
**ANNA LUNDBERG
SOFI JANSSON-KESHAVARZ**

**Migrationsverket ändrar på lagens innehåll för
att ensamkommande barn inte ska beviljas
uppehållstillstånd i Sverige**

2018-19 NR 4



SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT

Migrationsverket ändrar på lagens innehåll för att ensamkommande barn inte ska beviljas uppehållstillstånd i Sverige*

1. Inledning

Migrationsverket påtalar ofta att lagar måste följas och att myndigheten gör just det. Andra aktörer, särskilt i det civila samhället, hävdar däremot att myndigheten gör avsteg från lagen. Faktiskt menar många att Migrationsverket beter sig allt mer som lagstiftare snarare än som rättstillämpare.

Ett exempel på detta är en återkommande debatt om myndighetens ändrade praxis för ensamkommande barn som sökt asyl i Sverige. I den här artikeln fokuserar vi på utvisningsbeslut för ensamkommande barn som anses sakna skyddsbehov, och på deras påstått ordnade mottagande. Bakgrunden är att barnens utvisningsbeslut inte får verkställas om inte barnet tas emot av släktingar eller någon institution. Avsaknaden av ett sådant mottagande är ett så kallat verkställighetshinder som tidigare förde med sig rätt till ett permanent uppehållstillstånd. Det var före brytpunkten den 24 november 2015 då de mer restriktiva reglerna för uppehållstillstånd i Sverige började gälla. Lagstiftaren har varit tydlig med att de barn som sökte asyl före den 24 november 2015 ska ha fortsatt möjlighet till permanent uppehållstillstånd. Barn som däremot sökte efter brytpunkten kan endast få tillfälligt uppehållstillstånd (se utlänningslagens 5 kap. 11 §. Bestämmelsen gäller även under tiden för den tillfälliga begränsningslagen, men nu med tillfälliga uppehållstillstånd som huvudregel). Detta har Migrationsverket på egen hand ändrat på. Det gäller också retroaktivt.

Låt oss utgå ifrån barnens situation för att sedan peka på några avgörande punkter då Migrationsverket har möjliggjort förändringar i rätten som står i strid med lagstiftarens vilja. Wahid och Yonas sökte asyl i september 2015. De var då 14 år. Wahid från Afghanistan har idag avslag från samtliga instanser, framförallt med hänvisning till att hans familj befann sig i Ghazni vid tidpunkten för hans flykt och att han därefter vid ett tillfälle haft kontakt med dem, i oktober 2015. Efter att ha flytt från Etiopien som 13-åring och genomgått en medicinsk åldersbedömning som bekräftade hans ålder, väntade Yonas 28 månader på sitt

* Migrationsverket har getts tillfälle att bemöta/kommentera kritiken som framförs i artikeln. Reds. anm.

första beslut. Yonas har nu tre avslag och har fått en förlängd tidsfrist för frivillig avresa som gått ut. Han har inte lyckats få kontakt med någon i hemlandet sedan flykten, trots att Röda korset inledde ett efterforskningsarbete redan före det första avslagsbeslutet. Migrationsverket har varit passiva i arbetet med att efterforska de bådas familjer.

Wahids och Yonas familjehem har under hösten och vintern försökt få tid hos Migrationsverket för att få komma på återvändandesamtal. Det låter märkligt, ingen av dem vill ju att pojkarna ska återvända. Hemmen ser dem som en del av familjen. Men återvändandesamtalet är viktigt. Där kan man nämligen få instruktioner från handläggare om vad som behövs för att visa på avsaknaden av ordnat mottagande i pojkarnas ärenden. Om man följer instruktionerna från myndigheterna men inte lyckas hitta något mottagande, är det ett verkställighetshinder som skulle leda till uppehållstillstånd. Ett permanent uppehållstillstånd, eftersom barnen kom före brytpunkten. Till svar har familjerna fått att Migrationsverket avser invänta 18-årsdagen. Då är problemet – verkställighetshindret – ur världen.

