



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Ingrid Holm

Barnets bästa i främsta rummet?

En analys av hur bestämmelsen om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter tillämpas på barn

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin: 6

Innehåll

SUMMARY	4
FÖRKORTNINGAR	8
1 INLEDNING	9
1.1 Bakgrund	9
1.2 Syfte och frågeställning	10
1.3 Metod	11
1.4 Material och forskningsläge	11
1.5 Disposition	13
2 BARNETS BÄSTA	14
2.1 Barnets bästa i Barnkonventionen	14
2.1.1 Barnkonventionen	14
2.1.2 Barnets bästa	14
2.2 Barnets bästa i utlänningslagen	16
3 SYNNERLIGEN ÖMMADE OMSTÄNDIGHETER	18
3.1 Synnerligen ömmande omständigheter	18
3.1.1 Bakgrund och syfte	18
3.1.2 Innebörd	19
3.2 Synnerligen ömmande omständigheter som rör barn	20
3.2.1 Bakgrund och syfte	20
3.2.2 Innebörd	21
4 TILLÄMPNING	23
4.1 Bakgrund	23
4.2 Hälsotillstånd	23
4.3 Anpassning till Sverige	26
4.4 Situationen i hemlandet	29
4.5 Beaktande av barnets bästa	31

5 SAMMANFATTANDE ANALYS	33
5.1 Överensstämmelse mellan syfte och tillämpning	33
5.2 Överensstämmelse mellan tillämpning och barnet bästa	35
BILAGA A	38
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	39
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	41

Summary

The regulation enabling a right of residence as a result of particularly distressing circumstances was introduced in the new Aliens Act in 2005. According to the regulation, an alien can be granted a right of residence if there are particularly distressing circumstances. Especially the alien's health, adaption to Sweden and the situation in the home-nation shall be considered during the assessment. The new regulation also contains a clarification of the importance of considering the best interest of the child when children are concerned by the assessment. This clarification, which can be found in the second part of the regulation, tells us that children's reasons for a right of residence can be of slightly less gravity than those pertaining to adult individuals. The main reason for this clarification was that the paragraph claiming that the best interest of the child has to be considered in all cases concerning children had had a limited effect.

There has been a vivid debate since the introduction of the regulation about particularly distressing circumstances about whether or not the regulation has had the intended effect and whether or not the regulation has been implemented according to its purpose.

This thesis examines how the regulation about particularly distressing circumstances has been implemented in cases concerning children and whether or not that implementation can be considered coherent with its purpose. Further on, the thesis also examines how the principle of the best interest of the child has influenced this implementation and whether or not the current implementation of the regulation can be considered coherent with the best interest of the child.

The purpose of the regulation about particularly distressing circumstances when it concerns children was to clarify the importance of a consideration of the best interest of the child in cases concerning children. Preparatory-work tells us that children's reasons for a right of residence can be of slightly less gravity than those pertaining to adult individuals. It is also stated that the purpose of the regulation is to create a slightly more lenient praxis in cases concerning children. In its rulings, the supreme court of migration has stuck to a restrictive and harsh implementation where the difference between children and adult individuals has been extremely fractional.

The supreme court of migration has frequently raised the principle of the best interest of the child in cases concerning children but too seldom has there been any actual evaluation of the best interest of the child in the particular case. This, however, does not mean that the implementation of the regulation generally can be considered incoherent with the best interest of the child. Neither can it be proclaimed to be generally coherent. No further protection for the best interest of the child can be considered to have emerged, however, by the fact that the court frequently raises the principle of the best interest of the child. Instead, the best interest of the child needs to be assessed and considered during the complete ruling process.

Sammanfattning

Bestämmelsen om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter infördes i den nya utlänningslagen 2005. Enligt bestämmelsen kan en utlänning beviljas uppehållstillstånd om det föreligger synnerligen ömmande omständigheter och vid bedömningen ska särskild hänsyn tas till utlänningens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situationen i hemlandet. I den nya bestämmelsen fördes även in ett förtydligande om principen om att barnets bästa skulle beaktas vid en prövning som rör barn. Detta förtydligande utgör bestämmelsens andra stycke som fastställer att lite lägre krav kan ställas på barns skäl för uppehållstillstånd. Anledningen till detta förtydligande var att den portalparagraf om barnets bästa som förts in i utlänningslagen nästan tio år tidigare inte hade fått tillräcklig genomslagskraft.

Sedan införandet av bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter har en debatt pågått huruvida bestämmelsen nått avsett resultat och om bestämmelsen tillämpas i enlighet med det syfte som angavs i förarbetena.

Detta arbete undersöker hur tillämpningen av bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter ser ut i fall som rör barn och om tillämpningen överensstämmer med se syften som angavs vid införandet av bestämmelsen. Arbetet undersöker även vilken roll principen om barnets bästa spelar vid denna tillämpning och om tillämpningen överhuvudtaget kan anses vara förenlig med principen om barnets bästa.

Syftet med införandet av bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter som rör barn var att förtydliga att principen om barnets bästa ska beaktas i fall som rör barn. Förarbetena är tydliga i att när det gäller barn ska kraven på allvaret och tyngden i de omständigheter som åberopas vara lite lägre än när det gäller vuxna. Det uttalas även att syftet med bestämmelsen är att mildra den praxis som gäller barn. Migrationsöverdomstolen har dock i sina avgöranden rörande bestämmelsen hållit fast vid en mycket restriktiv och strikt tillämpning där skillnaderna på de krav som ställs på barns skäl och vuxnas skäl är ytterst marginella.

Principen om barnets bästa lyfts ofta fram av Migrationsöverdomstolen i fall som rör barn men alldeles för sällan sker någon bedömning av barnets bästa i det enskilda fallet. Att barnets bästa beaktas i avgörandena framgår därför ytterst sällan. Det betyder däremot inte att domstolstillämpningen kan anses generellt strida mot principen om barnets bästa, men den kan heller inte generellt anses förenlig med densamma. Något förstärkt skydd för barnets bästa kan inte anses ha uppstått på grund av att Migrationsdomstolen i hög grad lyfter fram principen, viktigt är istället att i varje enskilt fall som rör barn utreda och beakta barnets bästa under hela beslutsprocessen.

Förkortningar

Barnkonventionen	Förenta nationernas konvention den 20 november 1989 om barnets rättigheter
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
MIG	Migrationsöverdomstolens avgörande
Prop	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
UtlL	Utlänningslagen (SFS 2005:716)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Idag ser vi massiva mängder människor förflytta sig på grund av olika orsaker. Många flyr undan katastrofer och orättvisor och söker efter bättre liv i andra länder. 2012 tog Sverige emot över 40 000 asylsökande, en ökning med nästan 50% från året innan. Det var det största antalet på 20 år.¹ Antalet barn och ungdomar ökade också för sjunde året i rad och väntas bli fortsatt stort kommande år.² Det är alltså i dagens samhälle oerhört aktuellt att tala om flyktingar och invandringspolitik.

2005 infördes en ny instans- och processordning och en ny utlänningslag. Enligt utlänningslagen (SFS 2005:716, UtlL) kan utlännningar få uppehållstillstånd i Sverige på olika grunder, t.ex. som flykting, via anhörig eller för att arbeta. Uppehållstillstånden kan vara permanenta eller tidsbegränsade. En bestämmelse som infördes i den nya lagen var bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter. Bestämmelsen kan ses som en form av uppsamlingsbestämmelse. Bestämmelsen säger att om uppehållstillstånd inte kan ges på annan grund får tillstånd ges utlännings om det vid en samlad bedömning föreligger *synnerligen ömmande omständigheter*.³ Andra stycket behandlar de situationer då barn är inblandade. Stycket konstaterar att barn kan medges uppehållstillstånd enligt paragrafen även om omständigheterna inte är av samma allvar och tyngd som krävs för att vuxna ska beviljas uppehållstillstånd.⁴ Bestämmelsen är ett resultat av Sveriges åtaganden enligt FN:s konvention om barnets rättigheter (Barnkonventionen) och kompletteras av en portalbestämmelse i 1 kap 10§ i UtlL om barnets bästa. Förarbeten uttalar ändå tydligt att vara barn inte är ett asylskäl i sig och sedan införandet har det faktiska genomslaget av bestämmelsen debatterats.⁵ Det finns här en intressekonflikt mellan samhällets önskan att reglera invandringen och individens humanitära situation. Speciellt när det rör barn, som kanske är allra mest utsatta, blir avvägningen mellan olika intressen mycket känslig. Denna avvägning är central för den diskussion som följer om bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter.

¹ Migrationsverkets årsredovisning 2012 s. 3.

² Migrationsverkets årsredovisning 2012 s. 3.

³ 5 kap 6§ UtlL.

⁴ 5 kap 6§ första stycket UtlL.

⁵ Se t.ex. Rädda Barnens rapport *Nytt system gamla brister*; Röda Korsets rapport *Ny utlänningslag under lupp*; Tidsskriften Advokaten, *Risk att barns asylskäl glöms bort*, nr 3 2010.

1.2 Syfte och frågeställning

Jag vill utreda hur bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter i UtL tillämpas när barn berörs. Jag vill också undersöka hur portalparagrafen i 1 kap 10§ UtL om barnets bästa har påverkat denna tillämpning. Slutligen vill jag föra en diskussion kring hur tillämpningen av bestämmelserna överensstämmer med de syften i vilka bestämmelserna infördes.

Syftet med uppsatsen är alltså att undersöka hur bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter tillämpas när barn berörs av prövningen, samt hur denna tillämpning förhåller sig dels till det syfte i vilket bestämmelsen infördes, dels till principen om barnets bästa.

Följande frågeställningar är centrala för framställningen:

- Hur tillämpas bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter när barn berörs av prövningen?
- Är denna tillämpning i linje med de syften som man avsåg att uppnå i och med inrättandet av bestämmelsen?
- Är tillämpningen av bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter i överensstämmelse med principen om barnets bästa enligt portalparagrafen om barnets bästa i UtL och artikel 3 i Barnkonventionen?

