



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Felicia Åberg

Könsstympning som uteslutningsgrund?

En undersökning av förhållandet mellan flyktingskap och uteslutning

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Niklas Selberg

Termin: VT 2019

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund och forskningsläget	4
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Avgränsningar	5
1.4 Metod och material	6
1.5 Disposition	7
2 KVINNLIG KÖNSTYMPNING	8
2.1 Allmänt om kvinnlig könsstypning	8
2.2 Kvinnlig könsstypning i svensk rätt	10
3 UTESLUTNING FRÅN FLYKTINGSKAP	17
3.1 Flyktingdefinitionen	17
3.2 Uteslutningsgrunderna	17
3.3 Särskilt om grovt icke-politiskt brott	19
3.4 Konsekvenser av uteslutning	21
4 ANALYS	22
4.1 Kan könsstypning vara grund för uteslutning?	22
4.2 Vilka problem kan aktualiseras i mål om uteslutning på grund av könsstypning?	26
5 SAMMANFATTANDE SLUTSATSER	28
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	29
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	32

Summary

In this essay, the relationship between refugee protection and exclusion is examined when a person has committed female genital mutilation/cutting before he or she came to Sweden. The question to be answered is whether female genital mutilation/cutting can constitute a serious non-political crime. The Swedish Migration Court has considered female genital mutilation/cutting as a serious non-political crime in two cases, which have been granted leave to appeal to the Migration Court of Appeal. The two cases are not described in detail in the essay, but can however be said to express the need for research. The essay is divided into one more descriptive part and one more analytical part. In order to determine the legal situation material such as the law, legislative history, common practice and doctrine have been used.

The question of exclusion from refugee protection becomes relevant only after the person has been found to be a refugee. Both the refugee definition and the exclusion grounds are based on international law. In the essay, it is stated that a person is excluded from being considered a refugee if there is particular reason to assume that he or she has committed a serious non-political crime outside Sweden before he or she came here.

Such crimes mentioned to be serious non-political crimes are rape, murder and armed robbery. In the essay, it is stated that the conception of justice of female genital mutilation/cutting is similar to that of rape and gross assault, which may indicate that female genital mutilation/cutting is a serious non-political crime and ground for exclusion. In the analytical part of the essay, some problematic arguments are presented, including how social and cultural values can be of importance in the case of female genital mutilation/cutting as a ground for exclusion.

Sammanfattning

I uppsatsen undersöks förhållandet mellan flyktingskap och uteslutning från flyktingskap för den som utfört eller låtit annan utföra könsstympling innan han eller hon kom till Sverige. Den centrala frågeställningen är om könsstympling kan utgöra ett grovt icke-politiskt brott enligt utlänningslagen. Migrationsdomstolen har bedömt könsstympling utgöra ett grovt icke-politiskt brott i två mål, som har beviljats prövningstillstånd till Migrationsöverdomstolen. Målen beskrivs inte ingående i uppsatsen, men de kan sägas ge uttryck för att forskningsbehov finns. Uppsatsen är indelad i en mer deskriptiv del och en mer analytisk del. För att fastställa rättsläget har en rättsdogmatisk metod använts. Som material har lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin använts.

Frågan om uteslutning från flyktingskap blir relevant först efter att personen har konstaterats vara flykting. Såväl flyktingdefinitionen som uteslutningsgrunderna bygger på internationell rätt. I uppsatsen konstateras att en utlänning är utesluten från att anses som flykting om det finns synnerlig anledning att anta att han eller hon har gjort sig skyldig till ett grovt icke-politiskt brott utanför Sverige innan han eller hon kom hit.

Sådana brott som nämns i förarbetena till utlänningslagen och i internationella styrdokument är våldtäkt, mord och väpnat rån. Det konstateras i uppsatsen att den svenska rättsuppfattningen om könsstymplingsbrottet liknar den om de nämnda brotten. Detta kan tala för att kvinnlig könsstympling skulle kunna utgöra grund för uteslutning som ett grovt icke-politiskt brott. I uppsatsens mer analytiska del förs vidare vissa problematiserande resonemang, bland annat om hur sociala och kulturella värderingar kan få betydelse i den här typen av mål.

Förkortningar

Barnkonventionen	FN:s konvention om barnets rättigheter
BrB	Brottsbalk (1962:700)
Ds	Departementsserien
Europakonventionen	Europarådets konvention om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
f.	och följande
ff.	och flera följande
Genèvekonventionen	1951 års konvention angående flyktingars rättsliga ställning
kap.	kapitel
Kvinnokonventionen	FN:s konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor
MIG	Migrationsöverdomstolens avgörande
New York-protokollet	Protokoll angående flyktingars rättsliga ställning
Prop.	Proposition
Skyddsgrundsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011
SOU	Statens offentliga utredningar
SÖ	Sveriges internationella överenskommelser
Tillfälliga lagen	Lag (2016:757) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige
UtlL	Utlänningslag (2005:716)
UNHCR:s handbok	Handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning
UNHCR:s riktlinjer	Guidelines on International Protection

1 Inledning

1.1 Bakgrund och forskningsläget

Det finns många skäl av såväl politisk som juridisk karaktär till att den som flytt undan förföljelse i sitt hemland ska beredas skydd i Sverige. Den svenska migrationsrätten är präglad av internationell rätt och området angränsar till regler om mänskliga rättigheter. Samtidigt är migrationsrätten en fråga för suveräna stater att ta ställning i och de har som huvudregel rätt att bestämma vem som ska få stanna på deras territorium. I Sverige gäller 2005 års utlänningslag och den tillfälliga lagen på migrationsrättens område, ett område som ligger nära politiken och ett försök att minska invandringen. Det finns bestämmelser, i nationell och internationell rätt¹, enligt vilka en person är utesluten från att anses som flykting. I denna uppsats kommer förhållandet mellan flyktingskap och uteslutning att undersökas. Särskilt fokus i uppsatsen kommer fästas vid att utreda om könsstympningsbrottet kan utgöra grund för uteslutning.

Migrationsdomstolen har bedömt könsstympning utgöra grund för uteslutning från flyktingskap i två mål, som har beviljats prövningstillstånd till Migrationsöverdomstolen. När domen avkunnas kommer förmodligen några av de frågor som undersöks i uppsatsen att få svar, men på grund av ämnets komplexitet, inte minst i bevisfrågan, kan den förevarande uppsatsen förhoppningsvis ändå bidra till att utreda rättsläget och belysa svårigheten med mål på området. Det finns enligt min uppfattning ett utredningsbehov, som grundar sig i att rättsfrågan är oklar, men det finns även andra anledningar till att området bör undersökas närmre.

¹ Se bland annat Genèvekonventionen om flyktingars rättsliga ställning. Sverige har tillträtt Genèvekonventionen (SÖ 1954:55) och New York-protokollet (SÖ 1967:45).

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka förhållandet mellan flyktingskap och uteslutning från flyktingskap. Det som närmre undersöks är uteslutning från flyktingskap för en person som utfört eller låtit annan utföra könsstympning. En situation som kan ge läsaren teoretisk vägledning är den när en förälder låtit könsstympa sin dotter enligt traditionerna i hemlandet och därefter flytt till Sverige för att söka uppehållstillstånd här.

För att uppnå syftet kommer följande frågeställningar att besvaras:

- Vilken är synen på könsstympning i Sverige?
- Vilka grunder finns det för uteslutning från att anses som flykting?
- Kan könsstympning vara grund för uteslutning från flyktingskap?
- Vilka problem kan aktualiseras i mål om uteslutning på grund av könsstympning?

