JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Petronella Sörensen

Ett barns möjlighet till asyl vid särskilt ömmande omständigheter

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Britta Sjöstedt

Termin: HT 2016

Innehåll

SUMMARY 1

SAMMANFATTNING 3

FÖRKORTNINGAR 5

1 INLEDNING 6

1.1 Introduktion 6

1.2 Syfte 7

1.3 Frågeställning 8

1.4 Avgränsning 8

1.5 Metod och material 9

1.6 Forskningsläge 9

1.7 Uppsatsens disposition 10

2 BARNETS BÄSTA 12

2.1 Principen om barnets bästa i Barnkonvnetionen 13

2.1.1 Barnets bästa i asylprocessen 14

3 UTLÄNNINGSLAGEN 16

3.1 Synnerligen och särskilt ömmande omständigheter 17

3.1.1 Synnerligen ömmande 17
3.1.2 ”Inte samma allvar och tyngd” 17
3.1.3 Lagändringen 2014 – särskilt ömmande 18
3.1.3.1 Hälsotillstånd 19
3.1.3.2 Anpassning till Sverige 19
3.1.3.3 Situationen i hemlandet 21

3.2 Praktisk tillämpning 21

3.2.1 Migrationsöverdomstolens avgörande 21
3.2.2 Migrationsdomstolens avgöranden 23
3.2.2.1 UM 8516-14 och UM 8518-14 23
3.2.2.2 UM 3899-15 24
3.2.2.3 UM 2231-15 25

4 DEN NYA TILLFÄLLIGA LAGEN 2016 26

4.1 Motsättningar 27

4.2 Migrationsverkets beslut 28

5 ANALYS **30**

5.1 Ett öppet koncept **30**

5.2 Förenligheten med principen om barnets bästa **31**

5.3 Den nya tillfälliga lagen **33**

5.4 Slutsats **34**

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING **35**

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING **37**

Summary

The immigration law is a field, which is largely controlled by political interests, and is thereby a field of law that changes often. The possibility for an alien to be granted a residence permit stands against general interests, such as regulation of immigration.

In the year of 2005 the provision of exceptionally distressing circumstances was introduced to Swedish law. The provision aimed to give more people the possibility for a residence permit, by assessing all possible circumstances.

The provision changed in the year of 2014. The legislature wanted to enhance the child rights perspective by changing the law so that the child's circumstances only needed to be "particularly distressing". The idea behind the change was to make sure that more children would fall under the provision and to simplify for the court to apply the provision in accordance with the principle of the best interests of the child. Here, the question may arise to whether the principle, together with the provision of particularly disserting circumstances, really did contribute to more children being granted residence permits.

The purpose of the thesis is to investigate if the child rights perspective has gotten a larger meaning in asylum cases, and if the legislative change achieved the desired effect. Furthermore the aim is to clarify the legislative change that happened in 2016, which turns the purpose of the 2014 legislative change, upside down. In the 2016 change, we can see how the society's interests to regulate immigration overtrump the alien's interest of protection.

The study demonstrates that the 2014 legislative change did not achieve the desired effect, an example of that is the case MIG 2015:4 that is covered in

this thesis. Furthermore might be mentioned that 2016 legislative change could be considered hard to apply and its' compatibility with the Childs right convention can be questioned. By statements of, for example, the Red Cross, the thesis results show that the law was overhasty. In reality the legislative change of 2016, means that Sweden closes it's doors to people in need, which stands in contradiction to the 2014 change, which had the purpose to open them.

Sammanfattning

Migrationsrätten är ett område som till stor del är styrt av politiska intressen, och är därmed ett rättsområde som förändras ofta. Möjligheten för en asylsökande att beviljas uppehållstillstånd ställs mot samhällets intressen av reglering av invandring. Bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter infördes i svensk lag år 2005. Den åsyftade att ge fler människor möjligheten till asyl, genom att pröva alla tänkbara omständigheter.

År 2014 förändrades bestämmelsen, lagstiftaren ville lyfta fram barnrättsperspektivet genom att barnets omständigheter enbart behövde vara ”särskilt ömmande”. Tanken var att fler barn nu skulle omfattas av bestämmelsen, och förenkla för rätten att tillämpa den i enlighet med barnets bästa. Frågan kan dock uppstå huruvida principen i samband med bestämmelsen om särskilt ömmande omständigheter, verkligen bidragit till att fler barn beviljats uppehållstillstånd.

Syftet med uppsatsen är att utreda huruvida barnrättsperspektivet fått större betydelse i asylärenden, och om lagändringen fått den önskade effekten. Vidare är syftet även att belysa lagändringen som skedde 2016, som vänder upp och ner på syftet med 2014 års ändring. I 2016 års ändring ser vi hur samhällets intressen får större utrymme, dvs. intresset av att reglera invandringen kan tyckas ha övertrumfat den asylsökandes intresse av skydd.

Utredningen visar att 2014 års ändring knappast fått det genomslag som var tänkt, exempel på detta är rättsfallet MIG 2015:4 som behandlas i uppsatsen. Vidare kan nämnas att 2016 års lagändring kan anses svår att tillämpa, och dess förenlighet med Barnkonventionen kan ifrågasättas. Genom remissyttranden från bl.a. Röda korset, visar uppsatsens resultat på att lagen kan ha varit framhastad. I verkligheten innebär lagändringen att Sverige

stänger sina dörrar för människor i nöd, vilket står i kontradiktion med 2014 års ändring som hade till syfte att öppna dem.

Förkortningar

Barnkonventionen	FN:s konvention om barnets rättigheter
Barnrättskommittén	FN:s kommitté för barns rättigheter
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna
EU	Europeiska Unionen
Lag om tillfälliga begränsningar	Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige
Prop.	Proposition
Rättighetsstadgan	Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
SOU	Statens offentliga utredningar
UtlL	Utlänningslagen (2005:716)

1 Inledning

1.1 Introduktion

Migrationsrätten är idag omdebatterad, framförallt pga. de stora flyktingströmmarna som inte upplevts på länge. Frågor om hur strömmarna bör hanteras blir därför aktuella både nationellt och internationellt. Resultatet i Sverige blev ett land som skiftar om sin asylpolitiska ställning och stänger sina gränser för folk i nöd.

I utlänningslagen (UtlL) stadgas regler och krav som ska uppfyllas för uppehållstillstånd.[1] Bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter är av undantagskaraktär, och tillämpas i sista hand.[2]. Den kan beskrivas vara en form av säkerhetsåtgärd, för att se till att alla skäl för asyl prövas. Bestämmelsen är dock vag till sin karaktär vilket bidrar till ett otydligt tillämpningsområde.

Bestämmelsen ändrandes 2014, ett barn kunde nu beviljas uppehållstillstånd om det förelåg ”särskilt ömmande omständigheter”.[3] Lagändringen motiverades b.la. med att bestämmelsen på ett bättre sätt skulle tillgodose principen om barnets bästa, kraven skulle inte vara lika högt ställda för barn. Syftet var främst att lyfta barnrättsperspektivet i asylbedömningen, samt se till att fler barn skulle omfattas av bestämmelsen.[4]

Det kan dock ifrågasättas om ändringen fick önskad effekt. I MIG 2015:4 avslogs ett barns ansökan om asyl. Barnet hade vistats i Sverige i omkring 5 år, en tidsperiod som löpte över halva barnets liv, men det ansågs inte vara ”särskilt ömmande”. Domen öppnar upp för fler frågor då domstolen väldigt

[1] Utlänningslag (2005:716).
[2] 5 kap. 6§ Utlänningslagen.
[3] 5 kap. 6§ 2st Utlänningslagen.
[4] Prop. 2013/14:216. Särskilt ömmande omständigheter [i fortsättningen Prop. 2013/14:216], s. 18f och 5 kap 6§ 2st UtlL.

