Malmö Högskola
IMER

Mänskliga Rättigheter 41-60
VT 2007
Handledare: Anna Lundberg

Barnets bästa i migrationsdomstolarna

En undersökning av domar som behandlar barnfamiljer och uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter

Karin Ander

Sammanfattning

I föreliggande studie undersöks om olika delar av *barnets bästa nämns* och/eller *beaktas* i 24 domar från migrationsdomstolarna. Vidare undersöks *på vilket sätt* barnets bästa har beaktas i dessa domar, vilka är från augusti 2006 – januari 2007 och behandlar barnfamiljer och uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. För att skapa en förståelse av hur principen om barnets bästa kan tolkas används Johanna Schiratzkis teori om barnets bästa som ett *öppet koncept* samt även FN:s barnkonvention och den svenska utlänningslagen. Undersökningen visar att migrationsdomstolarna i större utsträckning *nämner* än *beaktar* barnets bästa. Otydlighet råder kring *om* och *hur* barnets bästa beaktas, vilket gör det svårt att bilda sig en uppfattning av hur domstolarna har resonerat i ärendena. Undersökningen visar även på att vissa delar av barnets bästa ges en överordnad betydelse. Endast i två av de undersökta domarna framkommer att barnets bästa har beaktats som ett öppet koncept.

Abstract

This essay investigates if different parts of the principle of *the best interests of the child* are *mentioned* and/or *considered* in 24 judgments from the migration courts. It is also investigated *in what way* the principle is considered in these judgments, which are from August 2006 – January 2007 and concerns families and residence permit according to 5 chapter 6 § in the Swedish immigration law. A theory of *the best interests of the child* as an *open concept* is used to create an understanding of how to interpret the mentioned principle. The investigation shows that the migration courts in a larger extent *mentions* than *considers* the best interest of the child. Whether the principle is considered and how, is not always obvious in the judgments. The investigation also shows that some parts of the principle are given a prior importance. In only two of the investigated cases the best interests of the child are considered as an open concept.

Förord

Denna uppsats är del i projektet *Från ord till handling – barnets bästa i asylprocessen* som är ett samarbete mellan BRIS, Europeiska flyktingfonden och Malmö Högskola. Visionen med projektet är att bidra till att skapa en asylprocess där tjänstemän i högre grad beaktar barns behov och respekterar deras rättigheter. Den nya processordningen med migrationsdomstolar är endast drygt ett år gammal och det finns ett behov av kunskap om hur barnets bästa beaktas i de ärenden som tas upp i migrationsdomstolarna. Föreliggande studie undersöker detta och visar på att migrationsdomstolarna behöver beakta barnets bästa i högre grad och att gå *från ord till handling*.

1 INLEDNING 1

1.1 BAKGRUND OCH PROBLEMFORMULERING 1
1.2 SYFTE 2
1.3 FRÅGESTÄLLNINGAR 2
1.4 KÄLLOR OCH MATERIAL 3
1.5 METOD OCH TILLVÄGAGÅNGSSÄTT 3
1.5.1 KVANTITATIV UNDERSÖKNING AV DOMARNA 5
1.5.2 KVALITATIV UNDERSÖKNING AV DOMARNA 6
1.5.3 AVGRÄNSNINGAR 7
1.5.4 URVAL 9
1.6 DISPOSITION 10

2 BARNETS BÄSTA 11

2.1 TEORI OM BARNETS BÄSTA SOM ETT ÖPPET KONCEPT 11
2.2 BARNETS BÄSTA I BARNKONVENTIONEN 13
2.3 BARNETS BÄSTA I UTLÄNNINGSLAGEN 15

3 ANALYS 20

3.1 NÄMNS BARNETS BÄSTA I DOMARNA? 20
3.2 BEAKTAS BARNETS BÄSTA I DOMARNA OCH I SÅ FALL PÅ VILKET SÄTT? 21
3.2.1 1 KAPITLET 10 § UTLÄNNINGSLAGEN 23
3.2.2 1 KAPITLET 11 § UTLÄNNINGSLAGEN 24
3.2.3 5 KAPITLET 6 § UTLÄNNINGSLAGEN 25
3.2.4 HÄLSA/HÄLSOTILLSTÅND 25
3.2.5 UTVECKLING 28
3.2.6 ANPASSNING TILL SVERIGE 30
3.2.7 SITUATION I HEMLANDET 32
3.2.8 BARNETS BÄSTA I ÖVRIGT 34
3.2.9 HELHETSBEDÖMNING/SAMLAD BEDÖMNING 36

4 SAMMANFATTANDE DISKUSSION 39

REFERENSER 42

1 Inledning

1.1 Bakgrund och problemformulering

I proposition 1996/97:25 *Svensk migrationspolitik i ett globalt perspektiv* påpekade Sveriges dåvarande regering att ”Det finns starka skäl att ta särskild hänsyn till barn i asylprocessen”. Detta eftersom det oftast inte är barnen själva som har tagit beslutet att lämna sitt hemland, samt att barn har ett annat tidsperspektiv än vuxna. Vidare diskuteras i den allmänna debatten huruvida tillräcklig hänsyn tas till principen om barnets bästa i fall av olika utlänningsärenden.[1] Mot denna bakgrund infördes år 1997 en portalparagraf[2] i den svenska utlänningslagen, där det framgår att barnets hälsa, utveckling och barnets bästa i övrigt skall beaktas i de fall som rör barn.[3] Samtidigt infördes även en paragraf som gör gällande att i de ärenden där ett barn berörs av beslutet, ska barnet höras om det inte anses olämpligt.[4]

Utvärdering av portalparagrafen om barnets bästa visade dock att denna inte hade fått det genomslag som var tänkt, vilket år 2006 ledde till ett tillägg i 5 kapitlet 6 § utlänningslagen. Där fastställdes att uppehållstillstånd på grund av *synnerligen ömmande omständigheter* (tidigare kallat *humanitära skäl*) kan ges även om de omständigheter som kommer fram gällande barn inte har samma allvar och tyngd som en vuxens.[5]

Den nya utlänningslagen trädde ikraft den siste mars 2006. Förutom lagändringen gällande synnerligen ömmande omständigheter infördes även en ny processordning, där Utlänningsnämnden lades ner och migrationsdomstolar infördes. Denna tvåpartsprocess syftar till en ökad rättssäkerhet och en ökad öppenhet inom asylprocessen.[6] I skrivande stund har det inte avkunnats någon dom i högsta instans; Migrationsöverdomstolen, som behandlar barnfamiljers ansökan om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Således saknas det vägledande praxis i frågan och de beslut som för närvarande kan betraktas som en ledstjärna för ärenden som rör barn och uppehållstillstånd

[1] Prop. 1996/97:25 Svensk migrationspolitik i ett globalt perspektiv, s. 246
[2] Portalparagraf: ”lagstadgande som inte i första hand vill ge en bindande rättsregel utan vill ange allmänna mål för en lag. Exempel finns på många håll, t.ex. i regeringsformen (RF) som säger att ’den enskildes personliga, ekonomiska och kulturella välfärd skall vara grundläggande mål för den offentliga verksamheten’ och i socialtjänstlagen (2001:453) som säger att ’samhällets socialtjänst skall på demokratins och solidaritetens grund främja människors ekonomiska och sociala trygghet, jämlikhet i levnadsvillkor och aktiva deltagande i samhällslivet.’” Nationalencyklopedin, URL = <www.ne.se>, sökning på *portalparagraf* (2007-02-22).
[3] Prop. 2004/05: 170 Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden, s. 194f
[4] Ibid.: 145
[5] SOU 2004:74 Utlänningslagstiftningen i ett domstolsperspektiv, s. 218f samt Utlänningslag (2005:716) 5 kap. 6 §
[6] Prop. 2004/05:170 s. 105

med grund i 5 kapitlet 6 § är de från de tre migrationsdomstolarna. Detta gör det såväl intressant som viktigt att undersöka domar från dessa domstolar. Vidare finns det ett behov av och efterfrågan på den kunskap som presenteras i föreliggande studie.

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att undersöka hur principen om barnets bästa kan beaktas i rättstillämpningen, närmare bestämt i 24 domar från migrationsdomstolarna i Malmö, Göteborg och Stockholm. För att kunna undersöka detta behövs en grund som säger vad barnets bästa innebär. Teorin om barnets bästa som ett *öppet koncept* fyller denna funktion och är således ett nödvändigt verktyg i analysen av domarna. Syftet med teorin är följaktligen att skapa en förståelse kring hur principen om barnets bästa kan tolkas. Jag uppmärksammar även FN:s barnkonvention artikel 3 och 12, samt vad som står i utlänningslagen och dess förarbeten med avseende på barnets bästa i 1 kapitlet 10 § om barnets bästa (härefter 1:10), 1 kapitlet 11 § om barnets rätt att höras (härefter 1:11) samt 5 kapitlet 6 § om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter (härefter 5:6). Jag beaktar sedan hur detta kommer till uttryck i de 24 domarna från migrationsdomstolarna. Syftet med detta är att få en uppfattning om hur domstolarna förhåller sig till och beaktar principen om barnets bästa. Nämns den endast eller beaktas den – och i så fall på vilket sätt?

Genom att uppmärksamma såväl avsaknad av, som ett tydligt beaktande av barnets bästa i domarna, är ambitionen att bidra till en ökad kunskap och debatt på området. Undersökningen syftar även, i sin förlängning, till att utveckla migrationsdomstolarnas beaktande av barnets bästa.

Ett sekundärt syfte är att till viss del jämföra de olika migrationsdomstolarna för att se likheter och skillnader i att nämna och beakta barnets bästa.

1.3 Frågeställningar

Då jag på olika sätt ämnar belysa förekomst och hantering av principen om barnets bästa i migrationsdomstolarnas domar, är följande frågeställningar utgångspunkt för undersökningen:

- Vilka olika delar av barnets bästa *nämns* i domar från migrationsdomstolarna?

- Vilka olika delar av barnets bästa *beaktas* i domar från migrationsdomstolarna och *på vilket sätt* beaktas dessa delar?
- Hur kan svaret på ovan ställda frågor tolkas utifrån en teori om barnets bästa som ett öppet koncept?

1.4 Källor och material

De rättskällor som är av största vikt för undersökningen är utlänningslagen (2005:716) och dess förarbeten, då specifikt propositionerna 1996/97:25 Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv och 2004/05:170 Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden. Jag har även beaktat SOU 2004:74 Utlänningslagstiftningen i ett domstolsperspektiv, eftersom även denna behandlar frågan om barnärenden i utlänningslagen. Även Förenta Nationernas konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen) och litteratur som behandlar dess tillkomst och innehåll är relevanta för undersökningen, då de ger en slags ram för innebörden av barnets bästa. Denna information är hämtad dels från Johanna Schiratzki, professor i rättsvetenskap vars forskning rör barnets bästa i både svenskt och internationellt perspektiv, dels från Barnombudsmannen, som bland annat arbetar med att driva på genomförandet och bevaka efterlevandet av barnkonventionen i det svenska samhället. Den teori om barnets bästa som ett öppet koncept som används i undersökningen, är även den från Johanna Schiratzki. Vidare är mitt material 24 domar från migrationsdomstolarna i Malmö, Göteborg och Stockholm.

1.5 Metod och tillvägagångssätt

Min undersökning har en rättsvetenskaplig ansats på så sätt att jag studerar rättsregler och dess tolkning och tillämpning. Studien är gjord inom ämnet mänskliga rättigheter – ett ämne som studien har en tydlig anknytning till bland annat genom att principen om barnets bästa är en av de vägledande principerna i FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen). Sverige har ratificerat barnkonventionen och har därmed åtagit sig att implementera bestämmelserna i svensk lag. Denna undersökning av migrationsdomstolarnas domar är därmed relevant för ämnet mänskliga rättigheter.

För att kunna genomföra föreliggande studie har ett gediget arbete med materialinsamling varit nödvändigt. Då det inte finns möjlighet att via databas eller dylikt söka bland de domar

som är av relevans för undersökningen, har jag rest till respektive migrationsdomstol i Malmö, Göteborg och Stockholm. Väl där har tillvägagångssättet bestått i att gå igenom samtliga pärmar med domar från den aktuella tidsperioden. Pärmarna har varit totalt cirka 90 till antalet, vilket innebär att det uppskattningsvis handlar om cirka 2500 domar.

Metoden för undersökningen är såväl kvalitativ som kvantitativ. I den kvantitativa delen, som är den mindre av de två delarna, besvarar jag frågan *om barnets bästa nämns* i domarna. I den kvalitativa delen ligger istället fokus på frågan *om och i så fall på vilket sätt barnets bästa beaktas*. Genom att ha med båda dessa aspekter kan undersökningen visa både på om domstolarna i domskälen alls tar med olika delar av barnets bästa och om de i så fall tar hänsyn till dem. Det gör det således möjligt att jämföra huruvida domstolen faktiskt *gör* det som den *säger* att den gör. För att få svar på om barnets bästa nämns respektive beaktas har jag delat in principen om barnets bästa i ett antal olika delar. Utgångspunkten för dessa delar är tre paragrafer i utlänningslagen som specifikt behandlar barn:

- 1:10 som säger att i ärenden som rör barn ska barnets hälsa, utveckling och barnets bästa i övrigt beaktas,
- 1:11 som säger att i de fall som beslutet rör ett barn, ska barnet höras om det inte anses olämpligt, samt
- 5:6 som säger att uppehållstillstånd får ges på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Här ska särskilt beaktas utlänningens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation i hemlandet. Barn får enligt paragrafens andra stycke beviljas uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter även om skälen som framkommer inte är av samma allvar och tyngd som en vuxens.

