

Juridiska institutionen



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Synnerligen ömmande omständigheter - En fara för rättssäkerheten i asylprocessen?

Författare: Agnes Lönnroth Himmelman
Handledare: Annkatrin Meyerson

Handelshögskolan vid
Göteborgs Universitet
Juridiska institutionen
Juristprogrammet
Examensarbete, 30 hp
HT 2012

Sammanfattning

År 2006 genomfördes en reform av migrationsprocessen och utlänningslagen. Det huvudsakliga syftet var att skapa en mer transparent och rättssäker process. Genom denna reform infördes paragrafen om synnerligen ömmande omständigheter i utlänningslagen 5:6. Denna paragraf innebär att man, om inga andra uppehållstillståndsgrunder är tillämpliga, ändå kan få uppehållstillstånd om det föreligger synnerligen ömmande omständigheter. Bedömningen ska vara individuell inriktad på de personliga förhållandena och vara en sammanvägning av alla omständigheter. Enligt lagtexten ska man särskilt beakta utlänningens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situationen i hemlandet. Paragrafen är en vidareutveckling av den tidigare om humanitära skäl som togs bort då den ansågs vara för otydlig och leda till en skönsmässig bedömning. Genom en undersökning av praxis från Migrationsöverdomstolen och Migrationsdomstolen i Göteborg kan man se att paragrafen har en väldigt restriktiv tillämpning och att störst vikt i bedömningen läggs vid utlänningens hälsotillstånd. Det måste föreligga ett väldigt allvarligt sjukdomstillstånd och att utlänningen inte har tillgång till vård i hemlandet för att uppehållstillstånd ska kunna beviljas på grund av hälsotillstånd. Huruvida det finns tillgång till vård i hemlandet är dock en teoretisk bedömning och baseras inte på om utlänningen faktiskt kan få vård med beaktande av ekonomiska eller andra skäl. Detta stämmer inte överens med, den i propositionen nämnda, uppfattningen att bedömningen ska göras av de personliga förhållandena. Vidare finns det problem med gränstragningen mellan grunden om synnerligen ömmande omständigheter och de så kallade skyddsgrunderna. Störst problem vållas av rekvisitet "situationen i hemlandet" eftersom detta kan innebära omständigheter som även kan ge uppehållstillstånd genom skyddsgrunderna. Enligt Migrationsöverdomstolen finns det en tydlig gräns mellan de olika grunderna eftersom paragrafen om synnerligen ömmande omständigheter är subsidiär till de andra och därför inte kan prövas om de andra kunnat användas. Detta leder dock inte till en tydlig gränstragning i praktiken och det finns därför fall som kan hamna i gränslandet. I praxis kan man också se att det är extremt ovanligt att domstolen gör en bedömning av några andra omständigheter än just de tre som är uppräknade i lagtexten. Detta innebär att listan i princip ses som uttömlig vilket inte stämmer överens med avsikten i förarbetet. Det är även tydligt, särskilt i domar från Migrationsdomstolen, att det finns problem med legitimiteten. Domskälen som behandlar denna paragraf är oftast väldigt kortfattade och intetsägande. Det är inte ovanligt att de endast består av en mening som säger att några synnerligen ömmande omständigheter inte föreligger. På det hela taget så kan man se att paragrafen om synnerligen ömmande omständigheter kan medföra en skönsmässig bedömning som kan leda till oenhetlighet och svårförutsebar praxis. Det finns också en del motsägelsefulla meningar mellan avsikten som uttrycks i förarbetet och hur det ser i praxis. Detta kan inte anses förenligt med rättssäkerheten.

Innehållsförteckning

Innehållsförteckning	3
1. Inledning	4
1.1. Bakgrund och problemformulering: Från humanitära skäl till synnerligen ömmande omständigheter	4
1.2. Syfte	6
1.3. Frågeställning	6
1.4. Metod, teori och avgränsningar	6
1.4.1. Metod	6
1.4.2. Teori	7
1.4.3. Avgränsningar	9
1.5. Disposition	9
2. Rättslig grund	9
2.1. Synnerligen ömmande omständigheter	9
2.1.1. Domstolens utredningsansvar	12
2.2. Hur ska paragrafen tillämpas enligt förarbeten och Migrationsöverdomstolen?	12
2.2.1. Hälsa	12
2.2.2. Anpassning till Sverige	15
2.2.3. Situationen i hemlandet	16
2.2.4. Mål där sökanden är barn	17
2.2.5. En sammantagen bedömning	18
2.3. Skyddsgrunderna	19
2.3.1. Flykting	20
2.3.2. Alternativt skyddsbehövande	21
2.3.3. Övriga skyddsbehövande	22
3. Hur tillämpas paragrafen om synnerligen ömmande omständigheter i Migrationsdomstolen i Göteborg?	23
3.1. Redogörelse av Migrationsdomstolen i Göteborgs avgöranden	23
3.1.1. Sammanställning av domarna	23
3.1.2. Länder	24
3.1.3. Ohälsa	24
3.1.4. Anpassning till Sverige	25
3.1.5. Situationen i hemlandet	25
3.1.6. Familjer med barn	26
3.1.7. Prövning ex officio	26
3.2. Slutsatser av rättsfallsanalysen	26
3.2.1. Hälsotillstånd	27
3.2.2. Anpassning till Sverige	27
3.2.3. Situationen i hemlandet	27
4. Finns det en tydlig gräns mellan ”synnerligen ömmande omständigheter” och skyddsskäl? Och var går den i så fall?	28
5. Har bestämmelsen fått det resultat som lagstiftaren eftersträvat?	29
6. Hur förhåller sig bestämmelsen till rättssäkerheten?	32
7. Sammanfattning av analysen	34
8. Slutsatser	35
9. Källförteckning	38

1. Inledning

1.1. Bakgrund och problemformulering: Från humanitära skäl till ”synnerligen ömmande omständigheter”

I den nya utlänningslagen¹ (UtlL) som trädde i kraft 31 mars 2006 finns en ny bestämmelse att om inga andra skyddsgrunder är tillämpliga så kan utlänningen ändå få uppehållstillstånd om det föreligger ”synnerligen ömmande omständigheter” i 5 kap. 6 §. Formuleringen av paragrafen lyder:

”5 kap. 6 §

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

Barn får beviljas uppehållstillstånd enligt denna paragraf även om de omständigheter som kommer fram inte har samma allvar och tyngd som krävs för att tillstånd skall beviljas vuxna personer.”

Denna paragraf är en vidareutveckling av paragrafen om uppehållstillstånd på grund av ”humanitära skäl”, som fanns i den tidigare utlänningslagen² i 2:4 första stycket punkt 5.³ Bestämmelsen om humanitära skäl var formulerad så att uppehållstillstånd fick ges till en utlänning som av humanitära borde få bosätta sig i landet.

Begreppet ”humanitära skäl” och även, det i den tidigare lagen använda, ”stridande mot humanitetens krav” ansågs inte tillräckligt precisa och togs därför bort för att sedan skapa en mer tydlig bestämmelse. Under den tid då paragrafen om humanitära skäl för uppehållstillstånd gällde var det upp till den beslutande myndigheten/domstolen att avgöra vad som kunde innefattas av bestämmelsen.⁴ Detta kunde innebära en till viss del godtycklig prövning av migrationsmålen.⁵ Det innebar även att innebörden av uttrycket humanitära skäl varierade något över tiden.⁶ Bedömningen handlade dock om att domstolen skulle göra en sammantagen bedömning av sökandens situation, vilket oftast ledde till en sammanvägning av olika faktorer.⁷ Detta är något som stämmer överens med tillämpningen av den nya bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter och innebörden av de två begreppen är i stort sett samma. En skillnad mellan de två bestämmelserna är dock att man plockade ut en del av grunden och flyttade över den till skyddsgrunderna. Skyddsgrunderna är de tre bestämmelser som kan leda till att asyl beviljas och bygger på att sökanden klassas som en av de tre kategorierna; flykting, alternativ

¹ Utlänningslag (2005:716).

² Utlänningslag (1989:526).

³ Prop. 2004/05:170 s. 279.

⁴ Ibid. s. 184.

⁵ Ibid. s. 185.

⁶ Ibid. s. 184.

⁷ Ibid.

skyddsbehövande eller övrig skyddsbehövande, som finns i lagtexten.⁸ Den del som flyttades från de synnerligen ömmande omständigheterna var de s.k. politisk-humanitära skälen och dessa faller numera in under paragrafen om övriga skyddsbehövande. De politisk-humanitära skälens innebörd är att de politiska förhållandena i sökandens hemland är så svåra att det framstår som inhumant att tvinga personen till att återvända dit.⁹ Den nya bestämmelsen i 5:6 är dock inte menad att vara någon skärpning av den tidigare, om humanitära skäl. Äldre praxis och förarbeten från 1989 års utlänningslag kan därför fortfarande vara relevanta.¹⁰

Begreppet ”synnerligen ömmande omständigheter” kan vid en första anblick se diffust ut. Man kan då undra om lagstiftningen är tillräckligt tydlig angående vad som kan innebära ”synnerligen ömmande omständigheter”. Man kan även få intrycket av att samma omständigheter kan höra till både denna och flera andra grunder för uppehållstillstånd, särskilt skyddsgrunderna. En av omständigheterna som ska beaktas vid bedömningen om det föreligger synnerligen ömmande omständigheter är sökandens situation i hemlandet. Detta kan lätt blandas ihop med skyddsgrunderna som handlar om just olika typer av allvarliga situationer i sökandens hemland. Man måste dock pröva de andra huvudgrunderna för uppehållstillstånd innan den om synnerligen ömmande omständigheter kan aktualiseras. Detta framgår av både lagtexten och förarbetet.¹¹ Gränsen mellan tillämpningen av 5:6 UtIL och de andra grunderna borde vara tydlig för att bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter inte ska bli en ”slasktratt” som används som en sista-hands-lösning när domstolen vill bevilja uppehållstillstånd eftersom detta kan leda till godtycklighet. En sådan typ av paragraf är visserligen nödvändig ibland, men den måste då vara utformad på rätt sätt så att den inte leder till osäkerhet och otydlighet. I propositionen kan man läsa att man ska göra en tydlig åtskillnad mellan de olika grunderna.¹² Rebecca Stern menar att den nya paragrafen också uppfyller detta.¹³ Jag är dock tveksam till att det faktiskt ser ut så i praktiken då jag tror att en sådan gränsdragning är väldigt svår att åstadkomma.

Syftet med den stora instans- och processordningsreformen som genomfördes 2006, genom vilken paragrafen om synnerligen ömmande omständigheter infördes, var att skapa en mer rättssäker och transparent asylprocess.¹⁴ Man ville skapa en process som upplevdes som tillförlitlig och rättvis av både de berörda parterna och av allmänheten.¹⁵ Syftet med att införa den nya paragrafen var även att renodla gränsdragningen mellan skyddsskälen och de övriga grunderna.¹⁶

⁸ Utlänningslagen 4:1, 4:2 och 4:2 a.

⁹ Prop. 2004/05:170 s. 177.

¹⁰ Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen: med kommentarer*, 2010 Norstedts Juridik, s. 265.

¹¹ Detta ska framgå av lagtexten formulering ”Om uppehållstillstånd inte kan ges på annan grund...”. Se även prop. 2004/05:170 s. 186.

¹² Prop. 2004/05:170 s. 176.

¹³ Stern, Rebecca, *Ny utlänningslag under lupp*, Röda Korset, 2008, s. 91.

¹⁴ Ibid. s. 13.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid. s. 123.

Rättssäkerheten är en grundprincip inom rätten och att ha en migrationslagstiftning som inte uppfyller detta krav kan inte vara acceptabelt. Inom rättssäkerheten anses också finnas ett krav på förutsebarhet. En bestämmelse som leder till oenhetlig praxis genom en skönsmässig bedömning kan inte anses uppfylla dessa krav. En tydlig lagstiftning som leder till enhetlig praxis är en förutsättning för att uppnå rättssäkerhet.

Problematiken är att det kan finnas en viss osäkerhet angående tillämpningen av 5:6 och att det inte verkar finnas någon tydlig gräns mellan den paragrafen och vissa av de övriga grunderna för uppehållstillstånd. Det finns omständigheter som tyder på att de istället överlappar på flera ställen. Kan detta verkligen vara vad lagstiftaren ville uppnå med den nya regleringen?

1.2. Syfte

Syftet med denna uppsats är att ta reda på hur den nya bestämmelsen förhåller sig till den grundläggande principen om rättssäkerhet. För att kunna göra detta ska jag först utreda den rättsliga innebörden av bestämmelsen i 5:6 UtL och begreppet ”synnerligen ömmande omständigheter” och de svårigheter som denna bestämmelse kan orsaka. Jag vill ta reda på vad lagstiftarens avsikt var med den nya paragrafen och om detta har uppfyllts för att sedan kunna avgöra om detta har medfört en mer eller mindre restriktiv bedömning alternativt en annorlunda bedömning.

Jag ska även undersöka hur Migrationsdomstolen i Göteborg tillämpar begreppet i praktiken och jämföra detta med förarbetens förklaringar och Migrationsöverdomstolens praxis för att se om de stämmer överens. Genom att analysera ett urval av rättsfall vill jag undersöka om det finns en enhetlig bild av bestämmelsens innebörd i rättstillämpningen och var gränsen går mellan skyddsskälerna och de synnerligen ömmande omständigheterna.

1.3. Frågeställning

- Hur förhåller sig bestämmelsen till rättssäkerheten?
- Finns det en tydlig gräns mellan tillämpningen av synnerligen ömmande omständigheter och skyddsskälerna? Och var går den i så fall?
- Vad var lagstiftarens avsikt med paragrafen om synnerligen ömmande omständigheter och har detta uppnåtts?

1.4. Metod, teori och avgränsningar

1.4.1. Metod

Denna uppsats baseras på två undersökningar. Uppsatsen inleds med en utredning av vad gällande rätt är på området. Med gällande rätt menar jag en sammantagen bedömning av lagstiftarens avsikter och praxis från Migrationsöverdomstolen. De rättskällor som jag använder mig av är lagtext från utlänningslagen, förarbeten till lagen, praxis och även etablerad doktrin på området. I den andra undersökningen

granskar jag ett antal rättsfall från Migrationsdomstolen i Göteborg som behandlar tillämpningen av 5:6 UtLL. På grund av att rättsfallen kan innehålla känsliga personuppgifter har jag valt att koda alla målnummer i denna undersökning. Utredningen går ut på att ta reda på vad Migrationsdomstolen har bedömt som synnerligen ömmande omständigheter. Detta resultat ska sedan jämföras med det från den första undersökningen. Utifrån dessa två undersökningar diskuterar jag om paragrafen är lämpligt utformad och om tillämpningen är lämplig med hänsyn till rättssäkerheten och förutsebarheten. Jag gör även jämförelser mellan resultatet av mina undersökningar med det i Sterns rapport, *Ny utlänningslag under lupp*, som delvis är en kartläggning av praxis innan och efter lagreformen. Undersökningen är från 2008, när paragrafen om synnerligen ömmande omständigheter var ny och relativt outforskad, och jag ville därför se om något har förändrats fram tills idag.

