

Målnummer: UM3787-16**Avdelning:** 1**Avgörandedatum:** 2017-06-21

Rubrik: En asylsökande som tjänstgjort som läkare inom sitt lands säkerhetstjänst har ansetts ha ett sådant individuellt ansvar för de brott mot mänskligheten som begåtts där att han är utesluten från internationellt skydd. Handlingarna har också ansetts utgöra ett sådant hot mot allmän ordning och säkerhet i Sverige att uppehållstillstånd inte kan beviljas på grund av anknytning.

Lagrum:

- 1 kap. 10 §, 4 kap. 1 §, 2 b § och 3 §, 5 kap. 3 § första stycket 5, 6 §, 11 § och 17 a § första stycket 3 och tredje stycket, 8 kap. 15 § samt 12 kap. 1 § utlänningslagen (2005:716)
- Skäl 14, artikel 6.1 och artikel 17 i rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening
- Artikel 2 d, artikel 2 j, artikel 12, artikel 13, artikel 21 och artikel 23 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet (omarbetning)
- Artikel 1 F i 1951 års konvention angående flyktingars rättsliga ställning (Genèvekonventionen)
- Artikel 7.1 och artikel 7.2 i stadgan för Internationella brottmålsdomstolen

Rättsfall:

- EU-domstolens avgörande den 4 december 1974 i mål 41/74, Van Duyn
- EU-domstolens avgörande den 26 februari 1975 i mål 67/74, Bonsignore
- EU-domstolens avgörande den 9 november 2010 i de förenade målen C-57/09 och C-101/09, B och D
- EU-domstolens avgörande den 23 november 2010 i mål C-145/09, Tsakouridis
- EU-domstolens avgörande den 22 maj 2012 i mål C-348/09, P.I.
- EU-domstolens avgörande den 4 oktober 2012 i mål C-249/11, Byankov
- EU-domstolens avgörande den 24 juni 2015 i mål C-373/13, H.T.
- Internationella krigsförbrytartribunalen för f.d. Jugoslavien, första kammarens dom den 10 december 1998 i målet Furundzija, IT-95-17/1-T
- Internationella krigsförbrytartribunalen för f.d. Jugoslavien, överklagandekammarens dom den 15 juli 1999 i målet Tadic, IT-94-1-A
- MIG 2007:10
- MIG 2007:49
- MIG 2008:46
- MIG 2009:21
- MIG 2011:24
- MIG 2012:14

REFERAT

OA ansökte i augusti 2014 om asyl i Sverige tillsammans med sin son. Som asylskäl åberopade han i huvudsak följande. Han har arbetat som läkare för den syriska säkerhetstjänsten sedan 2006. Hans patienter tillhörde militären och deras familjer. Han behandlade även personer som frihetsberövats av

säkerhetstjänsten. Han lämnade sitt arbete i Aleppo 2012 till följd av den förändrade säkerhetssituationen och bosatte sig i Idlib. Han har därefter inte vistats i regimkontrollerat område. Vid ett återvändande riskerar han att straffas eftersom han olovligen har lämnat sin tjänst.

Migrationsverket beslutade i november 2015 att avslå OA:s ansökan och utvisa honom ur Sverige. Verket beslutade samtidigt att bevilja honom ett tidsbegränsat uppehålls- och arbetstillstånd enligt 5 kap. 11 § utlänningslagen (2005:716) under ett år från och med den 12 november 2015 på grund av hinder mot verkställigheten som inte bedömdes vara bestående. Som skäl för beslutet anförde verket bl.a. följande. OA har gjort sannolikt att han avvikit från sin statliga tjänst utan tillåtelse. Det har även gjorts sannolikt att han av syriska staten riskerar att tillskrivas en politisk uppfattning och att han därigenom riskerar förföljelse. Det finns inget myndighetsskydd att tillgå för honom och han kan inte heller undgå förföljelsen genom att bosätta sig i en annan del av landet. Den syriska säkerhetstjänstens och sjukvårdspersonalens agerande på militärsjukhus utgör brott mot mänskligheten. OA har vid ett mycket stort antal tillfällen under en ansevärd tid befunnit sig i säkerhetstjänstens lokaler och vårdat tortyrskadade. Arbetet har inte utövats genom tvång. Det finns därmed synnerlig anledning att anta att han deltagit i förövande av brott mot mänskligheten och han har ett individuellt ansvar i egenskap av läkare anställd av syriska säkerhetstjänsten. Han ska därför uteslutas från att anses som flykting. Han ska av samma skäl uteslutas från att anses som alternativt skyddsbehövande. Några skäl för att anses som övrig skyddsbehövande har inte anförts. OA:s son har beviljats permanent uppehållstillstånd i Sverige som flykting. Vid en prövning enligt 5 kap. 3 a § utlänningslagen ska särskilt beaktas om den sökande gjort sig skyldig till brottslighet enligt 5 kap. 17 § samma lag. OA kan därför inte beviljas uppehållstillstånd på anknytning till sin son. Omständigheterna är inte att betrakta som synnerligen ömmande.

OA överklagade Migrationsverkets beslut och yrkade att han skulle beviljas permanent uppehållstillstånd samt flyktingstatus och resedokument.

Migrationsverket ansåg att överklagandet skulle avslås.

Förvaltningsrätten i Göteborg, migrationsdomstolen (2016-04-20, ordförande Mellstrand samt tre nämndemän), avvisade yrkandet om permanent uppehållstillstånd och avlog överklagandet i övrigt. Domstolen yttrade bl.a. följande. OA uppfyller kriterierna för att anses som flykting. Även om han inte har deltagit i själva tortyren måste han rimligen ha insett att det åtminstone i vissa fall förhöll sig så att säkerhetstjänsten hade ett intresse av att fångar vårdades i syfte att hålla dem vid liv för att tortyren därefter skulle kunna fortsätta och för att få fram information. Han har därför ett individuellt ansvar och det finns därmed synnerlig anledning att anta att han deltagit i förövande av brott mot mänskligheten. Det finns alltså skäl för att utesluta honom från att vara flykting och han kan därför inte beviljas flyktingstatusförklaring eller resedokument. Även om han uppfyller kraven för att betraktas som alternativt skyddsbehövande eller övrig skyddsbehövande ska han av samma skäl uteslutas från sådant skydd. OA uppfyller rekvisiten i 5 kap. 3 § första stycket 5 utlänningslagen för att beviljas uppehållstillstånd på grund av anknytning. Det har inte gjorts sannolikt att han utgör ett hot mot allmän ordning och säkerhet i Sverige. Någon möjlighet att utesluta någon från att beviljas uppehållstillstånd på grund av anknytning då de begått brott mot mänskligheten har uttryckligen inte införts i utlänningslagen. Frågan har inte heller berörts av lagstiftaren. Av det omarbetade skyddsgrundsdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet [omarbetning]) framgår dock att rätt till familjesammanhållning begränsas för den som är undantagen internationellt skydd. Ändamålet vid införandet av 5 kap. 3 § första stycket 5 utlänningslagen

kan inte ha varit att en person som undantas från att vara skyddsbehövande då denne begått brott mot mänskligheten ska beviljas uppehållstillstånd som anhörig. Upphållstillstånd kan därför inte beviljas med stöd av den bestämmelsen. Anknytningen till svenska förhållanden genom sonen utgör inte tillräckliga skäl för att tillämpa bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter.

