

EUROPADOMSTOLEN OCH BARNETS BÄSTA*

av Louise Dane**

1. Inledning

Principen om barnets bästa framkommer av flera internationella överenskommelser. Till exempel stadgas i artikel 3.1 i FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen) att ”vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, skall barnets bästa komma i främsta rummet.” Det anses idag allmänt vedertaget att principen ska beaktas vid samtliga avgöranden som rör barn.¹ Det råder således ingen förvirring om att principen ska beaktas. Däremot saknas en närmare definition av principen – vad betyder barnets bästa?

Att en princip saknar tydligt reglerat innehåll är inte i sig problematiskt. Men det väcker frågor. Kan vi utgå ifrån att principen om barnets bästa är samma princip inom alla rättsområden? Varierar innebörden av barnets bästa beroende av inom vilket rättsområde principen tillämpas?

Tillämpningen av principen om barnets bästa kan sägas innebära två steg. I det första steget ska vad som *är* barnets bästa utredas. I nästa steg ska (det identifierade) barnets bästa vägas mot andra, i det aktuella ärendet, rättsligt relevanta intressen.²

En bedömning av vad som *är* barnets bästa ska baseras på beprövad erfarenhet samt kunskap och forskning om vad som är bra för barn. Bedömningen måste dock vara individuell. Det är barnets bästa i det individuella fallet som ska identifieras. På så vis kan samma sakförhållanden, speglade i olika individuella situationer ge olika resultat. Att något anses vara bäst för ett individuellt barn innebär nämligen inte nödvändigtvis att det är det bästa för alla barn. I detta första steg (bedömning och utredning) är principen om barnets bästa att se som ett *tillvägagångssätt* (rule of procedure). En bedömning ska

* Artikeln har *peer review*-granskats.

** Studien har genomförts som en del av avhandlingsprojektet ”Barnets bästa i migrationsprocessen”.

¹ Angående påståendet att det idag anses allmänt vedertaget att principen om barnets bästa ska beaktas, se Europadomstolens resonemang i bland annat Neulinger och Shuruk mot Schweiz (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07) p. 135–136.

² Se FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet.

göras av betydelsen av beslutet för barnet. Vid steg två används principen om barnets bästa istället som en *rättsprincip*.³ När, det identifierade, barnets bästa ska vägas mot andra intressen är det nämligen fråga om att genomföra en *rättslig* avvägning mellan olika intressen. Här måste principen ha en hållfasthet.

När principen om barnets bästa förs in i nationella regelverk kan olika starka skrivningar användas. Detta kan påverka den rättsliga bedömningen på så vis att principen ges olika tyngd inom olika rättsområden. Att skrivningarna om barnets bästa är olika starka i olika svenska lagar⁴ samt att bestämmelserna dessutom tillämpas av olika förvaltningsmyndigheter och domstolar kan försvåra en jämförelse av bedömningar av barnets bästa mellan olika rättsområden utifrån nationell rätt. Eftersom den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) inte rymmer någon egen bestämmelse om barnets bästa och Europadomstolen därför snarast hämtar principen ur internationell rätt, europeisk rätt samt sedvanerätten bör det dock röra sig om precis samma princip som beaktas vid domstolens olika ärenden. Det rör sig alltså om samma domstol som tillämpar samma princip men inom olika rättsområden. Europadomstolens avgöranden lämpar sig därför särskilt bra för en jämförelse av om barnets bästa är en princip som tillämpas lika inom olika rättsområden.

I den här artikeln diskuteras om *vikten* och *innebörden* av principen av barnets bästa påverkas av inom vilken *måltyp* principen hanteras. De exempel som lyfts fram i artikeln är inte uttömmande, de är dock utvalda för att de illustrerar och exemplifierar *hur* olika faktorer ges olika betydelse inom olika måltyper vid bedömningen av vad som är ett barns bästa samt hur detta möjligtvis hänger ihop med det utrymme att låta barnens intressen vara avgörande som finns i steg två av tillämpningen av principen om barnets bästa (avvägningen mellan olika intressen).

Även om den undersökning som presenteras i denna artikel inte är tillräckligt omfattande för att några mer generella slutsatser ska kunna dras så visar studien på att det finns intressanta skillnader i Europadomstolens bedömningar. Något som i förlängningen innebär att principen, i dessa ärenden, inte ges den hållfasthet den borde.

³ Angående hela detta stycke, se FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet.

⁴ Principen om barnets bästa återfinns i svensk rätt i 6 kap. 2 a § föräldrabalken (1949:381), 1 kap. 2 § socialtjänstlagen (2001:453), 1 § lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, 1 kap. 10 § skollagen (2010:800) samt 1 kap. 10 § utlänningslagen (2005:716).

2. Teoretiska utgångspunkter

2.1 Europakonventionen och Europadomstolens roll

Sverige har varit med i Europarådet sedan starten år 1947. Europakonventionen antogs av rådet år 1950, ratificerades av Sverige år 1952 och gjordes till svensk lag, genom inkorporering, år 1995.⁵ Att Europakonventionen inkorporerats i svensk lag har gett konventionen, och de rättigheter den uppställer, en särskild ställning i svensk rätt. Alla beslut som fattas av svenska myndigheter, och alla lagar som meddelas,⁶ måste respektera konventionen. För att kontrollera att konventionsstaterna respekterar Europakonventionen har en domstol inrättats, Europadomstolen.⁷ Domstolens uppgift är att pröva om kränkningar av rättigheterna enligt Europakonventionen har skett när de nationella myndigheterna utövat sin makt, samt i nästa steg – om dessa kränkningar varit acceptabla eller ej. Domstolen är ingen överinstans och kan inte upphäva beslut som fattats av de nationella myndigheterna. Däremot kan domstolen döma ut skadestånd.⁸ Om en konventionsstat fällt för att ha kränkt en rättighet kan staten bli tvungen att vidta åtgärder så att framtida kränkningar kan förebyggas.⁹ Domstolens domar är bindande för konventionsstaterna.¹⁰ Europadomstolen är på så vis den högsta övervakaren av hur Sverige, och de andra konventionsstaterna, respekterar de mänskliga rättigheter som följer av Europakonventionen.

2.2 Principen om barnets bästa

FN:s barnrättskommitté har uttalat att principen om barnets bästa (artikel 3.1) är en av grundprinciperna i barnkonventionen.¹¹ Att barnets bästa var tänkt som en portalparagraf i barnkonventionen framgår även av diskussionerna i den arbetsgrupp som tog fram konventionen.¹² Det har argumenterats för att barnets bästa kan ses som en bas för alla övriga rättigheter i konventio-

⁵ Se lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁶ Se 2 kap. 19 § regeringsformen.

⁷ Se artikel 19 Europakonventionen.

⁸ Artikel 41 Europakonventionen.

⁹ Det är Europarådets ministerkommitté som, i enlighet med artikel 46 i Europakonventionen, övervakar verkställandet av Europadomstolens domar.

¹⁰ Artikel 46 Europakonventionen.

¹¹ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 5 (2003) om allmänna åtgärder för genomförande av FN:s konvention om barnets rättigheter, p. 12. Till grundprinciperna räknas artikel 2, 3, 6 och 12.

¹² SOU 1997:116, s. 127, se även Legislative history of the Convention on the Rights of the Child, United Nations, New York, 2007.

nen,¹³ och att barnets bästa på så vis är konventionens grundpelare.¹⁴ Principen om barnets bästa brukar presenteras som barnrättens viktigaste princip.¹⁵

Principen härleds ur två huvudtankar:¹⁶

1. Att barn är bärare av egna grundläggande mänskliga fri- och rättigheter, samt
2. Att barn är sårbara och behöver särskilt stöd och skydd.

En närmare definition av vad principen om barnets bästa innebär saknas.¹⁷ Flera försök har dock gjorts att *beskriva* principen om barnets bästa.¹⁸ Som utgångspunkt kan de övriga rättigheter som ställs upp i barnkonventionen användas.¹⁹ Det går dock inte att likställa barnets bästa med konventionens rättighetskatalog. Uppställningen av rättigheter i barnkonventionen är nämligen inte heltäckande, dessutom kan barnets bästa till viss del begränsas av barnets rättigheter.²⁰

Att en definition av barnets bästa saknas är ingen slump. Principen om barnets bästa har avsiktligt hållits öppet formulerad eftersom bestämmelsens öppenhet är viktig. Bedömningen av barnets bästa är en individuell bedöm-

¹³ Freeman, Michael, Article 3: The Best Interests of the Child, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, s. 1.

¹⁴ Sandesjö, Håkan, Barnrättsperspektivet i asylprocessen, 1. uppl., 2013, s. 37.

¹⁵ Schiratzki, Johanna, Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige: en rättsvetenskaplig undersökning, 2. uppl., 2005, s. 52.

¹⁶ Detta kommer bland annat till uttryck i barnkonventionens preambel.

¹⁷ Den arbetsgrupp som utarbetade barnkonventionen diskuterade inte någon ytterligare definition av barnets bästa, jfr Legislative history of the Convention on the Rights of the Child (2007). Enligt Alston verkar barnkonventionens upphovsmakare antingen ha tagit innebörden av konceptet för given eller ansett den oviktig att närmare diskutera, se Alston, Philip, The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights, 1994, 8 International Journal of Law and the Family, s. 1 och 11.

¹⁸ Se t ex Alston, Philip, The Best Interests of the Child, Clarendon Press, 1994, Hammarberg, Thomas, "The principle of the Best Interests of the Child – What it means and what it demands from adults" i Willems, Jan C. M. (red.), Children's Rights and Human Development: A Multidisciplinary Reader, Intersentia, Antwerp, 2010, Zermatten, Jean, The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function, International Journal of Children's Rights, Freeman, Michael, Article 3: The Best Interests of the Child, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007 samt Eekelaar, The Importance of Thinking that Children Have Rights, 1992, 6 International Journal of the Law and the Family, s. 230–231.

¹⁹ Schiratzki, Johanna, Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige: en rättsvetenskaplig undersökning, 2. uppl., 2005, s. 54, Thomas Hammarberg, "The principle of the Best Interests of the Child – What it means and what it demands from adults" i Willems, Jan C. M. (red.), Children's rights and human development: a multidisciplinary reader, Intersentia, Antwerp, 2010, s. 585, se även Handbok om Barnkonventionen, 1. uppl., UNICEF Sverige, 2008, s. 48.

