



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Elin Palmlund

Situationen i hemlandet inom migrationsrätten

Tillämpningen av 5 kap. 6 § UtL ur ett rättssäkerhetsperspektiv

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

Termin: VT 2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte	6
1.3 Frågeställningar	7
1.4 Avgränsningar	7
1.5 Metod och perspektiv	7
1.6 Forskningsläge	8
1.7 Material	8
1.8 Uppsatsens disposition	8
2 UPPEHÅLLSTILLSTÅND ENLIGT SVENSK UTLÄNNINGSLAGSTIFTNING	9
2.1 Olika typer av skyddsbehov	9
2.2 Internationella förpliktelser	10
3 SYNNERLIGEN ÖMMADE OMSTÄNDIGHETER	12
3.1 Restriktiv tillämpning	13
3.2 Förutsättningar	14
3.2.1 Vistelse i Sverige	14
3.2.2 Klarlagd identitet	14
4 SITUATIONEN I HEMLANDET	16
4.1 Risk för social utstötning	16
4.2 Övriga omständigheter hänförliga till situationen i hemlandet	17
4.3 Situationen i hemlandet i den samlade bedömningen	18
4.4 Beviskrav gällande situationen i hemlandet	18

4.5	Rättstillämparens utredningsskyldighet	20
5	PRAXIS	22
5.1	MIG 2009:31 I	22
5.2	MIG 2009:31 II	23
5.3	Kommentarer till MIG 2009:31 I & II	24
6	GRÄNSDRAGNING MELLAN 5 KAP. 6 § UTLL OCH SKYDDSBEHOV	26
6.1	Problem i tidigare lagstiftning	26
6.2	Situationen i hemlandet	27
7	ANALYS	29
7.1	5 kap. 6 § Utll och dess utformning	29
7.2	Bevisning och rättstillämparens utredningsskyldighet	30
7.3	Praxis	31
7.4	Gränsdragning mellan 5 kap. 6 § Utll och skyddsbehov	32
7.5	Avslutande kommentarer	33
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	35
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	36

Summary

This essay aims to examine when and how the legal practitioners take an alien's situation in his or hers home country in account to grant residence permit due to particularly distressing circumstances according to the Swedish Aliens Act. Both the law and the role of the legal practitioners' compliance with the rule of law are discussed.

According to the Swedish Aliens Act an alien can be granted a residence permit and should be allowed to stay in Sweden if there, after an overall assessment, are particularly distressing circumstances. The alien's situation in his or hers home country is one of the circumstances that should be especially taken in consideration in the overall assessment. An example of a circumstance related to the situation in the home country is if there is a risk for the alien to be socially excluded from the society. If an alien has been traumatized, for example from torture or trafficking, that can also be a circumstance related to the situation in the home country.

An alien should only be granted a residence permit due to particularly distressing circumstances in exceptional cases. First all main grounds for residence permit in the Swedish Aliens Act have to be dismissed, and even if so the legal practitioners have to be restrictive in the overall assessment. The legal practitioners have no obligation to administer the law about particularly distressing circumstances, the article is optional to apply. There are often problems with defining if a circumstance is applicable to the article about particularly distressing circumstances or one of the main grounds for residence permit in the Swedish Aliens Act, especially if the circumstance is related to the situation in the home country. There is no clear distinction of what to apply to which ground and that makes the process unpredictable. One common solution is that the circumstances that weren't severe enough to grant residence permit due to one of the main grounds, are applied to the article about particularly distressing circumstances.

Since particularly distressing circumstances in the Swedish Aliens Act is an unclear article the legal practitioners get a great responsibility in the process of granting residence permit. The large room for interpretation that the unclear article brings, result in a big risk for arbitrary court practice. The article about particularly distressing circumstances is not predictable and it's compliance with the rule of law can be criticized.

Sammanfattning

Uppsatsens syfte är att närmare undersöka när och hur rättstillämparen tar hänsyn till en utlännings situation i hemlandet för att bevilja uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter enligt 5 kap. 6 § UtL. Både gällande rätt och rättstillämparens roll diskuteras utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv.

Enligt 5 kap. 6 § UtL får en utlänning beviljas uppehållstillstånd om det efter en samlad bedömning av utlänningens situation föreligger synnerligen ömmande omständigheter som gör att utlänningen bör tillåtas stanna i Sverige. Enligt bestämmelsen är utlänningens situation i hemlandet en omständighet som särskilt ska beaktas vid den samlade bedömningen. Omständigheter hänförliga till situationen i hemlandet kan till exempel vara om en utlänning riskerar att bli socialt utstött vid ett återvändande. Även viss typ av traumatisering, till exempel på grund av tortyr eller människohandel i hemlandet, kan vara en sådan omständighet.

5 kap. 6 § UtL ska tillämpas restriktivt och enbart i undantagsfall kan uppehållstillstånd beviljas till följd av en prövning enligt bestämmelsen. Enligt lagtexten ska alla huvudgrunder i 4 kap. 1-2a §§ UtL ha uteslutits innan en prövning enligt 5 kap. 6 § UtL kan göras. Men även efter att huvudgrunderna har uteslutits är det upp till rättstillämparen om det är lämpligt med en tillämpning av 5 kap. 6 § UtL eller inte, bestämmelsen är fakultativ. Särskilt avseende en utlännings situation i hemlandet uppstår ofta gränsdragningsproblem gentemot andra grunder för uppehållstillstånd i 4 kap. 1-2a §§ UtL, d.v.s. uppehållstillstånd på grund av skyddsbehov. Det går inte generellt att definiera vilka omständigheter som är hänförliga till den ena eller andra grunden, vilket bidrar till oklarhet i processen. Ofta tillämpas 5 kap. 6 § UtL i de fall omständigheterna inte varit av tillräcklig tyngd för att uppehållstillstånd skulle kunna beviljas med stöd av 4 kap. 1-2a §§ UtL.

Eftersom att 5 kap. 6 § UtL är otydligt formulerad får rättstillämparen ett stort ansvar i processen. Det föreligger en stor risk för godtycklig praxis i och med det stora tolkningsutrymme som bestämmelsen ger upphov till. Tillämpningens oförutsebarhet gör att 5 kap. 6 § UtL och dess formulering kan kritiserats utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv.

Förkortningar

FL	Förvaltningslagen (1986:223)
FN	Förenta Nationerna
FPL	Förvaltningsprocesslagen (1971:291)
MIG	Migrationsöverdomstolens prejudikatsamling
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
UtlL	Utlänningslagen (2005:716)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Under de fyra första månaderna 2015 beviljade Migrationsverket och migrationsdomstolarna 500 utlänningar uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.¹ Bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter i utlänningslagen (2005:716), UtIL, framställs ofta som en sista utväg för att få stanna i Sverige. Samtidigt som bestämmelsen har många likheter med andra grunder för uppehållstillstånd kan en ny prövning av samma ärende göras. Enligt 5 kap. 6 § UtIL ska i dessa fall rättstillämparen göra en samlad bedömning av en utlännings situation, och vid denna bedömning ska bland annat situationen i hemlandet särskilt beaktas. Det finns ett stort antal rättsfall där liknande ärenden fått olika utfall just för att en samlad bedömning är individuell och beroende av alla omständigheter. Rättstillämparens samlade bedömning är juridisk, men i viss mån även politisk. Att en bedömning innehåller både juridiska och politiska moment gäller generellt inom migrationsrätten och det kan på många sätt väcka uppseende.

