

<b>Målnummer:</b>	UM1001-08	<b>Avdelning:</b>	8
<b>Avgörandedatum:</b>	2009-01-28		
<b>Rubrik:</b>	Det förhållandet att en utlänning under en längre tid uppehållit sig illegalt i Sverige är en omständighet som väger tungt mot att bevilja undantag från huvudregeln om att uppehållstillstånd ska ha sökts och beviljats före inresan i landet. Att utlänningen, oavsett vederbörandes kön, har ett underårigt barn i Sverige som är svensk medborgare, utgör i sig inte synnerliga skäl att frångå samma regel. Inte heller en separation i händelse av militärtjänstgöring under en tid av 18 månader utgör skäl att frångå huvudregeln.		
<b>Lagrum:</b>	1 kap. 10 §, 5 kap. 3 a § första stycket 1 och 18 § första stycket samt andra stycket 5 och 9 utlänningslagen (2005:716)		
<b>Rättsfall:</b>	<ul style="list-style-type: none"><li>• MIG 2007:11</li><li>• MIG 2007:59</li><li>• UM 137-06</li></ul>		

---

**REFERAT**

## I (UM1001-08)

A reste enligt egen uppgift in i Sverige omkring oktober-november 2005. I december samma år träffade hon sin nuvarande sambo, B, som emellertid då var gift med en annan kvinna. A och B flyttade ihop i oktober 2006 och deras gemensamme son, C, föddes den 23 november 2006. A ansökte den 12 mars 2007 om uppehållstillstånd på grund av anknytning till sin sambo och deras son. B är sedan den 25 juli 2007 skild från sin förra fru.

Migrationsverket avslag A:s ansökan den 8 oktober 2007 och beslutade att hon skulle utvisas. Som skäl för beslutet anförde Migrationsverket bl.a. följande. Enligt 5 kap. 18 § första stycket utlänningslagen gäller som huvudregel att en utlänning som vill ha uppehållstillstånd i Sverige ska ha ansökt om ett sådant tillstånd före inresan i landet. En ansökan om uppehållstillstånd får inte bifallas efter inresan. Ett av undantagen från denna huvudregel är enligt samma paragraf punkten 5 om utlänningen har stark anknytning till en person som är bosatt i Sverige och det inte skäligen kan krävas att utlänningen reser till ett annat land för att ge in ansökan där. Illegal vistelse i Sverige har negativ inverkan för den sökande vid skälighetsbedömningen, men innebär inte med automatik att en ansökan efter inresa ska avslås (prop. 1999/2000:43 s. 57 f. och MIG 2007:11). Huvudvikten när det gäller undantag från kravet på uppehållstillstånd före inresan bör enligt förarbetena (a. prop. s. 55 och 65 f.) läggas vid om det är skäligt att kräva att utlänningen återvänder till ett annat land för att ge in ansökan där. Det finns därmed inte något generellt undantag från kravet på uppehållstillstånd före inresan för den som har stark anknytning hit. Migrationsverket kan konstatera att A vistats illegalt i Sverige sedan oktober-november 2005. Det har inte framkommit några omständigheter beträffande A:s och B:s situation som skulle kunna medföra allvarliga men vid en tillfällig separation. A har inte åberopat några särskilda hinder mot att återvända till hemlandet för att ansöka om uppehållstillstånd därifrån.

Migrationsverket finner vid en sammantagen bedömning i ärendet att det, i enlighet med 5 kap. 18 § utlänningslagen, skäligen kan krävas att A återvänder till sitt hemland för att därifrån ansöka om uppehållstillstånd. Detta medför att

det saknas grund att medge undantag från huvudregeln i nyss nämnd paragraf.

A överklagade beslutet och anförde i huvudsak följande. Det är oskäligt att kräva att hon återvänder till Ghana för att ansöka om uppehållstillstånd därifrån. Det skulle innebära att sonen C berövades möjligheten att träffa en av sina föräldrar under en längre tidsperiod. Genom sin son och sin sambo har hon en särskild anknytning till Sverige som innebär att hon ska beviljas permanent uppehållstillstånd. Både B och C är svenska medborgare. Hon och B har gemensam vårdnad om C. Det är riktigt att hon innan hon ansökte om uppehållstillstånd hade vistats en tid i Sverige utan att ha uppehållstillstånd här. C:s intresse av att träffa båda sina föräldrar måste dock väga tyngre än den illegala vistelsen och innebära att hon trots den beviljas permanent uppehållstillstånd.

Migrationsverket bestred bifall och anförde sammanfattningsvis följande. Det kan te sig formalistiskt och som en onödig omgång att den som är berättigad till uppehållstillstånd ska behöva lämna Sverige och sina anhöriga och företa en resa för att från sitt hemland - eller från något annat land där han eller hon har rätt att vistas - söka och få sitt tillstånd. Den tillämpliga bestämmelsen är emellertid tydlig. De omständigheter som konstituerar rätten till uppehållstillstånd medför inte utan vidare att huvudregeln om varifrån tillståndet ska sökas sätts ur spel. I utlänningslagens förarbeten framhålls att det är väsentligt att utlänningar som vistas i Sverige illegalt inte kommer i bättre läge än de som följer myndigheternas beslut och återvänder för att ansöka om tillstånd från hemlandet. Riksdagen har, vid tillkomsten av utlänningslagen, uttalat att det inte står klart att huvudregeln om varifrån uppehållstillstånd ska sökas frångås endast för att sökanden har eller väntar barn med en i Sverige bosatt person.