1.3 Avgränsningar

För att uppnå syftet med uppsatsen finns anledning att avgränsa undersökningen i flera avseenden. Syftet med uppsatsen är att undersöka förhållandet mellan flyktingskap och uteslutning från flyktingskap. Det finns andra skyddsgrunder än flyktingskap i svensk migrationsrätt, exempelvis alternativt skyddsbehövande och övrig skyddsbehövande, men förhållandet mellan att vara alternativt skyddsbehövande respektive övrig skyddsbehövande och uteslutning från någon av dessa skyddsgrunder kommer inte att undersökas.

Kvinnlig könsstympning är en typ av brott som drabbar kvinnor. Andra former av våld mot kvinnor kommer inte att undersökas i uppsatsen. Frågan om omskärelse av pojkar kan utgöra grund för uteslutning kommer inte heller att undersökas. Detta kan motiveras av att det finns en väsentlig diskrepans i svensk rättsuppfattning beträffande omskärelse av pojkar och kvinnlig könsstympning. Exempelvis är manlig omskärelse i viss utsträckning tillåtet i Sverige, till skillnad från kvinnlig könsstympning.

1.4 Metod och material

För att bedöma huruvida könsstympning kan utgöra grund för uteslutning har rättskällorna bearbetats i syfte att utreda rättsläget. I en första del av uppsatsen, avsnitt 2 och 3, redogörs för rättsläget utifrån lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin. Detta är en mer deskriptiv del. I avsnitt 4 analyseras frågan om könsstympning kan utgöra grund för uteslutning, utifrån vad som har kommit fram i undersökningen. Denna metod kan beskrivas som rättsdogmatisk.²

För att fastställa rättsläget har lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin använts. Vid tolkning av bestämmelserna i utlänningslagen har UNHCR:s handbok och UNHCR:s riktlinjer använts. UNHCR:s handbok är ett internationellt erkänt tolkningsinstrument i förfarandet vid fastställande av flyktingskap. Den ger vägledning om tolkningen och tillämpningen av kriterierna för fastställande av flyktingskap, inklusive tolkningen av uteslutandegrunderna. UNHCR:s riktlinjer kompletterar handboken.³

I uppsatsens mer analytiska del besvaras frågan om könsstympning kan vara grund för uteslutning. Migrationsöverdomstolen har meddelat prövningstillstånd i mål nummer UM 6195-18 och mål nummer UM 6199-18. Båda målen berör frågan om kvinnlig könsstympning som uteslutningsgrund. Redogörelsen i avsnitt 4 liknar därför en *de sententia ferenda*-argumentation⁴, även om omständigheterna i de nämnda målen inte presenteras ingående. En rättsdogmatisk metod ställer krav på författaren att bygga sin argumentation på gällande rätt. För att besvara frågan om vilka problem som kan aktualiseras i mål om uteslutning krävs emellertid att

² Kleinman (2013) s. 21.

³ Wikrén och Sandesjö (2017) s. 53; Andersson m.fl. (2018) s. 24 och 131 f.; se även prop. 2009/10:31 s. 80.

⁴ En argumentation ”om den dom som bör göras”. Andersson m.fl. (2015) s. 40.

undertecknad går längre än att beskriva gällande rätt, då har en *kritisk rättsdogmatisk metod* använts.⁵

1.5 Disposition

Uppsatsen har en förhållandevis tydlig uppdelning i en deskriptiv och en analytisk del. Avsnitt 2 och 3 är deskriptiva, medan avsnitt 4 och 5 är mer analytiska. I *avsnitt 2* redogörs för vad kvinnlig könsstympning är, följt av en beskrivning av synen på kvinnlig könsstympning i svensk straff- och migrationsrätt.

I *avsnitt 3* redogörs för grunderna för uteslutning från flyktingskap. Här ligger särskilt fokus på att utreda vad som utgör ett grovt icke-politiskt brott, vilket är grund för uteslutning i utlänningslagen. Flyktingdefinitionen i utlänningslagen bygger på internationella överenskommelser och därför präglas denna redogörelse även av innehållet i internationell rätt.

I *avsnitt 4* besvaras frågan om könsstympning kan utgöra grund för uteslutning samt frågan om vilka problem som kan aktualiseras i den här typen av mål. Jag har valt att kalla detta för analys, men är ödmjuk inför kandidatuppsatsens begränsade omfång och att en djupgående analys hade krävt en större utredning.

Avslutningsvis presenteras i *avsnitt 5* en sammanfattande slutsats och några kortfattade reflektioner.

⁵ Kleineman (2013) s. 39.

2 Kvinnlig könsstympning

2.1 Allmänt om kvinnlig könsstympning

Begreppet könsstympning omfattar flera olika typer av ingrepp av varierande omfattning. Det finns enligt en vedertagen definition av Världshälsoorganisationen (WHO) fyra typer. Enligt typ 1 skärs delar eller hela klitoris och/eller förhuden bort (klitoridektomi) och typ 2 delar eller hela klitoris och de inre och ibland även de yttre blygdläpparna (excision). Enligt typ 3 sys de inre och/eller de yttre blygdläpparna ihop och ibland skärs även klitoris bort (infibulation). Enligt typ 4 utförs andra skadliga ingrepp på det kvinnliga könsorganet, exempelvis att klitoris prickas med ett vasst föremål.⁶ Av dessa fyra typer av könsstympning är infibulation mest omfattande, men förekommer bara i ungefär 10 % av fallen.⁷ Att infibulation är mest omfattande och ofta leder till mer allvarliga skador innebär emellertid inte att även andra typer av könsstympning innebär smärta och skador.⁸

Det finns stora hälsorisker med kvinnlig könsstympning. Det är vanligt att komplikationer uppstår i samband med att ingreppet utförs, exempelvis svår smärta, blödningar, septisk chock, infektioner i underlivet och dödsfall förekommer. En del komplikationer uppstår efter ingreppet eller senare i livet, exempelvis ärrbildningar, infektioner, svårigheter att urinera, smärta vid menstruation, smärta vid samlag, svårigheter vid graviditet och förlossning, samt allvarliga psykiska skador och sjukdomar, exempelvis posttraumatiskt stressyndrom, ångest och depression.⁹

Det finns olika anledningar till varför könsstympning utförs på flickor och kvinnor, vilket beror på att det praktiseras i olika länder av människor från olika kulturer och religiös tillhörighet. Där kvinnlig könsstympning förekommer finns ofta stöd bland både män och kvinnor. Att det är kultur

⁶ WHO 2008, s. 4.

⁷ WHO 2008, s. 5.

⁸ WHO 2008, s. 5 och 11.