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att närmare undersöka när och hur rättstillämparen tar hänsyn till en utlännings situation i hemlandet för att bevilja uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter enligt 5 kap. 6 § UtIL.

¹ Migrationsverket aktuell statistik: Beviljade uppehållstillstånd och registrerade uppehållsrätter.

1.3 Frågeställningar

För att lyckas uppfylla syftet med denna uppsats kommer följande frågeställningar besvaras:

- I vilka situationer tar rättstillämparen hänsyn till situationen i hemlandet vid den samlade bedömningen som görs enligt 5 kap. 6 § UtIL?
- Vilka omständigheter hänförliga till situationen i hemlandet är avgörande vid bedömningen enligt 5 kap. 6 § UtIL?
- Är formuleringen och tillämpningen av 5 kap. 6 § UtIL rättssäker?

1.4 Avgränsningar

Jag har valt att avgränsa uppsatsen till enbart första stycket i 5 kap. 6 § UtIL. Det innebär att andra stycket som gäller särskilt för barn inte kommer att behandlas. Jag har även avgränsat mig till en av omständigheterna som särskilt ska beaktas enligt bestämmelsen, nämligen situationen i hemlandet. I tidigare utlänningslagstiftning fanns en motsvarighet till 5 kap. 6 § UtIL, men jag har valt att inte gå längre tillbaka i tiden än när dagens utlänningslag trädde i kraft 2005.

1.5 Metod och perspektiv

För att kunna besvara uppsatsens frågeställningar har jag använt mig av en traditionell rättsdogmatisk metod. Det innebär att uppsatsen håller sig till gällande rätt och källor som lag, lagförarbeten, praxis och doktrin kommer att studeras. För att klargöra gällande rätts roll och hur den förhåller sig till olika situationer kommer ett kritiskt perspektiv att tillämpas. Ett kritiskt perspektiv kommer även att tillämpas för att försöka utreda rättstillämparens funktion. Både gällande rätt och rättstillämparens roll kommer att diskuteras utifrån ett rättsäkerhetsperspektiv.

1.6 Forskningsläge

Det finns ingen omfattande dokumentering på området. Artikeln *Hur bedöms ett skyddsbehov? Om gränsdragning, konsekvens och förutsebarhet i svensk asylpraxis* (2012) av Rebecca Stern är ett senare bidrag. Artikeln ingår i sin tur i forskningsprojektet *Vad krävs för att få skydd? En studie i gränsdragningsproblem mellan olika grunder för uppehållstillstånd*.

1.7 Material

Frågeställningarna besvaras till stor del av förarbeten och praxis. Eftersom förarbetena utelämnar mycket får praxis en stor betydelse. Det finns inte mycket doktrin på området men *Prövning av migrationsärenden: Bevis 8* (2012) av Christian Diesen har använts. Även artikeln *Hur bedöms ett skyddsbehov? Om gränsdragning, konsekvens och förutsebarhet i svensk asylpraxis* (2012) skriven av Rebecca Stern har varit en viktig utgångspunkt.

1.8 Uppsatsens disposition

Inledningsvis består uppsatsen av ett avsnitt där det redogörs allmänt om uppehållstillstånd enligt svensk utlänningslagstiftning, inklusive internationella förpliktelser. Två efterföljande kapitel utreder synnerligen ömmande omständigheter som grund för uppehållstillstånd, där särskilt situationen i hemlandet behandlas. Sedan följer ett praxisavsnitt där två rättsfall åskådliggörs. Därefter följer ett avsnitt där gränsdragningsproblemtiken gentemot andra grunder för uppehållstillstånd beskrivs. Även detta för att klargöra i vilka situationer rättstillämparen anser att omständigheter hänförliga till hemlandet är avgörande vid bedömningen enligt 5 kap. 6 § UtL. Avslutningsvis diskuteras tillämpningen av 5 kap. 6 § UtL utifrån ett kritiskt perspektiv där förfarandets rättssäkerhet står i fokus.

2 Uppehållstillstånd enligt svensk utlänningslagstiftning

I svensk utlänningslagstiftning finns flertalet olika grunder för beviljande av uppehållstillstånd. En utlänning kan bland annat beviljas uppehållstillstånd på grund av skyddsbehov, anknytning, arbete, studier eller synnerligen ömmande omständigheter. Det finns i sin tur olika typer av skyddsbehov: en utlänning kan vara skyddsbehövande som flykting, alternativt skyddsbehövande eller skyddsbehövande i övrigt, vilka definieras i 4 kap. 1-2a §§ UtL.

2.1 Olika typer av skyddsbehov

En flykting är enligt 4 kap. 1 § UtL en utlänning som befinner sig utanför sitt hemland som en konsekvens av en välgrundad fruktan för förföljelse på grund av ras, nationalitet, religion, politisk uppfattning, kön, sexuell läggning eller annan tillhörighet till en viss samhällsgrupp.

Alternativt skyddsbehövande definieras i 4 kap. 2 § UtL och innebär att en utlänning befinner sig utanför sitt hemland därför att det finns en grundad anledning att anta att det vid ett återvändande till hemlandet finns en risk för att utlänningen kommer att utsättas för omänsklig eller förnedrande behandling, såsom tortyr eller kroppsstraff. Under 4 kap. 2 § UtL faller även de utlänningar som löper en allvarlig och personlig risk att skadas på grund av urskillingslöst våld med anledning av en yttre eller inre väpnad konflikt. Både gällande flyktingar och alternativt skyddsbehövande förutsätts det att utlänningen inte kan, eller på grund risken inte vill, begagna sig av hemlandets skydd.

4 kap. 2a § UtlL definierar skyddsbehövande i övrigt. Precis som för flyktingar och alternativt skyddsbehövande ska det röra sig om en utlänning som vistas utanför sitt hemland. Anledningen till det ska vara att utlänningen behöver skydd på grund av att en inre eller yttre väpnad konflikt eller andra svåra motsättningar i hemlandet gör att utlänningen känner en välgrundad fruktan för att utsättas för allvarliga övergrepp. Så kallade miljöflyktingar definieras även som skyddsbehövande i övrigt, d.v.s. en utlänning som inte kan återvända till sitt hemland på grund av en miljökatastrof.

Under förutsättning att inga undantag är tillämpliga ska en skyddsbehövande utlänning beviljas uppehållstillstånd enligt 5 kap. 1 § UtlL. Upphållstillstånd på grund av anknytning, arbete eller studier regleras i 5 kap. UtlL. Det gör även synnerligen ömmande omständigheter, 5 kap. 6 § UtlL.

I UtlL finns både tvingande och fakultativa bestämmelser. I de fall det rör sig om en fakultativ grund för uppehållstillstånd kan en utlänning inte hävda sin rätt, rättstillämparen har ingen skyldighet att bevilja uppehållstillstånd. Dessutom är bedömningarna rättstillämparen ska eller bör göra inte enbart juridiska. För att avgöra om rekvisiten för de olika grunderna för uppehållstillstånd är uppfyllda är omständigheter av politisk och social karaktär avgörande. Rättstillämparen gör alltså en bedömning av andra staters förhållanden i dessa avseenden.