Värt att nämna i sammanhanget är att barnets bästa i utlänningslagen kommer till uttryck främst i tre bestämmelser. Den *första* (1 kap 10§) är portalparagrafen om barnets bästa som motsvarar artikel 3 om barnets bästa i Barnkonventionen. Den *andra* (1 kap 11§) fastslår att barn ska höras om det inte anses olämpligt och motsvarar artikel 12 om barnets rätt att höras i Barnkonventionen. Den *tredje* (5 kap 6§ 2 stycket) är ett förtydligande av barnets bästa i en specifik situation, nämligen när det rör synnerligen ömmande omständigheter. Jag har i min framställning valt att fokusera på den *första* och *tredje* bestämmelsen. Den bestämmelse jag har valt att utesluta är inte på något vis ointressant för diskussionen⁶, men avgränsningen är naturlig då de andra två bestämmelserna hör ihop och knappast kan behandlas fristående från varandra. Även artikel 3 i Barnkonventionen är av intresse för framställningen då det är därifrån principen om barnets bästa hämtats.

⁶ Om detta kan man läsa t.ex. i Rädna Barnens rapport *Nytt system gamla brister* s. 32f.

1.3 Metod

Jag kommer använda mig av klassisk juridisk metod (eller rättsdogmatisk metod) för att försöka fastställa dels hur rätten ser ut och dels hur rätten tillämpas. För att genomföra detta har jag använt mig av rättskällor och litteratur.

Den praxis som behandlas i framställningen är främst avgöranden från Migrationsöverdomstolen, den högsta instansen för utlänningsärenden. Under perioden 2005-2013 har drygt 30 fall på ett väsentligt vis⁷ rört bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter. I 14 fall under samma tidsperiod har uppehållstillståndet/en också rört barn.⁸ Samtliga 14 fall kommer användas i framställningen. Även äldre praxis⁹ kommer beröras, men endast i mycket liten utsträckning på grund av det begränsade utrymmet. Praxisen kommer att undersökas såväl kvantitativt som kvalitativt. Den kvantitativa undersökningen består främst av att undersöka i vilken utsträckning olika begrepp eller inlägg *nämns* i praxis. Den kvantitativa undersökningen redovisas till viss del i den tabell som finns i bilaga A. Den kvalitativa undersökningen syftar till att analysera om och hur dessa begrepp och inlägg faktiskt *beaktas* i praxis.

Jag kommer i samband med mina första två frågeställningar att tillämpa ett internrättsligt kritiskt perspektiv – d.v.s. jag kommer kritiskt analysera rättsregeln i svensk lag och tillämpningen av rättsregeln med utgångspunkt i rättsregelns syfte. Jag kommer även att kritiskt analysera rättsregeln utifrån dess överensstämmelse med dels en annan svensk rättsregel, dels en internationell konvention till vilken Sverige är part.

1.4 Material och forskningsläge

Grunden för min framställning om synnerligen ömmande omständigheter har jag hämtat från förarbeten och domstolsavgöranden. Jag har också använt mig av lagkommentarer från

⁷ I vissa fall har synnerligen ömmande omständigheter varit huvudfrågan, i andra fall har det i alla fall på ett väsentligt vis behandlats. Det bör noteras att bestämmelsen är en form av ”sista utväg” och som sådan åberopas av många som söker uppehållstillstånd utan att riktig grund finns. I dessa fall avfärdar domstolen yrkandet och jag har därför inte räknat med dessa fall.

⁸ Det kan röra ensamkommande barn såväl som barn som är medsökande till en eller båda föräldrar.

⁹ Äldre praxis hänför sig till den gamla bestämmelsen om humanitära skäl i 1989 års UtIL.

Karnov samt *Utlänningslagen: med kommentar* av Gerhard Wikrén och Håkan Sandesjö. Förvånads vis nog finns det inte allt för mycket skrivet om ämnet i form av doktrin. Det kan förklaras av att bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter är förhållandevis ny. Däremot finns det mycket skrivet om ämnet i form av rapporter från ideella organisationer. Dessa är dock problematiska i att de ofta är utformade för att bevisa en särskild ståndpunkt, och inte är utredande på ett objektiva plan. Dessa rapporter kommer därför endast användas för att ge en insyn i hur debatten ser ut. En rapport är skriven i ett samarbete mellan en högskola och en frivilligorganisation.¹⁰

Inom ämnet barnets bästa finns lite mer litteratur att tillgå. För framställningen om barnets bästa har jag hämtat information från svenska förarbeten, speciellt i samband med införandet av Barnkonventionen men också senare utredningar. Jag har även använt *Barnets bästa i ett mångkulturellt samhälle* av Johanna Schiratzki, professor i rättsvetenskap, skriften *Konventionen om barnets rättigheter* som är skriven av före detta kommissionären Thomas Hammarberg och utgiven av Utrikesdepartementet. Information har även hämtats från uttalanden och generella kommentarer från FN:s barnrättskommitté.

Kring frågor som den följande framställningen kommer behandla finns det mycket att hämta i form av förarbeten och avgöranden. Debatten har däremot i stor utsträckning skett inom ideell sektor¹¹, men även genom den statliga myndigheten Barnombudsmannen¹² och i en artikel i Tidskriften Advokaten.¹³ Forskning i frågorna har skett i viss utsträckning. Nämnvärda är Schiratzkis *Barnets bästa i ett mångkulturellt samhälle* och Eva Nilssons avhandling *Barn i rättens gränsland*. Båda verk är några år gamla och angriper ett större ämne, även om de också behandlar de frågor jag kommer behandla i viss utsträckning. Vidare finns ett par juridiska examensarbeten som berör liknande frågor,¹⁴ där fram för allt ett arbete behandlar ett mycket likt problem.¹⁵ Arbetet, som heter *Barnets bästa och uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter*, lägger fokus vid begreppet barnets bästa i UtlIL och

¹⁰ Se Lundberg, *Principen om barnets bästa i asylprocessen*, 2009. Rapporten var ett samarbete mellan BRIS och Malmö Högskola.

¹¹ Röda Korset, *Ny utlänningslag under lupp*; Rädda Barnens, *Nytt system gamla brister. Barns egna asylskäl efter ett år med den nya instans- och processordningen*.

¹² Barnombudsmannen, *Barnombudsmannens årsrapport 2009: Kom närmare – Om att överbygga avståndet mellan barn och vuxna*.

¹³ Tidskriften Advokaten, *Risk att barns asylskäl glöms bort*, nr 3 2010.

¹⁴ Se t.ex. Bönner, *Barnets bästa och uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter*, 2010; Brost, *Synnerligen ömmande omständigheter. Praktisk tillämpning av gällande rätt*, 2012.

¹⁵ Bönner, *Barnets bästa och uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter*, 2010.

kopplar det till tillämpningen av bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter. Min framställning är annorlunda i att fokus ligger på en utvärdering av hur begreppet synnerligen ömmande omständigheter tillämpas i jämförelse med bestämmelsens syfte, men där självklart även barnets bästa spelar en viktig roll.

1.5 Disposition

Följande framställning kommer bestå av fyra delar. Begreppet barnets bästa utreds i den första delen medan bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter utreds i den andra och tredje delen där fokus först ligger på bestämmelsens syfte och innebörd och sedan på den praktiska tillämpningen. Slutligen kommer jag i en sammanfattande analys diskutera och sammanställa de resultat och de frågor som framställningen skildrat.

Då bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter för barn är så nära kopplad till bestämmelsen om barnets bästa är det för framställningen viktigt att först utreda begreppet barnets bästa dels i utlänningslagstiftningen, dels i dess ursprungliga form i Barnkonventionen. När begreppet utretts kan vi mer framgångsrikt granska bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter. Innebörden av bestämmelsen kommer fullt ut kunna klargöras först i den tredje del där domstolstillämpningen kommer beskrivas genom en redogörelse av praxis, främst från Migrationsöverdomstolen men även äldre praxis. I denna tredje del kommer även betydelsen av barnets bästa i domstolstillämpningen utredas, bland annat med hjälp av en tabell som finns i bilaga A. Jag kommer under kartläggningen av praxisen löpande diskutera det som beskrivs, även om den sammanfattande analysen kommer ske först i den fjärde och avslutande delen av framställningen.

2 Barnets bästa

2.1 Barnets bästa i Barnkonventionen

2.1.1 Barnkonventionen

Barnkonventionen antogs av FN:s generalförsamling 20 november 1989 och Sverige ratificerade konventionen ett år senare. I dag är konventionen ratificerad av nästan alla världens länder.¹⁶ Konventionen är alltså folkrättsligt bindande i Sverige, även om den inte är implementerad som lag och därför inte bindande för domstolar att tillämpa direkt.¹⁷ Vid det svenska införandet ansågs svensk lag stå i god överensstämmelse med konventionen¹⁸, men eftersom att Sverige har valt att inte inkorporera konventionen i sin helhet har svensk lag fortfarande företräde när konflikt uppstår mellan svensk lag och konventionen.

Enligt art 43 i Barnkonventionen ska en kommitté för barnets rättigheter granska de framsteg som konventionsstaterna gör för att förverkliga sina skyldigheter enligt konventionen. FN:s barnrättskommitté har rekommenderat Sverige att implementera Barnkonventionen som lag samt att säkerställa att Barnkonventionen har företräde framför svensk lag vid lagkonflikter.¹⁹ I skrivande stund pågår en utredning om huruvida Barnkonventionen ska implementeras i svensk lag.²⁰ Utredningen ska redovisas 2015.

2.1.2 Barnets bästa

Barnets bästa är en av de fyra centrala principerna i Barnkonventionen. De fyra grundprinciperna genomsyrar konventionen och alla andra artiklar ska läsas med grundprinciperna i åtanke.²¹

Artikel 3 i Barnkonventionen fastställer att barnets bästa ska komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn, oavsett om de vidtas av offentliga eller privata sociala

¹⁶ 193 länder hade ratificerat konventionen i skrivande stund enligt UNTC:s hemsida - https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en.

¹⁷ På så vis som t.ex. Europakonventionen är.

¹⁸ Prop. 1989/90:107 s. 28.

¹⁹ Se CRC/C/SWE/CO/4 punkt 10.

²⁰ Dir. 2013:35.