²⁰ "Tolkningar av begreppet 'barnets bästa' kan inte gå före eller åsidosätta någon av de andra enskilda rättigheterna som garanteras i konventionens övriga artiklar", Handbok om Barnkonventionen, 1. uppl., UNICEF Sverige, 2008, s. 47.

ning – vad som är barnets bästa ska således tolkas utifrån *det enskilda barnets behov och situation*. Detta innebär även att principen om barnets bästa tolkas utifrån *vilket samhälle barnet lever i*. En bedömning av barnets bästa måste dock göras utifrån kunskap och beprövad erfarenhet. På så vis är barnets bästa en *kunskapsteoretiskt öppen princip* – kunskap måste sökas utanför rättskäl-lorna. Öppenheten i bestämmelsen är därför också viktig då den tillåter att vår uppfattning om vad som är barnets bästa förändras över tid – i takt med att nya forskningsrön och ny kunskap tillkommer. Svaret på vad som är barnets bästa måste baseras på vår kunskap om verkligheten.²¹

En bedömning av barnets bästa innebär således att en helhetsbedömning bör genomföras där i stort sett alla aspekter av ett barns liv – i någon mening – kan beaktas.²² Som hjälp har FN:s barnrättskommitté tagit fram en lista på faktorer att använda som utgångspunkt för vad som *ska* tas hänsyn till vid en bedömning av barnets bästa.²³

1) Barnets åsikter²⁴

Av barnkonventionens artikel 12 framgår att barn har rätt att uttrycka sina åsikter i varje beslut som rör dem. Om ett beslut inte tar hänsyn till barnets åsikter, eller inte ger barnets åsikter rätt tyngd i förhållande till barnets ålder och mognad, respekterar det inte heller barnets eller barnens möjlighet att påverka fastställandet av barnets bästa.

2) Barnets identitet²⁵

I barnets identitet ingår egenskaper som kön, sexuell läggning, nationellt ursprung, religion och trosföreställningar, kulturell identitet, personlighet. Barnets rätt att behålla sin identitet garanteras i barnkonventionen (artikel 8) och måste respekteras och beaktas i bedömningen av barnets bästa.²⁶

²¹ Ang. detta stycke se Kaldal, Anna, Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål, 2010, s. 214 f., samt Zermatten, Jean, The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function, *International Journal of Children's Rights* 18, 2010, s. 493 f.

²² Se Schiratzki, Johanna, Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige: en rättsvetenskaplig undersökning, 2. uppl., 2005, s. 52 och s. 64, Lundberg, Anna, Principen om barnets bästa i asylprocessen – ett konstruktivt verktyg eller kejsarens nya kläder?, 2009, s. 16 samt Kaldal, Anna, Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål, 2010, s. 214 f.

²³ Se FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, p. 52–79. Observera att det inte är någon uttömmande lista på vad ska beaktas som presenterats av FN:s barnrättskommitté.

²⁴ A.a., p. 53–54.

²⁵ A.a., p. 55–57.

²⁶ Som exempel nämner barnrättskommittén att om barn ska placeras i familjehem är det önskvärt med kontinuitet ifråga om barnets uppfostran och etniska, religiösa, kulturella och språkliga bakgrund (artikel 20.3). Seder som inte stämmer överens med, eller som strider mot rättigheterna i konventionen, är dock inte till barnets bästa, se FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, p. 56–57.

- 3) Bevarande av familjemiljön och upprätthållandet av relationer²⁷
Begreppet familj måste tolkas i bred bemärkelse och omfattar biologiska föräldrar, adoptiv- eller fosterföräldrar, eller, där det är tillämpligt, medlemmar av släkten eller lokalsamhället i enlighet med lokala sedvänjor.²⁸
- 4) Omsorg om barnet och barnets skydd och säkerhet²⁹
Begreppen ”omsorg” och ”skydd” ska tolkas i vid bemärkelse, då deras syfte inte uttrycks i negativ mening eller negativa termer (till exempel ”att skydda barnet från skada”) utan i relation till det övergripande målet att säkerställa barns ”välfärd” och utveckling. Barns välfärd (i en bredare bemärkelse) omfattar deras grundläggande materiella, fysiska, utbildningsmässiga och emotionella behov, liksom även deras behov av ömhet och trygghet.³⁰ Emotionell omvårdnad är ett grundläggande behov hos barn. Det är viktigt att barn utvecklar en trygg anknytning. Barn behöver knyta an till en omvårdare mycket tidigt i livet, och en sådan anknytning, om den är fullgod, måste upprätthållas över tid för att barnet ska få en trygg miljö.³¹
- 5) Utsatta situationer³²
Exempel på utsatta situationer ett barn kan befinna sig i är exempelvis att barnet har en funktionsnedsättning, tillhör en minoritetsgrupp, är flykting eller asylsökande, har utsatts för övergrepp eller lever som gatubarn.³³
- 6) Barnets rätt till hälsa³⁴
Vid en bedömning av barnets bästa är barnets rätt till hälsa, enligt artikel 24 barnkonventionen, och barnets hälsotillstånd mycket viktiga. Fördelar och eventuella risker med olika behandlingar ska övervägas.³⁵ Barnets bästa måste bedömas innan ett beslut fattas om att till exempel placera ett barn i boende. Även vid andra beslut, som exempelvis vid beslut om uppehållstillstånd, kan barnets hälsa och möjligheter till behandling behöva ingå i bedömningen och fastställandet av barnets bästa.³⁶
- 7) Barnets rätt till utbildning³⁷
Beslut som rör barn ska fattas på så vis att barnets, eller barnens, rätt till utbildning respekteras.³⁸

²⁷ A.a., p. 58–70.

²⁸ A.a., p. 59.

²⁹ A.a., p. 71–74.

³⁰ A.a., p. 71.

³¹ A.a., p. 72.

³² A.a., p. 75–76.

³³ A.a., p. 75.

³⁴ A.a., p. 77–78.

³⁵ A.a., p. 77.

³⁶ A.a., p. 78.

³⁷ A.a., p. 79.

³⁸ A.st.

Även om viss ledning således finns är barnets bästa en svårtolkad princip. En anledning till detta är just öppenheten i konceptet.³⁹ Uppfattningen av vad som är barnets bästa kan skilja sig åt beroende av vilka ”moraliska och kulturella värderingar” principen tolkas utifrån. Även om stater inte tillåts tolka barnets bästa hur som helst påverkas uppfattningen av vad som är barnets bästa oundvikligen av *vilket* samhälle ett barn lever i.⁴⁰

Även *inom* ett samhälle förekommer olika tolkningar av barnets bästa. Tolkningen av barnets bästa är ju knuten till *vilket* barn som avses – att något är bäst för ett enskilt barn innebär inte automatiskt att det är bäst för alla barn. Som nämnts ovan ska dock bedömningen av barnets bästa baseras på beprövat erfarenhet samt kunskap och forskning om vad som är bra för barn.

Det är viktigt att betona att *principen är densamma* – även om den är tillämplig inom olika rättsområden.⁴¹

3. Europadomstolens avgöranden

3.1 Urvalskriterier

3.1.1 Metod för urval

För att kunna göra en jämförelse av Europadomstolens bedömningar gällande barnets bästa krävs en studie av *vad* som beaktas samt *hur* det beaktas. För att kunna genomföra en sådan studie valdes rättsfall från Europadomstolen ut där principen om barnets bästa på något vis aktualiserats.

Till att börja med riktades studien in på artikel 8. Det blev dock tydligt att det fanns en betydande skillnad gällande barnets ”roll” i dessa ärenden beroende av rättsområde, barn i de ärenden som rörde utvisning var inte ”huvudpersoner” på samma vis som var fallet i övriga ärendekategorier där artikel 8 aktualiserades. När det gällde ärenden som rörde utvisningar behandlade de utvalda rättsfallen nämligen endast ärenden där en förälder skulle utvisas. Skillnaden var således att i dessa fall var barnet snarast en ”biperson” – en per-

³⁹ Schiratzki, Johanna, Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige: en rättsvetenskaplig undersökning, 2. uppl., 2005, s. 52, se även prop. 1989/90:107 s. 28, prop. 1997/98:7 s. 104. Se vidare Lundberg, Anna, Principen om barnets bästa i asylprocessen – ett konstruktivt verktyg eller kejsarens nya kläder?, 2009, s. 16.

⁴⁰ Staterna kan dock inte tolka barnets bästa på ett sätt som är alltför styrt av den egna kulturen och kan inte använda sin egen tolkning av barnets bästa för att neka barn rättigheter som garanteras i konventionen, se Handbok om Barnkonventionen, 1. uppl., UNICEF Sverige, 2008, s. 48 f.

⁴¹ Även Europadomstolen själv har uttryckt att ”it would be desirable if this notion of ‘best interests’ could always be interpreted in a consistent manner, regardless of the international convention invoked”, se Maumousseau och Washington mot Frankrike (dom den 6 december 2007, appl. no. 39388/05), p. 71.

son som kunde påverkas av beslutet att utvisa ”huvudpersonen” (föräldern). En fråga väcktes kring om Europadomstolen hanterar principen om barnets bästa annorlunda i de utvisningsärenden där barnet självt är huvudperson. Med anledning av denna undran utvidgades studien till att även omfatta Europadomstolens resonemang kring barnets bästa i fall som rör artikel 3. Tanken var att då möjligtvis kunna fånga in även fall där barn själva riskerar utvisning, där barn på så vis själva är huvudpersoner.

3.1.2 Artikel 8

I studiens första steg analyserades som nämnts endast rättsfall där artikel 8 aktualiserats. Urvalet skedde genom en sökning i Europadomstolens databas HUDOC⁴². Som ett första steg användes sökkoden ”‘best interest of the child’ OR ‘best interests of the child’”.⁴³ Genom detta identifierades 163 ärenden. Härfter filterades urvalet så att endast fall rörande artikel 8 återstod. Likaså sorterades ärenden med så kallad låg relevansgrad bort.⁴⁴ I de fall där avgöranden från såväl Grand Chamber som The Chamber fanns har jag valt att endast ta med avgörandet från Grand Chamber. Till slut återstod 121 fall varav 50 stycken slumpvis valdes ut.

Dessa 50 rättsfall går att dela in i sju olika underkategorier – baserat på vilka frågor som aktualiseras – nämligen:

1. Utvisning (11 fall)
2. Vårdnad/umgänge: (11 fall)
3. Fastställande av föräldraskap: (4 fall)
4. Adoption: (4 fall)
5. Tvångsomhändertagande: (11 fall)

⁴² <http://hudoc.echr.coe.int>.

⁴³ Observera att detta urval innebär att samtliga fall där domstolen i och för sig hanterar ärenden som rör barn men inte uttryckligen tar upp formuleringen ”barnets bästa” faller bort.

⁴⁴ Jag har valt bort de avgöranden som varit markerade med relevansgrad (3) och endast tagit med ”importance level 1, 2” samt ”case reports”. ”Case reports” avser alla ärenden som publicerats eller valts ut för publikation i domstolens ”Official Reports of Judgments and Decisions” sedan införandet av den nya domstolen 1998, tidigare domar har sorterats in under nivå 1, 2 och 3. Relevansgrad 1 motsvarar ärenden av ”high importance”, det vill säga ärenden som innebär en viktig utveckling, förtydliganden eller innebär en modifikation av domstolens praxis, antingen generellt eller visavi en specifik stat. Relevansgrad 2 motsvarar ”medium importance”, det vill säga de ärenden som inte är lika viktiga som de med relevansgrad 1 men som fortfarande går utöver att endast upprepa tidigare praxis. Relevansgrad 3 är ärenden som kategoriserats vara av ”low importance”, det vill säga ärenden som endast upprepar tidigare praxis. Det är dock viktigt att betona att vilken relevansgrad ett ärende ansetts ha inte nödvändigtvis innebär att det är diskussionen om barnets bästa som når upp till en vis relevansgrad – graden gäller istället samtliga argument som framförs i ärendet.

