



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Simon Ljunglöf

Alla barns lika rätt till en skälig
levnadsstandard

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Titti Mattsson

Termin: VT 2022

Innehåll

1	INLEDNING	1
1.1	Bakgrund.....	1
1.2	Problemformulering.....	1
1.3	Syfte och frågeställningar	2
1.4	Avgränsningar	3
1.5	Terminologi.....	3
1.6	Disposition.....	3
1.7	Metod och material	4
1.8	Barns rättigheter	5
2	SVERIGES INTERNATIONELLA ÅTAGANDEN.....	7
2.1	Allmänt om internationell rätt och mänskliga rättigheter.....	7
2.2	Det grundläggande ramverket för de mänskliga rättigheterna	8
2.2.1	Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter	9
2.2.2	Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter	9
3	BARNKONVENTIONEN.....	11
3.1.1	Allmänt om barnkonventionen.....	11
3.2	Hur barnkonventionen blev svensk lag	12
3.3	Barnkonventionens grundprinciper	15
3.3.1	Särskilt om artikel 2 Konventionsstaternas skyldighet att respektera rättigheter som anges i konventionen utan åtskillnad.....	15
3.3.2	Särskilt om artikel 3 Barnets bästa ska beaktas vid alla åtgärder som rör barn.....	16
3.3.3	Särskilt om artikel 6 Barnets rätt till liv samt överlevnad och utveckling.....	19
3.3.4	Särskilt om artikel 12 Barnets rätt till åsiktsfrihet och rätten att bli hörd.....	22

3.4	Vilka konsekvenser får inkorporeringen av barnkonventionen för barn utan papper?	24
4	BARNNS RÄTT TILL EN SKÄLIG LEVNADSSTANDARD PÅ NATIONELL NIVÅ	27
4.1	Socialtjänstlagen	27
4.2	Siffror på socialtjänstens arbete med barn utan papper	29
4.3	Lagen om mottagande av asylsökande m.fl.....	32
5	RÄTTSFALLSANALYS AV HFD 2017 REF. 33	34
5.1	En överblick av rättsfallet.....	34
5.2	En fördjupning: Rättskartografisk analys av HFD 2017 ref. 33	36
5.2.1	Skalnivåer.....	36
5.2.2	Verklighetsavbildningar	39
5.2.3	Symboler	40
6	AVSLUTANDE ANALYS OCH DISKUSSION	42
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	47
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	52

Summary

This thesis handles the right to a reasonable standard of living through financial aid for children who lack the right to be in Sweden (referred to as *children without documents* within the thesis). The right to a reasonable standard of living is a well-established right in a humanitarian welfare state like Sweden. Of several international conventions that Sweden has undertaken to follow, this applies to all without distinction. That the right has such a comprehensive formulation speaks for the basic idea that everyone, as human beings, has the right to an adequate quality of life which includes food, health, clothing, and housing. In Swedish legislation, a reasonable standard of living is ensured for those who are or have been asylum seekers through the Law on Reception of Asylum Seekers and Others (LMA), a legislation that also covers those who have lost their right to financial aid according to the same law. In addition, there is the Social Services Act (SoL), which is often described as society's ultimate safety net. According to the preparatory work, the purpose of the law is to ensure a reasonable standard of living and avoid distress. The municipality's ultimate responsibility is one of the cornerstones of SoL and means that the social services have a responsibility to provide support and help to everyone, particularly children, who resides within the municipality when no other help is available.

Despite this ultimate safety net, financial aid under SoL is not guaranteed. According to a judgment of the Supreme Administrative Court, those covered by the LMA and who do not participate in their deportation decision are neither entitled to financial aid under the LMA nor SoL. This has had the consequence that the social services can only provide so-called “voluntary aid” to children without documents and their families. However, such a decision must be based on municipal guidelines, which means that there is no guarantee that these families will receive aid in case of emergency. The outcome of the judgment can therefore be said to have eroded the meaning of the municipality's ultimate responsibility, as a result children without documents sometimes are left completely without financial aid.

The Convention on the Rights of the Child, which was incorporated as Swedish law in January 2020, is clear that all children have the same rights regardless of position or migration status. Whether the convention's status as Swedish law will improve the chances for children without documents to acquire a reasonable standard of living is unclear. In the short term, the answer is likely no. In a longer perspective, however, it is conceivable that the convention could lead to issues concerning vulnerable children to be treated from a non-discrimination perspective. This could in turn pressure the legislator to revise the Swedish legal rules, so that all children within Sweden's jurisdiction have an equal access to a reasonable standard of living.

Sammanfattning

Uppsatsen behandlar rätten till en skälig levnadsstandard genom ekonomiskt bistånd för barn som saknar rätt att vara i Sverige (vilka benämns *barn utan papper* i uppsatsen). Rätten till en skälig levnadsstandard är väletablerad i en humanitär välfärdsstat som Sverige. Av flera internationella bestämmelser som Sverige åtagit sig att följa, däribland FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, gäller denna rättighet var och en utan åtskillnad. Att den har en sådan allomfattande formulering talar för en grundtanke om att alla, i egenskap av att vara människor, har rätt till en grundläggande nivå av livskvalité vilket innefattar mat, hälsa, kläder och bostad. I svensk lagstiftning säkerställs en skälig levnadsstandard för de som är eller har varit asylsökande genom LMA, en lagstiftning vars personkrets även omfattar de som har förlorat sin rätt till bistånd enligt lagen efter att inte ha medverkat till ett lagakraftvunnet utvisningsbeslut. Därutöver finns SoL som ofta beskrivs som samhällets yttersta skyddsnet, eftersom lagen enligt förarbetena har en funktion att säkerställa en skälig levnadsstandard i samhället och undvika nöd. Kommunens yttersta ansvar är en av grundpelarna inom den svenska socialrätten som innebär att socialtjänsten har ett ansvar att ge stöd och hjälp åt alla som vistas i kommunen, i synnerhet barn, när ingen annan hjälp finns att få.

Trots detta yttersta skyddsnet är bistånd enligt SoL ingen självklarhet. Enligt HFD 2017 ref. 33 har de som omfattas av LMA och undanhåller sig ett lagakraftvunnet utvisningsbeslut varken rätt till bistånd enligt LMA eller SoL. Detta har fått som konsekvens att socialtjänsten endast kan ge ett så kallat frivilligt bistånd åt barn utan papper och deras familjer. Ett sådant bistånd måste dock vara grundat på kommunala riktlinjer, vilket innebär att det inte finns någon garanti för att dessa familjer får akut nödhjälp. Utslaget av domen kan därför sägas ha urholkat innebörden av kommunens yttersta ansvar, och har fått som konsekvens att barn utan papper ibland blir helt utan bistånd.

Barnkonventionen, som inkorporerades som svensk lag i januari 2020, är tydlig med att alla barn har samma rättigheter oavsett ställning eller migrationsstatus. Huruvida konventionen som svensk lag kommer innebära en förbättring för barn utan pappers möjlighet att tillgodogöra sig en skälig levnadsstandard är dock oklart. På kort sikt är svaret sannolikt nej, men i ett längre perspektiv är det tänkbart att konventionen skulle kunna leda till att frågor rörande barn i utsatthet i högre grad kommer att behandlas ur ett icke-diskrimineringsperspektiv. Detta skulle kunna pressa lagstiftaren till att omarbeta de svenska rättsreglerna, så att alla barn inom Sveriges jurisdiktion har en likvärdig tillgång till en skälig levnadsstandard.

Förord

Många tuffa år och två examen senare sätter jag med denna uppsats punkt för mina studier, åtminstone inom en överskådlig framtid.

Tack alla vänner och familj som har funnits med och delat denna resa med mig, i ljusa såväl som mindre ljusa stunder. Framför allt vill jag tacka min sambo Alejandra - för att du har haft tålamod med mig när det har känts som allra svårast och att du alltid har gett mig styrkan att fortsätta kämpa vidare, Sanna och Johan - för all feedback och fantastiskt stöd jag har fått från er, och farfar - för alla motiverande samtal vi har haft.

Ett stort tack även till min handledare Titti Mattson för de värdefulla tipsen under utformandet av uppsatsen och all uppmuntran under skrivandets gång.

Tack även till Paul Stanley och Shia LaBeouf för de peppande orden.

Åren på juristprogrammet har varit lika lärorika som intensiva. Nu blickar jag framåt mot nya äventyr (och en välbehövlig kaffedetox).

Simon Ljunglöf

Förkortningar

Barnkonventionen	Lag (2018:1197) om FN:s konvention om barnets rättigheter
FB	Föräldrabalken
FN	Förenta Nationerna
FN:s allmänna förklaring	FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna
FN:s barnrättskommitté	FN:s kommitté för barnets rättigheter
HFD	Högsta Förvaltningsdomstolen
IKESKR	Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter
IKMPR	Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter
LMA	Lag (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl.
prop.	proposition
ref.	Referatmål i Högsta förvaltningsdomstolen
Rskr.	Riksdagens skrivelse, Riksdagsskrivelse
SFB	Socialförsäkringsbalken
Skr.	(regeringens) skrivelse
SoL	Socialtjänstlag (2001:453)
SOU	Statens offentliga utredningar
SÖ	Sveriges internationella överenskommelser

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Inspirationen till uppsatsens ämne fick jag i samband med genomförandet av mitt Arbetsplatsanknutna Utredningsarbete. Där fick jag huvudansvaret att hjälpa en familj utan papper, som hade en dotter med en funktionsvariation, att kontakta myndigheter och ansöka om diverse bistånd. Jag reagerade då på att socialtjänsten i den kommunen ganska slentrianmässigt gav avslag på ansökan med hänvisning till HFD-avgörandet HFD 2017 ref. 33, när det med hänvisning till flickans funktionsvariation var alldeles uppenbart att situationen krävde en enskild bedömning. Mina handledare förklarade att det är mer regel än undantag att socialtjänsten gör detta för barnfamiljer utan papper, utan att beakta vare sig barnperspektivet eller barnets bästa. Jag beslutade således att undersöka hur detta kan vara möjligt, särskilt med tanke på att FN:s konvention om barnets rättigheter (fortsättningsvis benämnt som barnkonventionen eller konventionen) nyligen blivit svensk lag.

1.2 Problemformulering

Kommunens yttersta ansvar att ge hjälpa de som är i behov av detta och vistas i kommunen framgår av 2 kap. 1 § socialtjänstlagen (SoL), och är en av de centrala principerna i lagen. Principen innebär att kommuner i Sverige som huvudregel, genom socialtjänsten i kommunerna, har det yttersta ansvaret för att människor som vistas i landet får den hjälp och det stöd som de behöver. Detta innebär en rätt för alla i Sverige att inom sin vistelsekommun ansöka om bistånd enligt SoL, samt att få sin ansökan prövad och avgjord.

Trots detta yttersta skyddsnet är bistånd enligt SoL ingen självklarhet. Asylsökande i Sverige, vilka omfattas av Lagen om mottagande av asylsökande m.fl. (LMA), har till exempel inte rätt till ersättning enligt SoL. Från den dagen asylsökanden får avslag och utvisningsbeslut, och vägrar samarbeta till sin utvisning har de dock inte rätt till LMA-ersättning längre. Denna praxis prejudicerade HFD i sitt avgörande HFD 2017 ref. 33 där domstolen kom fram till att personer som omfattas av LMA:s personkrets inte har rätt till bistånd enligt 4 kap. 1 § SoL för förmåner av motsvarande karaktär som ersätts enligt LMA. Detta innebär att personer som omfattas av LMA:s personkrets varken har rätt till försörjningsstöd eller rätt till bistånd i nödsituationer. Enligt HFD gäller detta även när en person omfattas av LMA, men inte har någon rätt till ersättning enligt samma lag. Det vill säga att det inte är den faktiska rätten till bistånd enligt LMA, utan

personkretsbeskrivningen i lagens portalparagraf som styr om en individ omfattas av lagen eller inte. HFD:s avgörande har fått som följd att personer som omfattas av LMA:s personkrets men inte har rätt till ersättning enligt lagen, mer specifikt individer som har fått avslag på sin asylansökan och undanhåller sig sitt utvisningsbeslut, ofta blir helt utan stöd eller bistånd från socialtjänsten.

Barnkonventionen, som inkorporerades som svensk lag i januari 2020, är tydlig med att alla barn har samma rättigheter oavsett ställning eller migrationsstatus. I praktiken ser det dock annorlunda ut. Barn utan papper är en av samhällets mest utsatta grupper. Många av dessa barn har varken tillgång till mat för dagen, eller plats att sova under natten, och lever således under omständigheter som försvårar eller omöjliggör förutsättningarna till en trygg uppväxt och en skälig levnadsstandard. Det är svårt att hitta statistik på hur stor denna grupp är, men Socialstyrelsen (2010) uppskattade i sin *Social Rapport 2010* att antalet barn utan papper i Sverige var mellan 2000-3000. Redan då var dock beräkningarna osäkra och mörkertalet stort (Socialstyrelsen, 2010, s.278f.). Med hänvisning till flyktingrestriktionerna kan det antas att denna siffra har ökat avsevärt efter flyktingvågen 2015. Flera forskare menar att myndigheter ofta missar att beakta barnperspektivet för barn utan papper vid beslut om ekonomiskt bistånd, risken är därför stor att dessa barn riskerar att fara illa (Rädda Barnen, 2019, s. 13).

1.3 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att undersöka regler och praxis för barn utan papper, vars familjer håller sig undan för att undvika utvisning, vad det gäller rätten till en skälig levnadsstandard och socialtjänstens ansvar för att den tillgodoses. Vidare ska det undersökas i vilken utsträckning de svenska reglerna, framför allt utslaget av HFD 2017 ref. 33, är förenliga med Sveriges åtaganden om barns rättigheter. Detta kommer besvaras genom följande frågeställningar:

1. Vilka rättsliga konsekvenser kan inkorporeringen av barnkonventionen ha för barn utan pappers rätt till en skälig levnadsstandard?
2. Hur långt sträcker sig socialtjänstens ansvar för barn utan papper med avseende på rätten till en skälig levnadsstandard?
3. Kan utslaget av HFD 2017 ref. 33 sägas stå i strid med gällande rätt och/eller Sveriges långsiktiga åtaganden om barns rättigheter?

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen är avgränsad till barn (0-17 år) utan papper och deras familjer som lever i Sverige efter avslag på asylprocess. Fokus för uppsatsen är barns rätt till en skälig levnadsstandard genom ekonomiskt bistånd enligt internationell såväl som nationell rätt. Jag berör med andra ord inte rätten till skola eller hälso- och sjukvård för dessa barn. Vidare har jag valt att inte ha med EU-rätt, trots att den gäller som lag i Sverige och innehåller bestämmelser om barns rättigheter samt rätten till en skälig levnadsstandard. Anledningen till detta är att den, till skillnad från exempelvis FN:s allmänna förklaring, har en mindre anknytning till barnkonventionen och därför tillför alldeles för lite för uppsatsens syfte för att det ska vara motiverat.

1.5 Terminologi

Asylsökande med lagakraftvunna utvisningsbeslut har inte längre rätt att vistas i Sverige och benämns ofta med begrepp som *papperslösa*, *illegala* eller *irreguljära immigranter*. Sådana begrepp undviks i uppsatsen eftersom de insinuerar att det handlar om personer som saknar rättigheter eller är kriminella. Inspirerad av Rädda Barnen har jag i stället valt att använda beteckningen *barn utan papper* (eller *personer utan papper* generellt), med skillnaden att barnet (eller personen) sätts i centrum, inte själva papperslösheten.

Begreppet skälig levnadsstandard omnämns som skälig levnadsnivå i vissa av de källor jag använt mig av. Jag har valt att enbart använda mig av levnadsstandard för att undvika missförstånd och få en kontinuitet i uppsatsen. Levnadsstandard är även det begrepp som används i den svenska versionen av barnkonventionen.

1.6 Disposition

Efter arbetets inledande delar följer kapitel 2 som redovisar Sveriges internationella åtaganden om mänskliga rättigheter. Därefter har jag valt att lägga kapitel 3 om barnkonventionen eftersom det efter inkorporeringen kan sägas vara ett gränsfall eller en övergång mellan internationell och nationell rätt. Kapitlet innehåller ett avsnitt med en grundlig genomgång av barnkonventionens grundprinciper samt ett sista avsnitt om vilka rättsliga konsekvenser barnkonventionen kan komma att få för barn utan papper. Kapitel 4 berör rätten till en skälig levnadsstandard på nationell nivå. Kapitlets första avsnitt skildrar socialtjänstens ansvar för barn som vistas i kommunen, följt av ett avsnitt om statistik och upplevelser på socialtjänstens arbete med barn utan papper, och slutligen ett kort avsnitt om hur rätten till en skälig levnadsstandard tillgodoses för asylsökande genom LMA. Detta

övergår sedan i kapitel 5 där rättsfallsanalysen av HFD 2017 ref. 33 görs utifrån två olika artiklar, som på olika nivåer förklarar varför barn utan papper inte tillförsäkras en skälig levnadsstandard i Sverige. Arbetet avslutas med kapitel 6 där en analys och slutdiskussion förs i förhållande till uppsatsens frågeställningar.

1.7 Metod och material

Val av metod i den här uppsatsen har varit lite av en utmaning. Så långt som möjligt har jag försökt använda mig av rättsdogmatisk metod för att fastställa gällande rätt. Tillvägagångssättet har där varit att utifrån rättskällevärdet gå igenom internationella konventioner, nationell rätt, förarbeten och doktrin för att besvara vilka socioekonomiska rättigheter barn utan papper har (eller borde ha) i en svensk kontext. Ren rättsdogmatisk metod har dock inte varit ändamålsenlig för uppsatsens syfte. Dels eftersom frågor rörande barn utan papper i relation till barnkonventionen inte är behandlat i särskilt stor utsträckning i rättskällorna, dels eftersom uppsatsens ämne erfordrar ett beaktande av hur utomstående faktorer påverkar rättstillämpningen och vilka konsekvenser detta har på individ- och samhällsnivå. I uppsatsen kombineras därför rättsdogmatisk metod till viss del med rättssociologisk metod.

