

The background features a repeating pattern of overlapping circles. The top half consists of teal circles on a teal background, while the bottom half consists of teal circles on a yellow background. The circles overlap in a staggered grid pattern.

Festskrift till Anders Sundquist

Migrationsrättens utveckling



Vårt råd är att omedelbart tillsätta en parlamentarisk utredning med mål att revidera utlänningslagen.

Anders Sundquist, oktober 2018



Stockholm, januari 2019

I början av 1990-talet var Anders Sundquist med och grundade Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingar (Rådgivningsbyrån) och sedan dess har han befunnit sig i centrum för utvecklingen av den svenska migrationsrätten. Han var med när utlänningslagen utformades, vid införandet av migrationsdomstolar och den tillfälliga begränsningen av möjligheten till uppehållstillstånd 2016. Rättsområdet har förändrats väsentligt de senaste 30 åren och de erfarenheter Anders bär med sig ger möjlighet att tolka det som sker idag med ett djupare perspektiv.

Genom Anders ledning, idoga arbete och totala engagemang har Rådgivningsbyrån under åren utvecklats och etablerat sig som ett kompetent och betrott asyljuridiskt centrum. Anders har utgjort ett oumbärligt och oförglömligt stöd för asylsökande och engagerade i frågan. Han har stöttat och entusiasmerat många. Vi som har haft möjlighet att arbeta nära honom har mött en engagerad och nyfiken person som gärna slår sig ner i fätöljen hos medarbetare och bollar kniviga frågor.

Anders går nu i pension men kommer att vara kvar hos oss som rådgivare och det han skapat kommer att fortsätta utvecklas. Med dessa ord och denna skrift vill vi framföra vårt varmaste och innerligaste tack till Anders.

För styrelsen

Anna Lundblad,
Ordförande

För medarbetarna på Rådgivningsbyrån

Erica Molin,
Generalsekreterare

Presentation av artikelförfattarna

När Anders Sundquist nu avslutar sin tjänst på Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingar vill vi som en del i hans avtackning samla ett antal texter som illustrerar hur rättsområdet har utvecklats under den tid som Anders Sundquist har arbetat som kanslichef och senare chefsjurist på Rådgivningsbyrån. Vi har därför bitt ett antal personer att bidra med sina reflektioner och erfarenheter från migrationsrättens utveckling. Artikelförfattarna har givits fria händer att lämna sitt bidrag till denna skrift utifrån deras respektive roller och särskilda intressen. Följande artikelförfattare bidrar till skriften.

Bevisning i tortyrrelaterade asylfall 9

Bo Johansson, Jurist, medarbetare på Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingar och numera konsult åt Rådgivningsbyrån.

Tvärvändningen i migrationspolitiken 24 november 2015 17

Sanna Vestin, Skribent och informatör i flyktingfrågor, Redaktör för Asylnytt och styrelsemedlem i Flyktinggruppernas Riksråd, FARR.

Den nya instansordningen – en summarisk utvärdering 2010 25

Michael Williams, Ordförande i Flyktinggruppernas Riksråd FARR 1988–2008

En tillbakablick på familjeåterförening 29

Anki Carlsson, Biträdande avdelningschef, Nationella avdelningen, Svenska Röda Korset, Medarbetare Rådgivningsbyrån 1994–2008

En bedömning utan stöd i lag, praxis eller förarbeten 35

– Migrationsverkets hantering av frågan om verkställighets- hinder när en asylansökan har avvisats med stöd av 5 kap. 1 b § utlänningslagen
Martin Nyman, UNHCR, medarbetare på Rådgivningsbyrån 2015–2018

Reflektioner kring barnkonventionens ökade betydelse för rätten att få leva tillsammans med sin familj 41

Louise Dane, doktorand i Migrationsrätt, Stockholms universitet, tidigare praktikant på Rådgivningsbyrån

Utveckling av frågan om uteslutande under 2000-talet i svensk migrationsrätt 53

Anna Lindblad, chefsjurist på Rådgivningsbyrån, medarbetare på Rådgivningsbyrån 2004–2012

Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingar är ett asylrättscentrum som sedan år 1991 verkar för en rättsäker asylprocess. Vi är en religiöst och partipolitiskt obunden ideell förening med ett tiotal anlitade jurister som tidigare arbetat vid migrationsdomstolarna, Migrationsverket och advokatbyråer.

Vi arbetar som juridiska ombud och offentligt biträde i enskilda ärenden, ger juridisk rådgivning samt analyserar migrationsrätten nationellt och internationellt. Ni kan läsa mer om oss på vår hemsida sweref.org, vår Facebook www.facebook.com/sweref.org/ eller twitter [@sweref_org](https://twitter.com/sweref_org).

”

Europadomstolen har tagit hänsyn till att de väsentliga huvuddragen i utsagan varit desamma över tid.

BO JOHANSSON

Bevisning i tortyrrelaterade asylfall

Tortyr är vanligt förekommande i många länder och särskilt i de asylproducerande länderna. Man kan nämna länder som Iran, Uzbekistan, Syrien, Eritrea, Etiopien och Bangladesh. Den fråga som då är intressant är hur det förhållande att en sökande kan ha eller har utsatts för tortyr hanteras under asylprocessen, både under grundprövningen och under eventuellt efterföljande prövning.

Den sökandes egen utsaga är traditionellt det bevismedel som tillmäts den största betydelsen. Vaghet, detaljfattigdom och motsägelser är omständigheter som ofta vänds mot den sökande och underminerar i många fall den sökandes berättelse. Även enskilda osannolika moment kan ruinera en i övrigt över tid sammanhållen berättelse.

Det är förhållandevis vanligt att fråga om tortyr inte aktualiseras under utredningen även om den sökande åberopat att han gripits och förhörts av säkerhetstjänster eller andra statliga organ, notoriskt kända för ett omfattande bruk av tortyr. Följdfrågor ställs inte av utredare eller ens av offentliga biträden. Det är än mer sällsynt att remittera den sökande till medicinsk utredning för att dokumentera eventuella skador.

Dock har medicinsk bevisning åberopats i åtskilliga fall och den grundläggande frågan är i vilken mån sådan bevisning, i form av allt från enklare primärvårdsintyg till kvalificerade rättsmedicinska utredningar, kan uppväga utsagebrister.

Under tidigare delen av 1990-talet tillskrevs medicinsk bevisning ingen större vikt och uppvägs sällan brister i utsagan. I och med Kommittén mot Tortyrts beslut 1997 i fallen *Kisoki mot Sverige* och *Tala mot Sverige*, som Rådgivningsbyrån drev, kom detta förhållande att ändras. Dåvarande Utlänningsnämnden fattade stornämndsbeslut med innebörden att

medicinsk utredning skulle tillmätas en större vikt. Följden blev att brister i utsaga i ett antal fall kunde kompenseras av rättsmedicinsk utredning

I och med införande av den nya instans- och processordningen 2006 kom dock denna praxis att ändras. Brister i utsagan tillmättes återigen en avgörande betydelse och i många fall vägde detta tyngre än att kvalificerade rättsmedicinska utlåtande visade att den sökande utsatts för tortyr.

En avgörande vändning kom efter Europadomstolens avgörande i fallet *R.C. mot Sverige* under mars 2010. Kortfattad hade en iransk man åberopat att han bedrivit politisk verksamhet och att han gripits av denna anledning. Hans uppgifter vann inte tilltro, främst beroende på att hans uppgifter hur han i Iran avvikit från fängsligt förvar ansågs osannolika. Dock hade mannen ingett ett distriktsläkarintyg som utvisade att han hade skador förenliga med tortyr.

Mannen klagade till Europadomstolen som förelade den svenska parten att företa en rättsmedicinsk specialistundersökning. Utredningen visade klart att mannen hade skador efter tortyr. Även Europadomstolen fann att mannens uppgifter om flykt från fängsligt förvar saknade trovärdighet men fann att hans uppgift i övrigt i de väsentliga huvuddragen (politisk verksamhet, myndighetsingripanden) var desamma över prövningens olika moment varför dessa uppgifter ansågs trovärdiga. Därutöver tillkom stödbevisning i form av tortyrskadeutredning. Sammantaget var det visat att mannen varit föremål för de iranska myndigheternas intresse. Slutet blev att den statliga parten hade att visa att den sökande inte löpte en risk att utsättas för tortyr vid ett återvändande till Iran, något som svenska myndigheter inte kunde visa.

Det verkligt intressanta är att Europadomstolen inte låtit en osannolik uppgift (om flykt) väga så tungt att det tillåts att omkullkasta hela den sökandes berättelse utan att man tagit hänsyn till att de väsentliga huvuddragen i utsagan varit desamma över tid. Detta i motsats till etablerad svensk praxis där enstaka osannolika uppgifter tillåts omkullkasta utsagan som helhet.

Inledningsvis hade dock Europadomstolens avgörande inte någon större genomslagskraft i svensk praxis. Brister i utsagans kvalitet övervägde som regel medicinsk bevisning. Någon förändring kom inte förrän efter Migrationsöverdomstolens avgörande 2012 (*MIG 2012:2*).

Målet rörde en angolansk man som åberopat att han utsatts för tortyr

och läkarintyg om tortyr hade getts in. Såväl Migrationsverket som migrationsdomstolen fann att trovärdighetsbristerna var för stora för att uppvägas av det medicinska utlåtandet. Instanserna fäste också avseende vid att utlåtandena inte var utfärdade av rättsmedicinsk specialist.

Migrationsverket betonade i sitt yttrande att tortyrskadeutredningar inte fick ges triumfstatus.

Migrationsöverdomstolen fann att mannens berättelse visserligen var behäftad med brister men inte av så allvarlig art att berättelsen helt saknade trovärdighet. Domstolen fann vidare att intyget gav stöd för mannens uppgifter. Med förordnade om specialiserad rättsmedicinsk utredning återförvisades målet till Migrationsverket för prövning. Domstolen fann även att intyg utfärdad av annan än rättsmedicinsk specialist har ett bevisvärde. Domstolen hänvisade i sitt domslut till Europadomstolens avgörande.

Domstol prövade därefter ytterligare ett fall (*MIG 2014:21*) med anknytning till Europadomstolens avgörande. I fallet som rörde en marockansk man fann domstolen att asylberättelsen var behäftad med brister men inte av så allvarlig art att berättelsen som helhet kunde sättas i fråga. Även i detta fall återförvisades målet till Migrationsverket med förordnade av specialistutredning.

Det anmärkningsvärda är att prövningen i det sistnämnda fallet skedde flera år efter Europadomstolens avgörande och Migrationsöverdomstolen bekräftelse av de principer som följer av fallet *R.C. mot Sverige*. Svårigheterna att acceptera prövningsprinciper som tydligt avviker från en etablerad praxis, att tillmäta brister i utsaga en mycket tyngre vikt än annan bevisning, är tydlig.

Som i alla annan bedömning av skyddsbehov är det den framåtblickande risken som skall bedömas. Europadomstolen har i målet *D.N.W. mot Sverige* funnit att en framåtblickande risk inte förelåg. Målet avsåg en etiopisk man som åberopat att han fängslats och torterats av politiska skäl, vilket dokumenterats medicinskt och inte heller ifrågasatts. Domstolen tog dock fasta på att mannen under flera års tid efter frigivningen rest runt i landet och agerat politiskt utan att ingripande skett. Någon tillräcklig prognosticerande risk fanns därför inte.