2.2 Internationella förpliktelser

Sverige har ett antal olika internationella förpliktelser inom migrationsrätten, bland annat genom sitt medlemskap i FN. Flyktingkonventionen² reglerar flyktingars rättigheter och konventionsstaternas skyldigheter gentemot flyktingar. I konventionen finns

² 1951 års konvention om flyktingars rättsliga ställning.

ingen bestämmelse som skapar en skyldighet för konventionsstaterna att ta emot flyktingar.³ I FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna⁴ stadgas i artikel 14 att var och en har rätt att i andra länder söka och åtnjuta asyl från förföljelse. Att kunna tillförsäkra sig skydd från förföljelse är en mänsklig rättighet. Denna rättighet är dock inte absolut och kan inskränkas, vilket även det framgår av artikel 14.

³ Diesen s. 21.

⁴ FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna antagen den 10 december 1948.

3 Synnerligen ömmande omständigheter

Enligt 5 kap. 6 § UtlL kan uppehållstillstånd beviljas på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Bestämmelsens första stycke lyder:

Om uppehållstillstånd inte kan ges på annan grund, får tillstånd beviljas en utlänning om det vid en samlad bedömning av utlänningens situation finns sådana *synnerligen ömmande omständigheter* att han eller hon bör tillåtas stanna i Sverige. Vid bedömningen ska utlänningens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och *situation i hemlandet* särskilt beaktas.⁵

Vid tillämpning av 5 kap. 6 § UtlL ska det göras en samlad bedömning av utlänningens situation. Denna bedömning innebär att alla omständigheter i det enskilda fallet ska beaktas. Det ska röra sig om omständigheter av humanitär karaktär. Även om det av dessa omständigheter var och en för sig inte kan anses föreligga synnerligen ömmande omständigheter, kan de vid den samlade bedömningen tillsammans utgöra skäl för att uppehållstillstånd ska beviljas.⁶ Vilka faktorer som ska beaktas vid den samlade bedömningen är inte uttömmande i 5 kap. 6 § UtlL, däremot anges omständigheter som särskilt ska beaktas. Migrationsöverdomstolen har visat att det går att bevilja uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter till följd av andra omständigheter än de som särskilt utpekats i lagtexten.⁷ Omständigheter som kan beaktas ska till karaktären vara av personlig art, de ska vara hänförliga till utlänningens person.⁸

⁵ Mina egna kursiveringar.

⁶ Prop. 2004/05:170 s. 187.

⁷ Se bl.a. UM 4511-12.

⁸ Prop. 2004/05:170 s. 189.

3.1 Restriktiv tillämpning

Det framgår av 5 kap. 6 § UtlL att bestämmelsen aktualiseras först när uppehållstillstånd inte kan ges på annan grund. Detta innebär att en utlänning kan medges uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter först om utlänningen inte har status som flykting, alternativt skyddsbehövande eller övrigt skyddsbehövande enligt 4 kap. 1-2a §§ UtlL. Dessa huvudgrunder ska utslutas innan ärendet prövas enligt 5 kap. 6 § UtlL.⁹

Utöver vad som framgår redan av lagtexten betonas det i förarbetena till utlänningslagen hur viktigt det är att uppehållstillstånd beviljas på rätt grund.¹⁰ Detta har även framhållits av Migrationsöverdomstolen. Domstolen har uttalat att skyddsgrunder ska åtskiljas från synnerligen ömmande omständigheter vid prövningen om uppehållstillstånd. Detta blir tydligt vid bedömningen om det finns möjlighet till intern flykt eller inte. Möjlighet till intern flykt innebär att en utlänning är i behov av skydd på sin nuvarande hemort, men kan få skydd i en annan del av hemlandet. Har utlänningen en möjlighet till intern flykt och på så sätt erhålla skydd, har det alternativet företräde framför att uppehållstillstånd ska beviljas. Under förutsättning att intern flykt inte rimligen kan tillämpas ska uppehållstillstånd beviljas till följd av att utlänningen är skyddsbehövande och inte på grund av synnerligen ömmande omständigheter.¹¹ Dessutom kan grunden varpå uppehållstillstånd beviljas få konsekvenser bland annat gällande rätten till familjeåterförening och möjligheten till att söka medborgarskap. Utöver detta är det givetvis av stor vikt för utlänningen i fråga att få klarhet i vilka skäl som ligger till grund för beslutet om uppehållstillstånd beviljas eller inte.¹²

⁹ Prop. 2004/05:170 s. 185.

¹⁰ Ibid. s. 186f.

¹¹ MIG 2007:33.

¹² Stern s. 285.

Migrationsöverdomstolen har vid flertalet tillfällen uttalat att 5 kap. 6 § UtIL är en undantagsbestämmelse som ska tillämpas restriktivt.¹³ Att bestämmelsen formulerats på det sätt den har, d.v.s. att det ska röra sig om *synnerligen* ömmande omständigheter, uttrycker redan det restriktiv tillämpning. Det ska också framhållas att det rör sig om en fakultativ bestämmelse (uppehållstillstånd *får* beviljas) som ger rättstillämparen en möjlighet, och inte skyldighet, till tillämpning. Även regeringen har tydligt markerat att 5 kap. 6 § UtIL är en undantagsbestämmelse.¹⁴

3.2 Förutsättningar

3.2.1 Vistelse i Sverige

5 kap. 6 § UtIL är formulerad på ett sätt som visar att en prövning enligt bestämmelsen endast avser utlänningar som vistas i Sverige. Detta framgår av den uttryckliga formuleringen att vid *synnerligen* ömmande omständigheter kan en utlänning få *stanna* i Sverige. Även i förarbetena till UtIL omnämns detta. Det är faktiskt möjligt att ansöka om uppehållstillstånd utan att vistas i Sverige, men i praktiken beviljas uppehållstillstånd på grund av *synnerligen* ömmande omständigheter enbart till de som redan befinner sig i landet.¹⁵

3.2.2 Klarlagd identitet

Huvudregeln för att uppehållstillstånd ska beviljas är att en utlänningens identitet är klarlagd, vilket alltså gäller även för att uppehållstillstånd ska kunna beviljas på grund av *synnerligen* ömmande omständigheter. I undantagsfall anses det tillräckligt att identiteten har gjorts sannolik av utlänningen. Det har även förekommit fall då kravet sänkts ytterligare, att

¹³ Se bl.a. MIG 2007:48, MIG 2010:23.

¹⁴ Prop. 2004/05:170 s. 185.

¹⁵ Ibid. s. 187.

utlänningen inte gjort sin identitet sannolik men ändå beviljats
uppehållstillstånd. Det är inte helt klarlagt i vilka situationer detta låga krav
på fastställande av identitet aktualiseras.¹⁶

¹⁶ Migrationsverket – Rättsligt ställningstagande SR 03/2015.