6. Bortförande av barn: (5 fall)
7. Övriga: (5 fall)⁴⁵

De fall som föll in under kategorin ”övriga” berörde på något vis artikel 8, men bara kort. Fokus i ärendena låg på någon av övriga artiklar i Europakonventionen, alternativt så hade avgörandet ännu inte vunnit laga kraft. Dessa ärenden plockades därför bort ur studien.

3.1.3 Artikel 3

Urvalet av ärenden rörande artikel 3 skedde på samma vis som vid urvalet av ärenden rörande artikel 8. Härigenom identifierades till slut 12 ärenden.⁴⁶ Dessa rättsfall går att dela in i tre olika underkategorier – baserat på vilka frågor som aktualiseras – nämligen:

1. Sexuella övergrepp (6 fall)
2. Frihetsberövanden (3 fall)⁴⁷
3. Migrationsärenden:
 - a. Förvar (2 fall)
 - b. Utvisning⁴⁸ (1 fall)

3.1.4 Totalt

Av de avgöranden som ursprungligen valdes ut för studien har tre ärenden⁴⁹ studerats i samband med såväl artikel 3 som artikel 8. Utöver de ärenden som,

⁴⁵ Detta var ärendena D.H. m.fl. mot Tjeckien (dom den 13 november 2007, appl. no. 57325/00), Deyanov mot Bulgarien (dom den 30 september 2010, appl. no. 2930/04), Juppala mot Finland (dom den 2 december 2008, appl. no. 18620/03). Samt A.K och L mot Kroatien (dom den 8 januari 2013, appl. no. 37956/11).

⁴⁶ Sökningen gav 15 ärenden men ett av dessa, Blokhin mot Ryssland (Application no. 47152/06) var hänvisat till Grand Chamber och ännu inte slutligt avgjort. Ytterligare ett ärende, Pretty mot Förenade kungariket (dom den 29 april 2002, appl. no. 2346/02), gällde endast en vuxen utan barn (barnets bästa nämndes i texten endast i förbifarten i ett referat av ett annat mål) och ett av fallen, Mircea Dumitrescu mot Rumänien (dom den 30 juli 2013, appl. no. 14609/10), rörde artikel 8 och alltså inte artikel 3. Av dessa anledningar togs dessa tre fall bort ur studien.

⁴⁷ Två av de identifierade fallen gäller förvar. Resonemangen i dessa fall liknar resonemangen i fallen som rör frihetsberövanden men jag har ändå valt att placera förvarsärendena under underkategorin migration då dessa fall även innehåller resonemang om minderåriga migranternas särskilda utsatthet.

⁴⁸ Ärendet Hussein mot Sverige (dom den 13 oktober 2011, appl. no. 10611/09) rörde en pappa som skulle utvisas efter att ha dömts för grov kvinnofridskränkning. Mannen anförde att han skulle riskera att utsättas för tortyr vid ett återvändande. Eftersom mannen hade fru och barn i Sverige väcktes även frågan om utvisningen skulle innebära en kränkning av artikel 8. Barnets bästa tas endast upp i samband med resonemangen kring artikel 8 varför detta ärende behandlats i samband med analysen av artikel 8 och inte artikel 3.

⁴⁹ Scozzari och Giunta mot Italien (dom den 13 juli 2000, appl. nos. 39221/98 och 41963/98),

enligt vad som beskrivits ovan, valdes ut för att ingå i studien behandlar den här artikeln dessutom tre nyligen meddelade domar. Samtliga ärenden rör migrationsrättsliga frågor: två fall⁵⁰ rör artikel 8 och ett fall⁵¹ rör artikel 3. Sammanlagt omfattar studien som presenteras i denna artikel alltså 57 avgöranden fördelade enligt följande:⁵²

1. Sexuella övergrepp (6)
2. Frihetsberövanden (3)⁵³
3. Migrationsärenden
 - Förvar (2)
 - Mottagningsförhållanden⁵⁴ (1)
 - Utvisning (12)
4. Vårdnad (11)
5. Fastställande av föräldraskap (4)
6. Adoption (4)
7. Tvångsomhändertagande (11)
8. Bortförande av barn (5)

3.2 Europadomstolen och principen om barnets bästa

Europakonventionen innehåller inte någon uttrycklig bestämmelse om att hänsyn ska tas till barns bästa. Domstolen har dock varit tydlig med att Europakonventionen inte existerar i ett vakuum – principer gällande mänskliga rättigheter som följer av internationell rätt måste följas.⁵⁵ Europadomstolen har, vid flera tillfällen, specifikt uttalat att i samtliga fall som rör barn ska deras

Mubilanzila Mayeka och Kaniki Mitunga mot Belgien (dom den 12 oktober 2006, appl. no. 13178/03) samt C.A.S. och C.S. mot Rumänien (dom den 3 mars 2012, appl. no. 26692/05).

⁵⁰ Jeunesse mot Nederländerna (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10) och Adeishvili (Mazmishvili) mot Ryssland (dom den 16 oktober 2014, appl. no. 43553/10).

⁵¹ Tarakhel mot Schweiz (dom den 4 november 2014, appl. no. 29217/12).

⁵² Observera att de ärenden som behandlats i samband med såväl artikel 3 och artikel 8 förekommer på flera ställen i uppställningen nedan varför antalet fall uppdelat på ämnen inte överensstämmer med det totala antalet rättsfall som studerats.

⁵³ Två av de fall som identifierats gällande artikel 3 rör förvar. Argumentationen i dessa två underkategorier liknar varandra mycket men jag har ändå valt att placera förvarsärendena under underkategorin migration.

⁵⁴ Domen Tarakhel mot Schweiz (dom den 4 november 2014, appl. no. 29217/12) rör det mottagande en asylsökande barnfamilj skulle få vid ett återsändande till Italien i enlighet med Dublinförordningen (Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 604/2013 av den 26 juni 2013 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandsmedborgare eller en statslös person har lämnat in i någon medlemsstat (omarbetning).

⁵⁵ Se bland annat Maumousseau och Washington mot Frankrike (dom den 6 december 2007, appl. no. 39388/05), p. 60.

bästa vara av största vikt.⁵⁶ Domstolen har härlett principen om barnets bästa ur såväl barnkonventionens artikel 3 som ur artikel 24 i EU:s rättighetsstadga⁵⁷. Rättighetsstadgan är sedan år 2009 bindande för EU:s medlemsstater. Att stadgan så tydligt lyfter fram barns rättigheter har gett principen om barnets bästa ytterligare tyngd, särskilt för de av Europarådets medlemsstater som även är medlemmar i EU.

3.3 Europadomstolens syn på utredningen av barnets bästa

Att Europadomstolen ska beakta principen om barnets bästa vid beslut som rör barn är klart.⁵⁸ På vilket sätt detta ska ske är dock betydligt mer oklart. När det gäller bedömningen om *vad* som är bäst för (ett) barn har domstolen tydligt framhållit att utredningen av detta primärt är en uppgift för de nationella myndigheterna.⁵⁹ Europadomstolen har påpekat att nationella myndigheter ofta har fördelen att kunna ha en direkt kontakt med de berörda personerna.⁶⁰ Domstolen har vidare förtydligat att dess roll inte är att säga *hur* nationella domstolar borde ha bedömt frågan om barnets bästa.⁶¹ Europadomstolens roll är således inte att ersätta de nationella myndigheterna utan att

⁵⁶ Se t ex *Jeunesse mot Nederländerna* (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10), p. 118: "On this particular point, the Court reiterates that there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of paramount importance (see *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, cited above, § 135, and *X v. Latvia*, cited above, § 96)", se även p. 84 i *Nunez mot Norge* (dom den 28 juni 2011, appl. no. 55597/09): "Reference is made in this context also to Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child, according to which the best interests of the child shall be a primary consideration in all actions taken by public authorities concerning children (see *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* [GC], no. 41615/07, § 135, ECHR 2010-...).” samt *Neulinger och Shuruk mot Schweiz* (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07), p. 135. "The Court notes that there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount (see the numerous references in paragraphs 49–56 above, and in particular Article 24 § 2 of the European Union's Charter of Fundamental Rights). As indicated, for example, in the Charter, '[e]very child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests'."

⁵⁷ Artikel 24 i EU:s rättighetsstadga handlar om barnets rättigheter. Av artikeln framkommer bland annat att vid alla åtgärder som rör barn ska barnets bästa komma i främsta rummet.

⁵⁸ Se not 1. Se även *Kilkelly, Ursula, The Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of the UN Convention on the Rights of the Child*, *Human Rights Quarterly* 23 (2001), s. 308–326.

⁵⁹ "That task [utredningen av det bästa för barnet] is primarily one for the domestic authorities, which often have the benefit of direct contact with the persons concerned.", *Hokkanen mot Finland* (dom den 23 september 1994, appl. no. 19823/92) p. 55.

⁶⁰ A.st.

⁶¹ "As regards the child's interest, the Court observes that it is not for it to say how the domestic courts should have evaluated that issue.", *Kosmopoulou mot Greece* (5 februari 2004, appl. no. 60457/00), p. 48.

granska om de beslut som fattats av dessa myndigheter, när de utövat sin makt, överensstämmer med konventionens bestämmelser.⁶²

Av det material som studerats verkar detta innebära att domstolen generellt inte närmare resonerar kring vad som är bäst för ett barn i de fall där domstolen finner att tillfredsställande underlag finns, att tillfredsställande åtgärder vidtagits eller att en tillfredsställande undersökning gjorts.⁶³ När domstolen är missnöjd med de avvägningar eller det arbete nationella myndigheter bedrivit framkommer det oftast explicit, som exempelvis i det här stycket:

”In examining whether there were insurmountable obstacles for the applicant and her family to settle in Suriname, the domestic authorities had *some* regard for the situation of the applicant’s children (see paragraphs (under 2.19 and 2.21), 28 and 34 (under 2.4.5) above). *However, the Court considers that they fell short of what is required* in such cases and it reiterates that national decision-making bodies should, in principle, advert to and assess evidence in respect of the practicality, feasibility and proportionality of any such removal in order to *give effective protection and sufficient weight to the best interests of the children* directly affected by it (see above § 109). *The Court is not convinced* that actual evidence on such matters was considered and assessed by the domestic authorities. *Accordingly, it must conclude that insufficient weight was given to the best interests of the applicant’s children in the decision of the domestic authorities to refuse the applicant’s request for a residence permit* [min kursivering].”⁶⁴

När domstolen inte är nöjd med de nationella myndigheternas arbete aktualiseras en slags implicit diskussion kring vad som ryms inom principen om barnets bästa där, i vissa fall, olika faktorer som enligt Europadomstolen bör beaktas lyfts fram:

”in cases concerning family reunification, *the Court pays particular attention to the circumstances of the minor children concerned, especially their age, their situation in the country or countries concerned and the extent to which they are dependent on their parents* [min kursivering].”⁶⁵

⁶² ”The Court’s task is not to substitute itself for the domestic authorities [...] but rather to review, in the light of the Convention, the decisions taken by those authorities in the exercise of their power of appreciation (Hokkanen mot Finland (dom den 23 september 1994, appl. no. 19823/92), p. 55.

⁶³ Se dock *Diamante and Pelliccioni mot San Marino* (dom den 27 september 2011, appl. no. 32250/08), p. 183 där Europadomstolen lyfter fram just varför den är nöjd med det arbete som gjorts av de nationella myndigheterna.