Detta avgörande visar tydligt att det är den framtida risken som är avgörande. Att någon utsatts för tortyr innebär inte regelmässigt att

denne ånyo riskerar att utsättas för tortyr, även om sådan risk torde föreligga i de flesta fall.

Frågan om hur stor vikt som skall tillmätas medicinska tortyrskadeutredningar har avgjorts långt tidigare än fallet R.C. mot Sverige av både Europadomstolen och Kommittén mot tortyr. Den senare instansen har tidigt avgjort flera fall där såväl rättsmedicinska som psykiatriska utlåtanden tillmätts betydelse (*Alan mot Schweiz, Kisoki, Tala, Mondal, Bakatu-Bia, samtliga mot Sverige*). De fall som rörde Sverige fick då effekt fram till den senaste utlänningslagen trädde i kraft 2006, såtillvida att Utlänningsnämnden i stor utsträckning följde Kommitténs praxis.

Redan 2001, nio år före RC-avgörandet, tillmätte Europadomstolen medicinsk bevisning en stor betydelse i målet *Hilal mot Förenade Konungariket*. Visserligen tillmättes tortyrutredningar betydelse av Utlänningsnämnden men avgörandet har inte noterats i den praxis som etablerades efter att den nya instans- och processordningen trädde i kraft.

Redan 1998 fann Kommittén mot tortyr att stat har skyldighet att företa en mer omfattande tortyrskadeutredning om den enskilde uppvisar skador efter tortyr och dessutom företer enklare medicinsk bevisning (*A mot Nederländerna*). Det har inte kunnat noteras att detta avgörande påverkat svensk praxis.

En avgörande skillnad mellan praxis från Europadomstolen och Kommittén mot tortyr är att domstolen beaktar mer traditionella bevismedel som medicinska utredningar medan Kommittén även tar hänsyn till psykologiska faktorer och dess betydelse för den sökandes förmåga att avge en trovärdig berättelse.

Kommittén har i ett flertal avgöranden (ex.v. *Tala mot Sverige*, och *el-Rgeig mot Schweiz*) uttalat att man inte av en tortyrskadad person kan förvänta sig en sammanhängande, konsekvent och motsägelsefri berättelse och detta på grund av att tortyrutsatta personer ofta lider av posttraumatiskt stressyndrom vilket orsakar brister i den mentala förmågan.

Efter Migrationsöverdomstolen avgörande 2012 och 2014 har medicinska tortyrskadeutredningar getts en större vikt i svensk praxis. Dock finns ett flertal andra aspekter som följer av Europadomstolens och Kommittén mot tortyr praxis där oklarheter fortfarande råder i svensk rättstillämpning.

Europadomstolen har i RC-fallet men även i andra fall (ex.v. *F.N. m.fl mot Sverige*) beaktat om utsagan i sina huvuddrag väsentligen är desamma över prövningens olika moment, oavsett om den i övrigt innefattar vissa motstridiga och osannolika inslag. Sannolikt innebär detta att man fäster avseende vid om den sökande lämnar likartade uppgifter om politisk aktivitet, ingripanden och andra centrala moment. Däremot fäster man mindre vikt vid om enskilda moment och detaljer, även väsentliga sådana (i fallet R.C. om flykt), är motstridiga eller osannolika.

Här kan uppstå en motsättning mellan Europadomstolens och Kommitténs mot tortyr ståndpunkter. Domstolen tar, såvitt framgår av avgörandena, ingen påvisbar hänsyn till den verkan sökandes mentala brister kan ha medan Kommittén fäster en avsevärd vikt vid just dennes psykiska förmåga eller snarare oförmåga.

En sökande, som till följd av tortyr lider av ett svårartat posttraumatiskt stressyndrom, kan ha svårt att framföra en berättelse som är sammanhängande, motsägelsefri och dessutom är konsekvent. Den som lider av posttraumatiskt stressyndrom är sannolikt också dissociativ vilket påverkar minne och perception. En berättelse kan därför bli fragmentiserad, särskilt över tid. Detta är något som påverkar den sökandes möjlighet av att prestera en väsentligen sammanhållen berättelse och som negativt kommer att påverka värderingen av dennes utsaga.

I de R.C-relaterade fall Migrationsöverdomstolen avgjorde 2012 och 2014 har domstolen hänvisat att utsagorna visserligen var behäftade med brister men trovärdigheten kunde inte helt ifrågasättas. Något avgörande där bristerna i utsagan är så allvarliga att det inte kan uppvägas av medicinsk bevisning saknas ännu. Brister som överstiger de i de prövade fallen kan därför falla utför begreppet ”en i huvudsak väsentligen sammanhållen berättelse”. En riskgrupp i detta sammanhang är de som drabbats av posttraumatiskt stressyndrom och som följd därav uppvisar symptom på dissociation, med åtföljande minnessvårigheter och att hålla en berättelse sammanhållen.

Acceptansen för tortyrskadeutredningar har ökat betydligt men mycket talar ändå för att frågan är framdeles måste drivas med kraft. Kravet på en sammanhållen, detaljerad och motsägelsefri berättelse är starkt under inom det asylprövande systemet och står i motsats till att annan bevisning kan styrka eller göra den sökandes berättelse sannolik.

Motivet att nedvärdera sådan bevisning är därför betydande och därför är det med yttersta vikt att fortgående hävda de principer som följer av RC-avgörandet.

Europadomstolens praxis innefattar också flera andra avgöranden som borde ha betydelse i tortyrrelaterade fall men som inte lett till efterföljd i svensk praxis

I avgörandet *Said mot Nederländerna* framhåller Europadomstolen att man inte kan kräva bevisning av en enskild asylsökande som denna rimligen inte kan prestera utan att det väsentliga är om den sökandes utsaga väsentligen är sammanhållen i sina huvuddrag. I svensk praxis är frågan istället om bevisning företetts eller ej.

Domstolen har också i flera fall gjort en sammantagen bedömning av alla omständigheter i ett fall där de fått en inbördes förstärkande effekt. Omständighet som i sig inte har ett högt bevisvärde bedöms i sitt sammanhang och leder till att de sammantagna omständigheterna får en inbördes förstärkande effekt. Detta framgår tydligt av avgörandet *F.N. m.fl. mot Sverige*.

Detta i motsats till svensk praxis där värdet av varje omständighet bedöms för sig och utan beaktande av helheten.

Domstolen gör även en annan värdering av landinformation, där man inte gör någon principiell skillnad mellan information från statlig eller icke-statlig källa. I målet *N.A. mot Förenade Konungariket* tar man istället i beaktande omständigheter som källans auktoritet, hur insamlandet gått till, om man haft lokal närvaro och om uppgifterna är förenliga med andra källor. Detta i motsatt till svensk praxis där statliga källor ges en större tyngd.

Kommittén mot Tortyr har i flera fall (*Pelit mot Azerbajdzjan* och *Abdussamtov m.fl. mot Kazakstan*) fäst stort avseende vid att konventionsstat eller UNHCR erkänt vederbörande som flyktingar enligt 1951 års konvention. Detta i motsats till svensk praxis där man i stor utsträckning gör en annan bedömning än UNHCR.

Sammanfattningsvis har internationella avgörande haft en positiv inverkan på svenska avgörande men stora ansträngningar återstår innan svensk praxis på asylområdet och särskild rörande de tortyrrelaterade fallen blir konform med internationell praxis.

”

2015 var året då flyktingarna för en gångs skull blev synliga.

SANNA VESTIN

Tvärvändningen i migrationspolitiken 24 november 2015

När detta skrivs, i januari 2019, lever vi fortfarande i den förvirrade tid av lagändringar och praxisförskjutningar som uppstått efter tvärvändningen i migrationspolitiken 24 november 2015.

2015 var året då flyktingarna för en gångs skull blev synliga. Viljan att hjälpa var stor som aldrig förr. Frivilligorganisationer fick en ny stor roll i att sprida information både till asylsökande och hjälpare.

Men där de frivilliga såg en hjälpsam volontär som skjutsade en tonår-
ing till Migrationsverket, där såg polisen en kidnappare. Där de frivilliga
hörde förhoppningarna om att få asyl i Finland eller nå moster i Västerås,
där såg myndigheterna personer som valde att bli papperslösa och vägrade
söka asyl.

När gränskontrollerna infördes blev det förbjudet att resa vidare från
gränsen. Dittills hade asylsökande spritt sig över landet. Men när alla
skulle tas direkt till Migrationsverket i Malmö så blev situationen ohåll-
bar. Där fanns varken sovplatser, utrustning eller personal nog. Dessutom
ville myndigheterna inte längre samarbeta med frivilliga som hade sov-
platser redo. Hellre fick asylsökande sova på gatan, vilket skedde en natt.

Dagen därpå öppnades en mässhall vid gränsen.

I den mässhallen, med barnfamiljer som sov på pappskivor och några
få toaletter för hundratals människor, där skapades bilden av systemkollaps.
Antalet flyktingar var väl egentligen inte ohållbart. Men hanteringen
gjorde situationen ohållbar. Och i botten för den hanteringen låg synen
på flyktingarna som oberäkneliga och kanske farliga. De kunde inte
tillåtas resa vidare på egen hand, som asylsökande alltid gjort tidigare.

Gränshanteringen är ett exempel. Uttrycket systemkollaps handlar om mer. Det är sant att flyktingar drabbades. De fick bo för trångt, en del fick inte vård, en del barn fick inte full skolgång, en del ensamkommande togs om hand av lycksökare. Och de som jobbar i mottagningen led av att de inte räckte till. Men kollapsade systemen? Nej.

Ändå kom backlashen. Den ohållbara situationen som skapats blev motiveringen när regeringen plötsligt deklarerade att de skulle göra allt för att avskräcka människor från att söka asyl i Sverige.

Den 24 november 2015 hölls presskonferensen om att vi måste få ett andrum i flyktingmottagandet. S-MP-regeringen aviserade en tillfällig lag som skulle begränsa möjligheterna till uppehållstillstånd, främst genom att alla uppehållstillstånd skulle tidsbegränsas.

Barn och barnfamiljer som redan sökt asyl senast den dag presskonferensen hölls skulle undantas. Det undantaget var viktigt eftersom tusentals ensamkommande barn som normalt kunde förväntas få permanenta uppehållstillstånd annars riskerade att få tidsbegränsade som löpte ut när de fyllde 18. Miljöpartiet drev igenom undantaget efter månader av förhandlingar efter presskonferensen.

Den tillfälliga lagen innebar också att familjeåterförening skulle hindras för stora grupper och möjligheten att få stanna av ömmande omständigheter begränsades kraftigt.

Fler nya lagar och regler än den tillfälliga lagen skulle följa, som inskränkningar i bistånd för dem som fått avslag och större befogenheter för polisen.

Flera ändringar drabbade ensamkommande barn. Kommunerna blev till exempel av med sitt ansvar för mottagande av dem som fyllt 18.

Det som har hänt sedan tvärvändningen är inte bara lagändringar. Oskrivna regler har försvunnit, nya har tillkommit, oftast mer restriktivt. Ibland har myndigheterna gått längre än vad regeringen hade tänkt.

Ett tydligt exempel är Migrationsverkets praxis för ensamkommande barn från sommaren 2016. Utvisningsbeslut för ensamkommande barn får enligt lagen inte verkställas utan ordnat mottagande. Tidigare brukade detta leda till permanent uppehållstillstånd. Nu bestämde Migrationsverket att barnen skulle få tidsbegränsade tillstånd fram till att de fyller 18, framför allt de som var 16 eller äldre men också en del yngre barn. S-MP-regeringens undantag för barn sattes ur spel. Miljöpartiet var lurat.

