det faktum att hon är ett barn utgör hinder för att hon själv ska kunna fly till en annan del av hemlandet (internflykt). Anledningen för hennes omhändertagande enligt LVU anges även som ett bevis för hennes allvarliga situation. Någon diskussion om rätten till respekt för privat- och familjeliv diskuteras inte i detta fall eftersom hon konstateras vara i behov av skydd baserad på kön enligt 4 kap 1 § utlänningslagen.

### **4.3.3 Fall 8 – UM 178-21**

#### **Bakgrund**

Två syskon ansökte om asyl på grund av pappans miljöaktivism i hemlandet. De har sedan 2009 haft tillfälligt uppehållstillstånd baserat på anknytning till sin pappa här i Sverige. Men sedan dess har pappan återvänt till hemlandet. Barnen är omhändertagna enligt LVU på grund av mammans psykiska hälsotillstånd och har bott i familjehem under några års tid. De har god kontakt med sin pappa i hemlandet och regelbunden kontakt med sin mamma och syskon som också befinner sig i Sverige. Mamman kommer återvända då hon nöjdförklarar sig över sitt utvisningsbeslut. Pappan är i hemlandet men vill att barnen ska stanna i Sverige.

---

<sup>342</sup> Se avsnitt 2.4.2.1 ”Barnets bästa i regler om uppehållstillstånd.”

### **Domskäl**

Domstolen konstaterar att barnen är särskilt utsatta eftersom de är omhändertagna genom LVU, men omhändertagandet i sig kan inte grunda uppehållstillstånd utan det är anledningen bakom omhändertagandet som beaktas i bedömningen. Eftersom grunden är omvårdnad och deras pappa finns i hemlandet kan inte uppehållstillstånd baserat på fortsatt behov av vård enligt LVU beviljas heller.

Bedömningen av särskilt ömmande omständigheter utgår ifrån hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situationen i hemlandet. Domstolen framför att särskild hänsyn tas till barns psykosociala utveckling i bedömningen om anpassning till Sverige. Det konstateras att barnens primära omsorgspersoner är i Sverige och att särskild hänsyn tas till deras långa vistelsetid i Sverige, faktum att de tidigare haft uppehållstillstånd samt att ett omhändertagande enligt LVU gör barnen extra utsatta.

### **Domslut**

Barnen beviljas tillfälligt uppehållstillstånd i 13 månader på grunden särskilt ömmande omständigheter (5 kap 6 § utlänningslagen).

### **Kommentar**

I viss mån kan ett föräldraperspektiv på rätten till familjeliv lysa igenom i domstolens motivering. Det syns genom att pappans vilja att barnen ska stanna i Sverige verkar inte helt oväsentligt. Men det är vilka barnens primära omsorgspersoner är som anses viktigast i bedömningen. Deras primära omsorgspersoner anses vara familjehemmet. Barnens födelsedatum är sekretessbelagda men eftersom de varit i Sverige sedan 2009 är de minst 10 år gamla.

Även om rätten till privat- och familjeliv inte uttryckligen nämns konstateras att barnen haft sina formativa år i Sverige, skapat ett nätverk här samt ser familjehemmet som sin familj. Barnens privat- och familjeliv anses utgöra grund för anpassning till Sverige och grundar uppehållstillstånd. Detta trots

att anledningen för omhändertagandet enligt LVU är omvårdnad och båda de biologiska föräldrarna är i hemlandet.

## 4.4 Sammanfattning

I fem av åtta fall nekades barnen uppehållstillstånd. Domstolen framhåller i de fallen att unga barn främst har koppling till föräldrar och familj, oavsett om det är biologisk eller familjehemsfamilj. I fallen där barnets anknytning är till de biologiska föräldrarna konstateras att barnen därför inte har någon särskild anknytning till Sverige som kan utgöra särskilt ömmande omständigheter för uppehållstillstånd. Domstolen beslutar då att barnen bör vara med personerna de har närmast anknytning till, vilket innebär utvisning med föräldrarna. När ett ungt barn har främst anknytning till sin svenska familjehemsfamilj konstateras däremot att anknytningen inte uppgår till en särskilt ömmande omständighet.

Av de andra tre fallen återförvisades ett till migrationsverket och i två fall beviljades barnen uppehållstillstånd. Ett barn fick uppehållstillstånd som flykting och de andra fick ett uppehållstillstånd med anledning av särskilt ömmande omständigheter. I bedömningen om särskilt ömmande omständigheter lade domstolen främst vikt vid anknytningen till Sverige, där barnet privat- och familjeliv spelade stor roll. Barnens omhändertagande beskrevs som en indikation på extra utsatthet, men domstolen tog främst hänsyn till andra faktorer som visade stark anknytning till Sverige. Däribland bedömdes barnens långa vistelsetid i Sverige som skett under deras formativa år, barnets åsikt samt att deras primära omsorgspersoner befann sig i Sverige och en utvisning skulle kunna påverka deras psykosociala utveckling.

Angående barnens situation som omhändertagna genom LVU konstaterar domstolen flera gånger att det är anledningen bakom omhändertagandet som kan påverka bedömningen om uppehållstillstånd. I samtliga fall är bristande omvårdnad en anledning för omhändertagandet. Då nämner domstolen att

släkt eller familj i hemlandet kan ge motsvarande omvårdnad och därför inte bryter mot barnets bästa eller svenska konventionsåtagande vid ett beslut om utvisning.