Barnets bästa är inte något statiskt utan beror på den situation och de förhållanden som gäller för det enskilda barnet.[7] Nämnda paragrafer från utlänningslagen gör gällande att vissa specifika omständigheter, så som barnets utveckling och anpassning till Sverige, ska beaktas i fall som rör barn. Var och en av dessa omständigheter utgör följaktligen del i vad som sammantaget bildar den grund för vad som kan anses vara barnets bästa i det enskilda fallet.

Vidare har jag utgått från såväl svensk lag som barnkonventionen i det att jag definierar barn som en person under 18 år.[8]

[7] Schiratzki, Johanna (2005a), *Barnets Bästa i ett mångkulturellt Sverige – en rättsvetenskaplig undersökning* (Uppsala: Iustus Förlag AB) s. 52f. Se vidare avsnittet *Teori om barnets bästa som ett öppet koncept*.
[8] Utlänningslag (2005:716) 1 kap. 2 § samt barnkonventionen artikel 1

1.5.1 Kvantitativ undersökning av domarna

I den kvantitativa delen undersöker jag huruvida migrationsdomstolarna i domskälen *nämner* vissa nyckelord eller nyckelbegrepp som förekommer i ovan nämnda paragrafer. De sju nyckelorden/-begreppen är:

- Barnets bästa
- Hälsa/Hälsotillstånd
- Utveckling
- Barnets bästa i övrigt
- Synnerligen ömmande omständigheter
- Anpassning till Sverige
- Situation i hemlandet

Resultatet av denna kvantitativa undersökning har jag fört in i en matris. Där domstolen nämnt ordet/begreppet är markerat med kryss i matrisen. Där matrisens rutor är tomma har således ordet/begreppet inte nämnts. Genom matrisen ges en överblick av samtliga domar, som visar på vilka delar av barnets bästa som nämns i respektive dom. *Barnets bästa* finns med både som ett eget begrepp och i kombination genom begreppet *barnets bästa i övrigt*. För att få en mer nyanserad bild av resultatet i förhållande till detta, kommer jag även att observera huruvida *barnets bästa* nämns enskilt eller följs av *i övrigt*. Beträffande synnerligen ömmande omständigheter är det skäl som åberopas av *hela familjen*. Därmed är det osäkert om domstolen i en specifik dom har nämnt exempelvis anpassning till Sverige i förhållande till *barnets* bästa eller *familjens* bästa. Frågan är emellertid inte bara om barnet ses som ett bihang till föräldrarna, utan det skulle även kunna vara så att anpassningen till Sverige är nämnd i förhållande till *en av föräldrarna* och inte till *familjen* eller *barnet*. Med dessa förbehåll menar jag dock att matrisen visar på huruvida principen om barnets bästa nämns i migrationsdomstolarnas domar. Att ordet/begreppet förekommer i domens *domskäl* innebär att domstolen kan ha citerat någon av de aktuella lagparagraferna och/eller att de nämnt ordet/begreppet i bedömningen av det specifika fallet. Det bör även påpekas att jag inte räknar *hur många gånger* ett visst ord förekommer i en specifik dom. Vad som istället undersöks är *om* det förekommer, oberoende antal gånger.

1.5.2 Kvalitativ undersökning av domarna

Även i den kvalitativa delen av undersökningen, där jag ämnar ta reda på om och i så fall hur barnets bästa *beaktas*, har jag utgått från de delar av barnets bästa som nyckelorden/-begreppen ovan utgör. I den kvalitativa delen belyses dock även 1:11 om barnets rätt att höras. Skillnaden mellan att domstolen *nämner* respektive *beaktar* en viss del av barnets bästa kan exemplifieras med ett fall där domstolen citerar eller hänvisar till en lagparagraf som är av relevans för ärendet. Det kan således stå i domen:

> Enligt 1 kap. 10 § samma lag [utlänningslagen] skall i fall som rör ett barn särskilt beaktas vad hänsyn till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver.[9]

Detta innebär att domstolen *nämner* nyckelorden *hälsa* och *utveckling* samt nyckelbegreppet *barnets bästa i övrigt*. Dock framkommer i detta fall ingenting i domstolens bedömning av fallet som visar på att dessa delar av barnets bästa *beaktas* i förhållande till *det enskilda barnet*.

Det kan i vissa domar vara svårt att bedöma huruvida en viss del av barnets bästa beaktats eller inte. Detta gäller exempelvis i fall där det endast står att det inte har framkommit några omständigheter som är att betrakta som synnerligen ömmande. Här är det således oklart *vilket* beaktande som har gjorts. I utlänningslagen står att ”Vid bedömningen *skall särskilt beaktas* utlänningens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation i hemlandet”.[10] Att dessa delar särskilt ska beaktas innebär dock inte att *inga andra* delar kan tas hänsyn till. Beträffande *barnets bästa i övrigt* ingår i denna kategori alla de delar som kan härröras till principen om barnets bästa, men som inte passar in i någon av de andra nämnda kategorierna. Det kan dock vara oklart *av vilken anledning* en övrig del av barnets bästa har beaktats. Ett exempel på detta är fall där domstolen gör bedömningen att föräldern/föräldrarna är väl skickade att fullgöra sitt föräldraansvar. Denna aspekt kan vara av vikt för barnets bästa, men det tydliggörs inte på vilket sätt detta skulle ha betydelse för barnets bästa *i förhållande till uppehållstillstånd*.

Beträffande situationen i hemlandet så är det något som i allra högsta grad påverkar att människor söker sig till ett annat land. De delar av familjens situation i hemlandet som beaktas i denna studie är sådana som kan kopplas till skäl för uppehållstillstånd enligt 5:6, exempelvis tillgången till utbildning i hemlandet. Jag avser således inte att belysa de

[9] UM 1471-06 s. 4
[10] Utlänningslag (2005:716) 5 kap. 6 §. Min kursivering.

skyddsskäl som familjen åberopar gentemot hemlandet, eftersom skyddsskäl inte är fråga om skäl till uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter, utan det har istället att göra med flyktingskap eller skyddsbehov i övrigt.

Det jag undersöker är vad respektive migrationsdomstol tar upp i *domskälen*. Det är i dem som domstolarna kan ta upp vilka bestämmelser och delar av förarbeten som är av relevans för ärendet, samt där beaktande görs av de sökandes situation och förhållanden. Hur domskälen ser ut och vad som behandlas i dessa varierar. Vad jag undersöker är exempelvis om domstolarna beaktar barnets hälsotillstånd eller om det uppmärksammas hur barnets utveckling påverkas om det blir avslag/bifall på ansökan. Jag undersöker huruvida domstolarna beaktar de yrkanden som klagandena gjort och som kan härröras till barnets bästa. I de fall klagandena hänvisar även till yrkandena i Migrationsverkets utredning, undersöker jag även denna om den finns med som bilaga. Jag värderar inte domstolens sätt att beakta klagandenas yrkanden eller gör en bedömning av om fallet har bedömts korrekt eller inte. Däremot observerar jag huruvida beaktande gjorts eller inte samt belyser och analyserar hur detta har skett. Skälet till detta är att jag avser undersöka huruvida domstolarna beaktat *det enskilda barnets* situation och förhållanden. Vidare ämnar jag tolka resultatet av undersökningen utifrån Schiratzkis teori om barnets bästa som ett öppet koncept samt koppla det till vad som står i utlänningslagen och dess förarbeten.

1.5.3 Avgränsningar

Av vikt att påpeka är att detta inte är en jämförande studie mellan den tidigare och nuvarande asylprocessen. Undersökningen ämnar istället ge en beskrivning, sammanfattning och analys av hur situationen är idag gällande beaktande av barnets bästa specifikt i domar från migrationsdomstolarna.

Då antalet domar från migrationsdomstolarna rörande barn är alltför omfattande för att alla kunna rymmas inom denna undersökning, har det varit nödvändigt med flertalet avgränsningar; dels i tid, dels i typ av domar. Gällande tid har jag valt att undersöka domar under sex månader, från och med augusti 2006 till och med januari 2007. Jag har endast uppmärksammat fall som rör barnfamiljer, [11] och studerar därmed inte fall rörande ensamkommande barn. Vidare är de undersökta domarna sådana där saken gäller

[11] Med *barnfamilj* menar jag här åtminstone en förälder tillsammans med ett eller flera barn under 18 år.

uppehållstillstånd på grund av *synnerligen ömmande omständigheter*.[12] Detta eftersom utlänningslagens portalparagraf om barnets bästa bedömdes få särskild betydelse i fråga om uppehållstillstånd just på grund av synnerligen ömmande omständigheter.[13] Dessutom gjordes det i enlighet med prop. 2004/05:170 ett tillägg i utlänningslagens paragraf rörande denna grund för uppehållstillstånd, nämligen att barn får beviljas uppehållstillstånd även om deras skäl inte är av samma allvar och tyngd som en vuxens.

Ytterligare en avgränsning är att inte ta med tillfälliga uppehållstillstånd, utan att endast undersöka domar som gäller permanenta uppehållstillstånd. Detta då ett tillfälligt uppehållstillstånd kräver ytterligare beslut och ytterligare beaktande av barnets bästa, om familjen önskar stanna i Sverige även efter det att det tillfälliga uppehållstillståndet gått ut. Jag har vidare valt att inte beakta de fall där målet visas åter till Migrationsverket för handläggning eller där skälet för uppehållstillstånd beror på verkställighetshinder, det vill säga då det på grund av exempelvis krig i hemlandet inte är möjligt att utvisa familjen dit. Anledningen till dessa avgränsningar är att det handlar om brister i hanteringen av fallen respektive den generella situationen i hemlandet, snarare än huruvida det föreligger skäl eller omständigheter för den specifika familjen att få stanna i Sverige. Då klaganden måste befinna sig i Sverige för att kunna få uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter,[14] har jag även valt att bortse från de fall där klaganden som befinner sig utanför Sveriges gränser åberopat synnerligen ömmande omständigheter. Inte heller domar där sekretess föreligger har undersökts, eftersom sekretessen kan innebära att beaktande av barnets bästa har gjorts utan att det framkommer i domen. Detsamma kan gälla avseende de domar där migrationsdomstolen hänvisar till Migrationsverkets utredning och bedömning, men där bilaga från Migrationsverket saknas.

Ytterligare en avgränsning är att jag har valt att bortse från så kallade E-mål, där en enskild domare tar beslut istället för att han/hon tar beslutet tillsammans med tre nämndemän. E-mål är ”mål av enkel beskaffenhet”[15] där en riktlinje är att det inte skall förekomma några svåra bedömningar eller andra överväganden, då dessa bör avgöras av domare och nämndemän

[12] Se Utlänningslag (2005:716) 5 kap. 6 §. Huvudgrunderna för uppehållstillstånd ska prövas innan beaktande om huruvida synnerligen ömmande omständigheter föreligger. (Prop. 2004/05:170 s. 186) De flesta familjer åberopar således synnerligen ömmande omständigheter som tredje skäl, efter flyktingskap och skyddsbehov i övrigt. Då de tre bevekelsegrunderna behandlas i samma mål har avgränsningen betydelse främst i de fall som nekas uppehållstillstånd. Avgränsningen innebär även att domar angående exempelvis uppehållstillstånd på grund av anknytning inte behandlas i undersökningen.
[13] Prop. 2004/05:170, s. 194f
[14] Utlänningslag (2005:716) 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.” (Min kursivering)
[15] Lag (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar 18 §

gemensamt. Så länge tydligare praxis från Migrationsöverdomstolen saknas är det dock upp till domaren att avgöra vad *mål av enkel beskaffenhet* innebär.[16] Då rättsläget är tämligen klart i fråga om E-mål[17] och omständigheterna i fallen inte diskuteras alltför ingående, har jag valt att inte ta med E-mål i min undersökning.

Med hänsyn tagen till avgränsningarna, kommer jag sammanfattningsvis att undersöka domar från augusti 2006 – januari 2007 som behandlar permanent uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter i fall som rör barnfamiljer. Sekretess föreligger inte i de undersökta domarna och beslut om bifall respektive avslag tas av en domare tillsammans med tre nämndemän.

1.5.4 Urval

Beaktat avgränsningarna ovan har jag sammanlagt funnit 50 domar från migrationsdomstolarna, varav 32 är från Malmö, nio från Göteborg och nio från Stockholm. Att det är många fler relevanta domar från Malmö trots att Stockholm har ett större antal fall i sin domstol, beror bland annat på att Stockholm, beaktat övriga avgränsningar, har fler E-mål än Malmö. Anledningen till detta kan bero på att Stockholm har fler domare än Malmö och Göteborg som tidigare har arbetat på Utlänningsnämnden och därmed är mer bekanta med denna typ av fall.[18]

50 domar är emellertid ett antal alltför stort att undersöka i denna uppsats. Då jag till viss del ämnar jämföra de olika domstolarna, även om detta inte är huvudsyftet med undersökningen, har jag valt att ta med lika många domar från respektive domstol. Antalet har jag satt till åtta domar per domstol, det vill säga totalt 24 domar. För att även få med och kunna jämföra grupperna bifall och avslag, har jag gjort ett slumpmässigt urval på åtta domar utifrån procentsats på antal bifall respektive avslag.

Migrationsdomstolen i Malmö har, beaktat avgränsningarna i tid och sak, avkunnat 32 domar som rör barnfamiljer. I 28 av dessa fick klagandena avslag på sin ansökan om uppehållstillstånd och i fyra fall ändrade migrationsdomstolen Migrationsverkets dom och beviljade klagandena permanent uppehållstillstånd. Detta innebär att 87,5 procent av domarna ledde till ett avslag på klagandenas ansökan, medan 12,5 procent fick ansökan beviljad. Med

[16] Johansson Fredrik, föredragande vid Länsrätten i Göteborg. E-postkorrespondens 10 april 2007.
[17] Johansson Fredrik, föredragande vid Länsrätten i Göteborg. Telefonsamtal 10 april 2007.
[18] Ibid.

utgångspunkt i dessa procentsatser har jag utifrån uppdelning i dessa två kategorier (avslag och bifall) gjort ett slumpmässigt urval av åtta domar, varav sju innebar avslag och ett bifall.