⁹ WHO 2008, s. 11 och 33 ff.

och tradition är en orsak till kvinnlig könsstympling, en nödvändighet för äktenskap en annan.¹⁰ De som avviker från normen och inte låter könsstympa sin dotter utan stöd från samhället kan komma att mötas av fördömelse och trakasserier samt riskera utfrysning. De sociala fördelarna värderas då högre och föräldrar låter könsstympa sina döttrar trots kunskap om de hälsomässiga risker som kvinnlig könsstympling är förenat med.¹¹

Flera internationella organisationer¹² arbetar aktivt mot kvinnlig könsstympling, genom att sprida kunskap och verka för lagstiftning på nationell nivå.¹³ Kvinnlig könsstympling anses strida mot mänskliga rättigheter, bland annat rätten att inte utsättas för omänsklig eller förnedrande behandling. Europadomstolen har uttalat att kvinnlig könsstympling klart strider mot artikel 3 i Europakonventionen.¹⁴

De mänskliga rättigheterna skyddas i flera internationella instrument, bland annat FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna från 1948 och FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter och FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, båda från 1966. Enligt artikel 2 i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna¹⁵ är envar berättigad till de mänskliga rättigheterna utan åtskillnad på grund av kön. Eftersom det normalt medför smärta och skador utgör kvinnlig könsstympling en kränkning av rätten att åtnjuta bästa möjliga fysiska och psykiska hälsa.¹⁶ Kvinnlig könsstympling innebär vidare en kränkning av rätten till liv, när ingreppet resulterar i dödsfall, och personlig säkerhet¹⁷ samt rätten att inte utsättas för grym, omänsklig eller förnedrande

¹⁰ UNICEF 2005, s. 17.

¹¹ WHO 2008, s. 5; se även Rahman och Toubia (2000) s. 25 f.

¹² OHCHR, UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, WHO m.fl.

¹³ WHO 2008, s. 2.

¹⁴ Se bland annat R.B.A.B. m.fl. mot Nederländerna nr. 7211/06, punkt 54; Izevbekhai m.fl. mot Island nr. 43408/08, punkt 73.

¹⁵ Se även artikel 2(1) i FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, artikel 2(2) i FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter och artikel 14 i Europakonventionen.

¹⁶ Artikel 12(1) i FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter; se WHO 2008, s. 9.

¹⁷ Artikel 3 i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna; se Rahman och Toubia (2000) s. 24.

behandling¹⁸. Således utgör kvinnlig könsstympning en diskriminering på grund av kön.

Kvinnlig könsstympning är inte förenligt med målsättningar om jämställdhet mellan män och kvinnor. För att uppnå jämställdhet mellan män och kvinnor är, enligt delmål 5.3 i Agenda 2030, kvinnlig könsstympning en skadlig sedvänja som måste avskaffas. Kvinnlig könsstympning är vidare inte förenligt med FN:s konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor från 1979 (kvinnokonventionen)¹⁹ eller FN:s deklaration om avskaffande av våld mot kvinnor från 1993. Enligt artikel 2(a) i FN:s deklaration om avskaffande av våld mot kvinnor ska våld mot kvinnor förstås omfatta, men inte begränsas, till kvinnlig könsstympning och andra skadliga sedvänjor.

FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen) från 1989 är relevant i sammanhanget, eftersom könsstympning normalt utförs på flickor. Kvinnlig könsstympning strider mot artikel 19, enligt vilken barn ska skyddas mot alla former av fysiskt eller psykiskt våld, skada eller övergrepp. Enligt artikel 24.3 ska konventionsstaterna vidta alla effektiva åtgärder för att avskaffa traditionella sedvänjor som är skadliga för barns hälsa. Kvinnlig könsstympning anses vara en sådan skadlig sedvänja.²⁰

2.2 Kvinnlig könsstympning i svensk rätt

2.2.1 Förbud mot könsstympning av kvinnor

2.2.1.1 Kriminalisering

Kvinnlig könsstympning är kriminaliserat i svensk rätt. Enligt 1 § i lagen (1982:316) med förbud mot könsstympning av kvinnor får ingrepp i de kvinnliga yttre könsorganen i syfte att stympa dessa eller åstadkomma andra bestående förändringar av dem inte utföras. Förbudet gäller oavsett om

¹⁸ Artikel 5 i FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna.

¹⁹ Rahman och Toubia (2000) s. 21.

²⁰ Barnrättskommittén: Allmänna kommentarer nr. 13, punkt 29(b); Barnrättskommittén: Allmänna kommentarer nr. 4, punkterna 10, 24 och 39(g).

samtycke har lämnats till ingreppet eller inte. Det finns olika typer av könsstympling, men alla typer av könsstympling innebär, enligt förarbetena, ett bestående lidande för kvinnan och är således förbjudna enligt lagen. Med ingrepp menas i lagen alla typer av åtgärder.²¹ Syftet med lagen är att förhindra att kvinnlig könsstympling utförs i Sverige och att markera ett avståndstagande från den kvinnosyn som bruket av könsstympling ger uttryck för.²²

Den som utför könsstympling döms för brott enligt lagen med förbud mot könsstympling av kvinnor, istället för, som tidigare, misshandel eller grov misshandel enligt brottsbalken.²³ Det ansågs finnas anledning att införa en särskild lag med förbud mot kvinnlig könsstympling för att markera ovan avståndstagande och att utförandet inte är förenligt med svensk rättsuppfattning.²⁴ En av de grundläggande reglerna i vårt rättssystem är att varje människa oberoende av ålder och kön ska vara skyddad mot kränkningar av sin kroppsliga integritet. Detta följer också av bland annat FN:s deklaration om de mänskliga rättigheterna (se ovan avsnitt 2.1).²⁵

Lagen tillkom 1982, dock med ett annat namn. Då gällde ett förbud mot omskärelse. Genom SFS 1998:407 fick lagen dess nuvarande namn, lagen (1982:316) med förbud mot könsstympling av kvinnor. I motiven till lagändringen framhålls att begreppet könsstympling bättre beskriver innebörden av ingreppet, att det är en stympling, vilket omskärelse inte på samma sätt ger uttryck för.²⁶ I samband med att lagen fick nytt namn utmönstrades böter ur straffskalan med motivering att könsstympling alltid ska anses vara ett allvarligt brott.²⁷

²¹ Prop. 1997/98:55 s. 97 f.

²² Ibid s. 97.

²³ Prop. 1981/82:172 s. 7 och 20 f.; Ds 1981:3 s. 14 f.

²⁴ Prop. 1981/82:172 s. 7.

²⁵ Ibid s. 5.

²⁶ Prop. 1997/98:55 s. 98.

²⁷ Ibid s. 96 och 99.

2.2.1.2 Straffskalan

Kvinnlig könsstypning är i Sverige ett brott jämförbart med andra allvarliga våldsbrott, såsom misshandel och allvarliga sexualbrott. Könsstypning medför, likt misshandel, regelmässigt bestående skador och smärta för offret samtidigt som brottet begås under starkt integritetskränkande omständigheter, i dignitet jämförliga med dem som omgärdar allvarliga sexualbrott.²⁸ Den som begår brottet döms enligt 2 § första stycket till fängelse i lägst två och högst sex år. För det icke-grova könsstypningsbrottet gäller ett högre straffminimum än för grov misshandel och samma straffskala som gäller för våldtäkt.

Det är möjligt att i undantagsfall döma till straff understigande fängelse i två år. Är brottet med hänsyn till omständigheterna mindre grovt, döms enligt 2 § andra stycket till fängelse i lägst 14 dagar och högst fyra år. Bestämmelsen är avsedd att tillämpas restriktivt och bara i speciella fall. Det handlar om fall där ingreppet utförts på en vuxen kvinna som på ett giltigt sätt och utan påtryckningar samtyckt till åtgärden och där ingreppet fått mycket lindriga följder. Bestämmelsen är inte avsedd att tillämpas vid könsstypning på barn.²⁹

Är brottet grovt, döms enligt 2 § tredje stycket till fängelse i lägst fem och högst tio år. Det grova könsstypningsbrottet är jämförbart med synnerligen grov misshandel och grov våldtäkt.³⁰ För dessa brott gäller samma straffskala. Vid bedömning av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om könsstypningen är särskilt omfattande, om gärningen har orsakat livsfara eller allvarlig sjukdom eller om gärningsmannen i annat fall har visat synnerlig hänsynslöshet. Att könsstypningen är särskilt omfattande innebär att ingreppen har berört en särskilt stor del av de yttre könsorganen. Detta är inte en uttömmande uppräkningslista, utan det kan finnas anledning att beakta även andra omständigheter.³¹

²⁸ Prop. 2016/17:108 s. 42 f.

