

JURIDISKA INSTITUTIONEN  
Stockholms universitet

# Utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet

- en undersökning av den praktiska rätts-  
tillämpningen gällande ensamkommande  
barn som närmar sig 18 år

**Emma Forsberg**

Examensarbete i *offentlig rätt*, 30 hp  
Examinator: För- och efternamn  
Stockholm, Vårterminen 2017



Stockholms  
universitet

## **Abstract**

This essay examines, by mainly applying the method of legal sociology, the practice of the Swedish migration board to deliver return decisions to unaccompanied minors with so-called *postponement of removal*. The legal guidelines issued by the migration board are studied in particular since they have a considerable impact on the legal practice.

It's investigated how obstacles against removal is to be taken into account in the asylum seeking process since the migration board defines the lack of an adequate reception in the country of origin as a *temporary* obstacle against removal in order to motivate these decisions. Furthermore, a review of a number of rulings shows that return decisions with postponed removal delivered to unaccompanied minors approaching the age of 18 is approved by of the migration courts of law. A major conclusion of the essay is then that these decisions are encompassed by the Swedish aliens law. However, it's pointed out that the practice of postponed removal, in this context, risks having a negative effect on the assessment of unaccompanied minors' asylum claims.

## Innehållsförteckning

Abstract.....	ii
Innehållsförteckning.....	iii
Förkortningar.....	v
<b>1 Inledning .....</b>	<b>1</b>
1.1 Syfte och frågeställningar .....	4
1.2 Metod och material .....	4
1.2.1 Rättsdogmatisk metod.....	4
1.2.2 Rättssociologisk metod .....	5
1.2.3 Migrationsverkets rättsliga ställningstaganden.....	6
1.2.4 Undersökning av ett urval av domar från Migrationsdomstolarna .....	8
1.2.5 FN:s barnrättskommittés allmänna kommentarer .....	9
1.2.6 Intervjuer.....	10
1.3 Avgränsningar.....	11
1.4 Disposition .....	11
<b>2 Ordnat mottagande i hemlandet- ett krav på grund av barns särskilda skyddsintresse.....</b>	<b>12</b>
2.1 Barnkonventionen uppställer särskilda regler till skydd för barns mänskliga rättigheter.....	12
2.2 Portalstadgandet om barnets bästa i 1 kap 10 § utlänningslagen .....	13
2.3 Innebörden av att vara barn i asylprocessen – ensamkommande barn en extra utsatt grupp ...	14
2.4 Avsaknad av ordnat mottagande innebär verkställighetshinder enligt 12 kap 3 a UtL .....	18
2.5 Hur verkställighetshindret avsaknad av ordnat mottagande ska beaktas i asylprocessen.....	19
2.5.1 Inom ramen för grundärendet.....	19
2.5.2 Inom ramen för verkställighetsärendet.....	22
2.5.3 Vid uppskjuten verkställighet kan verkställighetshindret avsaknad av ordnat mottagande endast beaktas i grundärendet.....	23
<b>3 Uppskjuten verkställighet på grund av ålder.....</b>	<b>23</b>
3.1 Migrationsverkets tillvägagångssätt att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet .....	23
3.1.1 Avsaknad av ordnat mottagande är ofta ett tillfälligt praktiskt verkställighetshinder .....	24
3.1.2 Utgångspunkten är att prövningen ska ske enligt 5 kap 11 § UtL .....	26
3.1.3 Uppskjuten verkställighet utgör ett av flera alternativ enligt 5 kap 11 § UtL .....	28
3.2 Migrationsdomstolarnas mottagande av uppskjuten verkställighet på grund av ålder .....	30
3.2.1 Migrationsdomstolarna godtar och bekräftar MIV:s tillvägagångssätt .....	31
3.2.2 En utveckling av tillvägagångssättet med uppskjuten verkställighet? .....	33
<b>4 Kritik mot uppskjuten verkställighet på grund av ålder .....</b>	<b>34</b>
4.1 Inverkan på utredningen av barns asylskäl .....	34
4.1.1 Migrationsdomstolen i Luleå UM 2981-16, 2017-03-20.....	36
4.1.2 Migrationsdomstolen i Stockholm UM 2728-17, 2017-04-07.....	37
4.1.3 Migrationsdomstolen i Luleå UM 90-17, 2017-03-22.....	39
4.1.4 Riskerar 12 kap 3 a § UtL att ha en ogynnsam inverkan på prövningen av barns skyddsbehov? .....	41
4.2 Rättsliga konsekvenser .....	42
4.2.1 Rättslig status .....	43
4.2.2 Möjligheten till en ny grundprövning .....	43
4.2.3 Konsekvenser för rätten till bistånd i Sverige .....	44
4.2.4 Möjligheten till förlängt uppehållstillstånd på grund av gymnasiestudier.....	46
4.3 Barnrättsperspektivet i bedömningen.....	48
4.3.1 Barnets bästa som grundläggande tolkningsprincip.....	48

4.3.2	Barnets bästa bedömningen särskilt viktig i återvändandesituationer gällande ensamkommande barn .....	49
4.3.3	Principen om likabehandling .....	52
4.3.4	Ansvar för barns liv, hälsa och utveckling .....	53
<b>5</b>	<b>Sammanfattande slutsatser .....</b>	<b>55</b>
<b>6</b>	<b>Källförteckning.....</b>	<b>58</b>
6.1	Litteratur.....	58
6.2	Offentligt tryck.....	59
6.2.1	Statens offentliga utredningar .....	59
6.2.2	Propositioner .....	59
6.2.3	Utskottsbetänkanden .....	60
6.2.4	Övrigt offentligt tryck .....	60
6.3	Rättsfall .....	60
6.3.1	Migrationsöverdomstolen .....	60
6.3.2	Migrationsdomstolarna .....	61
6.4	Svensk publicerad myndighetspraxis .....	61
6.5	Internationellt material .....	62
6.5.1	FN:s Barnrättskommitté .....	62
6.5.2	UNHCR.....	63
6.6	Elektroniskt material .....	63

**BILAGA 1 – Undersökning av avgöranden från migrationsdomstolarna**

**BILAGA 2 – Intervju Anna Lindblad, MIV:s barnrättsexpert**

**BILAGA 3 – Intervju Daniel Salehi, MIV:s expert ensamkommande barn**

**BILAGA 4 – Intervju Viktor Banke, asylrättsadvokat**

## Förkortningar

Asylprocedurdirektivet	Europaparlamentet och Rådets direktiv 2013/32/EU av den 26 juni 2013 om gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla internationellt skydd (omarbetning)
Barnkonventionen	FN:s konvention den 28 november 1989 om barnets rättigheter
Ds	Departementsserien
Dir.	Kommittédirektiv
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna den 4 november 1950
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
LMA	Lag (1995:137) om mottagande av asylsökande m.fl.
MiÖD	Migrationsöverdomstolen
MIV	Migrationsverket
Prop.	Proposition
Skyddsgrundsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna
Rskr.	Riksdagsskrivelse
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
SfU	Socialförsäkringsutskottet
Tillfälliga lagen	Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige
Util	Utlänningslag (2005:716)
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
Återvändandedirektivet	Europaparlamentet och Rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna

# 1 Inledning

År 2015 ansökte över 35 000 ensamkommande barn<sup>1</sup> om asyl i Sverige. Det motsvarade en ökning av antalet ansökningar med cirka 800 % jämfört med medelantalet de fem föregående åren.<sup>2</sup> Snabba och omdanande politiska förändringar har sedan dess ändrat viktiga grunder på det migrationsrättsliga området. För att minska antalet asylansökningar antog Sveriges riksdag den 21 juni 2016 lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (fortsättningsvis tillfälliga lagen). Den tillfälliga lagen trädde ikraft den 20 juli 2016. Regeringens huvudsakliga syfte med införandet av den tillfälliga lagen var att skapa ett ”andrum” i svenskt flyktingmottagande genom att tillfälligt anpassa den svenska regleringen efter internationella och EU-rättsliga miniminormer.<sup>3</sup> En viktig skillnad under den tillfälliga lagens giltighetstid är att utgångspunkten för meddelade uppehållstillstånds varaktighet ändras från permanenta till tidsbegränsade tillstånd.<sup>4</sup> Den enda möjligheten för barn att beviljas ett permanent uppehållstillstånd enligt den tillfälliga lagen är om det finns synnerligen ömmande omständigheter som relaterar till ett varaktigt nedsatt hälsotillstånd hos barnet att det *absolut krävs* att barnet beviljas ett permanent uppehållstillstånd.<sup>5</sup> Det är med andra ord exceptionellt svårt att komma i åtnjutande av detta undantag som förut gällde som huvudregel.

De ensamkommande barnens situation i Sverige har sedan 2015 uppmärksamrats frekvent i media. Det är framförallt frågor relaterade till åldersbedömningar och psykisk ohälsa som rönt

---

<sup>1</sup>Ett ensamkommande barn definieras en person under 18 år som vid ankomsten till Sverige är skild från båda sina föräldrar eller från någon annan vuxen person som får anses ha trätt i föräldrarnas ställe, eller som efter ankomsten står utan sådan ställföreträdare. Se 1 § 5 st lag (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl. (LMA).

<sup>2</sup>Åren 2010-2014 uppgick det totala antalet asylansökningar inlämnade av ensamkommande barn till ca 20 000. Se aktuell statistik:

<https://www.migrationsverket.se/download/18.2d998ffc151ac3871598615/1485556064255/Asylsökande+2000-2015+samtliga+medborgarskap.pdf> ( Senast kontrollerad 2017-05-19).

<sup>3</sup> Se prop. 2015/16: 174, s. 51 & 69.

<sup>4</sup> Huvudregeln i 5 kap. 1 § UtlL är att uppehållstillstånd som beviljas till flyktingar och alternativt skyddsbehövande ska vara permanenta eller gälla i minst tre år. I 5 § den tillfälliga lagen stadgas att uppehållstillstånd som beviljas en flykting eller en alternativt skyddsbehövande ska vara tidsbegränsade och gälla i tre år eller 13 månader. Upphållstillstånd som beviljas till personer på grund av synnerligen eller särskilt ömmande omständigheter enligt 5 kap 6 § UtlL ska normalt vara permanenta från början om utlänningen har avsikt och tillåtelse att bosätta sig i landet. Även dessa uppehållstillstånd ska enligt 12 § den tillfälliga lagen vara tidsbegränsade. Se prop. 1983/84:144, s. 88 & prop. 1988/89:86 s. 60, s. 146.

<sup>5</sup> Se 18 § den tillfälliga lagen. Den 30 mars hade endast 1 barn beviljats permanent uppehållstillstånd enligt paragrafen. ( Mailkorrespondens med MIV:s statistikavdelning, 2017-03-30).

stor uppmärksamhet.<sup>6</sup> Frågor om hur de ensamkommande barnen behandlas rättsligt av Migrationsverket (MIV) i asylprocessen har också uppmärksamats. I en artikel på Aftonbladets ledarsida den 12 mars 2017 uttalade asylrättsadvokaten Viktor Banke kritik mot MIV för att ha ändrat sin tolkning av (den ordinarie) utlänningslagen (2005:716)(UtlL). Banke angav att den nya tolkningen innebär att ensamkommande barn utan ordnat mottagande i hemlandet nu riskerar att utvisas i samband med 18-årsdagen istället för att – som tidigare – beviljas permanenta uppehållstillstånd.<sup>7</sup> MIV svarade på kritiken i en artikel på sin hemsida och förklarade att någon omtolkning av UtlL inte har förekommit. MIV menade att det rättsliga ställningstagandet som Banke refererade till inte är en ändring utan ett ”förtydligande om hur lagstiftningen faktiskt ser ut och fungerar”.<sup>8</sup> Verket anförde vidare att i en minoritet av de ärenden där barnen beviljats tillfälliga tillstånd kan de ”dessutom ansöka på nytt när deras tidsbegränsade tillstånd löpt ut.”<sup>9</sup>

MIV hänvisade i artikeln till sitt rättsliga ställningstagande angående praktiska verkställighetshinder.<sup>10</sup> Av ställningstagandet framgår bland annat att ensamkommande barn som är äldre än 17,5 år och som saknar skyddsbehov och ordnat mottagande i hemlandet, kan meddelas ett utvisningsbeslut med *uppskjuten verkställighet*.<sup>11</sup> Dessa barn ska således inte (ens) beviljas ett tillfälligt uppehållstillstånd.

Det framgår således att ett *barns ålder* enligt MIV kan utgöra grund för att meddela ett utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet. Att verkställigheten kan skjutas upp på grund av ålder synes vara en ny företeelse i svensk migrationsrätt.<sup>12</sup> Möjligheten (?) att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet är dock i sig inte någon ny företeelse. I förarbetena till 5 kap 11 § (UtlL) anges att hälsoskäl tillexempel kan vara en anledning till att besluta om

---

<sup>6</sup> Se t.ex. <https://www.barnombudsmannen.se/barnombudsmannen/i-media/nyheter/20171/mote-med-myndigheter-om-ensamkommande-barns-halsa/>, samt <https://www.advokatsamfundet.se/Nyhetsarkiv/2017/mars/advokatsamfundet-riktar-kritik-mot-migrationsverkets-nya-rutiner-for-medicinska-aldersbedomningar> (senast kontrollerad 2017-05-20).

<sup>7</sup> Se <http://www.aftonbladet.se/ledare/a/bleo3/sverige-bor-inte-kasta-ut-flyktingbarn> (senast kontrollerad 2017-05-19).

<sup>8</sup> <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Nyhetsarkiv/Nyhetsarkiv-2017/2017-03-14-Migrationsverket-fortydligar--Vi-har-inte-omtolkat-utlanningslagen.html> (senast kontrollerad 2017-05-19).

<sup>9</sup> <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Nyhetsarkiv/Nyhetsarkiv-2017/2017-03-14-Migrationsverket-fortydligar--Vi-har-inte-omtolkat-utlanningslagen.html> (senast kontrollerad 2017-05-19).

<sup>10</sup> Migrationsverket, *Rättsligt ställningstagande angående praktiska verkställighetshinder*, SR 25/2016, 2016-07-07.

<sup>11</sup> Migrationsverket, *Rättsligt ställningstagande angående praktiska verkställighetshinder* - SR 25/2016, 2016-07-07, s. 2-3 & 5.

<sup>12</sup> Se intervju med MIV:s barnrättsexpert Anna Lindblad s. 6-7.

uppskjuten verkställighet.

Den största gruppen barn som ansökte om asyl i Sverige år 2015 kom från Afghanistan.<sup>13</sup> Barn som saknar skyddsbehov samtidigt som de saknar ordnat mottagande i hemlandet är ofta barn från Afghanistan som levt större delen av sitt liv i Iran. I Afghanistan saknas institutioner som kan ta emot återvändande ensamma barn och i och med att de flesta spenderat den största delen av sitt liv i Iran har de ofta svårt att visa på tidigare förföljelse i Afghanistan eftersom att de inte har varit där.<sup>14</sup> Under arbetet med denna uppsats meddelade Migrationsöverdomstolen (MiÖD) ett avgörande där ett 17-årigt barn utan nätverk och lokalkunskap om Afghanistan ansågs ha ett alternativt skyddsbehov mot landet. MiÖD betonade i avgörandet att barn utan familj och nätverk är särskilt utsatta. Avgörandet kommer förmodligen leda till att fler barn med afganskt medborgarskap som saknar nätverk och lokalkunskap, framöver beviljas uppehållstillstånd på grund av alternativt skyddsbehov.<sup>15</sup> Även om avgörandet i vissa fall kommer få en direkt påverkan för barn som har fått, eller annars skulle få, utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet, berörs inte den principiella frågan om uppskjuten verkställighet i avgörandet.

I växelverkan med de politiska förändringarna på migrationsrättens område har den allmänna diskursen gällande ensamkommande barn kommit att ifrågasätta om dessa barn är barn överhuvudtaget.<sup>16</sup> I den här situationen blir det extra intressant men också viktigt att undersöka hur de enskilda juridiska beslutsprocesserna påverkas och slå vakt om att barns mänskliga rättigheter måste respekteras fullt ut. Denna uppsats riktar sitt fokus mot den praktiska tillämpningen hos MIV och tillvägagångssätt att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet till ensamkommande barn som närmar sig 18 år.

---

<sup>13</sup> Hela 66 % av ansökningarna 2015 kom från barn med afganskt medborgarskap vilket motsvarade 23 480 ansökningar.

<https://www.migrationsverket.se/download/18.2d998ffc151ac3871598615/1485556064255/Asylsökande+2000-2015+samtliga+medborgarskap.pdf>. (Senast kontrollerad 2017-05-19).

<sup>14</sup> Se t.ex. Migrationsverket, *Rättsligt ställningstagande angående säkerhetsläget i Afghanistan*, SR 59/2016, 2016-12-08, s. 14 samt intervju med MIV:s barnrättsexpert Anna Lindblad s. 13.

<sup>15</sup> Jfr Migrationsverket, *Rättslig kommentar angående Migrationsöverdomstolens avgörande MIG 2017:6 - SR 07/2017*, 2017-03-24.

<sup>16</sup> Se t.ex. <http://www.gp.se/ledare/orimlig-politik-om-ensamkommande-1.117133> (Senast kontrollerad 2017-05-19) & <https://www.svd.se/en-god-invandringspolitik> (senast kontrollerad 2017-05-19).



## 1.1 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med den här uppsatsen är att analysera MIV:s tillvägagångsätt att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet till ensamkommande barn som närmar sig 18 år och som i asylprocessen i Sverige bedöms sakna såväl skyddsbehov som ordnat mottagande i hemlandet.

För att uppnå syftet kommer uppsatsen behandla följande frågeställningar:

- 1) Varför finns det ett krav som säger att ensamkommande barn ska ha ett ordnat mottagande i hemlandet och hur ska det kravet beaktas i MIV:s prövning?
- 2) Vilken rättslig grund finns det för att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet till 17,5-18-åringar samt hur har dessa beslut mottagits av migrationsdomstolarna?
- 3) Hur förhåller sig ordningen att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet till 17,5-18-åringar i relation till...
  - a) ... utredningen av dessa barns asylskäl?
  - b) ... de rättsliga konsekvenser beslutet innebär för barnen?
  - c) ... regler om barns mänskliga rättigheter?

## 1.2 Metod och material

För att behandla uppsatsens frågeställningar kommer rättsdogmatisk och rättssociologisk metod att användas.

### 1.2.1 Rättsdogmatisk metod

Frågan om vad den rättsdogmatiska metoden egentligen innebär och går ut på har under en lång tid varit föremål för diskussion. En gemensam nämnare för olika rättsvetenskapspersoners beskrivning av metoden kan dock sägas vara att det handlar om att finna lösningar på rättsliga problem utifrån de allmänt accepterade rättskällorna lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och juridisk doktrin.<sup>17</sup> Med ett krav på förankring i dessa källor gör den rättsdogmatiska analysen anspråk på att spegla innehållet i *gällande rätt*.<sup>18</sup> Jan Kleineman har uttryckt att den som har förmågan att på ett övertygande sätt hantera den ”verktygslåda” som rättsdogma-

---

<sup>17</sup> Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, i *Juridisk metodlära*, Korling & Zamboni (red.) 2013, s. 21.

<sup>18</sup> Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, i *Juridisk metodlära*, Korling & Zamboni (red.) 2013, s. 26 & 29.

tiken tillhandahåller ofta är definitionen på en skicklig jurist.<sup>19</sup> Enligt Kleineman inbegriper den rättsdogmatiska metoden att användaren kan anlägga ett kritiskt perspektiv genom att till exempel granska den rättsdogmatiska lösningen, dess konsekvenser och om det finns alternativa lösningar på ett rättsligt problem.<sup>20</sup> Peczenik uttrycker också att rättsdogmatiken liknar det praktiska juridiska beslutsfattandet genom att t.ex. dela samma rättskällelära och samma syfte – att på ett etiskt godtagbart sätt tolka gällande rätt.<sup>21</sup> Peczenik menar dock att rättsdogmatiken gör anspråk på att vara motiverad på ett mer sammanhängande sätt än det praktiska juridiska beslutsfattandet, och att det endast är undantagsvis som gällande rätt behöver genomgå en kritisk granskning.<sup>22</sup>

Uppsatsen använder den rättsdogmatiska metoden för att behandla den första frågeställningen om varför det finns ett krav som säger att ensamkommande barn ska ha ett ordnat mottagande i hemlandet samt för att utreda gällande rätt kring frågan om hur kravet på ordnat mottagande ska beaktas i asylprocessen. Uppsatsens andra frågeställning riktar fokus mot MIV, en av de viktigaste aktörerna på migrationsrättens område i Sverige. Genom att studera hur MIV:s rättsliga styrning utformats och mottagits av migrationsdomstolarna kan något sägas om hur rätten tillämpas *i praktiken*, vilket är det kunskapsintresse om rätten som den *rättssociologiska metoden* utgår ifrån.

### 1.2.2 Rättssociologisk metod

Rättssociologi handlar om att undersöka relationen mellan rätt och samhälle. Ämnet rymmer därför på en och samma gång rättsvetenskap och samhällsvetenskap.<sup>23</sup> Håkan Hydén menar att den rättssociologiska metoden kan definieras som en empirisk vetenskap eftersom den med samhällsvetenskapliga metoder undersöker rättsliga fenomen, till skillnad mot rättsdogmatiken som kan beskrivas som en normativ vetenskap eftersom den gör anspråk på att ge det ”rätta” svaret till på förhand givna frågor.<sup>24</sup> Rättssociologi kan vidare erbjuda konkurrerande förklaringar till rättsligt beslutsfattande i de fall rätten på pappret inte överensstämmer med rätten i verkligheten. Rättssociologin ställer också andra frågor till rätten än den rättsdogma-

---

<sup>19</sup> Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, i *Juridisk metodlära*, Korling & Zamboni (red.) 2013, s. 23.

<sup>20</sup> Kleineman, *Rättsdogmatisk metod*, i *Juridisk metodlära*, Korling & Zamboni (red.) 2013, s. 34.

<sup>21</sup> Peczenik, *Vad är rätt? Om demokrati, rätts säkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1995, s. 314.

<sup>22</sup> Peczenik, *Vad är rätt? Om demokrati, rätts säkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1995, s. 313 & Peczenik i FT 1990 s. 44.

<sup>23</sup> Hydén, *Rättssociologi: om att undersöka relationen mellan rätt och samhälle* i *Juridisk metodlära*, Zamboni & Korling (red) 2013, s. 207.

<sup>24</sup> Hydén, *Rättssociologi: om att undersöka relationen mellan rätt och samhälle* i *Juridisk metodlära*, Zamboni & Korling (red) 2013, s. 208.

tiska metoden. Såsom: Vad är resultatet av den rättsliga regleringen och vilka är rättens konsekvenser?<sup>25</sup> Uppsatsens tredje frågeställning går ut på att ställa den här typen av frågor till rätten varför en rättssociologisk metod används.

Rättssociologisk metod anlägger ett externt perspektiv på rätten, där det handlar om kunskap *om* rätten snarare än kunskap *i* rätten.<sup>26</sup> För att anlägga ett externt perspektiv krävs dock teorier om rätten. En vanlig utgångspunkt vid anläggandet av ett externt perspektiv på rätten är att dela upp regler beroende på om de växer underifrån eller skapas uppifrån. Rätten kan t.ex. fungera som ett uppifrån skapat styrmedel genom att kommunicera till förvaltningen vad politiska beslutfattare bestämt.<sup>27</sup> Det ankommer sedan på den verkställande makten, på migrationsrättens område MIV, att genomföra de politiska intentioner som lagstiftaren beslutar om. Hydén uttrycker det som att rätten ”deltar i genomförandet av politiken och uttrycker de handlingsanvisningar som följer av bestämda värdemässiga förhållanden”.<sup>28</sup>

För att kunna säga något om rätten från ett rättssociologiskt perspektiv, måste man känna till i vilken samhälllig kontext rätten appliceras vilket i sin tur innebär att det blir nödvändigt att använda andra källor än de strikt rättsdogmatiska. Nedan presenteras de källor, utöver de strikt rättsdogmatiska, som används i uppsatsen för att nå denna kunskap.