På grund av den begränsning av tid som råder för uppsatsen avgränsar jag antalet rättsfall till en viss tidsperiod, ungefär en månad, från mitten av augusti 2012 till mitten av september 2012. Anledningen till att jag väljer just denna tidsperiod är att det var då jag påbörjade detta arbete och jag vill ha så nytt material som möjligt. Då det stora antalet mål om asyl aldrig tas upp i högsta instans utan avgörs i den första anser jag att det är viktigt att rättstillämpningen är så korrekt som möjligt redan i domstolens första instans och jag vill därför fokusera på deras bedömningar. Jag är medveten om att denna analys på inget sätt kan ge en fullständig bild med tanke på urvalet. Det jag vill åstadkomma är snarare ett ”stickprov” av rättstillämpningen. Analysen baseras på alla avgöranden om asyl under denna period, alltså både bifalls- och avslagsavgöranden, för att ge en tydligare bild av vad som anses som synnerligen ömmande omständigheter och vad som inte gör det. Jag har i de fall där delar av domarna var sekretessbelagda, på grund av tidsbrist, inte begärt ut dessa uppgifter och de är därför inte med i analysen. Det som tas upp i analysen är de omständigheter som sökanden har åberopat i målet även om dessa inte alltid tas med i domstolens domskäl. Detta eftersom domskälen i många fall är fåordiga, särskilt i avslagsbeslut. Att detta urval som jag har gjort kan vara representativt för alla asylmål är inte alls säkert då det är en begränsad tidsperiod och endast mål från Migrationsdomstolen i Göteborg och inte de andra två i Malmö och Stockholm. Det kan finnas variationer under tiden och även mellan de olika domstolarna. Vilka länder som sökanden kommer ifrån kan spela stor roll för bedömningen eftersom förhållandena ser olika ut i olika delar av världen. Fördelningen av sökanden från olika länder mellan de olika domstolarna kan också variera.

1.4.2. Teori

Det finns flera olika definitioner av vad rättssäkerhet är. Enligt Nationalencyklopedins uppslagsverk är innebörden att det ska finnas en rättsordning som skyddar individen från samhället och andra individer.¹⁷ Rättssäkerheten anses vara ett vitt begrepp som innefattar flera, mindre vida, principer. Stig Strömholm menar att likformighet, alltså att lika mål bedöms lika, torde kunna vara den viktigaste komponenten i rättssäkerheten.¹⁸ Han menar att i rättssäkerheten ingår också förutsebarhet och garantier för det rättsliga beslutsförfarandets korrekta och rationella uppbyggnad. Han

¹⁷ Nationalencyklopedins hemsida: www.ne.se.

¹⁸ Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning – en lärobok i allmän rättslära*, 5 uppl., 1996, s. 443.

anser också att det föreligger en nära relation mellan likformighet och förutsebarhet.¹⁹ I Strömholms bok kan man läsa att:

”Vore rättssäkerhetssynpunkterna de enda eller de klart viktigaste målen för rättstillämpning, vore en maximering av de teoretiska inslagen i den rättsliga argumentationen därför att eftersträvas. Visserligen kan denna argumentation i sin helhet aldrig utformas som en teoretisk verksamhet...”²⁰

Han menar att lagtolkning alltid kräver praktiska ställningstaganden.²¹

Enligt Aleksander Peczenik är rättsäkerhet ett föränderligt och omstritt begrepp och det är därför svårt att säga konkret vad som innefattas i det.²² Däremot anser han att det mest grundläggande för rättssäkerheten är förutsebarheten. Han menar därför att det är viktigt att lagarna är generella och ska gälla lika för alla.²³

Rättssäkerhet delas ibland in i materiell och formell sådan. Josef Zila har i en artikel i Svensk Juristtidning redogjort för den uppfattningen att den formella rättssäkerheten innebär att lagarna tillämpas lika på alla medborgare och att det ska vara möjligt att förutse hur lagarna kommer att tillämpas. Den materiella rättssäkerheten handlar istället om de faktiska möjligheterna att, i ett enskilt fall, uppnå ett rättvist resultat.²⁴ Enligt Peczenik består den formella rättssäkerheten utav förutsebarhet och den materiella rättssäkerheten får man när rättsskipning och myndighetsutövning bygger på en förnuftig avvägning mellan förutsebarheten och andra etiska värden.²⁵

Även legalitet, att rättssystemet ska grundas på uttryckliga lagar, sägs ha ett nära samband med rättssäkerheten.²⁶ Enligt Zila är den vanligaste uppfattningen att legalitetsprincipen är en nödvändig del i det rättsstatliga systemet. En grund i rättssäkerhetstänket är att vi har tydliga och klara rättsregler som kan tillämpas på verkligheten med minsta möjliga utrymme för godtycke.²⁷ Däremot finns det en viss otydlighet om vad som egentligen är skillnaden mellan legaliteten och rättssäkerheten eftersom dessa på flera sätt liknar varandra. Enligt Zila kan man sammanfatta förhållandet mellan de två begreppen så här:

”Legaliteten är rättssäkerhetens oundgängliga förutsättning; den utgör emellertid endast ett nödvändigt men ej tillräckligt villkor.”²⁸

Jag anser att rättssäkerheten inte endast handlar om att ha en lagstiftning som leder till förutsebarhet och enhetlighet. Därför håller jag med Zila och Peczenik om att det

¹⁹ Strömholm, s. 443.

²⁰ Ibid. s. 443-444.

²¹ Ibid. s. 444.

²² Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritzes Förlag AB, 1995, s. 92.

²³ Ibid. s. 90.

²⁴ Zila, Josef, *Om rättssäkerhet*, SvJT 1990 s. 286-288.

²⁵ Peczenik, s. 94-95.

²⁶ Zila, s. 296.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid. s. 298.

också krävs en avvägning mot etiska värderingar för att uppnå ett ”rättvist” resultat. Detta kommer därför att vara utgångspunkten i min diskussion om paragrafens rättssäkerhet.

1.4.3. Avgränsningar

Jag har valt att fokusera uppsatsen på förhållandet mellan skyddsgrunderna och de synnerligen ömmande omständigheterna eftersom det är där som det största problemet ligger, enligt min uppfattning. De fall där gränsdragningsproblem kan uppstå mellan de synnerligen ömmande omständigheterna och grunden om anknytning utelämnas därför i denna uppsats. Jag är dock medveten om att det finns gränsdragningsproblematik även i vissa fall på det området. Att även ta med detta i uppsatsen skulle leda till en alltför stor omfattning.

Jag har i denna uppsats, så långt som möjligt, utelämnat de aspekter som har med bevisningen att göra eftersom detta skulle göra att omfattningen blev alldeles för stor och jag vill istället fokusera på själva tillämpningen av paragrafen. I vissa fall är det dock svårt att se en gräns mellan problem med bevisningen och själva tillämpningen eftersom rättsfrågan och bevisfrågan i princip alltid hänger ihop. Det är vanligt att mål om uppehållstillstånd i slutändan handlar om huruvida sökanden har styrkt sin identitet och sin situation i förhållande till den landinformation som domstolen har. Jag har dock försökt att fokusera på frågan om huruvida de omständigheter som sökanden har åberopat uppfyller rekvisiten i lagen och inte frågan om hur de lyckats styrka dessa omständigheter.

På grund av omfattningen har jag inte gått in på djupet på de internationella bestämmelser och förpliktelser som vi har i den svenska utlänningsrätten, såsom Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen), utan dessa nämns endast kortfattat.

1.5. Disposition

Efter detta inledande kapitel följer ett där den rättsliga grunden redogörs för. Innebörden av begreppet synnerligen ömmande omständigheter och skyddsgrunderna förklaras utifrån vad som sägs i lagtexten, förarbeten och Migrationsöverdomstolens praxis. Sedan följer ett kapitel med en redogörelse och sammanställning av de aktuella rättsfall från Migrationsdomstolen i Göteborg som jag har granskat. Efter detta följer tre kapitel där jag, utifrån resultatet av rättsfallsanalysen, diskuterar frågorna om gränsdragningen, lagstiftarens avsikt och rättssäkerheten. Sedan följer ett avsnitt där jag sammanfattat resultatet av min analys och uppsatsen avslutas sedan med ett där jag presenterar mina slutsatser och eventuella förslag på förändringar.

2. Rättslig grund

2.1. Synnerligen ömmande omständigheter

Bestämmelsen i 5:6 är menad att tillämpas endast i undantagsfall och ska därför ha en restriktiv tillämpning.²⁹ Den kan endast användas om alla andra grunder för

²⁹ Diesen, Christian (med flera), *Prövning av migrationsärenden*, 2012, Norstedts Juridik, s. 242.

uppehållstillstånd har prövats och inte kunnat tillämpas. Paragrafen är alltså subsidiär till alla de andra grunderna för uppehållstillstånd. Den hör inte till skyddsgrunderna, vilka ska behandlas nedan, och ger därför inte asyl till sökanden utan är en helt fristående bestämmelse. Enligt Christian Diesen ska 5:6 tillämpas när de andra grunderna inte kan tillämpas på grund av bristfällig bevisning och då får det inte föreligga några utredningsbrister som kan leda till bevislättning. Däremot får inte bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter ses som en bevislättningsregel gentemot skyddsgrunderna.³⁰ 5:6 ska inte heller prövas i proportion till skyddsgrunderna, man ska alltså inte vara mer frikostig i bedömningen av synnerligen ömmande omständigheter bara för att man nästan nådde upp till beviskravet i till exempel flyktingbestämmelsen. Diesen framhäver vikten av att se 5:6 och skyddsgrunderna som helt skilda bestämmelser som inte har med varandra att göra.³¹ Utifrån ordalydelsen av paragrafen kan man också utläsa att den endast kan tillämpas på utlänningar som redan befinner sig i landet, vilket framgår genom orden ”stanna i Sverige”.³²

Enligt propositionen ska bestämmelsen prövas genom en sammantagen bedömning som är individuellt inriktad på de personliga förhållandena.³³ Det uppställs dock tre specifika omständigheter i lagtexten som särskilt ska beaktas. Det handlar om personens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situationen i hemlandet. Denna lista med omständigheter ska dock inte ses som uttömmande utan andra aspekter ska också kunna vägas in.³⁴ De tre specifika omständigheterna ska behandlas utförligare i nästa avsnitt.

Om det föreligger verkställighetshinder är något som också kan vägas in i bedömningen.³⁵ Detta på grund av att det inte finns någon grund för uppehållstillstånd som beror på praktiska verkställighetshinder. Den asylsökande måste således inte först få ett laga kraft-vunnet beslut som sedan ska verkställas innan man kan göra prövningen om verkställighetshinder. I ett mål har Migrationsöverdomstolen tydliggjort detta:

”Att ett avvisnings- eller utvisningsbeslut har vunnit laga kraft är inte nödvändigt för att verkställighetshinder skall kunna beaktas. Av förarbetena till 5 kap. 6 § utlänningslagen framgår att verkställighetshinder kan beaktas vid den samlade bedömningen av om synnerligen ömmande omständigheter föreligger.”³⁶

Det måste dock handla om verkställighetshinder som inte beror på sökanden, till exempel att hen inte medverkar, för att det ska kunna tas med i bedömningen om synnerligen ömmande omständigheter.³⁷ I förarbetet till lagen fanns förslag från vissa remissinstanser att begreppet ”verkställighetshinder” skulle införas i 5:6 för att

³⁰ Diesen, s. 242.

³¹ Ibid.

³² Prop. 2004/05:170 s. 280.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid. s. 192-293.

³⁶ MIG 2008:38.

³⁷ Prop. 2004/05:170 s. 293.

tydliggöra innebörden. Det fanns också påpekanden om att man måste skapa kongruens mellan de humanitära skäl som direkt kan leda till uppehållstillstånd och de som kan förhindra verkställighet.³⁸ Något sådant tillägg om verkställighetshinder har dock inte införts vid utformningen av den nya bestämmelsen i 5:6.

I utlänningslagens tolfte kapitel finns definitionen av vad som kan innebära verkställighetshinder. Det handlar om situationer där verkställighet skulle innebära att man skickade tillbaka sökanden till ett land där han riskerar att straffas med döden, kroppsstraff, tortyr, förnedrande eller omänsklig behandling eller bestraffning eller förföljelse. Det är också om sökanden ska skickas till ett land där han riskerar att skickas vidare till ett annat land där han riskerar någon av dessa behandlingar.³⁹ Det innebär också verkställighetshinder om det pågår en väpnad konflikt i landet man ska skickas till eller, om det är ett ensamt barn som är sökande, om den verkställande myndigheten inte har försäkrat sig om att det är någon som kommer att ta emot barnet vid ankomsten.⁴⁰ Dessa verkställighetshinder är dock inte sådana som kan vägas in vid bedömningen av synnerligen ömmande omständigheter eftersom dessa ska kunna ge rätt till asyl och hör därför till en egen grund för uppehållstillstånd. De verkställighetshinder som kan vägas in i bedömning av synnerligen ömmande omständigheter är alltså sådana som är praktiska, till exempel att landet som sökanden kommer ifrån inte släpper in personen i landet vid ett återvändande.⁴¹

I paragrafens andra stycke finns en bestämmelse som säger att när det gäller barn, som inte fyllt 18 år, som söker uppehållstillstånd ska det inte ställas lika höga krav för att uppnå synnerligen ömmande omständigheter. Detta innebär att om prövningen till exempel baseras på barnets hälsotillstånd behöver det inte vara ett så pass allvarligt sjukdomstillstånd som det hade krävts för en vuxen. Detta stycke ska ses som ett förtydligande av grundprincipen om barnets bästa som finns i 1:10 UtL.⁴² Denna princip har sin bakgrund i artikel 3 i FN-konventionen om barnets rättigheter.⁴³ Artikel 3 första punkten lyder:

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

När principen om barnets bästa infördes i utlänningslagen uttalade sig regeringen för att denna princip i många fall talar för att utfärda uppehållstillstånd i Sverige för barnet i fråga. Däremot ville regeringen förtydliga att de inte vidhöll den etnocentriska syn som innebär att bosättning i Sverige alltid är det bästa för barnet. Att vara ett barn ska heller inte utgöra ett eget kriterium för uppehållstillstånd.⁴⁴ Enligt Socialförsäkringsutskottet är syftet med det andra stycket att mildra tidigare

³⁸ Prop. 2004/05:170 s. 189.

