

# Om rättsinstitutet kafalah i svensk internationell privat- och processrättslig belysning

Av professor ULF MAUNSBACH<sup>1</sup>

*I den här uppsatsen behandlas rättsinstitutet kafalah, som är tämligen okänt i Sverige och sällan förekommande i det svenska rättssystemet. Kanske framstår det som märkligt att ägna intresse åt något så perifert för svenska förhållanden i en uppsats som handlar om svensk rätt. Intresset är emellertid motiverat bland annat av det skälet att kafalah förekommer i väsentligt större utsträckning i andra EU-medlemsländer. Det finns också skäl att förmoda att vi kommer att träffa på kafalah i flera fall i Sverige under kommande år, inte minst eftersom EU-domstolen bekräftat att kafalah är ett rättsinstitut som vi måste ta på allvar. Ambitionen att försöka kvalificera detta främmande rättsinstitut och förklara hur det bör hanteras i den svenska internationella privat- och processrätten är därför inte förfelad. Tvärt om hoppas författaren att uppsatsen ska bidra både till en förståelse för kafalah och en rättvisande hantering av rättsinstitutet inom det svenska rättssystemet.*

## 1 Inledning

I samband med tillämpningen av utländsk rätt och erkännande av utländska avgöranden i Sverige händer det emellanåt att det blir aktuellt att ta ställning till rättsliga begrepp och principer som inte har någon direkt motsvarighet i det svenska rättssystemet, s.k. typfrämmande rättsinstitut.<sup>2</sup>

Det finns en rad dylika rättsinstitut och flera är familjerättsliga och har sitt ursprung i islamisk rätt. Förekommande exempel i svensk praxis har ofta gällt s.k. islamisk brudpenning (*mahr*)<sup>3</sup> men det finns andra rättsinstitut som kan aktualiseras. Ett sådant som jag tänkte ägna intresse åt i den här uppsatsen är *kafalah*. Det handlar om ett rättsinstitut som avser att garantera vårdnad och omsorg om ett barn och det har sitt ursprung i islamisk rätt och är därmed förekommande i länder med islamiska rättssystem.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Professor i internationell privaträtt vid Lunds universitet.

<sup>2</sup> Se vidare Bogdan, Michael & Hellner, Michael "Svensk internationell privat- och processrätt" Norstedts Juridik, 9:e uppl. 2020, s. 231 (cit. Bogdan/Hellner), s. 103 ff. Se även Bramstäng, Gunnar, Lindskoug, Patrik & Maunsbach, Ulf "Grundläggande svensk internationell privaträtt", Norstedts Juridik, 2021, s. 66.

<sup>3</sup> Se exempelvis NJA 2017 s. 168, RH 2005:66 och RH 1993:116.

<sup>4</sup> Se vidare Sayed, Mosa "The Kafalah of Islamic Law – How to approach it in the West" i Essays in Honour of Michael Bogdan (Lindskoug, Patrik & Maunsbach, Ulf [red.]), Juristförlaget i Lund 2013, s. 507–520 (cit. Sayed 2013). Se också antologin "Children in Migration and International Family Law – The Child's Best Interests

Någon direkt motsvarighet till kafalah finns inte i Sverige men rättsinstitutet är ändå praktiskt relevant, även om det är relativt okänt i Sverige och trots att det sällan förekommer i praxis. Kafalah nämns i lagstiftning,<sup>5</sup> diskuteras i förarbeten<sup>6</sup> och har varit föremål för behandling av EU-domstolen.<sup>7</sup> Det är med andra ord ett aktuellt begrepp och problem som sammanhänger med kafalah kan aktualiseras i Sverige.

Syftet med den här uppsatsen är att belysa kafalah och undersöka hur rättsinstitutet ska förstås och behandlas inom ramen för det svenska rättssystemet.

Ett inledande problem är hur rättsinstitutet kafalah ska översättas för att det ska bli begripligt i en svensk kontext. Den här översättningsuppgiften brukar inom den internationella privaträtten beskrivas som att rättsförhållandet kvalificeras och jag inleder uppsatsen med ett avsnitt som syftar till att förklara och kvalificera kafalah. Därefter följer en beskrivning och analys av hur de eventuella problem som kafalah kan ge upphov till bör hanteras.

Det är typiskt sett i två situationer som det kan bli problematiskt. Den första situationen handlar om hur svenska domstolar ska förhålla sig till tillämpning av utländsk rätt som medger stöd för kafalah, i situationer när en lagvalsregel hänvisar till sådan utländsk rätt. Den andra situationen är mer mångfacetterad och handlar om i vilken utsträckning Sverige har en skyldighet att erkänna utländska myndigheters beslut om kafalah. Jag kommer i det följande att behandla dessa skilda problem i tur och ordning, efter den utlovade diskussion om hur kafalah bör kvalificeras.

## 2 Hur ska kafalah kvalificeras?

### 2.1 Inledande anmärkningar

Kafalah är som nämnts ett rättsinstitut med ursprung i islamisk rätt. I svenska rättskällor har kafalah liknats vid en form av svag adoption eller

Principle at the Interface of Migration and Family Law” (Arnold, Stefan & Heiderhoff, Bettina [red.]), Springer 2024, s. 207–292 och Bruijnen, Leontine “How can private international law bridge the gap between the recognition of unknown family relations such as kafala and child marriage for family law and migration law purposes”, Akademisk avhandling, universitetet i Antwerpen 2025 s. 61–92 (cit. Bruijnen 2025). Avhandlingen finns ännu inte tillgänglig i tryckt form, men den finns tillgänglig elektroniskt på: <https://repository.uantwerpen.be/docman/irua/bc941dmotoM63>. Hänvisningarna i den här uppsatsen är till den elektroniska versionen av avhandlingen.