### 1.2.3 Migrationsverkets rättsliga ställningstaganden

Efter en reform 2009 började den rättsliga styrningen för MIV:s verksamhet att enhetligt benämnas *rättsliga ställningstaganden* eller *rättsliga kommentarer*. Innan dess kunde MIV:s dokument avsedda att ge vägledning för internt bruk istället benämnas på många olika sätt.<sup>29</sup> De rättsliga ställningstagandena är enligt MIV ”*generella rekommendationer om tillämpningen av lagar och förordningar inom Migrationsverkets verksamhetsområde. Ställningstaganden*

---

<sup>25</sup> Hydén, *Rättssociologi: om att undersöka relationen mellan rätt och samhälle i Juridisk metodlära*, Zamboni & Korling (red) 2013, s. 227f.

<sup>26</sup> Hydén, *Rättssociologi: om att undersöka relationen mellan rätt och samhälle i Juridisk metodlära*, Zamboni & Korling (red) 2013, s. 208 f.

<sup>27</sup> Hydén, *Rättssociologi: om att undersöka relationen mellan rätt och samhälle i Juridisk metodlära*, Zamboni & Korling (red) 2013, s. 209.

<sup>28</sup> Hydén, *Rättssociologi: om att undersöka relationen mellan rätt och samhälle i Juridisk metodlära*, Zamboni & Korling (red) 2013, s. 211.

<sup>29</sup> Se Migrationsverkets årsredovisning 2009.

dena tas fram i syfte att åstadkomma en enhetlig och likformig rättstillämpning inom verket. Verkets personal bör följa dem i rättstillämpningen”.<sup>30</sup>

Det rättsliga ställningstagandet om praktiska verkställighetshinder som nämndes inledningsvis meddelades år 2016 vilket var samma år som MIV slog rekord i antal meddelade rättsliga ställningstaganden per år då hela 45 ställningstaganden publicerades. Det utgjorde nästan en fördubbling av det tidigare rekordåret 2015 då 24 ställningstaganden meddelades.<sup>31</sup>

Rebecca Thorburn Stern<sup>32</sup> har i en undersökning av för- och nackdelar med det svenska och engelska systemet vad gäller ”vägledning i landinformationsfrågor”<sup>33</sup>, kommit fram till vissa slutsatser gällande de rättsliga ställningstagandenas betydelse i svensk migrationsrätt. Thorburn Stern konstaterar att MiÖD generellt sett har meddelat få vägledande avgöranden sedan inrättandet 2006 och att MIV på grund av detta utarbetat ett system – publicerandet av rättsliga ställningstaganden– för att läka bristen på prejudicerande avgöranden både vad gäller landinformationsfrågor och rättsfrågor.<sup>34</sup> Bristen på vägledande avgöranden i sig kan leda till onödiga olikheter i hur migrationsdomstolarna dömer och det kan enligt Thorburn Stern även leda till att situationen för vissa grupper inte utreds så noggrant som vore önskvärt, med tanke på den tidsbrist och de begränsade resurser som står migrationsdomstolarna tillhanda.<sup>35</sup>

De rättsliga ställningstagandens betydelse måste således förstås mot bakgrund av att det finns få vägledande avgöranden på migrationsrättens område. Ett uppenbart problem med de rättsliga ställningstagandena är att deras rättsliga status är oklar. Det är inte meningen att beslutfattare ska hänvisa till ställningstaganden i sina beslut, dessa är endast tänkta att ge vägledning i beslutfattares tillämpning av lagen.<sup>36</sup> Dock följer av MIV:s definition av *rättsligt ställ-*

---

<sup>30</sup> Se Migrationsverkets landinformationssystem Lifos vid en sökning på ”rättsligt ställningstagande.”

<sup>31</sup> Antal utgivna rättsliga ställningstaganden under per år: 2009 - 9, 2010 - 11, 2011 - 23, 2012 - 24, 2013 - 11, 2014 - 18, 2015 - 25, 2016 - 45, 2017- 5 (Mailkonversation med MIV:s rättsavdelning 2017-03-27)

<sup>32</sup> Universitetslektor och docent i folkrätt vid Uppsala Universitet.

<sup>33</sup> Thorburn Stern & Wikström, *Migrationsrätt: skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*, 2016, s. 21 ff. Den stora skillnaden mellan systemen är enligt författaren att MiÖD till skillnad mot sin engelska motsvarighet normalt inte vägleder rättstillämpningen i landinformationsfrågor. Det finns dock inga vattentät skott mellan vad som ska definieras som vägledning i landinformationsfrågor och vägledning i rättsfrågor varför slutsatserna i vissa delar även får bäring på vägledningen vid bedömningen av rättsfrågor.

<sup>34</sup> Thorburn Stern & Wikström, *Migrationsrätt: skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*, 2016, s. 30 ff. Se även prop. 2015/16:174 s. 53 där regeringen uttryckligen hänvisar till att MIV:s utfärdanden av rättsliga ställningstaganden är ett sätt att hantera den brist på vägledande avgöranden som de tillfälliga lagen ge upphov till.

<sup>35</sup> Thorburn Stern & Wikström, *Migrationsrätt: skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*, 2016, s. 31.

<sup>36</sup> Jfr Thorburn Stern & Wikström, *Migrationsrätt: skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*, 2016, s. 46 f.

ningstagande att dessa bör av MIV:s personal och om ett beslut fattas i strid med ett rättsligt ställningstagande är det stor risk att det skulle ändras eller upphävas. Ställningstagandenas informella status är således betydande med tanke på vilken inverkan de har på bedömningen och tillämpningen av asyl- och migrationsrätten i enskilda fall.<sup>37</sup>

Thorburn Stern menar vidare att även om kvalitén på de rättsliga ställningstagandena har förbättrats och att de medför att konsekvens och förutsägbarhet lättare kan säkerställas i beslut och domar, är systemet med rättsliga ställningstaganden långt ifrån ett godtagbart alternativ till auktoritativ vägledning från MiÖD.<sup>38</sup> Det finns en risk att de slutsatser som presenteras i ett ställningstagande om vad som utgör en korrekt tillämpning av lagen, godtas som den korrekta tolkningen av gällande rätt. Det ger i sin tur de rättsliga ställningstagandena en större tyngd än de var avsedda att få och de tilldelas därmed en rättslig status som de inte har.<sup>39</sup> Att sätta de rättsliga ställningstagandena under lupp i en migrationsrättslig undersökning kan således ha flera viktiga syften.

Sammanfattningsvis kan sägas att de rättsliga ställningstagandena saknar formell rättslig status men att de har en stark informell ställning. Förutom att de utgör en naturlig utgångspunkt i en analys av MIV:s tolkning av gällande rätt kan en studie med utgångspunkt i ett eller flera rättsliga ställningstaganden även visa på hur den faktiska rättstillämpningen går till i praktiken.

#### **1.2.4 Undersökning av ett urval av domar från Migrationsdomstolarna**

Underrättsdomar är inte prejudicerande och har inom ramen för en strikt tolkning av den rättsdogmatiska metoden ingen egentlig rättskällefaktor. Däremot säger domarna något om hur lagen tillämpas i praktiken vilket är en central del av begreppet gällande rätt enligt den rättssociologiska metoden. För att besvara frågan hur MIV:s beslut med uppskjuten verkställighet har mottagits av domstolarna, och därmed kommit att tillämpas i praktiken, har jag därför valt att analysera ett antal migrationsdomstolsdomar. Undersökningen gör inget anspråk på att säga något definitivt om hur rättsläget ser ut. Undersökningen ska istället ses som ett

---

<sup>37</sup> Thorburn Stern & Wikström, *Migrationsrätt: skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*, 2016, s. 28 & 47.

<sup>38</sup> Thorburn Stern & Wikström, *Migrationsrätt: skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*, 2016, s. 48.

<sup>39</sup> Thorburn Stern & Wikström, *Migrationsrätt: skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*, 2016, s. 47.

nedslag i den faktiska rättstillämpningen vid migrationsdomstolarna och därmed säga något om den ”tillämpade rätten.”<sup>40</sup>

Urvalet bygger på att jag i tre omgångar<sup>41</sup> begärt ut en lista från respektive migrationsdomstol<sup>42</sup> över alla avgöranden som meddelats under en viss period under kategorin ”ensamkommande barn”. Det har varit en stor variation över hur många avgöranden respektive domstol meddelat under varje period där Migrationsdomstolen i Stockholm meddelar i särklass flest avgöranden. Utifrån listorna har jag sedan, slumpvis, valt ut nio avgöranden<sup>43</sup> som jag begärt ut av domstolen. I flera fall har det täckt alla avgöranden meddelade av en viss domstol under en viss tidsperiod, i andra fall har det utgjort endast en liten del av alla meddelade avgöranden för en domstol under en tidsperiod.<sup>44</sup>

Det totala antalet avgöranden under kategorin ”ensamkommande barn” uppgick för de tre perioderna till 511. Av dessa har jag tagit del av 105 avgöranden. Efter en genomgång av dessa 108 avgöranden kunde jag konstatera att 30 avgöranden berörde frågan om uppskjuten verkställighet. 29 av 30 avgöranden i undersökningen bygger på att ett utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet har överklagats till migrationsdomstolen.<sup>45</sup> Inget av målen meddelades prövningstillstånd i MiÖD.<sup>46</sup> En lista över alla domar som använts i undersökningen finns i bilaga 1.

### 1.2.5 FN:s barnrättskommittés allmänna kommentarer

I enlighet med artikel 43 i barnkonventionen granskar FN:s kommitté för barnets rättigheter (Barnrättskommittén) staternas efterlevnad av barnkonventionen. Barnrättskommittén utfärdar

---

<sup>40</sup> Se Lagerqvist Veloz Roca, Annika, *Gränsöverskridande: En förvaltningsrättslig knäckfråga*, s. 14.

<sup>41</sup> Period 1: 2016-07-07 t.o.m. 2017-01-20, period 2: 2017-01-20 t.o.m. 2017-02-28, period 3: 2017-02-28 t.o.m. 2017-04-06. Första periodens startdatum lades till samma datum som SR 25/2016 meddelades.

<sup>42</sup> Migrationsdomstolarna är inte separata domstolar utan särskilda delar av förvaltningsrätterna i Stockholm, Göteborg, Malmö och Luleå.

<sup>43</sup> Anledningen till att jag valt just nio domar är att det är antalet som enligt Domstolsverkets riktlinjer om att ta betalt för allmänna handlingar är gratis vid ett elektroniskt utlämnande. Riktlinjerna fastslår att 9 filer är gratis, den tionde kostar 50 kronor och varje fil utöver detta kostar 2 kronor styck vid elektroniskt utlämnande. För att slippa denna kostnad och ytterlige tidsutdräkt i och med faktureringsprocedur valdes således antalet 9 avgöranden. Ett större antal domar var inte heller möjligt att undersöka av utrymmesskal.

<sup>44</sup> Jfr t.ex. att Migrationsdomstolen i Stockholm perioden 2016-07-20 till och med 2017-01-20 meddelade nästan 300 avgöranden.

<sup>45</sup> Det enda undantaget är UM 397-17 meddelad av Migrationsdomstolen i Malmö. I ärendet bedömde domstolen till skillnad från MIV att inget ordnat mottagande fanns. Domstolen beslutade med hänvisning till detta att domen tidigast skulle vara verkställbar efter att sökanden fyllt 18 år.

<sup>46</sup> Mailkorrespondens med Kammarrätten i Stockholm Migrationsöverdomstolen den 20 april 2017 & 5 maj 2017.

både riktade kommentarer till specifikt granskade stater och allmänna kommentarer för att vägleda staterna i tolkningen av konventionen. Kommentarererna är inte juridiskt bindande, utan de fungerar som vägledning för arbetet med barnkonventionen i respektive konventionsstat. Historiskt sett har kommentarer utfärdade av övervakningskommittéer för olika konventioner kommit att få en stark ställning som tolkningsunderlag för bl.a. domstolar. Den svenska regeringen har också framhållit att barnrättskommitténs allmänna kommentarer ska tas på stort allvar och att de har stor betydelse som vägledning för Sveriges arbete med att genomföra barnkonventionen på nationell nivå.<sup>47</sup> Barnrättsutredningen, som sedan 2013 bl.a. har kartlagt svenskt rätts överensstämmelse med barnkonventionen,<sup>48</sup> föreslår även att det bör anges i förarbetena till en eventuell inkorporering av barnkonventionen att de allmänna kommentarer ska användas vid tolkningen av konventionens artiklar.<sup>49</sup> De allmänna kommentarer utgör med andra ord ett viktigt underlag vid tolkningen av barnkonventionen men de är inte rättsligt bindande.<sup>50</sup>

### 1.2.6 Intervjuer

För att fördjupa förståelsen för hur de rättsliga experterna på MIV resonerat i framtagandet av ny rättslig styrning för myndigheten samt för att inhämta ytterligare sakkunskap om kravet på ordnat mottagande, har jag intervjuat två av verkets rättsliga experter. Anna Lindblad som är rättslig expert med inriktning barnrätt samt Daniel Salehi rättslig expert gällande ensamkommande barn. Jag har också gjort en intervju med asylrättsadvokaten Viktor Banke som har mångårig erfarenhet av att företräda ensamkommande barn, för att få en praktikers perspektiv på utvecklingen som lett fram till utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet. Intervjuerna ska inte ses som en komplett, kvalitativ intervjustudie utan som en kompletterande källa till kunskap i uppsatsens övergripande ämne. Vissa hänvisningar till intervjuerna förekommer i texten när denna kunskap har ansetts kunna bidra till förståelsen av det som diskuteras. Intervjuerna finns att läsa i sin helhet i bilaga 2-4.

---

<sup>47</sup> Se bl.a. Rskr. 2013/14:91 s. 10 f.

<sup>48</sup> Se dir. 2013:35, dir. 2014:86 och dir. 2015:17. Utredningen har avgett betänkandet SOU 2016:19.

<sup>49</sup> SOU 2016:19, s. 320.

<sup>50</sup> Jfr Wienkonventionen om traktaträtten artikel 31- 33, SÖ 1975:1.

### 1.3 Avgränsningar

Bedömningen av skyddsbehov är en av de mest centrala och mest komplicerade frågorna inom asylrätten.<sup>51</sup> Hur olika nivåer av reglering till skydd för asylsökande interagerar har varit av central betydelse för asylrättens utveckling.<sup>52</sup> Uppsatsen kommer endast belysa vissa aspekter av skyddsprövningen för barn men avser inte att behandla frågan om barns skyddsbehov i detalj. Det är en mycket spännande fråga som förtjänar att belysas grundläggande. Den här uppsatsen granskar istället den praktiska tillämpning som avser beaktandet av kravet på ordnat mottagande och den rättsliga grunden för utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet.

Gruppen barn som omfattas av den praxis som undersöks i uppsatsen berörs givetvis av frågor relaterade till bestämning av ålder. Uppsatsen behandlar dock endast situationer där en person faktiskt har ansetts vara barn. Den på många sätt komplexa frågan om åldersbedömningar i asylprocessen lämnas därför helt utanför uppsatsen.<sup>53</sup>

### 1.4 Disposition

Uppsatsen inleds med ett kapitel som ger en introduktion till barnrätten inom migrationsrätten med fokus på ensamkommande barns rättigheter och presenterar därefter hur kravet på ordnat mottagande ska beaktas i asylprocessen enligt framförallt UtlL:s bestämmelser. Bestämmelsen i 12 kap 3 a § UtlL som stadgar att det föreligger verkställighetshinder om inte ett ordnat mottagande kan säkerställas är central. I kapitel 3 flyttas fokus till praktiken med uppskjuten verkställighet. Kapitlet redogör för de olika ståndpunkter som MIV och domstolarna intagit för att komma fram till slutsatsen att ett ensamkommande barn som närmar sig 18 år kan utvisas med uppskjuten verkställighet. I kapitel 4 kommer vissa invändningar riktas mot tillvägagångssättet att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet till ensamkommande barn. En central del av kritiken bygger på att tillvägagångssättet med uppskjuten verkställighet riskerar att påverka utredningen av barns asylskäl negativt. Vidare presenteras även de rättsliga konsekvenser som följer av ett beslut med uppskjuten verkställighet samt vissa barnrättsliga invändningar.

---

<sup>51</sup> Thorburn Stern & Wikström, *Migrationsrätt: skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*, 2016, s. 8 f.

<sup>52</sup> Thorburn Stern & Wikström, *Migrationsrätt: skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*, 2016, s. 9 f.

<sup>53</sup> Jfr även intervju med Anna Lindblad, rättslig expert MIV, som kallade åldersbestämningsfrågan ”ett monster för verksamheten”.



## 2 Ordnat mottagande i hemlandet- ett krav på grund av barns särskilda skyddsintresse

Följande kapitel kommer ge en övergripande introduktion till barnrätten inom migrationsrätten samt visa på syftet bakom kravet på ordnat mottagande i hemlandet vid utvisning av ensamkommande barn. Kapitlet kommer även beskriva gällande rätt avseende frågan om hur verkställighetshindret *avsaknad av ordnat mottagande* ska beaktas i asylprocessen.

### 2.1 Barnkonventionen uppställer särskilda regler till skydd för barns mänskliga rättigheter

FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna<sup>54</sup> fastslår i artikel 1 att ”alla människor är födda fria och lika i värde och rättigheter”. Sedan den allmänna förklaringen antogs har regelverket för de mänskliga rättigheterna utvecklats genom en rad konventioner som antagits inom FN, Europarådet och andra internationella organisationer.<sup>55</sup> Av dessa dokument är FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen) det som mer specifikt uttrycker barns rättigheter. Tillkomsten av barnkonventionen kan sägas innebära ett erkännande dels av att barn har rättigheter i kraft av att vara just *barn* och dels att de generella rättsakter som fanns vid barnkonventionens tillkomst inte var tillräckliga för att tillgodose barns särskilda behov.<sup>56</sup> Sverige ratificerade barnkonventionen 1990 och är sedan dess folkrättsligt bundet att följa konventionen.<sup>57</sup> Det innebär att svenska domstolar, myndigheter, kommuner och landsting ska tolka och tillämpa svenska lagar och förordningar så att Sveriges åtaganden enligt barnkonventionen respekteras enligt principen om fördragskonform tolkning.<sup>58</sup>

Barnkonventionen innehåller 54 artiklar varav 41 fastslår barnets rättigheter. Utgångspunkten vid tolkningen av barnkonventionens rättighetsartiklar är att de, liksom andra konventioner om mänskliga rättigheter, ska läsas som en helhet. Det går således inte att uttolka en artikel utan att ta hänsyn andra artiklar.<sup>59</sup> Barnkonventionen innehåller fyra grundläggande principer som ska vara vägledande i tolkningen av övriga artiklar. De fyra grundprinciperna är principen om icke-diskriminering (artikel 2), principen om att barnets bästa ska komma i främsta

---

<sup>54</sup> UN General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, 10 December 1948, 217 A (III).

<sup>55</sup> Sandesjö, *Barnrättsperspektivet i asylprocessen*, 2013, s.17.

<sup>56</sup> Stern & Jörnruud, *Barnkonventionens status. En utvärdering av för- och nackdelar med Barnkonventionen som svensk lag*, 2011, s. 11.

<sup>57</sup> SÖ 1990:20.

<sup>58</sup> Bring, Mahmoudi & Wrangle, *Sverige och folkrätten*, 2014, s. 59.

<sup>59</sup> Se t.ex. FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 4 (2003) *Ungdomars hälsa och utveckling inom ramen för konventionen om barnets rättigheter* (CRC/GC/2003/4) p. 5 samt FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) *om Barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet* (CRC/GC/2013/14) p. 16.

rummet (artikel 3), barnets rätt till hälsa och utveckling (artikel 6) samt barnets rätt att uttrycka sina åsikter och få dem beaktade (artikel 12).<sup>60</sup>

Barnkonventionens första artikel definierar *barn* som varje människa under 18 år, om inte barnet blir myndigt tidigare enligt den lag som gäller barnet. I artikel 2 framgår att konventionsstaterna ska respektera och tillförsäkra varje barn inom sin jurisdiktion de rättigheter som anges i konventionen. Staternas skyldigheter gäller således mot *alla* barn på statens territorium eller inom statens jurisdiktion, och således även asylsökande barn.

## 2.2 Portalstadgandet om barnets bästa i 1 kap 10 § utlänningslagen

Util 1 kap 2 § definierar *barn* som en person under 18 år. I 1 kap 10 § Util finns den s.k. portalparagrafen om barnets bästa: ” *I fall som rör ett barn skall särskilt beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver.*” Bestämmelsen har sin bakgrund i artikel 3 barnkonventionen och ska beaktas vid alla beslut som rör barn enligt Util. Den ansvarige beslutsfattaren ska ha ett *barnperspektiv*, dvs. analysera hur beslutet eller åtgärden berör barnet samt ett *barnrättsperspektiv*, dvs. när handlandet får konsekvenser för barnet ska barnets mänskliga rättigheter enligt bl.a. barnkonventionen säkerställas.<sup>61</sup> I samband med införandet av portalparagrafen i 1 kap 10 § Util uttalade lagstiftaren att det finns starka skäl att ta särskild hänsyn till barn i asylprocessen och att barns särskilda utsatthet och behov på många sätt motiverar en särbehandling av barn i förhållande till vuxna.<sup>62</sup>

Artikel 3 i barnkonventionen fastslår att barnets bästa ska komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barnet. FN:s barnrättskommitté har angett att begreppet *barnets bästa* består av tre delar; en materiell rättighet, en tolkningsprincip och ett tillvägagångssätt.<sup>63</sup> Barnets bästa kan sägas vara en materiell rättighet i bemärkelsen att barnet har rätt att få sitt bästa bedömt och satt i främsta rummet i en avvägning mot andra intressen samt garantin att denna rättighet alltid tillämpas när ett beslut ska fattas. Den materiella rättigheten skapar på så sätt en reell skyldighet för staterna och den kan åberopas direkt i domstol. Barns bästa som en grundläggande tolkningsprincip innebär att när en rättsregel ger en öppning för fler tolkningar än en, ska den tolkning som mest verkningsfullt tillgodoser barnet bästa ha företräde. Barns

---

<sup>60</sup> Se FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 5 (2003) *Allmänna åtgärder för genomförandet av konventionen om barnets rättigheter (artikel 4, 42 och 44.6)* (CRC/GC/2003/5) p. 12 & FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 12 (2009) *Barnets rätt att bli hörd* (CRC/C/GC/2009/12) p. 2.

<sup>61</sup> Prop. 2009/10:232, s. 15.

<sup>62</sup> Prop. 1996/97:25 s. 246 & 249.