²⁹ Ibid s. 43 och 55.

³⁰ Ibid s. 43.

³¹ Ibid s. 55.

2.2.1.3 Jurisdiktion

Enligt 3 § första stycket döms den som har begått brott mot lagen med förbud mot könsstympling av kvinnor vid svensk domstol även om brottet har begåtts utomlands och oavsett om gärningen är straffbar också i det land där den har begåtts. Detta innebär att brott mot lagen med förbud mot könsstympling av kvinnor är undantaget från kravet på dubbel straffbarhet. Av förarbetena framgår att könsstympling är ett så allvarligt brott att undantaget anses vara motiverat.³²

Syftet med lagen med förbud mot könsstympling av kvinnor är, förutom att förhindra att kvinnlig könsstympling utförs i Sverige och att markera ett avståndstagande från den kvinnoosyn som bruket av könsstympling ger uttryck för (se ovan avsnitt 2.2.1.1), även att ge flickor och kvinnor i Sverige ett skydd mot att utsättas för könsstympling. Den utvidgade domsrätten är avsedd att hindra att flickor och kvinnor i Sverige skickas utomlands för att där utsättas för ingrepp som är förbjudet i Sverige.³³

Till skillnad från brott som har begåtts i Sverige gäller inte absolut åtalsplikt om brottet har begåtts utomlands. Det krävs tillstånd att väcka åtal och för sådant tillstånd bör föreligga ett påtagligt svenskt intresse.³⁴ Av förarbetena framgår att svensk domstol inte bör döma för brott som helt saknar anknytning till Sverige. Den anknytning som krävs för lagföring i Sverige bör föreligga redan vid tidpunkten för brottet. Som exempel nämns i förarbetena att det inte vore rimligt om asylsökande föräldrar skulle riskera att åtalas här om de kom till Sverige med barn som tidigare könsstympats i hemlandet.³⁵ En annan fråga är om de av samma anledning kan uteslutas från flyktingskap, vilket redogörs för och problematiseras i avsnitt 4.

³² Prop. 1998/99:70 s. 4; SOU 1997:116 s. 36.

³³ Prop. 1998/99:70 s. 11.

³⁴ 3 § andra stycket i lagen (1982:316) med förbud mot könsstympling av kvinnor och 2 kap. 5 § BrB; prop. 1998/99:70 s. 11.

³⁵ Prop. 1998/99:70 s. 11.

2.2.2 Könstymning som grund för flyktingskap (förföljelse på grund av kön)

Även om det inte följer omedelbart av syftet med uppsatsen kommer i det följande att redogöras för om och i vilka fall könstymning kan utgöra grund för flyktingskap. En sådan redogörelse anser jag vara nödvändig för att läsaren ska få en rättvis uppfattning om vilken syn på könstymning som finns i svensk rätt.

Det framgår direkt av flyktingdefinitionen i 4 kap. 1 § UtL (se fullständig lydelse nedan i avsnitt 3.1) att förföljelse på grund av kön är en form av förföljelse på grund av tillhörighet till en viss samhällsgrupp, som utgör grund för flyktingskap, istället för, som tidigare, skydd i egenskap av skyddsbehövande i övrigt.³⁶ Förföljelse på grund av kön infördes som en anpassning till internationell rätt och praxis med motiveringen att ”det inte kan komma i fråga att Sverige tillämpar [Genève]konventionen på ett sätt som, oavsett i vilken riktning det sker, avsevärt avviker från tillämpningen i andra länder”.³⁷

Kön anges inte explicit i artikel 1A(2) i Genèvekonventionen, inte heller i artikel 2(d) i skyddsgrundsdirektivet. Däremot utgör *tillhörighet till viss samhällsgrupp* förföljelsegrund i såväl Genèvekonventionen som skyddsgrundsdirektivet. UNHCR har i sina riktlinjer uttalat att en korrekt tolkning av begreppet tillhörighet till viss samhällsgrupp inrymmer begreppet kön och att kvinnor utgör ett tydligt exempel på en sådan samhällsgrupp som avses i konventionens flyktingbegrepp.³⁸ Enligt artikel 10.1(d) i skyddsgrundsdirektivet ska en grupp anses utgöra en särskild samhällsgrupp när gruppens medlemmar har en gemensam väsentlig egenskap eller en gemensam bakgrund som inte kan ändras eller har en gemensam egenskap eller övertygelse som är så grundläggande för identiteten eller samvetet att de inte får tvingas avsvära sig den, och gruppen

³⁶ 3 kap. 3 § första stycket 3 i 1989 års utlänningslag (SFS 1989:529).

³⁷ Prop. 2005/06:6 s. 19 f.

³⁸ UNHCR Guidelines: Gender-Related Persecution, punkt 30; UNHCR Guidelines: ”Membership of a particular social group”, punkt 12.

har en särskild identitet i det berörda landet eftersom den uppfattas som annorlunda av omgivningen. Det framgår att könsrelaterade aspekter ska beaktas, liksom rättstraditioner och sedvänjor, som exempelvis könsstympling, som har ett samband med sökandens kön, i den mån de hör ihop med en välgrundad fruktan för förföljelse.³⁹

Den som på grund av kön känner välgrundad fruktan för förföljelse ska anses som flykting, under samma förutsättningar som den som fruktar förföljelse på annan grund. För att vara berättigad till skydd som flykting krävs att fruktan för förföljelse är välgrundad, det vill säga att fruktan har fog för sig. Bedömningen måste göras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet.⁴⁰ I rättsfallet MIG 2012:12 beviljades tre systrar flyktingstatus på grund av att de känt välgrundad fruktan att utsättas för könsstympling vid ett återvändande till hemlandet. Enligt i målet tillgänglig landinformation utsattes 98 procent av kvinnorna i hemlandet för könsstympling. Migrationsöverdomstolen bedömde det vara sannolikt att föräldrarna inte skulle kunna skydda döttrarna från könsstympling vid ett återvändande till hemlandet och att de därför känt en välgrundad fruktan för att utsättas för ingreppet vid ett återvändande dit.

För att en asylsökande ska anses vara flykting krävs vidare avsaknad av hemlandets skydd. I förarbetena betonas vikten av att beakta samhällsstrukturen i hemlandet och statens vilja och förmåga att erbjuda skydd åt invånarna. Som exempel på situationer som kan ge flyktingskap nämns det fallet att könsstympling är förbjudet i ett land, men att traditionen är så djupt rotad att förbudet inte efterlevs. Om landets myndigheter då inte vidtar nödvändiga åtgärder för att åstadkomma efterlevnad och därmed i realiteten accepterar övergreppet, har kvinnan ingen faktisk möjlighet att erhålla statens skydd.⁴¹

³⁹ Artikel 10.1(d) och skäl 30 i det omarbetade skyddsgrundsdirektivet.

⁴⁰ Prop. 2005/06:6 s. 27 och 34; se även UNHCR Guidelines: Gender-Related Persecution, punkt 9.

⁴¹ Prop. 2005/06:6 s. 28.

