

Barnets bästa i asylärenden

Om tolkning och tillämpning i
den svenska asylprocessen

Institutionen för BSR
Rättsvetenskap D
Opponering: 2007-05-31

Handledare: Maria Eriksson

Författare: Kristin Hedström

Sammanfattning

Som barn räknas utifrån FN: s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen) de som är under 18 år. Det är en åldersgräns som också generellt kan sägas vara gällande i den svenska lagstiftningen. Även om vi i Sverige också ger barnet rättigheter och skyldigheter i takt med stigande ålder. Särskilda rättigheter för barn är något som vuxit fram i västvärlden framförallt under det senaste århundradet. I och med att FN skapade barnkonventionen 1989 togs ett betydelsefullt steg mot skapandet av rättigheter för barn, eftersom det då även skapades bestämmelser med folkrättsligt bindande verkan.

Konventionen har fyra huvudprinciper varav artikel tre om barnets bästa är en utav dem. Principen om barnets bästa är en mycket komplex bestämmelse och är samtidigt en av de viktigare, enligt vissa t.o.m. den viktigaste, principen på barnrättens område. Nära sammankopplat till denna princip är barnets rätt att komma till tals. För att kunna bedöma vad som är det bästa för det enskilda barnet krävs det att barnet ges tillfälle att redovisa sin åsikt och uppfattning. Att det finns svårigheter i att implementera och förverkliga dessa principer i den praktiska tillämpningen har visats bl.a. av de fallstudier som har genomförts av Rädda Barnen och Barnombudsmannen. Det framgår också av de kommentarer som FN: s barnrättskommitté lämnat utifrån Sveriges obligatoriska rapporter. Bland den kritik som riktats mot Sverige återfinns bl.a. bristen i hörandet av barn samt i beaktandet av barns egna asylskäl. Ny lagstiftning och en ny handläggningsmetod angående asylärenden inom Migrationsverket har under de senaste åren lett till förbättringar. Men fortfarande finns det mycket kvar att arbeta med.

Innehållsförteckning

1 Inledning.....	4
1.1 Frågeställning	4
1.2 Syfte.....	4
1.3 Avgränsning.....	5
1.4 Metod och material	5
1.5 Terminologi och disposition.....	5
2 FN: s konvention om barnets rättigheter	6
2.1 Vem är att betrakta som barn?.....	6
2.1.1 Definition utifrån barnkonventionen	6
2.1.2 Definition utifrån svenska förhållanden	6
2.2 Framväxten av barnets rättigheter	7
2.3 Barnets bästa i barnkonventionen.....	9
2.3.1 Avvägning mot andra intressen	11
2.3.2 Barnperspektiv	12
2.3.3 Rätten att komma till tals i barnkonventionen.....	12
2.3.4 Betydelsen av familjeenheten för barnets bästa.....	13
2.4 Kontroll av barnkonventionens efterlevnad	14
3 Den svenska asylprocessen.....	15
3.1 Inledning	15
3.2 Barnets bästa i 2006 års utlänningslag (UtlL)	15
3.2.1 Allmänt om uppehållstillstånd.....	16
3.2.2 Barnets bästa och uppehållstillstånd.....	17
3.2.2.1 Barns egna asylskäl	18
3.2.3 Rätten att komma till tals i utlänningslagen	19
3.3 Migrationsverkets handläggning	20
3.3.1 Den nya handläggningsordningen	20
3.3.2 Synnerligen ömmande omständigheter	21
3.3.2.1 Hälsotillstånd	21
3.3.2.2 Anpassning till Sverige.....	22
3.3.3 Handläggningen av barns asylärenden i praktiken	23
3.3.3.1 Barnombudsmannens studie 2000	23
3.3.3.2 Rädda Barnens rapport 2003	24
3.3.3.3 Rädda Barnens uppföljande rapport 2005	25
3.3.3.4 Slutsatser att dra utifrån rapporterna.....	26
4 Återspeglas barnets bästa i den svenska asylprocessen?.....	27
4.1 Inledning	27
4.1.1 Betydelsen av barnets bästa i asylprocessen.....	27
4.2 Förhållandet mellan barnets bästa och rätten att komma till tals	28
4.3 Var brister det?	29
5 Slutsats.....	30
6 Källförteckning	30

1 Inledning

1.1 Frågeställning

Uppfylls principen om barnets bästa i den svenska asylprocessen?

Principen om barnets bästa har utvecklats under det senaste århundradet och stadgas idag främst i barnkonventionens artikel 3. Konventionen har ratificerats av alla världens länder utom två och syftar till att skapa universella miniminormer för att skydda barnet och dess rättigheter. Konventionen består utav fyra huvudprinciper varav principen om barnets bästa utgör en utav dessa. Denna säger att vid alla åtgärder som rör barn skall barnets intressen komma i främsta rummet. I uppsatsen skall närmare undersökas hur barnets bästa definieras och hur denna återspeglas i den svenska asylprocessen. Fokus kommer även i uppsatsen att läggas på barnets rätt att komma till tals, då denna princip är en av de huvudprinciper som kompletterar principen om barnets bästa.

1.2 Syfte

Idag förflyttar sig allt fler människor, både barn och vuxna, över nationalstaternas gränser. Den moderna migrationen ställer krav på att stater skall anpassa sina rättssystem till detta internationella faktum. Anpassningen kan röra villkoren för att överhuvudtaget släppa in utlänningar på det egna territoriet eller omfattningen av rättigheter och skyldigheter för utlänningar i förhållande till staten de kommit till. Fler rättsfrågor uppkommer då det gäller barn som förflyttar sig över gränserna. Detta har ett samband med barnets osjälvständighet och att det är beroende av omsorg och tillsyn från andra. Genom FN:s konvention om barnets rättigheter framkommer att ett lands myndigheter har ett ansvar för alla de barn de har ett inflytande över. Till dessa barn räknas även asylsökande barn.¹ Att stater värnar om barnets rättigheter är därför av mycket stor betydelse. Barn som befinner sig på flykt kan anses befinna sig i en särskilt utsatt situation då de tvingas vara med om traumatiska upplevelser då de rycks bort från sin hemmiljö, för att komma till ett främmande land med nya intryck och nytt språk. Studien syftar till att undersöka hur principen om barnets bästa avspeglas i den svenska asyllagstiftningen och vid handläggningen av asylärenden. Kritik från FN-kommittén har riktats mot att barnets intressen inte tas tillfredställande hänsyn till i den svenska handläggningen i asylärenden. Bl.a. har det pekats på det faktum att handläggarna ofta inte uppmärksammar barnets egna asylskäl. Olika rapporter har gjorts av bl.a. Rädda Barnen där man funnit samma sak. Det har också skett och pågår fortfarande betydande omorganiseringar inom Migrationsverket, där bl.a. barnens egna ombud fått en ny roll vad gäller att undersöka asylskälen. Det finns därför ett intresse i att undersöka frågan närmare. Särskilt med beaktande av att den praktiska tolkningen av barnets bästa är en helt avgörande aspekt i diskussionen om barnkonventionens efterlevnad.

¹ SOU 1997:116, s. 68 f.

1.3 Avgränsning

Undersökningen görs mot bakgrund av de internationella konventioner som Sverige har tillträtt. Här märks särskilt Europakonventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt FN:s konvention om barnets rättigheter. Uppsatsen kommer enbart att behandla s.k. familjebarn, d.v.s. barn som anländer till Sverige med en eller båda föräldrarna. Ensamkommande barn kommer således inte alls att beröras. Detta eftersom ensamkommande barn automatisk får mycket uppmärksamhet riktad mot sig, varför skyddet för dem uppfylls på ett bättre sätt. Vidare skall enligt den svenska utlänningslagstiftningen barnets bästa beaktas i samtliga ärenden. Studien kommer emellertid endast att behandla ärenden om uppehållstillstånd.

1.4 Metod och material

I uppsatsen tillämpas en klassisk juridisk metod. Detta innebär att klassiska rättskällor tillämpas för att utforska gällande rätt. Det material som främst används är konventioner, deklARATIONER, svensk lagtext, förarbeten, juridisk doktrin samt uttalanden och rapporter från NGO's och FN-organ.

1.5 Terminologi och disposition

I uppsatsen tillämpas en sammanhangsdisposition där texten planeras så att bakgrund presenteras inledningsvis samt där helhet föregår detaljer. Detta för att underlätta förståelsen av ämnet och redogörelsen av frågeställningen. Det förekommer även inslag av emfatisk disposition där tyngdpunkt återkommande läggs på vad som är det väsentliga.

2 FN: s konvention om barnets rättigheter

2.1 Vem är att betrakta som barn?

I det följande skall redovisas för barnets rättigheter utifrån barnkonventionens bestämmelser. Men som inledning vill jag först klargöra vem som kan anses omfattas av dessa rättigheter.

2.1.1 Definition utifrån barnkonventionen

I barnkonventionens artikel 1 definieras begreppet barn på följande sätt:

For the purposes of the present Convention, a child means every human being below the age of 18 years unless, under the law applicable to the child, majority is attained earlier.

Utifrån barnkonventionen är man alltså barn fram tills det att man fyller 18 år, såvida man inte blir myndig vid tidigare ålder enligt den nationella lagstiftningen. Arbetsgruppen förde långa diskussioner under utarbetandet av konventionen huruvida det var nödvändigt att överhuvudtaget ha med en åldersgräns, eller om det var tillräckligt att hänvisa till varje enskild stats myndighetsålder.² Att resultatet slutligen blev en åldersgräns på 18 år kan tolkas som att den rådande meningen ändå var att upp till den åldern skall barnet och den unge få det skydd som konventionen ämnar ge.

FN: s barnrättskommittén har i sina kommentarer betonat vikten av att, i de stater som definierar minimiåldern i sin nationella lagstiftning, hänsyn tas till de grundläggande principerna om icke-diskriminering, barnets bästa och barnets rätt till liv och utveckling. Men ett lagstiftat ökat ansvar med stigande ålder skall inte ses som stridande mot barnkonventionens definition. Denna deklarerar att de stadgade rättigheterna gäller upp till 18 års ålder. Det hindrar inte stater från att ha olika åldersgränser där barn med stigande ålder successivt förs in i vuxenlivet. De särskilda skyddsreglerna skall dock gälla när det gäller t.ex. fängelsestraff, sexuell exploatering eller utnyttjande av arbetskraft.³

2.1.2 Definition utifrån svenska förhållanden

Huvudregeln i Sverige är att personer under 18 år definieras som barn. Detta stadgas numer även särskilt i utlänningslagen (1:2 UtlL). I 9 kap. 1 § föräldrabalken (FB) stadgas vidare att ”den som är under arton år (underårig) är omyndig...”. I och med myndighetsåldern erhåller den unge vissa rättigheter såsom full rättshandlingsförmåga, rätt att rösta i allmänna val och rätt att ingå äktenskap. I Sverige har vi också gradvisa åldersgränser där den unge successivt slussas in i det vuxna ansvaret. Brottsbalkens definition av barn utgår från en 15-års gräns då man bl.a. blir straffmyndig (BrB 1:6). Det finns även vissa rättigheter som inträder tidigare än myndighetsåldern, såsom rätten att efter samtycke av vårdnadshavaren ingå avtal om viss anställning (FB 6:12 st. 1) och rätten att själv

² E/CN.4/L.1542, s. 5 f. och E/CN.4/1989/48, s. 15 f.

³ Hodgkin, R. och Newell, P., *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, s. 1 ff.

råda över sin lön från en anställning (FB 9:3 st.1). Härutöver finns också bestämmelser som stadgar en högre åldersgräns än 18 år, såsom vård enligt lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, vilket kan ges upp till 20 års ålder i vissa fall (LVU 1 §).