<sup>63</sup> CRC/GC/2013/14 p. 6 a)-c).

bästa som ett tillvägagångssätt innebär att bedömningen och fastställandet av barnets bästa kräver ett rättssäkert förfarande. Det betyder att konventionsstaterna ska förklara hur man har tagit hänsyn till barnets bästa i beslutet, genom att ange vad som har ansetts vara för barnets bästa, vilka kriterier detta grundas på, samt hur barnets intressen har vägts mot andra hänsynstaganden.<sup>64</sup>

### **2.3 Innebörden av att vara barn i asylprocessen – ensamkommande barn en extra utsatt grupp**

I artikel 22 barnkonventionen anges att konventionsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att se till att asylsökande barn och barn som anses som flyktingar erhåller lämpligt skydd och humanitärt bistånd. Det finns olika aspekter i asylprocessen som påverkas av att den sökande är ett barn eller ett ensamkommande barn. En övergripande aspekt handlar om det processuella, att barn har särskilda rättigheter i asylprocessen i egenskap av att vara just barn. Dessa rättigheter gör sig särskilt gällande för ensamkommande barn som saknar legala vårdnadshavare, eftersom barns rättigheter enligt barnkonventionen i första hand ska tillgodoses av föräldrarna eller vårdnadshavarna.<sup>65</sup> När vårdnadshavarna är förhindrade att ta hand om barnet eller när barnet i vissa fall är i behov av skydd från vårdnadshavarna, tar istället statens ansvar för barnet vid. Ensamkommande barn som befinner sig i ett land där de själva saknar medborgarskap *och* legala vårdnadshavare är i den bemärkelsen redan initialt en extra utsatt grupp. Ensamkommande barn som kommer till Sverige ska så snart det är möjligt förordnas en god man som ska ansvara för barnets personliga förhållanden och sköta barnets angelägenheter, och på så vis läka bristen på rättslig vårdnadshavare.<sup>66</sup> Ensamkommande barn har därtill en utökad rätt till offentligt biträde, en rätt till särskild bostad m.m.<sup>67</sup>

Andra aspekter som särskilt påverkas av att den asylsökande är ett barn kan placeras in i kronologin som följer en bedömning av en asylansökan – att den sökande är ett barn har särskild betydelse vid bedömningen av skyddsbehov, vid bedömningen av humanitära skäl samt vid bedömningen av verkställighetshinder. Som nämnts inledningsvis faller det utanför uppsatsen ram att i detalj utveckla den omfattande frågan om bedömning av barns skyddsbehov. Några huvuddrag ska ändå sägas om vad denna prövning innehåller för att visa på vilka bedömning-

---

<sup>64</sup> CRC/GC/2013/14p. 6 a)-c). Se även 2 § 11 p förordning (2007:996) med instruktion för Migrationsverket som stadgar att Migrationsverket inför beslut eller åtgärder som rör barn ska analysera konsekvenserna för barnet.

<sup>65</sup> Se artikel 5 & 18 barnkonventionen.

<sup>66</sup> Se 1-3 §§ lag (2005:429) om god man för ensamkommande barn.

<sup>67</sup> Se 18 kap 1 § & 1a § UtL & 3 § LMA.

ar av ett barns asylansökan som redan gjorts eller bör ha gjorts innan det blir fråga om att bedöma eventuella verkställighetshinder.

I svensk migrationsrätt utgörs *skyddsbehovsprövningen* av om en utlänning uppfyller kriterierna för att anses som antingen flykting, alternativt- eller övrigt skyddsbehövande enligt 4 kap 1, 2 och 2 a §§ UtL.<sup>68</sup> Prövningen av skyddsbehovet följer en strikt hierarki enligt den ordning bestämmelserna anges i lagtexten.<sup>69</sup> För flyktingskapsbedömningen enligt 4 kap 1 § UtL är förföljelsebegreppet av central betydelse. Begreppet ”förföljelse” har sin bakgrund i 1951 års konvention om flyktingars rättsliga ställning<sup>70</sup> (flyktingkonventionen) med dess tillhörande protokoll från 1967.<sup>71</sup> Dessa dokument är de mest betydelsefulla för bestämning av flyktingstatus inom den internationella flyktingrätten och gäller för alla människor, barn som vuxna. Relationen mellan den internationella flyktingrätten och regelverket för mänskliga rättigheter, kan beskrivas som att den internationella flyktingrätten utgör en särskild gren av regelverket för mänskliga rättigheter. Många människor flyr just kränkningar av sina mänskliga rättigheter och flyktingkonventionens preambel hänvisar uttryckligen till FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna.<sup>72</sup> Begreppet ”förföljelse” har ingen bestämd innebörd men den dominerande uppfattningen har blivit att, utöver hot mot liv och frihet på grund av ras, religion, nationalitet, politisk och religiös uppfattning, tillhörighet till viss samhällsgrupp, kan även allvarliga kränkningar av mänskliga rättigheter utgöra förföljelse.<sup>73</sup> Utan att gå närmare in i diskussionen av förföljelsebegreppet konstateras härvid att allvarliga kränkningar av barns mänskliga rättigheter såsom könsstympning, tvångsrekrytering, och barnäktenskap kan utgöra förföljelse enligt flyktingdefinitionen.<sup>74</sup> I artikel 9.2 f) i EU:s skyddsgrundsdirektiv<sup>75</sup> anges explicit att barnspecifika handlingar kan utgöra förföljelse. Vidare behöver inte ”nivån” av förföljelse vara lika hög för barn som för vuxna.<sup>76</sup>

---

<sup>68</sup> Jfr 1 kap 3 § samt 1 kap 12 § UtL.

<sup>69</sup> Jfr 4 kap UtL samt prop. 2004/05:170 s. 176 ff.

<sup>70</sup> Convention relating to the Status of Refugees, 189 U.N.T.S. 150 (trädde i kraft 22 april 1954)

<sup>71</sup> Protocol relating to the Status of Refugees, 606 U.N.T.S. 267 (trädde i kraft 4 oktober 1967)

<sup>72</sup> Diesen m.fl. *Bevis 8. Prövning av migrationsärenden*, 2012, s. 108 ff. & 119.

<sup>73</sup> Generellt brukar kopplingen mellan den internationella flyktingrätten och regelverket för mänskliga rättigheter hänföras till James Hathaways verk *The law of Refugee Status* från 1991.

<sup>74</sup> Se t.ex. prop. 2009/10:31 s. 104, FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 6 (2005) *Behandlingen av ensamkommande barn och barn som har skilts från föräldrarna utanför ursprungslandet* (CRC/GC/2005/6) p. 66 & 74. Se även Pobjoy, *The Child in International Refugee law*, 2017, s. 104 ff.

<sup>75</sup> Europaparlamentet och Rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet (omarbetning).

<sup>76</sup> Jfr Pobjoy, *The Child in International Refugee law*, 2017, s 116 f.

Flyktingkonventionen med dess tillhörande protokoll innehåller inga barnspecifika bestämmelser och i de flyktinggrunder som återfinns i 4 kap 1 § UtL finns heller inte några specifika hänvisningar till barn.<sup>77</sup> UNHCR,<sup>78</sup> som ansvarar för det internationella skyddet av flyktingar, har dock genom olika policydokument och riktlinjer kontinuerligt uppmärksammat flyktingbarns särskilda utsatthet och behov. Utvecklingen av barns rättigheter i dessa dokument visar tydligt på barnkonventionens genomslag i den internationella flyktingrätten.<sup>79</sup> I *Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking asylum* från 1997 adresseras särskilt ensamkommande barn och det anges bl.a. att särskilda hänsyn i bedömning av flyktingskap måste tas till att barn uttrycker sin rädsla på ett annat sätt än vuxna.<sup>80</sup> I *Guidelines on International Protection No. 8 Child Asylum Claims* från 2009 ger UNHCR generella barnspecifika rekommendationer vid tillämpningen av flyktingkonventionen.<sup>81</sup> I dessa rekommendationer framhåller UNHCR att flyktingkonventionen ska tolkas på samma sätt för barn som för vuxna och att det är av särskild vikt att barns asylansökan prövas ur ett *barnperspektiv* och att det är av stor betydelse att barn ses som fullvärdiga rättighetsbärare.<sup>82</sup> Barnspecifik landinformation ska användas vid utredningen av barns asylskäl och barn kan därtill utgöra en viss samhällsgrupp enligt flyktingkonventionen.<sup>83</sup>

Barn kan även anses vara en särskilt utsatt grupp i bedömningen av alternativt- eller övrigt skyddsbehov enligt 4 kap 2 och 2a §§ UtL.<sup>84</sup> Den förstnämnda bestämmelsen har sin bakgrund i EU:s skyddsgrundsdirektiv som i flera artiklar och skäl särskilt adresserar barn som grupp. I artikel 20 anges t.ex. att särskild hänsyn ska tas till underåriga och ensamkommande barn vid genomförande av direktivet och i skäl 18 och 19 föreskrivs till att hänsyn ska tas till barnets bästa. Bestämmelsen i 4 kap 2 § UtL ger skydd för personer som faller utanför flyk-

---

<sup>77</sup> Se t.ex. Pobjoy, *The Child in International Refugee law*, 2017.

<sup>78</sup> United Nations High Commissioner for Refugees.

<sup>79</sup> Thorburn Stern, *Unaccompanied and Separated Asylum-seeking Minors: Implementing a Rights-based Approach in the Asylum Process*, 2015, s. 246f.

<sup>80</sup> UNHCR, *Guidelines on Policies and Procedures in dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, 1997, p. 8.6.

<sup>81</sup> UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 8 Child Asylum Claims*, 2009. UNHCR:s riktlinjer har vid ett flertal tillfällen använts som rättskälla av MiÖD se t.ex. MIG 2014:1, MIG 2015:18 & MIG 2017:6.

<sup>82</sup> UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 8 Child Asylum Claims*, 2009, p. 1-5. I originaltexten anges att fastställande av flyktingstatus ska ske i ett ”child sensitive manner”.

<sup>83</sup> UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 8 Child Asylum Claims*, 2009, p. 49.

<sup>84</sup> Bestämmelsen 4 kap 2 a § UtL var från början en renodlat svensk reglering men har sedermera kommit att anpassats efter EU:s skyddsgrundsdirektiv, se Wikrén & Sandesjö, *Utlänningslagen med kommentarer*, 2017, i kommentaren till 2 a § UtL. Under tiden den tillfälliga lagen är i kraft gäller inte bestämmelsen i 4 kap 2 a § UtL, se 4 § tillfälliga lagen.

tingdefinitionen men ändå riskerar allvarlig skada vid ett återvändande. Gränsen mellan flyktingskap och alternativt skyddsbehov kan dock vara svår att dra eftersom bedömningen är beroende av vad som anses vara den primära orsaken till förföljelsen, dvs. om det är en orsak som faller in under någon av de flyktinggrunder som räknas upp i 4 kap. 1 § UtlL eller inte.<sup>85</sup> Denna fråga ska inte utredas närmare här utan det konstateras sammanfattningsvis att barn, liksom vuxna, kan riskera förföljelse och att förföljelsen därtill kan vara barnspecifik eller relaterad till att personen är just ett barn. Vidare kan barn drabbas av barnspecifik skyddsgrundande behandling som uppfyller kriterierna för alternativt eller övrigt skyddsbehov.

FN:s barnrättskommitté utfärdade 2005 en allmän kommentar som syftar till att vägleda staterna om vilka skyldigheter som följer av barnkonventionen vid behandlingen av ensamkommande barn.<sup>86</sup> Kommittén har identifierat att ensamkommande barn löper större risk än andra barn att utsättas för t.ex. sexuellt utnyttjande och övergrepp, rekrytering som barnsoldater och diskriminering.<sup>87</sup> I kommentaren framhålls att ensamkommande barn har rätt till en skyddsprövning och i förekommande fall rätt att ta del av kompletterande skydd enligt nationell lagstiftning.<sup>88</sup> Kommittén understryker även att flyktingbegreppet i flyktingkonventionen ska tolkas på ett ålders- och könsanpassat sätt och med hänsyn till de särskilda motiven till och uttrycken för förföljelse som barn utsätts för. I skyddsbedömningen bör därför största möjliga uppmärksamhet ägnas åt former och uttryck för förföljelse som särskilt drabbar barn.<sup>89</sup> Den svenska regeringen har också framhållit att utgångspunkten i den svenska asylprocessen är att barn som ansöker om asyl ska få sin ansökan prövad i en process där deras röst hörs och särskild hänsyn tas till deras behov samt att barns egna asylskäl självklart ska beaktas.<sup>90</sup>

Om en prövning av asylansökan inte resulterar i att uppehållstillstånd ska beviljas på grund av skyddsbehov finns det därtill en fakultativ bestämmelse i svensk rätt om att uppehållstillstånd får beviljas på grund av humanitära skäl. Bestämmelsen återfinns i 5 kap 6 § UtlL och dess innebörd kommer att diskuteras närmare i avsnitt 2.5.1.1. Här ska endast nämnas att ett barn har större möjlighet än vuxna att beviljas ett uppehållstillstånd på grund av humanitära skäl

---

<sup>85</sup> Jfr Stern i SvJT 2012, s. 287.

<sup>86</sup> CRC/GC/2005/6, p. 4.

<sup>87</sup> CRC/GC/2005/6, p. 3.

<sup>88</sup> CRC/GC/2005/6, p. 66, 59 & 77.

<sup>89</sup> CRC/GC/2005/6, p.74.

<sup>90</sup> Prop. 2009/10:31 s. 103.

vilket framgår direkt av lagtexten. I förarbetena till bestämmelsen framhålls att omständigheterna i barnärenden inte behöver vara av samma allvar och tyngd som när det gäller vuxna.<sup>91</sup>

FN:s barnrättskommitté uttalar sig även specifikt om konventionsstaternas ansvar för ensamkommande barns återvändande till hemlandet. Kommittén konstaterar att ett återvändande till ursprungslandet inte bör ske om det finns ”skälig risk” för att barnets grundläggande mänskliga rättigheter kränks.<sup>92</sup> Dessa uttalanden knyter an till den sista delen av prövningen som särskilt påverkas av att den sökande är ett barn – bedömningen av verkställighetshinder.

#### **2.4 Avsaknad av ordnat mottagande innebär verkställighetshinder enligt 12 kap 3 a UtL**

Efter en bedömning av barnets skyddsbehov, som alltså ska ske med ett barnrättsperspektiv med särskilda överväganden till att barn kan ha specifika skyddsskäl, finns det ytterligare en bestämmelse i UtL som hindrar att ensamkommande barn återsänds. I 12 kap 3 a § UtL stadgas att den verkställande myndigheten har ett ansvar att tillförsäkra ensamkommande ett ordnat mottagande i hemlandet. Om ett ordnat mottagande inte kan ordnas föreligger verkställighetshinder. Bestämmelsen genomför artikel 10.2 i EU:s återvändandedirektiv<sup>93</sup> i svensk rätt. I artikel 5 återvändandedirektivet stadgas bl.a. att medlemsstaterna ska ta vederbörlig hänsyn till barnets bästa vid genomförandet av direktivet. Bestämmelsen i 12 kap 3a § UtL trädde i kraft den 1 maj 2012 och den lyder:

*”Ett beslut om avvisning eller utvisning av ett ensamkommande barn får inte verkställas om inte den verkställande myndigheten har försäkrat sig om att barnet kommer att tas emot av en familjemedlem, en utsedd förmyndare eller en mottagningsenhet väl lämpad för att ta hand om barn.”<sup>94</sup>*

Enligt förarbetena kan en sådan *enhet* utgöras av en social myndighet, ett barnhem eller annan institution som på ett lämpligt sätt kan ta emot och ta hand om barnet. Liksom vad som gäller för övriga bestämmelser i utlänningslagen ska portalstadgandet om barnets bästa beaktas vid

---

<sup>91</sup> Se 5 kap 6 § 2 st UtL samt prop. 2004/05:170 s, 194.

<sup>92</sup> Se CRC/GC/2005/6, p.84.

<sup>93</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna.

<sup>94</sup> SFS 2012:29.

tolkningen.<sup>95</sup> MIV har tolkat detta som att vissa kvalitetskrav måste ställas på mottagandet som tillgodoser barnets grundläggande behov samt att bedömningen av vad som utgör godtagbara mottagningsförhållanden ska göras utifrån situationen i det aktuella landet.<sup>96</sup>

Efter en bedömning av barnets asylskäl, varvid det har konstaterats att barnet inte har något skyddsbehov mot hemlandet, kan det således ändå föreligga verkställighetshinder mot att återsända barnet om barnet inte har något ordnat mottagande i hemlandet. Frågan är hur detta ska beaktas i den fortsatta prövningen och om verkställighetshindret *avsaknad av ordnat mottagande* kan grunda en rätt till uppehållstillstånd i Sverige.

## **2.5 Hur verkställighetshindret avsaknad av ordnat mottagande ska beaktas i asylprocessen**

### **2.5.1 Inom ramen för grundärendet**

I 8 kap 7 § UtlL<sup>97</sup> stadgas att när frågan om utvisning eller avvisning prövas ska hänsyn tas till om utlänningen på grund av bestämmelserna i 12 kap UtlL inte kan sändas till ett visst land eller om det annars finns särskilda hinder mot att beslutet verkställs. Bestämmelsen innebär således att den beslutande myndigheten redan inom ramen för grundprövningen ska beakta eventuella hinder mot verkställighet inbegripet avsaknad av ordnat mottagande enligt 12 kap 3 a § UtlL. I förarbeten till bestämmelsen har uttalats att olika tänkbara hinder som kan föreligga ska beaktas samt att om det vid prövningen visar sig att avlägsnandebeslut inte skulle gå att verkställa, bör det inte meddelas något beslut om av- eller utvisning.<sup>98</sup>

Ett ordnat mottagande saknas när ett ensamkommande barn inte kan tas emot av familj eller lämplig institution i hemlandet. En förutsättning för att verkställighetshindret avsaknad av ordnat mottagande ska kunna leda till uppehållstillstånd inom ramen för grundprövningen är således att MIV i trovärdighetsbedömningen av barnets asylberättelse *godtar* att barnet saknar familj i hemlandet. Om barnet har familj kvar i hemlandet är utgångspunkten att MIV ska

---

<sup>95</sup> Prop. 2011/12: 60 s. 45 & 95.

<sup>96</sup> Migrationsverket, *Rättslig ställningstagande angående verkställighet av beslut som rör ensamkommande barn*, - SR 26/2016, 2016-07-07, s. 6.

<sup>97</sup> 8 kap. 7 § UtlL motsvaras av 8 kap. 17 § i 2005 års UtlL. Motsvarigheten till dessa bestämmelser infördes i utlänningslagstiftningen genom 1989 års utlänningslag, 4 kap 12 § (SFS 1989:529). Jfr Wikrén & Sandesjö, *Utlänningslagen med kommentarer*, 2017, i kommentaren till 8 kap 7 § UtlL.

<sup>98</sup> Prop. 1988/89:86 s. 166.



verka för familjeåterföring.<sup>99</sup> Av barnkonventionen följer också att utgångspunkten ska vara att återförena ensamkommande barn med sina föräldrar, om inte en fortsatt separation är till barnets bästa.<sup>100</sup> Endast om MIV tror på att barnet saknar familj i hemlandet kan det bli fråga om att gå vidare och utreda de generella mottagningsförhållandena i hemlandet som sedan kan resultera i konstaterandet att ett ordnat mottagande saknas.<sup>101</sup> Om MIV konstaterar att det saknas ordnat mottagande samt att det inte föreligger något skyddsbehov för barnet kan verkställighetshindret grunda en rätt till uppehållstillstånd med stöd av endera 5 kap 6 § eller 5 kap 11 § UtIL.<sup>102</sup>

### ***2.5.1.1 Beaktande av verkställighetshinder inom ramen för prövningen av särskilt ömmande omständigheter i 5 kap 6 § UtIL***

Bestämmelsen i 5 kap 6 § UtIL har karaktären av en undantagsbestämmelse och ska tillämpas endast om uppehållstånd inte kan meddelas på någon annan grund. Det framhålls i förarbetena att frågor om behov av skydd noggrant ska prövas innan frågan om tillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter prövas.<sup>103</sup> Den 1 juli 2014 ändrades andra stycket i 5 kap 6 UtIL så att det för barn istället för synnerligen ömmande omständigheter föreskrivs att omständigheterna ska vara *särskilt* ömmande. Förändringen genomfördes för att förtydliga och säkerställa att barnets bästa beaktas vid bedömningen av uppehållstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Vidare avsåg lagstiftaren att med ändringen lyfta fram barnrättsperspektivet samt betona att en annan bedömning ska göras när det gäller barn.<sup>104</sup> Ett annat syfte med ändringen var att fler barn skulle omfattas av bestämmelsen och att fler barn därmed skulle beviljas uppehållstillstånd.<sup>105</sup> Det är dock oklart om lagstiftarens intentioner i den bemärkelsen kommit att återspeglas i rättstillämpningen.<sup>106</sup>

---

<sup>99</sup> Jfr 2 d § förordningen (1994:362) om mottagande av asylsökande m.fl.

<sup>100</sup> Se artikel 9 & 22 barnkonventionen samt CRC/GC/2005/6 p. 81-82.

<sup>101</sup> SR 26/2016 s. 5.

<sup>102</sup> Frågan om möjligheten att bevilja uppehållstillstånd när ett avlägsnade beslut inte går att verkställa är i skrivande stund även under utredning, se Ju 2016:21. Utredaren ska bl.a. kartlägga rättstillämpningen när det gäller MIV:s och Migrationsdomstolarnas möjlighet att beakta praktiska verkställighetshinder under asylprocessen, se dir. 2016:92 s. 1-3.

<sup>103</sup> Prop 2005/04:170 s. 192.

<sup>104</sup> Prop. 2013/14:216 s.15 f.

<sup>105</sup> Prop. 2013/14:216 s. 19.

<sup>106</sup> Jfr t.ex. MIG 2015:4.

Vid bedömningen av särskilt ömmande omständigheter ska utlänningens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation i hemlandet särskilt beaktas.<sup>107</sup> Det är dock en samlad bedömning av sökandens situation som ska göras och uppräkningsen av omständigheter som ska beaktas är inte uttömmande.<sup>108</sup> I förarbetena anförs att andra omständigheter som ska beaktas till exempel kan utgöras av social utstötning, traumatisering till följd av tortyr eller liknande svåra upplevelser i hemlandet eller till följd av människohandel så länge dessa inte är skyddsgrundade.<sup>109</sup> Det föreskrivs vidare att *verkställighetshinder* kan utgöra en särskild omständighet som ska beaktas inom ramen för den samlade bedömningen.<sup>110</sup> Uppehållstillstånd som beviljas med stöd av 5 kap 6 § den ordinarie UtL ska normalt vara permanenta från början om utlänningen har avsikt och tillåtelse att bosätta sig i landet.<sup>111</sup>

#### ***2.5.1.2 Om ett verkställighetshinder inte är bestående kan tillfälligt uppehållstillstånd beviljas enligt 5 kap 11 § UtL***

Vid införandet av 2005 års utlänningslag ansåg regeringen att det var nödvändigt att införa bestämmelser i lagen för att klargöra i vilka situationer ett tidsbegränsat uppehållstillstånd får beviljas. En sådan situation angavs vara vid praktiska verkställighetshinder som inte är bestående, där det enligt regeringen redan förelåg en praxis att bevilja tillfälliga tillstånd.<sup>112</sup> Bestämmelsen i 5 kap 11 § UtL infördes därför innebärande att ett tillfälligt uppehållstillstånd får beviljas om det finns ett hinder, som inte är bestående mot att ett av- eller utvisningsbeslut meddelas.<sup>113</sup> Paragrafen är tillämplig om det saknas annan grund för att bevilja en utlänning uppehållstillstånd men då det före ett avvisnings- eller utvisningsbeslut visar sig att ett sådant beslut inte skulle gå att verkställa under viss tid.<sup>114</sup>

Efter att MIV i april 2016 gjorde bedömningen att avsaknad av ordnat mottagande ofta kan anses utgöra ett tillfälligt verkställighetshinder, har ensamkommande barn som saknar ordnat mottagande i hemlandet i större utsträckning beviljats tillfälliga tillstånd med stöd av 5 kap 11

---

<sup>107</sup> 5 kap 6 § UtL.

<sup>108</sup> Prop 2004/05:170 s. 187.

<sup>109</sup> Prop 2005/04:170 s. 192.

<sup>110</sup> Prop 2005/04:170 s. 193.

<sup>111</sup> Se prop. 1983/84:144 s. 88 & prop. 1988/89:86 s. 60, s. 146.

<sup>112</sup> Prop. 2005/04:170 s 196.

<sup>113</sup> Se 5 kap 11 § UtL.

<sup>114</sup> Prop. 2004/05:170 s. 282 f.