Migrationsverket anser det inte vara oskäligt att kräva att A återvänder till Ghana för att därifrån ansöka om och invänta beslut om uppehållstillstånd. Hon vistades illegalt i Sverige i minst ett år och fem månader innan hon ansökte om uppehållstillstånd. Hon skulle visserligen tvingas leva separerad från sin son och sambo under en tid, men handläggningstiden för att utreda ärendet kan inte förväntas bli anmärkningsvärt lång. Hon har också möjlighet att begära att hennes ärende behandlas med förtur. Eftersom C har passerat den av Livsmedelsverket rekommenderade perioden då barn behöver bröstmjolk är han inte beroende av att bli ammad och det finns inget som tyder på att han kommer att ta skada i sin psykosociala utveckling av att vara åtskild från mamma eller pappa under en kort period. Det finns inget i ärendet som tyder på att A behöver räkna med svårigheter i samband med ansökningsärendet eller återvändandet till Sverige. Med beaktande av samtliga omständigheter i målet anser Migrationsverket att det inte föreligger förutsättningar för att göra undantag från kravet att uppehållstillstånd ska vara ordnat för inresan till Sverige.

Länsrätten i Skåne län, migrationsdomstolen (2008-02-05, ordförande Granholm och tre nämndemän), beviljade, med ändring av Migrationsverkets beslut, ett tidsbegränsat uppehålls- och arbetstillstånd till och med den 4 februari 2010.

Domstolen yttrade. A kom enligt egen uppgift till Sverige i slutet av år 2005. Hon träffade kort därefter B, som är svensk medborgare, och födde i november 2006 sonen C, som B är far till. Eftersom B är svensk medborgare har också C svenskt medborgarskap. B är sedan den 25 juli 2007 skild från sin förra fru och bor tillsammans med A och sonen C. Migrationsverket gör inte gällande annat än att A har en stark anknytning till Sverige genom sin son och sambo. Frågan i målet är om det finns förutsättningar att med stöd av 5 kap. 18 § andra stycket utlänningslagen göra undantag från huvudregeln om att uppehållstillstånd inte får bifallas efter inresa i Sverige. I förarbetena till utlänningslagen angavs att huvudvikten när det gällde undantag från huvudregeln borde läggas vid om det

var skäligt att kräva att utlänningen återvände till annat land för att ge in sin ansökan därifrån - inte vid om det var uppenbart att uppehållstillstånd skulle ha beviljats om prövningen gjorts före inresan till Sverige. I propositionen gavs ett flertal exempel på när det inte kunde anses skäligt att kräva att sökanden återvände till utlandet för att ge in ansökan därifrån. Inget av exemplen tog emellertid sikte på de vanligen förekommande situationer då sökanden blivit gravid med sin anknytning i Sverige eller rentav fött ett barn under sin vistelse här.

Migrationsöverdomstolen har i rättsfallet MIG 2007:11 funnit att en handläggningstid på sex månader inte var tillräckligt lång för att låta en förälder stanna i Sverige under handläggningstiden. Fallet avsåg en gambisk man som hade vistats utan tillstånd i Sverige en längre tid innan han ansökte om uppehållstillstånd här och hade en gravid hustru och ett minderårigt barn i Sverige. Mannen hade utöver barnet i Sverige ett fyraårigt barn i Gambia. Praxisen på området har utsatts för kritik, bl.a. från Barnombudsmannen och Migrationsverket anser självt, genom sin generaldirektör, att regelverket bör ses över. För att undantagsregeln i 5 kap 18 § andra stycket 5 utlänningslagen ska vara tillämplig krävs, utöver stark anknytning till en i Sverige bosatt person, att det inte skäligen kan krävas att sökanden reser till ett annat land för att ge in en ansökan där. I målet är ostridigt att A har en stark anknytning till Sverige. Frågan i målet är således om det skäligen kan krävas att hon reser till ett annat land för att ge in sin ansökan därifrån. I fall som rör ett barn ska särskilt beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver. Till detta kommer att den omständigheten att ett barn är svensk medborgare bör ges särskild tyngd vid prövningen av frågor gällande uppehållstillstånd för barnets föräldrar. Eftersom sonen C, född 2006, är svensk medborgare kan denne - vars andre vårdnadshavare för övrigt är svensk medborgare - inte tvingas att lämna landet. A har, om hon utvisas, inte heller rätt att ta med sig sonen till Ghana utan den andre vårdnadshavarens samtycke. Ett utvisningsbeslut kan således innebära att A skiljs från sonen.

Migrationsverket har inte presenterat någon utredning av vilken det går att avgöra ärendets handläggningstid om A skulle tvingas ansöka om uppehållstillstånd från Ghana.

Vid den avvägning som ska ske mellan de motstående intressen som föreligger i målet anser migrationsdomstolen att de skäl som talar för att A ska tillåtas ansöka om uppehållstillstånd från Sverige väger tyngst. Migrationsdomstolen finner således att det inte skäligen kan krävas att A reser till Ghana för att ge in sin ansökan om uppehållstillstånd därifrån. Det föreligger därmed förutsättningar för att göra undantag från huvudregeln i 5 kap. 18 § utlänningslagen om att ansökan om uppehållstillstånd inte får bifallas efter inresan i Sverige.