³⁹ Utlänningslagen 12:1 och 12:2.

⁴⁰ Utlänningslagen 12:3 och 12:3 a.

⁴¹ Prop. 2004/05:170 s. 192.

⁴² Ibid. s. 281.

⁴³ Prop. 1996/97:25 s. 247.

⁴⁴ Ibid. s. 249.

praxis angående barn.⁴⁵ I propositionen till den senaste lagen framhålls också vikten av att barnets skäl ska prövas enskilt och inte endast tillsammans med föräldrarnas.⁴⁶

2.1.1. Domstolens utredningsansvar

Såsom vid andra typer av förvaltningsrättsliga mål gäller officialprincipen även för migrationsmål.⁴⁷ Det innebär ett utredningsansvar för myndigheterna som handlägger ärendena. I mål om asyl anses utredningsansvaret något större på grund av att det är ett ansökningsärende och att det kan föreligga skyddsbehov.⁴⁸ För domstolar finns principen lagstadgad i förvaltningsprocesslagen (1971:291) 8 § som säger att:

”Rätten skall tillse att mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Vid behov anvisar rätten hur utredningen bör kompletteras. Överflödiga utredning får avvisas.”

I propositionen till utlänningslagen står det att officialprincipen gäller i utlänningsmål, men att sökanden ändå har att lägga fram de omständigheter som talar för att de ska beviljas uppehållstillstånd.⁴⁹ Domstolen ska sedan göra bedömningen om de anser att de omständigheter som sökanden har lagt fram har gjorts sannolika i förhållande till den landinformation som domstolen har tillgång till. Ibland måste domstolen inhämta ytterligare utredning.⁵⁰ Principen innebär att domstolen ibland måste vidta åtgärder ex officio, på eget initiativ, för att säkerställa det beslutsunderlag som fordras.⁵¹

2.2. Hur ska paragrafen tillämpas enligt förarbeten och Migrationsöverdomstolen?

2.2.1. Hälsa

Det finns ingen uppräkningslista av vad som kan utgöra synnerligen ömmande omständigheter vad gäller sökandens hälsa, varken i lagtext eller förarbeten. Enligt propositionen ska man beakta alla typer av sjukdomstillstånd och funktionshinder.⁵² Det krävs dock en allvarlig grad på tillståndet för att villkoret ska vara uppfyllt, till exempel en livshotande sjukdom eller en synnerligen allvarlig funktionsnedsättning. Vid bedömningen måste man beakta om det kan anses rimligt att vården ska ges i Sverige. Man måste också undersöka om det finns tillgång till lämplig vård i hemlandet. Det måste också i det enskilda fallet vara möjligt att ge vård för utlänningsens tillstånd och att denna vård skulle leda till varaktiga förbättringar. I propositionen anges att man även ska beakta de ekonomiska konsekvenserna av att ge utlänningsens vård i Sverige.⁵³ I äldre praxis har regeringen uttalat sig att det är

⁴⁵ Socialförsäkringsutskottets betänkande 2004/05:SfU17 s. 36.

⁴⁶ Prop. 2004/05:170 s. 195.

⁴⁷ Prop. 2004/05:170 s. 155.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ Ibid. s. 90.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Diesen, s. 199.

⁵² Prop. 2004/05:170 s. 280.

⁵³ Ibid.

omöjligt att ställa upp en generell regel och att man måste väga de humanitära aspekterna mot de direkta och indirekta ekonomiska konsekvenserna av att uppehållstillståndet beviljas.⁵⁴

I ett rättsfall har Migrationsöverdomstolen yttrat att om en vuxen människa ska beviljas uppehållstillstånd endast på grund av ohälsa måste tillståndet vara synnerligen allvarligt.⁵⁵ Om det handlar om psykisk ohälsa måste den medicinska utredningen visa att tillståndet är livshotande.

Att utlänningen skulle ha ekonomiska svårigheter att få lämplig vård i hemlandet är inte ensamt en tillräcklig grund för uppehållstillstånd.⁵⁶ Inte heller det faktum att utlänningen kunde erhålla vård av högre kvalitet i Sverige än i hemlandet är tillräcklig grund, vilket Migrationsöverdomstolen har yttrat i ett avgörande.⁵⁷ I det målet fick ett barn med epilepsi inte uppehållstillstånd då domstolen ansåg att vård fanns att tillgå i hemlandet trots att barnet där hade blivit felmedicinerat.

I ett rättsfall ifrån Migrationsöverdomstolen beviljades en kvinna uppehållstillstånd på grund av hälsoskäl.⁵⁸ Kvinnan led av blodcancer och det nödvändiga läkemedlet som hon behövde för att tillståndet inte skulle bli livshotande fanns inte att tillgå på ett lagligt sätt i hemlandet Mongoliet. Kvinnan hade tidigare fått tag i läkemedlet på den ”svarta marknaden”, eftersom läkemedlet inte var lagligt i hemlandet, och tillgången där var opålitlig och sporadisk. På grund av att det inte fanns adekvat vård i hemlandet beviljades hon permanent uppehållstillstånd i Sverige. Domstolen uttalade i målet:

”För att han eller hon ska anses ha tillgång till adekvat vård i hemlandet måste det däremot vara fråga om en inte alltför osäker tillgång till vård.”

Vidare menade domstolen att:

”Det är inte heller rimligt att han eller hon, för att få tillgång till nödvändig vård eller medicin, ska tvingas använda sig av inofficiella kanaler som tangerar laglighetens gräns eller rent av ska tvingas bryta mot inhemska bestämmelser och därför riskera sanktioner.”⁵⁹

Den sammanvägda bedömningen ska inte handla om hur sjuk den sökande måste vara utan om det är rimligt att sända tillbaka hen till hemlandet.⁶⁰ En situation då uppehållstillstånd beviljas enligt 5:6 kan därför vara när verkställande av ett avvisnings- eller utvisningsbeslut skulle innebära en allvarlig risk för sökandens hälsa

⁵⁴ Wikrén och Sandesjö, s. 267-268 som hänvisar till Utlänningslagen – Vägledande beslut, reg. 21-94 och 23-94.

⁵⁵ MIG 2007:35.

⁵⁶ Wikrén och Sandesjö, s. 268 som hänvisar till Utlänningslagen – Vägledande beslut, reg. 21-94 och 23-94.

⁵⁷ MIG 2007:25.

⁵⁸ MIG 2010:23.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Prop. 2004/05:170 s. 190.

eller liv.⁶¹ Att utvisa eller avvisa en mycket allvarligt sjuk person kan innebära ett brott mot Europakonventionens artikel 3 som Sverige är bunden av.⁶²

I 5:9 UtL finns en bestämmelse som innebär att ett uppehållstillstånd som beviljas på grund av hälso- eller vårdskäl där sjukdomstillståndet inte är av varaktig karaktär ska tidsbegränsas.⁶³ Detta tyder på att ett permanent uppehållstillstånd enligt 5:6, på grund av hälsoskäl, endast kan utfärdas när det handlar om långvariga och ej övergående sjukdomstillstånd. Det finns inga tydliga gränser för hur varaktig sjukdomen måste vara för att sökanden inte ska ges ett tidsbegränsat uppehållstillstånd. Bedömningen görs av sjukdomstillståndets utveckling och varaktighet. Ju längre varaktighet desto mer talar för ett permanent uppehållstillstånd.⁶⁴

När det gäller barn och hälsotillstånd behöver det, som tidigare nämnts, inte vara ett lika allvarligt sjukdomstillstånd som om det hade varit en vuxen för att uppehållstillstånd ska beviljas. I bedömningen ska man beakta faktorer som barnets framtida utveckling och livskvalitet, men även de ekonomiska åtaganden som det innebär för Sverige om barnet får uppehållstillstånd och vård i landet. Liksom för vuxna sökanden måste man beakta möjligheten till vård i hemlandet.⁶⁵

I ett mål från Migrationsöverdomstolen beviljades ett ensamkommande barn från Irak uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.⁶⁶ Barnet hade vistats en kortare tid i Sverige och gick i svensk skola. Det som domstolen lade vikt vid i bedömningen var dels att barnet led av posttraumatiskt stressyndrom och självmordstankar och dels att hans båda föräldrar inte levde och att han saknade ett socialt kontaktnät i hemlandet. Den medicinska utredningen i målet visade att utvisning till hemlandet skulle äventyra barnets framtida psykosociala hälsa och utveckling på ett avgörande sätt. Som domstolen har uttalat även i ett tidigare mål måste man vid eventuella självdestruktiva handlingar eller tankar få en särskild bedömning.⁶⁷ Om de beror på psykisk ohälsa på grund av traumatiska händelser i hemlandet ska de tillmätas stor vikt, men om de istället är ett uttryck för besvikelse eller desperation efter ett avvisning- eller utvisningsbesked ska de inte tillmätas någon särskild vikt.

För att ohälsa ska kunna beaktas i bedömningen måste det vara tillfredställande dokumenterat genom läkarutlåtanden.⁶⁸ För att läkarutlåtande ska fungera som bevisning måste det uppfylla vissa krav. Detta har behandlats i ett mål från Migrationsöverdomstolen där domstolen uttalat:

”För att ett läkarintyg skall kunna tillmätas något egentligt bevisvärde bör det innehålla uppgifter om läkarens tjänsteställning, varför intyget utfärdats, bedömningsunderlaget och vilka medicinska slutsatser som kan dras av detta

⁶¹ Prop. 2004/05:170 s. 190.

⁶² Ibid. s. 96.

⁶³ Ibid. s. 282.

⁶⁴ Ibid. s. 191.

⁶⁵ Ibid. s. 281.

⁶⁶ MIG 2009:9.

⁶⁷ MIG 2007:35.

⁶⁸ MIG 2007:15.

underlag. Vid värderingen av ett läkarintyg kan journalanteckningar vara av betydelse men fristående journalanteckningar helt utan koppling till ett läkarintyg torde sällan ha något större eget bevisvärde.”⁶⁹

2.2.2. Anpassning till Sverige

Rekvisitet ”anpassning till Sverige” handlar om hur utlänningen har anpassat sig till de svenska förhållandena under en viss tids vistelse i landet, alltså vilken anknytning som sökanden fått till Sverige. I propositionen framhålls att det inte är längden på vistelsen som ensamt ingår i bedömningen och det finns inte heller någon bestämd tidsgräns som anger när man uppfyllt kravet på anpassning. Däremot nämns i propositionen att det ska handla om en ”avsevärd tid”.⁷⁰ Tiden har dock endast betydelse som orsak till anknytningen och inte som ett kriterium i sig.⁷¹

Migrationsöverdomstolen har i ett mål uttalat att det endast är tiden vid den aktuella ansökningen som ska räknas in och inte tiden från eventuella tidigare ansökningar om uppehållstillstånd.⁷² Den har i ett rättsfall uttalat att drygt två år är en relativt kort vistelseperiod och anses inte som ”avsevärd tid” vilket ska krävas enligt förarbetet.⁷³ Inte heller fyra och ett halvt års vistelsetid har ansetts uppfylla kravet i ett annat mål. Detta mål handlade dock om en ensamkommande man.⁷⁴ När det gäller barn anses de ha det lättare att anpassa sig efter förhållandena i landet och man ska som tidigare nämnts ha lägre krav vid en sammantagen bedömning när sökanden är ett barn. I propositionen uttalas dock att även om sökanden är ett barn kan inte barnets anpassning till Sverige ensamt ges betydelse.⁷⁵ Migrationsöverdomstolen har i ett mål, där sökanden var tre barn och deras mamma, yttrat att tre års vistelsetid inte är att anse som ”avsevärd tid” ens när det gäller barn.⁷⁶ Domstolen uttalade angående bedömning om barnens vistelsetid att:

”B, C och D är 14, 13 respektive 9 år gamla och har nu vistats lagligt i Sverige i tre år. Av utredningen i målet framgår vidare att de har gått i skola här sedan våren 2007. I tidigare avgöranden har Migrationsöverdomstolen betraktat en vistelsetid på drygt två år som relativt kort vid en bedömning av vilken betydelse vistelsetidens längd ska tillmätas i fråga om en persons anpassning till Sverige (se bl.a. MIG 2009:8). I linje med denna bedömning kan tre års vistelsetid inte anses vara en avsevärd tid. Som framhållits i det föregående måste det dock vid bedömningen tas särskilda hänsyn när barn är berörda.”⁷⁷

Domstolen framhäver att man särskilt ska beakta att det är just barn som är sökande och inte en vuxen.

⁶⁹ MIG 2007:15.

⁷⁰ Prop. 2004/05:170 s. 280.

⁷¹ Ibid. s. 191.

⁷² MIG 2008:3.

⁷³ MIG 2009:8.

⁷⁴ MIG 2008:10.

⁷⁵ Prop. 2004/05:170 s. 281.

⁷⁶ MIG 2010:6.

⁷⁷ Ibid.

I vissa fall kan ett verkställighetshinder innebära att utlänningen får stanna en så pass lång tid i Sverige att de uppfyller tidskravet.⁷⁸ Det får dock inte handla om ett sådant verkställighetshinder som utlänningen hade kunnat avhjälpa, till exempel genom att medverka till att skaffa resehandlingar. I bedömningen om utlänningen uppfyller kravet på anpassning till Sverige måste man även beakta sökandens anknytning till hemlandet, till exempel om det finns släktingar kvar där och hur länge personen bott i det landet.⁷⁹ I ett rättsfall har Migrationsöverdomstolen uttryckt att sådant som kan beaktas vad gäller anknytning är, förutom vistelsetiden, skolgång, relationer genom arbete eller andra sociala nätverk i Sverige.⁸⁰

I propositionen anges att det ska handla om laglig vistelse i landet och den tid som utlänningen har hållit sig undan från myndigheter ska inte beaktas i bedömningen om personen uppfyller kriteriet om anpassning. Det ska heller inte beaktas om ärendet om uppehållstillstånd har dragit ut på tiden på grund av att sökanden har fördröjt handläggningen, till exempel genom att undanhålla handlingar. Det finns dock undantag då man även räknar in den tiden då sökanden har hållit sig undan, detta gäller dock främst sökanden som är barn.⁸¹ För en asylsökande som kom till Sverige som barn men som innan prövningen gjort har fyllt 18 år har Migrationsöverdomstolen yttrat sig att bedömningen ska göras som för en vuxen, om det inte föreligger särskilda omständigheter.⁸²

I ett mål fick en familj inte uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter trots att de hade vistats i nästan nio år i Sverige och de tre barnen hade under hela tiden gått i svensk skola och anpassats helt efter de svenska förhållandena. Detta fall var visserligen speciellt eftersom familjen hade vistats i Sverige på grund av att ena föräldern hade ett jobb som ambassadör för hemlandet i Sverige.⁸³ Det är därför svårt att dra några slutsatser av detta mål.