I Sverige ges alltså barnet rättigheter och skyldigheter i takt med stigande ålder. Som visats finns även skyddsbestämmelser som omfattar unga personer även efter det att de passerat åldersgränsen för barnkonventionens definition av begreppet barn. Brister finns dock fortfarande i den svenska lagstiftningen där skyddsbestämmelserna inte uppfyller barnkonventionens definition.⁴

2.2 Framväxten av barnets rättigheter

Rättigheter för barn är någonting som började växa fram under början av 1900-talet. Redan 1924 antog Nationernas Förbund (NF) en deklaration om barns skydd och välfärd⁵, på initiativ av Internationella Rädda Barnen-unionen efter första världskrigets slut. I den deklarationen återfinns ett embryo till den idag gällande principen om barnets bästa. I deklarationen stadgas att ”mankind owes to the child the best that it has to give”. Principen om universalitet, d.v.s. alla barns lika rättigheter oberoende av ras, religion eller kön, var grundläggande liksom principen om allas gemensamma ansvar för alla barn. Deklarationen underströk även alla barns rätt till utveckling, överlevnad och skydd. Rätten till utbildning, dräglig levnadsstandard och hälso- och sjukvård ingick, liksom alla barns rätt till respekt för sin person och värdighet. Detta var ett första steg för att fastställa barnets rättigheter. Ett andra steg togs 1959 då ytterligare ett tyngre dokument antogs i och med Förenta Nationernas (FN) deklaration om barnets rättigheter bestående av tio punkter⁶. I och med den deklarationen utvecklades principen om barnets bästa. I artikel 2 stadgas att:

The child shall enjoy special protection, and shall be given opportunities and facilities, by law and by other means, to enable him to develop physically, mentally, morally, spiritually and socially in a healthy and normal manner and in conditions of freedom and dignity. In the enactment of laws for this purpose, the best interest of the child shall be the paramount consideration.

Efter andra världskrigets slut antogs år 1948 den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna⁷, vilken accepterades som ett grunddokument för det då nybildade FN. Deklarationen omfattar samtliga människor och tillerkänner därmed barn samma rättigheter som vuxna. Deklarationen inbegriper rättigheter inom tre områden; de grundläggande friheterna, de grundläggande behoven samt skydd mot övergrepp och utnyttjande. Det finns dock inget särskilt stadgande om barnets bästa. Principen finns däremot inkluderad i två artiklar i 1979 års konvention om avskaffande av all slags diskriminering mot kvinnor (CEDAW)⁸. I artikel 5 (b) stadgas att:

States Parties shall take all appropriate measures:

(b) To ensure that family education includes a proper understanding of maternity as a social function and the recognition of the common

⁴ För vidare läsning, se SOU 1996:111 och SOU 1997:27.

⁵ Declaration of the Rights of the Child, League of Nations.

⁶ Declaration of the Rights of the Child, A/RES/1386(XIV).

⁷ Universal Declaration of Human Rights, A/RES/217(III).

⁸ Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, [A/RES/34/180](#).

responsibility of men and women in the upbringing and development of their children, it being understood that the interest of the children is the primordial consideration in all cases.

På liknande sätt stadgas i artikel 16 (1) (d) att i alla angelägenheter som berör äktenskap och familjrelationer skall barnets bästa alltid komma i första hand. Vad gäller de två internationella konventionerna om medborgerliga och politiska rättigheter (ICCPR⁹) samt om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (ICESCR¹⁰) så återfinns principen om barnets bästa emellertid inte. Däremot har the Human Rights Committee vid två tillfällen uttalat i samband med ICCPR att barnets intressen skall sättas i främsta rummet vid händelse av föräldrars separation eller skilsmässa.¹¹ The Executive Committee of the United Nations High Commissioner for the Refugee har också betonat att barnets bästa samt principen om familjeenheten skall vara vägledande vid alla handlingar som vidtas å flyktingbarns vägnar.¹²

Det är alltså i de två ovan nämnda deklARATIONERNA om barnets rättigheter från 1924 och 1959 som principen om barnets bästa har sitt egentliga ursprung. Dessa två dokument var dock inte bindande för världens stater, utan utgjorde endast viktiga principuttalanden från världssamfundet. Därför var det ett betydelsefullt och avgörande steg som togs då FN:s Generalförsamling i november 1989 antog en konvention om barnets rättigheter¹³. Till skillnad från deklARATIONER så har konventioner folkrättslig kraft. Under tio års tid sammanträdde en arbetsgrupp under FN:s kommission för de mänskliga rättigheterna några veckor per år för att arbeta fram konventionen. I detta arbete var Sverige ett av de drivande länderna. Efter mycket förhandlande kunde Generalförsamlingen anta konventionen den 20 november 1989. Den öppnades för undertecknande den 26 januari 1990 och redan denna första dag skrev 62 länder under konventionen och markerade därigenom sin vilja att ratificera den. Konventionen trädde ikraft den 2 september samma år efter att 20 länder ratificerat den, varav Sverige var ett utav dessa. I dagsläget är det endast två länder som inte ratificerat barnkonventionen. Det ena landet är USA som dock har undertecknat dokumentet, det andra landet är Somalia som varken undertecknat eller ratificerat. I juli 2001 hade sammanlagt 191 länder ratificerat barnkonventionen, vilket innebär att det är ett av de internationella dokument som fått störst gensvar någonsin. Det är dock av betydelse att även lyfta fram det faktum att flera av staterna som tillträtt konventionen gjort det med omfattande reservationer. Flertalet länder i öst¹⁴ har gjort allmänna reservationer mot alla delar av konventionen som är oförenliga med nationell religiös rätt eller lokal lagstiftning. Reservationer mot artikel 14 om barnets rätt till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet, samt mot artikel 21 om barnets bästa i samband med adoption har också gjorts av ett flertal stater. Det kan alltså konstateras att världssamfundets syn på barn är tämligen splittrad.¹⁵

⁹ The International Covenant on Civil and Political Rights, A/RES/2200(XXI).

¹⁰ The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A/RES/2200(XXI).

¹¹ General Comments No. 17, p.6, A/44/40 och General Comment No. 19, p.6, A/45/40.

¹² Conclusion No. 47, p. (d), (XXXVIII).

¹³ Convention on the Rights of the Child, A/RES/44/25.

¹⁴ Afghanistan, Brunei, Iran, Indonesien, Kuwait, Mauretanien, Oman, Qatar, Saudi-Arabien och Syrien.

¹⁵ Schiratzki, J., *Barnrättens grunder*, s. 20. Se även <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/11.htm> för en fullständig lista över gjorda ratificeringar och reservationer.

Sverige var som nämnts ovan ett av de första länderna att ratificera konventionen 1990. Genom ratificeringen åligger det nu riksdag och regering att anpassa den svenska normgivningen efter barnkonventionens innehåll (barnkonventionen art. 4). Denna utveckling granskas av FN:s kommitté för barnets rättigheter i Genève, vilken utger rekommendationer till förbättringar. Efter granskningar av de tre rapporter som Sverige hittills har lämnat in har landet fått viss kritik, vilket kommer att återkommas till längre fram.

1950 antogs även den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna¹⁶. Till skillnad från barnkonventionen så är Europakonventionen inkorporerad med svensk rätt. Med Europakonventionen finns även förenat ett relativt effektivt kontrollsystem, där klagomål från enskilda angående kränkningar från staten under vissa förutsättningar kan prövas av den Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna. Med andra ord har Europakonventionen en mycket starkare ställning i svensk rätt än barnkonventionen. Det innebär att om en fråga tolkas på skilda sätt i de två konventionerna, så skall företräde ges åt Europakonventionen. I sammanhanget är det dock lämpligt att framhålla att Europakonventionen *inte* innehåller något stadgande om barnets bästa och endast ett fåtal mer barnspecifika bestämmelser.¹⁷

2.3 Barnets bästa i barnkonventionen

Det nya och speciella i 1989 års barnkonvention är att den så tydligt markerar barnet som individ med egna mänskliga rättigheter. Det är inte längre enbart alla barns rätt till liv och överlevnad, till trygghet och skydd som lyfts fram utan också barnets rätt till en egen identitet, till respekt och medinflytande. Konventionen fastställer både politiska, medborgerliga, ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter *utan* inbördes hierarki, vilket är ovanligt. Det är också det hittills enda globala fördraget om mänskliga rättigheter som inkluderar referenser till humanitär rätt. Ett sådant holistiskt förhållningssätt till rättigheter är en av konventionens kännetecken och en hörnsten i tolkningen av den.¹⁸

Konventionen består av fyra huvudprinciper som dock inte skall ses som viktigare än övriga artiklar. Istället skall konventionen ses som en helhet och som att alla artiklar är lika viktiga. Identifieringen av de fyra huvudprinciperna syftar till att definiera artiklarnas karaktär och deras inbördes relationer. Detta för att underlätta tolkningen av konventionen.¹⁹ De artiklar det rör sig om är artikel 2, 3, 6, och 12. I artikel 2 regleras förbudet mot diskriminering. Det är en grundtanke i konventionen att barn har fullt och lika människovärde, vilket även gäller *mellan* barn. I artikel 6 regleras rätten till liv, överlevnad och utveckling. I artikel 12 regleras barnets rätt att komma till tals och att framföra sina åsikter. Här finns ett element av deltagande och inflytande för barn. Principen om barnets bästa regleras i artikel 3.1, vilken lyder:

In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or

¹⁶ European Convention on the Human Rights, 4.XI.1950.

¹⁷ Schiratzki, J., *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige. En rättsvetenskaplig undersökning*, s. 22 f.

¹⁸ Stern, R., *The Child's right to Participation – Reality or Rhetoric?*, s.37.

¹⁹ Hammarberg, T., *Konventionen om barnets rättigheter*, s. 10.

legislative bodies, the best interest of the child shall be a primary consideration.

Artikeln ålägger alltså offentliga och privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter och lagstiftande organ att vid alla åtgärder som rör barn låta barnets bästa komma i främsta rummet. Barnets bästa är barnrättens viktigaste princip²⁰ och skall appliceras på alla områden. Det går dock inte att finna någon närmare definition av begreppet. Det går därför inte att säga vad barnets bästa egentligen är eller vem som skall anses vara bäst lämpad att bedöma vad som är bra för barnet. De det står att välja bland är föräldrarna, eller någon av dem, barnet självt eller någon professionell yrkesgrupp. Det skulle kunna ligga nära till hands att påstå att barnets bästa är det samma som barnets rättigheter enligt barnkonventionen. Med visst fog kan man också hävda att rättigheterna fastställer en ram för vad som skall uppfattas som barnets bästa.²¹ Men att påstå att principen är synonym med konventionens rättigheter är att förenkla. För det första är dessa rättigheter inte heltäckande, för det andra kan barnets bästa begränsas av barnets rättigheter.²² Bland jurister råder emellertid en förhållandevis tydlig enighet om att barnets bästa skall ses som ett ”öppet koncept” och tolkas utifrån en helhetsbedömning av det enskilda barnets situation.²³ Att barnets bästa beaktas utifrån ett öppet koncept innebär att det skall stå i förenlighet med kulturella och moraliska värderingar.²⁴ Det medför å sin sida att vad som uppfattas som barnets bästa varierar från stat till stat och från samhälle till samhälle. Barnets bästa är sålunda inget statiskt begrepp, utan varierar från ett barn till ett annat och på samma sätt från ett samhälle till ett annat.

Arbetsgruppen som skapade barnkonventionen diskuterade inte närmare definitionen av barnets bästa. Det har framförts två något motsägelsefulla förklaringar till detta.²⁵ För det första så skall orsaken ha varit att det varit uppenbart vad barnets bästa innebar. För det andra att det fanns ett egenvärde i att inte närmare definiera innebörden. Därmed skulle barnets bästa kunna fastställas med beaktande av kulturella och lokala sedvänjor. Till diskussionen kan tillföras det faktum att då barnkonventionen har ett näst intill universellt stöd, skall den kunna tillämpas i ett stort antal stater med varierande sociala, religiösa och kulturella traditioner.²⁶ Inte heller FN:s barnrättskommitté har ännu försökt att föreslå utifrån vilka kriterium som principen skall tolkas. Barnrättskommittén har endast framhållit att barnets bästa skall beaktas utifrån de allmänna värdena och principerna som återfinns i konventionen. Särskilt har de betonat att konventionen skall ses i sin helhet och att dess inbördes förhållande, särskilt förhållandet mellan de fyra huvudprinciperna, skall beaktas. Därmed är principerna om icke-diskriminering, om rätten till liv, överlevnad och utveckling samt om rätten att komma till tals alla relevanta vid avgörandet av vad som är barnets bästa. En bedömning av barnets bästa måste även innehålla både en långsiktig och en

²⁰ Se t.ex. Schiratzki, J., A.a. s. 52.