För flickan som beviljades uppehållstillstånd som flykting var hennes omhändertagande en avgörande faktor i domstolens bedömning. Domstolen ansåg att omhändertagandet var ett bevis för att flickan behövde skydd. Sedan konstaterade domstolen att internflykt inte är rimligt att kräva för ett barn som ej kan skyddas av vare sig föräldrar eller myndigheter.

Avslutningsvis kan nämnas att det varierar hur uttryckligt barnets bästa och rätt till privat- och familjeliv diskuteras av domstolen. Allt från enbart nämnas till att hänvisa- och relatera till tidigare praxis.



## 5 Diskussion

### **Vad innebär principen om barnets bästa i bestämmelser om uppehållstillstånd för asylsökande barn?**

Principen om barnets bästa utgör i grunden ett teoretiskt ramverk för att lyfta barnrättsperspektivet i asyلفörfarandet och säkerställa barnets liv, hälsa och utveckling. Det är ytterst den offentliga makten som är ansvarig för att säkerställa att principens krav uppnås för tvångsomhändertagna barn som söker asyl. Principen om barnets bästa kan därför anses innebära en skyldighet för den svenska rättstillämparen att beakta barnets bästa i bedömningen om uppehållstillstånd. Men även om det är tydligt att ett barnrättsperspektiv ska finnas är det fortfarande oklart vad principen om barnets bästa faktiskt innebär för ett tvångsomhändertaget barn som söker asyl.

Det som uppfattas som den största svårigheten, men kanske även den största fördelen, med principen om barnets bästa är att det är en öppet formulerad bestämmelse. Det medför en frihet för rättstillämparen att bedöma barnets bästa utifrån omständigheterna i det enskilda fallet vilket är fördelaktigt eftersom alla fall är olika. Den flexibiliteten i rättstillämpningen innebär också att bedömningen om vad som är barnets bästa alltid utgår ifrån den senaste forskningen. Men för barnet innebär flexibiliteten en större osäkerhet kring hur omständigheterna i hans fall kommer påverka bedömningen om uppehållstillstånd eller inte. Det skulle dock kunna motverkas genom en tydlig redogörelse av rättstillämparen för vilka omständigheter som bedömts viktiga och hur de vägts mot varandra i varje enskilt fall.

Det kan argumenteras för att en rättslig transparens är viktigare än att rättstillämparen tillämpar den allra senaste forskningen. Även om barnets bästa är ett forskningsområde som ständigt utvecklas finns stora risker med att rättstillämparen får för mycket bedömningsutrymme. Ett sådant exempel

är Schiratzkis teori om *låsta presumtioner*. Hon menar att det kan ifrågasättas om det ens är möjligt att ha en helt öppen bestämmelse. Rättstillämparen eftersträvar en kodifiering av öppna bestämmelser för att kunna luta sina beslut mot. Vid en helt öppen bestämmelse kommer därför kodifiering utformas av rättstillämparen istället för lagstiftaren och leda till generella presumtioner som är svåra att döma emot. De generella presumtionerna kanske förenklar rättstillämparens bedömning och är korrekta i många fall, men den individuella bedömningen frångås då mer och mer.

En öppen bestämmelse som principen om barnets bästa innebär också en risk för att det enskilda beslutet påverkas av rättstillämparens omedvetna subjektivitet i frågan om vad som är bästa för barnet. Men rättstillämparens möjlighet att beakta barnets bästa är också beroende av vilka bestämmelse som aktualiseras i fallet. Enligt Danes kategorisering är det svårare för rättstillämparen att beakta barnets bästa inom bestämmelserna för flykting än för särskilt ömmande omständigheter. Men det är möjligt att större vikt läggs vid barnets omhändertagande när mindre utrymme för andra aspekter av barnets bästa, t.ex. anknytning/anpassning till Sverige, kan användas inom ramen för de svenska reglerna om uppehållstillstånd.

Tvångsomhändertagna barn som söker asyl är en särskilt utsatt grupp i beslut från den offentliga makten eftersom det inte är möjligt att följa upp om ett beslut om utvisning faktiskt var det bästa för barnet eller inte. En utvärdering över kvalitén av migrationsdomstolens beslutsunderlag är därför mycket svår.

Ytterligare en nackdel med en öppen bestämmelse, och den otydlighet det innebär för tvångsomhändertagna barn som söker asyl rent migrationsrättsligt, är att det faktiskt kan påverka möjligheten för beviljat uppehållstillstånd. Eftersom ett omhändertagande har visat sig vara en viktig faktor för att visa på skyddsbehov och varit avgörande i beviljandet av uppehållstillstånd pga. flyktingstatus är det viktigt att barnet faktiskt omhändertas när behovet finns. Men det har framkommit att socialtjänsten sätter in mindre ingripande åtgärder om barnet riskerar utvisning eftersom det

inte anses rimligt att separera barnet och föräldrarna om de ändå ska utvisas tillsammans. Följaktligen kommer migrationsdomstolen bedöma att socialtjänsten inte gjort några ingripande insatser och därmed se att nivån av omvårdnad som ges enligt socialtjänsten också kan tillgodoses i hemlandet. Samtidigt kan det argumenteras att detta inte är ett problem för migrationsdomstolen utan snarare ett problem inom socialtjänsten, där bedömningar om insatser i nutid inte bör påverkas av eventuella framtida utvisningsbeslut.