⁶⁴ *Jeunesse mot Nederländerna* (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10), p. 120.

⁶⁵ Se *Jeunesse mot Nederländerna* (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10), p. 118.

Vid analysen av rättsfallen har fokus legat på att försöka identifiera just dessa implicita faktorer, vad domstolen anser *vara* barnets bästa. Detta för att undersöka om faktorerna – och inte minst bedömningen av dessa faktorer – skiljer sig åt mellan olika rättsområden.

3.4 Europadomstolens tolkning av barnets bästa

Vad som framstår som tydligt efter en analys av rättsfallen är att Europadomstolen förefaller sakna ett tydligt tillvägagångssätt för hur domstolen *hanterar* barnets bästa som princip. Det är dock inte nödvändigtvis särskilt underligt. Europadomstolen är som nämnts tydlig med att den anser att det är de nationella myndigheterna som är bäst lämpade att utreda och bedöma barnets bästa. Domstolen tillskriver sig själv snarast rollen som granskare av hur denna utredning och bedömning skett.

Att barnets bästa inte är något som är (och inte heller kan vara) tydligt definierat samt att domstolen saknar ett tydligt tillvägagångssätt påverkar givetvis möjligheterna att analysera domstolens tolkning av barnets bästa. Jämförelsen mellan olika fall försvåras således av att en systematik saknas.

För att försöka ta reda på hur Europadomstolen ser på barnets bästa har en analys genomförts av vad domstolen resonerar kring. Vid denna analys har framförallt studerats vad domstolen lyfter fram som viktigt samt vilka försvårande omständigheter domstolen finner.

Det är svårt att dra några långtgående slutsatser men vissa tendenser kan ändå skönjas.

3.4.1 Europadomstolens syn på barnets bästa i relation till artikel 8

Inledning

Av artikel 8 i Europakonventionen framkommer att var och en⁶⁶ har rätt till respekt för sitt familjeliv. Inskränkningar av denna rättighet får inte göras utan stöd av lag.

Dessutom krävs för att en inskränkning ska anses acceptabel att den kan anses nödvändig i ett demokratiskt samhälle.⁶⁷

⁶⁶ Av ordvalet ”var och en” framkommer att denna rätt tillförsäkras alla som befinner sig under en konventionsstats jurisdiktion, det vill säga rättigheten är inte avhängig ett medborgarskap i någon av konventionsstaterna. Se även Europakonventionens artikel 1 där detta förtydligas.

⁶⁷ För att inskränkningen ska anses som nödvändig i ett demokratiskt samhälle måste den vara motiverad antingen av hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välstånd eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.

Rätten till skydd för familjeliv enligt Europakonventionens artikel 8 aktualiseras i en mängd olika typer av ärenden. Vid denna studie har fall rörande utvisning, vårdnad, fastställande av föräldraskap, adoption, tvångsomhändertaganden samt bortföranden av barn granskats. Det samtliga dessa ärendetyper har gemensamt är att de rör barn som av olika anledningar har separerats, eller i vart fall har riskerat att separeras, från familjemedlemmar⁶⁸. Därigenom har samtliga ärendetyper även det gemensamt att barnet påverkas direkt av besluten – vilket innebär att barnets bästa ska beaktas.

Ovan presenterades de faktorer som FN:s barnrättskommitté lyft fram som exempel på omständigheter som ska beaktas vid en bedömning av barnets bästa. Genom studien bakom denna artikel har ett försök gjorts att analysera vilka faktorer Europadomstolen förefaller beakta vid dess bedömning av om barnets bästa respekterats då konventionsstaterna på olika vis utövat sin makt.⁶⁹

Först och främst kan konstateras att Europadomstolen inte på samma vis som FN:s barnrättskommitté uttrycker sig i termer som *faktorer*. Domstolen resonerar istället något mer fritt kring vad den anser vara viktigt för ett barn. Domstolens terminologi är inte heller alltid enhetlig. Det jag nedan tar upp som Europadomstolens faktorer lyfts alltså inte alltid fram av domstolen själv som just tydliga faktorer utan är snarare olika förhållanden som domstolen resonerar kring. Vid genomförandet av studien har jag systematiserat de förhållanden Europadomstolen tar upp under samlingsnamn – för att på så vis försöka synliggöra vad domstolen verkar anse som viktigt att beakta. Genom detta arbete har följande faktorer identifierats:

Faktor	Måltyp
Ålder	(samtliga ärendetyper)
Kontakt	(samtliga ärendetyper)
Tid	(samtliga ärendetyper)
Familjesituation	(samtliga ärendetyper)
Skyddsaspekt	(vårdnad, omhändertagande, bortförande)
Barnets hälsa och utveckling	(vårdnad, omhändertagande, bortförande)
Barns egna åsikter/vilja	(vårdnad, omhändertagande, bortförande)

⁶⁸ Europadomstolens syn på begreppet familj förtjänar en egen analys men är ingenting jag kommer att lyfta närmare i denna artikel. För en fördjupning i Europadomstolens syn på familj hänvisas till Kilkelly, Ursula, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate, Aldershot, 1999.

⁶⁹ Håll dock i minnet att de slutsatser som presenteras i denna artikel baseras på en genomgång av endast 48 avgöranden där artikel 8 aktualiseras.

Faktor	Måltyp
Sociala band	(utvisning, omhändertagande, bortförande)
Svårigheter barnet kan möta i (föräldrarnas) hemland	(utvisning, bortförande)
Barnets rätt till utbildning	(utvisning, omhändertagande)

Skillnaderna är som synes små mellan de faktorer FN:s barnrättskommitté identifierat (barnets åsikter, barnets identitet, bevarande av familjemiljön och upprätthållandet av relationer, omsorg om barnet och barnets skydd och säkerhet, utsatta situationer, barnets rätt till hälsa samt barnets rätt till utbildning) och de omständigheter som Europadomstolen lyfter fram i sina domar.

Skillnader mellan vilka faktorer som lyfts fram inom olika måltyper

I Europadomstolens domar finns intressanta skillnader i hur domstolen resonerar. Det verkar bland annat finnas skillnader mellan vilka faktorer Europadomstolen lyfter fram inom olika måltyper. Vissa av faktorerna – *kontakt, ålder, tid och familjesituation* – lyfts fram av Europadomstolen vid samtliga ärendetyper. Andra är avgränsade till vissa måltyper. När det till exempel gäller beslut om vårdnad, omhändertaganden och bortföranden ser Europadomstolen till saker som barns behov av skydd, barnets hälsa och utveckling samt vikten av att höra barns egna åsikter och att hänsyn till barnets vilja tas. Barnets sociala band diskuteras av domstolen i samband med ärenden som rör utvisningar, omhändertaganden och bortföranden. Barnets frihet och utbildning lyfts specifikt endast i samband med omhändertaganden. Svårigheter barnet kan möta i (föräldrarnas) hemland lyfts, kanske naturligt, endast i samband med utvisningsärenden och bortföranden.

Att alla faktorer inte kommer upp inom alla typer av mål behöver inte i sig vara särskilt förvånande. Alla faktorer är helt enkelt inte aktuella i samtliga måltyper. Ändå väcker avsaknaden av resonemang kring vissa specifika faktorer frågor. Som exempel kan nämnas att domstolen inte i något av de fall som studerats gällande utvisning diskuterar faktorn ”barnets egna åsikt och vilja”. Enligt vad som tidigare nämnts har barn i utvisningsärenden snarast setts som bipersoner, föräldern som riskerat utvisning har i dessa fall varit huvudpersonen. Kanske är det därför vikten av att höra ett barn inte lyfts i samband med dessa ärenden? Det är annars svårt att se att det inte skulle vara relevant att prata med just barnet när en bedömning ska göras av hur en eventuell utvis-

ning skulle påverka barnets liv. Barnets åsikter ska alltid vara en del av en bedömning av barnets bästa.⁷⁰

Skillnader i resonemang vad gäller samma faktor mellan olika måltyper

Utöver att det finns skillnader i *vilka* faktorer som beaktas vid olika måltyper verkar det finnas skillnader i Europadomstolens syn på *samma* faktor beroende av inom vilken ärendetyp den lyfts fram. Ibland ges synen på en faktor en nästan motsatt tolkning då den aktualiseras inom ett annat rättsområde.

I den här artikeln jämförs resonemang kring tre faktorer: *Ålder, kontakt och tid*. De är faktorer som lyfts fram av Europadomstolen i samtliga måltyper gällande artikel 8. Detta gäller i och för sig även faktorn *familjesituation*, men det är svårt att jämföra en bedömning av hur barnets familjesituation påverkar bedömningen av barnets bästa i de olika måltyperna eftersom denna bedömning varierar stort även *inom* de olika ärendetyperna. Bedömningen av en familjesituation är något mycket individuellt. Resonemang kring *ålder, kontakt* och *tid* är inte relativa på samma sätt utan baseras till betydligt större del på etablerad kunskap om vad som kännetecknar barn i en viss ålder. Detta gör jämförelsen av domstolens resonemang kring faktorerna *ålder, kontakt* och *tid* tydligare. Det utesluter dock inte att det även finns intressanta diskussioner att föra om domstolens resonemang kring övriga faktorer, något jag får återkomma till vid ett senare tillfälle.

Ålder

Det får ses som föga förvånande att ålder är en faktor som diskuteras i samtliga måltyper. Ålder i sig är nämligen avgörande för om en person, i juridisk mening, är att se som ett barn eller ej.⁷¹ Domstolen resonerar dock även kring betydelsen av att barnet är i en *viss* ålder. Det är just vid det resonemanget skillnader mellan olika måltyper återfinns. När domstolen resonerar om ett barns ålder i relation till eventuella tvångsomhändertaganden uttalas att det vid en utredning av fördelar och nackdelar av ett omhändertagande är "[...] relevant to consider that a separation of the children from their parents could jeopardise the development of the children, *in particular in their first years of*

⁷⁰ Se FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, p. 53–54. Se även FN:s barnrättskommitté Concluding observations on the fifth periodic report of Sweden adopted by the Committee at its 68th session (12–30 January 2015), CRC/C/SWE/CO/4, p. 19–20, där barnrättskommittén framhåller att formuleringar i lag om att barn inte behöver höras om det är olämpligt inte är förenliga med barnkonventionen.