Det finns olika anledningar till varför könsstympning utförs på flickor och kvinnor (se avsnitt 2.1), vilket är relevant i bedömningen om flyktingskap. I målet *R.B.A.B. m.fl. mot Nederländerna*⁴² bedömde Europadomstolen att frågan om en flicka eller ung kvinna skulle komma att könsstympas i Sudan främst berodde på hennes föräldrars val och att föräldrar som motsätter sig könsstympning kan förhindra att deras döttrar utsätts för detta mot sin vilja.

⁴² R.B.A.B. m.fl. mot Nederländerna nr. 7211/06.

3 Uteslutning från flyktingskap

3.1 Flyktingdefinitionen

En flykting är enligt 4 kap. 1 § UtL en utlänning som befinner sig utanför det land som utlänningen är medborgare i, därför att han eller hon känner välgrundad fruktan för förföljelse på grund av ras, nationalitet, religiös eller politisk uppfattning eller på grund av kön, sexuell läggning eller annan tillhörighet till en viss samhällsgrupp, och inte kan, eller på grund av sin fruktan inte vill, begagna sig av detta lands skydd. Det gäller oberoende av om det är landets myndigheter som är ansvariga för att utlänningen utsatts för förföljelse eller om dessa inte kan antas erbjuda trygghet från förföljelse från enskilda. Som flykting ska även anses en utlänning som är statslös och som av samma skäl som nyss nämnts befinner sig utanför det land där han eller hon tidigare haft sin vanliga vistelseort och inte kan, eller på grund av sin fruktan inte vill, återvända dit.

3.2 Uteslutningsgrunderna

En förutsättning för att en person ska kunna anses vara flykting är att han eller hon inte omfattas av någon av uteslutningsgrunderna i 4 kap. 2 b § UtL. En utlänning är utesluten från att anses som flykting om det finns synnerlig anledning att anta att han eller hon har gjort sig skyldig till brott mot freden, krigsförbrytelse eller brott mot mänskligheten, på så sätt som dessa definieras i de internationella instrument som har upprättats för att beivra sådana brott, ett grovt icke-politiskt brott utanför Sverige innan han eller hon kom hit, eller gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser enligt inledningen och artiklarna 1 och 2 i Förenta nationernas stadga. En utlänning är också utesluten från att anses som flykting om han eller hon har anstiftat eller på annat sätt deltagit i förövandet av någon av nämnda brott. Bestämmelsen infördes i utlänningslagen för att nå full förenlighet med skyddsgrundsdirektivet och

motsvarar artikel 1F i Genèvekonventionen och artikel 12.2 i skyddsgrundsdirektivet.⁴³ Det finns vissa handlingar som anses vara så allvarliga att de personer som begått dem inte förtjänar internationellt skydd som flyktingar. Syftet med uteslutandegrunderna är att utesluta personer som har begått allvarliga handlingar från internationellt skydd och att förhindra att dessa personer drar orättmätig fördel av asylinstitutet för att undslippa åtal och straff för sina handlingar.⁴⁴

Med tanke på de allvarliga konsekvenser som kan följa av att en sökande utesluts från att vara flykting måste bestämmelsen tolkas restriktivt.⁴⁵ För att en asylsökande ska vara utesluten från att anses som flykting krävs att det finns *synnerlig anledning att anta* att han eller hon har gjort sig skyldig till någon av de gärningar som anges i paragrafen. Enligt förarbetena ska det föreligga en faktisk omständighet som påtagligt visar att man med fog kan anta att han eller hon har begått någon av de i paragrafen uppräknade gärningarna.⁴⁶ De gärningar som anges i paragrafen utgör en uttömmande uppräkningsgrunder för uteslutning.⁴⁷

Frågan om uteslutning ingår som en del i prövningen av om en asylsökande är flykting⁴⁸ och ska göras efter det att personen bedömts vara flykting enligt principen ”inclusion before exclusion”⁴⁹. Det är staten som har bevisbördan för uteslutning och, precis som annars i beslut om flyktingskap, gäller regeln om tvivelmålets fördel (”benefit of the doubt”).⁵⁰ En förutsättning för att den asylsökande ska kunna få förmånen av denna bevislätnadsregel är emellertid att han eller hon gjort ett ärligt försök att

⁴³ Prop. 2009/10:31 s. 106 och 261.

⁴⁴ UNHCR Guidelines: Application of the Exclusion Clauses, punkt 2; se även Andersson (2018) s. 157.

⁴⁵ UNHCR:s handbok, punkt 149; UNHCR Guidelines: Application of the Exclusion Clauses, punkt 2; prop. 2009/10:31 s. 261.

⁴⁶ Prop. 2009/10:31 s. 261.

⁴⁷ UNHCR Guidelines: Application of the Exclusion Clauses, punkt 3.

⁴⁸ MIG 2016:22.

⁴⁹ Wikrén och Sandesjö (2017) s. 218.

⁵⁰ UNHCR Guidelines: Application of the Exclusion Clauses, punkt 34; se även MIG 2011:24 och MIG 2012:14.

styrka sin berättelse och att hans eller hennes allmänna trovärdighet inte ifrågasätts.⁵¹

Angående beviskravet för uteslutning kan noteras att ”synnerlig anledning att anta” används i såväl utlänningslagen som i skyddsgrundsdirektivet, medan ”allvarliga skäl att anta” används i Genèvekonventionen. Migrationsöverdomstolen har uttalat sig om denna skillnad och konstaterat att beviskravet i utlänningslagen bör tolkas stå i överensstämmelse med det i skyddsgrundsdirektivet och Genèvekonventionen.⁵² För att beviskravet ska vara uppfyllt är det inte nödvändigt att den sökande är dömd för brottet, inte heller behöver bevisningen motsvara vad som krävs i ett brottmål. Enligt Migrationsöverdomstolen kan till exempel erkännanden och vittnesmål som är att anse som tillförlitliga vara tillräcklig bevisning för uteslutning.⁵³

Däremot är det nödvändigt att den asylsökande kan åläggas ett individuellt ansvar i förhållande till den kriminella handlingen. Av UNHCR:s riktlinjer framgår att ett individuellt ansvar i allmänhet härleds ur det förhållandet att personen har utfört den kriminella handlingen eller i väsentlig mån medverkat till att den utförts, i medvetande om att hans eller hennes handling eller underlåtenhet kommer att underlätta brottet.⁵⁴

3.3 Särskilt om grovt icke-politiskt brott

En asylsökande är utesluten från att anses som flykting om personen har gjort sig skyldig till ett grovt icke-politiskt brott utanför Sverige innan han eller hon kom hit.

Ett brott är *icke-politiskt* om andra motiv, såsom personliga skäl eller vinst, är dominerande, istället för politiska. I det fall att det inte finns någon tydlig koppling eller det begångna brottet inte står i rimlig proportion till det

⁵¹ UNHCR:s handbok, punkterna 203 och 204; se även MIG 2011:24 och MIG 2012:14.

⁵² MIG 2011:24 och MIG 2012:14.

⁵³ MIG 2011:24 och MIG 2012:14; se även UNHCR Guidelines: Application of the Exclusion Clauses, punkt 35.