OA överklagade domen och yrkade att Migrationsöverdomstolen, med ändring av migrationsdomstolens dom, i första hand skulle bevilja honom flyktingstatus och resedokument, i andra hand uppehållstillstånd på grund av anknytning till sin son i Sverige och i sista hand permanent uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Till stöd för sin talan vidhöll han vad han tidigare anfört hos Migrationsverket och migrationsdomstolen och tillade bl.a. följande. Han har lämnat en detaljerad, trovärdig och alltigenom tillförlitlig redogörelse. Han ska tillmätas tvivelsmålets fördel. Att han berättat om uppgifter som uppenbarligen varit till hans nackdel måste anses stärka hans trovärdighet ytterligare. Sammantaget finns det inte synnerlig anledning att anta att han ska ha deltagit i brott mot mänskligheten. Han ska därmed inte undantas från att vara flykting. Det saknas lagstöd för att inte bevilja honom uppehållstillstånd på grund av anknytning. Upphållstillstånd kan endast vägras om han vid en framåtsyftande bedömning utgör ett hot mot allmän ordning och säkerhet i Sverige. Migrationsdomstolen anger i domen att han inte utgör något sådant hot. Att hans son befinner sig i Sverige med uppehållstillstånd samt att han är den ende föräldern som finns här utgör sådana synnerligen ömmande omständigheter som avses i 5 kap. 6 § utlänningslagen.

Migrationsverket bestred bifall till överklagandet.

Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen (2017-06-21, Linder, Eriksson, referent och Hjulström), yttrade:

1. Vad målet gäller

I målet aktualiseras för det första frågan om OA är flykting och om så är fallet, om han kan anses vara utesluten från flyktingskap. Om grund för uteslutning finns måste Migrationsöverdomstolen också ta ställning till ett antal andra frågor. Eftersom det tidsbegränsade uppehållstillstånd som OA beviljades av Migrationsverket numera har löpt ut får Migrationsöverdomstolen också pröva om han kan beviljas uppehållstillstånd på någon annan grund eller om han är utesluten även från dessa.

2. Flyktingskap och uteslutande grunder

2.1 Nationell lagstiftning m.m.

Med flykting avses bl.a. en utlänning som befinner sig utanför det land som utlänningen är medborgare i, därför att han eller hon känner välgrundad fruktan för förföljelse på grund av ras, nationalitet, religiös eller politisk uppfattning eller på grund av kön, sexuell läggning eller annan tillhörighet till en viss samhällsgrupp, och inte kan, eller på grund av sin fruktan inte vill, begagna sig av detta lands skydd (4 kap. 1 § första stycket utlänningslagen).

En utlänning är utesluten från att anses som flykting om det finns synnerlig anledning att anta att han eller hon har gjort sig skyldig till bl.a. brott mot freden, krigsförbrytelse eller brott mot mänskligheten, såsom dessa definieras i de internationella instrument som har upprättats för att beivra sådana brott. Detta gäller även en utlänning som har anstiftat eller på annat sätt deltagit i förövandet av de brott eller gärningar som där nämns (4 kap. 2 b § utlänningslagen).

En utlänning, som med åberopande av skyddsskäl ansökt om uppehållstillstånd, ska förklaras vara flykting (flyktingstatusförklaring) om han eller hon omfattas av flyktingdefinitionen i 4 kap. 1 § utlänningslagen och inte är utesluten från att anses som flykting enligt 4 kap. 2 b § samma lag (4 kap. 3 § första stycket

utlänningslagen).

I samband med genomförandet i svensk rätt av det första skyddsgrundsdirektivet (rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet) uttalades att kriterierna för vilka som omfattas av begreppet flykting måste vara desamma i samtliga medlemsstater och att bestämmelserna i artikel 12 skyddsgrundsdirektivet måste innebära att medlemsstaterna inte får ge internationellt skydd till dem som omfattas av undantagen (prop. 2009/10:31 s. 97).

I samma förarbeten (prop. 2009/10:31 s. 105 f. och 261) anføres beträffande bestämmelsen om uteslutning från att vara flykting bl.a. följande. Bestämmelsen motsvarar artikel 12.2 i skyddsgrundsdirektivet, som i sin tur motsvaras av artikel 1 F i Genèvekonventionen, och avser bl.a. uteslutning från flyktingskap av den som har gjort sig skyldig till brott mot freden, krigsförbrytelse eller brott mot mänskligheten, såsom dessa definieras i de internationella instrument som har upprättats för att beivra sådana brott. Med tanke på de allvarliga konsekvenser som kan följa av att en asylsökande utesluts från att vara flykting måste bestämmelsen tolkas restriktivt. Det ska föreligga en faktisk omständighet som påtagligt visar att man med fog kan anta att utlänningsen har begått någon av gärningarna. Ledning för tolkning av bestämmelsen kan hämtas från FN:s flyktingkommisaries handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning punkterna 147-163 (härefter UNHCR:s handbok) och UNHCR:s riktlinjer om uteslutning från flyktingskap (Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1 F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/03/05, 4 september 2003; härefter UNHCR:s riktlinjer).

2.2 Genèvekonventionen

Artikel 1 F i 1951 års konvention angående flyktingars rättsliga ställning (Genèvekonventionen) har följande lydelse.

Stadgandena i denna konvention äga icke tillämpning på den beträffande vilken föreligga allvarliga skäl antaga, att han

- a) förövat brott mot freden, krigsförbrytelse eller brott mot mänskligheten, sådana dessa brott blivit definierade i de internationella överenskommelser, som tillkommit för att meddela bestämmelser angående sådana brott; eller
- b) förövat grovt icke-politiskt brott utanför tillflyktslandet, innan han erhöll tillträde till detsamma såsom flykting; eller
- c) gjort sig skyldig till gärningar, stridande mot Förenta Nationernas syften och grundsatser.

2.3 EU-rättsliga bestämmelser m.m.

Det första skyddsgrundsdirektivet har ersatts av det omarbetade skyddsgrundsdirektivet. Regleringen avviker i aktuellt hänseende inte från det första skyddsgrundsdirektivet och har inte föranlett någon ändring eller komplettering i 4 kap. 1 § eller 4 kap. 2 b § utlänningslagen som har betydelse i målet.

Med flykting avses enligt artikel 2 d i det omarbetade skyddsgrundsdirektivet en tredjelandsmedborgare eller en statslös person som omfattas av flyktingdefinitionen i artikeln och som inte omfattas av artikel 12.