vagt motiverade proportionalitetsbedömningen, och en avvägning av barnets bästa saknas.[5]

År 2016 tillkom en ny ändring på området som innebär tillkomsten av en tillfällig lag om begränsning av uppehållstillstånd, med syftet att minska invandringen till Sverige.[6] Lagstiftaren anpassade lagen efter minimikravet som ställs upp av EU. Ändringen vänder i princip upp och ner på syftet med 2014 års lagändring. Lagstiftaren har stramat åt migrationsrätten och minskat möjligheten för människor på flykt att få uppehållstillstånd i Sverige. I remissyttranden till utkastet av lagförslaget ställde sig b.la. förvaltningsrätten i Stockholm, Barnombudsmannen och Röda korset emot den nya lagen. Till här hör att lagen arbetades fram i all hast och kan stå i strid med Barnkonventionen.[7]

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att utreda hur lagändringen 2014, samt lagändringen 2016 gällande bestämmelsen om ”synnerligen – och särskilt ömmande omständigheter”, förhåller sig till principen om barnets bästa. Principen härstammar ur bl.a. Barnkonventionen och återfinns i utlänningslagens portalparagraf. Uppsatsen avser vidare att utreda om principen har fått det genomslag i den praktiska tillämpningen som lagstiftaren avsett. Syftet är således att belysa de båda ändringarna med utgångspunkt ur ett barnrättsperspektiv och försöka redogöra för lagstiftarens motivering till ett skifte av den asylpolitik som tidigare har förts.

[5] MIG 2015:4.
[6] Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.
[7] Svenska Röda Korsets yttrande över utkastet till lagrådsremiss Begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, s. 17 och Utkast till lagrådsremiss, Begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, ställd av Justitiedepartementet, Dnr 3:9:00095/16 och Förvaltningsrätten i Stockholm, remissyttrande, Utkast till lagrådsremissen, Begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, Dnr FST2016/64, s .4.

1.3 Frågeställning

- Hur har barnets möjligheter till uppehållstillstånd sett ut efter lagändringen 2014, och hur påverkas denna rätt av den nya lagen om tillfälliga begränsningar i möjligheten till uppehållstillstånd, som tillkom 2016?
- Hur påverkar ovannämnda lagändringar förenligheten med principen om barnets bästa?

1.4 Avgränsning

Arbetet är begränsat till att omfatta bestämmelsen om synnerligen och särskilt ömmande omständigheter. Bestämmelsen är av undantagskaraktär, för att betona detta kommer uppsatsen kortfattat redogöra för de andra skyddsbehoven. De övriga uppehållstillståndsgrunderna som finns i svensk rätt, kommer inte beröras. Uppsatsen är vidare begränsad till att behandla barn som söker asyl tillsammans med sin familj, ensamkommande barn omfattas därmed inte.

För att kunna redogöra för principen om barnets bästa används främst nationella källor, men även internationella källor såsom FN:s barnkonvention och Europakonventionen har använts.

Fokus kommer finnas på nationella avgöranden och beslut, med undantag för något enstaka internationellt rättsfall från Europadomstolen. Vidare bör nämnas att den nya tillfälliga lagen trädde ikraft 2016, och har ännu ej fått några prejudicerande avgöranden. Uppsatsen är i denna del därför begränsad till beslut från Migrationsverket. Enbart beslut av beviljande karaktär kommer att beröras, detta pga. att de flesta barn som ansöker om asyl yrkar på uppehållstillstånd enligt särskilt ömmande omständigheter, då denna bestämmelse ofta ses som en sista möjlighet till beviljande. Migrationsverkets beslut om avvisning anses därför inte vara relevant för utredningen.

1.5 Metod och material

En rättsdogmatisk metod har tillämpats för att utreda rättsläget för bestämmelsen om synnerligen och särskilt ömmande omständigheter i samband med principen om barnets bästa. Metoden innebär fastställelse och tolkning av rättsregler genom att studera de erkända rättskällorna: författningstext, förarbeten, rättspraxis och doktrin.[8] Internationellt material har även använts enligt rättskälleläran. Uppsatsen har angripits från ett kritiskt perspektiv och ett rättsutvecklingsperspektiv.

Material som finns att tillgå på området är aningen begränsat. Litteratur som behandlar bestämmelsen om synnerligen och särskilt ömmande omständigheter är ofta skriven i syfte att redogöra för hela migrationsrätten, inte huvudsakligen denna bestämmelse. Med anledning av detta bygger uppsatsen till stor del av förarbeten och rättspraxis som finns på området. Förarbeten har använts för att dra slutsatser kring hur lagstiftaren motiverat de olika lagändringarna. Praxis som är relevant på området har använts för att analysera bestämmelsens tillämpningsområde och utreda om lagstiftarens syfte och vilja med ändringarna fått den önskade effekten.

Samtligt material anses av författaren till denna uppsats vara relevant för att uppnå syftet och besvara uppsatsens frågeställning.

1.6 Forskningsläge

I centrum för uppsatsen står möjligheten till uppehållstillstånd för barn enligt synnerligen och särskilt ömmande omständigheter. Bestämmelsen är omdiskuterad, om inte just för att den har ett väldigt oklart tillämpningsområde.

[8] Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red), Juridisk metodlära, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 21f.

År 2012 skrev. Rebecca Stern *”Hur bedöms ett skyddsbehov? Om gränsdragning, konsekvens och förutsägbarhet i svensk asylpraxis”*- en artikel för svensk juristtidning. Sterns mening är att bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter har ett alltför opreciserat tillämpningsområde, vilket kan leda till att lika fall behandlas olika.[9]

I en asylbedömning gällande barn, ska principen om barnets bästa beaktas. Johanna Schiratzki skrev boken ”*Barnrättsperspektivet i ett mångkulturellt Sverige*”, som utkom 2005. I boken betonas problematiken kring hur lite plats principen om barnets bästa får i asylbedömningar. Anna Lundberg delar, i sin bok ”*Principen om barnets bästa i asylprocessen – ett konstruktivt verktyg eller kejsarens nya kläder?*” i flera hänseenden Schiratzki och Sterns mening om hur barnets bästa och bestämmelsen i 5 kap 6§ bidrar till ett otydligt tillämpningsområde.

Vad gäller den nya lagen, 2016, har ingen litteratur ännu blivit tillgänglig. Denna uppsats kan bidra med att belysa problematik som kan uppstå med den nya lagen, och redogöra för detta i kontext med ändringen som skedde 2014 samt tydliggöra vad detta betyder för Sverige och svenska konventionsåtagande, såsom förenligheten med Barnkonventionen.

1.7 Uppsatsens disposition

Uppsatsen ska huvudsakligen behandla principen om barnets bästa i asylprocessen, med särskilt beaktande av bestämmelsen om synnerligen och särskilt ömmande omständigheter. Uppsatsen inleds därför med en redogörelse av principen om barnets bästa. Den nyss nämnda principen kommer återfinnas genomgående i uppsatsen, varför den är värd att nämna redan i början.

[9] Stern, Rebecca, Hur bedöms ett skyddsbehov? Om gränsdragning och konsekvens och förutsägbarhet i svensk asylpraxis, SvJT 2012, s. 298.

Vidare kommer en översiktlig redogörelse ske av de olika skälen för uppehållstillstånd som skyddsbehövande, detta för att belysa att bestämmelsen om synnerligen och särskilt ömmande omständigheter är en undantagsbestämmelse. Därefter kommer uppsatsen behandla bestämmelsen om synnerligen och särskilt ömmande omständigheter, med fokus på hur den såg ut efter lagändringen 2014. En redogörelse för hur relevant praxis på området såg ut efter ändringen kommer sedan att ske, för att visa hur lagändringen påverkat tillämpningen av bestämmelsen.