4 Situationen i hemlandet

4.1 Risk för social utstötning

Enligt lagtexten ska utlänningens situation i hemlandet särskilt beaktas vid den samlade bedömningen enligt 5 kap. 6 § UtIL. Till exempel kan risk för social utstötning vid ett återvändande till hemlandet tala för att uppehållstillstånd bör beviljas.¹⁷ För att en tillämpning av 5 kap. 6 § UtIL ska aktualiseras förutsätter det att den sociala utstötningen inte går att definiera som förföljelse, och därmed inte faller in under grunderna för flyktingskap enligt 4 kap. 1 § UtIL. Det bör även betonas att sociala problem i hemlandet som huvudregel inte utgör ett tillräckligt starkt skäl för att uppehållstillstånd bör beviljas.¹⁸

Det finns dock flertalet situationer där uppehållstillstånd kan beviljas på grund av risk för social utstötning. Exempel på detta är utlänningar som genomgått skilsmässa, varit otrogna eller på annat sätt brutit mot etablerade sociala normer i hemlandet. Även utlänningar som fallit offer för människohandel eller trafficking kan i vissa länder riskera social utstötning vid ett återvändande. Problematiken med social utstötning hör ofta ihop med ett lands sociala skydd generellt. I länder där medborgare får denna trygghet inom familjen är risken större. I många länder är det inte heller ovanligt att uppfattningen om vad som är socialt acceptabelt för kvinnor skiljer sig åt från vad som är socialt acceptabelt för män, och till följd av detta är det oftare kvinnor som löper risk för social utstötning. Givetvis finns det fler omständigheter som påverkar risken, till exempel utbildning och individens ställning i samhället. En faktor som har visat sig vara avgörande är om utlänningen riskerar att bli utstött i mycket stor utsträckning. Finns det en risk för att utlänningen kommer bli utstött av sin egen familj är även det en

¹⁷ Prop. 2004/05:170 s. 192.

¹⁸ UN 17-93.

omständighet som kan vara av särskild betydelse.¹⁹ Även risk för social utstötning på grund av funktionshinder kan vara en faktor som ska beaktas.²⁰

4.2 Övriga omständigheter hänförliga till situationen i hemlandet

Utöver risk för social utstötning finns det fler omständigheter som kan innebära att en utlänning kan komma att möta en så pass svår situation vid ett återvändande till hemlandet, att synnerligen ömmande omständigheter föreligger. Exempelvis traumatisering som är hänförlig till hemlandet. Traumat kan ha sitt ursprung i att utlänningen varit tortyroffer, utsatts för människohandel eller andra svåra upplevelser. Även en utlännings könstillhörighet och sexuella läggning kan få betydelse vid bedömningen. Detta givet att huvudgrunderna uteslutits, d.v.s. att utlänningen inte är att betrakta som flykting eller skyddsbehövande.²¹ Det har även förekommit fall där det har ansetts stötande att en utlänning ska tvingas återvända till sitt hemland eftersom den allmänna situationen i landet har varit dålig. Detta utan att det råder inbördeskrig eller krig i övrigt, vilket innebär att utlänningen inte ansetts vara flykting eller skyddsbehövande.²²

Ännu ett exempel på vad som särskilt ska beaktas avseende en utlännings situation i hemlandet är om det föreligger verkställighetshinder. Verkställighetshindret ska då höra samman med situationen i hemlandet, till exempel om utlänningsens hemland vid en utvisning vägrar ta emot utlänningen.²³

¹⁹ SOU 2004:74 s. 206f.

²⁰ Prop. 2004/05:170 s. 192.

²¹ Ibid. s. 192.

²² UN 344-97.

²³ Prop. 2004/05:170 s. 193.

4.3 Situationen i hemlandet i den samlade bedömningen

Vid en kartläggning av tillämpningen av 5 kap. 6 § UtL har det påvisats att en utlännings situation i hemlandet som ensam grund för uppehållstillstånd har tillämpats mycket sällan. Däremot har situationen i hemlandet vid flertalet tillfällen beaktats vid den samlade bedömningen enligt 5 kap. 6 § UtL. Det huvudsakliga skälet för uppehållstillstånd har då varit något annat, ofta utlänningsens hälsotillstånd. Till exempel har sociala problem i hemlandet på grund av att en utlänning har varit av romsk etnicitet i flertalet fall inte ensamt ansetts tillräckligt för att bevilja uppehållstillstånd. Det har däremot i vissa fall vägts in i den samlade bedömningen, vilken i sin tur har lett till beviljande av uppehållstillstånd.²⁴

4.4 Beviskrav gällande situationen i hemlandet

När en utlänning ansöker om uppehållstillstånd ligger bevisbördan på utlänningen själv. För att uppehållstillstånd ska beviljas ska utlänningen visa att förutsättningar för detta föreligger.²⁵ Det framgår varken av lagtexten eller av förarbetena vilka krav som ska ställas på bevisningen. Därför får praxis från Migrationsöverdomstolen stor betydelse. Det går även att hitta vägledning i vad som gällde för den tidigare utlänningslagens (1989:529) motsvarighet till 5 kap. 6 § UtL. Enligt äldre lagstiftning kunde en utlänning beviljas uppehållstillstånd på grund av humanitära skäl, vilket till stor del motsvaras av dagens 5 kap. 6 § UtL. I förarbetena till den äldre utlänningslagen finns riktlinjer för hur rättstillämparen ska hantera

²⁴ Ds 2011:14 s. 240.

²⁵ MIG 2007:15, MIG 2007:43.

bevisfrågan gällande humanitära skäl.²⁶ Mycket av vad som framgår av dessa förarbeten går även att utläsa ur dagens praxis.

I MIG 2010:6 diskuterar Migrationsöverdomstolen beviskrav gällande 5 kap. 6 § UtIL, och särskilt diskuterar vad som gäller när en utlänning åberopar situationen i hemlandet som synnerligen ömmande omständighet. Generellt ställs högre beviskrav när det rör sig om omständigheter utlänningen i normala fall kan dokumentera och enkelt utreda, exempelvis ett tillstånd som kan bevisas med ett läkarintyg. Omständigheter som är hänförliga till en utlännings situation i hemlandet är ofta av sådan karaktär att de är svårare att hitta belägg för. Till exempel att det finns en risk för social utstötning vid ett återvändande till hemlandet är av naturliga skäl svårt att bevisa. I dessa fall ställs beviskravet lägre. Alltså är beviskravet som ställs upp beroende av vilka omständigheter som åberopas i det enskilda fallet.

När det gäller flyktingar och skyddsbehövande finns det inom migrationsrätten en princip om bevislättning som tillämpas när det handlar om förföljelse. Generellt ställs kravet att en utlänning ska *göra sannolikt* att det föreligger förutsättningar för att bevilja uppehållstillstånd. När en utlänning åberopar risk för förföljelse är det dock väldigt svårt att uppfylla detta beviskrav. Därför har Migrationsöverdomstolen godtagit att utlänningen gör att bevisningen *framstår som trovärdig och sannolik* i de fall bevisningen brister.²⁷ I MIG 2010:6 konstaterar Migrationsöverdomstolen att denna bevislättning inte ska leda till ännu lägre beviskrav när 5 kap. 6 § UtIL åberopas som grund för uppehållstillstånd. Detta motiveras med att 5 kap. 6 § är en undantagsbestämmelse. Till följd av detta ska en utlänning även i denna situation göra sannolikt att situationen i hemlandet innebär att det föreligger synnerligen ömmande omständigheter, och i de fall bevisningen brister är det tillräckligt att bevisningen framstår som trovärdig och sannolik. Utlänningen kan alltså i

²⁶ SOU 2004:74 s. 160ff.