Enligt artikel 12.2 i det omarbetade skyddsgrundsdirektivet kan en tredjelandsmedborgare eller en statslös person inte anses som flykting om det

finns synnerliga skäl för att anta att

a) han eller hon har förövat ett brott mot freden, en krigsförbrytelse eller ett brott mot mänskligheten, såsom dessa definieras i de internationella instrument som har upprättats för att beivra sådana brott,

b) han eller hon har förövat ett grovt icke-politiskt brott utanför tillflyktslandet innan vederbörande fick tillträde till det landet som flykting, vilket innebär den tidpunkt då uppehållstillstånd utfärdades på grundval av beviljad flyktingstatus; särskilt grymma handlingar, även om de begåtts i förment politiskt syfte, får betecknas som allvarliga icke-politiska brott,

c) han eller hon har gjort sig skyldig till gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser enligt inledningen och artiklarna 1 och 2 i Förenta nationernas stadga. Detta gäller enligt artikel 12.3 även personer som anstiftar eller på annat sätt deltar i förövandet av de brott eller gärningar som nämns i artikel 12.2.

En förutsättning för att bevilja en tredjelandsmedborgare eller statslös person flyktingstatus enligt det omarbetade skyddsgrundsdirektivet är att han eller hon kan betraktas som flykting enligt bestämmelserna i direktivet (artikel 13).

EU-domstolen har angående prövningen av uteslutandegrunderna i artikel 12.2 b och artikel 12.2 c uttalat att bestämmelserna om uteslutande endast kan tillämpas efter att den behöriga myndigheten i varje enskilt fall har gjort en prövning av de exakta omständigheter som myndigheten har kännedom om i syfte att fastställa huruvida det föreligger synnerliga skäl för att anta att de handlingar som begåtts av den berörda personen, som för övrigt uppfyller kraven för att beviljas flyktingstatus, omfattas av uteslutandegrunderna. För att kunna fastställa att det föreligger skäl till undantag enligt artikel 12.2 b och c i direktivet är det nödvändigt att den berörda personen, med beaktande av de beviskrav som uppställs i nämnda artikel 12.2, kan göras delvis ansvarig för de handlingar som den aktuella organisationen har begått under den period då vederbörande var medlem. Detta individuella ansvar ska bedömas i enlighet med såväl objektiva som subjektiva kriterier. Ett beslut att inte bevilja flyktingstatus med tillämpning av artikel 12.2 b eller c i direktivet förutsätter inte att den berörda personen utgör en befintlig fara för den mottagande medlemsstaten. Inte heller krävs det någon proportionalitetsprövning i det enskilda fallet för att anta ett beslut att inte bevilja flyktingstatus med tillämpning av artikel 12.2 b eller c i direktivet (se EU-domstolens dom den 9 november 2010 i de förenade målen C-57/09 och C-101/09, punkterna 87, 95-98, 105 och 111).

2.4 Särskilt om beviskravet

Migrationsöverdomstolen har uttalat att det finns fog för att anse att det beviskrav som finns intaget i 4 kap. 2 b § utlänningslagen står i överensstämmelse med det beviskrav som uppställs i Genèvekonventionen och i skyddsgrundsdirektivet (se MIG 2011:24 och MIG 2012:14).

För att beviskravet "synnerlig anledning att anta" ska vara uppfyllt är det inte nödvändigt att den sökande är dömd för brottet, inte heller behöver bevisningen motsvara vad som krävs i ett brottmål. Det är dock viktigt att beviskravet ställs tillräckligt högt med tanke på det övergripande syftet med Genèvekonventionen (och motsvarande unionsrättsliga och nationella bestämmelser), nämligen att tillförsäkra internationellt skydd åt dem som är utsatta för förföljelse. Erkännanden och vittnesmål som är att anse som tillförlitliga kan exempelvis vara tillräcklig bevisning för att grund för uteslutning föreligger (jfr UNHCR:s riktlinjer punkt 35 och MIG 2012:14).

Bevisbördan vilar på staten (jfr UNHCR:s riktlinjer punkt 34 och MIG 2012:14). Dessutom bör regeln om tvivelsmålets fördel ("benefit of the doubt") tillämpas också när det gäller att bedöma om en person är utesluten från flyktingskap (jfr UNHCR:s riktlinjer punkt 34). En förutsättning för att den asylsökande ska

kunna få förmånen av denna bevislätnadsregel är emellertid att han eller hon gjort ett ärligt försök att styrka sin berättelse och att hans eller hennes allmänna trovärdighet inte ifrågasätts (se UNHCR:s handbok punkterna 203 och 204).

2.5 Särskilt om brott mot mänskligheten

Migrationsöverdomstolen har tidigare uttalat att prövningen av om det är fråga om ett sådant brott mot mänskligheten som avses i 4 kap. 2 b § första stycket 1 utlänningslagen lämpligen bör göras mot bakgrund av den senaste överenskomna definitionen av brottet, dvs. artikel 7 i stadgan för Internationella brottmålsdomstolen, fortsättningsvis Romstadgan, (jfr MIG 2011:24 och MIG 2012:14). Denna reglering har även legat till grund för bestämmelsen i 2 § lagen (2014:406) om straff för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser (se prop. 2013/14:146 s. 242 f.).

Enligt artikel 7.1 i Romstadgan avses med brott mot mänskligheten bl.a. tortyr när gärningarna begås som en del av ett vidsträckt eller systematiskt angrepp riktat mot civilbefolkning med insikt om angreppet. I artikel 7.2 a anges att med angrepp riktat mot civilbefolkningen avses ett beteende som består i upprepat förövande av gärningar som avses i punkt 1 mot civilbefolkningen för att främja en stats eller organisations politik att genomföra ett sådant angrepp. Med tortyr avses enligt artikel 7.2 e uppsåtligt tillfogande av allvarig smärta eller svårt fysiskt eller psykiskt lidande för någon som befinner sig i den tilltalades förvar eller står under hans eller hennes kontroll; tortyr innefattar inte smärta eller lidande som uppkommer enbart genom eller är förknippande med lagenliga sanktioner.

2.6 Migrationsöverdomstolens bedömning

Migrationsöverdomstolen har först att ta ställning till om OA är att betrakta som flykting och om så är fallet, om han kan anses vara utesluten från flyktingskap.

Migrationsöverdomstolen anser att OA har gjort sannolikt att han arbetat som läkare vid den syriska säkerhetstjänsten och att han lämnat sin tjänst utan tillåtelse. Han riskerar genom detta agerande att av den syriska regimen tillskrivas en politisk uppfattning för vilken han riskerar förföljelse.