²¹ Se prop. 1989/90:107, s. 33.

²² Schiratzki, J., A.a. s. 55.

²³ Prop. 1989/90:107, s. 28. Prop. 1997/98:7, s. 104.

²⁴ Se vidare Schiratzki, J., A.a. s. 53.

²⁵ Alston, P., *The best interest principle: Towards a reconciliation of culture and human rights*, s. 11.

²⁶ Schiratzki, J., A.a. s. 55.

kortsiktig sådan för det enskilda barnet.²⁷ FN: s barnrättskommitté har framhållit att en av de viktigaste dimensionerna av principen om barnets bästa är att det i varje beslut som berör barn skall göras en förhandsprövning. Konsekvenserna av olika beslutsalternativ bör värderas innan beslutet slutligen fattas. Som ett exempel på hur en sådan tolkning kan gå till i ett för studien relevant fall kan nämnas då barnet söker asyl vid en nationell myndighet. Myndigheten skall då beakta aspekter av icke-diskriminering, rätten till liv, överlevnad och utveckling samt av rätten att komma till tals då de skall bedöma vad som är bäst för det enskilda barnet. Ofta medför olika beslutsalternativ också olika både för- och nackdelar för det enskilda barnet. Det gäller då för handläggaren att göra en sammanvägning. Genom hänvisningen till barnets rätt att komma till tals ger kommittén en anvisning om hur man som beslutsfattare kan gå till väga för att bedöma barnets bästa; man skall prata med det berörda barnet. Detta synsätt har bl.a. tagits upp av familjerättsexperten John Eekelaar. Han menar att det i princip finns två sätt att avgöra vad som är bäst för barnet. Det ena är att beslutsfattare på olika nivåer gör bedömningar grundade på vetenskap och beprövad erfarenhet. Det andra är att det berörda barnet själv tillåts ge uttryck för sin uppfattning om vad som är dess bästa. Det bästa underlaget får man enligt Eekelaar om man kombinerar dessa två tillvägagångssätt. Alltså att man intar både ett objektivt och ett subjektivt förhållningssätt i sitt beslutsfattande.²⁸ I den forskning om barns behov som gjorts under de senaste decennierna brukar man skilja på sådana behov som har en grundläggande betydelse för ett barns utveckling och andra behov som även de är viktiga, men inte på samma fundamentala sätt.²⁹ I barnkonventionen omnämns både det enskilda barnet såväl som barn i allmänhet, vilket medför att en rad faktorer som rör barns behov skall vägas in i bedömningen. Några av dessa behov kan man också utläsa i barnkonventionens artiklar, bl.a. barnets behov av sina föräldrar (t.ex. art. 5), barnets behov av respekt för sin integritet (t.ex. art. 12) och barnets behov av omvårdnad och skydd (t.ex. art. 3.2).

2.3.1 Avvägning mot andra intressen

Enligt den engelska originaltexten³⁰ skall barnets bästa vara ”a primary consideration”, inte ”the primary consideration”, vilket indikerar att en avvägning tillåts göras mellan barnets bästa och andra intressen. Barnets bästa skall alltså inte alltid vara den enda, över andra gällande, faktorn, utan det kan finnas andra konkurrerande eller motsättande intressen för de mänskliga rättigheterna.³¹ Till exempel kan det finnas sådana mellan enskilda barn eller grupper av barn och vuxna. Den svenska översättningen ”skall barnets bästa komma i främsta rummet” återspeglar dock inte detta helt tillfredsställande. Att en avvägning skall göras här går inte helt självklart att utläsa. Barnets bästa kan alltså vägas mot andra intressen men skall fortfarande vara en tungt vägande faktor vid en sådan avvägning. Dock ges det inte någon direkt vägledning i hur tungt barnets bästa

²⁷ Hodgkin, R. och Newell, P., *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, s. 42.

²⁸ Eekelaar, J., *The interest of the child and the child's wishes: The role of dynamic self-determinism*, s. 46 ff.

²⁹ SOU 1997:116, kap. 6.2.2.

³⁰ Originalen till barnkonventionen med lika giltighet är författade på språken arabiska, engelska, franska, kinesiska, ryska och spanska (artikel 54).

³¹ Hodgkin, R. och Newell, P., A.a. s. 43.

skall väga i t.ex. beslut som i första hand rör föräldrarna, men som även får konsekvenser för det enskilda barnet. I utlänningsärenden är det ofta t.ex. föräldrarnas asylskäl som bedöms. Eftersom beslutet får direkta konsekvenser för barnet i familjen skall art. 3.1 tillämpas och barnets bästa vägas in i beslutet.³²

I arbetsgruppen som skapade konventionen förde man en mindre debatt kring att formulera stycket med ”the primary consideration”. Detta förslag avslogs dock med motiveringen att den mycket vida paraplyliknande omfattningen av artikeln – ”in all actions concerning children” – inkluderar handlingar där andra parter kan ha samma anspråk på att få sina intressen beaktade.³³

2.3.2 Barnperspektiv

Även om en sådan avvägning mot andra intressen alltså är accepterad så skall barnets bästa samtidigt alltid vara föremål för en aktiv bedömning. Det måste visas att barnets intressen har blivit undersökt och tagits i beaktande. Beslut som fattas måste med andra ord innefatta ett barnperspektiv. Utgångspunkten i barnperspektivet är respekten för barnets fulla människovärde och integritet. Ytterligare en annan utgångspunkt är barndomens egenvärde. Barn ses inte som ett bihang till sina föräldrar eller passiva mottagare av föräldrapåverkan.

Att besluta utifrån ett barnperspektiv innebär att man försöker ta reda på hur barn uppfattar och upplever sin situation och eventuella förändringar. Det innebär att se barnet som expert på dess egen situation. Barnet själv kan alltså inte ”ha ett barnperspektiv” eftersom det lever i barnperspektivet.³⁴

Barnrättskommittén har även återkommande i sina rekommendationer till staterna framhållit att det är av stor vikt att staterna låter principen om barnets bästa vara vägledande vid det absoluta åtagandet att vidta alla lämpliga åtgärder för att implementera konventionen för alla barn enligt artikel 4.³⁵ Eftersom det är staten som har det yttersta ansvaret för att barnkonventionen förverkligas innebär det att hela den offentliga förvaltningen får ett ansvar för barnkonventionen. Trots detta kan inte regeringen tvinga myndigheter att tillämpa den förutom genom tydliga direktiv.³⁶ Vad gäller de delar som arbetats in i den svenska lagstiftningen så är domstolar och myndigheter bundna av dessa nya paragrafer. De är däremot inte skyldiga att följa övriga delar av barnkonventionen då dessa inte utgör svensk lag. Detta följer av RF 1:1 som stadgar att den offentliga makten utövas under lagarna.

2.3.3 Rätten att komma till tals i barnkonventionen

Barnets rätt att komma till tals regleras som nämnts ovan i barnkonventionens artikel 12, vilken lyder:

1. State Parties shall ensure to the child who is capable of forming his or her views the right to express those views freely in all matters affecting the child, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

³² SOU 1997:116, kap. 6.2.3.

³³ Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, E/CN.4/L.1575, s. 3 ff.

³⁴ SOU 1997:116, kap. 6.2.4.

³⁵ Hodgkin, R. och Newell, P., A.a. s. 43.

³⁶ Barnombudsmannen, *Barnets bästa – från vision till verklighet*, s. 31.

2. For this purpose, the child shall in particular be provided the opportunity to be heard in any judicial and administrative proceedings affecting the child, either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of national law.

Artikel 12 framhåller alltså särskilt att barnet har en rätt att framföra och uttrycka sin uppfattning i ärenden som berör det. Detta täcker en mycket vid krets av situationer, bl.a. formella beslut om asyl. Artikeln framhåller dessutom särskilt att barnets uppfattning skall beaktas och tillmätas betydelse vid fattande av beslut. Detta indikerar en rätt till inflytande för barnet i ärenden som berör dem. Att barnet har en rätt att delta i frågor som berör det är heller inte någon helt okontroversiell fråga. Under de diskussioner som företogs under utarbetandet av konventionen bland arbetsgruppen, uttryckte flera representanter oro för att barnets rätt att komma till tals kunde inkräkta på de rättigheter som tillfaller föräldrarna.³⁷

Artikeln har även ett nära samband med artikel 3 på så vis att barnets rätt att komma till tals påverkar tolkningen av principen om barnets bästa. Om barnets bästa skall kunna bedömas är det viktigt att barnets egen uppfattning och egna önskemål kommer till uttryck. Från början i skapandeprocessen av konventionen sattes också de två principerna i samma artikel.³⁸ Detta visar på deras nära samband med varandra. Därför är det också viktigt att ha med sig detta vid tolkning och tillämpning av konventionen.

Bestämmelsen sätter inte ut någon nedre åldersgräns för när barnet skall ha rätt till ett medinflytande. I artikeln stadgas endast att rätten tillfaller det barn som är kapabelt att bilda egna åsikter, alltså även om barnet ännu inte nått en sådan mognad att det klarar av att kommunicera sina åsikter. Vidare reglerar artikeln inte endast att barnet skall ha rätt att uttrycka sina åsikter, det har även rätt att dessa skall tillmätas betydelse. Här finns dock en viss begränsning, nämligen att åsikterna skall tillmätas betydelse i förhållande till dess ålder och mognad. Alla barn har sålunda rätt att få ge uttryck för sina åsikter, men inte alla barn har rätt till att de tillmäts betydelse vid ett beslutsfattande.³⁹ Barnkonventionen ger därmed inte heller staterna möjligheten att själva avgöra *om* barnet skall höras, däremot kan staterna själva avgöra *på vilket sätt* barnet skall höras. I artikelns andra punkt föreskrivs att barnet skall höras, antingen direkt eller indirekt, på ett sätt som är förenligt med de nationella procedurreglerna.

2.3.4 Betydelsen av familjeenheten för barnets bästa

En faktor som särskilt skall beaktas vid prövningen av barnets bästa är att familjens enhet så långt som möjligt kan bevaras. I barnkonventionens artikel 9.1 stadgas att konventionsstaterna skall säkra att ett barn inte skiljs från sina föräldrar mot dess vilja, förutom i de fall då behöriga myndigheter finner att ett sådant åtskiljande är nödvändigt med hänsyn till barnets bästa. Vidare i samma artikel anges att ett sådant beslut kan motiveras i ett särskilt fall, t.ex. vid övergrepp mot

³⁷ Hodgkin, R. och Newell, P., A.a. s. 160 ff.

³⁸ E/CN.4/L.1575, p. 19-21, 27-32 och 73-81.