<sup>5</sup> Se närmast lag (2012:318) om 1996 års Haagkonvention och lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter. Se vidare i avsnitt 2.2.

<sup>6</sup> Se exempelvis Adoptionskommissionens betänkande (SOU 2025:61), s. 518 och 555. Se vidare i avsnitt 2.2.

<sup>7</sup> Se särskilt mål C-129/18, *SM mot Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, EU:C:2019:248. Se vidare i avsnitt 2.3.

en form av förmynderskap eller vårdnad.<sup>8</sup> Rättsinstitutet har också liknats vid en permanent form av familjehemsplacering.<sup>9</sup> Frågan är om det går att komma fram till en mer specifik kvalifikation.

I sin uppsats i festskriften till Michael Bogdan betonar Sayed att *kafalah* är en central institution inom islamisk familjerätt som syftar till att skydda barn i behov av omvårdnad utan att skapa ett legalt föräldraskap. Utgångspunkten är att *sharia* betraktar biologiskt släktskap (*nasab*) som en grundläggande princip för familjerättsliga relationer. Koranen förbjuder adoption (*tabanni*) i den mening att ett barn inte kan tillskrivas en annan persons släktskap eller arvsrätt.<sup>10</sup>

För barn utan familj erbjuder islamisk rätt istället *kafalah*, en form av foster- eller vårdnadsarrangemang. Arrangemanget innebär att en *kafil* (vårdnadshavare) åtar sig att försörja, uppfostra och skydda ett barn (*makfuls*), men utan att detta leder till att barnet får arvsrätt eller att legala släktskapsband uppstår.<sup>11</sup>

Formerna för *kafalah* skiljer sig emellertid åt mellan länder som tillämpar islamisk rätt och det är därför svårt (omöjligt) att ge en generell definition av begreppet.<sup>12</sup> En grundläggande uppdelning hänger samman med hur beslutet om *kafalah* fattats. Bruijnen betonar att en gränsdragning kan göras mellan *kafalah* som etablerats genom en domstols dom och *kafalah* som etablerats genom ett enklare notarieförfarande.<sup>13</sup>

Även om det inte är möjligt att definiera *kafalah* på ett enhetligt sätt är det möjligt att synliggöra gemensamma karaktärsdrag. Som konstaterats ger *kafalah* inte upphov till några juridiskt bindande släktskapsförhållanden med den nya vårdnadshavaren och relationen med de biologiska föräldrarna utsläcks inte. Ett barn i ett *kafalah*-arrangemang har med andra ord kvar arvsrätt från sina biologiska föräldrar och ärver inte de nya vårdnadshavarna. Ett *kafalah*-arrangemang är dessutom tidsbegränsat på det sättet att det automatiskt upphör när barnet blir myndigt. En omedelbar slutsats blir därmed att *kafalah* inte är adoption i den mening som adoption förstås i svensk rätt.<sup>14</sup>

<sup>8</sup> Bogdan/Hellner, s. 231.

<sup>9</sup> Se SOU 2025:61, s. 555.

<sup>10</sup> Sayed 2013, s. 507–511. Se också Bruijnen 2025, s. 34–36.

<sup>11</sup> Sayed 2013, s. 511–515.

<sup>12</sup> Se Nadjima Yassari "Beyond Kafalah: How Parentless Children Are Placed in new Homes in Muslim Jurisdictions", i *Children in Migration and International family Law* (Arnold, Stefan & Heiderhoff, Bettina [red.]), Springer 2024, s. 207–223. (cit. Nadjima 2024).

<sup>13</sup> Bruijnen 2025, s. 35–36.

<sup>14</sup> Se 4 kap. 22 § föräldrabalken där det klargörs att adoptivbarn ska ses som adoptivföräldrarnas barn och inte som barn till sina tidigare föräldrar.

## 2.2 *Hur kafalah kvalificeras i lag och förarbeten*

Det finns två rättsakter som uttryckligen nämner kafalah och som båda gäller i Sverige. Det första exemplet är 1996 års Haagkonvention<sup>15</sup> och det andra exemplet är barnkonventionen.<sup>16</sup>

1996 års Haagkonvention är relevant av flera skäl, inte minst eftersom kafalah i artikel 3(e) uttryckligen nämns som en åtgärd som omfattas av konventionens tillämpningsområde. I den aktuella bestämmelsen talas det om ”placering av barnet i familjehem eller på en institution, eller om vård av ett barn genom kafala eller liknande institut”. I Haagkonventionen är alltså kafalah ett rättsinstitut som nämns i samband med familjehemsplacering (eller liknande). Haagkonventionen blir därmed relevant inom sitt tillämpningsområde när det gäller frågor om tillämplig lag och om erkännande och verkställighet av domar och beslut. Jag återkommer till dessa aspekter nedan.

I barnkonventionen nämns kafalah uttryckligen i artikel 20(3). Artikel 20 handlar om att barn som tillfälligt eller permanent berövats sin familjemiljö ska ha rätt till stöd och skydd och i artikel 20(3) nämns kafalah som ett exempel på sådan omvårdnad. Återigen talas det om kafalah som en åtgärd som kan liknas vid en familjehemsplacering.

