



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Annika Sandén

När är det tillräckligt ömmande?

En utredning om särskilt ömmande omständigheter i utlänningslagen
ur ett barnrättsperspektiv

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Titti Mattsson

Termin för examen: VT 2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsning	7
1.4 Metod och material	8
1.5 Disposition	10
2 BARNRÄTTSPERSPEKTIVET	11
2.1 Inledande om barnrättsperspektivet	11
2.2 FN:s barnkonvention	12
2.2.1 Europeiska rättsakter	15
2.2.1.1 Rättighetsstadgan	16
2.2.1.2 Europakonventionen	17
2.3 Barnrättsperspektiv i utlänningslagen	18
2.3.1 Portalparagrafen 1 kap. 10 § UtlL	19
2.3.2 En avvägning mellan intressen	20
2.4 Tolkning av barnets bästa	21
3 SYNNERLIGEN ÖMMANDE OMSTÄNDIGHETER	23
3.1 Uppehållstillstånd för skyddsbehövande	23
3.2 Synnerligen ömmande omständigheter	24
3.2.1 Humanitära skäl som föregångare	24
3.2.2 Införandet av synnerligen ömmande omständigheter	25
3.2.3 2005 års utlänningslag	27
3.3 Synnerligen ömmande omständigheter och barn	28
3.4 Bedömningsgrunder	29
3.4.1 Hälsotillstånd	30

3.4.2	Anpassning till Sverige	32
3.4.3	Situation i hemlandet	35
3.5	Barnrättsperspektivet i domstolen	36
4	SÄRSKILT ÖMMADE OMSTÄNDIGHETER	38
4.1	Införandet av särskilt ömmande omständigheter	38
4.2	Barns vistelsetid som grund för uppehållstillstånd	39
4.3	Särskilt ömmande omständigheter ur ett barnrättsperspektiv	40
4.4	Migrationsöverdomstolens avgörande	41
4.5	Migrationsdomstolarnas avgöranden	43
4.5.1	UM 8516-14 och UM 8518-14	43
4.5.2	UM 3899-15	44
4.5.3	UM 2231-15	44
4.6	En ny lag i antågande	45
5	ANALYS OCH SLUTSATS	47
5.1	Barnets bästa som ett öppet koncept	47
5.2	Barnrättsperspektivet svagt i Migrationsöverdomstolens praxis	48
5.3	Lagändringen till särskilt ömmande omständigheter	50
5.4	Migrationsöverdomstolens avgörande saknar vägledning	51
5.5	Ett osäkert rättsläge	53
5.6	En fråga utan svar	54
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	56
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	59

Summary

Since 2005 an alien can be granted residence permit if, after an overall assessment of the alien's situation, there are such exceptionally distressing circumstances that he or she should be allowed to stay in Sweden. In July 2014 a provision came in force which stipulates that children may stay in Sweden if there are particularly distressing circumstances. The purpose of this thesis is to determine the correct legal position for the provision of particularly distressing circumstances from a child rights perspective.

Residence permits based on humanitarian reasons is an area within migration law that has been changed several times in a short amount of time, which has contributed to a legal situation that is difficult to assess. It is also evident that politics play a big part in this area. Further uncertainty is added to the field as the provision is in constant conflict with other social interests, particularly the interest to regulate immigration. The government has chosen not to further regulate the provision or how the assessment of particularly distressing circumstances should be carried out. Neither the child rights perspective nor the principle of the best interest of the child are clearly defined in Swedish law, but should rather be interpreted as an open concept. The purpose of the provision on particularly distressing circumstances was that a greater number of children would be able to stay in Sweden as well as mitigate the case law concerning children.

The thesis establishes that the purpose of the legislative change in 2014 does not seem to have had the desired impact. By studying mainly preparatory work and established practice, it will be evident throughout the essay that the area is inconstant and that we are in legal uncertainty. The status of the child rights perspective is weak since the court rarely develops its reasoning when applying the principle and should furthermore be interpreted as an open concept. The legislative change in 2014 had a clear purpose that a greater number of children would be able to stay in Sweden but in the end, both the legislator and the actors applying the provision have been weak in their implementation. The result is that the legal situation is characterized by unpredictability and that child rights perspective has not become stronger.

Sammanfattning

Sedan 2005 har uppehållstillstånd beviljats en utlänning om det vid en samlad bedömning av utlänningens situation föreligger sådana synnerligen ömmande omständigheter att han eller hon bör tillåtas stanna i Sverige. I juli 2014 trädde en bestämmelse i kraft som stadgar att barn kan få stanna i Sverige om det föreligger särskilt ömmande omständigheter. Uppsatsens syfte är att utreda rättsläget för bestämmelsen om särskilt ömmande omständigheter ur ett barnrättsperspektiv.

Upphållstillstånd på grund av humanitära skäl är ett område inom migrationsrätten som ändrats flera gånger på kort tid vilket bidragit till att rättsläget är svårbedömt. Det är vidare tydligt att politik spelar en stor roll på området. Vad som gör området än mer osäkert är att bestämmelsen ständigt är i konflikt med andra samhällsintressen, särskilt intresset av att reglera invandring. Regeringen har valt att inte närmare reglera i lag och förarbete hur bedömningen av särskilt ömmande omständigheter ska gå till. Inte heller barnrättsperspektivet och principen om barnets bästa är tydligt definierat i svensk lag utan ska tolkas som ett öppet koncept. Syftet med införandet av bestämmelsen om särskilt ömmande omständigheter var vidare att fler barn skulle få stanna i Sverige och att mildra den praxis som gäller barn.

I arbetet konstateras att syftet med lagändringen 2014 inte verkar fått önskat genomslag. Genom att studera främst förarbeten och praxis blir det genom uppsatsens gång allt tydligare att området är föränderligt och att vi befinner oss i ett oklart rättsläge. Barnrättsperspektivet är svagt då domstolen sällan utvecklar sina resonemang kring barnets bästa, varför dess innebörd är fortsatt oklart. Lagändringen 2014 hade ett tydligt syfte att fler barn skulle få stanna i Sverige men i slutändan var både lagstiftaren och rättstillämparen svaga i genomförandet. Följden är att rättsläget präglas av oförutsebarhet och att barnrättsperspektivets roll inte blivit starkare.

Förord

Det är med en sentimental känsla som slutet av juristutbildningen i Lund närmar sig. Det finns mycket gott att säga om dessa drygt 4,5 underbara år men just nu är jag mest glad att de snart är bakom mig.

Eftersom jag till sist fått självinsikt nog att förstå att jag, troligtvis, aldrig kommer att kamma hem en Oscar eller Grammis kan detta vara ett av de få tillfällen i livet då jag får möjlighet att officiellt tacka de människor som funnits för mig under utbildningens gång;

Min fantastiska pappa, för mentalt (och lite ekonomiskt) stöd och för att du alltid har trott på mig. Min syster, för att du är den starkaste personen jag känner och för alla glas rödvin du bjudit på när studielånet sinat. Min bror, för att du alltid svarat i telefon när jag ringt efter en tenta och delat både glädje och motgång med samma entusiasm. Linus, för att du alltid spelade upp Eye of the Tiger när jag behövde det. Farmor, för att du varit min ständiga hejarklack. Beyoncé, för självförtroendet. Alla vänner (som jag inte vågar nämna vid namn av rädsla att glömma någon), för inspiration, distraktion, föreläsninganteckningar, #POD och kärlek. Självklart vill jag tacka min handledare Titti Mattson för att jag helt i onödan varit rädd för hårda ord och istället fått insiktsfulla och högst behjälpliga råd.

Ni har alla hjälpt mig nå dit jag är idag och ni kommer utan tvekan att hjälpa mig vidare mot nya mål. Jag lovar att tacka er igen när jag tar emot Nobels fredpris.

Förkortningar

Barnkonventionen	FN:s konvention om barnets rättigheter
Barnrättskommittén	FN:s kommitté för barns rättigheter
CEAS	Common European Asylum System
EU	Europeiska Unionen
Europakonventionen	Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FEUF	Fördraget om europeiska unionens funktionssätt
MIG	Migrationsöverdomstolens prejudikat
Prop.	Regeringens proposition
Rättighetsstadgan	Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
SOU	Statens offentliga utredningar
Utl	Utlänningslag (2005:716)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I takt med att migrationsrätt blir ett allt mer aktuellt ämne blir även barns rättigheter och barnets bästa allt mer vanligt förekommande i svensk lagstiftning. Sommaren 2014 ändrades uttrycket *synnerligen ömmande omständigheter* till *särskilt ömmande omständigheter* i utlänningslagens 5 kap. 6 § gällande barn under 18 år. Det uttryckliga syftet var, med barnets bästa i fokus, att fler barn skulle få stanna i Sverige. Ett av skälen som specifikt lyftes fram som ett exempel på en särskilt ömmande omständighet är barnets vistelsetid i landet.¹ Detta har nu prövats i en dom från Migrationsöverdomstolen.²

Att tillämpa ett barnrättsperspektiv i migrationsrätt står ständigt i konflikt med att Sverige är ett land som praktiserar reglerad invandring. Det är utan tvekan en svår avvägning att forma lagen så att barn som fått en stark anknytning till Sverige beviljas uppehållstillstånd utan att underminera den reglerade invandringen. Den nya bestämmelsen om särskilt ömmande omständigheter är tydligt utformad så att barn inte per automatik ska få stanna i Sverige.³

Parallellt med det högst aktuella ämnet migrationsrätt och reglerad invandring ligger det i tiden att tillämpa ett barnrättsperspektiv. I januari 1997 infördes portalparagrafen om barnets bästa i 1 kap. 10 § Utlänningslag (2005:716)-, vilken stadgar att i fall som rör barn skall särskilt beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt vad barnets bästa i övrigt kräver. Principen om barnets bästa är således utan tvekan en viktig princip i utlänningslagstiftningen. Portalparagrafen har införts med artikel 3 i Barnkonventionen som förebild och Barnkonventionen planeras även bli svensk lag inom kort.⁴

Det vägledande avgörandet från Migrationsöverdomstolen som nämndes inledningsvis handlade om en vid tillfället snart 13-årig flicka som kom till Sverige sju år tidigare. Frågan domstolen skulle pröva var om flickans anpassning till Sverige i sig kunde leda till att hon borde beviljas uppehållstillstånd. Flickan hade bland annat vuxit upp i Sverige, pratade

¹ Prop. 2013/14:216, s. 19.

² MIG 2015:4.

³ Prop. 2013/14:216, s. 21.

⁴ SOU 2016:19.

svenska och hade gått i svensk skola. Lagstiftningen hade tidigare ändrats för att fler barn som vuxit upp i Sverige skulle slippa utvisas men trots det kom Migrationsöverdomstolen fram till att den 13-åriga flickan inte skulle beviljas uppehållstillstånd.⁵

Sverige står idag inför ännu en lagändring på området om synnerligen och särskilt ömmande omständigheter, då regeringen har för avsikt att införa en tidsbegränsad lag om begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd som föreslås gälla från och med den 31 maj 2016.⁶ Enligt regeringens förslag ska den nya lagen innebära att uppehållstillstånd inte beviljas enligt bestämmelsen om synnerligen eller särskilt ömmande omständigheter. Förslaget föreslår vidare att uppehållstillstånd dock får beviljas en utlänning som befinner sig i landet om ett beslut att neka uppehållstillstånd skulle strida mot Sveriges internationella åtaganden. På drygt 10 år kommer bestämmelsen således ha ändrats från humanitära skäl, till synnerligen ömmande omständigheter, till särskilt ömmande omständigheter och till sist den kommande ändringen som ska begränsa bestämmelsen till internationella åtaganden. Frågan är om alla lagändringar gynnar de barn som kommer till Sverige eller om det endast skapar en osäker rättstillämpning där barnen kommer i kläm. För att få en uppfattning om hur alla lagändringarna påverkat och kommer påverka asylsökande barn ämnar jag att utreda hur den senast lagändringen till särskilt ömmande omständigheter påverkat rättslaget ur ett barnrättsperspektiv.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att ur ett barnrättsperspektiv undersöka hur lagändringen till särskilt ömmande omständigheter har påverkat rättslaget. Jag avser att undersöka och klarlägga vad bestämmelsen i 5 kap. 6 § 2st. innebär för barn som söker uppehållstillstånd tillsammans med sin familj i Sverige. Jag avser vidare utreda om lagändringen 2014 medfört att barnrättsperspektivet fått en starkare ställning i utlänningslagen och i praxis.

I uppsatsen utgår jag från följande frågeställningar:

- Hur har lagändringen till särskilt ömmande omständigheter påverkat rättslaget ur ett barnrättsperspektiv?

⁵ MIG 2015:4.

⁶ Justitiedepartementet, Begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (utkast till lagrådsremiss).

- Vad innebär ett barnrättsperspektiv i rättstillämpning inom migrationsrätt?
- Har barnrättsperspektivets roll inom migrationsrätt blivit starkare genom lagändringen till särskilt ömmande omständigheter?

1.3 Avgränsning

Såsom framgår av syftet och frågeställningarna är arbetet avgränsat till att fokusera på bestämmelsen om särskilt ömmande omständigheter. Uppsatsen är vidare avgränsad till att undersöka situationen för barn som söker asyl i Sverige tillsammans med sin familj. Följaktligen görs ingen utredning av ensamkommande barn. Bestämmelsen om synnerligen och särskilt ömmande omständigheter är en undantagsbestämmelse. Därav behandlar uppsatsen i korthet uppehållstillstånd på grund av övriga skyddsbehov, för att få bättre förståelse om när synnerligen och särskilt ömmande omständigheter aktualiseras. Övriga tillståndsgrunder berörs inte. Arbetet kan därmed inte ses som en generell redogörelse för barn i migrationsprocessen. På motsvarande vis kan arbetet inte ses som en heltäckande utredning av förhållandet mellan barnrättsperspektivet och principen om barnets bästa. Med barn avses i uppsatsen personer som ännu ej fyllt 18 år, såsom gäller enligt 1 kap. 2 § UtL.

Uppsatsen är skriven ur ett barnrättsperspektiv. För att utreda vad ett barnrättsperspektiv innebär har jag använt mig av de nationella och internationella rättskällor som är relevanta för uppsatsens syfte, främst FN:s barnkonvention som ligger till grund för bestämmelsen om barnets bästa i svensk utlänningslagstiftning. Barnrättsperspektivet innefattar flera principer, exempelvis barnet rätt att komma till tals. Uppsatsen fokuserar dock på principen om barnets bästa eftersom det är den princip som främst aktualiseras i ärenden om synnerligen och särskilt ömmande omständigheter.

Det finns en stor mängd internationella och europeiska instrument på det migrationsrättsliga området. För att utreda bestämmelsen om synnerligen och särskilt ömmande omständigheter har jag dock valt att fokusera på nationella rättskällor. Därmed kommer främst avgöranden av svensk domstol behandlas. De avgöranden som jag granskat innan lagändringen är samtliga prejudicerande avgöranden från Migrationsöverdomstolen. Eftersom det endast kommit ett relevant avgörande från Migrationsöverdomstolen efter lagändringen kommer även de domar från Migrationsdomstolarna som avgjorts efter det prejudicerande avgörandet att

presenteras.

Det prejudicerande avgörandet som kommit från Migrationsöverdomstolen berör främst vistelsetid och anknytning till Sverige. Därför har jag i uppsatsen ett visst fokus på den bedömningsgrunden, även om övriga bedömningsgrunder även behandlas eftersom det i slutändan är en helhetsbedömning av alla omständigheter som ska göras i varje enskilt fall.

Som nämnts i kapitel 1.1 har regeringen presenterat ett lagförslag som föreslås gälla från och med den 31 maj 2016. Uppsatsen är skriven utifrån att det är ett lagförslag som ännu inte röstats igenom.

1.4 Metod och material

Uppsatsen utgår från den rättsdogmatiska metoden för att kunna bedöma rättsläget för synnerligen och särskilt ömmande omständigheter. Metoden innebär att fastställa och tolka rättsregler genom att studera de erkända rättskällorna; författningstext, förarbeten, rättspraxis och doktrin.⁷ Även internationellt material får användas för att fastställa gällande rätt enligt rättskälleläran.⁸

Det är av vikt att inledningsvis poängtera att migrationsrätt till viss del skiljer sig från andra rättsområden. Gällande rätt växer oftast fram över tid som en långsam process. Migrationsrätt är dock ett föränderligt område som till stor del är styrt av politik. Det studerade området är följaktligen ett relativt ohanterat område i svensk rätt och det finns inte mycket material att tillgå. Litteraturen på området har i arbetet varit ringa, och den litteratur som finns behandlar främst migrationsrätten som helhet och därmed inte begreppen synnerligen och särskilt ömmande omständigheter utförligt. Uppsatsens slutsatser bygger därför främst på förarbeten och Migrationsöverdomstolens praxis. Att studera praxis har vidare varit särskilt intressant för arbetet då begreppen synnerligen och särskilt ömmande omständigheter inte är tydligt definierat i lagtext och förarbeten.

För att utreda innebörden av ett barnrättsperspektiv har det dock funnits mer litteratur att tillgå. För framställningen av kapitel två som utreder barnrättsperspektivet har jag utöver svensk doktrin använt mig av internationell litteratur som behandlar barnkonventionen och principen om barnets bästa.