Principen om barnets bästa innebär också ett krav på asylprocessen i sig och inte bara bedömningen om vilka omständigheter som anses motsvara det bästa för barnet, utan också *hur* bedömningarna gjorts.

I regeringens utredning om barnkonventionen och svensk rätt<sup>343</sup> framgår att bedömningen av vad som faktiskt utgör barnets bästa ska avgöras med hänsyn till både barnets och föräldrarnas åsikt om vad som är bäst för barnet. Samtidigt har det i tidigare förarbeten främst hänvisats till barnets åsikt och forskning. Det förefaller därför oklart vilken roll föräldrarnas åsikt spelar i bedömningen av barnets bästa. I fall nr. 8 ville pappan att barnen skulle stanna i Sverige trots att han var kvar i hemlandet. Det är svårt att säga om det var någon avgörande faktor men möjligen underlättades beslutet om uppehållstillstånd. Vilken vikt barnets egen åsikt ges beror på barnets mognad och ålder.

I den processuella aspekten har migrationsdomstolen ett stort utredningsansvar och enligt Barnrättskommittén föreligger även en långtgående motiveringsskyldighet.<sup>344</sup> Ett beslut som uppfyller barnets bästa behöver inte vara det som faktiskt motsvarar barnets bästa om t.ex. intresset av reglerad invandring väger tyngre. Men det krävs att en utredning om vad barnets bästa är samt att det vägts mot det motstående intresset. Motiveringsskyldigheten i principen om barnets bästa innebär att

---

<sup>343</sup> SOU 2020:63.

<sup>344</sup> Se avsnitt 2.4.3 ”processuell regel”.

migrationsdomstolen både ska förklara *att* barnets bästa beaktats och *hur* det gjorts i det aktuella fallet. Även detta knyter an till rättssäkerhetsaspekten som nämnts ovan. Bevisbördan ligger på det asylsökande barnet även om rättstillämparen har en långtgående utredningsskyldighet. Men att bevisbördan ligger på individen i bedömningar där rättstillämparen inte tydligt framför vilka aspekter som är viktiga är problematiskt eftersom beslut om uppehållstillstånd är myndighetsutövning med stor påverkan på individens liv, särskilt för tvångsomhändertagna barn.

Motiveringarna från migrationsdomstolen, som tidigare visat sig vara bristfälliga<sup>345</sup>, är en del i rättssäkerheten eftersom det medför transparens i rättstillämpningen. Transparens innebär en möjlighet, för både individen själv och andra granskare, att ifrågasätta beslutet. Men motiveringen för beslutet är inte bara viktigt för rättssäkerheten utan också för barnets förståelse och acceptans av beslutet. Trots Barnrättskommitténs riktlinjer, som Sverige anser vägledande gällande barnkonventionens bestämmelser, har Migrationsverket i ett rättsligt ställningstagande av sagt sig motiveringsskyldigheten när rekvisiten för uppehållstillstånd inte uppfylls.<sup>346</sup>

Det kan även nämnas att det faktum att barnet är tvångsomhändertaget verkar inte göra nämnvärt stor skillnad i vad principen om barnets bästa innebär i bedömningen om uppehållstillstånd.

Vad principen om barnets bästa innebär för uppehållstillstånd måste därför besvaras med *det beror på*. Det beror på om utvisning eller uppehållstillstånd främst gynnar barnets utveckling och hälsa, vilket i sin tur till stor del beror på den kulturella förståelsen av vad som är barnets bästa, rättstillämparens subjektiva bedömning, barnets åsikt och barnets familjerelation.

---

<sup>345</sup> Dane, L, *Den reglerande invandringen och barnets bästa*, s. 449; se även Lundberg, A & Lind, J, *Barn i migrationsprocessen*.

<sup>346</sup> Migrationsverket, *Prövning av barnets bästa*; se även avsnitt 2.4.3 ”processuell regel”.

## **Hur principen om barnets bästa återspeglas i migrationsdomstolens avgöranden om uppehållstillstånd för asylsökande barn som tvångsomhändertagits.**

Även om samtliga fall handlar om ett barn som är tvångsomhändertaget verkar rättstillämparen ovillig att bevilja uppehållstillstånd baserat på vårdbehovet enligt 5 kap 12 § utlänningslagen. Det är förvånande eftersom barnets bästa enligt 1 kap 10 § utlänningslagen är att skydda barnets hälsa och utveckling, vilket också är anledningen varför barnets omhändertagits från första början.

I de flesta fall hävdas endast att omvårdnadsbehovet kan tillgodoses genom att barnet har någon familjemedlem i hemlandet<sup>347</sup>, men det ställs inga krav på att barnet ska känna personen eller att personen faktiskt vill ta hand om barnet. I dessa fall konstaterar rättstillämparen endast att familj finns. Det läggs därmed stor vikt vid biologisk koppling. När det gäller bristande omvårdnad som grund för omhändertagande anses det i princip tillgodoses av vem som helst. Det är kanske inte helt orimligt eftersom barnet från början vid omhändertagandet placerades i ett okänt hem.