⁵⁴ UNHCR Guidelines: Application of the Exclusion Clauses, punkt 18.

uppgivna politiska ändamålet, bör brottet inte anses som politiskt, särskilt inte om det är fråga om ett allvarligt eller avskryvärt brott. Då är istället icke-politiska motiv dominerande.⁵⁵ I vissa rättsordningar är uppfattningen att särskilt utpekade brott per definition är icke-politiska. Här kommer inte någon djupare komparativ studie presenteras, men det kan konstateras att kvinnlig könsstympning är ett exempel på ett sådant brott i Nederländerna⁵⁶, tillsammans med krigsförbrytelser, brott mot mänskligheten, våldtäkt, folkmord, slaveri och människohandel.⁵⁷

För att ett icke-politiskt brott ska anses vara *grovt* krävs enligt UNHCR:s handbok att det har stadgats dödsstraff eller annars ett mycket strängt straff för brottet, medan mindre förseelser med måttliga påföljder inte utgör skäl för uteslutning.⁵⁸ Det framgår inte något straffvärde för vad som är ett mycket strängt straff, men i UNHCR:s riktlinjer anges vissa faktorer till hjälp för att bestämma om ett brott är grovt. För att bestämma om ett icke-politiskt brott är grovt ska hänsyn tas till faktorer som brottets natur, den skada som det typiskt sett medför, förfarandet att väcka åtal för den aktuella typen av brott, typen av straff för den aktuella typen av brott samt huruvida brottet skulle anses vara grovt enligt de flesta jurisdiktioner. Som exempel på grov brottslighet nämns mord, våldtäkt och väpnat rån.⁵⁹ Bedömningen om ett icke-politiskt brott är grovt ska göras utifrån internationella regler och inte utifrån regler i hemlandet eller där gärningen utfördes.⁶⁰

För uteslutning på denna grund är det vidare nödvändigt att göra en avvägning mellan karaktären av det brott den asylsökande antas ha begått och graden av den förföljelse som fruktas. Syftet med uteslutandegrunderna är, som ovan nämnt, bland annat att förhindra att personer drar orättmätig fördel av asylinstitutet för att undslippa åtal och straff för sina handlingar. Är den fruktade förföljelsen mindre allvarlig kan det bli nödvändigt att ta

⁵⁵ UNHCR Guidelines: Application of the Exclusion Clauses, punkt 15; UNHCR:s handbok, punkt 152.

⁵⁶ Kvinnlig könsstympning kategoriseras i Nederländerna som tortyr.

⁵⁷ Rikhof (2012) s. 329.

⁵⁸ UNHCR:s handbok, punkt 155.

⁵⁹ UNHCR Guidelines: Application of the Exclusion Clauses, punkt 14.

⁶⁰ Ibid.

hänsyn till karaktären av det brott som den asylsökande antas ha begått för att avgöra om den asylsökande missbrukar asylinstitutet och i själva verket är en rympling undan rättvisan.⁶¹

3.4 Konsekvenser av uteslutning

Att en person är utesluten från att anses som flykting innebär, enligt förarbetena till utlänningslagen, inte att han eller hon är utesluten från att erhålla skydd på någon annan grund.⁶² En person som är utesluten från att anses som flykting kan emellertid inte erhålla skydd som alternativt skyddsbehövande eller övrig skyddsbehövande. Enligt 4 kap. 2 c § UtIL är en utlänning utesluten från att anses som alternativt skyddsbehövande och övrig skyddsbehövande om det finns synnerlig anledning att anta att han eller hon har gjort sig skyldig till sådana brott eller gärningar som avses i 4 kap. 2 b § första stycket 1 eller 3, har gjort sig skyldig till ett grovt brott, eller utgör en fara för rikets säkerhet.

I det fall en person är utesluten från att anses som flykting och inte kan erhålla uppehållstillstånd på annan grund kan hinder föreligga mot att verkställa beslut om avvisning eller utvisning. Enligt 12 kap. 1 § UtIL får ett beslut om avvisning eller utvisning aldrig verkställas till ett land om det finns skälig anledning att anta att han eller hon där skulle vara i fara att straffas med döden eller att utsättas för kroppsstraff, tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning. Detta är ett absolut förbud mot verkställighet, som även gäller enligt artikel 3 i Europakonventionen och artikel 3 i FN:s antitortyrkonvention och kallas internationellt för principen om non-refoulement.⁶³

⁶¹ UNHCR:s handbok, punkt 156.

⁶² Prop. 2009/10:31 s. 261.

⁶³ Rikhof (2012) s. 413; Andersson (2018) s. 159 ff.

4 Analys

4.1 Kan könsstympning vara grund för uteslutning?

Migrationsdomstolen bedömde kvinnlig könsstympning utgöra grund för uteslutning i mål nummer UM 6195-18 och mål nummer UM 6199-18, med stöd i tolkningen att kvinnlig könsstympning är ett grovt icke-politiskt brott i utlänningslagens mening. I båda fallen har föräldrar som kommit till Sverige konstaterats uppfylla kriterierna för flyktingskap, men uteslutits från detta eftersom de låtit könsstympta sina döttrar i hemlandet innan de kommit till Sverige. Enligt 4 kap. 2 b § UtL finns andra grunder för uteslutning från flyktingskap, men i följande avsnitt kommer fokus fästas vid frågan om kvinnlig könsstympning kan utgöra grund för uteslutning från flyktingskap som ett grovt icke-politiskt brott.

En asylsökande är utesluten från att anses som flykting om personen har gjort sig skyldig till ett grovt icke-politiskt brott utanför Sverige innan han eller hon kom hit. Det framgår inte av förarbetena till bestämmelsen i utlänningslagen om kvinnlig könsstympning är ett grovt icke-politiskt brott. Istället kommer i det följande att undersökas om kvinnlig könsstympning är ett grovt icke-politiskt brott och grund för uteslutning enligt 4 kap. 2 b § UtL utifrån de rekommendationer som ges i UNHCR:s handbok och UNHCR:s riktlinjer.

Ett brott är *icke-politiskt* när andra motiv än politiska är dominerande. Det förefaller finnas olika anledningar till varför kvinnlig könsstympning förekommer. Det motiveras som ett religiöst påbud, utifrån kultur och tradition eller av andra anledningar. Bestämmelsen om uteslutning infördes i utlänningslagen för att nå full förenlighet med skyddsgrundsdirektivet. Av förarbetena framgår att regeringen anser det följa av direktivet att kriterierna för vilka som omfattas av begreppen flykting och alternativt

skyddsbehövande ska vara desamma i samtliga medlemsstater.⁶⁴ I svenska förarbeten och doktrin uttalas inte att könsstymning är ett icke-politiskt brott, men det finns skäl att tro att det kan vara det. Ett exempel på det är att kvinnlig könsstymning per definition är ett icke-politiskt brott i Nederländerna, som också omfattas av skyddsgrundsdirektivet.

Ett brott ska vidare anses vara icke-politiskt om det inte står i rimlig proportion till det uppgivna politiska ändamålet eller om det är fråga om ett allvarligt eller avskryvärt brott. I Sverige är kvinnlig könsstymning kriminaliserat genom lagen med förbud mot könsstymning av kvinnor och anses vara ett allvarligt brott. Ingrepp som innebär kvinnlig könsstymning strider dessutom mot mänskliga rättigheter. En välgrundad fruktan för kvinnlig könsstymning utgör vidare grund för flyktingskap som förföljelse på grund av kön. Det som redogörs för ovan talar enligt min uppfattning för att kvinnlig könsstymning bör betraktas som ett icke-politiskt brott.