⁷ Korling & Zamboni, 2013, s. 21ff.

⁸ Peczenik, 1995, s. 214 ff.

Då bestämmelsen om särskilt ömmande omständigheter endast tillämpats efter den 1 juli 2014 finns det i dagsläget endast ett rättsfall från Migrationsöverdomstolen som varit relevant för frågeställningarna. För att vidare kunna utreda rättsläget har jag därför valt att även studera domar från Migrationsdomstolarna som avgjorts efter tidpunkten för Migrationsöverdomstolen avgörande. Migrationsrätten är ett område som endast har en underrätt och en överrätt. Eftersom det inte finns ett treinstanssystem kan underrättsdomar inom migrationsrätt anses ha en viktigare funktion än för de rättsområden som tillämpar ett treinstanssystem. Samtliga ärenden från Migrationsdomstolarna i uppsatsen är de sökträffar som visats vid sökordet ”särskilt ömmande omständigheter” på databaserna Info Torg Juridik och Karnov. Eftersom det endast är fyra avgöranden från Migrationsdomstolarna som är relevanta och som har avgjorts efter Migrationsöverdomstolens avgörande har ett ytterligare urval inte behövt göras.

I kapitel 3.4 presenteras de vanligaste bedömningsgrunderna för synnerligen ömmande omständigheter. Under varje bedömningsgrund presenteras ett antal rättsfall för att vidare utreda gällande rätt. Urvalet av de avgöranden från Migrationsöverdomstolen som presenteras har gjorts på liknande sätt som ovan. Jag har först gjort en översiktlig genomläsning av de avgöranden från Migrationsöverdomstolen som visats efter en sökning på ”synnerligen ömmande omständigheter”. Därefter har de ärenden valts ut som särskilt handlat om den bedömningsgrund jag utrett. Jag har således valt bort de rättsfall där Migrationsöverdomstolen gjort en sammantagen bedömning utan att närmre redogöra för någon av bedömningsgrunderna. De ärenden som slutligen valts ut från innan lagändringen 2014 är de som oftast hänvisats till av Migrationsöverdomstolen i efterkommande rättsfall och sålunda prejudicerande. Eftersom fokus i kapitel 3.4 ligger på de olika bedömningsgrunderna och inte specifikt på barn, behandlas även avgöranden för vuxna utan barn.

I kapitel 3.5 görs en kort kvalitativ undersökning ur ett barnrättsperspektiv av Migrationsöverdomstolens avgöranden under perioden som bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter. Ingen närmre presentation görs av de studerade ärendena, utan kapitlet syftar främst till att diskutera domstolens beaktande av barnets bästa generellt. Under perioden 2005-2013/14 har drygt 30 fall behandlat bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter, vara 14 av fallen handlar om barn.⁹ Eftersom inga ärenden presenteras specifikt har jag läst igenom samtliga 14 domar

⁹ I detta urvalet har jag uteslutit de ärenden där synnerligen ömmande omständigheter endast åberopats som en sista utväg, där domstolen kortfattat avfärdat yrkandet.

utan att göra något närmre urval. Kapitlet utgör en generell kvalitativ bedömning av domstolens barnrättsperspektiv som sedan ligger till grund för den diskussion som presenteras.

1.5 Disposition

Eftersom utredningen görs utifrån ett barnrättsperspektiv inleder jag uppsatsen med att redogöra för dess innebörd, dels i utlänningslagstiftningen, dels i barnkonventionen som utlänningslagens portalparagraf om barnets bästa bygger på. Barnrättsperspektivet och principen om barnets bästa finns med genomgående i uppsatsen och presenteras således i ett tidigt stadie för att ge utredningen ett sammanhang.

Möjligheten för att få uppehållstillstånd på grund av synnerligen och särskilt ömmande omständigheter blir först tillämplig efter att uppehållstillstånd inte kunnat ges den sökande på någon annan grund. För att tydliggöra att bestämmelserna är av undantagskaraktär kommer jag i 3.1 att redogöra kortfattat för utformning och tillämpning av de övriga grunderna för uppehållstillstånd för skyddsbehövande. Därefter presenteras bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter. Synnerligen ömmande omständigheter är den bestämmelse som tillämpas för vuxna och särskilt ömmande omständigheter är den bestämmelse som tillämpas för barn. Då särskilt ömmande omständigheter utgår från den bedömning som görs för synnerligen ömmande omständigheter är det viktigt att redogöra för båda bestämmelserna. När bedömningsgrunderna av synnerligen ömmande omständigheter utreds har jag valt att behandla de utvalda rättsfallen i direkt anslutning för att visa hur bedömningsgrunderna tillämpas.

I kapitel 4 utreds bestämmelsen om särskilt ömmande omständigheter. Kapitlet utreder dels de ändringar som skett i lagen och dels hur Migrationsöverdomstolen tillämpade bestämmelsen i sitt avgörande samt hur Migrationsdomstolar har valt att tillämpa lagen med beaktande av det prejudicerande avgörandet.

Samtliga delar av uppsatsen är relevanta och nödvändiga för syftet och det är främst i det avslutande kapitlet som en sammanfattande analys kan göras och där frågeställningarna besvaras och problematiseras.

2 Barnrättsperspektivet

Eftersom utredningen av gällande rätt sker utifrån ett barnrättsperspektiv krävs inledningsvis en presentation av innebörden. Regeringen har uttryckt att ett barnrättsperspektiv ska grundas på de normer och principer som uppställs i FN:s konvention om barn rättigheter, barnkonventionen, vilket är det dokument som särskilt formulerar barns mänskliga rättigheter.¹⁰ Således utgör en stor del av utredningen av barnrättsperspektivet en presentation av barnkonventionen, men även övriga relevanta internationella överenskommelser. Nedan presenteras barnrättsperspektivet och i synnerhet principen om barnets bästa först enligt internationella överenskommelser och sedan enligt utlänningslagen.

2.1 Inledande om barnrättsperspektivet

Barnrättsperspektivet blir alltmer aktuellt i Sverige. Barnets rätt och barnets bästa är begrepp som dyker upp allt som oftast i lagstiftning som rör barn. Utredningar och inkorporeringar av barnrättsperspektivet blir allt vanligare i svensk rätt.¹¹ Sedan 2011 har barnets rätt bland annat fått grundlagsstöd. 1 kap. 2 § femte stycket regeringsformen anger att det allmänna ska verka för att barns rätt tas till vara. Barnrättsperspektivet i svensk rätt grundas generellt sett i de normer och principer som uppställs av barnkonventionen.¹² Det är dock svårt att fastställa exakt vad ett barnrättsperspektiv innebär. Det är ett komplext begrepp med många beståndsdelar och innebörden skiftar beroende på vilket område perspektivet tillämpas på. För uppsatsens syfte är barnkonventionen samt dess definition av barnets bästa den viktigaste beståndsdel av barnrättsperspektivet eftersom den återspeglas i utlänningslagens portalparagraf om barnets bästa. Barnkonventionen är dessutom särskilt intressant om den inom snar framtid blir svensk lag eftersom all ny lagstiftning då måste stå i överensstämmelse med konventionens principer och artiklar. Det finns även andra konventioner som innehåller bestämmelser som rör barns rätt och är aktuella för uppsatsens syfte, särskilt artikel 8 i Europakonventionen som reglerar rätten till respekt för privat- och familjelivet.

¹⁰ Prop. 2009/10:232, s. 8f.

¹¹ Se t.ex. Barn och ungas rätt vid tvångsvård. Förslag till ny LVU, SOU 2015:71.

¹² Prop. 2009/10:232, s. 8f.

2.2 FN:s barnkonvention

Barnkonventionen antogs 1989 av FN:s generalförsamling och ratificerades av Sverige ett år senare.¹³ Vid det svenska införandet ansågs svensk lag stämma väl överens med konventionen.¹⁴ Dock är Barnkonventionen i dagsläget inte svensk lag. Sverige använder istället transformation som metod, vilket innebär att svensk lagstiftning anpassas till bestämmelserna i konventionen.¹⁵

Det finns ingen internationell domstol som kan fastställa att en stat inte följer konventionens bestämmelser. Det finns emellertid en kommitté, FN:s barnrättskommitté, som i enlighet med artikel 44 i Barnrättskonventionen granskar de framsteg som staterna gjort i syfte att staterna ska förverkliga sina skyldigheter enligt konventionen.¹⁶ Eftersom Sverige förbundit sig till att följa konventionen genom att säkerställa att den nationella lagstiftningen stämmer överens med konventionen är det grundläggande för ett barnrättsperspektiv att följa Barnkonventionens artiklar och andemening. Som tidigare nämnt kan konventionen även komma att bli svensk lag inom snar framtid.¹⁷ Hur rättsläget skulle påverkas av det är svårt att säga och diskuteras vidare i det avslutande kapitlet.

Det övergripande syftet med barnkonventionen är att skydda barns rättigheter och att tillgodose dessa rättigheter på alla nivåer i samhället.¹⁸ Barnkonventionen som ett instrument ligger till grund för all internationell vägledning då barn är inblandade. Det är den enda internationellt folkrättsligt bindande överenskommelsen som ger alla barn upp till 18 år särskilda rättigheter.¹⁹ Konventionens rättigheter gäller alla barn inom en konventionsstats territorium, oavsett deras rättsliga status.²⁰ Rättigheterna i konventionen är beroende av varandra och odelbara. Man kan således inte lyfta ut en artikel och läsa den skild från de andra, utan konventionen ska läsas som en helhet. De bestämmelser som barnkonventionen slår fast är en minimistandard. Konventionen tillåter inte konventionsstater att göra undantag från någon bestämmelse, vilket skapar ett ganska brett spektrum av rättigheter jämför med det som erbjuds vuxna.²¹ Även om rättigheterna är universella erkänner konventionen olika kulturella, politiska, sociala och

¹³ Prop. 2013/14:216 s. 6.

¹⁴ Prop. 1989/90:107 s. 28.

¹⁵ Wikrén & Sandesjö, 2014, s. 46.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ SOU 2016:19.

¹⁸ Sandesjö, 2013, s. 33.

¹⁹ Ibid.

²⁰ McAdam, 2006, s. 251.

²¹ Ibid, s. 253.

ekonomiska skillnader mellan konventionsstaterna och delegerar ansvaret att definiera sina egna sätt att implementera.²²

För att vägleda konventionsstaterna i implementeringen och tillämpningen finns fyra grundsatser som staterna måste respektera; förbudet mot diskriminering (artikel 2), principen om barnets bästa (artikel 3), barnets rätt till liv och utveckling (artikel 6) samt barnets rätt att framföra sina åsikter (artikel 12). Dessa fyra grundläggande principer är särskilt betydelsefulla för att förstå innebörden av ett barnrättsperspektiv. Artikel 3 brukar beskrivas som den viktigaste för innebörden av barnets bästa och artikel 3.1 anger att:

”Vid alla åtgärder som rör barn vare sig de vidtas av offentliga eller privata välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, skall barnets bästa komma i främsta rummet.”

Lydelsen av Barnkonventionens artikel 3 får det att framstå som att det som är bäst för barnet ska vara avgörande för det beslut som fattas. Så är dock inte fallet, och för att förstå principen måste man titta på den engelska originaltexten, som lyder enligt följande:

“In all actions concerning children, whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration”.

Upphovsmakarna valde att formulera artikel 3 så att *the best interests of the child shall be a primary consideration*, vilket innebär att barnets bästa inte nödvändigtvis är det avgörande intresset utan endast ett intresse som *ska beaktas*. Vid formuleringen av artikeln framhölls det bland annat att flera olika intressen kunde konkurrera med barnets bästa, och att det inte nödvändigtvis var så att barnets bästa alltid skulle vara det tyngst vägande intresset.²³ Den svenska översättningen är således missvisande eftersom *a primary consideration* har översatts till *komma i främsta rummet*. Den engelska originaltexten talar för att barnets bästa inte alltid väger tyngst, men att principen inte heller ska ses som ett intresse i mängden. Barnets bästa ska vara ett *primärt* intresse vilket innebär att barnets intresse ska vara det *första* intresset som beaktas och det intresse som ska ges *större tyngd* än andra intressen. Hur avvägningen ska göras och hur mycket tyngd barnets bästa ska ges besvara emellertid inte i Barnkonventionen.²⁴ I kapitel 2.3.2

²² Sandesjö, 2013, s. 33.

²³ Legislative history of the Convention on the Rights of the Child, United Nations, New York, 2007, s. 339.

²⁴ Freeman, 2007, s. 61.

diskuteras avvägningen mellan barnets bästa och andra intressen vidare.

Formuleringen av artikel 3 i Barnkonventionen genererar inte en skyldighet för staten på samma sätt som andra mänskliga rättigheter kan göra. Bestämmelserna ska snarare ses i ljuset av barnets bästa när de tolkas och tillämpas. Det är dock en skyldighet för konventionsstaterna att vidta nödvändiga och avsiktliga åtgärder för att säkerställa att principen blir fullt implementerad. Vidare har konventionsstaterna åtagit sig att tillförsäkra barnet det skydd och den omvårdnad som behövs för dess välfärd, med hänsyn tagen till de rättigheter och skyldigheter som tillkommer barnets föräldrar, vårdnadshavare eller andra personer som har det lagliga ansvaret för barnet. Att fastställa det faktiska innehållet av principen är en komplex uppgift och bestäms utifrån fall till fall, vilket ska öppna upp för flexibilitet och anpassningsförmåga till de individuella behoven i det enskilda fallet.²⁵

Barnrättskommittén menar att principen inte bör betraktas på samma nivå som andra överväganden, med tanke på att den engelska ordalydelsen slår fast att det ska vara ett primärt intresse. Bakgrunden till detta är den speciella situationen för barnet och deras oförmåga att göra ett starkt argument för sig själva som hindras av exempelvis deras rättsliga status. Även om principen slutligen ska vägas mot andra intressen bör principen således inte ges en mindre hög prioritering. Vidare bör en betydande vikt fästas vid den.²⁶

I de flesta fall kommer principen om barnets bästa vägas mot statens intresse att reglera invandringen. I detta sammanhang har kommittén konstaterat att icke-rättighetsbaserade allmänna argument om reglerad invandring inte kan åsidosätta överväganden av principen om barnets bästa.²⁷ Som tidigare nämnts anger inte Barnkonventionen vilket intresse som kan väga tyngre än barnets bästa utan det avgörs i fall till fall med hänsyn till proportionalitets- och rimlighetsöverväganden samt barnets perspektiv enligt artikel 12 i konventionen. Andra motstående intressen, utöver reglering av invandring, kan vara nationell säkerhet, den allmänna ordningen eller att avskräcka människosmugglingsnätverk.²⁸ Kommittén har vidare anfört att för att säkerställa att principen om barnets bästa faktiskt beaktas, bör ett beslut som angår barn motiveras, rättfärdigas och förklaras. Detta innefattar bl.a. en redogörelse och motivering av vilka element som varit relevanta för bedömningen och på vilket sätt dessa vägts in i den slutgiltiga bedömningen. Enligt kommittén bör detta anges specifikt och inte

²⁵ SOU 1997:116, s. 125.

²⁶ McAdam, 2006, s. 254ff.

²⁷ Barnrättskommittén, CRC/GC/2005/6, para. 86.

²⁸ McAdams, 2006, s. 258.

i allmänna ordalag.²⁹

Artikeln 3 i Barnkonventionen är följaktligen en portalbestämmelse som kan tillämpas på alla områden. Det är dock tydligt att barnets bästa inte kan vara det enda övergripande målet. Nationell lagstiftning kan hänvisa till andra viktiga intressen som, även om de inte är förenliga med barnets bästa, måste beaktas. Detta innebär att barnets bästa enligt konventionen ska vägas gentemot andra intressen och då i förhållande till de olika intressenas tyngd.³⁰ FN:s barnrättskommitté har dock strävat efter att begränsa möjligheterna till att alltför fritt tolka begreppet om barnets bästa då tolkning av principen måste vara förenlig med Barnkonventionens anda.³¹

Som nämnt ovan granskar barnrättskommittén staternas framsteg och kommittén avger yttrande med rekommendationer för hur den granskade staten bättre kan leva upp till konventionens bestämmelser. Utöver yttrandena publicerar kommittén även så kallade allmänna kommentarer som ger vägledning i hur artiklarna i Barnkonventionen ska tolkas.³²

2.2.1 Europeiska rättsakter

Utöver barnkonventionen finns det europeiska rättsakter som antagits av Europarådet och Europeiska unionen, vilka är relevanta för innebörden av ett barnrättsperspektiv i förhållande till uppsatsens syfte.

Flyktingkonventionen anses vara en hörnsten i den internationella flyktingpolitiken, sålunda är den europeiska regionala flyktingpolitik starkt påverkad av konventionen. Den mest betydande organisationen av rättsliga instrument när det gäller asylsökande är the Common European Asylum System (CEAS).³³ Syftet med CEAS är att arbeta mot EU:s mål att skapa en gemensam asylpolitik, att skapa ett område med frihet, säkerhet, rättvisa som är öppet för de som under tvingande omständigheter söker skydd i unionen.³⁴ Det gemensamma europeiska asylsystemet tillämpas för identifiering av asylsökande, att avgöra vilken stat som är ansvarig för ansökan, fastställer villkoren för mottagande av asylsökande, fastställer regler för asylförfaranden, erkännande av flyktingstatus och andra former av tillfälligt skydd samt fastställer samarbete i praktiken i asylfrågor mellan medlemsstaterna. CEAS består av Dublinförordningen,

²⁹ Barnrättskommittén, CRC /C/GC/14, para 97.