Migrationsverket överklagade domen till Migrationsöverdomstolen och yrkade att Migrationsöverdomstolen med ändring av migrationsdomstolens dom skulle fastställa verkets beslut och anförde till stöd för sin talan i huvudsak följande. Migrationsverket vidhåller vad som anförts i målet, med följande tillägg. A har uppgett att hon reste in i Sverige omkring oktober-november 2005. Hon vistades illegalt här i landet till den 12 mars 2007 då hon ansökte om uppehållstillstånd. Vid den tidpunkt hon ansökte om uppehållstillstånd var hon sambo med en svensk medborgare och hade fött deras gemensamma barn. Enligt huvudregeln i 5 kap. 18 § utlänningslagen skulle emellertid A ha ansökt om uppehållstillstånd innan hon reste in i landet. Hon har också, under tiden när hon var gravid, haft gott om tid att återvända till hemlandet för att därifrån ansöka om och invänta beslut om uppehållstillstånd. Av handlingarna i målet framgår att hon medvetet har avvaktat med att ansöka om uppehållstillstånd för att göra det vid det för henne mest gynnsamma tillfället och just för att huvudregeln i 5 kap. 18 § utlänningslagen ska frångås.

I prop. 1999/2000:43 s. 58 betonas att det är väsentligt att utlänningar som vistas illegalt i Sverige inte kommer i ett bättre läge än de som följer myndigheternas beslut och återvänder för att ansöka om tillstånd från hemlandet. Riksdagen uttalade i samma lagstiftningsärende att det inte står klart att huvudregeln ska frångås och undantaget tillämpas i fall när en utlänning har eller väntar barn med någon i Sverige bosatt person (bet. 1999/2000:SfU9 s. 25). A måste själv hållas ansvarig för den uppkomna situationen. Hon visste att hon inte hade uppehållstillstånd när hon valde att inleda ett förhållande och skaffa barn med en svensk medborgare. Hon har medvetet avvaktat med att ansöka om uppehållstillstånd för att göra det vid det för henne mest gynnsamma tillfället. Den omständigheten att hon vistades i Sverige illegalt och inte gav sig till känna för svenska myndigheter när förhållandet inleddes eller när hon blev gravid bör inte leda till att hon kommer i ett bättre läge än de utlänningar som rättar sig efter gällande lagstiftning. Enligt Migrationsverkets mening finns det inte förutsättningar att göra undantag från kravet på att uppehållstillstånd ska vara ordnat före inresan i Sverige. Den omständigheten att A:s sambo och hennes son är svenska medborgare förändrar inte saken.

Migrationsöverdomstolen har i tidigare avgöranden (MIG 2007:11 och MIG 2007:59) om bl.a. uppehållstillstånd på grund av anknytning till Sverige genom maka och barn som var bosatta här i landet funnit att det inte förelåg skäl att göra undantag från huvudregeln att uppehållstillstånd ska ha sökts och beviljats före inresan i Sverige. Migrationsöverdomstolen har uttalat att varken bestämmelserna i Europakonventionen eller barnkonventionen föranleder något annat ställningstagande. Migrationsöverdomstolen har även uttalat att det varken med hänsyn till en åberopad anknytning till en sambo eller till ett barn är stötande mot rättskänslan att en person tvingas lämna landet innan ansökan prövas. Enligt Migrationsverkets uppfattning finns det ingen anledning att göra en annan bedömning i nu aktuellt mål.

Det tar normalt inte mer än sex månader från det att ansökan lämnas in på ambassad eller konsulat tills Migrationsverket fattar beslut. A och B har också möjlighet att begära att deras ärende behandlas med förtur. Barnet kommer således inte att vara åtskilt från en av sina föräldrar under en orimligt lång tid.

Mot denna bakgrund anser Migrationsverket att det saknas grund att medge undantag från huvudregeln i 5 kap. 18 § utlänningslagen.

A bestred bifall till Migrationsverkets talan samt anförde i huvudsak följande. Hon har en son som är född i november 2006. Det får anses allmänt känt att det är under ett barns första tre år som det knyter an till sina föräldrar. Att under dessa premisser tvinga henne att återvända till Ghana för att söka uppehållstillstånd därifrån skulle innebära att sonen under en lång tidsperiod skulle vara utan en av sina föräldrar. Detta är oförenligt med barnets bästa. Att hon kan begära att hennes ärende behandlas med förtur utgör långtifrån någon garanti att hennes vistelse i Ghana skulle bli kortare än, eller ens så kort som, sex månader. Vid en sammanvägd bedömning i detta fall måste sonens intresse av att kunna träffa båda sina föräldrar och knyta an till dem väga tyngre än hennes illegala vistelsetid i landet. Varken hon eller sonen ska straffas för att hon sökte uppehållstillstånd vid ett senare tillfälle än vid ankomsten till Sverige. I hennes fall ska hennes anknytning prövas gentemot två svenska medborgare. Det är helt klart att hon vid en ansökan i hemlandet skulle beviljas uppehållstillstånd i Sverige eftersom hon är mor till ett barn som är svenskt. Det saknas anledning att ifrågasätta seriositeten i förhållandet mellan B och henne. Utlänningslagen lämnar utrymme för undantag från huvudregeln i 5 kap. 18 § och hon menar att hennes ärende är sådant att det får anses uppenbart att hon ska beviljas undantag från huvudregeln.

Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen (2009-01-28, Trägård,

Råberg, referent, och Brege Gefvert), yttrade.

Det är ostridigt i målet att den anknytning A har till sambon, B, och deras son är tillståndsgrundande. B och barnet är svenska medborgare.

Fråga är om det finns förutsättningar att bevilja A uppehållstillstånd medan hon befinner sig i Sverige.