I en vänbok till Anna Singer klargör Rejmer (2017) skillnaderna mellan rättsdogmatisk och rättssociologisk metod. Hon framhäver att rättsdogmatiken kan sägas ha ett inomrättsligt perspektiv på rättsordningen, det vill säga att den bidrar till att framställa ett ökat vetande och ny kunskap *i rätten*. Rättssociologisk metod å andra sidan skapar förutsättningar för ett utomrättsligt perspektiv på rätten. Genom att beakta hur utomstående faktorer påverkar rättstillämpning såväl som lagstiftning kan rättssociologisk metod framställa ett ökat vetande och ny kunskap *om rätten*. (Rejmer, 2017, s. 276f.) Detta innebär att rättssociologisk metod undersöker hur, samt i vilken omfattning, samhällsförhållanden och rättsregler såväl som rättsliga avgöranden påverkar varandra. Detta uppnås normalt sett genom problematisering av rättstillämpningen och rättsordningen baserat på extensiva empiriska undersökningar; till exempel frågeundersökningar, statistik och dokumentanalys (ibid., s. 278 f.). Med hänvisning till uppsatsens omfattning och syfte har jag funnit det tillräckligt att jämföra och analysera redan existerande undersökningar gjorda av ideella organisationer och myndigheter. Detta innebär dels att en del av de källor som utgör empirin till uppsatsen inte är traditionella rättskällor, dels att doktrin har fått lite större utrymme än den traditionella "rättskälleordningen" tillåter. Syftet har varit att ge olika perspektiv på hur existerande praxis och samhällsförhållanden påverkar varandra, såväl som socialtjänstens arbete med barnkonventionen och barn utan papper.

Vad det gäller situationen för barn utan papper har tre rapporter från Rädda Barnen varit särskilt värdefulla då statistik om denna målgrupp och socialtjänstens arbete med dessa barn är svår att hitta. Av samma anledning har jag även fått förlita mig på en stor andel artiklar rörande de rättsliga konsekvenserna av inkorporeringen av barnkonventionen. Vidare har kommentarerna från FN:s barnrättskommitté varit vägledande i kapitlet om barnkonventionen, trots att dessa inte utgör konventionella rättskällor. Slutligen har jag använt mig av två artiklar som analyserar HFD 2017 ref. 33 från olika kritiska perspektiv som överensstämmer med uppsatsens syfte. Den senare artikeln använder en rättskartografisk analysmetod. Metoden och varför artikeln är särskilt intressant i relation till uppsatsens frågeställningar förklaras mer ingående i anslutning till det aktuella kapitlet.

Med hänvisning till att en andel av uppsatsens material inte är traditionella rättskällor finns det en risk att författarna bakom dessa källor kan ha färgade åsikter, vilket i sin tur kan påverka uppsatsens empiri. Jag har dock i största mån försökt att vara källkritisk och att enbart använda källor från erkända organisationer och författare.

Delar av uppsatsen, framför allt det avslutande kapitlet, har ett etiskt människorättsperspektiv. Detta grundar sig på att mänskliga rättigheter betraktas utifrån moraliska, såväl som politiska och rättsliga dimensioner. Detta innebär att uppsatsens diskussionsdel grundas på antagandet att en förutsättning för ett effektivt skydd av mänskliga rättigheter är att samtliga dimensioner tas i beaktning. Allt politiskt handlande där människors lika värde är den drivande faktorn kräver därmed att mänskliga rättigheter har genomslag i praktiken. (Namli, 2014, s. 19, 22)

1.8 Barns rättigheter

Under de senaste årtiondena har synen på barn förändrats i flera avseenden. I större utsträckning än tidigare har barn kommit att ses som egna rättssubjekt, med alltmer tydliga rättigheter kopplade till sina behov och intressen. I samband med att barn som rättssubjekt har fått ett ökat rättsligt erkännande, har flera nya begrepp - som *Barnets bästa* och *barnperspektivet* - blivit centrala i flera sammanhang om barns rättigheter (Singer A, 2019, s. 2f.)

Som barn räknas alla människor under 18 år. Detta stadgas i både Barnkonventionens inledande paragraf och på flera ställen i nationell rätt, däribland 9 kap. 1 § FB och 1 kap. 2 § SoL. Även om barn framhålls som självständiga rättssubjekt, ska det understrykas att de har en beroendeställning till vuxna i sin omgivning och inte helt kan ses som självständiga i relation till dem. Barns rättigheter bör därför inte heller tolkas fristående, då vad som är barnets bästa ofta har en tydlig anknytning till föräldrars rättigheter och skyldigheter. (ibid.)

Denna uppsats ämnar undersöka barn utan pappers rätt till en skälig levnadsstandard enligt svensk rätt och praxis, samt hur denna förhåller sig till barnkonventionens artiklar. För att förstå detta är det viktigt att redogöra för vilka grundläggande rättigheter barn med svenskt medborgarskap har. Dessa rättigheter påverkas av internationell rätt, där Sveriges internationella åtaganden utgör en miniminivå i förhållande till svenska regler. (Åhman, 2020, s.29) En förutsättning för att förstå vilka rättigheter barn utan papper har i Sverige samt få en bättre förståelse för rättigheterna i barnkonventionen är därför att undersöka internationell rätt först, vilket görs i nästa kapitel.

2 Sveriges internationella åtaganden

2.1 Allmänt om internationell rätt och mänskliga rättigheter

Till skillnad från en stor del av den internationella rätten kan mänskliga rättigheter sägas inneha en särställning inom folkrätten. Detta eftersom internationella överenskommelser om mänskliga rättigheter förpliktigar nationer att respektera rättigheter i relation till enskilda individer, medan internationella överenskommelser normalt sett hanterar nationers rättigheter gentemot varandra. En nations ratifikation av en internationell människorättskonvention innebär därför ingen huvudsaklig förpliktelse att respektera andra nationers rättigheter. Denna skyldighet riktar sig i stället till de personer som vistas inom nationens jurisdiktion i form av positiva rättigheter (nationens åtagande att tillgodose behov) och negativa rättigheter (nationens åtagande att avstå från vissa aktiviteter, till exempel att bedriva tortyr). Denna distinktion betyder dock inte att nationer är mindre bundna i förhållande till mänskliga rättigheter än övrig internationell rätt; principen om pacta sunt servanda gäller för samtliga internationella överenskommelser (Ahlin, 2021, s. 76f.).

Internationella överenskommelser om mänskliga rättigheter förutsätter dock inte att andra nationer uppfyller sina åtaganden, till skillnad från folkrättsliga överenskommelser i allmänhet. Smith (2020) menar att mänskliga rättigheter därför kan sägas ha ett högt normativt värde, utöver nationernas åtagande att vara bundna av dem. (Smith, 2020, s.109f.) Sådana rättigheter får inte begränsas till en grupp individer, utan ska i regel gälla alla i egenskap av att de är människor (Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter, artikel 2).

De mänskliga rättigheterna finns idag specificerade i ett trettiotal olika FN-konventioner. Grunden till dessa formulerades i och med antagandet av FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna efter andra världskriget. Den allmänna förklaringen kan sägas utgöra grunden för alla mänskliga rättigheter. Av förklaringens artikel 22 framgår ett första uttryck för rätten till en skälig levnadsstandard:

Var och en har, i egenskap av samhällsmedlem, rätt till social trygghet, och är berättigad till att de ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter som krävs för hävdandet av hans eller

hennes människovärde och utvecklingen av hans eller hennes personlighet...

Denna rättighet definieras ytterligare i artikel 25 som specificerar att alla människor utan åtskillnad har rätt till en sådan levnadsstandard för sig själv och sin familj att det tillräckligt för välbefinnande inklusive mat, kläder samt bostad.

Även om mänskliga rättigheter sedan dess har ökat i omfattning och innebörd är det gemensamt för samtliga konventioner att de, utan åtskillnad, gäller för alla människor; över hela världen, vuxna som barn, oavsett kultur, land eller situation. Det kallas att de mänskliga rättigheterna är ömsesidigt samverkande och odelbara. Detta innebär att de olika rättigheterna utgör delar av samma helhet på så vis att ingen enstaka rättighet anses högre ställd än de övriga (Staaf & Zanderin, 2011, s.38).

Efterlevnaden av FN:s nio mest centrala konventioner säkerställs idag genom diverse kommittéer bestående av oberoende experter. I samband med att en stat ratificerar en av konventionerna förpliktigar sig statens nation att med jämna mellanrum rapportera till kommittén för respektive konvention hur genomförandet av konventionen framskrider. Kommitténs uppdrag är därefter att kontrollera att stater respekterar och värnar om de rättigheter de har ratificerat (Staaf & Zanderin, 2011, s. 47).

2.2 Det grundläggande ramverket för de mänskliga rättigheterna

Även om generalförsamlingens antagande av den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna var det första, och kanske viktigaste, steget i att stärka respekten för mänskliga rättigheter har den aldrig varit rättsligt bindande. Förklaringen bidrog däremot till att bilda en global konsensus om vad som utgör grundläggande mänskliga rättigheter. FN:s kommission för mänskliga rättigheter antog senare två konventioner, Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter (IKMPR) och Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (IKESKR), som tillsammans med den allmänna förklaringen utgör det så kallade Grundläggande ramverket för de mänskliga rättigheterna (The International Bill of Human Rights). Detta har hänvisats till av FN som:

den etiska och rättsliga grunden för allt FN:s arbete med mänskliga rättigheter... och grunden på vilken det internationella systemet för skydd och främjande av mänskliga rättigheter har utvecklats (Smith, 2020, s. 56f.).

IKESKR och IKMPR innehåller i princip samtliga rättigheter från den allmänna förklaringen, där den förstnämnda karaktäriseras av att regeringen *ska* göra vissa saker i förhållande till de som vistas i landet, exempelvis skapa förutsättningar till god hälsa och en tillfredsställande levnadsstandard. Den sistnämnda fokuserar i stället på att regeringen *inte* ska göra vissa saker, och ger exempelvis skydd mot olika typer av ingrepp och kränkningar från statsmaktens sida. (ibid., s. 64 f.)

2.2.1 Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter

Fokus för denna uppsats är huvudsakligen socioekonomiska rättigheter, vilket inte hanteras i IKMPR. Konventionen kommer därför redogöras för ytterst kortfattat med fokus på ett fåtal artiklar av relevans för barn. IKMPR hanterar främst rättigheter som till exempel religionsfrihet, yttrandefrihet och föreningsfrihet; men innehåller även ett generellt diskrimineringsförbud. Enligt artikel 7 får ingen utsättas för förnedrande eller omänsklig behandling och av artikel 24 framgår att varje barn *utan åtskillnad* har rätt till sådant skydd av sin familj, samhället och staten som dess ställning som minderårig kräver. Dessutom framgår enligt artikel 26 att alla är lika inför lagen samt att alla är lika rätt till skydd utan diskriminering av något slag.

2.2.2 Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter

IKESKR är det första internationella instrumentet som i större utsträckning behandlar ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter. Konventionen innehåller ett brett spektrum av artiklar som syftar till att tillfredsställa flera viktiga rättigheter i människors liv och vardag. Den inleds med rätten till självbestämmande, följt av mer konkreta rättigheter som rätten till utbildning, rätten till arbete, rätten till social trygghet, rätten till hälsa samt rätten till en tillfredsställande levnadsstandard (Smith, 2020, s. 66).

En *tillfredsställande levnadsstandard* enligt artikel 11 IKESKR skiljer sig från den allmänna förklaringens begrepp *tillräcklig levnadsstandard*. Den allmänna förklaringens definition innebär en levnadsstandard som är tillräcklig för en individs och dennes familjs hälsa och välbefinnande; inbegripet bostad, hälsovård, kläder, föda, och nödvändiga sociala förmåner. Medan IKESKR:s definition omfattar generella rättigheter som rätten till

social trygghet eller rätten till fysisk och psykisk hälsa. Dessa rättigheter är specificerade till vad de innehåller, men inte i vilken omfattning de gäller. Istället gäller att varje stat som har ratificerat konventionen stegvis ska trygga varje människas rätt till en tillfredsställande levnadsstandard utifrån sina egna förutsättningar och omständigheter. De stater som har undertecknat konventionen ska därför rapportera vart femte år till kommittén för ekonomiska, sociala, och kulturella rättigheter angående utförandet av konventionen. Efterlevnaden av konventionen säkras därmed genom att kommittén granskar dessa rapporter och ger rekommendationer till medlemsstater, samt har möjlighet att uttala sig om oroväckande omständigheter. Staaf och Zanderin framhåller att mer resurskrävande rättigheter inte får så mycket utrymme i IKESKR just för att dessa skulle kräva en mer avancerad metod för att säkerställa efterlevnaden (Staaf & Zanderin, 2011, s.38).

I mitten av 2013 trädde ett tilläggsprotokoll för IKESKR i kraft som ger kommittén kompetens att ta emot och granska klagomål från individer vars rättigheter har kränkts. Av protokollets tredje artikel framgår att kommittén ska beakta klagomål i de fall den klagande har uttömt alla tillgängliga nationella rättsmedel. I detta fungerar kommittén som en sista klagoinstans för individer som anser sig ha fått sina rättigheter kränkta av staten (Fisher, 2020, s. 29; Smith, 2020, s. 67). En förutsättning är dock att den aktuella staten har godkänt kommitténs behörighet genom att ratificera tilläggsprotokollet. Sverige har varken ratificerat eller undertecknat protokollets, trots att Sverige har betonat mänskliga rättigheters lika värde och att IKESKR ska ges större vikt i svensk utrikes- och biståndspolitik (Skr.1997/98:89, s.15f.).

IKESKR har på flera håll misstolkats mer som målsättningar än utkrävbara rättigheter, vilket har gjort att konventionen fått ett långsamt genomslag internationellt sett (Ahlin, 2021, s.83). Staaf & Zanderin (2011) framhåller dock att det inte finns någon saklig grund att ge konventionen mindre tyngd än övriga rättigheter. Oavsett hur de mänskliga rättigheterna presenteras i konventionerna är de trots allt universella, odelbara och ömsesidigt beroende av varandra. Respekten för ett värdigt mänskligt liv kräver att alla mänskliga rättigheter respekteras likvärdigt (Staaf & Zanderin, 2011, s. 44 f.).

3 Barnkonventionen

3.1.1 Allmänt om barnkonventionen

Barnkonventionen eller konventionen kan sägas vara den främsta internationella konventionen om barns rättigheter. Konventionen riktar sig till barn under 18 år och omfattar samtliga områden inom mänskliga rättigheter; ekonomiska, sociala, kulturella samt politiska (Åhman, 2020, s. 27 f.). En del rättigheter återfinns i andra konventioner om mänskliga rättigheter, andra är specifika för barn. Barnkonventionen lyfter fram att barn ska ses som enskilda individer som har egna rättigheter samt har rätt att få sina basbehov tillgodosedda. Barn har också rätt till skydd mot faror som barn är extra utsatta för. Sammanfattningsvis kan sägas att barnkonventionen som rättighetsdokument utmärker sig genom att sätta barnet i fokus, samt att barnet självt ses som en rättighetsbärare med särskilda behov, och inte enbart i förhållande till sin omgivning. Av samtliga länder i världen är det enbart USA som inte ratificerat hela eller delar av konventionen (ibid.).

Barnkonventionen är uppdelad i tre delar. Den första delen är den som omfattar barnets rätt att få sina grundläggande rättigheter och behov tillgodosedda, och framkommer av artikel 1-41 i konventionen. Av dessa är det fyra artiklar som sedan konventionens ikraftträdande har etablerats som grundläggande principer vid tillämpning och tolkning av konventionen. Dessa principer kan sägas fastställa syftet och ändamålet med konventionen, och lyder som följer:

Artikel 2

Konventionsstaterna ska respektera rättigheter som anges i konventionen utan åtskillnad.

Artikel 3

Barnets bästa ska gälla vid alla åtgärder som rör barn.

Artikel 6

Barnet har rätt till liv samt överlevnad och utveckling.

Artikel 12

Barnets har rätt att bli hört och uttrycka sina åsikter.

Att dessa artiklar utgör grundprinciper i konventionen innebär att de ska tolkas in i konventionens samtliga artiklar och alltid ska beaktas vid frågor som rör barn.

Övervakning av konventionens efterlevnad sker genom en särskilt sammansatt kommitté av 18 oberoende experter, FN:s kommitté för barnets rättigheter (fortsättningsvis benämnt som barnrättskommittén eller kommittén). Barnrättskommittén har som uppgift att granska i vilken

utsträckning konventionsstaterna förverkligar konventionens bestämmelser, samt tillhandahålla vägledning om hur dess artiklar ska tolkas. Detta uppnås genom att konventionsstaterna efter ratificering förbinder sig att skriva en så kallad landrapport till kommittén med avseende på de åtgärder som gjorts för att uppfylla konventionens bestämmelser. Dessa rapporter ska lämnas till kommittén två år efter ratificeringen, och därefter vart femte år.

Barnrättskommittén sammanställer sedan sammanfattande slutsatser och rekommendationer (Concluding Observations) till respektive konventionsstat där kommittén tar upp de områden de anser bör prioriteras. Utöver detta upprättar kommittén allmänna kommentarer (General Comments) för olika artiklar och områden inom konventionen med syfte att ge en ökad förståelse för konventionens rättigheter, och hur de bör tolkas (Segerström, 2019, s. 19 f.; Grahn-Farley, 2021, s. 35 f.).