I de båda konventionerna kan konstateras att kafalah ses som en legitim barnskyddsåtgärd. En försiktig slutsats blir också att kafalah för svenskt vidkommande närmast liknar den reglering som finns i Sverige avseende familjehemsplacering.<sup>17</sup>

Kafalah nämns också i förarbeten. I Adoptionskommissionens betänkande nämns kafalah som en permanent form av familjehemsplacering<sup>18</sup> och därutöver diskuteras kafalah i de förarbeten som föregått införlivandet av Haag- och barnkonventionerna.

I Utredningen om föräldraansvar och skydd av barn i internationella situationer nämns kafalah som en åtgärd som omfattas av 1996 års Haagkonvention och som innebär att ett barn placeras på en institution eller i en muslimsk familj. Det konstateras också att kafalah inte påverkar det rättsliga förhållandet mellan barnet och de ursprungliga föräldrarna och att det därför ska skiljas från adoption.<sup>19</sup>

I Barnkonventionsutredningens betänkande nämns kafalah som en alternativ form av omvårdnad och det betonas att uppräkningsen i barnkonventionens artikel 20(3) är exempel på skilda omvårdnadsformer som kommer till uttryck i olika länders lagstiftning. Uppräkningsen innebär emellertid inte någon skyldighet för konventionsanslutna stater

<sup>15</sup> Konventionen är införd i svensk rätt genom lag (2012:318) om 1996 års Haagkonvention.

<sup>16</sup> Konventionen är införd i svensk rätt genom lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter.

<sup>17</sup> Bestämmelser om familjehem återfinns primärt i socialtjänstlag (2025:400) (SoL). Se särskilt 9 kap.

<sup>18</sup> Se SOU 2025:61, s. 555.

<sup>19</sup> Se vidare SOU 2005:111, s. 120.

att införa dessa skilda rättsinstitut. Det framgår också direkt av barnkonventionens artikel 20(2) att det är i enlighet med nationell lagstiftning som skyddsåtgärder ska vidtas. Barnkonventionsutredningens slutsats är således att kafalah är ett exempel på en skyddsåtgärd men att det inte följer någon skyldighet för svenskt vidkommande att införa rättsinstitutet. Den skyldighet som följer av barnkonventionen är att erbjuda någon form av tillräckligt skydd.<sup>20</sup>

Av förarbetena framgår således att kafalah är ett rättsinstitut som erkänns, i vart fall inom ramen för Haag- och barnkonventionerna, att det liknar någon form av familjehemsplacering och att det inte ska jämföras med adoption.

### 2.3 Hur kafalah kvalificeras i praxis

I svensk praxis finns, mig veterligen, bara ett publicerat avgörande som berör kafalah.<sup>21</sup> I fallet nämns inte kafalah, men det är uppenbart att det är ett kafalah-arrangemang som är föremål för bedömning. Högsta domstolen nämner en överlåtelse av vårdnad enligt marockansk sedvanerätt (dvs. kafalah). Fallet gäller en adoptionsansökan och kafalah får betydelse genom att det stärker relationen mellan barnet och de blivande adoptivföräldrarna som bland annat av det skälet får bifall till sin ansökan om adoption. Högsta domstolen gör inte någon tydlig kvalifikation av kafalah i avgörandet men avfärdar inte rättsinstitutet utan ger det betydelse som en sakomständighet som påverkar beslutet om adoption.

Praxis från EU-domstolen är också begränsad. Det finns emellertid ett centralt avgörande som är direkt relevant för hur rättsinstitutet kafalah ska förstås. Det handlar om mål C-129/18 (*SM-fallet*).<sup>22</sup> Fallet rör en algerisk flicka, SM, som övergivits vid födseln och som år 2011 hade placerats hos ett franskt par bosatta i England (Förenade kungariket) genom ett beslut om kafalah av algerisk domstol. När paret försökte ta barnet till Förenade kungariket vägrades inresetillstånd, eftersom kafalah inte erkändes som adoption enligt brittisk lag. Efter många års processande hamnade frågan inför Förenade kungarikets högsta domstol, som begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen. De frågor som ställdes till EU-domstolen handlade huvudsakligen om hur begreppet ”släkting i rakt nedstigande led” i artikel 2(2)c i rörlighetsdirektivet<sup>23</sup> skulle tolkas och om att kafalah-arrangemang omfattades av begreppet.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Se vidare SOU 2020:63, s. 827 f.

<sup>21</sup> NJA 1991 s. 21.

<sup>22</sup> EU-domstolens avgörande av den 26 mars 2019 i mål C-129/18, *SM mot Entry Clearance Officer, UK Visa Section*, EU:C:2019:248 (*SM-fallet*).

<sup>23</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier (rörlighetsdirektivet).

<sup>24</sup> Mål C-129/18, p. 41 och 44.

Målet handlar alltså inte om tolkningen av några internationellt privaträttsliga regler, men det är generellt EU-rättsligt relevant, inte minst beträffande frågan om erkännande av ett främmande rättsinstitut.