§ UtL än permanenta tillstånd med stöd av 5 kap 6 § UtL.<sup>115</sup> Detta kommer att utvecklas mer i kapitel 3.

### 2.5.2 Inom ramen för verkställighetsärendet

Om MIV i grundprövningen inte tror på att barnet saknar familj i hemlandet kan ett verkställighetshinder enligt 12 kap 3 a § UtL inte konstateras i detta stadiet av processen och således inte beaktas i grundprövningen. Verkställighetshinder kan dock uppstå i ett senare skede inom ramen för ett verkställighetsärende, dvs. när ett beslut om utvisning vunnit laga kraft. MIV:s ansvar i detta skede blir att faktiskt hitta ett ordnat mottagande för det enskilda barnet oavsett vilka möjligheter till ordnat mottagande som bedömdes föreligga i grundärendet. Om den verkställande myndigheten då inte kan tillförsäkra barnet ett ordnat mottagande föreligger alltså verkställighetshinder enligt 12 kap 3 a § UtL.

Om det framkommer nya omständigheter som hindrar verkställighet av ett utvisningsbeslut efter laga kraft, får MIV i vissa fall bevilja uppehållstillstånd enligt bestämmelsen i 12 kap 18 § UtL. Bestämmelsen innebär en skyldighet för MIV att ex officio beakta om det föreligger verkställighetshinder om det framkommer nya omständigheter.<sup>116</sup> Möjligheten till uppehållstillstånd pga. verkställighetshinder ska ses som ett extraordinärt rättsmedel.<sup>117</sup> MIV ska enligt bestämmelsen dels beakta de verkställighetshinder som framgår i 12 kap 1-3 §§ om risk för dödsstraff, tortyr och förföljelse m.m. men även hinder av praktisk natur såsom att utlänningen inte kommer tas emot i hemlandet. Det ska även beaktas om det finns medicinska hinder eller annan särskild anledning till att beslutet inte bör verkställas. I dessa fall får uppehållstillstånd beviljas till barn även om omständigheterna som kommer fram inte har samma allvar och tyngd som krävs för vuxna personer.<sup>118</sup> I förarbetena anges att en *annan särskild anledning* exempelvis kan vara om ett barn inte kan tas om hand i hemlandet på ett lämpligt sätt sedan dess vårdnadshavare avlidit.<sup>119</sup> MIV får bevilja ett permanent uppehållstillstånd om hindret är

---

<sup>115</sup> Ensamkommande barn • 2004-2014 • 2015 • 2016 • 2017-05-14

Avgjorda ärenden	23 295	6440	9491	2416
Beviljade tillstånd	13 140	3209	7037	1765
varav 5 kap 6 § UtL	3980	566	967	199
varav 5 kap 11 § UtL	0	4	144	67

(Mailkorrespondens med MIV:s statistikavdelning 2017-05-16)

<sup>116</sup> Diesen m.fl. *Bevis 8. Prövning av migrationsärenden*, 2012, s. 80.

<sup>117</sup> Prop. 2004/05: 170 s. 224 f.

<sup>118</sup> Se 12 kap 18 § 1 & 3 st UtL.

<sup>119</sup> Prop. 2004/05:170 s. 226.

bestående och ett tillfälligt uppehållstillstånd om det rör sig om ett tillfälligt hinder.<sup>120</sup> Enligt förarbetena kan hindret bedömas vara av tillfällig karaktär när utlänningen insjuknar när verkställigheten ska ske och det därför inte bedöms lämpligt av medicinska orsaker att förflytta honom eller henne.<sup>121</sup>

### **2.5.3 Vid uppskjuten verkställighet kan verkställighetshindret avsaknad av ordnat mottagande endast beaktas i grundärendet**

För barn som får utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet kan avsaknad av ordnat mottagande inte ligga till grund för uppehållstillstånd enligt 12 kap 18 § UtL. Avsaknaden av det ordnade mottagandet kan inte bli en ny omständighet i dessa fall eftersom verkställighetshindret redan har erkänts och beaktats i grundärendet.<sup>122</sup> Om myndigheterna istället hade trott att ett ordnat mottagande fanns för barnet i hemlandet hade barnets ansökan avslagits utan uppskjuten verkställighet. Uppsatsen kommer därför hädanefter endast diskutera hur verkställighetshindret avsaknad av ordnat mottagande kan beaktas inom ramen för grundärendet.

## **3 Uppskjuten verkställighet på grund av ålder**

För att besvara frågan om vilken rättslig grund det finns för att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet kommer detta kapitel särskilt studera MIV:s rättsliga styrning som ligger till grund för den faktiska rättstillämpningen som resulterar i dessa beslut. Kapitlet kommer avslutningsvis redogöra för hur MIV:s beslut om uppskjuten verkställighet mottagits av migrationsdomstolarna.

### **3.1 Migrationsverkets tillvägagångssätt att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet**

För att beskriva MIV:s tillvägagångssätt att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet till ensamkommande barn som närmar sig 18 år, kan verkets bedömning delas in i tre olika steg som bygger på varandra:

- 1) Avsaknad av ordnat mottagande anses ofta utgöra ett *tillfälligt verkställighetshinder*
- 2) Utgångspunkten är att prövningen då ska ske enligt 5 kap 11 § UtL

---

<sup>120</sup> Se 12 kap 18 § 1 st 3 meningen och 2 st. Se dock 15 § den tillfälliga lagen att permanent uppehållstillstånd inte ska beviljas under lagens giltighetstid.

<sup>121</sup> Prop. 2004/05:170 s. 300.

<sup>122</sup> Vidare torde det beroende på barnets val att överklaga samt handläggningstider vid migrationsdomstolen och MiÖD leda till att dessa beslut i många fall vinner laga kraft först *efter* att barnet fyllt 18 år. Då kan verkställighetshindret avsaknad av ordnat mottagande enligt 12 kap 3 a § UtL per definition inte föreligga.

- 3) 5 kap 11 § UtL ger rättstillämparen tre olika alternativ och uppskjuten verkställighet utgör det lämpligaste alternativet när ett ensamkommande barn närmar sig 18 år

Avsnittet 3.1 tar upp respektive steg av bedömningen i varsin del.

### **3.1.1 Avsaknad av ordnat mottagande är ofta ett tillfälligt praktiskt verkställighets-hinder**

Verkställighetshindret *avsaknad av ordnat mottagande* har, tillsammans med hinder som rör att utläningen inte tas emot i hemlandet, av MIV placerats inom ramen för den rättsliga styrningen som avser *praktiska verkställighetshinder*.<sup>123</sup> Sedan reformen för intern rättslig vägledning 2009 har MIV meddelat fyra rättsliga ställningstaganden som berör frågan om praktiska verkställighetshinder.<sup>124</sup> Det första ställningstagandet<sup>125</sup> utgick från ett då aktuellt exempel om verkställighetshinder mot Gaza. Bakgrunden till det ställningstagandet vittnar om att MIV meddelar rättslig styrning när det finns en specifik sökandekategori som för handläggningen hos verket ger upphov till liknande bedömningsfrågor.<sup>126</sup> Beaktat att över 35 000 ensamkommande barn ansökte om asyl i Sverige under 2015,<sup>127</sup> var det därför inte en tillfällighet att MIV 2016 meddelade rättslig styrning som specifikt berörde denna grupp sökande.<sup>128</sup> Under 2016 meddelade MIV två rättsliga ställningstagande angående praktiska verkställighetshinder, ett i april och ett i juli.<sup>129</sup> Den enda skillnaden mellan dessa två ställningstaganden är att det nu gällande som meddelades i juli innehåller explicita tillägg för ansökningar som prövas enligt den tillfälliga lagen. Merparten av den rättsliga styrningen från detta ställningstagande utgår dock från den ordinarie UtL och hädanefter anges särskilt om styrningen endast avser tillämpning av den tillfälliga lagen.

---

<sup>123</sup> SR 25/2016 s. 1. Andra typer av verkställighetshinder är som framgått i avsnitt 2.5.2 t.ex. *politiska verkställighetshinder* 12 kap 1-3 §§ UtL och *medicinska verkställighetshinder* 12 kap 18 § 1 st 3 p UtL.

<sup>124</sup> Mailkorrespondens med Migrationsverkets kvalitetsavdelning, 2017-02-10.

<sup>125</sup> MIV, *Rättschefens rättsliga ställningstagande om praktiska verkställighetshinder*, RCI 03/2009, 2009-09-30, Rev 2009-10-15.

<sup>126</sup> Se RCI 03/2009 s. 2 samt Migrationsverket, *Vägledande beslut rörande en asylsökande från Gaza i de palestinska områdena*, 2008-07-01 samt Migrationsverket, *Rättschefens bedömning rörande de allmänna förhållandena i Gaza och frågan om verkställighetshinder [Palestinska områdena]*, 2009-01-19.

<sup>127</sup> Se not 2. 35 369 ensamkommande barn ansökte om asyl i Sverige under 2015.

<sup>128</sup> Se intervju med asylrättsadvokat Viktor Banke s. 2.

<sup>129</sup> Migrationsverket, *Rättsligt ställningstagande angående praktiska verkställighetshinder - SR 10/2016*, 2016-04-22 samt Migrationsverket, *Rättsligt ställningstagande angående praktiska verkställighetshinder - SR 25/2016*, 2016-07-07.

I inledningen till ställningstagandet från juli konstaterar MIV att när verket i grundärendet kommer fram till att ett ordnat mottagande inte kan tillsäkras för ett ensamkommande barn är det ofta ett *tillfälligt praktiskt hinder mot verkställighet*.<sup>130</sup> I den tidigare rättsliga styrningen avseende praktiska verkställighetshinder mot Gaza gjorde MIV bedömningen att ett praktiskt verkställighetshinder endast kan föreligga när det inte finns möjlighet till självmant återvändande.<sup>131</sup> Under en period bedömde MIV att det inte var möjligt för en utlänning att självmant återvända till Gaza och därför konstaterades att ett generellt *tillfälligt praktiskt verkställighetshinder* förelåg.<sup>132</sup> *Tillfälligheten* i det praktiska verkställighetshindret i denna bedömning handlade om att det åter skulle vara möjligt att frivilligt återvända till Gaza inom en relativt snar framtid konkretiserad i ett specifikt datum när gränsen åter förväntades vara öppen för persontrafik.<sup>133</sup>

På samma sätt bygger konstaterandet av att ett praktiskt verkställighetshinder föreligger för ett ensamkommande barn, eftersom barnet inte anses ha möjlighet att frivilligt återvända till hemlandet när det saknas ordnat mottagande 12 kap 3 a § UtL.<sup>134</sup> *Tillfälligheten* i verkställighetshindret motiveras av MIV med att det kommer att upphöra vid ett på förhand givet datum, nämligen samma dag barnet blir vuxen. När MIV:s försök att finna en lämplig mottagningsenhet misslyckats kan således verkställighetshinder konstateras och i samma bedömning kan direkt utläsas hur länge hindret kommer att bestå. Beroende på hur gammalt barnet är vid beslutstillfället kommer hindret därför vara mer eller mindre varaktigt i tid. Av denna logik följer att det enligt MIV endast är för yngre barn som avsaknad av ordnat mottagande kan vara för en så lång tid att ett *bestående* praktiskt verkställighetshinder kan anses föreligga.

Enligt MIV kan endast barn under 16 år anses ha bestående verkställighetshinder vid tillämpning av den tillfälliga lagen, och därmed omfattas av 5 kap 6 § UtL tillsammans med 11 § den tillfälliga lagen då ett återsändande till hemlandet utan ordnat mottagande strider mot ett svenskt konventionsåtagande.<sup>135</sup> MIV:s bedömning i denna del torde bygga på att om ett barn vistas i Sverige under en lång tid riskerar en framtida utvisning att strida mot artikel 8 i Euro-

---

<sup>130</sup> SR 25/2016 s. 2.

<sup>131</sup> RCI 03/2009 s. 1.

<sup>132</sup> Migrationsverket, *Rättschefens bedömning rörande de allmänna förhållandena i Gaza och frågan om verkställighetshinder [Palestinska områdena]*, 2009-01-19, s. 4.

<sup>133</sup> Se Migrationsverket, *Rättschefens bedömning rörande de allmänna förhållandena i Gaza och frågan om verkställighetshinder [Palestinska områdena]*, 2009-01-19, spec. s. 1-4.

<sup>134</sup> SR 25/2016 s. 4.

<sup>135</sup> Se SR 25/2016 s. 3.

pakonventionen<sup>136</sup> om rätten till respekt för privatliv. Det blir således grunden för att istället tillämpa 5 kap 6 § UtIL och 11 § den tillfälliga lagen i dessa fall. På detta sätt har MIV infört en tvåårsgräns i den rättsliga styrningen för när verkställighetshindret avsaknad av ordnat mottagande kan anses vara ett bestående verkställighetshinder.

Vid tillämpning enligt UtIL är denna tvåårsgräns inte direkt uttalad av MIV. Det framgår dock att MIV:s bedömning är att avsaknad av ordnat mottagande generellt utgör ett tillfälligt verkställighetshinder.<sup>137</sup> Det torde därför vara fråga om en liknande bedömning enligt den ordinarie UtIL, dvs. att avsaknad av ordnat mottagande inte anses kunna utgöra ett bestående verkställighetshinder för barn över 16 år.

### **3.1.2 Utgångspunkten är att prövningen ska ske enligt 5 kap 11 § UtIL**

På grund av bedömningen att avsaknad av ordnat mottagande i de flesta fall är att betrakta som ett *tillfälligt verkställighetshinder* anger MIV att utgångspunkten vid avsaknad av ordnat mottagande är att bevilja ett tillfälligt uppehållstillstånd med stöd av bestämmelsen i 5 kap 11 § UtIL.<sup>138</sup> Utgångspunkten att bevilja ett tillfälligt tillstånd med stöd av detta lagrum gäller oavsett om prövningen sker enligt UtIL eller enligt den tillfälliga lagen.<sup>139</sup>

MIV anger dock att beroende på hur ett ensamkommande barns situation ser ut kan avsaknaden av ordnat mottagande tillsammans med andra omständigheter ligga till grund för ett permanent uppehållstillstånd inom ramen för prövningen av särskilt ömmande omständigheter.<sup>140</sup> Vid bedömningen av särskilt ömmande omständigheter ska barnets hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situationen i hemlandet särskilt beaktas. Det kan noteras att i den rättsliga styrningen för praktiska verkställighetshinder gör MIV en inledande avgränsning mot dels politiska och medicinska verkställighetshinder men dels också mot verkställighetshinder som är kopplade till ”den sökandes situation i hemlandet”.<sup>141</sup> Det framgår inte mer utförligt vilken typ av verkställighetshinder som avses med den avgränsningen men det kan konstateras att samma skrivning förekommer som en omständighet som ska beaktas inom ramen för pröv-

---

<sup>136</sup> Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna av den 4 november 1950.

<sup>137</sup> Jfr SR 25/2016 s. 5 & 7.

<sup>138</sup> Se SR 25/2016 s. 2 & 7.

<sup>139</sup> Se SR 25/2016 s. 2 & 7.

<sup>140</sup> SR 25/2016 s. 7.

<sup>141</sup> Se SR 25/2016 s. 3.

ningen av 5 kap 6 § UtIL. Denna omständighet omfattas således inte av MIV:s rättsliga styrning gällande praktiska verkställighetshinder. *Avsaknad av ordnat mottagande* är enligt verket således primärt ett tillfälligt praktiskt verkställighetshinder och inte en del av sökandes situation i hemlandet och verkställighetshindret ska endast i andra hand beaktas inom ramen för prövningen enligt 5 kap 6 § UtIL.

### ***3.1.2.1 5 kap 11 § UtIL har inte alltid varit utgångspunkten för bedömningen vid avsaknad av ordnat mottagande***

Att 5 kap 11 § UtIL ska utgöra utgångspunkten för prövningen är dock inte en självklarhet vid avsaknad av ordnat mottagande och MIV konstaterar också att denna tolkning innebär att verket frångår lagens hierarki.<sup>142</sup> I förarbetena till UtIL har lagstiftaren b.la. uttalat följande om ensamkommande barn:

*”Är det fråga om ett barn som efter noggrann utredning befinns vara i verklig mening övergivet, anser regeringen i likhet med Barnkommittén att barnet skall beviljas permanent uppehållstillstånd. Därmed tar Sverige ansvaret för de barn som tagit sig hit och inte kan påräkna en tillfredsställande omvårdnad av anhöriga eller institutioner i sitt hemland.”*<sup>143</sup>

Lagstiftarens mening var således att barn som i *verklig mening anses övergivna* skulle beviljas permanenta uppehållstillstånd. Ett permanent uppehållstillstånd kan inte meddelas med stöd av 5 kap 11 § UtIL som endast avser tillfälliga tillstånd. Vidare förstås av uttalandet att det även 1996 var aktuellt att beakta ensamkommande barns mottagande i hemlandet vid ett eventuellt återvändande, dvs. långt före införandet av 12 kap 3 a § i UtIL år 2012.

Under år 2008 meddelade MIV två vägledande beslut rörande ensamkommande barn från Irak.<sup>144</sup> I det första beslutet<sup>145</sup> bedömde MIV att en 16-årig pojke sakade skyddsbehov mot den kurdiska delen av Irak. Tyngdpunkten i prövningen låg sedan vid bedömningen av om pojken kunde beviljas uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter enligt 5 kap 6 § UtIL.<sup>146</sup> MIV konstaterade att eftersom det fanns fungerande barnhem som

---

<sup>142</sup> SR 25/2016 s. 5.

<sup>143</sup> Prop. 1996/97: 25 s. 251.

<sup>144</sup> Se Migrationsverket, *Vägledande beslut rörande ett ensamkommet barn från Irak*, 2008-06-05, Migrationsverket, *Klargörande beslut rörande ett ensamkommande barn från Bagdad*, 2008-09-05.

<sup>145</sup> Migrationsverket, *Vägledande beslut rörande ett ensamkommet barn från Irak*, 2008-06-05.

<sup>146</sup> Detta var således innan skrivningen om särskilt ömmande omständigheter infördes i UtIL, jfr SFS 2014:433.



kunde ta hand om pojken vid ett återvändande, var han inte att anse som *övergiven* och uppehållstillstånd kunde således inte beviljas på grund av situationen i hemlandet. I det andra beslutet<sup>147</sup> fann MIV att en 16-årig pojke från Bagdad inte kunde anses som *övergiven* trots att hans mamma flyttade runt på olika adresser i Bagdad till följd av en hotbild mot henne. Pojken kunde därför inte beviljas uppehållstillstånd på grund av situationen i hemlandet. Motsatsvis får förstås att om pojkarna hade ansetts vara *övergivna* hade ett permanent uppehållstillstånd beviljats i linje med lagstiftarens uttalanden om övergivna ensamkommande barn samt i linje med den rådande huvudregeln om permanenta uppehållstillstånd som UtL:s utgångspunkt. De båda besluten visar således på att 5 kap 6 § UtL var utgångspunkten för prövningen i och med att mottagningsförhållandena i hemlandet beaktades inom ramen för bedömningen av barnets situation i hemlandet. Det var inte, som enligt nuvarande rättslig styrning, 5 kap 11 § UtL som utgjorde utgångspunkt för bedömningen.

En stor skillnad mellan UtL och den tillfälliga lagen är att UtL bygger på huvudregeln om permanenta uppehållstillstånd och den tillfälliga lagen bygger på att i princip alla tillstånd ska tidsbegränsas, även de tillstånd som meddelas enligt 5 kap 6 § UtL.<sup>148</sup> Både bestående och tillfälliga verkställighetshinder leder således till tidsbegränsade uppehållstillstånd enligt den tillfälliga lagen.<sup>149</sup> Vid tillämpning av den ordinarie UtL får distinktionen i tillfälliga och bestående verkställighetshinder dock inverkan på den mer ingripande skillnaden om ett tillfälligt eller ett *permanent* uppehållstillstånd ska beviljas.

### **3.1.3 Uppskjuten verkställighet utgör ett av flera alternativ enligt 5 kap 11 § UtL**

MIV verkar numera alltså ha synen att avsaknad av ordnat mottagande i de flesta fall är ett tillfälligt verkställighetshinder samt att bedömningen som utgångspunkt ska göras med stöd av kap 5 11 § UtL. Vid tillämpningen av 5 kap 11 § UtL anger MIV att rättstillämparen har *flera val*. MIV kan välja mellan att:

- 1) besluta om utvisning och skjuta upp verkställigheten
- 2) besluta att utvisa personen och bevilja tidsbegränsat uppehållstillstånd eller
- 3) bara bevilja uppehållstillstånd

---

<sup>147</sup> Migrationsverket, *Klargörande beslut rörande ett ensamkommande barn från Bagdad*, 2008-09-05.

<sup>148</sup> Se dock 18 § den tillfälliga lagen.

<sup>149</sup> Jfr 15 § tillfälliga lagen m.m. om att alla tillstånd tidsbegränsas. Se även SR 25/2016 s. 2-3 där det framgår att om hindret anses bestående blir det fråga om ett 13 månaders tillstånd och om det inte anses bestående blir det som utgångspunkt fråga om ett 12 månaders tillstånd.

Vilket alternativ som väljs beror enligt MIV på hindrets längd, personliga omständigheter samt processekonomiska övervägningar.<sup>150</sup>

I förarbetena bakom alternativet som innebär uppskjuten verkställighet anges ordagrant:

*”I vissa fall kan anstånd beslutas i samband med avvisning och utvisningsbeslut utan att beslutet behöver förenas med ett tidsbegränsat uppehållstillstånd. Anstånd får i stället beslutas till tidpunkt när verkställighet är möjlig, t.ex. med hänsyn till sökandens hälsotillstånd.*

*Då det råder ett tillfälligt verkställighetshinder bör valet mellan de olika beslutsalternativen även fortsättningsvis ske utifrån verkställighetshindret i det enskilda fallet.”<sup>151</sup>*

Det kan noteras att förarbeten anger att ”i vissa fall” kan utvisning med uppskjuten verkställighet beslutas. Det framgår dock att när ett tillfälligt verkställighetshinder föreligger kan hänsyn tas till verkställighetshindret i det enskilda fallet vilket ger rättstillämparen ett stort utrymme för tolkning av vilket alternativ som ska väljas.

För ansökningar som prövas enligt den tillfälliga lagen förordar MIV:s rättsliga styrning att alternativet med utvisning och uppskjuten verkställighet ska väljas för barn som närmar sig 18 år, t.ex. vid 17,5 års ålder eller äldre.<sup>152</sup> Det är dock med stöd av UtIL som detta alternativ presenteras varför det får anses framgå att MIV bedömning är att UtIL ger utrymme för att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet till ensamkommande barn som närmar sig 18 år såväl när dessas ansökningar prövas enligt den ordinarie UtIL.<sup>153</sup>

Anledningen till att MIV har satt 17,5 år som åldersgräns för uppskjuten verkställighet torde ha sin bakgrund i att verket tidigare meddelat anstånd med verkställigheten för en sex månaders period.<sup>154</sup> Det gällde även i detta fall en asylsökande man från Gaza där MIV bedömde att eftersom frågan gränsens öppnande för persontrafik ”kunde antas få en lösning inom den

---

<sup>150</sup>Jfr SR 25/2016 s. 5. Som hänvisar till prop. 2004/05:170 s. 280 (Det torde dock vara fråga om en felskrivning och ska rätteligen vara s. 282 till vilken MIV också hänvisar på s. 10 i samma dokument.)

<sup>151</sup> Prop. 2004/05:170 s. 282.

<sup>152</sup> SR 25/2016 s. 3.

<sup>153</sup> I undersökningen av underrättspraxis (se bilaga 1) är samtliga överklagade utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet fattade med stöd av den ordinarie UtIL.