³⁹ SOU 1997:116, kap. 8.1.

eller vanvård av barnet från föräldrarnas sida eller då föräldrarna lever åtskilda och ett beslut måste fattas angående barnets vistelseort. Detta förhållningssätt som barnkonventionen stadgar är i linje med den grundprincip om familjeenheten som råder inom den internationella rätten. Även Europakonventionen hanterar i artikel 8.1 skyddet för familjelivet som en grundläggande rättighet. Vid handläggningen av ärenden angående uppehållstillstånd uppges huvudprincipen också vara i samklang med det anförda, att det är till barnets bästa att hålla familjen samlad.⁴⁰

2.4 Kontroll av barnkonventionens efterlevnad

I enlighet med artikel 43 i barnkonventionen har en internationell barnrättskommitté upprättats inom FN, vilken har refererats till flertalet gånger ovan. Kommitténs uppgift är att följa upp och kontrollera staternas tillämpning av konventionens regler. Även om barnkonventionen är en del av den internationella rätten så är den vad som ibland kallas för ”soft law”. Eventuella kränkningar av konventionen förs inte upp i någon internationell domstol. Istället handlar det mer om att utveckla en moraluppfattning om hur barn skall behandlas. Sanktionerna sträcker sig inte längre än till ofördelaktig publicitet och påtryckningar.⁴¹ Konventionen är heller inte inkorporerad med svensk rätt och har status av lag. Detta innebär att domstolar och förvaltningsmyndigheter som utövar sin makt under lagarna (RF 1:1 st. 3) inte är ålagda att följa barnkonventionens bestämmelser. Dock går utvecklingen mot att domstolar och andra myndigheter i allt fler författningar åläggs att beakta principen om barnets bästa i sin maktutövning.⁴²

Barnrättskommittén är ett oberoende expertorgan och den auktoritativa uttolkaren av barnkonventionen. Vart femte år skall de ratificerande staterna lämna in en rapport till kommittén om de framsteg som gjorts för att förverkliga konventionens bestämmelser. Rapporteringen följs av ett förhör med företrädare för regeringen. Kommittén behöver dock inte nödvändigtvis invänta en rapport från regeringen innan den kan ta initiativ i förhållande till ett visst land. Den kan också begära in relevant information mellan de obligatoriska rapporterna. I särskilt angelägna fall kan kommittén även enligt utarbetade riktlinjer kalla en regering att komma och besvara frågor kring en speciell fråga.⁴³

⁴⁰ SOU 2004:74, s. 129.

⁴¹ Hammarberg, T., A.a. s. 19.

⁴² SOU 1997:116, kap. 5.7. Som en orsak till att inte inkorporera barnkonventionen i svensk rätt anförs att denna innehåller flertalet relativt vaga formuleringar och artiklar som syftar till ett gradvis införande, vilka kan vara svåra att direkt tolka av domstol.

⁴³ Hammarberg, T., A.a. s. 24.

3 Den svenska asylprocessen

3.1 Inledning

Sverige har hittills lämnat in tre obligatoriska rapporter till FN: s barnrättskommitté och en fjärde beräknar man att lämna in den 1 september 2007. Den tredje rapporten⁴⁴ lämnades in år 2002 och i sin kommentar säger barnrättskommittén att man har den uppfattningen att konventionens andemening fortfarande inte är tillräckligt känd eller kan förstås på egen hand av alla yrkesgrupper som arbetar med och för barn, i synnerhet av de inom rättsväsendet, bland politiker och på kommunnivå. Kommittén är även bekymrad över att det inte tas tillräcklig hänsyn till barnets bästa vid handläggning av asylärenden avseende barn. Man rekommenderar därför Sverige att vidta lämpliga och effektiva åtgärder för att säkerställa att principen *utgör grunden* i handläggningen och besluten som gäller barn i asylärenden, bl.a. genom ändringar i Migrationsverkets riktlinjer och förfaranden.⁴⁵ Genom att låta barnperspektivet genomsyra hela beslutsprocessen ökar möjligheten till att klargöra barnets familjebild och hemförhållanden i ursprungslandet. Detta är sedan värdefull information vid bedömningen av barnets bästa.

I den tredje rapporten talar regeringen bl.a. om Migrationsverkets arbete för att införliva barnkonventionen och integrera barnperspektivet i all sin verksamhet. Bl.a. har man som en reaktion på kommitténs kommentar till den andra rapporten utfärdat riktlinjer för handläggning av asylärenden avseende barn samt gjort en översyn av barns rättssäkerhet och deltagande i ärenden som rör dem.⁴⁶ Regeringen lyfter även fram den studie som utfördes av barnombudsmannen (BO) år 2000 i syfte att undersöka i vilken utsträckning Migrationsverket i beslut i asylärenden som behandlar barnfamiljer beaktar bestämmelserna i utlänningslagen om barnets bästa och barnets rätt att komma till tals. I denna konstaterades att barn som tillhör en asylsökande familj inte uppmärksammas i någon högre grad.⁴⁷ I det följande kommer jag att återkomma till dessa två rapporter.

Av flertalet studier och undersökningar som gjorts har det framkommit att barnets bästa i praktiken får främst betydelse vid bedömningen av om uppehållstillstånd skall beviljas p.g.a. synnerligen ömmande omständigheter enligt 5:6 UtIL, d.v.s. det som tidigare benämndes humanitära skäl. Med anledning av detta kommer det att läggas ett fokus på den grunden för uppehållstillstånd i följande avsnitt. Som vi sett tidigare skall man vid bedömningen av omständigheterna i det enskilda fallet särskilt beakta personens hälsotillstånd, anpassning till svenska förhållanden samt situationen i hemlandet.

3.2 Barnets bästa i 2006 års utlänningslag (UtIL)

Sveriges åtagande om att beakta barnets bästa under barnkonventionen påverkar naturligtvis även den nationella utlänningslagstiftningen. När Sverige ratificerade konventionen 1990 gjorde man detta utan några förbehåll. Enligt regeringens

⁴⁴ Socialdepartementet, *Sveriges tredje rapport till FN: s kommitté för barnets rättigheter. Om åtgärder och framsteg för att förverkliga konventionen om barnets rättigheter.*

⁴⁵ Committee on the Rights of the Child, CRC/C15/Add.248, s.3 ff.

⁴⁶ A.a. s. 21.

⁴⁷ A.a. s. 37.

bedömning fordrades det inte någon lagstiftningsåtgärd. Enligt det föredragande statsrådet hade en granskning av konventionens bestämmelser lett till slutsatsen "att svensk rätt och praxis till sin allmänna syftning står i god överensstämmelse med dessa bestämmelser".⁴⁸

3.2.1 Allmänt om uppehållstillstånd

När en utlänning, en vuxen eller ett barn, kommer till Sverige för att ansöka om asyl måste personen kunna göra sannolikt att hon eller han omfattas av någon av kategorierna "flykting" eller "skyddsbehövande" så som de definieras i utlänningslagen. Med asyl avses ett uppehållstillstånd som beviljas en utlänning för att hon eller han är en flykting (1:3 UtlL). Någon internationellt allmänt accepterad definition av begreppet asyl är svårt att finna. Generellt bör man emellertid kunna säga att med asyl menas en varaktig fristad mot politisk förföljelse. Däri innefattas inte endast förföljelse p.g.a. politisk uppfattning, utan även förföljelse p.g.a. ras, nationalitet, religiös uppfattning eller tillhörighet till en viss samhällsgrupp.⁴⁹

Flyktingar och skyddsbehövande har alltså som huvudregel rätt till uppehållstillstånd i Sverige (5:1 UtlL). Med flykting avses i utlänningslagen en utlänning som befinner sig utanför medborgarskapslandet därför att hon eller han känner en välgrundad fruktan för förföljelse p.g.a. kön, sexuell läggning eller annan tillhörighet till en viss samhällsgrupp, och som inte kan eller vill nyttja det landets skydd p.g.a. sin fruktan. Som flykting anses även en statslös utlänning och som p.g.a. samma ovan nämnda orsaker befinner sig utanför det senaste vistelselandet (4:1 UtlL). Med skyddsbehövande i övrigt avses i utlänningslagen en utlänning som i andra fall än som avses vid flyktingdefinitionen befinner sig utanför medborgarskapslandet, p.g.a. att hon eller han (1) känner välgrundad fruktan för att straffas med döden eller att utsättas för kroppsstraff, tortyr, eller annan omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, (2) behöver skydd p.g.a. yttre eller inre väpnad konflikt eller p.g.a. svåra motsättningar i hemlandet känner en välgrundad fruktan för allvarliga övergrepp, eller (3) inte kan återvända till hemlandet p.g.a. en miljökatastrof. Motsvarande gäller även för en statslös som befinner sig utanför det senaste vistelselandet (4:2 UtlL). En utlänning som efter prövning anses falla inom någon av dessa kategorier har alltså som huvudregel rätt till uppehållstillstånd i Sverige. Samtidigt finns det en rad undantag, bl.a. då utlänningen kan erhålla skydd i ett annat land eller p.g.a. hot mot rikets säkerhet.

För andra utlänningar får uppehållstillstånd beviljas bl.a. om det anses finnas skäl p.g.a. anknytning till någon i landet bosatt person eller annan anknytning till svenska förhållanden (5:3 UtlL) eller p.g.a. synnerligen ömmande omständigheter (5:6 UtlL). Det sistnämnda är vad som tidigare benämnts för humanitära skäl och kan tillämpas om uppehållstillstånd inte kan ges på någon annan grund. Bestämmelsen lyder:

Om uppehållstillstånd inte kan ges på någon annan grund, får tillstånd beviljas en utlänning om det vid en samlad bedömning av utlänningens situation föreligger sådana synnerligen ömmande omständigheter att han eller

⁴⁸ Prop. 1989/90:107, s. 28.

⁴⁹ Wikrén, G. och Sandesjö H., *Utlänningslagen med kommentarer*, s. 50.

hon bör tillåtas stanna i Sverige. Vid bedömningen skall särskilt beaktas utlänningsens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation i hemlandet.

Barn får beviljas uppehållstillstånd enligt denna paragraf även om de omständigheter som kommer fram inte har samma allvar och tyngd som krävs för att tillstånd skall beviljas vuxna personer.

Formuleringen är ny för 2006 års utlänningslag eftersom de tidigare formuleringarna som ”humanitära skäl” och ”stridande mot humanitetens krav” ansågs vara för oprecisa. Begreppet ”synnerligen ömmande omständigheter” har däremot ansetts bättre ge uttryck för stadgandets syfte att vara en undantagsreglering, samtidigt som det markerar att bestämmelsen är avsedd att tillämpas för de situationer som inte omfattas av någon av huvudgrunderna för uppehållstillstånd. Dock framhåller utskottet i förarbetena att denna nya bestämmelse inte skall innebära någon skärpning av vad som gällde enligt den äldre bestämmelsen i 1989 års utlänningslag. Bestämmelsen har formulerats så att det krävs en individuellt riktad prövning och sammanvägning av omständigheter för huruvida uppehållstillstånd kan beviljas. Vid bedömningen skall särskilt beaktas personens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situationen i hemlandet. Skälen kan vara av personlig karaktär, t.ex. fysisk eller psykisk sjukdom. Situationen kan även vara sådan att den sökande har en anpassning till svenska förhållanden som tillsammans med sjukdom i det enskilda fallet anses tillräckligt för uppehållstillstånd enligt bestämmelsen.⁵⁰ Ofta krävs det mycket allvarlig eller livshotande sjukdom för att bestämmelsen skall bli tillämplig.⁵¹ Enligt paragrafen tydliggörs det vidare att barn får beviljas uppehållstillstånd, även om de omständigheter som kommer fram inte har samma allvar och tyngd som krävs för att tillstånd skall beviljas för vuxna personer. I förarbetena framhålls att barnbestämmelsen även är avsedd att markera att barnets individuella skäl för uppehållstillstånd måste prövas särskilt och inte enbart som en del av föräldrarnas ärenden. Regeringen ser det som en självklarhet att det framgår av beslutet att så skett.⁵²

3.2.2 Barnets bästa och uppehållstillstånd

Enligt artikel 22 i barnkonventionen är alla konventionsstater ålagda att garantera att ett barn som söker flyktingstatus eller anses som flykting enligt internationell eller nationell rätt erhåller lämpligt skydd och humanitärt bistånd vid åtnjutandet av de internationella instrument angående mänskliga rättigheter eller humanitär rätt som staten tillträtt. Det gäller oavsett om barnet kommer ensamt eller tillsammans med sin familj. Artikeln består av två moment. Till att börja med stadgas att ett barn som endast har en svag anknytning till den konventionsstat det vistas i skall åtminstone få visst skydd och vissa rättigheter enligt barnkonventionen. För det andra stadgas att utländska barn kan ha rätt till skydd som flykting eller på andra grunder få uppehållstillstånd i en konventionsstat.

Något särskilt stadgande i utlänningslagen om att barnets bästa skulle beaktas vid bl.a. asylärenden, fanns inte vid tidpunkten för ratificeringen av barnkonventionen. Men i förslaget till 1989 års utlänningslag framhöll föredragande statsråd att barnen måste ”i asylärenden uppmärksammas som

⁵⁰ Prop. 2004/05:179, s. 187.