I kapitel fyra behandlas tillkomsten av den nya tillfälliga lagen om begränsning av uppehållstillstånd, 2016. I brist på prejudikat från domstolarna gällande beslut tagna efter denna tillkomst, kommer myndighetsbeslut från Migrationsverket redogöras för.

I det femte och sista kapitlet återfinns en sammanfattande analys med ett försök till att besvara frågeställningarna.

2 Barnets bästa

I FN:s konvention om barnets bästa (Barnkonventionen) art 3.1 stadgas principen om barnets bästa. Denna har införlivats i b.la. Utlänningslagens 1 kap 10§.[10]

FN:s Barnkonvention antogs av FN:s generalförsamling 1989, Sverige ratificerade konventionen 1990.[11] Barnkonventionen gäller inte som lag i Sverige, men har transformerats in svensk rätt, vilket innebär att svensk lag anpassats efter Barnkonventionen. Enligt transformationsmetoden krävs det att anpassningen sker kontinuerligt och successivt, då konventionen ska tolkas i ljuset av ändrade samhällsförhållanden och utveckling.[12] Vid olika tillfällen har svensk rätt och praxis undersökts för att utreda om lagen överensstämmer med Barnkonventionen. Exempel på sådana utredningar är SOU 1997:116 och Ds 2011:37. Av utredningarna framgick att lagen överensstämde med konventionen.[13]

Barnkonventionens syfte är att skydda och tillgodose barns rättigheter i alla delar av samhället. Det är den enda konventionen som tillgodoser barn med särskilda rättigheter på en universell nivå.[14]

Barnkonventionen utgår från principer som återfinns i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (Rättighetsstadgan) men även principer som stadgas i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) och andra europeiska rättsakter.[15] Principen om barnets bästa återfinns i Rättighetsstadgans art 24.2, som fastslår att barnets

[10] Utlänningslagen, 1 kap. 10§.
[11] Proposition 1989/90:107, om godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter [i fortsättningen Prop. 1989/90:107] s. 3.
[12] Sandesjö, Håkan, Barnrättsperspektivet i asylprocessen, uppl., 1, Norstedts juridik, Stockholm, 2013, [i fortsättningen, Sandesjö, 2013], s. 35.
[13] Sandesjö, s. 35.
[14] Ibid, s. 33.
[15] Ibid, s. 33.

bästa ska komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn.[16] Rättighetsstadgans bestämmelser gäller för medlemsstaterna enbart när unionsrätten aktualiseras.[17]

I Europaparlamentets och rådets direktiv (Skyddsgrundsdirektivet) anges att det vid en bedömning av innehållet i principen, ska medlemsstaterna särskilt överväga välbefinnande och social utveckling hos barnet, säkerhet och säkerhetsöverväganden, samt beakta barnets åsikt utefter ålder och mognad. [18]

I Europakonventionen stadgas i art 8 att var och en har rätt till skydd för sitt privat – och familjeliv, i detta innefattas både den fysiska såväl som den psykiska integriteten.[19] Bestämmelsen är till för att skydda mot godtyckligt ingripande av offentliga myndigheter. Artikeln är dock inte absolut utan kan inskränkas om det är förenligt med lagstiftningen och om det är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.[20]

2.1 Principen om barnets bästa i Barnkonvnetionen

Barnets bästa kan delas in i tre kategorier, en materiell rättighet, en grundläggande rättslig tolkningsprincip samt ett tillvägagångssätt.[21]

Den materiella rättigheten innebär att barnets bästa ska sättas i främsta rummet när olika intressen vägs mot varandra. Art 3 i Barnkonventionen skapar således en faktisk skyldighet för de anslutna staterna.[22]

[16] EU:s rättighetsstadga, art 24.2.
[17] Sandesjö, 2013, s. 57.
[18] Europaparlamentets och rådets direktiv, 2011/95/EU [i fortsättningen, Skyddsgrundsdirektivet, 2011/95/EU], ingress 18§.
[19] Sandesjö, 2013, s. 54.
[20] Ibid, s. 54.
[21] FN:s Barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 om Barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, 2013, CRC/C/GC/14, [i fortsättningen, Barnrättskommittén CRC/C/GC/14], s. 4.
[22] Barnrättskommittén CRC/C/GC/14, s. 5.

Den grundläggande rättsliga tolkningsprincipen som barnets bästa utgör, innebär att principen är fri att tolkas på de vis den bäst kan tillgodose barnets bästa, den tolkning som är mest verkningsfull ska därmed äga företräde framför andra tolkningar. Ramen för denna tolkning utgörs av konventionens rättigheter.[23]

Barnets bästa som ett tillvägagångssätt, innebär att när ett beslut ska tas i en fråga gällande barn, så ska prövningen innebära en utvärdering av de positiva och negativa effekterna beslutet kan ha på barnet i fråga. Det ska i beslut och dom framgå vilka kriterier som ligger till grund för bedömningen av vad som utgör barnets bästa i fallet ifråga.[24]

2.2 Barnets bästa i asylprocessen

I portalparagrafen 1 kap 10§ UtlL stadgas att barnets bästa ska beaktas i asylärenden. Bestämmelsen infördes i UtlL 1977, och formuleras som ett öppet koncept som ska tolkas med utgångspunkt i en helhetsbedömning.[25] Det öppna konceptet innebär att en bedömning ska stå i överensstämmelse med kulturella och moraliska värderingar.[26]

Enligt Schiratzki finns både för och nackdelar med det öppna konceptet. En fördel är att det leder till flexibilitet, och principen kan tillämpas på det enskilda barnets situation. Nackdelar är att flexibiliteten kan leda till rättsosäkerhet, och olikhet inför lagen.[27]

När begreppet barnets bästa införlivades i UtlL blev principen en faktor som måste beaktas.[28] Enligt Schiratzki kan det dock ifrågasättas om införandet

[23] Ibid, s. 5.
[24] Ibid, s. 5.
[25] Schiratzki, Johanna, Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige – en rättsvetenskaplig utredning, 2. uppl., Iustus, Uppsala, 2005, [i fortsättningen, Schiratzki, 2005], s. 52.
[26] Schiratzki, 2005, s. 52f.
[27] Schiratzki, 2005, s. 53.
[28] 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, s. 32.

av portalparagrafen verkligen fått den önskade effekten.[29] Enligt en utredning från kommittén för översyn av utlänningslagstiftningen blev resultatet att portalparagrafen inte fått eftertraktad effekt, således, beaktas inte principen i den grad den borde.[30]

Rättigheterna som återfinns i Barnkonventionen gäller för barn som söker asyl. Särskild hänsyn ska tas till utsatta och sårbara grupper.[31] I förarbetet till portalparagrafen poängterade lagstiftaren att barn har en särskilt utsatt ställning, och behov som motiverar särbehandling i förhållande till vuxna.[32] Det påpekades även att det finns starka skäl att ta hänsyn till just barn i asylprocessen.[33] Vidare framgick i propositionen att det på utlänningslagens område måste ske en avvägning mellan barnets – och samhällets intressen, såsom, reglering av invandring.[34] Principen om barnets bästa får således inte övertrumfa samhällets behov av att reglera invandringen.[35] Först bör därför bedömas vad som utgör barnets bästa i det enskilda fallet, sedan bör en avvägning ske av barnets bästa och samhällets intressen.[36] Rätten måste därmed visa både att en avvägning skett, samt hur den har skett i det enskilda fallet.[37]

Principen ska även beaktas i förhållande till den tillfälliga lagen från 2016.[38] Barnets bästa ska tillvaratas, men inte till så pass hög grad att det utgör hela skälet för uppehållstillstånd att vara just barn.[39]

[29] Schiratzki, 2005, s. 68f.
[30] SOU 2004:74, Utlänningslagstiftningen ur ett domstolsperspektiv, s. 218.
[31] SOU 1997:116, Barnets bästa i främsta rummet, FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige [i fortsättningen SOU 1997:116] s. 68.
[32] Prop. 1996/97:25. Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv [i fortsättningen Prop. 1996/97:25], s. 244f.
[33] Prop. 1996/97:25 s, 244f.
[34] Ibid, s. 249.
[35] Schiratzki, 2005, s. 68.
[36] SOU 1997:116, s. 36.
[37] Handbok om Barnkonventionen, 2008, s. 49.
[38] Prop. 2015/16:174 s. 51.
[39] Prop. 1996/97:25. s. 247.