²¹ Hammarberg s. 10. Övriga principer återfinns i art 2, 6 och 12.

välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ. Det betyder att principen om barnets bästa ska gälla inom alla samhällsområden.²²

Trots att barnets bästa alltså är en av de viktigaste principerna inom barnrätten saknas en närmare definition av begreppet.²³ Bland jurister finns dock en viss enighet om att barnets bästa ska betraktas som ett *öppet koncept* – d.v.s. att det ska tolkas med utgångspunkt i en helhetsbedömning av barnets situation.²⁴ Att se barnets bästa som ett öppet koncept innebär att det ska överensstämma med kulturella och moraliska värderingar. Detta resulterar i att vad barnets bästa är kommer variera beroende på i vilket samhälle barnet befinner sig.²⁵ Det öppna konceptet innebär både fördelar och nackdelar. Systemet blir flexibelt och kan lätt anpassas efter den enskilde, samtidigt som likhet inför lagen och förutsebarhet riskerar att äventyras.²⁶

Det framgår av konventionens förarbeten att barnets bästa i artikel 3 är en portalbestämmelse som kan tillämpas på alla områden.²⁷ Formuleringen i artikeln är bred och en aning vag och markerar att barnets bästa inte kan vara det enda övergripande målet utan även andra viktiga intressen måste kunna vägas in.²⁸ Som ett exempel har angivits att rättvisa och samhället i stort kan vara minst av lika stor vikt som barnets bästa.²⁹

Barnkonventionen medger alltså en avvägning mellan barnets bästa och andra intressen.³⁰ FN:s barnrättskommitté har dock strävat efter att begränsa möjligheten att alltför fritt tolka begreppet barnets bästa. De har betonat att tolkningen av barnets bästa måste vara förenlig med barnkonventionens anda. På det viset kan man påstå att barnets bästa också begränsas av barnets rättigheter.³¹

²² Se SOU 1997:116 s. 118f.

²³ Schiratzki s. 52.

²⁴ Schiratzki s. 52; prop 1989/90:107 s. 28.

²⁵ Schiratzki s. 53.

²⁶ Schiratzki s. 53.

²⁷ Se SOU 1997:116 s. 119.

²⁸ Se SOU 1997:116 s. 120f.

²⁹ Se SOU 1997:116 s. 120f.

³⁰ Schiratzki s. 54.

³¹ Schiratzki s. 56.

2.2 Barnets bästa i utlänningslagen

En portalparagraf om barnets bästa infördes 1997 i UtlL och finns idag i lagens 1 kap 10§.³² Enligt paragrafen ska i ärenden som rör barn barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt särskilt beaktas. Bestämmelsen hade vid införandet Barnkonventionens artikel 3 som förebild.³³ Regeringen motiverade lagändringen med att starka skäl fanns för att ta särskild hänsyn till barn i asylprocessen på grund av att de oftast inte själva valt att lämna sitt land och eftersom att de i mindre utsträckning än vuxna kan förutse följderna.³⁴ Det framhölls att portalbestämmelsen skulle få betydelse i flertalet situationer, t.ex. när det är fråga om bedömning av om de aktuella humanitära skälen³⁵ i ett specifikt fall är tillräckligt starka.³⁶

I samband med införandet av paragrafen betonades också att barn kan ha egna asylskäl och ett barns rätt till uppehållstillstånd ska prövas på samma sätt som en vuxens.³⁷

Vid införandet diskuterades även hur paragrafen skulle påverka rättstillämpningen. En utgångspunkt var att barnets bästa generellt inte kan ta över det svenska samhällets behov av reglerad invandring.³⁸ Det konstaterades att principen om barnets bästa i många ärenden får anses tala för att medge bosättning i Sverige, dels i fråga om barn som kommer hit från krigshärjade länder och dels i fråga om barn som lider av sjukdomar eller handikapp som inte kan behandlas i hemlandet. Regeringen tog dock avstånd från den etnocentriska syn som innebär att barn närmast regelmässigt anses ha det bäst i Sverige, oavsett bakgrund. Barnets bästa skulle heller inte ges så långtgående betydelse att det nästan blev ett eget kriterium för uppehållstillstånd att vara barn.³⁹ Detta motiverades med att barnen kunde utnyttjas om en familj önskade bosätta sig i Sverige utan tillräckliga skäl – då skulle en börda läggas på barnet som knappast är förenligt med barnets bästa. Trots dessa begränsningar framhölls det i förarbetena att bestämmelsen skulle få en meningsfull, stark och reell innebörd.⁴⁰ Lagrådet var däremot redan vid portalbestämmelsens införande tveksam till vilken effekt en så allmänt

³² Prop. 1996/97:25 s. 238ff.

³³ Prop. 1996/97:25 s. 284.

³⁴ Prop. 1996/97:25 s. 246.

³⁵ Idag motsvaras humanitära skäl av synnerligen ömmande omständigheter. Se avsnitt 3.

³⁶ Prop. 1996/97:25 s. 284.

³⁷ Prop. 1996/97:25 s. 250f; Schiratzki s. 68. Se även Rädna Barnens, *Nytt system gamla brister*.

³⁸ Prop. 1996/97:25 s. 249.

³⁹ Prop. 1996/97:25 s. 247ff.

⁴⁰ Prop. 1996/97:25 s. 247-9.

hållen regel skulle få.⁴¹ Regeringen betonade emellertid att bestämmelsen skulle få en särskild betydelse vid prövning av humanitära skäl och att de humanitära skälen för barn därför skulle kunna vara något mindre allvarliga.⁴²

I en utredning i samband med införandet av den nya UtIL 2005 utvärderades också genomslaget av portalbestämmelsen om barnets bästa, speciellt med avseende på hur barnets bästa hade kommit till uttryck vid bedömningen av humanitära skäl.⁴³ Enligt kommittén hade portalparagrafen inte fullt ut fått avsett genomslag. Som ett förtydligande av de intentioner lagstiftare haft samt av de vägledande avgöranden som fanns på området föreslogs därför införandet av en bestämmelse om att när det rör uppehållstillstånd p.g.a. synnerligen ömmande omständigheter ska omständigheterna i ett ärende som rör barn inte behöva vara av samma allvar och tyngd som vuxna.⁴⁴

⁴¹ Prop. 1996/97:25 s. 362.

⁴² Prop. 1996/97:25 s. 248f.

⁴³ SOU 2004:74 s. 218.

⁴⁴ SOU 2004:74 s. 218-19.

3 Synnerligen ömmande omständigheter

3.1 Synnerligen ömmande omständigheter

Bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter består, som tidigare nämnts, av två stycken. Det första stycket är allmänt utformat och omfattar alla utlänningar medan det andra stycket är tillämpligt endast på barn. I bestämmelsens första stycke fastslås att uppehållstillstånd kan beviljas utlänning om det vid en samlad bedömning föreligger synnerligen ömmande omständigheter, men endast om uppehållstillstånd inte kan ges på annan grund. Vid bedömningen ska särskild hänsyn tas till utlänningens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situationen i hemlandet.⁴⁵

3.1.1 Bakgrund och syfte

Begreppet *synnerligen ömmande omständigheter* infördes i och med införandet av den nya utlänningslagen 2005.⁴⁶ Paragrafen har enligt förarbetena ingen direkt motsvarighet i den tidigare utlänningslagen från 1989⁴⁷, men kan ses som en utveckling av bestämmelsen om humanitära skäl i 1989 års utlänningslag⁴⁸. I samma lag fanns också en bestämmelse som gav möjlighet att bevilja uppehållstillstånd vid en ny ansökan om beslut om ut- eller avvisning skett men det skulle framstå som stridande mot humanitetens krav att verkställa beslutet.⁴⁹ Före 1989 års UtL fanns också en liknande bestämmelse i 1980 års utlänningsförordning (UtLF).⁵⁰ Möjligheten att bevilja uppehållstillstånd på grund av humanitära skäl har faktiskt funnits även före 1980 års UtLF, men då i form av praxis.⁵¹

Vad som menades med humanitära skäl definierades inte i lagtext och endast till viss del i förarbetena, det lämnades istället till rättstillämpningen att precisera begreppet närmare.⁵² Begreppets innebörd har därför kommit att variera över tiden. När lagen ändrades 2005

⁴⁵ Se 5 kap 6§ stycke 1 UtL.

⁴⁶ Prop. 2004/05:170 .

⁴⁷ Prop. 2004/05:170, s. 279.

⁴⁸ Denna bestämmelse fanns i 2 kap 4§ 1st 5 i 1989 års UtL.

⁴⁹ Denna bestämmelse har tagits bort i 2005 års UtL och ersatts med nya regler om verkställighetshinder, se 12 kap 18§ första stycket 3 UtL.

⁵⁰ Nilsson, s. 185.

⁵¹ Nilsson s. 185.

⁵² Prop. 2004/05:170 s. 184.

undersöktes det om en tydligare begreppsbestämning skulle göras. Samtidigt ansåg regeringen att en detaljreglering av begreppet skulle flytta fokus från bestämmelserna om skyddsbehov.⁵³ Begreppet *synnerligen ömmande omständigheter* ansågs vara ett bättre begrepp för att beskriva regelns undantagskaraktär,⁵⁴ något som var viktigt eftersom att det tidigare begreppet *humanitära skäl* inte sällan hade gett upphov till missförstånd.⁵⁵ Den nya bestämmelsens undantagskaraktär underströks dessutom genom att det fördes in i lagtexten att bestämmelsen endast var tillämplig när huvudgrupperna för uppehållstillstånd redan prövats.⁵⁶ En naturlig följd blev då att åberopat skydd inte längre kunde vara en omständighet som kan ligga till grund för uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.⁵⁷ Speciellt Lagrådet uttryckte att det ändå fanns ett behov av precisering, bland annat för att ge tillräckligt underlag för beslutande myndigheter och domstolar.⁵⁸ Detta behov ansågs tillgodosett genom att det i lagtexten övergripande angavs vilka omständigheter som särskilt ska beaktas vid den samlade bedömningen.⁵⁹

I samband med införandet av bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter uttryckte flera remissinstanser⁶⁰ att begreppet istället borde vara *särskilt ömmande omständigheter*, då detta begrepp skulle möjliggöra en mildare praxis.⁶¹ Utskottet framhöll emellertid att den nya bestämmelsen inte skulle innebära någon skärpning i förhållande till vad som gällde enligt den äldre bestämmelsen i 1989 års Util.⁶²

3.1.2 Innebörd

Bestämmelsen i första stycket blir alltså endast tillämpligt när huvudgrupperna för uppehållstillstånd har prövats. Att bestämmelsen är av undantagskaraktär antyds också av begreppet *synnerligen ömmande omständigheter*. Tillämpningsområdet för bestämmelsen är

⁵³ Prop. 2004/05:170 s. 186f.