⁵¹ Wikrén, G. och Sandesjö H., A.a. s. 201 ff.

⁵² Prop. 2004/05:170, s. 195.

individer som kan ha egna individuella skäl för uppehållstillstånd och inte som bihang till föräldrarna”.⁵³ En portalparagraf om barnets bästa infördes emellertid först år 1997 i dåvarande 1:1 UtlL (1:10 nuvarande UtlL). Regeringen menade att det fanns starka skäl att ta särskild hänsyn till barn i asylprocessen, eftersom de oftast inte själva valt att lämna sitt land. De kan vidare i mindre grad än vuxna överblicka konsekvenserna. Regeringen gjorde sålunda bedömningen att utlänningslagstiftningen var förenlig med barnkonventionens bestämmelser, men att ett förtydligande var behövligt.⁵⁴ Det införda stadgandet lyder:

I fall som rör ett barn skall särskilt beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver.

I förarbetena till portalparagrafen diskuterades vilken praktisk betydelse stadgandet kunde komma att få. Regeringen menade att ”utan att barnets bästa generellt tar över samhällsintresset att reglera invandringen får införandet av en portalbestämmelse om barnets bästa i utlänningslagen ändå en stark och meningsfull innebörd”.⁵⁵ En utgångspunkt vid införandet av det aktuella stadgandet var alltså att barnets bästa generellt inte kan ta över Sveriges behov av en reglerad invandring. Regeringen tog i sammanhanget även avstånd från vad man betecknade som en ”etnocentrisk” syn. Regeringen menade med detta att barn i den invandringspolitiska debatten närmast regelmässigt ansågs ha det bättre i Sverige, oavsett språklig, kulturell och nationell bakgrund och tillhörighet.⁵⁶ Inte heller ansåg regeringen att barnets bästa skulle ges en ”så långtgående innebörd att det nästan blev till ett eget kriterium för uppehållstillstånd att vara barn”. Om så var fallet skulle det vara frestande att utnyttja barnen om en familj önskade bosätta sig i Sverige utan att ha tillräckliga skäl. Till följd därav skulle en börda av förhoppningar och ansvar läggas på barnet som knappast var förenligt med barnets bästa.⁵⁷ Trots de här begränsningarna betonar som nämnts ovan regeringen i förarbetena att införandet av portalbestämmelsen får en stark och meningsfull innebörd. Den reella effekten av stadgandets införande i utlänningslagen har emellertid utvärderats av kommittén för översyn av utlänningslagstiftningen, vilken har kommit fram till att portalparagrafen inte helt och hållet fått sin avsedda effekt. Barnets bästa beaktas helt enkelt inte i tillräcklig omfattning i de enskilda fallen.⁵⁸ Mer om detta kommer jag att återkomma till längre fram.

3.2.2.1 Barns egna asylskäl

Ett barns rätt till uppehållstillstånd skall undersökas på samma sätt som en vuxens. I samband med att portalparagrafen om barnets bästa infördes i utlänningslagen år 1997 betonades att barn även kan ha egna individuella asylskäl. I förarbetena framhålls också att det ses som en självklarhet att på samma sätt som vid vuxnas ärenden, noggrant utreda varje uppgift om risk för förföljelse eller andra omständigheter som kan ge behov av skydd för barnet.⁵⁹ I det EG-rättsliga

⁵³ Prop. 1988/89:86, s. 81.

⁵⁴ SFS 1996:1379 och prop. 1996/97:25, s. 226.

⁵⁵ Prop. 1996/97:25, s. 248.

⁵⁶ A. prop., s. 249.

⁵⁷ A. prop. s. 247.

⁵⁸ SOU 2004:74, s. 218.

⁵⁹ Prop. 1996/97:25, s. 250 f. och prop. 2004/05:170 s. 193 ff.

skyddsgrundsdirektivet framställs vikten av beaktandet av barns egna asylskäl ännu tydligare än i den svenska utlänningslagen. Där står att när underåriga ansöker om internationellt skydd är det nödvändigt att medlemsstaterna vid sin prövning tar hänsyn till alla typer av förföljelse som är specifika för barn.⁶⁰ Det finns vissa flyktingsituationer som kan drabba både vuxna och barn, något som kan benämnas för den ”traditionella” synen på flyktingskap.⁶¹ Men det finns också situationer där enbart barn drabbas just för att de är barn. Jag syftar då på situationer där barn blir förtryckta men där vuxna inte kan bli det. T.ex. då barn riskerar att bli rekryterade som barnsoldater, barnarbete eller kvinnlig könsstympning. Detta är alla exempel på där barn kan ha egna asylskäl som inte har samband med föräldrarnas situation. För att uppfylla principen om barnets bästa är det därför av stor vikt att handläggarna noga undersöker varje barns individuella situation. I förarbetena till utlänningslagen finns det emellertid inte några närmare angivna kriterier för hur barnets bästa skall påverka bedömningen av asylskälen. Att det till utlänningslagen saknas tydliga riktlinjer från regeringen kan vara en bidragande orsak till att det fortfarande finns brister i handläggningen vad gäller barns egna asylskäl. Mer om detta skall diskuteras längre fram.

3.2.3 Rätten att komma till tals i utlänningslagen

Som redogjorts för ovan finns det ett nära samband mellan bedömningen av barnets bästa och barnets rätt att komma till tals och framföra sina åsikter. I 2006 års utlänningslag stadgas principen genom 1:11, vilken lyder:

När frågor om tillstånd enligt denna lag skall bedömas och ett barn beröras av ett beslut i ärendet skall, om det inte är olämpligt, barnet höras. Den hänsyn skall tas till det barnet har sagt som barnets ålder och mognad motiverar.

Bestämmelsen innebär att barn *i regel* skall höras i samband med en utredning vid ansökan om uppehållstillstånd. Paragrafens förebild är för den ovan redogjorda artikel 12 i barnkonventionen. Den artikeln innebär att barn som är i stånd att bilda egna åsikter skall ha rätten att fritt ge uttryck för dessa i alla frågor som berör dem. Barnets åsikter skall vidare tillmätas betydelse i förhållande till dess ålder och mognad. Detta framgår av såväl barnkonventionen som utlänningslagen. I sitt betänkande uttalade Barnkommittén att det inte var lämpligt att i lag stadga hur gammalt ett barn bör vara för att det skall anses vara meningsfullt att höra barnet. Alla barn har sålunda rätt att få ge uttryck för sina åsikter, men inte alla barn har rätt till att de tillmäts betydelse vid ett beslutsfattande.⁶²

Konventionen överlämnar till varje konventionsstat att själv avgöra om barnet skall höras direkt, genom ett ombud eller ett lämpligt organ och det skall ske på ett sätt som överensstämmer med den nationella lagstiftningens procedurregler. I det svenska stadgandet har lagts till att barnet inte skall höras om det är olämpligt. Det kan vara fallet om barnet t.ex. är litet eller om barnets psykiska hälsa talar mot det.⁶³ I samband med 2005 års lagstiftningsarbete fördes paragrafen in i utlänningslagens inledande kapitel för att markera betydelsen av att barnkonventionens artikel 12 följs. Vidare framhölls att formuleringen ”höras”

⁶⁰ 2004/83/EG, p. 20 i preambeln.

⁶¹ Schiratzki, J., A.a. s. 75.

⁶² SOU 1997:116, kap. 8.1.

⁶³ Wikrén G. och Sandesjö H., A.a. s. 59.

inte innebär detsamma som ”förhöras”.⁶⁴ Den markeringen har ett samband med att barnets rätt att komma till tals skall betraktas som just en rättighet, inte en skyldighet.

3.3 Migrationsverkets handläggning

3.3.1 Den nya handlägningsordningen

I och med införandet av den nya utlänningslagen den 1 april 2006 ändrades också instansordningen vid utlännings- och medborgarskapsärenden. Den tidigare Utlänningsnämnden har nu lagts ner och ersatts med ett domstolsförfarande i förvaltningsdomstol. Till följd därav är Migrationsverkets beslut numer överklagbara till ett antal Migrationsdomstolar, vilka utgörs av de tre länsrätterna i Stockholms län, Skåne län och i Göteborg. Migrationsdomstolarnas beslut kan i sin tur överklagas till Migrationsöverdomstolen som är sista och prejudicerande instans, vilken utgörs av Kammarrätten i Stockholm. För att Migrationsöverdomstolen skall ta upp ett överklagande till prövning krävs först att ett prövningstillstånd beviljas. Processen är en s.k. tvåpartsprocess, vilket innebär att den sökande och Migrationsverket möts som två parter i domstolen.⁶⁵ Vid införandet av den nya utlänningslagen underströks att tyngdpunkten vid prövningen i utlänningsärenden, liksom inom andra rättsområden, skall ligga i första instans, d.v.s. hos Migrationsverket.⁶⁶ Av 13 kap. 1 § UtlL framgår det att Migrationsverket inte får besluta om avvisning eller utvisning av en utlänning som i Sverige har ansökt om asyl, utan att det skett en muntlig förhandling i ärendet. Muntlig förhandling skall enligt paragrafen även annars företas på begäran av utlänningen om inte en sådan handläggning skulle sakna betydelse för att avgöra ärendet. Bestämmelsen om muntlig förhandling har även kompletterats med bestämmelsen i 13 kap. 3 § UtlL, vilken anger att de omständigheter som behöver klarläggas skall noga utredas vid den muntliga förhandlingen. Utlänningen skall vidare ges tillfälle att redogöra för sin ståndpunkt och att uttala sig om de omständigheter som åberopas i ärendet. Vidare finns i 13 kap. 4 § UtlL även intagen en bestämmelse om att utlänningen skall höras vid en muntlig förhandling. Under de senaste åren har det genomförts en reformering av Migrationsverkets arbetssätt vad gäller handläggningen av asylärenden. En betydelsefull skillnad i förhållande till den tidigare handlägningsformen är att sökanden skall träffa både handläggaren och beslutsfattaren i ärendet vid den muntliga handläggningen. Ytterligare en viktig skillnad är att ett större krav nu ställs på sökanden och dennes ombud vad gäller att lägga fram fakta och argument i ärendet. Det ankommer på sökanden själv att presentera sina yrkanden och de grunder han eller hon vill åberopa samt att ta fram eventuellt åberopade bevis.

Bakgrunden till den nya arbetsformen är att Migrationsverket år 2002 påbörjade en försöksverksamhet i regionerna Syd och Stockholm med en förändrad handlägningsform, den s.k. modellverksamheten, för att anpassa Migrationsverkets utrednings- och handlägningsmetoder till ett eventuellt framtida domstolsförfarande, samt för att öka effektiviteten och rättssäkerheten. I januari 2004 beslutade regeringen att den av region Syd tillämpade modellen skulle utvidgas till att gälla i hela verksamheten. Målsättningen var att den nya

⁶⁴ Prop. 2004/05:170, s. 269.

⁶⁵ Sveriges Domstolar, *Domstolsprocessen i utlännings- och medborgarskapsmål*.

⁶⁶ Prop. 2004/05:170, s. 153.

metoden skulle vara införd senast den 1 juli 2005.⁶⁷ Dock är det inte alla ärenden som handläggs enligt det nya arbetssättet.⁶⁸ Handläggning av barnärenden har i reformeringen ingått som en särskild punkt. Under 2003 bedrev Migrationsverket och Barnombudsmannen tillsammans en utbildning i att samtala med barn, vilken beslutades skulle fortsätta och utvidgas. Migrationsverket ålades även att vidta åtgärder för att säkerställa att barn kommer till tals och att deras situation redovisas i ärendena.⁶⁹

Vid förfarandet hos Migrationsverket och de två överinstanserna är den s.k. official- eller undersökningsprincipen gällande. Principen innebär att myndigheten har ansvaret för att ärendet är tillräckligt utrett. Det medför att utredningsansvaret i första hand ligger på myndigheten som skall leda utredningen och se till att den blir så fullständig som det aktuella ärendet kräver. Principen innebär emellertid inte att myndigheten alltid själv skall eller måste ombesörja utredningen, utan i många fall åligger det istället parterna att lägga fram för målet relevant material.⁷⁰ På så vis kan det sägas att ett visst utredningsansvar även ligger på den som är part i ärendet, vilket nu alltså även tydligare återspeglas i Migrationsverkets handläggning. I asylärenden ses barnet som part i ärendet med egen talerätt, däremot saknar det processbehörighet. Därför företräds barnet oftast av föräldrarna eller annan vårdnadshavare. För barn som kommer till Sverige med sin familj förordnas normalt ett gemensamt offentligt biträde för både barn och föräldrar.⁷¹ Istället för en självständig processbehörighet har alltså barnet en rätt att komma till tals, med utgångspunkt i den ovan refererade artikel 12 i barnkonventionen. Det är ett sätt att försöka säkerställa barnets rättssäkerhet.