³⁰ Prop. 1996/97:25, s. 227.

³¹ Schiratzki, 2005, s. 56.

³² Wikrén & Sandesjö, 2014, s. 46.

³³ Seidlitz, 2014, s. 16.

³⁴ FEUF, art. 78.

Asylprövningsdirektivet, Skyddsgrundsdirektivet, Mottagningsvillkorsdirektivet, Tillfälligt skyddsdirektiv och EURODAC-förordningen.³⁵ Reglerna gäller för tredjelandsmedborgare eller statslösa personer som befinner sig på en medlemsstats territorium. CEAS sätter en minimistandard av rättigheter som alla asylsökande har rätt till. Medlemsstaterna får införa förmånligare bestämmelser i den mån de fortfarande är förenliga med förordningar och direktiv.³⁶ Det bör noteras att CEAS inte beviljar en *rätt till asyl*, utan snarare reglerar processen och behandlingen av ansökan, eller möjligheten att ansöka om asyl.

2.2.1.1 Rättighetsstadgan

Genom Lissabonfördraget är den Europeiska stadgan om de grundläggande rättigheterna (Rättighetsstadgan) en rättsligt bindande akt, sedan december 2009. Enligt artikel 24 i Rättighetsstadgan har barn rätt till det skydd och den omvårdnad som behövs för deras välfärd. Principen om barnets bästa återges i artikel 24.2 som anger att barnets bästa ska komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn, oavsett om de vidtas av offentliga myndigheter eller privata institutioner.³⁷ Principen om barnets bästa i Rättighetsstadgan speglar barnkonventionens artikel 3 och kan också hittas i CEAS instrumenten. Skyddsdirektivet anger vidare att vid bedömningen av innehållet av principen ska medlemsstaten särskilt överväga välbefinnande och social utveckling hos barnet, säkerhet och säkerhetsöverväganden och även beakta barnets åsikt utefter ålder och mognad.³⁸ Bestämmelserna i Rättighetsstadgan gäller enligt artikel 51.1 för medlemsstaterna endast när dessa tillämpar unionsrätten, dvs. exempelvis vid en prövning enligt Dublinförordningen.³⁹

Principen om barnets bästa går att finna i flera EU-instrument och det upprepas ofta i ingressen att principen bör vara i främsta rummet. Innehållet i de europeiska instrumenten är starkt påverkad av barnkonventionen. Vad principen om barnets bästa exakt innehåller definieras dock inte av EU-rätten.⁴⁰

³⁵ Dublinförordningen (604/2013), Asylprövningsdirektivet (2013/32/EU), Skyddsgrundsdirektivet (2011/95/EU), Mottagningsvillkorsdirektivet (2013/33/EU), Tillfälligt skyddsdirektiv (2001/55/EC) och Eurodac-förordningen (603/2013).

³⁶ Se Asylprövningsdirektivet, art. 5 och Skyddsdirektivet, art. 3.

³⁷ Sandesjö, 2013, s. 56.

³⁸ Skyddsgrundsdirektivet, ingress § 18.

³⁹ Sandesjö, 2013, s. 57.

⁴⁰ Se Eurodac-fördraget, art. 3.5, Skyddsgrundsdirektivet, art. 6.1 och Asylprövningsdirektivet, art. 25.6.

2.2.1.2 Europakonventionen

Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) är en viktig rättsakt för bedömningen av särskilt ömmande omständigheter. Konventionen trädde i kraft i september 1953 och är svensk lag sedan januari 1995.⁴¹

Konventionen bygger på FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, och är rättsligt bindande för konventionsstaterna. De rättigheter som stadgas i konventionen omfattar var och en som befinner sig i en konventionsstat och innefattar således asylsökande barn och deras familjer i Sverige.⁴²

I artikel 8 anges att var och en har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv. Artikeln ska skydda mot godtyckligt ingripande i privatlivet från offentliga myndigheter, vilket även inkluderar positiva skyldigheter. Inom ramen för privatlivet ligger den fysiska och psykiska integriteten.⁴³ Artikel 8 är inte absolut, utan överträdelse är tillåtna när det är förenligt med lagstiftningen och nödvändiga i ett demokratiskt samhälle. Staten har i denna avvägning en relativ stor handlingsförmåga mot bakgrund att en stat har rätt att kontrollera inresa samt vistelse för utlänningar inom deras jurisdiktion. Frågan blir således om staten har uppnått en rimlig balans mellan berörda intressen i det enskilda fallet. Inkräktandet i en persons privat- och familjeliv måste nå upp till en viss nivå innan det är en överträdelse av artikelns mening. Vikten av immigrationskontroll inom ramen för den allmänna ordningen är en väl etablerad princip i Europadomstolen, som vid upprepade tillfällen funnit att medlemsstaten har rätt att uppehålla den allmänna ordningen genom att kontrollera inresa samt vistelse för utlänningar inom deras jurisdiktion.⁴⁴ En offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till bl.a. statens säkerhet eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.⁴⁵

Vid en bedömning av om ett barns anknytning till ett land ska hänsyn tas till barnets rätt för sitt privatliv enligt artikel 8 i Europakonventionen. Europadomstolen har bland annat betonat att hänsyn måste tas till alla de sociala och kulturella band en person kan ha till ett samhälle vid

⁴¹ Se Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁴² Sandesjö, 2013, s. 51.

⁴³ X and Y mot Nederländerna, nr. 8979/80, den 26 March 1985, § 22. Y.F mot Turkiet, nr. 24209/94, den 22 juli 2003.

⁴⁴ Kilkelly, 1999, s. 226. Se Bouchelkia mot Frankrike, no. 23078/93, den 29 januari 1997, § 48.

⁴⁵ Prop. 2013/14:216, s. 7.

bedömningen av en persons rätt till skydd för sitt privatliv. Både Europadomstolen och Migrationsöverdomstolen har uttalat att den sammanlagda tid som en person vistas i ett land får betydelse eftersom en lång vistelsetid kan innebära att personen skaffat starka band till landet. Vid bedömningen spelar det ingen roll huruvida personen vistas i landet lagligt eller saknat tillstånd får uppehålla.⁴⁶ Vidare krävs att en utvisning framstår som proportionerlig för att anses vara acceptabel.⁴⁷

Europadomstolen har i flera avgöranden uttalat sig om tolkningen och tillämpningen av artikel 8 när det gäller rätten för en utlänning att vistas i en stat som är bunden av Europakonventionen. Av praxis framgår att artikel 8 förpliktar staten att medge utlänningar inresa eller vistelse på dess territorium och att det står varje stat fritt att själv reglera villkoren för att utlänningar ska få vistas i landet. Om en utlänning ska avvisas eller utvisas ska detta emellertid vara berättigat och proportionerligt. Staten måste uppnå en rättvis balans mellan å ena sidan den enskildes rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, å andra sidan samhällets intresse av exempelvis reglerad invandring.⁴⁸ Vid en sådan proportionalitetsbedömning ska bland annat vistelsetiden i landet och fastheten av sociala, kulturella och familjeband med dels det land utlänningen utvisas från, dels det land till vilket utvisningen sker beaktas.⁴⁹

2.3 Barnrättsperspektiv i utlänningslagen

De internationella och regionala förpliktelser som beskrivits ovan är tillämpliga i Sverige och både Migrationsverket och Migrationsdomstolarna tillämpar regleringarna för vägledning under de olika stegen av asylförfarandet. Principen om barnets bästa i Sverige är naturligtvis starkt influerad och härrör från barnkonventionens princip om barnets bästa. Även regeringsformen stadgar att det allmänna ska värna om den enskildes privatliv och familjeliv samt att barns rätt ska tas tillvara. Bestämmelsen om att barns rätt ska tas tillvara infördes i grundlagen 2011 och regeringen framhöll i förarbetet att Sverige är skyldigt att säkerställa att de rättigheter som kommer till uttryck i Barnkonventionen tillgodoses.⁵⁰ Nedan utvecklas den nationella innebörden av ett barnrättsperspektiv och principen om barnets bästa i utlänningslagen.

⁴⁶ MIG 2012:13.

⁴⁷ Se Osman mot Danmark, nr. 38058/09, den 14 juni 2011.

⁴⁸ Se bl.a. Boultif mot Schweiz, nr. 54273/00, den 2 augusti 2001.

⁴⁹ Uner mot Nederländerna, nr 46410/99, den 18 oktober 2006.

⁵⁰ Prop. 2009/10:80, s. 187.

2.3.1 Portalparagrafen 1 kap. 10 § UtIL

Principen om barnets bästa var en väl etablerad princip i svensk rätt även före Sveriges ratificering av Barnkonventionen. Regeringen ansåg dock att principen borde komma till klart uttryck i utlänningslagen.⁵¹ Därför infördes den 1 januari 1997 den så kallade portalparagrafen i 1 kap. 10 § UtIL som har följande lydelse:

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

Dess karaktär som portalparagraf innebär att den på ett övergripande sätt beskriver syftet med lagen och hur den ska tillämpas vid prövning av ärenden som rör barn oavsett ärendetyp i utlänningslagen.⁵² När principen infördes i utlänningslagen angav regeringen att även om barnets bästa bör komma i främsta rummet är det ett intresse som ändå måste vägas mot andra allmänna intressen. Vidare framhöll regeringen att utlänningslagen ska ge uttryck för en human inställning, vara tydlig och tillämpas konsekvent samt ge uttryck för en helhetssyn.⁵³

Regeringen betonade i förarbetet till portalparagrafen att bestämmelsen bedömdes få en särskild betydelse vid prövningen av humanitära skäl, dvs. det som i gällande ordning benämns synnerligen och särskilt ömmande omständigheter. Regeringen ansåg vidare att de humanitära skälen borde kunna vara av något mindre allvar och tyngd för att uppehållstillstånd skulle beviljas ett barn. Regeringen poängterade även att det fanns starka skäl att särskilt ta hänsyn till de berörda barnen i asylprocessen.⁵⁴ Ett av skälen för detta var enligt regeringen att barnen oftast inte själva valt att lämna hemlandet, samt att barn inte på samma sätt som vuxna kan överblicka konsekvenserna av att lämna hemlandet, bl.a. då barns tidsperspektiv skiljer sig från vuxnas.⁵⁵ Att prövning av barnens individuella skäl har skett, ska enligt lagstiftaren klart framgå av det aktuella beslutet.⁵⁶

Innan ett beslut eller en åtgärd vidtas som involverar ett barn, bör beslutsfattaren överväga vilka effekter ett sådant beslut skulle ha på barnet genom att tillämpa ett barns perspektiv på beslutet. Om beslutet eller åtgärden bedöms få konsekvenser för barnet måste barnets olika mänskliga rättigheter beaktas och respekteras. En sådan konsekvensanalys ska göras i

⁵¹ Prop. 1996/97:25, s. 248.

⁵² Prop. 2004/05:170, s. 194 och 248.

⁵³ Prop. 1996/97:25, s. 244ff.

⁵⁴ Prop. 1996/97:25, s. 246.

⁵⁵ Prop. 1996/97:25, s. 246 f.

⁵⁶ Prop. 2004/05:170, s. 195.

varje enskilt fall där barn påverkas, av en person som har de nödvändiga kunskaperna för att kunna slutföra en så pass omfattande och insiktsfull analys.⁵⁷ I samband med införandet av paragrafen betonades vidare att barn kan ha egna asylskäl och att ett barns rätt till uppehållstillstånd ska prövas på samma sätt som en vuxens.⁵⁸ Det finns inga ytterligare bestämmelser som anger något särskilt förfarande för ärenden som rör barn i de olika migrationsdomstolarna. De måste dock självklart respektera principer såsom barnets bästa och barnets rätt att bli hörd.⁵⁹

2.3.2 En avvägning mellan intressen

Som nämnts tidigare väger principen om barnets bästa i migrationsärenden inte per automatik tyngre än anda intressen, såsom allmänintresset att reglera invandringen. Regeringen uttalade vid införandet av portalbestämmelsen att en avvägning mellan olika intressen i första hand sker i lagstiftningsarbetet. I sista hand måste en avvägning emellertid göras i det enskilda ärendet för varje barn som berörs av beslutet då vad som i den konkreta situationen är det bästa för ett barn ofta inte är något entydigt.⁶⁰ Regeringen påpekade även i förarbetet att prövningen av barnets bästa i förhållande till utlänningslagstiftningen inte kan ges så långtgående innebörd att det nästan blir till ett eget kriterium för uppehållstillstånd att vara barn.⁶¹ Om så var fallet skulle det i fall då en familj inte hade tillräckliga skäl att få uppehållstillstånd i Sverige läggas en börda på barnet som inte kan anses vara förenligt med barnets bästa. Dock ska innehållet av bestämmelsen vara meningsfull, stark och reell.⁶² Vad detta innebär i praktiken specificeras inte närmre.

Eftersom lagstiftaren uttalat i förarbetena till utlänningslagen att barnets bästa måste vägas mot samhällsintresset att reglera invandringen, bör ett beslut i ett migrationsärende rimligtvis innehålla två ställningstaganden. Vid en avvägning borde domstolen först göra en bedömning av vad som är barnets bästa i det enskilda ärendet. Först därefter kan en avvägning mellan barnets bästa och andra intressen göras.⁶³ Om Migrationsverket eller migrationsdomstolarna bedömer att ett annat intresse ska väga tyngre än barnets bästa ska de visa att inga andra utvägar är rimliga och därefter måste

⁵⁷ Prop. 2009/10:232, s.15; Sandesjö, 2013, s. 77ff, 87ff.

⁵⁸ Prop. 1996/97:25, s. 250f.

⁵⁹ Diesen et al, 2012, s. 101f.

⁶⁰ Prop 1996/97:25, s. 247ff.

⁶¹ Ibid.

⁶² Ibid.

⁶³ SOU 1997:116, s. 136.

en analys göras av de olika konsekvenser som en åtgärd kan få.⁶⁴ Myndigheter måste således kunna visa att en sammanvägning av relevanta intressen har gjorts i det enskilda fallet, samt hur denna avvägning gjorts.⁶⁵

Regeringen har anfört att principen om barnets bästa i många fall talar för att bevilja ett uppehållstillstånd. I förarbetet till införandet av portalparagrafen tar regeringen emellertid avstånd från den etnocentriska syn vilken innebär att barn regelmässigt skulle anses ha det bäst i Sverige, oberoende av deras bakgrund. Det kan inte generellt hävdas att det skulle skada ett barns psykosociala utveckling att återvända med föräldrarna till ett annat land om familjens ansökan avslås och framför allt inte då det rör sig om barnets hemland.⁶⁶ Vad som enligt regeringen ska vara avgörande i dessa fall är i vilken utsträckning barnets psykosociala utveckling kan komma att skadas bestående vid ett återvändande.⁶⁷ Regeringen har vidare genom hänvisning till Svenska Barnrättskommitténs betänkande, framhållit att vid tillämpningen av principen om barnets bästa ska barnets behov av omvårdnad och skydd för att kunna utvecklas samt respekt för sin integritet och ett stabilt och varaktigt förhållande till båda sina föräldrar beaktas.⁶⁸

2.4 Tolkning av barnets bästa

Innan portalparagrafen infördes i utlänningslagen var barnets bästa främst en fråga för staten och ett åtagande i förhållande till FN att respektera, skydda och tillgodose mänskliga rättigheter för barn som sökte asyl. När begreppet införlivades i utlänningslagen blev barnets bästa något som måste beaktas i enskilda ärenden. Lagstiftningen formulerades öppet för att även andra omständigheter än de som nämndes uttryckligen i lagstiftningen skulle kunna beaktas. Formuleringen är utformad på så sätt att den ska möjliggöra en individuell bedömning då inget fall är det andra likt.⁶⁹

Vad barnets bästa innebär i det konkreta fallet är således inte någonting entydigt. Att barnets bästa ska utgöra ett öppet koncept kan enligt Schiratzki anses som riskabelt ur en rättssäkerhets- samt förutsebarhetssynpunkt.⁷⁰ Schiratzki beskriver vidare att det finns en spänning mellan den öppna bedömningen där en enskild rättstillämpare analyserar vad som är bäst för barnet i det enskilda fallet och den

⁶⁴ Zermatten, 2010, s. 489.

⁶⁵ Handbok om Barnkonventionen, 2008, s. 49; SOU 1997:116, s. 129.

⁶⁶ Prop. 1996/97:25, s. 249.

⁶⁷ Prop. 1996/97:25, s. 249.

⁶⁸ Schiratzki J, 2005, s. 32.

⁶⁹ Schiratzki, 2005, s. 52; Prop. 1989:90/107, s. 28 samt Prop. 1997/98:7, s. 104.