3.2 Hur barnkonventionen blev svensk lag

Barnkonventionen ratificerades av Sverige genom ett beslut i riksdagen den 21 juni 1990, ett halvår efter att FN:s generalförsamling antagit barnkonventionen, och trädde i kraft den 2 september samma år (rskr. 1989/90:350; SÖ 1990:20). Av propositionen till riksdagens beslut framgick det att några lagändringar inte tycktes nödvändiga för att Sverige skulle kunna ratificera konventionen. Detta eftersom dåvarande praxis och svensk lag till dess utformning ansågs överensstämma med konventionens artiklar och syften (prop. 1989/90:107, s. 3 ff.). Vid denna tidpunkt var konventionen enbart folkrättsligt bindande, vilket var ett medvetet beslut i enlighet med den dualistiska principen, som innebär att en ratificerad konvention inte kan tillämpas med en gång av domstolar och myndigheter om den inte har blivit transformerad till svensk lag. Detta betydde att barnkonventionen inte var möjlig att åberopa för sig själv inför domstol och myndigheter. Däremot var svenska domstolar skyldiga att tolka svensk lag i enlighet med konventionens värderingar och regler (Åhman, 2020, s.30 f.).

I ratificeringens efterspel framförde flera organisationer som arbetar med skydd av barns rättigheter att konventionen fått för lite genomslag. Detta ledde till en diskussion om konventionens inkorporering som svensk lag (ibid., s 33 ff.). Längre fanns ett politiskt motstånd till detta, bland annat för att det hävdades att konventionen var för vag i dess utformning och att den inte var ändamålsenlig som rättstillämpning i enskilda fall (SOU 1997:116, s. 15)

År 2018 röstade Sveriges riksdag ja till en inkorporering av barnkonventionen, som började gälla som svensk lag den 1 januari år 2020. Detta skedde bland annat till följd av påtryckningar från barnrättskommittén

som flera gånger uppmanat Sverige att inkorporera konventionen (CRC/C/SWE/CO/4; CRC/C/SWE/CO/5). I kommitténs allmänna rekommendationer från 2015 kritiserades Sverige för att inte leva upp till barnkonventionens bestämmelser, följt av en rekommendation att inkorporera konventionen. Kommittén framhöll att barnkonventionen, och framför allt de fyra grundläggande principerna, ska återspeglas i nationella lagar och praxis, samt tillämpas av myndigheter och gå att åberopa i domstol (prop. 2017/18:186, s. 1 f.). Regeringen valde en lösning som innebär att en lag stiftas med föreskriften att barnkonventionen ska gälla som svensk rätt (inkorporering), samtidigt som andra berörda lagar och bestämmelser fortsätter att anpassas så att de stämmer överens med barnkonventionens bestämmelser och syfte (transformering). Av propositionen framgick det nämligen att endast en inkorporering av barnkonventionen inte skulle vara tillräcklig för att konventionen ska få önskat genomslag. Bland annat redogjordes det för att konventionen behövde synliggöras i förarbeten och ges avtryck i lagstiftning med anknytning till konventionen. Särskilt lyfte regeringen fram att fokus borde ligga på principen om barnets bästa som ett tillvägagångssätt i beslutsprocesser och barnets rätt till delaktighet (ibid., s. 1; s. 60 f.; s. 92 f.).

I ett av propositionens sista kapitel behandlades frågan huruvida regeringen skulle fastställa vilka av barnkonventionens artiklar som skulle vara direkt tillämpliga. Regeringen ansåg dock att rättstillämparen skulle ha ansvaret att avgöra detta, då specifika sakomständigheter skulle kräva enskilda bedömningar. Regeringen anförde även att de skulle tillsätta en vägledande utredning (fortsättningsvis Barnkonventionsutredningen eller utredningen) om hur barnkonventionen förhåller sig till existerande svensk lagstiftning och praxis. (ibid., s. 78f.) En del remissinstanser, däribland Lagrådet, kritiserade regeringens beslut med hänvisning till att barnkonventionens bestämmelser inte enbart kommer tillämpas av de högre domstolarna. Tvärtom lyfte Lagrådet att en stor del statliga och kommunala befattningshavare kommer tillämpa konventionen i enskilda beslut som rör barn, där det finns en antydning om att rättssäkerheten i dessa beslut kommer äventyras utan klara riktlinjer från regeringen. Dessutom menade Lagrådet att det är bakvänd ordning att först inkorporera en konvention och sedan tillsätta en utredning om hur den förhåller sig till svensk lag. (ibid., s. 187 ff.) Denna argumentation avfärdades dock av regeringen. (ibid., s. 88f.)

Det långsiktiga målet med inkorporeringen kan hur som helst sägas vara att barnkonventionen ska få en likvärdig rättslig status som övrig svensk lagstiftning. Det vill säga att den som svensk lag ska utgöra en rättskälla som går att åberopa och kan ligga till grund för domstolars och myndigheters beslut som rör barn. I vilken utsträckning dess artiklar kommer gå att åberopa på det här sättet, och vilken faktisk effekt

inkorporeringen av barnkonventionen kommer ha för tjänstemän och beslutsfattare, är dock högst oklart. Det uppstår även ytterligare frågeställningar i anslutning till uppsatsens ämne. Dels vilka barn som kommer ha möjlighet att åtnjuta de rättigheter som blivit inkorporerade, dels hur detta påverkar existerande praxis och hantering av rätten till en skälig levnadsstandard för barn utan papper. För att förstå detta är det viktigt att titta på kommunernas ansvarsfördelning och socialtjänstens ansvar för sagd målgrupp, detta redovisas i avsnitt 4.1 nedan. Det är även avgörande att förstå vad barnkonventionen syftar på med barns rättigheter. Därför kommer jag i nästkommande avsnitt göra en djupdykning i konventionens fyra grundprinciper, samt vilka långsiktiga konsekvenser inkorporeringen av konventionen kan få för barn utan papper.

Att fokus ligger på just de fyra grundprinciperna beror på uppsatsens syfte. Rätten till en skälig levnadsstandard i barnkonventionen (artikel 27) kan ses som en specificering av artikel 6 om rätten till överlevnad och utveckling. (SOU 2020:63, s. 1066) Barnrättskommittén har uttalat sig om att denna rätt endast kan genomföras med ett holistiskt förhållningssätt, det vill säga genom att barnkonventionens artiklar ses och tillämpas i förhållande till varandra. (CRC/C/GC/2005/7, punkt 10) Fokus på de fyra grundprinciperna får därför ses som en lämplig avgränsning, med hänvisning till vad som är sagt ovan om att dessa utgör tolkningsprinciper och ska återspeglas i lagar, praxis, samt tillämpning av konventionen. Övriga artiklar nämns endast i de fall de har direkt anknytning till någon av grundprinciperna eller av annan anledning är relevanta för uppsatsens ämne. Mycket vägledning har tagits från barnrättskommitténs kommentarer, vilket är ett medvetet beslut. Trots att regeringen uttryckt att kommitténs rekommendationer och allmänna kommentarer varken har folkrättslig status som rättskälla eller är juridiskt bindande för konventionsstaterna, framgår det på flera ställen i propositionen att kommitténs uttalanden utgör ett viktigt stöd vid tolkning och tillämpning av Sveriges konventionsåtaganden (prop. 2017/18:186, s. 79; s.84). Lagrådet utvecklade detta resonemang som följer:

om svenska myndigheter inte tillämpar det tillvägagångssätt i beslutsprocesser som FN:s barnrättskommitté förordar, kan det därför inte utan vidare leda till slutsatsen att tillämpningen av barnkonventionen brister. (prop. 2017/18:186, s. 187)

3.3 Barnkonventionens grundprinciper

3.3.1 Särskilt om artikel 2

Konventionsstaternas skyldighet att respektera rättigheter som anges i konventionen utan åtskillnad

Principen om icke-diskriminering, även kallat diskrimineringsförbudet, är avgörande i sin betydelse för individens möjlighet att hävda sina rättigheter i konventioner om mänskliga rättigheter. Artikel 2 i barnkonventionen kan återfinnas i liknande former i andra konventioner, däribland samtliga konventioner i The International Bill of Human Rights. Barnkonventionens artikel 2 innebär att *varje* barn inom en konventionsstats jurisdiktion (territorium) har rätt till de rättigheter som konventionen anger *utan åtskillnad*.

I en kommentar har barnrättskommittén förtydligat detta till att konventionens rättigheter inte enbart gäller barn som är medborgare, utan gäller alla barn oavsett migrationsstatus, eventuell statslöshet eller nationalitet. (CRC/C/GC/2005/6, punkt 12) Att barnkonventionens diskrimineringsförbud innefattar alla barn utan förbehåll innebär dock inte att det är allomfattande. Detta betyder att artikel 2 begränsas till de rättigheter som återfinns i konventionen, till skillnad från exempelvis artikel 3.1 som ska beaktas vid samtliga åtgärder som rör barn oberoende av barnkonventionens artiklar. (Stern, 2020, s. 59)

Vidare framgår det att staten ska vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att det enskilda barnet skyddas från alla former av diskriminering. Av artikeln förstås att detta skydd innefattar diskriminering från statliga och kommunala institutioner såväl som eventuell diskriminering till följd av familjens handlingar, åsikter eller trosuppfattning. Barnrättskommittén har vidare uttalat sig om att diskrimineringsförbudet även avser regionala skillnader, det vill säga att det är statens ansvar att säkerställa att samtliga barn inom staten har samma rättigheter oavsett vilken region de befinner sig i. Detta gäller även i de fall där staten decentraliserat makt genom delegering till förvaltningar i landet. Det är då statens ansvar att säkerställa att decentraliseringen inte leder till diskriminering av barn i vissa delar av landet. (CRC/GC/2003/5, punkterna 40-41)

Sedan Barnkonventionen ratificerades av Sverige har barnrättskommittén vid flera tillfällen kritiserat Sverige för att vissa barn, framför allt barn till migranter och barn i utsatta familjer, i högre grad har blivit exponerade för diskriminering än andra. (CRC/C/SWE/CO/5, punkterna 15–16) Artikel 2.1

i barnkonventionen har som utgångspunkt att varje barn har en inneboende rätt till livet. Staten ska säkerställa varje barns överlevnad och utveckling utan någon åtskillnad av något slag (jämför nedan om artikel 6). Under utarbetandet av barnkonventionen hölls diskussioner kring huruvida barn utan papper skulle omfattas av artikel 2 eller ej. Förslag kom på att den enbart skulle omfatta barn som lagligt befann sig i landet. Detta drogs dock tillbaka efter invändningar mot en sådan begränsning (HR/PUB/07/1, artikel 2, C 4 och C 5). Barnrättskommittén har nämligen uttalat sig om att diskrimineringsprincipen även gäller barn som uppehåller sig utan tillstånd inom en medlemsstat. I samma kommentar framför kommittén emellertid att dessa barn får lov att särbehandlas till en viss grad, dock endast i de fall en sådan behandling har ett giltigt syfte samt är proportionerlig, laglig och överensstämmer med principen om barnets bästa. (CRC/C/GC/2017/22, punkterna 21-22)

I Barnkonventionsutredningens betänkande (SOU 2020:63) angående artikel 2 hänvisas det till ovanstående kommentar med anledning av artikelns omfattning. Därefter följer uttalandet att det "kan finnas ett visst utrymme att, utifrån sakliga grunder och i vissa fall, särbehandla utländska medborgare." Här kan dock noteras att utredningen tycks göra en snävare tolkning av barnrättskommitténs kommentar. (ibid., s. 163f.) Därutöver fortsätter utredningen jämföra diskrimineringsförbudet i artikel 2 med de diskrimineringsbestämmelser som finns i svensk lagstiftning och drar slutsatsen att svensk lagstiftning i stora drag överensstämmer med artikel 2. (ibid., 171ff.)

3.3.2 Särskilt om artikel 3

Barnets bästa ska beaktas vid alla åtgärder som rör barn

I samband med att barnkonventionen ratificerades fick principen om barnets bästa en mer omfattande innebörd, nämligen att vara tillämplig på alla åtgärder som rör barn i stället för att endast omfattas av familjerättsliga ärenden som tidigare. (SOU 1997:116, s. 126) Detta framgår av artikelns första punkt som stadgar att vad som bedöms vara barnets bästa ska beaktas vid *alla åtgärder* som rör barn.

Även om denna utvidgning innebar ett stort genomslag för barns rättigheter vid tidpunkten, benämndes principen samtidigt som svårtolkad och innehållslös (Dane, 2020, s. 76). En anledning till detta är att barnets bästa inte har fastställt innebörd, bland annat eftersom tillämpningen av principen får olika betydelse inom olika rättsområden. Som ett steg i att tydliggöra

principens olika funktioner gav Barnrättskommittén ut en allmän kommentar om just artikel 3. Där beskrivs barnets bästa som ett tredelat koncept; en materiell rättighet, en rättslig tolkningsprincip och ett tillvägagångssätt i beslutsprocesser (CRC/C/GC/2013/14, punkt 6). Det är ett tillvägagångssätt i beslutsprocesser genom att artikel 3 kräver att eventuella positiva och negativa konsekvenser som kan bli en följd av ett enskilt beslut blir utredda i tillräcklig utsträckning (ibid.).

Det är en grundläggande rättstolkningsprincip genom att andra bestämmelser kan tolkas och ges innehåll med barnets bästa som vägledning. Om det finns flera tolkningar ska den tolkning som på bästa sätt tillgodoser barnets behov ges större vikt (ibid.). Konventionen ska med andra ord ses som en helhet där barnets bästa fungerar som en vägledning i alla frågor som rör barn, även i de fall det uppstår konflikter mellan olika rättigheter i konventionen (Sejerström, 2019, s.50).

Det är en materiell rättighet genom att den ger barn en rätt att få sitt bästa utrett, bedömt och beaktat. Detta får relevans framför allt när en viss situation kräver en öppen bedömning, där flera olika omständigheter och intressen behöver ställas i proportion till varandra. I dessa situationer har barn rätt att få sitt bästa beaktat som primära intressen, det vill säga att principen kan vara den slutgiltiga omständigheten som fastställer utfallet i ett visst beslut. (CRC/C/GC/2013/14, punkt 6)

Barnrättskommittén understryker vidare att en följd av formuleringen i artikel 3.1 är att det ska beskrivas i vilket avseende barnets bästa har bedömts och undersökts, samt vilken betydelse principen ges i de fall där den blir aktuell att använda. (ibid., punkt 14) Detta synsätt tycks även ha anammats av den svenska regeringen och går att läsa i flera av regeringens propositioner. Senast inför att barnkonventionen skulle bli svensk lag hänvisade regeringen direkt till barnrättskommitténs kommentarer och skrev att det är allvarligt att barnets bästa inte redovisas i tillräcklig utsträckning i enskilda beslut som rör barn, samt att principen om barnets bästa bör ges en reell innebörd i beslut som rör barn. (prop. 2017/18:186, s. 95f). Det råder med andra ord en vid konsensus om att barnets bästa ska beaktas i alla enskilda beslut och åtgärder som rör barn, men det är inte riktigt lika självklart när ett ärende faktiskt rör barn.

Barnrättskommittén har uttalat sig om att formuleringen i artikel 3.1 innebär att åtgärder samt beslut som rör barn både direkt och indirekt omfattas genom barnkonventionens artikel 3. Där beslut och åtgärder som indirekt rör barn till exempel är beslut om att utvisa en vuxen person, samt hur försörjningsbidrag ska utformas och beviljas. Barnet behöver med andra ord inte vara det primära subjektet för beslutet i fråga. Barnrättskommittén

framhöll även att det inflytande barnets bästa bör tillmätas i det enskilda fallet beror på hur stor påverkan ett visst beslut eller åtgärd har på ett eller flera barn. (CRC/C/GC/2013/14, punkterna 18-20) Kommentaren ska således tolkas som att principen om barnets bästa kräver att en åtgärd eller ett beslut är baserad på barnets intressen om åtgärden eller beslutet rör barnet direkt. I åtgärder som däremot påverkar barn indirekt bör barnets bästa i stället vara ett av de primära intressen som ska tas hänsyn till vid bedömning av ett visst beslut eller åtgärd. (Tobin & Eekelaar, 2019, s. 77ff.)

Att många myndigheter och privata aktörer trots allt har svårt att tillämpa barnets bästa kan bero på att principen inte har en fast definierad innebörd och därför upplevs som förvirrande. (Sormunen, 2020, s. 746 ff.) Detta öppnar även upp för individuella tolkningar som kan ha en negativ inverkan på det slutgiltiga beslutet. (Singer B, 2019, s. 149) Flera som forskar om barns rättigheter hävdar dock att detta är en förutsättning för att kunna urskilja ett enskilt barns bästa, det vill säga att begreppets innebörd skapas i det enskilda fallet. (ibid., s. 38) Barnrättskommittén menar att anledningen att principen måste vara öppen för tolkning är att säkerställa en komplett bedömning av vad som är bäst för ett barn med hänsyn till barnets särskilda behov och individuella omständigheter. Ett beslut om vad som anses vara ett barns bästa får därför inte vara grundat på vad som är bra för barn i allmänhet. (CRC/C/GC/2013/14, punkt 32)

Även om barnrättskommittén har framfört att samtliga av barnkonventionens artiklar ska tolkas som en helhet (ibid., punkt 16), har kommittén specifikt framhävt en del av barnkonventionens rättigheter som *alltid* ska vara med i en bedömning om barnets bästa. Här listas endast de punkter i kommentaren som är av särskild relevans för uppsatsen och faller inom dess avgränsningar:

- punkt 52-54 om barnets egna åsikter, där kommittén understryker omständigheter som en funktionsnedsättning, tillhörandet av en minoritetsgrupp eller eventuell migrationsstatus inte fråntar barnet dess rätt att uttrycka sina åsikter och minskar inte heller vikten av barnets åsikter vid fastställandet av barnets bästa. Specifika åtgärder som vidtas för att garantera barns lika rättigheter i sådana situationer måste genomgå en individuell bedömning som tillförsäkrar barnen själva en roll i beslutsprocessen.
- punkt 71-74 om barnets rätt till omsorg skydd och säkerhet, vilket enligt kommittén ska tolkas i vid bemärkelse, kopplat till övergripande mål att säkerställa barns välfärd och utveckling, såsom grundläggande materiella, fysiska och emotionella behov (inklusive behov av ömhet och trygghet).
- punkt 75-76 angående om barnet befinner sig i eller har befunnit sig i en utsatt situation, exempelvis: har en funktionsvariation, tillhör en

minoritetsgrupp, befinner sig i migration, har blivit utsatt för övergrepp eller lever som gatubarn.