3.3.2 Synnerligen ömmande omständigheter

3.3.2.1 Hälsotillstånd

När den nya utlänningslagen infördes 2006 var det flera remissinstanser som uttryckte farhågor och varnade för att i allt för hög grad betona barns ohälsa som ett skäl för att erhålla uppehållstillstånd i Sverige. Man menade att barnen riskerade att fara illa av de direkta och indirekta förväntningar som därmed skulle läggas på dem.⁷² Regeringen menade dock att formuleringen av 5 kap. 6 § 2 st. medger en lättnad i förhållande till de etablerade tolkningarna av ohälsa vid en bedömning av barns situation. Det innebär att ett permanent uppehållstillstånd kan ges till ett barn med stöd av aktuellt lagrum även när det inte handlar om någon livshotande sjukdom.⁷³ I ett vägledande beslut har regeringen uttalat att tillstånd för bosättning kan beviljas endast i undantagsfall, när det rör sig om en livshotande sjukdom för vilken vård inte kan beredas i hemlandet, eller när det föreligger ett handikapp av synnerligen allvarlig art. Faktorer som barnets

⁶⁷ UD2004/547/MAP.

⁶⁸ Vid en inledande sortering identifieras de ärenden som inte skall handläggas enligt det nya arbetssättet, däribland sådana där det från början står klart att permanent uppehållstillstånd skall beviljas, uppenbart ogrundade ansökningar samt Dublinärenden. Se vidare prop. 2004/05:170, s. 150 f. samt 169 f.

⁶⁹ Se vidare a. prop. s. 145 f.

⁷⁰ Bohlin, A. och Warnling-Nerep, W., *Förvaltningsrättens grunder*, s. 104.

⁷¹ Nilsson, E., *Barn i rättens gränsländ – Om barnperspektiv vid prövning om uppehållstillstånd*, s. 64.

⁷² Prop. 2004/05:170, s. 193.

⁷³ A. prop. s. 281.

framtida utveckling och livskvalitet måste här vägas in, liksom möjligheterna till vård i hemlandet samt de ekonomiska åtaganden som kan bli följderna av ett beviljat uppehållstillstånd. Sverige kan på flera områden erbjuda en bättre medicinsk vård än många andra länder, men samtidigt är vårdresurserna begränsade. I princip bör det enligt regeringen krävas att vården eller behandlingen kan leda till en förbättring av tillståndet eller att behandlingen är livsnödvändig. Samtidigt måste det beaktas om det finns möjlighet till vård i hemlandet.⁷⁴ I motivuttalanden i samband med ändringar i utlänningslagen år 1997 säger regeringen också att principen om barnets bästa ofta talar för ett beviljande av uppehållstillstånd. Samtidigt framhåller man att barnets bästa även måste vägas mot andra intressen, vilket som vi sett är acceptabelt utifrån barnkonventionen. Även då ett återvändande kan medföra stora påfrestningar måste således en avvägning göras.⁷⁵ Avgörande bör då vara i vilken grad barnets psykosociala utveckling kan antas medföra permanent skada av att återvända till hemlandet, vilket skall ses separat från de påfrestningar som en flyttning till andra miljöer ofta tillfälligt för med sig för ett barn. Det kan här vara av vikt att återigen trycka på att det i förarbetena framhålls att barnbestämmelsen även är avsedd att markera barns individuella asylskäl, samt att de måste prövas särskilt och inte enbart som en del av föräldrarnas ärenden. Att det framgår av beslutet att så skett ser dessutom regeringen som en självklarhet.⁷⁶

3.3.2.2 Anpassning till Sverige

Även barns anpassning till svenska förhållanden skall beaktas vid en bedömning av om synnerligen ömmande omständigheter föreligger i det enskilda fallet. Så var fallet även vid den tidigare formuleringen humanitära skäl och innan portalparagrafen om barnets bästa infördes i utlänningslagen. Sedan länge har barnfamiljer beviljats uppehållstillstånd p.g.a. lång vistelse i landet med hänvisning till barnets bästa. För att en sådan omständighet skall kunna läggas till grund för ett beviljande av uppehållstillstånd, tycks det dock krävas att vistelsetiden varit mycket lång. Som exempel kan tas ett rättsfall från 1997, där två pojkar från Bosnien-Hercegovina ansökte om uppehållstillstånd. De hade båda vistats i landet i två år och sex månader, vilket inte ansågs som tillräcklig anknytning för att rekvisitet enligt bestämmelsen skulle anses vara uppfyllt.⁷⁷ Istället kan en tidsperiod på hela fyra år användas som en måttstock för att barnets anknytning till landet skall kunna läggas till grund för uppehållstillstånd av humanitära skäl.⁷⁸ I förarbetena framhåller också regeringen att det är naturligt att ett barn i många avseenden snabbare anpassar sig till nya förhållanden än vuxna, men att ett barns anpassning till svenska förhållanden inte ensamt kan tillmätas avgörande betydelse. En samlad bedömning måste alltså alltid göras.⁷⁹ I sammanhanget är det av vikt att påminna om det avstånd som regeringen tog från en s.k. etnocentrisk syn i samband med införandet av portalparagrafen om barnets bästa. Att ett barn som följt med sina föräldrar till Sverige även följer med föräldrarna när de måste återvända till hemlandet ansågs inte i sig vara negativt

⁷⁴ Reg. 21-94.

⁷⁵ Prop. 1996/97:25, s. 249.

⁷⁶ Prop. 2004/05:170, s. 195.

⁷⁷ Utlänningsnämnden, 971112.

⁷⁸ Utlänningsnämnden, 970324.

⁷⁹ Prop. 2004/05:170, s. 191 och 281.

för barnet. Regeringen fann alltså att det inte kan sägas att det generellt skulle allvarligt skada ett barn i dess psykosociala utveckling att följa med sina föräldrar till ett annat land, i all synnerhet då det rör sig om hemlandet. Detta anses enligt samma uttalande vara fallet även för barn som vistats i Sverige ”under den betydande men dock begränsade tid som ett slutgiltigt avgörande av ansökan om uppehållstillstånd kan kräva under normala förhållanden”.⁸⁰ Införandet av bestämmelsen om en mildare bedömning av synnerligen ömmande omständigheter för barn i 5 kap. 6 § 2 st. UtlL är inte avsedd att ändra dessa ställningstaganden.⁸¹ En viktig förändring skedde dock i juli 2005 då regeringen fattade ett vägledande beslut i ett ärende angående en pojke från Uzbekistan med s.k. uppgivenhetssyndrom. I beslutet understyrker regeringen att det vid bedömningen av humanitära skäl i ärenden som rör barn måste beaktas om ett återsändande kan utgöra en risk för barnets hälsa eller utveckling. Som generell riktlinje gäller fortfarande att det inte kan antas vara till skada för barnet att återvända till ett annat land med sina föräldrar, särskilt inte när det rör sig om hemlandet. Men *avgörande* blir emellertid i vilken grad barnet kan antas få bestående skada i sin psykosociala utveckling. Regeringen framhåller att vid den bedömningen bör sådana faktorer som barnets psykiska hälsotillstånd, i vilken grad återvändandet i sig skulle skada barnets utveckling, upplevelser i hemlandet och vistelsetiden i Sverige beaktas.⁸² Beslutet medförde också att Migrationsverket antog nya riktlinjer som gäller samtliga asylärenden som rör barn.⁸³

3.3.3 Handläggningen av barns asylärenden i praktiken

Principen om barnets bästa fick ett starkare fäste i den svenska utlänningslagen då portalbestämmelsen infördes år 1997. Genom att återge tre mer omfattande fallstudier som publicerats i syfte att undersöka vilket genomslag bestämmelsen fått vid den praktiska tillämpningen av barns asylärenden, är min förhoppning att kunna visa på en eventuell utveckling på området.

3.3.3.1 Barnombudsmannens studie 2000

Barnombudsmannen publicerade år 2000 rapporten ”Barnets bästa i asylärenden”. Det är en studie av samtliga asylbeslut som behandlar barnfamiljer, fattade av Migrationsverket i Region Stockholm i Solna under en femmånaders period. Sammanlagt granskades 88 beslut, varav 52 beslut gällde avvisning och 36 beslut gällde beviljande av permanent uppehållstillstånd. Syftet med studien var att utreda på vilket sätt införandet av portalbestämmelsen om barnets bästa i utlänningslagen fått genomslag i praxis och beslut. Barnombudsmannens sammanfattande bedömning av dåvarande Statens Invandrarverks (SIV) handläggning är att den inte tillvaratar barnets rättigheter på ett sätt som motsvarar de krav som ställs upp i förarbetena till utlänningslagen. Man framhåller att det inte helt kan uteslutas att barnets bästa haft en faktisk betydelse i tillståndsbedömningen, men att något tydligt barnperspektiv inte kan skönjas i besluten. Fortfarande så omnämns barnen ofta som bihang till föräldrarna, barnens

⁸⁰ Prop. 1996/97:25, s. 249.

⁸¹ Prop. 2004/05:170, s. 282.

⁸² Reg. 101-5.

⁸³ Migrationsverket, *Utlänningshandboken*, kap. 37.2.

egna asylskäl redovisas inte i tillfredsställande omfattning och många barn tycks inte ha fått komma till tals. Den mest anmärkningsvärda slutsatsen som barnombudsmannen drar av studien handlar om i hur liten utsträckning barn uppfattas som egna deltagande individer i asylprocessen. Hela 65 procent av de barn som ingick i studien beskrevs genom uttryck som t.ex. ”hans/hennes familj” och ”deras barn/söner/döttrar”. Dessutom var det fyra barn som inte omnämndes i besluten överhuvudtaget. Att barnets bästa inte fått något genomslag vid tidpunkten för studien framgår av att det vid 78 procent av besluten inte på något sätt redovisats någon bedömning av principen. Endast i elva av de totalt 88 granskade besluten redovisades en välgrundad bedömning av barnets bästa. Det framgick också att ombudet särskilt åberopat barnets bästa i sitt yrkande i endast tre beslut. Det visar att de flesta bedömningarna av barnets bästa som redovisats i tillfredsställande utsträckning har gjorts ex officio. Vidare framgår av studien att det i ytterst få fall som barnets egna åsikter kommer fram. Endast i fyra beslut av de totalt 88 besluten redovisades att barnet hade fått komma till tals. Gemensamt för de fyra barnen var att de alla var något äldre, mellan 12-17 år, samt att de hade egna asylskäl eller skyddsbehov. Till sist visar studien också att det bland handläggare och beslutsfattare saknas nödvändig kompetens för att genomföra samtal med barn och klargöra barnets egen inställning i frågan på ett meningsfullt sätt. Brister i kunskaper har även kunnat skönjas angående tolkningen av utlänningslagens särskilda barnbestämmelser.