Enligt huvudregeln i 5 kap. 18 § första stycket utlänningslagen ska den som vill ha uppehållstillstånd i Sverige ha ansökt om och beviljats ett sådant tillstånd före inresan. En ansökan som sker efter inresan i landet får enligt samma lagrum inte bifallas. I lagrummets andra stycke finns en uppräknig av situationer när undantag kan göras från huvudregeln. Av 5 kap. 18 § andra stycket 5 utlänningslagen framgår bl.a. att den som enligt 3 a § första stycket 1 samma lag har stark anknytning till en person som är bosatt i Sverige kan beviljas uppehållstillstånd efter inresan om det inte skäligen kan krävas att utlänningen reser till ett annat land för att där ge in ansökan. Frågan om en utlänning undantagsvis kan få en här i Sverige gjord ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning till hemmavarande barn beviljad prövas enligt 5 kap. 18 § andra stycket 9 utlänningslagen. Emellertid krävs i sådant fall att det föreligger synnerliga skäl.

Regering och riksdag har vid flera tillfällen strukit under att kravet på uppehållstillstånd före inresan är ett viktigt led i att upprätthålla en reglerad invandring. Vidare framhålls i utlänningslagens förarbeten att det är väsentligt att utlännningar som vistats illegalt i Sverige inte kommer i ett bättre läge än de som följer myndigheternas beslut och återvänder för att ansöka om tillstånd från hemlandet (prop. 1999/2000:43 s. 24 f., 56 och 58 f.). Riksdagen uttalade i samma lagstiftningsärende att det inte står klart att huvudregeln ska frångås och undantaget tillämpas i fall när en utlänning har eller väntar barn med en i Sverige bosatt person (bet. 1999/2000:SfU9 s. 25).

De flesta länder i vår omvärld har samma principiella krav på att uppehållstillstånd ska ha sökts och beviljats utanför ett lands territorium. Denna ståndpunkt framgår exempelvis av kapitel III artikel 5 punkt 3 i Rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening (familjeåterföreningsdirektivet) som är införlivat i svensk rätt (se prop. 2005/06:72).

Migrationsöverdomstolen har i flera avgöranden bekräftat att illegal vistelse i Sverige ska vägas in i prövningen av om undantag kan göras från huvudregeln att uppehållstillstånd ska ha sökts och beviljats före inresan i Sverige (jfr MIG 2007:11 och MIG 2007:59). Migrationsöverdomstolen har i samma avgöranden funnit att underårigt barn i Sverige inte ensamt kan leda till att undantag görs från huvudregeln.

Det framgår inte när A anlände till Sverige men enligt egen uppgift reste hon in i landet i oktober-november 2005. Hon ansökte om uppehållstillstånd i mars 2007. Detta innebär att hon vistats illegalt här under cirka ett år och fem månader. Under Migrationsverkets muntliga utredning uppgav hon att hon inte visste att det krävdes uppehållstillstånd för att vistas i Sverige. Migrationsöverdomstolen finner att detta påstående inte förtjänar någon tilltro. Mot bakgrund av uppgifter lämnade i bl.a. anknytningsutredningen den 2 oktober 2007 framstår det istället som uppenbart att A medvetet avhållit sig från att ansöka om uppehållstillstånd i Sverige till dess den för henne mest gynnsamma tidpunkten uppstod. Ett sådant flagrant missbruk av reglerna i utlänningslagen är en omständighet som väger tungt mot att bevilja undantag från huvudregeln om att uppehållstillstånd ska ha sökts och beviljats före inresan i landet.

A har särskilt framhållit den starka anknytning hon har till sitt barn som skäl för

att undantag ska göras från huvudregeln i 5 kap. 18 § första stycket utlänningslagen. Enligt 1 kap. 10 § utlänningslagen ska i fall som rör barn särskilt beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver. Migrationsöverdomstolen har att väga A:s långa illegala vistelse och uppenbara missbruk av utlänningslagens regler mot att hon har sambo och underårigt barn i Sverige, där båda är svenska medborgare. Enligt vad som är upplyst i målet är handläggningstiden för att utreda anknytningsärenden vid svenska honorärkonsulatet i Accra, Ghana, och därefter hos Migrationsverket inte anmärkningsvärt lång. Inga uppgifter har framförts om att A skulle kunna få svårigheter i Ghana i samband med ansökningsförfarandet eller med att återvända till Sverige. Mot denna bakgrund är Migrationsöverdomstolen av uppfattningen att det varken kan anses oskäligt eller stötande mot rättskänslan, även med hänsyn till barnets bästa, att kräva att A återvänder till sitt hemland för att där inge ansökan om uppehållstillstånd. I den uppkomna situationen åligger det barnets föräldrar att ombesörja vad hänsynen till barnets bästa kräver. De har exempelvis möjlighet att begära att ansökan om uppehållstillstånd behandlas med förtur. Migrationsöverdomstolen finner således att det förhållandet att en utlänning, oavsett vederbörandes kön, har ett underårigt barn i Sverige, inte i sig utgör sådana synnerliga skäl som avses i 5 kap. 18 § andra stycket 9 utlänningslagen. Migrationsöverdomstolen finner vidare att det inte framkommit några omständigheter som medför att det inte skäligen kan krävas att A reser till Ghana eller ett annat land och där inge ansökan om uppehållstillstånd. Det finns således inte förutsättningar att medge undantag från huvudregeln i 5 kap. 18 § första stycket utlänningslagen om att en ansökan om uppehållstillstånd inte får bifallas efter inresan i Sverige. Bestämmelserna i barnkonventionen föranleder inte något annat ställningstagande.

Eftersom det inte heller i övrigt framkommit skäl att bevilja uppehållstillstånd ska överklagandet bifallas och Migrationsverkets beslut fastställas.

Migrationsöverdomstolens avgörande. Migrationsöverdomstolen fastställer, med bifall till överklagandet och med upphävande av migrationsdomstolens dom, Migrationsverkets beslut den 8 oktober 2007.