⁵⁴ Prop. 2004/05:170 s. 185 och 189.

⁵⁵ Bet. 2004/05:SfU17 s. 36. Utskottet anförde bland annat att begreppet humanitära skäl antydde att det kunde räcka att utlänningar kom från social och ekonomisk misär, när detta i själva verket inte alls var tillräckligt för att uppehållstillstånd skulle beviljas.

⁵⁶ Prop. 2004/05:170 s. 186f.

⁵⁷ Prop. 2004/05:170 s. 187, se också MIG 2007:33.

⁵⁸ Prop. 2004/05:170 s. 185-186.

⁵⁹ Prop. 2004/05:170 s. 187.

⁶⁰ Bl.a. Svenska Röda Korset, Rädda Barnen, Flyktinggruppernas och asylkommittéernas riksråd samt RFSL.

⁶¹ Prop. 2004/05:170 s. 185.

⁶² Bet. 2004/05:SfU17 s. 34 f.

sålledes mycket snävt.⁶³ Av lagtexten framgår även att det endast kan röra sig om personer som redan befinner sig i Sverige och härifrån söker uppehållstillstånd.⁶⁴

En bedömning om synnerligen ömmande omständigheter föreligger ska alltid göras genom att väga samman samtliga omständigheter i den enskilda situationen.⁶⁵ Omständigheter, som kanske inte ensamma är tillräckliga, kan gemensamt utgöra tillräckliga skäl för att bevilja uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Några relevanta omständigheter räknas upp i lagtexten – utlännings hälsotillstånd, anpassning till svenska förhållanden samt situationen i hemlandet. Förarbetena uttalar emellertid att det inte uttömmande går att räkna upp vilka omständigheter som kan vara relevanta i det enskilda fallet.⁶⁶ Klart är i alla fall att skälen ska vara av personlig art. Bedömningen som ska göras måste alltså väga samman de personliga förhållandena i det enskilda fallet.

3.2 Synnerligen ömmande omständigheter som rör barn

I det andra stycket i bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter fastslås att barn får beviljas uppehållstillstånd även om omständigheterna inte har samma allvar och tyngd som krävs för att bevilja vuxna tillstånd.⁶⁷ Precis som första stycket blir andra stycket endast tillämpligt när uppehållstillstånd inte kan erhållas på annan grund, men olikt första stycket gäller andra stycket endast barn. Alla under 18 år är barn enligt både UtIL och Barnkonventionen.⁶⁸ Migrationsöverdomstolen har också fastslagit att en person som vid tillfället för beslutet har fyllt 18 år ska bedömas som vuxen, även om personen under större delen av sin vistelsetid varit under 18 år.⁶⁹

3.2.1 Bakgrund och syfte

Bestämmelsen i andra stycket infördes samtidigt som första stycket 2005.⁷⁰ Till skillnad från första stycket saknar bestämmelsen däremot motsvarighet i 1989 års UtIL, men barnets ställning i asylärenden behandlades även i tidigare förarbeten.⁷¹ I propositionen till 2005 års

⁶³ Prop. 2004/05:170 s. 280.

⁶⁴ Prop. 2004/05:170 s. 280.

⁶⁵ Prop. 2004/05:170 s. 187.

⁶⁶ Prop. 2004/05:170 s. 280.

⁶⁷ Se 5 kap §6 andra stycket UtIL.

⁶⁸ Se 1 kap §2 UtIL och art 1 Barnkonventionen.

⁶⁹ Se MIG 2005:5; MIG 2005:15.

UtIL framhölls det att i ärenden som rör barn kan det finnas skäl i flera situationer att ta större hänsyn till att det är barn som berörs.⁷² Vid den sammantagna bedömningen av om synnerligen ömmande omständigheter föreligger kan det därför objektivt sett krävas lite mindre för barn än för vuxna.⁷³

Bestämmelsen är ett förtydligande av portalbestämmelsen om barnets bästa i 1:10 UtIL.⁷⁴ Avsikten med bestämmelsen har däremot inte varit att försvaga portalbestämmelsen om barnets bästa.⁷⁵ Tvärt emot uttalade Socialförsäkringsutskottet att tanken var att mildra tidigare praxis i ärenden som rör barn så att portalparagrafen om barnets bästa skulle få det genomslag som avsågs vid paragrafens införande.⁷⁶ Samtidigt var de inte beredda att gå så långt som att mena att olika rekvisit bör gälla för vuxna och barn. Det bör noteras att även i tidigare praxis enligt 1980 och 1989 års UtIL har omständigheter av humanitär natur inte behövt vara lika starka vad gäller barn som vuxna.⁷⁷

3.2.2 Innebörd

Bestämmelsen fastslår att barn kan beviljas uppehållstillstånd även om omständigheterna inte har samma allvar och tyngd som krävs när det gäller vuxna. I förarbetena framhålls att barns asylskäl ska prövas för sig och inte endast som en del av föräldrarnas. Detta ska också framgå av motiveringen.⁷⁸

Regeringen framhåller att bestämmelsen i andra stycket inte är avsedd att ändra de ställningstaganden som de gjort vid införandet av portalbestämmelsen i 1:10 angående barnets bästa.⁷⁹

Rent praktiskt innebär bestämmelsen t.ex. att vid sjukdom behöver barnets sjukdom inte vara livshotande för att uppehållstillstånd ska beviljas eller att barns anpassning till Sverige bör beaktas i högre grad.⁸⁰ Samtidigt måste en samlad bedömning av samtliga omständigheter

⁷⁰ Prop. 2004/05:170.

⁷¹ Se prop. 1988/89 s. 80-81; prop. 1996/95:25.

⁷² Prop. 2004/05:170, s. 195 och s. 281.

⁷³ Prop. 2004/05:170, s. 281.

⁷⁴ Fridström, lagkommentar, www.karnovgroup.se, hämtad 2014-01-07.

⁷⁵ Prop. 2004/05:170 s. 281.

⁷⁶ Bet. 2004/05:SfU17 s. 36.

⁷⁷ Wikrén och Sandesjö s. 274; reg 21-94; reg 23-94; prop 1996/97:25 s. 116 och 248f.

⁷⁸ Prop. 2004/05:170 s. 195 och 281.

⁷⁹ Prop. 2004/05:170 s. 282, se också avsnitt 2.2.

⁸⁰ Wikrén och Sandesjö s. 273.

liksom enligt första stycket göras i varje enskilt fall.⁸¹ Bestämmelsen är alltså allmänt hållen för att möjliggöra flexibilitet. Den är också uttryckt i relation till bestämmelsen som gäller vuxna. För att få en bild av bestämmelsens verkliga innebörd behöver vi alltså titta närmre på praxis för såväl vuxna som barn.

⁸¹ Prop. 2004/05:170 s. 281.

4 Tillämpning

4.1 Bakgrund

Det poängteras i praxis upprepade gånger att bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter är av undantagskaraktär och ska tillämpas restriktivt.⁸² När det gäller barn krävs det enligt lagtexten inte lika mycket för att omständigheterna i ett fall ska vara synnerligen ömmande som om det gäller vuxna. Migrationsöverdomstolen har däremot uttalat att det inte är tillräckligt att omständigheterna är ömmande eller ens särskilt ömmande när det gäller barn. Även när det gäller barn måste omständigheterna vara synnerligen ömmande, men de kan objektivt sett vara av lägre grad än när det gäller vuxna.⁸³

Nedan har jag delat in framställningen av praxis i olika kategorier. Hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situationen i hemlandet är de omständigheter som direkt nämns i lagtexten. Jag har också funnit att det är främst dessa omständigheter och begrepp som domstolen använder sig av. Däremot är det viktigt att understryka att bedömningen av om synnerligen ömmande omständigheter föreligger alltid ska göras som en helhet, det vill säga en sammantagen bedömning av samtliga omständigheter ska göras.⁸⁴ Även andra omständigheter än de som räknas upp i lagtexten kan ha betydelse för bedömningen,⁸⁵ något som domstolen inte sällan lyfter fram. Slutligen kommer jag även diskutera hur domstolen har använt sig av bestämmelsen om barnets bästa i de fall där barn har berörts av prövningen.

4.2 Hälsotillstånd

Hälsobestämmelsen är allmänt hållen och tillåter ett beaktande av hela hälsoskalan.⁸⁶ Hälsotillståndet hos en utlänning kan ensamt vara tillräckligt för att bevilja uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.⁸⁷ Men för att uppehållstillstånd ska

⁸² Se t.ex. MIG 2007:15; MIG 2007:33 II; MIG 2007:48; MIG 2008:3; MIG 2009:8; MIG 2009:9; MIG 2010:6; MIG 2010:23.

⁸³ Se MIG 2010:6.

⁸⁴ Prop. 2004/05:170 s. 187; jfr MIG 2007:15 och MIG 2007:33.

⁸⁵ Se prop. 2004/05:170 s. 187.

⁸⁶ Prop. 2004/05:170 s. 190.

⁸⁷ Se t.ex. MIG 2007:48 (II).

beviljas vuxna på grund av medicinska skäl måste den vuxnes hälsotillstånd vara synnerligen allvarligt.⁸⁸ Det ska vara fråga om en livshotande fysisk eller psykisk sjukdom eller ett synnerligen allvarligt funktionshinder.⁸⁹ Det måste dessutom vara dokumenterat genom godkänt läkarintyg.⁹⁰ Till skillnad från vad som gäller vuxna individer behöver barns hälsotillstånd inte vara livshotande för att uppehållstillstånd ska kunna beviljas på grund av synnerligen ömmande omständigheter.⁹¹

Om en utlänning lider av en allvarlig sjukdom måste hänsyn tas till om det är rimligt att tillhandahålla vård i Sverige och om vården kan förväntas leda till en påtaglig och varaktig förbättring eller är livsnödvändig.⁹² Om vård och mediciner finns att tillgå i hemlandet kan uppehållstillstånd inte beviljas på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Migrationsöverdomstolen har fastställt att när behandling finns att tillgå i hemlandet, spelar det ingen roll ifall den är mycket kostsam och svår för den enskilde att finansiera.⁹³ Däremot kan orsak finnas att bevilja uppehållstillstånd av medicinska skäl då tillgången på läkemedel är osäker och oregelbunden, t.ex. för att den inte finns att tillgå via officiella kanaler i landet.⁹⁴ Det spelar emellertid ingen roll om den vård som kan ges i Sverige är av högre kvalitet än den som kan ges i hemlandet.⁹⁵ När det är fråga om en vanlig och utbredd sjukdom kan Sverige i många fall erbjuda bättre och billigare vård än många andra länder. Av vikt är de ekonomiska konsekvenserna för Sverige som kan följa av att ta emot sjuka utlänningar vars hemland ger sämre och dyrare vård.⁹⁶ Det domstolen verkar indikera är att en utlänning med ovanligare sjukdom kan ha större chans att beviljas uppehållstillstånd av medicinska skäl – delvis då vård i hemlandet möjligen inte finns att tillgå men även då ett sådant praxisuttalande inte skulle innebära stora ekonomiska åtaganden för Sverige. Även i fall då barn har berörts⁹⁷ av prövningen kommer domstolen till samma slutsats⁹⁸, resonemangen är i stort samma som i fallet där inga barn berörs.