Det blev nya regeringsförhandlingar och ytterligare en lagändring. Regeringen hade redan lovat att återkomma med ett tillägg i lagen som skulle ge ungdomar längre uppehållstillstånd än de annars kunde fått enligt den tillfälliga lagen, för att kunna gå ut gymnasiet. Denna möjlighet kompletterades nu med fyraårigt uppehållstillstånd för barn som annars bara skulle få stanna till 18-årsdagen på grund av brist på ordnat mottagande i hemlandet.

”Gymnasielagen” utmålades nästan som en amnesti. Men redan innan den trädde i kraft 1 juni 2017 tog Migrationsverket nästa steg. Allt fler ungdomar från ca 15–16 års ålder skrevs från hösten 2016 upp i ålder, i de flesta fall utan någon medicinsk bedömning alls.

Det finns ungdomar som uppgett fel ålder – det är fullt begripligt. Det märkliga var att uppskrivningarna skedde i massomfattning och utan urskillning. Av de afghanska ensamkommande barn som fick beslut hösten 2016 fick de flesta samtidigt ett beslut om att de samma dag blivit 18, vanligen utan motivering över huvud taget och ibland trots rader av intyg som bekräftade att det rörde sig om ett barn. Gruppen 16–17-åringar som förväntade få tidsbegränsade tillstånd på grund av brist på ordnat mottagande försvann nästan ur statistiken. Miljöpartiet var lurat en gång till.

De som skrevs upp i ålder behövde inget ordnat mottagande och kunde få ett vanligt utvisningsbeslut samma dag. Samma dag fick de också besked om att de måste lämna boendet eller familjehemmet och flytta någon annanstans i Sverige och att de inte längre hade god man. Konsekvensen blev att de som flyttade riskerade stötas ut ur skolan eftersom de blivit 18, medan andra bodde kvar på gatan för att få gå i skolan.

I början av 2017 stoppades åldersbedömningar utan medicinsk utredning. Istället infördes undersökningar med magnetröntgen. Hur tveksamma dessa åldersbedömningar är ur medicinsk synpunkt har blivit omtalat. Den juridiska aspekten borde vara lika viktig. Ett röntgenutlåtande är ett underlag, inte ett beslut. Det är Migrationsverket som ska göra bedömningen. Om beslutsfattaren inte gör en samlad bedömning utan låter Rättsmedicinalverkets utlåtande bli helt avgörande så accepteras även undersökningens felmarginal som slutresultat – dvs att det gör inget om en viss andel barn bedöms som vuxna.

Många har vittnat om att åldersbedömningarna inte är rättssäkra. Även mycket annat i utredningarna tycks ha gått snett. Exempelsamlingar

från frivilligorganisationer tyder på andra brister i rättssäkerheten, orsakat möjligen av brådskan och att många nya ovana handläggare, biträden och tolkar blev inblandade. Andelen beslut som ändrats i domstol blev högre än vanligt – men domstolspraxis spretar också kraftigt.

Rättssäkra beslut eller ej får framtida granskningar utvisa. Den sammanlagda hanteringen av de ensamkommande har hur som helst lett till att tonårigar som kom hit med ambitioner två-tre år senare hamnade utstötta på gatan och på vårdmottagningar, deprimerade, självmordsbenägna, drogberoende.

Hur gick det till – hur kunde vanliga hyggliga människor fatta alla dessa beslut som stötte ut ungdomarna?

När regeringen drev igenom den tillfälliga lagen var det mot en bred opinion från frivilligorganisationer till fackförbund, domstolar och myndigheter. Rådgivningsbyrån gick i spetsen för att samla civilsamhällets organisationer och diskutera lagförslaget. Alla såg att lagen skulle få dåliga konsekvenser och det framfördes. Men regeringen förklarade uttryckligen att syftet med lagen var att behandla människor sämre än tidigare så att andra skulle avskräckas från att komma hit. Därmed föll alla motargument.

Signalen tycks ha gått fram. Mottot att det är OK att behandla människor illa just nu tycks ha präglat hur myndigheter har fortsatt att fatta beslut om barn och unga på flykt.

När de ensamkommande plötsligt började få utvisningsbeslut och kastas ut från hela sitt sammanhang på en och samma dag så var det något som brast. Ensamkommande barn har ett nätverk bland svenskar som inga andra asylsökande har. Det gjorde ont när det nätet revs sönder. Att tonåringar skulle skickas till krigshärdar gjorde inte saken bättre, när många blivit som barn i huset hos sina vuxna vänner.

I bilden ingår återtagandeaftalet som tecknades med Afghanistan 2016 och att och tvångsutvisningar dit återupptogs. Andelen afghaner som får utvisningsbeslut har ökat kraftigt från ca en tredjedel 2014 till två tredjedelar när detta skrivs – trots det förvärrade säkerhetsläget.

Behandlingen av de ensamkommande barnen passerade en gräns som människorna i deras nätverk inte var beredda att acceptera. Därför finns det nu en stark rörelse för just den här gruppen.

Det finns en gräns även för politiker och myndighetspersoner. En del beslutsfattare och domare följer den bakvända bevisföringen för ålder –

andra faller tillbaka på generella bevisregler och EU-direktiv och fattar försiktigare beslut. Beslutsfattare i kommunerna gick ibland också mot strömmen och gav ungdomarna en chans att få gå kvar i skolan eller hittade boende åt dem.

Att den dåvarande regeringen också slets mellan kraven märks på besluten om gymnasier regler.

Den tillfälliga lagen ligger som ett svårgenomträngligt raster ovanpå Utlänningslagen med besynnerliga juridiska konsekvenser, vilket Rådgivningsbyrån förtjänstfullt har analyserat. Gymnasierglerna placerades som ett ytterligare osannolikt komplicerat pålägg – som en nonsensdikt om byråkrati, med ständiga omtagningar och snarlika formuleringar med oändliga bisatser, som upprepas om och om igen i nio långa verser/paragrafer. Det har inte varit lätt att fatta beslut enligt lagen. Jurister, frivilligorganisationer och myndigheter har fått kämpa mer eller mindre sida vid sida för att förstå och förklara vad som gäller – och många gånger tvistat om tolkningen.

Ändå skedde det en gång till. Regeringen var pressad av rörelsen som stöttar de ensamkommande. Miljöpartiet hade blivit lurat två gånger och krävde en lösning. Till slut försökte regeringen än en gång rädda gruppen ensamkommande som sökt asyl senast den 24 november 2015.

Enligt de nya gymnasierglerna som regeringen föreslog i slutet av 2017 skulle de som betraktades som ensamkommande barn när de sökte asyl senast det magiska datumet få uppehållstillstånd för att gå i gymnasiet på vissa villkor. Förutsättningen var att de genom mer än 15 månaders handläggningstid fått beslut som vuxna och därmed drabbats av den tillfälliga lagen.

Det står visserligen inget i den tillfälliga lagen om åldersbedömningar eller vem som kan utvisas vart eller vilka som får gå i skolan. Men resonemanget var det regeringen fann för att hänga upp en ny lagregel på.

Sedan den ”nya gymnasielagen” nu införts vet vi att den gett respit åt en del tonåringar men också medfört ytterligare juridiska knutar, motstridiga lagtolkningar och – i brist på följeregleringar – stor förvirring om samhällets ansvar för de nya ”tillståndssökande” och de som har uppehållstillstånd på grund av gymnasiestudier. Många av dem lever fortfarande på gatan och beviljas inte ens vård på samma nivå som papperslösa.

Lagändringarna visar att det fanns ett tryck på politikerna från dem

som inte accepterar att ungdomar behandlas illa enbart för att avskräcka andra från att komma hit. Men de nya reglerna blev för många och godtyckliga trots sin detaljrikedom. Det sänkte trovärdigheten för lag och lagstiftning.

En del ikttagare tappar tron på rättssamhället när de ser hur barn behandlas. Andra demoniserar de ensamkommande som inkräktare och våldtäktsmän. Att dessa ungdomar nu finns utstötta på gatan bekräftar båda bilderna.

De ensamkommande har fått tjäna som exempel i denna text. Hindren mot familjeåterförening och förbudet mot uppehållstillstånd av humanitära skäl riskerar att riva upp sår och skapa otrygghet och misstro på ett liknande sätt.

Även situationen för dem som får uppehållstillstånd påverkas av nya regler. Vilka rättigheter ett uppehållstillstånd medför varierar med hur gammal man är, av vilket skäl man fick tillstånd, om man bott i Migrationsverkets boende eller ej. Det ser olika ut för en rad kategorier rörande sociala rättigheter, skolgång och möjligheterna till förlängning.

Till och med bland papperslösa finns kategorier. Vilka går att verkställa, vilka är överlämnade till polis, vilka har lämnat in en ny ansökan, vilka väntar på beslut om gymnasiet ... Regler och rättigheter varierar mellan kategorierna.

Praxis skapas i detta nu samtidigt som rörelsejuristerna kämpar för att hänga med och skydda dem som hamnar i kläm.

Det vi borde vara rädda för 2019 är inte systemkollapsen utan systemet. I det nya systemet är människor i tillfällig otrygghet och med olika status ett naturligt inslag. Alla är de på jakt efter överlevnadsmöjligheter och vidöppet sårbara för utnyttjande.

Ändå kräver nu de stora partierna mer eller mindre öppet att Sverige ska behålla de ”tillfälliga” reglerna. Fortsatt restriktivitet försvaras med behovet av ordning och reda. I praktiken tycks politiken ha lett till mer av utstötthet, oordning och kriminalisering. Detta minskar knappast den flyktingfientliga opinion politikerna oroade sig för.

Vad kan få opinionen att vända? Folk i gemen vill nog ha ordning och reda. Men hade de tänkt att Hassan skulle bo på gatan istället för att ta studenten? Hade de tänkt att tioåriga Hawa som bor kvar i Syren och inte fått träffa sin mamma på tre år ska få nej när hon ansöker om återförening?

Eller att svårt traumatiserade barn åter ska bäras ut ur Sverige på bår? Antagligen inte.

Kunskapen om vad som händer sprids bäst av de skyddsökande själva och alla som möter dem i sina yrkesroller eller vardagsliv och släpper in dem i sitt sammanhang. Det krävs ingen juridisk analys för att reagera och ta strid mot att människor stöts ut. Men det krävs kunskaper för att välja redskap och sikta rätt. Juridisk analys av enskilda paragrafer och tolkningar behövs för att spåra vägen från politiska motiv över lag och praxis till praktiska resultat.

Dessutom krävs information om lagar och system direkt till den asylsökande huvudpersonen som har rätt att äga sitt ärende i en svårbegriplig och föränderlig värld.

Rörelsejuridiken är den hävstång som behövs för att klargöra vad det är för regler som kringgås eller drabbar orättvist. Rörelsejuridiken kan också visa när samhället splittras genom att grundläggande mänskliga rättigheter står på spel. Det hjälper rörelsen att se sin roll och sitt historiska sammanhang och det hjälper politikerna att förstå vad som hänt och vad som behöver förändras.

”

Frivilligorganisationerna kommer att behövas som ”gränsvakter” mot våra myndigheter och domstolar – och för vår del är det uteslutande normerna i de mänskliga rättighetskonventioner som styr vårt agerande.