Migrationsöverdomstolen konstaterar, i likhet med migrationsdomstolen, att det i målet inte framkommit annat än att OA, genom att lämna sitt arbete och därefter vistats på rebellkontrollerat område, har hållit sig undan regimen. Att han åkt fram och tillbaka över gränsen till Turkiet vid ett flertal tillfällen för att hämta mat och medicin ändrar inte detta förhållande. Migrationsöverdomstolen anser att det inte framkommit annat än att OA har hållit sig undan den syriska regimen på grund av att han kände en välgrundad fruktan för att utsättas för förföljelse i den mening som avses i 4 kap. 1 § utlänningslagen. Han kan inte påräkna något skydd vid ett återvändande till hemlandet. Något rimligt och relevant internflyktsalternativ finns inte. Han uppfyller därför förutsättningarna för att beviljas skydd enligt 4 kap. 1 § utlänningslagen.

Nästa fråga är om OA ska anses utesluten som flykting på grund av att han på det sätt som avses i 4 kap. 2 b § andra stycket utlänningslagen har anstiftat eller på annat sätt deltagit i förövandet av brott mot mänskligheten. Av grundläggande betydelse för denna fråga är om säkerhetstjänsten under den tid han arbetade där, dvs. från år 2006 till år 2012, begick brott mot mänskligheten.

Av den i målet tillgängliga landinformationen framgår bl.a. följande. Militärsjukhus har pekats ut som platser där omfattande och allvarliga övergrepp sker, i nära samarbete mellan sjukhusens personal och säkerhetstjänsterna. Det förekommer omfattande rapportering om övergrepp i militärsjukhusen i exempelvis Aleppo. I militärsjukhusen tar man emot personer som hålls frihetsberövade av någon av säkerhetstjänsterna. Många intagna förs fram och tillbaka mellan militärsjukhusens och

säkerhetstjänsternas häkten och behandlas våldsamt på båda ställena. Den tortyr som sker i militärsjukhusen uppges vara grov och tycks utföras i samarbete mellan säkerhetstjänst och sjukvårdspersonal. Det förekommer även rapporter om att sjukvårdspersonal stationerad i syriska häkten och fängelser faciliterar eller deltar i övergrepp. (Lifos Temarapport, Sjukvårdspersonal i Syrien, 2015 s. 12 f.)

Den syriska regimen använder sig av brutala och repressiva metoder i sin behandling av politiska motståndare. Sedan mars 2011 har nivån av dödligt våld ökat stadigt (Home Office Operational Guidance Note Syria, 2014 s. 28). Amnesty International har vid upprepade tillfällen uttryckt sin oro över den utbredda användningen av tortyr i Syrien. Sedan oroligheterna började har situationen förvärrats som ett resultat av tusentals arresteringar och överfulla häkten (Amnesty International, Health Crisis – Syrian government targets the wounded and health workers, 2011 s. 23).

Mot bakgrund av landinformationen anser Migrationsöverdomstolen att det står klart att den syriska säkerhetstjänsten, såväl innan som efter att den nu pågående konflikten brutit ut, har begått sådana brott mot mänskligheten som avses i 4 kap. 2 b § första stycket 1 utlänningslagen. Frågan är då om OA kan åläggas ett individuellt ansvar för att ha anstiftat eller på annat sätt deltagit i denna brottslighet.

Av UNHCR:s riktlinjer (punkt 18) framgår att ett individuellt ansvar i allmänhet härleds ur det förhållandet att personen har utfört den kriminella handlingen eller i väsentlig mån medverkat till att den utförts, i medvetande om att hans eller hennes handling eller underlåtenhet kommer att underlätta det brottsliga handlandet. Individiden måste inte fysiskt ha begått den kriminella handlingen i fråga. Att anstifta, medverka eller delta i en gemensam kriminell verksamhet kan vara tillräckligt. Vidare framgår att den omständigheten att en person varit en högre medlem av en repressiv statsmakt eller medlem i en organisation som är inblandad i olagliga våldsamheter inte i sig innebär att denne har ett individuellt ansvar för uteslutningsgrundande handlingar (punkt 19). En presumtion för ansvar kan dock uppstå när personen förblir medlem av en statsmakt som helt klart är engagerad i aktiviteter som faller in under tillämpningsområdet för artikel 1 F i Genèvekonventionen. I denna bedömning ska även inbegripas gruppens faktiska aktiviteter, dess organisatoriska struktur, individens position inom gruppen och hans eller hennes förmåga att i betydande utsträckning påverka gruppens aktiviteter liksom möjligheten till splittring av gruppen.

Inom internationell straffrätt anses anstiftan och medverkan till ett visst brott bestå av att lämna praktisk assistans, uppmuntran eller moraliskt stöd till utförandet av brottet. Vidare krävs vetskap om att dessa handlingar bidrar till eller underlättar utförandet. Även om det måste föreligga ett samband mellan en persons inblandning och utförandet av brottet är det inte nödvändigt att konstatera att brottet inte skulle ha ägt rum utan personens inblandning (jfr dom i första kammaren i Internationella krigsförbrytartribunalen för f.d. Jugoslavien av den 10 december 1998 i målet Furundzija, IT-95-17/1-T, punkt 209 och 249 och dom i överklagandekammaren i Internationella krigsförbrytartribunalen för f.d. Jugoslavien av den 15 juli 1999 i målet Tadic, IT-94-1-A, punkt 199). Anstiftan och medverkan förutsätter inte att en person delar förövarens uppsåt. Det är tillräckligt att han eller hon är medveten om brottets huvudsakliga beståndsdelar (se European Asylum Support Office, EASO, Exclusion: Articles 12 and 17 Qualification Directive [2011/95/EU] – A Judicial Analysis, 2016 s. 31 f.).

EU-domstolens uttalanden i ovan nämnda avgörande C-57/09 och C-101/09 rör visserligen tolkningen av artikel 12.2 b och c i det första skyddsgrundsdirektivet. Migrationsöverdomstolen har i avgörandet MIG 2011:24 ansett att dessa uttalanden även har bäring på bedömningen av om någon av uteslutandegrunderna i artikel 12.2 a i det första skyddsgrundsdirektivet är för handen. Eftersom bestämmelserna i det första

skyddsgrundsdirektivet i de delar som nu är aktuella i princip är likalydande med bestämmelserna i det omarbetade skyddsgrundsdirektivet anser Migrationsöverdomstolen att det inte finns anledning att nu göra en annan bedömning. Av EU-domstolens avgörande framgår att av betydelse vid bedömning om den berörda personen kan anses delvis ansvarig för de handlingar som en viss organisation begått ska behörig myndighet undersöka den roll som den berörda personen faktiskt har haft vid utförandet av de ifrågavarande handlingarna, dennes ställning i organisationen, den grad av kännedom som denne hade eller borde ha haft rörande organisationens verksamhet, de eventuella påtryckningar som denne varit utsatt för eller andra faktorer som kan ha påverkat dennes beteende. Om en myndighet efter en sådan undersökning konstaterar att den berörda personen haft en framträdande position i en organisation som tillämpar terroristmetoder, kan myndigheten förutsätta att denna person har ett individuellt ansvar för handlingar som organisationen begått under den relevanta perioden, men den måste fortfarande pröva samtliga relevanta omständigheter innan den kan anta ett beslut att inte bevilja vederbörande flyktingstatus i enlighet med artikel 12.2 b eller c i direktivet. (Se punkterna 95-98 i domen.)