⁸⁸ Se MIG 2007:15.

⁸⁹ Prop. 2004/05:170 s. 190.

⁹⁰ Se MIG 2007:15.

⁹¹ Se Wikrén och Sandesjö s. 273; MIG 2009:8.

⁹² Prop. 2004/05:170 s. 190.

⁹³ MIG 2007:48 (I); MIG 2007:48 (II); reg 23-94.

⁹⁴ MIG 2010:23.

⁹⁵ MIG 2007:48 (I); MIG 2007:48 (II); MIG 2013:6; MIG 2007:25.

⁹⁶ Se t.ex. MIG 2007:48 (I); MIG 2007:48 (II).

⁹⁷ T.ex. när det gäller en barnfamilj.

⁹⁸ MIG 2007:48 (II), i detta fall var det inte barnet, utan dess far, som var sjuk.

I linje med ovanstående avgjorde Migrationsöverdomstolen att det förhållande att ett barn lider av epilepsi som bättre kan behandlas i Sverige än i hemlandet inte utgör synnerligen ömmande omständigheter.⁹⁹ Det konstaterades även att barnets framtida livskvalitet och utveckling inte skulle äventyras vid ett återvändande.¹⁰⁰ I ett fall har Migrationsöverdomstolen dock konstaterat att livshotande leukemi, där nödvändig vård inte fanns i hemlandet men i ett grannland, utgjorde ett sådant hälsotillstånd av tillräckligt allvarlig art för att uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter kunde beviljas för ett barn.¹⁰¹ Det är rimligt att anta att även en vuxen individ hade beviljats uppehållstillstånd i en sådan situation.

När det gäller psykisk ohälsa har Migrationsöverdomstolen funnit vad gäller vuxna att tillståndet måste vara livshotande.¹⁰² Posttraumatisk stress (PTSD) har varit tillräckligt för att bevilja ett ensamkommande barn uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter¹⁰³, men inte en vuxen.¹⁰⁴ Vård kunde i båda fall ges i hemlandet, och i båda fallen var det upplevelserna i hemlandet som hade lett till den psykiska ohälsan. I barnets fall förelåg även en avsevärd självmordsrisk¹⁰⁵ och domstolen konstaterade att det förelåg risk att det psykiska tillståndet skulle försämrats vid ett återvändande för barnet.¹⁰⁶ I ett annat fall ansågs däremot depression med viss självmordsrisk inte tillräckligt för att bevilja ett ensamkommande barn uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.¹⁰⁷

Stort fokus ligger i fall som rör hälsotillståndet på om vård finns att erhålla i hemlandet. När vård finns att tillgå kan två viktiga principer urskiljas – delvis att det inte räcker att vården är dyr och måste bekostas av den enskilde, delvis att det inte räcker att vården är av sämre kvalitet än den vård som finns i att tillgå i Sverige. Migrationsöverdomstolen har också tydligt

⁹⁹ MIG 2007:25.

¹⁰⁰ MIG 2007:25.

¹⁰¹ Se MIG 2013:6.

¹⁰² MIG 2007:35.

¹⁰³ MIG 2009:9.

¹⁰⁴ MIG 2007:35.

¹⁰⁵ Angående självmordsrisk se Utlänningsnämndens beslut UN 382-00, UN 479-05. Där uttalas att rätten ska bedöma i vad mån självdestruktiva handlingar eller uttalanden om sådana handlingar har gjorts och om orsaken har varit psykisk ohälsa eller om det är uttryck för besvikelse/desperation efter besked om avslag. De som gjorts p.g.a. av psykisk ohälsa ska tillmätas betydelse.

¹⁰⁶ MIG 2009:9.

¹⁰⁷ Se MIG 2009:8.

poängterat vikten av att beakta de ekonomiska konsekvenser för Sverige som kan följa, speciellt i fall som rör vuxna.¹⁰⁸

4.3 Anpassning till Sverige

En utlännings vistelsetid i Sverige kan inte ensamt vara avgörande vid prövningen om uppehållstillstånd – enligt förarbetena till lagen måste det vara fråga om en anpassning till svenska förhållanden under en *avsevärd* och *laglig* vistelsetid.¹⁰⁹ Som laglig vistelsetid räknas den tid utlänningens ansökan är under prövning fram till den tidpunkt då ett avgörande beslut om ansökan har vunnit laga kraft och den lagstadsade tid utlänningen har att självmant lämna landet har löpt ut.¹¹⁰ Det innebär att eventuell tidsutdräkt måste bero på omständigheter utanför utlänningens kontroll.¹¹¹ Det är endast den tid som spenderats i Sverige i samband med aktuell ansökan som kan beaktas.¹¹² Migrationsöverdomstolen konstaterar att det knappast kan ha varit lagstiftarens mening att vistelsetiden i samband med samtliga ansökningar ska läggas samman, då det skulle uppmuntra upprepade ansökningar vilket i sin tur skulle kunna medföra negativa konsekvenser för t.ex. medföljande barn.

Migrationsöverdomstolen har uttalat att utrymmet för att bevilja vuxna personer utan medsökande barn uppehållstillstånd enbart på grund av lång vistelsetid nästan är obefintlig.¹¹³ Migrationsöverdomstolen har framfört att en av skillnaderna som andra stycket i bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter medför är att det i större grad kan finnas skäl att beakta barns anpassning till svenska förhållanden än vuxnas. Däremot kan barns anpassning till svenska förhållanden ensamt inte tillmätas avgörande betydelse. Det väsentliga i bedömningen är vilken anknytning barnet har fått till Sverige, inte tiden i sig räknat i månader och år.¹¹⁴ När det gäller barn framhåller förarbetena, i linje med äldre praxis, att barn som under lång tid ofrivilligt hållits gömda ändå ska kunna beviljas uppehållstillstånd.¹¹⁵ Det innebär alltså att principen om att endast laglig vistelsetid är tillgodoräkningsbar inte gäller fullt ut för barn.

¹⁰⁸ Se angående vuxna t.ex. MIG 2007:48 (I) och (II). Angående barn se t.ex. MIG 2007:25 där ett sådant resonemang till synes skulle kunna vara på plats men inte nämns. Fallet rör ett sjukt barn och hans mor.

¹⁰⁹ Prop. 2004/05:170 s. 280 f; MIG 2007:15.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Självklart räknas även den tid utlänning spenderar i landet med stöd av visering, uppehållstillstånd, uppehållsrätt eller annars med stöd av lag som laglig vistelse, se MIG 2007:15.

¹¹² MIG 2008:3; jfr MIG 2012:13.

¹¹³ Se MIG 2007:15.

¹¹⁴ Se MIG 2008:3.

¹¹⁵ Se prop 2004/05:170 s. 194; jfr UN 15-92.

Lagliga vistelsetider på upp till tre till fyra och ett halvt år har inte ansetts vara avsevärda för vuxna individer.¹¹⁶ I dessa fall har dock den reella vistelsetiden ofta varit betydligt längre, inte sällan dubbelt så lång. Det faktum att endast laglig vistelsetid kan tillgodoräknas har alltså spelat en mycket stor roll. Men denna praxis kom att utredas i ett fall 2012.¹¹⁷ Migrationsöverdomstolen fastställer i detta fall att när en utlännings anpassning till svenska förhållanden prövas måste rätten till privatliv och familjeliv enligt artikel 8 i Europakonventionen om mänskliga rättigheter (EKMR) beaktas. Domstolen föreskriver att vid denna bedömning måste hänsyn tas till sociala och kulturella band som en person kan skapa i ett land, t.ex. vänner, utbildning, arbete och medlemskap i föreningar. En följd blir att hela den sammanlagda tid som en person vistas i landet får betydelse på det vis att en lång vistelsetid kan innebära att personen skaffat sig starka band till landet. Då saknar det betydelse om vistelsetiden är legal eller illegal (det kan däremot få betydelse vid en proportionalitetsprövning som ska ske enligt art 8). I det specifika fallet fann domstolen att i avvägningen mellan statens intresse att förebygga oordning och upprätthålla respekt för UtL och utlännings intresse av skydd för privatliv övervägde statens intressen den enskildes på ett väsentligt vis, därför kunde utvisningen inte anses vara oproportionerlig enligt artikel 8 i EKMR.

Det återstår att se vad detta rättsfall kommer få för betydelse för domstolstillämpningen i framtiden. Emellertid kan man tänka sig att uttalandet kommer få stora konsekvenser, inte minst för vuxna individer.¹¹⁸ Rörande barn har som sagt principen om att vistelsetiden måste vara laglig inte varit lika viktig, även om barn med medsökande föräldrar ändå kan komma att drabbas av hur deras föräldrar bedöms.

Vistelsetid i Sverige för barnfamiljer på upp till 3 år har av Migrationsöverdomstolen inte ansetts vara en avsevärd vistelsetid.¹¹⁹ Domstolen har lagt vikt vid om barnen uppnått skolålder eller ej.¹²⁰ Men i fall där barn har uppnått skolålder har domstolen ändå funnit att

¹¹⁶ Se MIG 2008:10; MIG 2007:46 (II); MIG 2009:31 (II).

¹¹⁷ Se MIG 2012:13.