Barnkonventionsutredningen konstaterar att, till skillnad från artikel 3:s övriga punkter, är tilltalet i 3.1 mer direkt utformat. Det vill säga att i stället för formuleringen “att konventionsstaterna åtar sig att respektive stat ska säkerställa att” står det att barnets bästa *ska* beaktas i de fall som artikeln rör. Även om detta skulle kunna innebära en vidgad möjlighet att tillämpa principen hänvisar Barnkonventionsutredningen här till vad som sägs i propositionen, nämligen att det faller på rättstillämparen att avgöra vilka artiklar som är direkt tillämpliga eller ej. (SOU 2020:63, s. 243; jämför prop. 2017/18:186 s. 89) Vidare menar utredningen att en del svenska bestämmelser om barnets bästa, bland annat den i SoL, går längre än barnkonventionens formulering eftersom dessa anger att barnets bästa är *avgörande* vid beslut som rör barn. (SOU 2020:63, s. 244) Som nämnt ovan är det dock inte alltid självklart när barn anses berörda av en åtgärd, något som även Barnkonventionsutredningen fastslår med konstaterandet att detta måste avgöras från fall till fall. (ibid., s. 241) Därefter drar utredningen slutsatsen att svensk lagstiftning och praxis till stor del överensstämmer med innebörden av artikel 3. (ibid., s. 254)

3.3.3 Särskilt om artikel 6

Barnets rätt till liv samt överlevnad och utveckling

Barnkonventionens artikel 6 består av två led som säkerställer dels barns rätt till liv, dels barns rätt till att växa upp i en miljö som gynnar deras möjlighet att utvecklas till sin fulla potential. Rättigheten i det första ledet är en absolut rättighet, medan rättigheten i det andra begränsas av att konventionsstaterna ska uppfylla rättigheten “till det yttersta av sin förmåga”. Jag återkommer till detta nedan. Att artikeln är relevant och betydelsefull i Sverige blir tydligt framför allt i de fall där ansvariga myndigheter inte lyckas skydda barn från att fara illa. (Dahlqvist & Leviner, 2020, s. 93)

Rätten till liv är en fundamental mänsklig rättighet som återfinns i flera rättsliga regleringar. Detta är en negativ rättighet i bemärkelsen att staten, eller någon annan för den delen, inte under någon omständighet har rätt att ta livet av barn. Av det andra ledet däremot framgår en positiv rättighet vilket talar för att det är otillräckligt att endast trygga skydd för liv, utan att det krävs en extra prestation från staten för att säkerställa rättigheten (Grahn-Farley 2021, s. 27). Dahlqvist & Leviner (2020) framför dock att en åtskillnad mellan de två leden avseende positiva och negativa rättigheter kan tyckas sakna relevans då de två leden kan ses som ömsesidiga förutsättningar för varandras uppfyllande. (Dahlqvist & Leviner, 2020, s.

94) Trots detta kommer fokus för resten av det här avsnittet ligga på det andra ledet, då det framför allt är barns rätt till överlevnad och utveckling samt det inflytande artikel 6 har på övriga artiklar i barnkonventionen som är intressant för uppsatsens ämne.

Barnrättskommittén har i flertalet kommentarer yttrat sig om att begreppet *utveckling* i artikel 6 ska tolkas i vid mening som ett holistiskt koncept (CRC/C/GC/2003/5, punkt 2; CRC/C/GC/2011/13, punkt 62). Detta visar sig bland annat genom de olika perspektiven begreppet "utveckling" innehar på flera ställen i konventionen. I ingressen associeras "harmonisk utveckling" med emotionella termer som lycka, förståelse och kärlek, vilka ska förverkligas av barnets familjemiljö eller samhället. I andra delar av konventionen (till exempel i relation till artikel 18 om föräldraansvaret, artikel 23 om rättigheter för barn med funktionsvariationer eller artikel 27 om en adekvat levnadsstandard) diskuterar barnrättskommittén i stället utveckling i relation till barnets fysiska och psykiska hälsa samt barnets moraliska, mentala, andliga och sociala utveckling. (Peleg, 2012, s.371)

Kommitténs tolkning av rätten till utveckling kan tyckas vara ett vagt målsättningsstadgande vid frågan om vilka konkreta skyldigheter dessa rättigheter medför för konventionsstaterna. Peleg (2012), som gjorde en diskursanalys av barnrättskommitténs alla sammanfattande slutsatser och rekommendationer, samt tolv allmänna kommentarer som kommittén publicerade under perioden 1993 till 2009, menar att rätten till utveckling bör förstås som en rätt till framtida utveckling. Som exempel, i flera av barnrättskommitténs sammanfattande slutsatser och rekommendationer angående observationer om icke-diskriminering och deras koppling till barns utveckling, är det den effekt diskrimineringen har på barnets framtid som väcker oro, inte hur det påverkar barnets liv för närvarande. (ibid., s. 377, 381)

Dahlqvist & Leviner (2020) lyfter fram att det inte finns något absolut krav på konventionsstaterna att garantera ett barns utveckling och överlevnad, detta med hänvisning till att ordalydelsen i artikeln är att rättigheten ska uppfyllas till det yttersta av konventionsstatens förmåga. Frågan uppstår således i vilken utsträckning rättigheten kan begränsas, till exempel med hänvisning till tillgängliga resurser. Dahlqvist & Leviner (2020) menar dock att oavsett om en sådan hänvisning kan göras, har konventionsstater en skyldighet att vidta alla åtgärder som de lämpligen kan genomföra för att trygga barns rätt till överlevnad och utveckling. (Dahlqvist & Leviner, 2020, s. 97)

Slutligen kommer nämnas kortfattat hur artikel 6 förhåller sig till konventionens resterande artiklar. Till skillnad från de övriga

grundläggande principerna i barnkonventionen har barnrättskommittén inte upprättat en allmän kommentar om specifikt artikel 6, varken första eller andra ledet (Dahlqvist & Leviner, 2020, s. 99). Att barnrättskommittén uttryckligen lyfter fram artikel 6 i anslutning till andra allmänna kommentarer i stället talar för att artikeln får störst mening vid tillämpning och tolkning av barnkonventionens artiklar i övrigt (exempelvis CRC/C/GC/2003/4 och CRC/C/GC/2005/7). Majoriteten av dessa saknar relevans för uppsatsens ämne och jag kommer därför inte beröra dessa vidare. Däremot vill jag lyfta fram barns rätt till social trygghet och skälig levnadsstandard, det vill säga artikel 6 i relation till artiklarna 26-27. Av barnkonventionens artikel 26 framgår att varje barn har rätt till social trygghet och hjälp i det fall föräldrarna inte klarar av att trygga detta av till exempel ekonomiska skäl. Artikel 27 stadgar att barn har rätt till en skälig levnadsstandard; vilket förutsätter tillgång till bostad, kläder, mat och rent vatten. Det är föräldrarna som har det huvudsakliga ansvaret att dessa rättigheter tillgodoses, men även här ska staten bistå i den mån föräldrarna inte klarar av det (Holappa, 2020, s. 202ff.). Barns tillgång till en sådan levnadsstandard avviker dock avsevärt mellan barn i Sverige idag, särskilt i fråga om socialt stöd angående kläder, mat och boende. (Barnombudsmannen, 2022, s. 11 f.)

Artikel 27 ska, liksom alla artiklar i konventionen, tolkas genom grundprincipen om icke-diskriminering och likabehandling i artikel 2 enligt vilken staten ska se till att alla barn inom jurisdiktionen ska ha tillgång till alla sina rättigheter oavsett ställning. I detta avseende är det således statens ansvar, enligt artiklarna 2, 26 och 27, att en skälig levnadsstandard de facto uppfylls för alla barn i Sverige, inklusive barn utan papper. Att dessa barn trots allt inte tycks ha en likvärdig rätt till utveckling och en skälig levnadsstandard beror på det för uppsatsen aktuella HFD-avgörandet, vilket diskuteras kapitel 5.

Barnkonventionsutredningen diskuterar formuleringen i artikel 6, "till det yttersta av sin förmåga", och artikel 27 i relation till konventionens artikel 4. Artikel 4 omfattar samtliga bestämmelser i konventionen, och anger att alla lämpliga lagstiftningsåtgärder, administrativa åtgärder eller andra åtgärder ska vidtas vid genomförandet av rättigheterna i konventionen. Utredningen slår fast att sett tillsammans med artiklarna 6 och 27 innebär detta en stats skyldighet att vidta alla lämpliga lagstiftningsåtgärder, administrativa åtgärder eller andra åtgärder för att säkerställa barns överlevnad, utveckling och levnadsstandard. En stat ska till fullo utnyttja sina tillgängliga resurser för att genomföra dessa rättigheter. (SOU 2020:63, s. 334, s. 1069ff.) Därefter lyfter Barnkonventionsutredningen att Sverige har ett väl utbyggt samhällssystem för att barn ska kunna leva och utvecklas; bland annat med hänvisning till att det finns ett socialt skyddsnät för att ge stöd och hjälp åt

de barn som är i behov av detta, samt mekanismer för att identifiera dessa barn. (ibid. s. 348) Utredningen skriver vidare att socialnämnden har en skyldighet att ansvara för den sociala tryggheten för de som vistas i kommunen, i synnerhet barn, och att ekonomiskt bistånd (skälig levnadsstandard) *kan* säkerställas genom SoL även för de som normalt sett inte omfattas av lagen. (ibid., s. 1088) Huruvida ett *kan* i denna bemärkelse är att likställa med ett *ska* är något som diskuteras senare i uppsatsen.

3.3.4 Särskilt om artikel 12

Barnets rätt till åsiktsfrihet och rätten att bli hörd

Artikel 12 stadgar barnets generella rätt att fritt uttrycka sina åsikter i de åtgärder som rör dem och kallas av denna anledning för delaktighetsartikeln. Barnets inställning och åsikter i dessa frågor ska tillmätas betydelse i relation till barnets mognad och ålder. Likt barnkonventionens övriga grundprinciper utgör artikeln inte bara en rättighet i sig, utan fungerar som en tolkningsprincip till konventionens samtliga artiklar. Därtill har artikeln ett nära samband med artikel 3 om barnets bästa, eftersom inhämtandet av barnets åsikter samt att barn görs delaktiga i alla beslut som rör dem är en förutsättning vid prövning av vad som utgör barnets bästa i det enskilda fallet. (CRC/C/GC/2013/14, punkterna 43-45, 70-74)

Konventionsstaterna har en skyldighet att säkerställa rätten att uttrycka sin åsikt för alla barn. Barnrättskommittén har framfört i sin allmänna kommentar nr 12 att svårigheter att framföra sin åsikt, till exempel till följd av en funktionsvariation eller att barnet inte behärskar majoritetsspråket, inte får innebära en begränsning av denna rättighet. (CRC/C/GC/2009/12, punkt 21)

Att barn ska göras delaktiga i åtgärder som rör dem är en allmänt erkänd uppfattning i dagens samhälle. Trots att det mesta talar för att myndigheter i större utsträckning än tidigare möter och talar med barn, finns det antydningar på att barn varken känner sig hörda eller sedda i åtgärder som rör dem (Leviner, 2020, s. 104). Detta är särskilt sant för barn utan papper i Sverige. Lundberg (2020) skriver att dessa barn ofta bemöts av myndigheter utifrån deras migrationsrättsliga status i första hand, och inte i egenskap av att vara barn. Detta kan vara en försvårande omständighet för dessa barn att få sina rättigheter realiserade. (Lundberg, 2020, s. 8)

I den så kallade barnrättighetsutredningen, som låg till grund för att barnkonventionen skulle inkorporeras som svensk lag, framgick det att myndigheter ofta inte möter och pratar med barn, samt att en motivering till

varför detta inte har skett ofta saknas. Anledningen till detta tycks vara att barns rätt till delaktighet i en stor del av fallen inte ses som en skyldighet i rättstillämpningen. Utredningen visar i stället att flera rättsområden visar en syn där barn ska bli skyddade från delaktighet i stället för att ges möjlighet att vara delaktiga. (SOU 2016:19, s. 296 ff.) Av Socialstyrelsens egen handbok *Ekonomiskt Bistånd* framgår det dessutom att barn inte anses vara part i utredningar om ekonomiskt bistånd, utan att det är barnets förälder eller föräldrar som är föremål för ansökan, och att det därför inte är en "okomplicerad" situation när det gäller ett barns rätt till delaktighet och att komma till tals. Av handboken framgår därför att uppgifter om barnets situation vanligtvis inhämtas genom att handläggaren pratar med föräldrarna om barnet. Vidare framgår det att syftet behöver vara tydligt om barnet trots allt involveras i samtal om familjens ekonomi (Socialstyrelsen, 2021, s. 43). Om dessa brister i realiserandet av barns delaktighet skriver Leviner (2020) att den nationella regleringen skulle behöva förtydligas i förhållande till såväl som utom barnkonventionens omfattning (Leviner, 2020, s.116).

Slutligen ska nämnas ett område som är nära associerat med rätten till delaktighet, nämligen barns rätt att framföra klagomål i de fall dess rättigheter blir kränkta. Även om en sådan rätt inte framgår ordagrant av barnkonvention har barnrättskommittén tolkat artikel 4, som förpliktar konventionsstaterna att vidta alla lämpliga lagstiftningsåtgärder samt administrativa och övriga åtgärder som är nödvändiga för att genomföra de rättigheter som erkänns i konventionen, som att barn ska ha rätt att framföra klagomål om rättigheter enligt konventionen blir kränkta. Kommittén menar att effektiva rättsmedel är ett krav för att konventionens rättigheter ska ha substans, och att en förutsättning för att uppnå detta är att staterna säkerställer barnanpassade tillvägagångssätt att synliggöra kränkningar av barnkonventionens rättigheter, vilket innefattar rätten att anmäla kränkningar. (CRC/C/GC/2003/5, punkt 24)

År 2011 antog FN det så kallade tredje tilläggsprotokollet till barnkonventionen, vilket ger barn en möjlighet att lämna in klagomål till barnrättskommittén ifall deras rättigheter skulle bli kränkta och detta inte har prövats i vistelselandet. Protokollet signerades av cirka 50 länder, men inte av Sverige. Att protokollet inte har ratificerats betyder att barn som befinner sig i Sverige saknar rätten till upprättelse vid eventuella rättighetskränkningar. I dagsläget innebär detta att barn i Sverige som får sina rättigheter enligt barnkonventionen kränkta är begränsade att ta sina klagomål till de nationella instanser som finns till godo, däribland Diskrimineringsombudsmannen, Justitieombudsmannen och Inspektionen för vård och omsorg. (Leviner, 2020, s. 116 f.) Även om dessa instanser innehar en viktig samhällsfunktion för barn såväl som vuxna erbjuder de lite till ingen möjlighet att ompröva enskilda beslut. Både Unicef och

Barnombudsmannen har påtalat att dessa är tillsynsinstanser och därför inte kan ses som effektiva rättsmedel för klagomål vid rättighetskränkningar. Ingen av dem, i egenskap av klagomekanismer, är specifikt anpassade för barn eller har ett allomfattande ansvar för kränkningar av barnkonventionens rättigheter. En stor brist som lyfts fram är således att klagomål till dessa instanser endast kan resultera i kritik eller rekommendationer riktat till den myndighet som kränkt en rättighet, det vill säga att det inte finns något faktiskt mandat att upphäva eller ändra eventuella beslut. (Unicef, 2017, s. 17 ff.; Barnombudsmannen, 2016, s. 16 ff.) I sina senaste rekommendationer till Sverige uppmanade barnrättskommittén regeringen att ge Barnombudsmannen mandat och lämpliga resurser för att kunna ta emot, utreda och hantera barns klagomål samt att ratificera det tredje tilläggsprotokollet (CRC/C/SWE/CO/5, s. 3, 14). Någon sådan reform har dock ännu inte genomförts.

3.4 Vilka konsekvenser får inkorporeringen av barnkonventionen för barn utan papper?

Barnkonventionen har varit ratificerad och därmed bindande för Sverige sedan 90-talet, men även om internationella konventioner är bindande för Sverige innebär inte det att de vid ratificeringen går att åberopa omedelbart. Efter ratificering ska nationell rätt dock enligt fördragskonform tolkning tolkas i linje med Sveriges internationella åtaganden, åtminstone fram tills att konventionsartiklarna har transformerats till svensk lag. Stern (2020) påpekar att barnkonventionen ur detta perspektiv redan innan inkorporeringen borde ha fått ett märkbart genomslag i svensk rätt, vilket inte riktigt överensstämmer med verkligheten. (Stern 2020, s. 60 ff.) När barnkonventionen väl antogs som svensk lag var det många forskare som ställde sig frågan i vilken utsträckning en inkorporation av barnkonventionen skulle ha en konkret effekt på myndigheters och domstolars utövande av konventionen. (ibid.)