EU-domstolen konstaterade i sin dom att begreppet ”släkting i rakt nedstigande led” i direktivet ska tolkas autonomt. Domstolen slog vidare fast att begreppet förutsätter ett rättsligt föräldra-barnförhållande, antingen biologiskt eller genom en adoption. Eftersom ett kafalaharrangemang inte medför att ett sådant förhållande uppstår, kan ett barn inom ramen för ett sådant arrangemang inte betraktas som en ”släkting i rakt nedstigande led” enligt artikel 2(2)c i direktivet.<sup>25</sup>

Däremot framhöll domstolen att sådana barn kan omfattas av artikel 3(2)a i direktivet som ”andra familjemedlemmar”, om ett faktiskt beroende- eller omsorgsförhållande föreligger mellan barnet och vårdnadshavaren.<sup>26</sup> Om dessa förutsättningar är uppfyllda innebär det att den mottagande medlemsstaten (i detta fall Förenade kungariket) ska underlätta inresa och uppehåll för ett barn inom ett kafalaharrangemang.

EU-domstolens avgörande innebär därmed en skyldighet för den mottagande medlemsstaten att göra en individuell bedömning och den bedömningen måste göras med hänsyn till barnets bästa, i enlighet med artikel 24(2) i EU:s stadga.<sup>27</sup> Vid bedömningen ska bland annat hänsyn tas till hur gammalt barnet är, hur länge det bott tillsammans med sina vårdnadshavare och hur beroende det är av vårdnadshavarna.<sup>28</sup> Bedömningen ska också inkludera en uppskattning av om det finns konkreta risker för att det berörda barnet utsatts för övergrepp eller utnyttjanden. EU-domstolen betonar i det sammanhanget att några sådana risker inte får presumeras bara på grund av att det handlar om kafalah utan frågan måste bedömas i det enskilda fallet.<sup>29</sup>

I avgörandet ger EU-domstolen inte uttryck för någon tydlig kvalifikation av begreppet kafalah. Vad som är tydligt är att rättsinstitutet inte kan jämföras med en adoption och att det handlar om barns omvårdnad. Den viktigaste slutsatsen är dock det tydliga betonandet av att det ska göras en individuell bedömning.

Avgörandet är viktigt för förståelsen av rättsinstitutet kafalah inom EU-rätten och det lär få betydelse även utanför det strikta tillämpningsområdet för rörlighetsdirektivet. Det borde exempelvis kunna få betydelse när det gäller de frågor om erkännande av utländska domar och beslut om kafalah som jag återkommer till nedan.<sup>30</sup>

<sup>25</sup> Mål C-129/18, p 52–56.

<sup>26</sup> Mål C-129/18, p 57–60.

<sup>27</sup> Mål C-129/18, p 67.

<sup>28</sup> Mål C-129/18, p 69.

<sup>29</sup> Mål C-129/18, p 70.

<sup>30</sup> Se vidare om SM-fallets betydelse Jault-Seseke, Fabienne, ”Recognition of Kafala in European Member States: Need for a Uniform Approach?” i *Children in Migration and International Family Law* (Arnold, Stefan & Heiderhoff, Bettina [red.]), Springer 2024, s. 287–292. (cit. Jault-Seseke 2024).

#### 2.4 Ett sammanfattande försök till kvalifikation

I ljuset av det ovan sagda går det att dra vissa slutsatser när det handlar om hur kafalah ska kvalificeras. Inledningsvis måste dock betonas att kvalifikationen inte kan göras enhetligt eller generellt utan att varje kafalah-arrangemang måste betraktas för sig. En inledande distinktion är att skilja mellan kafalah som beslutats av domstol och kafalah som tillkommit genom ett notarietförfarande. Det är i första hand den första gruppen, dvs. kafalah som beslutats av domstol, som är aktuell att undersöka eftersom det är väsentligt svårare att få information som på ett rättssäkert sätt klargör vad det aktuella kafalah-arrangemanget faktiskt innebär när det gäller de kafalah-arrangemang som tillkommit genom ett notarietförfarande.<sup>31</sup>

Såvitt avser de domstolsgrundade kafalah-arrangemangen är det möjligt att dra vissa generella slutsatser. Det handlar inte om adoption, eftersom några nya legala familjeband inte skapas och eftersom arrangemanget upphör när det barn som berörs blir myndigt.

På ett generellt plan är det dessutom, enligt min bedömning, möjligt att konstatera att kafalah är ett rättsinstitut som handlar om omsorg om barn. Den slutsatsen har sin grund i att kafalah nämns i 1996 års Haagkonvention och i barnkonventionen, som en åtgärd som syftar till att skydda barn och som liknas vid familjehems- eller institutionsplacering. Att ett kafalah-arrangemang kan skapa en form av familjeband som måste respekteras bekräftas för övrigt också av europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna.<sup>32</sup>

Om en svensk rättsvårdande myndighet skulle ställas inför uppgiften att kvalificera ett kafalah-arrangemang är min rekommendation därmed att först undersöka vilken typ av kafalah-arrangemang det handlar om. Visar det sig vara ett arrangemang som beslutats av domstol bör det behandlas som en åtgärd som syftar till att tillgodose barns omvårdnad och som därmed direkt eller indirekt handlar om föräldraansvar. I de flesta fall är det min bedömning att den närmaste motsvarigheten till kafalah i det svenska rättssystemet är en familjehemsplacering. Uppgiften att kvalificera måste dock hanteras varsamt och under alla omständigheter måste det, inte minst i ljuset av *SM*-fallet, göras en individuell bedömning som fokuserar på det enskilda barnets intresse i den aktuella situationen.<sup>33</sup> Det ska också sägas att en kvalifikation av rättsinstitutet inte ensamt löser de eventuella internationellt privat- och processrättsliga problem som det kan ge upphov till. Svaret på den frågan kräver en vidare utredning.