Vi menar att detta förfarande har möjliggjorts på grund av att Migrationsverket har ändrat på innehållet i lagen. I korthet gick det till på följande sätt. Det första steget togs sommaren 2016 genom en praxisändring som innebar att 16-åringar eller äldre (men även en del yngre barn) som saknade ordnat mottagande nu istället bara skulle få tidsbegränsade tillstånd fram till 18-årsdagen. Det var en första utmanövrering av riksdagens löfte om att barn som kom före brytpunkten fortfarande skulle få permanenta uppehållstillstånd. Riksdagen försökte nu genom den första gymnasielagen sommaren 2017 rädda situationen för vissa genom förlängda uppehållstillstånd på grund av gymnasiestudier. Då började Migrationsverket istället åldersuppskriva majoriteten av alla barn som annars skulle ha fått stanna tills de fyllt 18. Genom att göra barnen till vuxna kunde man utvisa dem. Återigen antog riksdagen en lag, den andra gymnasielagen, vilken började gälla sommaren 2018, som skulle rädda dem som skrivits upp i ålder och dem som hunnit fylla 18 år p.g.a. de långa handläggningstiderna. De som fortfarande var barn när de fick sitt första beslut föll emellertid utanför. Av de som kunde ha räddats råkade nu många barn istället ut för vad vi kan kalla för ”påstått ordnat mottagande”. I praktiken innebär detta att Migrationsverket avstår från att utreda ifall barnet har ett mottagande i hemlandet. Istället ges barnen en extra lång tid för frivillig utresa. En del hinner under tidsfristen bli myndiga och då är problemet, ur Migrationsverkets perspektiv, ur världen. Barn som stannar efter tidsfristen blir ”olovliga” som Migrationsverket uttryckt sig. För barn i den här situationen hjälper inte någon av gymnasielagarna. Snarare stjälper de, och här stavas lagen rättsliga ställningstaganden. Denna interna vägledning som syftar till att åstadkomma en enhetlig rättstillämpning inom myndigheten (Migrationsverket 2019¹) skapar kaos. När ett ställningstagande upphör

¹ <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Pressrum/Vanliga-fragor-fran-journalister/Fragor-och-svar-om-Afghanistan/Allmant/2017-08-29-Vad-ar-ett-rattsligt-stallningstagande---.html>, sökfråga: ”Vad är ett rättsligt ställningstagande”. Besökt 2019-01-07.

att gälla plockas det bort från Migrationsverkets hemsida. I det nya ställningstagandet motiveras inte ändringar som gjorts och det är därför svårt att förstå och följa förändringar i myndighetens lagtolkning och rättstillämpning. Vi menar att rättschefen skapar en ogenomskådlig praxis genom sina ställningstaganden. Ur de ensamkommande barnens och deras familjehems perspektiv, skapar de en oreda och oro som ur ett rättssäkerhetsperspektiv är helt oacceptabel.

Ett rättsligt ställningstagande är ingen formell rättskälla. Det är viktigt att komma ihåg. Men även om vägledningen saknar ställning som rättskälla har den konsekvenser. Vi menar att två ställningstaganden har särskilt stor betydelse för Wahid och Yonas och andra ensamkommande barn som inte bedöms ha skyddsbehov i Sverige: SR 26/2016 och 24/2017. Båda handlar om verkställighet av ensamkommande barn. Båda publicerades efter beslutet om begränsningslagen, med ett års mellanrum. Låt oss titta närmare på dem.

2. Rättsliga ställningstaganden om verkställighet av utvisningsbeslut gällande ensamkommande barn

Vid en jämförelse mellan de två ställningstagandena framträder en rad likheter och skillnader. Vi koncentrerar oss på tre kritiska punkter som vi menar är särskilt viktiga för att förstå de omtolkningar av rätten som Wahid och Yonas och deras familjer nu drabbas av genom deras ”påstådda mottagande”. Det handlar om barnets och Migrationsverkets roll samt bedömningen av praktiska verkställighetshinder.

2.1 Barnets roll och trovärdighet

I 2016 års ställningstagande, alltså det gamla, anges att barnet utifrån mognad ska medverka i utredningen och i samband med en eventuell verkställighet av ett beslut om avvisning eller utvisning som vunnit laga kraft. Detta gäller särskilt när det handlar om äldre barn i de övre tonåren (motsvarande synsätt tillämpas redan i prövningen av asylansökningar). Därefter påtalas att barnet inte ska ”tvingas hantera frågor som är orimligt svåra i förhållande till mognadsgraden”. Det är fel att kräva frivilligt ”återvändande som för vuxna” (2016, s. 7). Att barn inte vill medverka kan inte hållas emot dem i den juridiska prövningen. Vidare menas:

Med hänsyn till att det är fråga om barn bör inte huvudansvaret för återvändande och mottagande läggas på barnet. Inte heller en god man för barnet kan utan stöd i lag åläggas ett sådant ansvar. Ansvaret ligger på den ansvariga myndigheten ... (2016, s. 7).