I skrivande stund (år 2022) har barnkonventionen varit svensk lag i två år, och det tycks ännu svårt att säga vilka långsiktiga effekter inkorporeringen av barnkonventionen kommer få. Detta är särskilt sant när det gäller utsatta målgrupper, som barn utan papper. Åhman (2020) framhäver förvaltningsmyndigheter och domstolar i brist på vägledning troligtvis kommer tillämpa konventionen med hög försiktighet, vilket tyder på att den kan få ett långsamt eller begränsat genomslag för målgrupper som redan idag har svårt att få sina rättigheter tillgodosedda. (Åhman, 2020, s. 27 f.) Av de fyra grundprinciperna är det endast de artiklar som tidigare har

transformerats till svensk lag, artikel 3.1 och artikel 12, som har fått en faktisk betydelse och reell innebörd. Artikel 2 och 6 har inte haft i närheten av samma genombrott, och Stern (2020) menar därför att det finns extra stark potential att stärka barns rättigheter där. (Stern 2020, s. 62) Som nämnt i inledningen av detta kapitel innebär konventionens status som svensk lag en ökad möjlighet för myndigheter och domstolar att direkt tillämpa konventionens samtliga artiklar, men att det är upp rättstillämparen att avgöra vilka artiklar som kan tillämpas på detta sätt. Att barnkonventionens artikel 2 och 6 aldrig tidigare har transformerats in i svensk rätt innebär att svensk rätt inte är justerad för att dessa artiklar ska vara direkt tillämpliga på nationell nivå. Det kan således konstateras att domstolar, såväl som statliga och kommunala befattningshavare som handlägger ärenden som rör barn, kommer bli tvungna att avgöra i vilken utsträckning dessa artiklar kan vara direkt tillämpliga (Stern, 2020, s. 61).

Som framgick ovan om artikel 2 har Sverige blivit kritiserat flera gånger för att barn i utsatthet blir exponerade för diskriminering mer än andra barn. Stern (2020) menar att det är omöjligt att ge ett definitivt svar om vilken effekt barnkonventionens status som svensk rätt kan ha på frågor om icke-diskriminering. Däremot menar Stern (2020) att inkorporeringen sannolikt kommer leda till att barns utsatthet allt mer kommer att behandlas utifrån ett icke-diskrimineringsperspektiv. Detta skulle på sikt kunna leda till att fler resurser sätts undan för utsatta barns rätt till utveckling och en skälig levnadsstandard, vilket enligt Stern (2020) sannolikt skulle kräva förtydliganden såväl som ändringar i existerande lagstiftning (Stern 2020, s. 58ff.). Även Rädda Barnen menar att det krävs förtydliganden kring hur barnkonventionens artikel om icke-diskriminering ska tolkas i relation till barn utan papper (Rädda Barnen, 2021, s.9). Av en enkätundersökning gjord av Rädda Barnen från 2021 framgår att flera tjänstemän på landets socialtjänster känner en osäkerhet i vilka faktiska rättigheter barn utan papper egentligen har, samt hur barnkonventionen ställer sig mot andra lagar (ibid., s. 7 f.). Detta tyder på att olika tjänstemän och kommuner gör olika bedömningar om barn utan pappers rätt till stöd.

Vad det gäller artikel 3 om barnets bästa kan barnkonventionens inkorporering, likt när konventionen ratificerades, ses som ytterligare en utvidgning av principen. Detta eftersom det nu kan krävas att barnets bästa ska beaktas inom rättsområden som innan har saknat en specifik reglering om detta (Dane 2020, s. 75). Frågan är dock huruvida detta kommer att innebära att principen får ett ökat genomslag eller inte. Även om principen förmodligen kommer kunna åberopas i större utsträckning än innan kvarstår fortfarande problemet att barnets bästa som begrepp upplevs som komplicerat och svårtolkat (ibid.), särskilt i relation till specifika grupper. Nasim Ahmadzadeh, som är case manager på Rädda Barnen och blev

intervjuad som sakkunnig i samband med Rädda Barnens (2021) rapport *Utänför nästan allt*, menar att socialtjänstens tjänstemän ofta uppfattar barnets bästa som komplext när det kommer till barn utan papper. Hon menar att detta beror på att tillämpningen av principen ofta är politiskt relaterad, och att det finns en osäkerhet i hur dessa barn ska hanteras som rättighetsbärare (Rädda Barnen, 2021, s.12). Uttalandet stöds av flera enkätsvar i undersökningen som låg till grund för rapporten, ett urval av dessa redovisas i kapitel 4.2.

Dane (2020) framför ytterligare en anledning till att principen om barnets bästa kan upplevas som svårtillämpad. Nämligen att den som koncept är en fristående rättighet, samtidigt som den får sin innebörd av barnkonventionens övriga rättigheter och dessutom har som syfte att tolka och värna om dessa. Att barnkonventionen har blivit svensk lag innebär att principen om barnets bästa i praktiken kan tillämpas i större utsträckning än tidigare. Att det däremot saknas tydliga förarbeten lägger återigen ansvaret för att klargöra hur en utvidgad användning av principen ska fungera i en svensk kontext på rättstillämparen vilket kan vara problematiskt (Dane, 2020, s. 85).

Gällande artikel 6 har rätten till liv, överlevnad och utveckling nämnts i relativt få av barnrättskommitténs allmänna kommentarer och rekommendationer jämfört med övriga rättigheter i barnkonventionen. Samma sak gäller i svenska förarbeten. I propositionen inför att barnkonventionen skulle bli lag framgår inte mer om artikeln än att den utgör en av konventionens grundläggande principer (prop. 2017/18:186, s. 84).

Artikel 6 som sådan kan tyckas självklar, men Dahlquist och Leviner (2020) menar att det finns flera frågor och intressekonflikter som inte besvaras i samband med att barnkonventionen har blivit svensk lag, exempelvis vad som krävs av svenska myndigheter för att säkerställa barns överlevnad (Dahlquist & Leviner, 2020, s. 99). För barn utan papper är artikeln som redan nämnt även relevant i relation till rätten till social trygghet och skälig levnadsstandard. Artikel 26 och 27 är inte utkrävbara rättigheter enligt barnkonventionen. För barn i en migrationssituation förverkligas dessa rättigheter genom ekonomiskt bistånd enligt SoL eller LMA. På grund av det för uppsatsen aktuella HFD-avgörandet gäller detta dock inte barn utan papper, vars föräldrar undanhåller sig utvisningsbeslut. Artikel 26 och 27 får således främst betydelse genom icke-diskrimineringsprincipen i artikel 2. Inkorporeringen kommer därför sannolikt inte ha en direkt konsekvens för dessa rättigheter inom en snar framtid. Däremot kan det leda till att barns rättigheter får ett större fokus utifrån ett icke-diskrimineringsperspektiv, vilket på sikt kan sätta press på lagstiftaren att precisera och anpassa lagstiftningen för nya rättsliga argument. (Åhman 2020, s. 27 f.; Holappa, 2020, s. 203)

4 Barns rätt till en skälig levnadsstandard på nationell nivå

4.1 Socialtjänstlagen

Socialtjänsten benämns ofta som samhällets yttersta skyddsnät. Detta eftersom socialtjänsten enligt 2 kap. 1 § SoL har det yttersta ansvaret för att de som vistas i kommunen får det stöd och den hjälp de behöver. Detta ansvar sträcker sig fram tills "rätt huvudman", exempelvis en vårdnadshavare eller bosättningskommunen, tar sitt ansvar. (prop. 1979/80:1, s. 144,184) Alla som vistas i Sverige omfattas av denna princip, och har således rätt att ansöka om ekonomiskt bistånd och få sin sak prövad i ett formellt beslut i den kommun de befinner sig i. Samtidigt är SoL en subsidiär lag, det vill säga att alla andra rättsliga möjligheter att tillfredsställa behov som normalt täcks av SoL har företräde. Att barn ska tryggas en skälig levnadsstandard och social trygghet i enlighet med barnkonventionen utgör som nämnt ovan inte grund för att barn själva blir beviljade ekonomiskt bistånd. Även om socialtjänsten har ett särskilt ansvar för barn och unga enligt 5 kap. 1-3 §§ SoL, finns det ingen bestämmelse i svensk lagstiftning som stadgar att barn har rätt till bistånd för uppfyllandet av en skälig levnadsstandard. I stället uppfylls ett barns rätt till en skälig levnadsstandard huvudsakligen genom barnets vårdnadshavare. Vårdnadshavare som inte har möjlighet att säkra en skälig levnadsstandard för sina barn på egen hand kan söka stöd hos socialtjänsten. I sådana fall säkras barnets rätt till en skälig levnadsstandard genom bistånd åt vårdnadshavaren enligt SoL. Därför måste barnperspektivet och principen om barnets bästa, som även framgår av lagens 1 kap. 2 §, alltid beaktas vid en ansökan om ekonomiskt bistånd som rör barn. (prop. 1996/97:124, s. 99f.)

Av 4 kap. 1 § 1 stycket SoL framgår att den som inte kan tillgodose sina behov på egen hand eller annat sätt har rätt till bistånd för försörjning eller livsföring i övrigt. En skälig levnadsstandard ska tillförsäkras genom 4 kap. 1 § SoL, men en exakt lista över vilka behov som omfattas av paragrafen finns inte. De mest fundamentala behoven, såsom bostad och försörjning, framgår av SFS. Utöver dessa har en skälig levnadsstandard fastställts i förarbeten till vad en låginkomsttagare på orten normalt har möjlighet att kosta på sig. (prop. 1996/97:124 s. 82f.) Av 4 kap. 3 § SoL framgår det att försörjningsstödet i 4 kap. 1 § består av två delar. Först och främst ska det täcka en så kallad riksnorm. Denna är baserad på Konsumentverkets undersökningar om olika hushållstypers baskonsumtion; såsom livsmedel,

kläder, skor, samt förbrukningsvaror för hygien och hälsa. Riksnormen är schablonmässigt bestämd, och dess storlek varierar i förhållande till antalet familjemedlemmar och hur gamla barnen i hushållet är. Socialnämnden får i det enskilda fallet beräkna kostnader till ett lägre eller högre belopp om det finns särskilda skäl för detta (Socialstyrelsen, 2021, s.106). Den andra delen av försörjningsstödet ger biståndsberättigade ersättning för skäligena kostnader kopplat till boende och självförsörjning; det vill säga regelbundet återkommande kostnader som hemförsäkring, elförbrukning, arbetsresor och medlemskap i fackförening. (prop. 2000/01:80 s.93 ff., 165) Till skillnad från den första delen av försörjningsstödet får dessa utgifter inte schabloniseras, utan socialnämnden måste göra en bedömning av vad som utgör skäligena kostnader i det enskilda fallet. (prop. 2000/01:80 s.90)

I vissa fall kan enskilda även ha rätt till akut nödbistånd, vars syfte främst är att avhjälpa akuta och oförutsägbara nödsituationer (prop. 2010/11:49 s.36 f.). Exakt vad som omfattas i ett akut nödbistånd är inte reglerat, utan socialtjänsten gör en individuell bedömning från fall till fall om vilka behov som anses tillräckligt akuta. Här ska även nämnas att om barn är inblandade ska socialtjänsten i enlighet med 1 kap. 2 § SoL, såväl som barnkonventionens artikel 3, beakta principen om barnets bästa. I regel rör det sig dock om mindre ersättningar för kläder, mat, tillfälligt boende och förutsättningar att bibehålla en grundläggande hälsa (ibid.). Bistånd för akuta nödsituationer framgår inte av någon enskild paragraf, utan regleras precis som försörjningsstöd av biståndsregeln i 4 kap. 1 § SoL. Till skillnad från fullt försörjningsstöd har bakomliggande orsaker till det uppstående behovet av bistånd vid akuta nödsituationer ingen betydelse enligt utarbetad praxis på området (se exempelvis HFD 2017 ref. 51). Detta innebär att en sökande kan ha rätt till akut nödbistånd även i de fall denne inte anses berättigad till fullt försörjningsstöd. Vad som är sagt ovan om kommunens yttersta ansvar kan begränsas enligt 2 a kap. 2 § SoL till att endast gälla akuta nödsituationer om huvudmannen för den biståndssökande är en annan, exempelvis om den biståndssökande har en annan bostadskommun. Av 2 a kap. 1 och 3 §§ framgår dock att vistelsekommunen har fullt ansvar för stöd och hjälp åt enskilda i det fall det är oklart vilken huvudman som har det faktiska ansvaret. Medan i de fall det finns en annan huvudman har kommunen, i avvaktan på att den rätte huvudmannen tar sitt ansvar, en skyldighet enligt kommunens yttersta ansvar att vidta åtgärder vid akuta nödsituationer. Ansvaret att ge hjälp och stöd åläggs vistelsekommunen, det vill säga där den hjälpbehövande befinner sig, och detta ansvar omfattar alltid åtminstone akuta nödsituationer (prop. 2010/11:49, s. 25, 35 ff.). Syftet med detta motiveras i förarbetena med att ”vistelsekommunen(...) kommer att ha det yttersta ansvaret och vara garanten för att det alltid finns en kommun som har ett ansvar när inte någon annan har det.” (ibid., s. 32)

Därmed uppstår den för uppsatsen aktuella frågan om bistånd, och i så fall vilken typ, som kan ges till personer utan papper. Av HFD-avgörandet HFD 2014 ref. 37 framgår att socialtjänsten ansågs skyldig att ge en individ med beslut om utvisning fullt försörjningsstöd, när utvisningen inte kunde verkställas. Vidare framgår det av förarbetena till en lagändring i LMA att en rätt till akut nödbistånd kan aktualiseras enligt SoL för den som saknar tillstånd att vara i landet (prop. 2015/16:146, s. 16.). Huruvida detta gäller barn utan papper eller inte undersöks vidare i avsnitt 5.

Utöver vad som framgår av 4 kap. 1 § SoL, finns det en "sista möjlighet" för socialnämnden att ge bistånd, om det finns särskilda skäl för det. Bistånd beviljas i sådana fall genom 4 kap. 2 § SoL. Bestämmelsen innebär dock inte en rätt till bistånd för enskilda, utan ger snarare en kompetens åt kommunen att bevilja bistånd i fall där de inte har en skyldighet att göra det. Av Socialstyrelsens (2021) egen handbok om *Ekonomiskt bistånd*, framgår det att socialnämnden inte kan välja fritt om en ansökan ska hanteras genom 4 kap. 1 § eller 4 kap. 2 §. Detta eftersom ett beslut enligt den främre paragrafen är överklagbart, medan ett beslut enligt den senare inte är det. Nämnden ska därför i regel alltid pröva om det finns förutsättningar för bistånd enligt 4 kap. 1 § SoL, och först vid beslut om avslag kan nämnden på eget initiativ pröva biståndsansökan enligt 4 kap. 2 § SoL. (Socialstyrelsen, 2021, s. 37) Som nämnt ovan är SoL en subsidiär lag. Detta innebär att individer som kan eller borde få ekonomiskt stöd genom annan lagstiftning, vilket oftast är fallet för personer utan papper, i regel inte är berättigade bistånd enligt SoL. Detta hindrar emellertid inte att Socialtjänsten i en kommun beviljar bistånd enligt 4 kap. 2 § SoL åt en person utan papper som saknar boende för natten eller mat för dagen. Kjellbom & Lundberg (2018) menar dock att beslut om frivilligt bistånd till personer utan papper ur ett juridiskt perspektiv ofta är en politisk fråga. Detta eftersom enskilda handläggare inom socialtjänsten vanligtvis saknar behörighet att fatta sådana beslut med stöd av bestämmelsen, och därför måste vända sig till socialnämnden (som är politiskt tillsatt) för beslut. Kjellbom & Lundberg (2018) belyser att olika fall därför kan hanteras olika beroende på vilken politik som bedrivs i den enskilda kommunen. (Kjellbom & Lundberg, 2018, s. 33 f.)