3 Utlänningslagen

Utlänningslagen (UtlL) reglerar möjligheten för någon att få uppehållstillstånd i Sverige. Det finns fyra olika grunder för möjligheten till uppehållstillstånd, dessa är, skyddsbehov, anknytning, synnerligen/särskilt ömmande omständigheter, eller studier, arbete och övrig försörjning.[40] Bestämmelsen om synnerligen och särskilt ömmande omständigheter prövas enbart efter att övriga grunder uteslutits.

För att anses ha skyddsbehov, krävs det att personen definieras vara flykting, alternativt skyddsbehövande eller övrigt skyddsbehövande. Flyktingstatus och status som alternativt skyddsbehövande omfattas av EU:s skyddsgrundsdirektiv.[41] På vilka grunder en person kan beviljas uppehållstillstånd genom flyktingstatus regleras på nationell nivå i UtlL. För sådan status krävs välgrundad fruktan för förföljelse pga. de olika förföljningsgrunderna som räknas upp i lagrummet.[42] För att anses vara alternativt skyddsbehövande krävs att det att det finns en grundad anledning att anta att personen vid ett återvändande till hemlandet löper risk att straffas med döden, bli torterad eller utstå annan förnedrande behandling m.m.[43]

Övrigt skyddsbehövande är en status som inte omfattas av skyddsgrundsdirektivet. En person kan beviljas uppehållstillstånd enligt denna bestämmelse pga. yttre eller inre väpnad konflikt, eller pga. andra svåra motsättningar i hemlandet, eller om personen ej kan återvända till hemlandet pga. miljökatastrof.[44] Här bör dock beaktas att den nya, tillfälliga lagen om begränsning av uppehållstillstånd, 2016, hindrar beviljandet av uppehållstillstånd som övrigt skyddsbehövande.[45]

[40] Diesen, Christian, Bevis 8, Prövning av migrationsärenden 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2012, s. 33.
[41] Skyddsgrundsdirektivet, 2011/95/EU.
[42] UtlL, 4 kap 1§.
[43] UtlL, 4 kap 2§.
[44] UtlL, 4 kap 2a§.
[45] Lagen om tillfällig begränsning av möjligheten till uppehållstillstånd, 3§.

3.1 Synnerligen och särskilt ömmande omständigheter

3.1.1 Synnerligen ömmande

Synnerligen ömmande omständigheter utgör en grund för uppehållstillstånd, och ska tillämpas restriktivt och i ”sista hand”.[46] Denna bestämmelse trädde ikraft 2005 och föregicks av s.k. uppehållstillstånd pga., ”humanitära skäl”. Denna bestämmelse ansågs av regeringen vara oprecis. Det var domstolen som skulle definiera bestämmelsen, vilket ledde till viss rättsosäkerhet, då begreppet i bedömningen varierade över tiden. Regeringen ansåg att bestämmelsen ”synnerligen ömmande omständigheter” på ett bättre sätt skulle definiera vilka skäl som ska beaktas.[47]

3.1.2 ”Inte samma allvar och tyngd”

I samband med införandet av synnerligen ömmande omständigheter stadgades i 5 kap 6§ 2st att barns omständigheter inte behövde ha ”samma allvar och tyngd” som vuxnas. Införandet av meningen motiverades med hänsynen till portalparagrafen om principen om barnets bästa, och förtydligade därmed dess vikt.[48] Andra motiveringar var att barnet ska ses som en individ med egna skäl för uppehållstillstånd.[49] Bestämmelsen skulle även för barn vara av undantagskaraktär.[50]

Bedömningen enligt synnerligen ömmande omständigheter ska göras utifrån en samlad bedömning av den asylsökandes situation. Omständigheter som särskilt ska beaktas är den asylsökandes hälsotillstånd, anpassningen till Sverige och situationen i hemlandet.[51] Lagstiftaren betonade att det kunde finnas skäl att låta barnets anpassning till Sverige väga tyngre vid den samlade bedömningen, dock inte så tungt att det utgjorde hela grunden för

[46] Seidlitz, Madeleine, Asylrätt – en praktisk introduktion, uppl., 1, Norstedts juridik, Stockholm, 2014, s. 86.
[47] Prop. 2004/05:170, Ny instans -och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden, [i fortsättningen, Prop. 2004/05:170], s. 184f.
[48] Prop. 2004/05:170, s. 194.
[49] Prop. 1988/89:86 s. 81.
[50] Prop. 2004/05:170 s. 195.
[51] UtlL 5 kap 6§.

uppehållstillståndet. [52] Anpassningen ska ha skett under den legala vistelsetiden, dvs. bara den tid som gått mellan asylansökan och dagen för slutligt beslut. Illegal vistelsetid får dock ingå i beräkningen om föräldrarna har gömt barnet under en tid. Detta innebär att illegal vistelsetid kan räknas in i fall som rör barn.[53]

Vad gäller hälsotillståndet, uttalade lagstiftaren att större hänsyn kan tas till barnets prognos, vårdbehov och psykosociala utveckling. Prognosen behöver således inte vara lika allvarlig som en vuxens.[54]

Lagstiftaren påpekade vidare att syftet var att markera att barnets skäl ska prövas särskilt, och inte enbart som en del av föräldrarnas ärenden, vilket bör framgå i domen.[55]

3.1.3 Lagändringen 2014 – särskilt ömmande

År 2014 ändrades bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter. Istället för att barnens omständigheter inte behövde ha samma allvar och tyngd som vuxnas, skulle barn nu beviljas uppehållstillstånd vid ”särskilt ömmande omständigheter”. Den förra bestämmelsen hade inte fått det genomslag som lagstiftaren åsyftat. Genom ändringen ville regeringen ytterligare precisera hänsynen till barnets bästa.[56]

I propositionen till ändringen uttalade regeringen att begreppet ”särskilt” är en etablerad term i det juridiska språkbruket och skillnaden i förhållandet till begreppet ”synnerligen” är välkänd inom rättstillämpningen. Syftet var således att förtydliga barnrättsperspektivet och se till att omständigheter som

[52] Prop. 2004/05:170 s. 195.
[53] Ibid, s. 191.
[54] Ibid, s. 195
[55] Ibid.
[56] Prop. 2013/14:216, s. 18f, och 5 kap 6§ 2st UtlL.

enligt förra utformningen hade fallit utanför, nu faller inom bestämmelsen, med resultatet att fler barn beviljas uppehållstillstånd.[57]

3.1.3.1 Hälsotillstånd

Vid en prövning av 5 kap 6§, ska en samlad bedömning göras utifrån omständigheterna. Omständigheterna är de samma som innan ändringen, hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situationen i hemlandet.[58] I prövning gällande barn ska särskilt beaktas om barnet har en svårartad sjukdom, och om ett potentiellt uppbrott i behandlingen på ett allvarligt sett skulle kunna skada barnet.