Det är i målet ostridigt att OA arbetat som läkare för den syrisk säkerhetstjänsten under ca sex år och att han bl.a. behandlat tortyrskadade. Vidare framgår av utredningen att han sökte tjänsten frivilligt och att han hade möjlighet att lämna den. OA:s befattning har visserligen inte inneburit att han skulle haft ett bestämmande inflytande över de handlingar som den syrisk säkerhetstjänsten gjort sig skyldig till. Migrationsöverdomstolen anser emellertid mot bakgrund av den tid som han arbetat för säkerhetstjänsten, att han arbetat frivilligt samt vad som framkommit om de arbetsuppgifter han haft att det kan presumeras att han har ett individuellt ansvar för brott som begåtts av den syrisk säkerhetstjänsten under den tid han var anställd där.

Migrationsöverdomstolen anser de uppgifter som OA lämnat under utredningen hos Migrationsverket ska läggas till grund för bedömningen av hans ansvar för de handlingar som den syrisk säkerhetstjänsten utfört.

OA har uppgett att han endast vårdat tortyrskadade och att han inte deltagit i tortyr. Han har under asylutredningen hos Migrationsverket uppgett att det förekom tortyr men att han inte själv bevittnat det. Däremot har han hört att fångar torterades och sett platsen där det skedde. Han har även gett exempel på tortyrmetoder som användes. Under utredningen har han uppgett att han inte visste att tortyr förekom när han sökte tjänsten. Samtidigt har han sagt att alla visste vad säkerhetstjänsten sysslade med.

Även om OA uppgett att han först när han påbörjade sitt arbete blev medveten om tortyren framgår av utredningen att han haft kännedom om säkerhetstjänstens verksamhet. Mot bakgrund av vad som framkommit i utredningen och med hänsyn till de arbetsuppgifter som OA haft, står det enligt Migrationsöverdomstolen klart att OA hade kännedom om de övergrepp som den syrisk säkerhetstjänsten gjort sig skyldig till och att han rimligen måste ha insett att det fanns ett intresse av att hålla fångarna vid liv för att kunna fortsätta tortyren. Som angetts ovan har han sökt tjänsten och arbetat som läkare för säkerhetstjänsten frivilligt och inte varit utsatt för tvång. Hans handlande får antas ha medfört att de personer han behandlat har riskerat att utsättas för fortsatt tortyr eller andra former av övergrepp. Mot denna bakgrund anser Migrationsöverdomstolen att presumtionen för att han ska anses ha ett individuellt ansvar för brott mot mänskligheten inte har brutits. Det finns därför synnerlig anledning att anta att han deltagit i förövandet av brott mot mänskligheten i den mening som avses i 4 kap. 2 b § andra stycket utlänningslagen. Att tortyren skulle ha ägt rum även utan hans inblandning förtar inte OA:s ansvar för de aktuella handlingarna. Han ska följaktligen vara utesluten från att anses som flykting. Han kan därför inte beviljas flyktingstatusförklaring och resedokument.

Migrationsöverdomstolen anser vidare att även om OA får anses uppfylla

förutsättningarna för att betraktas som alternativt eller övrig skyddsbehövande ska han av samma skäl som medför att han är utesluten från att vara flykting även vara utesluten från att beviljas skydd som alternativt eller övrig skyddsbehövande. Han kan därför inte beviljas uppehållstillstånd med stöd av 4 kap. 2 § eller 2 a § utlänningslagen.

3. Anknytning

3.1 Förutsättningar för uppehållstillstånd på grund av anknytning

Av utredningen i målet framgår att OA:s son har beviljats uppehållstillstånd i Sverige som flykting. Frågan är därmed om han kan beviljas uppehållstillstånd på grund av anknytning till sonen.

Enligt 5 kap. 3 § första stycket 5 utlänningslagen ska, om inte annat följer av 17-17 b §§, uppehållstillstånd ges till en utlänning som är förälder till ett ogift utländskt barn som är flykting eller annan skyddsbehövande, eller en annan vuxen person som får anses ha trätt i föräldrarnas ställe, om utlänningen befinner sig i Sverige och beslutet om hans eller hennes asylansökan fattas i samband med beslutet om barnets asylansökan.

Med familjemedlem avses enligt artikel 2 j i det omarbetade skyddsgrundsdirektivet bl.a. fadern, modern eller någon annan vuxen som ansvarar för den person som beviljats internationellt skydd enligt lag eller praxis i den berörda medlemsstaten om den som beviljats internationellt skydd är underårig och ogift.

För att uppfylla det omarbetade skyddsgrundsdirektivet måste det införas en bestämmelse som ger föräldrar till ett ogift barn som är flykting eller alternativt skyddsbehövande rätt till uppehållstillstånd, i syfte att hålla samman familjen. Rätten till uppehållstillstånd ska dock inte gälla en utlänning som utgör hot mot allmän ordning och säkerhet. Syftet med den rätt till uppehållstillstånd som det omarbetade skyddsgrundsdirektivet föreskriver för en förälder eller en annan vuxen person som får anses ha trätt i föräldrarnas ställe, är familjesammanhållning och inte familjeåterförening. (Se prop. 2013/14:248 s. 47.)

3.2 Hot mot allmän ordning och säkerhet

Av 5 kap. 17 a § första stycket 3 utlänningslagen framgår att uppehållstillstånd får vägras i sådana fall som avses i 3 § samma kapitel om utlänningen utgör hot mot allmän ordning och säkerhet. Enligt tredje stycket samma bestämmelse ska vid bedömningen av om uppehållstillstånd bör vägras hänsyn tas till utlänningens övriga levnadsomständigheter och familjeförhållanden.

Av förarbetena till nämnda bestämmelse (prop. 2005/06:72 s. 36 och 42) framgår bl.a. följande. Införandet av en uttrycklig rätt för kärnfamiljen att få uppehållstillstånd för familjeåterförening innebär att de situationer där uppehållstillstånd får vägras trots att det rör sig om medlemmar i kärnfamiljen måste anges särskilt i lagen. Vidare framgår att EU-domstolen uttalat att begreppet allmän ordning och säkerhet inte får definieras nationellt utan ska ges en unionsrättslig innebörd (mål 41/74 Van Duyn mot Home Office, REG 1974, s. 1337; svensk specialutgåva, volym 2). I senare rättspraxis har kraven höjts för när allmän ordning kan åberopas gentemot enskilda. Eventuella inskränkningar måste vara proportionerliga och, ytterst, nödvändiga för att värna det demokratiska samhällets intressen. I Rutili mot Ministre de l'Interieur (mål 36/75, REG 1975, s. 1219; svensk specialutgåva, volym 2) angavs att inskränkningar endast kunde medges om personerna ifråga utgjorde "ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot mot den allmänna ordningen". I Bouchereau (mål 30/77, REG 1977, s. 1999; svensk specialutgåva, volym 3) uttalade domstolen att inskränkningar baserade på omsorgen om den allmänna ordningen förutsatte att det, utöver den störning av ordningen i samhället som varje lagöverträdelse innebär, också föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen.