4.2 Siffror på socialtjänstens arbete med barn utan papper

Rädda Barnen (2014) genomförde 2014 en enkätundersökning rörande kommunernas arbete med målgruppen barn utan papper, som sedan refererades i rapporten *Utänför nästan allt - En vägledning för stärkt socialt*

stöd. Denna följdes upp med intervjuer av personer som jobbar och forskar om barns rättigheter samt ytterligare två enkätundersökningar och rapporter under 2019 och 2021. Syftet med dessa var att undersöka hur Sveriges kommuner planerade att arbeta med barn utan papper utifrån barnkonventionen som svensk lag, och senare hur detta arbete förändrats efter inkorporeringen. Rapporterna är intressanta för uppsatsen dels eftersom de bidrar med statistik på området, dels för att de skildrar hur HFD 2017 ref. 33 har bidragit till attitydskiftningar inom socialtjänsten såväl som hos familjer utan papper. (Rädda Barnen, 2021, s. 2)

Av rapporten från 2019 framgår det att en stor majoritet av Sveriges kommuner saknar riktlinjer för hur barn utan papper ska hanteras av socialtjänsten, vilket är en stor orsak till att landets socialhandläggare känner en osäkerhet kring denna målgrupp. Rädda Barnen (2019) skriver att avsaknaden av tydliga riktlinjer ökar risken för godtyckliga beslut och allvarliga brister i rättssäkerheten. I enkätsvaren märks en tydlig skillnad på de olika kommunernas syn på barn utan papper som rättighetsbärare såväl som dessa barns rätt till ekonomiskt bistånd. (Rädda Barnen, 2019, s. 23) Bland annat lyfter Rädda Barnen (2019) att en del kommuner uppfattar det som att barn utan papper endast har samma rättigheter som sina föräldrar, och att det råder en stor osäkerhet kring hur långt kommunens ansvar sträcker sig för denna målgrupp. (ibid., s. 23) Hanna Scott, som är doktorand i välfärdsrätt vid Linköpings Universitet, har blivit intervjuad i samband med båda rapporterna. Hon säger att avsaknaden av tydliga riktlinjer gör att barnperspektivet alltför ofta hamnar i skymundan när myndigheter har kontakt med barn utan papper. Dessutom pekar hon på en uppåtgående trend där barn utan papper och deras familjer i allt större utsträckning nekas hjälp genom SoL, och i stället hänvisas till frivilligorganisationer för att få sitt hjälpbehov tillgodosett. (Rädda Barnen, 2019, s. 13) Även efter inkorporeringen av barnkonventionen menar hon att skillnaderna mellan rättigheterna "på pappret" och hur de tillämpas i verkligheten har fortsatt att öka:

"Socialtjänstlagen fungerar inte som det yttersta skyddsnätet som ska täcka upp när annan lagstiftning inte är tillräcklig för att tillförsäkra att enskilda får det stöd och den hjälp som de behöver." (Rädda Barnen, 2021, s. 9)

Av enkätsvaren från 2019 framgår att endast 3 % av kommunerna har riktlinjer för hur de ska hantera ansökningar från barnfamiljer utan papper (Rädda Barnen, 2019, s. 25), en siffra som är nära oförändrad i undersökningen 2021. (Rädda Barnen, 2021, s. 4) Hanna Scott menar att familjer utan papper utestängs från välfärdssystemet till följd av ett allt större välfärdsglapp mellan SoL och LMA. (Rädda Barnen, 2021, s. 9) Orsaken till detta kan kopplas till det för uppsatsen aktuella HFD-avgörandet. Lina

Cagérus Barujica, som blir intervjuad i samband med rapporten från 2019 och jobbar på Rädda Barnens Centrum i Malmö, menar att domen har bidragit till en tydlig attitydförändring inom socialtjänsten och hur de arbetar med barn utan papper. Hon menar att utslaget av domen gav en signal om en hårdare syn, något som fått socialhandläggare att göra allt strängare tolkningar av riktlinjerna. Detta eftersom HFD slår fast att kommuner *får* ge bistånd åt personer utan papper enligt SoL, men inte har en skyldighet att göra det (domen förklaras mer djupgående i kapitel 5). Detta är en uppfattning som delas av Hanna Scott, som säger att enskilda tjänstemän kan känna att de har "piskan över sig" till följd av en hårdare opinion och politiska påtryckningar. (Rädda Barnen, 2019, s. 20 f.) Även Nathalie Glotz Stade, som var stadsjurist i Malmö när hon blev intervjuad, vittnar om ett attitydskifte där en del socialsekreterare verkar tycka att barn utan papper saknar rättigheter eftersom de inte har rätt att vistas i Sverige. Hon understryker att kommuner har en skyldighet att lindra nöd, något som förbises eftersom HFD inte tar ett aktivt ställningstagande om detta i förhållande till kommunens yttersta ansvar. (ibid., s. 21) Vidare visar Rädda Barnens (2021) enkätundersökningar på att en attitydförändring även har skett bland familjer utan papper, där allt färre vänder sig till socialtjänsten om hjälp och stöd eftersom de upplever det som lönlöst. (Rädda Barnen, 2021, s.11 f.)

Intressant i sammanhanget är att 53 % av kommunerna i Rädda Barnens enkätundersökning från 2021 svarade att de upplevde SoL som tillräckligt tydlig med avseende på kommunens ansvar för barn utan papper. Medan 25% svarade nej på frågan och 21% svarade vet ej. Detta var en nästan oförändrad nivå på samma fråga från enkätundersökningen 2019. (Rädda Barnen, 2021, s.7 f.) Utav de som svarade nej var det flera kommuner som ansåg att lagen ger utrymme för olika tolkningar och att en gränsdragning är svår. Nedan redovisas ett urval av de fritextsvar som anges i enkätundersökningen:

Även om kommuner har vistelseansvar och särskilt ansvar när det gäller barn är det inte fullt tydligt vilket hela ansvaret är.

- Bollnäs

Krocken mellan papperslösa barns rättigheter och papperslösa föräldrars brist på rätt till bistånd har lett till svåra situationer där vi beviljas barnen skydd och stöd men behövt klura på hur vi gör med bedömningar runt föräldrarna.

- Botkyrka

Saknar kunskap kring hur man ska vikta SoL mot barnkonventionen sedan denna blivit lag.

- Burlöv

Det är otydligt hur långt vårt ansvar sträcker sig. Det är otydligt hur vi ska kunna hjälpa dessa barn.

- Kristinehamn

Det finns ett tolkningsutrymme i lagen som gör att det blir svårt och att kommuner kan göra/tolka olika.

- Malmö

Otydligt vilken lag som går över den andra, socialtjänstlagen, barnkonventionen, migrationslagar.

- Tingsryd (ibid.)

Rädda Barnen (2021) konstaterar således att det inte finns en entydig bild mellan olika kommuner angående vad skyldigheterna i SoL angående barn utan papper faktiskt innebär, och hur kommunerna bör förhålla sig till barnkonventionen. Avsaknaden av tydliga riktlinjer gör att olika socialtjänster gör olika bedömningar av dessa barns rätt till stöd och hjälp. Denna otydlighet i kombination med att familjer utan papper i större utsträckning undviker att ta kontakt med myndigheter ökar risken för att barn far illa. (Rädda Barnen, 2021, s. 26)

4.3 Lagen om mottagande av asylsökande m.fl.

Den skäligen levnadsstandard för asylsökande har sedan 1988 varit reglerad genom särskild lag. För personer som kommer till Sverige och söker asyl är det Migrationsverket som är huvudman och tar beslut i frågor rörande bistånd. (prop. 1993/94:94, s. 1 f.) Bistånd för asylsökande regleras i LMA. Av lagens portalparagraf framgår att de individer som ansökt om uppehållstillstånd i Sverige som flykting eller annan skyddsbehövande omfattas av lagen. Av samma paragraf framgår även att de som tillhör LMA:s personkrets inte är berättigade bistånd enligt 4 kap. 1 § SoL för förmåner av motsvarande karaktär. Detta innebär således en begränsning av kommunens yttersta ansvar, där endast de behov som inte uppfylls av LMA kan ge en rätt till bistånd enligt SoL (Kjellbom & Lundberg, 2018, s. 57).

Av 13 § LMA framgår att bistånd enligt lagen i stort sett täcker samma behov som de som framgår av 4 kap. 3 § SoL. Biståndet ges i form av logi, bostadsersättning, dagarsättning och särskilt bidrag. Särskilt bidrag innebär kostnader för angelägna samt mycket starka behov, såsom utrustning till följd av en funktionsvariation eller vinterkläder (prop. 1993/94:94 s. 100). Av en äldre dom från Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3966–07, tycks

även skyddat boende ingå som särskilt bidrag. Socialstyrelsen har dock påpekat att skyddat boende inte är att anses som försörjningsstöd, utan en stöd- och hjälpinsats som inte omfattas av det som ingår i särskilt bidrag enligt LMA (SOU 2017:112, s. 156 f.).

Av 11 § LMA framgår att rätt till bistånd enligt LMA upphör när en asylsökande får uppehållstillstånd eller lämnar landet. Enligt en lagändring från 2016 har det även tillkommit att rätten till bistånd upphör för en vuxen utlänning som saknar barn under 18 år när utlänningens tidsfrist för frivillig avresa enligt 8 kap. 21 § utlänningslagen löper ut eller när ett beslut om avvisning eller utvisning vunnit laga kraft i det fall beslutet saknar tidsfrist för frivillig avresa. En person som undanhåller sig utvisningsbeslut anses inte medverka till verkställighet av sitt beslut och går därför miste om sin rätt till ersättning enligt LMA. Detta gäller så länge det inte kan anses uppenbart oskäligt att ta bort biståndet; vilket framför allt rör sig om omständigheter som står utom den enskildes kontroll, exempelvis att det inte är praktiskt genomförbart att utvisa en person. Regeringen har dock varit tydlig med att undantaget ska tillämpas restriktivt (prop. 2015/16:146, s. 13). Denna lagändring kom som en följd av de stora flyktingströmmarna år 2015-2016, och avsikten var att minska den stora andel biståndsberättigade utlänningar med lagakraftvunna avvisnings- eller utvisningsbeslut. Dessutom var det menat att ge kostnadsbesparingar för staten genom att fungera som incitament för utlänningar att lämna Sverige självmant (prop. 2015/16:146, s. 8 ff., 14f.).

5 Rättsfallsanalys av HFD 2017 ref. 33

5.1 En överblick av rättsfallet

I avgörandet HFD 2017 ref. 33 hade HFD att ta ställning till om en mamma med tre barn hade rätt till bistånd enligt SoL. Mamman hade ett lagakraftvunnet utvisningsbeslut efter ansökan om asyl. Hon medverkade inte till sin egen utvisning, utan höll sig undangömd tillsammans med sina barn. Mamman ansökte därefter om försörjningsstöd för tre olika månader, vilket nekades av socialnämnden. Den prejudicerande frågan HFD fastställde i målet var således:

Vilket ansvar har en kommun att ge ekonomisk hjälp till en person med barn som har fått avslag på ansökan om uppehållstillstånd, vistas i kommunen och håller sig undan för att undvika avvisning?

HFD:s första slutsats var att kommunerna varken har skyldighet eller möjlighet att ge bistånd enligt SoL till de som fått avslag på asylansökan och håller sig undan beslut om utvisning. Fokus för detta initiala ställningstagande blev två lagrum.

2 kap. 1 § SoL, sista stycket:

“I fråga om den som omfattas av lagen (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl. finns särskilda bestämmelser om bistånd i den lagen.”

1 § LMA:

“Den som omfattas av denna lag har inte rätt till bistånd enligt 4 kap. 1 § Socialtjänstlagen (2001:453) för förmåner av motsvarande karaktär. Rätt till bistånd föreligger inte heller för bostadskostnader.”

LMA:s personkrets omfattar (som nämnt tidigare) både asylsökande och personer som fått avslag på sin asylansökan. HFD menade att personer som faller under personkretsbeskrivningen enligt 2 kap. 1 § LMA inte är berättigade till någon typ av bistånd enligt 4 kap. 1 § SoL för förmåner som täcks av LMA, oavsett om dessa faktiskt är berättigade bistånd enligt LMA eller inte. Detta var en annan bedömning än första instansen i målet, Förvaltningsrätten i Umeå, gjorde. Där beaktades de förarbetsuttalanden som gjorts kring LMA:s 1 §; vilka talade för uppfattningen att det är den konkreta rätten till bistånd enligt LMA som avgör om enskilda kan uteslutas från rätten till bistånd enligt 4 kap. 1 § SoL (prop. 1993/94:94 s. 93ff.). Eftersom familjen i det aktuella fallet vistades i landet utan papper och

saknade rätt till ersättning enligt LMA, menade Förvaltningsrätten att det därför inte fanns något hinder att familjen fick bistånd enligt SoL. HFD berörde emellertid inte förarbetsuttalandena överhuvudtaget, utan menade i stället att det inte ingår i kommunens ansvar att förse individer med ekonomiskt bistånd om de har blivit nekade asyl och därefter undanhåller sig utvisnings- eller avvisningsbeslut. Detta baserades på utvecklandet av en argumentation från ett annat mål, HFD 2013 ref. 83, som handlade om en kommuns rätt till ersättning för sina utgifter åt en god man till ensamkommande barn. Glotz (2018) menar att de ovanstående förarbetena till LMA 1 § saknar juridisk relevans i HFD 2013 ref. 83 eftersom fallet inte rörde ekonomiskt bistånd, utan en kommuns rätt till ersättning. Hon är därför kritisk till att HFD inte berörde resonemanget i förarbetena innan domstolen utgick från det tidigare avgörandet för att avgöra rätten till ekonomiskt bistånd. (Glotz, 2018, s. 124)

HFD:s andra slutsats i målet var att personer som omfattas av LMA:s personkrets inte heller kan få nödbistånd med stöd av 4 kap. 3 § SoL med hänvisning till att allt bistånd i SoL ges enligt 4 kap. 1 §. Både Glotz (2018) samt Kjellbom & Lundberg (2018) ifrågasätter domstolens argumentation angående 4. kap. 3 § SoL eftersom paragrafen inte är någon form av "nödhjälpsparagraf", utan endast innehåller en uppräknning av de behov som täcks av försörjningsstödet. HFD utvecklar här inte ett resonemang kring det yttersta ansvaret, vilket Glotz (2018) menar hade varit nödvändigt med tanke på uttalanden i tidigare förarbeten och för att tydliggöra rättsläget i allmänhet (Kjellbom & Lundberg, 2018, s. 66; Glotz, 2018, s. 126). HFD hänvisar i stället till kommunens möjlighet att tillgodose det yttersta ansvaret med stöd av 4 kap. 2 § SoL. Detta beskriver Glotz (2018) som: "en särlösning för en viss grupp människor bland dem som vistas i Sverige utan stöd i lag eller myndighetsbeslut, nämligen de människor som omfattas av LMA:s personkrets". Detta eftersom personer som inte omfattas av 1 § LMA, exempelvis individer som vistas illegalt i landet men som inte har registrerats som asylsökande, har rätt till bistånd enligt den konventionella biståndsbestämmelsen 4 kap. 1 § SoL (Glotz, 2018, s. 130).

Glotz (2018) menar att HFD därmed har gjort en juridisk konstruktion som inte nödvändigtvis håller i praktiken, detta eftersom 4 kap. 2 § SoL är starkt relaterad till det kommunala självstyret, vilket sannolikt också är varför HFD valt att inte utveckla detta resonemang (ibid.). Avsaknaden av en tydlig riktlinje kring ekonomiskt bistånd åt barnfamiljer utan papper har därför som konsekvens att kommuner inte kan fullgöra sitt yttersta ansvar såvida kommunen inte har en utarbetad riktlinje för 4 kap. 2 § SoL. Detta eftersom HFD:s dom slår fast att personer utan papper inte har rätt till akut nödbistånd enligt 4 kap. 1 § SoL.

5.2 En fördjupning: Rättskartografisk analys av HFD 2017 ref. 33

I sin artikel *Olika rättsliga rum för en skälig levnadsnivå* från 2018 gör Anna Lundberg och Pia Kjellbom en kritisk analys av HFD 2017 ref. 33. I artikeln använder de ett rättskartografiskt perspektiv, vilket bygger på teorin att rätten är som en karta. Perspektivet är intressant i förhållande till uppsatsens ändamål dels för att det tydliggör hur olika funktioner i lagstiftningen påverkar människors möjlighet att uppnå en skälig levnadsstandard, dels hur dessa funktioner reproduceras och påverkar varandra.

I artikeln utgår författarna från hypotesen att socialrättslig reglering syftar till att representera (avbilda) och orientera (vägleda) i det som ska motsvara verkligheten, där rättstillämpningen verkar som en sammandragande kraft. För att uppnå detta gör författarna en rättskartografisk analys vilken nyttjar tre olika funktioner, eller analysverktyg, som tillåter förvrängningar och särskilda representationer av verkligheten på diverse nivåer. Dessa funktioner är skalor, verklighetsavbildningar samt symboler och kommer presenteras nedan i förhållande till rättsfallet. (Kjellbom & Lundberg, 2018, s. 41 f.)

5.2.1 Skalnivåer

Ur ett rättskartografiskt perspektiv ska skalor uppfattas som i vilken detalj rätten representeras, motsvarande hur detaljrikedomen på en geografisk karta skiljer sig beroende på vilken skala den är ritad i (ibid., s. 93; s. 46) Detta spelar roll för hur rätten tillämpas. Ju lägre skala en karta har, desto högre abstraktionsnivå har den. Detta innebär att kartor med hög skala är mer specifika och därför är "närmare" verkligheten än en karta med låg skala, men sätter också högre krav på rättstillämparen att göra distinktioner. En karta med låg skala däremot är lättare att orientera sig i och har högre abstraktionsnivå.

Kjellbom & Lundberg (2018) nämner internationella konventioner om mänskliga rättigheter som exempel på väldigt lågskaliga kartor ur ett rättsligt perspektiv. Barnkonventionen kan därför räknas till lågskalig nivå, trots att den numer utgör svensk lag, eftersom det typiska för lågskaliga kartor är att de inte är reglerade i detalj och ofta är omfattande till sin utformning. Förklaringar om att alla människor har lika rättigheter och värde utgör en nästan ideologisk representation av verkligheten. På en lågskalig nivå räcker det till exempel att vara människa eller barn för att räknas som rättighetsbärare. (Kjellbom & Lundberg, 2018, s.46f.)