Om barnet har upplevt svåra traumatiska händelser som inte konstituerar skyddsbehov, kan uppehållstillstånd ändå beviljas. Det krävs då att barnet vid ett återvändande till hemlandets miljö kan få påtagligt förvärrade besvär.[59] Vidare kan uppehållstillstånd beviljas barn som råkat ut för en olycka i Sverige, om den innebär att barnet har behov av fortgående vård av inte övergående natur. Ovanstående förutsätter att vård i hemlandet är svårtillgänglig, samt att de positiva effekterna av vården i Sverige skulle avstanna eller upphöra om vården avbryts.[60]

Vidare krävs inte att barnets hälsotillstånd är livshotande i lika hög utsträckning som för vuxna. Faktorer såsom barnets framtida utveckling, hälsa samt vårdmöjligheter i hemlandet, är sådant som övervägs vid bedömningen av om uppehållstillstånd ska beviljas eller inte.[61]

3.1.3.2 Anpassning till Sverige

Anpassningen till Sverige bedöms genom att granska hur lång vistelsetiden varit, men framförallt, hur stark anknytning barnet fått till Sverige under

[57] Prop. 2013/14:216, s. 19.
[58] Ibid, s. 19.
[59] Ibid, s. 20.
[60] Wikrén, Gerhard & Sandesjö, Håkan, Utlänningslagen – med kommentar, 10 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014 [i fortsättningen, Wikrén & Sandesjö, 2014], s. 276.
[61] Prop. 2004/05:170, s. 281.

denna tid.[62] Det finns ingen exakt uttalad gräns för hur lång vistelsetiden ska vara för att anknytning ska ha uppstått. Detta blir istället en bedömningsfråga utifrån barnets bästa i varje enskilt fall – den här delen har således överlämnats till domstolen att avgöra.[63] Vid en sådan bedömning har Migrationsöverdomstolen slagit fast att artikel 8 i Europakonventionen, om rätten till privatliv och familjeliv ska beaktas. Sociala och kulturella band en person kan ha fått i Sverige ska tas hänsyn till vid bedömningen, detta även om personen vistats i landet utan tillstånd.[64] Migrationsöverdomstolen har uttryckt att det är den sökandes sammanlagda vistelsetid som har betydelse för bedömningen, då detta talar för att en stark anknytning kan ha uppstått. Artikel 8, innebär dock ingen absolut rättighet att få stanna i Sverige, utan snarare, att ett beslut om utvisning måste vara proportionerligt i förhållande till anpassningen till det svenska samhället. [65]

Vid bedömningen av ett barns anknytning, kan beaktas om barnet saknar nätverk i hemlandet, och har etablerat ett i Sverige. Vidare ska hänsyn tas till om avsaknaden av nätverk i hemlandet, vid ett återvändande kan innebära en risk för barnets psykosociala utveckling.[66]

Lagstiftaren har även påpekat dess avstånd till den egocentriska syn som innebär att barn, regelmässigt anses ha det bättre i Sverige, oavsett språklig, kulturell och nationell bakgrund. Ett barn som följer med föräldrarna till Sverige, men senare måste återvända till hemlandet, är inget som kan anses skadligt för barnets psykosociala utveckling.[67]

Vid ovanstående bedömning bör beaktas b.la., vistelsetiden i Sverige, barnets psykiska hälsotillstånd, samt i vilken grad återvändandet skulle

[62] Prop. 2013/14:216, s. 20.
[63] Prop. 2004/05:170, s. 280 och MIG 2012:13, den 28 september 2012.
[64] MIG 2012:13
[65] Europadomstolens dom, Osman mot Danmark, nr 3805/09, den 14 juni 2011.
[66] Wikrén & Sandesjö, 2014, s. 276.
[67] Prop. 1996/97:25 s. 249.

kunna skada barnet. Även eventuella upplevelser barnet kan ha haft i hemlandet ska beaktas.[68]

3.1.3.3 Situationen i hemlandet

Utlänningens situation i hemlandet ska beaktas vid en bedömning enligt 5 kap 6§. Detta har inte preciserats närmare i förarbetena. Situationen i hemlandet kan dock antas avse sådana förhållanden som ej är skyddsgrundande, men som skulle innebära att en utvisning till hemlandet skulle vara rent av olämplig vid en samlad bedömning av utlänningens situation.[69]

3.2 Praktisk tillämpning

Lagstiftarens syfte med lagen framgår ur förarbeten till ändringen, dock kan frågan ställas huruvida detta syfte har fått det tänkta genomslaget i den praktiska tillämpningen.

Migrationsöverdomstolen kom med ett första vägledande avgörande 2015. Rättsfallet berör bestämmelsen i 5 kap 6§ 2st, om särskilt ömmande omständigheter, och frågor uppstår kring hur ett barns anpassning till Sverige ska bedömas.

3.2.1 Migrationsöverdomstolens avgörande

Fallet rör en familj som varit bosatt i Sverige sedan 2009. Uppehållsrätten blev indragen och Migrationsverket beslutade om utvisning efter att det framkommit att mannen ansökt om uppehållsrätt med falska ID-handlingar. Migrationsdomstolen och Migrationsöverdomstolens domslut skiljer sig åt, det är därför intressant att redogöra för båda.[70]

Migrationsdomstolen

[68] Wikrén & Sandsjö, 2014, s. 279.
[69] Ibid, s. 273.
[70] MIG 2015:4, den 23 februari 2015.

Sökande framhöll som grund för uppehållstillstånd att dotterns anpassning till Sverige var tillräcklig för att beviljas uppehållstillstånd enligt 5 kap 6§ 2st UtlL.

Domstolen motiverar sitt beslut med att dottern snart var 13 år gammal, och har genom sina 5 år i landet skapat en stark anknytning till Sverige, och anpassat sig efter svenska förhållanden och talar bra svenska.

Vistelsetiden i Sverige har varit illegal, dock anser domstolen inte det vara något dottern kan beskyllas för. Vidare anförde domstolen att flickan har svag anknytning till sitt hemland, samt att hon har vistats i Sverige under en tidsperiod i livet var tillvaron utanför familjen börjar få allt större betydelse. Domstolen bedömde därför att en utvisning skulle vara oproportionerlig enligt art. 8 Europakonventionen. Flickan och familjen beviljas permanenta uppehållstillstånd med stöd av 5 kap 6§ 2st UtlL.[71]

Migrationsöverdomstolen
Migrationsöverdomstolen ställde sig mer kritiska till frågan om flickans anpassning till Sverige. Domstolen tittade på samma faktorer som förra instansen, men ansåg inte att flickans anknytning var stark, utan istället att hon uppnått ”viss” anpassning till Sverige. Vad Migrationsöverdomstolen även lade vikt vid var att dottern varit på besök i sitt hemland 2011 samt 2012, därmed var hemlandet inte främmande för henne.

Dottern har etablerat ett nätverk i Sverige, något hon saknar i hemlandet. Detta bedömer Migrationsöverdomstolen inte vara något som kan skada flickans psykosociala utveckling vid ett återvändande. Detta motiverades med förarbetet från 1996. Där poängterade lagstiftaren att ett barn som följer med sina föräldrar till Sverige, senare behöver återvända med dem till hemlandet, inte kan anses vara skadligt.[72]

[71] UM 6892-13, den 18 december 2013.
[72] Prop. 1996/97:25 s. 249

Familjens vistelsetid har varit illegal, detta är något domstolen lägger stor vikt vid. Enligt art. 8 i Europakonventionen ska rätten till privatliv skyddas, men domstolen menar i detta hänseende att även om familjen upprättat sådant privatliv, så är det ändå inte att anse som oproportionerligt att utvisa dem. Domstolen är aningen otydlig gällande exakt hur denna proportionalitetsbedömning skett.

I propositionen från 2014, påpekade lagstiftaren att ett barns bristande möjligheter att påverka sin egen situation och vistelse i Sverige ska beaktas.[73] I denna fråga konstaterade dock domstolen att det faktum att flickans vistelsetid varit illegal *måste* beaktas, detta trots vad som står i förarbetet till ändringen. Domstolen motiverade denna bedömning med hjälp av äldre praxis på området, och frångick därmed vad som stod i förarbetet.