Domstolen har i senare rättsfall återupprepat kraven.

Bestämmelsen i 5 kap. 17 a § första stycket 3 utlänningslagen genomförde artikel 6.1 i familjeåterförordningsdirektivet (rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförordning). Enligt nämnda artikel får medlemsstaterna avslå en ansökan om inresa och vistelse för en familjemedlem av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa. Av direktivet framgår bl.a. att om en ansökan om familjeåterförordning avslås, eller om det beslutats att referenspersonen eller dennes familjemedlemmar ska utvisas, ska medlemsstaterna ta vederbörlig hänsyn till arten och stabiliteten av den berörda personens familjeband och varaktigheten av vistelsen i medlemsstaten samt förekomsten av familjemässig, kulturell eller social anknytning till ursprungslandet (artikel 17). Enligt direktivet får familjeåterförordning vägras på vederbörligen motiverade grunder. I synnerhet bör den person som önskar åtnjuta familjeåterförordning inte utgöra ett hot mot allmän ordning och säkerhet. Begreppet allmän ordning får inbegripa fällande dom för allvarligt brott. Det bör i detta sammanhang noteras att begreppet allmän ordning och säkerhet även omfattar fall då en tredjelandsmedborgare tillhör en sammanslutning som stöder internationell terrorism, stöder en sådan sammanslutning eller har extremistiska sympatier (skäl 14 i ingressen).

EU-domstolen har vid upprepade tillfällen uttalat sig om begreppen "allmän säkerhet" och "allmän ordning" i rörlighetsdirektivet (rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier m.m.). Beträffande förhållandet mellan rörlighetsdirektivet och det första skyddsgrundsdirektivet har domstolen slagit fast att även om direktiven eftersträvar olika mål och även om medlemsstaterna i princip är fria utifrån nationella behov, vilka kan variera från en medlemsstat till en annan och från en tidsperiod till en annan, att bestämma vad hänsyn till allmän ordning och allmän säkerhet kräver får omfattningen av det skydd som en stat avser att ge sina grundläggande intressen inte variera beroende på den rättsliga ställningen hos den person som skadar dessa intressen (se EU-domstolens dom den 24 juni 2015, H.T., mål C 373/13, punkt 77).

EU-domstolen har vidare uttalat att begreppet "allmän ordning" i rörlighetsdirektivet förutsätter att det utöver den störning av ordningen i samhället som varje lagöverträdelse innebär föreligger ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse (se dom den 4 oktober 2012, Byankov, mål C-249/11, punkt 40). Domstolen har vidare slagit fast att begreppet "allmän säkerhet" i den mening som avses i rörlighetsdirektivet omfattar både en medlemsstats inre och yttre säkerhet (se dom den 23 november 2010, Tsakouridis, mål C-145/09, punkt 43). Beslut om utvisning av en unionsmedborgare får endast fattas om den berörda personens personliga beteende utgör ett verkligt och faktiskt hot mot ett grundläggande samhällsintresse eller ett grundläggande intresse för den berörda medlemsstaten, vilket i allmänhet innebär ett krav på att det finns en benägenhet hos den berörda personen att uppföra sig på samma sätt även i framtiden (se dom den 22 maj 2012, P.I., mål C-348/09, punkt 30). Enbart tillhörighet till viss rörelse eller organisation som har upphört är i allmänhet inte skäl att neka en person rätten att fritt röra sig inom gemenskapen men att pågående tillhörighet som ger uttryck för ett deltagande i en rörelse eller organisations verksamhet och godtagande av dess mål och avsikter kan anses utgöra en frivillig handling från den berörda personens sida och därmed en del av dennes uppförande (se dom den 4 december 1974, mål Van Duyn, 41/74, punkt 17). Inskränkningar i principen om fri rörlighet får inte göras av allmänpreventiva skäl (se dom den 26 februari 1975, Bonsignore, mål 67/74, punkt 7).

I MIG 2009:21 ansåg Migrationsöverdomstolen att en person som dömts för grovt narkotikabrott var att betrakta som ett hot mot allmän ordning och säkerhet. Domstolen tog fasta på att den i målet aktuella brottsligheten var av

mycket allvarligt slag och att den ansågs vara av den karaktären att den utgjorde ett direkt hot mot människors liv och hälsa. Omständigheterna som låg till grund för brottsmålsdomen vittnade i övrigt om ett beteende hos personen i fråga som utgjorde ett allvarligt och reellt hot mot grundläggande samhällsintressen.

I artikel 23 i det omarbetade skyddsgrundsdirektivet finns bestämmelser om sammanhållning av familjer. Medlemsstaterna ska se till att familjen hålls samlad (artikel 23.1). Medlemsstaterna ska se till att familjemedlemmar till den person som har beviljats internationellt skydd, och som för egen del inte uppfyller kraven för att erhålla sådant skydd, får ansöka om bl.a. uppehållstillstånd och resedokument i enlighet med nationella förfaranden och i den mån detta överensstämmer med familjemedlemmens personliga rättsliga status (artikel 23.2). Punkterna 1 och 2 ska inte vara tillämpliga om familjemedlemmen undantas eller skulle undantas från internationellt skydd (artikel 23.3). Trots vad som sägs i punkterna 1 och 2 får medlemsstaterna vägra, inskränka eller återkalla förmånerna med hänsyn till den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen (artikel 23.4). Artikel 23 i det omarbetade skyddsgrundsdirektivet har sin motsvarighet i artikel 23 i första skyddsgrundsdirektivet. Bestämmelserna i de delar som nu är aktuella är i princip likalydande.

Vid införandet av det första skyddsgrundsdirektivet konstaterade regeringen att bestämmelserna i 5 kap. 17-17 b §§ utlänningslagen är förenliga med direktivets bestämmelser om i vilka situationer som uppehållstillstånd får vägras med hänsyn till den allmänna ordningen och nationella säkerheten. Enligt regeringen saknades det skäl att vidta några författningsändringar i anledning av direktivets bestämmelser om sammanhållning av familjer (se prop. 2009/10:31 s. 146 f.).

3.3 Migrationsöverdomstolens bedömning

Det har i målet inte kommit fram något annat än att OA uppfyller rekvisiten i 5 kap. 3 § första stycket 5 utlänningslagen. Huvudregeln är då att uppehållstillstånd på grund av anknytning ska beviljas honom. En förutsättning är dock att det i målet relevanta undantaget i 5 kap. 17 a § första stycket 3 utlänningslagen inte är tillämpligt.

Vid denna bedömning noterar Migrationsöverdomstolen att det omarbetade skyddsgrundsdirektivet föreskriver att medlemsstaterna inte ska tillämpa principen om familjesammanhållning i en situation där en familjemedlem är utesluten från internationellt skydd. Direktivet ger även medlemsstaterna rätt att vägra, inskränka eller återkalla förmåner med hänsyn till den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen.