MICHAEL WILLIAMS

Den nya instansordningen – en summarisk utvärdering 2010

”Mandatperioden 2006 inleddes i skuggan av Påskuppropet och amnestifrågan. En ny utlänningslag hade sjösatts med en reformerad asylprocess präglad av tvåpartsförhållande i domstol samt med ökad insyn för allmänheten. Stora förhoppningar lades på ökad rättssäkerhet och ökat förtroende för riktigheten i besluten. Visst har detta märkts på ett positivt sätt med ökad muntlighet, ökad tillgång till landinformation, bättre formulerade beslut och en tydlig avpolitisering genom att regeringen kopplades bort som överinstans. Men det väcktes också farhågor. FARR slog larm tidigt om de allvarliga konsekvenserna för asylsökande av ökad insyn, i och med att alla domar är offentliga. Så småningom togs integritetsfrågan mer på allvar men fortfarande finns det känsliga uppgifter tillgängliga som skulle kunna skada asylsökande. Den utlovade grad av muntlighet infriades inte vid de skilda domstolarna. När lagen utredes trodde man att det skulle bli muntliga förhandlingar i ca 70% av asylärenden men snittet ligger nära hälften av denna nivå.

Den nya instansordningen med Migrationsöverdomstolen som praxisbildande enbart i lagtolkningsfrågor och inte i bedömning av landförhållanden eller trovärdighet utsattes tidigt för kritik på grund av denna begränsning. I sin utredning om den nya lagen ger Bertil Hübinette kritikerna rätt och föreslår att frågan om huruvida prövningstillstånd även ska beviljas för ändringsdispens bör utredas närmare.

Överdomstolens vägledande beslut har lett till skärpning av praxis. Mest omdebatterad var beslutet 2007 att inte betrakta Irak som ett land där det rådde en inre väpnad konflikt. Kritiker ansåg att en alltför snäv definition hade gjorts av begreppet. Detta rättade domstolen till några år

senare i beslutet om Somalia och Mogadishu. Domstolen fattade också tidigt ett beslut som klargjorde frågan om ansvaret för verkställighets-hinder. Under den tidigare praxis kunde hänsyn tas till bristfällig agerande från polisen eller Migrationsverket att verkställa beslutet i det fall personen var nåbar och levde öppet. Överdomstolen slog fast att hela ansvaret för att lämna Sverige ligger hos den utvisade asylsökande så länge det överhuvudtaget går för någon att ta sig in i hemlandet. Detta leder till att betydligt färre personer får stanna på denna grund samt att den långa vistelsetiden i preskriberade ärende inte får någon tyngd. För vuxna är lång vistelsetid aldrig ett eget skäl att få uppehållstillstånd.

Tvåpartsprocessen öppnade möjligheten för Migrationsverket att även överklaga bifallsbeslut hos Migrationsöverdomstolen. Detta skapade stor förvirring hos asylsökande initialt och en del glädje togs ut i förskott med ibland svåra följder. Denna möjlighet användes flitigt och ledde fram i en del fall till en mycket hård skärpning av bestämmelserna.

Migrationsdomstolarnas domar har föga betydelse för praxisbildning tyvärr trots att de är en överinstans där också nämndemän deltar. Med tanke på att ändringsdispens inte kan sökas hos överdomstolen betyder detta att Migrationsverket sällan behöver rätta sin egen praxis utifrån migrationsdomstolarnas beslut. Den nya lagen har stärkt Migrationsverkets roll i den praktiska utvecklingen av praxis eftersom de väljer ut vilka rättsliga frågor som det begärs prövningstillstånd för medan asylsökandes offentliga biträden sällan samordnar sina insatser för att driva för asylsökande betydelsefulla rättsfrågor. Migrationsverkets relativt nya Rättsliga ställningstaganden får stor betydelse inte enbart i första instans även om dessa måste utformas utifrån överdomstolens vägledande beslut i det fall frågan har tagits upp där.

Den nya lagens fokus på skyddsbehov märks tydligt i bifallstatistiken. Fler får tillstånd som konventionsflyktingar, och ännu fler som alternativt skyddsbehövande eller övrig skyddsbehövande medan antalet som får stanna av synnerligen ömmande omständigheter utgör en mindre del av bifallsbesluten. Men många anser att det glappar mellan politikernas intentioner beträffande hur synnerligen ömmande skäl borde tolkas och den hårda praxis som råder. Kritiken ledde till att en utredning tillsattes som lämnade förslag till lagändringar i april 2011.

Frågor som blev mer akuta var åldersbestämning av barn, utvisning av barn och andra till undermåliga Dublinländer, betydelsen av pass i anknytningsärenden, bedömning av grupptillhörighet i minoritetskonflikter i förhållande till individuella skäl, häktesplacering av vissa asylsökande, papperslösas rätt till vård, gömda barns rätt till skolgång. Vissa av dessa frågor håller på att kunna hanteras på ett bättre sätt tack vare stort engagemang och framgångsrik lobbyverksamhet från frivilliga organisationer, yrkesorganisationer m fl.

På EU nivån har målsättning med harmonisering av asylpraxis kommit allt närmare fast samarbetet skrider mycket fortare fram inom EU:s gränsbevakningsorgan FRONTEX. Migrationspolitik medför för svensk del ett välkommet nytänkande beträffande arbetskraftsinvandring som även öppnar möjligheter för vissa asylsökande att få tillstånd.

”

Att få vetskap om vad som hänt en saknad anhörig och få möjlighet att återförenas är centralt för den som drabbats och dessutom en rättighet.

ANKI CARLSSON

En tillbakablick på familjeåterförening

”Jag tänker på när mina barn lämnade mig (...) jag måste kämpa. Vi kom från den där klanen och min man hade blivit mycket involverad i politiken. Jag tänkte (...) det är dags att du tänker på dig själv nu och dina barn, (...) vänner till mig och barnen fick en plats i den där lastbilen, jag och de yngsta fick inte plats. Så jag sa, jag tar nästa lastbil, men det blev inte så. Jag fick inte plats, (...) det blev stopp, (...) lastbilen åkte, jag blev kvar där i ett år.”¹

Mitt intresse för familjeåterförening väcktes när jag började arbeta på Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingar 1994. Många av dem jag mötte i arbetet var starkt påverkade av familjesplittring, vilket förstärktes av alla de kontakter som togs av integrationsansvariga myndigheter och vårdverksamheter som önskade stöd för sina klienter/patienter. Hinder för familjeåterförening hade stor negativ påverkan på rehabilitering och behandling av krigsskador och etableringsprocesser, samtidigt som den allmänna debatten och den migrationsrättsliga utvecklingen med lagstiftningsarbete oftast hade asylfrågorna i fokus. Under de 15 år som jag arbetade på Rådgivningsbyrån för asylsökande kom jag därför att fokusera på familjeåterförening, och även senare i nya uppdrag på Svenska Röda Korset.

Att få vetskap om vad som hänt en saknad anhörig och få möjlighet att återförenas är centralt för den som drabbats och dessutom en rättighet. Rätten till familj återkommer i flera internationella rättsliga regelverk. Inom den internationella humanitära rätten har staterna kommit överens

¹ Anki Carlsson (2004); *Att synliggöra familjeåterförening i migrationen*. D-uppsats. Stockholms universitet. Utdrag ur djupintervju med somalisk flykting i Sverige.

om att skydda människor och minska mänskligt lidande under krig. Konventionerna syftar bland annat till att bevara familjens enhet och återföre familjer som splittrats på grund av krig. Rätten till familj är också uttryckt i de mänskliga rättigheterna. Principen fastslogs första gången 1948 i FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter. Konventionen om barnets rättigheter stadgar också att barn inte ska hållas åtskilda från sina föräldrar och att ansökningar om familjeåterförening ska behandlas positivt, humant och snabbt.

När det EG-rättsliga direktivet om familjeåterförening som reglerar tredjelandsmedborgares rätt till familjeåterförening i EU implementerades i Sverige 2006 såg rätten till familjeåterförening ut att stärkas i den svenska lagstiftningen. Direktivet hade tillkommit för att garantera tredjelandsmedborgare som vistas lagligen i EU rättigheter och skyldigheter i likhet med unionsmedborgarna. Bland annat uttrycktes att familjen skapar en stabilitet som främjar individens integration. Direktivet medförde därför rättigheter till familjeåterförening men innehöll också begränsningar som gav möjligheter för medlemsstaterna att ställa krav på till exempel försörjning och bostad. Införandet av direktivet ledde till ett ökat fokus på rättsutvecklingen på området, samtidigt som många familjer stod inför svåra situationer där barn som fyllt 18 år eller gamla föräldrar inte medgavs återförening, då rätten begränsades till kärnfamilj, föräldrar och barn under 18 år.

Under de år som sedan följde blev det allt svårare för familjer som flytt krig, konflikt och förföljelse att återförenas. 2009 började migrationsmyndigheterna tillämpa krav på legal ställföreträdare för att ett barn skulle kunna ansöka om familjeåterförening. Barn fick alltså inte sina ansökningar prövade, trots att de hade rätt till familjeåterförening.

2010 infördes ytterligare begränsningar. Bakgrunden var ett antal domstolsavgöranden från Migrationsöverdomstolen kring passkrav för tidsbegränsade uppehållstillstånd som ledde till krav på att personer skulle styrka sin identitet för att få tillstånd att återförenas med sina anhöriga. En statlig utredning föreslogs i en migrationspolitisk överenskommelse under 2011 men innan den kom till stånd medförde en dom från Migrationsöverdomstolen i januari 2012 bevislättnader för barnfamiljer.²

² Migrationsöverdomstolens dom den 18 januari 2012, UM 10897-10

Under de här åren när begränsningar infördes mötte de frivilligorganisationer som arbetade med familjeåterförening många förtvivlade och desperata familjer. I en rapport som Sociala Missionen och Svenska Röda Korset tog fram 2012 välkomnades Migrationsöverdomstolens dom samtidigt som det lyftes fram att det är olyckligt att så många familjer tvingats leva åtskilda under lång tid.³ Organisationerna påtalade vikten av att resurser skulle tillföras migrationsmyndigheterna och de svenska beskickningarna för att korta och förenkla handläggningstider och ansökningsförfaranden. Organisationerna efterlyste också ökad samverkan mellan Migrationsverket och de mottagande kommunerna för en bra beredskap och gynnsamma mottagningsförhållanden.

Tillsammans med Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingar och Rädda Barnen följde Sociala Missionen och Svenska Röda Korset ett år senare upp 2012 års rapport.⁴ Här påtalades bland annat fortsatta brister i samhällets stöd till familjer under familjeåterföreningsprocessen och efter återföreningen. Detta gällde till exempel ensamkommande barn som fick ett alltför stort ansvar för att stödja sina föräldrar och syskon i Sverige. Organisationerna konstaterade att den bevislättningsregel som införts hade möjliggjort för många barnfamiljer att återförenas men att hinder återstod. Ytterligare ett orosmoln hade seglat upp – treåriga uppehållstillstånd till de många asylsökande som flytt krigets Syrien som inte medgav familjeåterförening. Organisationerna varnade för att om tidsbegränsade tillstånd blir vanligare medför det risker för familjerna. Barn tvingas ut på riskfyllda resor i händerna på smugglare för att nå säkerhet och återförening. För den som är i Sverige blir situationen oerhört påfrestande och etableringsprocessen lidande.

