

Stockholm, den 27 mars 2017

Angående frågan om hur verkställighetshinder kan beaktas då en asylansökan har avvisats med stöd av 5 kap. 1 b § utlänningslagen (2005:716)

Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingar har upprättat denna skrivelse med anledning av den problematik som byrån har identifierat beträffande frågan om hur verkställighetshinder kan beaktas när en asylansökan har avvisats med stöd av 5 kap. 1 b § utlänningslagen (2005:716). Rådgivningsbyrån har fått uppgift om att Migrationsverket för närvarande håller på att se över frågan, och att den utredning som genomförs beräknas vara klar under mars 2017. Med anledning av detta vill Rådgivningsbyrån komma in med följande synpunkter.

Utifrån de ärenden som Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingar har sett gör Migrationsverket i regel bedömningen att 12 kap. 18 § utlänningslagen inte är tillämplig i dessa situationer. Till stöd för denna bedömning har då angetts att Migrationsöverdomstolen i MIG 2008:32 har uttalat att en tillämpning av 12 kap. 19 § utlänningslagen förutsätter att frågan om uppehållstillstånd tidigare har prövats i sak, och att verkets uppfattning är att detsamma gäller för en tillämpning av 12 kap. 18 § samma lag eftersom paragraferna är utformade på liknande sätt.

I sammanhanget kan dock uppmärksammas på att en migrationsdomstol trots detta har uttalat att bestämmelsens tillämpningsområde inte kan begränsas på det sätt som Migrationsverket – i regel – har gjort (se Förvaltningsrätten i Stockholm, migrationsdomstolens dom i mål nr UM 1673-15, bilaga 1).

Rådgivningsbyråns bedömning är densamma som den migrationsdomstolen har uttryckt i ovan angivna mål, dvs. att 12 kap. 18 § utlänningslagen är tillämplig även i situationer när en asylansökan har avvisats med stöd av 5 kap. 1 b § samma lag. Dessutom kan det konstateras att det som Migrationsöverdomstolen har uttalat sig om i MIG 2008:32 är att det för en tillämpning av 12 kap. 19 § utlänningslagen förutsätter att frågan om uppehållstillstånd tidigare har prövats i sak endast behandlar frågan om just *ny prövning*, och det är naturligt att en tillämpning av begreppet *ny prövning* förutsätter att en tidigare prövning har skett. Frågan om ny prövning är dock inte aktuell när det gäller en

tillämpning av 12 kap. 18 § utlänningslagen, utan paragrafen är tillämplig i alla – som anges i paragrafens första mening: ärenden om verkställighet av beslut om avvisning eller utvisning som fått laga kraft. Hade lagstiftaren haft för avsikt att begränsa paragrafens tillämpningsområde till endast en del ärenden om verkställighet av beslut om avvisning eller utvisning hade bestämmelsen innehållit en sådan begränsning. Det finns inte heller något i förarbetena till bestämmelsen som ger stöd för uppfattningen att den endast är tillämplig när det tidigare har skett en sakprövning av frågan om uppehållstillstånd. Det enda som nämns i förarbetena är just att paragrafen är tillämplig i ärenden om verkställighet av beslut om av- eller utvisning (jfr prop. 2004/05:170 s. 215–230 och 299 f.) Migrationsverkets bedömning att en tillämpning av 12 kap. 18 § utlänningslagen förutsätter att frågan om uppehållstillstånd tidigare har prövats i sak förefaller följaktligen vila på mycket ostadig grund. En välgrundad bedömning av denna fråga är av särskild vikt då beslut enligt 12 kap. 18 § utlänningslagen inte är överklagbara.

Rådgivningsbyråns uppfattning är mot bakgrund av ovanstående att 12 kap. 18 § utlänningslagen är tillämplig i ärenden om verkställighet av beslut om avvisning eller utvisning – oavsett om frågan om uppehållstillstånd tidigare har prövats i sak eller inte.

Om Migrationsverket skulle fortsätta vara av uppfattningen att 12 kap. 18 § utlänningslagen inte är tillämplig i dessa situationer, kvarstår problemet hur uppkomna verkställighetshinder kan hanteras. I sammanhanget kan konstateras att Sverige då riskerar att bryta mot både Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna samt EU-rätt.

För en person som fått sin ansökan om uppehållstillstånd avvisad saknas i nuläget tillgång till ett effektivt rättsmedel i fråga om verkställigheten av utvisningen skulle utgöra en kränkning av de rättigheter som följer av Europakonventionen. Detta i sig är en kränkning av artikel 13 i konventionen.

I praktiken skulle detta exempelvis innebära att en person som har fått ett gällande utvisningsbeslut inte skulle kunna få prövat om utvisningen skulle utgöra en kränkning av artikel 8 i Europakonventionen om rätten till skydd för privat-och familjeliv, detta i sig skulle innebära en kränkning av rätten till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 13 i samma konvention.