<sup>154</sup> Migrationsverket, *Vägledande beslut rörande en asylsökande från Gaza i de palestinska områdena*, 2008-07-01 s. 1.

närmaste tiden borde verkställighet kunna ske inom sex månader”.<sup>155</sup> Ett anstånd med verkställigheten var därför enligt MIV ett lämpligare alternativ än att meddela ett tidsbegränsat uppehållstillstånd. Det kan noteras att det i detta fall var fråga om att en reell omständighet – öppnandet av Gazas gräns för persontrafik – skulle inträffa som ändrade den verkliga situationen. I fallet med ålder som grund för uppskjuten verkställighet handlar det om att 17,5-åringens 18-årsdag ska infalla vilket inte ändrar något av de faktiska reella omständigheterna, även om de rättsliga förhållandena ändras.

Det återfinns ingen närmare motivering på vilka grunder ett anstånd är mer rimligt just i situationer där verkställighet bör kunna ske inom 6 månader. MIV:s rättschef har dock uttryckt att det är ”orimligt att meddela hur korta tidsbegränsade uppehållstillstånd som helst”.<sup>156</sup> I den nuvarande rättsliga styrningen framgår vidare att barn som har verkställighetshinder som varar *fler än ett antal månader* inte bör få sitt tillfälliga tillstånd förenat med ett utvisningsbeslut (alternativ 2 ovan) utan bara beviljas ett tillstånd eftersom deras situation som vuxna kan behöva en ny grundprövning.<sup>157</sup> Detta anses motsatsvis alltså inte gälla för barn som är 17,5 år eller äldre. Det meddelade anståndet, den uppskjutna verkställigheten, innebär att Sverige åtar sig att inte utvisa barnet när ett ordnat mottagande saknas, dvs. fram till dess barnet blir vuxen. Kravet på ordnat mottagande i 12 kap 3 a UtlL har på så vis enligt MIV tillgodosetts.

### **3.2 Migrationsdomstolarnas mottagande av uppskjuten verkställighet på grund av ålder**

I ovanstående avsnitt har redogjorts för MIV:s tillvägagångssätt att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet till ensamkommande barn som närmar sig 18 år, frågan uppkommer vad de andra migrationsmyndigheterna anser om detta? För att få en uppfattning i den frågan presenterar detta avsnitt resultat av en mindre undersökning baserad på 30 migrationsdomstolavgöranden som berört frågan om uppskjuten verkställighet.<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> Migrationsverket, *Vägledande beslut rörande en asylsökande från Gaza i de palestinska områdena*, 2008-07-01 s. 8.

<sup>156</sup> Mailkorrespondens MIV:s migrationsrättsenhet 2017-05-05.

<sup>157</sup> SR 25/2016 s. 6.

<sup>158</sup> Se bilaga 1.

### 3.2.1 Migrationsdomstolarna godtar och bekräftar MIV:s tillvägagångsätt

Det är endast fem av de 30 avgörandena som resulterat i en ändring av MIV:s beslut på så sätt att klaganden beviljas uppehållstillstånd.<sup>159</sup> De fem domarna som ändrar MIV:s beslut har alla meddelats efter att MiÖD meddelade sitt avgörande MIG 2017:6 den 17 mars 2017. I tre av dessa fem avgöranden<sup>160</sup> finner domstolen med hänvisning till MIG 2017:6 att den sökande är att anse som alternativt skyddsbehövande, dessa avgöranden kommer tillsammans med MIG 2017:6, att studeras närmare i avsnitt 4.1.

I de två andra avgörandena som ledde till bifall<sup>161</sup> gjorde domstolen en annan bedömning av sökandens situation och kom fram till att det sammantaget förelåg särskilt ömmande omständigheter enligt 5 kap 6 § UtlL. I migrationsdomstolen i Malmös mål UM 1209-17 hade den cirka två månader långa verkställighetsföreskriften löpt ut vid tiden för domstolens prövning och den klagande var vid prövningstillfället således över 18 år. Domstolen bedömde trots det, och trots att personen inte kunde anses ha skapat sig en anknytning till Sverige, att framförallt den klagandes hälsotillstånd och sociala situation i hemlandet medförde att omständigheterna ansågs synnerligen ömmande. Pojken mådde mycket psykiskt dåligt och hade bl.a. behandlats inneliggande för depression. Domstolen angav vidare att den klagande hade en ökad känslighet jämfört med andra ungdomar i som samma situation och att han hade ett fortsatt behov av vuxenstöd. Domstolen beaktade också att pojken hade lämnat Afghanistan i mycket ung ålder och saknade både erfarenhet av att leva i landet och ett känt nätverk där.<sup>162</sup> I detta mål kan det konstateras att omständigheten att den sökande hade fyllt 18 år inte fick någon nämnvärd betydelse. Trots att domstolen lade stor tyngd vid sökandes hälsotillstånd i bedömningen, hänvisades också till det fortsatta behovet av vuxenstöd och att den sociala situationen i hemlandet vid ett återvändande skulle vara mycket svår.

I den andra domen som ledde till bifall<sup>163</sup> la domstolen särskild vikt vid att en eventuell verkställighet av utvisningsbeslutet inte torde kunna ske bara i och med att den personen fyllde 18 år. Avgörandet kan inte sägas gå emot MIV:s tillvägagångsätt med uppskjuten verkställighet

---

<sup>159</sup> Se Migrationsdomstolen i Malmö UM 1209-17 (2017-04-05) & UM 7530-16 (2017-03-28), Migrationsdomstolen i Luleå UM 90-17 (2017-03-22) & UM 2881-16 (2017-03-20) samt Migrationsdomstolen i Stockholm UM 2728-17 (2017-04-07).

<sup>160</sup> Migrationsdomstolen i Luleå UM 90-17 (2017-03-22) & UM 2881-16 (2017-03-20) samt Migrationsdomstolen i Stockholm UM 2728-17 (2017-04-07).

<sup>161</sup> Migrationsdomstolen i Malmö UM 1209-17 (2017-04-05) & UM 7530-16 (2017-03-28).

<sup>162</sup> Migrationsdomstolen i Malmö UM 1209-17 (2017-04-05) s. 5.

<sup>163</sup> Migrationsdomstolen i Malmö UM 7530-16 (2017-03-28).

eftersom en förutsättning för att uppskjuten verkställighet ska meddelas av MIV bygger på bedömningen att verkställighet faktiskt kan ske i samband med 18-årsdagen. Det avgörande för att domstolen ändrade MIV:s beslut ligger i att domstolen, till skillnad från MIV, bedömde att barnet inte hade gjort sitt medborgarskap sannolikt.

I ett flertal avgöranden har omständigheten att MIV har beslutat om uppskjuten verkställighet eller det faktum att verkställande myndigheter har ansvaret för att tillsäkra ett ordnat mottagande, beaktas som en faktisk omständighet inom ramen för prövningen hos migrationsdomstolen.<sup>164</sup> I ett avgörande konstaterade domstolen att omständigheten att MIV hade beslutat om uppskjuten verkställighet samt att MIV hade ett ansvar för mottagandet särskilt hade beaktas i prövningen.<sup>165</sup> Att domstolarna inte är ansvariga för att tillsäkra det ordnade mottagande framgår direkt av 12 kap 3 a § UtIL där det stadgas att detta ansvar åligger de verkställande myndigheterna, dvs. MIV eller polismyndigheten. Avgörandena i denna del talar enligt min mening för att domstolarna både instämmer och bekräftar MIV:s tillvägagångsätt med uppskjuten verkställighet.

I åtskilliga fall har migrationsdomstolarna utvecklat frågan om vilken rättslig grund det finns för att besluta om uppskjuten verkställighet. I många av dessa fall har domstolen refererat direkt till förarbetena bakom 5 kap 11 § UtIL som anger (som framgått i avsnitt 3.1.3) att rättstillämparen har stöd för att i vissa fall besluta om uppskjuten verkställighet istället för att meddela ett tidsbegränsat tillstånd.<sup>166</sup> I några fall godtas den uppskjutna verkställigheten med motivering att domstolen instämmer med MIV:s bedömning av det meddelade anståndet,<sup>167</sup> i några fall betonas att domstolen *inte* anser att avsaknaden av ordnat mottagande medför att situationen i hemlandet utgör en särskilt ömmande omständighet.<sup>168</sup>

Den sammantagna bilden är således att domstolarna är eniga med MIV om att *avsaknad av ordnat mottagande* normalt ska ses som ett tillfälligt verkställighetshinder och att 5 kap 11 § UtIL därför är tillämplig, och att tillämpningen av den bestämmelsen ger utrymme för att besluta om uppskjuten verkställighet på grund av ålder.

---

<sup>164</sup> Se Migrationsdomstolen i Stockholm UM 12058-16 (2016-12-22) & Migrationsdomstolen i Luleå UM 2554-16 (2016-12-13) & UM 2704-16 (2016-12-13).

<sup>165</sup> Migrationsdomstolen i Luleå UM 3050-16 (2017-01-27) s. 5.

<sup>166</sup> Se t.ex. Migrationsdomstolen i Luleå UM 3053-16 (2017-03-16), UM 3037-16 (2017-02-28) & UM 2860-16 (2017-01-17) samt Migrationsdomstolen i Stockholm UM 14167-16 (2017-02-09).

<sup>167</sup> Se t.ex. Migrationsdomstolen i Luleå UM 185-17 (2017-02-24).

<sup>168</sup> Se t.ex. Migrationsdomstolen i Stockholm UM 85-17 (2017-03-03) s. 4.

### 3.2.2 En utveckling av tillvägagångsättet med uppskjuten verkställighet?

I ett sambandsmål från migrationsdomstolen i Malmö<sup>169</sup> har domstolen tagit ställning till två minderåriga afganska bröders överklagande. I MIV:s beslut avseende den äldre brodern framgår att denne lämnat Afghanistan som 5-åring och bott resten av tiden utan tillstånd i Iran. Bedömningen gjordes att det inte fanns något socialt nätverk eller ordnat mottagande för pojken vid ett återvändande till Afghanistan och MIV beslutade om utvisning med uppskjuten verkställighet i cirka 5 månader. MIV anförde bl.a. i sin motivering att eftersom verkställighetshindret var tillfälligt fanns det ingen möjlighet att bevilja ett uppehållstillstånd på grund av situationen i hemlandet samt och att en utvisning inte kunde anses oproportionerlig i relation till rätten till respekt för privat- och familjeliv enligt artikel 8 Europakonventionen.<sup>170</sup> Fem dagar senare beslutade MIV i den yngre broders ärende. I beslutets motivering beskriver MIV bl.a. att verket ska ta hänsyn till individens anpassning till Sverige och konstaterar därvidlag att pojken endast varit cirka 1 år i Sverige samt att han bott i Afghanistan sina tre första levnadsår och sedermera i Iran, ”vars kultur och tradition i högre utsträckning överensstämmer med den afganska i jämförelse med den svenska”.<sup>171</sup> MIV konstaterade därefter att ett ordnat mottagande saknades i Afghanistan vid tidpunkten för beslutet. Eftersom pojkens äldre bror hade ett utvisningsbeslut till Afghanistan, kunde dock den yngre brodern anses ha ett ordnat mottagande genom den äldre brodern i samband med att denne utvisades. Den uppskjutna verkställigheten bestämdes därför till samma datum som för den äldre broderns 18-årsdag.<sup>172</sup>

Migrationsdomstolen instämde med MIV:s bedömning och anförde helt kort att även om den yngre brodern vid denna tidpunkt inte var 18 år kunde han ändå anses ha ett ordnat mottagande i hemlandet genom sin bror. Domstolen medgav vidare att den allmänna situationen för återvändande till Afghanistan kan vara problematisk särskilt för personer som saknar nätverk, men att brödernas situation sammantaget ändå inte kunde omfattas av den restriktiva bedömning som ska göras enligt 5 kap 6 § UtIL.<sup>173</sup>

Avgörandet kan enligt min mening på ett sätt peka på en utvidgning av tillvägagångsättet med uppskjuten verkställighet. Det blir inte den yngre broderns egen 18-årsdag som sätter det till-

---

<sup>169</sup> Migrationsdomstolen i Malmö UM 499-17, mål samband UM 576-17 (2017-02-03).

<sup>170</sup> Se MIV:s beslut nr 50499343 (2016-12-10) s. 3-4 & 8-9.

<sup>171</sup> MIV:s beslut nr 50499351(2016-12-15) s. 8.

<sup>172</sup> MIV:s beslut nr 50499351 (2016-12-15) s. 9.

<sup>173</sup> Migrationsdomstolen i Malmö UM 499-17, mål samband UM 576-17 (2017-02-03) s. 4 f.

fälliga verkställighetshindrets slutdatum, utan istället *den äldre broderns 18-årsdag*. Även om den uppskjutna verkställighetens utsträckning i tid inte övergår 6 månader som också är det uppställda kravet hos MIV, blir det en utvidgning av vilka framtida omständigheter som kan beaktas i bedömningen. Utöver det kan även rimligheten ifrågasättas i att en 17-åring får ett utvisningsbeslut innebärande att denne förväntas klara sig utan nätverk *och* ta hand om sin yngre bror vid ett återvändande till hemlandet.

## **4 Kritik mot uppskjuten verkställighet på grund av ålder**

Det föregående kapitlet har visat att det finns utrymme i UtlL för MIV att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet till barn som närmar sig 18 år samt att migrationsdomstolarna har godtagit och bekräftat detta tillvägagångssätt. Det finns dock, vilket även det lyfts fram, utrymme i UtlL att bevilja uppehållstillstånd i dessa fall. När flera alternativa tillvägagångssätt finns bör en fråga sig vilken som är den mest *lämpliga lösningen*. Följande kapitel kommer presentera vissa invändningar mot- och konsekvenser av MIV:s tillvägagångssätt att meddela beslut till 17,5 åringar innebärande att de får utvisas i samband med att de fyller 18 år.

### **4.1 Inverkan på utredningen av barns asylskäl**

När MIV i grundprövningen beslutar om utvisning med uppskjuten verkställighet är förutsättningarna att barnet har bedömts sakna skyddsbehov mot hemlandet och att verket inte kan tillsäkra barnet ett ordnat mottagande i hemlandet. Först när dessa förutsättningar föreligger ska avsaknad av ordnat mottagande utgöra ett verkställighetshinder enligt 12 kap 3 a § UtlL. När 12 kap 3 a § tillsammans med 5 kap 11 § UtlL ligger till grund för ett beslut om uppskjuten verkställighet har prövningen så att säga passerat skyddsbedömningen. Om en ser till de syften som ligger bakom bestämmelsen i 12 kap 3 a § UtlL – att ensamma barn inte ska sändas tillbaka till länder där de inte kan få sina grundläggande behov tillgodosedda – kan en fråga sig om inte vissa aspekter av avsaknad av ordnat mottagande som idag beaktas inom ramen för verkställighetshindersprövningen istället borde lyftas fram redan under skyddsbedömningsprövningen.

I avgörandet som nämndes i inledningen till denna uppsats, MIG 2017:6, konstaterade MiÖD att en 17-årig afgansk pojke som vuxit upp i Iran och som saknade familj, nätverk och lokal

kunskap om Afghanistan, hade ett alternativt skyddsbehov mot landet.<sup>174</sup> Likt de ensamkommande barn som meddelas utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet skulle pojken vid ett återvändande vara ensam och sakna en vuxen person som skulle kunna erbjuda skydd.

MiÖD konstaterade att det framgår av UtlL:s förarbeten att barn kan ha egna skyddsbehov och att barns skyddsbehov inte per definition får hänföras till sfären för humanitära skäl. Domstolen framhöll vidare att principiellt bör skyddsgrunder och andra grunder hållas åtskilda samt att skiljelinjen mellan de olika tillståndsgrunderna tydligt bör framgå i lagstiftningen eftersom det har stor betydelse för både rättstillämpningen och den enskilde. MiÖD betonade vidare att det inte går att generellt uttömmande särskilja vilka situationer i gränsområdet mellan skyddsbehov och synnerligen ömmande omständigheter som är att hänföra till den ena eller den andra grunden och att i det enskilda fallet kan skyddsgrunder och humanitära grunder för uppehållstillstånd reellt hänga samman.<sup>175</sup> MiÖD konstaterade sedermera att de brister som finns för ett barn utan nätverk ifråga om tillgång till utbildning, god hälsa och en i allmän mening trygg levnadsmiljö var att hänföra till sådana humanitära förhållanden som inte kan grunda behov av internationellt skydd. Domstolen fann dock att barn i Afghanistan var särskilt utsatta för våld, barnarbete, tvångsäktenskap, prostitution, sexuellt utnyttjande och tvångsrekrytering och att dessa handlingar utgjorde sådan omänsklig eller förnedrande behandling som avses i 4 kap 2 § UtlL. MiÖD konstaterade att pojkens personliga förhållanden sammantaget gjorde honom särskilt sårbar eftersom han saknade föräldrar och annan släkt som kunde skydda och hjälpa honom och eftersom han saknade nätverk och lokalkunskap om Afghanistan. Domstolen fastslog därför att pojken, även vid en framåtsyftande bedömning, löpte en individuell och specificerad risk för att utsättas för skyddsgrundade behandling.<sup>176</sup>

Prejudikatet tydliggör således att vissa aspekter av att ett ensamkommande barn saknar ordnat mottagande i hemlandet – avsaknad av familj, släkt och nätverk – gör barnet extra utsatt för risk och att dessa aspekter därför ska beaktas inom ramen för prövningen av barnets *skyddsbehov*. Prejudikatet klargör vidare att andra aspekter av bristen på ordnat mottagande i hemlandet – tillgång till utbildning, god hälsa och en i allmän mening trygg levnadsmiljö är att hänföra till sådana *humanitära förhållanden* som inte kan grunda behov av internationellt skydd. Dessa förhållanden bör således bedömas inom ramen för en prövning av om uppehålls-

---

<sup>174</sup> Se 4 kap 2 § UtlL. Pojken var 17 år och 3 månader vid tidpunkten för MiÖD:s avgörande.

<sup>175</sup> För stycke se MiÖD UM 911-16 2017-03-17, s. 10.

<sup>176</sup> MiÖD UM 911-16 2017-03-17, s. 19-20.



tillstånd kan beviljas på grund av humanitära skäl. MiÖD:s uttalanden om att skyddsgrunder och humanitära grunder för uppehållstillstånd reellt kan hänga samman samtidigt som dessa grunder tydligt ska särskiljas i lagstiftningen visar enligt min mening på komplexiteten i dessa bedömningar och betonar viken av en rättstillämpning som noggrant utreder de individuella skälen i varje enskilt fall så att uppehållstillstånd beviljas på rätt grund.

I min undersökning av migrationsdomstolsavgöranden har MIV:s beslut om uppskjuten verkställighet ändrats av migrationsdomstolen i tre fall så att sökanden istället beviljats uppehållstillstånd på grund av alternativt skyddsbehov.<sup>177</sup> Migrationsdomstolarna har således i dessa tre fall gjort en annan bedömning av barnets skyddsbehov än MIV. Det ska noteras att detta inte är till följd av ett förändrat säkerhetsläge i Afghanistan då MiÖD:s avgörande bygger på landinformation som är daterad senast i december 2016.<sup>178</sup> Den gemensamma nämparen i de tre avgöranden är istället att migrationsdomstolen, likt MiÖD i MIG 2017:6, har behandlat vissa aspekter av bristen på ordnat mottagande inom ramen för *skyddsprövningen* och därför kommit till en annan slutsats gällande barnets skyddsbehov. MIV har istället primärt beaktat bristen på ordnat mottagande enligt det tillvägagångsätt som beskrivits i kap 3, dvs. som ett verkställighetshinder enligt 12 kap 3 a § UtlL som är *tillfälligt* och därför beslutat om uppskjuten verkställighet med stöd av förarbetena till 5 kap 11 § UtlL. I MIV:s bedömningar har det vidare varit av avgörande betydelse att verkställighetshindret bedömts *tillfälligt* för att inte meddela uppehållstillstånd på grund av humanitära skäl enligt 5 kap 6 § UtlL.

För att ge en bild av skillnaden mellan MIV:s bedömning och den ändrade bedömningen i migrationsdomstolen kommer de tre avgörandena med tillhörande beslut följt av en kommentar, redogöras för nedan.

#### **4.1.1 Migrationsdomstolen i Luleå UM 2981-16, 2017-03-20**

Beslutet i detta ärende gällde en då 17 år och 7 månader gammal pojke som lämnat Afghanistan som litet barn och bott resten av sitt liv i Iran. Det stod klart att pojken saknade släktingar och kontaktnät i Afghanistan.<sup>179</sup> MIV angav i flyktingskapsbedömningen att även om det av landinformationen framgick att barn i Afghanistan kunde riskera skyddsgrundande behand-

---

<sup>177</sup> Migrationsdomstolen i Luleå UM 2981-16 (2017-03-20) & UM 90-17 (2017-03-22) samt Migrationsdomstolen i Stockholm UM 2728-17 (2017-04-07).

<sup>178</sup> Se MiÖD UM 911-16 2017-03-17, s. 14 ff.

<sup>179</sup> MIV beslut nr 50278082 (2016-11-22) s. 4.

ling, fanns det inget stöd för att alla barn i Afghanistan skulle riskera att utsättas. MIV menade vidare att inte heller förelåg en personlig risk för skyddsgrundande behandling av det sökande berättat.<sup>180</sup> Att sökanden var barn och tillhörde den utsatta folkgruppen hazara innebar inte enligt MIV att situationen i hemlandet kunde anses särskilt ömmande. Att sökanden vid ett återvändande skulle stå utan nätverk och att det saknas myndigheter som kan ta emot honom utgjorde dock ett tillfälligt verkställighetshinder enligt 12 kap 3a § UtL. Eftersom MIV bedömde att verkställighetshindret var tillfälligt ansåg verket inte att det kunde leda till att uppehållstillstånd beviljades med stöd av 5 kap 6 § UtL. MIV beslutade därför om utvisning med uppskjuten verkställighet (cirka 5 månader) fram till sökandes 18-årsdag.<sup>181</sup>

Ungefär fyra månader senare prövades pojkens överklagan av Migrationsdomstolen i Luleå.<sup>182</sup> Domstolen konstaterade att förhållandena i målet var närmast identiska med förhållandena i MIG 2017:6. Domstolen betonade att omständigheten att pojken inom kort skulle fylla 18 år inte påverkade bedömningen, eftersom det är förhållandena vid prövningstillfället som ska bedömas.<sup>183</sup>

I detta ärende var det således konstaterat att sökanden saknade släktingar och nätverk i hemlandet innan MIV:s skyddsprövning. Dessa omständigheter beaktades dock inte i bedömningen av skyddsbehovet. Först efter att verket konstaterat att sökandens situation inte kunde anses särskilt ömmande, beaktades omständigheterna att sökanden saknade nätverk och släkt i hemlandet. Dessa omständigheter ansågs då, tillsammans med omständigheten att det inte heller fanns lämpliga institutioner i hemlandet som kunde ta hand om pojken, utgöra ett hinder mot verkställighet enligt 12 kap 3 a § UtL. MIV bedömde att hindret var tillfälligt och det fick därför ingen tyngd i prövningen av humanitära skäl.

#### **4.1.2 Migrationsdomstolen i Stockholm UM 2728-17, 2017-04-07**

I detta ärende prövade MIV en ansökan om uppehållstillstånd från en cirka 17 år och 9 månader gammal pojke. Verket konstaterade inledningsvis att pojken var född i Afghanistan men hade bott större delen av sitt liv i Iran.<sup>184</sup> MIV bedömde att pojken inte var att anse som flykting att det inte heller fanns tillräckliga individuella skäl för att sökanden i någon högre ut-

---

<sup>180</sup> MIV beslut nr 50278082 (2016-11-22) s. 4-5.

<sup>181</sup> MIV beslut nr 50278082 (2016-11-22) s. 6-7.

<sup>182</sup> Migrationsdomstolen i Luleå UM 2981-16 (2017-03-20).

<sup>183</sup> Sökande skulle fylla 18 år cirka 3 veckor efter migrationsdomstolens prövning.