⁷¹ Europakonventionen innehåller dock ingen bestämmelse om när en person är att se som ett barn. Konventionens rättigheter gäller som bekant "var och en".

life [min kursivering]”.⁷² I ett annat ärende av samma måltyp har domstolen uttalat att ett barn, vid tillfället runt två år gammalt, befann sig i ett stadie där barn utvecklar sin personliga autonomitet. Domstolen framhöll i samband med detta att det vid denna period i livet är viktigt med *stabila och trygga känslomässiga förhållanden*.⁷³ I ytterligare ett tredje fall där ett tvångsomhändertagande var aktuellt anförde domstolen att kapandet av kontakten med föräldrarna skulle få allvarliga konsekvenser – med hänsyn till just barnens unga ålder. Barnen i detta ärende var fyra år respektive sex år gamla.⁷⁴

När det istället handlar om fall där en förälder riskerar utvisning verkar domstolen dock, i alla fall till viss del, ha en annan syn på betydelsen av ett barns ålder. Till exempel uttalar domstolen i ett fall att ”the applicant’s children were still very young – six and one and a half years old respectively – and thus of an *adaptable age* [min kursivering]”.⁷⁵

Även i fall som handlar om bortförande av barn har domstolen resonerat kring barns ålder i relation till deras ”anpassningsförmåga”. Europadomstolen uttalade till exempel om en sjuårig pojke att ”[e]ven though he is at an age where he still has a *certain capacity for adaptation*, the fact of being uprooted again from his habitual environment would probably have serious consequences for him [min kursivering]”.⁷⁶

I bortförandefall har domstolen alltså ansett en sjuåring ha *viss* anpassningsförmåga. I utvisningsärenden har barn mellan, i alla fall, sex månader och sex års ålder ansetts som anpassningsbara.⁷⁷ Samtidigt verkar, i tvångsomhändertagandefall, barn mellan två år och sex år istället befinna sig i ett stadie där stabila och trygga känslomässiga förhållanden är mycket viktiga – till och med avgörande – för om ett tvångsomhändertagande kan ses som acceptabelt eller ej.⁷⁸ Europadomstolen verkar alltså göra olika bedömningar av i stort sett samma åldrar.

⁷² Se Haase mot Tyskland (dom den 8 april 2004, appl. no. 11057/02), p. 97.

⁷³ Se t ex Johansen mot Norge (dom den 27 juni 1996, appl. no. 17383/90), p. 71, 72 samt 80.

⁷⁴ Se Kutzner mot Tyskland (26 februari 2002, appl. no. 46544/99), p. 79.

⁷⁵ Se Üner mot Nederländerna (dom den 18 oktober 2006, appl. no. 46410/99), p. 64. Se även Darren Omoregie m.fl. mot Norge (dom den 31 juli 2008, appl. no. 265/07), p. 66 där ett drygt sex månader gammalt barn ansågs vara av ”adaptable age”. Jfr dock med p. 42 Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99) där domstolen uttalar att det för en treårig flicka var viktigt att ha regelbunden kontakt med sin mor vilket enligt domstolen skulle vara omöjligt om mamman utvisades.

⁷⁶ Neulinger och Shuruk mot Schweiz (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07), p. 147.

⁷⁷ Se Üner mot Nederländerna (dom den 18 oktober 2006, appl. no. 46410/99) där barnen var ett och ett halvt år samt sex år gamla samt Darren Omoregie m.fl. mot Norge (dom den 31 juli 2008, appl. no. 265/07), p. 66 där ett drygt sex månader gammalt barn ansågs vara av ”adaptable age”.

⁷⁸ Jfr Kutzner mot Tyskland (26 februari 2002, appl. no. 46544/99), se särskilt p. 79.

En möjlig förklaring till denna, tillsynes, motstridiga syn är att barn i utvisningsärenden och barn som förts bort (av en förälder) oftast fortfarande befinner sig i sällskap av i alla fall en av sina föräldrar/vårdnadshavare. Kanske anser domstolen att behovet av stabila och trygga känslomässiga förhållanden därigenom är, åtminstone till viss del, uppfyllt? Denna syn är dock endast en möjlig anledning, inte något som specifikt framkommer av domstolens resonemang.

Kontakt

Europadomstolen är tydlig med att den anser att umgänge mellan föräldrar och barn är en grundläggande del av familjelivet.⁷⁹ Detta framkommer även genom att domstolen ofta betonar att en del av staternas uppdrag är att underlätta återföreningar av familjer.⁸⁰ I domstolens praxis framkommer på olika vis huvudregeln när det gäller domstolens syn på kontakt mellan familjemedlemmar, nämligen att kontakten mellan barn och föräldrar bör upprätthållas – förutom om relationen är skadlig för barnet.⁸¹

”[T]he child’s ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit.”⁸²

”[I]t is in the ‘best interests’ of every child to grow up in an environment that [allow] him or her to maintain regular contact with both parents.”⁸³

⁷⁹ ”The mutual enjoyment by parent and child of each other’s company constitutes a fundamental element of family life” se *Kutzner mot Tyskland* (26 februari 2002, appl. no. 46544/99) p. 58, *Johansen mot Norge* (dom den 27 juni 1996, appl. no. 17383/90), p. 52, *Bronda mot Italien* (dom den 9 juni 1998, appl. no. 22430/93), p. 51, *K. och T. mot Finland* (dom den 12 juli 2001, appl. no. 25702/94), p. 151 m. fl. Se även p. 135 i *Neulinger och Shuruk mot Schweiz* (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07) där domstolen även refererar till art 24.3 i EU:s rättighetsstadga om att ”[v]arje barn har rätt att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till och direkta kontakter med båda föräldrarna, utom då detta strider mot barnets bästa.”

⁸⁰ Se t ex *Scozzari och Giunta mot Italien* (dom den 13 juli 2000, appl. nos. 39221/98 och 41963/98), p. 169: ”where the existence of a family tie has been established, the State must in principle act in a manner calculated to enable that tie to be developed and take measures that will enable parent and child to be reunited”.

⁸¹ Se bland annat p. 136, *Neulinger och Shuruk mot Schweiz* (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07): ”the child’s ties with its family must be maintained, except in cases where the family has proved particularly unfit. It follows that family ties may only be severed in very exceptional circumstances and that everything must be done to preserve personal relations and, if and when appropriate, to ‘rebuild’ the family”. Samt p. 67, *Maumousseau och Washington mot Frankrike* (dom den 6 december 2007, appl. no. 39388/05): ”maintain its ties with its family, except in cases where the family has proved particularly unfit, since severing those ties means cutting a child off from its roots”.

⁸² Se bland annat p. 136 *Neulinger och Shuruk mot Schweiz* (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07).

⁸³ Se *Neulinger och Shuruk mot Schweiz* (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07).

Samtidigt har Europadomstolen varit tydlig med att Europakonventionen inte innebär någon *skyldighet* för konventionsstaterna att medge vistelse eller inresa för utländska medborgare. Staterna har själva kontrollen över sina territorier, vilket innebär såväl en rätt som en skyldighet att kontrollera utlännings inresa och vistelse på statens territorium.⁸⁴ Av Europadomstolens praxis framgår dock att en splittring av en familj i vissa fall kan innebära en oacceptabel kränkning av artikel 8. Detta gäller när en utvisning inte står i proportion till vad som står att vinna med åtgärden. Domstolen har identifierat ett antal kriterier att särskilt beakta vid en sådan proportionalitetsbedömning.⁸⁵ Bland dessa kriterier finns att domstolen ska undersöka om det finns barn i familjen samt, om så är fallet, hur gamla barnen är.⁸⁶ Finns barn ska hänsyn tas till deras bästa. Vid denna bedömning ska särskilt beaktas vilka svårigheter barnet kan antas möta i landet dit föräldern ska utvisas, inklusive hur allvarliga dessa svårigheter kan anses, samt även hur barnets sociala och kulturella band samt familjerelationer ser ut, dels i förhållande till landet barnet växt upp i och dels i förhållande till landet dit föräldern riskerar att utvisas.⁸⁷

I samtliga måltyper resoneras kring vikten av kontakt mellan barn och deras föräldrar. Proportionalitetsbedömningar förekommer inte endast i utvisningsärenden, men i övriga ärendekategorier förs snarare resonemang kring hur föräldrarnas rätt till familjeliv förhåller sig till barnets bästa:

”[...] the decisive issue is whether a fair balance between the competing interests at stake – those of the child, of the two parents, and of public order – has been struck [...] bearing in mind, however, that *the child’s best interests must be the primary consideration*. [...] *The child’s best interests may, depending on their nature and seriousness, override those of the parents* (see *Sahin v. Germany* [GC], no. 30943/96, § 66, ECHR 2003-VIII). The parents’ interests, especially in having *regular contact* with their child, *nevertheless remain a factor* when balancing the various interests at stake (ibid., and see also *Haase v. Germany*, 42 no.

⁸⁴ Se bland annat Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99) p. 39 samt Darren Omoregie m.fl. mot Norge (dom den 31 juli 2008, appl. no. 265/07), p. 54.

⁸⁵ De så kallade Boulitif/Üner-kriterierna. Se Üner mot Nederländerna (dom den 18 oktober 2006, appl. no. 46410/99), p. 58.

⁸⁶ Üner mot Nederländerna (dom den 18 oktober 2006, appl. no. 46410/99), p. 57. Det framgår dock inte i samband med presentationen av dessa kriterier hur barnens ålder ska påverka bedömningen, endast att deras ålder ska noteras och beaktas.

⁸⁷ Se A.a, p. 58. I Üner-kriterierna nämns barn ”inom äktenskapet”. Europadomstolen har dock uttalat att innebörden av ”familj” vid bedömningar gällande artikel 8 inte är avgränsad till att endast gälla relationer grundade i ett äktenskap: ”The notion of family under this provision is not confined to marriage-based relationships and may encompass other de facto ‘family’ ties where the parties are living together out of wedlock”, se Hoffmann mot Tyskland (dom den 11 oktober 2001, appl. no. 34045/96), p. 34.

11057/02, § 89, ECHR 2004-III (extracts), or *Kutzner v. Germany*, no. 46544/99, § 58, ECHR 2002-I, with the numerous authorities cited) [min kursivering].⁸⁸

”[A] fair balance must be struck between *the interests of the child* and *those of the parent* (see, for example, the *Olsson v. Sweden* judgment (no. 2) of 27 November 1992, Series A no. 250, pp. 35–36, § 90) and that in doing so *particular importance must be attached to the best interests of the child* which, depending on their nature and seriousness, may override those of the parent. In particular, *the parent cannot be entitled under Article 8 of the Convention to have such measures taken as would harm the child’s health and development* (see the *Johansen* judgment cited above, pp. 1008–09, § 78).⁸⁹

Det är här tydligt att barnets intressen ska vara den främsta faktorn att ta hänsyn till. Barnets bästa ska väga tungt och kan tillåtas att gå före föräldrarnas intressen. Om ett barn riskerar att skadas ska barnets bästa – att skyddas – gå före föräldrarnas rätt till familjeliv.

Det görs således en skillnad i vilken vikt kontakt mellan föräldrar och barn tillmäts av Europadomstolen beroende av om föräldern har en legal rätt att vistas i landet eller ej. Har föräldern en legal vistelserätt är det som är avgörande om barnet skulle ta *skada* av kontakt med föräldern. Är så inte fallet ska kontakten upprätthållas – och till och med underlättas – med statens hjälp. Har föräldern ingen legal vistelserätt blir barns behov av kontakt med föräldern snarare en del av en helhetsbedömning kring *proportionaliteten* av en utvisning. En bedömning som görs utifrån domstolens etablerade kriterier, där hänsyn till barn nämns men inte nödvändigtvis är avgörande. När domstolen vid en sådan bedömning kommit fram till att en utvisning skulle *omöjliggöra* regelbunden kontakt mellan barn och föräldrar har en utvisning inte ansetts acceptabel.⁹⁰ I fall där domstolen istället ansett att kontakten skulle kunna upprätthållas, till exempel genom att barnet besöker föräldern i dennes hemland, har en utvisning dock ansetts utgöra en acceptabel inskränkning av artikel 8.⁹¹ Inom ärendetypen utvisningsärenden verkar således snarare *möjligheten till kontakt* än *vikten av kontakt i sig* bedömas.