I Göteborg gav en dom av nio bifall på ansökan. I enlighet med urvalsgrupperna har denna dom tagits med i undersökningen och bland övriga åtta domar har ett slumpmässigt urval skett där en dom fått läggas åt sidan.

I Stockholm innebar samtliga nio domar avslag på ansökan. Urval kunde således inte ske utifrån kategorierna avslag och bifall, utan gjordes slumpmässigt utifrån en gemensam kategori.

Att jag valt att göra just ett slumpmässigt urval bland domarna är för att kunna generalisera resultaten på bästa sätt.[19] Urvalet är obundet slumpmässigt, vilket innebär att jag obundet exempelvis nummer eller datum på domen, helt slumpmässigt fått fram de domar jag ska undersöka.[20]

1.6 Disposition

Efter detta första, inledande kapitel, följer ett avsnitt om barnets bästa. Det är tredelat och inleds med en teori om barnets bästa som ett öppet koncept. Efter denna del följer ett stycke om barnkonventionen, som kortfattat diskuterar ytterligare aspekter av barnets bästa. Det tredje och sista stycket om barnets bästa behandlar principen i utlänningslagen och dess förarbeten. Samtliga delar i detta andra kapitel utgör en teoretisk förståelse av barnets bästa.

Det tredje kapitlet består av analysen. Denna inleds med den matris, och kommentarer kring denna, som utgör den kvantitativa delen av undersökningen. I undersökningen är principen barnets bästa uppdelad i ett antal delar och matrisen belyser vilka av dessa delar som *nämns* i respektive dom. Därefter följer den kvalitativa delen av analysen, där det undersöks vilka delar av barnets bästa som *beaktas* och *på vilket sätt* detta beaktande skett. Detta redovisas utifrån indelning i de olika delarna av barnets bästa samt i de paragrafer i utlänningslagen som är grundläggande för undersökningen. Uppsatsen avslutas med en sammanfattande diskussion.

[19] ”Totalurval och slumpmässiga urval är de överlägset bästa formerna av urval när det gäller att generalisera resultaten” Esaiasson Peter et. al. (2004) *Metodpraktikan: Konsten att studera samhälle, individ och marknad* (Stockholm, Nordstedts Juridik AB) s. 191

[20] Ibid.: 196ff

2 Barnets bästa

Barnets bästa är ett flexibelt begrepp som varierar beroende på *det enskilda barnets* situation och förhållanden. Barnets bästa kan därmed sägas vara ett *öppet koncept*, där en helhetsbedömning av barnets situation ska göras. Denna tolkning av barnets bästa är jurister relativt eniga om.[21] Den svenska utlänningslagen säger i 5:6 att en *samlad bedömning* av utlänningens situation ska göras i fråga om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. I fall som rör barn ska även hänsyn tas till barnets hälsa, utveckling och barnets bästa i övrigt.[22] Således kan den svenska utlänningsrätten sägas stämma överens med tolkningen av barnets bästa som ett öppet koncept, eftersom det från båda håll görs gällande att en helhetsbedömning/samlad bedömning av barnets situation ska göras. Vidare står det i den engelska originaltexten av barnkonventionen att barnets bästa ska vara ”*a* primary consideration”.[23] I utlänningsrätten motsvaras detta av att barnets bästa är något som ska vägas mot andra intressen, så som den reglerade invandringen.[24]

2.1 Teori om barnets bästa som ett öppet koncept

Johanna Schiratzki menar att framväxten av barnrätten har inneburit en utmaning för etablerade rättsliga begrepp och föreställningar. Bland annat handlar denna utmaning om samspelet mellan å ena sidan principen om barnets bästa och å andra sidan rättssäkerhetsbegrepp som likhet inför lagen.[25] Schiratzki menar att principen om barnets bästa är ett av barnrättens grundläggande begrepp, och att det är lika viktigt som det är vagt.[26] Hur ska principen om barnets bästa tolkas? Finns det något generellt som kan sägas vara det bästa för barn eller är det beroende av det enskilda barnets individuella situation? Johanna Schiratzki menar att barnets bästa ska tolkas som ett *öppet koncept*. Detta innebär att alla tänkbara aspekter av ett barns liv ska beaktas.[27] Barnets bästa är inte något statiskt utan beror på kulturella och moraliska värderingar och kan därmed variera i olika samhällen och

[21] Schiratzki 2005a: 52f
[22] Utlänningslag (2005:716) 1 kap. 10 §
[23] Schiratzki 2005a: 54
[24] Prop. 1996/97:25 s. 248
[25] Schiratzki (2006), *Barnrättens grunder* (Danmark: Studentlitteratur) s. 11
[26] Ibid.: 27
[27] Schiratzki 2005a: 64

kontexter.[28] En tolkning av barnets bästa som innebär att barnets grundläggande rättigheter, så som skydd mot misshandel, äventyras, får dock inte förekomma.[29]

Barnets bästa åberopas i flertalet sammanhang, där dess betydelse dessutom varierar. Barnets bästa används bland annat juridiskt, till exempel i lagar och domar för att motivera beslut, i politiska sammanhang samt syftar ofta beslut i den privata sfären till att barnets bästa ska tillgodoses.[30] Schiratzki menar att barnets bästa kan förstås ur en *inskränkt* respektive *utvidgad* bemärkelse. Dessa kan även ses som *rättslig* respektive *utomrättslig* standard. Det inskränkta/rättsliga sättet att beakta barnets bästa innebär en miniminivå för barnets bästa, exempelvis skydd mot fysisk misshandel. Schiratzki menar att den minsta gemensamma nämnaren i en rättsfråga som rör ett barn, är att barnet ska skyddas.[31] Till skillnad mot denna bemärkelse, som är begränsad till vad rätten kan göra, innebär det utvidgade/utomrättsliga sättet att beakta barnets bästa istället all den kärlek och omsorg som ett barn behöver.[32] Det innebär en högre livskvalitet som rätten inte kan ge. Exempelvis kan en domstol inte ålägga någon att älska ett barn.[33]

Det är emellertid inte bara uppfattningen om vad barnets bästa är som varierar, utan även det rättsliga utrymmet för att argumentera för det. I förarbeten till utlänningslagen görs exempelvis gällande att barnets bästa inte kan ta över samhällsintresset av att reglera invandringen.[34] Schiratzki menar i förhållande till detta att det är utländska, inte svenska, barns bästa som får stå tillbaka när Sverige begränsar sin invandring. Hon menar vidare att det endast om de basala behoven eller rättigheterna, det vill säga barnets bästa i inskränkt bemärkelse, är hotade som uppehållstillstånd på grund av barnets bästa kan beviljas.

Ser vi då till barnets bästa i rättslig mening, anser Schiratzki att denna princip inte är en rättsregel i traditionell bemärkelse. Detta eftersom den helhetsbedömning som kommer av att tolka barnets bästa som ett öppet koncept, skiljer sig från andra fall där endast delar av verkligheten har rättslig relevans.[35] Att barnets bästa ses som ett öppet koncept ställer krav på domstolar och andra rättsinstanser att inte utgå från den ’kodning’ av rätt och fel som de vanligtvis gör. Detta då den bästa lösningen för det enskilda barnet ska eftersträvas – en lösning som inte automatiskt är den bästa eller ’rätt’ för ett annat barn. Godtar vi att barnets bästa är ett öppet koncept medger vi således att en *helhetsbedömning* av barnets situation

[28] Schiratzki 2005a: 52f
[29] Ibid.: 64
[30] Ibid.: 58
[31] Schiratzki 2006: 33f
[32] Schiratzki 2005a: 58
[33] Schiratzki 2006: 33f
[34] Ibid.: 32f. Jfr prop. 1996/97:25 s. 248
[35] Schiratzki 2005a: 179ff

görs.[36] Då bedömningen av vad som är ett barns bästa innebär ett val mellan olika framtida livssituationer, har det sagts att bedömningen handlar om inte mindre än att svara på frågan om vad som är meningen med livet.[37] Schiratzki menar dock att barnets bästa inte alltid behandlas som ett öppet koncept. Istället kan fasta tolkningar om vad som är barnets bästa finnas i förarbetena till den specifika lagen.[38] Då rätten arbetar med presumtioner, det vill säga att den utgår från antaganden om vad som är bra för barn och detta beskrivs i rättskällorna, så begränsas innebörden av barnets bästa till vad som står i rättskällorna. Fördelen med de fasta tolkningarna är att det traditionella rättskriteriet om likhet inför lagen inte förbigås. Nackdelen är att vissa aspekter av barnets bästa sätts framför andra och således kan verka exkluderande i bedömningen av vad som är det bästa för det enskilda barnet. Användandet av presumtioner innebär också ett närmande av 'kodningen' av rätt och fel.[39] Denna motsättning mellan det flexibla barnets bästa, där rättstillämparen gör en öppen bedömning av det enskilda barnets hela situation, och den traditionella rättstillämpningen, där en mer objektiv och bunden bedömning av likartade fall bör ha likartad utgång, menar Schiratzki vara grundläggande och kanske till och med oöverkomlig.[40] Så även om rättssystemet har blivit alltmer lyhört för 'barnskäl', innebär det inte att en helhetsbedömning av det enskilda barnets situation och förhållande görs.[41] Schiratzki menar att barns rättigheter "tenderar att vara *symboliska* men sällan *verkställbara*, eller som det uttrycks, 'verkliga rättigheter'".[42]

2.2 Barnets bästa i barnkonventionen

År 1979, under Förenta Nationernas Barnår, tog Polen initiativ till en konvention om barnets rättigheter. 10 år senare antogs *Förenta Nationernas konvention den 20 november 1989 om barnets rättigheter* (barnkonventionen).[43] Detta var första gången som världssamfundet slog fast en gemensam syn på barns mänskliga rättigheter i ett internationellt bindande avtal[44] och barnkonvention är den konvention som har ratificerats av flest antal länder. Det är endast Somalia, som saknar en fungerande statsapparat, och USA, som har undertecknat

[36] Schiratzki 2005a: 60f
[37] Ibid.: 20f
[38] Ibid.: 60f
[39] Schiratzki 2006: 36
[40] Schiratzki 2005a: 53
[41] Ibid.: 180
[42] Ibid.: 179
[43] Ibid.: 46
[44] Barnombudsmannen (2001), *Barnets bästa – från vision till verklighet* (Stockholm: Fritzes) s. 8

konventionen men menar att ett ratificerande skulle medföra ett urgröpande av föräldraauktoriteten, som inte har ratificerat barnkonventionen.[45] Sverige undertecknade barnkonventionen i januari 1990 och ratificerade den 21 juni samma år.[46]

Artikel 3 i barnkonventionen gör gällande att:

> 1. 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.
> 2. Konventionsstaterna åtar sig att tillförsäkra barnet sådant skydd och sådan omvårdnad som behövs för dess välfärd, med hänsyn tagen till de rättigheter och skyldigheter som tillkommer dess föräldrar, vårdnadshavare eller andra personer som har lagligt ansvar för barnet, och skall för detta ändamål vidta alla lämpliga lagstiftnings- och administrativa åtgärder.
> 3. Konventionsstaterna skall säkerställa att institutioner, tjänster och inrättningar som ansvarar för vård eller skydd av barn uppfyller av behöriga myndigheter fastställda normer, särskilt vad gäller säkerhet, hälsa, personalens antal och lämplighet samt behörig tillsyn.[47]

Konventionen definierar inte vidare, varken i konventionen eller i förarbetena till denna, just vad barnets bästa är. De två, något motstridiga, förklaringar som getts till detta är att det å ena sidan ansågs självklart vad barnets bästa är, å andra sidan bedömdes barnets bästa bero på kultur och lokala sedvänjor. Vidare står det i den svenska översättningen av barnkonventionens artikel 3 att ”barnets bästa [skall] komma i främsta rummet”. I den engelska originaltexten står det emellertid att barnets bästa ska vara ”*a* primary consideration”. Detta innebär att barnets bästa kan komma i andra hand om någon annan aspekt anses viktigare eller om ett annat intresse väger tyngre. Äldre FN-dokument som behandlar barnets bästa slår däremot fast att barnets bästa ska vara *den* viktigaste principen och jämfört med dessa innebär således barnkonventionens formulering ”*a* primary consideration” en försvagning av skyddet.[48]

Barnkonventionen har fyra vägledande principer, varav en är artikel 3 om barnets bästa. Övriga är förbud mot diskriminering (artikel 2), barnets rätt till liv och utveckling (artikel 6) samt barnets rätt att fritt uttrycka sin mening i alla de frågor som rör barnet (artikel 12).[49]

---

[45] Schiratzki 2005a: 55
[46] Ibid.: 46
[47] Barnkonventionen artikel 3, citerad ur Frivilligorganisationernas fond för mänskliga rättigheter (2004), *Konventionssamling i mänskliga rättigheter och humanitär rätt* (Stockholm: Nordstedts Juridik), s. 96
[48] Schiratzki Johanna (2005b) *Barnrättens grunder* (Lund: Studentlitteratur) s. 28
[49] Schiratzki 2006: 41

Sistnämnda artikel gör gällande att barnets åsikter ska ”tillmätas betydelse i förhållande till barnets ålder och mognad”.[50] Andra stycket framhåller vidare:

> För detta ändamål skall barnet särskilt beredas möjlighet att höras, antingen direkt eller genom företrädare eller ett lämpligt organ och på ett sätt som är förenligt med den nationella lagstiftningens procedurregler, i alla domstols- och administrativa förfaranden som rör barnet.[51]