<sup>184</sup> MIV beslut nr 50502437 (2017-02-09) s. 3.

sträckning än andra skulle riskera att drabbas av den rådande konflikten i Afghanistan. Inom ramen för prövningen enligt 5 kap 6 § UtIL angav MIV att det faktum att pojken saknade vårdnadshavare i hemlandet inte innebar att det förelåg särskilt ömmande omständigheter, samt att eftersom pojken levt i en afgansk kontext i Iran borde han inte ha några svårigheter att anpassa sig till livet i Afghanistan. MIV konstaterade även att pojkens psykosociala utveckling inte riskerade att påverkas menligt vid ett återvändande. Därför kunde inte situationen i hemlandet konstituera särskilt ömmande omständigheter enligt MIV. Allra sist konstaterade MIV att det dock förelåg verkställighetshinder enligt 12 kap 3 a § UtIL men att detta endast skulle komma att bestå i drygt 3 månader och att den sökande på den tiden inte kunde få sådan anknytning till Sverige som krävs för att omständigheterna ska anses särskilt ömmande. Det förelåg därmed inte särskilt ömmande omständigheter och verket beslutade om utvisning med uppskjuten verkställighet.<sup>185</sup>

När pojkens överklagan prövades av migrationsdomstolen cirka två månader senare hade han hunnit bli 17 år och 11 månader och domstolen bedömde att det förelåg ett alternativt skyddsbehov mot Afghanistan.<sup>186</sup> Först konstaterade domstolen i en särskild bedömning att pojken i egenskap av att vara ett barn utan nätverk inte kunde anses tillhöra en viss samhällsgrupp och därmed inte kunde beviljas flyktingstatus.<sup>187</sup> I bedömningen av alternativt skyddsbehov framhöll domstolen att pojken saknade familj, släkt eller annat nätverk i Afghanistan samt att han inte vistats i landet sedan mycket ung ålder. Därför menade domstolen, i linje med MiÖD:s motivering i MIG 2017:6, att pojkens personliga förhållanden gjorde honom särskilt sårbar vid ett återvändande till Afghanistan och bedömde att pojken vid en framåtsyftande bedömning löpte en individuell och specificerad risk att utsättas för skyddsgrundande behandling.<sup>188</sup>

I MIV:s bedömning i detta ärende blev omständigheten att pojken bott större delen av sitt liv i Iran och sakande släkt och nätverk i Afghanistan beaktat först i bedömningen av humanitära skäl. I den bedömningen framhölls förvisso en aspekt av bristen på ordnat mottagande – att pojken saknade vårdnadshavare i hemlandet – som en del av bedömningen av pojkens situation vid ett återvändande till hemlandet.<sup>189</sup> MIV beaktade dock sammantaget bristen på ordnat

---

<sup>185</sup> MIV beslut nr 50502437 (2017-02-09) s. 6.

<sup>186</sup> Migrationsdomstolen i Stockholm UM 2728-17 2017-04-07.

<sup>187</sup> Migrationsdomstolen i Stockholm UM 2728-17 2017-04-07 s. 5 f.

<sup>188</sup> Migrationsdomstolen i Stockholm UM 2728-17 2017-04-07 s. 6-7.

<sup>189</sup> Jfr 5 kap 6 § 1 st sista ledet UtIL.

mottagande som främst ett tillfälligt verkställighetshinder och beslutade om uppskjuten verkställighet. Migrationsdomstolen beaktade istället vissa aspekter av bristen på ordnat mottagande inom ramen för prövningen av barnets skyddsbehov. I den bedömningen konstaterade domstolen, trots att pojken var 17 år och 11 månader vid prövningen, att han löpte en individuellt specificerad risk för skyddsgrundande behandling vid en framåtsyftande bedömning. Det var således omständigheterna vid beslutstillfället – att klaganden då var ett barn – som låg till grund för domstolens bedömning av skyddsbehovet. MiÖD har även i ett flertal andra avgöranden uttalat att det är just omständigheterna vid tidpunkten för prövningstillfället som ska ligga till grund för bedömningen.<sup>190</sup> Detta får stor betydelse i dessa ärenden med tanke på de särskilda rättigheter som tillkommer barn.

#### 4.1.3 Migrationsdomstolen i Luleå UM 90-17, 2017-03-22

MIV:s beslut i detta ärende gällde en 17 år och 9 månader gammal pojke från Afghanistan som inte hade några egna minnen från hemlandet och som hade levt största delen av sitt liv utan tillstånd i Iran. MIV konstaterade att det framgick av landinformation att barn i Afghanistan riskerade tvångsrekrytering, barnarbete eller prostitution. MIV angav dock att det inte fanns något stöd för att alla barn skulle riskera att drabbas av detta varför pojken inte ansågs ha gjort sannolikt att han skulle riskera att utsättas enbart i egenskap av att vara barn. Vidare bedömde verket att pojken inte hade gjort sannolik någon personlig hotbild kopplad till den väpnade konflikten eller de svåra motsättningarna varför han inte kunde anses som alternativt skyddsbehövande eller övrigt skyddsbehövande.<sup>191</sup> I bedömningen av humanitära skäl under rubriken ”*Barnkonsekvensanalys och bedömning*” redogjorde MIV sedan för de omständigheter som låg till grund för att pojkens situation inte heller ansågs särskilt ömmande. MIV konstaterade att pojken saknade nätverk, släktingar eller annat mottagande i Afghanistan men la vikt vid att pojken snart skulle fylla 18 år.<sup>192</sup> MIV angav att pojken snart var en arbetsför ung man med möjlighet att etablera sig i Afghanistan trots att han vid beslutet var minderårig. Eftersom verkställighetshindret som förelåg enligt 12 kap 3 a § UtL var tillfälligt (3 månader) och inte bestående under så lång tid att pojken kunde få en särskild anknytning till Sverige, kunde verkställighetshindret inte heller göra att pojkens situation ansågs som särskilt ömmande. Utvisning med uppskjuten verkställighet beslutades därför.<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> Se b.l.a. MIG 2007:5 (anknytning), MIG 2013:15 (fastställande av flyktingskap), MIG 2013:22 (medborgarskap) och MIG 2014:6 (återkallelse av uppehållstillstånd).

<sup>191</sup> Jfr 4 kap 2 & 2 a §§ UtL. Se MIV:s beslut nr 50464001 (2016-12-02) s. 4-6.

<sup>192</sup> MIV:s beslut nr 50464001 (2016-12-02) s. 6.

<sup>193</sup> MIV:s beslut nr 50464001 (2016-12-02) s. 7.

Några dagar innan sökanden skulle fylla 18 år prövades hans överklagan av Migrationsdomstolen i Luleå.<sup>194</sup> MIV framförde i sin inställning till domstolen att pojken i egenskap av minderårig förvisso i dagsläget hade ett skyddsbehov mot Afghanistan eftersom han riskerade att utsättas för bl.a. tvångsrekrytering, våld, barnarbete m.m. i linje med MiÖD:s bedömning i MIG 2017:6. Verket var dock av uppfattningen att skyddsbehovet uteslutande grundade sig på pojkens utsatthet som minderårig och att han inom bara några dagar skulle bli vuxen. Verket menade därför att det inte fanns skäl att gå ifrån bedömningen att pojken skulle utvisas med uppskjuten verkställighet.

Domstolen bedömde att omständigheten att pojken var ett barn utan nätverk och därmed särskilt utsatt i Afghanistan, inte kunde leda till att han skulle bedömas tillhöra en viss samhällsgrupp och därmed anses som flykting enligt 4 kap 1 § UtIL.<sup>195</sup> I bedömningen av alternativt skyddsbehov konstaterade domstolen att situationen var mycket lik den i MIG 2017:6. Klaganden hade förvisso varit i Afghanistan några månader och hade kortare tid kvar till 18-årsdagen än personen som avsågs i MIG 2017:6. Klaganden var dock född samma år som personen i MIG 2017:6 och domstolen konstaterade att det var förhållandena vid prövningsfallet som ska bedömas och som ska vara avgörande. Pojken beviljades permanent uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande.<sup>196</sup>

MIV:s skyddsbedömning i detta ärende beaktade landinformation som utvisade att barn riskerade barnspecifik skyddsgrundade behandling i Afghanistan, men att sökande därtill var ett barn *som saknade familj och nätverk* vid ett återvändande blev inte en del av denna bedömning. Istället fick dessa aspekter enbart betydelse inom ramen för prövningen av humanitära skäl och verkställighetshinder. I bedömningen av humanitära skäl framhölls förvisso att pojken saknade nätverk, släktingar eller annat mottagande i Afghanistan men i den bedömningen beaktades även att pojken snart skulle fylla 18 år. Enligt min mening är det därtill anmärkningsvärt att MIV därefter argumenterar för att domstolen inte ska lägga omständigheterna vid beslutstillfället – att sökanden då var ett barn – till grund för prövningen. Det visar på en syn på barn som närmar sig 18 år som icke-skyddsvärda. Frågan kan ställas, om inte omstän-

---

<sup>194</sup> Migrationsdomstolen i Luleå UM 90-17 (2017-03-22).

<sup>195</sup> Migrationsdomstolen i Luleå UM 90-17 (2017-03-22) s. 9.

<sup>196</sup> Migrationsdomstolen i Luleå UM 90-17 (2017-03-22) s. 11.

digheterna vid beslutet ska avgöra bedömningen av ett barns skyddsbehov, vilka omständigheter ska då läggas till grund? Hur långt ner i åldrarna kan en då gå i hävdandet att det vid beslutstillfället inte ska beaktas att det rör sig om ett *barn*?

#### **4.1.4 Riskerar 12 kap 3 a § UtIL att ha en ogynnsam inverkan på prövningen av barns skyddsbehov?**

Det bakomliggande syftet med bestämmelsen i 12 kap 3 a § UtIL är att ensamkommande barn inte ska behöva återsändas ensamma till ett land där de inte kan få sina grundläggande behov tillgodosedda. Frågan är vad man tror kommer hända om barnet ändå återsänds. Handlar det om att man tror att barnet kommer råka ut för behandling som kan utgöra förföljelse eller annan inhuman behandling har ju barnet i själva verket behov av skydd dvs. skyddsskäl. Det kan därför ifrågasättas om det som uttrycks i 12 kap 3 a § UtIL egentligen har kommit att få en ogynnsam inverkan på prövning av barns skyddsskäl.

Den här bilden bekräftas delvis av avgörandena ovan där MIV och MD inom loppet av några få månader gör så olika bedömningar av samma barns asylskäl, att det endera blir fråga om utvisning med uppskjuten verkställighet eller uppehållstillstånd på grund av alternativt skyddsbehov. I de senare bedömningarna har myndigheterna beaktat att risken att ett barn skulle utsättas för skyddsgrundande behandling är större för barn som saknar ett ordnat mottagande än för barn som har vuxna som kan skydda barnet.

Att 12 kap 3 a § UtIL definierar avsaknad av ordnat mottagande i hemlandet som ett hinder mot verkställighet, borde inte leda till att alla aspekter av bristen på ordnat mottagande förflyttas från skyddsprövningen till att enbart bli en fråga om ett konstaterbart verkställighets hinder. Det är viktigt att risken för att barn utsätts för skyddsgrundande behandling bedöms just inom ramen för skyddsbehovsprövningen. Enligt samma logik bör de brister som finns för ett barn utan nätverk ifråga om tillgång till utbildning, god hälsa och en i allmän mening trygg levnadsmiljö prövas inom ramen för bestämmelsen om särskilt ömmande omständigheter föreligger. Först om dessa två prövningar inte leder till att uppehållstillstånd ska beviljas ska avsaknaden av ordnat mottagande anses vara ett verkställighetshinder.

Om en på förhand given grund finns för uppehållstillstånd för en hel grupp är risken att en individs skyddsbehov inte utreds tillräckligt noggrant. En liknelse kan göras till är hur de individuella skälen bedöms i gränsdragningen mellan alternativt skyddsbehov och flyktingskap

när det handlar om asylsökande från länder där det pågår en väpnad konflikt. Att en väpnad konflikt är så allvarlig att det i princip räcker med att befinna sig i området för att ha ett skyddsbehov innebär inte att den sökande inte kan ha individuella skäl som utgör grund för flyktingskap.<sup>197</sup> I en undersökning från 2010 av asylansökningar från personer som kom från Mogadishu där det då pågick en inre väpnad konflikt, visade att oavsett vilka individuella skäl som åberopades av dessa asylsökande beviljades de ändå uppehållstillstånd på grund av den väpnade konflikten. Den väpnade konflikten kom på så sätt i första hand, och andra grunder kom i andra hand.<sup>198</sup> En aktuell jämförelse kan göras till situationen för syriska asylsökande i Sverige. Eftersom de har ett ”givet” alternativt skyddsbehov på grund av den väpnade konflikten, anses väldigt få uppfylla kriterierna för flyktingstatus.<sup>199</sup>

Samma typ av scenario föreligger för beslutsfattare som har att pröva en asylansökan från ett ensamkommande barn som närmar sig 18 år, då denne har en på förhand given ”grund” för att tillgodose det kortsiktiga kravet på ordnat mottagande genom att besluta om uppskjuten verkställighet. Med det kommer risken för att barnets skyddsbehov inte utreds tillräckligt. Om en reglering som uttryckligen syftar till att lyfta fram att ensamkommande barn har särskilda behov vid ett återvändande, istället leder till att utredningen av dessa barns skyddsbehov påverkas negativt frångås det bakomliggande syftet. Det kan leda till en direkt kontraproduktiv situation eftersom barn då kan komma att återsändas dit de riskerar skyddsgrundande behandling.

## 4.2 Rättsliga konsekvenser

Den uppenbara och ingripande skillnaden mellan att beviljas ett permanent uppehållstillstånd enligt 5 kap 6 § UtlL, och att beviljas ett tillfälligt tillstånd som är huvudregeln enligt den tillfälliga lagen och utgångspunkten i MIV:s nuvarande rättsliga styrning vid avsaknad av ordnat mottagande, kommer inte närmare beskrivas. Av MIV:s rättsliga styrning framgår att för ansökningar som prövas enligt den tillfälliga lagen ska 12 månaders tillstånd enligt 5 kap 11 § UtlL meddelas till barn mellan 16 och 17 år samt i vissa fall även till barn under 16 år. För barn mellan 17 och 17,5 år ska istället tillfälliga tillstånd beviljas fram till 18 årsdagen,

---

<sup>197</sup> Jfr Stern i SvJT 2012, s. 289 f.

<sup>198</sup> Se Stern i SvJT 2012, s. 290.

<sup>199</sup> Av det totala antalet beviljade uppehållstillstånd för syrier under 2016 (45 600) beviljades 42 341 på grund av alternativt skyddsbehov enligt 4 kap 2 § UtlL och endast 2619 på grund av flyktingskap enligt 4 kap 1 § UtlL. (Mailkorrespondens med MIV:s statistikavdelning 2017-05-17.)

dvs. från nästintill 6 månaders tillstånd till och med 12 månaders tillstånd.<sup>200</sup> Av detta följer att ett barn som vid tidpunkten för MIV:s prövning är 17 år och nästintill 6 månader gammalt kommer att meddelas ett tillfälligt tillstånd i lite mer än 6 månader. Ett barn som vid MIV:s prövning har blivit 17 år och 6 månader meddelas istället ett beslut om utvisning med uppskjuten verkställighet i max 6 månader. Frågan är vilka rättsliga konsekvenser som följer av denna åtskillnad mellan tillstånd och icke-tillstånd (uppskjuten verkställighet).

#### 4.2.1 Rättslig status

Ett anstånd med utvisningen (uppskjuten verkställighet) kan enligt MIV beviljas med upp till 6 månader. Av 2 kap 5 § UtL framgår dock att en utlänning som vistas i Sverige mer än tre månader ska ha uppehållstillstånd. I enlighet med artikel 9 i asylprocedurdirektivet<sup>201</sup> bör en tredjelandsmedborgare som har ansökt om asyl i en medlemsstat inte anses vistas olagligt i den medlemsstaten förrän ett beslut om avslag på asylansökan har vunnit laga kraft. I svensk rätt finns ingen bestämmelse som uttryckligen anger när en utlänning har rätt att vistas i Sverige under prövningen av en asylansökan. I stället framgår denna rätt indirekt av reglerna om när en utlänning får avlägsnas ur landet.<sup>202</sup> Av detta följer att det beviljade anståndet som anger när barnet ska utvisas ur landet, ligger till grund för barnets rätt att vistas i Sverige trots att barnet då inte har ett uppehållstillstånd. MIV:s expert på ensamkommande barn Daniel Salehi uttrycker det som att barnets vistelse är legaliserad i enlighet med de villkor som framgår av utvisningsbeslutet, dvs. fram till det datum anståndet upphör. MIV:s barnrättsexpert Anna Lindblad menar att den rättsliga status som följer ett beslut om uppskjuten verkställighet fram till utvisning kan jämföras med ett tillfälligt uppehållstillstånd.<sup>203</sup> Trots att den rättsliga statusen kan jämföras kan vissa skillnader i rättsliga följder ändå identifieras.

#### 4.2.2 Möjligheten till en ny grundprövning

Till att börja med kan konstateras att ett beviljat tillfälligt tillstånd berättigar till en ny grundprövning, om en förlängningsansökan lämnas in innan det tillfälliga tillståndet löper ut. MIV anger att den som beviljas ett tillfälligt tillstånd även bör få en uppmaning redan i beslutet om

---

<sup>200</sup> SR 25/2016 s. 2-3. Åldersgränserna är explicit uttalade endast i MIV:s rättsliga styrning avseende den tillfälliga lagen men som framkommit i avsnitt 3.1.1 torde dessa åldersgränser även få bäring på MIV:s tolkning av den ordinarie UtL, jfr SR 25/2016 s. 4-5.

<sup>201</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv 2013/32/EU av den 26 juni 2013 om gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla internationellt skydd (omarbetning).

<sup>202</sup> Prop. 2011/12:60 s. 26.

<sup>203</sup> Jfr Intervju med MIV:s expert på ensamkommande barn Daniel Salehi s. 13 & MIV:s barnrättsexpert Anna Lindblad s. 8.



att ansöka om förlängning när tillståndet går ut för att minska risken för att personen är illegalt i landet.<sup>204</sup> Vidare anger MIV att ensamkommande barn som har verkställighetshinder som varar *mer än ett fåtal månader* inte bör få tillfälliga tillstånd kombinerade med utvisningsbeslut just för att deras situation som vuxna kan behöva en ny grundprövning.<sup>205</sup> Den nya prövningen kommer att ske utifrån att barnet har blivit vuxen, men det kan ha tillkommit omständigheter som ska beaktas i den nya prövningen vilket i sin tur kan leda till att ett nytt tillstånd beviljas.<sup>206</sup>

Barn som får beslut om uppskjuten verkställighet är *inte* berättigade till en ny grundprövning i samband med att anståndet löper ut och 18-årsdagen infaller. För dessa barn finns endast den begränsade möjligheten att få en ny prövning enligt 12 kap 19 § UtlL om barnet åberopar nya omständigheter som kan antas utgöra ett bestående verkställighetshinder som avses i 12 kap. 1, 2 eller 3 § UtlL och dessa omständigheter inte kunnat åberopas tidigare eller att barnet visar giltig ursäkt för att inte ha åberopat omständigheterna tidigare. MIV har också en skyldighet att självmant pröva om det finns verkställighetshinder enligt 12 kap 18 § UtlL och om verkställighetshinder föreligger får MIV bevilja ett tillfälligt eller permanent uppehållstillstånd.<sup>207</sup>

Förfaranden enligt 12 kap 18-19 §§ UtlL ska dock ses som extraordinära rättsmedel och förutsätter som framgått bl.a. att det ska ha uppstått en *ny omständighet* i jämförelse med grundprövningen för att MIV ska bevilja en ny prövning. Om MIV inte beviljar tillstånd enligt 12 kap 18 §, finns det heller ingen rätt att överklaga det beslutet.<sup>208</sup> Ett eventuellt avslag i en ny grundprövning för de som fått ett tillfälligt tillstånd enligt 5 kap 11 § UtlL, kan däremot överklagas på vanligt sätt.<sup>209</sup>

### 4.2.3 Konsekvenser för rätten till bistånd i Sverige

I artikel 22 barnkonventionen framgår att asylsökande barn har rätt till lämpligt skydd och humanitärt bistånd, och i artikel 26 stadgas vidare att barn har rätt till social trygghet. Mottagandet av asylsökande i Sverige regleras i lag (1995:137) om mottagande av asylsökande m.fl. (LMA). I LMA finns bl.a. bestämmelser om asylsökandes rätt till bistånd, som enligt

---

<sup>204</sup> SR 25/2016 s. 5.

<sup>205</sup> Se SR 25/2016 s. 6. Det framgår således att barn som saknar ordnat mottagande i hemlandet inte bör få kombinerade tillfälliga tillstånd och utvisningsbeslut, jfr p.2 i avsnitt 3.1.3.

<sup>206</sup> Se intervju med MIV:s barnrättsexpert Anna Lindblad s. 10.

<sup>207</sup> Jfr 12 kap 18 § 2 stycket UtlL samt se avsnitt 2.5.2.

<sup>208</sup> Se 14 kap 1 § UtlL samt e contrario 14 kap UtlL.

<sup>209</sup> Se 14 kap 3 § UtlL.

LMA kan ges i form av logi, bostadsersättning, dagersättning och särskilt bidrag.<sup>210</sup> Det finns särskilda regler för ensamkommande barn.<sup>211</sup> Ensamkommande barn ska av MIV anvisas till en kommun som ska ordna med boendet. Barnet ska anses vistas i den anvisade kommunen vilket innebär att kommunen är ansvarig för det stöd och den hjälp barnet behöver.<sup>212</sup> Det är dock MIV som ansvarar för att ensamkommande barn får det bistånd de har rätt till enligt LMA.<sup>213</sup>

Rätten till bistånd upphör som huvudregel när ett uppehållstillstånd ges eller när en utlänning lämnar landet.<sup>214</sup> Reglerna för upphörande av bistånd enligt LMA ändrades dock 2016.<sup>215</sup> Förändringen innebär i stora drag att vuxna asylsökande utan barn som fått avslag på sin asylansökan, numer inte längre omfattas LMA när deras utvisningsbeslut fått laga kraft.<sup>216</sup> MIV meddelade i slutet av 2016 ett rättsligt ställningstagande för att reda ut den uppkomna frågan om när rätten till bistånd enligt LMA upphör för utlänningar som beviljas tidsbegränsade tillstånd enligt 5 kap 11 § Util.<sup>217</sup> De som får dessa tillstånd är som framgått tillexempel ensamkommande barn under 17,5 års ålder som saknar ordnat mottagande i hemlandet. MIV:s tolkning är att ensamkommande barn, eftersom de inte vistas på MIV:s boenden, ska omfattas av undantaget i 8 kap 3 st § LMA där det anges att bistånd enligt LMA ska kvarstå i en månad efter att uppehållstillstånd har beviljats.<sup>218</sup> Det rättsliga ställningstagandet innebär således att barn som t.ex. har fått ett tillfälligt uppehållstillstånd i 7 månader, på grund av att det saknas ordnat mottagande i hemlandet, har rätt till bistånd enligt LMA endast en av dessa månader. Det bistånd som dessa barn efter det har rätt till är det kommunen sak att enligt socialtjänstlagen (2001:453) (SoL) 2 kap 1 § och 2 a kap. 1 § pröva. Kommunen har dock ingen rätt till statlig ersättning om de lämnar bistånd till asylsökande som meddelats uppehållstillstånd.<sup>219</sup>

---

<sup>210</sup> 1 § 1p & 13 § LMA.

<sup>211</sup> 1 § 5 st LMA.

<sup>212</sup> 3 § 2 st LMA.

<sup>213</sup> 3 § 3 st LMA.

<sup>214</sup> 11 § LMA.