Mellanskaliga kartor reglerar tydligare vilket ansvar, rättigheter och skyldigheter olika aktörer har, vilket omfattar i princip all nationell lagstiftning. Detta kännetecknas som en nivå med medelmåttig detaljgrad och en högre närhet till det den reglerar än lågskalig nivå. Både LMA och SoL utgör mellanskaliga kartor, och visar vilka befogenheter olika aktörer disponerar över inom respektive lags rättsliga ramar. SoL och LMA har dock olika sakområden, vilket innebär att begreppet "skälig levnadsstandard" artar sig olika i respektive lag. SoL är en mellanskalig lagstiftning vars sakområde är socialrätt, och styr hur kommunerna ska skapa förutsättningar för enskilda att uppnå och få stöd till en skälig levnadsstandard. Medan LMA är en mellanskalig lagstiftning med sakområdet migrationsrätt där en skälig levnadsstandard visar sig genom regler om ersättning och möjligheten att ansöka om särskilda bidrag enligt 10 § LMA och 13-19 §§ LMA. Kjellbom & Lundberg (2018) framhäver även att båda lagarna inkluderar och exkluderar människor baserat på tillhörighet till olika personkretsar, men att de sällan nämner de som faller utanför lagarnas rättsbefogenheter (ibid., s.47).

Slutligen finns högskaliga kartor med väldigt hög detaljgrad som återfinns på lokal nivå. Detta rör sig till exempel om interna styrdokument avsedda för handläggare inom socialnämnden eller Migrationsverket. I jämförelse med låg- samt mellanskaliga kartor tillåter högskaliga kartor oftast en närmare och tydligare reglering. Detta kan till exempel handla om instruktioner för hur enskilda ärenden ska hanteras konkret; vad som ska beaktas vid beslut, vem som har befogenhet att fatta dessa och inom vilka kostnadsramar. Som exempel på hur skälig levnadsstandard kan arta sig på denna nivå nämner Kjellbom & Lundberg (2018) ett rättsligt ställningstagande från Migrationsverkets rättschef (SR 13/2016) som diskuterar när ett indraget bidrag, trots huvudregeln, inte ska upphävas eftersom det i det enskilda fallet kan anses leda till en "oskälig levnadsstandard". (Ibid., s.47) Kjellbom & Lundberg (2018) nämner även att domar från högsta domstolar ur ett rättskartografiskt perspektiv är högskaliga eftersom de tar specifika ställningstaganden i precist utformade frågor. (ibid.)

Kjellbom & Lundberg (2018) konstaterar att, trots omfattande lagstiftning och existerandet av högskaliga kartor, drar samtliga rättsinstanser i avgörandet olika slutsatser. Olika skalnivåer kan få oväntad påverkan på innehållet i rätten, av den anledningen är det därför inte ovanligt med meningsskiljaktigheter om vad som faktiskt gäller i det enskilda fallet. Kjellbom & Lundberg (2018) påpekar att eftersom olika skalnivåer styrs och regleras på olika sätt kan en redan oklar rättssituation försvåras på detta

sätt; där orienteringen i lågskaliga kartor ofta är lätt att uppfatta; till exempel betoning på att alla innehar samma rättigheter i egenskap av att vara människor eller barn på lågskalig nivå. En tydlig verklighetsrepresentation blir på denna nivå underordnad, medan orienteringen omvänt kan skymma representationen i den praktiska tillämpningen av högskaliga kartor. En högre detaljgrad innebär alltså inte per definition en bättre orientering, utan kommer lätt på bekostnad av helhetsbilden och en större oklarhet i tillämpningen av rätten. (ibid., s.48)

Kjellbom & Lundberg (2018) förklarar att enskilda domstolsavgöranden ofta är så fokuserade på specifika sak- och rättsomständigheter att andra omständigheter försvinner ur domstolens synfält. Detta kan i sig få allvarliga konsekvenser; eftersom domar från de högsta domstolarna inte endast är avgöranden i enskilda fall får överväganden, hantering såväl som distinktioner av skalnivåer, symboler och verklighetsavbildningar betydelse för hur framtida liknande beslut ska övervägas och avgöras. En allt för snäv tolkning innebär att detaljer som inte tas upp i en prejudicerande dom på sikt kan leda till perspektivförluster och påverka innehållet i rätten. Kjellbom & Lundberg (2018) formulerar detta som att de snedvridningar såväl som förskjutningar av den sociala verklighet en lag är menad att hantera kan återskapas i en konstant växelverkan (ömsesidig påverkan) när dessa utgör grund för nya snedvridningar och förskjutningar, och att detta i längden kan göra en lag nära oigenkännlig. (ibid., s.61)

Det första exemplet på en sådan snedvridning berör enligt Kjellbom & Lundberg (2018) rättsfrågan i sig; där mamman och barnens ansökan om försörjningsstöd, eller omformulerat ber om hjälp till överlevnad, sker på en väldigt högskalig nivå som utgår ifrån deras oförmåga att tillgodose sina behov till överlevnad på egen hand. HFD tar här inte ställning till huruvida det rör sig om en nödsituation eller inte. Frågan besvaras i stället på mellanskalig nivå genom att hänvisa till att de biståndssökande omfattas av LMA och därmed inte är berättigade bistånd enligt SoL. Kjellbom & Lundberg (2018) framhäver att mamman och barnens fråga om hjälp till överlevnad därigenom helt förbises. HFD refererar till att kommuner har en möjlighet att ge bistånd enligt 4 kap. 2 § SoL. Som nämnt ovan innebär dock det så kallade frivilliga biståndet ingen skyldighet för kommuner (se avsnitt 4.1). Att barnfamiljen inte har en möjlighet att själva tillgodose sitt behov, vilket är en högskalig sakomständighet, förbises av domstolen på denna mellanskaliga nivå. Det faktum att HFD inte använder rätt på lågskalig nivå, såsom den allmänna förklaringen eller barnkonventionen, kan enligt Kjellbom & Lundberg (2018) bero på två omständigheter. Antingen att domstolen inte uppfattar lågskalig rätt som relevanta rättsinstrument, eller att lågskalig rätt inte är relaterat till de

verklighetsavbildningar HFD använder sig av i domen. (ibid., s.62 f.)

5.2.2 Verklighetsavbildningar

Verklighetsavbildningar kan sägas representera ett urval av vad som ur, rättslig synvinkel, har betydelse i det enskilda fallet.

Verklighetsavbildningar är därför kopplade till hur kartan är tänkt att användas. De utgör en sammanjämkning av olika verklighetsvinklingar som beror på vad lagen väntas åstadkomma och bakomliggande intressekonflikter som kan uppstå. På lågskolig nivå framställs till exempel personer utan papper som "människor" med samma rättigheter som alla andra i den allmänna förklaringen om mänskliga rättigheter. På mellanskolig nivå kan det vara "biståndssökande" i SoL eller "tidigare asylsökande" i LMA. På högskolig nivå kan det handla om "berättigade" eller "icke berättigade" hjälpsökanden, som placeras i dessa kategorier utifrån flertalet detaljer om vad den enskilde har gjort eller varit med om. (ibid., s. 49)

En av de mer framträdande verklighetsavbildningarna HFD använder i domen bör enligt Kjellbom & Lundberg (2018) uppfattas som kollektivistisk. Detta eftersom HFD gör en snedvridning av hur sakerna förhåller sig genom att inte behandla mamman och barnen som de enskilda individer de är med olika behov och till viss del olika rättigheter. I stället använder HFD "familjen" som verklighetsavbildning. I och med detta hävdar Kjellbom & Lundberg (2018) att, trots att barnen inte har blivit hörda av domstolen, likställs mammans val att undanhålla sig utvisning med att barnen har gjort samma aktiva val. Domstolen tar varken hänsyn till barnens åldrar, och i så fall vid vilken ålder ett barn skulle kunna anses ansvarig för att göra ett sådant val. Kjellbom & Lundberg (2018) anför att denna snedvridning om *vem* som omfattas i domen är ett typexempel på vilken avgörande betydelse verklighetsavbildningar kan ha. (ibid., s. 63)

Ytterligare en verklighetsavbildning som på ett avgörande sätt påverkar domen är enligt Kjellbom & Lundberg (2018) beskrivningen av de sökande. HFD nämner dem inte i avseendet att de är människor, en mamma och hennes barn, som utan åtskillnad, har diverse grundläggande behov som behöver uppfyllas för att de ska kunna överleva. I stället beskrivs de som "innehavare" av ett avslagsbeslut, att de håller sig undan och lever gömda. Enligt Kjellbom & Lundberg (2018) får HFD:s förhållningssätt som konsekvens att lagtekniska snedvridningar utan beaktande av terrängen (verkligheten) blir det som styr utgången i domen. Med detta menar de att det faktum att kartan (lagen) avgränsas förändrar inte terrängen, det vill säga att lagen blir avgörande för vad verkligheten omfattar i stället för tvärtom.

Detta liknar Kjellbom & Lundberg (2018) vid en geografisk karta, som rättskartografisk analys härrör från, som helt skulle sluta att fungera som karta om den avviker från den terräng den ska motsvara. (ibid., s. 64)

5.2.3 Symboler

Den sista mekanismen i rättskartografisk analys är symboler, vilket kan ses som kvalitativa åtskillnader i urvalet av vad som har betydelse i rättstillämpningen. Kjellbom & Lundberg (2018) nämner här två "idealtyper" som rättslig symbolisering, eller utpräglade teckensystem, kan delas in i:

- Formell, som riktar in sig på enstaka och isolerade icke specifika beskrivningar av verkliga situationer återgivet i väletablerade formella termer (formell tolkning).
- Kontextuell, som eftersträvar och kräver en annan sorts anknytning till den komplexa vardag som verkligheten kan innebära och var den tar plats (kontextuell tolkning). Tillämpning av kontextuell idealtyp innebär därför att rättstillämparen strävar efter att väga in samtliga dimensioner som har betydelse i det konkreta fallet.

Kjellbom & Lundberg (2018) förklarar att olika rättsliga begrepp, till exempel "skälig levnadsstandard", tillskrivs olika tecken beroende på vilket idealtypiskt symboliseringssystem de befinner sig i. Formell symbolisering gör att begrepp som till exempel boställning och vistelse, kan användas för att symbolisera skälig levnadsstandard i det aktuella HFD-avgörandet. Detta skiljer sig från den kontextuella där motsvarande begrepp i stället konstrueras av exempelvis en familjs möjlighet att tillgodogöra sig tak över huvudet eller mat för dagen. För att kunna förstå hur lagar växelverkar med varandra är det därför avgörande att se hur symboler utvecklas och kan få olika innebörder beroende på vilken tidsperiod eller vilket sammanhang de förekommer i (ibid., s. 49ff.).

I den aktuella domen brukar HFD en formaliserad tolkning av symbolen skälig levnadsstandard. Detta har som konsekvens att begrepp som "behov" eller "levnadsvillkor", som normalt sett är grundläggande vid en bedömning om bistånd enligt SoL, distanseras från betydelsen av vad skälig levnadsstandard som rättslig symbol innebär. Kjellbom & Lundberg (2018) menar att HFD i stället kopplar samman en skälig levnadsstandard med begrepp som "personkrets" och "lagakraftvunnet utvisningsbeslut." Omvänt framhäver Kjellbom & Lundberg (2018) att en kontextuell tolkning av en skälig levnadsstandard, likt den förvaltningsrätten i målet gjorde, innefattar akut nödhjälp. Detta eftersom en sådan tolkning tar hänsyn till samtliga behov de hjälpsökande har utifrån att de är enskilda individer som befinner

sig i en mycket utsatt livssituation som underskrider en skälig levnadsstandard. (ibid., s.65)

I ett resonemang kring rätten till överlevnad (akut nödhjälp) och en skälig levnadsstandard, vilket som nämnt är en rättighet på lågskalig nivå i egenskap av att enbart vara människa, menar Kjellbom & Lundberg (2018) att contextualisering av rättsliga symboler är en förutsättning för att lågskalig rätt ska inneha mening. Kjellbom & Lundberg (2018) utvecklar detta genom att hänvisa till hur en skälig levnadsstandard hanteras på mellanskalig nivå där LMA, som även omfattar de som tillhör lagens personkrets men saknar rätt till bistånd enligt lagen, ska tillfredsställa en skälig levnadsstandard för nuvarande eller före detta asylsökande. Samtidigt ska SoL, som har en väsentligt större omfattning än LMA, fungera som ett yttersta skyddsnät för alla som vistas i en kommun. HFD:s dom har som effekt att detta inte gäller de som omfattas av LMA. Kjellbom & Lundberg (2018) menar att detta på ett väsentligt sätt har förändrat betydelsen av SoL, som i grund och botten är en behovslag. I och med att HFD genomgående gjort en formalistisk tolkning av den rättsliga symbolen skälig levnadsstandard, är principen om det yttersta skyddsnätet och rätten till akut nödhjälp beroende av vilken personkrets den hjälpbehövande anses tillhöra. HFD:s dom uppmanar därför enligt Kjellbom & Lundberg (2018) till diskriminering av de som vänder sig till kommunen för hjälp. Det faktum att domstolen inte beaktar kontextuella förhållanden i sin tolkning av rätten till en skälig levnadsstandard innebär med andra ord att mamman och barnens högskaliga behov, såväl som lågskaliga rätt till en skälig levnadsstandard helt förbises. Kjellbom & Lundberg (2018) understryker därigenom att domstolars val av skala samt hantering av rättsliga symboler påverkar vilka rättsfakta som ges relevans i det enskilda fallet (ibid., s. 65ff.).

6 Avslutande analys och diskussion

Syftet med denna uppsats var att undersöka vilken rätt barn utan papper har till en skälig levnadsstandard enligt gällande rätt och praxis, samt vilken betydelse barnkonventionen kan komma att ha för den fortsatta rättsutvecklingen för dessa barn. Detta har besvarats genom följande frågeställningar:

1. Vilka rättsliga konsekvenser kan inkorporeringen av barnkonventionen ha för barn utan pappers rätt till en skälig levnadsstandard?
2. Hur långt sträcker sig socialtjänstens ansvar för barn utan papper med avseende på rätten till en skälig levnadsstandard?
3. Kan utslaget av HFD 2017 ref. 33 sägas stå i strid med gällande rätt och/eller Sveriges långsiktiga åtaganden om barns rättigheter?

Dessa frågor besvaras inte i kronologisk ordning eftersom frågorna är komplexa och till viss del interagerar med varandra.

Rätten till en skälig levnadsstandard är en väletablerad rättighet i en humanitär välfärdsstat som Sverige. Av flera internationella bestämmelser som Sverige har åtagit sig att följa, däribland den allmänna förklaringen, gäller denna *var och en utan åtskillnad*. Att rättigheten har en sådan allomfattande formulering talar för en grundtanke om att alla, i egenskap av att vara människor, har rätt till en grundläggande nivå av livskvalité vilket innefattar mat, hälsa, kläder och bostad. Detta innebär att den sträcker sig längre än endast avhjälpan av akuta nödsituationer (överlevnad). Eftersom rätten till en skälig levnadsstandard på denna nivå gäller *utan åtskillnad* kan den inte heller sägas förutsätta en viss typ av legal status eller krav på beteende från enskilda (som exempelvis medverkande till ett utvisningsbeslut).

I svensk lagstiftning säkerställs en skälig levnadsstandard för de som är eller har varit asylsökande genom LMA, en lagstiftning vars personkrets även omfattar de som har förlorat sin rätt till bistånd enligt lagen efter att inte ha medverkat till ett lagakraftvunnet utvisningsbeslut. Därutöver finns SoL som ofta beskrivs som samhällets yttersta skyddsnät, eftersom lagen enligt förarbetena har en funktion att säkerställa en skälig levnadsstandard i samhället och undvika nöd när ingen annan hjälp finns att få.

Kommunens yttersta ansvar är en av grundpelarna inom den svenska socialrätten och har funnits med i förarbetena till SoL sedan 1980. I senare förarbetsuttalanden har begreppet utvecklats till att socialtjänsten alltid har en skyldighet att åtminstone bistå enskilda i akuta nödsituationer, även i de fall vistelsekommunen inte är huvudman. Socialtjänstens ansvar för enskilda inom kommunen är således relaterat till den fysiska vistelsen i kommunen. Varken bosättning eller legal status påverkar denna skyldighet, även om en annan kommun eller exempelvis Migrationsverket skulle ha det egentliga huvudmannskapet för den enskilde. Detta med hänvisning till den uttalade målsättningen i förarbetena att det *alltid* ska finnas en garant för att *någon* har ansvaret för enskilda när någon annan inte har det.

I HFD 2017 ref. 33 konstaterar domstolen dels att individer som omfattas av personkretsen i 1 § LMA inte har rätt till ekonomiskt bistånd genom 4 kap. 1 § SoL av motsvarande karaktär som kan fås enligt LMA, dels att den som undanhåller sig ett lagakraftvunnet utvisningsbeslut inte har rätt till bistånd enligt LMA. Första instansen i målet gjorde en annorlunda bedömning. Förvaltningsrätten beaktade att det rörde sig om en mamma och hennes tre barn, samt fokuserade på deras *faktiska* möjligheter att tillgodogöra sig ekonomiskt bistånd genom LMA, det vill säga inte enbart tillhörandet av lagens personkrets. HFD tog dock inte ett aktivt ställningstagande till att det i det aktuella rättsfallet delvis handlade om tre utsatta barn som saknade möjlighet att tillgodogöra sig en skälig levnadsstandard. I stället konstaterar domstolen att kommunens yttersta ansvar gäller, och hänvisar till socialtjänstens möjlighet att ge nödbistånd via 4 kap. 2 § SoL. Denna paragraf, som ibland kallas det frivilliga biståndet, är dock varken en nödhjälpsparagraf eller en rättighet per se. Beslut om stöd enligt 4 kap. 2 § SoL måste nämligen grundas på en kommunal riktlinje, och innebär inte en skyldighet för kommunen. Alla typer av bistånd i SoL, inklusive akut nödbistånd, ges genom 4 kap. 1 §. Utslaget av HFD 2017 ref. 33 kan därför sägas ha urholkat innebörden av kommunens yttersta ansvar, eftersom detta yttersta skyddsnet nu är förbehållet en viss grupp människor. Huruvida barn utan papper omfattas enligt 2 kap. 1 § och 2a kap. 1-2 §§ SoL eller inte beror på handläggande socialsekreterare och de organisatoriska regelverk och riktlinjer denne har att förhålla sig till, det vill säga om socialnämnden i kommunen har antagit en tydlig riktlinje om 4 kap. 2 § SoL i förhållande till barn utan papper.