Nästa större förändring kom 2016 när den tillfälliga utlänningslagen infördes. Rätten till familjeåterförening begränsades i den tillfälliga lagen på flera sätt, bland annat genom att alternativt skyddsbehövande framtogs rätten till familjeåterförening samt att striktare bostads- och försörjningskrav infördes. Många förtvivlade människor som flytt krig och konflikt sökte sig igen till frivilligorganisationerna för stöd och rådgivning.

³ Svenska Röda Korset och Sociala Missionen (2012); *Vägen till familjeåterförening – nulägesrapport från arbetet med att återföre splittrade flyktingfamiljer*.

⁴ Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingar, Rädda Barnen, Sociala Missionen och Svenska Röda Korset (2013); *Familjeåterförening – en (o)möjlighet, Nulägesrapport 2013*.

Under hösten 2018 presenterade Svenska Röda Korset en utvärdering av den tillfälliga lagen.⁵ Utvärderingen baserades på analyser av domar, intervjuer med människor som påverkas av lagen liksom med representanter för yrkesgrupper som möter gruppen. Intervjuer och enkäter hade också gjorts med frivilliga i lokala rödakorsföreningar samt psykologer och kuratorer på Svenska Röda Korsets behandlingscenter för krigsskadade och torterade. Rapporten bekräftade det mänskliga lidande som många varnade för innan lagen infördes. Många familjer där en eller flera personer beviljats skydd i Sverige hade fått beslut om att de nekats familjeåterförening under de tre år lagen gäller. Förändringarna hade lett till ökad psykisk ohälsa och rapporten visade en ökad risk för depression och posttraumatiskt stressyndrom. Resultaten visade också att de strikta försörjningskraven är svåra att uppfylla och att kvinnor riskerar att drabbas hårdare av dessa än män. Kvinnor har ofta svårare att uppfylla försörjningskraven om de befinner sig i Sverige eftersom de i många fall står längre ifrån arbetsmarknaden, och har ofta svårare att klara sig i hemländerna om de är ensamma kvar.

I nuläget är framtiden för reglerna om familjeåterförening oviss. Hur det blir framåt är till stor del avhängigt utvecklingen kring den tillfälliga utlänningslagen. Oavsett utgång så kommer de frivilligorganisationer som arbetar med familjeåterförening fortsatt spela en avgörande roll. När samhällets beredskap och stöd har varit bristfälligt, rätten till offentligt biträde i familjeåterföreningsprocesser inte funnits, kunskapen kring de humanitära konsekvenserna av familjesplittring varit lågt värderade i etablerings- och vårdsammanhang har frivilligorganisationerna tagit ett stort ansvar. Med psykosocialt och kris- och traumastöd under de långa svåra väntetiderna eller när återförening inte beviljats, i det praktiska mottagandet av familjerna när återförening möjliggjorts, med juridisk rådgivning och representation i de många gånger komplexa rättsliga processerna. I flera fall har frivilligorganisationerna drivit de ärenden som påverkat praxisutvecklingen i positiv riktning. Baserat på sina erfarenheter bedriver organisationerna ett starkt påverkans- och opinionsbildande arbete. Detta arbete är viktigare än någonsin.

⁵ Svenska Röda Korset (2018); *Humanitära konsekvenser av den tillfälliga utlänningslagen*.

För Sahra, som jag å Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingars vägnar företrädde blev det så småningom en återförening. Efter ett och ett halvt år hittade hon sina barn i Sverige efter en riskfylld flykt. En lång kamp tog vid för att styrka släktskap och få vårdnaden om alla sina barn. Ytterligare fyra år passerade innan de yngsta barnen kunde återförenas med övriga familjen i Sverige. Det blev en lång och smärtsam process men som ändå slutade positivt. För många andra familjer finns risk att de tvingas fortsätta leva åtskilda, om vi inte slår vakt om rätten till familjeåterförening.



Personer vars utvisningsbeslut inte kunde verkställas hamnade i en så kallad limbosituation.

MARTIN NYMAN

En bedömning utan stöd i lag, praxis eller förarbeten

Migrationsverkets hantering av frågan om verkställighetshinder när en asylansökan har avvisats med stöd av 5 kap. 1 b § utlänningslagen

Min första dag på Rådgivningsbyrån, cirka fem minuter efter att jag hade börjat, ville chefsjuristen Anders Sundquist veta hur jag såg på frågan om problematiken kring 5 kap. 1 b § utlänningslagen (2005:716) och verkställighetshinder. Om jag minns rätt uttryckte han att jag ju måste ha svaret eftersom jag kom från Migrationsöverdomstolen. Till chefsjuristens stora besvikelse hade jag inte hört talas om denna problematik. Frågan kom dock att följa mig under de följande tre åren.

Problematiken bestod i att Migrationsverket i regel gjorde bedömningen att 12 kap. 18 § utlänningslagen inte var tillämplig i situationer då en asylansökan har avvisats med stöd av 5 kap. 1 b § samma lag. Till stöd för denna bedömning angav Migrationsverket att Migrationsöverdomstolen i MIG 2008:32 har uttalat att en tillämpning av 12 kap. 19 § utlänningslagen förutsätter att frågan om uppehållstillstånd tidigare har prövats i sak, och att verkets uppfattning är att detsamma gäller för en tillämpning av 12 kap. 18 § samma lag eftersom paragraferna är utformade på liknande sätt. Detta fick till följd att personer som hade fått sin asylansökan avvisad med stöd av 5 kap. 1 b §, vilket kan ske om personen har fått asyl i ett annat land eller det annars bedöms finnas ett säkert tredje land som personen kan resa till, inte kunde få frågor om verkställighetshinder prövade. Det ledde till att personer vars utvisningsbeslut inte kunde verkställas på grund av exempelvis praktiska eller medicinska verkställighetshinder hamnade i en så kallad limbosituation i Sverige.

Migrationsverket var dock inte konsekventa i denna tillämpning och på Rådgivningsbyråns såg vi ett flertal olika varianter på hur Migrationsverket hanterade frågan. Bland annat fick vi in ett ärende avseende en person som hade fått sin asylansökan avvisad med stöd av 5 kap. 1 b § utlänningslagen och där Migrationsverket sedan inom loppet av en månad prövade två anmälningar om verkställighetshinder i sak och avvisade två andra.

Rådgivningsbyråns bedömning av frågan är att 12 kap. 18 § utlänningslagen är tillämplig även i situationer när en asylansökan har avvisats med stöd av 5 kap. 1 b § samma lag. Det kan konstateras att det som Migrationsöverdomstolen har uttalat sig om i MIG 2008:32 är att det för en tillämpning av 12 kap. 19 § utlänningslagen förutsätter att frågan om uppehållstillstånd tidigare har prövats i sak endast behandlar frågan om just *ny prövning*, och det är naturligt att en tillämpning av begreppet *ny prövning* förutsätter att en tidigare prövning har skett. Frågan om *ny prövning* är dock inte aktuell när det gäller en tillämpning av 12 kap. 18 § utlänningslagen, utan paragrafen är tillämplig i alla – som anges i paragrafens första mening – ärenden om verkställighet av beslut om avvisning eller utvisning som fått laga kraft. Hade lagstiftaren haft för avsikt att begränsa paragrafens tillämpningsområde till endast en del ärenden om verkställighet av beslut om avvisning eller utvisning hade bestämmelsen innehållit en sådan begränsning. Det finns inte heller något i förarbetena till bestämmelsen som ger stöd för uppfattningen att den endast är tillämplig när det tidigare har skett en sakprövning av frågan om uppehållstillstånd. Det enda som nämns i förarbetena är just att paragrafen är tillämplig i ärenden om verkställighet av beslut om av- eller utvisning (se prop. 2004/05:170 s. 215–230 och 299 f.) Migrationsverkets bedömning att en tillämpning av 12 kap. 18 § utlänningslagen förutsatte att frågan om uppehållstillstånd tidigare har prövats i sak förefaller följaktligen vila på mycket ostadig grund. Det är i sammanhanget särskilt olyckligt att Migrationsverket gjorde denna högst osäkra bedömning eftersom beslut enligt 12 kap. 18 § utlänningslagen inte är överklagbara, och att överinstanserna således inte kunde ge vägledning i frågan.

I sammanhanget bör dock uppmärksammas att en migrationsdomstol – trots att beslut enligt 12 kap. 18 § utlänningslagen alltså inte är överklagbara – fann anledning att uttala att bestämmelsens tillämpningsområde inte kunde begränsas på det sätt som Migrationsverket gjorde

(se Förvaltningsrätten i Stockholm, migrationsdomstolens dom i mål nr UM 1673-15).

I sammanhanget kan konstateras att Sverige, till följd av Migrationsverkets bedömning av 12 kap. 18 § utlänningslagens tillämpningsområde, riskerade att bryta mot både den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) samt EU-rätt.

Om det exempelvis skulle utgöra en kränkning av rätten till skydd för privat- och familjeliv enligt artikel 8 Europakonventionen att utvisa en person, men att det saknas ett rättsmedel för att få detta prövat, utgör det även en kränkning av rätten till ett effektivt rättsmedel i artikel 13 i samma konvention.

Migrationsverkets uppfattning om tillämpligheten av 12 kap. 18 § utlänningslagen medförde också att svensk rätt kunde stå i strid med EU-rätt. Om en person som har fått sin ansökan om uppehållstillstånd avvisad med stöd av 5 kap. 1 b § utlänningslagen efter laga kraft har blivit ensam vårdnadshavare till ett barn som är svensk medborgare, står det i strid med EU-rätten att inte tillåta personen kvarstanna och arbeta i landet så att barnet har möjlighet att utöva sitt unionsmedborgarskap. I detta sammanhang ska det hänvisas till vad EU-domstolen har uttalat i sin dom i målet Zambrano C 34/09:

- att artikel 20 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) utgör hinder för nationella åtgärder som medför att unionsmedborgare berövas möjligheten att faktiskt åtnjuta kärnan i de rättigheter som tillkommer dem i kraft av unionsmedborgarskapet;
- att neka en tredjelandsmedborgare uppehållsrätt samt arbetstillstånd i den medlemsstat i vilken hans eller hennes minderåriga barn, för vilken tredjelandsmedborgaren är underhållsskyldig, bor och är medborgare, medför emellertid just detta;
- artikel 20 FEUF ska tolkas så, att den utgör hinder för att en tredjelandsmedborgare som är underhållsskyldig för sina minderåriga barn, vilka är unionsmedborgare, uppehållsrätt i den medlemsstat i vilken barnen bor och är medborgare, och att den utgör hinder för nämnda

medlemsstat att neka tredjelands-medborgaren arbetstillstånd, i den mån sådana beslut medför att barnen berövas möjligheten att faktiskt åtnjuta kärnan i de rättigheter som är knutna till ställningen som unionsmedborgare.

Det bör i sammanhanget också påpekas att den allmänna inhibitions-möjligheten enligt 12 kap. 13 § utlänningslagen inte kan anses tillräcklig för att kunna utgöra ett alternativ till en prövning i sak om det föreligger verkställighetshinder, och inte heller är att betrakta som ett effektivt rätts-medel i dessa situationer.