<sup>215</sup> SFS 2016:381.

<sup>216</sup> Se prop. 2015/16:146, s. 9 ff samt 11 § 2-3 st LMA.

<sup>217</sup> Migrationsverket, *Rättsligt ställningstagande angående upphörande av rätten till bistånd enligt lagen (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl., LMA för utlänningar som beviljas tidsbegränsade uppehållstillstånd enligt 5 kap 11 § utlänningslagen (2005:716) – SR 63/2016, 2016-12-29.*

<sup>218</sup> Jfr 8 § 2-3 st LMA samt se SR 63/2016 s. 3-4 för en utförligare beskrivning av MIV:s slutsats i denna fråga.

<sup>219</sup> Se SR 63/2016 s. 2 som hänvisar till förordningen (2002:1118) om statlig ersättning för asylsökande m.fl. & förordningen (2010:1122) om statlig ersättning för insatser för vissa utlänningar.

Ensamkommande barn som får beslut om uppskjuten verkställighet *ges* inte något uppehållstillstånd. Det innebär att dessa barns bistånd enligt LMA upphör först när det lämnar landet.<sup>220</sup> Den uppskjutna verkställigheten får i detta fall konsekvensen att rätten till bistånd är grundad direkt på LMA fram tills att barnet lämnar landet. Det är i sig en tryggare grund för bistånd än bistånd grundat på SoL eftersom det senare som bygger på att kommunen ger bistånd som de inte har rätt att få statlig ersättning för. Enligt Anna Lindblad, MIV:s barnrättsexpert, är det i detta avseende, både för kommunerna och för barnen, bättre med uppskjuten verkställighet än ett tillfälligt tillstånd som understiger 12 månader.<sup>221</sup>

#### 4.2.4 Möjligheten till förlängt uppehållstillstånd på grund av gymnasiestudier

Redan i april 2016 aviserade regeringen att de hade för avsikt att ta fram ett lagförslag för att uppmuntra nyanlända ungdomar att studera på gymnasial nivå.<sup>222</sup> Den 3 maj 2017 röstades lag om ändring i lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige igenom i riksdagen och lagändringarna ska träda ikraft den 1 juni 2017.<sup>223</sup> MIV var en av flera remissinstanser som uttryckte att förslaget var svåröverskådligt och komplicerat både för enskilda och rättstillämpare.<sup>224</sup> Nedan kommer endast redogöras för utvalda delar av den nya regleringen.

I propositionen framhöll regeringen att ensamkommande barn som saknar ett ordnat mottagande i hemlandet tidigare i regel beviljades permanenta uppehållstillstånd enligt 5 kap 6 § UtL eftersom det ansågs föreligga särskilt ömmande omständigheter.<sup>225</sup> Regeringen påpekade att MIV kort innan den tillfälliga lagen trädde i kraft aviserade att ändra denna tillämpning. Av aviseringen framgick enligt regeringen bl.a. att barn som inom kort ska fylla 18 år stället ska få ett beslut om av- eller utvisning med uppskjuten verkställighet – den grupp ensamkommande barn som den här uppsatsen undersöker – och att detta sker även om barnets an-

---

<sup>220</sup> Se 11 § 1 st 2 LMA.

<sup>221</sup> Se intervju med MIV:s barnrättsexpert Anna Lindblad s. 9-10.

<sup>222</sup> Se prop. 2015/16:174 s. 59.

<sup>223</sup> SFS 2017:352. Se även bet Sfu 2016/17: 19, 2017-05-03. Flera riksdagspartier röstade för att avslå propositionen.

<sup>224</sup> Se t.ex. remissvar från Kammarrätten i Stockholm, KST 2016/503 s. 2 & MIV, 1.4.3-2016-178626 s. 1. Sagt om förslaget ”Det här är den krångligaste amnesti jag någonsin varit med om”, se intervju med MIV:s barnrättsexpert Anna Lindblad s. 19.

<sup>225</sup> Prop. 2016/17:133 s. 42 & 50.

sökan om uppehållstillstånd har registrerats hos MIV den 24 november 2015 eller tidigare.<sup>226</sup> Regeringen påpekade att när den tillfälliga lagen föreslogs var en av utgångspunkterna att regelverket inte skulle ändras för barn och barnfamiljer som hade kommit till Sverige *innan* aviseringen av lagändringarna, vilket bl.a. fick genomslag i en av övergångsbestämmelserna.<sup>227</sup> En ordning med något generösare regler för personer som ansökte innan aviseringarna var därför enligt regeringen motiverad och godtagbar ur rättsäkerhetssynpunkt.<sup>228</sup>

Regeringen förslag är därför att ensamkommande barn, vars asylansökan registrerades den 24 november 2015 eller tidigare, och som fått ett beslut med uppskjuten verkställighet därför att det saknas ordnat mottagande i hemlandet, ska kunna beviljas ett uppehållstillstånd för studier på gymnasial nivå. Uppehållstillståndet ska tidsbegränsas och gälla i fyra år.<sup>229</sup> Motsatsvis följer att barn som fått beslut om uppskjuten verkställighet men ansökte efter den 24 november 2015 inte omfattas av möjligheten att få ett förlängt uppehållstillstånd på grund av gymnasiestudier. Ensamkommande barn som meddelats ett *tidsbegränsat tillstånd* har dock möjlighet att omfattas av förslaget oavsett om deras asylansökan registrerades innan eller efter den 24:e november 2016. Om dessa barns asylansökan registrerades *den 24 november 2015 eller tidigare*, ska de liksom de barn som fått beslut om uppskjuten verkställighet, omfattas av möjligheten att få ett längre tidsbegränsat tillstånd i 4 år. Om deras asylansökan registrerades *efter den 24 november 2015* ska de även kunna beviljas tillfälliga tillstånd där giltighetstiden ska bestämmas upp till 6 månader utöver den tid som återstår av gymnasieutbildningen enligt barnets individuella studieplan.<sup>230</sup>

Om ett barn har fått beslut om uppskjuten verkställighet *eller* tidsbegränsat tillstånd är således helt avgörande för möjligheten till ett förlängt uppehållstillstånd på grund av gymnasiestudier. Skillnaden kan bli så stor som ett anstånd på lite mindre än 6 månader eller ett tillfälligt till-

---

<sup>226</sup> Prop. 2016/17:133 s. 42 & 51. Med ”aviseringen” avses den ovan behandlade SR 25/2016 om praktiska verkställighetshinder som meddelades 7 juli 2016, dvs. ca två veckor innan den tillfälliga lagen trädde i kraft (SFS 2016:752).

<sup>227</sup> Se p. 2 i övergångsbestämmelserna SFS 2016:752.

<sup>228</sup> Prop. 2016/17:133 s. 43 & s. 32.

<sup>229</sup> Prop. 2016/17:133 s. 50. Tillkommande krav är att ett sådant tillstånd ska beviljas om utlänningen befinner sig i Sverige när ansökan om uppehållstillstånd för studier på gymnasial nivå görs och studerar i gymnasieskolan eller gymnasiesärskolan eller på heltid på en annan motsvarande utbildning. Om det finns särskilda skäl ska uppehållstillståndet kunna beviljas även om utlänningen inte studerar på heltid. Vidare ska ett beslut om av- eller utvisning med uppskjuten verkställighet för att det saknas ett ordnat mottagande i hemlandet ska inte få verkställas innan frågan om uppehållstillstånd för studier på gymnasial nivå har avgjorts genom ett beslut som har fått laga kraft.

<sup>230</sup> Prop. 2016/17:133 s. 44.

stånd på 4 år. Detta kan jämföras med att flyktingar meddelas tidsbegränsade tillstånd som ska gälla i 3 år vid första ansökan enligt den tillfälliga lagen.<sup>231</sup> Det avgörande kriteriet för om ett ensamkommande barn ska få en ”något generösare” behandling blir inte, som regeringen framhållit är av intresse, främst när deras asylansökan registrerades, utan istället hur gammal barnet var när MIV fattade beslut i asylärendet. En skillnad på några dagar mer eller mindre än 17,5 år kan således resultera i inget tillstånd alls (uppskjuten verkställighet) eller chans till ett tillfälligt tillstånd i fyra år.

### **4.3 Barnrättsperspektivet i bedömningen**

Följande avsnitt kommer presentera vissa invändningar mot tillvägagångsättet att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet till ensamkommande barn utifrån regler om barns mänskliga rättigheter.

#### **4.3.1 Barnets bästa som grundläggande tolkningsprincip**

I avsnitt 3.1 har MIV:s tillvägagångsätt att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet till ensamkommande barn, delats in i tre olika steg. Dessa steg bygger på att MIV har tagit ställning till hur verket anser att UtIL ska tolkas i detta sammanhang. Denna tolkning får som beskrivits i avsnitt 1.2.3 stort genomslag i den faktiska rättstillämpningen.

Barnets bästa som en grundläggande tolkningsprincip innebär att när en rättsregel ger en öppning för fler tolkningar än en, ska den tolkning som mest verkningsfullt tillgodoser barnets bästa ha företräde. Ramarna för tolkningen utgörs av de rättigheter som återfinns i barnkonventionen.<sup>232</sup> De olika stegen i MIV:s rättsliga styrning bygger på att MIV har tagit ställning för ett tolkningsalternativ som UtIL erbjuder. Det finns dock, som också framgått i kap 3, även andra tolkningar av UtIL än den som MIV har tagit ställning för. Det finns t.ex. inget som säger att avsaknad av ordnat mottagande normalt ska ses som ett tillfälligt verkställighetshinder och att 5 kap 11 § UtIL ska vara utgångspunkten för prövningen och därmed resultera i tillfälliga uppehållstillstånd eller uppskjuten verkställighet. En lika legitim tolkning är att verkställighetshindret avsaknad av ordnat mottagande som utgångspunkt ska beaktas inom ramen för prövningen av 5 kap 6 UtIL och att tillfälliga tillstånd enligt 5 kap 11 § UtIL ska komma i andra hand. En sådan tolkning skulle enligt min mening mer verkningsfullt tillgodosätta barnets bästa bl.a. på grund av att det skulle minska risken för en rättstillämpning som

---

<sup>231</sup> Se 5 § den tillfälliga lagen.

<sup>232</sup> CRC/GC/2013/14 p. 6 b).

inte tar tillräcklig hänsyn till bedömningen av barnets situation i hemlandet vid ett återvändande.<sup>233</sup> Även det sista steget i MIV:s tillvägagångsätt innebär att MIV *väljer* alternativet uppskjuten verkställighet framför att meddela ett tillfälligt tillstånd för barn som blivit 17,5 år eller äldre. Utifrån vad som framgått i avsnitt 4.2 skulle en tolkning som innebar att tidsbegränsade tillstånd meddelades även till dessa barn på ett mer verkningsfullt sätt kunna sägas tillgodose barnet bästa i och med de mer fördelaktiga konsekvenser som följer av ett tillfälligt tillstånd.

#### **4.3.2 Barnets bästa bedömningen särskilt viktig i återvändandesituationer gällande ensamkommande barn**

Jason M. Pobjoy<sup>234</sup> menar att det numer är erkänt att barnets bästa ska beaktas vid asylprövningar som gäller barn, men att barnets bästa främst har kommit att handla om hur barn ska behandlas i asylprocessen och vilka processuella garantier som tillkommer barn. Innebörden av barnets bästa får dock sällan någon egentlig betydelse vid den materiella bedömningen av om ett barn är berättigat till internationellt skydd. Detta trots att det framgår av artikel 3 att barnets bästa ska beaktas vid *alla beslut som rör barn* och att principen ska respekteras under alla skeenden av fördrivningen vad gäller ensamkommande barn.<sup>235</sup> Pobjoy delar upp hur betydelsen av barnets bästa kan inverka på skyddsbedömningen dels som ett tolkningsverktyg inom ramen för andra skyddsgrunder och dels som en självständig materiell grund för internationellt skydd.<sup>236</sup>

Den första delen bygger på att barnets bästa kan inverka på uttolkningen av statens ansvar enligt flyktingkonventionen eller principen om non-refoulement och därmed leda till att dessa anpassas och utvidgas för barn.<sup>237</sup> Principen om non-refoulement utgör en hörnsten i den internationella flyktingrätten och innebär att en stat inte får vägra att släppa in en asylsökande eller utvisa en person till ett land eller till gränsen mot ett område där dennes liv eller frihet skulle hotas eller där personen riskerar att utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning.<sup>238</sup> FN:s barnrättskommitté har framhållit att staterna i behand-

---

<sup>233</sup> Jfr 5 kap 6 § UtLL 1 st sista ledet.

<sup>234</sup> Advokat på Blackstone Chambers & doktor i juridik vid *Refugee Studies Centre* vid Oxfords universitet.

<sup>235</sup> Pobjoy, *The Child in International Refugee Law*, 2017, s. 197. Som hänvisar till CRC/GC/2005/6 p. 19, där uttrycket ”displacement process” används. Uttrycket har översatts till ”alla skeenden av fördrivningen” i den svenska versionen.

<sup>236</sup> Pobjoy, *The Child in International Refugee Law*, 2017, s. 198-199.

<sup>237</sup> Pobjoy, *The Child in International Refugee Law*, 2017, s. 188 ff.

<sup>238</sup> Se bl.a. artikel 33 flyktingkonventionen.

lingen av ensamkommande barn, utöver barnkonventionens grundprinciper, särskilt ska respektera principen om non-refoulement. Kommittén anger att staterna inte får sända tillbaka barn till länder där man på goda grunder kan anta att det finns verklig risk för att barnet lider *oåterkallelig skada*, bl.a. sådan skada som avses i artikel 6 och artikel 37 barnkonventionen.<sup>239</sup> Vad som avses med ”oåterkallelig skada” måste vidare bedömas i ljuset av alla bestämmelser i barnkonventionen. Det är dock oklart i vilken utsträckning dessa uttalanden av barnrättskommittén har kommit att tillämpas i praktiken,<sup>240</sup> och därmed vilken typ av skada det ska vara fråga om. Kommittén betonar dock att risk för oåterkallelig skada särskilt föreligger för barn som vid ett återvändande riskerar att rekryteras till militära grupper och att staternas skyldigheter enligt barnkonventionen i dessa sammanhang får en *extraterritoriell verkan*.<sup>241</sup> Principen om non-refoulement har i sammanhanget således den klart utvidgande betydelsen att det råder ett absolut förbud för staterna att skicka tillbaka barn till länder där det finns en reell risk för tvångsrekrytering eller en verklig risk för att barnet kommer delta direkt eller indirekt i stridigheter.<sup>242</sup>

Den andra delen av hur artikel 3 kan påverka skyddsprövningen är enligt Pobjoy som en självständig grund för internationellt skydd. I synnerhet kan en bedömning av barnets bästa hindra att ett barn återsänds till hemlandet trots att barnet inte är berättigad till skydd enligt flyktingkonventionen eller principen om non-refoulement. På så sätt skapar artikel 3, enligt Pobjoy, en ny kategori av skyddsbehövande.<sup>243</sup> FN:s barnrättskommitté har även konstaterat att ett återvändande till hemlandet inte är ett alternativ om det kan leda till en ”skäligen risk” för att barnets grundläggande mänskliga rättigheter kränks samt att ett återvändande endast ska ske om det är för *barnets bästa*.<sup>244</sup> Omständigheter som ska beaktas i en sådan bedömning är enligt kommittén bl.a. tillgången till omvårdnadsarrangemang för det berörda barnet, barnets integrationsnivå i värdlandet och hur länge barnet vistades i ursprungslandet, barnets rätt att behålla sin identitet (artikel 8) samt önskvärdheten i kontinuitet i barnets uppfostran och till barnets etniska, religiösa, kulturella och språkliga bakgrund (artikel 20).<sup>245</sup> Det ska särskilt

---

<sup>239</sup> CRC/C/CG/no. 6 p 27.

<sup>240</sup> Se Thorburn Stern, *Unaccompanied and Separated Asylum-seeking Minors: Implementing a Rights-based Approach in the Asylum Process*, 2015, s. 252.

<sup>241</sup> Den extraterritoriella verkan föreligger enligt artikel 38 barnkonventionen i kombination med artikel 3 och 4 i det fakultativa protokollet om barn i väpnade konflikter av den 25 maj 2000, se CRC/CG/2005/6 p. 58.

<sup>242</sup> CRC/GC/2005/6 p. 28 se även Diesen m.fl. *Bevis 8. Prövning av migrationsärenden*, 2012, s. 146.

<sup>243</sup> Pobjoy, *The Child in International Refugee Law*, 2017, s. 199.

<sup>244</sup> CRC/GC/2005/6 p. 84.

<sup>245</sup> CRC/GC/2005/6 p. 84.

påpekas att en del av denna bedömning således innefattar en bedömning av tillgången till omvårdnadsarrangemang för det berörda barnet – en omständighet som i grundprövningen konstaterats helt saknas för barn som får utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet. Kommittén menar vidare att ett återvändande i princip inte bör ske om barnet inte kan få omvårdnad av sina föräldrar eller andra släktingar i ursprungslandet. Om ett återvändande ändå ska ske i dessa fall måste trygga och konkreta arrangemang vad gäller omvårdnad och vårdnadsansvar föreligga i förväg. Argument som inte är rättighetsbaserade, såsom t.ex. sådana som rör allmän migrationskontroll, är inte godtagbara framför hänsyn till barnets bästa.<sup>246</sup> Om det finns omständigheter som talar för att ett återvändande till hemlandet skulle stå i strid med barnets bästa finns således en stark presumtion för att barnet inte ska återsändas. Endast ett avgränsat antal omständigheter och intressen kan i vissa fall åsidosätta barnets bästa.<sup>247</sup> Det framgår således att det är av särskild vikt att barnets bästa noga utreds i en återvändande situation.

Det finns också normer för hur återvändandearbetet ska bedrivas för att ett återsändande av ett ensamkommande barn ska vara i linje med barnkonventionen. FN:s barnrättskommitté menar att det yttersta målet vid hanteringen av ensamkommande barn är att, i enlighet med ett rättighetsbaserat tillvägagångssätt, hitta hållbara lösningar som uppfyller barnets alla skyddsbehov, tar hänsyn till barnets åsikt och i den mån det är möjligt avhjälper barnets situation som ensamkommande.<sup>248</sup> Hållbara lösningar som uppfyller barnets alla skyddsbehov ska enligt kommittén eftersträvas oavsett på vilken grund ett barn kvarstannar i en stat.<sup>249</sup> MIV och migrationsdomstolarna menar att avsaknad av ordnat mottagande utgör ett tillfälligt praktiskt verkställighetshinder som med visshet upphör när barnet fyller 18 år. Det är på den grunden barnen genom en uppskjuten verkställighet, får stanna i Sverige några månader längre än om de varit 18 år vid beslutet. I detta sammanhang kan frågan ställas: Hur pass hållbar är den valda lösningen med uppskjuten verkställighet för 17,5-åringen? Hur kan den sägas uppfylla barnets *alla* skyddsbehov utifrån perspektivet att barnet som mottar beslutet är just ett *barn*?

Tillvägagångssättet med uppskjuten verkställighet riskerar, som framgått i avsnitt 4.1, att rättstillämparen ”lyfter ur” eller ”avskiljer” beaktandet av kravet på ordnat mottagande från

---

<sup>246</sup> CRC/GC/2005/6 p. 85-86.

<sup>247</sup> Pobjoy, *The Child in International Refugee Law*, 2017, s. 199.

<sup>248</sup> CRC/GC/2005/6 p. 79 & 80.

<sup>249</sup> CRC/GC/2005/6 p. 80.



skyddsprövningen till att istället huvudsakligen bli en fråga om enbart verkställighetshinder. Bedömningen av barnets situation vid ett återvändande blir därför beaktad utifrån att barnet kommer återvända till hemlandet som *vuxen*, på grund av det föreliggande verkställighetshindret. På så sätt riskerar barnrättsperspektivet, inbegripet en bedömning av barnets bästa, att förskjutas bort från bedömningen vid beslutstillfället och tidpunkten för domstolens prövning. Med denna inverkan på rättstillämpningen kan det ifrågasättas om uppskjuten verkställighet är ett lämpligt tillvägagångssätt vid beslutsfattande som rör ensamkommande barn.

### 4.3.3 Principen om likabehandling

Barn mellan 17,5-18 år som saknar ordnat mottagande i hemlandet, kan få ett utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet. Två nackdelar för dessa barn jämfört med barn som får tillfälliga tillstånd är att de inte kommer att omfattas av förslag till lag om gymnasiestudier om de ansökt om asyl efter den 24 november 2015 samt att de inte på samma sätt är berättigade till en ny grundprövning.

Av artikel 2 i barnkonventionen framgår att alla konventionsstater ska respektera och tillförsäkra varje barn inom sin jurisdiktion de rättigheter som anges i konventionen, utan åtskillnad av något slag. Principen om icke-diskriminering är en grundläggande princip om mänskliga rättigheter som härleds från FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna. Att åldersdiskriminering är förbjuden i svensk rätt framgår även av 1 kap 2 § regeringsformen (1974:152). Staten har en skyldighet att skydda barn mot diskriminering både i lagstiftning och i praktiken och principen gäller även flyktingbarn och asylsökande barn.<sup>250</sup>

Principen innebär inte att ett barn kan kräva ett uppehållstillstånd<sup>251</sup> eller att staterna inte får göra berättigade skillnader i hur barn behandlas. FN:s barnrättskommitté framhåller att principen är fullt ut gällande vad avser ensamkommande barn men att när principen tolkas rätt hindrar den inte, utan kan snarare kräva, en differentiering på grundval av olika skyddsbehov, till exempel sådana som är en följd av ålder eller kön.<sup>252</sup> Barnrättsutredningen har angett att diskrimineringsförbudet i asylprocessen innebär dels att inget barn som söker uppehållstillstånd får särbehandlas i förhållande till något annat barn i en liknande situation, dels att vissa

---

<sup>250</sup> SOU 1997:116 s. 65 f & 68.

<sup>251</sup> Jfr prop. 1996/97:25 s. 226 f.

<sup>252</sup> CRC/GC/2005/6 p. 18.

grupper av asylsökande barn inte får diskrimineras i förhållande till andra grupper av asylsökande barn.<sup>253</sup>

Barn som får beslut med uppskjuten verkställighet särbehandlas i förhållande till barn i en liknande situation som istället får tillfälliga uppehållstillstånd. Frågan är om denna särbehandling är berättigad? MIV:s rättschef har som nämndes i avsnitt 3.1.3 uttryckt att det är ”orimligt att meddela hur korta tidsbegränsade uppehållstillstånd som helst.” Det kan ifrågasättas om differentieringen i behandlingen av dessa barn är berättigad genom denna förklaring. Samtidigt kan konstateras att det inte är en lätt uppgift för MIV att i detalj förutse alla tänkbara rättsliga konsekvenser med tanke på de omfattande lagändringarna på migrationsrättens område de senaste åren.

#### 4.3.4 Ansvaret för barns liv, hälsa och utveckling

Under de inledande månaderna av 2017 rapporterades det i media om flera självmord och ett ökat antal självmordsförsök bland ensamkommande barn.<sup>254</sup> Barnombudsmannen kom ut med en delårsrapport om unga nyanlända barns hälsa där det bl.a. framkom att flykten, asylprocessen och oron för familjen är orsaker som ligger bakom den psykiska ohälsan.<sup>255</sup> Barnombudsmannen riktade även hård kritik mot MIV i sin årsrapport för 2016/2017 vad gäller verkets handläggning av ärenden som rör barn i familj och ensamkommande barn. MIV besvarade kritiken med att hänvisa till att bristerna i många fall redan var kända för verket och att en prioritet av rättssäkerheten låg bakom ett i vissa delar eftersatt barnrättsperspektiv.<sup>256</sup>

Ovanstående är på intet sätt direkt kopplat till just utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet men det ger en bild av en generellt ökad psykisk ohälsa hos asylsökande barn i Sverige. Konstruktionen med uppskjuten verkställighet bygger på att Sverige genom att låta barnet stanna fram till 18-årsdagen tar på sig ansvaret för barnet, inklusive för barnets rätt till utveckling, fram tills barnet slutar att vara barn. Frågan är om ansvaret för barns *utveckling* verkligen kan sägas upphöra på barnets 18-årsdag?