Att vårdbehovet kan tillgodoses i hemlandet hindrar egentligen inte domstolens möjlighet att bevilja uppehållstillstånd. Däremot får de bara utvisa barnet om motsvarande vård finns i hemlandet.<sup>348</sup> Därför kan domstolens förklaring att motsvarande vård finns i hemlandet tolkas som ett tecken att det bästa för barnet är att utvisas med sina föräldrar.

Det verkar föreligga en hierarki av hur uppehållstillståndsbestämmelserna tillämpas. Bedömningen att barnen ansågs ha skyddsvärt privat- och familjeliv i Sverige vägde tyngre än möjligheten att få omvårdnadsbehovet tillgodosett i hemlandet i fall 8. En möjlig förklaring är att domstolen gör sin prövning i viss ordning. Om domstolen anser att barnets bästa bedöms utifrån

---

<sup>347</sup> Se fall 1, 2, 4 och 5 i avsnitt 4.2.

<sup>348</sup> Se avsnitt 2.4.2.2 ”barnets bästa vid tvångsomhändertagande”.

barnets anknytning och barnets främsta anknytning är till sina utvisade föräldrar, då krävs att vården inte kan tillgodoses i hemlandet för att barnets bästa ska vara att stanna i Sverige. Men om barnets främsta anknytning är till Sverige eller familjehemsfamiljen läggs inte fokus på vård i hemlandet eftersom barnet då beviljas uppehållstillstånd på särskild ömmande omständigheter.<sup>349</sup>

Principen om barnets bästa verkar innebära ett verktyg för rättstillämparen att kunna bevilja uppehållstillstånd om de vid en helhetsbedömning anser att det är det bästa. Då särskilt inom särskilt ömmande omständigheter eftersom där möjligt att väga in anpassning (dvs anknytning) till Sverige och barnets privat- och familjeliv. Exakt hur denna bedömning gjorts framgår inte, även om en mer utförlig redogörelse förekommer i de fall där uppehållstillstånd beviljats.<sup>350</sup> Detta speglar förståelsen av barnrättsperspektivet som framgår i Migrationsverket rättsliga vägledning, dvs att någon utförlig redogörelse inte är nödvändig om rekvisit för uppehållstillstånd ändå inte uppfylls.<sup>351</sup>

### **Vad innebär rätten till respekt för privat- och familjeliv för omhändertagna barn som söker asyl, enligt svensk rätt?**

Rätten till respekt för privat- och familjeliv kan innebära en avgörande faktor för ett antingen beviljat eller nekat uppehållstillstånd eftersom barnets rätt till ett *stabilt och varaktigt förhållande med båda sina föräldrar* är ett grundläggande behov för barnets hälsa och utveckling och är en del i bedömningen om barnets bästa.<sup>352</sup> Men i avvägningen om hur avvägningen görs har rättstillämparen bred bedömningsmarginal.

Respekt för privat- och familjeliv innebär ett krav på rättstillämparen att bedöma barnets skyddsvärda relationer, både inom privat- och familjeliv, och sedan göra en proportionerlighetsbedömning. Proportionalitetsbedömningen

---

<sup>349</sup> Se fall 8 i avsnitt 4.3 ”beslut om uppehållstillstånd/återförvisning”.

<sup>350</sup> Se fall 7 och 8 i avsnitt 4.3 ”beslut om uppehållstillstånd/återförvisning”.

<sup>351</sup> Se avsnitt 2.4.3 ”processuell regel”.

<sup>352</sup> Se avsnitt 2.3.3 ”tolkningsprincip”.

avgör om en begränsning av relationen är tillåten för att uppnå det legitima syftet av en reglerad invandring. Den offentliga makten i Sverige har genom rätten till respekt för privat- och familjeliv både en positiv och en negativ skyldighet att respektera individens privat- och familjeliv men vad dessa skyldigheter innebär för omhändertagna barn som söker asyl är inte helt enkelt att avgöra.

Tvångsomhändertagna barn har relation till både sina biologiska föräldrar och sin familjehemsfamilj. Men en kompromiss med en nära och god kontakt med båda förhindras när beslutet om antingen uppehållstillstånd eller utvisning tas. Därför är det extra viktigt att bedömningen om barnets skyddsvärda privat- och familjeliv blir korrekt.

Hur ett skyddsvärt privat- och familjeliv bör identifieras förklaras som bestående av två delar, en faktiskt nära familjerelation och barnets åsikt om vem som är familj. Vad som utgör en nära familjerelation avgörs sedan av antingen presumtion (kärnfamiljen) men där andra relationer än biologiska omfattas om det föreligger *kontinuitet* och en *nära personlig koppling*. Men trots viss presumtion för att en *nära personlig koppling* finns mellan barn och deras biologiska föräldrar behöver barnets relation till familjehemmet också prövas. Migrationsöverdomstolen har slagit fast att en stark anpassning till Sverige utgör grund för uppehållstillstånd.<sup>353</sup>

Det är uppenbart problematiskt att återförena ett barn med föräldrar som utgör en risk för barnets hälsa och utveckling. Men det är likväl problematiskt om en statlig aktör som socialmyndigheten kan ta ett beslut om tvångsomhändertagande med ändamålet att återförena barn och föräldrar men som efter begränsad tid innebär en grund för uppehållstillstånd och därmed permanent skilja barn och förälder. Enligt Europadomstolen är 19 månader tillräckligt för att en *kontinuitet* i familjerelationen ska föreligga.<sup>354</sup>

---

<sup>353</sup> Se MIG 2020:24.