Från Migrationsverket hänvisades emellanåt till att resningsinstitutet kunde användas för att hantera frågan om verkställighetshinder i den här typen av situationer. Detta är dock av både processekonomiska skäl (då flera domstolsinstanser skulle behöva bli inblandade i stället för att myndigheten själv hanterar frågan) och rättssäkerhetsskäl (då bestämmelserna om resning är mer restriktiva än bestämmelserna om verkställighetshinder, och då en komplicerad resningsprocess även kan göra det svårare för en enskild att tillvarata sin rätt) inte en lämplig ordning.

Rådgivningsbyrån arbetade under flera år, genom såväl processföring som direkt kommunikation med Migrationsverket, för att verket skulle ändra sin ytterst tveksamma tolkning av 12 kap. 18 § utlänningslagens tillämpningsområde. Även om det fortfarande finns vissa oklarheter i frågan, var det i vart fall tillfredsställande att se att Migrationsverket den 22 mars 2018 i ”Rättsligt ställningstagande angående tillämpningen av 12 kap. 18–19 §§ UtL i de fall Migrationsverket beslutat att avvisa ansökan om asyl enligt 5 kap. 1 b § UtL”, SR 09/2018, konstaterade att det vare sig från ordalydelsen av 12 kap. 18 § utlänningslagen, förarbeten till samma lagrum eller praxis går att utläsa att bestämmelsen inte är tillämplig på lagkraftvunna av- eller utvisningsbeslut som har fattats med stöd av 5 kap. 1 b § utlänningslagen.

”

Barnkonventionen som lag skulle kunna öppna nya möjligheter till uppehållstillstånd.

LOUISE DANE

Reflektioner kring barnkonventionens ökade betydelse för rätten att få leva tillsammans med sin familj

Sverige ratificerade FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen) genom ett riksdagsbeslut den 21 juni 1990.¹ Den 2 september samma år trädde konventionen i kraft. Sverige är sedan dess folkrättsligt bundet av barnkonventionen. Detta innebär att all svensk lagstiftning ska vara i linje med barnkonventionen. Eftersom Sverige är ett dualistiskt land behöver dock konventionsåtaganden vara inkorporerade i svensk lag för att vara direkt tillämpliga. Barnkonventionen är ännu inte inkorporerad i sin helhet, så kommer enligt riksdagsbeslut att ske 1 januari 2020.² Trots detta har barnkonventionen på senare år haft betydelse i migrationsrättsliga ärenden. Inte minst när frågan gällt familjeåterförening.

Hur kan då detta komma sig? Jag skulle vilja hävda att barnkonventionens genomslag i familjeåterföreningsärenden beror på främst på tre faktorer; 1) att delar av barnkonventionen faktiskt redan är svensk lag, 2) att barnkonventionen getts ökad tyngd via Europadomstolen och EU-rätten samt 3) att barnkonventionens ställning i svensk migrationsrätt har stärkts via framgångar i praxis (till stor del åstadkomna genom strategisk processföring av organisationer som Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingar).

1) Delar av barnkonventionen är redan svensk lag

När Sverige ratificerade barnkonventionen diskuterades om/vilka åtgärder som skulle krävas för att svensk lagstiftning skulle vara i överensstämmelse

1 SÖ 1990:20, prop. 1989/90:107, bet. 1989/90:SoU28 och rskr. 1989/90:350.

2 Lagen (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter.

med konventionen. Regeringen landade i att inga särskilda åtgärder behövdes, istället konstaterades s.k. normharmoni – dvs. att svensk lag redan var överensstämmande med konventionen.³ Kritik kom dock från politiker som menade att barnkonventionen förpliktigade Sverige att tydligare än tidigare betona barns rättigheter i migrationsprocessen.⁴ Under åren som följde växte kritiken och ledde så småningom till tillsättandet av en parlamentarisk kommitté (Barnkommittén). Kommittén fick bl.a. i uppgift att undersöka frågan om barnets ställning i utlänningsrätten och presenterade ett delbetänkande gällande just denna fråga år 1996.⁵ Barnkommittén föreslog i delbetänkandet att barnkonventionens artikel 3 – principen om barnets bästa – skulle införas i en portalparagraf i utlänningslagen. Regeringen och riksdagen samtyckte och sedan 1 januari 1997 finns således en bestämmelse i utlänningslagen om att barnets bästa måste beaktas.⁶ Samtidigt infördes även en bestämmelse om att barn som berörs av ett migrationsrättsligt beslut ska ha rätt att komma till tals om det inte är olämpligt samt att hänsyn ska tas till barnets åsikter och vilja, med beaktande av barnets ålder och mognad. Denna bestämmelse utformades med utgångspunkt i artikel 12 i barnkonventionen.⁷ I dagens svenska utlänningslag återfinns bestämmelsen om barnets bästa i 1 kap. 10 § och bestämmelsen om barns rätt att komma till tals i 1 kap. 11 §. Artikel 3 och artikel 12 är således redan del av svensk utlänningslagstiftning. Eftersom tolkningen av svensk rätt ska ske fördragskonformt ska hänsyn även tas till övriga delar av barnkonventionen vid tillämpningen av svensk rätt. Problem att tillämpa svensk rätt i linje med barnkonventionen bör således uppstå först då svensk rätt upplevs strida mot barnkonventionen.

2) Barnkonventionen har getts ökad tyngd via Europadomstolen och EU-rätten

I vissa fall uppkommer sådana situationer där svensk lagstiftning står emot barnkonventionen. Fram till dess att barnkonventionen i sin helhet blir lag är utgångspunkten att gällande svensk lag ges företräde framför

3 Prop. 1989/90:107 s. 28.

4 Motionerna 1989/90:Sf615, s. 7, 1990/91:Sf627, 1990/91:Sf627, s. 14 f. och 1990/91:Sf638.

5 SOU 1996:115

6 Prop. 1996/97:25, bet. 1996/97:SfU5, rskr. 1996/97:80.

7 Prop. 1996/97:25.

barnkonventionen. Samtidigt finns det normer som har högre rang än inhemsk svensk rätt. Genom EU-medlemskapet har EU-rätten företräde framför svensk rätt. Genom att införa särskilda bestämmelser i grundlag om att ingen svensk lag får strida mot Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) har även denna konvention getts tyngre vikt än vanlig svensk inhemsk lag.

Europakonventionen innehåller inga särskilda bestämmelser om barn, Europadomstolen har dock i sin praxis betonat att Europakonventionen inte existerar i ett vakuum och att hänsyn, i enlighet med artikel 31 § 3 c Wienkonventionen om traktaträtten från 1969, måste tas till relevanta internationella överenskommelser tillämpliga på förhållandet mellan parterna. Domstolen har särskilt framhållit att mänskliga rättigheter som följer av internationell rätt måste följas – och har specifikt pekat ut barnkonventionen.⁸ Vid tolkning och tillämpning av Europakonventionen är det således viktigt att även beakta och respektera barnkonventionen. På så vis har domstolen vävt samman barnkonventionens bestämmelser med Europakonventionen. Vad gäller EU-rätten får organisationens rättighetsstadga⁹ inte tolkas på ett vis som ger ett lägre rättighetsskydd än det Europakonventionen uppställer vilket innebär att vad Europadomstolen uttalat om relationen till barnkonventionen även får relevans i ett EU-rättsligt sammanhang. Då all EU-rätt måste tolkas utifrån rättighetsstadgan innebär det att barnkonventionens bestämmelser måste finnas med även vid tolkning och tillämpning av EU-rätten. Utöver rättighetsstadgans mer generella bestämmelser innehåller dessutom ett flertal andra EU-rättsliga akter specifika regler om att barnets bästa ska beaktas samt att barn ska ges särskilt skydd.¹⁰

8 Se bland annat *Maumousseau och Washington mot Frankrike* (dom den 6 december 2007, appl. no. 39388/05), p. 60. *Golder mot Förenade kungariket* den 21 februari 1975, 29 §, serie A nr 18, *Streletz, Kessler och Krenz mot Tyskland* [GC], nr 34044/96, 35532/97 och 44801/98, 90 §, MCHR 2001-II och *Al-Adsani mot Förenade kungariket* [GC], nr 35763/97, 55 §, MCHR 2001-XI. Se även *Dane, Louise*. ”Europadomstolen och barnets bästa.” *Förvaltningsrättslig Tidskrift* 2 (2015).

9 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

10 Utöver regleringen i rättighetsstadgan framkommer barnets bästa uttryckligen bl.a. av artikel 6 i Dublinförordningen, artikel 23 i mottagningsdirektivet, artikel 5 i familjeaterföreningsdirektivet, artikel 20 i skyddsgrundsdirektivet, artikel 25 i asylprocedursdirektivet samt artikel 5 i återvändandendirektivet.

Det anses även framkomma av allmänna EU-rättsliga principer att EU måste följa internationell rätt däribland barnkonventionen.¹¹

Genom Europadomstolens praxis och EU-rätten har således barnkonventionen kommit in i svensk rätt på ytterligare vis.

3) Barnkonventionens ställning i svenska familjeåterföreningsärenden har stärkts via framgångar i praxis

Ett exempel på hur barns rätt till familjeliv påverkat den svenska migrationsrättens utveckling är att Migrationsöverdomstolen år 2012 utvecklade en möjlighet till bevislättning i familjeåterföreningsärenden. Bevislättningen motiverades med att det kan finnas skäl att avvika från huvudregeln om styrkt identitet i situationer där barnets bästa annars riskeras – genom att de inte får leva tillsammans med sina föräldrar. I praktiken innebär möjligheten att beviskravet i familjeåterföreningsärenden i vissa fall kan sänkas från att identiteten ska styrkas till att den ska göras sannolik.¹² Utvecklingen av bevislättningen var välkommen eftersom situationen i flera år varit sådan att det var helt omöjligt för personer från vissa områden i världen att få återförenas då de inte kunde styrka sin identitet. Inte pga. något de själva gjort utan enbart beroende av vilka möjligheter deras hemland hade att utfärda dokument som ansågs tillräckligt tillförlitliga av svenska myndigheter.

Ett senare exempel, kanske det tydligaste hittills, på att barnkonventionen fått en stärkt ställning i svensk migrationsrätt går att finna i ett rättsfall meddelat så sent som under hösten 2018, närmare bestämt MIG 2018:20 – där Rådgivningsbyrån företrädde en syrisk familj som önskade återförenas med sin åttaårige son som redan befann sig i Sverige.¹³ Familjen hade av såväl Migrationsverket som migrationsdomstolen nekats

11 Domstolens dom (stora avdelningen) i mål C-540/03 Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd den 27 juni 2006, se särskilt punkt 37. Se även Kalverboer, Margrite, Daan Beltman, Carla van Os, and Elianne Zijlstra. "The Best Interests of the Child in Cases of Migration." *The International Journal of Children's Rights* 25, no. 1 (2017): 114-139, samt Drywood, Eleanor. "Giving with one hand, taking with the other: fundamental rights, children and the family reunification decision." *European law review* 32, no. 3 (2007): 396-407.

12 Bevislättningen har sedermera utvecklats genom ytterligare fyra rättsfall; MIG 2014:6, MIG 2016:6, MIG 2016:13 samt MIG 2018:4.

13 För transparensens skull bör förmodligen även tydligt skrivas ut att jag själv bidrog med ett yttrande i målet.

återförening med hänvisning till att pojken beviljats uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande (jfr 4 kap. 2 § UtlL).