Det kan sägas att rättigheterna i barnkonventionen till viss del utgör en ram för vad principen om barnets bästa är. Dock är barnkonventionens rättigheter inte är fullständiga och barnets bästa kan dessutom begränsas av barnets rättigheter.[52] Barnkonventionen har kritiserats för att rymma ”mycket konsensus av liten substans”.[53] Dock kan barnkonventionens betoning av barnets bästa ses som ett viktigt verktyg i att påverka såväl myndigheter som enskildas syn på och attityd till barn.[54]

2.3 Barnets bästa i utlänningslagen

I enlighet med nuvarande utlänningslag, gällande från den 31 mars 2006, kan uppehållstillstånd sökas bland annat av en person som anser sig vara flykting, skyddsbehövande i övrigt eller har behov av uppehållstillstånd i Sverige på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Flyktingar och andra skyddsbehövande har *rätt till* uppehållstillstånd och det får endast förvägras dem under vissa omständigheter. De som söker uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter, eller humanitära skäl som det tidigare benämndes, har inte *rätt till* men *får* beviljas uppehållstillstånd.[55] Vilka omständigheter som är *synnerligen ömmande* är inte definierat, men praxis gör gällande att beviljande av uppehållstillstånd av detta skäl oftast har sin grund i

> barns utsatthet, sjukdom, suicidrisk och vårdbehov, anpassning till Sverige, svåra förhållanden i hemlandet, humanitära skäl som gäller anhörig i Sverige, verkställighetssvårigheter, politisk-humanitära skäl och anhöriga i Sverige i förening med svår humanitär situation i hemlandet.[56]

[50] Barnkonventionen artikel 12, citerad ur Frivilligorganisationernas fond för mänskliga rättigheter (2004)
[51] Barnkonventionen artikel 12:2, citerad ur Frivilligorganisationernas fond för mänskliga rättigheter (2004)
[52] Schiratzki 2005a: 54f
[53] Ibid.: 55. Schiratzki har här citerat An-Naim.
[54] Ibid.
[55] Utlänningslag (2005:716) 5 kap. 1-2 §§ och 6 §
[56] SOU 2004:74 s. 138f

Att utlänningslagen inte ger en uttömmande definition av vad som innefattas i synnerligen ömmande omständigheter medför att den individuellt inriktade bedömningen av den sökandes situation blir central.[57] En sammantagen bedömning av den sökandes situation ska göras och vid ett beviljande av uppehållstillstånd beaktas således oftast flera av nämnda delar, vilka vid en sammanvägning anses innebära att synnerligen ömmande omständigheter föreligger.[58]

År 1997 infördes en portalparagraf om barnets bästa i utlänningslagen.[59] Den gör gällande att:

> I fall som rör ett barn skall särskilt beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver.[60]

De myndigheter och organisationer som i förarbetena yttrade sig i frågan var alla positiva till att denna portalparagraf skulle införas. Svenska Föreningen för barn- och ungdomspsykiatri och Svenska Barnläkarföreningen ansåg även att den beslutande myndigheten måste klargöra *hur* avvägningen mellan barnets bästa och andra intressen har skett.[61] Regeringen gjorde bedömningen att portalparagrafen skulle få särskild betydelse i fråga om prövning av uppehållstillstånd på grund av humanitära skäl.[62] Regeringen menade att utrymmet för hänsynstagande till barnets bästa skulle vidgas genom att skälen för uppehållstillstånd på grund av humanitära skäl borde kunna vara av mindre allvar och tyngd när barn berörs.

I förarbetena poängteras att det bästa för ett barn i en konkret situation ofta inte är något uppenbart. Alternativ med såväl bra som dåliga konsekvenser kan komma att vägas emot varandra. Ibland kan även barnets långsiktiga bästa komma att ställas mot hans/hennes kortsiktiga bästa. Det är inte heller en självklarhet att barn skulle ha det bäst i Sverige, utan tryggheten och möjligheterna i hemlandet kan ibland överensstämma med det enskilda barnets bästa och vara viktigare än de fördelar som en migration till Sverige kan medföra.[63] Det anses nämligen inte i sig negativt för ett barn att tillsammans med sina föräldrar och eventuella syskon återvända till hemlandet.[64] Trots att det inte är självklart vad som är det enskilda

[57] Prop. 2004/05:170 s. 280
[58] SOU 2004:74 s. 138
[59] Prop. 2004/05:170 s. 194f
[60] Utlänningslag (2005:716) 1 kap. 10 §
[61] Prop. 1996/97:25 s. 239f. Svenska Föreningen för barn- och ungdomspsykiatri och Svenska Barnläkarföreningens åsikt om beslutande myndighets skyldighet att redovisa avvägning är dock inget som kom med i lagen.
[62] Prop. 2004/05:170 s. 194f
[63] Prop. 1996/97:25 s. 249f
[64] Prop. 2004/05:170 s. 194f

barnets bästa i en konkret situation, nämner Barnkommittén tre grundläggande behov som de menar gäller för alla barn:

1. Omvårdnad och skydd för att kunna överleva och utvecklas,
2. Ett stabilt och varaktigt förhållande till båda sina föräldrar samt
3. Respekt för sin integritet, att få känna att de har en uppgift att fylla och få ta ansvar och påverka sin situation i takt med stigande ålder och mognad.[65]

I förarbetena påpekas vidare att utlänningslagen ”skall också när barn berörs ge uttryck för en human inställning, vara tydlig och tillämpas konsekvent samt ge uttryck för helhetssyn”.[66] Det görs även gällande att

> Utan att barnets bästa generellt tar över samhällsintresset att reglera invandringen får införande av en portalbestämmelse om barnets bästa i utlänningslagen ändå en stark och meningsfull innebörd. Både vid bedömningen av om humanitära skäl för uppehållstillstånd finns liksom i hela asylprocessen får en sådan portalbestämmelse en reell innebörd.[67]

Kommittén för översyn av utlänningslagstiftningen kom emellertid i sin utvärdering av utlänningslagen fram till att principen om barnets bästa inte beaktas i tillräcklig omfattning. Portalparagrafen hade således inte fått den genomslagskraft som var avsedd. För att få en något mer generös tillämpning av uppehållstillstånd på grund av humanitära skäl, föreslogs i samma utvärdering införandet av en särskild paragraf för humanitära skäl i barnärenden. I denna skulle tydliggöras att barns skäl för uppehållstillstånd inte behöver vara av samma tyngd och allvar som en vuxens.[68] Som tidigare nämnts så genomfördes lagändringen i den nya utlänningslagen som trädde ikraft den 31 mars 2006. Paragrafen om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter lyder därmed i nu gällande utlänningslag:

> 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.

[65] Prop. 1996/97:25 s. 246
[66] Ibid.: 244
[67] Ibid.: 248
[68] SOU 2004:74 s. 218f

> 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.[69]

Införandet av barns skäl i denna paragraf innebär bland annat gällande hälsotillstånd att det inte behöver röra sig om en livshotande sjukdom.[70] Vidare kan ett barns anpassning till svenska förhållanden i högre grad vägas in i den samlade bedömningen, även om barnets anpassning inte ensamt kan tillmätas avgörande betydelse. Enligt förarbetena till utlänningslagen får det inte gå så långt att det att vara barn i sig blir ett skäl för uppehållstillstånd. Detta skulle kunna få följden att barn utnyttjas i situationer där familjer har stor önskan att bosätta sig i Sverige men inte, enligt lagen, har tillräckliga skyddsskäl. Vidare bör, enligt förarbetena, den anpassning till Sverige som har betydelse för uppehållstillstånd vara den som uppkommit genom *laglig* vistelse i landet. Om utlänningen medvetet har fördröjt handläggningen av ärendet, exempelvis genom att undanhålla uppgifter, ska uppehållstillstånd normalt inte beviljas. Om fallet rör barn, som under lång tid gömts av andra, bör dock uppehållstillstånd kunna beviljas. Det finns ingen bestämt tidsgräns för hur länge en person ska ha befunnit sig i Sverige för att han eller hon ska bedömas ha anpassat sig till svenska förhållanden.[71] Enligt praxis från Utlänningsnämnden krävs dock att ett barn ska ha befunnit sig minst fyra år i Sverige för att barnets anknytning ska kunna läggas till grund för uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Detta innebär att det under de senaste 12 åren har skett en fyrdubbling av den tid som ett barn ska ha vistats här för att barnet ska anses ha anpassat sig till Sverige.[72]

Av vikt med tillägget i paragrafen om synnerligen ömmande omständigheter är också markeringen att barnets individuella skäl för uppehållstillstånd ska prövas. Barnet är således inte enbart en del av föräldrarnas ärende. Vidare är avsikten med andra stycket i 5:6 inte att försvaga principen om barnets bästa i portalparagrafen. Syftet är istället att förtydliga bestämmelsen i 1:10[73] och att mildra tidigare praxis beträffande ärenden som rör barn.[74]

[69] Utlänningslag (2005:716) 5 kap. 6 §
[70] Prop. 2004/05:170 s. 281
[71] Ibid.: 191ff
[72] Schiratzki 2005a: 90f
[73] Prop. 2004/05:170 s. 281
[74] Wikrén, Gerhard & Sandesjö, Håkan (2006), *Utlänningslagen med kommentarer – åttonde upplagan* (Stockholm: Nordstedts Juridik) s. 205

Utlänningslagens portalparagraf om barnets bästa har sin förebild i barnkonventionens artikel 3.[75] Samtidigt som denna portalparagraf infördes i utlänningslagen år 1997, infördes även en motsvarighet till barnkonventionens artikel 12.[76] Denna finns sedan förra året i 1:11 och gör gällande att

> När frågor om tillstånd enligt denna lag skall bedömas och ett barn berörs av ett beslut i ärendet skall, om det inte är olämpligt, barnet höras. Den hänsyn skall tas till det barnet har sagt som barnets ålder och mognad motiverar.

I den förra utlänningslagen fanns motsvarande paragraf i kapitel 11. Förarbeten till nu rådande lag gör gällande att flytten av denna paragraf till lagens inledning, ytterligare understryker vikten av att artikel 12 i barnkonventionen följs.[77] Paragrafen gör gällande att barnet inte ska höras om det är olämpligt, vilket kan vara fallet med små barn eller barn som på grund av sin psykiska hälsa inte bör höras.[78] Vidare kan påpekas att *höras* inte ska tolkas som att barnet ska *förhöras*.[79]

Liksom framkommit i detta avsnitt om barnets bästa i utlänningslagen, ska det enligt 5:6 göras en *samlad bedömning* av utlänningens situation i fråga om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Det som särskilt ska beaktas när det gäller frågan om uppehållstillstånd på denna grund är personens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation i hemlandet. I fall som rör barn ska även hänsyn tas till barnets utveckling och barnets bästa i övrigt. Således kan den svenska utlänningsrätten sägas stämma överens med Schiratzkis teori om barnets bästa som ett öppet koncept. Detta då det från båda håll görs gällande att en helhetsbedömning/samlad bedömning av barnets situation ska göras.

[75] UM 1503-06 s. 3. Se även prop. 1996/97:25 s. 227f. För artikel 3 i barnkonventionen, se avsnittet *Barnets bästa i barnkonventionen*.
[76] Prop. 2004/05:170 s. 145
[77] Prop. 2004/05:170 s. 269. För artikel 12 i barnkonventionen, se avsnittet *Barnets bästa i barnkonventionen*.
[78] Wikrén & Sandesjö 2006: 59
[79] Prop. 2004/05:170 s. 269. För artikel 12 i barnkonventionen, se avsnittet *Barnets bästa i barnkonventionen*.

3 Analys

Analysen består av två delar, där den första är den kvantitativa delen av undersökningen som belyser om olika delar av barnets bästa *nämns* i migrationsdomstolarnas domar. Den matris som visar resultatet följer på sida 22. Den andra delen av analysen är den kvalitativa undersökningen om vilka delar av barnets bästa som *beaktas* i migrationsdomstolarnas domar och *på vilket sätt* detta beaktande har skett.

3.1 Nämns barnets bästa i domarna?

Där kryss förekommer i matrisen har orden/begreppen *barnets bästa*, *hälsa/hälsotillstånd*, *utveckling*, *barnets bästa i övrigt*, *synnerligen ömmande omständigheter*, *anpassning till Sverige* och *situation i hemlandet* nämnts i domskälet. Som matrisen visar har i samtliga domar *någon* del av barnets bästa nämnts och av totalt 168 rutor är 119 ikryssade. Ser vi till de olika delarna så nämns nyckelbegreppet *synnerligen ömmande omständigheter* i domskälen i samtliga domar. Även *hälsa/hälsotillstånd*, *anpassning till Sverige* och *situation i hemlandet* nämns i stor utsträckning – de två förstnämnda orden/begreppen till 79 procent och *situation i hemlandet* till 75 procent. Detta kan ha samband med att alla dessa tre ord/begrepp ryms i 5:6 och således ofta nämns tillsammans. Nyckelordet *utveckling* nämns i 13 av 24 domar, det vill säga i 54 procent av fallen. *Barnets bästa* nämns i 15 domar av 24, eller i 62,5 procent. Av dessa är det dock i tio ärenden som begreppet efterföljs av *i övrigt* och således utgör del även i aspekten *barnets bästa i övrigt*. *Barnets bästa i övrigt* nämns i ytterligare ett fall, det vill säga i totalt 11 av domarna eller knappt 46 procent. Sett till de olika paragraferna nämns således delarna i 5:6 om synnerligen ömmande omständigheter i fler domar än delarna i 1:10 om barnets bästa. En anledning till detta kan vara att det i stort sett är omöjligt att inte nämna något av nyckelorden/-begreppen från 5:6 då det beslut som domstolen ska ta är om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter ska beviljas. Portalparagrafen däremot kan vara lättare att förbigå eftersom det är praktiskt möjligt att ta beslut om uppehållstillstånd utan beaktande av denna paragraf. Då synnerligen ömmande omständigheter åberopas som skäl för uppehållstillstånd *av hela familjen* är det dock inte självklart att resonemanget kring synnerligen ömmande omständigheter är förda i förhållande till *barnet/barnen*. Vidare är frågan intressant hur det kommer sig att begreppen *utveckling* och *barnets bästa i övrigt* i den paragraf som endast handlar om barn – 1:10 – bara nämns i ungefär hälften av domarna. Att portalparagrafens nyckelord *hälsa* ändå nämns i så många

som 19 av de 24 domarna, kan bero på att det kombinerats med ordet *hälsotillstånd*, vilket återkommer i 5:6. Detta blir än mer troligt då *hälsa/hälsotillstånd*, *synnerligen ömmande omständigheter*, *anpassning till Sverige* och *situation i hemlandet* nämns i sju domar där varken *utveckling* eller *barnets bästa i övrigt* nämnts. 1:10 tycks således komma i skymundan av 5:6.