3.3.3.2 Rädsla Barnens rapport 2003

I mars 2003 presenterade Rädsla Barnens rapporten ”Barns egna asylskäl”, vilket var resultatet av en studie av i vilken utsträckning de asylprövande myndigheterna uppmärksammade och beaktade barns egna asylskäl. Studien gjordes med anledning av att psykologer och psykoterapeuter på Rädsla Barnens kriscentrum uppmärksammat att allt fler barn berättade om egna upplevelser av tortyr, fängslanden och andra allvarliga trakasserier i sina hemländer. Trots detta var det fortfarande en mycket liten andel av barnen som beviljades uppehållstillstånd som ansågs vara flyktingar eller skyddsbehövande i övrigt. Kartläggningen påvisar faktumet att det finns brister i handläggningen av barns asylärenden. Bl.a. så är det endast 20 procent av barnen som kommit till Sverige med sin familj som hörts av Migrationsverket angående sina asylskäl. Det finns även brister i myndigheternas bedömning av barnens åberopade skäl. För drygt en tredjedel av barnen har åberopats egna asylskäl och/eller humanitära skäl, själva eller genom föräldrarna. Av dessa har endast 32 procent fått en noggrann bedömning av skälen i Migrationsverkets eller Utlänningsnämndens beslut. Efter att denna rapport publicerats vidtog en rad åtgärder för att förbättra situationen. Sedan årsskiftet 2001/2002 skall alla föräldrar som rutin tillfrågas om de mindre barnen i familjen har egna skäl för uppehållstillstånd samt om föräldrarna anser att deras barn bör höras. Äldre barn skall däremot själva tillfrågas. Utgångspunkten för dessa rutiner är Migrationsverkets rapport ”Barn i utlänningsärenden” från 2001. Någon särskild åldersgräns för när barnet skall höras personligen finns inte fastslagen, utan tanken är att en individuell bedömning skall göras utifrån det enskilda barnets mognadsnivå. Migrationsverket har även i ett forskningsprojekt tillsammans med barnombudsmannen och Institutionen för beteendevetenskap vid Linköpings universitet utarbetat en kognitiv utredningsmetod. Målet med metoden är att öka kvaliteten på handläggarnas samtal med barn. I samband med detta

forskningsprojekt erbjöds även utbildning till ett antal handläggare med särskild inriktning på asylärenden angående ensamkommande barn. Målet var att förbättra deras kompetens, grundsyn och förhållningssätt till hur barn bör bemötas då deras flyktingstatus är under utredning. Enligt Migrationsverket fortsatte även utbildningen under 2004 och 2005.⁸⁴

Några år senare presenterade Rädda Barnen den uppföljande rapporten ”Barns egna asylskäl – Uppföljande kartläggning 2005”. Anledningen var att man ville undersöka huruvida de vidtagna åtgärderna också fått genomslag i den praktiska tillämpningen. Syftet var också att öka kunskaperna om barnets situation i asylprocessen och skapa en utgångspunkt för ytterligare förbättringar i handläggningen av barns asylärenden.

3.3.3.3 Rädda Barnens uppföljande rapport 2005

I förevarande undersökning har totalt 50 barns ärenden granskats. Utav dessa var 45 stycken barn som kommit till Sverige tillsammans med sin familj. I studien fokuserade man på i vilken omfattning barnet kommit till tals, om det framkommit egna grunder för uppehållstillstånd för barnen, vilka problem och svårigheter som barnen berättat om samt huruvida Migrationsverket och Utlänningsnämnden tagit hänsyn till barnens individuella skäl.

Som framgått ovan har konventionsstaterna själva möjlighet att avgöra på vilket sätt som barnet skall höras. Enligt Migrationsverkets handbok skall barnets ålder, mognad och eventuellt motstridiga intressen till vårdnadshavaren vara avgörande för om barnet skall höras genom föräldern, i föräldrarnas närvaro eller ensamt. Samråd med föräldrarna skall alltid ske innan barnet hörts i asylutredningen.⁸⁵ I Rädda Barnens kartläggning har undersökts om barnet har hörts under utredningen, om det finns dokumenterat att utredaren är en särskild barnhandläggare⁸⁶ samt om barnet, om barnet inte har hörts, har tillfrågats om hon eller han vill höras.

På *Migrationsverket* granskades 32 ärenden rörande s.k. familjebarns asylskäl. Utav dessa var det 12 barn i åldern 8-17 år som inte hade hörts under utredningen. I två av fallen framgår det av handlingarna i respektive ärende att barnen har tillfrågats om hon eller han vill höras, däremot saknas motivering till varför så inte har skett. I dessa två fall liksom i ytterligare tre fall är det föräldrarna som tillfrågats om eventuella skäl för barnen. Vid *Utlänningsnämnden* granskades totalt 13 ärenden med s.k. familjebarn. Inte i något fall har det hållits någon muntlig förhandling med vare sig barn eller föräldrar. 9 utav dessa barn har heller inte hörts av Migrationsverket. I resterande fall där Migrationsverket inte har hört barnen eller där man inte har tillfrågat vare sig barnen eller föräldrarna, har Utlänningsnämnden inte heller återförvisat ärendet för den orsaken att Migrationsverket inte hört barnet under asylutredningen. Varför barnen inte hörts framgår inte.⁸⁷

⁸⁴ Rädda Barnen, *Barns egna asylskäl – Uppföljande kartläggning 2005*, s. 12 f.

⁸⁵ Migrationsverket, *Utlänningshandboken*, kap. 37.5.

⁸⁶ Med barnhandläggare menas sådan handläggare som genomgått Migrationsprogrammets utbildningar i barns utveckling och i att utreda barn, eller som genom annan utbildning eller erfarenhet tillägnat sig motsvarande kunskaper. Migrationsverket, *Utlänningshandboken*, kap. 37.3.3.

⁸⁷ Rädda Barnen, A.a. s. 21 f.

Av de totalt 32 barnen på *Migrationsverket* är det sammanlagt 26 barn som åberopat egna skäl för uppehållstillstånd. Det är viktigt att här tänka på att man vid en ansökan kan åberopa flera olika skäl för att få ett beviljat uppehållstillstånd⁸⁸. De barn som åberopat egna skäl har antingen framfört dem själva eller också har deras föräldrar berättat om dem under deras asylutredning. Av de 13 s.k. familjebarnen vid *Utlänningsnämndens* ärenden är det 9 barn som åberopat egna skäl för uppehållstillstånd. Fyra barn har inte åberopat några skäl alls tills stöd för sitt överklagande. Tre av dessa fyra barn har inte hörts eller tillfrågats om hon eller han vill höras under utredningen.⁸⁹

För att bedöma om Migrationsverket och Utlänningsnämnden har tagit hänsyn till de angivna barnens skäl har Rädda Barnen i sin undersökning använt sig av följande indelning: väl motiverade beslut, delvis motiverade beslut, formellt motiverade beslut och slutligen ingen motivering alls. Efter en sammanställning visade det sig att endast 21 procent av ärendena, d.v.s. fyra s.k. familjebarns ärende, var väl motiverade. 44 procent av ärendena var delvis motiverade. Detta innebär att man i beslutet delvis tagit hänsyn till att ärendet rör ett barn och delvis bedömt vad som framkommit angående barnet. Däremot kan bedömningen av barnets skäl med hänsyn till portalparagrafen om barnets bästa ha motiverats väl. I 26 procent av fallen var beslutet endast formellt motiverat. Man har då gjort en bedömning genom att motivera utifrån de formella grunderna för att en ansökan om asyl eller uppehållstillstånd skall beviljas. Slutligen hade Migrationsverket och Utlänningsnämnden i 9 procent av fallen inte över huvud tagit hänsyn till att ärendet rör ett barn eller bedömt vad som framkommit angående barnet.⁹⁰

Sammanfattningsvis kan det utifrån Rädda Barnens kartläggning alltså konstateras att det fortfarande finns betydande brister i handläggningen av barns ärenden angående ansökan om uppehållstillstånd. Man kan dock se antydning till en positiv trend att en större andel av de barn som hörts, har gjort det ju senare ansökan har kommit in och asylutredningen ägt rum. 2005 års uppföljande kartläggning visar även på en ökning av antalet hörda barn jämfört med den undersökning som gjordes 2003.⁹¹ Ytterligare en uppföljande kartläggning förväntas publiceras under hösten 2007. Då skall man bl.a. utvärdera på vilket sätt den nya utlänningslagen har haft för påverkan på handläggningen.

3.3.3.4 Slutsatser att dra utifrån rapporterna

Efter att ha läst dels Barnombudsmannens rapport från 2001 och dels Rädda Barnens två rapporter från 2003 och 2005, framgår det ganska tydligt att en självständig bedömning av barns egna asylskäl är något mycket sällsynt. Utifrån de tre rapporterna kan vi också se att barnen kommer till tals i en ökad utsträckning, d.v.s. att det har skett en utveckling över tiden. Däremot så får barnens berättelser fortfarande en liten betydelse i själva bedömningen. Vuxna har alltså blivit något bättre på att lyssna på barnen, men är fortfarande dåliga på att ta till sig berättelserna och ge dem betydelse.

⁸⁸ Asylskäl, humanitära skäl (d.v.s. synnerligen ömmande omständigheter) eller övriga skäl (t.ex. anknytning).

⁸⁹ Rädda Barnen, A.a. s. 23 f.

⁹⁰ Rädda Barnen, A.a. s. 25 f.

⁹¹ Rädda Barnen, A.a. s. 33.

4 Återspeglas barnets bästa i den svenska asylprocessen?

4.1 Inledning

I det följande kapitlet skall en återkoppling göras till det som redovisats ovan, i syfte att visa på den betydelse som barnets bästa har i asylprocessen. Min förhoppning är att kunna väcka en tanke och ett intresse hos läsaren för den problematik som ännu kan sägas råda på området.

4.1.1 Betydelsen av barnets bästa i asylprocessen

Som framgått i kapitel två finns det en svårighet i att ge ett enkelt eller entydigt svar på vad barnets bästa faktiskt innebär. Orsaken till detta kommer naturligt av att begreppets innehåll syftar till att omfatta enskilda barn i deras enskilda situation. Vad som är bäst för ett barn behöver naturligtvis inte vara det bästa för ett annat barn. Att göra en sådan bedömning innebär också ofta att svåra avväganden måste göras. Ibland kan det röra sig om avvägningar i förhållande till andra samhällsintressen. Emellertid är det av stor betydelse att man har som målsättning och krav att vid varje enskilt ärende undersöka och ta hänsyn till det enskilda barnet. Detta för att barn också är människor med lika rättigheter och som ofta befinner sig i ett utsatt läge utan möjlighet att själva ta tillvara sina rättigheter.

Trots att det i Sverige sedan flera år tillbaka finns en markerad strävan för att göra principen om barnets bästa till en införlivad del av alla verksamheter som rör barn, har det riktats kritik från flera håll rörande just bristen på ett sådant införlivande. Fortfarande utreds sällan barns egna asylskäl i tillräckligt stor omfattning. Det gäller i särskild hög grad barn som kommer till Sverige tillsammans med sin familj. Det i sin tur leder till att asylutredningarna ofta blir bristfälliga och inte tar hänsyn till det barnperspektiv som stadgas i utlänningslagen. I utlänningslagen står det att barnet som huvudregel skall höras i ärendet i samband med en asylansökan. Undantag kan göras om det kan anses vara olämpligt eller om barnet uppger att det inte vill höras. Denna rätt för barn att komma till tals spelar en viktig roll då det gäller att bedöma barnets bästa. Många av de barn som söker asyl bär på egna erfarenheter av förföljelse eller tortyr, som skulle kunna motivera att de skall betraktas som flyktingar. För att kunna ta del av dessa erfarenheter, som också skulle kunna ligga till grund för ett beviljande av asyl p.g.a. flyktingstatus, krävs det att barnet får möjlighet att berätta om dem. De flesta barn beviljas emellertid uppehållstillstånd p.g.a. synnerligen ömmande omständigheter, det som tidigare benämndes humanitära skäl. Det är en grund som ger ett svagare skydd i vissa situationer, än för de barn som betraktas som flyktingar och beviljas uppehållstillstånd på den grunden. För att kunna uppnå ett bättre beaktande av barnets bästa ställs det krav på att de handläggare, som i slutändan är de som ansvarar för att tillvarata barnets rättigheter, får den utbildning och förståelse som krävs. Det ställer också höga krav på en samverkan mellan alla de parter som är inblandade i handläggningen av asylärendena.