I 2017 års ställningstagande behandlas samma situation på nytt, men med betydande skillnader. Till att börja med återfinns ordet *bevisbörda* här för första gången. Med hänvisning till ett avgörande från Migrationsöverdomstolen från 2008 (2008:38) dras slutsatsen att eftersom den sökande har bevisbördan för att visa att det finns skäl för uppehållstillstånd enligt 5 kap. 6 § utlänningslagen, har den sökande även bevisbördan för att det finns ett praktiskt verkställighetshinder. Detta kan tyckas vara en ren formalitet, men om vi ser till Wahids och Yonas ärenden så är ordet bevisbörda en viktig pusselbit för att förstå hur lagens innehåll förändrats genom Migrationsverkets rättsliga ställningstaganden. Bevisbördan ligger som tidigare på den sökande, men är nära knuten till *utredningsbördan* – som ska vara delad. Låt oss därmed titta närmare på resonemang som rör just utredningsbördan.

Vi kan konstatera att ovan nämnda dom från 2008 (2008:38), genom att hänvisa till resonemang om barnets bevisbörda, i 2017 års rättsliga ställningstagande används för att understryka barnets roll och ansvar. Det anmärkningsvärda här är, att en senare dom från 2015 (2015:23), vars domslut upphäver återreseförbud för ett ensamkommande barn, också används i 2017 års rättsliga ställningstagande för att återigen understryka barnets roll, trots att den aktuella domens centrala slutsats – vilken är till barnets fördel – handlar om att just understryka Migrationsverkets särskilda ansvar när det gäller att utreda ordnat mottagande för ett ensamkommande barn. Vi kan därmed konstatera att rättschefen hänvisar till delar av ett resonemang i en dom som i 2017 års ställningstagande används till nackdel för barnet, när domens huvudresonemang i själva verket är till barnets fördel.

Genom dessa fragmentariska omtolkningar kan Migrationsverket i och med 2017 års rättsliga ställningstagande lättare backa undan från sin utredningsbörda, vilket får allvarliga konsekvenser. Myndigheten kan nämligen plötsligt strunta i att utreda ordnat mottagande. Myndigheten kan nu, menar vi, istället bara påstå att sådant finns. Och det blir därmed upp till barnet att bevisa att det som inte finns, inte finns.

När det gäller ensamkommande barn borde myndigheternas utredningsbörda snarare öka (liksom Migrationsverket i sina tidigare ställningstaganden också poängterat) och återvändandesamtal bör därmed inte, så som nu förekommer i en del ärenden, vägras. Om Migrationsverket inte ger anvisningar till barnet så blir det ju omöjligt att uppfylla vad som står i 12 kap. 3 a § nämligen att den verkställande myndigheten ska ha ”försäkrat sig om att barnet kommer att tas emot ...”. Det kan inte rimligen vara så att denna bestämmelse anses vara uppfylld genom att låta tiden gå, utan att försäkra sig om mottagandet fram till 18-årsdagen.

Manövern beträffande utredningsbördan sätter i sin tur frågan om trovärdighet i fokus. Det vill säga, frågan om hur Migrationsverket i praktiken bedömer trovärdigheten i de uppgifter som barnet presenterar – i form av den egna berättelsen och dokument. Om vi nu med detta i åtanke återgår till ställningstaganden

dena finner vi ytterligare en pusselbit som har med just trovärdighet att göra. För i samma stycke där ordet *bevisbörda* förekommer för första gången finner vi även en formulering om kravet på ”att sökanden talar *sanning* och hjälper utredaren så att alla fakta i ärendet klarläggs (MIG 2007:12, vår kursivering)”. Att den sökande (barnet) förväntas tala sanning – eller kanske underförstått att hen förmodas inte göra det eftersom ett nytt påpekande nu ansetts nödvändigt – baseras på gamla avgöranden från Migrationsöverdomstolen. Men, likväl utgör de något nytt i det nya ställningstagandet. Och går vi vidare finner vi ytterligare något nytt i 2017 års ställningstagande som är nära knutet till frågan om trovärdighet, nämligen formuleringen att det i normalfallet bör godtas när ”vi bedömer uppgifterna som *tillförlitliga*” om barnet konsekvent berättar att hen inte vet var föräldrarna eller andra anhöriga befinner sig (2017, s. 3, vår kursivering). Detta kan jämföras med en passus i det äldre ställningstagandet som anger att om barnet varit konsekvent i sin berättelse, ”får detta nog ofta godtas när det gäller barn från konfliktdrabbade länder i vilka Sverige saknar ambassader eller liknande (t.ex. Somalia)” (2016, s. 5). Här syns återigen en liten men ack så viktig förskjutning. I det äldre ställningstagandet ska barnets berättelse ”godtas”, men i det senare ställningstagandet är det istället myndighetens bedömning av ”sanningshalten” och ”tillförlitligheten” i barnets berättelse som står i fokus. För barnen har detta i praktiken inneburit att ”bevismaterial” i form av bilder på barnets familj på flykt i ett annat land än det anvisade mottagarlandet avfärdats med argumentet att personerna skulle kunna vara vilka som helst. Eller att berättelser om att föräldrar eller andra anhöriga dödats eller försvunnit, avfärdas med att tillförlitligheten i uppgifterna är låg.