²⁷ MIG 2007:37.

vissa fall tillgodoräkna sig en bevislättnad, även kallad *the benefit of the doubt*.

Domstolen har i MIG 2010:6 varit noga med att skilja detta från riskbedömningen de sedan ska göra. Utifrån de omständigheter som domstolen godtagit ska de göra en samlad bedömning enligt 5 kap. 6 § UtIL. De omständigheter som godtagits ska oavsett styrka, och oavsett om de godtagits på grund av *the benefit of the doubt* eller inte, beaktas vid den samlade bedömningen. Vid denna bedömning ska det framgå att det föreligger en *sannolik framtida risk* för till exempel social utstötning i hemlandet. Föreligger det en sannolik framtida risk är det tillräckligt för att uppehållstillstånd ska beviljas enligt 5 kap. 6 UtIL till följd av situationen i hemlandet.

4.5 Rättstillämparens utredningsskyldighet

För myndigheter, d.v.s. både förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar, gäller officialprincipen. I korta drag innebär principen att myndigheter har en utredningsskyldighet, detta även i ärenden avseende uppehållstillstånd. Myndigheten ska *ex officio* se till att de har tillräckligt underlag för att fatta ett beslut.²⁸

Enligt 4 § förvaltningslagen (1986:223), FL, har Migrationsverket en serviceskyldighet gentemot en ansökande utlänning, till exempel genom att ge upplysning och vägledning. Även om officialprincipen inte är lagfäst för Migrationsverket så kommer den till uttryck i bestämmelsen.

Migrationsdomstolarnas utredningsskyldighet regleras däremot i 8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL. Domstolen ska se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver.

²⁸ Diesen s. 199.

Som tidigare nämnts har en utlänning som ansöker om uppehållstillstånd bevisbördan. Det ligger på utlänningen att lägga fram relevanta omständigheter och det är sedan upp till rättstillämparen att bedöma omständigheternas trovärdighet. I vissa fall behöver omständigheterna utredas i större utsträckning, och denna uppgift kan då falla på rättstillämparen.²⁹ Utredningsansvarets räckvidd är olika beroende på vilket slags ärende det gäller. När en utlänning ansöker om uppehållstillstånd hos Migrationsverket är utredningsskyldigheten generellt inte lika omfattande eftersom det handlar om ett gynnande beslut för den enskilde. Den enskilde får då ett större ansvar, även om den övergripande utredningsskyldigheten ligger på Migrationsverket. När det gäller ansökningsärenden där det kan finnas ett skyddsbehov, till exempel när en utlänning eventuellt kan definieras som flykting, ökar Migrationsverkets utredningsskyldighet.³⁰

Migrationsdomstolarnas utredningsskyldighet enligt 8 § FPL aktualiseras i de fall underlaget är så bristfälligt att domstolen inte kan ta ställning till om uppehållstillstånd ska beviljas eller inte. Domstolarnas utredningsskyldighet aktualiseras även i de fall det krävs att fler handläggningsåtgärder vidtas, till exempel kan domstolen vara skyldig att hålla muntlig förhandling för att utreda oklarheter.³¹

²⁹ Prop. 2004/05:170 s. 90f.

³⁰ Ibid. s. 155.

³¹ MIG 2006:1.

5 Praxis

I detta kapitel kommer det att redogöras för två olika vägledande fall där Migrationsöverdomstolen gjort en samlad bedömning enligt 5 kap. 6 § UtlL. Detta för att illustrera tillämpningen av bestämmelsen, och även för att visa på hur två fall som framstår som lika vid en första anblick kan leda till olika utfall.

5.1 MIG 2009:31 I

En kvinna med barn beviljades med stöd av 5 kap. 6 § UtlL permanent uppehållstillstånd. Kvinnan kom till Sverige 21 juli 2006 och födde senare samma år en son. Vid tidpunkten för domen hade kvinnan inte vistats i sitt hemland Sudan på ungefär 14 år. Innan hon reste till Sverige bodde hon och hennes familj i Egypten i flera år, men till följd av hennes graviditet och att barnets fader inte accepterades av familjen lämnade hon landet.

Domstolen börjar med att konstatera att kvinnan och barnet inte kan anses vara flyktingar, alternativt skyddsbehövande eller skyddsbehövande i övrigt. Alltså har dessa huvudgrunder uteslutits innan domstolen går vidare till prövningen om synnerligen ömmande omständigheter förelåg. En samlad bedömning görs av omständigheter vilka är hänförliga till utlänningens person. Det fastställs att de inte kan beviljas uppehållstillstånd på grund av deras hälsotillstånd eller anpassning till Sverige. Av omständigheter som särskilt ska beaktas vid den samlade bedömningen kvarstår då utlänningarnas situation i hemlandet, och i detta fall aktualiseras risk för social utstötning vid ett eventuellt återvändande till hemlandet. Domstolen tittar på äldre fall från Utlänningsnämnden där uppehållstillstånd beviljats på grund av att kvinnor riskerat att bli långtgående socialt utstötta. Avseende situationen i Sudan är kvinnor över lag utsatta och därför är det av stor vikt att de har ett socialt nätverk. Detta är särskilt viktigt för kvinnan i

förevarande fall då hon är ogift och ensamstående. I landinformationen förekommer det uppgifter om sudanesisk strafflagstiftning som skulle kunna innebära omänskliga straff för kvinnan till följd av hennes utomäktenskapliga graviditet, men huruvida denna lagstiftning tillämpas går inte att fastställa. Den allmänna situationen i Sudan och rapporter om hur mänskliga rättigheter kränks i landet påverkar den samlade bedömningen domstolen gör. Domstolen pekar särskilt ut kvinnans och barnets behov av ett socialt nätverk, vilket de anser att hon saknar i och med hur länge kvinnan vistats utanför Sudan och det faktum att hon är kristen. Den påpekade risken för social utstötning gör alltså att det föreligger synnerligen ömmande omständigheter för kvinnan och hennes son.

5.2 MIG 2009:31 II

En man från Irak nekades uppehållstillstånd eftersom hans sammanvägda situation inte framstod som synnerligen ömmande. Mannen reste till Sverige 2006 och hade innan dess inte vistats i Irak sedan 1995 då han som tolvåring flyttade med sin familj till Jordanien.

Precis som i föregående fall aktualiseras här, efter att huvudgrunderna uteslutits, mannens situation vid ett återvändande till hemlandet. Mannen lämnar själv uppgifter om att han inte har släkt kvar i Irak, och domstolen medger att det inte går att utesluta problem av social karaktär om han återvänder till landet. Trots detta fastställer domstolen att mannen inte kan beviljas uppehållstillstånd med stöd av 5 kap. 6 § UtlL vare sig till följd av någon enskild omständighet som åberopats, eller till följd av en samlad bedömning av mannens situation.