Som bekant antog den svenska riksdagen till följd av flyktingsituationen år 2015 en begränsningslag¹⁴ i syfte att minska antalet människor som sökte sig till Sverige.¹⁵ Genom denna lag beslutade riksdagen bl.a. att anhöriga till personer som fått uppehållstillstånd i Sverige som alternativt skyddsbehövande som huvudregel inte ska ha rätt att återförenas. I begränsningslagens 13 § finns dock en bestämmelse om innebär att även alternativt skyddsbehövande ska ha rätt att återförenas om det skulle strida mot ett svenskt konventionsåtagande att neka familjeåterförening.¹⁶

Beslutet att på detta vis försvåra familjeåterförening har väckt debatt. En del av debatten har rört frågan om när det kan anses strida mot ett svenskt konventionsåtagande att vägra återförening och om vilka svenska konventionsåtaganden som ska beaktas. I lagens förarbeten anges nämligen att det ska vara fråga om "införlivade konventionsåtaganden".¹⁷ I propositionen anges även att det framför allt är Europakonventionen som blir aktuell vid tillämpningen av 13 § begränsningslagen.¹⁸ Utöver Europakonventionen nämns i förarbetena specifikt att "[p]rincipen om barnets bästa är införlivad i svensk rätt genom bl.a. portalparagrafen om barnets bästa i 1 kap. 10 § UtlL. Där framgår att i fall som rör barn ska särskilt beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver. Att barnkonventionen ska beaktas i ärenden om uppehållstillstånd enligt den tidsbegränsade lagen framgår alltså redan av att portalparagrafen ska tillämpas även när beslut fattas med stöd av den tidsbegränsade lagen."¹⁹

Att den i svensk lagstiftning intagna bestämmelsen om barnets bästa behöver beaktas i relation till begränsningslagen har således inte varit kontroversiellt. Däremot har det varit omdiskuterat vad som ska gälla angående barnkonventionens övriga bestämmelser, de som ännu inte har tagits in i svensk rätt. Ovan nämnda formuleringar i förarbeten har

14 Lag om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

15 Se prop. 2015/16:174, Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

16 13 § begränsningslagen.

17 Prop. 2015/16:174, s. 52.

18 Prop. 2015/16:174, s. 79.

19 Prop. 2015/16:174, s. 52.

nämmligen t.ex. fått till följd att Migrationsverket ansett att endast de delar av barnkonventionen som tagits in i utlänningslagen kan användas i relation till begränsningslagen ventilbestämmelser.²⁰

Migrationsöverdomstolens avgörande MIG 2018:20 är mycket viktigt vad gäller betydelsen av barnets bästa. Men avgörandet är även viktigt för att överdomstolen framhåller att även andra delar av barnkonventionen ska beaktas som svenska konventionsåtaganden.

Bakgrunden i MIG 2018:20 var som nämnts ovan att en syrisk familj nekats återförening med sin åttaåriga son. Migrationsverket prövade om ett nekande av återförening skulle anses oproportionerligt enligt Europakonventionens artikel 8. Verket konstaterade att det i och för sig var omöjligt för familjen att återförenas i hemlandet Syrien eller i något tredje land men bedömde att det inte fanns några sådana individuella omständigheter som innebar att det var oproportionerligt att låta familjeåterförening anstå under några år. Vad gällde barnets bästa meddelade Migrationsverket kort att det inte kunde anses stå i strid med denna bestämmelse att neka familjen tillstånd. Migrationsdomstolen å sin sida uttalade endast att den ansåg att Migrationsverket haft fog för sitt avslag och att domstolen inte ansåg att det stred mot något konventionsåtagande att neka återförening.

Migrationsöverdomstolen å sin sida nådde slutsatsen att det var i strid med såväl Europakonventionens artikel 8 som med barnkonventionens artikel 3, 9 och 10 att neka återförening. I domen betonar Migrationsöverdomstolen att Europakonventionen måste tolkas i ljuset av barnkonventionen (se punkt 2 ovan). Dessutom hänvisar Migrationsöverdomstolen i sin dom till FN:s barnrättskommittés uttalanden om att barnkonventionens artikel 3 (om barnets bästa) måste förstås utifrån syftet med bestämmelsen; att ”säkerställa både fullt och faktiskt åtnjutande av alla de rättigheter som erkänns i Barnkonventionen (Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 14 [2013], p. 4)”. Härefter konstaterar Migrationsöverdomstolen att barnkonventionen ställer krav på att konventionsstaterna

20 Ventilbestämmelserna återfinns i 11 § och 13 § begränsningslagen. Angående påståendet att Migrationsverket endast ansett att de delar av barnkonventionen som är inskrivna i svensk lag kan användas se exempelvis resonemangen om möjligheten att bevilja devitaliserade barn uppehålls tillstånd i Rättsligt ställningstagande angående hälsotillstånd och vårdmöjligheter som grund för uppehållstillstånd för barn och barnfamiljer med särskilt fokus på devitaliserade barn, SR 21/2018, 2018-06-11.

ska säkerställa att ett barn inte skiljs från sina föräldrar mot deras vilja utom i de fall där ett åtskiljande är nödvändigt för barnets bästa (artikel 9.1) och att det av denna skyldighet följer att ansökningar från ett barn eller dess föräldrar om att resa in i eller lämna en konventionsstat för familjeåterförening ska behandlas på ett positivt, humant och snabbt sätt av konventionsstaterna (artikel 10.1). Migrationsöverdomstolen anger sedan att detta enligt FN:s barnrättskommitté innebär att om en familjeåterförening i ursprungslandet inte är möjlig träder skyldigheterna i artikel 9 och 10 barnkonventionen i kraft och bör vägleda värdlandets beslut om familjeåterförening där (Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 6 [2005], p. 83).

Sammantaget fann Migrationsöverdomstolen alltså att beslutet att neka pojken familj uppehållstillstånd stod i strid med svenska konventionsåtaganden. Det går att diskutera om Migrationsöverdomstolen 1) tolkar in barnkonventionens bestämmelser via artikel 8 Europakonventionen eller 2) om domstolen tar in artikel 9 och 10 via den portalbestämmelse om barnets bästa som återfinns i utlänningslagen (och som bygger på artikel 3 barnkonventionen, se punkt 1 ovan) alternativt 3) om domstolen anser att barnkonventionen i sig är ett sådant svenskt konventionsåtagande som ska beaktas även om barnkonventionen i sin helhet inte är införlivad.²¹ Domen är inte helt tydlig här.

I sina domskäl hänvisar Migrationsöverdomstolen till förarbetsuttalandena om införlivade konventioner och uttalar att det konventionsåtagande som i första hand aktualiseras i domen är artikel 8 Europakonventionen. Domstolen yttrar vidare att den fäster särskild vikt vid att principen om barnets bästa ska ges företräde vid prövningen av om en inskränkning av rätten till respekt för familjeliv enligt artikel 8 Europakonventionen är proportionerlig. Dessa uttalanden kan möjligen tala för att det är Europakonventionens bestämmelse som använts – dock tolkad utifrån barnkonventionen.

Två saker talar dock enligt min mening för att Migrationsöverdomstolen gett barnkonventionens bestämmelser en mer självständig roll som

21 Det kan riktas kritik mot utformningen av 11 och 13 §§ begränsningslagen pga. att det i förarbetena uppges att endast vissa konventionsåtaganden avses medan lagtexten i sig endast anger svenska konventionsåtaganden (utan att antyda att endast vissa skulle vara aktuella).

svenska konventionsåtaganden än enbart som knutna till Europakonventionen. Dels att domen i sin disposition har en underrubrik vid namn ”3. Svenska konventionsåtaganden”, vilken i sin tur har två underrubriker; 3.1. EKMR och rätten till respekt för familjelivet *samt* 3.2. Barnkonventionen och principen om barnets bästa. Dels att domskälen avslutas med följande mening ”[d]et står således i strid mot svenska konventionsåtaganden, artikel 8 EKMR och Barnkonventionens bestämmelser, främst artikel 3 men även artiklarna 9 och 10, att neka KA:s föräldrar och bror uppehållstillstånd i Sverige [min kursivering].”

Vad gäller familjeåterföreningsärenden gör det möjligen inte så stor skillnad vilket av de två tillvägagångssätten Migrationsöverdomstolen använt. I andra situationer som omfattas av begränsningslagen kan det dock ha större betydelse. Lagens 11 § innehåller nämligen en liknande ventil som den (gällande familjeåterförening) som finns i 13 § begränsningslagen. 11 § tar dock sikte på uppehållstillstånd pga. humanitära skäl, så som exempelvis sjukdom. Under sommaren 2018 meddelade Migrationsverket att det inte ansåg att det fanns något tillämpligt konventionsåtagande att stödja sig på för att bevilja uppehållstillstånd åt devitaliserade (apatiska) barn enligt denna bestämmelse, detta då bestämmelserna i Europakonventionen ansågs kräva än allvarligare sjukdomstillstånd.²² Även om barnkonventionen nämns i Migrationsverkets rättsliga ställningstagande så resonerar verket inte närmare om betydelsen av barnkonventionens bestämmelser för dessa fall.²³

Begränsningslagens ordalydelse innebär att den gäller till och med den 19 juli 2019. Vad som händer därefter är ännu oklart. Klart är dock att barnkonventionen i sin helhet blir ett införlivat svenskt konventionsåtagande 1 januari 2020. Redan nu anser jag dock att Migrationsverket bör kunna hänvisa till barnkonventionens bestämmelser för att bevilja uppehållstillstånd av humanitära skäl. Detta genom att tolka MIG 2018:20

22 Tillfälliga lagen begränsar möjligheterna till uppehållstillstånd av hälsoskäl, <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Pressrum/Nyhetsarkiv/Nyhetsarkiv-2018/2018-06-11-Tillfalliga-lagen-begransar-mojligheterna-till-uppehallstillstand-av-halsoskal.html> samt Rättsligt ställningstagande angående hälsotillstånd och vårdmöjligheter som grund för uppehållstillstånd för barn och barnfamiljer med särskilt fokus på devitaliserade barn, SR 21/2018, 2018-06-11.

23 Se Migrationsverket, Rättsligt ställningstagande angående hälsotillstånd och vårdmöjligheter som grund för uppehållstillstånd för barn och barnfamiljer med särskilt fokus på devitaliserade barn, SR 21/2018, 2018-06-11.

på det vis jag presenterat – där barnkonventionens bestämmelser ses som svenska konventionsåtaganden fristående från Europakonventionen (men via 1 kap. 10 § utlänningslagen).