Migrationsöverdomstolen bedömer att flickans anpassning till Sverige, inte var tillräckligt stark för att en utvisning skulle kunna anses var oproportionerlig enligt art. 8 Europakonventionen och avslår ansökan. Domen lyder således att det inte fanns sådana särskilt ömmande omständigheter som åsyftas i 5 kap 6§ 2st UtlL.

3.2.2 Migrationsdomstolens avgöranden

Efter den vägledande domen från Migrationsöverdomstolen är det intressant att titta på hur Migrationsdomstolens domar förhåller sig avgörandet. Nedan följer några exempel på domar som avkunnats av Migrationsdomstolen efter MIG 2015:4.

3.2.2.1 UM 8516-14 och UM 8518-14

Detta mål rör en familj med två barn från Azerbajdzjan. Barnen är 5 respektive 6 år gamla.

[73] Prop. 2013/14:216, s. 20.

Frågan som prövas är om barnen kan anses ha anpassat sig till svenska förhållanden. Migrationsdomstolen tittar i detta avseende på barnens anknytning till Sverige. Familjen har vistats i Sverige i totalt 6 år, varav mindre än två år har varit legal tid. Att barnen majoriteten av tiden har vistats i landet illegalt, bedömer domstolen inte vara något som kan förskyllas dem. Barnen har under denna tid fått vänner och utvecklat ett nätverk i Sverige.

Båda barnen föddes i Sverige och har aldrig befunnit sig i Azerbajdzjan. Barnen har heller aldrig besökt hemlandet, och har ingen anknytning dit. Barnen pratar flytande svenska, både med vänner och med föräldrarna, vilket domstolen lägger stor vikt vid.

Sammanfattningsvis finner rätten att barnens anknytning till Sverige är så pass stark, att det föreligger särskilt ömmande omständigheter. Barnen beviljas permanent uppehållstillstånd enligt 5 kap 6§ 2st UtlL, och föräldrarna beviljas enligt principen om familjens enhet.

3.2.2.2 UM 3899-15

En familj med en 13-årig dotter ansöker om asyl. Migrationsdomstolen undersöker om flickan kan ha fått en sådan anpassning till Sverige som avses i 5 kap 6§ 2st UtlL och om det då kan anses föreligga särskilt ömmande omständigheter.

Domstolen tar i beräkning att flickan har vistats i Sverige i 6,5 år, hon talar inte sitt hemspråk med sina föräldrar. Flickan har besökt hemlandet för 6 år sedan.

Migrationsdomstolen gör bedömningen att dottern har anpassat sig bra till svenska förhållanden och har etablerat ett privatliv. Vidare bedömer domstolen att dotterns anknytning till Libanon inte kan anses vara stark. Hänsyn tas även till situationen i hemlandet. Det råder krig i Syrien vilket bidrar till att läget i Libanon är instabilt. En utvisning enligt art. 8 i

Europakonventionen bedöms således vara oproportionerlig, trots att stor del av vistelsetiden i Sverige varit illegal. Flickan beviljas permanent uppehållstillstånd, likaså hennes föräldrar i enlighet med principen om familjens enhet.

3.2.2.3 UM 2231-15

Domen berör en familj som kommit till Sverige 2010. Föräldrarna har två söner tillsammans. Sönerna var 6, respektive 11 år när dem kom till Sverige. Under deras fem år i landet har de gått i svensk skola och lärt sig det svenska språket. Det framkom även att sönerna är ambitiösa elever.

Migrationsdomstolen lägger vikt vid den långa vistelsetiden i Sverige och bedömer att fem år inte är en försumbar tid. De har vistats i landet under en tidsperiod i sina liv då de utvecklas mycket och den egna identiteten skapas. Domstolen bedömer att sönerna har anpassat sig bra till svenska förhållanden, anknytning finns, och dem får anses ha etablerat ett privatliv i Sverige. Vidare påpekar domstolen att anknytningen till hemlandet är svag.

Domstolen fastslår att en utvisning skulle vara oproportionerlig enligt art. 8 i Europakonventionen. Sönerna beviljas permanenta uppehållstillstånd pga. särskilt ömmande omständigheter. Via principen om familjens enhet beviljas även föräldrarna uppehållstillstånd.

4 Den nya tillfälliga lagen 2016

År 2016 tillkom lagen om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige. Lagen har tillfällig karaktär och ska automatiskt upphöra 2019. Lagen begränsar möjligheten för barn och vuxna att få uppehållstillstånd i Sverige.[74]

Ändringen innebär bl.a. att uppehållstillstånd enbart beviljas pga. synnerligen eller särskilt ömmande omständigheter, om det skulle strida mot ett svenskt konventionsåtagande att utvisa eller avvisa sökanden.[75] Om uppehållstillståndet beviljas är huvudregeln att det ska vara tidsbegränsat och gälla i 13 månader.[76] Ändringen motiveras med att bestämmelsen i 5 kap 6§ UtlL, går utöver vad som krävs för Sverige att uppfylla sina internationella åtaganden.[77]

Enligt UtlL 5 kap 6§ stadgas att bestämmelsen inte gäller i den mån den nya tillfälliga lagen 11§ och 12§ gäller. 11§ i den nya lagen stadgar att uppehållstillstånd pga. 5 kap 6§ enbart får beviljas om det annars skulle strida mot svenska konventionsåtaganden. 12§ stadgar att uppehållstillstånd enligt 5 kap 6§ som huvudregel ska vara tidsbegränsat. Vidare utgör 18§ i den nya lagen ett undantag från 12§, och säger att permanent uppehållstillstånd kan ges i undantagsfall, om det finns sådana synnerligen ömmande omständigheter som innebär ett varaktigt nedsatt hälsotillstånd hos barnet och att det därmed absolut krävs att denne beviljas ett permanent uppehållstillstånd.[78]

De konventionsåtaganden som blir aktuella att beakta vid en bedömning enligt 5 kap 6§ UtlL samt 11§ i den nya tillfälliga lagen, är främst

[74] Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.
[75] Prop. 2015/16:174, s. 49.
[76] Ibid.
[77] Ibid, s. 50.
[78] Lag om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd, 11, 12 och 18§§.

Europakonventionen och Barnkonventionen. Enbart sådana konventionsbestämmelser som är införlivade i svensk lag är aktuella, detta då Sverige har en dualistiskmodell, som innebär ett krav på införlivande i svensk lag för att vara gällande rätt.[79] Barnkonventionen är i sin helhet inte införlivad i svensk rätt, dock är art 3, barnets bästa, gällande rätt i Sverige genom b.la. portalparagrafen i UtlL. Principen om barnets bästa måste således beaktas även vid bedömning enligt den nya lagen.[80]Andra konventionsåtaganden som ska beaktas kan vara Europakonventionens art 8, om rätten till privat- och familjeliv, här hänvisar lagstiftaren till bl.a. MIG 2015:4. Vidare kan utvisning av utlänning som lider av sjukdom i vissa fall anses utgöra omänsklig och förnedrande behandling enligt art. 3 Europakonventionen, här hänvisar lagstiftaren till rättsfallet MIG 2015:9. [81]

4.1 Motsättningar

Lagändringen 2016 har inte varit helt okritiserad. Röda korset anförde i yttrande till lagrådsremissen att förslaget innebar en helomvändande asylpolitik, och att en sådan kräver starka syften och motiv, vilket Röda korset ansåg saknades. Röda Korset ansåg vidare att lagen var framhastad och svår tillämplig. Organisationen anförde även i yttrandet att den nya lagen kan anses strida mot Sveriges folkrättsliga förpliktelser.

Gällande just bestämmelsen om särskilt och synnerligen ömmande omständigheter, framförs i yttrandet att en sådan ändring kan få allvarliga humanitära konsekvenser. Sammanfattningsvis menar Röda korset att tillräckliga försök inte har gjorts för att hitta alternativa lösningar till att reglera invandringen.[82]

Kritik har även framförts av bl.a. Barnombudsmannen i sitt utlåtande till remissvar. Barnombudsmannen delar Röda Korsets uppfattning om att lagen

[79] Prop. 2015/16:174, s. 50.
[80] Ibid, s. 52.
[81] Ibid, s. 51f.
[82] Svenska Röda Korsets yttrande över utkastet till lagrådsremiss Begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverig*e*, s. 17.