<sup>31</sup> Se vidare Bruijnen 2025, s. 35–36.

<sup>32</sup> Se exempelvis Europadomstolens avgörande av den 16 december 2014 i mål *Chbihi Loudoudi mot Belgien*, CE:ECHR:2014:1216JUD005226510 och avgörande av den 4 oktober 2012 i mål *Harrodji mot Frankrike*, CE:ECHR:2012:1004JUD004363109.

<sup>33</sup> Ett exempel på en dylik individuell bedömning som Högsta domstolen tillämpat vid behandlingen av ett annat typfrämmande rättsinstitut (*mahr*) återfinns i NJA 2017 s. 168. Behovet av att dessa situationer måste bedömas individuellt betonas också av Jault-Seseke 2024, s. 291.

### 3 Kafalah och tillämpning av utländsk rätt

Som framgår av det ovan sagda är det min uppfattning att kafalah i flera fall bör kvalificeras som ett rättsinstitut som handlar om barns omvårdnad. Därmed blir det en fråga som kommer att få hanteras inom ramen för en prövning av föräldraansvaret. Givet den kvalifikationen förutsätter en tillämpning av utländsk rätt som inkluderar kafalah att en fråga om föräldraansvar skulle prövas i svensk domstol och att lagvalet pekar ut den aktuella utländska regleringen. En sådan situation är osannolik. Utgångspunkten är i dessa fall att domsrätt föreligger i Sverige på grund av barnets/barnens hemvist i Sverige.<sup>34</sup> När ett sådant mål prövas kommer frågan om lagval att bestämmas av 1996 års Haagkonvention och denna anger som huvudregel att domstolslandets lag ska tillämpas (artikel 15). I praktiken är det alltså osannolikt att en svensk domstol i en fråga som rör föräldraansvar skulle tillämpa något annat än svensk rätt.

I situationer som inte omfattas av 2019 års Bryssel II förordning<sup>35</sup> eller 1996 års Haagkonvention och när barnet/barnen det handlar om inte har hemvist i Sverige, finns som utgångspunkt ingen domsrätt i Sverige för en fråga som rör föräldraansvar och det blir följaktligen inte heller i dessa situationer aktuellt att tillämpa någon utländskt rätt i svensk domstol.

Om situationen ändå skulle uppkomma, dvs. att utländsk rätt som medger kafalah ska tillämpas av en svensk domstol, finns möjligheten att med stöd av artikel 22 i 1996 års Haagkonvention åsidosätta den av konventionen anvisade lagen. Det aktuella ordre public-förbehållet förutsätter att tillämpningen av den utländska lagen skulle vara uppenbart oförenlig med grunderna för rättsordningen i Sverige, med särskild hänsyn tagen till barnets bästa. Att det är möjligt för en domstol i Sverige att avvisa en tillämpning av kafalah under åberopande av ordre public innebär emellertid inte att det är självklart eller lämpligt. Hänsyn måste fortfarande tas till barnets intresse och det måste göras en individuell bedömning av det kafalah-arrangemang som är aktuellt. Rör det sig exempelvis om kafalah som vilar på rättslig grund och är beslutad av domstol är min bedömning att det i flera fall kan vara i barnets intresse att bestämmelsen (eller kanske snarare rättsinstitutet) tillämpas. Om det däremot inte går att säkerställa att aktuella bestämmelser ger utrymme för en rättssäker prövning, exempelvis om reglerna inte medger att principerna om barnets bästa kan upprätthållas, är det i mitt tycke aktuellt att åsidosätta tillämpningen av den aktuella utländska lagen med hänvisning till ordre public. En sådan situation

<sup>34</sup> Huvudregeln i 2019 års Bryssel II-förordningen, artikel 7 är att domsrätt i frågor om föräldraansvar är där barnet har hemvist. I 1996 års Haagkonvention är utgångspunkten, artikel 5, densamma.

<sup>35</sup> Rådets förordning (EU) 2019/1111 av den 25 juni 2019 om behörighet, erkännande och verkställighet av avgöranden i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar, och om internationella bortföranden av barn (2019 års Bryssel II-förordning).

skulle exempelvis kunna vara att de aktuella reglerna inte säkerställer att barnet får möjlighet att framföra sina åsikter eller att de ursprungliga vårdnadshavarna inte tydligt får möjlighet att samtycka till arrangementet.<sup>36</sup>

Som inledningsvis betonades är det emellertid osannolikt att problem med anledning av kafalah uppkommer som en fråga i samband med tillämpningen av utländsk rätt. Mer relevant är det däremot att diskutera kafalah i samband med erkännande, vilket också är den fråga jag tänkte undersöka härnäst.

## 4 Erkännande av utländska avgöranden om kafalah

### 4.1 Inledande anmärkningar

Svaret på frågan om erkännande i Sverige av utländska avgöranden om kafalah är beroende av vilken typ av avgörande det handlar om och från vilket land avgörandet har sitt ursprung. När det gäller de beslut som kvalificeras som frågor om föräldraansvar finns inledningsvis anledning att skilja mellan två situationer. Den första handlar om att någon ansöker om att få ett kafalah-arrangemang erkänt i Sverige baserat på ett beslut om kafalah från ett land som inte är ett EU-land. I sådana fall kan 1996 års Haagkonvention aktualiseras. Den andra situationen handlar om att en ansökan om erkännande av ett kafalah-arrangemang inkommer till Sverige baserad på ett beslut om erkännande i en annan EU-medlemsstat. Jag behandlar de båda situationerna i tur och ordning nedan. Därutöver kommer några övriga frågor att belysas, bland annat situationen att ett kafalah-arrangemang erkänts som en adoption.