## II (UM1224-08)

D ansökte den 10 januari 2007 om uppehållstillstånd i Sverige. Han var tidigare gift med en i Norge bosatt kvinna. Efter en till tre månaders vistelse i Norge reste han till Sverige och vistades här under nästan tre år innan han ansökte om uppehållstillstånd. Han är skild från sin förra fru sedan den 19 oktober 2007. Han och flickvännen E, som är svensk medborgare, är sedan mars 2006 sammanboende. De förlovade sig i november 2006 och den 29 mars 2007 föddes deras gemensamma dotter, F. D saknar giltig passhandling och uppger sig bli tvungen att fullgöra värnpliktstjänstgöring vid ett återvändande till hemlandet, Turkiet.

Migrationsverket avslag D:s ansökan den 28 juni 2007 och beslutade att han skulle utvisas. Som skäl för beslutet anförde Migrationsverket bl.a. följande. Uppehållstillstånd ska enligt

5 kap. 3 § utlänningslagen ges till bl.a. en utlänning som är make eller sambo till någon som är bosatt eller som har beviljats uppehållstillstånd för bosättning i Sverige, om inte annat följer av 5 kap. 17-17 b §§ utlänningslagen. Vidare följer av 5 kap. 3 a § utlänningslagen att uppehållstillstånd får ges till bl.a. en utlänning som har för avsikt att ingå äktenskap eller inleda ett samboförhållande med en person som är bosatt eller som har beviljats uppehållstillstånd för bosättning i Sverige om inte annat anges i 5 kap. 17 § utlänningslagen, under förutsättning att förhållandet framstår som seriöst och inga särskilda skäl talar mot att tillstånd ges. Migrationsverket har inledningsvis att ta ställning till om D ska anses vara sambo till en i Sverige bosatt person.

Det kan inte vara lagstiftarens avsikt att en utlänning i en situation som denna ska kunna tillgodoräkna sig tid då han eller hon vistats illegalt i Sverige. Visst stöd för ett sådant ställningstagande finns även i Migrationsöverdomstolens avgörande MIG 2007:15. D har under hela den tid han sammanbott med E vistats illegalt i Sverige. D är därför inte att anse som sambo till en i Sverige bosatt person i utlänningslagens mening. Eftersom D och E bor tillsammans och de uppgett att de avser ingå äktenskap, ska D:s ansökan bedömas enligt bestämmelserna i 5 kap. 3 a § utlänningslagen.

Av utlänningslagens förarbeten framgår att när en utlänning ansöker om uppehållstillstånd på grund av anknytning, ska båda parterna om möjligt vara skilda från eventuella tidigare partner och i vart fall ha avslutat tidigare relationer och inte vara sambo med någon annan person (prop. 2005/06:72 s. 22). Av utredningen framgår att D är gift med en i Norge bosatt kvinna och att ansökan om äktenskapsskillnad lämnats in. Det har inte framkommit några uppgifter om att äktenskapsskillnaden har slutförts. Mot bakgrund av att D fortfarande får anses vara gift med en annan kvinna än den person till vilken anknytning åberopas saknas det förutsättningar att bevilja D uppehållstillstånd med stöd av 5 kap. 3 a § utlänningslagen.

Av 2 kap. 1 § utlänningslagen framgår ett allmänt krav på att en utlänning som reser in i eller vistas i Sverige ska ha pass. Härutöver krävs, för att uppehållstillstånd ska kunna beviljas med stöd av 5 kap. 3 a § utlänningslagen, att utlänningen kan uppvisa ett giltigt pass. Detta följer av att 5 kap. 8 § utlänningslagen uppställer ett krav på att uppehållstillstånd som beviljas med stöd av nämnda bestämmelse ska tidsbegränsas samtidigt som 4 kap. 23 § utlänningsförordningen (2006:97) föreskriver att tidsbegränsade uppehållstillstånd inte får beviljas för längre tid än utlänningens pass gäller om det inte finns särskilda skäl för det. D har för Migrationsverket uppvisat ett turkiskt hemlandspass som var giltigt till den 6 oktober 2004. Eftersom D:s pass inte längre är giltigt saknas förutsättningar att bevilja honom uppehållstillstånd. Inte heller i övrigt föreligger grund för att bevilja D uppehållstillstånd i Sverige. Mot bakgrund av det ovan anförda finner Migrationsverket att hans ansökan om uppehålls- och arbetstillstånd ska avslås.

För det fall det i ärendet skulle föreligga förutsättningar att bevilja uppehållstillstånd gäller som huvudregel att en utlänning som vill ha uppehållstillstånd i Sverige ska ha ansökt om och beviljats ett sådant tillstånd före inresan i landet. Denna huvudregel följer av 5 kap. 18 § första stycket utlänningslagen. Av bestämmelsens andra stycke framgår att en ansökan om uppehållstillstånd får bifallas efter inresan bl.a. om utlänningen har en stark anknytning till en person som är bosatt i Sverige och det inte skäligen kan krävas att utlänningen reser till ett annat land för att ge in en ansökan där.

Regeringen har i utlänningslagens förarbeten angett illegal vistelse som en omständighet som talar mot att en ansökan om uppehållstillstånd bifalles efter inresan (prop. 1999/2000:43 s. 58). Migrationsöverdomstolen fann i mål MIG 2007:11 att en ansökan om uppehållstillstånd som lämnats in efter inresan i Sverige skulle avslås på grund av illegal vistelse trots att utlänningen hade barn i Sverige.