Sammanfattningsvis kan man se att det är mycket ovanligt att man beviljas uppehållstillstånd enbart på grund av anknytning till Sverige.⁸⁴ Detta har Migrationsöverdomstolen visat genom uttalande i domar om att:

”utrymmet för att bevilja vuxna utan medsökande underåriga barn uppehållstillstånd enbart på grund av lång vistelsetid är i det närmaste obefintlig.”⁸⁵

2.2.3. Situationen i hemlandet

I den senaste propositionen finns ingen vidare förklaring till vad som kan innebära omständigheter om situationen i hemlandet som ska påverka bedömningen. Det enda som tas upp där är omständigheter som hör till de andra rekvisiten som har med

⁷⁸ Prop. 2004/05:170 s. 280.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ MIG 2010:6.

⁸¹ Prop. 2004/05:170 s. 281.

⁸² MIG 2007:15.

⁸³ MIG 2009:33.

⁸⁴ Stern, s. 95.

⁸⁵ MIG 2007:15, MIG 2008:10.

hemlandet att göra. Såsom att vid en bedömning av hälso- och vårdsituationen ska man även väga in möjligheten att få bra och passande vård i hemlandet. Vad som självständigt kan utgöra en omständighet som kan ligga till grund för uppehållstillstånd på detta rekvisit finns ingen tydlig uppgift om.

Wikrén och Sandesjö menar dock att man kan anta att det som lagstiftaren syftar på är situationer som, utan att vara skyddsgrundande, gör att en avvisning eller utvisning till hemlandet framstår som olämplig.⁸⁶ Exempel på sådana situationer är social utstötning, trakasserier och traumatiserande upplevelser.⁸⁷ Andra skäl kan också vara sökandens kön, sexuella läggning eller andra humanitära skäl som gäller någon annan än sökanden.⁸⁸ I mål där sökanden är ensamstående kvinnor eller kvinnor med barn som kommer ifrån länder där de patriarkala rättssystemen bygger på kraftigt kvinnoförtryck har domstolen ibland beaktat om sökanden har, inte bara ett socialt nätverk, utan även ett manligt nätverk i hemlandet.⁸⁹ Sociala problem i hemlandet är dock normalt inte tillräckligt som grund för uppehållstillstånd enligt 5:6.⁹⁰ I propositionen till 1989 års lag finns en del exempel på vilka som kan omfattas av paragrafen. Som ett exempel nämns personer som inte omfattas av asylrätten men som ändå kommer ifrån länder med dåliga förhållanden, såsom krig.⁹¹

I ett mål från Migrationsöverdomstolen beviljades en kvinna ifrån Sudan och hennes barn uppehållstillstånd på grund av att de riskerade social utstötning. Kvinnan var en ensamstående mor och kristen och detta inte var accepterat i hemlandet.⁹² Hon hade inte vistats där under de senaste 14 åren och hade därför inte tillgång till ett socialt nätverk. I propositionen till den nya lagen anges dock att åberopade skyddsgrunder inte kan anses vara synnerligen ömmande omständigheter enligt 5:6. Detta på grund av att 5:6 är en bestämmelse som inte får tillämpas om inte de andra grunderna redan har prövats och inte kunnat tillämpas.⁹³

2.2.4. Mål där sökanden är barn

I ett mål från Migrationsöverdomstolen har gjorts ett förtydligande om vad som menas med att barnens omständigheter inte behöver ha samma allvar och tyngd som vuxnas:

”Även om det alltså inte krävs lika mycket för att omständigheterna ska anses vara synnerligen ömmande i ett fall som gäller barn som om det endast hade handlat om vuxna personer konstaterar emellertid Migrationsöverdomstolen att - trots att det är fråga om barn - det inte är tillräckligt att omständigheterna är ömmande eller ens särskilt ömmande. Också för deras del gäller att de

⁸⁶ Wikrén och Sandesjö, s. 270.

⁸⁷ Prop. 2004/05:170 s. 192.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Se t.ex. MIG 2010:6.

⁹⁰ Wikrén och Sandesjö, s. 272 som hänvisar till Utlänningslagen – Vägledande beslut, UN 17-93.

⁹¹ Prop. 1988/89:86 s. 147.

⁹² MIG 2009:31 I.

⁹³ Prop. 2004/05:170 s. 186.

relevanta omständigheterna ska vara synnerligen ömmande, om än objektivt sett i lägre grad än när det gäller vuxna människor.”⁹⁴

I ett tidigare nämnt mål från Migrationsöverdomstolen blev en ensamkommande pojke beviljad uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.⁹⁵ Barnet led av posttraumatiskt stressyndrom, självmordstankar och saknade socialt kontaktnät i hemlandet då båda hans föräldrar var döda. Domstolen beaktade att det var ett barn det handlade om och kom fram till att ett utvisningsbeslut skulle allvarligt äventyra pojkens framtida psykosociala hälsa och utveckling.

I ett annat mål från Migrationsöverdomstolen blev en ensamkommande flicka från Burundi inte beviljad uppehållstillstånd.⁹⁶ Barnet led av psykisk ohälsa, i form av depression, och hade inte haft kontakt med föräldrarna i hemlandet under den senaste tiden. Barnet hade vistats i Sverige i drygt två år, hade lärt sig svenska och gick i skolan i landet. Domstolen ansåg att barnets sjukdomstillstånd inte var av allvarlig karaktär och gjorde bedömningen att det inte fanns några belägg för att barnets föräldrar var försvunna eller inte levde längre. Barnet ansågs vidare tidigare ha fått sina grundläggande materiella behov och även behov av omvårdnad och skolgång tillgodosedda i hemlandet. Domstolen ansåg att barnet hade anpassat sig till de svenska förhållandena men att hon trots detta ändå hade en starkare anknytning till hemlandet. I bedömningen lades vikt vid att ett barn ska vara med sina föräldrar och ansåg att barnets framtida utveckling inte skulle äventyras vid ett återvändande till hemlandet.

2.2.5. En sammantagen bedömning

Under hösten som denna uppsats har tagit form har det kommit ett nytt avgörande från Migrationsöverdomstolen där man visar att det faktiskt är möjligt att göra en sammantagen bedömning av sökandens situation såsom var avsett.⁹⁷ I målet beviljar domstolen uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter utan att något av de i lagtexten uppräknade rekvisiten är uppfyllda. Det grundas istället på helt andra omständigheter. Målet handlar om en man som fått ett utvisningsbeslut och fått sin överklagan avslagen av Migrationsdomstolen trots att hans fru och son beviljades permanent uppehållstillstånd. Sonen beviljades uppehållstillstånd på grund av att han hade ett sjukdomstillstånd som gjorde att verkställighet av det tidigare utvisningsbeslutet ansågs som orimligt. Fruns uppehållstillstånd motiverades med hänvisning till principen om familjens enhet. Mannen däremot saknade pass och kunde därför inte styrka sin identitet. Han kunde därför inte beviljas uppehållstillstånd på grund av anknytning till sin fru. Migrationsöverdomstolen anförde i målet:

”Faktum kvarstår emellertid att Migrationsverket och migrationsdomstolen samma dag gjort olika bedömningar av förutsättningarna för att bevilja medlemmar av samma familj uppehållstillstånd i Sverige. Detta har medfört

⁹⁴ MIG 2010:6.

⁹⁵ MIG 2009:9.

⁹⁶ MIG 2009:8.

⁹⁷ Mål nr. 70.

att [sökandens] hustru och svårt sjuke son har fått tillstånd att uppehålla sig här samtidigt som han själv inte har fått det.”⁹⁸

Domstolen gjorde därför bedömningen att det fanns förutsättningar för att bevilja uppehållstillstånd med stöd av utlänningslagen 5:6 på grund av de speciella och ömmande omständigheterna som rådde i målet och mot bakgrund av principen om familjens enhet.

2.3. Skyddsgrunderna

Upphållstillstånd i Sverige kan beviljas på ett antal olika grunder. Dessa grunder finner man i utlänningslagens fjärde och femte kapitel. Flyktingar, alternativt skyddsbehövande och övriga skyddsbehövande är exempel på kategorier som kan beviljas uppehållstillstånd, 5:1 UtlL. Dessa tre kategorier är de så kallade skyddsgrunderna och kommer till uttryck i fjärde kapitlet. Några andra av de vanligaste grunderna till uppehållstillstånd är anknytning till en närstående i Sverige eller särskild anknytning till Sverige eller på grund av arbete eller studier.⁹⁹

Dessa kategorier är förhållandevis tydliga i vad som uppfyller kriterierna. För termen flykting finns *1951 års Geneve-konvention angående flyktingars rättsliga ställning* (Flykting-konventionen) där man kan hitta definitionen som Sverige har anslutit sig till att följa. FN:s flyktingkommissariat (UNHCR) har gett ut ledande slutsatser och en handbok som används vid tolkning av flyktingkonventionen.¹⁰⁰

Den svenska Migrationsöverdomstolen har uttalat i ett avgörande att UNHCR:s slutsatser och handbok är viktiga rättskällor för ärenden som rör flyktingskap.¹⁰¹ Sverige är även skyldig att följa Europakonventionen. I dess tredje artikel finns ett förbud mot tortyr, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning. I ett rättsfall från Migrationsöverdomstolen har ett förtydligande gjorts om vad detta förbud innebär:

”Av artikel 3 i Europakonventionen följer att en stat inte får verkställa ett beslut om avvisning eller utvisning till ett land, om utlänningen löper risk att i det landet utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrade behandling eller bestraffning eller inte är skyddad i det landet mot att sändas vidare till ett land där utlänningen löper sådan risk.”¹⁰²

Denna princip som kallas non-refoulement finns även stadgad i Skyddsgrundsdirektivet.¹⁰³ Konventionen ska genom detta inte bara ge ett formellt skydd utan även ett effektivt.¹⁰⁴

⁹⁸ UM 4511-12.

⁹⁹ Utlänningslagen 5:3, 5:3 a, 5:5 och 5:10.

¹⁰⁰ Stern, s. 23.

¹⁰¹ MIG 2006:1.

¹⁰² MIG 2008:42. Domstolen hänvisar till Hans Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 3 uppl. 2007, s. 78 ff..

¹⁰³ Skyddsgrundsdirektivet artikel 21.

¹⁰⁴ Hans Danelius, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 3 uppl. 2007, s. 78 ff..

De bestämmelser som eventuellt överlappar med de synnerligen ömmande omständigheterna är den om flyktingar, den om alternativt skyddsbehövande och övriga skyddsbehövande som i viss mån behandlar samma aspekter som ”synnerligen ömmande omständigheter”. Dessa tre ska därför behandlas utförligare i följande stycken. Även bestämmelsen om anknytning kan eventuellt överlappa med synnerligen ömmande omständigheter men ska, på grund av en nödvändig avgränsning, inte tas upp i den här uppsatsen.

2.3.1. Flykting

Enligt lagtexten är en flykting en utlänning som befinner sig i ett annat land än där han har medborgarskap på grund av att han känner en

”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.”¹⁰⁵

En förutsättning är också att utlänningen inte kan eller, på grund av sin fruktan, inte vill använda sig av hemlandets skydd. Det spelar ingen roll om det är landets myndigheter som utsätter utlänningen för förföljelsen eller om de inte kan ge ett tillräckligt skydd. Även den utlänning som är statslös kan anses som flykting enligt denna bestämmelse.¹⁰⁶ En utlänning blir då, om han uppfyller rekvisiten i paragrafen, klassad som flykting så fort han lämnar hemlandet.¹⁰⁷ Vid bedömningen om utlänningen riskerar att utsättas för förföljelse är det förhållandet i hemlandet vid flykttillfället som ska beaktas. Det är dock inte nödvändigt att utlänningen faktiskt har flytt från landet. Man kan bli klassad som flykting även om man vistas i ett annat land när det till exempel sker politiska förändringar i hemlandet.¹⁰⁸ Denna typ av flykting kallas *Sur Place*-flykting och är ett internationellt vedertaget begrepp vilket kan ses i både UNHCR:s handbok och Skyddsgrundsdirektivet.¹⁰⁹

Med rekvisitet ”välgrundad fruktan” kan anses innefatta både en subjektiv och en objektiv del. Asylsökanden ska själv känna en fruktan men denna måste även vara välgrundad.¹¹⁰ Med förföljelse kan menas både åtgärder som riktar sig mot enskilda individer och en begränsad grupp av människor men även generella åtgärder som syftar till att förändra samhället eller förhindra en förändring. Åtgärderna måste även ha en viss intensitet för att anses som förföljelse.¹¹¹ Vilka typer av åtgärder som kan anses som förföljelse är omdiskuterat. Den dominerande uppfattningen är att varje allvarlig kränkning av en mänsklig rättighet kan utgöra förföljelse.¹¹² Uppräkningen av grunderna till förföljelsen i lagtexten är uttömmande vilket innebär att förföljelse på annan grund inte kan medföra att man klassas som flykting. Däremot händer det

¹⁰⁵ Utlänningslagen 4:1.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Wikrén och Sandesjö, s. 158-159.

¹⁰⁸ Ibid. s. 159-160.

¹⁰⁹ UNHCR:s handbok paragraf 94-96 och skyddsgrundsdirektivet artikel 5.

¹¹⁰ Wikrén och Sandesjö, s. 161 som hänvisar till UNHCR:s handbok paragraf 37-42.

¹¹¹ Ibid. s. 163 som hänvisar till Guy Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 1996, s. 76.

¹¹² Ibid. s. 164. Se bland annat UNHCR:s handbok paragraf 51.

ofta att förföljelsen av en flykting har sin grund i flera av de uppräknade grunderna då flertalet av dessa delvis överlappar varandra.¹¹³

Det finns en sedan länge accepterad princip att om utlänningen har möjlighet att få ett effektivt myndighetsskydd i någon del av hemlandet kan han inte klassas som flykting, alltså om det finns ett internt flyktalternativ. Det finns dock vissa som inte håller med om att denna princip kan tillämpas i alla situationer, till exempel när det saknas ekonomiska möjligheter.¹¹⁴

2.3.2. Alternativt skyddsbehövande

Med alternativt skyddsbehövande menas en utlänning som befinner sig i ett annat land än det som han är medborgare i på grund av att han vid ett återvändande till hemlandet riskerar att

”straffas med döden eller att utsättas för kroppsstraff, tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning”.¹¹⁵

Hinder mot att utvisas eller avvisas till ett land där man riskerar dödsstraff, kroppsstraff eller tortyr fanns redan innan det infördes i denna paragraf i form av verkställighetshinder och principen finns även uttryckt i FN-konventionen mot tortyr.¹¹⁶ Alternativt skyddsbehövande är också en utlänning som i rollen som civilperson skulle

”löpa en personlig och allvarlig risk att skadas på grund av urskillningslöst våld med anledning av en yttre eller inre väpnad konflikt”.¹¹⁷

Att risken i detta fall ska vara personlig innebär normalt att det ska finnas ett specifikt hot mot asylsökanden och att detta hänför sig till hans personliga situation. Men det kan även vara så att den allvarliga situationen i hemlandet gör att en person endast genom sin närvaro utsätts för en verklig risk.¹¹⁸

Det ska finnas en ”grundad anledning att anta” att utlänningen skulle utsättas för någon av dessa risker enligt lagtexten.