Migrationsöverdomstolen anser att en bedömning av om en utlänning utgör hot mot allmän ordning och säkerhet ska ske med hänsyn till förhållandena här i Sverige. Detta ligger i linje med praxis från EU-domstolen av vilken framgår att medlemsstaterna i princip fortfarande är fria att utifrån nationella behov, bestämma vad hänsynen till allmän ordning och allmän säkerhet kräver. Samtidigt måste dock sådana hänsyn tolkas restriktivt eftersom det innebär ett undantag från den grundläggande principen om fri rörlighet för personer. (Jfr EU-domstolens dom i mål C-348/09, punkt 23.)

Av den praxis som finns från Migrationsöverdomstolen kan utläsas en betydande restriktivitet vid tillämpning av bestämmelsen i 5 kap. 17 a § första stycket 3 utlänningslagen och att det fordras att utlänningen utgör ett allvarligt och reellt hot mot ett grundläggande samhällsintresse (jfr MIG 2007:10, MIG 2007:49, MIG 2008:46 och MIG 2009:21).

Som framgår av skäl 14 i ingressen till familjeåterföreningsdirektivet får begreppet allmän ordning inbegripa fällande dom för allvarligt brott. Vidare framgår att begreppet allmän ordning och säkerhet även omfattar fall då en

tredjelandsmedborgare tillhör en sammanslutning som stöder internationell terrorism, stöder en sådan sammanslutning eller har extremistiska sympatier. Det sagda visar enligt Migrationsöverdomstolen att begreppen allmän ordning och säkerhet inte uteslutande tar sikte på den enskilde personens agerande utan även på den aktuella organisationens agerande. Inte heller krävs att det föreligger en lagakraftvunnen dom.

Migrationsöverdomstolen har ovan konstaterat att OA har ett individuellt ansvar för de brott mot mänskligheten som den syriska säkerhetstjänsten har gjort sig skyldig till under den tid han tjänstgjort som läkare där och att han därför ska uteslutas från internationellt skydd. Som ovan anförts innebär artikel 23.3 i det omarbetade skyddsgrundsdirektivet att möjligheterna till familjesammanhållning inte ska omfatta familjemedlemmar som är uteslutna från internationellt skydd. Unionslagstiftaren har därigenom markerat att personer som deltagit i sådana handlingar som avses i artikel 12 samma direktiv inte bör komma i åtnjutande av rätten till familjesammanhållning. Bestämmelsen i 5 kap. 17 a § första stycket 3 utlänningslagen sedd i ljuset av artikel 23.3 i det omarbetade skyddsgrundsdirektivet visar tydligt på intresset av att kunna vägra uppehållstillstånd till familjemedlem som ansetts utesluten från internationellt skydd. Det sagda talar med styrka för att bestämmelsen i 5 kap. 17 a § första stycket 3 utlänningslagen ska kunna tillämpas i en situation som den nu aktuella för att vägra uppehållstillstånd.

Frågan är då om de handlingar som gör att OA är utesluten från internationellt skydd även skulle kunna sägas utgöra ett hot mot allmän ordning och säkerhet i Sverige.

Brott mot mänskligheten är enligt Migrationsöverdomstolen ett så allvarligt brott till sin karaktär att sådana handlingar kan utgöra ett hot mot grundläggande samhällsintressen och därmed ett hot mot allmän ordning och säkerhet. Det finns därför grund för att inte bevilja av uppehållstillstånd på grund av anknytning till en person som uteslutits från internationellt skydd till följd av brott mot mänskligheten.

Visserligen är OA:s agerande kopplat till den befattning som han har haft i sitt hemland och risken för att han här i Sverige skulle ägna sig åt liknande handlingar är begränsad. Handlingarna är dock av ytterst allvarlig beskaffenhet och OA har frivilligt arbetat för säkerhetstjänsten under en längre tid. Som ovan har konstaterats får hans handlande antas ha medfört att de personer han har riskerat att utsättas för fortsatt tortyr eller andra former av övergrepp. Migrationsöverdomstolen anser därför att OA:s agerande kan anses utgöra ett tillräckligt och reellt hot mot den samhälleliga ordningen att det är av den karaktären det utgör ett hot mot allmän säkerhet och ordning i Sverige.

Vid bedömningen av om uppehållstillstånd bör vägras ska, enligt 5 kap. 17 a § tredje stycket utlänningslagen, även hänsyn tas till OA:s övriga levnadsomständigheter och familjeförhållanden. Av utredningen i målet framgår att OA lever ensam med sin son här i Sverige och att övriga familjemedlemmar befinner sig i hemlandet. Det har inte framkommit att han lider av några allvarliga hälsoproblem. Enligt Migrationsöverdomstolens mening väger vad som framkommit om OA:s enskilda förhållanden inte tyngre än intresset av att skydda den samhälleliga ordningen.

Frågan är då om principen om barnets bästa i 1 kap. 10 § utlänningslagen bör medföra att OA ändå ska beviljas uppehållstillstånd i Sverige på grund av anknytning. Såvitt framgår av utredningen är OA den ende vårdnadshavaren och familjemedlemmen som sonen har här i landet. Sonen har nu fyllt 15 år och har alltså uppehållstillstånd som flykting här. Om OA skulle utvisas ur landet skulle det givetvis medföra att sonen försätts i en mycket svår situation. Enligt Migrationsöverdomstolen är det dock inte givet att OA av den anledningen måste beviljas ett permanent uppehållstillstånd på grund av anknytning till sonen. Som framgår nedan gör Migrationsöverdomstolen bedömningen att det för närvarande föreligger hinder mot att verkställa en

utvisning till Syrien. OA kommer därför att få stanna i landet i vart fall under det närmaste året. Med hänsyn härtill anser Migrationsöverdomstolen att samhällets intresse av att förhindra att personer som är uteslutna från att beviljas skyddsstatus ändå får ett permanent uppehållstillstånd på grund av anknytning bör medföra att OA inte ska beviljas uppehållstillstånd på grund av anknytning till sonen. Då någon verkställighet inte kan ske för närvarande kan detta inte heller anses strida mot principen om barnets bästa eller rätten till familjeliv enligt artikel 8 i Europakonventionen om mänskliga rättigheter.

Det finns därmed förutsättningar att med stöd av 5 kap. 17 a § första stycket 3 utlänningslagen vägra OA uppehållstillstånd på grund av anknytning till sin son. Han kan därför inte beviljas uppehållstillstånd med stöd av 5 kap. 3 § första stycket 5 utlänningslagen.

4. Synnerligen ömmande omständigheter

I 5 kap. 6 § utlänningslagen anges att om uppehållstillstånd inte kan ges på annan grund, får tillstånd beviljas en utlänning om det vid en samlad bedömning av utlänningens situation finns sådana synnerligen ömmande omständigheter att han eller hon bör tillåtas stanna i Sverige. Vid bedömningen ska utlänningens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation i hemlandet särskilt beaktas.