Migrationsverket noterar att D, enligt de uppgifter han själv lämnat, vistats illegalt i Sverige i ungefär tre och ett halvt år. Migrationsverket konstaterar därför upplysningsvis att det, även om det skulle föreligga skäl att bevilja honom uppehållstillstånd grundat på anknytning till E, saknas förutsättningar att bevilja ett sådant tillstånd efter ansökan från Sverige. Omständigheterna att han har barn i Sverige och att han till följd av värnpliktstjänstgöring i hemlandet riskerar att skiljas från sin familj under en längre tid föranleder ingen annan bedömning.

D överklagade beslutet och anförde i huvudsak följande. Migrationsverket har

inte tagit hänsyn till den skillnad i handläggning som föreligger mellan Norge och Sverige. Ansökan om skilsmässa har ingivits i Norge och kontakter har förevarit under lång tid utan att slutlig skilsmässa har kunnat nås på grund av att andra kriterier ställs där än i Sverige. Han har nu tillsammans med sin sambo ett barn som föddes i mars 2007. Det föreligger en klar praxis att man inte återsänder en person till hemlandet under dessa omständigheter. Det skulle försvåra möjligheterna för barnet att knyta an till båda föräldrarna och ställa modern i en besvärlig situation. Dessutom har han inte fullgjort sin militärtjänst vilket kommer att ytterligare splittra familjen. Hans identitet är känd och i övrigt lever han ett liv utan någon brottslighet och med möjligheter att försörja sig. Han har stor släkt i Sverige. Han har varit i kontakt med turkiska ambassaden i Stockholm för att få ett nytt pass, men ambassaden kräver ett bevis om uppehållstillstånd för att utfärda nytt pass.

Migrationsverket bestred bifall och hänvisade till vad som anförts i det överklagade beslutet samt tillade att huvudregeln om att uppehållstillstånd ska ha sökts och vara beviljat innan utlännings reser in i Sverige är tillämplig i detta fall.

Länsrätten i Göteborg, migrationsdomstolen (2008-02-11, ordförande Dag Stegeland och tre nämndemän), biföll överklagandet och beviljade ett tidsbegränsat uppehålls- och arbetstillstånd under två år från och med den dag Migrationsverket utfärdar tillståndet.

Domstolen yttrade. Uppehållstillstånd ska, om inte särskilda skäl talar mot det, ges till en utlänning som är make eller sambo till någon som är bosatt eller som har beviljats uppehållstillstånd för bosättning i Sverige (5 kap. 3 § första stycket 1 utlänningslagen). En utlänning ska ha ansökt om och beviljats uppehållstillstånd före inresan i landet. Detta gäller dock inte om utlännings reser till ett annat land för att ge in ansökan där (5 kap. 18 § samma lag).

D och E har bott tillsammans i ett parförhållande och haft gemensamt hushåll sedan mars 2006. De har ett gemensamt barn fött i mars 2007. De är således att bedöma som sammanboende enligt sambolagen (2003:376). Enligt huvudregeln ska en ansökan om uppehållstillstånd, för att kunna beviljas, ges in före inresan i Sverige. D har emellertid en stark anknytning till sin sambo och sin dotter i Sverige. Vidare är hans skilsmässa i Norge fullbordad. Frågan i målet är därför om det skäligen kan krävas att han återvänder till sitt hemland för att där ge in en ansökan om uppehållstillstånd grundad på anknytning. Vad avser skälighetsrekvisitet ska enligt förarbetena tonvikt läggas vid de svårigheter den sökande kan möta när det gäller att återvända till hemlandet för att ge in ansökan därifrån. De svårigheter som avses är sådana som medför att man tvingas leva åtskilda under lång tid. Som exempel nämns svårigheter att få pass eller utresetillstånd i hemlandet samt om det finns en skyldighet att fullgöra en mycket lång värnpliktstjänstgöring eller att avtjäna ett straff för en gärning som inte är straffbelagd i Sverige. Den omständighet att en utlänning har eller väntar barn med någon i Sverige bosatt person bör i de flesta fall innebära att uppehållstillstånd beviljas, i dessa fall med uppskjuten invandringsprövning (bet. 1999/2000:SfU9 s. 25). Av förarbetena till anknytningsbestämmelserna framgår även att vissa omständigheter kan inverka negativt på bedömningen av om det är skäligt att den sökande återvänder till ett annat land för att där ansöka om uppehållstillstånd. Dessa omständigheter är en utlännings illegala vistelse här i landet, om utlännings identitet är oklar eller om det finns en stark anknytning till hemlandet (prop. 1999/2000:43 s. 56 ff.).

D har anförts att han vid ett återvändande till hemlandet kommer att vara tvungen att fullgöra 18 månaders militärtjänstgöring och att hans familj därför riskerar att splittras under oskäligt lång tid. Enligt vad som är upplyst i målet är

väntetiden vid ambassaden i Ankara eller generalkonsulatet i Istanbul och därefter hos Migrationsverket visserligen inte anmärkningsvärt lång. D har vidare vistats illegalt i Sverige under förhållandevis lång tid. På grund av militärtjänstgöring, eventuellt fängelsestraff samt ansökningstiden i hemlandet riskerar han dock att vara skild från sin sambo och sin dotter under närmare två års tid. Med beaktande av barnets bästa och särskilt dess behov av ett tryggt och varaktigt förhållande till båda sina föräldrar anser migrationsdomstolen att det inte skäligen kan krävas att D återvänder till hemlandet för att därifrån ansöka om uppehållstillstånd.