En annan intressant aspekt när domstolen diskuterar kontaktmöjligheter mellan barn och föräldrar som riskerar att utvisas är synen på *hur* kontakten ska ske. Domstolen har till exempel lyft användandet av telefon, e-mail och Skype för att upprätthålla kontakten mellan en utvisad förälder och ett

⁸⁸ Se *Neulinger och Shuruk mot Schweiz* (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07), p. 134.

⁸⁹ *Elsholz mot Tyskland* (dom den 13 juli 2000, appl. no. 25735/94), p. 50.

⁹⁰ Se *Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna* (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99), se även *Nunez mot Norge* (dom den 28 juni 2011, appl. no. 55597/09).

⁹¹ Se t ex *Darren Omoregie m.fl. mot Norge* (dom den 31 juli 2008, appl. no. 265/07).

barn.⁹² Möjligheten att använda olika kommunikationsmedel bidrog i ett ärende, där fadern som utvisades aldrig hade bott tillsammans med sina barn, till att en utvisning ansågs acceptabel.⁹³ I ett annat fall – där domstolens majoritet kom fram till att en utvisning av en förälder, som haft den huvudsakliga vårdnaden om sina barn, skulle innebära en kränkning då regelbunden kontakt omöjliggjordes – anförde två skiljaktiga domare att dessa ”nya” kontaktmöjligheter innebar att kontakten skulle begränsas på ett mindre ingripande sätt än vid exempelvis en fängelsedom. Enligt de skiljaktiga borde utvisningen, bland annat med hänvisning till dessa sätt att hålla kontakten, därför ha ansetts acceptabel.⁹⁴

Jag har inte funnit att domstolen på liknande vis för resonemang om *hur* kontakt kan ske i samband med någon annan av de ärendetyper som förekommit inom studien. I dessa ärenden finns förmodligen inte samma behov av att undersöka hur kontakten ska upprätthållas eftersom frågan i dessa ärenden snarast varit om föräldern överhuvudtaget ska få ha kontakt med sitt barn eller om kontakt skulle vara skadlig för barnet. I utvisningsärenden är rättsfrågan inte på samma vis knuten till eventuell problematik i förhållandet mellan barnet och föräldern. Problematiken är snarare knuten till föräldrarnas rätt att vistas i samma land som sitt barn. Det innebär såklart inte att en relation inte skulle kunna vara skadlig för barnet, men domstolens fokus ligger i dessa ärenden på en annan fråga.

Tid

Som nämnts ovan anser Europadomstolen, oftast, att upprätthållandet av kontakt mellan familjemedlemmar är mycket viktigt. I anslutning till resonemang om vikten av att upprätthålla kontakten mellan barn och deras familjer lyfter Europadomstolen på olika sätt ofta faktorn tid. Särskilt tydligt är detta i mål om tvångsomhändertaganden. Domstolen menar att tiden har stor betydelse eftersom möjligheterna att återföreina barn och föräldrar minskar – och så småningom helt förstörs – om kontakt inte tillåts mellan barn och deras familjer, alternativt om den kontakt de tillåts ha sker så sällan att inga

⁹² Se Joseph Grant mot Förenade kungariket (dom den 8 januari 2009, appl. no. 10606/07), p. 40 (observera att detta inte är ett fall som inte var en del av studien). Se även den skiljaktiga meningen av domarna Mijović och De Gaetano, p. 6, i Nunez mot Norge (dom den 28 juni 2011, appl. no. 55597/09).

⁹³ Se Joseph Grant mot Förenade kungariket (dom den 8 januari 2009, appl. no. 10606/07), p. 40.

⁹⁴ Se den skiljaktiga meningen av domarna Mijović och De Gaetano, p. 6, i Nunez mot Norge (dom den 28 juni 2011, appl. no. 55597/09). De skiljaktiga hänvisar till ett avgörande från The English High Court, *Re W (Children)* [2011] EWCA Civ 345 §§ 104, 136 and 155.), där den engelska domstolen fäst betydande vikt vid att den frånvarande föräldern kan hålla kontakt med barn via användandet av internet och då särskilt Skype.

naturliga band skapas dem emellan.⁹⁵ Enligt domstolen kan tiden på så vis vara det som de facto blir avgörande för om ett barn kan återförenas med sin biologiska/ursprungliga familj eller ej:

”Experience shows that when children remain in the care of youth authorities for a protracted period, a process is set in motion which drives them towards an irreversible separation from their family. When a considerable period of time has passed since the children were first placed in care, the children’s interest in not undergoing further de facto changes to their family situation may prevail over the parents’ interest in seeing the family reunited. *The possibilities of reunification will be progressively diminished and eventually destroyed if the biological parents and the children are not allowed to meet each other at all. Time takes on therefore a particular significance as there is always a danger that any procedural delay will result in the de facto determination of the issue before the court* [min kursivering].”⁹⁶

Även när det gäller barn som förts bort av en förälder resonerar domstolen på liknande vis. Domstolen har i flera fall lyft vikten av att processen med att hantera och lösa bortförandeärenden går snabbt. Det är tydligt att domstolen anser att tiden isär kan ha stor påverkan på relationen till den förälder barnet inte bor tillsammans med:

”[T]he passage of time can have irremediable consequences for relations between the child and the parent with whom he or she does not live.”⁹⁷

Att domstolen i fall som rör tvångsombändertaganden trycker hårt på konsekvenserna av om barnets kontakt med den ursprungliga familjen inte upprätthålls är knappast förvånande. Möjligheterna att återförena barnet med familjen minskar successivt i takt med den tid som passerar om så inte sker, med risken att de förlorar kontakten för all framtid. När det gäller fall där ett barn förts bort av en förälder får risken för att ett barn *helt* tappar kontakten med sin ursprungliga familj ses som mindre. Barnet är då i sällskap av den ena föräldern vilket innebär att hen inte helt saknar kontakt med sin familj. Även i dessa fall finns dock risken för att relationen mellan barnet och den förälder barnet inte bor tillsammans med tar bestående skada om lång tid passerar utan kontakt, vilket lyfts fram av domstolen i citatet ovan.

⁹⁵ ”The possibilities of reunification will be progressively diminished and eventually destroyed if the biological parents and the children are not allowed to meet each other at all, or only so rarely that no natural bonding between them is likely to occur”, K. och T. mot Finland (dom den 12 juli 2001, appl. no. 25702/94), p. 179.

⁹⁶ Se t ex Haase mot Tyskland (dom den 8 april 2004, appl. no. 11057/02), p. 103.

⁹⁷ Se bland annat Maumousseau och Washington mot Frankrike (dom den 6 december 2007, appl. no. 39388/05) p. 83, Maire mot Portugal (dom den 26 juni 2003, appl. no. 48206/99), p. 74 samt Ignaccolo-Zenide v. Romania (dom den 25 januari 2000, appl. no. 31679/96), p. 102.

Som nämnts diskuteras vid utvisningsfall om kontakt skulle *omöjliggöras* vid en utvisning. Europadomstolen lyfter i anslutning till dessa resonemang möjliga sätt att hålla kontakten – bland annat genom olika kommunikationsmedel samt genom möjligheten att hälsa på en förälder utomlands. Det vore eventuellt logiskt att tänka sig att resonemang kring tidens påverkan på ett barns relation till den förälder hen inte bor tillsammans med skulle föras även i fall där en förälder riskerar utvisning. Visst har domstolen även i dessa fall menat att utvisningar där regelbunden kontakt skulle *omöjliggöras* inte kan accepteras vid en proportionalitetsbedömning. I utvisningsärendena saknas dock resonemang om konsekvenserna av att regelbundna möjligheter att *träffas* inte kan upprätthållas.⁹⁸ Något som förekommer vid andra ärendetyper:

”On that subject, it should be borne in mind that there is a significant danger that a prolonged interruption of contact between parent and child *or too great a gap between visits* will undermine any real possibility of their being helped to surmount the difficulties that have arisen within the family and of the members of the family being reunited. (The danger is even greater for the younger child, who was very young when the separation occurred.)”⁹⁹

I de utvisningsärenden som förekommer i min studie har domstolen antingen bedömt att utvisningen i sig omöjliggör kontakt, och då funnit en oacceptabel kränkning av artikel 8, alternativt nöjt sig med att uttala att barn kan hälsa på sina föräldrar men då inte resonerat kring hur ofta så skulle kunna ske eller kring de konsekvenser den typen av mer sporadisk kontakt skulle kunna ha för barnen.¹⁰⁰

⁹⁸ Se t ex Darren Omoregie m.fl. mot Norge (dom den 31 juli 2008, appl. no. 265/07) där domstolen nämner att möjligheten finns att hälsa på fadern i hemlandet. Något resonemang kring hur ofta detta skulle kunna ske och hur tiden isär skulle påverka barnet förs dock inte. Detta trots att fadern meddelats ett återreseförbud om fem år. Se dock även Nunez mot Norge (dom den 28 juni 2011, appl. no. 55597/09) där domstolen konstaterar att det var osäkert om barnen skulle kunna hälsa på sin mor utomlands men även om så var fallet så skulle familjen i praktiken vara separerad under minst två år, då modern meddelats ett återreseförbud på två år. I det senare fallet förs på så vis en diskussion om att en utvisning skulle innebära att kontakt omöjliggjordes, liknande resonemang saknas i det först nämnda ärendet.

⁹⁹ Exemplet kommer ifrån Scozzari och Giunta mot Italien (dom den 13 juli 2000, appl. nos. 39221/98 och 41963/98), p. 177, ett fall som rör tvångsomhändertagande av barn. Det kan nämnas att det yngsta barnet i detta fall var tre år gammalt när barnet separerades från sina föräldrar.