<sup>354</sup> Se avsnitt 3.2.2 ”Ett skyddsvärt privat- och familjeliv”.

Utöver att rätten till respekt för privat- och familjeliv innebär en svår avvägning i sig, innehåller den även en bred bedömningsmarginal för rättstillämparen. Rätten till privat- och familjeliv kan inskränkas om en annan grundläggande mänsklig rättighet väger tyngre. I en bedömning av två motstående rättigheter har rättstillämparen en bred bedömningsmarginal. Eftersom barnets bästa är en grundläggande mänsklig rättighet kan vad som är barnets bästa inskränka barnets rätt till privat- och familjeliv. Samtidigt kan bedömningen av vad som är ett skyddsvärt privat- och familjeliv för det enskilda barnet kan påverka vad som anses vara barnets bästa i ett asylbeslut. Några riktlinjer för hur denna avvägning bör göras har inte hittats utan överlämnats till rättstillämparen.

### **Hur rätten till respekt för privat- och familjeliv återspeglas i migrationsdomstolens avgöranden.**

Rätten till privat- och familjeliv återspeglas främst i bedömningen av *särskilt ömmande omständigheter* med anledning av bedömning om anknytning till Sverige. Det är svårt att tyda exakt hur domstolen resonerat i de fall barnet utvisats eftersom det saknas en utförlig motivering. Något som visserligen är i enlighet med den rättsliga vägledningen Migrationsverket utfärdar.

När domstolen väl skriver ut sitt resonemang baseras det på bedömningskriterierna som fastställts i MIG 2020:24. Där framgår att en central faktor för att anpassningen till Sverige ska anses tillräckligt stark är om barnets spenderat sina formativa år här, vilket upprepas i migrationsdomstolens avgöranden.<sup>355</sup> I migrationsdomstolens avgöranden om omhändertagna barn som söker asyl verkar rätten till respekt för privat- och familjeliv betyda olika saker beroende på vilken ålder barnet är. Domstolen bedömer att unga barn (ungefär under 10 år) har närmare koppling till sina biologiska föräldrar som utgångspunkt.<sup>356</sup>

---

<sup>355</sup> Se avsnitt 4.2.2 ”Fall 2” och 4.2.8. ”Fall 8”.

<sup>356</sup> Se avsnitt 4.2.1 ”Fall 1” och 4.2.2 ”Fall 2”.



Det faktum att migrationsdomstolen baserar sina resonemang på prejudikat från Migrationsöverdomstolen är normalt. Men vid en närmare reflektion kan likheter med Schiratzkis teori om låsta presumtioner synas. Den otydliga regleringen och den breda bedömningsmarginalen har medfört att en viss åldersgeneralisering görs när privat- och familjeliv bedöms. Schiratzki framför också att det kan diskuteras om svensk rättstillämpning faktiskt har en helt individualiserad bedömning när det gäller barn och deras rättigheter.

Att familjehemsfamilj kan utgöra ett skyddsgrundande familjeliv, eller i alla fall ett privatliv är inte något som rättstillämparen nämner uttryckligen. Det förekommer ingen diskussion om huruvida en *genuin personlig koppling* finns eller hur en sådan bedöms, inte heller kontinuitet diskuteras i migrationsdomstolen. I det fall där barnet ansetts ha tillräckligt stark anpassning till Sverige beskrevs istället kopplingen till familjehemsfamiljen som *primära omsorgspersoner*.<sup>357</sup> Var det begreppet kommer ifrån eller omfattar framgår dessvärre inte heller.

Hur migrationsdomstolens avgöranden återspeglar rätten till privat- och familjeliv är svårt att utläsa eftersom majoriteten av domarna är sparsamt motiverade.

---

<sup>357</sup> Se avsnitt 4.2.8 ”Fall 8”.

## 6 Slutsats

Med anledning av vad som framkommit i uppsatsen kan konstateras att rättsområdet minst sagt är komplext. Principen om barnets bästa och rätten till privat- och familjeliv förstås båda som öppna bestämmelser där både ett utvisningsbeslut och beviljat uppehållstillstånd kan försvaras i det enskilda fallet beroende på rättstillämparens argumentation.

I en perfekt värld hade alla som velat fått uppehållstillstånd i Sverige och problemet hade inte funnits. Men eftersom det finns ett intresse av reglerad invandring finns ingen enkel lösning för dessa barn som hamnar mellan två lagstiftningar och två öppna bestämmelser.

Egentligen är det positivt att domstolen har en bred bedömningsmarginal eftersom det överensstämmer med lagstiftarens förståelse om att den öppna bestämmelsen ska bedömas i varje enskilt fall. Det möjliggör den önskvärda barncentrerade bedömningen, men eftersom migrationsdomstolen inte motiverar sina beslut är det svårt att kontrollera *om* och *hur* den barncentrerade bedömningen gått till. En bred bedömningsmarginal är önskvärt men en bred bedömningsmarginal i kombination med låg motiveringsskyldighet är inte önskvärt.