En utlänning som reser in i eller vistas i Sverige ska ha pass (2 kap. 1 § utlänningslagen). I utlänningsförordningen anges att tidsbegränsat uppehållstillstånd som huvudregel inte får beviljas för en längre tid än utlänningsens pass gäller (4 kap. 23 §). Giltighetstiden för det pass som D visat upp gick ut år 2004 och han har ingen möjlighet att få ett nytt pass utfärdat i Sverige. Passkravet, som är ämnat att säkerställa den generella utlänningskontrollen och identiteten på de utlänningar som reser in och vistas i Sverige, har ett mer övergripande syfte än bestämmelserna om rätten till uppehållstillstånd på grund av anknytning i 5 kap. utlänningslagen. Som konstaterats ovan har D rätt till uppehållstillstånd på grund av anknytning och det kan inte skäligen krävas att han återvänder till hemlandet för att där ge in en ansökan om uppehållstillstånd. Hans identitet har inte ifrågasatts av Migrationsverket. Migrationsdomstolen anser att det under föreliggande omständigheter finns skäl att, trots avsaknaden av ett giltigt pass, bevilja D ett tidsbegränsat uppehållstillstånd. Eftersom D och E inte stadigvarande sammanbott utomlands, ska uppehållstillståndet tidsbegränsas till två år.

Migrationsverket överklagade domen till Migrationsöverdomstolen och yrkade att Migrationsöverdomstolen med ändring av migrationsdomstolens dom skulle fastställa verkets beslut och anförde till stöd för sin talan i huvudsak följande. Migrationsöverdomstolen har funnit att illegal vistelse i Sverige inte kan inverka till den sökandes fördel (MIG 2007:15). Migrationsöverdomstolen har gett vägledning gällande passkravet (UM 720-06, MIG 2007:30 och MIG 2007:54), gällande frågan om hur graviditet eller nyfött barn bör vägas mot olägenheten av att resa tillbaka till hemlandet och hur detta bör vägas mot illegal vistelse (MIG 2006:8 och MIG 2007:11) samt vad avser frågan om olägenheten av att fullgöra militärtjänst i Turkiet (UM 137-06).

D har inte styrkt sin identitet och saknar passhandling. Enbart på den grunden bör hans ansökan avslås. Något undantag från passkravet finns inte i förevarande mål. För det fall han kunde styrka sin identitet och inneha en giltig passhandling är utgångspunkten att han måste ansöka om och även ha sitt uppehållstillstånd klart före inresan i Sverige. Detta oavsett om han är att betrakta som sambo eller som blivande sambo. Härvid är det ostridigt att D inte stadigvarande sammanbott med E i utlandet, varför något permanent uppehållstillstånd inte får ges. Det undantag från huvudregeln som D kan åberopa för att tillstånd ändå kan beviljas efter inresa är att han blivit förälder tillsammans med den kvinna som han sammanlever med. Mot detta bör vägas hans långa illegala vistelse, tre och ett halvt år. Den omständigheten att han eventuellt måste fullgöra militärtjänst i Turkiet är inte av sådan art att undantag kan göras från huvudregeln.

D bestred bifall till Migrationsverkets talan samt anförde i huvudsak följande. Han har ett barn med sin sambo, som är svensk medborgare. Paret är sammanboende sedan två och ett halvt år och avser att ingå äktenskap när han fått uppehållstillstånd. Den gemensamma dottern har en särskilt stark anknytning till sin far och vill vara i hans närhet. När föräldrarna vid något tillfälle lämnat flickan till barnpassning har hon upplevt separationsångest. Det är en pressande situation för föräldrarna och deras barn att leva med hotet om att han ska tvingas till Turkiet.

Han har heller inte gjort militärtjänst i hemlandet. Om han utvisas dit kommer han att tvingas att genomföra sådan tjänstgöring under 18 månader och därutöver utstå väntetid om cirka sex månader för att resa åter till Sverige. Sammantaget skulle detta ta upp till två och ett halvt år i anspråk. Flickan skulle då ha uppnått en ålder om tre och ett halvt till fyra år. För barn i den åldern är föräldrarna synnerligen viktiga och det kan för ett barns del leda till traumatiska upplevelser att inte få ha någon kontakt med sin far under så lång tid. Det är sålunda ett allvarligt ingrepp att skilja ett barn från sin förälder under så lång tid som en utvisning i hans fall skulle medföra. Han har visserligen befunnit sig i Sverige i tre och ett halvt år utan tillstånd, men med hänsyn till barnets ålder är det oskäligt att tvinga honom att återvända till hemlandet för att där inlämna ansökan om uppehållstillstånd.

Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen (2009-01-28, Trägård, Råberg, referent, och Brege Gefvert), yttrade.

Det är ostridigt i målet att den anknytning D har till sambon, E, och deras dotter är tillståndsgrundande. E och barnet är svenska medborgare.

Fråga är om det finns förutsättningar att bevilja honom uppehållstillstånd medan han befinner sig i Sverige.

Enligt huvudregeln i 5 kap. 18 § första stycket utlänningslagen - - - se under I - - att det föreligger synnerliga skäl.

Regering och riksdag har vid flera tillfällen strukit under att kravet på uppehållstillstånd före inresan är ett viktigt led i att upprätthålla en reglerad invandring. Vidare framhålls i utlänningslagens förarbeten att det är väsentligt att utlänningar som vistats illegalt i Sverige inte kommer i ett bättre läge än de som följer myndigheternas beslut och återvänder för att ansöka om tillstånd från hemlandet (prop. 1999/2000:43 s. 24 f., 56 och 58 f.). I utlänningslagens förarbeten anges vidare att en ansökan om uppehållstillstånd som sker efter inresan till Sverige inte regelmässigt bör beviljas om det rör sig om en man som inte får resa ut ur sitt hemland igen innan han gjort värnplikten. Förhållandena kan dock vara sådana att det på grund av att det är fråga om mycket lång värnpliktstjänstgöring eller tjänstgöring under osedvanligt stränga förhållanden, inte kan anses skäligt att kräva att sökanden återvänder till hemlandet för att ge in en ansökan där (a. prop. s. 57). Riksdagen uttalade i samma lagstiftningsärende att det inte står klart att huvudregeln ska frångås och undantaget tillämpas i fall när en utlänning har eller väntar barn med en i Sverige bosatt person (bet. 1999/2000:SfU9 s. 25).