Vidare kan noteras att i 10 av de 24 undersökta domarna nämns samtliga nyckelord/-begrepp av barnets bästa. I fyra domar nämns enbart begreppet *synnerligen ömmande omständigheter* och alla dessa är från migrationsdomstolen i Malmö. Bland domarna från domstolen i Malmö är det totalt 25 av 56 rutor ikryssade. I domarna från Stockholm nämns de olika delarna av barnets bästa i 50 av 56 fall och från Göteborg i 44 av 56.

3.2 Beaktas barnets bästa i domarna och i så fall på vilket sätt?

Att tolka barnets bästa som ett öppet koncept innebär att en *helhetsbedömning* av barnets situation ska göras. Med detta menas att samtliga delar av ett barns liv ska vägas in i bedömningen av huruvida barnet ska beviljas uppehållstillstånd eller inte.[80] Bland de delar som är av vikt för att kunna värdera vad som är barnets bästa, är barnets hälsa och utveckling. Även barnets nuvarande situation i Sverige och hans/hennes eventuella framtida situation i hemlandet ska tas hänsyn till. Detta för att kunna göra en bedömning av huruvida det är barnets bästa att stanna i Sverige eller att återvända till hemlandet. Då dessa delar uttryckligen står med i utlänningslagen, är det dem jag har valt att utgå ifrån i bedömningen av om barnets bästa beaktas i domarna eller inte. Då *barnets bästa i övrigt* kan sägas innefatta alla de delar av barnets liv som inte kan härledas specifikt till någon av de andra nämnda delarna (hälsa, utveckling, anpassning till Sverige och situation i hemlandet), är *barnets bästa i övrigt* viktig att ha med i undersökningen. Om domstolarna har beaktat något *övrigt* kan detta vara en indikator på att barnets bästa faktiskt beaktas som ett öppet koncept. Detta eftersom domstolarna då inte bara tar hänsyn till de delar av barnets bästa som uttryckligen nämns i utlänningslagen. Vidare är en viktig fråga *vem*/*vilka* som har rätt att uttala sig i frågan om vad som är barnets bästa. Enligt utlänningslagens 1:11 ska barnet höras i de ärenden där barnet berörs av beslutet. Således är det av vikt att även undersöka huruvida det enskilda barnets åsikt om vad som är hennes/hans bästa beaktas.

[80] Schiratzki 2005a: 64

Målnummer och stad	Barnets bästa	Hälsa/ Hälsotillstånd	Utveckling	Barnets bästa i övrigt	Synnerligen ömmande omständigheter	Anpassning till Sverige	Situation i hemlandet
UM 219-06 Göteborg	x	x			x	x	x
UM 810-06 Göteborg	x	x	x	x	x	x	x
UM 1019-06 Göteborg	x	x	x	x	x	x	x
UM 250-06 Göteborg	x	x	x	x	x	x	x
UM 28-06 Göteborg		x			x	x	x
UM 120-06 Göteborg	x	x			x	x	x
UM 334-06 Göteborg	x	x			x	x	x
UM 892-06 Göteborg		x			x	x	x
UM 1008-06 Malmö		x			x	x	x
UM 1224-06 Malmö					x		
UM 309-06 Malmö		x			x	x	x
UM 1105-06 Malmö					x		
UM 1290-06 Malmö	x	x	x	x	x	x	
UM 187-06 Malmö					x		
UM 1503-06 Malmö	x	x	x	x	x	x	x
UM 1484-06 Malmö					x		
UM 47-06 Stockholm	x	x	x	x	x	x	x
UM 1742-06 Stockholm	x	x	x	x	x	x	x
UM 1471-06 Stockholm	x	x	x	x	x	x	x
UM 2604-06 Stockholm	x	x	x		x	x	x
UM 3848-06 Stockholm	x	x	x	x	x	x	x
UM 1425-06 Stockholm	x	x	x	x	x	x	x
UM 2697-06 Stockholm	x	x	x	x	x	x	x
UM 3101-06 Stockholm			x		x		

I förarbetena till den nya utlänningslagen påpekas att tillägget om barn i 5:6 inte ska ta fokus från portalparagrafen om barnets bästa.[81] Domstolarna har emellertid i flertalet fall uppmärksammat att de skäl som framkommer i relation till uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter inte behöver vara av samma allvar och tyngd om det handlar om ett barn, medan det inte nämns ett ord om 1:10. Detta skulle kunna tyda på att portalparagrafen kommer i skymundan vid bedömningen av uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter och att hälsa, anpassning till Sverige och situation i hemlandet således ges en överordnad betydelse framför barnets utveckling och övriga delar av barnets bästa. Har då lagstiftaren i försöket att tydliggöra barnets bästa genom tillägget i 5:6 istället bidragit till att barnets bästa i mindre utsträckning beaktas som ett öppet koncept?

3.2.1 1 kapitlet 10 § utlänningslagen

I 13 av de 24 undersökta domarna har portalparagrafen om barnets bästa nämnts uttryckligen i domskälen som en av de tillämpliga bestämmelserna i fallet. Dock har domstolen i fler fall än så berört innehållet i paragrafen. Exempelvis kan det stå i domen att ”Hänsyn har härvid även tagits till barnets bästa”.[82] Vilka delar av barnets bästa som hänsyn har tagits till framgår dock inte. I andra fall kan domstolen påpeka att ”I bedömningen har hänsyn tagits till barnets bästa i enlighet med 1 kap. 10 § utlänningslagen”.[83] Då barnets hälsa och utveckling uttryckligen står med som delar av barnets bästa i denna paragraf borde dessa ha beaktats, eftersom hänsyn har tagits *i enlighet* med portalparagrafen. Av formuleringarna i domskälen framgår emellertid inte om så faktiskt har gjorts. Vilka delar av *barnets bästa i övrigt* som tagits hänsyn till framkommer inte heller. Det får således anses vara tvivelaktigt att det enskilda barnets bästa har beaktats, eftersom inget specifikt om vare sig barnets hälsa, utveckling eller barnets bästa i övrigt har diskuterats. Det är även tveksamt om barnets bästa beaktats i den dom som endast gör gällande att domstolen har beaktat att ”målet jämväl rör ett minderårigt barn”.[84]

Det är endast i ett fåtal av de undersökta fallen som det överhuvudtaget sagts något om barnets bästa som samlat begrepp. Hänsyn kan istället ha tagits till vissa delar av barnets bästa. Av de ärenden där barnets bästa ändå har uppmärksammats, har det antingen gjorts i ovan diskuterade form *hänsyn har tagits till barnets bästa* eller i form av negerande termer.

[81] Prop. 2004/05: 170 s. 281
[82] UM 1484-06. Se även UM 1019-06.
[83] UM 334-06 s. 10
[84] UM 1471-06 s. 6

Ett åberopande från klagandena om att det vore oförenligt med barnets bästa att tvinga familjen tillbaka till hemlandet, besvaras av domstolen med att det inte kan vara oförenligt med barnets bästa.[85] En intressant fråga är här om svaret hade betytt samma sak om domstolen gjort gällande att det *är förenligt med barnets bästa* istället för att skriva att det *inte är oförenligt med barnets bästa*. Vidare kan noteras att domstolen har uttryckt sig i termerna ”I ärendet har det inte heller framkommit omständigheter som gör att det skulle *strida mot* barnens bästa att följa med sina föräldrar till sitt hemland”.[86] Genom att uttrycka sig i dessa negerande termer undviker domstolen att säga vad de faktiskt *anser vara* barnets bästa i det enskilda fallet. En bedömning av att en avvisning *inte strider mot* barnets bästa, måste även innefatta en åsikt om *vad barnets bästa är*. *Barnets bästa* blir annars endast ett tomt begrepp, som används godtyckligt utan hänvisning till det enskilda barnets situation och förhållanden. Inte i ett enda av de undersökta fallen har domstolarna sagt vad de faktiskt anser vara barnets bästa i det enskilda ärendet.

3.2.2 1 kapitlet 11 § utlänningslagen

Bestämmelsen i 1:11 utlänningslagen gör gällande att ett barn som berörs av beslutet om uppehållstillstånd skall höras om det inte är olämpligt. Av de undersökta domarna är det endast i ett enda fall som barnet kan sägas ha hörts. Detta är i ett fall där en pojke på drygt 12 år lämnade in en skrivelse till domstolen. Huruvida hänsyn tagits till skrivelsen är dock oklart, då det i domen endast står att ”Migrationsdomstolen *har tillgång till* /…/ en skrivelse från [barnet]”.[87]

Som ett av de grundläggande behov som Barnkommittén anser att alla barn har, är respekt för sin integritet och att de ska få påverka sin situation.[88] Att inte bli hört i ärende av uppehållstillstånd, där beslutet otvivelaktigt berör barnet, kan inte anses tillfredsställa detta grundläggande behov. Vem som är bäst lämpad till att bedöma vad det enskilda barnets bästa är i en konkret situation är inte självklart. Emellertid är det klart att det enskilda barnet ska få uttrycka sin personliga åsikt om vad som är hennes/hans bästa, om det inte anses olämpligt. Om barnet inte får komma till tals, riskerar hon/han dessutom att bara bli en del i föräldrarnas ärende.

[85] UM 120-06
[86] UM 334-06. Min kursivering. Se även UM 3848-06.
[87] UM 1471-06 s. 3. Min kursivering.
[88] Prop. 1996/97:25 s. 246

I de fall där barnen endast är ett par år gamla kan det anses självklart att de inte hörs. Förarbetena till utlänningslagen anger att en anledning till att det kan vara olämpligt att ett barn hörs, är att det handlar om ett litet barn.[89] I de 24 undersökta domarna är det emellertid 18 barn i åldern 7-18 år och 11 barn i åldern 12-18 år. Det är något märkligt att det skulle vara olämpligt för alla utom ett av dessa barn att höras. Huruvida domstolarna överhuvudtaget har gjort en bedömning i frågan om lämplighet är oklart då detta inte alls tas upp i någon av de undersökta domarna.

3.2.3 5 kapitlet 6 § utlänningslagen

5:6 utlänningslagen har som bekant två stycken, varav det andra stycket gör gällande att de omständigheter som kommer fram i målet inte behöver vara av samma allvar och tyngd för ett barn som för en vuxen, för att uppehållstillstånd ska kunna beviljas. I nästan samtliga av de undersökta fallen har denna paragraf nämnts i domskälen som en av de tillämpliga bestämmelserna. Dock är det endast i 13 av 24 fall som paragrafens andra stycke omnämns. Frågan blir då om de aspekter som särskilt ska beaktas – hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation i hemlandet – faktiskt har beaktats i förhållande till det *enskilda barnet* eller till familjen som enhet alternativt till föräldern/föräldrarna?

3.2.4 Hälsa/hälsotillstånd

Enligt såväl 1:10 som 5:6 ska barnets hälsotillstånd/hälsa beaktas. I tio av de 24 undersökta domarna framgår klart att barnets hälsa *inte* har beaktats. Bland dessa domar är fyra från migrationsdomstolen i Malmö och tre från respektive Göteborg och Stockholm. I åtta av dessa tio fall har inte klagandena, såvitt framkommer av domen, framfört något yrkande gällande hälsa/hälsotillstånd. I de två andra fallen där domstolen inte har beaktat barnets hälsa/hälsotillstånd hade klagandena gjort gällande att det skulle vara skadligt för barnens hälsa att återvända till hemlandet, dock utan att specificera närmare på vilket sätt det skulle vara skadligt.[90]

Att det klart framgår att barnets hälsa inte har beaktats i 10 domar, innebär inte automatiskt att domstolen *har beaktat* denna del av barnets bästa i övriga 14 domar. I fem fall framfördes inga yrkanden kring barnets hälsa, vilket domstolen observerade genom att i domskälen ta

[89] Wikrén & Sandesjö 2006: 59
[90] Se UM 2604-06 och UM 219-06

med en mening av typen ”Några speciella förhållanden kring /…/ [barnets] hälsotillstånd har inte kommit fram”.[91] I en annan dom finner migrationsdomstolen att

> av ingivna intyg samt vad som framgår av utredningen beträffande [barnets] hälsa /…/ inte utgör sådana synnerligen ömmande omständigheter att han bör tillåtas att stanna i Sverige.[92]

I ytterligare en dom beaktar domstolen *familjens* hälsotillstånd: ”Inte heller har framkommit att *de* har någon livshotande sjukdom, allvarligt hälsotillstånd…”.[93] Det tycks således som om domstolen har beaktat hälsotillståndet hos familjen som kollektiv snarare än hos det enskilda barnet. I förarbetena till den nya utlänningslagen angavs att tillägget om barn i 5:6 om synnerligen ömmande omständigheter var en markering av att barnets individuella skäl till uppehållstillstånd ska prövas. Barnets är således inte bara en del av föräldrarnas ärende.[94] I fall som det just nämnda tycks dock domstolen ha beaktat barnet endast som ett bihang till föräldrarna och inte beaktat barnets egna skäl. Detta skulle dock kunna bero på att klagandena, som nämnts, inte har anfört något specifikt kring barnets hälsotillstånd. Varför detta inte har gjorts och huruvida det är familjens sak att ta upp barnets bästa i yrkandena, är viktiga frågor. Dessa ryms emellertid inte inom ramen för denna studie.