### 4.2 Erkännande inom ramen för 1996 års Haagkonvention

Det har redan konstaterats att kafalah nämns som en åtgärd som omfattas av 1996 års Haagkonvention och det råder följaktligen inte någon tvekan om att rättsinstitutet måste behandlas i en situation när konventionen är tillämplig. En praktisk utmaning i detta sammanhang är att konventionens tillämplighet står i direkt relation till antalet anslutna stater och Marocko är hittills det enda land där kafalah tillämpas som också är anslutet till 1996 års Haagkonvention. Det finns därför skäl att behandla frågor om erkännande av kafalah-arrangemang med ursprung i Marocko separat.

För Marockos del är utgångspunkten att ett beslut om kafalah omfattas av 1996 års Haagkonvention och att det därför ska erkännas inom ramen för konventionen. Ett sådant erkännande får emellertid vägras i specifika fall. Beträffande kafalah är det särskilt relevant att uppmärksamma om förfarandet enligt konventionens artikel 33 har följts.

<sup>36</sup> Frånvaron av möjlighet för ett barn att uttrycka sin egen vilja nämns även av Bruijnen som en möjligt grund för ordre public. Se vidare Bruijnen 2025, s. 300–301.

Artikel 33 är central när det gäller erkännande av beslut om kafalah. Bestämmelsen anger uttryckligen att centralmyndigheter i aktuella länder måste samarbeta om det är aktuellt att ge vård genom kafalah i en annan fördragsslutande stat. Det samarbetet innefattar ett samråd och ett överlämnade av en rapport om barnet med en motivering till stöd för den föreslagna åtgärden. Ett beslut om kafalah i den ansökande staten får enligt artikel 33(2) bara fattas om centralmyndigheten i den mottagande staten godkänt åtgärden.<sup>37</sup>

Överfört på svenska förhållanden, med Marocko som exempel, innebär artikel 33 att centralmyndigheten i Marocko måste kontakta den svenska centralmyndigheten innan den fattar beslut om ett kafalah-arrangemang som gäller ett barn som har för avsikt att flytta till Sverige. Efter en sådan förfrågan kommer centralmyndigheten i Sverige att inleda ett samråd med socialnämnden i den kommun där barnet kommer att få hemvist (om åtgärden skulle godkännas).<sup>38</sup> Socialnämnden gör därefter en prövning enligt 22 kap. 17 § socialtjänstlagen, som specifikt gäller frågan om placering av barn i Sverige av utländska myndigheter. Socialnämndens prövning innebär att en noggrann utredning måste genomföras, med barnets bästa som utgångspunkt, där det bland annat måste undersökas om barnet har fått framföra sin åsikt och om det finns förutsättningar för en bra vård i det enskilda hemmet.

Ett kafalah-arrangemang som uppfyller förutsättningarna i artikel 33 måste, som jag ser det, erkännas inom ramen för 1996 års Haagkonvention. Motsatsvis kan sägas att kafalah-arrangemang som inte uppfyller nämnda krav kan vägras erkännande. En sådan vägran har också ett uttryckligt stöd i konventionens artikel 23(2)f. Det finns med andra ord en tydlighet när det gäller hanteringen av ärenden om kafalah inom ramen för 1996 års Haagkonvention.

Det är svårare att hantera erkännande av beslut som kommer från länder som inte är anslutna till 1996 års Haagkonvention, och där svenska myndigheter följaktligen inte kan luta sig mot artikel 33 och det samarbete mellan myndigheter som bestämmelsen ger uttryck för. I dessa situationer finns inte heller någon konventionsgrundad skyldighet att erkänna. Tvärtom är huvudregeln i svensk rätt att vi inte erkänner och verkställer utländska avgöranden utan stöd i lag (3 kap. 2 § UB). Det innebär inte att ett kafalah-arrangemang från ett icke konventionsanslutet land (exempelvis Algeriet) saknar betydelse. Kafalah skapar tveklöst i flera fall starka familjeliknande band mellan *kafil* och *makfuls* och den typen av relationer kan givetvis få betydelse som en

<sup>37</sup> Centralmyndigheten för svenskt vidkommande när det gäller samarbeten inom ramen för 1996 års Haagkonvention och 2019 års Bryssel II förordning finns på Utrikesdepartementet. Se vidare: <https://www.regeringen.se/uds-reseinformation/-internationella-familjefragor/internationella-barnskyddsarenden/>.

<sup>38</sup> Efter samtal med representanter från centralmyndigheten vid UD har det bekräftats att myndigheten hanterat en "handfull" ärenden som involverat kafalah under de senaste 10 åren. En absolut majoritet av dessa har rört frågor med ursprung från Marocko.

sakomständighet vid bedömningen av frågor som handlar om barns anknytning till Sverige och deras beroende av sina nya vårdnadshavare.<sup>39</sup>