Jag anser att rättstillämparen behöver bli bättre på att motivera sina domar för ökad transparens och rättssäkerhet i rättstillämpningen. Det är viktigare att kunna förstå domstolens resonemang om principen om barnets bästa och rätten till respekt för privat- och familjeliv än att bevara en väldigt flexibel bedömning i dessa frågor om uppehållstillstånd för tvångsomhändertagna barn. En eventuell problematik med eventuella låsta presumtioner är allvarligt, men om domarna motiverades utförligt hade presumtionerna kunnat identifieras och ifrågasättas.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

Bet. 1996/97:SfU5; *Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv m.m.*

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

Motion 2011/12:Sf328, Johansson, Ola och Flanking, Anders, ”*Utvisning av barn som vårdas enligt LVU*”, 3 oktober 2011.

Motion 2013:14:Sf242, Oskarsson, Irene, ”*Utvisning av barn som står under LVU-beslut*”, 3 september 2013.

Motion 2013/14:Sf232, ”*LVU ska ges företräde framför utlänningslagen*”, 30 september 2013.

Prop. 1989/90:20; *Om vård i vissa fall av barn och ungdomar.*

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

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

Prop. 2004/05:170; *Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden.*

Prop. 2005/06:72; *Genomförande av EG-direktivet om rätt till familjeåterförening samt vissa frågor om handläggning och DNA-analys vid familjeåterförening.*

Prop. 2012/13:45; *En mer ändamålsenlig förvaltningsprocess.*

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

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

SOU 2006:6; *Skyddsgrundsdirektivet och svensk rätt.*

SOU 2020:63: *Barnkonventionen och svensk rätt.*

Skriftlig fråga 2008/09:695, Olofsson, Eva, ”*Utvisning av barn omhändertagna enligt lagen om vård av unga*”, 4 mars 2009.

## **Internationellt material**

Council of Europe, “Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights”, *European Court of Human Rights*, uppdaterad 31 augusti 2021. Tillgänglig på: [www.echr.coe.int/documents/guide\\_art\\_8\\_eng.pdf](http://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf) (hämtad 2022-05-03).

Council of Europe (CoE), ”The Margin of Appreciation”, *The Lisbon Network*, Tillgänglig på: [www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2\\_en.asp#:~:text=The%20term%20E2%80%9Cmargin%20of%20appreciation,Rights%20\(the%20Convention\)1](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#:~:text=The%20term%20E2%80%9Cmargin%20of%20appreciation,Rights%20(the%20Convention)1). (hämtat: 2022-05-09).

Rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet (EUT, L 304/12, 30.9.2004).

UN General Assembly, Declaration of the Rights of the Child, 20 November 1959, A/RES/1386(XIV).

Office of The United Nations High Commissioner for Human Rights, *Legislative History of the Convention of the Rights of the Child*, Volume 1, New York and Geneva, 2007. HR/PUB/07/1.

United Nations, *Charter of the United Nations*, 24 oktober, 1945. 1 UNTS XVI, tillgänglig: [fn.se/wp-content/uploads/2016/07/FN-stadgan.pdf](https://fn.se/wp-content/uploads/2016/07/FN-stadgan.pdf) [granskad 2022-05-08].

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, para. 1), 29 May 2013, CRC /C/GC/14, Tillgänglig på: <https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html> [visad 28 februari 2022].

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 6 (2005): Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, 1 september 2005, CRC/GC/2005/6.

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment no. 5 (2003): General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, 27 November 2003, CRC/GC/2003/5,

UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 16: Article 17 (Right to Privacy), The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation*, 8 April 1988.

UN Human Rights Committee (HRC), *CCPR General Comment No. 19: Article 23 (The Family) Protection of the Family, the Right to Marriage and Equality of the Spouses*, 27 juli 1990.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Family Protection Issues*, 4 juni 1999, EC/49/SC/CRP.14.

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *Concluding Observations: Marshall Islands*, 26 oktober 2000, CRC/C/15/Add.139.

United Nations, *Vienna Convention on the Law of Treaties (Wienkonventionen)*, Wien 23 maj 1969, Treaty Series, vol. 1155, SÖ 1975:1.

UN Commission on Human Rights, *Convention on the Rights of the Child.*, 7 March 1990, E/CN.4/RES/1990/74.

UN General Assembly, *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Involvement of Children in Armed Conflict*, 25 May 2000.

UN General Assembly, *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, 16 March 2001, A/RES/54/263.

UN Human Rights Council, *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on a Communications Procedure: resolution / adopted by the Human Rights Council*, 14 July 2011.

UN General Assembly, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 999, p. 171.

UN General Assembly, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, United Nations, Treaty Series, vol. 993.

UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, (RES 217 A), Paris 10 december 1948.

Utrikesdepartementet, *FN:s konvention om barnets rättigheter*, New York den 20 november 1989, SÖ 1990:20. Tillgänglig på:  
[www.regeringen.se/49b764/contentassets/8caaeabf49834f16aa52df2108837b2d/fns-konvention-om-barnets-rattigheter-so-199020](http://www.regeringen.se/49b764/contentassets/8caaeabf49834f16aa52df2108837b2d/fns-konvention-om-barnets-rattigheter-so-199020) > (visad 2022-02-01)

## **Litteratur**

### **TRYCKTA KÄLLOR**

Backlund, Åsa & Malmsten, Jenny, ”Barnets bästa? En studie om asylsökande barn i socialtjänstens barnavård”, UNICEF Sverige, 2013.