¹¹⁸ I fall där en vuxen utlännings vistats under en lång tid i Sverige, men där stor eller väsentlig del av denna tid varit illegal har Migrationsöverdomstolen snabbt avfärdat argumentet om anpassning till Sverige, se t.ex. MIG 2007:43; MIG 2007:46 (II).

¹¹⁹ MIG 2008:3; MIG 2007:48(II); MIG 2007:48 (II); MIG 2009:31 (I); MIG 2010:6.

¹²⁰ MIG 2008:3; MIG 2009:31 (I).

anpassning inte skett.¹²¹ Att barn går i svensk skola, har lärt sig tala svenska och har svenska vänner innebär enligt Migrationsöverdomstolen inte att tillräcklig anknytning till Sverige har skett.¹²² Domstolen ger emellertid inga exempel på vad som krävs för att tillräcklig anknytning faktiskt ska uppstå. Däremot kan det noteras att det i samtliga ovanstående fall varit fråga om barnfamiljer eller barn med åtminstone en förälder.

I ett fall som rörde ett ensamkommande barn konstaterade Migrationsöverdomstolen att även om ett barn har anpassat sig till svenska förhållanden bör minderåriga barn vistas hos sina föräldrar.¹²³ En laglig vistelsetid på 9 år ansågs av Migrationsöverdomstolen vara en relativt lång tid för en barnfamilj, speciellt med hänsyn till barnen.¹²⁴ Anknytning till Sverige ansågs däremot inte föreligga i fallet.

När bedömning sker om utlänningens anpassning till Sverige måste hänsyn även tas till utlänningens anknytning till hemlandet, menar Migrationsöverdomstolen.¹²⁵ Samtidigt menar de att en sådan bedömning bara blir aktuell om utlänningens lagliga vistelsetid i Sverige är avsevärd. Här påpekas det också att huruvida barn berörs av prövningen eller ej är av stor vikt.

Liksom tidigare nämnts kan endast anpassning till svenska förhållanden inte vara tillräckligt för att bevilja uppehållstillstånd. Detta är tydligt i praxis. Inte ens barn beviljas uppehållstillstånd endast på grund av anpassning, utan uteslutande i kombination med andra omständigheter. Därför är det omöjligt att uttala hur lång vistelsetid som krävs för att anknytning ska uppkomma i tillräcklig grad. Inte heller specificerar domstolen vad för konkreta anknytningsmoment som krävs för att tillräcklig anknytning ska ha skett.¹²⁶

Barn och vuxna verkar ändå bedömas olika av Migrationsöverdomstolen. Oftast kommenterar domstolen att barn får anses anpassa sig snabbare än vuxna och att det kan finnas större skäl att beakta deras anpassning. Barn verkar ofta även bedömas självständigt från föräldrarna när det kommer till anpassning. Men även i fall då barnen kan påstås ha anpassat sig till svenska förhållanden menar domstolen att det inte kan vara skadligt för dem att följa med sina föräldrar till hemlandet. I praktiken får barnen alltså inte ett annat utfall. En viktig skillnad är

¹²¹ Se MIG 2010:6; MIG 2007:16.

¹²² Se MIG 2007:16.

¹²³ Se MIG 2009:8.

¹²⁴ Se MIG 2009:33.

¹²⁵ MIG 2007:15.

¹²⁶ Eventuellt med undantag från MIG 2012:13, det gällde dock en vuxen.

att vuxna individer endast får tillgodoräkna sig laglig vistelsetid medan detsamma inte gäller för barn i samma utsträckning.¹²⁷ Men i fall där både vuxna och barn berörs av prövningen, får detta mycket liten betydelse, trots att det har ansetts mycket tveksamt att hålla barn ansvariga för val som deras föräldrar gjort.¹²⁸

4.4 Situationen i hemlandet

Hur situationen i hemlandet ska bedömas har inte bestämts närmre i förarbetena. Det som sägs är att vissa andra omständigheter av humanitär karaktär kan beaktas vid en samlad bedömning.¹²⁹ Det kan uppstå situationer i ett land, som inte är krig eller inbördeskrig, men som ändå är av sådan art att det skulle vara stötande att skicka tillbaka personen dit även om vederbörande inte är att betrakta som flykting eller skyddsbehövande. Exempel som nämns är social utstötning vid återvändande eller trauma till följd av svåra upplevelser. Det kan också vara fråga om kön eller sexuell läggning eller skäl som gäller annan än den sökande.¹³⁰ Omständigheter som härrör sig till situationen i hemlandet är alltså förhållanden som utan att vara skyddsgrundande gör att av- eller utvisning är olämplig.¹³¹ Betydelsefullt vid bedömningen av situationen i hemlandet är bl.a. individens anknytning till hemlandet.¹³²

Att en man skulle möta sociala svårigheter vid ett återvändande har inte ansetts tillräckligt för att bevilja uppehållstillstånd.¹³³ Däremot har Migrationsöverdomstolen bedömt att en stor risk för social utstötning utgör en sådan omständighet som kan föranleda att uppehållstillstånd beviljas på grund av synnerligen ömmande omständigheter.¹³⁴ I det fallet tog domstolen särskild hänsyn till att den berörda kvinnan inte vistats i hemlandet på 14 år samt att hon och hennes barn saknade ett socialt nätverk i landet. Det verkar här som att domstolen gör en skillnad mellan ”sociala svårigheter” och ”social utstötning”. I det senare fallet berörs även ett barn av beslutet, vilket uppmärksammas av domstolen. Dock tycks tyngdpunkten i fallet ligga vid kvinnan och den situation hon som kvinna kommer möta i hemlandet.¹³⁵

¹²⁷ Prop. 2004/05:170 s. 191.

¹²⁸ Se t.ex. Barnombudsmannens uttalande i SOU 2009:56 s. 370, också MIG 2007:43 och Prop. 2004/05:170 s. 191.

¹²⁹ Se MIG 2009:31; UN 344-97.

¹³⁰ SOU 2004:74 s. 203-216; MIG 2009:31.

¹³¹ Wikrén och Sandesjö s. 270f; MIG 2009:9; MIG 2010:6.

¹³² Se MIG 2008:3. Det kan vara fråga om t.ex. familjemedlemmar som finns kvar där och hur lång tid individen levt där.

¹³³ MIG 2009:31 (II).

¹³⁴ MIG 2009:31 (I).

¹³⁵ Detta är förklarligt med att Sudan anses vara ett land där kvinnor är extremt utsatta.

Risken för social utsötning har i äldre praxis även beaktats några gånger.¹³⁶ När den sociala utstötningen förväntats bli mycket långtgående har det vägts in som en omständighet som vid en samlad bedömning lett till att uppehållstillstånd medgivits. Endast sociala problem i hemlandet utgör däremot inte vanligtvis en grund för uppehållstillstånd.¹³⁷

I fall där en kvinna med tre barn berördes fann domstolen att det faktum att familjen hade utsatts för grova trauman i sitt hemland, där barnens psykofysiska utveckling ansågs ha påverkats ytterst negativt, inte ensamt var tillräckligt för att bevilja uppehållstillstånd, och inte heller i kombination med barnens relativa anpassning till Sverige.¹³⁸ Ett ensamkommande barn som blivit utsatt för trakasserier i skolan, i ett hemland där familjen inte kan lokaliseras men inte heller kan antas vara döda eller försvunna har inte heller ansetts uppnå kraven på synnerligen ömmande omständigheter.¹³⁹ Barnets grundläggande materiella behov hade blivit tillfredsställda i hemlandet och kunde antas bli tillfredsställda vid ett återvändande. Ett annat ensamkommande barn beviljades däremot uppehållstillstånd, på grund av traumatiska upplevelser, vilka lett till psykisk ohälsa, i ett hemland där han saknade socialt kontaktnät.¹⁴⁰

Sammanfattningsvis finns det få generella slutsatser att dra angående omständigheterna härrörande till situationen i hemlandet. Förarbetena ger oss viss vägledning och menar att det kan vara fråga om social utsötning, traumatisering som följd av tortyr, människohandel, kön, sexuell läggning eller skäl som kan hänföras till annan än den sökande. Migrationsöverdomstolen har ofta lagt vikt vid den anknytning och det sociala kontaktnät utlänningen har i hemlandet. Av betydelse är då t.ex. om utlänningen inte vistats i hemlandet under en lång tid och om utlänningen har familj och släkt i hemlandet. I vissa fall har det även haft betydelse om utlänningen tillhör en viss folkgrupp eller ett visst kön som kan leda till en särskilt utsatt situation.¹⁴¹ Att en utlänning kan komma att möta sociala svårigheter vid ett återvändande har däremot inte varit tillräckligt för att medföra uppehållstillstånd.

När barn har berörts av prövningen, då det rör ensamkommande barn, vidhåller Migrationsöverdomstolen att minderåriga barn har det bäst hos sina föräldrar. Det har då inte

¹³⁶ Se UN 390-00; UN 391-00; UN 418-00.

¹³⁷ Wikrén och Sandesjö s. 203 ff; MIG 2008:3.

¹³⁸ Se MIG 2010:6.

¹³⁹ Se MIG 2009:8.

¹⁴⁰ Se MIG 2009:9.