Kjellbom & Lundberg (2018) visar genom sin rättskartografiska analys av HFD 2017 ref. 33 hur domstolar genom principen om *jura novit curia* kan välja att åsidosätta olika rättsliga skalnivåer, vilket sedan kan ha inverkan på utslaget i domen. I förevarande fall avskiljer HFD lågskalig rätt i form av internationella konventioner, där rätten till en skälig levnadsstandard gäller alla utan åtskillnad, från mellanskalig rätt i form av SoL och LMA. Vidare

påverkar domstolens val av verklighetsavbildningar samt tolkning av symboler innebörden av "skälig levnadsstandard" i målet. Genom att fokusera på begrepp som "personkrets" och "lagakraftvunnet utvisningsbeslut" tar HFD bort fokus på de kärnvärden som en skälig levnadsstandard egentligen förknippas med. Detta leder till att barnperspektivet såväl som barnets bästa, och därigenom alla enskilda behov dessa barn innehar, förbises.

Inkorporeringen av barnkonventionen skedde delvis till följd av den kritik Sverige fick från barnrättskommittén för att inte leva upp till barnkonventionens bestämmelser. I Rädda Barnens första rapport *Utanför nästan allt* från 2014 står det att:

Barnkonventionen kommer att få samma rättsliga status som annan svensk lag. Att konventionen blir lag medför att den blir en egen rättskälla som enskilda kan åberopa och konventionens artiklar kan ligga till grund för myndigheter och domstolars beslut i mål och ärenden som rör barn. (Rädda Barnen, 2019, s. 9)

Denna formulering är nödvändigtvis inte felaktig, men eventuellt en aning idealistisk eller före sin tid. Av de artiklar som utgjort delar av empirin till uppsatsens avsnitt om barnkonventionen tycks målet med inkorporeringen i stället ha varit att ytterst försiktigt förtydliga barnkonventionens ställning i förhållande till svensk lagstiftning. Mycket talar för att barnkonventionen till stor del därför kommer fortsätta vara ett redskap för fördragskonform tolkning, under tiden som dess rättigheter transformeras in i svensk lagstiftning. Ett av argumenten mot att inkorporera barnkonventionen från första början var trots allt att dess artiklar inte är utformade för att kunna tillämpas för sig själva i enskilda beslut. Barnkonventionens status som svensk lag löser med andra ord inte några rättsliga intressekonflikter automatiskt, utan detta är något som i ett längre perspektiv måste lösas av lagstiftaren. Även om både Åhman (2020) och Stern (2020) påpekar att barnkonventionens status som svensk lag förvisso innebär en ökad möjlighet för myndigheter och domstolar att direkt tillämpa konventionens artiklar, är det oklart vilka artiklar som på sikt kommer vara direkt tillämpliga på det här sättet.

Av Rädda Barnens (2021) enkätundersökningar framgår det att flera tjänstemän inom socialtjänsten känner en osäkerhet i hur de ska tillämpa barnkonvention i förhållande till annan lagstiftning och barn utan papper som målgrupp. Huruvida det är en lyckad lösning eller ej att inkorporera lagen utan vägledning på det sätt som gjorts kan ifrågasättas, eftersom det skapar en osäkerhet hos de som ska tillämpa barnkonventionen i enskilda beslut fram tills dess att högre instanser kan ta auktoritativa beslut om konventionens tillämpning. Med detta sagt innebär barnkonventionen som svensk lag inte

några jättestora förändringar för rättsläget inom de områden den berör på *kort sikt*.

I ett längre perspektiv kan det dock se annorlunda ut. Stern (2020) menar att barnkonventionens status som svensk lag sannolikt kommer ha störst genomslag i artikel 2 och 6 där det finns hög potential att stärka barns rättigheter. Detta eftersom dessa artiklar, till skillnad från artikel 3.1 och 12, aldrig tidigare har transformerats in i svensk lagstiftning. Sverige har mottagit kritik från barnrättskommittén, i kontrast till artiklarna 2 och 6, eftersom barn som lever i utsatthet blir exponerade för diskriminering i högre grad än andra barn i samhället. En möjlig effekt av barnkonventionens status som svensk lag kan därför på längre sikt vara att rättsliga frågor rörande utsatta barn i högre grad kommer att behandlas ur ett icke-diskrimineringsperspektiv. Detta är något som eventuellt skulle kunna leda till att mer resurser sätts undan för frågor som berör barn i utsatthet. Sett tillsammans med artiklarna 4, 6 och 27 skulle detta innebära att Sverige har en skyldighet att vidta alla lämpliga lagstiftningsåtgärder, administrativa åtgärder eller andra åtgärder för att säkerställa barns överlevnad, utveckling och levnadsstandard.

Att införliva en sådan förändring i praktiken skulle dock kräva omfattande åtgärder och förtydliganden från lagstiftarens sida, och sannolikt även en omarbetning av HFD:s tolkning i det aktuella rättsfallet. Detta skulle kunna göras genom att fördragskonformt tolka SoL i enlighet med barnkonventionen, så att *alla* barn inom Sveriges jurisdiktion kan beviljas bistånd enligt 4 kap. 1 § SoL. Med avseende på legalitetsprincipen och den rättsosäkerhet som råder i socialtjänstens arbete med barn utan papper just nu, kan det dock anses att det optimala vore om lagstiftaren i sedvanlig ordning ser över och ändrar de lagar och regler som berör barn utan pappers rätt till en skälig levnadsstandard. De undersökningar som gjorts av Rädda Barnen (2021) ger starka indikationer på att socialsekreterare som handlägger ärenden innefattande barn utan papper behöver tydligare förarbeten och riktlinjer att förhålla sig till.

Intressant i sammanhanget är den skildring Barnkonventionsutredningen gör av Sverige som välfärdssamhälle, vid sidan om att utredningen finner att svensk lag och praxis överensstämmer med rättigheterna i barnkonventionen. Sverige beskrivs som ett tryggt land för barn att leva och utvecklas i, med ett välfungerande socialt skyddsnät för att ge stöd och hjälp åt de barn som är i behov av det. Utredningen nämner även specifikt socialnämndens (yttersta) ansvar för de som vistas i kommunen, i synnerhet barn, och att ekonomiskt bistånd kan säkerställas genom SoL *även för de som normalt sett inte omfattas av lagen*. Detta talar för att utredningen gör samma bedömning som HFD gör i det aktuella rättsfallet; det vill säga att 4 kap. 2 § SoL *kan* användas för att ge bistånd åt de som inte omfattas av lagen som en del av kommunens yttersta

ansvar. Det diskuteras dock inte huruvida kommuner *faktiskt* har en skyldighet ge ett sådant bistånd. Vidare tycks utredningen göra en mer godtycklig tolkning av barnrättskommitténs kommentar rörande icke-diskrimineringsprincipen. Med hänvisning till kommentaren skriver utredningen att: “det kan finnas ett visst utrymme att, utifrån sakliga grunder och i vissa fall, särbehandla utländska medborgare.” Medan kommentaren specifikt skriver att en sådan särbehandling *ska* ligga i linje med barnets bästa såväl som mänskliga rättighetsnormer. (CRC/C/GC/2017/22, punkterna 21-22) Huruvida utredningen i sin tolkning gör ett avsiktligt utelämnande av mänskliga rättigheter eller ej, går bara att spekulera i. Dock kan det onekligen anses finnas likheter till hur HFD avskiljer mänskliga rättigheter i det aktuella rättsfallet.

Internationellt sett är Sverige en ledande humanitär rättsstat med ett välfungerande socialt skyddsnät för de som vistas i landet, mycket i linje med barnkonventionsutredningens skildring. Detta är säkerligen en position regeringen är mån om att uppehålla internationellt sett. Samtidigt drivs den inhemska opinionen av återvändandepolitik och nedskärningar i välfärden, något som regeringen också är måna om att tillmötesgå nationellt sett. Sveriges strävan som en föredömlig rättsstat artar sig genom att ratificera internationella konventioner om mänskliga rättigheter, där regeringen nu till och med har gjort svensk lag av barnkonventionen. Därigenom förpliktar sig Sverige att, utan åtskillnad, trygga en skälig levnadsstandard för barn inom statens jurisdiktion. Enligt nuvarande praxis illegitimeras internationella överenskommelser om mänskliga rättigheter genom diskriminering mellan personkretsar i lagstiftningen. Att rättstillämparen har gjort en sådan tolkning kan ses som en reflektion av lagstiftarens strävan att tillmötesgå den opinion som förekommer inom den svenska politiken. En logisk slutsats kan således vara att barnkonventionens status som svensk lag sannolikt kommer få ett väldigt litet genomslag för barn utan papper, såvida lagstiftaren inte tar ett aktivt ställningstagande angående dessa barns rättigheter.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt Tryck

- Skr. 1989/90:350 Barnkonventionen och svensk rätt.
- Skr.1997/98:89 Mänskliga rättigheter i svensk utrikespolitik
- SÖ 1990:20 FN:s konvention om barnets rättigheter.
- prop. 1979/80:1 om socialtjänsten.
- prop. 1989/90:107 om godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter.
- prop. 1993/94:94 Mottagande av asylsökande m.m.
- prop. 1996/97:124 Ändring i socialtjänstlagen.
- prop. 2000/01:80 Ny socialtjänstlag m.m.
- prop. 2010/11:49 Ansvarsfördelning mellan bosättningskommun och vistelsekommun.
- prop. 2015/16:146 Ändring av rätten till bistånd för vissa utlänningar.
- prop. 2017/18:186 Inkorporation av FN:s konvention om barnets rättigheter.
- SOU 1997:116 Barnets bästa i främsta rummet. FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige.
- SOU 2017:112 Ett fönster av möjligheter – stärkt barnrättsperspektiv för barn i skyddat boende.
- SOU 2020:63 Barnkonventionen och svensk rätt.

FN:s barnrättskommitté

- Barnkonventionens lagstiftningshistoria (2007). HR/PUB/07/1.
- FN:s barnrättskommittés sammanfattande observationer med anledning av Sveriges fjärde periodiska rapport (2009). CRC/C/SWE/CO/4.

- FN:s barnrättskommittés rapport angående Sveriges femte periodiska rapport (2015). CRC/C/SWE/CO/5.
- FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 4 (2003). Ungdomars hälsa och utveckling inom ramen för konventionen om barnets rättigheter, CRC/C/GC/2003/4.
- FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 5 (2003). Allmänna åtgärder för genomförandet av konventionen om barnets rättigheter, CRC/C/GC/2003/5.
- FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 6 (2005). Behandlingen av ensamkommande barn och barn som har skilts från föräldrarna utanför ursprungslandet, CRC/C/GC/2005/6.
- FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 7 (2005). Genomförandet av barnets rättigheter under tidig barndom, CRC/C/GC/2005/7.
- FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 12 (2009). Barnets rätt att bli hörd, CRC/C/GC/2009/12.
- FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 13 (2011). Barnets rätt till frihet från alla former av våld, CRC/C/GC/2011/13.
- FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013). Om Barnets rätt att i första hand få beaktat vad som bedöms vara barnets bästa, CRC/C/GC/2013/14.
- Gemensam allmän kommentar nr 3 av FN:s kommitté för skydd av migrantarbetare och deras familjers rättigheter och nr 22 av FN:s kommitté för barnets rättigheter om de allmänna principerna rörande barns mänskliga rättigheter inom ramen för internationell migration (2017). CRC/C/GC/22.

Rapporter

- Barnombudsmannen (2022). Blir det nån skillnad. https://www.barnombudsmannen.se/globalassets/dokument/publikationer/bo_ar2022_blr-det-nan-skillnad.pdf
- Rädda Barnen (2014). Utanför Nästan Allt: En vägledning för stärkt socialt stöd.

https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/rb_papperslosabarn_w_ebb.pdf/

- Rädda Barnen (2019). Utanför Nästan Allt 2019: En vägledning för stärkt socialt stöd
https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/utanfor_nastan_allt_w_ebb.pdf/
- Rädda Barnen (2021). Hur säkerställer Sveriges kommuner rättigheter för barn utan papper.
<https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/Sveriges-kommuner-rattigheter-for-barn-utan-papper.pdf/>
- Socialstyrelsen (2010). Social rapport 2010.
<https://www.socialstyrelsen.se/globalassets/sharepoint-dokument/artikelkatalog/ovrigt/2010-3-11.pdf>
- Unicef (2017). Hur ska barn i Sverige få upprättelse när deras rättigheter kränkts.
<https://unicef.se/rapporter-och-publikationer/hur-ska-barn-i-sverige-fa-upprattelse-nar-deras-rattigheter-krankts>

Övrig litteratur

- Ahlin, Per (2021) *Mänskliga rättigheter: - i Sverige, Europa och världen*. Stockholm: Stockholms universitet.
- Dahlkvist, Julia & Pernilla Leviner (2020) Barns rätt till överlevnad och utveckling. *Barnkonventionen i praktiken*. I: Karin Åhman, Pernilla Leviner & Kavot Zillén (red.) Första upplagan. Stockholm: Norstedts juridik.
- Dane, Louise (2020) Barnets bästa. *Barnkonventionen i praktiken*. I: Karin Åhman, Pernilla Leviner & Kavot Zillén (red.) Första upplagan. Stockholm: Norstedts juridik.
- Rejmer, Annika (2017) Forskning som verktyg för att förverkliga barnets rättigheter: särskilt om kombinationen rättsdogmatik och rättssociologi. *För barns bästa: Vänbok till Anna Singer*. I: Margareta Brattström & Maarit Jänträ-Jareborg (red.) Första upplagan. Uppsala: Iustus Förlag.
- Eekelaar, John. & John Tobin (2019) Article 3. The Best Interests of the Child. *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*. I: John Tobin (red.) Oxford: Oxford University Press.

- Fisher, David I. (2020) *Mänskliga rättigheter - En introduktion*. Nionde upplagan. Stockholm: Norstedts juridik.
- Glotz, Nathalie (2018). Rättsfallskommentar: 2017 Ref. 33 Socialnämndens yttersta ansvar i akuta nödsituationer – ett negligerat ansvar? *Förvaltningsrättslig Tidskrift (2018/1)*, s. 123-135.
- Grahn-Farley, Maria (2020) *Att förstå barnkonventionen*. Första upplagan. Lund: Studentlitteratur.
- Holappa, Tim (2020) *Barns rätt till social trygghet och skälig levnadsstandard I*: Karin Åhman, Pernilla Leviner & Kavot Zillén (red.) Första upplagan. Stockholm: Norstedts juridik.
- Kjellbom, Pia & Anna Lundberg (2018) Olika rättsliga rum för en skälig levnadsnivå? – En rättskartografisk analys av SoL och LMA i domstolspraktiken. *Nordisk Socialrättslig Tidskrift (17-18)*, s. 39-71.
- Leviner, Pernilla (2020) Barns rätt till delaktighet. *Barnkonventionen i praktiken*. I: Karin Åhman, Pernilla Leviner & Kavot Zillén (red.) Första upplagan. Stockholm: Norstedts juridik.
- Lundberg, Anna (2020) Undocumented Children. *SAGE Encyclopedia of Children and Childhood Studies*. I: Daniel Thomas Cook (red.) Första upplagan. London: SAGE Publications Ltd.
- Namli, Elena (2014) *Human Rights as Ethics, Politics and Law*. Uppsala: Acta Univeritatis Upsaliensis.
- Peleg, Noam (2012) 'Time to Grow Up: The UN Committee on the Rights of the Child's Jurisprudence of the Right to Development'. *Law and Childhood Studies: Current Legal Issues Volume 14, Current Legal Issues*. I: Michael Freeman (red.). Oxford: Oxford Academic.
- Rejmer, Annika (2017) *Forskning som verktyg för att förverkliga barns rättigheter: särskilt om kombinationen rättsdogmatik och rättssociologi*. I: Margareta Brattström & Maarit Jänträ-Jareborg (red.) För barns bästa: Vänbok till Anna Singer. Uppsala: Uppsala University, Disciplinary Domain of Humanities and Social Sciences, Faculty of Law, Department of Law.

- Segerström, Eva (2019) *Barnets rättigheter - Helhetssyn i praktisk och systematisk tillämpning*. Första upplagan. Lund: Studentlitteratur.
- Sormunen, Milka. (2020) Understanding the Best Interests of the Child as a Procedura Obligation: The Example of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review* (Volume 20) s. 745-768.
- Singer A, Anna (2019) *Barns rätt*. Andra upplagan. Uppsala: Iustus förlag.
- Singer B, Anna (2019) *Barnets bästa: om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, Sjunde upplagan. Stockholm: Norstedts Juridik.
- Smith, Rhona K. M. (2020) *International human rights law*. Oxford: Oxford university press.
- Staaf, Annika & Lars Zanderin (2011) *Mänskliga rättigheter i Svensk belysning*. Andra upplagan. Malmö: Liber.
- Åhman, Karin (2020) *Från folkrätt till svensk rätt. Barnkonventionen i praktiken*. I: Karin Åhman, Pernilla Leviner & Kavot Zillén (red.) Första upplagan. Stockholm: Norstedts juridik.

Rättsfallsförteckning

- HFD 2013 ref. 83.
- HFD 2014 ref. 37.
- HFD 2017 ref. 33.
- HFD 2017 ref. 51.
- Kammarrätten i Stockholm, mål nr 3966–07.