⁷⁰ Schiratzki, 2005, s. 96.

traditionella rättstillämpningen, där bundna rättsregler tillämpas med syftet att likartade fall ska ha likartad utgång.⁷¹

Begreppet barnets bästa används i många olika sammanhang, med olika betydelser och funktion. Att det betraktas som ett öppet koncept innebär även att uppfattningen om vad som är barnets bästa varierar beroende på vilket samhälle ett barn lever i.⁷² En sådan öppen tolkning som var avsedd när den infördes i lagtexten används dock sällan i rättsanvändningen. Barnets bästa ansågs inte ha fått det genomslag som var tänkt i asylprocessen. I 2005-års utlänningslag gjordes därför ett försök i att tydliggöra innebörden genom att i paragrafen om synnerligen ömmande omständigheter skriva in att omständigheter rörande barn inte behöver vara av samma allvarliga slag som för vuxna för att de ska få stanna i Sverige.⁷³

⁷¹ Schiratzki, 2005, s. 96.

⁷² Schiratzki, 2005, s. 53.

⁷³ Lundberg, 2009, s. 39.

3 Synnerligen ömmande omständigheter

Det finns fyra huvudsakliga grunder för beviljande av uppehållstillstånd; skyddsbehov, anknytning, synnerligen/särskilt ömmande omständigheter eller studier, arbete och övrig försörjning.⁷⁴ Då bestämmelsen om synnerligen och särskilt ömmande omständigheter först aktualiseras då de primära grunderna för uppehållstillstånd har prövats ges nedan en kort presentation av huvudgrunderna för uppehållstillstånd som rör skyddsbehov. Därefter utreds begreppet synnerligen ömmande omständigheter.

3.1 Uppehållstillstånd för skyddsbehövande

Det finns tre grunder för skyddsbehov; flyktingar, alternativt skyddsbehövande samt övriga skyddsbehövande. De två första grunderna omfattas av skyddsgrundsdirektivet och är gemensamma inom hela EU.⁷⁵ I de fall en utlänning uppfyller de uppställda rekvisiten för flyktingar eller andra skyddsbehövande har personen i fråga rätt att få sin ansökan om uppehållstillstånd beviljat enligt 5 kap. 1 § UtL. I andra stycket av nämnda paragraf finns två undantag från denna huvudregel. Undantag får göras om personen ifråga genom ett synnerligen grovt brott visat att det skulle vara förenat med allvarlig fara för allmän ordning och säkerhet att låta denne stanna i Sverige. Det andra undantaget gäller personer som bedrivit verksamhet som inneburit fara för rikets säkerhet och att det finns anledning att anta att han eller hon skulle fortsätta verksamheten här. För skyddsgrunderna ovan får det ej göras avväganden mot ekonomiska förpliktelser som kan uppstå för Sverige vid ett beviljande. Som beskrevs i kapitel 2.3.2 får dock en sådan avvägning göras vid bedömning av synnerligen och särskilt ömmande omständigheter

Principen om non-refoulement anses utgöra en grundsten inom den internationella flyktingrätten och inkluderas i ett stort antal olika konventioner och andra internationella överenskommelser, bland annat artikel 33 p. i Genèvekonventionen⁷⁶. Principen innebär att en flykting inte får sändas tillbaka till ett land där denne fruktar förföljelse på grund av ras,

⁷⁴ Diesen, 2012, s. 33.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ 1951 års konvention om flyktingars rättsliga ställningar.

religion, nationalitet, tillhörighet till en viss samhällsgrupp eller politisk uppfattning. Artikelns andra punkt stadgar två undantag. Det första undantaget rör de fall då det föreligger skälig anledning att betrakta flyktingen som en fara för asyllandet och det andra undantaget rör fall där flyktingar genom en lagakraftvunnen dom har dömts för synnerligen grovt brott och därmed utgör en samhällsfara för asyllandet.⁷⁷

Även artikel 3 i FN:s tortyrkonvention innehåller ett förbud mot avvisning eller utvisning av en person till ett land där det finns välgrundade skäl att anta att denne person blir utsatt för tortyr. Några undantag från principens tillämplighet stadgas inte i konventionen, varför principen om non-refoulement är absolut.

3.2 Synnerligen ömmande omständigheter

I utlänningslagstiftningen har uttryck som *humanitära skäl* och *stridande mot humanitetens krav* använts innan bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter trädde i kraft 2005. Dessa begrepp har dock ansetts oprecisa och regeringen ansåg därför att *synnerligen ömmande omständigheter* bättre skulle markera att bestämmelsen är avsedd att användas för de situationer som inte omfattas av någon av huvudgrunderna för uppehållstillstånd.⁷⁸

3.2.1 Humanitära skäl som föregångare

Begreppen synnerligen och särskilt ömmande omständigheter är en utveckling av den tidigare bestämmelsen om humanitära skäl. Möjligheten att beviljas uppehållstillstånd av humanitära skäl infördes i svensk lagstiftning genom 1980 års utlänningslag. Möjligheten att få sin ansökan beviljad av humanitära skäl har funnits i praxis sedan innan 1980. I 1989 års utlänningslag fick uppehållstillstånd ges till den som av humanitära skäl borde få bosätta sig här. 1995 ändrades bestämmelsen till att uppehållstillstånd kunde beviljas om det skulle strida mot humanitetens krav att verkställa en avvisning eller utvisning.⁷⁹

Begreppet humanitära skäl makulerades i 2005 års UtL. Det stora skälet till

⁷⁷ Diesen, 2012, s. 143.

⁷⁸ Prop. 2004/05:170, s. 184f.

⁷⁹ Sandesjö, 2013, s. 110.

lagändringen var att humanitära skäl kunde beblandas med *stridande mot humanitetens krav* vilket resulterade i att begreppet ansågs som oprecist och otydligt.⁸⁰ Vad som avsågs med humanitära skäl var inte närmare preciserat i lagtext utan överlämnades till rättstillämparen att avgöra. Därigenom kom begreppets innehåll att variera något över tid, och definierades främst genom praxis samt uttalanden i förarbeten.⁸¹ Domstolens bedömning och beslut har därmed avgjorts efter domstolens godtycke. På grund av att innebörden av humanitära skäl inte klarlagts tidigare har begreppets innebörd kommit att skifta med tiden. Regeringen fann därför att begreppet humanitära skäl skulle ersättas av synnerligen ömmande omständigheter av tydlighetsskäl.⁸² Regeringen ansåg även att en detaljreglering av begreppet skulle flytta fokus från bestämmelserna om skyddsbehov.⁸³

3.2.2 Införandet av synnerligen ömmande omständigheter

I samband med 2005 års utlänningslag ersattes begreppet humanitära skäl med begreppet synnerligen ömmande omständigheter. Det hade skett en utveckling där skäl i vissa delar framstod som skyddsskäl men hade lett till uppehållstillstånd enligt bestämmelsen om humanitära skäl. För att förtydliga skillnaden mellan de olika tillståndsgrunderna och lägga fokus på prövningen av skyddsbehov gavs bestämmelserna om skyddsbehövande en mer framträdande plats i 2005 års utlänningslag. Väpnad konflikt och välgrundad fruktan för allvarliga övergrepp på grund av andra svåra motsättningar i hemlandet utformades då som skyddsskäl. Därigenom omfattades situationer som enligt praxis gett uppehållstillstånd av politiskt-humanitära skäl.⁸⁴

Som ovan nämnts syftade införandet av begreppet synnerligen ömmande omständigheter till att förtydliga att det rör sig om en bestämmelse av undantagskaraktär för situationer som inte omfattas av någon av huvudgrunderna för uppehållstillstånd. Dessa måste således prövas innan bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter aktualiseras. Förtydligandet var av vikt då begreppet humanitära skäl inte sällan gett upphov till missförstånd. Åberopat behov av skydd är inte en sådan synnerligen ömmande omständighet som kan ge grund för uppehållstillstånd.⁸⁵ Lagrådet ansåg att humanitära skäl och stridande mot

⁸⁰ Prop. 2004/05: 170, s. 184ff.

⁸¹ Ibid.

⁸² Ibid.

⁸³ Prop. 2004/05:170, s. 186f.

⁸⁴ Prop. 2004/05:170, s. 176f.

⁸⁵ Prop. 2004/05:170, s. 185.

humanitetens krav uppfattas som oprecisa, vilket medförde att det i allt för hög grad överlåtits på beslutande myndigheter att avgöra vad som ska utgöra tillräckliga humanitära skäl.⁸⁶

Likt humanitära skäl tar bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter hänsyn till omständigheterna som är betydande för utlännningen. De viktigaste omständigheterna har stadgats i lagrummet och lagstiftaren betonar att asyl, skydd i övrigt och andra huvudgrunder inte har en plats i lagrummet eftersom de i regel ska ha prövats innan synnerligen ömmande omständigheter kan tillämpas. Lagstiftaren uteslöt dock inte möjligheten att inkludera fler omständigheter i bedömningen. Inställningen är snarare positiv till att väga in omständigheter som kan vara av vikt för den sökande, exempelvis traumatisering och social utstötning.⁸⁷ Regeringen framhöll i förarbetena till bestämmelsen att det inte alltid är möjligt att skilja mellan skyddsbehov och synnerligen ömmande omständigheter. Förföljelse och trakasserier kan leda till fysiska skador eller traumatisering. En sammanvägning av omständigheterna kan göra att det föreligger grund för att personen ska få stanna i Sverige.⁸⁸

I samband med införandet av den nya utlänningslagen genomfördes även en utredning för att utvärdera genomslaget av portalbestämmelsen om barnets bästa. Man ville särskilt utreda hur barnets bästa hade kommit till uttryck vid bedömning av humanitära skäl.⁸⁹ Kommittén ansåg att portalparagrafen inte fått avsett genomslag fullt ut. Införandet av bestämmelsen om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter infördes därav också som ett förtydligande av de intentioner lagstiftaren haft med portalparagrafen.⁹⁰

I 1989 års utlänningslag fanns det ingen uttrycklig bestämmelse om att barn får beviljas uppehållstillstånd även om de omständigheter som kommer fram inte har samma allvar och tyngd som krävs för att tillstånd ska beviljas vuxna personer. Barns situation hade dock beaktats i riksdagsarbetet. I tidigare förarbetsuttalanden anfördes att barn har en särskilt utsatt position bland asylsökande och att de därför i asylärenden måste uppmärksammas som individer som kan ha egna individuella skäl för uppehållstillstånd och inte som bihang till föräldrarna.⁹¹ I praxis enligt både 1980 och 1989 års utlänningslag har de omständigheter av humanitär art som gäller barn inte

⁸⁶ Prop. 2004/05:170, s. 185ff.

⁸⁷ SOU 2009:56, s. 329.

⁸⁸ Prop. 2004/05:170, s. 192.

⁸⁹ Prop. 1996/97:25, s. 248f.

⁹⁰ SOU 2004:74, s. 218f.

⁹¹ Prop. 1988/89:86, s. 8, Prop. 1996/97:25, s. 249f.

behövt vara av samma allvar och tyngd som för vuxna.⁹²

3.2.3 2005 års utlänningslag

Av 5 kap. 6 § första stycket i gällande utlänningslag framgår att om uppehållstillstånd inte kan ges på annan grund, får tillstånd beviljas en utlänningsom det vid en samlad bedömning av utlänningsens situation finns sådana synnerligen ömmande omständigheter att han eller hon bör tillåtas att stanna i Sverige. Bestämmelsen är avsedd att tillämpas restriktivt och användas först när det inte finns möjlighet att få uppehållstillstånd på någon av huvudgrunderna för uppehållstillstånd. Att bestämmelsen är av undantagskaraktär antyds också av begreppet *synnerligen ömmande omständigheter*. Genom formuleringen *tillåtas stanna i Sverige* anges det att det rör sig om personer som redan befinner sig i landet. Bestämmelsen tillämpas således för personer som befinner sig i Sverige och ansöker om asyl härifrån.⁹³

För att pröva om det finns synnerligen ömmande omständigheter ska en samlad bedömning göras av omständigheterna i ärendet. Omständigheter som ensamma inte är tillräckliga kan gemensamt utgöra tillräckliga skäl för att bevilja uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Skälen för att sökanden ska få stanna i Sverige ska vara av personlig art. I den sammantagna bedömning som alltid ska göras kan därför en eller flera omständigheter leda till att uppehållstillstånd bör beviljas. Av förarbetena framgår att det inte går att uttömma ange alla de omständigheter som kan beaktas vid denna bedömning.⁹⁴ Det krävs att omständigheterna är sådana att utlänningsens sammanvägda situation framstår som synnerligen ömmande.⁹⁵

De personliga förhållanden som särskilt ska beaktas är utlänningsens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation i hemlandet. Dessa bedömningsgrunder som särskilt ska beaktas behandlas vidare under kapitel 3.4. Exempel på övriga omständigheter som kan komma att ingå i den sammantagna bedömningen är social utstötning, traumatisering till följd av tortyr eller liknande svåra upplevelser i hemlandet eller till följd av människohandel.⁹⁶ Vid tillämpning av paragrafen ska också de eventuella skäl som talar mot uppehållstillstånd vägas in, exempelvis om sökanden har gjort sig skyldig till brottslighet.⁹⁷

⁹² Wikrén & Sandesjö, 2014, s. 267f.

⁹³ Prop. 2004/05:170, s. 188 och 270.

⁹⁴ Prop. 2004/05:170, s. 187.

⁹⁵ Jfr MIG 2007:15 och MIG 2007:33.

⁹⁶ Prop. 2004/05:170, s. 187.

⁹⁷ Jfr 5 kap. 17 § UtlL.

3.3 Synnerligen ömmande omständigheter och barn

I 2005 års utlänningslag införde man även ett andra stycke till bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter, som skulle gälla i ärenden som rörde barn. Till skillnad från första stycket fanns det ingen motsvarighet i 1989 års UtL. Barnets ställning i asylärenden har dock behandlats även i tidigare förarbeten.⁹⁸ Av förarbetena till 1989 års utlänningslag framkommer att barn som asylsökande har en särskilt utsatt position och att barn kan ha egna individuella skäl för uppehållstillstånd. I den nya bestämmelsen i 5 kap. 6 § UtL var dock skillnaden att det skulle krävas mindre tungt vägande skäl för att ett barn skulle beviljas uppehållstillstånd än vad som skulle krävas för vuxna. Barn skulle följaktligen kunna beviljas uppehållstillstånd även om de omständigheter som kom fram inte hade samma allvar och tyngd som krävdes för att tillstånd skulle beviljas vuxna. Även för barn skulle bestämmelsen vara av undantagskaraktär och aktualiseras först när uppehållstillstånd inte kunde ges på någon annan grund. Bestämmelsen infördes för att förtydliga portalbestämmelsen om barnets bästa i 1 kap. 10 § UtL. I barns ärenden skulle även en samlad bedömning göras av samma omständigheter som särskilt skulle beaktas för vuxna; hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation i hemlandet. Liksom i förarbetet till 1989 års utlänningslag ansåg regeringen att ett barns skäl ska prövas särskilt och inte endast som en del av barnets föräldrars ärende.⁹⁹

Exempel på när bestämmelsen skulle aktualiseras kunde enligt förarbetena vara till exempel när det gäller barns anpassning till Sverige. Regeringen menade att barn i många avseenden anpassar sig snabbare till nya förhållanden än vuxna. Barns anpassning till Sverige skulle dock inte ensamt utgöra avgörande betydelse, utan en samlad bedömning måste alltid göras. Styrkan i den samlade bedömningen menade dock regeringen kunde vara svagare för barn än för vuxna.¹⁰⁰ Om ett barn åberopar sjukdom som ett av sina skäl för uppehållstillstånd så behövde inte sjukdomen vara livshotande i samma utsträckning som för vuxna. Olika faktorer kunde vägas in i bedömningen, såsom barnets framtida hälsa och utveckling, vårdmöjligheterna i hemlandet samt Sveriges ekonomiska åtaganden om uppehållstillstånd beviljas.¹⁰¹

⁹⁸ Prop. 1988/89:86, s. 80-81.

⁹⁹ Prop. 2004/05:170, s. 195 och 281.

¹⁰⁰ Prop. 2004/05:170, s. 281.

¹⁰¹ Ibid.

Den anknytning som en sökande har skaffat sig under en längre väntan på ett beslut kunde ha särskild betydelse i barnärenden.¹⁰² För barn är den vanligaste formen av anpassning till Sverige den som uppkommer genom svensk skolgång. Som nämnts tidigare ansåg dock inte lagstiftaren att barnets anpassning till Sverige var ensamt avgörande. I sammanhanget skulle även hänsyn tas till anknytningen till hemlandet, kvarvarande familjemedlemmar osv. Tiden hade bara betydelse som skäl till att personen skaffat sig en egen anknytning till Sverige. I förarbetena påpekades som tidigare nämnt att den vistelsetid i Sverige som avses är laglig vistelse, dvs. tid som utlänningen har haft rätt att vistas i landet. Regeringen anförde dock att det i vissa fall kan bli nödvändigt att ta hänsyn till den tid när sökanden har vistats i Sverige illegalt, i synnerhet när det gäller barn som hållits gömda av föräldrar eller andra.¹⁰³

Bestämmelsen i 5 kap. 6 § 2st. var ett förtydligande av portalbestämmelsen om barnets bästa i 1 kap 10 § UtL. Avsikten var inte att försvaga portalbestämmelsen, utan snarare att mildra tidigare praxis i ärenden som rörde barn så att portalparagrafen om barnets bästa skulle få det genomslag som avsågs vid paragrafens införande.¹⁰⁴

3.4 Bedömningsgrunder

Migrationsöverdomstolen har vid upprepade gånger poängterat att bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter är av undantagskaraktär och ska tillämpas restriktivt.¹⁰⁵ Även om det enligt lagtext inte krävdes lika mycket för att omständigheterna i ett ärende ska vara synnerligen ömmande för barn som för vuxna har Migrationsöverdomstolen poängterat att det inte var tillräckligt att omständigheterna är ömmande eller ens särskilt ömmande när det gäller barn. Omständigheterna skulle således vara synnerligen ömmande även för barn, även om de objektivt sett kunde vara av lägre grad än när det gällde vuxna.¹⁰⁶ Nedan presenteras de bedömningsgrunder som särskilt ska beaktas vid bedömning av synnerligen ömmande omständigheter. Rättsfallen som presenteras nedan förtydligar den bedömningsgrund som redogörs för.