I de fall där klagandena har påpekat särskilda hälsoproblem hos barnet/barnen, kan två typer av bemötande från domstolen urskiljas. Det ena är där det specifika hälsotillstånd som klagandena framför beaktas av domstolen på så sätt att de i domskälen gör en *upprepning* av barnets/barnens hälsotillstånd. Exempelvis anför klagandena i ett fall att barnet lider av epilepsi. I domskälen finns sedan att läsa att ”[Barnet] har som hälsoskäl hänvisat till att han lider av epilepsi.”[95] Denna typ av beaktande följs sedan upp på lite olika sätt. Efter upprepningen av barnets hälsotillstånd i den dom varifrån ovan nämnda citat kommer, gör domstolen bedömningen att hälsotillståndet inte utgör ett skäl för uppehållstillstånd. Detta då sjukdomen för närvarande inte kräver medicinering.[96] Liknande konstateras i ett annat fall, där hälsotillståndet inte kan anses vara av ”så allvarligt slag att det i sig utgör grund för uppehållstillstånd”.[97] Vidare menar domstolen att ett eventuellt vårdbehov kan tillgodoses i hemlandet. Domstolen gör sedan en samlad bedömning av hälsa och andra delar av barnets

[91] UM 120-06 s. 10
[92] UM 1425-06 s. 9
[93] UM 1008-06 s. 4. Min kursivering.
[94] Prop. 2004/05:170 s. 281
[95] UM 1290-06 s. 5
[96] Ibid.
[97] UM 810-06 s. 8

bästa och kommer fram till att det saknas förutsättningar att bevilja familjen uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.[98] Även i flertalet andra fall framgår att en samlad bedömning, inkluderande barnets hälsotillstånd, har gjorts. I ytterligare en dom följs upprepningarna av (det ena) barnets hälsotillstånd med en genomgång av vad som står i förarbetena till utlänningslagen, gällande hälsa och uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Vidare ser domstolen till hälsovården i hemlandet, och då även specifikt i förhållande till det berörda barnets hälsotillstånd. Avslutningsvis menar domstolen att det inte har framkommit att barnets hälsotillstånd är ”av sådan allvarlig och livshotande karaktär som lagstiftaren avsett i 5 kap. 6 § UtlL”.[99] Meningar med snarlikt innehåll som i sistnämnda citat återfinns i flertalet domar.[100] I ett fall anses det äldsta barnets psykiska hälsotillstånd inte vara av ”allvarligare art”[101] utan domstolen menar istället att barnets reaktioner snarare visar på att han är en ”normal tonåring”.[102] Migrationsdomstolen menar även att de intyg som inlämnats angående barnets hälsotillstånd inte visar på att barnet behöver mer omfattande eller kvalificerad vård eller att det skulle vara menligt för honom att återvända till hemlandet.[103]

I den typ av domar beskrivna ovan, där en upprepning av barnet/barnens hälsotillstånd gjorts, är det således tydligt att migrationsdomstolarna har beaktat barnets hälsa på ett sätt som kan kopplas till det enskilda barnets bästa. Dessa domar är sex till antalet och kommer från alla tre domstolar. I andra fall, från Göteborg såväl som Stockholm, har istället specifika hälsotillstånd beskrivna i bakgrund eller yrkanden bemötts i mer allmänna ordalag i domstolarnas bedömning. Ett exempel på detta är där det endast konstateras att

> Migrationsdomstolen har vid sin bedömning särskilt beaktat de omständigheter som ligger till grund för [barnens] ansökningar och inte funnit att hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt med tillräcklig styrka talar för en annan utgång i målet.[104]

Att ena sonen har problem med näsan, vilket klagandena anför,[105] är således inget som domstolen specifik refererar till. Följaktligen framkommer egentligen varken *om* eller *hur*

[98] UM 810-06 s. 8f
[99] UM 28-06 s. 12
[100] Se t.ex. UM 334-06 s. 9.
[101] UM 2697-06 s. 7
[102] Ibid.: 8
[103] Ibid.: 7f
[104] UM 250-06 s. 11
[105] Ibid.: 4

domstolen faktiskt har beaktat det enskilda barnets hälsa. Liknade är ett annat fall, där domen endast gör gällande att det

> som har framkommit om barnens situation i yttrandet eller övrig åberopad utredning [inte visar på] ett tyngre vård- eller omsorgsbehov hos barnen.[106]

I ytterligare ett fall konstateras att de anförda skälen, vilka inte specificeras, inte ryms i det snäva utrymme som finns för att bevilja uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.[107]

3.2.5 Utveckling

Om och på vilket sätt migrationsdomstolarna har beaktat barnets utveckling varierar. Liksom med hälsotillstånd berörs barnets utveckling i vissa domar varken av klagandena eller av domstolen. I andra fall kan domstolen påpeka att ”I bedömningen har hänsyn tagits till barnets bästa i enlighet med 1 kap. 10 § utlänningslagen”.[108] Då utveckling är en del av barnets bästa i denna paragraf, borde det innebära att barnets utveckling har beaktats. Om så är fallet, vilket får sägas vara oklart eftersom inget specifikt om barnets utveckling framkommer, ger domstolen i alla fall inget svar på frågan *hur* denna aspekt har beaktats. Liknande är då migrationsdomstolen gör gällande att

> Migrationsdomstolen har vid sin bedömning särskilt beaktat de omständigheter som ligger till grund för [barnets/barnens] ansökningar och inte funnit att hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt med tillräcklig styrka talar för en annan utgång i målet.[109]

Liksom i fråga om hälsotillstånd finns det fall där klagandena inte åberopar något specifikt kring barnets/barnens utveckling, men där det framkommer att domstolen ändå har belyst denna aspekt av barnets bästa. Detta genom att lyfta fram att det inte har framkommit något som visar på att ett återvändande till hemlandet skulle skada den personliga utvecklingen.[110]

[106] UM 47-06 s. 9
[107] UM 1742-06 s. 6f
[108] UM 334-06 s. 10
[109] UM 250-06 s. 11 och UM 810-06 s. 9
[110] UM 3101-06

Även mer allmänna ordalag används, såsom att det generellt inte anses negativt eller skadligt för barnets utveckling att följa med familjen till hemlandet.[111]

I två fall där klagandena har påpekat att en avvisning skulle skada barnets psykosociala utveckling, har migrationsdomstolen tagit upp denna aspekt i sin bedömning. Det har då gjorts gällande att det inte har framkommit några omständigheter som tyder på, eller att man skulle behöva frukta, att barnens psykosociala utveckling skulle ta skada vid ett återvändande till hemlandet tillsammans med sina föräldrar.[112] Det förs dock ingen närmare diskussion kring detta i domskälen.

I ytterligare ett fall har klagandena anfört att det otvetydigt skulle skada barnens utveckling att återvända till hemlandet. Detta beaktar domstolen inte alls. En anledning till detta skulle kunna vara att familjen beviljades uppehållstillstånd på grund av faderns/makens hälsotillstånd.[113] Kanske ansåg domstolen därmed det inte vara nödvändigt att beakta ytterligare skäl för uppehållstillstånd. Att barnens skäl inte alls beaktas tyder dock på att de ses som ett bihang till föräldrarna. I ännu ett fall hävdar klagandena att ett återvändande skulle innebära livslång skada för barnet. Huruvida det är skada i förhållande till hälsan, utvecklingen eller något annat framgår emellertid inte av domen. Domstolen har dock inte beaktat klagandenas åberopande om detta,[114] trots att en livslång skada för barnet, oberoende i förhållande till vad, måste anses vara något att ta hänsyn till vid en bedömning av barnets bästa.

I den dom från migrationsdomstolen i Malmö som gav bifall på ansökan, har klagandena inte åberopat något särskilt gällande barnets utveckling. Trots detta beaktade domstolen denna del av barnets bästa och bedömde att barnet befann sig i en ålder då ”barnets utveckling innebär en frigörelse från föräldrarna och därmed en större känslighet för förändringar”.[115] Barnets utveckling, i kombination med barnets anpassning till Sverige, ledde till att familjen beviljades uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.[116] Att migrationsdomstolen beaktade det enskilda barnets utveckling i domen visar på att domstolarna kan beakta en aspekt av barnets bästa även utan att klagandena har yrkat specifikt på detta. I de undersökta domarna finns emellertid ytterligare två barn som är födda samma år som pojken i fallet ovan. Även deras utveckling borde således innebära en större känslighet för förändringar. Detta är dock inget som beaktas av migrationsdomstolarna i

[111] UM 1503-06. Jfr prop. 2004/05:170 s. 194f
[112] Se UM 47-06 och UM 2697-06
[113] UM 219-06
[114] UM 2604-06
[115] UM 1290-06 s. 5
[116] Ibid.

Göteborg respektive Stockholm i dessa fall.[117] Inte heller kommenteras det i de två fall där barnen är födda året innan och därmed är väldigt nära i ålder.[118] Att utlänningslagen ska tillämpas konsekvent i fall där barn berörs,[119] tycks således inte alltid vara fallet i praktiken. Den grundläggande motsättningen mellan å ena sidan det flexibla barnets bästa och å andra sidan rättssäkerhetsaspekter som likhet inför lagen[120] gör sig här påmind.

3.2.6 Anpassning till Sverige

I 14 av de undersökta domarna har klagandena hänvisat till anknytning eller anpassning till Sverige som ett skäl för uppehållstillstånd. I alla dessa ärenden hänvisas specifikt till *barnets/barnens* anpassning, förutom i ett fall där *familjens* anpassning belyses. De omständigheter som anförs är att barnen talar svenska, leker med svenska barn, har fritidsaktiviteter samt går i svensk skola, förskola eller dagis – där det även poängteras att det går bra för barnen. Även vistelsetiden förs in som bidragande till anknytningen/anpassningen. I undersökningen av huruvida dessa delar kring det enskilda barnets anpassning till Sverige faktiskt beaktas av domstolen, är resultatet varierande. I sju av domarna har migrationsdomstolarna i sin bedömning upprepat de anförda skälen.[121] Detta gäller för samtliga tre domstolar och vad som här kan beaktas är att barnet är fött i Sverige och hur mycket tid som spenderats hemma med föräldrarna respektive på dagis/förskola. Aspekten skolgång beaktas även den av domstolen i ett par av de undersökta domarna,[122] liksom att barnen skaffat sig vänner i Sverige.[123] Gällande tidsaspekten beaktas även denna i vissa domar, dock med en del olikheter. I ett fall bedöms barnet, som vistats två år i Sverige, ha anpassat sig mycket väl till förhållandena i Sverige. Att familjen undanhållit uppgifter och därmed förlängt vistelsetiden menar domstolen inte kan läggas barnet till last.[124] I kombination med att barnet befinner sig ”i en ålder då barnets utveckling innebär en frigörelse från föräldrarna och därmed en större känslighet för förändringar”[125] beviljas familjen uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. I ett annat fall har en familj vistats drygt tre år i Sverige och domstolen menar att barnen, speciellt den äldste sonen,

[117] UM 28-06 och UM 1742-06
[118] UM 334-06 och UM 2697-06
[119] Prop. 1996/97:25 s. 244
[120] Se avsnittet *Teori om barnets bästa som ett öppet koncept*.
[121] Se t.ex. UM 1503-06 och UM 2697-06
[122] Se t.ex. UM 1290-06 och UM 3101-06
[123] Se t.ex. UM 1503-06 och UM 2697-06
[124] UM 1290-06 s. 5
[125] Ibid.

har fått en ”beaktansvärd anknytning till Sverige”.[126] Dock menar domstolen här att betydelsen av anknytningen minskar på grund av att familjen vistats illegalt i landet. Detta även om det är fråga om barn. Att familjer har förlängt sin vistelsetid i Sverige genom att undanhålla eller lämna felaktiga uppgifter och därmed inte kan tillgodoräkna sig hela den tid som spenderats här, är något som domstolen påpekar i sex domar. Att det ibland ändå kan vara nödvändigt att ta hänsyn till hela vistelsetiden, speciellt i fall rörande barn, kommenteras i fyra av dessa domar.[127] I den ovan nämnda domen där uppehållstillstånd beviljades, råder det dock inte samstämmighet i frågan huruvida anpassningen/anknytningen till Sverige är tillräcklig för att utgöra skäl för uppehållstillstånd eller inte. Förstnämnda fall hade två skiljaktiga nämndemän, vilka menade att barnets anpassning till Sverige ”inte anses vara sådan att det vid en samlad bedömning föreligger synnerligen ömmande omständigheter”.[128] Även i ett annat fall, där domstolen avslog ansökan, rådde delade meningar kring anpassningen till Sverige. Familjen hade i detta fall vistats i Sverige i drygt två år och migrationsdomstolen menade att familjen inte kunde sägas ha uppnått någon stark anknytning till svenska förhållanden. Migrationsdomstolen poängterar i domen att barnen visserligen går i skolan och har lärt sig tala svenska, men menar att dessa omständigheter inte är tillräckliga. En skiljaktig nämndeman anser emellertid att familjen förefaller ha anpassat sig väl till Sverige. Hon menar vidare att ”Barnen talar bra svenska och hela familjen verkar ha en stark vilja att integreras i det svenska samhället”.[129]

Vidare beträffande anpassning till Sverige uttrycker sig domstolen i ett fall att ”Ifråga om [barnets] anpassning till Sverige konstaterar domstolen att hon vistats drygt ett år i Sverige”.[130] Domstolen nämner inget om att barnet går på dagis och har fått kompisar här, vilket framförs i yrkandena. Liksom påpekats i avsnittet om barnets bästa i utlänningslagen, så finns det ingen bestämt tidsgräns för hur länge en person ska ha befunnit sig i Sverige för att han eller hon ska bedömas ha anpassat sig till svenska förhållanden.[131] Att domstolen i nämnda fall då endast tycks se till vistelsetiden för att bedöma barnets anpassning till Sverige, tycks således något märkligt. Familjen i nämnda ärende fick avslag på sin ansökan om uppehållstillstånd.