Enligt lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige gäller för närvarande vissa avvikelser från denna bestämmelse. Enligt övergångsbestämmelserna till den tillfälliga lagen ska den dock inte tillämpas när en domstol prövar ett överklagande av beslut som har fattats endast med stöd av utlänningslagen. Eftersom Migrationsverket har beslutat i ärendet innan den tillfälliga lagen trädde i kraft ska den inte tillämpas i målet.

Bestämmelsen i 5 kap. 6 § utlänningslagen tar sikte på omständigheter som är hänförliga till utlänningens person. Tillståndsgrunden är av undantagskaraktär och ska tillämpas restriktivt. Det krävs att omständigheterna är sådana att utlänningens sammanvägda situation framstår som synnerligen ömmande (jfr MIG 2007:15 och MIG 2007:33).

Migrationsöverdomstolen anser inte att vad som framkommit om OA:s personliga förhållanden varken enskilt eller sammantaget utgör tillräckliga skäl för att anse att det föreligger sådana synnerligen ömmande omständigheter som avses i 5 kap. 6 § utlänningslagen. Han kan därför inte beviljas uppehållstillstånd på den grunden.

5. Verkställighetshinder

5.1 Lagstiftning m.m.

Migrationsöverdomstolen har bedömt att det inte är möjligt att bevilja OA uppehållstillstånd på grund av skyddsbehov, anknytning eller synnerligen ömmande omständigheter. Migrationsverket har därför haft fog för sitt beslut om utvisning (jfr 8 kap. 16 § utlänningslagen). Frågan är då om det finns hinder mot att verkställa utvisningen.

Av artikel 21.1 i såväl det första som det omarbetade skyddsgrundsdirektivet framgår att medlemsstaterna i enlighet med sina internationella förpliktelser ska respektera principen om non-refoulement. Principen om non-refoulement kommer till uttryck i 8 kap. 15 § utlänningslagen. Av denna bestämmelse framgår att när en fråga om avvisning eller utvisning prövas ska hänsyn tas till om utlänningen på grund av bestämmelserna i 12 kap. utlänningslagen inte kan sändas till ett visst land eller om det annars finns särskilda hinder mot att beslutet verkställs. Enligt 12 kap. 1 § utlänningslagen får avvisning eller utvisning av en utlänning aldrig verkställas till ett land om det finns skälig anledning att anta att utlänningen där skulle vara i fara att straffas med döden eller att utsättas för kroppsstraff, tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande

behandling eller bestraffning, eller utlännningen inte är skyddad i det landet mot att sändas vidare till ett land där utlännningen skulle vara i sådan fara.

I förarbetena till de ändringar i utlänningslagen som syftade till att genomföra det första skyddsgrundsdirektivet anfördes bl.a. att hänvisningen i artikel 21 i direktivet till förbud enligt internationella förpliktelser innebär bl.a. att det är absolut förbjudet att avvisa en utlännning på ett sådant sätt att han eller hon skulle riskera att utsättas för tortyr, eftersom detta skulle strida mot artikel 3 i FN:s konvention mot tortyr m.m. och artikel 3 i Europakonventionen om mänskliga rättigheter. (Prop. 2009/10:31 s. 150 f.)

Om det föreligger verkställighetshinder eller om det senare visar sig att verkställighet inte kan ske, kan ett tidsbegränsat uppehållstillstånd beviljas med stöd av 5 kap. 11 § utlänningslagen. Bestämmelsen tar bl.a. sikte på fall då det före ett avvisnings- eller utvisningsbeslut visar sig att ett sådant beslut inte skulle gå att verkställa under viss tid. Om verkställighetshindret bedöms vara bestående under så lång tid att utlännningen kan bedömas få en särskild anknytning till Sverige kan ett uppehållstillstånd ges med stöd av 5 kap. 6 § utlänningslagen, uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Det bör inte införas någon särskild grund för uppehållstillstånd för utlännningar som har begått sådana handlingar att de är uteslutna från flyktingskap och från att anses som annan skyddsbehövande. Bestämmelserna om uppehållstillstånd på grund av verkställighetshinder och synnerligen ömmande omständigheter ger tillräckliga möjligheter att hantera angivna situationer. (Se prop. 2009/10:31 s. 108 f.)

5.2 Migrationsöverdomstolens bedömning

Migrationsöverdomstolen har ovan gjort bedömningen att OA vid ett återvändande till Syrien riskerar omänsklig behandling eller bestraffning. Sådan behandling utgör enligt 12 kap. 1 § utlänningslagen ett absolut verkställighetshinder. Det föreligger därför, i vart fall för närvarande, ett hinder mot att verkställa beslutet om utvisning till Syrien. Hindret mot att verkställa OA kan antas bestå under viss tid. Det finns emellertid inte stöd för att hindret skulle vara bestående.

Mot denna bakgrund finns grund för att bevilja OA ett tidsbegränsat uppehållstillstånd med stöd av 5 kap. 11 § utlänningslagen. Ett sådant uppehållstillstånd förutsätter emellertid innehav av en giltig passhandling (jfr MIG 2007:30). OA saknar giltigt pass och han har inte förutsättningar att få ett sådant. Migrationsöverdomstolen har inte möjlighet att i det här målet förordna angående främlingspass (se 14 kap. 6 a § utlänningslagen) och kan därför endast bevilja honom uppehållstillstånd i Sverige. Migrationsöverdomstolen överlåter åt Migrationsverket att besluta om tillståndet ska vara tidsbegränsat, till ett år eller en längre period, eller om det ska vara permanent av det skälet att OA saknar giltigt pass.

Migrationsöverdomstolens avgörande: Migrationsöverdomstolen avslår överklagandet vad avser utvisning, statusförklaring och resedokument. Migrationsöverdomstolen beviljar OA uppehållstillstånd. Det överlåts åt Migrationsverket att bestämma tillståndstidens längd i enlighet med vad som framgår av domskälen.

Sökord:

Litteratur: Prop. 2005/06:72 s. 36 och 42; Prop. 2009/10:31 s. 97, 105 f., 108 f., 146 f., 150 f. och 261; Prop. 2013/14:146 s 242 f.; Prop. 2013/14:248 s. 47; UNHCR:s handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning, punkterna 147-163 samt 203 och 204; UNHCR:s Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1 F of the 1951 Convention relating to the Status

of Refugees, HCR/GIP/03/05, 4 september 2003, punkterna 18, 19, 34 och 35; European Asylum Support Office, EASO, Exclusion: Articles 12 and 17 Qualification Directive (2011/95/EU) – A Judicial Analysis, 2016 s. 31 f.; Amnesty International, Health Crisis – Syrian government targets the wounded and health workers, 2011 s. 23; Home Office Operational Guidance Note Syria, 2014 s. 28; Lifos Temarapport, Sjukvårdspersonal i Syrien, 2015 s. 12 f.