5.3 Kommentarer till MIG 2009:31 I & II

Det avgörande i MIG 2009:31 I var ogifta och ensamstående kvinnors behov av socialt nätverk. Betydelsen av att kvinnan var kristen utvecklas inte vidare i domen. I Sudan är det enbart ungefär 3% av befolkningen som är kristna³², vilket är en låg siffra som i sig indikerar svårigheter i sociala sammanhang. Detta i kombination med att kvinnan inte vistats i Sudan på 14 år, och därmed i stor utsträckning saknar möjligheten till en naturlig förankring i landet, gör att kvinnan och hennes barns behov av socialt nätverk inte kommer kunna tillgodoses vid ett återvändande.

Hon blev gravid utanför äktenskapet och födde senare en son. Av landinformationen framgår det inte klart och tydligt under vilka förutsättningar kvinnan skulle kunna straffas enligt sudanesisk lag till följd av sin utomäktenskapliga graviditet. Men det går ändå i stor utsträckning att utläsa att hennes agerande strider mot normer i hennes hemland, vilket också det ökar risken för social utstötning. Att bryta mot sociala normer har dessutom i förarbetena till UtIL särskilt utpekats som en omständighet att beakta vid bedömningen om synnerligen ömmande omständigheter föreligger eller inte.³³

När domstolen bedömer kvinnan och barnets risk för social utstötning vid ett återvändande till hemlandet tittar de på samma omständigheter som åberopats till stöd för att kategorisera dem som skyddsbehövande. Även om domstolen uttalar att ett beaktande av dessa omständigheter är mycket begränsat gör de här ett undantag och beviljar uppehållstillstånd med stöd av den mycket restriktiva bestämmelsen 5 kap. 6 § UtIL.

Även i MIG 2009:31 II rör det sig om en utlänning som är kristen, och precis som i Sudan är kristendom i minoritet i hemlandet Irak.³⁴ Detta är

³² Sudan, Nationalencyklopedin.

³³ SOU 2004:74 s. 206.

³⁴ Irak, Nationalencyklopedin.

dock inte något domstolen utvecklar vidare utan de bara konstaterar att mannen är kristen. Domstolen konstaterar att det inte går att utesluta en risk för social utstötning vid ett återvändande till Irak, men risken är inte tillräcklig för att han ska beviljas uppehållstillstånd. Detta visar på restriktiviteten hos 5 kap. 6 § UtL, att det måste föreligga *synnerligen* ömmande omständigheter.

6 Gränsdragning mellan 5 kap.

6 § UtL och skyddsbehov

Både i förarbetena till UtL och i Migrationsöverdomstolens praxis betonas vikten av att uppehållstillstånd ges på rätt grund. Därför blir gränsdragningsproblematiken mellan de olika grunderna för uppehållstillstånd en central fråga. Vissa omständigheter kan hänföras dels till bestämmelserna om skyddsbehövande, 4 kap. 1-2a §§ UtL, dels synnerligen ömmande omständigheter, 5 kap. 6 § UtL. Det går med andra ord inte att generellt definiera vilka omständigheter som är hänförliga till den ena eller andra grunden.³⁵

6.1 Problem i tidigare lagstiftning

I den äldre utlänningslagen saknades en tydlig skiljelinje mellan de olika grunderna för uppehållstillstånd. Den bestämmelse som i många avseenden ersattes av 5 kap. 6 § UtL användes i allt för stor utsträckning. Den tidigare bestämmelsen gav en möjlighet att bevilja uppehållstillstånd på grund av humanitära skäl. Begreppet humanitära skäl var mycket oprecist och gav upphov till många problem. Allt eftersom lade rättstillämparen större fokus på humanitära skäl än bestämmelserna om skyddsbehövande, bland annat gällande humanitära skäl av politisk karaktär. Det framhålls därför i förarbetena till dagens utlänningslag att skiljelinjen mellan grunderna för uppehållstillstånd bör framgå klart och tydligt av lagtexten. Detta inte enbart på grund av rättstillämparens intresse i att ha förutsättningarna tydligt utformade, utan även för den enskilde utlänningens intresse.³⁶

³⁵ Prop. 2004/05:170 s. 192.

³⁶ Ibid. s. 176f.

6.2 Situationen i hemlandet

Om en person riskerar att utsättas för förföljelse eller trakasserier i sitt hemland utgör det normalt skäl för att uppehållstillstånd ska beviljas. Detta är omständigheter som går att hänföra till mer än en av grunderna för uppehållstillstånd. Migrationsöverdomstolen har hanterat detta genom att i de fall omständigheterna i det enskilda fallet inte är tillräckliga för att ge en utlänning status som flykting, alternativt skyddsbehövande eller övrigt skyddsbehövande istället bevilja uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Domstolen har alltså uteslutit huvudgrunderna för uppehållstillstånd. Däremot har samma omständigheter varit föremål för ännu en bedömning där de ansågs tillräckliga för ett beviljande.³⁷

Migrationsöverdomstolen har i sin praxis hänvisat till förarbetena till utlänningslagen. Där exemplifieras problematiken gällande social utstötning vid ett återvändande till hemlandet. Uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter kan endast beviljas i de fall då omständigheterna inte är av tillräcklig tyngd eller faller utanför tillämpningsområdet för 4 kap. 1-2a §§ UtIL.³⁸

Det är särskilt i förhållande till en utlännings situation i hemlandet det uppstår gränsdragningsproblem mellan synnerligen ömmande omständigheter och skyddsbehov som grund för uppehållstillstånd. Det kan förefalla olämpligt för en utlänning att tvingas återvända till hemlandet trots att denne inte är skyddsbehövande, men det finns inget tydligt svar på när det rör sig om skyddsbehov alternativt synnerligen ömmande omständigheter.³⁹

I MIG 2009:31 tar Migrationsöverdomstolen upp gränsdragningsproblematiken. I MIG 2009:31 I beviljar domstolen uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter och

³⁷ MIG 2007:33.

³⁸ Prop. 2004/05:170 s. 192.

³⁹ Stern s. 295f.

det görs med hänvisning till omständigheter som inte ansågs tillräckliga för att utgöra ett skyddsbehov enligt någon annan grund i 4 kap. UtIL.

Samtidigt som de beviljar uppehållstillstånd konstaterar de dock att det råder ett mycket begränsat utrymme för att göra på detta sätt.

Omständigheter som inte anses tillräckliga för att en utlänning ska vara skyddsbehövande ska som regel inte beaktas vid den samlade bedömningen enligt 5 kap. 6 § UtIL. Detta manifesteras i MIG 2009:31 II, där uppehållstillstånd inte beviljas efter att samma bedömning gjorts.

Ännu ett exempel på svårigheter vid gränsdragningen är om det i en utlännings hemland är vedertaget att en viss grupp förföljs i vissa delar av landet. Även om utlänningen själv inte kommer från den delen av landet eller tillhör den utsatta gruppen kan det vara en omständighet som tillsammans med andra skäl av humanitär karaktär gör att utlännings situation är synnerligen ömmande. Utlänningen är inte att anse som skyddsbehövande, men kan ändå beviljas uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. En omständighet som inte är tillräcklig för att utgöra skyddsbehov kan alltså i denna typ av fall vara en del av den samlade bedömningen som görs enligt 5 kap. 6 § UtIL.