Dane, Louise, ”Barnets bästa”, i *Barnkonventionen i praktiken – rättsliga utmaningar och möjligheter*, redigerad av Åhman, Karin, Leviner, Pernilla & Zillén, Kavot (red.), kapitel 3, Norstedts juridik, Stockholm (2020), s. 72–89.

Dane, Louise & Johansson Köves, Amanda, ”Barns rättigheter i migrationsprocessen”, i *Barnkonventionen i praktiken – rättsliga utmaningar och möjligheter*, redigerad av Åhman, Karin, Leviner, Pernilla & Zillén, Kavot (red.), kapitel 13, Norstedts juridik, Stockholm (2020), s. 301–330.

Dane, Louise, “*Den reglerade invandringen och barnets bästa*” (2020:5) [*Elektronisk resurs*], Delegationen för migrationsstudier (Ju 2013:17), 2020  
[www.delmi.se/upl/files/169411.pdf](http://www.delmi.se/upl/files/169411.pdf) > (hämtad: 2022-01-20)

Dane, Louise, *Reflektioner kring barnkonventionens ökade betydelse för rätten att få leva tillsammans med sin familj*, Stockholm: Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingar, 2019. s. 41–50.

European Union Agency for Fundamental Rights & Council of Europe, *Handbook on European law relating to asylum, borders and immigration*, Luxemburg, 2020.

Kleineman, Jan. "Rättsdogmatisk metod." I *Juridisk Metodlära*, redigerad av Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), 21–46. Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018.

Lebeck, Carl, *EU-stadgan om grundläggande rättigheter, 2.*, [rev.] uppl., Studentlitteratur, Lund, 2016.

Leviner, Pernilla, "Barns rätt till skydd från att fara illa – ett tydligt men komplexa bedömningar", i *Barnkonventionen i praktiken*, redigerad Åhman, Karin, Leviner, Pernilla & Zillén, Kavot (red.), kapitel 10, Norstedts juridik, Stockholm (2020), s. 222-254.

Leviner, Pernilla, "Kärnfamiljsideal och fri familjebildning – oförenliga utvecklingsspår i den svenska familjerätten", *Juridisk tidskrift*, 2016/17, nr. 3, s. 625.

Leviner, Pernilla, *Rättsliga dilemman i socialtjänstens barnskyddsarbete*, Jure, Diss., Stockholms universitet, 2011.

Lindkvist, Gustav, *Utredningskyldighet, bevisbörda och beviskrav i förvaltningsprocessen*, Upplaga 1, Norstedts juridik, Diss. Stockholms universitet, 2018.

Lundberg, Anna & Lind, Jacob, *Barn i migrationsprocessen – en undersökning av hur barnets rättigheter i barnkonventionen kommer till*



*uttryck i praktisk tillämpning på Migrationsverket när tjänstemän fattar beslut om uppehållstillstånd för barn i familj som sökt asyl*, Malmö Institute for Studies of Migration, Diversity and Welfare, Malmö Universitet, 2015.

Lundberg, Anna, *Reflektioner kring opartiska och lojala tjänstemän i svensk utlänningsförvaltning*, Förvaltningsrättslig Tidskrift (2009), Nr 3, s. 377–383.

Mattsson, Titti. *Barnet och rättsprocessen: rättssäkerhet, integritetsskydd och autonomi i samband med beslut om tvångsvård*. Diss., Lunds universitet, 2002.

Mattsson, Titti, & Vinnerljung, Bo. *Barn i familjehem. Förslag på åtgärder som skulle göra skillnad för samhällets mest utsatta*. Studieförbundet Näringsliv och samhälle, Stockholm, 2016.

Mattsson, Titti. *Barnet som subjekt och aktör: en rättslig studie om barn i familjehem*. Iustus förlag, Uppsala, 2006.

Migrationsverket, *Prövning av barnets bästa, rättsligt ställningstagande* (RS/009/2020), beslutat 2020-06-24.

Schabas, William A, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University press, 2015.

Schiratzki, Johanna. *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige: en rättsvetenskaplig undersökning*, 2. uppl., Iustus, (Uppsala, 2005).

Schiratzki, Johanna. *Barnrättens grunder*, 5., [rev]. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2014.

Takács, Nikolett, *The threefold concept of the best interest of the child in the immigration case law of the ECtHR*, Hungarian Journal of Legal Studies, den 11 maj 2021.

Tobin, John, *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, publicerad i print 28 mars 2019, (hämtad: 2022-04-01). [Elektronisk resurs]

UNHCR:s regionala representation för Nordeuropa, UNICEF Sverige och Migrationsverket, *Barnets rättigheter i asylprocessen – sammanställning av stöddokument för handläggning och prövning av barns asylskäl*, Elanders 2014. Tillgänglig på: [unicef.se/rapporter-och-publikationer/barnets-rattigheter-i-asylprocessen](https://www.unicef.se/rapporter-och-publikationer/barnets-rattigheter-i-asylprocessen).

Zermatten, Jean. "The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function", *The International Journal of Children's Rights* 18, 4 (2010): 483-499.