Endast på grund av att kvinnlig könsstymning är kriminaliserat i svensk rätt innebär emellertid inte att den som söker skydd som flykting i Sverige ska uteslutas. Det krävs att brottet är *grovt*. Bedömningen om kvinnlig könsstymning är ett grovt icke-politiskt brott ska lämpligen göras utifrån internationella regler. Som exempel på grov brottslighet nämns i UNHCR:s riktlinjer mord, våldtäkt och väpnat rån. Det är emellertid endast en exemplifierande uppräkningslista. För en nyanserad bedömning bör kvinnlig könsstymning analyseras utifrån de faktorer som anges i UNHCR:s riktlinjer. De faktorer som ska bedömas är brottets natur, den skada som det typiskt sett medför, förfarandet att väcka åtal för den aktuella typen av brott, typen av straff som gäller för den aktuella typen av brott samt huruvida brottet skulle anses vara grovt enligt de flesta jurisdiktioner.

Kvinnlig könsstymning är förenat med stora hälsorisker och medför normalt smärta och skador. I förarbetena till en lagändring i lagen med förbud mot könsstymning av kvinnor framhålls att könsstymning är jämförbart med våldtäkt på så sätt att könsstymning, precis som våldtäkt,

⁶⁴ Se avsnitt 3.2; prop. 2009/10:31 s. 106.

är ett brott som begås under starkt integritetskränkande omständigheter. Det är vidare jämförbart med misshandel. Innan lagen med förbud mot könsstympning av kvinnor kunde kvinnlig könsstympning räknas som misshandel eller grov misshandel enligt brottsbalken. Detta talar enligt min uppfattning för att kvinnlig könsstympning på grund av *brottets natur* och *den skada som det typiskt sett medför* kan vara ett grovt icke-politiskt brott.

Även förfarandet vid väckande av åtal ska bedömas. Brott mot lagen med förbud mot könsstympning av kvinnor faller under allmänt åtal, precis som mord, våldtäkt och väpnat rån. Brott mot lagen med förbud mot könsstympning är vidare undantaget kravet på dubbel straffbarhet, vilket anses motiverat enligt förarbetena på grund av att könsstympning är ett så allvarligt brott. Jag menar att även *förfarandet att väcka åtal* för den aktuella typen av brott talar för att kvinnlig könsstympning är ett grovt icke-politiskt brott.

Ytterligare en faktor som ska bedömas är hur brottet bestraffas. För brott mot lagen med förbud mot könsstympning av kvinnor döms till fängelse, även när brottet med hänsyn till omständigheterna är mindre grovt. Den tidigare möjligheten att döma till böter har utmönstrats ur straffskalan. Det icke-grova könsstympningsbrottet har ansetts jämförbart med grov misshandel och våldtäkt och har ett högre straffminimum än det grova misshandelsbrottet och samma straffskala som gäller för våldtäkt. Det grova könsstympningsbrottet har ansetts jämförbart med synnerligen grov misshandel och grov våldtäkt.

Det finns olika typer av könsstympning, som är mer eller mindre omfattande. Toubia menar att det finns en felaktig bild av att könsstympning oftast utförs som infibulation.⁶⁵ Eftersom infibulation är den typ av könsstympning som är mest omfattande kan denna bild, speglad i migrationsrätten, tänkas leda till en slutsats att könsstympning alltid är ett grovt brott i utlänningslagens mening. Jag kommer dock till slutsatsen att brottet, om det är icke-grovt eller grovt, alltid bör betraktas som grovt

⁶⁵ Toubia (1999) s. 4.

oberoende av detta, mot bakgrund av *typen av straff* som döms ut för brottet. Alla typer av könsstympling är kriminaliserat i svensk rätt och böter har utmönstrats ur straffskalan. Om det icke-grova könsstymplingsbrottet är jämförbart med våldtäkt, som är grov brottslighet enligt UNHCR:s riktlinjer, är det troligt alla typer av könsstympling utgör grov brottslighet i utlänningslagens mening.

Det mindre grova könsstymplingsbrottet avser inte en mildare typ av könsstympling, utan särskilda situationer. Brottet anses mindre grovt endast i fall där ingreppet utförts på en vuxen kvinna som samtyckt och ingreppet fått mycket lindriga följder. Beträffande det mindre grova brottet är det svårt att avgöra om det ska bedömas som ett grovt icke-politiskt brott i utlänningslagens mening. I de två ovan nämnda rättsfallen, när föräldrar låtit könsstympla sina döttrar, kan emellertid inte ingreppen ses som mindre grova, eftersom brottsoffren varit barn.

I UNHCR:s riktlinjer anges även att hänsyn ska tas till *huruvida brottet skulle anses vara grovt enligt de flesta jurisdiktioner*. Det finns här anledning att kort redogöra för vad som gäller enligt andra jurisdiktioner. Enligt Rikshof, som har undersökt rättspraxis i flera länder, bedöms mord, tortyr, misshandel, våldtäkt, narkotikahandel och mordbrand vara grov brottslighet i flera jurisdiktioner.⁶⁶ Det framgår dock inte att kvinnlig könsstympling är ett grovt brott, utan bara att det i Nederländerna betraktas som ett icke-politiskt brott. Denna utblick kan visserligen tala emot att könsstymplingsbrottet ska betraktas som ett grovt icke-politiskt brott, men kan också tala för detta, eftersom straffrättsligt jämförbara brott har ansetts vara grova i Rikshofs undersökning.

Emellertid kan argumenteras mot att kvinnlig könsstympling ska betraktas som ett grovt icke-politiskt brott på grund av den straffrättsliga åtalsbegränsningen (se avsnitt 2.2.1.3) och att uteslutningsgrunderna ska tillämpas restriktivt.

⁶⁶ Rikhof (2012) s. 344 f.

4.2 Vilka problem kan aktualiseras i mål om uteslutning på grund av könsstympning?

I föregående avsnitt har redogjorts för att könsstympning kan utgöra grund för uteslutning från flyktingskap. Förhoppningsvis klargörs rättsläget när Migrationsöverdomstolen avkunnar dom i de två mål som fått prövningstillstånd. Trots detta finns en risk att rättsläget även efter att dom avkunnats är delvis oklart. Det finns ett problem i att den asylsökande kan ha varit i rättsvillfarelse vid gärningstillfället. Utöver det kan problem uppstå i bevishänseende. I det följande kapitlet ska dessa problem belysas.

För att en asylsökande ska uteslutas från flyktingskap krävs att personen har gjort sig skyldig till ett grovt icke-politiskt brott utanför Sverige *innan han eller hon kom hit*. Bedömningen om gärningen utgör ett grovt icke-politiskt brott ska göras utifrån internationella regler, enligt vilka könsstympning ses som ett allvarligt brott. Emellertid finns länder där kvinnlig könsstympning inte är kriminaliserat, men också länder där det förekommer trots förbud. Noterbart här är att det saknar betydelse för bedömningen i mål om uteslutning om könsstympning är kriminaliserat i landet där gärningen utfördes eller inte, vilket medför att en person kan agera i enlighet med inhemsk lag och tradition, men samtidigt riskera sin rätt till skydd som flykting i framtiden. Det är möjligt att ifrågasätta om detta är rimligt, men undertecknad är ödmjuk inför att frågan är mycket mångbottnad och svårbesvarad.

Kvinnlig könsstympning förekommer av olika anledningar. Det kan genomföras trots kunskap om hälsomässiga risker, men utan syfte att skada, när de sociala fördelarna värderas högre. Kvinnlig könsstympning kan leda till allvarliga fysiska och psykiska skador, men att inte vara könsstympad kan få sociala konsekvenser och leda till utfrysning och utanförskap. Mot bakgrund av detta kan det anses etnocentriskt att tala om könsstympning som ett allvarligt eller avskyvärt brott och att den förälder som har utfört eller låtit annan utföra könsstympning på sina döttrar ska uteslutas från

flyktingskap. Denna diskussion är såväl politisk som rättsideologisk, men skulle även kunna påverka och skapa problem för bedömningen i enskilda fall.