Några ord om framtiden

Det finns fortfarande bitar i svensk lagstiftning och praxis i familjeåterföreningsärenden som är tveksamma i relation till barnkonventionen. Ett exempel har att göra med den bevislättning som nämndes ovan: Kritik finns att rikta mot hur bevislättningen kommit att slå. Sättet bevislättningen konstruerats på gör den omöjlig att använda för alla barn som riskerar att hållas separerade från sina föräldrar. Det krav som uppställs på att föräldrarna, om än inte det gemensamma barnet,²⁴ ska ha levt tillsammans före det att anknytningspersonen kom till Sverige innebär att barn vars föräldrar träffats på annat vis inte ges möjlighet att leva tillsammans med båda sina föräldrar.²⁵ I dagsläget är det därmed inte barnets behov av sina föräldrar som är avgörande utan istället hur och när föräldrarna inledde sin relation. I dessa situationer har Migrationsöverdomstolen låtit barnets bästa stå tillbaka för en idé om att familjer som inlett ett familjeliv i en oklar migrationssituation (dvs. där minst en av dem inte haft en klar rätt att leva i Sverige) inte ska ha rätt till återförening.²⁶ Något som måste anses svärförenligt med barnkonventionens artikel 3, 9 och 10. Det är även tydligt att det sätt bevislättningen konstruerats på gör den omöjlig att använda för andra barn än biologiska barn. I ett av de fall där Migrationsöverdomstolen vidareutvecklat bevislättningen, MIG 2016:13, beskrivs hur familjen vid ansökan även innehåller två fosterbarn. Dessa barn får dock ingen möjlighet att återförenas med resten av familjen. Även om anledningen att enbart biologiska barn omfattas av bevislättningen i grunden hänför sig till en vilja att skydda barn är det oklart om ett strikt upprätthållande av detta krav kan anses vara i linje med barnkonventionen. Ytterligare ett exempel är det krav på processbehörighet som idag uppställs i den svenska rätten. I MIG 2009:17 konstaterades att ett barns

24 Se MIG 2014:16.

25 Jfr MIG 2016:6.

26 Jfr. Migrationsöverdomstolens uttalande i MIG 2016:6 om att familjer som inte kan anses ha haft ”[n]ågra objektivt sett berättigade förväntningar på att de skulle kunna leva tillsammans som en familj här [i Sverige]” inte skulle ha rätt till återförening.

ansökan om familjeåterförening måste bekräftas av en legal ställföreträdare. I avsaknad av en sådan prövas inte ens barnets rätt till återförening med exempelvis syskon. Det är svårt att se att en omöjlighet för barn att få sina rättigheter prövade är i linje med barnkonventionen.

Att barnkonventionen blir lag kan inte bara innebära skärpta möjligheter att komma åt tidigare kända problem, barnkonventionen som lag skulle även kunna öppna nya möjligheter till uppehållstillstånd. Vissa forskare har nämligen börjat hänvisa till artikel 3 i barnkonventionen som en fristående rättighet (på så vis att de menar att bestämmelsen bör kunna åberopas rakt av) – med innebörden att ett uppehållstillstånd skulle kunna gå att bevilja enbart av anledningen att det är barnets bästa.²⁷ Hur ett sådant yrkande kommer att hanteras av svenska migrationsmyndigheter när barnkonventionen trätt ikraft är mycket oklart. Vi får helt enkelt se vad som händer framöver, klart är att det blir spännande.

Den utveckling vi sett under senare år där barnets bästa och barnkonventionen på olika vis haft betydelse för möjligheten till familjeåterförening kommer förmodligen inte minska då konventionen blir lag, snarare tvärtom.

²⁷ Jfr. exempelvis Pobjoy, Jason M., *The child in international refugee law*, Cambridge University Press, Cambridge [UK], 2017.

”

Som så ofta i migrationsrätten innebär en utlöst rättsfråga att flera nya uppstår.

ANNA LINDBLAD

Utveckling av frågan om uteslutande under 2000-talet i svensk migrationsrätt

Jag träffade Anders Sundquist för första gången när jag läste migrationsrätt som specialkurs på juristlinjen år 2001. Anders Sundquist höll då en föreläsning om uteslutande från flyktingstatus (exklusion), vilket var ett nytt ämne för mig och mina nio kurskamrater. Fler än så var det nämligen inte som hade valt att läsa migrationsrätt, och det trots att kursen bara gavs en gång per år.

Näväl, tillbaka till år 2001. Anders Sundquists föreläsning handlade om uteslutande av personer från den tidigare afghanska säkerhetstjänsten Khadimat-e Atal'-at-e Dowlati (Khad). Förenta nationerna och Amnesty hade redan i mitten av 80-talet rapporterat om att det förekom brott mot de mänskliga rättigheterna inom Khad, men det var först något/några år innan Anders Sundquist höll sin föreläsning som Migrationsverket började utreda och bedöma uteslutande i dessa ärenden. Anders ställde frågor och problematiserade kring begreppet uteslutande. Hade det någon betydelse vilken roll personerna hade inom Khad? Kunde en person som arbetade på låg nivå ställas till svars på samma sätt som en ledare? Om man tvingades att delta, skulle man då gå fri från ansvar? Räckte det med att man hade en framträdande roll i organisationen för att automatiskt uteslutas? Hur ska man se på frågor om medverkan och anstiftan till brottlighet som kan föranleda uteslutande?

År 2006 lades den hårt kritiserade Utlänningsnämnden ner och ersattes av migrationsdomstolar. Anders Sundquist hade, i egenskap av kanslichef på Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingar, en central roll för frivilligorganisationerna inför förberedelsen för en ny instans- och processordning. Under de första åren med domstolssystemet kom flera

viktiga avgöranden från Migrationsöverdomstolen. Ett av dessa avgöranden, MIG 2008:36, drevs av Rådgivningsbyrån genom ombudet Bo Johansson och avsåg prövningsramen för ärenden där ny prövning beviljas enligt 12 kap. 19 § utlänningslagen. I avgörandet uttalar Migrationsöverdomstolen att det är nödvändigt att även de skyddsskäl som utlänningen åberopat i den tidigare processen omfattas av den nya prövningen, vilket juristerna på Rådgivningsbyrån ofta funnit anledning att argumentera för i ärenden om verkställighetshinder.

Vad gäller frågorna om uteslutande skulle det dock dröja till år 2011 innan det kom ett avgörande som specifikt avsåg uteslutande från flyktingstatus.

I det första avgörandet från Migrationsöverdomstolen, MIG 2011:24, redogjorde Migrationsöverdomstolen för grunderna för en uteslutandesprövning. Migrationsöverdomstolen konstaterade att beviskravet i 4 kap. 2 b § utlänningslagen, ”synnerlig anledning att anta” stod i överensstämmelse med bestämmelserna i Genèvekonventionen och Skyddsgrundsdirektivet som har motsvarande ”allvarliga skäl antaga” och ”synnerliga skäl för att anta”. En annan slutsats var att frågan om ett sådant brott mot mänskligheten som avses i 4 kap. 2 b § första stycket 1 utlänningslagen ska göras mot bakgrund av den senast överenskomna definitionen av brottet som finns i Romstadgan. Vad gäller metoden för prövningen uttalades att man först ska bedöma om förhållandena i ursprungslandet varit sådana att det förekommit brott mot mänskligheten. Därefter ska man bedöma om personen i fråga kan ges ett individuellt ansvar för att ha deltagit i denna brottslighet. EU-domstolens dom i målen C-57/09 och C-101/09 ansågs vara tillämplig på de överväganden som ska göras i samband med bedömningen av uteslutande. Då det ansågs finnas ett hinder mot verkställighet enligt 12 kapitlet 1 § utlänningslagen beviljades dock ett tillfälligt uppehållstillstånd på grund av verkställighetshinder enligt 5 kap. 11 § utlänningslagen.

Ett år senare kom nästa viktiga avgörande från Migrationsöverdomstolen i fråga om uteslutande, MIG 2012:14. Avgörandet handlade om en av de frågor som Anders Sundquist ställt under föreläsningen hösten år 2001. Det handlade om en man som haft en hög position och långvarigt arbete inom Baathpartiet i Irak. Migrationsverket svarade på Anders Sundquist fråga om en hög position med automatik innebar uteslutande

med att enbart omständigheterna hög position och långvarigt arbete inte automatiskt kunde leda till ett uteslutande. En bedömning måste också göras av bl.a. vilken roll en person faktiskt har haft i förhållande till de brottsliga handlingarna.

Under de efterföljande åren kom det inga flera avgöranden från Migrationsöverdomstolen. År 2017 kom dock ett avgörande, MIG 2017:11, som måste anses vara ett av de viktigaste avgörandena under det året. I avgörandet för Migrationsöverdomstolen in handlingarna som lett till uteslutande i anknytningsärendet och vägrar en pappa uppehållstillstånd på anknytning till sin son i bedömningen enligt 5 kap. 17 a § tredje stycket utlänningslagen och artikel 8 i Europakonventionen. Senare samma år kom avgörandet MIG 2017:29 som rörde en man som deltagit i militärtjänstgöring i specialstyrka i Homs våren 2012. Migrationsöverdomstolen underströk att bristande samarbete från asylsökandens sida inte i sig innebär att ansvar för uteslutandegrundande handlingar kan fastställas i avsaknad av klar och övertygande bevisning och att det ställs höga krav på Migrationsverkets utredning och bevisning för att nå upp till beviskravet ”synnerlig anledning att anta”. Avgörandet är således viktigt för utredningen av uteslutandeärenden.

Att utvisa personer som är uteslutna, samtidigt som de beviljas tidsbegränsade uppehållstillstånd på grund av verkställighetshinder ledde till nya rättsfrågor och processuella funderingar. Tillstånden beviljas enligt 5 kap. 11 § utlänningslagen för ett år i taget. Det innebär att när tillstånden löper ut så finns det återigen ett lagakraftvunnet avlägsnandebeslut. Hur ska en förlängning ske i en sådan situation? Enligt 12 kapitlet i utlänningslagens bestämmelser om verkställighetshinder eller enligt samma bestämmelse som tidigare, d.v.s. femte kapitlet i utlänningslagen?

Svaret kom i Migrationsverkets rättsliga ställningstagande angående förlängning av ett tidsbegränsat uppehålls- och arbetstillstånd när det finns ett gällande lagakraftvunnet beslut om avvisning eller utvisning (SR 10/2018). Ställningstagandet innebär att ärenden där den sökande har fått ett beslut om utvisning samt ett tillfälligt uppehållstillstånd med stöd av 5 kap. 11 § utlänningslagen kommer att prövas enligt 5 kapitlet i utlänningslagen samt att statusförklaringar inte ska prövas inom ramen för ärenden om verkställighetshinder.

Det har nu gått 17 år sedan Anders Sundquist föreläsning om uteslutande på specialkursen i migrationsrätt på Stockholms Universitet. Numera är kurserna populära och fullteknade, vilket i sig visar på migrationsrättens utveckling. Nya migrationsrättsliga frågor tillkommer vid sidan av äldre. Kvar finns dock rättsfrågor kopplade till uteslutande som alltså är i behov av vägledning. Anders fråga om tvång som grund för ansvarsfrihet är en av dessa.

Den 18 december 2018 meddelade Migrationsöverdomstolen prövningstillstånd med uppsläppandemeningen ”Fråga om det finns skäl att utesluta en utlänning från att anses som flykting”. Målet rör frågan om en förälders medverkan till könsstympning kan leda till uteslutande på grund av grovt icke politiskt brott i hemlandet. För det fall Migrationsöverdomstolen kommer att anse att det är fråga om ett grovt icke-politiskt brott som ska ligga till grund för uteslutande kommer nya rättsfrågor att uppstå. Hur kommer ett sådant prejudikat påverka uttagningen av kvotflyktingar är ett exempel. Ett annat är att i fall med familjer så kommer familjemedlemmarna att få olika typer av uppehållstillstånd, där barnens i de flesta fall kommer vara bosättningsgrundade och förenade med en statusförklaring, medan föräldern/föräldrarna enbart beviljas tillfälliga uppehållstillstånd enligt 5 kap. 11 § utlänningslagen – som inte heller är anvisningsgrundande. Vad händer om ytterligare ett underårigt barn i hemlandet ansöker om uppehållstillstånd på anknytning till föräldern? Som så ofta i migrationsrätten innebär en utlöst rättsfråga att flera nya uppstår. Rättsfrågorna kring uteslutande fortsätter att intressera och engagera juristerna på Rådgivningsbyrån.