Precis som i flyktingparagrafen är detta oavsett om det är myndigheterna som är ansvariga eller om de inte kan erbjuda trygghet emot denna risk. Paragrafen är tillämplig när utlänningen inte kan eller, på grund av risken, inte vill använda sig av hemlandets skydd. Paragrafen är tillämplig även på statslösa personer precis som flyktingparagrafen.¹¹⁹

¹¹³ Wikrén och Sandesjö, s. 167.

¹¹⁴ Ibid. s. 176-177 som hänvisar till James Hathaway, *The Law of Refugee Status*, 1992, s. 74.

¹¹⁵ Utlänningslagen 4:2.

¹¹⁶ Wikrén och Sandesjö, s. 185-186.

¹¹⁷ Utlänningslagen 4:2 1 st. 1 p.

¹¹⁸ Wikrén och Sandesjö, s. 192 som hänvisar till EG-domstolens dom C-465/07 och prop. 2009/10:31 s. 260.

¹¹⁹ Utlänningslagen 4:2 2 st. och 4:2 3 st.

2.3.3. Övriga skyddsbehövande

I lagtexten definieras övriga skyddsbehövande som utlänningar som, utan att omfattas av begreppen flykting eller alternativt skyddsbehövande, befinner sig i ett annat land än det som han är medborgare i för att han behöver skydd. Behovet av skydd ska vara grundat i att det pågår en yttre eller inre väpnad konflikt eller andra svåra motsättningar i hemlandet och utlänningen ska på grund av detta känna en välgrundad fruktan att utsättas för allvarliga övergrepp.¹²⁰ Som övrig skyddsbehövande räknas också, enligt andra punkten i första stycket, de som inte kan återvända till sitt hemland på grund av en miljökatastrof. Med inre väpnad konflikt menas, enligt Migrationsöverdomstolens tolkning, att det ska föreligga svåra motsättningar mellan befolkningsgrupper som innebär

”utdragna och alltjämt pågående stridigheter mellan väpnade regeringsstyrkor och en eller flera sådana grupper som strider mot varandra”.¹²¹

Dessa stridigheter måste vara allvarligare än vad som klassas som inre oroligheter och får inte vara sporadiska eller isolerade händelser. Situationen måste vara så allvarlig att en civilperson, endast genom sin närvaro, löper en

”verklig risk att utsättas för ett allvarligt och personligt hot mot liv och lem”.¹²²

Uppehållstillstånd som beviljas till övriga skyddsbehövande på grund av inre eller yttre väpnad konflikt föll tidigare under bestämmelsen om uppehållstillstånd på grund av humanitära skäl. Som tidigare nämnts plockades denna del ut från 2006 års utlänningslag och infördes i den nya skyddsregeln i 2 a paragrafen.¹²³ En av orsakerna till förändringarna i den nya lagstiftningen var implementeringen av EG-direktivet om *minimionormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd som om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet*, det så kallade Skyddsgrundsdirektivet.¹²⁴ Direktivets syfte är att fastslå en gemensam definition av flyktingstatus och att säkra miniminivåer för de förmåner som tillkommer de som är berättigade till skydd. Detta är en del av harmoniseringen av migrationsregimen inom EU som har till syfte att i slutändan skapa ett gemensamt asylsystem inom unionen.¹²⁵

I propositionen förtydligas vad som menas med svåra motsättningar:

”Med svåra motsättningar avses bl.a. politisk instabilitet i hemlandet där maktförhållandena är sådana att rättssystemet inte opartiskt värnar befolkningens grundläggande mänskliga rättigheter. Det kan här röra sig om en konflikt mellan olika befolkningsgrupper, mellan en befolkningsgrupp i en

¹²⁰ Utlänningslagen 4:2 a.

¹²¹ MIG 2009:27.

¹²² Ibid.

¹²³ Prop. 1996/97:25 s. 100.

¹²⁴ Stern, s. 35, som hänvisar till SOU 2006:6 *Skyddsgrundsdirektivet och svensk rätt. En anpassning av svensk lagstiftning till EG-direktiv 2004/83/EG angående flyktingar och andra skyddsbehövande.*

¹²⁵ Ibid. s. 45-46.

del av landet och statsmakten eller mellan å ena sidan staten eller en befolkningsgrupp i landet och å andra sidan en annan stat, som dock inte nått en sådan nivå att en väpnad konflikt kan anses föreligga. Av lagtexten framgår att det skall finnas ett orsakssamband mellan de övergrepp som utlänningen riskerar att utsättas för och de svåra motsättningar som finns i hemlandet.”¹²⁶

Vad som kan menas med allvarliga övergrepp kan man läsa om i propositionen där det står att:

”Övergreppen kan ha formen av oproportionerligt straff, godtyckligt frihetsberövande, misshandel, sexuella övergrepp, yrkesförbud, social utstötning eller andra trakasserier när de är av stor svårighetsgrad men inte utgör tillräcklig grund för att medge skydd enligt flyktingparagrafen eller tortyrbestämmelsen i punkten 1.”¹²⁷

Precis som i de två tidigare paragraferna gäller denna även utlänningar som är statslösa och befinner sig utanför det landet där han haft sin vanliga vistelseort.

3. Hur tillämpas paragrafen om synnerligen ömmande omständigheter i Migrationsdomstolen i Göteborg?

3.1. Redogörelse av Migrationsdomstolen i Göteborgs avgöranden

Här följer en redogörelse för asylmålen som prövats i Migrationsdomstolen i Göteborg under de två sista veckorna i augusti och de två första veckorna i september 2012. Under denna period var det 94 stycken mål om asyl som prövades i Migrationsdomstolen i Göteborg. Jag tar endast med de fall där man har behandlat paragrafen om ”synnerligen ömmande omständigheter”, vilket man gjorde i 69 av de 94 målen. I vissa av målen har sökanden åberopat paragrafen men domstolen har även behandlat paragrafen ex officio i flera av målen, dock inte i alla. I de målen som jag tar upp har sökanden inte beviljats uppehållstillstånd som flykting, alternativt skyddsbehövande eller övrig skyddsbehövande eftersom detta är en förutsättning för att 5:6 ska kunna behandlas. Jag tar även med skyddsskäl, som sökanden har åberopat, i analysen för att kunna se om dessa hänger ihop med bedömningen om synnerligen ömmande omständigheter eller inte. Genom att endast läsa domstolens dom och inte ta del av den föreliggande utredningen och allt material som beaktats i målet kan analysen bli knapphändig men i brist på möjlighet att ta del av allt material har min analys baserats på det som domstolen tagit upp i domen. Det som min analys baseras på är därför de omständigheter som sökanden har åberopat och som domstolen har tagit upp i domen.

3.1.1. Sammanställning av domarna

Av de 69 målen där paragrafen om synnerligen ömmande omständigheter behandlades var det två stycken som blev beviljade uppehållstillstånd på denna grund. Dessa två mål där uppehållstillstånd beviljades grundades på sökandens ohälsa. Sökanden i de två målen var en man och en kvinna som var gifta med varandra och de

¹²⁶ Prop. 2004/05:170 s. 274.

¹²⁷ Ibid.

led båda av en livshotande sjukdom och den nödvändiga medicinen fanns inte att tillgå i hemlandet.¹²⁸ I de resterande 67 målen var skälen inte tillräckliga som grund för uppehållstillstånd.

3.1.2. Länder

Det fanns en stor variation bland vilka länder som målen prövades mot, men det fanns ändå vissa länder som var mycket vanligare än andra. Flest mål prövades mot Kosovo (17 st.), nästa vanligast var Serbien (8 st.) och tredje vanligaste var Irak och Nigeria (6 st. vardera). Även Afghanistan (5 st.), Somalia (4 st.) och Makedonien (4 st.) var vanliga länder. De resterande målen prövades mot följande länder; Iran (3 st.), Kazakstan (3 st.), Azerbajdzjan (2 st.), Albanien (2 st.), Ryssland (2 st.), Algeriet (1 st.), Armenien (1 st.), Bangladesh (1 st.), Elfenbenskusten (1 st.), Eritrea (1 st.), Etiopien (1 st.), Gaza-provinsen (1 st.), Jordanien (1 st.), Libanon (1 st.), Mongoliet (1 st.), Tunisien (1 st.), Turkiet (1 st.) och Uganda (1 st.). Vissa av målen prövades mot flera länder och har därför räknats med i statistiken på fler länder än ett. I ett mål framgick det inte i domen vilket land sökanden kom ifrån. De två som beviljades uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter kom ifrån Kazakstan.¹²⁹ I de mål som prövades mot de vanligaste länderna, Kosovo och Serbien, var majoriteten av sökanden familjer av romsk etnicitet.

3.1.3. Ohälsa

Av de 69 målen där paragrafen har behandlats har sökanden åberopat ohälsa som grund för uppehållstillstånd i 31 stycken. Av dessa 31 bestod ohälsan i 3 utav dem av någon typ av missbruk och i 18 av målen handlade det om psykisk ohälsa, i vissa fall kombinerat med fysisk ohälsa. Några av de allvarliga sjukdomar som har åberopats i målen är cancer i stämbanden och hepatit C¹³⁰, kroniska sjukdomar i matsmältnings- och skelettsystemet¹³¹, tumör i bröstet på en gravid kvinna¹³², tjocktarmscancer¹³³, hjärt- och kärlsjukdomar¹³⁴ och problem med magen i kombination med hepatit C¹³⁵. I ett mål där sökanden var en äldre rullstolsburen man ifrån Kosovo hade man anfört att han led av kroniskt obstruktiv lungsjukdom (KOL), smärta i ryggrad och benen, problem med hörsel, yrsel, prostatan och urinblåsan.¹³⁶ I två mål har det varit barn som lidit av åberopade sjukdomar; i ett fall medfödd höftledsluxation¹³⁷ och i ett annat fall handlade det om en hormonell sjukdom¹³⁸.

I alla utom ett av de här nämnda målen där allvarliga sjukdomstillstånd har åberopats har domstolen konstaterat att vård fanns att tillgå i hemlandet. I många av dem ansågs

¹²⁸ Mål nr. 1, mål nr. 2.

¹²⁹ Mål nr. 1, mål nr. 2.

¹³⁰ Mål nr. 3.

¹³¹ Mål nr. 4, mål nr. 5.

¹³² Mål nr. 6.

¹³³ Mål nr. 7.

¹³⁴ Mål nr. 8.

¹³⁵ Mål nr. 9.

¹³⁶ Mål nr. 10.

¹³⁷ Mål nr. 11.

¹³⁸ Mål nr. 12, mål nr. 13.

inte heller sjukdomstillståndet som tillräckligt allvarligt för att kunna grunda uppehållstillstånd.

3.1.4. Anpassning till Sverige

I 10 av de 69 fallen har domstolen på något sätt behandlat anpassning till Sverige i domen. I vissa mål finns det en otydlig gränsdragning mellan begreppen anpassning till Sverige och anknytning till Sverige, som hör till en annan grund för uppehållstillstånd. De har i flera mål, under rubriken ”Synnerligen ömmande omständigheter” använt sig av termen anknytning vid bedömningen om anpassning vilket kan vara missvisande. Detta beror på att i begreppet anpassning till Sverige innefattas även om sökanden har skaffat sig en anknytning till Sverige, dock inte på samma sätt som i paragrafen om uppehållstillstånd på grund av anknytning. Det är dock tydligt att en vuxen människa i princip inte kan beviljas uppehållstillstånd enbart på grund av anpassning. Domstolen lade i de flesta fallen störst vikt vid tidsaspekten, hur lång tid som sökanden har vistats i Sverige. I de flesta av målen betonades vikten av att tiden i landet skulle vara legal för att kunna räknas in. I ett par mål har sökanden vistats en betydande tid i Sverige, mellan 5 och 10 år, men ändå inte ansetts ha anpassat sig till landet på grund av att delar av vistelsen varit illegal.¹³⁹ Oftast beror den illegala vistelsen på att sökanden inte har medverkat till ett tidigare avvisningsbeslut. I ett mål där sökanden var en familj med flera barn ansågs de inte ha anpassat sig trots en vistelsetid på 5 år och 11 månader, att barnen pratade svenska samt att mannen hade arbetat i Sverige under vistelsen. Detta eftersom vistelsen delvis var illegal.¹⁴⁰

3.1.5. Situationen i hemlandet

Endast i 5 av de 69 målen har domstolen behandlat situationen i hemlandet och det har då i de flesta fall handlat om huruvida sökanden skulle sakna socialt nätverk eller riskera social utstötning vid ett återvändande. I ett mål ansåg domstolen att en kvinna och hennes utomäktenskapliga barn inte skulle riskera social utstötning vid ett återvändande till Kosovo trots att hon helt saknade stöd från sin släkt och var hotad av familjemedlemmar.¹⁴¹ I ett annat mål där sökanden var en ung man ifrån Afghanistan, som kommit till Sverige som underårigt barn, bedömdes att situationen i Afghanistan inte var sådan att den kunde ligga till grund för uppehållstillstånd enligt 5:6.¹⁴² I ett mål där sökanden var en familj av en etnisk minoritet ifrån Kosovo kom domstolen fram till att situationen för minoriteter i Kosovo var svår och utsatt men att det inte var en tillräcklig grund för uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.¹⁴³

¹³⁹ Mål nr. 14, mål nr. 15, mål nr. 16, mål nr. 17.

¹⁴⁰ Mål nr. 18.

¹⁴¹ Mål nr. 11.

¹⁴² Mål nr. 19.

¹⁴³ Mål nr. 20.

3.1.6. Familjer med barn

Av de 69 målen var sökanden i 29 av dem familjer med barn. Det var inga mål med ensamkommande barn som sökande under denna period. Det var dock ett mål där sökanden var en liten pojke men där hade föräldrarnas asylansökan prövats separat tidigare och nekats uppehållstillstånd.¹⁴⁴ I de mål där barn har varit sökanden har domstolen i de flesta fallen, enligt vad som står i domen, tagit hänsyn till barnperspektivet och principen om barnets bästa. Det är dock sällan en välutvecklad diskussion om detta utan oftast endast ett konstaterande att det inte skulle på ett allvarligt sätt äventyra barnets framtida utveckling och hälsa att återvända till hemlandet.