#### *4.3 Erkännande inom ramen för 2019 års Bryssel II-förordning*

Den andra situationen utgår från hur erkännandet ska hanteras inom EU. En fråga som därmed blir aktuell att besvara är om ett beslut om kafalah omfattas av tillämpningsområdet för 2019 års Bryssel II-förordning. Som redan konstaterats är min slutsats är att ett sådant beslut i flera fall gör det. Kafalah nämns i och för sig inte uttryckligen som en åtgärd som omfattas av förordningens tillämpningsområde, men vårdnad och umgänge inkluderas liksom förordnande av uppgifter för en person som ska ansvara för ett barns person eller egendom (artikel 1[1]a och c) och placering av ett barn utanför det egna hemmet (artikel 1[1]d). I förordningens definition av föräldraansvar inkluderas dessutom uttryckligen frågor om vårdnad och umgänge, inbegripet rätten att bestämma var ett barn ska bo (artikel 2[8–10]). Det faktum att kafalah i flera sammanhang likställs med en familjehemsplacering (som definitivt omfattas av tillämpningsområdet för förordningen) ger också stöd för slutsatsen att ett kafalah-arrangemang kan omfattas av förordningens tillämpningsområde.<sup>40</sup> Det, i sin tur, innebär att förordningens bestämmelser om erkännande kan komma att bli tillämpliga.<sup>41</sup>

Det sagda innebär att en dom som meddelats av en domstol i en medlemsstat, som tillerkänner personer legal status baserat på ett kafalah-arrangemang i flera fall måste erkännas i andra medlemsstater inom ramen för 2019 års Bryssel II-förordning. Det finns i och för sig en möjlighet att vägra erkännande på grund av ordre public (artikel 39[1]a) men samtidigt ska barnets bästa beaktas och barnets bästa har rimligen redan varit en del av bedömningen i samband med erkännandet i ursprungsstaten. Det framstår därmed för mig som osannolikt att en ordre public-invändning skulle vara framgångsrik när erkännande av den här typen av rättsliga avgöranden hanteras medlemsstater emellan.

I sammanhanget är det relevant att betona att reglerna om erkännande i 2019 års Bryssel II-förordning gäller domar som meddelats i en medlemsstat. Frågan om det också gäller beslut om erkännande är inte lika enkel att besvara, dvs. frågan om ett beslut att erkänna en dom från ett tredje land (exempelvis Algeriet) i en medlemsstat (exempelvis Frankrike) också omfattas av förordningen och innebär att den algeriska domen därmed är erkänd i Sverige (och övriga medlemsstater). Historiskt har det ansetts att så inte är fallet och det finns därmed ett förbud mot s.k. dubbel exekvatur.<sup>42</sup> Ett beslut om erkännande av ett

<sup>39</sup> Jfr NJA 1991 s 21.

<sup>40</sup> Bruijnen kommer till en liknande slutsats, Bruijnen 2025, s. 291 ff. Se också generaladvokatens yttrande i mål C-129/18, EU:C:2019:140 (*SM-fallet*), p. 57.

<sup>41</sup> Se, för en mer utvecklad diskussion, Bruijnen 2025, s. 289–298.

<sup>42</sup> Se Bruijnen 2025, s. 293 (para. 634) med vidare hänvisningar.

utländskt avgörande gäller enligt detta synsätt bara erkännande i det land i vilket beslutet fattats. Den uppfattningen är emellertid ifrågasatt.<sup>43</sup> Det finns också praxis från EU-domstolen som antyder att beslut om erkännande av utländska avgöranden kan omfattas av de EU-gemensamma reglerna om erkännande. Ett sådant exempel är mål C-568/20<sup>44</sup> där EU-domstolen konstaterar att ett beslut om betalningskyldighet som meddelats av en domstol i en medlemsstat på grundval av lagakraftvunna domar som meddelats i ett tredjeland, är en dom och är verkställbar i de andra medlemsstaterna inom ramen för 2012 års Bryssel I-förordning.<sup>45</sup> Avgörandet gäller i och för sig inte kafalah, eller någon annan fråga som omfattas av 2019 års Bryssel II-förordning, men det indikerar en extensiv tolkning av vilka typer av domar det är som omfattas av reglerna om erkännande och därigenom kan det få generell betydelse även utanför det direkta tillämpningsområdet för 2012 års Bryssel I-förordning.

En särskild fråga gäller beslut om familjehemsplacering. Om ett kafalah-arrangemang erkänts i en medlemsstat som en familjehemsplacering i den staten, och det blir aktuellt att flytta den familjehemsplaceringen till en annan medlemsstat, kommer den begäran att hanteras som ett nytt ärende inom ramen för artikel 82 i 2019 års Bryssel II-förordning. Konsekvensen blir ett förfarande som liknar förfarandet enligt artikel 33 i 1996 års Haagkonvention. Följaktligen krävs det i dessa fall en dialog mellan centralmyndigheter i de berörda medlemsstaterna och en ny utredning i mottagarlandet innan ett beslut om placering i den nya medlemsstaten kan fattas. I de här situationerna är det således inte aktuellt med något erkännande.

#### 4.4 Några övriga frågor

En annan aspekt som är relevant att belysa när det gäller frågan om ett erkännande av ett kafalah-arrangemang i en medlemsstat är att ett sådant arrangemang kan komma att ses som en legal status som unionsmedborgare bär med sig när de flyttar mellan medlemsstater. I detta sammanhang har EU-domstolen uttalat att personnamn kan utgöra en sådan legal status<sup>46</sup> och detsamma gäller, med begränsade rättsverkningar, samkönade äktenskap.<sup>47</sup> Ett allmänt erkännande av ett statusförhållande innebär i och för sig inte att det legala statusförhållandet måste ha exakt samma rättsliga innebörd i alla medlemsstater, men det innebär att statusförhållandet som utgångspunkt måste respekteras

<sup>43</sup> Se vidare Bruijnen 2025, s. 292–295.