[126] UM 2697-06 s. 8
[127] Se t.ex. UM 1503-06 och UM 3848-06
[128] UM 1290-06 bilaga 3, s. 1
[129] UM 250-06 bilaga 1, s. 1
[130] UM 2604-06 s. 5
[131] Prop. 2004/05:170 s. 191

Sammanfattningsvis tycks det vara svårt att tillämpa lagen konsekvent och ge uttryck för en helhetssyn i fråga om anpassning till Sverige,[132] vilket delvis kan bero på att det ska göras en bedömning av varje enskilt fall och att det saknas fasta och konkreta riktlinjer för när en anpassning är tillräcklig. Motsättningen mellan det flexibla barnets bästa och likhet inför lagen blir således tydlig även här.

I de domar där migrationsdomstolarna har upprepat de av klagandena anförda aspekterna kring barnets/barnens anpassning till Sverige, står det klart att domstolarna har beaktat dessa. Bland de undersökta domarna är det dock lika många fall där domstolen endast konstaterar att anpassningen inte är tillräcklig och således inte utgör synnerligen ömmande omständigheter. Domstolarna nämner följaktligen barnets anpassning till Sverige, men av domen framgår inte vilka aspekter av anpassningen/anknytningen som har beaktats. I ett av dessa fall har domstolen heller inte beaktat det *enskilda barnets* anpassning till Sverige, utan istället *familjens*.[133] Det kan därmed tolkas som att barnet i detta ärende endast setts som ett bihang till föräldrarna, snarare än att barnet är en egen individ.

En annan aspekt som domstolen har tagit upp gällande anpassningen/anknytningen till Sverige, är barnets ålder. Exempelvis har domstolen bland annat med hänsyn till barnets låga ålder bedömt att anknytningen till föräldrarna och hemlandet får anses vara starkare än anknytningen till Sverige.[134] I ett annat fall sägs endast att anknytningen till *föräldrarna* är starkare än den till Sverige.[135] Frågan är varför domstolen tar upp detta? Det anses vara ett grundläggande behov för barn att ha ett stabilt förhållande till sina föräldrar.[136] På vilket sätt har det då betydelse för beviljande av uppehållstillstånd om barnen har starkare anknytning till föräldrarna än till Sverige? Ses föräldrarna som något av en synonym för hemlandet? Är denna aspekt, att barnen har starkare anknytning till föräldrarna än till Sverige, något som tas med i den samlade bedömningen som talar *mot* ett beviljande av uppehållstillstånd i Sverige? Att familjen i detta fall fick avslag på sin ansökan kan tyda på att så är fallet.

3.2.7 Situation i hemlandet

Situationen i hemlandet påverkar i högsta grad att människor söker uppehållstillstånd i ett annat land. Liksom påpekats i metodavsnittet avser jag emellertid inte att här belysa de

[132] Jfr prop. 1996/97:25 s. 244
[133] UM 219-06
[134] UM 334-06
[135] UM 1503-06
[136] Prop. 1996/97:25 s. 246

eventuella *skyddsskäl* som familjen åberopar gentemot hemlandet. De aspekter av familjens situation i hemlandet som beaktas här är istället sådana som kan kopplas till skäl för uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter.

En aspekt av situationen i hemlandet som yrkas på i flertalet domar är tillgången till skolgång. Det handlar då antingen om att barnet inte alls skulle få tillgång till utbildning eller att barnet skulle tvingas att börja på en låg nivå.[137] Även tillgång till bostad i hemlandet anförs som ett problem.[138] I ett fall menas även att avsaknad av bostad kan leda till att barnen tvingas till barnhemsplacering.[139] Även brist på sjuk- och läkarvård samt omfattande kriminalitet anförs som problematiskt med situationen i hemlandet.[140] Vidare anför klagandena i två fall att barnen riskerar mobbing.[141] I ett fall menar även modern att barnet riskerar att bli gatubarn om de tvingas återvända och modern dör. Detta då de saknar familj och vänner i hemlandet.[142] Det är emellertid många fall där klagandena inte har anfört något ytterligare jämte förföljelse, tortyr och så vidare gällande situationen i hemlandet.

Gällande migrationsdomstolarnas bemötande av ovan nämnda och andra aspekter som kan kopplas till situationen i hemlandet, varierar det hur mycket som tas upp. I många fall, både där klagandena tagit upp något specifikt kring situationen i hemlandet och inte, skriver domstolarna endast att det vid en samlad bedömning inte framkommer att synnerligen ömmande omständigheter föreligger. I vissa av dessa fall skriver domstolarna vad den samlade bedömningen inkluderar, det vill säga bland annat situationen i familjens hemland. I andra domar står det istället bara att det av vad som har framkommit inte föreligger skäl som är synnerligen ömmande enligt 5:6. Emellertid beaktas, såsom framkommer av dessa domar, inte det enskilda barnets situation närmare.[143]

I ett fall, där klagandena gjort gällande att barnet inte tilläts gå i skolan i hemlandet, beaktas detta av domstolen genom påpekandet att skolan är obligatorisk till 17 års ålder, även om tillgången till utbildning har försämrats.[144] I ett annat fall, där klagandena åberopat bland annat avsaknad av bostad, omfattande kriminalitet och svårighet för barnen att studera i hemlandet, har domstolen upprepat att familjen anser att de skulle få ekonomiska och sociala problem i hemlandet. Domstolen beaktar sedan detta vidare genom att påpeka att dessa skäl inte kan tillmätas större betydelse, men att det finns goda möjligheter till skolgång i

[137] Se t.ex. UM 334-06 och UM 250-06
[138] Se t.ex. UM 334-06
[139] UM 3848-06
[140] Se t.ex. UM 2697-06 och UM 334-06
[141] UM 219-06 och UM 250-06
[142] UM 2604-06
[143] Se t.ex. UM 1008-06 och UM 1742-06
[144] UM 810-06

hemlandet samt att familjen har släkt där.[145] I ytterligare fall gör klagandena gällande att det är svåra förhållanden i hemlandet gällande tillgång till läkarvård, att de inte har någon bostad samt att det äldsta barnet inte skulle ha möjlighet att fortsätta de påbörjade studierna om familjen tvingas återvända till hemlandet. I domstolens bedömning framkommer endast att

> Vid en samlad bedömning av de åberopade hälsoproblemen, familjens anpassning till Sverige och *situationen i hemlandet* finner således migrationsdomstolen att det inte föreligger sådana ömmande omständigheter att [familjen] bör beviljas uppehållstillstånd enligt 5 kap. 6 § utlänningslagen.[146]

Vilka delar av barnens situation i hemlandet som ingått i domstolens bedömning är således oklart. Det är därmed även ovisst huruvida det enskilda barnets situation i hemlandet överhuvudtaget beaktas i detta ärende.

Vidare använder migrationsdomstolarna negerande termer i vissa av ärendena. Domstolarna uttrycker att situationen i hemlandet inte kan anses vara sådan att avvisning framstår som olämplig.[147] Frågan är då om det betyder samma sak att situationen *inte* är sådan att avvisning är *olämplig*, som att säga att situationen *är* sådan att avvisning är *lämplig*?

3.2.8 Barnets bästa i övrigt

Då jag, genom Schiratzkis teori, valt att tolka barnets bästa som ett *öppet koncept*, [148] medför det att *barnets bästa i övrigt* innefattar alla de delar av barnets bästa som inte ryms inom någon av undersökningens andra kategorier (hälsa, utveckling, anpassning till Sverige, situation i hemlandet samt huruvida barnet hörs). *Barnets bästa i övrigt* blir således en kategori som visar på huruvida migrationsdomstolarna beaktar även andra delar av barnets bästa än de som uppmärksammas i utlänningslagens förarbeten. Därmed kan denna aspekt visa på om *barnets bästa* faktiskt beaktas som ett *öppet koncept* eller inte.

Ett exempel där migrationsdomstolen beaktat en övrig aspekt av barnets bästa är i de fall där föräldrarna bedöms fullgöra, alternativt inte anses brista i, sitt föräldraansvar. Samtliga dessa ärenden är från migrationsdomstolen i Stockholm och i ett av dem har modern själv tagit upp att hon brister i sin omsorgsförmåga. För att klara sin vardag, och då främst barnen, får hon

[145] UM 2697-06
[146] UM 334-06 s. 10. Min kursivering.
[147] UM 810-06 och UM 250-06
[148] Se vidare avsnittet *Teori om barnets bästa som ett öppet koncept*.

stöd av utomstående.[149] I ytterligare två fall har domstolen beaktat föräldraansvar, men då utan att klagandena själva har yrkat på brist på omsorgsförmåga gentemot barnen.[150] Frågan är då vilken betydelse denna del av barnets bästa har för frågan om uppehållstillstånd? I ett av fallen sätts meningen om föräldrarna som väl fungerande föräldrapar i samma stycke som det ena barnets hälsotillstånd behandlas. Kopplingen till föräldrarna skulle således kunna vara att föräldrarna har förmågan att ta hand om sonen även om han inte mår psykiskt bra. Att domstolen uttrycker att föräldrarna är ett väl fungerande föräldrapar skulle därmed kunna tolkas som ett skäl till att inte bevilja familjen uppehållstillstånd. Det var också den utgången som fallet fick – att familjen inte beviljades uppehållstillstånd i Sverige. I det andra fallet där klagandena inte själva berört frågan, men där domstolen tagit upp den, bedömer domstolen att barnet fått en ”förhållandevis stark anknytning till Sverige”.[151] Denna mening efterföljs av

> Han lider emellertid inte av ohälsa och har inte några särskilda behov. Föräldrarna synes väl skickade att fullgöra sitt föräldraansvar. Domstolen bedömer därför att det inte har framkommit omständigheter som visar att [barnet] skulle skadas allvarligt i sin personliga utveckling om han tillsammans med sina föräldrar återvänder till [hemlandet][152]

I detta fall tycks således föräldraansvaret vara kopplat till *barnets utveckling*, som inte kommer att skadas om de återvänder till hemlandet. Att kunna fullgöra sitt föräldraansvar tycks således tas med i den samlade bedömningen som något som talar *mot* ett beviljande av uppehållstillstånd.

Ytterligare en aspekt av ovan nämnda fall som är intressant att observera är att domstolen anser barnet ha fått en förhållandevis stark anknytning till Sverige, vilket följs av ett konstaterande att han *emellertid inte lider av ohälsa*. Detta kan tolkas som ett tecken på att ett barn både behöver ha anpassat sig väl till svenska förhållanden *och* ha problem med hälsan. Frågan är dock om inte dessa två aspekter är något motstridiga. En dålig hälsa kan innebära att barnet inte kan gå i skolan/på dagis, leka med andra barn och annat som ligger till grund för anpassning till Sverige. Om barnet istället mår bra och går i skolan kan det, som i fallet ovan, vara en anledning till att inte ge bifall på ansökan om uppehållstillstånd.

[149] Se UM 47-06
[150] Se UM 2697-06 och UM 3101-06
[151] UM 3101-06 s. 4
[152] Ibid.

I det undersökta fallet från Malmö där de sökande fick bifall på sin ansökan, menade migrationsdomstolen att då sonen beviljas uppehållstillstånd, ska även fadern beviljas det.[153] Att barnets bästa anses vara att leva tillsammans med sina föräldrar är således en del som kan ingå i *barnets bästa i övrigt*. Detta kan antas vara andemeningen också i det fall där en mor och hennes dotter påvisar att även dotterns far har ansökt om uppehållstillstånd i Sverige och har för avsikt att stanna här. Domstolen beaktar denna del av barnets bästa genom att meddela att fadern, i likhet med mor och dotter, fått avslag på sin ansökan.[154] Detta kan även kopplas till utlänningslagens förarbeten, som belyser att Barnkommittén anser det vara ett grundläggande behov hos alla barn att ha ett stabilt och varaktigt förhållande till båda föräldrarna.[155]

De aspekter som nämnts i detta stycke är dock de enda fall i undersökningen där något specifikt om barnets bästa i övrigt anförs i yrkandena och beaktas i domskälen. Övriga yrkanden och beaktanden som gjorts kan härledas till undersökningens övriga delar av barnets bästa. Migrationsdomstolarna har i vissa fall gjort gällande att de

> vid sin bedömning särskilt [har] beaktat de omständigheter som ligger till grund för [barnets/barnens] ansökningar och inte funnit att hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt *barnets bästa i övrigt* med tillräcklig styrka talar för en annan utgång i målet.[156]

Specifikt vilka delar av *barnets bästa i övrigt* som domstolen har beaktat är emellertid oklart. Det gör det därmed tveksamt huruvida något övrigt gällande det enskilda barnets bästa faktiskt har beaktats, eller om det endast är en fras som ser bra ut på pappret.