Åhman, Karin, Leviner, Pernilla & Zillén, Kavot (red.), *Barnkonventionen i praktiken: rättsliga utmaningar och möjligheter*, Norstedts Juridik AB, (Stockholm, 2020)

## **Lagkommentarer**

Clevesköld, Lars, Socialtjänstlag (2001:453), 1 kap 2 § JUNO lagkommentar nr. 6, visad 2022-01-24.

Clevesköld, Lars, Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, 1 § femte stycket, JUNO lagkommentar nr. 7, visad 2022-02-04.

Ehrenkrona, Carl Henrik, Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, JUNO lagkommentar (uppdaterad: 2021-08-01, läst 2022-05-09).

Ehrenkrona, Carl Henrik, Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna, Artikel 8, JUNO lagkommentar nr. 49, visad 2022-05-09.

Fridström, Ingela, Utlänningslag (2005:716), 5 kap 12 §, JUNO lagkommentar nr. 195, visad 2022-04-25.

## **Övrigt**

Backlund, Åsa, m.fl. ”Ovärdigt att utvisa placerade barn”, Svenska Dagbladet debatt, 2021-02-23: [www.svd.se/ovardigt-att-utvisa-placerade-barn](http://www.svd.se/ovardigt-att-utvisa-placerade-barn), (hämtat 2022-01-28).

Jägerskog, Magnus; Bennwik, Emma och Angsell, Marie, ”Socialtjänstlagen – en viktig nyckel för barnets rättigheter i praktiken”, BRIS, 2020-07-31: [www.bris.se/om-bris/press-och-opinion/kommentarer/socialtjanstlagen---en-viktig-nyckel-for-barnets-rattigheter-i-praktiken](http://www.bris.se/om-bris/press-och-opinion/kommentarer/socialtjanstlagen---en-viktig-nyckel-for-barnets-rattigheter-i-praktiken)/ (hämtat: 2022-04-09).

Socialdepartementet, ”Barnkonventionen som svensk lag”, Regeringskansliet: [www.regeringen.se/regeringens-politik/barnkonventionen-som-svensk-lag](http://www.regeringen.se/regeringens-politik/barnkonventionen-som-svensk-lag)/ (hämtat: 2022-05-17).

Svensson, Anna H, ”BO om utvisning av barn: Riksdagen måste sätta ner foten”, SVT Nyheter, 2021-09-23: [www.svt.se/nyheter/inrikes/bo-om-utvisning-av-barn-riksdagen-maste-satta-ner-foten](http://www.svt.se/nyheter/inrikes/bo-om-utvisning-av-barn-riksdagen-maste-satta-ner-foten) (hämtat 2022-05-12).

# Rättsfallsförteckning

## **Högsta domstolen / Högsta förvaltningsdomstolen**

HFD 2018 ref. 6.

HFD 2011 ref. 6.

NJA 2006:40.

RÅ 2008 ref. 55.

## **Migrationsöverdomstolen**

MIG 2020:24.

MIG 2018:4.

MIG 2018:20.

MIG 2015:19.

MIG 2014:21.

MIG 2014:22.

MIG 2013:12.

## **Migrationsdomstolen**

Förvaltningsrätten i Göteborg, Avd. 4, Mål nr. UM 1089–19, dom meddelad 12 mars 2021.

Förvaltningsrätten i Göteborg, Avd. 4, Mål nr. UM 3447 – 20, dom meddelad 6 juni 2021.

Förvaltningsrätten i Stockholm, Avd. 11, Mål nr. UM 5436 – 21, dom meddelad 30 juli 2021.

Förvaltningsrätten i Stockholm, Avd. 11, Mål nr. UM 5859 – 20, dom meddelad 17 mars 2021.

Förvaltningsrätten i Stockholm, Avd. 11, Mål nr. UM 8194–20, dom meddelad 8 april 2021.

Förvaltningsrätten i Göteborg, Enhet 67, Mål nr. UM 297–20 & UM 299-20, dom meddelad 26 januari 2021.

Förvaltningsrätten i Göteborg, Avd. 4, Mål nr. UM 2990 – 21, dom meddelad 28 september 2021.

## **Europadomstolen**

Aksu mot Turkiet [GC], nos. 4149/04 och 41029/04, dom meddelad den 15 mars 2012.

El Ghatet mot Schweiz, no. 56971/10, dom meddelad den 8 november 2016.

K och T mot Finland [GC], no. 25702/94, dom meddelad den 12 juli 2001.

Kroon m.fl. mot Nederländerna, no. 18535/91, dom meddelad den 27 oktober 1994.

Kruškovič mot Kroatien, no. 46185/08, dom meddelad den 21 juni 2011.

Marckx mot Belgien, no 6833/74, den 13 juni 1979, Series A no. 31.

Nunez mot Norge, no 55597/09, dom meddelad den 28 juni 2011.

Neulinger och Shuruk mot Schweiz [GC], no. 41615/07, dom meddelad den 6 juli 2010.

Paradiso och Campanelli mot Italien [GC], no. 25358/12, dom meddelad den 24 januari 2017.

Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna, no. 50435/99, dom meddelad den 31 januari 2006.

Sahin mot Tyskland [GC], no. 30943/96, dom meddelad den 8 juli 2003.

Söderman mot Sverige [GC], no. 5786/08, dom meddelad den 12 november 2013.

Üner mot Nederländerna [GC], no. 46410/99, dom meddelad den 18 oktober 2006.