<sup>44</sup> Avgörande från EU-domstolen (tredje avdelningen) av den 7 april 2022 i mål C-568/20, *J mot H Limited*, EU:C:2022:264.

<sup>45</sup> Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 1215/2012 av den 12 december 2012 om domstols behörighet, och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (omarbetning) (2012 års Bryssel I-förordning).

<sup>46</sup> Se exempelvis EU-domstolens avgörande i mål C-148/02 (*Garcia Avello*), EU:C:2003:539 och mål C-353/06 (*Grunkin och Paul*), EU:C:2008:559.

<sup>47</sup> Se EU-domstolens avgörande i mål C-673/16 (*Coman*), EU:C:2018:385.

och att det, i vart fall i vissa fall, kommer få rättsverkningar som är autonomt bestämda.<sup>48</sup>

En avslutande särskild fråga gäller adoption. Jag har tidigare betonat att ett kafalah-arrangemang inte är en adoption och enligt mitt förmenande ska därför kafalah inte kvalificeras som en adoption och följaktligen inte heller erkännas som en sådan. Det hindrar inte att kafalah-arrangemanget får betydelse i samband med ett beslut om adoption (som exempelvis var fallet i NJA 1991 s. 21) och det hindrar inte att ett kafalah-arrangemang i andra länder omvandlas till en adoption.<sup>49</sup> Ett sådant adoptionsbeslut omfattas inte av 2019 års Bryssel II-förordning, men det omfattas av den svenska internationella adoptionslagstiftningen.<sup>50</sup> Utgångspunkten i dessa sammanhang är att ett utländskt beslut om adoption gäller i Sverige om det också gäller i den stat där antingen adoptivbarnet eller adoptivföräldrarna har sin hemvist. Det är med andra ord fullt möjligt att ett kafalah-arrangemang som i utlandet omvandlats till en adoption därigenom indirekt erkänns i Sverige.

## 5 Sammanfattande analys

Därmed vänder jag åter till frågan om hur kafalah ska förstås och hanteras inom ramen för det svenska rättssystemet. En del slutsatser är relativt tydliga men samtidigt står det också klart att det finns kvarstående frågor. Den centrala slutsatsen är att kafalah-arrangemang måste hanteras individuellt, eftersom de existerar i så många skilda former och att det därför inte går att kvalificera dessa arrangemang enhetligt.<sup>51</sup>

En annan slutsats som är tydlig och gemensam för samtliga grupper av kafalah är att det inte rör sig om någon adoption utan om en form av reglerad omvårdnad. I de flesta fall är det därför min uppfattning att ett kafalah-arrangemang bör kvalificeras därefter, dvs. som ett rättsinstitut som avser att tillgodose barns behov av omvårdnad. En sådan kvalifikation innebär att ett kafalah-arrangemang i de flesta situationer kommer att betraktas som ett rättsinstitut som rör föräldraansvar, vilket gör det möjligt att hantera frågor om kafalah inom ramen för, inte bara 1996 års Haagkonvention, utan också 2019 års Bryssel II-förordning.

<sup>48</sup> I mål C-673/16 (*Coman*) konstaterade EU-domstolen att ett samkönat gift par måste betraktas som makar vid tolkning av rörlighetsdirektivet, även om samkönade äktenskap i övrigt inte måste erkännas rättsverkningar i den aktuella medlemsstaten. Se också EU-domstolens dom av den 25 november 2025 i mål C-713/23 *Trojan* mot *Wojewoda Mazowiecki* EU:C:2025:917. I detta senare avgörande slår EU-domstolen fast att funktionsfördraget och EU-stadgan i vissa situationer kan hindra en medlemsstat från att vägra erkänna ett samkönat äktenskap.

<sup>49</sup> Se för vidare diskussioner om omvandling av kafalah till adoption, Bruijnen 2025, s. 269–287.

<sup>50</sup> Lag (2018:1289) om adoptioner i internationella situationer.

<sup>51</sup> Slutsatsen att det måste ske en individuell, in casu, bedömning har stöd av EU-domstolens avgörande i SM-fallet. Det var också en av de viktigaste slutsatserna i det europeiska forskningsprojektet FAMIOMOVE, vars viktigaste forskningsresultat publicerades i antologin "Children in Migration and International Family Law" som nämns i fotnot 3.

Därutöver är det svårare att dra generella slutsatser. Kafalah är fortsatt ett rättsinstitut som sällan aktualiseras i Sverige och det finns därför ett begränsat källmaterial till underlag för en bedömning av hur rättsinstitutet behandlas i det svenska rättssystemet. Uttalanden i lag, förarbeten och praxis stärker uppfattningen att kafalah är ett rättsinstitut som ska respekteras, även om det saknar motsvarighet i det svenska rättssystemet och att det i de flesta fall betraktas som en form av familjehemsplacering.

Och så finns förstås en del obesvarade frågor. Den fråga som jag för egen del är mest intresserad av är hur erkännandet i en medlemsstat av ett utländskt avgörande ska hanteras i övriga medlemsstater. Förbudet mot dubbel exekvatur är ifrågasatt och det framstår som oklart hur det kommer att påverka tillämpningsområdet för 2019 års Bryssel II-förordning. Den här uppsatsen medger dock inte utrymme för en mer utvecklad undersökning av den frågan. Jag får helt enkelt nöja mig här och se fram emot att få fördjupa mig i problemet med dubbel exekvatur i ett annat sammanhang.