3.2.9 Helhetsbedömning/Samlad bedömning

I utlänningslagens 5:6 görs gällande att en *samlad bedömning* av utlänningens situation ska göras i fråga om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Det som särskilt ska beaktas när det gäller frågan om uppehållstillstånd på denna grund är personens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation i hemlandet. I fall som rör barn ska även hänsyn tas till barnets utveckling och barnets bästa i övrigt.[157] Således kan den

[153] UM 1290-06
[154] UM 892-06
[155] Prop. 1996/97:25 s. 246
[156] UM 810-06 s. 9 och UM 250-06 s. 11. Min kursivering.
[157] Se vidare avsnittet *Barnets bästa i utlänningslagen*.

svenska utlänningsrätten och Schiratzkis teori om barnets bästa som ett öppet koncept sägas stämma överens med varandra. Detta då det från båda håll görs gällande att en helhetsbedömning/samlad bedömning av barnets situation ska göras.

Huruvida en samlad bedömning faktiskt har gjorts i de undersökta domarna är inte alltid tydligt. I majoriteten av domarna *sägs* att en samlad bedömning av familjens förhållanden har gjorts. I hänseende till 5:6 *görs* det även i de flesta av dessa fall, det vill säga att domstolen gör en samlad bedömning av familjens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation i hemlandet. Dock är det inte alla delar som beaktas i förhållande till *det enskilda barnet*. Det är inte heller i majoriteten av de undersökta domarna som delarna i 1:10 beaktas. Endast i ungefär hälften av domarna har beaktandet av *anpassning till Sverige*, *hälsotillstånd* och *situation i hemlandet* kombinerats med ett beaktande av barnets *utveckling* eller *barnets bästa i övrigt*.

I ett ärende med en mor och hennes dotter säger domstolen att en sammantagen bedömning av familjens personliga förhållanden har gjorts och att denna inte visar på att det föreligger synnerligen ömmande omständigheter som kan ligga till grund för uppehållstillstånd. Tidigare i domen har moderns hälsotillstånd samt moderns och barnets anpassning till Sverige beaktats. Domstolen har även påpekat att modern tidigare har fått vård i hemlandet, vilket kan tolkas som ett beaktande av situationen i hemlandet. Dock nämns ingenting om barnets utveckling eller barnets bästa i övrigt.[158] Således görs ingen helhetsbedömning i Schiratzkis mening, det vill säga att barnets bästa här inte har tolkats som ett öppet koncept. I detta specifika fall görs dock heller ingen tydligt samlad bedömning utifrån 5:6 utlänningslagen, eftersom domstolen inte uttryckligen nämner *barnets* hälsotillstånd, utan endast moderns.

I andra ärenden, om än färre, framgår det tydligare *att* och *hur* barnets bästa har beaktats även utifrån 1:10. Till exempel har i ett ärende barnets hälsotillstånd, anknytning till Sverige och situation i hemlandet beaktats. Vidare säger sig domstolen särskilt ha beaktat barnets ansökan och inte funnit att ”barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt med tillräcklig styrka talar för en annan utgång i målet”.[159] I ett annat ärende beaktas den ene sonens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation i hemlandet. Vidare menar domstolen att utredningen inte påvisar att barnen skulle skadas i sin psykosociala utveckling vid ett återvändande till hemlandet. Domstolen nämner även att föräldrarna förefaller vara ett väl fungerande föräldrapar.[160] I båda dessa fall har således en samlad bedömning gjorts av de

[158] UM 892-06
[159] UM 810-06
[160] UM 2697-06

skäl som särskilt ska beaktas i fråga om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Beträffande övriga delar av barnets bästa är det dock ändå något oklart i det förstnämnda fallet, där domstolen säger sig ha beaktat detta, men där det inte är tydligt att det är direkt kopplat till det enskilda barnet. I det andra ärendet, vilket liksom det första innebar avslag på ansökan om uppehållstillstånd, har domstolen beaktat alla de i lagen specificerade delarna av barnets bästa. Även en övrig del – att föräldrarna förefaller vara ett väl fungerande föräldrapar – har beaktats i domen. Som tidigare diskuterats är det dock oklart vilken koppling denna del har till frågan om uppehållstillstånd. Detta ärende är tillsammans med ytterligare ett fall[161] de enda där det framkommer att en samlad bedömning av barnets bästa utifrån delarna i såväl 5:6 som 1:10 har gjorts.

[161] UM 47-06

4 Sammanfattande diskussion

Nämns olika delar av barnets bästa i domar från migrationsdomstolarna? Resultatet av undersökningen visar på att så är fallet till stor del. I samtliga domar har nämnts åtminstone ett av de nyckelord/-begrepp som i denna studie utgör barnets bästa olika delar. Dock är det stor skillnad på *hur många* delar som nämns. I tio fall nämns samtliga, medan det i fyra fall endast förekommer ett nyckelbegrepp, nämligen *synnerligen ömmande omständigheter*. Den kvantitativa undersökningen ger sken av att en helhetsbedömning görs i flera fall, men den kvalitativa undersökningen visar att så inte är fallet. Endast i två ärenden framkommer att en samlad bedömning av barnets bästa utifrån delarna i såväl 5:6 som 1:10 har gjorts. Att det är skillnad mellan att å enda sidan *nämna* och å andra sidan *beakta* en specifik del av barnets bästa kan exemplifieras med att domstolen *nämner hälsa/hälsotillstånd* i 19 domar, men denna del *beaktas inte* i 10 domar. Detta innebär inte att *hälsa/hälsotillstånd* beaktas i resterande 14 fall, eftersom det bland annat är otydligt *på vilket sätt* beaktande skett. Av dessa siffror framkommer dock att *hälsa/hälsotillstånd* i *minst* fem fall har *nämnts* men inte *beaktats*. Barnets bästa tycks således vara något som *hänvisas* till, utan att det nödvändigtvis *tas hänsyn* till.

Vidare har undersökningen visat att domstolarna i ett flertal domar och i förhållande till samtliga delar av barnets bästa har varit otydliga med *hur* ett eventuellt beaktande har skett. Det är genomgående att domstolarna endast gör gällande att *barnets hälsa och utveckling har beaktats*. Det återkommer även i domarna att barnets *individuella* skäl har förbigåtts och att barnet istället ses som ett *bihang* till föräldrarna. Då det inte framkommer *hur* det enskilda barnets bästa har beaktats i dessa fall, är frågan om domstolen faktiskt har beaktat barnets bästa eller om det bara är tomma ord? Otydligheten kring *om* och *hur* barnets bästa har beaktats är problematisk eftersom det gör det svårt att bilda sig en uppfattning av hur domstolarna har resonerat i de olika ärendena. Då det ännu inte finns vägledande praxis från Migrationsöverdomstolen som behandlar barnfamiljers ansökan om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter, kan migrationsdomstolarnas beslut i dessa frågor ses som en ledstjärna. Att beaktandet av barnets bästa då i många fall är bristfälligt leder till att det blir svårt att jämföra domarna och därmed se huruvida lagen tillämpas konsekvent. Det kan också ge ett intryck av att barnets bästa inte anses vara en särskilt viktig aspekt att ta hänsyn till i bedömningen av uppehållstillstånd. Kanske är det faktiskt så att barns rättigheter tenderar att vara *symboliska* men sällan *verkställbara*. Att barnets bästa inte skulle ges verklig innebörd är olyckligt och går även emot avsikten med införandet av

barntillägget i 5:6. Detta tillägg skulle *förtydliga* portalparagrafen och syftet var inte att 1:10 skulle *försvagas*. Föreliggande studie visar emellertid att de delar av barnets bästa som kommer till uttryck i 5:6 beaktas i större utsträckning än de delar av barnets bästa som återfinns i 1:10. Då detta inte är en jämförande studie mellan den tidigare och nuvarande asylprocessen, ger undersökningen inte svar på huruvida portalparagrafen har försvagats i och med barntillägget i 5:6. Undersökningen visar emellertid på att vissa delar av barnets bästa, nämligen *hälsotillstånd*, *anpassning till Sverige* och *situation i hemlandet*, ges en överordnad betydelse framför *utveckling* och *barnets bästa i övrigt*. Beträffande övriga delar av barnets bästa är det frågan om föräldraansvar och barnets behov av att leva tillsammans med föräldrarna som har uppmärksammats i domarna.

Hur domstolarna har beaktat de olika delarna av barnets bästa varierar. Intressant att belysa är att familjerna i ett antal ärenden har vistats illegalt i Sverige under en viss tid eller fördröjt handläggningen genom att undanhålla uppgifter. Beträffande detta poängterar domstolarna att den tid som ska ligga till grund för anpassningen till Sverige normalt är den legala vistelsetiden. I några av fallen har domstolen poängterat att det ibland ändå kan vara nödvändigt att ta hänsyn till hela vistelsetiden, speciellt i fall som rör barn. Det är emellertid endast i ett av dessa fall som domstolen fastiskt har tagit hänsyn till hela vistelsetiden. Familjen fick därmed uppehållstillstånd, på grund av anpassning till Sverige i kombination med hänsyn till barnets utveckling. I övriga tre fall där domstolarna poängterat att även illegal vistelsetid kan vara nödvändig att ta hänsyn till, eller att barnen inte ska läggas till last för att uppgifter undanhållits, har barnets/barnens anpassning till Sverige ändå minskat i betydelse. Alla dessa fall ledde till avslag på ansökan, vilket kan tyda på att migrationsdomstolarna genom att inte ta hänsyn till hela vistelsetiden hellre ’fäller än friar’.

Fallet ovan som gav bifall på familjens ansökan om uppehållstillstånd är intressant även ur en annan synvinkel. Ärendet ifråga visar nämligen på att en specifik del av barnets bästa kan beaktas av domstolen även om den inte tas upp av klagandena. Domstolen gör gällande att barnet befinner sig i en ålder då ”barnets utveckling innebär en frigörelse från föräldrarna och därmed en större känslighet för förändringar”.[162] Detta i kombination med barnets anpassning till Sverige gav bifall på ansökan. Domstolens beaktande av det enskilda barnets utveckling i detta fall tyder därmed på att migrationsdomstolarna har möjlighet att beakta även sådant som inte specifikt framkommer i yrkandena men som ändå är av relevans för att kunna göra en bedömning av barnets bästa utifrån ett öppet koncept.

[162] UM 1290-06 s. 5

Värt att notera är även hur domstolarna har förhållit sig, eller snarare *inte* förhållit sig, till 1:11 utlänningslagen om barnets rätt att höras. Av de undersökta domarna är det endast i ett enda fall som barnet kan sägas ha hörts. Det är märkligt och svårt att tro att det i alla de andra fallen skulle vara olämpligt att låta det enskilda barnet få uttrycka sin personliga åsikt om vad som är hennes/hans bästa. Frågan är också om domstolarna överhuvudtaget har tagit hänsyn till denna bestämmelse och gjort bedömningen av om det är lämpligt eller inte att barnen i dessa ärenden hörs?

Sammanfattningsvis kan sägas att de olika delarna av barnets bästa i många fall *nämns*. Dock *beaktas* de inte i lika stor utsträckning. *Hur* de beaktas varierar från upprepning av klagandenas yrkan till att använda negerande termer eller generella ordalag. I andra fall konstaterar domstolen endast att ett beaktande har gjorts – utan att tydliggöra *hur*. Såsom framgår av domskälen har en samlad bedömning av barnets bästa utifrån både 1:10 och 5:6 gjorts i endast två av de 24 undersökta domarna. Migrationsdomstolarna kan därmed inte sägas beakta barnets bästa som ett öppet koncept i någon större utsträckning. Dessutom framkommer inte i domarna att barnets egen åsikt om vad som är hennes/hans bästa har tagits hänsyn till.

Referenser

Lagtext

Utlänningslag (2005:716)

Lag (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar

Propositioner

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

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

Offentliga utredningar

SOU 2004:74 Utlänningslagstiftningen i ett domstolsperspektiv

Beslut från migrationsdomstolarna

Göteborg:

UM 219-06

UM 810-06

UM 1019-06

UM 250-06

UM 28-06

UM 120-06

UM 334-06

UM 892-06

Malmö:

UM 1008-06

UM 1224-06

UM 309-06

UM 1105-06

UM 1290-06

UM 187-06

UM 1503-06

UM 1484-06

Stockholm:

UM 47-06

UM 1742-06

UM 1471-06

UM 2604-06

UM 3848-06

UM 1425-06

UM 2697-06

UM 3101-06

Litteraturförteckning

Barnombudsmannen (2001) *Barnets bästa – från vision till verklighet* (Stockholm: Fritzes).

Esaiasson, Peter et. al. (2004), *Metodpraktikan: Konsten att studera samhälle, individ och marknad* (Stockholm: Nordstedts Juridik AB).

Frivilligorganisationernas fond för mänskliga rättigheter (2004), *Konventionssamling i mänskliga rättigheter och humanitär rätt* (Stockholm: Nordstedts Juridik).

Schiratzki, Johanna (2005a), *Barnets Bästa i ett mångkulturellt Sverige – en rättsvetenskaplig undersökning* (Uppsala: Iustus Förlag AB).

Schiratzki, Johanna (2006), *Barnrättens grunder* (Danmark: Studentlitteratur).

Schiratzki, Johanna (2005b) *Barnrättens grunder* (Lund: Studentlitteratur).

Wikrén, Gerhard & Sandesjö, Håkan (2006) *Utlänningslagen med kommentarer – åttonde upplagan* (Stockholm: Nordstedts Juridik).

Internetsidor

Nationalencyklopedin, URL = <www.ne.se>, sökning på *portalparagraf* (2007-02-22).

Övrigt

Telefonsamtal med Fredrik Johansson, föredragande vid Länsrätten i Göteborg, 10 april 2007.

E-postkorrespondens med Fredrik Johansson, föredragande vid Länsrätten i Göteborg, 10 april 2007.