De flesta länder i vår omvärld har - - - se under I - - - (familjeåterföreningsdirektivet) som är införlivat i svensk rätt (se prop. 2005/06:72).

Migrationsöverdomstolen har i flera avgöranden bekräftat - - - se under I - - - inte ensamt kan leda till att undantag görs från huvudregeln.

D har uppgett att han vid ett återvändande till hemlandet kommer att tvingas att genomföra militärtjänst, som han tror har en längd av 18 månader. D har också till Migrationsverket inlämnat ett dokument som han anger är en inkallelseorder. Enligt den information som Migrationsöverdomstolen har, omfattar värnpliktstjänstgöringen i Turkiet 15 månader och är obligatorisk för män mellan 19 och 40 år (jfr UM 137-06). Migrationsöverdomstolen är emellertid av uppfattningen att en militärtjänstgöring med en längd av 18 månader inte i sig medför att det skulle vara oskäligt att D reser till sitt hemland för att därifrån ansöka om uppehållstillstånd. Några uppgifter om att det för D skulle bli fråga om tjänstgöring under osedvanligt stränga förhållanden har inte framkommit. Enbart det förhållandet att D skulle behöva fullgöra militärtjänst i Turkiet innan han återvänder till Sverige utgör därför inte

skäl att ge avkall på huvudregeln att uppehållstillstånd ska ha sökts och beviljats före inresan här i landet.

D har enligt egen uppgift vistats utan tillstånd i Sverige i nästan tre år. Han har tidigare ansökt om uppehållstillstånd i Norge på anknytning till sin förra fru och borde på grund härav vara väl informerad om att det krävs tillstånd även för att vistas i Sverige. D har inte lämnat någon förklaring till varför han väntade upp till tre år med att lämna in ansökan om uppehållstillstånd här. Det framstår emellertid som uppenbart att han medvetet avhållit sig från att ansöka till dess han fått anknytning till Sverige genom sin vid tidpunkten gravida sambo. Ett sådant flagrant missbruk av reglerna i utlänningslagen är en omständighet som väger tungt mot att bevilja undantag från huvudregeln om att uppehållstillstånd ska ha sökts och beviljats före inresan i landet.

D har särskilt framhållit den starka anknytning han har till sitt barn som skäl för att undantag ska göras från huvudregeln i 5 kap. 18 § första stycket utlänningslagen. Enligt 1 kap. 10 § utlänningslagen ska i fall som rör barn särskilt beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver. Migrationsöverdomstolen har således att väga D:s långa illegala vistelse och uppenbara missbruk av utlänningslagens regler mot att han har sambo och underårigt barn i Sverige, där båda är svenska medborgare samt att vistelsetiden i Turkiet kommer att bli längre i händelse av militärtjänstgöring. En sammanvägd bedömning medför att Migrationsöverdomstolen är av uppfattningen att det varken kan anses oskäligt eller stötande mot rättskänslan, även med hänsyn till barnets bästa, att kräva att D återvänder till sitt hemland för att därifrån inge ansökan om uppehållstillstånd. I den uppkomna situationen åligger det barnets föräldrar att ombesörja vad hänsynen till barnets bästa kräver. Det har inte framkommit annat än att möjligheten finns för dottern och sambon att besöka D i Turkiet. Migrationsöverdomstolen finner således att det förhållandet att en utlänning, oavsett vederbörandes kön, har ett underårigt barn i Sverige inte i sig utgör sådana synnerliga skäl som avses i 5 kap. 18 § andra stycket 9 utlänningslagen. Migrationsöverdomstolen finner vidare att det inte framkommit några omständigheter som medför att det inte skäligen kan krävas att D reser till Turkiet eller ett annat land och där inge ansökan om uppehållstillstånd. Det finns således inte förutsättningar att medge undantag från huvudregeln i 5 kap. 18 § första stycket utlänningslagen om att en ansökan om uppehållstillstånd inte får bifallas efter inresan i Sverige. Bestämmelserna i barnkonventionen föranleder inte något annat ställningstagande.

Eftersom det inte heller i övrigt framkommit skäl att bevilja uppehållstillstånd ska överklagandet bifallas och Migrationsverkets beslut fastställas.

Det förhållandet att migrationsdomstolen beviljat D tidsbegränsat uppehållstillstånd trots att han inte företett något giltigt hemlandspass föranleder vid denna utgång i målet inte någon vidare åtgärd från Migrationsöverdomstolens sida.

Migrationsöverdomstolens avgörande. Migrationsöverdomstolen fastställer, med bifall till överklagandet och med upphävande av migrationsdomstolens dom, Migrationsverkets beslut den 28 juni 2007.

---

**Sökord:** Anknytning; Ansökan efter inresa; Barn; Illegal vistelse; Militärtjänstgöring; Sambo; Stark anknytning; Synnerliga skäl

**Litteratur:** Prop. 1999/2000:43 s. 24 f., 56, 57 och 58 f.; Prop. 2005/06:72; bet. 1999/2000:SFU9 s. 25; Rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening (familjeåterföreningsdirektivet)

---