2.2 Migrationsverkets roll och ansträngningar för ordnat mottagande

Hur långt personalen ska gå i sina ”ansträngningar” för att verkställa besluten behandlas i bägge ställningstagandena. I 2016 års ställningstagande står att:

När det handlar om ensamkommande barn som i verklig mening är övergivna ska Migrationsverket i verkställighetsstadiet utreda och pröva om barnet kan beredas plats på en väl lämpad institution i hemlandet eller om det finns andra lämpliga omhändertagandemöjligheter (2016, s. 7).

Om så inte är fallet ”föreligger verkställighetshinder” (2016, s. 7). Två ledord för arbetet med återvändande i detta äldre ställningstagande är: koncentrerat och effektivt. Ett exempel på så kallad lämplig ordning härvidlag är att Migrationsverket från början har en handlingsplan för återvändandearbetet i varje enskilt fall. Detta är för att stärka barnets ställning. Vidare höjs ett varningens finger: ”Risken är annars att återvändandearbetet omotiverat drar ut på tiden eller att det drivs vidare trots att det kanske mer eller mindre står klart att det inte finns några möjligheter till ett ordnat mottagande” (2016, s. 8). Vidare menas:

Den som var mycket ung vid ankomsten till Sverige och vistats i Sverige i flera år bör kunna beviljas uppehållstillstånd redan när verkställigheten bedöms kräva lång tid för genomförande även om verkställighetshindret inte bedöms vara absolut (2016, s. 8).

Gällande återvändandearbetet står därefter att Migrationsverket kan förlänga tidsfristen för frivillig utresa och att myndigheten vid varje tillfälle ”bör kunna redovisa vilka åtgärder som återstår att vidta eller vilka möjligheter som återstår att utreda samt när det kan vara klart” (2016, s. 9). Det är just precis den typen av handlingsplan och redovisning som Wahid och Yonas nu med hjälp av sina familjehem försöker få till stånd. Men denna vägledning finns inte med i 2017 års ställningstagande. Istället görs en hänvisning till ett annat rättsligt ställningstagande, 11/2017, som därmed växelverkar med den nya vägledningen om verkställighetsarbete för ensamkommande barn. I det ställningstagandet understryks att det är ”viktigt att prövningen tar hänsyn till när barnet blir 18 år” (SR 11/2017, s. 4). Återigen en viktig detalj som kan förklara Wahids och Yonas nuvarande belägenhet. Ni minns. De väntas ut till 18-årsdagen.

2.3 Bedömningen av praktiska verkställighetshinder som för med sig permanent uppehållstillstånd

Den sista kritiska punkten vi vill lyfta fram gäller bedömningen av om verkställighetshinder föreligger, dvs. den konkreta frågan om ordnat mottagande finns för det berörda barnet. Av vikt här är vilka konsekvenser det ovannämnda avgörandet från Migrationsöverdomstolen (2008:38) har fått. Till saken hör, vilket också påpekats i andra sammanhang, att detta avgörande fått följden att praktiska verkställighetshinder inte verkar kunna beaktas förrän *aktiva* verkställighetsförsök har gjorts, vilket sker först *efter* att ett avlägsnandebeslut har vunnit laga kraft (SOU 2017:84). Tolkningen av domen har alltså inneburit att verkställighetshinder i de flesta fall numera *inte* är relevant i en grundprövning. Detta borde rättschefen också ha uppmärksammat. Och det gör att den nya skrivningen, i 2017 års rättsliga ställningstagande om ensamkommande barn – den som handlar om bevisbördan i grundprövningen – blir närmast obegriplig. Handläggarna instrueras nämligen här att hänvisa till en dom som gäller grundprövningssituationen, vars effekt är just att den undanröjt förutsättningen för att i grundärendet beakta praktiska verkställighetshinder. Med andra ord blir det för Wahid, Yonas och alla andra barn som borde ha fått permanent uppehållstillstånd, på grund av avsaknaden av ordnat mottagande, inte bara svårt att bevisa just avsaknaden av detta i grundärendet – det blir omöjligt.