¹⁰² Prop. 2004/05:170 s. 191.

¹⁰³ Prop. 2004/05:170 s. 191 och 280ff.

¹⁰⁴ Bet. 2004/05:SfU17, s. 36.

¹⁰⁵ Se t.ex. MIG 2007:15; MIG 2007:33 II; MIG 2007:48; MIG 2008:3; MIG 2009:8; MIG 2009:9; MIG 2010:6; MIG 2010:23.

¹⁰⁶ Se MIG 2010:6.

3.4.1 Hälsotillstånd

Begreppet hälsotillstånd tillåter enligt förarbetena att hela hälsoskolan beaktas. Eftersom en samlad bedömning görs i det enskilda fallet går det inte att isolerat fastlägga när ett visst hälsotillstånd ska leda till uppehållstillstånd. I förarbetena skriver regeringen att uppehållstillstånd kan komma i fråga om utlänningen har en livshotande fysisk eller psykisk sjukdom eller lider av ett synnerligen allvarligt funktionshinder.¹⁰⁷

Om en sådan sjukdom föreligger ska det i första hand vägas in om vård för sådan sjukdom ens kan ges i Sverige. Dessutom ska det förväntas att vården ska ge en påtaglig och varaktig förbättring av hälsotillstånden, eller att vården är livsnödvändig.¹⁰⁸ Det ska vidare beaktas om det är rimligt att vården ges i Sverige. Här ska det vägas in om den enskilde sökanden kan få adekvat vård i hemlandet eller ett annat land som utlänningen kan sändas till. Även om Sverige i vissa fall kan erbjuda betydligt bättre vård än vården i personens hemland kan denna omständighet inte ensamt motivera att ge uppehållstillstånd i Sverige. Av förarbetena framgår att regeringen anser att de sammantagna ekonomiska konsekvenserna för Sverige också måste beaktas vid den samlade bedömningen. De sammantagna ekonomiska konsekvenserna kan därför hindra att uppehållstillstånd ges. Vården måste vidare förväntas leda till en påtaglig och varaktig förbättring av utlänningens hälsotillstånd, alternativt vara livsnödvändig. Den avvägning som ska göras mellan hälsotillståndet och situationen i såväl Sverige som hemlandet medför att det inte kommer ställas samma krav på hur sjuk eller hur frisk en person måste vara för att det ska vara rimligt att sända honom eller henne till ett visst land.¹⁰⁹

Tillämpningen av hälsotillstånd som rekvisit kan vara problematiskt då gränsen mellan synnerligen ömmande omständigheter och verkställighetshinder när det gäller sjukdom och vårdbehov är något flytande. Med detta menas att en asylsökande kan ha en sådan sjukdom att verkställighet inte kan ske. Om utvisning och avvisning medför en allvarlig fara och en risk för sökandens liv och hälsa kan uppehållstillstånd beviljas. Resans karaktär kan ensamt innebära risk för den sökandens hälsotillstånd. I prövning av sjukdomsfall vägs alla omständigheter in i ärendet. Sjukdom kan exempelvis även åberopas tillsammans med släktanknytning till Sverige som grund.¹¹⁰

¹⁰⁷ Prop. 2004/05:170, s. 190 och 280.

¹⁰⁸ Prop. 2004/05:170, s. 280.

¹⁰⁹ Prop. 2004/05:170, s. 190 och 280.

¹¹⁰ SOU 2004:74, s. 146.

Enbart den omständigheten att vård i Sverige håller en högre kvalitetsnivå kan inte utgöra grund för tillstånd.¹¹¹ Inte heller bör uppgivna ekonomiska svårigheter att få vård i hemlandet leda till att tillstånd beviljas.¹¹²

MIG 2007:35

I MIG 2007:35 konstaterade Migrationsöverdomstolen att grunden för uppehållstillstånd pga. synnerligen ömmande omständigheter var av undantagskaraktär och att detta framgick av att lagstiftaren valt att använda rekvisitet *synnerligen*, varför bestämmelsen skulle tillämpas restriktivt. Domstolen konstaterade vidare att om uppehållstillstånd enligt 5 kap. 6 § Util ska kunna beviljas vuxna personer av enbart medicinska skäl krävs att hälsotillståndet är synnerligen allvarligt, men att ohälsa ändock ensamt kan vara tillräckligt för att bevilja uppehållstillstånd. När det gäller psykisk ohälsa ska tillståndet vara så pass allvarligt att det måste röra sig om ett livshotande tillstånd. När det rör sig om självdestruktiva handlingar måste det vara styrkt att dessa har utförts pga. den psykiska ohälsan. För att bevilja uppehållstillstånd på grund av psykiskt ohälsa måste vidare en medicinsk utredning ge stöd för att tillståndet är livshotande.

MIG 2007:48

I MIG 2007:48 konstaterade Migrationsöverdomstolen i likhet med MIG 2007:35 att bestämmelsen om möjligheten att få uppehållstillstånd pga. synnerligen ömmande omständigheter var av undantagskaraktär och att den därför skulle tillämpas restriktivt. Avgörandet handlar om fall då vård och medicin finns att tillgå i hemlandet. Migrationsöverdomstolen ansåg att när det fanns vård och mediciner att tillgå i hemlandet kunde uppehållstillstånd inte beviljas på grund av synnerligen ömmande omständigheter, även om den sökande själv måste bekosta den nödvändiga behandlingen. Detta mot bakgrund av att det i förarbeten och tidigare praxis uttryckts att de ekonomiska konsekvenserna för Sverige måste beaktas.

MIG 2010:23

I MIG 2010:23 beviljades en kvinna permanent uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Kvinnan led av en blodcancersjukdom, vilken utan ett visst läkemedel riskerade att utvecklas till akut leukemi. Migrationsöverdomstolen fann att kvinnan gjort sannolikt att läkemedlet inte fanns att tillgå via officiella kanaler i hemlandet och att tillgången till medicinen var både oregelbunden och osäker. Kvinnan ansågs därmed sakna tillgång till adekvat vård i hemlandet och hon beviljades därmed permanent uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.

¹¹¹ Se MIG 2007:25.

¹¹² Prop. 2004/05:170, s. 190 och 280.

MIG 2007:25

I MIG 2007:25 anförde en mor och hennes son från Eritrea som grund för sin ansökan att de hade skyddsskäl samt att sonen led av en allvarlig form av epilepsi som krävde kontinuerlig medicinering vilket inte var tillgängligt i Eritrea. Till stöd för sin talan ingav de flertalet läkarintyg. Migrationsöverdomstolen ansåg att det var ostridigt att sonen led av epilepsi och att han hade erhållit vård i hemlandet. Domstolen påpekade att sökande inte uppgivit något som skulle kunna ge domstolen anledning att anta att det inte fanns någon tillfredsställande vård för pojken i hemlandet. Domstolen drog därmed slutsatsen att det inte visats i målet att sonens framtida utveckling och livskvalitet på ett avgörande sätt skulle äventyras om de sökande återvände till hemlandet, samt att det faktum att den tillgängliga vården i Sverige var av högre kvalitet inte i sig medför att en sökande bör beviljas uppehållstillstånd. Migrationsöverdomstolen konstaterade att även om omständigheterna i ett barns ärende inte behöver ha samma allvar och tyngd som för vuxna personer förelåg inte sådana omständigheter som krävdes för att de sökande skulle kunna beviljas uppehållstillstånd pga. synnerligen ömmande omständigheter.

3.4.2 Anpassning till Sverige

I den samlade bedömningen i frågan om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter ska även utlänningens vistelsetid i Sverige samt anpassning till Svenska förhållanden vägas in. Det väsentliga i bedömningen är vilken anknytning sökanden fått till Sverige.¹¹³ Regeringen menar att anknytning till Sverige speciellt gäller barn som anpassat sig genom att gå i svensk skola. Utrymmet för att bevilja vuxna personer utan medsökande barn uppehållstillstånd enbart på grund av lång vistelsetid är mycket begränsat, och kräver tyngre skäl som till exempel social etablering under en mycket långvarig vistelse.¹¹⁴

Tiden för vistelsen kan inte ensamt vara avgörande vid prövningen. Det ligger visserligen i sakens natur att det krävs en viss vistelsetid för att det ska vara möjligt att få sådan anknytning till landet att uppehållstillstånd av det skälet kan beviljas, men det finns ingen exakt gräns för hur lång denna tid ska vara.¹¹⁵ Vid bedömningen av anpassningen till Sverige måste också hänsyn tas till utlänningens anknytning till hemlandet, t.ex.

¹¹³ Prop. 2004/05:170, s.280.

¹¹⁴ Jfr MIG 2007:15.

¹¹⁵ Prop. 2004/05:170, s. 191 och 280.

familjemedlemmar som finns kvar där och den tid personen har levt där.¹¹⁶ Av praxis framgår att med *vistelse i Sverige* menas att utlänningen har rätt att vistas här, dvs. att han eller hon antingen har tillstånd för vistelse eller får vistas här medan ansökan om uppehållstillstånd prövas.¹¹⁷ För att den långa vistelsetiden ska kunna beaktas krävs att den utdragna handläggningstiden för den sökandes ansökan berott på omständigheter som låg utanför dennes kontroll. Om den sökande själv fördröjt handläggningen genom att till exempel avsiktligt undanhålla uppgifter eller handlingar och inte medverkat i utredningen ska uppehållstillstånd normalt inte ges denne.¹¹⁸ Regeringen påpekade dock att det i vissa fall av anpassning kan bli nödvändigt att ta hänsyn också till tid då sökanden hållit sig undan myndigheterna, i synnerhet när det gäller barn.

Om ett verkställighetshinder bedöms komma att bestå under så lång tid att den sökande kan bedömas få en särskild anknytning till Sverige, kan de personliga förhållandena vara tillräckliga för uppehållstillstånd. Det ska då vara fråga om ett verkställighetshinder som den sökande inte själv skulle kunna medverka till att undanröja.¹¹⁹

Migrationsöverdomstolen har framhållit att även rätten till privatliv enligt artikel 8 i Europakonventionen ska beaktas vid prövning om det föreligger sådana ömmande omständigheter att en sökande bör få stanna i Sverige på grund av sin anpassning till landet.¹²⁰ Myndigheter och domstolar ska vid prövningen ta hänsyn till alla sociala och kulturella band som en person kan ha i ett samhälle. Därav får den sammanlagda tid som personen vistats i landet betydelse på så sätt att en lång vistelsetid kan innebära att personen skaffat starka band till landet. Det torde då i och för sig sakna betydelse om vistelsetiden är illegal eller infaller under tid före den aktuella ansökan om uppehållstillstånd.¹²¹

MIG 2007:15

I MIG 2007:15 konstaterade Migrationsöverdomstolen att vid en bedömning av huruvida en sökande kan beviljas uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter gällande sin anpassning till Sverige så skulle bedömningen utgå från laglig vistelsetid, åtminstone när det gäller en vuxen sökande. Den tid som sökanden exempelvis hållit sig undan från myndigheterna eller fördröjt handläggningen skulle inte beaktas. I fallet ansåg domstolen att familjen i fråga medvetet försvårat asylprocessen

¹¹⁶ Prop. 2004/05:170, s. 280.

¹¹⁷ Jfr MIG 2007:15.

¹¹⁸ Prop. 2004/05:170, s. 191 och 280.

¹¹⁹ Prop. 2004/05:170, s. 280.

¹²⁰ Sandsjö, 2013, s. 114.

¹²¹ MIG 2012:13.

genom att under hela utredningstiden felaktigt påstå att de saknade giltiga passhandlingar. Domstolen ansåg att deras vistelsetid i Sverige endast berodde på deras eget agerande varför den faktiska vistelsetiden som domstolen prövade var markant kortare. Det fastslogs även att en sökande som under större delen av sin vistelsetid varit barn uppnått vuxen ålder vid prövningen inte ska bedömas på annat sätt än andra vuxna.

MIG 2007:43

Migrationsöverdomstolen bedömde i MIG 2007:43 att vistelsetiden i Sverige varit för kort för att en sökande skulle kunna beviljas uppehållstillstånd på grund av anpassning till Sverige. Den sökande hade fyllt 18 år innan Migrationsöverdomstolens dom och skulle således betraktas som vuxen vid prövningstillfället. Åberopade intyg om hälsotillstånd hade inte utfärdats av en läkare och det saknades uppgifter om den aktuella situationen och framtida vårdbehov, vilket innebar att tillstånd inte heller kunde beviljas på grund av den sökandes hälsotillstånd.

MIG 2012:13

I MIG 2012:13 uttalade Migrationsöverdomstolen att även rätten till privatliv enligt artikel 8 i Europakonventionen måste beaktas vid anpassning till landet. Det innebär att vid prövningen ska hänsyn tas till alla de sociala och kulturella band som en person kan ha i ett samhälle, exempelvis vänner, utbildning, arbete och medlemskap i föreningar m.m. Av detta följer att den sammanlagda tid under vilken personen vistats i landet får betydelse på så sätt att en lång vistelsetid kan innebära att personen hunnit skaffa sig starka band till landet. Det saknar då i och för sig betydelse om vistelsetiden är laglig eller inte eller infaller under tid före den aktuella ansökan om uppehållstillstånd. Enligt Migrationsöverdomstolen får dock sådana aspekter vägas in vid den proportionalitetsbedömning som alltid måste ske enligt artikel 8 i Europakonventionen gällande om en avvisning eller utvisning är proportionerlig.

MIG 2014:9

I MIG 2014:9 anförde den sökande att han vistats i Sverige i drygt fem år, var ekonomiskt självförsörjande genom arbete, hade tagit banklån, hade egen bostad, talade flytande svenska, hade uppdrag som kontaktperson i olika kommuner, var aktiv i en förening och hade tagit svenskt körkort. Migrationsöverdomstolen fann i sitt avgörande att omständigheterna avseende hans anpassning till Sverige inte var av sådan tyngd, vare sig enskilt eller sammantaget, att han hade rätt till uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.

3.4.3 Situation i hemlandet

Enligt 5 kap. 6 § UtIL ska utöver hälsotillstånd och anpassning till Sverige även den sökandes situation i hemlandet särskilt beaktas. Regeringen har i förarbetena inte närmre berört vad som avses med utlänningens situation i hemlandet utan hänvisar till förarbetena till Översynsutredningen som ansåg att ett antal omständigheter kunde vägas in som skäl för uppehållstillstånd på humanitär grund. Sådana skäl kan enligt Översynsutredningen exempelvis vara social utstötning, traumatisering till följd av tortyr eller liknande svåra upplevelser i hemlandet eller till följd av människohandel och humanitära skäl som gäller någon annan än sökanden. Humanitära skäl kan också vara av politisk karaktär. Situationen ska vara så pass svår att det kan anses inhumant att skicka tillbaka den sökande.¹²² Med detta avses t.ex. att den sökande riskerar att bli traumatiserad på grund av svåra minnen som denne har från hemlandet att det anses som inhumant att sända denne tillbaka. Man avser inte situationer där den sökande på nytt riskerar att bli utsatt, eftersom det är skäl som utgör en skyddsgrundande bedömning. Humanitära skäl kan även anses föreligga om den sökande riskerar att förföljas eller trakasseras på grund av sitt kön eller sexuella läggning, men att förföljelsen eller trakasseriernas art inte är sådan att den kan anses vara skyddsgrundande.¹²³

Även verkställighetshinder av praktiska skäl bör enligt regeringen beaktas vid den samlade bedömning av om det finns synnerligen ömmande omständigheter, trots att dessa inte alltid är omständigheter som kan hänföras till utlänningens person. Verkställighetshinder innebär att omständigheterna i hemlandet är sådana att den sökande inte kan sändas tillbaka.¹²⁴ En omständighet som kan utgöra ett verkställighetshinder kan vara att ursprungslandet vägrar att ta emot den sökande. Det blir därav praktiskt omöjligt att verkställa ett beslut om avvisning eller utvisning.¹²⁵ Regeringen menar att det inte går att generellt uttömma hur situationen i hemlandet ska bedömas men att omständigheter som härrör sig till situationen i hemlandet är förhållanden som utan att vara skyddsgrundande gör att avvisning eller utvisning är olämplig.¹²⁶

MIG 2009:31 I och II

I MIG 2009:31 II ansågs det inte tillräckligt för att bevilja uppehållstillstånd att en man skulle möta sociala svårigheter vid ett återvändande. I MIG

¹²² SOU 2004:74, s. 203f.

¹²³ SOU 2004:74, s. 203 ff.