¹⁰⁰ A.A. mot Förenade kungariket (dom den 20 september 2011, appl. no. 8000/08), Adeishvili (Mazmishvili) mot Ryssland (dom den 16 oktober 2014, appl. no. 43553/10), Antwi m.fl. mot Norge (dom den 14 februari 2012, appl. no. 26940/10, Darren Omoregie m.fl. mot Norge (dom den 31 juli 2008, appl. no. 265/07), De Souza Ribeiro mot Frankrike (dom den 13 december 2012, appl. no. 22689/07), Hussein mot Sverige (dom den 13 oktober 2011, appl. no. 10611/09), Jeunesse mot Nederländerna (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10) Kiyutin mot Ryssland (dom den 10 mars 2011, appl. no. 2700/10), Maslov mot Österrike (dom den 23 juni

3.4.2 Europadomstolens syn på barnets bästa i relation till artikel 3

Av Europakonventionens artikel 3 framkommer att ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning. Artikelken innebär ett *absolut* förbud, inga undantag tillåts.¹⁰¹

När det gäller utredningen av eventuella kränkningar av artikel 3 är den första frågan domstolen har att ta ställning till om de aktuella omständigheterna överhuvudtaget ska anses falla inom artikelns räckvidd. För att avgöra detta ser domstolen till hur allvarlig den behandling eller bestraffning som en person utsatts för – eller riskerar att utsättas för – är, det vill säga om den når upp till en viss miniminivå.¹⁰² Vid bedömningen av om miniminivån är uppnådd ska alla omständigheter i fallet beaktas, däribland den utsattes *kön, ålder* samt *hälsostatus*.¹⁰³

Principen om barnets bästa härleds ur dels en autonomitanke – att barn är individer med egna rättigheter – och dels att barn är sårbara och behöver särskilt stöd och skydd. När Europadomstolen resonerar kring principen om barnets bästa i relation till eventuella kränkningar av artikel 3 ligger fokus på den särskilda *utsatthet* som följer av att en person är ett barn.¹⁰⁴

Till att börja med kan konstateras att domstolens resonemang när det gäller barnets bästa i fall av sexuella övergrepp inte innebär någon egentlig *bedömning*, det går helt enkelt inte att resonera kring om ett sexuellt övergrepp skulle vara bra för ett barn eller inte. Barnets bästa nämns i dessa fall uteslutande i samband med domstolens resonemang kring *statens positiva skyldigheter*. Med detta menas dels statens ansvar att se till att strategier finns på plats för att förebygga övergrepp, dels att – då övergrepp ändå begåtts – det finns förutsättningar att hantera dessa övergrepp, bland annat straffrättsligt. Dessutom har staterna ett ansvar för att se till att det drabbade barnet får det stöd det behöver.¹⁰⁵ Med anledning av att domstolens resonemang i dessa

2008, appl. no. 1638/03), Mubilanzila Mayeka och Kaniki Mitunga mot Belgien (dom den 12 oktober 2006, appl. no. 13178/03), Nunez mot Norge (dom den 28 juni 2011, appl. no. 55597/09), Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99), Üner mot Nederländerna (dom den 18 oktober 2006, appl. no. 46410/99).

¹⁰¹ Att artikelken inte tillåter några undantag framkommer dels direkt av artikelken men förtydligas även genom artikel 15.2 Europakonventionen.

¹⁰² Se exempelvis T mot Förenade kungariket (dom den 16 december 1999, appl. no. 24724/94), p. 68.

¹⁰³ Se bland annat T mot Förenade kungariket (dom den 16 december 1999, appl. no. 24724/94), p. 68, Tarakhel mot Schweiz (dom den 4 november 2014, appl. no. 29217/12), p. 94.

¹⁰⁴ Se exempelvis Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga mot Belgien (dom den 12 oktober 2006, appl. no. 13178/03). Se särskilt p. 51 och p. 55.

¹⁰⁵ Se domstolens resonemang i bland annat C.A.S. och C.S. mot Rumänien (dom den 20 mars 2013, appl. no. 26692/05), M. och C. mot Rumänien (dom den 27 september 2011, appl. no.

ärenden är så specifikt är det svårt att göra en jämförelse mellan dessa fall och de övriga fall, som rör artikel 3, som analyserats.

Som ovan nämnts var tanken med att även studera artikel 3 att försöka analysera hur Europadomstolen resonerar kring barnets bästa i fall där barn riskerar att utvisas. Samtliga utvisningsärenden där artikel 8 aktualiserades rörde ju en förälder som skulle utvisas. De ärenden som har analyserats där artikel 3 och minderåriga migranternas rättigheter aktualiseras rör dock endast placeringen av barn i förvar¹⁰⁶, inte själva utvisningen.¹⁰⁷ I dessa fall väcks i stort sett samma frågeställningar som då barn frihetsberövats av andra anledningar än i samband med frågor om uppehållstillstånd. Vad som huvudsakligen bedöms är om hanteringen av ett barns ärende gått till på ett sätt som överensstämmer med barnets bästa,¹⁰⁸ samt om de förhållanden där barn hålls frihetsberövade – i förvar eller i annan låst anläggning – är acceptabla utifrån ett barnrättighetsperspektiv.¹⁰⁹ Exempel på förhållanden som Europadomstolen lägger vikt vid i dessa fall är till exempel om barn placerats tillsammans med vuxna samt om lokalerna varit anpassade för barn.¹¹⁰ Att barn hållits i förvar i lokaler som ej varit anpassade för barn har ansetts vara en kränkning av artikel 3, även om barnen vistats i lokalerna tillsammans med sina föräld-

29032/04), M.P. m.fl. mot Bulgarien (dom den 15 november 2011, appl. no. 22457/08) samt O’Keeffe mot Irland (dom den 28 januari 2014, Application no. 35810/09).

¹⁰⁶ Att bli förvarstagen innebär att rörelsefriheten begränsas till särskilda låsta lokaler. I Sverige är det Migrationsverket som ansvarar för förvarslokalerna.

¹⁰⁷ Dvs. jag har inte kunnat göra en analys av om domstolen hanterar eventuella risker vid ett återvändande till hemlandet annorlunda om personen som riskerar utvisning är ett barn.

¹⁰⁸ Se *T ex T mot Förenade kungariket* (dom den 16 december 1999, appl. no. 24724/94) samt *V mot Förenade kungariket* (dom den 16 december 1999, appl. no. 24888/94) där Europadomstolen diskuterar straffmyndighetsålder, rättegångsprocess samt påföljdsbestämning när (de misstänkta) förövarna är barn. Bland annat resonerar domstolen kring om en rättegång, som tog över tre veckor, i en domstol som normalt sett används för vuxna samt publiceringen av namn på de två misstänkta pojkarna kunde anses strida mot artikel 3 med hänsyn till de två pojkarnas ringa ålder (10 och 11 år gamla). Domstolen uttrycker bland annat att "[...]it is essential that a child charged with an offence is dealt with in a manner which takes full account of his age, level of maturity and intellectual and emotional capacities, and that steps are taken to promote his ability to understand and participate in the proceedings", *T mot Förenade kungariket* (dom den 16 december 1999, appl. no. 24724/94), p. 84.

¹⁰⁹ Det är såklart mycket svårt att hävda att ett frihetsberövande någonsin står i överensstämmelse med principen om barnets bästa. Enligt barnkonventionens artikel 40 krävs att konventionsstaterna behandlar barn som (misstänks eller åtalas för eller befunnits skyldigt att ha) begått brott på ett sätt som främjar barnets känsla för värdighet och värde, som stärker barnets respekt för andras mänskliga rättigheter och grundläggande friheter och som tar hänsyn till barnets ålder samt önskvärdheten att främja att barnet återanpassas och tar på sig en konstruktiv roll i samhället.

¹¹⁰ Se *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga mot Belgien* (dom den 12 oktober 2006, appl. no. 13178/03), *Popov mot Frankrike* (dom den 19 januari 2012, appl. nos. 39472/07 och 39474/07) och *Güveç v. Turkey* (dom den 20 januari 2009, appl. no. 70337/01).

rar.¹¹¹ Europadomstolen har uttalat att barns extrema sårbarhet (extreme vulnerability) ska vara den avgörande faktorn (the decisive factor) vid denna bedömning. Domstolen har även betonat att vid en bedömning ska barns särskilda sårbarhet ges företräde framför eventuella överväganden staten kan ha med anledning av personens status som irreguljär migrant¹¹² i landet.

”The Court has established that it is important to bear in mind that the child’s extreme vulnerability is the decisive factor and takes precedence over considerations relating to the status of illegal immigrant.”¹¹³

Det är tydligt att det innebär en skillnad att vara barn i jämförelse med att vara vuxen när Europadomstolen bedömer vad som anses acceptabelt och vad som anses vara en oacceptabel kränkning av artikel 3. I ett ärende där både barn och vuxna förvarstagits ansågs det till exempel endast utgöra en kränkning när det kom till barnen.¹¹⁴ I ett annat ärende, där en barnfamilj skulle överföras från Schweiz till Italien i enlighet med Dublinförordningen, meddelade domstolen att detta skulle innebära en kränkning av artikel 3 eftersom Schweiz inte på förhand hade kontrollerat att mottagningsförhållandena i Italien var anpassade efter barns särskilda behov. Domstolen ville inte gå så långt som att säga att förhållandena generellt var så dåliga att alla överföringar till Italien skulle stoppas vilket får tolkas som att det avgörande i fallet var just hänsynstagande till barnens särskilda situation.¹¹⁵

Den största skillnaden avseende bedömningar gällande artikel 3 när det gäller minderåriga migranter och andra barn är att domstolen även beaktar den särskilda, och eventuellt ännu mer utsatta, situation det innebär att vara just minderårig *migrant*.

¹¹¹ Se Popov mot Frankrike (dom den 19 januari 2012, appl. nos. 39472/07 och 39474/07) där Europadomstolen ansåg att Frankrike bröt mot artikel 3 när två barn hölls i förvar under två veckor, under förhållanden som var olämpliga, farliga och skadliga för dem. Frankrike påstod att barnens bästa innebar att de inte skildes från sina föräldrar, vilka Frankrike ansågs sig behöva ta i förvar. Enligt Europadomstolen borde dock myndigheterna, med hänsyn till barnets bästa, ha sökt en alternativ lösning som t ex att hålla familjen under uppsikt i exempelvis hemmet eller på hotell.

¹¹² Med begreppet ”irreguljär migrant” avses en person som inte har någon legal rätt att upprätthålla sig i landet.

¹¹³ Tarakhel mot Schweiz (dom den 4 november 2014, appl. no. 29217/12), p. 99, Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga mot Belgien (dom den 12 oktober 2006, appl. no. 13178/03), p. 55 samt Popov mot Frankrike (dom den 19 januari 2012, appl. nos. 39472/07 och 39474/07), p. 91.

¹¹⁴ Se Popov mot Frankrike (dom den 19 januari 2012, appl. nos. 39472/07 och 39474/07).

¹¹⁵ Se Tarakhel mot Schweiz (dom den 4 november 2014, appl. no. 29217/12).

”Children have specific needs that are related in particular to their age and lack of independence, but also to their asylum-seeker status.”¹¹⁶

I övrigt verkar domstolen resonera kring ungefär samma omständigheter, det vill säga om barnet behandlats på ett vis som varit anpassat efter barns särskilda behov, samt om barnets ärende i övrigt hanterats på ett sätt som kunnat anses acceptabelt utifrån ett barnrättighetsperspektiv.

4. Slutord

Flexibiliteten i konceptet barnets bästa är förmodligen såväl dess starkaste som dess svagaste egenskap. Flexibiliteten är nödvändig för att en bedömning verkligen ska motsvara det individuella barnets bästa. Samtidigt öppnar flexibiliteten upp för att bedömningar som görs inte överensstämmer med grundläggande rättssäkerhetsgarantier så som förutsebarhet och likhet inför lagen.

Som nämndes i inledningen av artikeln består tillämpningen av barnets bästa av två steg:

- 1) en utredning och bedömning av vad som *är* (det aktuella) barnets bästa
- 2) en avvägning mellan (det bedömda) barnets bästa och andra, i det aktuella ärendet, rättsligt relevanta intressen

Bedömningen av vad som är bäst för ett barn är en kunskapsteoretisk bedömning. Den ska utgå från rådande kunskapsläge och baseras på forskning och beprövad erfarenhet om barns hälsa, utveckling och behov i övrigt.