Även om Migrationsöverdomstolen klargör rättsläget och konstaterar att kvinnlig könsstympning kan utgöra grund för uteslutning återstår vissa frågor. Kommer en person som varit i rättsvillfarelse att bedömas på samma sätt som en person som inte är det? Kan det finnas förmildrande omständigheter som ska beaktas och kan kulturella och sociala påtryckningar utgöra sådana? Om flickan själv inte fördömer att föräldrarna låtit könsstympa henne, kan det påverka bedömningen? I de två målen som har beviljats prövningstillstånd till Migrationsöverdomstolen menade föräldrarna att könsstympning är tradition och att den äldre generationen beslutar om könsstympning i landet där ingreppet utfördes. Det är inte omöjligt att Migrationsöverdomstolen avhandlar dessa frågeställningar i den kommande domen. Det finns emellertid en del praktiska problem som kan uppstå i processer som dessa och som snarare handlar om flickans eller kvinnans inställning till ingreppet och förhållande till den som har utfört det.

För att en asylsökande ska vara utesluten från flyktingskap av den anledningen att han eller hon har utfört eller låtit annan utföra könsstympningsbrott mot en flicka kan krävas att flickan själv berättar om ingreppet. Jag kan tänka mig flera anledningar till att flickan skulle välja att inte berätta. En sådan anledning skulle kunna vara att flickan inte moraliskt klandrar den som utfört ingreppet. Flickan kan också vara införstådd med att föräldrarnas flyktingskap kan riskeras och därför inte berättar, vilket är ett problem i bevishänseende. Även om en del frågor får svar när domen från Migrationsöverdomstolen avkunnas kommer mål som aktualiserar dessa frågor fortfarande omgärdas av flera svårlösta problem.

5 Sammanfattande slutsatser

I uppsatsen har konstaterats att grovt icke-politiskt brott utgör grund för uteslutning enligt 4 kap. 2 b § UtL. Det har vidare konstaterats att bestämmelsen måste tolkas restriktivt med tanke på de allvarliga konsekvenser som kan följa av att en sökande utesluts. Att en person är utesluten från att anses som flykting innebär förvisso inte att han eller hon är utesluten från att erhålla uppehållstillstånd på annan grund, men inte på grund av skyddsbehov.

En grundläggande del av svensk migrationspolitik är att bereda skydd åt människor som kommit till Sverige och är flyktingar. Samtidigt finns ett intresse av att inte låta asylinstitutet missbrukas av den som försöker undslippa åtal och straff för brott som har begåtts innan personen kommit till Sverige. Det är nödvändigt att göra en avvägning mellan karaktären av det brott den asylsökande antas ha begått och graden av den förföljelse som fruktas, framförallt när det är fråga om ett grovt icke-politiskt brott. Syftet med uteslutandegrunderna är dels att inte låta asylinstitutet missbrukas av den som försöker undslippa åtal och straff för sina handlingar, dels att utesluta personer som har begått allvarliga handlingar från internationellt skydd. Dessa personer förtjänar inte internationellt skydd som flyktingar.

Jag har i uppsatsen undersökt om kvinnlig könsstympning är ett sådant allvarligt brott som kan leda till uteslutning från flyktingskap. Det finns mycket som talar för att kvinnlig könsstympning kan vara ett grovt icke-politiskt brott som medför uteslutning från flyktingskap. Emellertid finns vissa skillnader mellan könsstympningsbrottet och andra brott, som våldtäkt och mord, som har konstaterats utgöra grov brottslighet. Kvinnlig könsstympning innebär ett allvarligt brott enligt svensk rättsuppfattning, men synen på könsstympning kan vara annorlunda i andra delar av världen. I mål om uteslutning medför detta vissa svårlösta problem som bygger på sociala och kulturella olikheter.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Ds 1981:3 Kvinnlig omskärelse.

Prop. 1981/82:172 om förbud mot omskärelse av kvinnor.

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

Prop. 1997/98:55 Kvinnofrid.

Prop. 1998/99:70 Könstymning – borttagande av kravet på dubbel straffbarhet.

Prop. 2005/06:6 Flyktingskap och förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning.

Prop. 2009/10:31 Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet.

Prop. 2013/14:248 Genomförande av det omarbetade skyddsgrundsdirektivet.

Prop. 2016/17:108 Straffskalorna för vissa allvarliga våldsbrott.

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

SOU 2004:31 Flyktingskap och könsrelaterad förföljelse.

Litteratur

Andersson, Torbjörn m.fl.: *Juridikens termer*, 10:e uppl. Stockholm 2015.

Andersson, Simon m.fl.: *Bevis & Prövning av migrationsärenden*, 3:e uppl. Stockholm 2018.

Kleineman, Jan: 'Rättsdogmatisk metod', i: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. Lund 2013 s. 21-45.

Rahman, Anika och Toubia, Nahid (red.): *Female Genital Mutilation: a guide to laws and policies worldwide*. London 2000.

Rikhof, Joseph: *The criminal refugee: the treatment of asylum seekers with a criminal background in international and domestic law*. Dordrecht 2012.

Toubia, Nahid: 'Evolutionary cultural ethics and the circumcision of children', i: Denniston, George C., Hodges, Frederick Mansfield. och Milos,

Marilyn Fayre. (red.), *Male and female circumcision; medical, legal, and ethical considerations in pediatric practice*. New York 1999 s. 1-7.

Wikrén, Gerhard och Sandsjö, Håkan: *Utlänningslagen: med kommentarer*, 11:e uppl. Stockholm 2017.

Elektroniska källor

UNICEF: *Female genital mutilation/cutting: a statistical exploration*. New York 2005. Tillgänglig: https://www.unicef.org/publications/files/FGM-C_final_10_October.pdf, besökt 2019-04-14. [UNICEF 2005]

WHO: *Eliminating female genital mutilation: an interagency statement*. Genève 2008. Tillgänglig:

https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/43839/9789241596442_eng.pdf?sequence=1, besökt 2019-05-14. [WHO 2008]

UNHCR

Handbook on procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 convention and the 1967 protocol relating to the status of refugees (Reissued 2019).

Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/02/01.

Guidelines on International Protection: "Membership of a particular social group" within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/02/02.

Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/03/05.

Förenta nationerna

Barnrättskommittén/UN Committee on the Rights of the Child. Allmänna kommentarer nr. 4: Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child, CRC/GC/2003/4.

Barnrättskommittén/UN Committee on the Rights of the Child. Allmänna kommentarer nr. 13: The right of the child to freedom from all forms of violence, CRC/C/GC/13.

Rättsfallsförteckning

Europadomstolen

R.B.A.B. m.fl. mot Nederländerna, nr. 7211/06, dom 7 juni 2016.

Izevbekhai m.fl. mot Island, nr. 43408/08, dom 17 maj 2011.

Migrationsdomstolen

UM 6195-18 Förvaltningsrätten i Stockholm, dom 30 juli 2018.

UM 6199-18 Förvaltningsrätten i Stockholm, dom 30 juli 2018.

Migrationsöverdomstolen

MIG 2011:24

MIG 2012:12

MIG 2012:14

MIG 2016:22