¹²⁴ Prop. 2004/05:170, s. 192.

¹²⁵ SOU 2004:74, s. 196-197.

¹²⁶ Wikrén & Sandesjö, 2014, s. 270f.

2009:31 I beviljades däremot en kvinna med barn permanent uppehållstillstånd i Sverige med stöd av 5 kap. 6 § UtlL på grund av risken för social utstötning vid ett återvändande till hemlandet. Kvinnan kom från Sudan och anförde att på grund av att hon var svart, ensamstående mor och kristen inte kunde återvända till Sudan då hon saknade kontaktnät i landet. Migrationsöverdomstolen konstaterade att varken den allmänna situationen i Sudan eller kvinnans personliga situation kunde anses utgöra skyddsskäl. Domstolen ansåg däremot att det faktum att den sökande inte vistats i Sudan på cirka 14 år och inte hade någon kontakt med de släktingar som fanns kvar där utgjorde en risk för att hon skulle utsättas för social utstötning. Domstolen medgav därför den sökande uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Domstolen gör således skillnad mellan sociala svårigheter och social utstötning. Att det i MIG 2009:31 I även gällde ett barn uppmärksammades av domstolen. Tyngdpunkten av bedömningen låg dock på kvinnan och hennes situation i hemlandet vid ett återvändande.

3.5 Barnrättsperspektivet i domstolen

Principen om barnets bästa lyfts oftast fram av Migrationsöverdomstolen i de studerade avgörandena. Domstolen nämner likaså vanligtvis att portalparagrafen i 1 kap. 10 § UtlL ska beaktas.¹²⁷ Även barnkonventionens artikel 3 omnämns i vissa fall.¹²⁸ Dock sker det sällan någon bedömning av vad som är barnets bästa i det enskilda fallet. I endast ett av de studerade avgörandena från Migrationsöverdomstolen presenterades en diskussion kring barnets bästa i det specifika fallet.¹²⁹ Det behöver inte betyda att en bedömning står i strid mot barnets bästa, men om domstolen inte har motiverat vad som är barnets bästa i det enskilda fallet går det heller inte att säga om bedömningen är förenlig med principen. Istället för att motivera vad som är barnets bästa i det enskilda fallet konstaterar domstolen allt som oftast att det inte kan antas vara skadligt för barnet att återvända till sitt hemland.¹³⁰

I samtliga fall har Migrationsöverdomstolen konstaterat att bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter är en undantagsbestämmelse samt att de omständigheter som rör barn inte behöver vara av samma allvar och tyngd som när det gäller vuxna. Ett annat återkommande konstaterande i domstolen är att förarbetena understryker att det inte är ett asylskäl i sig att

¹²⁷ Se t.ex. MIG 2010:6; MIG 2009:9; MIG 2009:8 och MIG 2008:3.

¹²⁸ Se t.ex. MIG 2010:6 och MIG 2008:3.

¹²⁹ Se MIG 2009:9.

¹³⁰ Se t.ex. MIG 2007:25.

vara barn. Även om förarbetena även också påpekar att bestämmelsen ska mildra praxis rörande barn och ge utrymme för en tydligare tillämpning av barnets bästa använder inte domstolen det utrymmet utan kvarhåller en restriktiv tillämpning av barnets bästa. Det är vidare vanligt att domstolen i slutet av prövningen konstaterar att barnets bästa har beaktats. Som tidigare nämnts ska barnets bästa beaktas i hela beslutsprocessen och när domstolen endast nämner att principen beaktats utan vidare utveckling framstår det som ett rent rutinmässigt konstaterande.

4 Särskilt ömmande omständigheter

I juli 2014 trädde en ny bestämmelse i kraft i 5 kap. 6 § 2 st. UtL som stadgar att barn som inte fått uppehållstillstånd på någon annan grund, ändå kan få stanna i Sverige på grund av att det föreligger särskilt ömmande omständigheter. Ändringen gjordes i syfte att lyfta fram barnrättsperspektivet och principen om barnets bästa i den svenska lagstiftningen. Nedan redogörs för bakgrunden till lagändringen samt det första avgörandet från Migrationsöverdomstolen efter lagändringen.

4.1 Införandet av särskilt ömmande omständigheter

Som ovan nämnt fanns det redan en bestämmelse i 5 kap. 6 § andra stycken som beskrev hur ärenden som rör barn ska behandlas annorlunda i förhållande till ärenden som rör vuxna. I praktiken blev dock tillämpningen av bestämmelsen väldigt svår när det gällde barn. Gränsen för vad som var omständigheter av *mindre allvar och tyngd* var otydlig, särskilt efter att Migrationsöverdomstolen sagt att omständigheterna måste vara synnerligen ömmande, men av *objektivt sett lägre grad*.¹³¹ Lagstiftaren kom således till slutsatsen att den gamla formuleringen av regeln behövde ändras för att tydligare klargöra skillnaden i bedömningen av frågan om uppehållstillstånd mellan vuxna och barn.¹³² Ändringen innebar att det andra stycket ändrades på så vis att det inte längre skulle krävas synnerligen ömmande omständigheter för att bevilja barn uppehållstillstånd. Från och med 1 juli 2014 ska barn beviljas uppehållstillstånd om omständigheterna är särskilt ömmande.

I förarbetet inför lagändringen hävdades det att begreppet *särskilt* är en tydlig och etablerad term i det juridiska språkbruket och skillnaden i förhållandet till begreppet *synnerligen* är välkänd inom rättstillämpningen.¹³³ Det är tydligt i förarbetet att ändringen gjordes för att underlätta bedömningarna och möjliggöra att fler barn kan komma att omfattas av bestämmelsen och beviljas uppehållstillstånd.¹³⁴ Ändringen skulle möjliggöra att barn som bedöms ha tungt vägande skäl och som enligt

¹³¹ Se MIG 2010:6.

¹³² Prop. 2013/14:216, s. 19.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ib id.

den gamla utformningen skulle kunna riskera att hamna utanför bestämmelsernas tillämpningsområde nu skulle kunna beviljas uppehållstillstånd.¹³⁵

Då syftet med ändringen av 5 kap 6 § 2 stycket var att förtydliga och lyfta fram barnperspektivet innebär det även att bestämmelsen om särskilt ömmande omständigheter inte ska ställa lika höga krav som tidigare för att barn ska beviljas uppehållstillstånd. Vid bedömningen om särskilt ömmande omständigheter ska, liksom för vuxna, en individuell inriktad bedömning av de personliga förhållandena göras. Även för barn är det hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situationen i hemlandet som anges som särskilda omständigheter som ska beaktas. Liksom vid bedömningen av synnerligen ömmande omständigheter ska en sammanvägd bedömning av omständigheterna i det enskilda ärendet göras.¹³⁶ Avgörande för frågan om uppehållstillstånd är den samlade bedömningen i varje enskilt fall, av exempelvis de omständigheter som behandlats i kapitel 3.4. Liksom tidigare bestämmelse går det enligt förarbetet till gällande bestämmelsen inte att ange samtliga omständigheter som kan komma att beaktas vid denna bedömning. Ytterligare faktorer kan vara om barnet har upplevt svåra traumatiska händelser i hemlandet eller att ett barn som saknar nätverk i hemlandet har fått ett nätverk i Sverige och avsaknaden av detta allvarligt skulle äventyra barnets framtida psykosociala utveckling.¹³⁷

4.2 Barns vistelsetid som grund för uppehållstillstånd

Att ett barn har vuxit upp i Sverige utan att ha haft ett giltigt uppehållstillstånd och sedan efter många år här riskerar att utvisas är såklart en väldigt svår situation. Det är enkelt att förstå att det är smärtsamt för ett barn att ryckas upp ur det liv man är van vid. Samtidigt är Sverige ett land som praktiserar reglerad invandring, det vill säga att vi har ett regelverk som bestämmer vem som får, och vem som inte får, stanna i landet. Lagstiftaren har inte velat utforma lagen så att barn automatiskt ska få stanna i Sverige. Inte heller har man velat skapa regler som indirekt skulle innebära att en familj som lever gömd, utan tillstånd, under en längre tid automatiskt beviljas uppehållstillstånd om det finns barn i familjen.¹³⁸

Vistelsetiden i sig är en omständighet som kan komma att beaktas när det

¹³⁵ Prop. 2013/14:216, s. 16f.

¹³⁶ Prop. 2013/14:216, s. 19.

¹³⁷ Prop. 2013/14:216, s. 18ff.

¹³⁸ Prop. 2013/14:216, s. 21.

gäller barnets anpassning till Sverige. Det är dock barnets anknytning till Sverige som är det väsentliga i bedömningen. I förarbeten till lagändringen uttrycker man att det inte kan ställas upp någon exakt gräns för hur lång tid ett barn ska ha vistats i Sverige för att ha uppnått en tillräcklig stark anknytning till svenska förhållanden. Anledningen till detta är bland annat att man inte velat skapa en situation där barn utnyttjas. Oviljan att precisera en tid kan på så sätt grunda sig i en rädsla för att människor skulle skaffa barn för att, genom dem, beviljas uppehållstillstånd. Det finns alltså ingen bestämmelse om hur länge ett barn ska ha bott i Sverige för att kunna beviljas uppehållstillstånd. Istället måste en bedömning i varje enskilt fall göras. Vid denna bedömning ska enligt förarbeten, barnets anknytning till Sverige vara det väsentliga.¹³⁹

4.3 Särskilt ömmande omständigheter ur ett barnrättsperspektiv

Vid alla beslut som rör barn ska barnets bästa beaktas. En ordentlig utredning ska alltså göras av vad som vore bäst för ett barn. När detta är utrett ska barnets bästa vägas mot andra intressen. I migrationsärenden är det andra intresset den reglerade invandringen. Det går sålunda att fatta ett beslut som strider mot barnets bästa, men då krävs en motivering för varför man låtit andra intressen väga tyngre.

Vid en bedömning av ett barns anknytning till ett land ska hänsyn dessutom tas till barnets rätt till skydd för sitt privatliv.¹⁴⁰ Denna rättighet framkommer som tidigare nämnts av artikel 8 i Europakonventionen. Europadomstolen har betonat att vid en bedömning av en persons rätt till skydd för sitt privatliv så måste hänsyn tas till alla de sociala och kulturella band en person kan ha till ett samhälle.¹⁴¹ Europadomstolen, och den svenska Migrationsöverdomstolen, har här sagt att den sammanlagda tid som en person har vistats i ett land får betydelse på så vis att en lång vistelsetid kan innebära att personen har skaffat starka band till landet. Det ska vid denna bedömning inte spela någon roll om personen vistats i landet utan tillstånd.¹⁴² Europakonventionens artikel 8 innebär inte i sig någon absolut rätt att få stanna i ett land, men för att en utvisning ska anses acceptabel krävs att en utvisning framstår som proportionerlig.¹⁴³

¹³⁹ Prop. 2013/14:216, s. 20.

¹⁴⁰ Prop. 2013/14:21,6 s. 19.

¹⁴¹ Se kap. 2.2.1.2.

¹⁴² MIG 2012:13.

¹⁴³ Se Osman mot Danmark, nr. 3805/09, den 14 juni 2011.

Lagstiftaren ville inte vara allt för specifik kring vad som skulle räcka till uppehållstillstånd utan poängterade istället att eftersom det är omständigheterna i det enskilda fallet som ska ligga till grund för bedömningen, kan det inte anses lämpligt att ange en metod eller på annat sätt mer detaljerat reglera hur bedömningen med beaktande av barnets bästa närmare bör göras.¹⁴⁴ Det lyftes dock tydligt fram att vid den samlade bedömningen kring hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation i hemlandet som ska göras så kan även vistelsetiden i sig vara en omständighet som kan komma att beaktas när det gäller barnets anpassning till Sverige.¹⁴⁵ Däremot gäller alltså att barnets bästa inte ges en så långtgående innebörd att det blir ett eget kriterium för uppehållstillstånd. Regeringen anförde i förarbetet till ändringen att det inte är lämpligt att närmre reglera hur överväganden ska gå till, då det skulle äventyra möjligheten för att fler barn ska omfattas av bestämmelsen. Regleringen har därför utformats flexibelt för att vara hållbart över tid och för att möjliggöra en bedömning av omständigheterna i varje enskilt fall.¹⁴⁶

4.4 Migrationsöverdomstolens avgörande

Som ovan nämnts saknades det en uttalad metod och detaljerad reglering kring hur den nya lagen skulle tillämpas. Därför var Migrationsöverdomstolens första dom, MIG 2015:4, efterlängtd. Domen, som avgjordes den 23 februari 2015, skulle ge mer vägledning i hur bedömningen faktiskt skulle göras. Nedan presenteras först det aktuella ärendet i Migrationsdomstolen och därefter Migrationsöverdomstolens avgörande efter att det överklagats.

Migrationsdomstolen

Ärendet gällde en familj som bott i Sverige med uppehållsrätt sedan 2009. År 2013 ifrågasattes mannens pass och uppehållsrätten drogs in. Familjen ville stanna i Sverige bl.a. för att den trettonåriga dottern varit här så länge, pratade svenska bättre än hemspråket och saknade anknytning i hemlandet. Migrationsdomstolen upphävde i dom Migrationsverkets beslut och beviljade familjen permanenta uppehållstillstånd. Domstolen anförde som skäl till domslutet bland annat att flickan snart var tretton och därmed kommit att vistas i Sverige under en tidsperiod i livet då tillvaron utanför familjen börjar få betydelse.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Prop. 2013/14:216, s. 16 f.

¹⁴⁵ Prop. 2013/14:216, s. 20.

¹⁴⁶ Prop. 2013/14:216, s. 21.

¹⁴⁷ UM 6892-13, meddelad den 18 december 2013.

I sin överklagan av Migrationsdomstolens dom angav Migrationsverket bland annat att Migrationsdomstolens ställningstagande skulle innebära att det i ett mycket stort antal fall skulle strida mot Europakonventionen att utvisa barn till hemlandet tillsammans med sina föräldrar efter en flerårig vistelse i Sverige, särskilt om vistelsen till skillnad från i nu aktuellt mål varit legal.

Migrationsöverdomstolen

Migrationsöverdomstolen ställde sig frågande till om flickans anpassning till Sverige är sådan att det ensamt bör berättiga henne till uppehållstillstånd med stöd av 5 kap. 6 § UtlL. Domstolen ansåg att flickan hade uppnått viss anpassning till Sverige och att de sex år hon tillbringat i Sverige är en förhållandevis lång tid. Flickan hade lärt sig svenska, gått i svensk skola och fått vänner i Sverige. Vidare konstaterade domstolen att flickan varit på besök i sitt hemland 2011 och 2012 som därmed inte kan framstå som helt främmande för henne.

Migrationsöverdomstolen refererade till regeringens exempel på särskilt ömmande omständigheter; att barn som förlorar sitt nätverk skulle kunna skadas allvarligt i sin psykosociala utveckling. Men domstolen hänvisade även till tidigare domar om vistelsetid och kom fram till att flickans situation inte kan ses som särskilt ömmande. Enligt domstolen kan det inte allvarligt skada ett barns psykosociala utveckling att följa med sina föräldrar till hemlandet. Det verkar således som att domstolen lagt större vikt vid tidigare avgöranden än förarbetet till lagändringen.

Som tidigare nämnt ska den sammanlagda tid som en person har vistats i landet få betydelse vid en bedömning av om en person har anknytning till landet eller inte, oavsett om vistelsen är illegal eller legal. Att vistelsetid är illegal får först vägas in vid den proportionalitetsbedömning som måste ske enligt artikel 8 Europakonventionen. I domen lägger dock Migrationsöverdomstolen stor vikt vid att familjen befunnit sig i Sverige utan tillstånd. Domstolen påpekar kortfattat att även om familjen genom sin vistelsetid i Sverige skulle anses ha etablerat ett sådant privatliv som skyddas av artikel 8 i Europakonventionen kan utvisningen av dem inte heller anses vara oproportionerligt enligt nämnda artikel. Varför den inte kan anses vara oproportionerlig kommenteras inte av domstolen.

I förarbeten inför lagändringen betonades att ett barns bristande möjligheter

att påverka sin egen situation och vistelse i Sverige skulle beaktas.¹⁴⁸ Barn kan sällan själva bestämma om de stannar i ett land utan tillstånd eller ej, utan det beslutet fattas ofta av barnets föräldrar. Migrationsöverdomstolen uttalade dock att det faktumet hela hennes vistelse i Sverige varit illegal också måste beaktas trots att hon som underårig inte haft möjlighet att påverka detta förhållande. Trots att det framgår av lagens förarbeten att barns hela vistelsetid ska vägas in bedömde Migrationsöverdomstolen vistelsetiden med hjälp av äldre praxis.

Sammanfattningsvis ansåg inte Migrationsöverdomstolen att flickans anpassning, av vad som framkommit i utredningen, var av sådan styrka att det förelåg sådana särskilt ömmande omständigheter som avses i 5 kap. 6 § UtL.

4.5 Migrationsdomstolarnas avgöranden

Som påpekats i kapitel 1.4 har även domar från Migrationsdomstolarna som avgjorts efter MIG 2015:4 studerats i utredningen. De har varit av intresse för att se hur Migrationsdomstolarna ställer sig till Migrationsöverdomstolens avgörande och på så sätt vidare utreda rättsläget.