4.2 Förhållandet mellan barnets bästa och rätten att komma till tals

Principen om barnets bästa är som framgått ett mycket komplext begrepp. Det är flera omständigheter som kan eller skall vägas in vid en enskild bedömning av vad som är till barnets bästa. Till att börja med är det viktigt att uppmärksamma barnkonventionens betydelsefulla markering av barnet som individ med egna mänskliga rättigheter. Det är en utgångspunkt som skall vara gällande vid hanteringen av barns asylärenden, precis som den skall vara en utgångspunkt på alla övriga områden som rör barn.

FN:s barnrättskommitté har framhållit att en av de viktigaste dimensionerna av principen om barnets bästa är att det i varje enskilt ärende som berör barn skall göras en förhandsprövning. Det innebär att konsekvenserna av olika beslutsalternativ skall värderas innan ett slutligt beslut fattas. Vid den bedömningen skall aspekter av icke-diskriminering, rätten till liv, överlevnad och utveckling samt av rätten att komma till tals beaktas. Det gäller här för handläggaren att göra en sammanvägning av alla faktorer för att komma fram till ett beslut som på bästa sätt överensstämmer med vad som är till det bästa för barnet. En viktig aspekt i den bedömningen är rätten för barnet att själv komma till tals och göra sin åsikt och uppfattning hörd. Som diskuterats ovan är det många av de asylsökande barnen som bär med sig egna upplevelser och erfarenheter som kan innebära att de också har egna asylskäl. För att kunna ta del av dessa erfarenheter krävs det att barnet får en möjlighet att berätta om dem. Barnets bästa skall därför också alltid vara föremål för en aktiv bedömning, där barnets intressen undersöks och tas i beaktande. Med andra ord skall beslut rörande barn fattas utifrån ett barnperspektiv, vilket innebär att se barnet som expert på sin egen situation.

Men som framkommit av de ovan redovisade undersökningar som gjorts av Rädda Barnen och Barnombudsmannen finns det idag fortfarande brister vad gäller just barnets möjlighet att komma till tals. Bristen omfattar också det faktum att det de berättar inte tillmäts någon eller tillräcklig betydelse vid fattande av beslut. Marie-Louise Lundberg är Leg. psykolog och Fil. dr. och arbetar som enhetschef i Teamet för krigs- och tortyrskadade vid barn- och ungdomspsykiatriska kliniken på universitetssjukhuset i Malmö. Hon menar att barns upplevelser ofta är så fasansfulla att de vuxna inte klarar av att ta dem till sig. Detta ser hon som en bidragande orsak till att barns berättelser inte tas på allvar, eftersom de bedöms som alltför hemska för att kunna anses vara sanna. Lundberg anser därför att man måste arbeta på att förbereda och utbilda de vuxna som skall lyssna på och bedöma det barnen säger. På så vis kan man även åstadkomma att det sätts en större tilltro till det som barnen berättar i samband med att de hörs.⁹² På liknande sätt framhåller barnombudsmannen Lena Nyberg att man måste arbeta på att förbättra vuxnas attityder gentemot barn och unga. Hon menar att man generellt kan säga att vuxna idag har en tendens att lyssna utan att ta till sig. Man värderar helt enkelt inte den kunskap som barn faktiskt har. Nyberg menar därför att en attitydförändring är nödvändig och förändringen skall ligga i att vuxna skall se att all kunskap är olika kunskap.⁹³

⁹² Lundberg, M-L., *Barnets bästa i asylprocessen – från ord till handling*, seminarium 2007-04-25 Malmö.

⁹³ Nyberg, L., *Barnets bästa i asylprocessen – från ord till handling*, seminarium 2007-04-25 Malmö.

4.3 Var brister det?

Som vi sett har rättigheter för barn en relativt lång tradition i Sverige. Det har kontinuerligt skett en utveckling på barnrättens område och förbättrade och förtydligande regleringar har nu införts även på asylrättens område vad gäller barn. Utifrån de rapporter som den svenska regeringen har lämnat in till FN: s barnrättskommitté och de efterföljande kommentarerna så har flera insatser gjorts för att förbättra förutsättningarna för att beakta barnets rättigheter i asylärendena. Migrationsverket har bl.a. utvärderat sina handläggningsprocedurer och gör så fortfarande. Genom att den s.k. modellverksamheten nu införlivas i Migrationsverkets alla enheter skall den sökande nu träffa både handläggaren och beslutsfattaren i ärendet vid den muntliga handläggningen. Större krav ställs nu också på ombuden och den sökanden själv för att presentera asylskälen. Här har nu ombuden en möjlighet att visa på barnets egna asylskäl, framhålla hur en sammanvägning av olika intressen kan göras i det aktuella ärendet och även ställa krav på ett tydligt och väl motiverat beslut från Migrationsverket. Detta är ett steg som är bra och viktigt att uppmärksamma. Men fortfarande så finns det uppenbarligen brister i hur handläggningen går till.

I regeringens regleringsbrev till Migrationsverket har under flera år tydligt markerats att målet är att barns egna asylskäl alltid skall utredas och bedömas samt redovisas i besluten. Det framhålls även särskilt att det skall finnas särskild barnkompetens vid de enheter som handlägger ärenden gällande barn.⁹⁴ Detta kan ses som ett bevis på att den politiska viljan eller medvetenheten ändå finns. Utifrån de undersökningar som vidtagits rörande handläggningen av barnärenden kan också sägas att framsteg har gjorts bl.a. vad gäller att höra barn. Det tyder på att ett arbete för en förbättring pågår, men det har emellertid ännu inte fått något mer framstående genomslag i praktiken. Men var ligger då bristen? Goda skäl finns för att påstå att det inte finns något enkelt eller entydigt svar på den frågan. Med tanke på att det är många parter och individuella situationer det rör sig om är det svårt att peka på en ensam faktor. Barnkonventionen lägger ett ansvar på alla offentliga och privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter och lagstiftande organ att vid alla åtgärder som rör barn låta barnets bästa komma i främsta rummet. Det innebär att ett ansvar behöver tas ända ner på tjänstemannanivå. Var och en som bemöter ett asylsökande barn har ett ansvar för att se till att barnets bästa ombesörjs. Samtidigt kan ingen ensam dra lasset, varför det också är mycket viktigt med en samverkan olika parter emellan. Det behöver även ske en kontinuerlig utvärdering och uppföljning av arbetet. Dessutom är det viktigt att framhålla betydelsen av fortlöpande utbildning av all berörd personal.

Så svaret på frågan som inledningsvis ställdes i kapitlets rubrik är att barnets bästa återspeglas till viss del. Flera framsteg har gjorts och en förbättring av lagstiftningen har skett stegvis, men fortfarande finns det mycket kvar att arbeta med. Framförallt gäller detta kanske utvecklingen inom Migrationsverket för att få fram mer utbildad personal och en mer enhetlig handläggning och bedömning av barns asylärenden på verkets olika enheter. Det skall bli mycket intressant att få ta del av regeringens fjärde rapport och barnrättskommitténs kommentar till den, och likaså den uppföljande rapporten från Rädda Barnen som planeras publiceras under hösten 2007.

⁹⁴ UD2006/53738/RIM, UD2005/19134/MAP, UD2004/11423/MAP.

5 Slutsats

Sverige har fått kritik från flera håll för att man inte lyckats med att integrera principen om barnets bästa och tillämpandet av ett barnperspektiv i den praktiska verksamheten som rör barn. Trots en uttalad ambition om att införliva principen i asylprocessen så finns det idag en tydlig brist i hur man beaktar barns egna asylskäl. Det innebär också att man inte respekterar barnet som en egen individ med egna erfarenheter och rättigheter. Glädjande nog så börjar det här problemet att uppmärksammas allt mer och vissa åtgärder har vidtagits för att förbättra situationen. Men det finns fortfarande mycket som behöver sättas fokus på och som kräver att ett ansvar tas av var och en ända ner på tjänstemannanivå. Det kräver också en attitydförändring bland vuxna som bemöter barnet. De behöver se barnet som en egen individ med värdefulla kunskaper och erfarenheter. Det är först när barnet uppmärksammas som en egen individ med samma rättigheter som vuxna i den praktiska tillämpningen, som vi kan prata om ett faktiskt genomslag av det betydelsefulla steg som togs 1989 i och med skapandet av konventionen för barns rättigheter.

Källförteckning

Artiklar

Alston, Philip, *The best interest principle: Towards a reconciliation of culture and human rights*, International Journal of Law and the Family, vol. 8, 1994, s. 1 – 25

Eekelaar, John, *The interest of the child and the child's wishes: The role of dynamic self-determinism*, International Journal of Law and the Family, vol. 8, 1994, s. 42 – 61

Broschyror

Sveriges Domstolar, *Domstolsprocessen i utlännings- och medborgarskapsmål*, 2006

Doktrin

Barnombudsmannen, *Barnets bästa – från vision till verklighet*, Fritzes, 2001

Bohlin, Alf och Warnling-Nerep, Wiweka, *Förvaltningsrättens grunder*, Norstedts Juridik, 2004

Hammarberg, Thomas, *Konventionen om barnets rättigheter*, Edita Norstedts Tryckeri AB, 2006

Hodgkin, Rachel och Newell, Peter, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, United Nations Publications, 2002

Nilsson, Eva, *Barn i rättens gränsland - Om barnperspektiv vid prövning om uppehållstillstånd*, Iustus Förlag, 2007

Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige. En rättsvetenskaplig undersökning*, Iustus Förlag AB, 2005

Schiratzki, Johanna, *Barnrättens grunder*, Studentlitteratur, 2002

Stern, Rebecca, *The Child's right to Participation – Reality or Rhetoric*, Universitetsstryckeriet, 2006

Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan., *Utlänningslagen med kommentarer*, Norstedts Juridik AB, 2006

Rapporter

Barnombudsmannen, *Barnets bästa i asylärenden*, 2000

Rädda Barnen, *Barns egna asylskäl*, 2003

Rädda Barnen, *Barns egna asylskäl – Uppföljande kartläggning 2005*, 2005

Nationellt offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1988/89:86

Prop. 1989/90:107

Prop. 1996/97:25

Regeringsbeslut

UD2004/11423/MAP

UD2004/547/MAP

UD2005/19134/MAP

UD2006/53738/RIM

Statens Offentliga Utredningar

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

SOU 2004:74. *Utlänningslagstiftning i ett domstolsperspektiv*

Årliga och sessionella rapporter

Socialdepartementet, *Sveriges tredje rapport till FN: s kommitté för barnets rättigheter. Om åtgärder och framsteg för att förverkliga konventionen om barnets rättigheter, 2002*

Internationellt offentligt tryck

Concluding observations/comments

Committee on the Rights of the Child, CRC/C15/Add.248

Considerations

Working Group, E/CN.4/L.1542

Working Group, E/CN.4/1989/48

Deklarationer

Declaration of the Rights of the Child, League of Nations O.J. Spec. Supp. 21, at 43 (1924)

Declaration of the Rights of the Child, A/RES/1386(XIV) (1959)

Universal Declaration of Human Rights, A/RES/217(III) (1948)

Direktiv

Europeiska Unionens råd, 2004/83/EG

General Comments

General Comment No. 17, A/44/40

General Comment No. 19, A/45/40

Konventioner

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, A/RES/34/180

Convention on the Rights of the Child, A/RES/44/25

The International Covenant on Civil and Political Rights, A/RES/2200(XXI)

The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, A/RES/2200(XXI)

Årliga och sessionella rapporter

Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, 1981, E/CN.4/L.1575

Rättsfall

Regeringen

Reg. 101-5

Utlänningsnämnden

Utlänningsnämnden, 970324

Utlänningsnämnden, 971112

Övrigt

Lundberg, Marie-Louise, *Barnets bästa i asylprocessen – från ord till handling*, seminarium 2007-04-25 Malmö

Migrationsverket, *Utlänningshandboken*, 2005 (2006)

Nyberg, Lena, *Barnets bästa i asylprocessen – från ord till handling*, seminarium 2007-04-25 Malmö