---

<sup>253</sup> SOU 2016:19, s. 157.

<sup>254</sup> Se t.ex., <https://www.vardfokus.se/webbnyheter/2017/februari/manga-forsok-till-sjalvmord-bland-ensamkommande/> (senast kontrollerad 2017-05-20).

<sup>255</sup> Se *Nyanlända barns hälsa*: Delrapport av Barnombudsmannens årstema 2017 – Barn på flykt, 2017, s. 11 ff.

<sup>256</sup> Jfr <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Nyhetsarkiv/Nyhetsarkiv-2017/2017-03-24-Migrationsverket-svarar-pa-kritik-fran-Barnombudsmannen.html> (senast kontrollerad 2017-05-20).

FN:s barnrättskommitté har i sin allmänna kommentar nr 4 (2003) om ungdomars hälsa och utveckling tolkat barns rätt till ”hälsa och utveckling” i ett bredare perspektiv än begränsat till rätten till liv, överlevnad och utveckling (artikel 6), och rätten till hälsa (artikel (24)).<sup>257</sup> Kommittén förväntar sig vidare att konventionsstaterna uppfattar begreppet *utveckling* som ett helhetsbegrepp vilket omfattar barnets fysiska, psykiska, andliga, moraliska och sociala utveckling.<sup>258</sup> Psykosociala störningar och psykosociala sjukdomar är relativt vanliga bland ungdomar och barnrättskommittén menar att de ökande självmordstalen i många länder kan ha sin bakgrund bl.a. i våld och misshandel men även orealistiskt höga förväntningar på barn.<sup>259</sup> En bedömning som görs i samband med att ett beslut med uppskjuten verkställighet fattas är att barnet vid ett återvändande efter 18-årsdagen kommer kunna etablera sig i hemlandet i kraft att då vara vuxen. Nedan följer ett sammanhängande utdrag från ett beslut med en sådan motivering:

”Migrationsverket konstaterar att du inom en snar framtid fyller 18 år och då har du som ung arbetsför man möjlighet att försörja dig och etablera dig i Afghanistan. Även om situationen för hazarer i Afghanistan kan vara svår bedömer Migrationsverket att situationen inte är sådan att du riskerar att utsättas för allvarlig diskriminering. Mot bakgrund av detta och vad som i övrigt har framkommit i ditt ärende gör Migrationsverket bedömningen att din situation i Afghanistan inte är sådan att du kan beviljas uppehållstillstånd på den grunden.

Angående din familj har du berättat att din mor och far är avlidna och att dina två bröder bor i Iran. Du känner inte till någon släkt i Afghanistan och du har inte kontakt med någon du känner i Afghanistan. Det har inte framkommit att du skulle ha familj eller släktingar som kan ta hand om dig i Afghanistan. Vid ett återvändande till Afghanistan saknar du därmed vårdnadshavare eller annat ordnat mottagande.

Sammantaget konstaterar Migrationsverket att du saknar någon som kan ta emot dig och ta hand om dig om du återvänder till Afghanistan. Det finns inte heller godtagbara offentliga eller frivilliga organisationer som kan ta hand om dig om du återvänder till Afghanistan. Det finns därför hinder, enligt 12 kap. 3 a § utlänningslagen, att verkställa ett beslut om utvisning för dig.”<sup>260</sup>

Det är således ingen annan omständighet som inträffar bortsett från att barnet fyller 18 år som gör att barnet bedöms kunna klara sig själv i hemlandet. Det är inte en rimlig eller berättigad förväntning på ett barn att barnet ska kunna klara sig själv utan mottagande i hemlandet. Bestämmelsen i 12 kap 3 a § UtIL hindrar även att detta sker. Frågan är på vilket sätt det blir en mer realistisk förväntning för att 18-årsdagen inträffat?

---

<sup>257</sup> CRC/GC/2003/4 p. 4.

<sup>258</sup> CRC/GC/2003/5 p. 12.

<sup>259</sup> CRC/GC/2003/4 p. 22.

<sup>260</sup> MIV:s beslut nr 50374612 (2017-01-13) s. 7.

Artikel 24 barnkonventionen ställer krav på staterna att skydda ungdomar från onödiga påfrestningar, inklusive psykosocial stress. FN:s barnrättskommitté har även pekat på att barn inom alla typer av migration är särskilt utsatta för risker som allvarligt kan hämma deras hälsa och utveckling och att staterna är skyldiga att främja psykisk hälsa framförallt hos utsatta grupper ungdomar.<sup>261</sup> Den svenska regeringen har även uttalat att samhället har samma ansvar att förebygga psykisk ohälsa och att samverka kring utsatta asylsökande barn som för barn som är bofasta i Sverige.<sup>262</sup> Det kan ifrågasättas om det har tagits någon hänsyn till dessa aspekter när bedömningen gjordes att ett tillvägagångsätt, innebärande att ensamkommande barn får ett överhängande utvisningsbeslut under resten av sin tid som barn, var lämplig.

## 5 Sammanfattande slutsatser

Den här uppsatsen har syftat till att kasta ljus över den praktiska rättstillämpningen hos MIV som innebär att ensamkommande barn som närmar sig 18 år kan meddelas utvisningsbeslut med s.k. *uppskjuten verkställighet*. Uppsatsen har särskilt studerat MIV:s rättsliga ställningstaganden då dessa har en omfattande inverkan på rättstillämpningen på migrationsrättens område i Sverige. Förutsättningarna för att meddela ett beslut med uppskjuten verkställighet bygger på att det i grundprövningen av ett barns asylansökan har konstaterats att barnet saknar skyddsbehov mot hemlandet samt att MIV inte kommer kunna tillförsäkra barnet ett ordnat mottagande i hemlandet. Uppsatsen har primärt fokuserat på innebörden av förutsättningen *avsaknad av ordnat mottagande* och inte i detalj utvecklat den omfattande frågan om bedömningen av barns skyddsbehov.

Avsaknad av ordnat mottagande utgör ett *verkställighetshinder* enligt 12 kap 3 a § UtIL som upphör i samband med att kravet på ordnat mottagande upphör – vilket sammanfaller med när ett barn slutar att vara barn och blir vuxen. Det är således *endast för barn* som verkställighetshinder i form av avsaknad av ordnat mottagande kan föreligga. Syftet bakom kravet på ordnat mottagande bygger på att ensamkommande barn – i egenskap av att vara ensamma barn på flykt – är extra utsatta och därför anses vara särskilt skyddsvärda. Barnkonventionen uppställer särskilda mänskliga rättigheter för barn på flykt och FN:s barnrättskommitté har i flera

---

<sup>261</sup> CRC/GC/2003/4 p. 29, 38 & 39 i).

<sup>262</sup> Ds 2011:37 s. 96.

allmänna kommentarer betonat vikten av att konventionsstaterna tillgodoser ensamkommande barns mänskliga rättigheter genom hela asylprocessen.

Undersökningen av hur verkställighetshindret avsaknad av ordnat mottagande ska beaktas i grundprövningen hos MIV har visat att verkställighetshinder kan beaktas både inom ramen för en tillämpning av 5 kap 11 § UtIL som stadgar att tillfälliga tillstånd får meddelas vid tillfälliga verkställighetshinder samt inom ramen för en prövning av särskilt ömmande omständigheter enligt 5 kap 6 § UtIL där huvudregeln är att permanenta tillstånd ska meddelas. Uppsatsens studier av MIV:s rättsliga styrning har konstaterat att tillvägagångssättet med uppskjuten verkställighet bygger på en bedömning i tre steg där MIV anser att tillämpningen företrädesvis ska ske med stöd av 5 kap 11 § UtIL i dessa fall. Det första steget bygger på att avsaknad av ordnat mottagande enligt MIV normalt ska ses som ett *tillfälligt* verkställighetshinder. Att verkställighetshindret ses som tillfälligt lägger grunden för MIV:s andra steg av bedömningen som innebär att 5 kap 11 § UtIL ska utgöra utgångspunkten för bedömningen. I det sista steget av bedömningen gör MIV tolkningen att av de alternativ som anges i förarbetena till 5 kap 11 § – utgör uppskjuten verkställighet det mest lämpliga alternativet för barn som är 17,5 år eller äldre. För att se hur MIV:s tillvägagångssätt mottagits av migrationsdomstolarna undersöktes inom ramen för uppsatsen ett antal avgöranden där ett beslut med uppskjuten verkställighet överklagats till migrationsdomstolen. Undersökningen visade att domstolarna sällan ifrågasatte MIV:s lösning utan i de flesta fall instämde i och bekräftade MIV:s tillvägagångssätt. Den sammantagna slutsatsen i uppsatsen är således att det finns utrymme i UtIL för att meddela utvisningsbeslut med uppskjuten verkställighet till ensamkommande barn.

Uppsatsen har dock riktat viss kritik mot användningen av detta utrymme som lagstiftningen erbjuder. En central del av kritiken som har presenterats i uppsatsen bygger på att uppskjuten verkställighet riskerar att ha en ogynnsam inverkan på prövningen av barns asylskäl eftersom praktiken tenderar att förskjuta beaktandet av bristen på ordnat mottagande till att endast bli en fråga om verkställighetshinder. Uppsatsen har påpekat att det är viktigt att risken för att barn utsätts för skyddsgrundande behandling bedöms just inom ramen för skyddsbehovsprövningen. Enligt samma logik bör de brister som finns för ett barn utan nätverk ifråga om tillgång till utbildning, god hälsa och en i allmän mening trygg levnadsmiljö prövas inom ramen för bestämmelsen om särskilt ömmande omständigheter. Först om dessa två prövningar inte leder till att uppehållstillstånd ska beviljas bör avsaknaden av ordnat mottagande anses vara ett verkställighetshinder.

MIV:s tillvägagångsätt innebär också att barn i en mycket liknande situation meddelas olika beslut som medför olika rättsliga konsekvenser. Uppsatsen har b.la. påpekat att barn som fått beslut med uppskjuten verkställighet har sämre förutsättningar att omfattas av den nya regleringen gällande uppehållstillstånd på grund av studier på gymnasial nivå jämfört med barn som meddelats tillfälliga tillstånd. En skillnad på några dagar mer eller mindre än 17,5 år kan resultera i inget tillstånd alls (uppskjuten verkställighet) eller chans till ett tillfälligt tillstånd i fyra år. Uppsatsen har även lyft fram att det är särskilt viktigt att rättstillämpningen utgår från ett barnrättsperspektiv i frågor som rör ensamkommande barns återvändande och att tillvägagångsättet med uppskjuten verkställighet riskerar att skymma detta perspektiv. På ett övergripande plan har uppsatsen också ifrågasatt om praktiken med uppskjuten verkställighet är *lämplig* när det finns alternativa tillvägagångsätt som på ett mer verkningsfullt sätt skulle kunna bidra till att intresset av barnets bästa tillgodoses i rättstillämpningen.

## 6 Källförteckning

### 6.1 Litteratur

Bring, Ove, Mahmoudi, Said, Wrangle, Pål, *Sverige och folkrätten*, 5 u., Norstedts juridik AB, Stockholm 2014 [cit. Bring m. fl, 2014]

Diesen, C., Lagerqvist Veloz Roca, A., Lindholm Billing, K., Seidlitz, M., & Wilton Wahren, A., *Bevis 8. Prövning av migrationsärenden*, 2. uppl., Norstedts juridik AB, Stockholm, 2012 [cit. Diesen m.fl., 2012]

Lagerqvist Veloz Roca, Annika, *Gränsöverskridande: En förvaltningsrättslig knäckfråga*, Juridiska fakultetens skriftserie nr 77, Stockholm, 2011 [cit. Lagerqvist Veloz Roca, 2011]

Peczenik, Aleksander, *Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken*, FT 1990 s. 41-52 [cit. Peczenik, 1990]

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1 u., Stockholm, 1995 [cit. Peczenik, 1995]

Pobjoy, M, Jason, *The Child in International Refugee Law*, Cambridge Asylum and Migrations Studies, Cambridge university press, Cambridge, 2017 [cit. Pobjoy, 2017]

Sandesjö, Håkan, *Barnrättsperspektivet i asylprocessen*, 1. uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2013 [cit. Sandesjö, 2013]

Stern, Rebecca, *Hur bedöms ett skyddsbehov? Om gränsdragning, konsekvens och förutsebarhet i svensk asylpraxis*, SvJT 2012, s. 282-299. [cit. Stern 2012]

Stern, Rebecca & Jörnruud, Martin, *Barnkonventionens status. En utvärdering av för- och nackdelar med Barnkonventionen som svensk lag*, Rauol Wallenberg Institutet för mänskliga rättigheter och humanitär rätt (RWI), UNICEF, 2011 [cit. Stern & Jörnruud, 2011]

Thorburn Stern, Rebecca & Wikström, Hanna, *Migrationsrätt: skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*, 1. uppl., Liber, Stockholm, 2016. [cit. Thorburn Stern & Wikström, 2016]

Thorburn Stern, Rebecca, *Unaccompanied and Separated Asylum-seeking Minors: Implementing a Rights-based Approach in the Asylum Process*, ingår i: *Child-friendly Justice: What It Means and How It Is Realized*, (red) Mahmoudi, Said, Kaldal, Anna, Lainpelto, Katrin och Leviner, Pernilla, Stockholm Studies in Child Law and Children's Rights, Brill Academic Publishers, 2015. [cit. Thorburn Stern 2015]

Wikrén, Gerhard & Sandesjö, Håkan, Utlänningslagen med kommentarer, <http://zeteo.wolterskluwer.se> (i lydelse den 1 januari 2017) [cit. Wikrén & Sandesjö, 2017 med angivande av lagrum]

Zamboni, Mauro & Fredric Korling (red) *Juridisk Metodlära*, 1 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013. [cit. Zamboni & Korling, 2013]

## **6.2 Offentligt tryck**

### **6.2.1 Statens offentliga utredningar**

SOU 2016:19 Barnkonventionen blir svensk lag  
SOU 1997:116 Barnets bästa i främsta rummet. Om FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige

### **6.2.2 Propositioner**

Prop. 1983/84:144 om invandrings- och flyktingpolitiken;  
Prop. 1988/89:86 med förslag till utlänningslag m.m.  
Prop. 1996/97:25 svensk migrationspolitik i ett globalt perspektiv  
Prop. 2004/05:170 Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden  
Prop. 2009/10:31 Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet  
Prop. 2009/10:232 Strategi för att stärka barnets rättigheter i Sverige  
Prop. 2011/12:60 Genomförande av återvändandedirektivet  
Prop. 2013/14:216 Särskilt ömmande omständigheter



- Prop. 2015/16:174 Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige
- Prop. 2015/16:146 Extra ändringsbudget för 2016 – Ändring i rätten till bistånd för vissa utlänningar
- Prop. 2016/17:133 Kompletteringar av den tillfälliga lagen för uppehållstillstånd rörande studier på gymnasienivå

### **6.2.3 Utskottsbetänkanden**

- SfU 2016/17:19 Socialförsäkringsutskottets betänkande Kompletteringar av den tillfälliga lagen för uppehållstillstånd rörande studier på gymnasienivå

### **6.2.4 Övrigt offentligt tryck**

- Rskr. 2013/14:91 Åtgärder för att stärka barnets rättigheter i Sverige
- Ds 2011:37 Hur svensk lagstiftning och praxis överensstämmer med rättigheterna i Barnkonventionen
- Dir. 2013:35 Översyn av barnets rättigheter i svensk rätt
- Dir. 2014:86 Tilläggsdirektiv till Barnrättighetsutredningen
- Dir. 2015:17 Tilläggsdirektiv till Barnrättighetsutredningen
- Dir. 2016:92 Möjligheten att bevilja uppehållstillstånd när ett beslut om avvisning eller utvisning inte kan verkställas eller har preskriberats

## **6.3 Rättsfall**

### **6.3.1 Migrationsöverdomstolen**

- MIG 2007:5
- MIG 2013:15
- MIG 2013:22
- MIG 2014:1
- MIG 2014:6
- MIG 2015:4
- MIG 2015:18
- MIG 2017:6

### 6.3.2 Migrationsdomstolarna

#### *Migrationsdomstolen i Stockholm*

UM 12058-16	2016-12-22
UM 14167-16	2017-02-09
UM 85-17	2017-03-03
UM 2728-17	2017-04-08

#### *Migrationsdomstolen i Malmö*

UM 499-17, mål sam- band UM 576-17	2017-02-03
UM 7530-16	2017-03-28
UM 1209-17	2017-04-05

#### *Migrationsdomstolen i Luleå*

UM 2704-16	2016-12-13
UM 2554-16	2016-12-13
UM 2860-16	2017-01-17
UM 3050-16	2017-01-27
UM 185-17	2017-02-24
UM 3037-16	2017-02-28
UM 3053-16	2017-03-16
UM 2881-16	2017-03-20
UM 90-17	2017-03-22

### 6.4 Svensk publicerad myndighetspraxis

Migrationsverket, *Vägledande beslut rörande en asylsökande från Gaza i de palestinska områdena*, 2008-07-01

Migrationsverket, *Rättschefens bedömning rörande de allmänna förhållandena i Gaza och frågan om verkställighetshinder [Palestinska områdena]*, 2009-01-19

Migrationsverket, *Rättschefens rättsliga ställningstagande om praktiska verkställighetshinder RCI 03/2009*, 2009-09-30, Rev 2009-10-15

Migrationsverket, *Rättsligt ställningstagande angående verkställighet av beslut som rör ensamkommande barn - SR 26/2016*, 2016-07-07

Migrationsverket, *Rättsligt ställningstagande angående praktiska verkställighetshinder* - SR 25/2016, 2016-07-07

Migrationsverket, *Rättslig ställningstagande angående verkställighet av beslut som rör ensamkommande barn*, - SR 26/2016, 2016-07-07

Migrationsverket, *Rättsligt ställningstagande angående säkerhetssituationen i Afghanistan* - SR 59/2016, 2016-12-08

Migrationsverket, *Rättslig kommentar angående Migrationsöverdomstolens avgörande MIG 2017:6* - SR 07/2017, 2017-03-24

Migrationsverket, *Rättsligt ställningstagande angående upphörande av rätten till bistånd enligt lagen (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl., LMA för utlänningar som beviljas tidsbegränsade uppehållstillstånd enligt 5 kap 11 § utlänningslagen (2005:716)* – SR 63/2016, 2016-12-29

## 6.5 Internationellt material

### 6.5.1 FN:s Barnrättskommitté

Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 4 (2003) [cit. CRC/GC/2003/4]

*Ungdomars hälsa och utveckling inom ramen för konventionen om barnets rättigheter*  
Översättning december 2012 Reviderad mars 2014  
Originalspråk: Engelska FN:S KOMMITTÉ FÖR BARNETS RÄTTIGHETER CRC/GC/2003/4 Trettiofjärde sessionen 1 juli 2003

Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 5 (2003) [cit. CRC/GC/2003/5]

*Allmänna åtgärder för genomförandet av konventionen om barnets rättigheter (artikel 4, 42 och 44.6)*  
Översättning december 2012 Reviderad mars 2014  
Originalspråk: Engelska FN:S KOMMITTÉ FÖR BARNETS RÄTTIGHETER CRC/GC/2003/5 Trettiofjärde sessionen 27 november 2003

Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 6 (2005) [cit. CRC/GC/2005/6]

*Behandlingen av ensamkommande barn och barn som har skilts från föräldrarna utanför ursprungslandet*  
Översättning december 2012 Reviderad mars 2014  
Originalspråk: Engelska FN:S KOMMITTÉ FÖR BARNETS RÄTTIGHETER CRC/C/GC/6 trettionionde sessionen 1 september 2005

- Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 12 (2009) [cit. CRC/C/GC/12] *Barnets rätt att bli hörd*  
Översättning december 2012 Reviderad mars 2014 Originalspråk: Engelska FN:S KOMMITTÉ FÖR BARNETS RÄTTIGHETER CRC/C/GC/12 Femtioförsta sessionen 20 juli 2009
- Barnrättskommitténs allmänna kommentar nr 14 (2013) [cit. CRC/GC/2013/14] *om Barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet*  
Översättning mars 2014 Originalspråk: Engelska FN:S KOMMITTÉ FÖR BARNETS RÄTTIGHETER CRC/C/GC/14 Sextioandra sessionen 29 maj 2013

### 6.5.2 UNHCR

UNHCR, *Guidelines on Policies and Procedures in Dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, Februari, 1997.

UNHCR, *Guidelines on International Protection NO. 8: Child Claims under Articles 1 (A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Statue of Refugees*, 22 December 2009, HCR/GIP/09/08.

### 6.6 Elektroniskt material

Ledare Göteborgsposten: Orimlig politik om ensamkommande,  
<http://www.gp.se/ledare/orimlig-politik-om-ensamkommande-1.117133>, publicerad 2015-07-19 (Senast kontrollerad 2017-05-15)

Ledare Svenskadagbladet: En god invandringspolitik?  
<https://www.svd.se/en-god-invandringspolitik>, publicerad 2015-06-22 (senast kontrollerad 2017-05-15)

Många försök till självmord bland ensamkommande barn,  
<https://www.vardfokus.se/webbnyheter/2017/februari/manga-forsok-till-sjalvmord-bland-ensamkommande/>, publicerad 2017-02-15 (senast kontrollerad 2017-05-20)

Nyanlända barns hälsa, Delrapport i barnombudsmannens årstema 2017 – Barn på flykt  
<https://www.barnombudsmannen.se/globalassets/dokument-for-nedladdning/publikationer/rapport-nyanlanda-barns-halsa.pdf>, publicerad februari 2017 (senast kontrollerad 2017-05-20)

Ledare Aftonbladet: Sverige bör inte kasta ut flyktingbarnen,  
<http://www.aftonbladet.se/ledare/a/bleo3/sverige-bor-inte-kasta-ut-flyktingbarn>,  
publicerad 2017-03-12 (senast kontrollerad 2017-05-15)

Migrationsverket förtydligar: Vi har inte omtolkat utlänningslagen,  
<https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Nyhetsarkiv/Nyhetsarkiv-2017/2017-03-14-Migrationsverket-fortydligar--Vi-har-inte-omtolkat-utlanningslagen.html>,  
publicerad 2017-03-14, (senast kontrollerad 2017-05-15)

Migrationsverket svarar på kritik från Barnombudsmannen,  
<https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Nyhetsarkiv/Nyhetsarkiv-2017/2017-03-24-Migrationsverket-svarar-pa-kritik-fran-Barnombudsmannen.html>, publicerad 2017-03-24 (senast kontrollerad 2017-05-20)

Möte med myndigheter om ensamkommande barns hälsa,  
<https://www.barnombudsmannen.se/barnombudsmannen/i-media/nyheter/20171/mote-med-myndigheter-om-ensamkommande-barns-halsa/>, publicerad 2017-02-08 (senast kontrollerad 2017-05-20)

Advokatsamfundet kritiserar Migrationsverkets nya rutiner för medicinska åldersbedömningar, <https://www.advokatsamfundet.se/Nyhetsarkiv/2017/mars/advokatsamfundet-riktar-kritik-mot-migrationsverkets-nya-rutiner-for-medicinska-aldersbedomningar>, publicerad mars 2017 (senast kontrollerad 2017-05-20)

**BILAGA 1 – Undersökning av avgöranden från migrationsdomstolarna**

**BILAGA 2 – Intervju Anna Lindblad, MIV:s barnrättsexpert**

**BILAGA 3 – Intervju Daniel Salehi, MIV:s expert ensamkommande barn**

**BILAGA 4 – Intervju Viktor Banke, asylrättsadvokat**