När barnen sedan efter sina tre avslag hamnar i verkställighetsstadiet kräver Migrationsverket att barnen inkommer med ny bevisning, vilket ofta är omöjligt för dem och även helt orimligt då deras tidigare inlämnade uppgifter inte har beaktats. Deras tidigare bevisning och utsagor har alltså aldrig blivit prövade,

utifrån motiveringen att uppgifterna inte är tillförlitliga och att barnen själva därför inte gjort det sannolikt att det *inte* finns ett ordnat mottagande. För Yonas betyder det att hans konsekvent och upprepade betygelser om att han inte haft någon kontakt med sin familj sedan han flydde 2015 samt att Röda Korsets efterforskningsarbete, som påbörjats redan innan första beslut, inte beaktas. Det anses inte vara ny bevisning. Migrationsverket inväntar nu bara passivt 18-årsdagen och Yonas tvingas leva i väntan på sin utvisning fram tills dess.

Om myndigheten istället, i enlighet med 2016 års ställningstagande, tagit ansvar för att utreda det som skulle kunna leda till slutsatsen att ordnat mottagande saknas i det anvisade mottagarlandet, så skulle det föra med sig permanent uppehållstillstånd. Och permanent uppehållstillstånd betyder allt.

3. Avslutande analys

Det är svårt att bevisa att Migrationsverket i en så komplex fråga som den om bedömningar gällande ordnat mottagande, har skapat egna regler och rutiner som står i kontrast till lagstiftarens intentioner. Det är svårt både för att den rättsliga materian är komplicerad och överlappande, och eftersom myndigheten alltid kan hänvisa till att bedömningar görs med beaktande av de enskilda omständigheterna. Men för Wahid och Yonas som sökte asyl i Sverige blev rättstillämpningen allt annat än förutsebar och enhetlig. En delförklaring till det är att omtolkningar – ofta svåra att upptäcka – sker genom rättschefens ställningstaganden.

I internationell forskning, som försöker förstå juridik i tid och rum, beskrivs den sortens manövrer som Migrationsverket ägnar sig åt som ett invecklat spel – ”game of jurisdiction” (Valverde 1999).² I den här artikeln har vi beskrivit hur detta möjliggjordes i Sverige, på Migrationsverket, genom myndighetens rättsliga ställningstaganden. Den temporala aspekten är här viktig att understryka. Det intrikata nät av förskjutningar i rätten som skapats genom rättschefens omformulerade ställningstaganden har både en retrospektiv verkan, liksom en framåtsyftande. Retrospektiv i bemärkelsen att förändringarna omfattar de barn som kom innan begränsningslagen ens var påtänkt och framåtsyftande i bemärkelsen att de gäller fram till 18-årsdagen. Då har alla hinder för utvisning röjts – med tiden som verktyg.

Att strunta i att utreda mottagandet och istället vänta in barnens 18-årsdag rimmar dåligt med barnets bästa. För Wahid och Yonas har det tagit snart fyra år av deras ungdom. Den tidsperiod i livet som för deras klasskamrater handlar om allt annat än ett hot om utvisning som ständigt gör sig påmint. Det sorgliga är att

² Valverde, Mariana. ”Jurisdiction and Scale: Legal Technicalities as Resources for Theory.” *Social & Legal Studies* 18.2 (2009): 139–157.

detta är ett uttryck för den brutala behandling som flyktingar i Sverige utsätts för idag, såväl barn som vuxna.

Avslutningsvis är frågan om Migrationsverket som lagstiftare också viktig i ett demokratiperspektiv. Det är den folkvalda riksdagen som stiftar lagar. Dessa ska följas av myndigheter, inte göras om för att den politiska vinden blåser i en viss riktning. Ja: lagen ger alltid utrymme för tolkning. Den innehåller tomrum. Den kan aldrig vara helt förutsebar eller ge riktlinjer in i minsta detalj. Men den ska stå pall för politiska svängningar. Den ska skapa stabilitet och ge människor förutsebarhet.

Sofi Jansson-Keshavarz & Anna Lundberg