Viss typ av trakasserier hänförliga till en utlännings situation i hemlandet är också föremål för gränsdragningsproblematik. I de fall trakasserier inte är tillräckliga för att utlänningen ska vara skyddsbehövande kan de vara av betydelse vid den samlade bedömningen enligt 5 kap. 6 § UtIL. Det kan även här handla om trakasserier av olika allvarlighetsgrad. Även om trakasserier som kan leda till total social utstötning är av större vikt vid den samlade bedömningen kan mindre allvarliga trakasserier också få beaktas.⁴⁰

⁴⁰ SOU 2004:74 s. 214.

7 Analys

Uppsatsens två första frågeställningar, i vilka situationer rättstillämparen tar hänsyn till situationen i hemlandet och vilka omständigheter som är avgörande, har besvarats i föregående kapitel. Analysen syftar till att besvara den tredje frågeställningen om hur 5 kap. 6 § UtIL och situationen i hemlandet förhåller sig till rättssäkerhet. Analysen är indelad i avsnitt där olika aspekter av tillämpningen av 5 kap. 6 § UtIL diskuteras.

7.1 5 kap. 6 § UtIL och dess utformning

Enligt 5 kap. 6 § UtIL får en utlänning beviljas uppehållstillstånd om det efter en samlad bedömning av utlänningens situation föreligger synnerligen ömmande omständigheter som gör att utlänningen bör tillåtas stanna i Sverige. Att 5 kap. 6 § UtIL är en fakultativ bestämmelse och att rättstillämparen inte har en skyldighet att tillämpa den skulle kunna vara ett sätt att belysa att det rör sig om en undantagsbestämmelse. Bakgrundstanken att 5 kap. 6 § UtIL ska tillämpas restriktivt och att enbart ålägga rättstillämparen en möjlighet att beakta eventuella synnerligen ömmande omständigheter borde innebära att tillämpningen blir mer återhållsam. Av lagtexten framgår det tydligt att huvudgrunderna för uppehållstillstånd i 4 kap. UtIL ska ha uteslutits innan en prövning enligt 5 kap. 6 § UtIL görs. Det gör att bestämmelsen lätt tolkas som en sista utväg till en möjlighet för en utlänning att beviljas uppehållstillstånd. Men eftersom 5 kap. 6 § UtIL har karaktären av en undantagsbestämmelse ska en prövning enligt bestämmelsen inte göras systematiskt, vilket skulle kunna missförstås.

Det framgår av lagtexten vilka omständigheter som särskilt ska beaktas vid den samlade bedömningen enligt 5 kap. 6 § UtIL. Även andra

omständigheter än de som särskilt omnämns i bestämmelsen kan beaktas.⁴¹ Det ger rättstillämparen stort spelrum i bedömningarna som ur rättssäkerhetssynpunkt leder till oklarhet och oförutsebarhet. 5 kap. 6 § UtIL är inte förutsebart formulerad.

5 kap. 6 § UtIL är en generell och öppen paragraf och det skulle kunna innebära att oväntade fall kan fångas upp av bestämmelsen. Nästintill inget migrationsärende är det andra likt och det är omöjligt att i förebyggande syfte formulera en bestämmelse som garanterar att inget ärende faller mellan stolarna. Det är ett argument som kan ställas mot en oförutsebar formulering. Desto otydligare en bestämmelse är formulerad, desto fler fall faller in under bestämmelsens tillämpningsområde. Däremot motiverar det argumentet inte att 5 kap. 6 § UtIL är fakultativ. Hade bestämmelsen inte varit fakultativ hade den i ännu fler fall kunnat fånga upp specifika situationer som inte förutsätts dyka upp. Med dagens fakultativa lydelse är det upp till rättstillämparen att finna det lämpligt att göra en prövning enligt 5 kap. 6 § UtIL, vilket innebär att ett stort ansvar för att en prövning faktiskt görs i dessa fall åläggs rättstillämparen.

7.2 Bevisning och rättstillämparens utredningsskyldighet

I denna typ av migrationsärenden ligger bevisbördan på den enskilde som ansöker om uppehållstillstånd och även om en utlänning i vissa fall kan dra nytta av principen om bevislättnad⁴² är det en stor börda för en enskild att bära. Trots bevislättnad är det mycket som är svårt att bevisa. Dessutom tillmäts utlänningens trovärdighet en stor betydelse vilket innebär att ännu en avgörande faktor är hänförlig till den enskilde själv.

⁴¹ Se kapitel 3.

⁴² Se kapitel 4.4.

Många omständigheter hänförliga till en utlännings situation i hemlandet är svåra att bevisa. Det handlar ofta om en risk för social utstötning och i många fall om att en person brutit mot normer som finns i hemlandet. Dels måste normernas existens påvisas, och dessutom måste utlänningen visa att ett agerande som strider mot en norm får konsekvenser. Det är naturligtvis oerhört svårt att bevisa hur ett samhälle, inklusive utlänningens familj, reagerar och i vilken grad utlänningen riskerar att bli utstött.

Även om den enskilde har bevisbördan har rättstillämparen en utredningsskyldighet i och med officialprincipen.⁴³ Av rättssäkerhetsskäl är det av oerhört stor vikt att alla omständigheter blir korrekt utredda. Detta är rimligen en av principens funktioner i processen. Därför kan det i flera fall vara önskvärt att utredningsskyldigheten är mer långtgående. Oavsett vilken part som har bevisbördan, och vilka beviskrav som ställs, är det viktigaste att rättstillämparen inte fattar ett felaktigt beslut. Migrationsärenden får ofta livsavgörande konsekvenser för en eller flera enskilda och då är det högst rimligt att rättstillämparen har flera skyldigheter innan ett beslut fattas. En grundläggande princip i svensk rätt är att lika fall ska behandlas lika vilket kan vara svårt att upprätthålla om rättstillämparen har olika stor tillgång till information i olika ärenden. Därför är det riskabelt att ålägga den enskilde för mycket ansvar i att reda ut sådana frågor.

7.3 Praxis

Många omständigheter är liknande i MIG 2009:31 I och MIG 2009:31 II.⁴⁴ I båda fallen handlar det om utlänningar som inte vistats i sitt hemland på 14 år, som tillhör en religion i minoritet och som saknar en fast förankring i hemlandet. Utifrån sett har utlänningarna i de olika fallen haft ungefär samma möjlighet till ett socialt nätverk. Domstolen lägger fokus på samma omständigheter vid sin bedömning i de båda fallen, nämligen en risk för

⁴³ Se kapitel 4.5.

⁴⁴ Se kapitel 5.3.

social utstötning vid ett återvändande till respektive hemland. Men utfallen blir olika.

Den mest påtagliga skillnaden är att i MIG 2009:31 I är det en kvinna med ett litet barn som ansökt om uppehållstillstånd, medan det i MIG 2009:31 II är en man. Domstolen konstaterade att det fanns en risk för social utsötning både för kvinnan och för mannens del, men eftersom att det i vissa länder är av stor vikt för kvinnor att ha ett socialt nätverk att förlita sig på motiverade det delvis att kvinnan beviljas uppehållstillstånd. I MIG 2009:31 I och II blir det tydligt att kvinnor i vissa fall bedöms annorlunda än män. Det skulle kunna bero på att kvinnor i många länder har svårare än män att bygga upp ett socialt nätverk. Det framgår indirekt att kvinnan brutit mot normer i sitt hemland, vilket försvårar hennes situation ytterligare. I många samhällen finns det fler etablerade normer för kvinnor, vilket också innebär att det finns fler normer att bryta mot som kvinna. Ofta är risken för social utstötning automatiskt större för en kvinna. Det kan innebära att det är motiverat att i vissa fall bedöma kvinnor delvis annorlunda än män och inte vara lika restriktiv i tillämpningen av 5 kap. 6 § UtIL.