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

- att artikel 20 FEUF utgör hinder för nationella åtgärder som medför att unionsmedborgare berövas möjligheten att faktiskt åtnjuta kärnan i de rättigheter som tillkommer dem i kraft av unionsmedborgarskapet;
- att neka en tredjelandsmedborgare uppehållsrätt samt arbetstillstånd i den medlemsstat i vilken hans eller hennes minderåriga barn, för vilken tredjelandsmedborgaren är underhållsskyldig, bor och är medborgare, medför emellertid just detta;

- artikel 20 FEUF ska tolkas så, att den utgör hinder för att en tredjelandsmedborgare som är underhållsskyldig för sina minderåriga barn, vilka är unionsmedborgare, uppehållsrätt i den medlemsstat i vilken barnen bor och är medborgare, och att den utgör hinder för nämnda medlemsstat att neka tredjelandsmedborgaren arbetstillstånd, i den mån sådana beslut medför att barnen berövas möjligheten att faktiskt åtnjuta kärnan i de rättigheter som är knutna till ställningen som unionsmedborgare.

Det bör i sammanhanget också påpekas att den allmänna inhibitionsmöjligheten enligt 12 kap. 13 § utlänningslagen inte är tillräcklig eller tillfredsställande, och inte heller att betrakta som ett effektivt rättsmedel i dessa situationer. Vidare är det i situationer då det föreligger ett praktiskt verkställighetshinder helt onödigt att fatta ett beslut om inhibition av ett beslut som ändå inte går att verkställa, bortsett från att det skulle kunna innebära att den berörde personen får rätt till bistånd enligt lagen (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl. (LMA).

Med Migrationsverkets nuvarande tolkning beträffande tillämpligheten av 12 kap. 18 § utlänningslagen i ärenden när det inte har skett någon tidigare sakprövning av frågan om uppehållstillstånd kan ju inte ens de mest uppenbara situationer av verkställighetshinder leda till att sökanden beviljas ett uppehållstillstånd. Man kan tänka sig de mest absurda situationerna, exempelvis en person som har fått sin ansökan om uppehållstillstånd avvisad och ett utvisningsbeslut till en stillahavsö som därefter har försvunnit i havet, och inte ens då skulle verkställighetshindret i dagsläget leda till att personen beviljades ett uppehållstillstånd. Ett inhibitionsbeslut skulle i sammanhanget vara en klen tröst för den enskilde som i övrigt bara skulle ha att invänta preskription av utvisningsbeslutet.

Att personer, i ärenden där det föreligger klara praktiska verkställighetshinder, i dagsläget bara har att vänta på preskription är inte en tillfredsställande situation för varken de enskilda, myndigheterna eller samhället i stort.

Ett möjligt sätt, som alternativ till 12 kap. 18 § utlänningslagen, att hantera frågan om verkställighetshinder i ärenden när sökanden inte tidigare har fått en sakprövning av frågan om uppehållstillstånd, skulle kunna vara att hantera det inom ramen för en omprövning. När Migrationsverkets utvisningsbeslut har överklagats till migrationsdomstol, och överklagandet har avslagits, har Migrationsverket varit av uppfattningen att verket inte längre har möjlighet att ompröva beslutet då ett beslut från en överinstans har trätt i dess ställe. Stöd för denna tolkning går att finna hos Wikrén & Sandesjö, *Utlänningslagen med kommentarer*, 10 uppl. s 675.

Denna uppfattning kan dock ifrågasättas, och har bland annat gjorts så av en av Sveriges främsta jurister: Stefan Holgersson, nuvarande justitieombudsman, tidigare bland annat lagman vid Kammarrätten i Stockholm och president vid Kammarrätten i Jönköping, tillsammans med Anna Atanasova Andersson i deras rapport *Analys av verksamheten vid förvaltningsprocessavdelningen (FVP)*, 2016-03-21, s. 39–43. På s. 42 f. i rapporten framgår följande.

”Riktigheten i vad som anges i lagkommentaren om att Migrationsverkets möjlighet till omprövning förfaller när en migrationsdomstol meddelat beslut i det överklagade ärendet, eftersom det inte längre är fråga om ett beslut som verket fattat som första instans, utan om ett beslut som trätt i dess ställe, kan ifrågasättas.

[...]

Vad som uttrycks i lagkommentaren är alltså huvudregeln i principen om förvaltningsbesvärens litispensverkan och den principen är på inget sätt absolut. Något stöd för slutsatsen att avsikten med omprövningsbestämmelserna i utlänningslagen är att Migrationsverket ska avskäras möjligheten att ompröva sitt eget beslut i och med [att] en migrationsdomstol meddelat beslut i det överklagade ärendet finns inte i förarbetena till utlänningslagen. Tvärtom vad som uttrycks i förarbetena tycks vara att syftet med återinförandet av omprövningsbestämmelsen i 13 kap. 13 § utlänningslagen var att vidga Migrationsverkets möjligheter att ompröva sina egna beslut och att betona verkets skyldighet att ändra de beslut som är eller blivit oriktiga.”

Skulle Migrationsverket även fortsättningsvis anse att 12 kap. 18 § utlänningslagen inte är tillämplig i ärenden där det inte har skett någon sakprövning av frågan om uppehållstillstånd, bör de således kunna ompröva det tidigare beslutet om det senare uppstår verkställighetshinder. Detta alltså oavsett om en migrationsdomstol har avslagit ett överklagande av beslutet att avvisa ansökan om uppehållstillstånd.

Ärendet har föredragits av juristen Martin Nyman.

Stockholm, som ovan

Anders Sundquist
chefsjurist