Vid bedömningen kommer barns individuella förhållanden att behöva lyftas, bedömningen av barnets bästa ska ju vara en helhetsbedömning där i stort sett alla aspekter av ett barns liv beaktas. Detta innebär att de omständigheter som beaktas kan skilja sig åt mellan olika fall. Det innebär också att liknande faktorer kan behöva bedömas på olika vis, med målet att komma fram till vad som är det *specifika* barnets bästa.

Även om kunskapen om vad som är bra för barn ska appliceras och bedömas i det enskilda fallet så måste dock den kunskapsteoretiska *utgångspunkten* vara densamma. Att Europadomstolen, som visats ovan, i vissa fall närmast verkar säga emot sig själv vid presentationen av dessa mer kunskapsbaserade

¹¹⁶ Tarakhel mot Schweiz (dom den 4 november 2014, appl. no. 29217/12), p. 99. Domstolen tydliggör här att flera faktorer kan samverka, i detta fall på så vis att ett asylsökande barn är extra sårbart.

resonemang är problematiskt. För att ta ett exempel som lyfts fram i texten ovan: Att i vissa fall lyfta fram att stabilitet och trygga känslomässiga förhållanden är viktigt för barn i en viss ålder men i andra fall inte alls nämna detta förhållande utan *istället* lyfta fram barns anpassningsförmåga vid samma ålder är inte acceptabelt. Omständigheter måste bedömas utifrån det aktuella barnets situation men när *kunskapsteorier* hanteras olika, eller inte alls lyfts fram, beroende av måltyp hanteras inte principen om barnets bästa korrekt.

I steg två av tillämpningen av principen om barnets bästa – där barnets bästa ska vägas mot andra av rättsordningen erkända, i målet aktuella, intressen – kan barnets bästa ibland bli avgörande och ibland inte. Det kan alltså accepteras att *värdera* barnets bästa olika tungt. Avgörande är vilka övriga intressen barnets bästa vägs emot. Det kan således vara godtagbart att fatta beslut som strider mot barnets bästa, förutsatt att det finns en acceptabel motivering till *varför* man låtit andra rättsliga intressen väga tyngre.

Principen tillåter som sagt att barnets bästa, i steg två, vägs mot andra intressen vilket kan leda till olika utgångar beroende av vilken *vikt* barnets bästa tillmätts inom det aktuella rättsområdet – beroende av hur tungt de övriga aktuella intressena väger. Men när barnets bästa i det första steget ska *bedömas* måste det göras utan tanke på nästföljande steg.

I de avgöranden som analyserats vid denna studie förefaller steg två ibland ha påverkat det första steget. Kanske illustreras det tydligast i just de utvisningsärenden som studerats. När frågan som ska avgöras av Europadomstolen är om det innebär en kränkning att utvisa en förälder verkar bedömningen av om föräldern ska få stanna närmast hanteras samtidigt som bedömningen av barnets bästa. Vad som vore bäst för barnet förefaller då bedömas inom ramen för om föräldern ska få stanna i landet eller ej, istället för som en fristående bedömning som sedan tas med i en proportionalitetsbedömning och då vägs mot andra intressen. Risken med detta tillvägagångssätt är att bedömningen av barnets bästa inte blir ordentligt utförd. Om fokus direkt läggs på om en förälder ska få stanna i landet eller ej riskerar den bedömningen att påverka – att spilla över på – resonemangen kring vad som vore *bäst för barnet*.

Europadomstolen framhåller att utredningen och bedömningen av barnets bästa framförallt är en uppgift för de nationella myndigheterna. Kanske är detta en anledning till att det just i utvisningsärenden blir så tydligt att någon ordentlig, fristående, bedömning av barnets bästa inte genomförs. I denna måltyp har barnet ofta inte varit (en aktiv) part i grundprocessen som hanterats av de nationella myndigheterna. Även om barnets bästa såklart redan där borde utretts och bedömts har fokus för de nationella myndigheterna varit frågan om en person (föräldern) ska få stanna i landet eller ej, bar-

net har så att säga redan på denna nivå varit en biperson.¹¹⁷ Kanske är det därför vissa argument kring vad som är bra för barn – exempelvis behovet av stabilitet och trygghet – riskerar att falla bort när det barns bästa som ska bedömas rör ett barn vars förälder ska utvisas.

I andra ärendetyper så som exempelvis vårdnad, omhändertaganden, bortföranden och adoptioner är utgångspunkten snarare att barn ska skyddas. Barnet är huvudperson. I dessa ärenden framstår det som i stort sett omöjligt för myndigheterna att fatta ett beslut utan att först utreda vad som vore bäst för barnet.

Oavsett måltyp kvarstår dock det faktum att principen om barnets bästa uppställer krav på att dels en utredning av barnets bästa görs, dels att vad som bedöms som barnets bästa ska tillmätas vikt. Barnets bästa *är* således samma princip, oavsett rättsområde. Men för att svara på frågan ställd i inledningen av denna artikel – vi verkar tyvärr inte alltid kunna utgå ifrån det.

Bilaga. Avgöranden som ingått i studien, uppdelade enligt artikel och måltyp:

1. Artikel 8

1.1 Utvisning

A.A. mot Förenade kungariket (dom den 20 september 2011, appl. no. 8000/08)

Adeishvili (Mazmishvili) mot Ryssland (dom den 16 oktober 2014, appl. no. 43553/10)

Antwi m.fl. mot Norge (dom den 14 februari 2012, appl. no. 26940/10)

Darren Omoregie m.fl. mot Norge (dom den 31 juli 2008, appl. no. 265/07)

De Souza Ribeiro mot Frankrike (dom den 13 december 2012, appl. no. 22689/07)

Husseini mot Sverige (dom den 13 oktober 2011, appl. no. 10611/09)

Jeunesse mot Nederländerna (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10)

Kiyutin mot Ryssland (dom den 10 mars 2011, appl. no. 2700/10)

Maslov mot Österrike (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03)

*Mubilanzila Mayeka och Kaniki Mitunga mot Belgien (dom den 12 oktober 2006, appl. no. 13178/03)

Nunez mot Norge (dom den 28 juni 2011, appl. no. 55597/09)

¹¹⁷ Se Kilkelly, Ursula, *The child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate, Aldershot, 1999, särskilt s. 220, för ytterligare resonemang om skillnaden i fokus på barns rättigheter i migrationsärenden jämfört med andra måltyper.

Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99)
Üner mot Nederländerna (dom den 18 oktober 2006, appl. no. 46410/99)

1.2 Tvångsombändertagande

Bronda mot Italien (dom den 9 juni 1998, appl. no. 22430/93)
Buchberger mot Österrike (dom den 20 december 2001, appl. no. 32899/96)
*C.A.S. och C.S. mot Rumänien (dom den 3 mars 2012, appl. no. 26692/05)
Dolhamre mot Sverige (dom den 8 juni 2010, appl. no. 67/04)
E.P. mot Italien (dom den 16 november 1999, appl. no. 31127/96)
Haase mot Tyskland (dom den 8 april 2004, appl. no. 11057/02)
Johansen mot Norge (dom den 27 juni 1996, appl. no. 17383/90)
K. och T. mot Finland (dom den 12 juli 2001, appl. no. 25702/94)
Kutzner mot Tyskland (dom den 26 februari 2002, appl. no. 46544/99)
M.D. m.fl. mot Malta (dom den 17 juli 2012, appl. no. 64791/10)
*Scozzari och Giunta mot Italien (dom den 13 juli 2000, appl. nos. 39221/98 och 41963/98)

1.3 Adoption

Aune mot Norge (dom den 28 oktober 2010, appl. no. 52502/07)
Chepelev mot Ryssland (dom den 26 juli 2007, appl. no. 58077/00)
Frette mot Frankrike (dom den 26 februari 2002, appl. no. 36515/97)
Gas och Dubois mot Frankrike (dom den 15 mars 2012, appl. no. 25951/07)

1.4 Bortförande

Carlson mot Schweiz (dom den 6 november 2008, appl. no. 49492/06)
Iglesias Gil och A.U.I. mot Spanien (dom den 29 april 2003, appl. no. 56673/00)
Maire mot Portugal (dom den 26 juni 2003, appl. no. 48206/99)
Mauמושseau och Washington mot Frankrike (dom den 6 december 2007, appl. no. 39388/05)
Neulinger och Shuruk mot Schweiz (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07)

1.5 Vårdnad/umgänge

C. mot Finland (dom den 9 maj 2006, appl. no. 18249/02)
Cristescu mot Rumänien (dom den 10 januari 2012, appl. no. 13589/07)
Dabrowska mot Polen (dom den 2 februari 2010, appl. no. 34568/08)
Diamante och Pelliccioni mot San Marino (dom den 27 september 2011, appl. no. 32250/08)

Eberhard och M mot Slovenien (dom den 1 december 2009, appl. nos. 8673/05 och 9733/05)
Elsholz mot Tyskland (dom den 13 juli 2000, appl. no. 25735/94)
Hansen mot Turkiet (dom den 23 september 2003, appl. no. 36141/97)
Hoffman mot Tyskland (dom den 11 oktober 2001, appl. no. 34045/96)
Hokkanen mot Finland (dom den 23 september 1994, appl. no. 19823/92)
Ignaccolo-Zenide mot Rumänien (dom den 25 januari 2000, appl. no. 31679/96)
Kosmopoulou mot Grekland (dom den 5 februari 2004, appl. no. 60457/00)

1.6 Faderskap

Ahrens mot Tyskland (dom den 22 mars 2012, appl. no. 45071/09)
Anayo mot Tyskland (dom den 21 december 2010, appl. no. 20578/07)
Jäggi mot Schweiz (dom den 13 juli 2006, appl. no. 58757/00)
Kroon m.fl. mot Nederländerna (dom den 27 oktober 1994, appl. no. 18535/91)

2. Artikel 3

2.1 Sexuella övergrepp

*C.A.S. och C.S. mot Rumänien (dom den 20 mars 2012, appl. no. 26692/05)
M. och C. mot Rumänien (dom den 27 september 2011, appl. no. 29032/04)
M.P. m.fl. mot Bulgarien (dom den 15 november 2011, appl. no. 22457/08)
O'Keefe mot Irland (dom den 28 januari 2014, appl. no. 35810/09)
P. och S. mot Polen (dom den 30 oktober 2012, appl. no. 57375/08)
*Scozzari och Giunta mot Italien (dom den 13 juli 2000, appl. nos. 39221/98 och 41963/98)

2.2 Frihetsberövande

Güveç mot Turkiet (dom den 20 januari 2009, appl. no. 70337/01)
T. mot Förenade kungariket (dom den 16 december 1999, appl. no. 24724/94)
V. mot Förenade kungariket (dom den 16 december 1999, appl. no. 24888/94)

2.3 Förvar

*Mubilanzila Mayeka och Kaniki Mitunga mot Belgien (dom den 12 oktober 2006, appl. no. 13178/03)

Popov mot Frankrike (dom den 19 januari 2012, appl. nos. 39472/07 och 39474/07)

2.4 Mottagningsförhållanden

Tarakhel mot Schweiz (dom den 4 november 2014, appl. no. 29217/12)

* = avgöranden som ingått i studien av såväl artikel 3 som artikel 8.