4.5.1 UM 8516-14 och UM 8518-14

Den 27 februari 2015 beviljade Migrationsdomstolen i Göteborg en familj uppehållstillstånd i Sverige. Ett par från Azerbajdzjan ansökte om asyl i Sverige 2008, innan deras första barn föddes. Efter att de fått ett avvísingsbeslut vistades de illegalt i Sverige. Familjen hade vid avgörandets tidpunkt vistats i Sverige i drygt sex år varav mindre än två år utgjorde legal vistelse. I avgörandet konstaterar domstolen att barn får beviljas uppehållstillstånd om omständigheterna är särskilt ömmande och att formuleringen innebär att det inte ställs lika höga krav för att barn ska få uppehållstillstånd som för vuxna. Domstolen ansåg att barnen anpassat sig till Sverige på ett sådant sätt att de ansågs ha en mycket stark anknytning till landet. Vidare ansågs deras anknytning till Azerbajdzjan vara svag, särskilt mot bakgrund av att de aldrig vistats där. Barnen fick således uppehållstillstånd och föräldrarna fick uppehållstillstånd med hänvisning till principen om familjens enhet.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Prop. 2013/14:216, s. 20.

¹⁴⁹ Principen om familjens enhet härstammar bl.a. från skyddsgrundsdirektivet. Principen innebär att familjen till en skyddsbehövande så långt som möjligt ska hållas samman. Se vidare SOU 2006:6, s. 22f.

Efter att Migrationsdomstolen gjort bedömningen att familjen inte har rätt till uppehållstillstånd av någon av de primära grunderna för uppehållstillstånd går man vidare till en bedömning av bestämmelsen i 5 kap. 6 § UtlL. Domstolen konstaterar att familjen befunnit sig i Sverige i drygt sex år, samt att det särskilt ur ett barnperspektiv anses vara en betydande tidsperiod. Domstolen ansåg vidare att det faktum att en betydande del av vistelsen varit illegal har sin grund i det val föräldrarna gjort och att barnen inte haft någon inflytelse över föräldrarnas val. Domstolen konstaterar vidare att barnen under den tid de vistats i Sverige lärt sig det svenska språket och etablerat relationer med såväl vuxna som barn. Domstolen bekräftar att lagändringen till särskilt ömmande omständigheter innebär att barnrättsperspektivet lyfts fram ytterligare och att det klargjorts att frågan om uppehållstillstånd ska bedömas annorlunda när det gäller barn. Vid en sammantagen bedömning ansåg Migrationsdomstolen således att med hänsyn till barnens hälsa och utveckling samt bästa i övrigt att det förelåg sådana särskilt ömmande omständigheter som avses i 5 kap. 6 § UtlL.

4.5.2 UM 3899-15

I en dom från Migrationsdomstolen i Stockholm från den 7 oktober 2015 beviljades en familj uppehållstillstånd i Sverige med hänsyn till den 13 åriga dotterns anpassning efter 6,5 år i landet. Föräldrarna kom från Libanon respektive Brasilien och varken Migrationsverket eller Migrationsdomstolen ansåg att de gjort sannolikt skyddsskäl mot något av länderna. Domstolen bedömde att flickan sammantaget anpassat sig väl till svenska förhållanden och att hon etablerat ett privatliv i Sverige. Domstolen ansåg vidare att en utvisning skulle vara oproportionerlig enligt artikel 8 Europakonventionen, även med beaktande av att en stor del av hennes vistelse i Sverige var illegal. Föräldrarna beviljades permanenta uppehållstillstånd med hänsyn till principen om familjens enhet.

4.5.3 UM 2231-15

Såsom i ovan nämnda fall ansåg inte Migrationsdomstolen i Stockholm i ett avgörande från den 2 september 2015 att föräldrarna i en familj från Libanon hade tillräckliga skäl för uppehållstillstånd. Familjen kom till Sverige 2010 och de två sönerna i familjen var då 11 respektive 6 år. Angående bedömningen om barnens anpassning till Sverige konstaterade domstolen att barnen gått i skolan, pratar svenska, har kamrater i Sverige samt är engagerade i fritidsaktiviteter. Barnen hade kusiner och släktingar

kvar i hemlandet. Enligt Migrationsdomstolen var barnens vistelsetid på fem år inte en försumbar tidsrymd, särskilt med beaktande av att pojkarna vistats i Sverige under en period av deras liv då de utvecklas mycket. Sammantaget ansåg Migrationsdomstolen att pojkarna anpassat sig mycket väl till svenska förhållanden och att de etablerat ett privatliv i Sverige. Domstolen ansåg att pojkarnas anknytning till hemlandet, trots de släktingar som fanns där, inte kunde anses vara särskilt stark.

Migrationsdomstolen hänvisade i domen till Migrationsöverdomstolens avgörande, MIG 2015:4, om att det generellt sett inte kan anses negativt för barn att återvända till sitt hemland med sina föräldrar. Därefter konstaterar domstolen att en utvisning av barnen till Libanon ändock skulle anses vara oproportionerlig enligt artikel 8 i Europakonventionen. Domstolen fann att pojkarnas rätt till privatliv övervägde statens intresse av att reglera invandring. Domstolen ansåg slutligen att det vid en samlad bedömning av omständigheterna i fallet, samt med beaktande av barnets bästa, att pojkarna skulle beviljas permanent uppehållstillstånd eftersom det förelåg sådana särskilt ömmande omständigheter som avses i 5 kap. 6 § UtlL. Med hänvisning till principen om familjens enhet beviljades även föräldrarna permanenta uppehållstillstånd.

4.6 En ny lag i antågande

Regeringen planerar att införa en tidsbegränsad lag för att begränsa möjligheten till uppehållstillstånd enligt utlänningslagen i vissa fall. Lagen föreslås gälla i tre år. Enligt regeringens utkast till lagrådsremiss är en av de föreslagna begränsningarna att uppehållstillstånd inte ska beviljas enligt bestämmelsen om synnerligen eller särskilt ömmande omständigheter. Uppehållstillstånd ska istället, om det inte kan ges på någon annan grund, beviljas om ett beslut att neka uppehållstillstånd skulle strida mot Sveriges internationella åtaganden.¹⁵⁰ De nya lagbestämmelserna föreslås träda i kraft den 31 maj 2016.¹⁵¹

Vid bedömningen av Sveriges internationella åtaganden menar regeringen att man måste beakta hur dessa åtaganden tolkats av berörda internationella och nationella domstolar. Regeringen hänvisar sedan till bl.a. MIG 2012:13 och MIG 2015:4 angående vistelsetid i Sverige. Avsikten med den ändrade regleringen är att begränsa möjligheterna att få uppehållstillstånd även för

¹⁵⁰ Justitiedepartementet, Begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (utkast till lagrådsremiss), s. 35.

¹⁵¹ Justitiedepartementet, Begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (utkast till lagrådsremiss), s. 38.

barn. Då portalbestämmelsen i 1 kap. 10 § UtL om barnets bästa fortfarande ska beaktas innebär enligt regeringen att det inte finns behov av en särreglering avseende barn i den nya bestämmelsen. Barns behov ska därmed som tidigare särskilt beaktas, även enligt den nya regleringen.¹⁵² Remissen gör ingen närmre analys av vilka internationella åtaganden som kan komma ifråga.

¹⁵² Justitiedepartementet, Begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (utkast till lagrådsremiss), s. 36.

5 Analys och slutsats

Uppsatsens syfte var att utreda hur lagändringen 2014 till särskilt ömmande omständigheter påverkat rättsläget ur ett barnrättsperspektiv. Jag avsåg att undersöka om lagändringar på området har förstärkt barnrättsperspektivet eller inte. För att besvara frågeställningarna inleddes uppsatsen med en utredning av barnrättsperspektivets innebörd. Därefter har barnrättsperspektivet genomgående applicerats på rättstillämpningen av synnerligen och särskilt ömmande omständigheter.

I det avslutande kapitlet avser jag tydliggöra och knyta samman de analyser och slutsatser som delvis presenterats löpande i utredningen. Jag avser även vidareutveckla resonemangen kring frågeställningarna. Det har genom arbetets gång framstått som allt mer tydligt att det migrationsrättsliga området är föränderligt och det har därför varit svårt att bedöma rättsläget. Barnets bästa ska ses som ett öppet koncept vilket är ett problem när rättstillämpningen inte är tillräckligt öppen och flexibel i bedömningen av principen. Denna problematik kan vara en av förklaringarna till att lagändringen 2014 samt Migrationsöverdomstolens avgörande därefter blivit en besvikelse. Analysen som förs nedan är indelade i underrubriker som tillsammans leder fram till en slutsats om att rättsläget är osäkert. Avslutningsvis diskuteras den framtida utvecklingen på området som troligtvis kommer vara än mer osäkert än dagens rättsläge.

5.1 Barnets bästa som ett öppet koncept

Begreppet barnets bästa används i många olika sammanhang, med olika betydelser och funktion. Problematiken handlar inte om ifall barnets bästa är önskvärt eller ej. Få skulle argumentera för att barnets bästa har för stort utrymme. Problematiken ligger snarare i svårigheten att tydligt definiera vad som är barnets bästa. Begreppet kan fylla olika funktioner och beskrivas på olika sätt.

I kapitel 2.4 såg vi att principen om barnets bästa oftast tolkas som ett öppet koncept, vilket kan ses som positivt då det inte begränsar rättstillämparen och gör det möjligt att göra en helhetsbedömning av barnets situation. Ett öppet begrepp är flexibelt och kan anpassas till den enskilda barnets situation. Å andra sidan finns det en risk att principen ses som öppen. En vag princip är svår att rätta sig efter, och den kan vinklas för att bli en täckmantel för önskad utgång. Det är en princip som förväntas leda till att

barn respekteras och skyddas.

Generellt sett verkar inte barnets bästa användas som ett öppet koncept vid tillämpning av utlänningslagen, utan istället följs de riktlinjer som anges i förarbeten och lag. Det är visserligen positivt ur rättssäkerhetssynpunkt, eftersom det främjar likhet inför lagen och förutsebarhet. Å andra sidan går det emot vad som sägs i förarbeten om att en helhetsbedömning ska göras i det enskilda fallet.

5.2 Barnrättsperspektivet svagt i Migrationsöverdomstolens praxis

Av den svenska översättningen av barnkonventionens artikel 3 är avvägningssituationen väldigt svår att läsa ut. Det framstår snarare som att barnets bästa står närmast ohotat som intresse. Barnkonventionens originaltext och de svenska lagförarbetena öppnar dock för en avvägning mellan olika intressen. Den grundläggande avvägningen mellan olika intressen sker i lagstiftningsarbetet genom riksdagens beslut. Som konstaterats i kapitel 2.3.2 måste en avvägning emellertid i sista hand göras i det enskilda ärendet för varje barn som berörs av beslutet. Domstolen kan således göra bedömningen att en familj ska utvisas med motiveringen att det är upprätthållandet av den reglerad invandring väger tyngre än barnets bästa i det enskilda fallet. Men för att den reglerade invandringen ska tillåtas väga tyngre måste Migrationsöverdomstolen motivera detta.

Utöver att Migrationsöverdomstolen har varit mycket återhållsam med att nämna principen om barnets bästa i sina domskäl har domstolen även varit mycket sparsam med att nämna de i förarbetena påtalade aspekterna att ta hänsyn till i barnärenden, vilket diskuterades i bl.a. kapitel 3.5. Domstolen har ej heller påtalat någonting avseende barnets bästa i övrigt. De aspekter som nämnts i de granskade avgörandena är sådana som påtalats i förarbeten, vilket tyder på att barnets bästa i de granskade avgörandena från Migrationsöverdomstolen inte alls setts som ett öppet koncept av domstolen, utan snarare tolkats utifrån lagtext och förarbeten.

Migrationsöverdomstolen är en prejudicerande instans vilken det krävs prövningstillstånd till, varför det är av stort intresse att Migrationsöverdomstolen klart och tydligt motiverar sina domar. Det är även av stor vikt för att verksamma på området ska kunna bilda sig en uppfattning om det rådande rättsläget. Av de granskade ärenden saknas det i stort sett både en noggrann bedömning av barnets bästa och en motiverad

avvägning mellan barnets bästa och den reglerade invandringen.

Trots avslag har inte principen om barnets bästa haft någon inverkan på domstolens beslut. Eftersom Migrationsöverdomstolen domar är prejudicerande blir det förödande om en liten hänsyn tas till barnets bästa i dessa avgöranden, och det riskerar att bli vägledande för de bedömningar som underinstanserna gör avseende de ärenden som rör barnfamiljer. Sedan 1989 har utlänningslagen ändrats tre gånger i syfte att förtydliga barnrättsperspektivet. Det förefaller anmärkningsvärt att Migrationsöverdomstolen inte redogjort närmre för innebörden av barnets bästa i sina domskäl, varken innan lagändringen 2014 eller efter. I de flesta fall nämner domstolen att barnets bästa har beaktats eller att det inte strider mot barnets bästa att utvisa barnet. Då förarbeten på området sedan länge varit tydligt med att barnets bästa ska tolkas utifrån varje enskilt ärende samt att definitionen kan variera beroende på olika barn och olika situationer ställer jag mig helt oförstående till varför domstolen inte lägger vikt på att definiera barnets bästa utifrån barnet i fråga. Om inte Migrationsöverdomstolen definierar eller åtminstone resonerar kring begreppet om barnets bästa utifrån utlänningslagstiftningen kan man fråga sig vems uppgift det är.

I exempelvis MIG 2007:25 berör domstolen inte principen om barnets bästa och dess koppling till 5 kap. 6 § UtlL. Förarbetena förespråkar en restriktiv tolkning och i detta rättsfall blir utfallet att barnets bästa inskränks, även om lagstiftningen även öppnar upp för en mer generös tillämpning när barn är berörda. Om domstolen i ett ärende av detta slag inte tillämpar principen om barnets bästa är det utan tvekan svårt att se när den har en funktion.

Vid beaktande av särskilt ömmande omständigheter ska samtliga omständigheter beaktas, och en sammantagen bedömning ska göras av samtliga omständigheter i ärendet. I de fall som studerats i bedömningen framgår detta dock inte alltid av domskälen. I de övervägande fallen är det endast en omständighet som beaktas, och kan föranleda uppehållstillstånd.

Den övergripande uppfattning som ges av Migrationsöverdomstolens domar är att när principen om barnets bästa aktualiseras används den framförallt i en negerande betydelse. Domskälen formuleras så att det inte strider mot barnets bästa. Domstolen undviker därmed att definiera vad barnets bästa är i det enskilda fallet. Vid bedömningen av om om synnerligen ömmande omständigheter anses föreligga tycks Migrationsöverdomstolen lägga stor vikt vid att bestämmelsen ska vara en undantagsbestämmelse. Synnerligen ömmande omständigheter har således utan tvekan tolkats med betoning på just *synnerligen*.

Det är vidare oklart hur domstolen resonerar kring bedömningsgrunden vistelsetid och anpassning som behandlades i kapitel 3.4.2. I MIG 2007:15 tolkade domstolen genom propositionen 2004/05:170 hur en sökande skulle bedömas om denne hade varit att räkna som barn under större delen av sin vistelsetid i Sverige. Domstolen fastslog att en sökande som vid tillfället för prövningen fyllt 18 år skulle behandlas som vuxen även om denne hade spenderat större delen av sin tid i Sverige som barn. Vistelsetiden behandlades vidare av Migrationsöverdomstolen i MIG 2007:43 där domstolen fastslår att en sökande inte har rätt att tillgodoräkna sig illegal vistelsetid trots att den sökande hade varit barn under delar av den illegala vistelsetiden och då inte kunde anses vara ansvarigt för föräldrars agerande. Domstolen ansåg inte att det var inskränkande av barns rättigheter utan ansåg att en möjlighet för sökanden att upprepa ansökningarna och på så vis få uppehållstillstånd i sig skulle vara skadligt för de sökandes barn. Att barn drabbas på detta sätt av en lucka i lagen är enligt mig märkligt.

5.3 Lagändringen till särskilt ömmande omständigheter

Synnerligen och särskilt ömmande omständigheter är områden inom migrationsrätten där gränserna inte är helt tydliga. Det som föreskrivs i förarbetena verkar till stor del fastslagits i praxis, men de luckor och frågetecken som finns i förarbetena fylls inte ut eller besvaras i praxis enligt mig. Migrationsöverdomstolens domar har blivit normgivande men jag anser inte att de sticker ut tillräckligt. Inte heller ser man tillräckligt mycket resonemang kring barnets bästa.

Ändringen från synnerligen ömmande skäl till särskilt ömmande skäl ter sig vara en illusorisk lagändring. Vid införandet av lagen var det tydligt att ändringen skulle underlätta bedömningarna och möjliggöra att fler barn skulle omfattas av bestämmelsen och beviljas uppehållstillstånd. Det lyftes vidare fram att vid den samlade bedömningen kring hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation hemlandet som ska göras så kan även vistelsetiden i sig vara en omständighet som kan komma att beaktas när det gäller barnets anpassning till Sverige. Den ständiga konflikten mellan rädslan för att skapa en lagstiftning som skulle innebära att ett barn som tillbringat ett visst antal år i Sverige automatiskt skulle anses ha rätt till uppehållstillstånd och viljan att reglera invandringen har kanske aldrig varit tydligare än idag.

Lagstiftaren har således avstått från att ställa upp någon exakt gräns för hur lång tid ett barn ska vistas i Sverige för att ha uppnått en tillräcklig stark anknytning till svenska förhållanden. En av anledningarna var enligt förarbetet risken att skapa en situation där barn utnyttjas, det vill säga att människor skulle skaffa barn för att därigenom beviljas uppehållstillstånd. Det finns alltså ingen bestämmelse om hur länge ett barn ska ha bott i Sverige för att kunna beviljas uppehållstillstånd. Istället ska barnets anknytning till Sverige vara det väsentliga. Med denna vägledning från lagstiftaren har migrationsöverdomstolen kommit fram till att sex års vistelsetid i Sverige där ett barn gått i svensk skola, lärt sig svenska, och fått vänner inte är tillräckligt för att beviljas uppehållstillstånd.

Enligt 1 kap. 10 § ska barnets bästa beaktas vid alla beslut och en utredning av vad som är bäst för barnet ska därmed göras i samband med beslutet. Barnets bästa ska sedan vägas mot andra intressen, vilket i migrationsrätten främst är den reglerade invandringen. Mot bakgrund av bestämmelsen om särskilt ömmande omständigheter, som ska tydliggöra barnets rättigheter och göra att fler barn ska få stanna, lyser intresset av att reglera invandringen klarare och starkare än någonsin.

Vid en sammantagen bedömning av ändringarna av utlänningslagen i jämförelse med den gamla bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter för barn kan man konstatera att skillnaden i teorin är obetydlig. Förändringarna framstår mest som ett förtydligande av den äldre bestämmelsen och uttalandena om att fler barn skulle få stanna handlade kanske mer om falsk marknadsföring i samband med ett antågande riksdagsval. Men även om den teoretiska aspekten av lagändringen var något av en besvikelse hade Migrationsöverdomstolen en chans att förändra gällande rätt i praktiken. Lagändringen innebar åtminstone ett förtydligande om att barnets bästa ska vara avgörande vid beslut enligt utlänningslagen, samt att barns skäl inte behöver väga lika tungt som vuxna individers skäl. Förtydligandet skulle kunna utgöra en påminnelse för beslutsfattarna att sätta barnets bästa i främsta rummet. Så blev dock inte fallet.

5.4 Migrationsöverdomstolens avgörande saknar vägledning

En trettonårig flicka som bott i Sverige sedan hon var sex år gammal räckte inte enligt domstol för att få uppehållstillstånd på grund av särskilt ömmande omständigheter relaterade till vistelsetid i landet. I Departementsskrivelsen poängteras att det alltid måste vara frågan om en

individuell bedömning och att det inte går att fastställa generellt hur lång vistelsetid som ska utgöra särskilt ömmande omständigheter, men då den uttryckliga önskan från lagstiftaren var att fler barn skulle få stanna kan det anses märkligt att en trettonåring halva liv inte ska vara tillräckligt lång vistelsetid.

MIG 2015:4 var den första domen från Migrationsöverdomstolen efter lagändringen till särskilt ömmande omständigheter. Med detta i åtanke är det en besvikelse att beslutsmotiveringen är så pass kort. Migrationsöverdomstolen redogör visserligen för barnets bästa och innebörden av rätten till skydd för sitt privatliv, men det framgår inte hur domstolen applicerat rättigheterna på fallet. Att Migrationsdomstolen i den första domen efter en ny lagstiftning inte redogör för sina avvägningar ger inte underinstanserna någon hjälp i hur de ska resonera kring barnets bästa i förhållande till den nya lagstiftningen.

Flickan har tillbringat nästan halva sitt liv här, lärt sig svenska, gått i svensk skola, fått vänner. Med beaktande av europakonventionen borde domstolen gjort en proportionalitetsbedömning, om det är proportionerligt att utvisa flickan trots anknytningen till Sverige. Domstolen konstaterar dock endast att det inte kan anses vara oproportionerligt, men det finns i domen inte något resonemang kring hur man kommit fram till det. Således har domstolen endast nämnt att man tagit hänsyn till barnets bästa och Europakonventionen utan att vidare förklara hur man resonerat kring det.

Migrationsöverdomstolen lägger stor vikt vid att familjen befunnit sig i Sverige utan tillstånd. Familjen hade visserligen haft tillstånd, men de var utfärdade på vad domstolen bedömer som felaktiga uppgifter. Som tidigare nämnts ska den sammanlagda tid som en person har vistats i landet få betydelse, oavsett om vistelsetiden varit legal eller illegal. En illegal vistelsetid ska först vägas in vid den proportionalitetsbedömning som ska ske enligt artikel 8, den proportionalitetsbedömning som domstolen inte redogjort för.

Migrationsöverdomstolens dom verkar innebära att endast anpassning till Sverige inte räcker för att beviljas uppehållstillstånd på grund av särskilt ömmande omständigheter, det verkar krävas något mer. I annat fall är det oklart vad det är som gör att Migrationsöverdomstolen inte anser att det i målet aktuella barnets anpassning till Sverige är tillräcklig. Att detta inte är tydligt riskerar att ställa till problem för underinstanserna när de ska tillämpa lagstiftningen.

I sin överklagan av Migrationsdomstolens dom, där flickan beviljades

uppehållstillstånd, angav Migrationsverket bland annat att ”Migrationsdomstolens ställningstagande skulle innebära att det i ett mycket stort antal fall skulle strida mot Europakonventionen att utvisa barn till hemlandet tillsammans med sina föräldrar efter en flerårig vistelse i Sverige, särskilt om vistelsen till skillnad från i nu aktuellt mål varit legal”. Det är dock inte upp till Migrationsverket, eller Migrationsdomstolen, att göra bedömningar utifrån vilka generella konsekvenser det skulle få att tillämpa lagstiftningen på ett visst sätt. Myndigheter ska tillämpa existerande lagstiftning i det enskilda fallet. Avväganden av annat slag är upp till lagstiftaren, folkvalda politiker, att göra. Och i det här fallet har lagstiftaren som sagt varit tydlig med att en av anledningarna till ändringen från synnerligen ömmande omständigheter till särskilt ömmande omständigheter var att fler barn skulle omfattas av bestämmelsen.

Jag har såldes svårt att förstå varför domstolen kommit med en så dåligt motiverad dom. Det är vidare svårt att se hur avgörandet går ihop med vad som var anledningarna bakom lagändringen. Migrationsöverdomstolens bristande vägledning visar sig tydligt i de efterkommande domarna från Migrationsdomstolarna, vilka samtliga beviljade uppehållstillstånd på grund av särskilt ömmande omständigheter i de presenterade ärendena. Domarna från Migrationsdomstolarna pekar snarare på en generösare bedömning, vilket gör rättsläget än mer oklart.

5.5 Ett osäkert rättsläge

Lagstiftaren menade att fler barn skulle få möjlighet att stanna i Sverige. Det första avgörandet från Migrationsöverdomstolen tyder på att så inte blev fallet. Fler barn ska få stanna i Sverige, lovade politikerna och ändrade lagen. Den första domen efter ändringen tyder på att så inte blev fallet. Bestämmelsen kring uppehållstillstånd har ändrats flera gånger på kort tid. Rättsläget har därför kommit att präglas av turbulens och oförutsebarhet. Det är tydligt att politiken spelat en stor roll på området. Att lagändringen 2014 tillkom inför ett riksdagsval förstärker min slutsats om att särskilt ömmande omständigheter endast var en illusorisk lagändring.

Besvikelsen över Migrationsöverdomstolens otydliga och dåligt motiverade dom från 2015 kan dock ha sina förklaringar. Rättens funktion är att skapa stabilitet och hålla sig stabil i ett rättsläge som är politiskt gungande. En möjlig förklaring kan även vara att Migrationsöverdomstolen är kritisk till lagändringen och anser att ytterligare förtydliganden behövs från lagstiftaren. Oavsett förklaring kvarstår det faktum att rättsläget förblir osäkert då varken lagstiftaren eller rättstillämparen tydliggör

barnrättsperspektivet. Sammanfattningsvis har lagstiftaren har lämnat åt domstolen att avgöra innebörden av särskilt ömmande omständigheter. Bestämmelsen infördes för att förtydliga principen om barnets bästa, som även det tolkas som ett öppet koncept. Domstolen har således ett stort handlingsutrymme för att applicera ett barnrättsperspektiv på bestämmelsen om särskilt ömmande omständigheter. Barnrättsperspektivets ställning blir dock inte starkare då domstolen allt för sällan utvecklar sina resonemang kring barnets bästa. Lagändringen till särskilt ömmande omständigheter medförde därmed inte en förbättrad situation för barnen utan verkar endast varit en lagändring av rent ytligt förskönande natur.

5.6 En fråga utan svar

Enligt regeringens nyligen utgivna förslag om att begränsa möjligheten för att få uppehållstillstånd i Sverige ska bestämmelsen om synnerligen och särskilt ömmande omständigheter tas bort och ersättas av en bestämmelse som säger att tillstånd kan beviljas om det skulle strida mot internationella konventioner Sverige är bundet till om tillstånd nekades. Det ska i den tillfälliga lagen således inte finnas en särskilt humanitär grund för barn.

Remissen anför att det vid bedömningen av Sveriges internationella åtaganden måste beaktas hur dessa åtaganden har tolkats av internationella och nationella domstolar. Som tidigare nämnt finns det ingen närmre utveckling i remissen om vilka internationella åtaganden som kan komma ifråga. Bestämmelsen om uppehållstillstånd på grund av särskilt ömmande omständigheter saknar en direkt motsvarighet i Sveriges internationella och europeiska förpliktelser. Regleringen tillkom dock med anledning att förtydliga barnrättsperspektivet och principen om barnets bästa, vilka i stort bygger på barnkonventionens bestämmelser och principer. Frågan är då vad den eventuella kommande bestämmelsen som ersätter synnerligen och särskilt ömmande omständigheter kommer innebära, eftersom den stadgar att tillstånd ska beviljas om det skulle stå i strid med internationella förpliktelser om tillstånd nekades. Frågan skulle vässas till ytterligare om barnkonventionen blir svensk lag inom en snar framtid. Jag kan inte se hur barnkonventionen ska bli svensk lag om det inte finns en humanitär grund för uppehållstillstånd för barn.

De mänskliga rättigheter som slås fast i barnkonventionen och andra internationella instrument förpliktigar och skapar skyldigheter för staten gentemot individen. I remissen framstår det som att det inte gjorts någon analys av hur den tillfälliga lagen stämmer överens med ändamålet och syftet i barnkonventionen och andra internationella instrument. Avsikten

med den ändrade regleringen är dock tydlig; att begränsa möjligheterna till uppehållstillstånd även för barn. Det är för mig oförståeligt hur de barn som tidigare fått uppehållstillstånd på grund av bestämmelsen om särskilt ömmande omständigheter inom en snar framtid kanske inte skulle beviljats uppehållstillstånd under samma omständigheter. Förslaget stadgar dock att portalbestämmelsen om barnets bästa fortfarande ska gälla, även vid tillämpning av den tidsbegränsade lagen. Skälet för införandet av regleringen om särskilt ömmande omständigheter var att förtydliga principen och avhjälpa bristen på tillämpning av barnets bästa. Det är högst oklart vad regeringen förutspår för utgång av tillämpningen av den nya tillfälliga lagen. Rättstillämpningen av bestämmelsen var osäker och bristande redan innan, och framtiden ser ännu mörkare ut. En lagändring som uttryckligen skulle möjliggöra att fler barn skulle få stanna i Sverige fick som konstaterat inte avsedd effekt. Kanske kommer inte heller den kommande lagändringen som uttryckligen ska begränsa barns möjlighet att stanna i Sverige få önskad effekt?

Som en motpol till regeringens lagförslag finns möjligheten att Barnkonventionen ska inkorporeras i svensk lag. Vid en konflikt mellan svensk lag och barnkonventionen, enligt dagens system, går svensk lag före. Om barnkonventionen blir svensk lag skulle det vara intressant att se vad effekterna blir. Domstolarna skulle inte kunna undkomma barnkonventionen på samma sätt som de gjort tidigare med hänvisning till att svensk lag går före. Om konventionen blir till svensk lag så blir domstolar och myndigheter tvungna att tillämpa konventionen och kan ställas till svars om så inte sker. I den avvägningen som ska göras mellan barnets bästa och andra intressen så som reglerad invandring kan det få betydelse att konventionen blir till svensk lag. Även om barnets bästa ska tillämpas redan idag så är det möjligt att principen hade fått en tydligare innebörd. Problemet med barnperspektivet och barnets bästa i de granskade avgörandena från Migrationsöverdomstolen och Migrationsdomstolarna har varit att barnets bästa inte utreds och tillämpas som det är tänkt. Hur stora effekterna blir om barnkonventionen blir svensk lag är dock svårt att svara på. Det går således inte att göra en prognos om ifall barnrättsperspektivet blir starkare.

Avslutningsvis vill jag återvända till uppsatsens titel; *När är det tillräckligt ömmande?* Vad som krävs för att ett barns situation ska anses vara tillräckligt ömmande är i nuläget en fråga utan svar och med tanke på regeringens nya lagförslag kanske den aldrig besvaras.

Käll- och litteraturförteckning

Propositioner

Prop. 1988/89:86 - *med förslag till ny utlänningslag m.m.*

Prop. 1989/90:107 - *om godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter.*

Prop. 1996/97:25 - *Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv.*

Prop. 2004/05:170 - *Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden.*

Prop. 2009/10:80 - *En reformerad grundlag.*

Prop. 2009/10:232 - *Strategi för att stärka barns rättigheter i Sverige.*

Prop. 2013/14:216 - *Särskilt ömmande omständigheter.*

Statens offentliga utredningar

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

SOU 2004:74 - *Utlänningslagstiftningen i ett domstolsperspektiv.*

SOU 2006:6 - *Skyddsgrundsdirektivet och svensk rätt.*

SOU 2009:56 - *Den nya migrationsprocessen.*

SOU 2015:71 – *Barns och ungas rätt vid tvångsvård. Förslag till ny LVU.*

SOU 2016:19 - *Barnkonventionen blir svensk lag.*

Utskottsbetänkanden

Socialförsäkringsutskottets betänkande Bet. 2004/05:SfU17 - *Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden.*

Litteratur

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

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

Handbok om Barnkonventionen, 1. uppl., UNICEF Sverige, Stockholm, 2008.

Kilkelly, Ursula, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate, Aldershot, 1999.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Legislative history of the Convention on the Rights of the Child, United Nations, New York, 2007.

Lundberg, Anna, *Principen om barnets bästa i asylprocessen – ett konstruktivt verktyg eller kejsarens nya kläder?*, Malmö Institute for Studies of Migration, Diversity and Welfare (MIM), Malmö, 2009.

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995.

Sandesjö, Håkan, *Barnrättsperspektivet i asylprocessen*, 1. Uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2013.

Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige – En rättsvetenskaplig undersökning*, 2. uppl., Iustus, Uppsala, 2005.

Seidlitz, Madelaine, *Asylrätt - en praktisk introduktion*, Norstedts juridik, Stockholm, 2014.

Wikrén, Gerhard & Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen – med kommentar*, 10. uppl., Norstedt Juridik, Stockholm, 2014.

Tidsskriftsartiklar

McAdam, Jane. *Seeking Asylum under the Convention on the Rights of the Child: A Case for Complementary Protection*, International Journal of Children's Rights 14, 2006, s. 251-74.

Zermatten, Jean, *The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function*, International Journal of Children's Rights 18, 2010, s. 483-499.

FN-dokument

Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 14 om Barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, 29 maj 2013, CRC/C/GC/14.

Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 6 om behandlingen av ensamkommande barn och barn som skilts från föräldrarna utanför ursprungslandet, 1 september 2005, CRC/C/GC/6.

Elektroniska källor

Justitiedepartementet, Begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (utkast till lagrådsremiss), 11 februari 2016,
<http://www.regeringen.se/rattsdokument/departementsserien-och-promemoria/2016/02/begransningar-av-mojligheten-att-fa-uppehallstillstand-i-sverige/> (hämtad 2016-02-17)

Rättsfallsförteckning

Migrationsöverdomstolen

MIG 2007:15

MIG 2007:25

MIG 2007:33 I

MIG 2007:33 II

MIG 2007:35

MIG 2007:43

MIG 2007:48

MIG 2008:3

MIG 2009:8

MIG 2009:9

MIG 2009:31

MIG 2010:6

MIG 2010:23

MIG 2012:13

MIG 2014:9

MIG 2015:4

Migrationsdomstolen i Göteborg

UM 8516-14

UM 8518-14

Migrationsdomstolen i Stockholm

UM 3899-15

UM 2231-15

UM 6892-13

Europadomstolen

X and Y mot Nederländerna, nr. 8979/80, den 26 mars 1985.

Y.F mot Turkiet, nr. 24209/94, den 22 juli 2003.

Bouchelkia mot Frankrike, nr. 23078/93, den 29 januari 1997.

Osman mot Danmark, nr. 38058/09, den 14 juni 2011.

Uner mot Nederländerna, nr 46410/99, den 18 oktober 2006.

Boultif mot Schweiz, nr. 54273/00, den 2 augusti 2001.