3.1.7. Prövning ex officio

I 22 av målen har domstolen gjort en väldigt kortfattad bedömning om synnerligen ömmande omständigheter som endast består av ett konstaterande att det inte föreligger några sådana. Domstolen gör denna prövning ex officio i många fall men inte i alla, eftersom paragrafen endast nämndes i 69 av de 94 målen. Det är i praktiken endast i 47 av målen som domstolen faktiskt gör någon typ av bedömning där de beaktar de olika omständigheterna, utifrån vad som kan utläsas av domen. Även i de fallen är bedömningen oftast väldigt fåordig och detaljfattig. Det är dock möjligt att domstolen har gjort en vidare bedömning som de inte har tagit med i domen.

3.2. Slutsatser av rättsfallsanalysen

Utifrån det begränsade material som jag har gått igenom kan man se att det är en väldigt restriktiv tillämpning av bestämmelsen i 5:6 då den endast har tillämpats i två av de mål som jag har analyserat. Att det är få mål där domstolen ändrar på migrationsverkets beslut kan vara ett tecken på att verket och domstolen har liknande bedömningar. Det behöver dock inte alls betyda att det är så, utan kan också bero på att domstolen helt enkelt har valt att göra en restriktiv tillämpning och därför inte ändrat Migrationsverkets avslagsbeslut. Värt att nämna här kan vara att av de totalt 97 stycken asylmålen under den gällande perioden var det endast två som blev beviljade uppehållstillstånd på grund av någon av skyddsgrunderna. Det var alltså totalt fyra mål där sökanden beviljades uppehållstillstånd på någon grund, vilket får anses som ganska få fall.

De omständigheter som tas upp som eventuellt skulle kunna vara synnerligen ömmande är i princip endast sådana som är att hänföra till sökandens hälsa. I ett fåtal fall nämns även anpassning till Sverige men de handlar i princip endast om hur lång vistelsetid sökanden har haft enligt domstolens bedömning. Inte i något av fallen har domstolen diskuterat någon annan omständighet utöver de tre som är uppräknade i lagtexten, vilket ska vara möjligt eftersom det ska handla om en sammantagen bedömning av sökandens situation.

¹⁴⁴ Mål nr. 21.

3.2.1. Hälsotillstånd

I många fall diskuteras inte ens tillämpningen av 5:6 i domen utan tas endast med som ett kort konstaterande på slutet att det inte föreligger några sådana omständigheter. Det läggs stor vikt vid det rekvisit som inte uttryckligen finns med i lagtexten, men däremot i propositionen, att det ska inte finnas tillgång till adekvat vård i hemlandet. I de flesta fall som jag har analyserat, där man åberopat hälsoskäl, har uppehållstillståndet nekats antingen i första ledet för att sjukdomen inte var av tillräckligt allvarlig art, eller som ett andra led för att det ändå fanns tillgång till vård i hemlandet. Således räcker det inte att lida av en livshotande sjukdom utan man måste dessutom stå utan möjlighet till vård i hemlandet, oavsett om vården är bristfällig eller om asylsökanden själv måste stå för kostnaderna.

Detta stämmer överens med Migrationsöverdomstolens mening som man kan se i bland annat ett rättsfall som handlade om asylsökande man ifrån Kamerun.¹⁴⁵ Mannen var HIV-smittad och hade framfört i målet att han inte hade tillgång till sjukvården i hemlandet då systemet där var korrupt och han inte hade de pengar som krävdes för att erhålla vård. Migrationsöverdomstolen uttalade sig då, med hänvisning till förarbetet, att uppehållstillstånd inte kan meddelas om det teoretiskt sett finns tillgång till vård, oavsett om den asylsökanden hade råd att erhålla vården. Domstolen betonade också att om asylsökanden är hindrad från att få adekvat vård på grund av sitt politiska engagemang är detta inget som ska innefattas i prövningen om synnerligen ömmande omständigheter utan istället som ett skyddsskäl.¹⁴⁶

Detta innebär att man i bedömningen inte tar hänsyn till om asylsökanden faktiskt kommer att få vård i praktiken utan det som spelar roll är om det finns en teoretisk möjlighet för medborgare i landet att få vård. Det ska alltså inte baseras på utlänningens personliga situation. Detta är något som inte stämmer överens med vad som anges i motiven till paragrafen; att bedömningen ska vara individuellt inriktad på de personliga förhållandena.

3.2.2. Anpassning till Sverige

Att beviljas uppehållstillstånd på grund av anpassning till Sverige verkar vara ytterst ovanligt, vilket i och för sig stämmer överens med vad Migrationsöverdomstolen uttalat i praxis. Ett par års tid i landet är inte tillräckligt, inte ens när det handlar om barn som har gått i skolan här och fått en social anknytning. Det är dock svårt att dra några slutsatser angående rekvisitet ”anpassning till Sverige” eftersom det knappt nämndes i de flesta av fallen som jag gått analyserat.

3.2.3. Situationen i hemlandet

Situationen i hemlandet är något som sällan tagits upp i de mål som jag analyserat här. I princip det enda som har nämnts som skulle kunna räknas till denna grund är huruvida sökanden har kvar kontaktnät i hemlandet och om sökanden skulle riskera social utstötning vid ett återvändande dit. Detta kan skapa otydlighet eftersom man i

¹⁴⁵ MIG 2007:48.

¹⁴⁶ Ibid.

propositionen, som tidigare nämnts, ska beakta sökandens anknytning till hemlandet när man gör en bedömning om anpassning till Sverige föreligger.¹⁴⁷

Sammanfattningsvis verkar det som att Migrationsdomstolen följer överrättspraxis och uttalanden i förarbeten vid tillämpningen av 5:6 och att denna tillämpning verkar vara relativt enhetlig. Frågan blir då om denna så kallade ”gällande rätt” är bra utformad och stämmer överens med principen om rättssäkerhet, vilket ska behandlas nedan.

4. Finns det en tydlig gräns mellan ”synnerligen ömmande omständigheter” och skyddsskäl? Och var går den i så fall?

Enligt Stern är det inte längre möjligt att beviljas uppehållstillstånd av skyddsrelaterade skäl genom 5:6 utan det är numera en tydlig gränsdragning mellan skyddsgrunderna och synnerligen ömmande omständigheter.¹⁴⁸ I propositionen till den nya utlänningslagen betonades att lagen borde göra en tydlig åtskillnad mellan de olika grunderna för uppehållstillstånd och att skyddsskäl inte skulle kunna prövas inom ramen för de humanitära grunderna. De tidigare politisk-humanitära grunderna fördes därför över till bestämmelsen om övriga skyddsbehövande i 4:2a UtlL.¹⁴⁹

Migrationsöverdomstolen har i ett avgörande redogjort för gränsdragningen.¹⁵⁰ I domen hänvisas till lagens förarbete där regeringen tydliggjort att de övriga grunderna för uppehållstillstånd måste vara prövade innan bestämmelsen i 5:6 kan tillämpas. Domstolen menar att regeringen därigenom visar att det måste finnas en klar skiljelinje mellan de olika skyddsgrunderna och synnerligen ömmande omständigheter. Migrationsöverdomstolen uttalade också i målet att möjligheten till intern flykt ska behandlas under skyddsgrunderna och inte som synnerligen ömmande omständigheter.¹⁵¹ I förarbeten kan man samtidigt läsa att det inte går att generellt visa vilka situationer som hör till de olika grunderna av de som hamnar i gränzonen däremellan. I propositionen nämns också att det är möjligt att skyddsgrunderna och de synnerligen ömmande omständigheterna reellt kan hänga samman. Det betonas dock att det endast är i särskilda fall som handlar främst om förföljelse och trakasserier som kan leda till sjukdomstillstånd. Det krävs dock då att trakasserier eller förföljelsen inte är av sådan art att de kan vara skyddsgrundande eller att asylsökanden av någon annan anledning faller utanför flyktingbestämmelsen eller bestämmelsen om skyddsbehövande i övrigt.¹⁵²

I ett tidigare nämnt rättsfall angående en kvinna och hennes son från Sudan som beviljades uppehållstillstånd i princip på grund av situationen i hemlandet har Migrationsöverdomstolen berört gränsdragningen.¹⁵³ Domstolen menade att utrymmet för att beakta otillräckliga skyddsskäl vid en bedömning om synnerligen ömmande omständigheter är mycket begränsad. Det är ändå möjligt att göra detta i vissa fall,

¹⁴⁷ Prop. 2004/05:170 s. 280.

¹⁴⁸ Stern, s. 91.

¹⁴⁹ Prop. 2004/05:170 s. 176f.

¹⁵⁰ MIG 2007:33.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Prop. 2004/05:170 s. 192.

¹⁵³ MIG 2009:31 I.

vilket främjas av detta rättsfall. När det gäller situationer där ensamman kvinnor ska skickas tillbaka till länder där det råder allvarligt kvinnoförtryck, och kvinnan saknar socialt och manligt nätverk där, är det ett tydligt exempel på när gränsen mellan grunderna är flytande. Att sakna socialt och manligt nätverk i hemlandet är som tidigare nämnts något som räknas till synnerligen ömmande omständigheter. Samtidigt kan detta utgöra förföljelse på grund av kön eller allvarliga övergrepp i skyddsgrunderna. Som nämnts tidigare, kan man läsa i propositionen¹⁵⁴, att vad som avses med allvarliga övergrepp i paragrafen om övriga skyddsbehövande till exempel kan vara social utstötning eller andra trakasserier som också kan utgöra synnerligen ömmande omständigheter.

Om det är möjligt att, som uttalats i propositionen¹⁵⁵, beakta verkställighetshinder vid en bedömning om det föreligger synnerligen ömmande omständigheter blir gränsdragningen ännu svårare. Man behöver i så fall göra gränsen tydligare mellan de verkställighetshinder som kan beaktas vid bedömningen av synnerligen ömmande omständigheter och de som istället kan ge uppehållstillstånd på en egen grund. Om inte så sker kan detta leda till missvisande avgöranden. Som nämnts tidigare kan man se i förarbetet att vissa remissinstanser ansåg att det fanns otydligheter i gränsdragningen vad gäller olika sorters verkställighetshinder.¹⁵⁶

Jag anser att det är svårt att se en tydlig gräns mellan de olika skyddsgrunderna och synnerligen ömmande omständigheter. Paragrafen har möjligtvis fått ett något tydligare tillämpningsområde om man jämför med det för bestämmelsen om humanitära skäl i den gamla lagen. Detta genom att man numera har de tre rekvisiten i lagtexten. Men det är fortfarande otydligt. Som både har uttalats i förarbeten och i praxis kan skyddsskäl spela roll för bedömningen av synnerligen ömmande omständigheter, även om det är i speciella fall, vilket visar att det i praktiken inte finns någon gräns mellan de olika grunderna.

5. Har bestämmelsen fått det resultat som lagstiftaren eftersträvat?

2011 gjordes en undersökning av Justitiedepartementet som visade hur ”synnerligen ömmande omständigheter” hade tillämpats i praktiken.¹⁵⁷ Av statistik från Migrationsverket från 2009 och början av 2010 kunde man se att 7-9 % av alla uppehållstillstånd beviljades på grund av 5:6. Av de mål där paragrafen prövades var det ca 22 % som beviljades och grunder för de flesta av dessa mål var en kombination av de tre huvudgrunderna för prövningen.¹⁵⁸ I denna statistik har man dock endast räknat med uppehållstillstånd beviljade på grund av skyddsgrunderna samt synnerligen ömmande omständigheter och inte övriga grunder för uppehållstillstånd i den totala summan.¹⁵⁹ I utredningen konstaterades också att bedömningen inte var enhetlig i Migrationsverket, särskilt i de mål där sökanden var barn. I utredningen betonas dock att det är svårt att avgöra om bedömningen är enhetlig när inget fall är

¹⁵⁴ Prop. 2004/05:170 s. 274.

¹⁵⁵ Ibid. s. 192-293.

¹⁵⁶ Ibid. s. 189.

¹⁵⁷ Ds 2011:14.

¹⁵⁸ Ibid. s. 24, 26.

¹⁵⁹ Ibid. s. 24 not 3.

det andra likt när det gäller sammantagen bedömning enligt 5:6. Varje mål har unika förutsättningar och det är svårt att göra jämförelser däremellan.¹⁶⁰

Utredningen visade också att det är en skillnad mellan bedömningen i Migrationsverket och Migrationsdomstolarna. Det har i undersökningen inte kommit fram något som tyder på oenhetlighet i domstolarnas bedömning. Enligt undersökningen tycks Migrationsdomstolarna följa praxis från Migrationsöverdomstolen och motivuttalanden. I Migrationsdomstolen är tendensen att bevilja uppehållstillstånd på grund av hälsotillstånd tydligare än hos Migrationsverket. Rekvisitet ”anpassning till Sverige” har tillämpats endast i undantagsfall trots att det har återopats i domstolen och rekvisitet ”situationen i hemlandet” har sällan ensamt lett till uppehållstillstånd. Domstolen verkar mer benägen att göra en sammantagen bedömning av de tre i lagtexten uppräknade rekvisiten, där ett allvarligt sjukdomstillstånd väger allra tyngst.¹⁶¹

Utifrån de rättsfall som jag har analyserat kan man dra slutsatsen att domstolen i princip aldrig beaktar några andra omständigheter än de i lagen uppräknade. Detta stämmer inte överens med, vad som framgår av både lagtext och förarbeten, att domstolen ska göra en sammantagen bedömning av sökandens situation. Uppräknningen i lagtexten ska inte anses uttömmande och man ska därför kunna beakta även andra omständigheter, men detta är något som domstolen i de flesta fall inte följer. I det nya målet från Migrationsöverdomstolen¹⁶², som nämnts ovan, kan man se att det faktiskt är möjligt att komma fram till att det föreligger synnerligen ömmande omständigheter även på andra grunder än de tre rekvisiten i lagtexten.

Avsikten med formuleringen av den nya bestämmelsen var, som tidigare nämnts, att ordet ”synnerligen” skulle tydliggöra att det rörde sig om en undantagsparagraf.¹⁶³ Samtidigt framhåller socialförsäkringsutskottet i propositionen att avsikten inte är en skärpning av tidigare praxis.¹⁶⁴ Enligt Sterns undersökning från 2008 har det sammantaget inte blivit någon skillnad på denna punkt om man jämför praxis på de bestämmelser som motsvarar varandra i ”synnerligen ömmande omständigheter” och ”humanitära skäl”.¹⁶⁵ Det enda området där praxis skiljer sig från tidigare är när det gäller synen på vistelsetid, vilken har skärpts. Tidigare fanns ett större utrymme för att beakta illegal vistelsetid och betydelsen av vistelsetid för vuxna var inte lika obetydlig som den är i nuvarande praxis.¹⁶⁶ Domstolarna har alltså, i viss mån, blivit något striktare i bedömningen än tidigare, vilket inte var avsett med den nya lagbestämmelsen enligt förarbetet. På andra områden har tillämpningen inte förändrats särskilt och äldre praxis står därför fast. Detta kan man särskilt se på bedömningarna som rör hälsoskäl som till exempel avvägningen mellan tillgång på adekvat hälsovård i hemlandet och vård i Sverige, betydelsen av de ekonomiska aspekterna av att uppehållstillstånd beviljas, betydelsen av självmordsrisk och

¹⁶⁰ Ibid. s. 14.