¹⁴¹ Se t.ex. MIG 2010:6; MIG 2009:31 (I) där kvinnor ansågs särskilt utsatta.

ansetts skadligt för ett barn att återvända till ett hemland där barnets familj finns. På samma vis har det inte ansetts skadligt för barn att följa med föräldrar till hemlandet, även fast barnen lider av trauman därifrån. När ett barn som lider av trauman från hemlandet däremot saknar familj har uppehållstillstånd beviljats. Det är främst ensamkommande barn som tycks bedömas annorlunda från vuxna. Barn som ansöker om uppehållstillstånd tillsammans med en eller båda av sina föräldrar bedöms sällan självständigt och kan i viss mån upplevas drabbas av detta.¹⁴²

4.5 Beaktande av barnets bästa

Av de dryga 30 fall från Migrationsöverdomstolen som på ett väsentligt vis behandlat bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter har barn berörts i 14 fall. Migrationsöverdomstolen fastställer i samtliga fall att de omständigheter som rör barn inte behöver vara av samma allvar och tyngd som när det gäller vuxna.¹⁴³ I relativt stor utsträckning nämner domstolen även barnets bästa och portalparagrafen i 1 kap 10§ UtlL, i vissa fall även i kombination med artikel 3 i Barnkonventionen. Ändå finns ett nämnvärt antal fall där barnets bästa antingen inte nämns alls eller endast nämns i underinstanser.¹⁴⁴ Även om domstolen erkänner existensen av bestämmelsen om barnets bästa och erkänner att detta måste beaktas vid beslut som rör barn, är det mycket sällan som barnets bästa diskuteras i det specifika fallet. I endast ett fall av 14 finner jag någon form av diskussion om vad det berörda barnets bästa är. Istället för att diskutera det berörda barnets bästa resonerar domstolen istället ofta att hemresa inte kan antas vara skadligt för barnet¹⁴⁵ eller att det inte har framkommit något som talar för att barnet skulle ta skada.¹⁴⁶ Fokus verkar ligga på om barnet i fråga kan komma att skadas i sin psykosociala eller psykofysiska utveckling. Att det inte framkommer något som pekar på att barnet kommer skadas i sin psykosociala eller psykofysiska utveckling vid ett återvändande är inte detsamma som att det är barnets bästa att återvända. Detta har inte uppmärksamats av domstolen. Samtidigt understryker förarbetena att det inte kan vara ett asylskäl i sig att vara barn,¹⁴⁷ och barnets bästa kan därför inte få en ensamt avgörande betydelse. Det uppmärksammar domstolen i många fall och kanske är det av den anledningen som diskussionen om barnets bästa ofta faller platt. Förarbetena påpekar även att införandet

¹⁴² Resonemanget utvecklas i avsnitt 5.2.

¹⁴³ Se bilaga A. I ett fall, MIG 2007:16 nämns inte detta uttryckligen men framgår ändå.

¹⁴⁴ Se bilaga A.

¹⁴⁵ Se t.ex. MIG 2007:25.

¹⁴⁶ Se t.ex. MIG 2008:3.

¹⁴⁷ Bet. 2004/05:SfU17 s. 36.

av bestämmelsen i andra stycket om synnerligen ömmande omständigheter som rör barn var menat att mildra praxis rörande barn och ge utrymme för en tydligare tillämpning av portalbestämmelsen i 1 kap 10§ UtlL om barnets bästa.¹⁴⁸ I endast ett av de 14 aktuella fallen har domstolen uppmärksammat detta syfte.¹⁴⁹

Vanligt förekommande är att domstolen i slutet av domskälen konstaterar att barnets bästa eller det faktum att barn berörs har beaktats vid prövningen.¹⁵⁰ I få av dessa fall har någon diskussion skett kring barnets bästa eller hur barnen specifikt berörs. Snarare framstår det som vanligare att dessa konstateranden används i slutet av domskäl i fall där domstolen framhållit berörda barn i mycket liten utsträckning.¹⁵¹ En sådan ”checkruta” i slutet av ett avgörande är inte förenligt med portalbestämmelsen om barnets bästa i UtlL eller i artikel 3 i Barnkonventionen. Barnets bästa ska beaktas vid *hela* beslutsprocessen. När domstolen endast i slutet konstaterar att barnets bästa har beaktats, men när det i fallet i övrigt inte framgår att barnets bästa har beaktats, framstår konstaterandet som rutinmässigt och som en ”formell sak”. Istället borde domstolen förklara på vilket sätt barnets bästa har beaktats, även i de fall då uppehållstillstånd inte beviljas. Domstolen borde kunna argumentera för att även om barnets bästa i ett specifikt fall skulle vara att stanna i Sverige finns det andra omständigheter som talar för ut- eller avvisning som väger tyngre, alternativt att barnets bästa i vissa fall är att följa med sina föräldrar till hemlandet. Även om detta i vissa fall skulle kunna uttolkas ur de domskäl som ges så framgår det sällan att en sådan avvägning har skett.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ Se bilaga 1.

¹⁵⁰ Se bilaga 1.

¹⁵¹ Se t.ex. MIG 2007:48 II; MIG 2007:25.

5 Sammanfattande analys

5.1 Överensstämmelse mellan syfte och tillämpning

Ovan har det övergripande syftet med inrättandet av bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter i allmänhet, och rörande barn i synnerhet, redovisats. Sammanfattningsvis infördes bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter som en precisering av bestämmelsen om humanitära skäl utan att någon skärpning av praxis för den skull skulle ske. Andra stycket i bestämmelsen som rör barn infördes för att mildra praxis och för att tydliggöra den roll principen om barnets bästa skulle spela i fall som rörde uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Det grundläggande syfte som kan utkristalliseras är därmed att barn ska ha lättare att få uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter än vuxna, utan att olika rekvisit för den skull ska användas för barn och vuxna, samt att barnets bästa ska beaktas när prövningen gäller barn. Frågan är då den om barn bedöms annorlunda från vuxna och om den bedömningen överensstämmer med kraven som uppställs av principen om barnets bästa.

Migrationsöverdomstolen skriver ofta att det i beslutet har beaktats att barn berörs av beslutet. Desto svårare är det att finna något närmre resonemang om *hur* det har beaktats att barnet berörs. På liknande vis är domstolen inte rädd för att beskriva den skillnad som lagtext och förarbeten gör angående tillämpningen av bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter mellan vuxna och barn. Däremot finns få avgöranden där dessa skillnader utgjort en del av domstolens senare resonemang i det specifika fallet. Även med hänsyn till att det kan vara mycket svårt att dra generella slutsatser på grund av de många olika omständigheter som kan föreligga i det enskilda fallet saknas konkreta diskussioner i avgörandena om hur vuxna och barn bedöms olika. Det saknas även riktiga resonemang i fall som rör barn, om hur barnet bedöms i enlighet med den bestämmelse som tillämpas. I brist på tydliga riktlinjer från lagtext och förarbeten blir den utfyllnad domstolen ska stå för genom praxis mycket viktig för rättssäkerheten. Onekligen rör dessa fall människors liv, vilka är fyllda av otaliga händelser och omständigheter olika från varandra. Inget fall är det andra likt, något som tvingar systemet till flexibilitet för att vara rättvist. Flexibiliteten kan också

möjliggöra ett större utrymme att beakta barnets bästa¹⁵², men får dock inte vara så stor att den möjliggör godtycklighet och på så vis äventyrar rättssäkerhet.

Även en annan avvägning är central, nämligen den i inledningen nämnda avvägningen mellan samhällets vilja att reglera invandring och beaktandet av enskilda individers humanitära situation. Bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter kan framstå som en dörr till en mer humanitär bedömning av enskilda, bestämmelsens utformning är menad att ge utrymme för tolkning där varje enskilt fall är olikt. Samtidigt kan bestämmelsen, och speciellt den äldre bestämmelsen om humanitära skäl, lätt misstolkas vid första anblick. De allra flesta som reser till Sverige för att ansöka om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter kommer med största sannolikhet från mycket svåra sociala och ekonomiska förhållanden i sina hemland jämfört med den situation de skulle kunna få i ett land som Sverige. Men förarbetena till bestämmelsen är mycket tydliga i att det krävs betydligt mer än så för att beviljas uppehållstillstånd.

Migrationsöverdomstolen har genomgående ställt mycket höga krav även på de skäl för uppehållstillstånd som åberopas av barn, vilket är i linje med den undantagskaraktär med vilken bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter rubricerats. Bedömningen av barns skäl har, i likhet med vad som förordades i förarbeten, inte utgått från andra rekvisit än de som gäller vuxna och även om det är barn som berörs av prövningen har kravet fortfarande varit att det ska vara fråga om *synnerligen* ömmande omständigheter. Migrationsöverdomstolen nämner däremot i samtliga fall som rör barn att en annan bestämmelse gäller barn. Domstolen konstaterar i samtliga fall att ett barns skäl kan vara av mindre allvar och tyngd än en vuxens, även om skälen fortfarande måste framstå som synnerligen ömmande. Därmed kan endast fastställas att Migrationsöverdomstolen *nämner* bestämmelsen som rör barn, och inte att bestämmelsen faktiskt *tillämpas*.

Av praxisgenomgången ovan framgår ändå att Migrationsöverdomstolen i flera fall tar fasta på att barn berörs, inte minst inom kategorin anpassning till Sverige. Det framgår i ett antal fall att domstolen tillämpar lite lägre krav på de omständigheter som berör barn genom att ta hänsyn till berörda barn och låta barnen vara centrala i resonemangen. Ändå är det inte sällan som domstolen konstaterar att *även* om det är fråga om barn är omständigheterna inte

¹⁵² Utveckling av detta resonemang sker i avsnitt 5.2.

tillräckliga för att uppehållstillstånd ska beviljas. Att dessutom omständigheterna i de flesta av de fall där barn har beviljats uppehållstillstånd varit så synnerligen ömmande att även vuxna med stor sannolikhet skulle beviljas tillstånd i samma situation talar för att de skillnader som föreskrivs mellan barn och vuxna i verkligheten blir mycket marginella. Det förefaller även så att domstolen i fall som rör ensamkommande barn, och till viss del fall där specifika omständigheter som rör ett barn utgör det starkaste skälet för uppehållstillstånd,¹⁵³ i betydligt högre utsträckning tillämpar en bedömning som tar hänsyn till att det är fråga om just ett barn. Det kan självklart framstå som naturligt då det i dessa fall är barnen som står i centrum för prövningen. Samtidigt tenderar barn som endast utgöra en del av en familj och som inte uttalat har egna skäl för uppehållstillstånd att ”drunkna” i familjen på så vis att deras egna skäl inte utreds självständigt. Dessa barn riskerar att påverkas negativt av den bedömning som görs av de vuxna då omständigheten att de är barn och att de berörs av prövningen avfärdas i slutet av domskälen som otillräckligt för att väga upp föräldrarnas skäl.

Av genomgången praxis och ovan förda diskussion kan följande slutsatser dras angående skillnaden mellan barn och vuxna vad gäller uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Migrationsöverdomstolen beaktar i viss utsträckning skillnader mellan barn och vuxna och tillämpar i viss utsträckning en mildare inställning gentemot barn. Skillnaderna är dock ytterst marginella och har inte gett upphov till att praxis på ett tydligt sätt är mildare mot barn.

5.2 Överensstämmelse mellan tillämpning och barnets bästa

Räcker det då att barn bedöms lite mildare än vuxna? Menade regeringen att portalparagrafen om barnets bästa inte längre behövde tillämpas i samband med synnerligen ömmande omständigheter när de införde det barnspecifika andra stycket? Det kan knappast ha varit avsikten, speciellt inte med tanke på att förarbetena uttalat att införandet av bestämmelsen inte varit avsett att försvaga portalparagrafen om barnets bästa. Det ligger närmre till hands att anta att själva faktumet att portalparagrafen behövde förtydligas talar för en avsikt att sätta en form av säkerhet för att principen om barnets bästa överhuvudtaget tillämpas. Att

¹⁵³ T.ex. om ett barn i en familj är sjuk.

portalparagrafen ska tillämpas i kombination med bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter får fortfarande anses klart. Det är en sådan kombination som framgår av åtminstone en majoritet av de avgöranden från Migrationsöverdomstolen som rör barn. Portalparagrafen om barnets bästa är dessutom enligt förarbetena tillämplig på samtliga former av uppehållstillstånd.

Av den genomgång som gjorts ovan och av den tabell som finns i bilaga A framkommer att Migrationsöverdomstolen i stor utsträckning nämner barnets bästa vid beslut som rör barn. Det framkommer däremot också att barnets bästa sällan på ett tydligt vis *diskuteras* av domstolen. Huruvida principen om barnets bästa har beaktats eller ej är en kvalitativ frågeställning som inte kan besvaras med hjälp av en tabell. Istället kan jag försöka dra några gemensamma slutsatser av de fall som utretts.

Att barnets bästa inte tydligt diskuteras vid domstolsavgöranden betyder inte heller nödvändigtvis att tillämpningen är oförenlig med barnets bästa. Återkommande i Migrationsöverdomstolens praxis är att barn anses ha det bäst hos sina föräldrar och att Sverige tar avstånd från synen att alla barn oavsett bakgrund skulle ha det bäst i Sverige. Avståndstagandet från den etnocentriska synen att barn har det bäst i Sverige innebär också att Migrationsöverdomstolen lägger tyngd vid den koppling som finns till hemlandet. Att kopplingen till hemlandet ställs mot kopplingen till Sverige torde dock speciellt gällande unga barn ofta tala för att anknytningen till Sverige är starkare. Däremot uttrycker domstolen ofta att det faktum att föräldrarna har en stark anknytning till hemlandet och inte saknar socialt kontaktnät innebär att barnen inte kan antas skadas av att följa med sina föräldrar dit. Tydligt i många fall är alltså att barn anses ha det bäst med sina föräldrar. Även om domstolen inte uttalat kopplar resonemanget till barnets bästa enligt UtIL eller artikel 3 i Barnkonventionen hade en sådan koppling varit på sin plats för att stödja resonemanget. Annars framstår resonemanget snarare som fokuserat på den vuxna individ som ofta berörs av prövningen, och att barnets bästa förutsätts vara tillsammans med föräldern istället för att prövas självständigt.

I likhet med ovan anförda resonemang att de flesta utlänningar som ansöker om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter kommer från sociala och ekonomiska relativt utsatta situationer och med stor sannolikhet skulle få en objektivt sett bättre situation i Sverige, får det anses troligt att även barnets bästa i de allra flesta fall skulle vara att få tillstånd att stanna i Sverige. Att det däremot räcker som argument att barnet inte

kan antas lida skada av att följa med sina föräldrar till ett hemland tyder på att en värdering gjorts vid införandet av portalparagrafen om barnets bästa att det finns andra intressen som väger tyngre än barnets bästa. En sådan avvägning med andra intressen har accepterats av förarbetena till Barnkonventionen. Samtidigt måste en sådan avvägning vara förenlig med Barnkonventionens anda. Avvägningen är densamma som berörts ovan. Samhällets intresse av att reglera invandringen, som kan bero på flera saker men som onekligen har en ekonomisk aspekt, har värderats högre än intresset av att förverkliga barnets bästa i alla situationer.

Ett resultat av att barnets bästa ses som ett öppet koncept och att principens innebörd därmed varierar i olika kulturer och kontexter är att barnets bästa för ett barn som befinner sig i Sverige inte är detsamma som barnets bästa för ett barn i ett annat land. Ändå är det sannolikt att de flesta berörda barn rent objektivt skulle ha det bättre i Sverige. Men att de skulle ha det bättre här behöver ändå inte betyda att deras rättigheter inte skulle bli tillfredsställda i ett hemland. Det kan också vara värt att notera att en alltför mild inställning till barn vid en uppehållstillståndsprövning i längden skulle kunna verka negativt för barn i allmänhet, då de skulle kunna utnyttjas av vuxna och fara illa av betungande förväntningar. Det skulle alltså, paradoxalt nog, kunna vara negativt för barns bästa i allmänhet med en alltför mild inställning till barn som söker uppehållstillstånd.

Sammanfattningsvis finner jag att domstolstillämpningen av bestämmelsen om barn och synnerligen ömmande omständigheter i 5 kap 6 § andra stycket UtlL inte nödvändigtvis får anses vara generellt stridande mot principen om barnets bästa. Samtidigt kan tillämpningen inte heller anses vara generellt förenlig med barnets bästa. Sällan framgår det att principen om barnets bästa har beaktats i det specifika fallet. Speciellt i fall där barn som är medsökande till en eller flera vuxna har barnets bästa utretts självständigt i för liten utsträckning. Beslutande myndigheter och domstolar borde i samtliga fall som rör barn inte endast konstatera att barnets bästa har beaktats, utan på ett konkret sätt beakta och tillämpa principen om barnets bästa i det enskilda fallet. Barnets bästa bör också beaktas under hela beslutsprocessen och inte endast i slutet. Därmed kan konstateras att någon egentlig förstärkning av barnets bästa i fall som rör synnerligen ömmande omständigheter inte har skett.

Bilaga A

	MIG 2012: 6	MIG 2010: 6	MIG 2009: 33	MIG 2009: 31	MIG 2009: 9	MIG 2009: 8	MIG 2008: 39	MIG 2008: 22	MIG 2008: 3	MIG 2007: 48 II	MIG 2007: 43	MIG 2007: 33	MIG 2007: 25	MIG 2007: 16	sum ma
1. Barnets bästa nämns	x	x	x		x	x	x		x			x		x	9/14
2. Barnets bästa nämns i kombination med 1:10 UtL	x	x	x		x	x	x		x			x		x	9/14
3. Barnets bästa nämns i kombination med Barnkonventionen		x			x	x			x						4/14
4. Barnets bästa nämns inte								x		x					2/14
5. Barnets bästa nämns endast i underinstans				x							x		x		3/14
6. Diskussion om barnets bästa i det specifika fallet					x										1/14
7. Att barn ska bedömas annorlunda från vuxna nämns	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	x	14/14
8. Diskussion kring hur barnet i det specifika fallet bedöms annorlunda från vuxna		x	x												2/14
9. Domstolen nämner att barnets bästa har beaktats		x	x		x	x	x		x	x			x		8/14
10. Barnet har prövats självständigt från vuxna*		x	x										x	x	3/14
11. Att syftet är att mildra praxis för barn nämns		x													1/14

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Propositioner

Proposition 1988/89:86 med förslag till ny utlänningslag m.m.

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

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

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

Statens offentliga utredningar

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

SOU 2004:74 Utlänningslagstiftningen i ett domstolsperspektiv.

SOU 2009:56 Den nya migrationsprocessen.

Utskottsbetänkanden

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

Kommittédirektiv

Kommittédirektiv 2013:35 Översyn av barnets rättigheter i svensk rätt.

Litteratur

Barnombudsmannen, *Barnombudsmannens årsrapport 2009: Kom närmare – Om att överbygga avståndet mellan barn och vuxna*, Stockholm 2009.

Brost, M., *Synnerligen ömmande omständigheter. Praktisk tillämpning av gällande rätt*, 2012.

Bönner, A., *Barnets bästa och uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter*, 2010.

Hammarberg, T., *Mänskliga rättigheter - Konventionen om barnets rättigheter*, UD-PIK-

INFO, Stockholm 2006.

Lundberg, A., *Barnets bästa i asylprocessen – ett konstruktivt verktyg eller kejsarens nya kläder?*, Malmö Institute for Studies of Migration, Diversity and Welfare, Malmö 2009.

Nilsson, A., *Barn i rättens gränsland*, Iustus Förlag, Uppsala 2007.

Rädda Barnen, *Nytt system gamla brister. Barns egna asylskäl efter ett år med den nya instans- och processordningen*, 2008.

Röda Korset, *Ny utlänningslag under lupp*, 2008.

Schiratzki, J., *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige – En rättsvetenskaplig undersökning*, 2 uppl., Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2005.

Tidskriften Advokaten, *Barn på flykt - Risk att barns asylskäl glöms bort*, Nr 3 2010, Årgång 76.

Wikrén, G., Sandesjö H., *Utlänningslagen med kommentarer*, 9 uppl., Norstedts Juridik AB, Solna 2010.

Elektroniska källor

CRC, Concluding observations of the Committee on the Rights of the Child: Sweden, CRC/C/SWE/CO/4, 12 June 2009. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC-C-SWE-CO-4.pdf> (hämtad 2014-01-07).

Fridström, I., Utlänningslagen 5 kap 6§ lagkommentar not 134-138, (7 januari 2014, www.karnovgroup.se).

Migrationsverket, *Årsredovisning 2012*, <http://www.migrationsverket.se/download/18.5e83388f141c129ba6312e1c/1381926434394/%C3%85rsredovisning+2012.pdf>.

United Nations Treaty Collection. Convention on the Rights of the Child. 2014. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en (hämtad 2014-01-07)

Rättsfallsförteckning

Migrationsöverdomstolen

MIG 2005:5
MIG 2005:15
MIG 2007:15
MIG 2007:16
MIG 2007:25
MIG 2007:33 I & II
MIG 2007:35
MIG 2007:43
MIG 2007:46 II
MIG 2007:48 I & II
MIG 2008:39
MIG 2008:22
MIG 2008:3
MIG 2008:10
MIG 2009:8
MIG 2009:9
MIG 2009:31 I & II
MIG 2009:33
MIG 2010:6
MIG 2010:23
MIG 2012:13
MIG 2013:6

Utlänningsnämnden

UN 15-92
UN 344-97
UN 390-00
UN 391-00
UN 418-00

Regeringen

Reg 21-94
Reg 23-94