är framhastad. men även att det ej står i linje med Barnkonventionen. Oro finns över att mänskliga rättigheter genom lagändringen kommer undermineras, vilket är en utveckling som i längden hotar oss alla. Oro uttrycks även över att ett prejudicerande avgörande från Migrationsöverdomstolen kommer dröja, vilket är problematiskt ur tillämpningshänsyn. [83]

Förvaltningsrätten i Stockholm ifrågasätter i sitt yttrande, om den nya bestämmelsen är förenlig med svensk rättsordning. För att ett konventionsåtagande ska bli bindande för svensk domstol, krävs att konventionsåtagandet införlivats i svensk rätt, annars är det enbart folkrättsligt bindande, och binder inte domstolen i sig. Detta kan ses som problematiskt ur domstolshänseende. Vidare framför förvaltningsrätten kritik mot förutsebarheten av bestämmelsen. Liksom ovanstående menar rätten att det kommer dröja innan ett prejudicerande avgörande kommer från Migrationsöverdomstolen, vilket kan leda till rättsosäkerhet. Även tillämpningsproblematik av bestämmelsen kan uppstå.[84]

4.2 Migrationsverkets beslut

Den nya lagen avser människor som sökt asyl efter den 30 juli 2016. Ännu finns inga prejudicerande avgöranden baserade på den nya lagen. Istället kan det vara av intresse att se hur Migrationsverket tillämpat lagen. Beviljande beslut är dock få till antalet och omfattas till viss del av sekretess.

2016-08-04

I ett beslut från Migrationsverket har ett barn ansökt om asyl pga. sitt allvarliga och livshotande hälsotillstånd. Barnet lider av allvarlig allergi och astma. Migrationsverket granskade vilka möjligheter som fanns till vård i hemlandet, och konstaterade att vård är svår att tillgå. Vid avsaknad av vård

[83] Utkast till lagrådsremiss, Begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, ställd till Justitiedepartementet, Dnr 3.9:00095/16

[84] Förvaltningsrätten i Stockholm, remissyttrande, Utkast till lagrådsremissen, Begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, Dnr FST2016/64, s. 4.

riskerar barnet att dö eller utveckla sjukdomen KOL. Med beaktande av följande anser Migrationsverket att barnets hälsotillstånd är särskilt ömmande. Den nya lagen kräver även en bedömning av om en utvisning, trots särskilt ömmande omständigheter, strider mot ett konventionsåtagande. Eftersom sökande riskerar att dö vid ett återvändande, bedömer Migrationsverket det vara att likställa med omänsklig eller förnedrande behandling, och står därmed i strid med Europakonventionens artikel 3.

Huvudregeln enligt den nya lagen är att bevilja tidsbegränsat uppehållstillstånd i tretton månader. Migrationsverket bedömer att det inte finns anledning att frångå huvudregeln. Sökande beviljas således ett tillfälligt uppehållstillstånd, och får efter 13 månader ansöka på nytt.[85]

2016-11-10

I ett annat beslut från Migrationsverket har ett barn med en allvarlig funktionsnedsättning, som vid en epileptisk attack riskerar en plötslig död, ansökt om uppehållstillstånd. Sjukdomstillståndet är att bedöma som livshotande. Planerad vård är livsnödvändig, och kan öka barnets livskvalité. Sådan vård är svår att tillgå i hemlandet. Migrationsverket bedömer att det föreligger särskilt ömmande omständigheter, samt att en utvisning skulle strida mot art 3 i Europakonventionen. Dock anses det ej finnas anledning att bevilja permanent uppehållstillstånd.[86]

[85] Migrationsverkets beslut, 2016-08-04, Transitenhet 1, Malmö.
[86] Migrationsverkets beslut, 2016-11-10, Asylprövningsenhet 7, Göteborg.

5 Analys

Uppsatsens har avsett att försöka redogöra för hur ett barns möjligheter till uppehållstillstånd enligt 5 kap 6§ har sett ut efter lagändringen 2014, och hur denna rätt påverkas av den nya tillfälliga lagen som trädde ikraft 2016. Vidare har uppsatsen avsett att besvara hur de båda lagändringarna påverkar förenligheten med principen om barnets bästa.

5.1 Ett öppet koncept

Principen om barnets bästa ska tolkas som ett öppet koncept och har ingen egentlig definition. Det öppna konceptet kan anses få både positiva, samt negativa effekter. Schiratzki hävdar att det öppna konceptet kan vara skadligt ur en rättssäkerhetssynpunkt. Denna åsikt delar jag. Att principen är öppen kan leda till att den är svår att tillämpa, och kan därmed leda till att lika fall behandlas olika. Att tolka barnets bästa öppet kan även leda till oförutsägbarhet och kan i vissa fall vinklas åt olika håll för ett önskat resultat. Den öppna tolkningen kan dock även vara positiv då det leder till flexibilitet och principen blir enklare att tillämpa på varje barns situation.

Om vi ser till de rättsfall som har redogjorts för under 3.2.3, går det att se hur Migrationsöverdomstolen, men även migrationsdomstolarna, har tolkat principen något snävare än vad som är menat. Domstolarna ter sig förhålla sig mer till förarbeten och lagtexten i sig än till det öppna konceptet, även om deras tolkningar skiljer sig åt. Detta kan anses problematiskt då det går emot den öppna tolkningen och vad som sägs i förarbeten om helhetsbedömningar kring barnets bästa. Däremot anser jag att en snävare tolkning i vissa fall kan vara något positivt. En snäv tolkning kan leda till starkare rättssäkerhet och mer förutsägbarhet.

5.2 Förenligheten med principen om barnets bästa

Lagändringen 2014 hade till syfte att fler barn skulle omfattas av bestämmelsen i 5 kap 6§ 2st. I ett försök att lyfta barnrättsperspektivet, behövde omständigheterna rörande barn, enbart vara ”särskilt ömmande”. Det kan dock ifrågasättas om ändringen fick önskad effekt. Det första vägledande rättsfallet efter ändringen var MIG 2015:4. Ett avgörande som i stora delar tycks sakna ett barnrättsperspektiv.

En proportionalitetsbedömning gjordes utifrån art. 8 i Europakonventionen, och slog fast att det inte kan anses oproportionerligt att utvisa en trettonårig flicka som har vistats i Sverige i hälften av sitt liv.

Proportionalitetsbedömningen lämnar flera frågetecken. Bedömningen redogörs inte för, vilket blir problematiskt på flera sätt. Migrationsöverdomstolens avgörande har prejudicerande verkan, och ska vara vägledande för underinstanserna. Eftersom redogörelsen saknas, är det svårt för underinstanserna att efterfölja domen i senare bedömningar.

I de efterföljande domarna från Migrationsdomstolen blir denna brist märkbar. Migrationsdomstolen har i flera hänseenden gjort generösare bedömningar. I Migrationsdomstolens dom UM 3899-15 har barnet besökt sitt hemland, men avsaknaden av nätverk väger tyngre. I MIG 2015:4 saknar flickan nätverk i hemlandet, men eftersom hon varit på två besök där, är landet inte helt främmande för henne. Att hon besökt landet bedömer Migrationsöverdomstolen vara viktigare än avsaknaden av nätverk.

Vidare beaktar Migrationsöverdomstolen i hög grad att flickan vistats illegalt i Sverige, trots att det uttryckts i förarbetena att illegal vistelsetid kan inräknas, då barnets möjligheter att påverka sin egen situation i detta hänseende är svag. Vidare ska inte den illegala vistelsetiden få utslag förrän i proportionalitetsbedömningen enligt art. 8 i Europakonventionen, den

bedömningen som inte redogjorts för av domstolen, varpå det är otydligt hur domstolen motiverar sitt beslut om avvisning. Domstolen dömer dock att det faktum att vistelsetiden är illegal måste beaktas, och motiverar det med äldre praxis. Domstolen ter sig således ha gjort bedömningen utanför ramen av proportionalitetsbedömningen. Det är svårt att förstå varför förarbetets uttalanden i hänseendet inte fått utslag i domen.

Vad Migrationsöverdomstolen egentligen säger tycks vara att det inte är tillräckligt att tala bra svenska, ha vänner och sociala band i landet samt en vistelsetid som utgör ca 5 år, halva barnets livstid, för att uppnå kravet på anpassning. Migrationsöverdomstolen menar att det finns ”viss” anknytning, vilket enbart konstateras utan förklaring.

Ur ett barnrättsperspektiv kan poängteras att en avvägning om vad som egentligen utgör barnets bästa i detta sammanhang saknas.
Motiveringen till domslutet i MIG 2015:4 känns vag och oklar. Om vi här jämför med vad Barnkonventionen kräver i mån om bedömningen enligt barnets bästa, som har redogjorts för under 2.1, kan konstateras att avvägningen av positiva och negativa effekter för barnet ska få utrymme i domskälen. Det ska redogöras för *vad* som utgör barnets bästa i fallet, och *hur* avvägningen mellan detta och samhällsintressen skett. I Migrationsöverdomstolens dom tycks detta saknas.

Vad detta kan bero på är att Barnkonventionen i sin helhet enbart är folkrättsligt bindande för Sverige, vilket bidrar till att Migrationsöverdomstolen söker sig till svenska förarbeten och den rena lagtexten för att tolka principen om barnets bästa, snarare än direkt till konventionen. Detta kan vara problematiskt, då det ju framgår att artikeln ska tolkas som ett öppet koncept och att barnets bästa är något som inte bara ska beaktas, men även motiveras i domen.

5.3 Den nya tillfälliga lagen

Som nämns under 4.1 har den nya lagen fått utstå kritik redan innan den trädde ikraft. Lagrådsremiss yttranden från bl.a. Röda Korset och Barnombudsmannen har varit tydliga, förslaget är framhastat och inte helt genomtänkt.

Den nya lagen stadgar att ett barns omständigheter kan bedömas vara särskilt ömmande, men utvisning kan ändå vara acceptabel om den inte strider mot svenska konventionsåtaganden. Om det inte strider mot konventionsåtaganden, är huvudregeln ett tillfälligt uppehållstillstånd på 13 månader. Ur Migrationsverkets beslut under 4.2 kan det tolkas som att det krävs väldigt speciella omständigheter för att undantaget i 18§ om permanent uppehållstillstånd ska aktualiseras. Såsom både Röda Korset och Barnombudsmannen poängterat, ter sig den nya lagen inte stå i linje med Barnkonventionen. Den nya lagen ger utrymme för att barn som förr omfattades av bestämmelsen, kan falla utanför om det inte strider mot ett konventionsåtagande. Det kan här bli problematiskt hur konventionsåtagande tolkas med tanke på att Barnkonventionen som helhet inte är införlivad i svensk lag. Frågan uppstår då hur barnets bästa kommer tolkas i ljuset av den nya lagen.

Under 5.2 går det att se hur det redan innan lagändringen 2016, varit problematiskt för domstolarna att tolka bestämmelsen om särskilt ömmande omständigheter och tillämpa ett barnrättsperspektiv. Det går därför att spekulera kring att den nya lagen knappast kommer innebära ett starkare barnrättsperspektiv. Vidare bör tas i beaktning att det kan dröja innan ett vägledande avgörande kommer från Migrationsöverdomstolen. Lagen ska gälla i tre år, och leder till att flera fall måste bedömas av underinstanserna innan Migrationsöverdomstolen kommer med en dom. Här går det att fundera över frågor kring rättssäkerhet och förutsebarhet. Brist på vägledning kan leda till tillämpnings problematik för underinstanserna, vilket kan leda till att lika fall behandlas olika.

Vidare går det att fundera över hur den nya lagen hade kommit att tillämpas om Barnkonventionen i sin helhet blev lag i Sverige innan 2019. Lagstiftaren kan då inte längre motivera med att säga att samhällets intressen övertrumfar barnets bästa, genom att säga att svensk rätt går före. Om Barnkonventionen blir svensk lag finns en chans att Sverige blir tvungna att ytterliga försöka framhäva barnrättsperspektivet i asylprocessen, och att detta då skulle leda till att en motivering och avvägning kring barnets bästa får större utrymme i framtida domskäl.

5.4 Slutsats

Sammanfattningsvis kan konstateras att barnrättsperspektivet i tillämpningen är svag. Barnets bästa såsom åsyftas i konventionen, och förarbeten till lagändringen 2014, får inte det genomslaget som var önskat. Om Migrationsöverdomstolens dom i MIG 2015:4 hade innehållit en klar och tydlig motivering, hade det kunnat bidra till mindre rättsosäkerhet, men så blev inte fallet. Vad gäller den nya tillfälliga lagen går det att se att barnrättsperspektivet får, om möjligt, en ännu svagare roll. Lagen är utformad på ett sätt som leder till att samhällsintressen får ett tyngre värde än barnets bästa, vilket kan göra att förenligheten mellan den nya lagen och Barnkonventionen kan ifrågasättas. Den nya lagen bidrar till en inhuman asylpolitik, som inte värnar om våra medmänniskor. Sverige går från ett land som vill skydda människor på flykt, till att värdera andra intressen högre.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Ds 2011:37. Hur svensk lagstiftning och praxis överensstämmer med rättigheterna i Barnkonventionen – en kartläggning.

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

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

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

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

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

Prop. 2015/16:174. Förslag om att tillfälligt begränsa möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

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

SOU 2004:74, Utlänningslagstiftningen ur ett domstolsperspektiv.

Litteratur

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

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

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

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.

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

Schiratzki, Johanna, Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige – en rättsvetenskaplig utredning, 2. uppl., Iustus, Uppsala, 2005

Seidlitz, Madeleine, Asylrätt en praktisk introduktion, Norstedts juridik, uppl., 1, Stockholm, 2014.

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

FN-dokument

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

EU-direktiv

Europaparlamentets och rådets direktiv, om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet, 13 december 2011, 2011/95/EU.

Övriga källor

Förvaltningsrätten i Stockholm, remissyttrande, Utkast till lagrådsremissen, Begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, Dnr FST2016/64.

Svenska Röda Korsets yttrande över utkastet till lagrådsremiss, *Begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige*, Ju2016/01307/L7, Stockholm, 4 mars 2016.

Stern, Rebecca, Hur bedöms ett skyddsbehov? Om gränsdragning och konsekvens och förutsägbarhet i svensk asylpraxis, SvJT 2012, s. 298.

Utkast till lagrådsremiss Begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, ställd till Justitiedepartementet, Dnr 3.9:0095/16.

Rättsfallsförteckning

Europadomstolen

Europadomstolens dom, Osman mot Danmark, nr 3805/09, den 14 juni 2011.

Migrationsöverdomstolen

MIG 2012:13

MIG 2015:4

MIG 2015:9

Migrationsdomstolen i Göteborg

UM 8516-14 och UM 8518-14, meddelad 16 februari 2015.

Migrationsdomstolen i Stockholm

UM 6892-13, den 18 december 2013.

UM 3899-15, meddelad 10 juli 2015.

UM 2231-15, meddelad 2 september 2015.

Migrationsverkets beslut

Migrationsverkets beslut, 4 augusti 2016, Transitenhet 1 Malmö.

Migrationsverkets beslut, 10 november 2016, Asylprövningsenhet 7, Göteborg.