¹⁶¹ Ds 2011:14 s. 16-17.

¹⁶² UM 4511-12.

¹⁶³ Prop. 2004/05:170 s. 224f..

¹⁶⁴ Socialförsäkringsutskottets betänkande 2004/05:SfU17 s. 34f..

¹⁶⁵ Stern, s. 123.

¹⁶⁶ Ibid.

aspekterna som gäller barn. När det gäller barnperspektivet kan man visserligen se en liten tendens att domstolen nu i större mån beaktar det än tidigare.¹⁶⁷

Om man ser till andelen uppehållstillstånd som beviljats på grunden ”synnerligen ömmande omständigheter”/”humanitära skäl” kan man se en tydligt nedåtgående tendens. År 2000 var ca 12 % av alla uppehållstillstånd som beviljades grundade på humanitära skäl. De följande två åren låg siffran på 11 % och 10 %. År 2003 var andelen nere på 7,6 %. De följande åren låg siffran relativt stabilt på runt 4-5% för att sedan minska till drygt 1 % år 2008. Om man ser närmare på övergången mellan år 2005 och 2006 då humanitära skäl byttes ut mot synnerligen ömmande omständigheter var det ingen större skillnad (3,9 % och 4,2 %).¹⁶⁸

Under de nio första månaderna av 2012 har Migrationsverket meddelat 959 uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Under denna period var det totalt 89 210 stycken uppehållstillstånd som beviljades.¹⁶⁹ Det var alltså ca 1 % av de asylsökandena som beviljades uppehållstillstånd som fick det på grund synnerligen ömmande omständigheter (1,07 %). För åren 2011, 2010 och 2009 låg denna siffra också på ca 1 %.¹⁷⁰ Detta får anses som en väldigt låg siffra och man kan därför konstatera att lagstiftaren har lyckats med att få den restriktiva tillämpningen som var avsedd. Anledningen till att dessa siffror inte stämmer överens med de som redovisats ovan från Justitiedepartementets utredning är att de är uträknade med olika totalsummor av beviljade uppehållstillstånd. Statistiken som redovisas i detta stycke är baserad på alla uppehållstillstånd på alla grunder och Justitiedepartementets siffror endast på skyddsgrunderna och de synnerligen ömmande omständigheterna vilket ger helt olika andelar.¹⁷¹ Jag anser att siffrorna som är baserade på den totala summan av uppehållstillstånd på alla grunder ger en tydligare bild för analysen.

Att gå från ca 12 % till drygt 1 % på åtta år måste anses som en tydlig minskning. Man måste dock räkna med ett visst bortfall i antalet beviljade uppehållstillstånd efter övergången eftersom en del av grunden humanitära skäl flyttades över till övriga skyddsbehövande. Det är dock svårt att se om denna förändring hänger ihop med att man införde den nya bestämmelsen eftersom den stora skillnaden inträffade två år senare. För att kunna se om tillämpningen faktiskt har blivit mer restriktiv måste man jämföra med antalet som beviljats uppehållstillstånd på grunden övriga skyddsbehövande. I migrationsverkets statistik kan man där se den motsatta utvecklingen. Innan den nya paragrafen infördes år 2006 låg antalet beviljade uppehållstillstånd på grund av skyddsbehov¹⁷² på runt 1-2 % för att sedan under det året gå upp till drygt 4 % av det totala antalet beviljade uppehållstillstånd. Mellan 2006 och 2007 steg siffran sedan rejält och landade på nästan 12 %. De följande åren sjönk dock siffran igen och låg sedan relativt stabilt på runt 6-7 % under åren 2008 till

¹⁶⁷ Ibid. s. 123-124.

¹⁶⁸ Statistik från www.migrationsverket.se *Beviljade uppehållstillstånd 1980-2011*. 2000: 7424 av 60490, 2001: 5730 av 56872, 2002: 6013 av 54396, 2003: 4326 av 56787, 2004: 3043 av 58811, 2005: 2487 av 62463, 2006: 3657 av 86436, 2007: 3938 av 86095, 2008: 1571 av 90021.

¹⁶⁹ Statistik från www.migrationsverket.se.

¹⁷⁰ 1345 av 93134 asylsökanden beviljades uppehållstillstånd på denna grund(1,44 %) år 2011. 860 av 105 102 asylsökanden beviljades uppehållstillstånd på denna grund år 2010(0,82 %). 979 av 102 449 beviljades på denna grund 2009 (0,95 %). Statistik från www.migrationsverket.se.

¹⁷¹ Se s. 27 och not 154.

¹⁷² Här räknas alternativt skyddsbehövande och övrigt skyddsbehövande men inte flyktingar.

2011.¹⁷³ Detta tyder på att en del av minskningen av målen där uppehållstillstånd beviljats på grund av synnerligen ömmande omständigheter troligtvis beror på att de har flyttats över till kategorin skyddsbehövande.

Att syftet med den nya regleringen inte var att skapa ett mer restriktivt beviljande av uppehållstillstånd kan man alltså läsa i förarbetet till lagen. Man kan dock inte blunda för att det kan finnas andra syften dolda bakom det officiella som syns utåt. Vår migrationspolitik styrs av reglerad invandring och det finns de som vill begränsa antalet invandrare i Sverige. Även samhällets ekonomi spelar in och det är fullt möjligt att finanskrisen som drabbade Sverige 2008 också kan ha haft inverkan på antalet beviljade uppehållstillstånd.

De slutsatser som jag har kommit till i min rättsfallsanalys stämmer väl överens med de som gjordes i ovan nämnda undersökning från Justitiedepartementet angående bedömningen i Migrationsdomstolen. Detta tyder på att det, i alla fall i förhållande till egen praxis och överrättspraxis, finns en enhetlighet i bedömningen. Problemet verkar istället ligga i Migrationsverket avgöranden och eventuellt att domsluten från Migrationsdomstolarna inte är tillräckligt utförliga.

Enligt Diesen bygger bedömningen av ”synnerligen ömmande omständigheter” i mindre grad på en bedömning av fakta och i större grad på en skönmässig social helhetsbedömning, vilket kan leda till att praxis bli svårförutsebar och olikmässig.¹⁷⁴ Detta stämmer inte överens med det syfte som den nya utlänningslagen hade; att skapa en mer rättssäker och transparent asylprocess, utan leder snarare till motsatsen.

6. Hur förhåller sig bestämmelsen till rättssäkerheten?

Syftet med den stora instans- och processordningsreformen som genomfördes 2006 var, som tidigare nämnts, att skapa en mer rättssäker och transparent asylprocess.¹⁷⁵ Man ville skapa en process som upplevdes som tillförlitlig och rättvis av både de berörda parterna och av allmänheten.¹⁷⁶ I propositionen finns flera förklaringar till vad som regeringen menar med en ökad rättssäkerhet i asylsystemet. Genom den nya instansordningen fick man ett tvåpartsförfarande med utökade möjligheter till muntlighet vilket skulle öka tilltron i asylprocessen vilket skulle leda till ökad rättssäkerhet. Möjligheten till överprövning av migrationsärenden i de allmänna förvaltningsdomstolarna skulle utan tvekan leda till ett förfarande präglad av hög rättssäkerhet enligt socialförsäkringsutskottet.¹⁷⁷ I propositionen kan man också läsa att en aspekt av rättssäkerheten är att processen inte får ta för lång tid innan man har ett lagakraftvunnet avgörande.¹⁷⁸ Även tydlighet och preciseringar av lagtexten är nödvändiga för att uppnå kraven på rättssäkerhet, enhetlighet och förutsebarhet.¹⁷⁹

¹⁷³ Statistik från Migrationsverket, *Beviljade uppehållstillstånd 1980-2011*. 2004: 729 av 58 811, 2005: 1 174 av 62 463, 2006: 3 728 av 86 095, 2007: 10 208 av 86 095, 2008: 5 278 av 90 021, 2009: 6 164 av 98 644, 2010: 6 814 av 91 458, 2011: 6 148 av 93 134.

¹⁷⁴ Diesen, s. 242-243.

¹⁷⁵ Stern, s. 13.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Prop. 2004/05:170 s. 107.

¹⁷⁸ Ibid. s. 109.

¹⁷⁹ Ibid. Bilaga 10, s. 394.

Av de olika förklaringarna av begreppet rättssäkerhet som har behandlats tidigare kan man se att det finns en viss osäkerhet och variation på innebörden. Däremot är de flesta överens om att rättsäkerheten förutsätter någon typ av enhetlighet i bedömningen och att detta ska leda till förutsebarhet om tillämpningen. Skönsmässighet i bedömningen borde därför leda till det motsatta, alltså en ej rättssäker process. För en enhetlig bedömning och förutsebarhet måste det finnas tydliga lagregler. Om man utgår ifrån Peczeniks syn på rättssäkerheten måste man även väga in etiska värden i bedömningen. Detta kan hänga ihop med uppfattningen om att den materiella rättssäkerheten handlar om att uppnå någon typ av "rättvisa" i rättstillämpningen. Jag håller med Peczenik om att det måste handla om en avvägning mellan förutsebarheten och etiska värderingar eftersom inget utav dem ensamt kan anses ge en rättssäker utgång. Att man har en lagtext som klart och tydligt säger att alla invandrare från Afrika inte får uppehållstillstånd och som leder till detta i tillämpningen kan mycket väl uppfylla kraven på enhetlighet och förutsebarhet. Däremot kan det inte anses stämma överens med vår rättsstats etiska värderingar och kan knappast ge ett "rättvist" resultat. Enligt mig skulle ett rättvist resultat vara att, utifrån den mängd som det svenska samhället har kapacitet att ta emot folk, de som hade störst behov av att komma till Sverige fick uppehållstillstånd. Och för att uppnå detta resultat krävs tydliga regler och en enhetlig tillämpning. Utan tvivel finns det dock olika syn på vad som är ett rättvist resultat och hur stor kapacitet vårt land har. Vissa anser säkert att rättvisa skulle vara att inte släppa in några alls och vissa har säkert den motsatta åsikten eftersom politiska inställningar präglar synen på migrationen.

Bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter är inte tillräckligt tydlig. Den är missvisande i sin ordalydelse. Som Diesen har uttryckt bygger den i stor grad på en skönsmässig social helhetsbedömning och detta kan inte anses vara rättssäkert om man utgår ifrån Strömholms definition av rättssäkerhet där likformighet är den viktigaste aspekten. Skönsmässiga bedömningar leder inte till likformighet i praxis. Det leder heller inte till förutsebarhet i bedömningen eftersom det krävs en likformig praxis för att man ska kunna förutse ett resultat. Frågan är dock om det är möjligt att ha en mindre skönsmässig bedömning i mål om asyl eftersom avgörandena måste baseras på sökandens personliga förhållanden. När varje fall är unikt och en korrekt jämförelse inte går att göra mellan de olika fallen blir det också svårt att ställa upp rekvisit som går att tillämpa i alla situationer. Det är inte möjligt att lagstifta så att man i alla typer av mål om asyl enkelt kan tillämpa kriterierna i lagtexten rakt av. Därför är det så viktigt att det finns en tydlig praxis som underinstanserna kan följa.

Omständigheter som rör situationen i hemlandet skulle kunna hänga samman med de kriterier som ställs upp i de övriga skyddsgrunderna såsom hotbild, förföljelser och liknande. Begreppet "situationen i hemlandet" är mycket vag i sin definition och kan därför göra att gränsen mellan 5:6 och de andra grunderna för uppehållstillstånd flyter samman och gör att tillämpningen blir godtycklig. Ska bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter kunna tillämpas i samma situationer som till exempel flyktingbestämmelsen, men skillnaden att man i det första fallet inte har lika starka grunder? Detta är vad som görs i nuläget, även om det endast sker i ett fåtal fall. Att inte ha en tydlig gräns mellan de olika skyddsgrunderna kan inte anses som rättssäkert eller förutsebart eftersom det gör att bedömningen blir väldigt flytande och oförutsebar.

Som jag har konstaterat i rättsfallsanalysen är domstolarnas motiveringar i domsluten oftast väldigt korta och detaljfattiga. Detta gäller dock främst Migrationsdomstolen och inte Migrationsöverdomstolen där domsluten oftast är mer utförliga. För att anses som rättssäker och förutsebart borde domarna innefatta en mer detaljerad motivering till varför de har dömt som de har. Att endast nämna att några synnerligen ömmande omständigheter inte föreligger är inte tillräckligt. Det kan alltså finnas problem med domstolarnas legitimitet. Domstolen måste rättfärdiga att de har dömt som de har för att individerna ska kunna förstå varför de har fått den domen som de fått för att de inte ska tappa förtroendet för rätten. Ett omotiverat domslut kan framstå som godtyckligt och opålitligt. Särskilt med tanke på att själva lagtexten inte ger någon vidare ledning. Det är särskilt viktigt med legitimitet för sökanden som vill överklaga ett negativt besked till en högre instans. Sökanden måste då kunna se tydligt varför de inte fick uppehållstillståndet beviljat för att kunna ha en chans att vinna ett överklagande. Bara för att Migrationsdomstolarna är underinstanser behöver det inte betyda att deras domslut kan vara mindre legitima än överinstansen. Vad detta problem beror på är svårt att säga, det kan vara alltifrån lättja eller begränsade resurser till någon form av effektivitetsaspekt eller helt enkelt att bedömningen är otydlig.

7. Sammanfattning av analysen

”Situationen i hemlandet” är det rekvisit som bidrar mest till att göra gränsen mellan 5:6 och de övriga skyddsgrunderna otydlig. Vissa omständigheter och situationer kan hamna i gränslandet eftersom det finns en viss överlappning mellan grunderna. Man kan fråga sig om det inte ges ett tillräckligt skydd vad gäller personer som kommer från hemska förhållanden genom skyddsgrunderna, eftersom det torde vara det som är hela syftet med de bestämmelserna. Hälsoaspekten är i praktiken den enda delen av bedömningen som är helt fristående från skyddsgrunderna och verkar dessutom vara den del av bestämmelsen som ges störst vikt vid bedömningen.