Av praxis blir det tydligt att det råder dålig förutsebarhet gällande 5 kap. 6 § UtIL. Som tidigare nämnts ter sig MIG 2009:31 I och II väldigt lika sett utifrån, men utfallen blir olika. Ett beslut av denna karaktär får livsavgörande effekt för den enskilde och att det brister i förutsebarheten på detta sätt innebär en stor rättsosäkerhet.

7.4 Gränsdragning mellan 5 kap. 6 § UtIL och skyddsbehov

Det är otvivelaktigt viktigt att uppehållstillstånd beviljas på rätt grund. Det är även av stor vikt att en utlännings situation blir bedömd på ett korrekt sätt, enligt korrekta lagbestämmelser. Speciellt i fall där en utlännings situation i hemlandet är komplicerad är det ofta svårt att urskilja vilka

omständigheter som är hänförliga till vilken grund för uppehållstillstånd.⁴⁵ I förarbetena framgår det att det tydligt ska framgå av lagen hur rättstillämparen ska dra gränsen mellan de olika grunderna, vilket det i dagsläget inte kan anses göra. I förarbetena framgår det även hur svårt det är att faktiskt lyckas hålla dem åtskilda. Till viss del faller det sig naturligt att det är svårt att tydligt kategorisera omständigheter, det rör sig ofta om helt unika situationer. Bedömningar blir därmed lätt otydliga och det kan vara lättare att hantera om det finns en medveten gråzon. Trots detta går det inte komma ifrån att en sådan otydlighet i rättstillämpningen leder till rättsosäkerhet. Det ligger på rättstillämparen om denna finner det lämpligt att tillämpa 5 kap. 6 § UtIL och huvudgrunderna i 4 kap. UtIL har företräde. Att 5 kap. 6 § UtIL är fakultativ i kombination med att det inte tydligt går att utläsa när en huvudgrund ska tillämpas istället komplicerar det hela ytterligare. Det brister i förutsebarheten och ett stort ansvar läggs på rättstillämparen.

7.5 Avslutande kommentarer

I de ovanstående analysavsnitten har olika problem kring tillämpningen av 5 kap. 6 § UtIL och situationen i hemlandet belysts. Bestämmelsen är utformad på ett sätt som ger rättstillämparen ett stort ansvar. Den är fakultativ, har karaktären av en undantagsbestämmelse och är oklart formulerad. Det finns dock motiverade skäl till detta, till exempel för att inte riskera att inte kunna fånga upp alla specifika fall där synnerligen ömmande omständigheter kan tänkas föreligga.

Även om rättstillämparen har ett utredningsansvar enligt officialprincipen bär den enskilde utlänningen en stor börda i processen. Särskilt avseende situationen i hemlandet kan det uppstå bevissvårigheter som kan ligga utlänningen till last. Ännu en svårighet kring situationen i hemlandet uppstår

⁴⁵ Se kapitel 6.2.

i gränsdragningen mellan olika grunder för uppehållstillstånd. Det finns en stor gränsdragningsproblematik som leder till oförutsebarhet.

Dessa faktorer kan leda till godtycklig praxis. Att 5 kap. 6 § UtIL är formulerad på det sätt bestämmelsen är och oklarheten kring gränsdragningen gentemot andra grunder för uppehållstillstånd medför att det finns en risk för att praxis inte blir likformig. Eftersom ett stort ansvar har lagts på rättstillämparen, då lagtext och förarbeten utelämnar mycket, får domstolen lätt en normerande verkan. I och med domstolens viktiga roll i att utpeka riktlinjer kring tillämpningen av 5 kap. 6 § UtIL blir det desto viktigare med tydlig och riklig praxis. Är domstolens praxis tydlig och välmotiverad går den lättare att följa och det ökar förutsebarheten.

5 kap. 6 § UtIL ska tillämpas restriktivt men det går inte att förutse hur mycket bestämmelsen kan komma att tillämpas i framtiden. Gällande just situationen i hemlandet kan läget för en viss grupp i ett visst land eller ett visst område i ett land drastiskt förändras. Det skulle kunna innebära en mer frekvent tillämpning av 5 kap. 6 § UtIL, trots att det är en undantagsbestämmelse. Denna bedömning innehåller inte enbart juridiska överväganden. För att avgöra om en utlännings situation i hemlandet innebär att det föreligger synnerligen ömmande omständigheter krävs det ett ställningstagande till situationen i det aktuella landet, bland annat politiskt och socialt. Som jag konstaterat har rättstillämparen ett stort ansvar vid tillämpningen av 5 kap. 6 § UtIL och med hänsyn till även den icke-juridiska aspekten får det inte föreligga en risk för att det ansvaret missbrukas. Desto otydligare och mer oförutsebar en bestämmelse är, desto större blir risktagandet.

Efter en diskussion kring olika aspekter hänförliga till 5 kap. 6 § UtIL och särskilt situationen i hemlandet kan jag konstatera att bestämmelsen och dess tillämpning är oförutsebar och otydlig. Rättstillämparen ges ett stort tolkningsutrymme, domstolen blir normerande och processen blir rättsosäker, vilket otvivelaktigt kan kritiseras.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

- Ds 2011:14 Synnerligen ömmande omständigheter och verkställighetshinder – en kartläggning av tillämpningen
- Prop. 2004/05:170 Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden
- SOU 2004:74 Utlänningslagstiftningen i ett domstolsperspektiv

Litteratur

Diesen, Christian: *Bevis. 8, Prövning av migrationsärenden, 2.*, omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2012

Stern, Rebecca: ”Hur bedöms ett skyddsbehov? Om gränsdragning, konsekvens och förutsägbarhet i svensk asylpraxis”. I: *Svensk Juristtidning* 2012

Publikationer från Migrationsverket

Aktuell statistik: Beviljade uppehållstillstånd och registrerade uppehållsrätter, senast körd 2015-05-01 06.16

Rättsligt ställningstagande angående kraven på klarlagd identitet och pass i ärenden om uppehållstillstånd, SR 03/2015

Internationella instrument

FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, antagen i Paris den 10 december 1948

1951 års konvention om flyktingars rättsliga ställning

Elektroniska källor

Irak, Nationalencyklopedin, hämtad den 10 april 2015 från:
<http://www.ne.se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/1%C3%A5ng/irak>

Sudan, Nationalencyklopedin, hämtad den 10 april 2015 från:
<http://www.ne.se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/1%C3%A5ng/sudan>

Rättsfallsförteckning

Migrationsöverdomstolen

MIG 2006:1

MIG 2007:15

MIG 2007:33

MIG 2007:37

MIG 2007:43

MIG 2007:48

MIG 2009:31

MIG 2010:6

MIG 2010:23

UM 4511-12

UN 17-93

UN 344-97