Angående tillämpningen av rekvisitet ”anpassning till Sverige” finns det viss problematik. Som asylsökande är det mycket svårt att anpassa sig och att bli en del av det svenska samhället. Inte förrän man har beviljats uppehållstillstånd får man tillräcklig hjälp att integreras av myndigheterna. Det ska, som nämnts tidigare, även krävas en viss tid för att anpassning ska kunna föreligga.¹⁸⁰ Enligt förarbeten är det dock inte själva tidsutdräkten som ska uppfyllas utan det är anpassningen som sker under den tiden.¹⁸¹ Detta är för mig något motsägelsefullt eftersom man kan se i praxis att det som domstolen tar med i bedömningen i princip endast är hur lång tiden för vistelsen är. Det tidskriterium, som alltså både finns och inte finns, känns svårt att uppfylla. Om det endast är laglig vistelse som räknas in och att eventuell utdragningen av processen inte får bero på utlänningskänns det i princip omöjligt att stanna så pass länge i landet. Utifrån de rättsfall från Migrationsöverdomstolen som jag har behandlat i denna uppsats verkar det vanliga vara att sökanden har vistats runt 2-3 år i Sverige innan domen. En vistelsetid på 2-3 år har inte ansetts tillräckligt i de rättsfallen. Att processen drar ut mer på tiden kan inte anses humant för de sökande som måste leva i ovisshet under en längre tidsperiod. Som tidigare nämnts ska man särskilt beakta om det är ett barn som är sökande vid bedömningen om anpassning till

¹⁸⁰ Prop. 2004/05:170 s. 280.

¹⁸¹ Ibid.

Sverige. Men i själv verket görs endast en jämförelse av tidsutdräkten med den i ett annat fall för att komma fram till om det är en tillräckligt lång tid det handlar om eller inte. Någon särskild bedömning när det gäller barn verkar inte förekomma.

Frågan är om man ska ta bort de rekvisit som inte används särskilt mycket eller om man istället borde se till att de faktiskt används. Om man tar bort dem skulle det leda till att rättstillämpningen blir ännu striktare och det är ingen bra lösning då paragrafen redan blivit striktare och mer restriktiv i tillämpningen. Avsikten med den nya bestämmelsen, enligt förarbetet, var inte att skapa en mer restriktiv bedömning och att då eventuellt göra den än mer restriktiv genom att helt ta bort ett rekvisit, även om det endast tillämpas i undantagsfall, kan inte anses rätt. Man borde därför istället se till att alla rekvisiten som finns med i paragrafen i nuläget behandlas utförligare så att de kan tillämpas oftare. Att ha en paragraf där i princip endast ett av rekvisiten i paragrafen, alltså ohälsa, faktiskt används som grund till uppehållstillstånd i praktiken kan inte accepteras.

De mål från Migrationsöverdomstolen där man har beviljat uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter har det i princip grundats på sökandens hälsotillstånd och/eller omständigheter som rör barn.

Migrationsöverdomstolen har dock i de fallen noggrant redovisat och beaktat omständigheter kring anpassning till Sverige och situationen i hemlandet.¹⁸²

Bristerna i asylprocessen verkar alltså inte finnas i överdomstolen utan i de lägre domstolsinstanserna.

8. Slutsatser

Enligt vad som har framkommit i denna uppsats finns det en otydlighet i bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter. Särskilt vad gäller gränsdragningen mellan synnerligen ömmande omständigheter och de övriga skyddsgrunderna. Även om lagstiftaren och även domstolarna anser att det nu finns en tydlig gräns finns det omständigheter som tyder på att det inte ser ut så i praktiken. I teorin kan man påstå att det finns en tydlig gränsdragning, i och med att bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter enligt lagtexten inte får tillämpas förens det är utrett att skyddsgrunderna inte är tillämpliga. Detta behöver inte betyda att det finns en sådan gräns i realiteten. I praktiken finns det fall, som redovisats ovan, där domstolen har beaktat i viss mån omständigheter som kunnat anföras både till skyddsgrunderna och som synnerligen ömmande enligt 5:6. Rekvisitet ”situationen i hemlandet” borde omfattas av skyddsgrunderna istället, alternativt tydliggöras och eventuellt omformuleras så att gränsdragningen blir tydligare mot skyddsgrunderna.

En anledning till varför det är så viktigt att ha en tydlig gränsdragning mellan synnerligen ömmande omständigheter och skyddsgrunderna är att det blir en väldigt annorlunda bedömning. Vid bedömning av asyl och skyddsskäl handlar det huvudsakligen om en riskbedömning. Vid bedömningen om synnerligen ömmande omständigheter måste man göra avvägningar mot den reglerade invandringen som vi har i Sverige, bland annat genom att man ska beakta de ekonomiska konsekvenserna som ett beviljat uppehållstillstånd skulle medföra. En sådan avvägning är inte möjlig

¹⁸² Stern, s. 93.

att göra när det gäller skyddsbehov och det kan därför medföra stora skillnader för sökandens framtid.

Jag menar inte att paragrafen om synnerligen ömmande omständigheter är onödig utan snarare att den är dåligt utformad eftersom den leder till tvetydighet och en svårförutsebar praxis. Något måste ändras, men om det är lagtexten som borde tydliggöras eller praxis som måste utvecklas, är svårt att säga. Eftersom det är näst intill omöjligt att skriva lagtext där alla möjliga situationer är påtänka vore det kanske rimligare om det var praxis som fick utveckla tillämpningsområdet för paragrafen. En paragraf som den om synnerligen ömmande omständigheter skulle kunna fungera så att den fångade upp de mål som inte faller in under de övriga grunderna för uppehållstillstånd men som man ändå anser är i behov av att få hjälp och att stanna i landet, något som en del skulle kalla en ”slasktratt”. En sådan bestämmelse är bra på det sättet att den kan fånga upp alla de specialfall som lagstiftaren inte hade förutsett och som inte riktigt faller in under de andra grunderna. Däremot skulle en sådan bestämmelse på det här området innebära en mer flytande gräns mot alla de övriga grunderna för uppehållstillstånd, vilket inte alls är avsikten enligt lagstiftaren.

Syftet med den nya paragrafen var inte att göra praxis mer restriktivt utan endast att tydliggöra i lagtext den redan gällande praxisen på grunden humanitära skäl. Om man ser på statistiken om hur stor andel av alla uppehållstillstånd som beviljats på grund av synnerligen ömmande omständigheter ser man tydligt att den har minskat betydligt från ca 12 % till ca 1 %. Eftersom detta endast är andelen av alla beviljade uppehållstillstånd kan det självklart finnas andra anledningar till att siffran har förändrats, till exempel att andra grunder har blivit vanligare. Det är dock en så pass tydlig förändring att man kan dra slutsatsen att något har hänt i tillämpningen av just denna paragraf. Däremot kan man se att siffran för andelen hade börjat sjunka redan innan den nya bestämmelsen togs i kraft. Detta tyder på att det redan innan hade skett en förändring i praxis som visade en mer restriktiv tillämpning. Dagens siffra på ca 1 % har legat stabilt de senaste 4 åren efter att den sjunkit betydligt mellan år 2007 och 2008. Denna del av förändringen skedde alltså två år efter att den nya bestämmelsen införts och borde därför kunna ha med den nya ordningen att göra. Om man jämför med ökningen av antalet uppehållstillstånd beviljade på grund av skyddsbehov är minskningen av de med synnerligen ömmande omständigheter större. För de med skyddsbehov har andelen, som tidigare nämnts, ökat från ca 1-2 % innan bestämmelsen infördes till ca 5-6 % numera. Även om en mer restriktiv tillämpning inte var avsedd så är det vad som man har uppnått. Även om det kan bero på flera olika faktorer tror jag att det, i alla fall till viss del, beror på införandet av den nya paragrafen.

Att paragrafen innehåller tre förslag på omständigheter som ska beaktas kan ge en missvisande bild av att det endast är dessa tre som kan ligga till grund för ett uppehållstillstånd. Som visats i förarbeten ska bedömningen göras på en sammantagen bild av de personliga omständigheterna i det enskilda fallet. Att några andra omständigheter än just dessa tre har beaktats har inte funnits med i några av de rättsfallen som jag har analyserat i denna uppsats förutom i det allra senaste från Migrationsöverdomstolen.¹⁸³ Detta är något som domstolen, enligt min mening, borde lägga större vikt vid. Istället läggs tyngdpunkten på den första av de tre, alltså

¹⁸³ Mål nr. 70.

sökanden hälsotillstånd, vilket i praktiken är den omständighet som i flest fall ger uppehållstillstånd. För att uppnå det resultatet som var avsikten måste domstolarna i större mån beakta alla omständigheter, särskilt de som nämns i lagtexten utöver hälsotillståndet men även andra omständigheter som inte nämns där. Annars blir resultatet i realiteten att bedömningen om det finns synnerligen ömmande omständigheter endast går ut på att konstatera om sökanden lider av en svår sjukdom eller inte.

Angående rekvisitet om sökandens hälsotillstånd finns det problem när det kommer till delen där man ska bedöma om sökanden har tillgång till vård i hemlandet. Att tillämpa ett sådant rekvisit kan anses väldigt strikt och går dessutom emot tillämpningen av paragrafens syfte; att utgöra en sammantagen bedömning som är individuellt inriktad på de personliga förhållandena. Det kan inte vara rätt att skicka tillbaka en allvarligt sjuk person till ett hemland där det finns vård men som han, på grund av ekonomiska, politiska eller andra motsättningar, inte kan få tillgång till. Då har man inte gjort en bedömning utifrån personliga förhållandena. I så fall hade man kommit fram till att personen faktiskt inte hade tillgång till vård i hemlandet.

Något som kan hjälpa på vägen till att bli en rättssäkert utformad bestämmelse är att domstolarna, främst Migrationsdomstolarna, blev bättre på att utförligt förklara hur de kom fram till att paragrafen skulle eller inte skulle tillämpas i det specifika fallet i domskälen. Som tidigare nämnts beaktar domstolen ofta paragrafen om synnerligen ömmande omständigheter ex officio, även om det inte görs i alla mål. Däremot kan det inte anses tillräckligt att endast ta med en mening som säger att några sådana omständigheter inte föreligger. Detta leder endast till otydlighet och osäkerhet. Om domstolen ska beakta paragrafen ex officio måste de också ge en utförlig bedömning av omständigheterna. Domstolarna måste kunna legitimera sina domslut. Att paragrafen endast nämns väldigt kort och utan förklaring i domslutet kan också vara ett tecken på att domstolen inte har fullgjort sin utredningskyldighet.

Självklart handlar det, enligt min mening, om de begränsningar som Sverige har för att ta in flyktingar. Det svenska migrationssystemet är uppbyggt efter föreställningen att inget land kan ha möjlighet att ta emot alla som vill komma och bosätta sig där. Strömmen av flyktingar till Sverige är stor och det saknas de ekonomiska förutsättningarna för att kunna ta hand om alla som behöver vår hjälp enligt de begränsningar som vår flyktingpolitik har skapat. Därför är det så viktigt att processen där man väljer ut de mest behövande är så rättssäker och human som möjligt för att den ska kunna uppnå det mest rättvisa resultatet.

Sammantaget har jag konstaterat att paragrafen om synnerligen ömmande omständigheter har sina brister, både i utformningen och tillämpningen. Bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter är en relativt ung lagstiftning, den kan därför behöva utvecklas lite till och vissa delar av tillämpningen måste förändras innan önskat resultat kan uppnås.

9. Källförteckning

Litteratur

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 3 uppl., Norstedts Juridik, 2007

Diesen, Christian (med flera), *Prövning av migrationsärenden*, 2 uppl., Norstedts Juridik, 2012

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1 uppl., Fritzes Förlag AB, 1995

Stern, Rebecca, *Ny utlänningslag under lupp*, Röda Korset, 2008

Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning – en lärobok i allmän rättslära*, 5 uppl., Norstedts Juridik, 1996

Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen: med kommentarer*, 9 uppl., Norstedts Juridik, 2010

Artiklar

Zila, Josef, *Om rättssäkerhet*, SvJT 1990

Offentligt tryck

Proposition 1988/89:86. *Med förslag till utlänningslag m.m.*

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

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

Socialförsäkringsutskottets betänkande 2004/05:SfU17

SOU 2006:6. *Skyddsgrundsdirektivet och svensk rätt. En anpassning av svensk lagstiftning till EG-direktiv 2004/83/EG angående flyktingar och andra skyddsbehövande.*

Proposition 2009/10:31. *Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet*

Justitiedepartementets Ds 2011:14

Rättsfall från Migrationsöverdomstolen

MIG 2006:1

MIG 2007:15

MIG 2007:25

MIG 2007:33

MIG 2007:35
MIG 2007:48
MIG 2008:3
MIG 2008:10
MIG 2008:38
MIG 2008:42
MIG 2009:8
MIG 2009:9
MIG 2009:27
MIG 2009:31 I
MIG 2009:33
MIG 2010:6
MIG 2010:23
Mål nr. 70¹⁸⁴

Rättsfall från Migrationsdomstolen i Göteborg¹⁸⁵

Mål nr. 1
Mål nr. 2
Mål nr. 3
Mål nr. 4
Mål nr. 5
Mål nr. 6
Mål nr. 7
Mål nr. 8
Mål nr. 9
Mål nr. 10
Mål nr. 11
Mål nr. 12
Mål nr. 13
Mål nr. 14
Mål nr. 15
Mål nr. 16
Mål nr. 17
Mål nr. 18
Mål nr. 19
Mål nr. 20
Mål nr. 21
Mål nr. 22
Mål nr. 23
Mål nr. 24
Mål nr. 25
Mål nr. 26
Mål nr. 27
Mål nr. 28
Mål nr. 29
Mål nr. 30
Mål nr. 31

¹⁸⁴ Kodat målnummer, det riktiga numret finns i separat bilaga.

¹⁸⁵ Kodade målnummer, de riktiga numren finns i separat bilaga.

Mål nr. 32
Mål nr. 33
Mål nr. 34
Mål nr. 35
Mål nr. 36
Mål nr. 37
Mål nr. 38
Mål nr. 39
Mål nr. 40
Mål nr. 41
Mål nr. 42
Mål nr. 43
Mål nr. 44
Mål nr. 45
Mål nr. 46
Mål nr. 47
Mål nr. 48
Mål nr. 49
Mål nr. 50
Mål nr. 51
Mål nr. 52
Mål nr. 53
Mål nr. 54
Mål nr. 55
Mål nr. 56
Mål nr. 57
Mål nr. 58
Mål nr. 59
Mål nr. 60
Mål nr. 61
Mål nr. 62
Mål nr. 63
Mål nr. 64
Mål nr. 65
Mål nr. 66
Mål nr. 67
Mål nr. 68
Mål nr. 69

Internationell rätt

UNHCR:s Handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning : enligt 1951 års konvention och 1967 års protokoll angående flyktingars rättsliga ställning, Norstedts Juridik, 1996

EG-direktivet om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd som om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet