



JURIDICUM

Vem är alternativt skyddsbehövande?

En analys om svensk tillämpning av skyddsgrundsdirektivet

Nassrin Abdulkarim

VT 2018

Självständigt juridiskt arbete (C-uppsats), 15 högskolepoäng.

Examinator: Professor Eleonor Kristoffersson & Professor Annina H Persson

Handledare: Jessica Jonsson

Innehåll

Sammanfattning	
1. Inledning.....	1
1.1 Ämnet.....	1
1.2 Syfte och frågeställning.....	2
1.3 Metod och material.....	2
1.4 Avgränsningar	4
1.5 Disposition	4
2. Bakgrund	5
2.1 Inledning.....	5
2.2 Asyl	5
2.3 Flykting	6
2.4 Alternativt skyddsbehövande	7
3 Skyddsgrundsdirektiven	8
3.1 Första skyddsgrundsdirektivet.....	8
3.1.1 Det första skyddsgrundsdirektivets implementering i svensk rätt	9
3.2 Det omarbetade skyddsgrundsdirektivet	11
3.2.1 Det omarbetade skyddsgrundsdirektivets implementering i svensk rätt.....	12
3.3 UNHCR:s vägledning av skyddsgrundsdirektivet	13
4. Migrationsöverdomstolens, Europadomstolens och EU-domstolens praxis.....	14
4.1 Jämförelse mellan MIG 2017:11 och N mot Finland.....	14
4.1.1 MIG 2017:11	14
4.1.2 N mot Finland.....	16
4.1.3 Kommentar.....	16
4.1.4 Analys.....	17
4.2 Jämförelse mellan MIG 2011:4 och mål C-465/07 Elgafaji	17
4.2.1 MIG 2011:4	17
4.2.2 Mål C-465/07 Elgafaji.....	19
4.2.3 Analys.....	20
4.3 Jämförelse mellan MIG 2017:29 och Förenade målen C-57/09 och C-101/09	21
4.3.1 MIG 2017:29	21
4.3.2 Förenade målen C-57/09 och C-101/09	23
4.3.3 Analys.....	24
5. Kritiska aspekter från doktrin och andra källor.....	25
6. Analys och slutsats	27

Källförteckning.....	30
Offentligt tryck.....	30
Litteratur.....	30
EU.....	31
Internationella källor	31
Lagstiftning	32
Praxis.....	32
Elektroniska källor	32

Sammanfattning

Den 29 april 2004 antogs det första skyddsgrundsdirektivet som sedan trädde i kraft den 20 oktober 2004. Detta direktiv införde den alternativa skyddsgrunden, där asylsökandena blev benämnda som alternativt skyddsbehövande. Direktivet infördes som ett komplement för de som inte kunde definieras som flykting erhålla asyl av den grunden. Det har tidigare i medlemsstater förekommit olika nationella asylalternativ för vilket Europaparlamentet och rådet införde en enhetlig skyddsgrund där alla medlemsstater tillämpar gemensamma kriterier för dessa alternativa asylsökande. För att erhålla status som alternativt skyddsbehövande förekommer det flera rekvisit som först måste uppfyllas. Till hjälp för hur de nationella domstolarna och handläggarna ska tolka och tillämpa dessa krav, förekommer det bland annat rättsfall från EU-domstolen, Europadomstolen samt riktlinjer från bland annat UNHCR.

För att upprätthålla direktivets syfte åligger det medlemsstaterna, givetvis inkluderas även Sverige, att harmonisera bestämmelserna och faktiskt tillämpa och tolka skyddsgrunden på ett och samma sätt. Vad gäller Sveriges tillämpning av direktivet förekommer det kluvna åsikter om huruvida denna är överensstämmande med de riktlinjer och ledande rättsfall som härleds från dels EU-domstolen, dels Europadomstolen. Emellertid förekommer det ingen uppfattning om att den svenska tillämpningen är fullständigt förenlig med det som ska förekomma och vad som följer av skyddsgrundsdirektivet. Med andra ord har Sverige fortfarande en viss bristande tolkning och tillämpning av skyddsgrundsdirektivet för beviljande samt nekande av skyddsgrunden som alternativt skyddsbehövande.

1. Inledning

1.1 Ämnet

Migrationsrätt har tidigare inte varit lika aktuell som den idag är. På senare år har rättsområdet uppmärksamats allt mer, främst genom att migrationen har ökat av olika skäl och den reform¹ av instans- och processordning i utlänningsärenden som trädde i kraft 2006, vilket gav förvaltningsdomstolarna ansvar för överprövning av Migrationsverkets beslut. Genom reformen anses rättsområdet ”juridifierats” i viss mån, vilket därmed resulterat i att intresset för migrationsrätten har ökat och skapat ett större behov av jurister kunniga i ämnet.² Rättsområdet migrationsrätt har växt i takt med den ökande och globala migrationen. Samtidigt är det otvivelaktigt att detta är ett känsligt ämne som berör både människor och stater på olika sätt. Ur ett perspektiv, förekommer den fria rörligheten³ som en rättighet för individen, samtidigt som statsuveräniteten måste beaktas, där varje stat har rätt att kontrollera över sitt territorium och sina gränser samt sina inre angelägenheter i övrigt.⁴

Migrationsrätten formas av den internationella flyktingrättens två grundpelare, nämligen rätten att söka och åtnjuta asyl och den så kallade principen om non-refoulement. Principen om non-refoulement innebär att ingen människa får återsändas, utvisas, avvisas, utelämnas eller överföras till ett land eller område där han eller hon riskerar att utsättas för allvarliga kränkningar av sina mänskliga rättigheter genom att dennes liv eller frihet hotas. Principen är en grundsten även i den internationella flyktingrätten och dessutom sedvanerättsligt bindande. Detta innebär alltså att principen gäller alla stater, oavsett vilka traktat de har anslutit sig till och omfattar alla människor.⁵ Principen om rätten att söka asyl är en grundläggande mänsklig rättighet som är stadgat i Förenta Nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna.⁶ Asylrätten, som är en del av migrationsrätten, har varit den del som ägnats stor uppmärksamhet under senare tid. Att migrera till ett land som Sverige kan göras av många olika skäl och uppehållstillstånd kan erhållas av dessa skäl, asyl å andra sidan förutsätter att vissa rekvisit är uppfyllda. I nuläget förekommer det två möjligheter att erhålla asyl i Sverige: att definieras som flykting enligt 4 kap. 1 § Utlänningslagen (2005:716) (UtlL) eller alternativt skyddsbehövande enligt 4 kap. 2 § samma lag. Tidigare förekom det ett tredje sätt att erhålla asyl, nämligen genom att uppfylla det som kallas för övrigt skyddsbehövande enligt 4 kap. 2 a § UtlL. Denna tredje skyddsstatus har för tillfället upphört att gälla i Sverige som resultat till den nya tillfälliga lagen som infördes i juni 2016.⁷ Den nya lagen innebär i stora drag att möjligheten till uppehållstillstånd begränsats.

¹ Prop. 2004/05:170, *Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden*. [cit. prop. 2004/05:150].

² Thorburn Stern, Rebecca & Wikström, Hanna, *Migrationsrätt Skyddsbehov och trovärdighet – bedömning i asylärenden*, Liber AB, Stockholm, 2016, s. 6 [cit. Stern & Wikström].

³ Jfr artikel 45 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

⁴ Stern & Wikström, s. 7.

⁵ Seidlitz, Madelaine, *Asylrätt: en praktisk introduktion*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2014, s.18.

⁶ Se artikel 14.1 i Förenta Nationernas Allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna.

⁷ Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, 3 §.

Skyddsgrunden alternativt skyddsbehövande tillkom i svensk rätt i samband med genomförandet av det första skyddsgrundsdirektivet⁸, som sedan omarbetades december 2011.⁹ Direktivet har tillsammans med andra instrument upprättats för att skapa ett gemensamt europeiskt asylsystem och garantera att medlemsstaterna tillämpar gemensamma kriterier för att fastställa vilka personer som har ett verkligt behov av internationell skydd.¹⁰ Direktivets definition av alternativt skyddsbehövande, eller subsidiärt skyddsbehövande som det också kallas,¹¹ regleras i artikel 2 punkt f. Där anges att subsidiärt skyddsbehövande är en tredjelandsmedborgare eller statslös person som inte uppfyller kraven för att betecknas som flykting, men där det finns grundad anledning att förmoda att den berörda personen, om han eller hon återsänds till sitt ursprungsland, eller i fråga om en statslös person, till det land där han eller hon tidigare hade sin vanliga vistelseort, skulle utsättas för en verklig risk att lida allvarlig skada. Den berörda personen ska heller inte kunna återvända eller på grund av en sådan risk, inte vilja begagna sig det landets skydd. Status som subsidiärt skyddsbehövande förutsätter en medlemsstats erkännande av en tredjelandsmedborgare eller en statslös person som en person som uppfyller ovanstående krav för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande.

1.2 Syfte och frågeställning

Som ovan nämnt har det alternativa skyddet tillkommit genom skyddsgrundsdirektivet. Denna skyddsgrund har Sverige som medlemsstat implementerat och infört i svensk rätt. Mot bakgrund till direktivet är det av intresse att studera hur direktivet har införlivats och tillämpats i de svenska domstolarna. Syftet är således att gå igenom direktivet för att sedan utreda och analysera hur direktivet har implementerats och vidare belysa hur direktivets bestämmelser tillämpas i Sverige.

I och med syftet kommer följande frågeställning att besvaras i uppsatsen: Är den svenska tillämpningen av 4 kap. 2 § UtlL överensstämmande med det faktiska syftet till det alternativa skyddet, som härleds från skyddsgrundsdirektivet? Bidrar den svenska tolkningen och tillämpningen till en enhällig och gemensam asylrätt?

1.3 Metod och material

Metoden, det vill säga tillvägagångssättet från problemformulering via material till påstående, kommer inledningsvis ske genom den välkända rättsdogmatiska metoden. Denna metod innebär att det till en början ska fastställas hur gällande rätt ser ut (lex lata). Vidare innebär metod även

⁸ Rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet [cit. första skyddsgrundsdirektivet].

⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer 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 (omarbete) [cit. skyddsgrundsdirektivet].

I arbetet hänvisas till två skyddsgrundsdirektiv. I de fall det endast är angivet ”skyddsgrundsdirektiv” åsyftas det nya omarbetade direktivet, inte det första.

¹⁰ Skyddsgrundsdirektivet, ingress skäl 1, 6.

¹¹ Alternativt och subsidiärt skyddsbehövande kommer att användas synonymt i arbetet eftersom de har samma innehåll och betydelse.

att en systematisering av gällande rätt ska göras, det vill säga att identifiera samband, likheter, principer och så vidare. Rättsdogmatiken innebär användande av ett begränsat antal källor som lag, förarbeten, prejudikat och doktrin. För den rättsdogmatiska metoden finns det visst utrymme att använda annat material i syfte att berika analysen. Således kan även utländskt material och praxis användas om materialet uppfyller syftet att tillföra relevant innehåll till analysen. I denna studie kommer annat material utöver det som anges i en strikt rättsdogmatisk analys användas, som till exempel internationellt, folkrättsligt och unionsrättsligt material. Det är oundvikligt att framföra dessa eftersom Sverige bland annat är en medlemsstat och styrs på flera sätt av unionsrättsliga (och även internationella) traktat, därav även inom asylrätten.¹²

Rättsdogmatiken beskriver inte bara gällande rättsregler och dess struktur, utan utvecklar också normativa ståndpunkter som rättfärdigar och kritiserar olika delar av gällande rätt. Alltså innefattar rättsdogmatiken också värderande ståndpunkter. Värderingarna utgör rättsdogmatikens nödvändiga beståndsdel eftersom denna inte varken är helt deskriptiv eller normativ.¹³ Förvisso ska den beskrivande delen vara objektivt grundad och fri från åsikter som ska resultera i att flera rättsvetenskapare under samma förutsättningar kan komma fram till samma innehåll i koherens. Vissa andra influenser av värderingar kan förekomma, sådana värderingar är allmänt erkända inom rättsområdet och kan ibland även vara lagfästa. Dessa värderingar kan vara rättssäkerhetsprinciper som bör beaktas snarare än undvikas.¹⁴ Författarens egna åsikter kommer inte vara helt uteslutna eftersom arbetet innehåller 3 mindre analysavsnitt och en avslutande analys med kommentarer och slutsats.

Av vad som kommer framgå i uppsatsen, kommer den inte bara bestå av den rättsdogmatiska metoden, utan även av den rättsvetenskapliga metoden. En rättsvetenskaplig metod är ett vidare begrepp som inbegriper inte enbart den juridiska metoden, utan även andra metoder för att analysera rätten. Det kan sägas att i stort sett alla metoder som kan brukas för att öka kunskapen om rätten är att anse som rättsvetenskaplig i den mån som ett juridiskt perspektiv ingår i ansatsen.¹⁵ Det finns alltså större utrymme vid användning av den rättsvetenskapliga metoden vad gäller rättsanalys, vilket kommer förekomma i följande arbete av dels doktrin, dels praxis.

För att kunna besvara uppsatsen frågeställningar kommer huvudsakligen internationella traktat, unionsrättsligt material och svenska rättsfall av Migrationsöverdomstolen användas och analyseras. Det unionsrättsliga materialet måste användas, främst skyddsgrundsdirektivet, eftersom det alternativa skyddet härstammar från EU-rätten och är anledningen till dess existens i svensk rätt. Vidare förekommer det internationellt instrument, som till exempel flyktingkonventionen¹⁶, eftersom skyddsgrundsdirektivet i sin tur är ett resultat från konventionen och flyktingbegreppet. Flyktingkonventionen sätter också riktlinjer som efterföljs även i svensk rätt.

Migrationsöverdomstolens praxis kommer att användas i syfte att studera hur domstolarna tolkar och tillämpar skyddsgrunden alternativt skyddsbehövande i förhållande till gällande rätt.

¹² Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation*, 3 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2015, s. 43-44 [cit. Sandgren].

¹³ Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s 249, s.249-250.

¹⁴ Sandgren, s.45.

¹⁵ Ibid, s.39.

¹⁶ 1951 års konvention angående flyktingars rättsliga ställning [cit. flyktingkonventionen].

Rättsfallen anses motsvara den svenska tillämpningen som sker och är därför det bästa material som faktiskt svarar för hur tillämpningen av skyddsgrunden förekommer i praktiken och vilka personer som anses uppfylla rekvisiten för att omfattas av skyddsgrunden. För att kunna se om den svenska tillämpningen överensstämmer med direktivets bakomliggande syfte, kommer de svenska fallen att jämföras med fall från både Europadomstolen och EU-domstolen. Domstolarnas motiveringar och tolkningar kommer ställas emot varandra för att sedan analyseras.

1.4 Avgränsningar

Som ovan nämnt, är det skyddsgrunden alternativt skyddsbehövande som kommer att analyseras. Således är övriga grunder för erhållande av uppehållstillstånd avgränsade, som till exempel uppehållstillstånd som anhörig till någon, arbetstagare, egen företagare, gäststudent med mera. För att kunna fastställa gällande rätt kring erhållandet av den relevanta skyddsstatusen måste även den andra grunden för asyl, det vill säga att definieras som flykting, i viss omfattning tas upp. Detta beror på att alternativt skyddsbehövande har ansetts som ett komplement och ett alternativt till skyddsgrunden flykting. Följaktligen är det oundvikligt att i viss mån även inkludera flyktingbegreppet i arbetet.

I arbetet är det förutsatt att den fiktiva utlänningen som anges vid presentation av gällande rätt är en vuxen person. Därmed är barn avgränsade från arbetet av det skälet att inblandningen av barn medför att flertal andra faktorer måste tas i beaktande, till exempel barnets bästa och så vidare. Med hänsyn till den begränsade omfattning av arbetet kommer barn av nämna skäl inte tas upp.

Vad gäller materialet och de svenska rättsfall som kommer att tas upp kommer endast rättsfall från Migrationsöverdomstolen behandlas och analyseras. Uttalanden och domar från Migrationsöverdomstolen anses ha ett starkare värde och mer auktoritära vad gäller hur tillämpning bör och ska ske i Sverige. Vidare har Migrationsöverdomstolens domar ett prejudikatvärde i vilket de vanliga migrationsdomstolarna saknar.

1.5 Disposition

Arbetet inleds med att bakgrunden för den alternativa skyddsgrunden presenteras. Ursprunget för alternativt skyddsbehövande består således av både utländska och svenska källor, det som är relevant för att fullständigt förstå underlaget och syftet med 4 kap. 2 § UtIL. Efteråt presenteras utvalda rättsfall och analyseras för att vidare studera huruvida tillämpningen är förenlig med syftet av skyddsgrunden. Efter respektive jämförelse mellan två domar kommer författarens egna analys i kort presenteras. När alla jämförelser har presenterats kommer ett kapitel framställas vilket innehåller olika aspekter på frågan om hur Sverige har implementerat skyddsgrundsdirektivet, innehållande av både doktrin och uttalanden från bland annat UNHCR:s¹⁷ olika kommittéer. Avslutningsvis följer ett analyskapitel med slutsats.

¹⁷ United Nations High Commissioner for Refugees, eller Förenta nationernas flyktingkommissariat [cit. UNHCR].

2. Bakgrund

2.1 Inledning

Till en början är det av betydelse att folkrättsligt förklara att Sverige är ett dualistiskt land.¹⁸ Dualism innebär att internationell rätt och den nationella rätten betraktas som två separata och fristående rättsordningar i förhållande till varandra. Det innebär också att varken den ena eller den andra rättsordningen är över- eller underordnad den andra. För Sverige innebär det att det inte räcker med att Sverige enbart ratificerar eller ansluter sig till traktat för att det ska kunna betraktas som en del av den svenska rättsordningen. Det krävs alltså ytterligare åtgärder som exempelvis transformation eller inkorporering, för att därefter bli tillämpligt för de svenska domstolarna att döma i.¹⁹

Asylrätten har i stora delar inkorporerats i svensk rätt och det finns ett uppenbart inflytande över de svenska bestämmelsernas utformning som till exempel rätten att söka asyl och den svenska definitionen av flykting som klart utgår från definitionen som anges i flyktingkonventionen.²⁰ Detta är av betydelse för förståelsen mellan svensk rätt och de traktat som Sverige har ingått, både genom unionsrättsligt och enskilda internationella traktat som behandlas i uppsatsen.

För att fullt förstå vägen till att erhålla statusen som alternativt skyddsbehövande är det av vikt att förstå definitionerna av främst asyl, flykting och naturligtvis alternativt skyddsbehövande. Definitionen av alternativt skyddsbehövande kommer inte att analyseras ingående i avsnittet 2.4, utan kommer endast vara en presentation av hur den är formulerad i svensk rätt (i jämförelse med formuleringen från direktivet som framkom i avsnitt 1.1), på grund av att begreppet i övrigt kommer analyseras i resten av arbetet.

2.2 Asyl

Asyl innebär att en person söker uppehållstillstånd på grund av skyddsbehov. I den svensk rätt definieras asylrätt i 1 kap. 3 § UtL som uppehållstillstånd vilket beviljas en utlänning därför att han eller hon är flykting eller alternativt skyddsbehövande. Normalt åsyftar paragrafen till permanent uppehållstillstånd eller uppehållstillstånd under minst tre år. Denna utformade definition har utvidgats eftersom asylbegreppet idag omfatta även alternativt skyddsbehövande, vilket det inte tidigare gjorde. I propositionen för genomförandet av skyddsgrundsdirektivet, framhöll regeringen att alla ansökningar om uppehållstillstånd som grundar sig på omständigheter som är relaterade till ett behov av skydd ska hanteras som asylansökningar, oavsett vilken grund som åberopas.²¹

Internationellt finns det ingen allmänt accepterad definition av begreppet. Normalt torde asyl emellertid innebära en varaktig fristad mot politisk förföljelse. Däri innefattas inte endast förföljelse på grund av politisk uppfattning utan även förföljelse på grund av ras, nationalitet eller

¹⁸ Detta fastställs bland annat i RÅ 1974:121, NJA 1981 s 1205 och NJA 2004 s 255.

¹⁹ Henriksen, Anders, *International law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 14-15.

²⁰ Stern, Rebecca & Österdahl, Inger, *Folkrätten i svensk rätt*, Liber AB, Malmö, 2012, s.37.

²¹ Prop. 2009/10:31, *Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet*, s. 10, 171 [cit. prop. 2009/10:31].

religiös uppfattning eller på grund av kön, sexuell läggning eller annan tillhörighet till viss samhällsgrupp. I praktiken innebär asyl snarare att en flykting får uppehållstillstånd i tillflyktslandet.²²

2.3 Flykting

Som tidigare nämnt, kan en utlänning definieras som alternativt skyddsbehövande när denne inte uppfyller kriterierna för flykting. Med detta sagt är det oundvikligt att även gå igenom flyktingbegreppet och var det härleds från. I inledningskapitlet nämndes att flyktingbegreppet har sitt ursprung i flyktingkonventionen. I konventionens mening är en flykting den som till följd av händelser träffade före 1 januari 1951, och i anledning av välgrundad fruktan för förföljelse på grund av sin ras, religion, nationalitet, tillhörighet till viss samhällsgrupp eller politiska åskådning befinner sig utanför det land, vari han är medborgare, samt är ur stånd att eller på grund av sådan frukta som nyss sagts, inte önskar begagna sig av sagda lands skydd eller den som är statslös, befinner sig utanför det land vari han tidigare haft sin vanliga vistelseort, samt är ur stånd att eller på grund av sådan fruktan inte önskar återvända dit.²³

Praktiskt sett anses benämningen flykting ha ett bredare lösaktigt koncept. En flykting anses vara en person i flykt, som söker fly undan samhälleliga eller personliga förhållanden som anses vara intoleranta. Destinationen för sådan flykt är irrelevant mer än att flykten sker mot frihet och säkerhet.²⁴ Enligt UNHCR:s riktlinjer är en flykting en sådan som uppfyller definitionen i flyktingkonventionen, men poängterar att erkännandet av flyktingskapen inte är det avgörande för att en person ska anses vara en flykting. Erkännandet utgör endast en förklaring om att personen är en flykting. Själva fastställandet av flyktskapet är istället ett förfarande som sker i två steg. Först är det nödvändigt att ta reda på sakuppgifter av betydelse för det enskilda fallet. Därefter måste definitionen i flyktingkonventionen tillämpas och 1967 års protokoll²⁵ tillämpas på de sakuppgifter som framkommit.²⁶

I svensk lagstiftning återfinns flyktingbegreppet i 4 kap. 1 § UtIL och definieras enligt följande:

”Med flykting avses i denna lag en utlänning som befinner sig utanför det land som utlänningen är medborgare i, därför att han eller hon känner välgrundad fruktan för förföljelse på grund av ras, nationalitet, religiös eller politisk uppfattning eller på grund av kön, sexuell läggning eller annan tillhörighet till en viss samhällsgrupp, och inte kan, eller på grund av sin fruktan inte vill, begagna sig av detta lands skydd.

Första stycket gäller oberoende av om det är landets myndigheter som är ansvariga för att utlänningen riskerar att utsättas för förföljelse om utlänningen riskerar att utsättas för förföljelse av enskilda och inte kan antas bli erbjuden ett effektivt skydd som inte är av tillfällig natur. Vid bedömningen av om skydd erbjuds beaktas endast skydd som ges av staten eller av parter eller organisationer som kontrollerar hela eller en betydande del av statens territorium.

²² Wikrén, Gerhard & Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer*, 11 uppl., Wolters Kluwer Sverige AB, Stockholm, 2017, s. 68-71 [cit. Wikrén & Sandesjö].

²³ Flyktingkonventionen, artikel 1 A 2.

²⁴ Goodwin-Gill, Guy S. & McAdam Jane, *The refugee in international law*, 3 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2007, s. 15.

²⁵ 1967 års protokoll angående flyktingars rättsliga ställning [cit. 1967-års protokoll].

²⁶ UNHCR Handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning enligt 1951 års konvention och 1967 års protokoll angående flyktingars rättsliga ställning, p.28-29 [cit. UNHCR handbok].

Första och andra styckena gäller även för statslös utlänning som befinner sig utanför det land där han eller hon tidigare haft sin vanliga vistelseort.

Av 2 b § följer att en utlänning som omfattas av denna paragraf i vissa fall är utesluten från att anses som flykting.”

Flera ändringar har förekommit i de olika styckena med anledning av olika protokoll och direktiv som Sverige antagit. Tidigare förekom inte att utlänningar som sökte uppehållstillstånd med anledning av förföljelse på grund av tillhörighet till en viss samhällsgrupp omfattades av flyktbegreppet, vilket ändrades och lades till i samband med den nuvarande 2005 års Utlänningslag infördes.²⁷ Andra styckets nuvarande utformning kompletterades senast 2015 med anledning av genomförandet av det omarbetade skyddsgrundsdirektivet som innebar att det infördes en uttömmande reglering av vilka aktörer som kan ge skydd mot förföljelse. Ändringen innebar också att skydd mot förföljelse måste vara effektivt och inte av tillfällig natur för att kunna beaktas vid bedömningen.²⁸

2.4 Alternativt skyddsbehövande

Det alternativa skyddet utformades genom skyddsgrundsdirektivet och kommer i nästkommande kapitel att utredas. I svensk rätt har skyddsgrunden formulerats i 4 kap. 2 § UtlL enligt följande:

”Med alternativt skyddsbehövande avses i denna lag en utlänning som i andra fall än som avses i 1 § befinner sig utanför det land som utlänningen är medborgare i, därför att

1. det finns grundad anledning att anta att utlänningen vid ett återvändande till hemlandet skulle löpa risk att straffas med döden eller att utsättas för kroppsstraff, tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, eller som civilperson löpa en allvarlig och personlig risk att skadas på grund av urskillningslöst våld med anledning av en yttre eller inre väpnad konflikt, och
2. utlänningen inte kan, eller på grund av sådan risk som avses i 1 inte vill, begagna sig av hemlandets skydd.

Första stycket gäller oberoende av om det är landets myndigheter som är ansvariga för att utlänningen löper sådan risk som avses där eller om utlänningen löper sådan risk genom handlingar från enskilda och inte kan antas bli erbjuden ett effektivt skydd som inte är av tillfällig natur. Vid bedömningen av om skydd erbjuds beaktas endast skydd som ges av staten eller av parter eller organisationer som kontrollerar hela eller en betydande del av statens territorium.

Första och andra styckena gäller även för en statslös utlänning som befinner sig utanför et land där han eller hon tidigare haft sin vanliga vistelseort.

Av 2c § följer att en utlänning som omfattas av denna paragraf i vissa fall är utesluten från att anses som alternativt skyddsbehövande.”

Det alternativa skyddet aktualiserar, precis som flyktingbestämmelsen, ett antal folkrättsliga regler, men allra främst konventioner om mänskliga rättigheter. Dessa konventioner används

²⁷ Se prop. 2004/05:170 och prop. 2005/06:6, *Flyktingskap och förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning*.

²⁸ Prop. 2013/14:248, *Genomförande av det omarbetade skyddsgrundsdirektivet*, Wikrén & Sandesjö, s. 168-169 [cit. prop. 2013/14:248]. Det omarbetade skyddsgrundsdirektivet kommer behandlas mer omfattande längre ner i uppsatsen.

som verktyg för att avgöra om övergrepp mot mänskliga rättigheter förekommer i ett visst land och för att i övrigt tolka om huruvida rekvisiten för skyddsgrunden är uppfyllda.²⁹

3 Skyddsgrundsdirektiven

3.1 Första skyddsgrundsdirektivet

Det har förekommit två skyddsgrundsdirektiv för vilket det första antogs 2004. Direktivet introducerade skyddsgrunden alternativt skyddsbehövande, men benämndes i första direktivet som skyddsbehövande i övrigt. Det omarbetade skyddsgrundsdirektivet ändrade begreppet till subsidiärt skyddsbehövande. I båda fallen har det i svensk implementering översatts till alternativt skyddsbehövande utan att ändras eftersom det endast är den svenska översättningen som har ändrats. På så sätt har lagstiftaren försökt undvika onödiga komplikationer.³⁰

Direktivet antogs med anledning av att skapa en gemensam asylpolitik och ett gemensamt europeiskt asylsystem. Direktivet skulle i sin tur utgöra en integrerad del av målsättningen att inrätta ett område med frihet, säkerhet och rättvisa som är öppet för andra personer som under tvingande omständigheter behöver söka skydd inom EU. Detta gemensamma asylsystem skulle grundas på en fullständig och absolut tillämpning av flyktingkonventionen och 1967-års protokoll för att garantera att ingen utlämning skickas tillbaka till sitt hemland för att sedan bli utsatt för förföljelse, det vill säga att upprätthålla principen om non-refoulement.³¹

Direktivet antogs med motivet att bestämmelserna om flyktingstatus borde kompletteras med åtgärder för andra former av skydd som erbjuder en lämplig status för den som behöver ett sådant skydd. Huvudsyftet med direktivet var emellertid att dels garantera att medlemsstaterna tillämpar gemensamma kriterier för att fastställa vilka personer som har ett verkligt behov av internationellt skydd, dels att garantera att en miniminivå av förmåner är tillgängliga för dessa personer i samtliga medlemsstater. Genom att skapa en harmonisering av regler kring status som alternativt skyddsbehövande skulle det förhoppningsvis bidra till att begränsa asylsökandes sekundära förflyttningar mellan medlemsstaterna när dessa förflyttningar endast motiveras av de skillnader som vid den tidpunkten förelåg mellan de olika rättsordningarna. Det har också motiverats särskilt att direktivet syftar att säkerställa full respekt för den mänskliga värdigheten och de asylsökandes rätt till asyl, en utgångspunkt som anses genomsyra direktivet och dess tillämpning. På samma sätt är det angivet att vid behandling av personerna som omfattas av direktivet, får ingen form av diskriminering förekomma i enlighet med internationella instrument. För att särskilt undvika socialt lidande för den asylsökande, ska medlemsstaterna dessutom tillhandahålla tillräckliga sociala förmåner och medel för uppehållet.³²

Det fanns ett behov av att införa kriterier för fastställandet av vilka asylsökande som ansöker om internationellt skydd ska anses berättigade till status som alternativt skyddsbehövande.

²⁹ Stern, Rebecca, *Folkrättens roll i vägledande migrationsrättslig praxis*, SvJT 2010 s. 258, s.261[cit. Stern, Folkrätten].

³⁰ Prop. 2013/14:248, s. 20-21.

³¹ Första skyddsgrundsdirektivet, ingress skäl 1-2.

³² Ibid. ingress skäl 5-7, 10, 11, 33.

Dessa kriterier hämtades från internationella förpliktelser som förekommer i enlighet med instrumenten för mänskliga rättigheter och från medlemsstaternas praxis.³³ Den definition som förekom i det första skyddsgrundsdirektivet presenterades i artikel 2 e:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelse som här anges: ”Person som uppfyller kraven för att betecknas som alternativt skyddsbehövande”, en tredjelandsmedborgare eller statslös person som inte uppfyller kraven för att betecknas som flykting, men där det finns grundad anledning att förmoda att den berörda personen, om han eller hon återsänds till sitt ursprungsland, eller, i fråga om en statslös person, till det land där han eller hon tidigare hade sin vanliga vistelseort, skulle utsättas för en verklig risk att lida allvarlig skada enligt artikel 15 och som inte omfattas av artikel 17.1 och 17.2 och som inte kan, eller på grund av en sådan risk inte vill, begagna sig av det landets skydd.”

I artikel 15 anges vad allvarlig skada utgörs av, det vill säga dödsstraff, avrättning, tortyr, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning av en sökande i ursprungslandet eller allvarligt och personligt hot mot en civilpersons liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av internationell eller intern väpnad konflikt. Skyddsstatusen upphör att gälla enligt artikel 16, när de omständigheter som ledde till att skyddsstatusen beviljades inte längre föreligger, eller har ändrats i sådan grad att skydd inte längre behövs. Det förutsätter att omständigheterna har ändrats så väsentligt och varaktigt att personen som uppfyller kraven för att betecknas som alternativt skyddsbehövande inte längre är utsatt för en verklig risk för allvarlig skada. Det förekommer undantag för vilka asylsökande som kan erhålla skyddsstatusen enligt artikel 17. Dessa undantag är när det föreligger synnerliga skäl för att anse att personen förövat ett allvarligt brott, brott mot fred, krigsförbrytelse, brott mot mänskligheten, brott som strider mot FN:s syften och grundsatser eller att personen utgör en fara för samhället eller säkerheten i den medlemsstat där denne befinner sig i.

I direktivet hänvisas det till FN:s flyktingkommisariat (UNHCR) för värdefull vägledning.³⁴ UNHCR:s vägledning har varit av betydelse för tolkningen och tillämpningen av direktivet och kommer nedan att behandlas ytterligare.

3.1.1 Det första skyddsgrundsdirektivets implementering i svensk rätt

För att ta ställning till hur skyddsgrundsdirektivet skulle genomföras i svensk rätt tillkallade regeringen en särskild utredare med uppdrag att ta ställning till detta. Utredningen har inledningsvis undersökt olika metoder för genomförandet av direktivet, särskilt vilka krav som ställts på Sverige som medlemsstat vid genomförandet av ett så kallat minimidirektiv. Vid bedömningen om direktivet skulle genomföras i svensk rätt har utredningen undersökt om den svenska författningsregleringen och/eller praxis lägger fast en tillräckligt klar och tydlig ram för rättsläget och om enskilda därmed dels har tillräckliga förutsättningar att identifiera sina rättigheter och skyldigheter, dels kan få sina anspråk domstolsprövade. Direktivets bestämmelser uppvisar ofta en högre detaljregleringsgrad än Utlänningslagens bestämmelser. I den mån direktivets bestämmelser är fastlagda i fast etablerad praxis har det inte ansetts nödvändigt, och i en del fall inte heller lämpligt, att införa direktivets detaljerade bestämmelser i författningstext. I vissa avseenden, främst beträffande alternativt skyddsbehövande, motsvarar den svenska regleringen

³³ Ibid, ingress skäl 25.

³⁴ Ibid. skäl 15.

inte de rättigheter och skyldigheter som följer av direktivet. Sammanfattningsvis syftar utredningens förslag till att en anpassning ska genomföras.³⁵

Utgångspunkten för genomförandet av direktivet i svensk rätt var enligt regeringens bedömning att det fanns ett behov av att kunna särskilja skyddsbehövande som omfattas av skyddsgrundsdirektivet från andra skyddsbehövande. Andra skyddsbehövande ansågs utgöra en egen nationell kategori av skyddsbehövande. En anpassning av Utlänningslagen till direktivets statusreglering blev därmed aktuell. Sådan anpassning ansågs bäst genomföras genom att införa reglering i Utlänningslagen och genom att förutsättningarna för att bevilja status för flyktingar och andra skyddsbehövande korresponderar med förutsättningarna för att bevilja dessa utlänningar uppehållstillstånd. En prövning av status och uppehållstillstånd skulle således ske i ett sammanhang. Regeringen ansåg att kriterierna för vilka som omfattas av begreppen flykting och alternativt skyddsbehövande måste vara detsamma i samtliga medlemsstater, på samma sätt som var motiverat i direktivet. Förvisso fanns det vissa undantag under vilka en utlänning är utesluten från att anses som flykting respektive alternativt skyddsbehövande. Som framfört är direktivet ett minimidirektiv vilken inte hindrar medlemsstaterna från att ge utlänningar som inte kan få internationellt skydd uppehållstillstånd på annan grund. Det centrala begreppet i direktivet är således statusen och till statusen kopplas de förmåner som anges i direktivet, emellertid är den svenska rättsordningen annorlunda uppbyggd. För att inte den svenska regleringens struktur i allt för hög grad ska skilja sig från direktivet med de problem som det kan innebära, anpassades Utlänningslagen till direktivets statusreglering. Dessutom infördes de två kategorierna av skyddsbehövande vid sidan av flyktingar, det vill säga alternativt skyddsbehövande och övriga skyddsbehövande.³⁶ Som det i inledningen har nämnts är det sistnämnda inte aktuellt som resultat till den nya tillfälliga lagen.

Tidigare förekom det två kategorier i Utlänningslagen, nämligen flykting och skyddsbehövande i övrigt. Eftersom den svenska lagens begrepp skyddsbehövande i övrigt är vidare än direktivets begrepp, alternativt skyddsbehövande, ansåg regeringen att en ny kategori skulle införas som motsvarade direktivets kategori. I och med att direktivet är ett minimidirektiv så beslutade regeringen att inte ta bort kategorin, utan att istället dela upp 4 kap. 2 § i två paragrafer, det som idag är 4 kap. 2 § och 4 kap. 2 a §. Vid implementeringen har den svenska formuleringen blivit mer omfattande, bland annat är kroppsstraff inkluderad.³⁷

Den tidigare skyddsgrunden skyddsbehövande i övrigt som återfanns i Utlänningslagen bestod av beviskravet välgrundad fruktan. Det anfördes i förarbetena att direktivets beviskrav, grundad anledning att förmoda att utlänningen vid ett återvändande skulle utsättas för en verklig risk att lida allvarlig skada, uppfattades som mer förmånligt för den enskilde vid bedömning av dennes skyddsbehov än Utlänningslagens dåvarande rekvisit. Det föreslogs sålunda av regeringens utredare att den svenska lagen skulle anpassas till direktivets ordalydelse och beviskrav. Vid ett beaktande av att beviskraven för verkställighetshinder borde ligga något lägre än kraven för

³⁵ SOU 2006:6, *Skyddsgrundsdirektivet och svensk rätt: En anpassning av svensk lagstiftning till EG-direktivet 2005/83/EG angående flyktingar och andra skyddsbehövande*, s.19-20.

³⁶ Prop. 2009/10:31, s.96-98.

³⁷ *Ibid.* s.117-118.

uppehållstillstånd ansåg regeringen därför att utredningens förslag skulle följas och resulterade därmed i det beviskrav som idag förekommer, dvs grundad anledning att anta.³⁸

3.2 Det omarbetade skyddsgrundsdirektivet

Som ovan nämnt, har definitionen i det omarbetade skyddsgrundsdirektivet ändrats till subsidiärt skydd. Förvisso har det i svensk rätt benämnts som alternativt skyddsbehövande vilket det följaktligen även kommer göras i här.

Kommissionen i EU la fram förslag om att omarbeta det första direktivet med motiveringen om att det skulle förenkla beslutsprocessen vad gäller vilka som omfattas av direktivet som där efter skulle leda till mer kraftfulla beslut redan vid första instans. En omarbetning skulle innebära, enligt kommissionens förslag, en effektiviserad process vid beviljande av rättigheter och ökad effektivitet vad gäller asylprocessen generellt sett samt genom att klargöra de juridiska koncepten kunna förenkla tillämpningen av direktivet. Dessutom var omarbetningen ämnad att säkerställa koherens vad gäller jurisdiktionen av EU-domstolen och Europadomstolen.³⁹

Det omarbetade direktivet inleds av motivet att det föregående direktivet behöver omarbetas av tydlighetsskäl med ett väsentligt antal ändringar. Det ansågs fortfarande förekomma stora skillnader mellan medlemsstaterna kring huruvida asylsökanden blev beviljade skydd och formerna kring skyddet. Det efterfrågades nya initiativ för att fullborda det gemensamma asylsystem som eftersträvades och skapa ökad harmonisering av de bestämmelserna om erkännande internationellt skydd enligt det föregående direktivet. Huvudsyftet uttrycktes vara dels att garantera att medlemsstaterna tillämpar gemensamma kriterier för att fastställa vilka personer som har ett verkligt behov av internationellt skydd, dels att garantera att en miniminivå av förmåner är tillgängliga för dessa personer i samtliga medlemsstater. Alltså är syftet med respektive skyddsgrundsdirektiv detsamma.⁴⁰

I förhållande till det föregående direktivet, har det nu tillagts att hänsyn borde tas till Stockholmsprogrammets uppmaning om att inrätta en enhetlig status för flyktingar och personer som uppfyller kraven för att betecknas som alternativt skyddsbehövande, med undantag för de avvikelser som är nödvändiga och objektivt motiverade. Programmet uppmanade också att personer som innehar status som alternativt skyddsbehövande borde beviljas samma rättigheter och förmåner som de som flyktingar beviljas enligt direktivet, och på samma villkor som dessa.⁴¹ Stockholmsprogrammet är en deklaration som EU antog 2009 och anger ramarna när det gäller EU-arbetet för polis- och tullsamarbete, räddningstjänst, straffrättsligt och civilrättsligt samarbete, asyl, migration och viseringspolitik för åren 2010-2014 med motivet att främja idén om en europeisk identitet.⁴² I övrigt har det angivits att vad gäller skyldigheten att införliva

³⁸ Ibid. s. 119.

³⁹ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of international protection and the content of the protection granted, COM (2009) 551 final, s.3-4.

⁴⁰ Det omarbetade skyddsgrundsdirektivet, ingress skäl 1, 8, 10, 12.

⁴¹ Ibid. ingress skäl 39.

⁴² Säkerhetspolitik.se, Stockholmsprogrammet, <http://www.sakerhetspolitik.se/Sakerhetspolitik/Internationella-organisationer/eu/Lissabonfordraget/Stockholmsprogrammet/> lydelse 20/4/2018.

direktivet med nationell lagstiftning behöver endast de bestämmelser som innebär en innehållsmässig ändring i förhållande till föregående direktiv inkorporeras. Vid oförändrade bestämmelser gäller det första direktivet.⁴³

Definitionen har sedan det första skyddsgrundsdirektivet i innehåll endast ändrats vad gäller titeln, som ovan nämnts. Vad gäller definitionsplacering har det förekommit en förflyttning av den gällande definitionen från artikel 2 e till artikel 2 f. Övriga ändringar som är av relevans för arbetet är vad som gäller vid upphörande av att vara alternativt skyddsbehövande. Det har gjorts ett tillägg till artikel 16.3 i direktivet där det anges att bestämmelsen om upphörande av att vara alternativt skyddsbehövande inte ska tillämpas på personer som innehar status som alternativt skyddsbehövande och som kan åberopa tungt vägande skäl grundade på tidigare allvarlig skada för att inte begagna sig av det lands skydd vari han eller hon är medborgare eller, om det är fråga om en statslös person, det land där han eller hon tidigare hade sin varaktiga vistelseort.

3.2.1 Det omarbetade skyddsgrundsdirektivets implementering i svensk rätt

Det har inom Justitiedepartementet utarbetats en departementspromemoria angående om hur det omarbetade skyddsgrundsdirektivet ska genomföras i Sverige. I promemorian gavs ett förslag som motsvarade det tillägg som tillkom i det omarbetade direktivet om att en utlänning inte skulle upphöra att vara alternativt skyddsbehövande om han eller hon på grund av tidigare upplevelser som utgjort grund för skyddsbehov har tungt vägande skäl för att inte vilja använda sig av det lands skydd där han eller hon är medborgare eller där han eller hon som statslös tidigare hade sin vistelseort. Som motiv för förslaget framfördes att det tidigare inte förekom några uttryckliga bestämmelser om undantag från upphörande av att vara skyddsbehövande i svensk lagstiftning. Det är en allmän humanitär princip, härledd från Flyktingkonventionen, att en flykting inte ska upphöra att vara flykting på grund av ändrade förhållanden i hemlandet i de fall flyktingen har lidit särskilt allvarligt av förföljelse. Det fanns inte någon uttalad princip som på motsvarande sätt omfattade även personer som är alternativt skyddsbehövande enligt det omarbetade skyddsgrundsdirektivet, men att en sådan tolkning och tillämpning i praktiken ansågs vara rimlig. Således presenterades att departementets förslag angående undantag från upphörande av att vara alternativt skyddsbehövande skulle införlivas, eftersom det inte kunde påstås att sådan bestämmelse förekom i Utlänningslagen.⁴⁴

Justitiedepartementets promemoria har efteråt remissbehandlats. Regeringen gav ett förslag som motsvarade den ovanstående av departementspromemorian med motiveringen att motsvarande till vad som anges i artikel 16.3 i det omarbetade skyddsgrundsdirektivet borde införas i Utlänningslagen. Det som ska bedömas utgöra tungt vägande skäl i enlighet med det anförda ska bedömas vara sådant som följer av UNHCR:s riktlinjer för bedömning av upphörande av flyktingskap.⁴⁵ Idag har denna bestämmelse införts och anges i 4 kap. 5a § 2 st. UtLL.

⁴³ Det omarbetade skyddsgrundsdirektivet, ingress skäl.52.

⁴⁴ Ds 2013:72, *Genomförande av det omarbetade skyddsgrundsdirektivet*, s. 61 ff.

⁴⁵ Lagrådsremiss, *Genomförande av det omarbetade skyddsgrundsdirektivet*, 28 maj 2014, s. 40-41. Se även prop. 2013/14:248, s.39-40.

3.3 UNHCR:s vägledning av skyddsgrundsdirektivet

Skyddsgrundsdirektivet anses beröra kärnan av UNHCR:s internationella skyddsmandat och direktivet erkänner värdet av UNHCR:s vägledning för medlemsstater. Organisationen välkomnade skyddsgrundsdirektivet till stora delar när det först lades fram i hopp om att direktivet som instrument skulle bidra till att stärka internationellt skydd inom EU. Däremot har UNHCR anfört flertal reservation mot direktivets bestämmelser.⁴⁶

Till att börja med anförs det i UNHCR:s kommentarerna att bestämmelserna i skyddsgrundsdirektivet ska implementeras i ljuset av andra internationella förpliktelser, främst de som följer mänskliga rättigheter och bindande traktat som flyktingkonventionen. Vidare har det anförts att UNHCR förlitar sig på att stater tar hänsyn och tillämpar de riktlinjer som förekommer vad gäller fastställande av dels flyktingstatus, dels alternativt skyddsbehövande med hänvisning till UNHCR:s handbok och UNHCR:s riktlinjer för internationellt skydd. Det anförs även att UNHCR:s rättsliga vägledning är av sådan vikt att den borde inkluderas och refereras till i nationell lagstiftning som är av betydelse.⁴⁷

Vad gäller införande av begreppet alternativt skyddsbehövande, ska det genomföras i nationell rätt i ljuset av det uttryckliga syftet att tillföra skydd som går utöver det som är angivet i flyktingkonventionens artikel 1. Den rättsliga grunden för erhållande av skyddsstatusen alternativt skyddsbehövande omfattar personer som flyr från ett seriöst och individuellt hot mot liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av väpnade konflikter. Det förklaras att en implementering som inte hade utvidgats till att omfatta även person i fara av seriösa och personliga hot om de är en del av en population påverkad av samma risk, skulle vara motsägelsefullt till ordalydelsen och andan av 15 c i skyddsgrundsdirektivet som anger vad som utgör allvarlig skada. Med andra ord var utökningen från flyktingbegreppet och skapandet av den andra skyddsgrunden en nödvändighet som annars skulle resultera i ett oacceptabelt glapp vad gäller internationellt skydd och i strid med internationell flyktingrätt och mänskliga rättigheter. UNHCR ställer sig positivt till skapandet av ett alternativt skydd för de som inte omfattas av flyktingkonventionen, men poängterar flertal gånger att det alternativa skyddet endast ska vara ett komplement och subsidiärt till att i första hand pröva om huruvida en utlänning kan erhålla flyktingstatus, först därefter ska kriterierna för alternativt skydd prövas. Detta anses även vara något som tydligt ska tilläggas och framföras i nationell rätt.⁴⁸

När det lades fram ett förslag till omarbetning av det första skyddsgrundsdirektivet, ställde sig UNHCR positivt till förslaget. De framförde att det fanns ett väsentligt behov av att specificera bestämmelserna och detaljerna kring de rättsliga grunderna, erkänna existerande nationell praxis och sträva efter att harmoniseringen av kriterierna av skyddsgrunden effektiviseras. De ansåg även att förslaget på omarbetningen kunde potentiellt medföra att relevant praxis från EU-domstolen och Europadomstolen skulle inkorporeras hos medlemsstaterna. Allra främst

⁴⁶ UNHCR, *Asylum in the European Union: a study of the implementation of the Qualification directive*, 2007.

⁴⁷ UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons who otherwise need International Protection and the Content of the Protection granted, OJ L 204/12 of 30.9.2004, s.3-5.

⁴⁸ *Ibid.* s.7, 11.

poängterade UNHCR att det första direktivet inte fullt ut hade tagit hänsyn till mänskliga rättigheter och flyktingrättens standard.⁴⁹

4. Migrationsöverdomstolens, Europadomstolens och EU-domstolens praxis

I detta kapitel kommer utvalda svenska och unionsrättsliga domar att presenteras. De uppräknade målen har valts ut eftersom dessa i viss utsträckning berör likartade frågor och asylärenden generellt sätt. Genom att presentera dessa och i nästa led jämföra domstolarnas motiveringar kommer det presenteras i vilken utsträckning de svenska rättsfallen överensstämmer med de internationella fallen och om det förekommer enhällig tolkning och tillämpning. I samtliga fall kommer den asylsökanden att benämnas som "A", i syfte att förenkla förståelse.

4.1 Jämförelse mellan MIG 2017:11 och N mot Finland

4.1.1 MIG 2017:11

A ansökte i augusti 2014 om asyl i Sverige tillsammans med sin son. Som asylskäl åberopade han att han hade arbetat som läkare för den syriska säkerhetstjänsten, men att han lämnade sitt arbete 2012 till följd av den förändrade säkerhetssituationen samt att han vid ett återvändande riskerar att straffas eftersom han olovligen har lämnat sin tjänst.

Migrationsverket beslutade i november 2014 att avslå A:s ansökan och utvisa honom ur Sverige, men han blev beviljad ett tidsbegränsat uppehålls- och arbetstillstånd under ett år. Migrationsverkets skäl för beslutat var att han sannolikt hade avvikit från sin statliga tjänst utan tillåtelse och att han av syriska staten riskeras att tillskrivas en politisk uppfattning och att han därigenom riskerar förföljelse. Det fanns inget myndighetsskydd att tillgå för honom och han kunde inte anse undgå förföljelsen genom att bosätta sig i en annan del av landet. Arbetet han utförde i säkerhetstjänsten och sjukvårdspersonalens agerande på militärsjukhus utgjorde brott mot mänskligheten eftersom han hade vårdat tortyrskadade för att dessa sedan skulle fortsätta bli torterade av säkerhetstjänsten i landet. Det framkom även att A under en längre tid hade arbetat frivilligt, utan tvång. Hans agerande motiverade till att han hade ett individuellt ansvar i egenskap av läkare anställd av syriska säkerhetstjänsten och var således även utesluten från att anses som flykting och av samma skäl även utesluten från att anses som alternativt skyddsbehövande.

A överklagade Migrationsverkets beslut till migrationsdomstolen som avlog överklagandet. Domstolen anförde att han uppfyllde kriterierna för flykting, men att måste ha insett vilka inhumana handlingar som skedde på sjukhuset och vilka hans patienter var, trots att det inte var han personligen som bidrog till tortyren. Domstolen kom därför fram till att han av den anledningen blir utesluten från att vara både flykting och alternativt skyddsbehövande. Å andra sidan uppfyllde A rekvisiten för att beviljas uppehållstillstånd på grund av anknytning, på grund av

⁴⁹ UNHCR comments on the European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted (COM(2009)551, 21 October 2009), s.2.

hans son, men domstolen påpekade att trots att det inte förekom begränsning i svensk lagstiftning förelåg det begränsningar i skyddsgrundsdirektivet som kunde undanta A från att erhålla uppehållstillstånd genom anknytning. Domstolen framhöll att trots bristen på begränsning av uppehållstillstånd på grund av anknytning, var ändamålet med bestämmelsen i svensk lag inte sådan att en person som undantas från att vara skyddsbehövande då denne begått brott mot mänskligheten ska beviljas uppehållstillstånd som anhörig.

Domen överklagades och hamnade i Migrationsöverdomstolen. Domstolen konstaterar först att A faktiskt uppfyllde förutsättningarna för att beviljas flyktingstatus med hänsyn till den förföljelse han riskerar av den syriska regimen. Frågan blev således om han skulle uteslutas från att anses som flykting enligt 4 kap. 2 b § andra stycket UtL genom att ha anstiftat eller på annat sätt deltagit i förövandet av brott mot mänskligheten. Efter att ha beaktat landinformation framgick det att militärsjukhus tidigare hade pekats ut som platser där omfattande och allvarliga övergrepp förekom, vad gäller både sjukhuspersonal och de som jobbade inom säkerhetstjänsten. Den tortyr som förekom i militärsjukhusen uppgavs vara grov med brutala metoder i behandling av politiska motståndare samt skedde i samarbete mellan sjukvårdspersonalen och säkerhetstjänsten. Det stod därför klart för Migrationsöverdomstolen att den syriska säkerhetstjänstens agerande utgjorde brott mot mänskligheten och frågan blev istället om A ansågs ha ett individuellt ansvar för denna brottslighet.

Domstolen beaktade UNHCR:s riktlinjer vad gäller individuellt ansvar i allmänhet, internationell straffrätt och tidigare domar från Europadomstolen och kom fram till att även om han inte själv utförde tortyren, kan den form av anstiftan och medverkan vara tillräckligt för att individuellt ansvar ska förekomma. Det spelar inte heller någon roll om huruvida personen i fråga förövar i uppsåt, det är tillräckligt att personen är medveten om brottets huvudsakliga beståndsdelar. Av praxis framkom det också att det är av betydelse att bedöma vilken roll personen faktiskt hade av de ifrågakvarande handlingarna, den grad av kännedom som denne hade av verksamheten, eventuella påtryckningar m.m. Efter att behörig myndighet konstaterat att den berörda personen haft en framträdande position i en organisation som tillämpar terroristmetoden, kan myndigheten förutsätta att denna person har ett individuellt ansvar för handlingar som organisationen begått under den relevanta perioden.⁵⁰ Eftersom A frivilligt sökt tjänsten och arbetat för den syriska säkerhetstjänsten i cirka sex år presumerade domstolen att han hade kännedom om vad som förekom och därmed ett individuellt ansvar för brotten som begicks. Följaktligen blev A utesluten från att beviljas flyktingstatusförklaring och av samma skäl även uteslutas från att betraktas som alternativt skyddsbehövande, även om han uppfyllde kraven.

Efteråt prövades om han kunde beviljas uppehållstillstånd på grund av anknytning till sin son, vilket vägrades på grund av hot mot allmän ordning och säkerhet i Sverige. Inte heller kunde det anses föreligga synnerligen ömmande omständigheter som kunde bevilja uppehållstillstånd. Slutligen prövades om det förelåg absolut verkställighetshinder, det vill säga att A vid ett återvändande riskerade omänsklig behandling eller bestraffning i enlighet med 12 kap. 1 § UtL. Mot bakgrund till detta förelåg det grund för att bevilja A uppehållstillstånd, men ingen skyddsstatus.

⁵⁰ C-57/09, p.95-98.

4.1.2 N mot Finland⁵¹

A var medborgare i republiken Kongo och sökte asyl i Finland efter att tidigare sökt asyl i Nederländerna men utvisats därifrån. I sin ansökan uppgav A att han tidigare hade tillhört en enhet i Kongo för vilket han hade ansvar för den före detta presidenten Mobutu, men även för hans familj och deras egendom. I landet förekom det även föreningar som motsatte regeringen, för vilket A hade infiltrerat. I övrigt hade A utfört flera olika arbeten för den dåvarande presidenten och hans parti. Efter att ett nytt parti tagit över makten i landet och en ny president fick makten, blev de som jobbat för den tidigare presidenten förföljda och avrättade.

Finlands motsvarighet till Migrationsverket beslutade att avslå A:s ansökan och utvisa honom från landet. Det motiverades bland annat med att A inte kunde styrka sin identitet med hänsyn till vad som hade återberättats och att han inte hade något giltigt pass. Vidare ansågs det inte styrkt att A skulle möta en verklig risk vid ett återvändande till ursprungslandet eftersom hans yrkesposition ansågs ha en låg rankning som inte kunde medföra sådan risk som A hade uttryckt. A:s berättelse ansågs inte heller sammanhängande i övrigt och kunde inte medföra att artikel 3 i EKMR kunde åberopas.⁵² A fortsatte talan genom att överklaga till domstol, men även här avslogs hans ansökan med motiveringen att hans berättelse i betydande del var motstridig vad gäller hans militära arbete, hans olika uttalanden och informationen i övrigt, i stort sätt samma motivering som tidigare hade angivits.

Målet togs upp av Europadomstolen där A fortsatte sin talan om att han skulle utsättas för sådan omänsklig behandling som är förbjuden enligt artikel 3 EKMR. Först poängterade domstolen att det hade gått ett antal år sedan A lämnat Kongo och att ett regimskifte efter det också hade skett, vilket talade emot skyddsbehovet eftersom den risken för omänsklig behandling som hade åberopats ansågs ha minskat med tiden. Domstolen förhörde A, men även tre andra vittnen som tidigare inte hade hörts, och ansåg trots vissa brister i A:s berättelse, var den tillräckligt konsekvent och trovärdig. Domstolen konstaterade att det var av betydelse att beakta en tjänstemans andra förhållanden, som till exempel hans förbindelser med inflytelserika personer, att sådant kunde öka risken för illa behandling vid ett återvändande. Eftersom A:s aktiviteter som infiltrator och uppgiftslämnare till presidenten och hans säkerhetsstyrka, ansåg domstolen att det fortfarande förelåg en verklig risk att utsättas för behandling i strid med artikel 3 EKMR vid ett utvisande till Kongo. Domstolen fäste också stor vikt vid att A hade deltagit i verksamhet som hade lett till att motståndaren till den dåvarande presidentens regim trakasserats, fängslats och till och med dödat. Dessa handlingar medförde att han löpte större risk än andra tidigare presidentanhängare samt att det var möjligt att han inte kunde påräkna skydd av myndigheterna i landet. Vid en samlad bedömning fann domstolen att det förelåg grundad anledning att tro att N skulle löpa en verklig risk för behandling i strid med artikel 3, om han återsändes till Kongo.

4.1.3 Kommentar

I båda de ovanstående fallen står det klart att respektive asylsökande på något sätt har utfört

⁵¹ N mot Finland, 38885/02, 26 juli 2005.

⁵² Artikel 3, Europeiska konventionens om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, ”Ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning”. [cit. EKMR].

handlingar i ursprungslandet som är av omänsklig karaktär. Båda asylsökanden hade jobbat för myndighetsorgan och flytt från dessa samt åberopat att varken kan återvända till respektive land på grund av fruktan och risk för att utsättas för omänsklig behandling. Förvisso berör inte fallet från Europadomstolen skyddsgrundsdirektivet på samma sätt som det svenska fallet gör. Visserligen faller dessa rättsfall ändå inom samma omfång. I artikel 15(b) i skyddsgrundsdirektivet anges förutsättningarna för det alternativa skyddet och den allvarliga skada som anges i definitionen för skyddsgrunden. Sådan allvarlig skada utgörs i enlighet med artikel av tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning av en sökande i ursprungslandet. Med andra ord motsvarar artikeln vad som anges i artikel 3 i EKMR. Det är även angivet i ingressen för skyddsgrundsdirektivet att ledning ska hämtas från olika instrument för mänskliga rättigheter vid fastställandet om det föreligger skyddsbehov enligt direktivet.⁵³ Alltså ska EKMR säkerställas och efterlevas och ska enligt EU-domstolen även beaktas vid tolkningen av direktivet.⁵⁴ Sammanfattningsvis innebär detta att en person som är skyddad från verkställighet enligt artikel 3 EKMR även är att anse som skyddsbehövande enligt skyddsgrundsdirektivet och ska vara berättigad skyddsstatus som alternativt skyddsbehövande.⁵⁵

4.1.4 Analys

I det svenska fallet kom domaren fram till att den asylsökande uppfyllde kraven för flyktingstatuser, vilket i och för sig innebär att han också hade uppfyllt kraven som alternativt skyddsbehövande. I det andra fallet, vid en analogisk tolkning, hade även den kongolesiska asylsökanden ansetts erhålla skyddsstatus som alternativt skyddsbehövande.

I Europadomstolens fall lades emellertid ingen vikt vid konsekvenserna för de omänskliga handlingar kongolesen hade utfört. Han hade personligen medverkat i tortyr och dödshandlingar, vilket kan anses vara av större allvar än den syriske läkaren som hade hållit tortyrbehandlade personer vid liv från det svenska fallet. Däremot fördes inget resonemang kring hur de inhumana handlingarna förhåller sig till faktumet att han riskerade förföljelse och att bli illa behandlad vid ett återvändande. Det ålades alltså den nationella domstolen att efter Europadomstolens bedömning vidare undersöka huruvida uteslutning skulle bli aktuellt.

4.2 Jämförelse mellan MIG 2011:4 och mål C-465/07 Elgafaji

4.2.1 MIG 2011:4

A var somalisk medborgare och ansökte om asyl i Sverige under 2008. A anförde som stöd för sin ansökan att han vid ett återvändande till Somalia riskerade att dödas av klanmedlemmar som tidigare även hade attackerat honom och hans familjemedlemmar. A åberopade också den allmänna situationen i hemstaden Mogadishu och övriga delar av Somalia. Migrationsverket avslog visserligen A:s ansökan och beslutade att utvisa honom från Sverige. Skälen för beslutet bestod främst av att A inte hade gjort sina asylskäl tillräckligt sannolika. Inte heller ansågs det föreligga någon personlig hotbild mot A eftersom han inte heller hade gjort sannolikt att han

⁵³ Skyddsgrundsdirektivet, ingress, skäl 25.

⁵⁴ Se mål C-465/07 Elgafaji, 2009, p.28.

⁵⁵ Tiedemann, Paul. *Subsidiary protection and the function of article 15(c) of the Qualification directive*. Refugee Survey Quarterly, vol. 31, 2012, s.128.

löper en personlig risk för att bli utsatt för övergrepp kopplade till de svåra motsättningar som förekom främst i centrala och södra Somalia. Av dessa skäl kunde A inte anses uppfylla kriterierna för varken flykting, alternativt skyddsbehövande och dåvarande aktuella grunden, övrigt skyddsbehövande.

A överklagade Migrationsverkets beslut till migrationsdomstolen som avlog överklagandet. Domstolen anförde att de risker som A hade uppgett vid ett återvändande inte var av sådan relevans eller hade sådant samband till någon av de grunder som nämns i flyktingbestämmelsen i 4 kap. 1 § UtIL. De risker som var angivna var inte sådana som anses som omänskliga eller förnedrande som avses i bestämmelsen för det alternativa skyddet i 4 kap. 2 § första stycket 1 UtIL, men å andra sidan ansågs det föreligga sådan inre väpnad konflikt i Mogadishu som uppfyller förutsättningarna för att bevilja uppehållstillstånd till A som alternativt skyddsbehövande enligt 4 kap. 2 § första stycket 2 UtIL. Emellertid hade A begått flera brott, bland annat urkundsförfalskning och osant intygande vilket resulterade i både fängelse samt ett skäl för att vägra A uppehållstillstånd och meddela avslag.

A överklagade återigen och yrkade att utvisningsbeslutet skulle upphävas och att han skulle beviljas skyddsstatus samt uppehållstillstånd. Migrationsöverdomstolen börjar med att klargöra hur situationen ser ut i olika delar av Somalia och staden Mogadishu. Domstolen fastställde sammanfattningsvis att det förekom utspridda strider mellan olika grupperingar i många delar av landet. Med anledning till de olika interna konflikterna utsätts civilbefolkningen för upprepade och allvarliga kränkningar av sina mänskliga rättigheter. Vidare aktualiserade domstolen om säkerhetsfrågan i Somalia är sådan att det kan anses pågå en inre väpnad konflikt samt om A:s brott kan vara sådant som föranleder uteslutning från att anses som skyddsbehövande. Vad gäller de personliga skyddsskälen som A åberopat, ansåg inte heller Migrationsöverdomstolen att de är av sådan art eller intensitet att han kan anses ha blivit förföljd i Somalia. A ansågs inte heller ha gjort sannolik att han känner en välgrundad fruktan för den förföljelse som han hade angivit. Dessa personliga skälen ansågs inte heller utgöra sådan omänsklig och förnedrande behandling som förutsätts för det alternativa skyddet.

Istället prövades om A kunde beviljas uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande på grund av allvarlig och personlig risk på grund av en yttre eller inre väpnad konflikt. Det förutsätter att A som civilperson löper allvarlig och personlig risk att skadas på grund av urskillningslöst våld med anledning av en yttre eller inre väpnad konflikt och att A på grund av sådan risk inte kan eller vill begagna sig av hemlandets skydd. Med hänvisning till lagförarbetena underströk domstolen att personlig risk avser att det föreligger ett specifikt hot mot sökanden på grund av omständigheter som är hänförliga till sökandens personliga situation. Om det urskillningslösa våldet som föreligger är så allvarligt att det finns grundad anledning att förmoda att en person genom sin blotta närvaro i landet skulle löpa en verklig risk att skadas kan dock kravet på personlig risk anses vara uppfyllt även om något specifikt hot mot just sökanden inte föreligger.⁵⁶ Domstolen beaktade också ett tidigare avgörande från EU-domstolen som fastställde att för ett allvarligt och personligt hot ska anses föreligga mot liv eller lem för en person som ansöker om alternativt skydd krävs inte att denne visar att hoten är specifikt riktade

⁵⁶ Prop. 2009/10:31, s.260.

mot honom på grund av omständigheter som är hänförliga till hans personliga situation, förekomsten av sådana hot kan i undantagsfall anses styrkt när det urskillningslösa våld som kännetecknar den pågående väpnade konflikten är så allvarlig att det finns grundad anledning att förmoda att en civilperson vid återsändande till det aktuella landet genom sin blotta närvaro skulle löpa en verklig risk att utsättas för sådana hot.⁵⁷ Sammantaget bedömde domstolen att Mogadishu var i sådant tillstånd att inre väpnad konflikt i lagens mening förelåg och att A därför inte kunde utvisas dit. Istället blev bedömningen om förhållandena i övriga Somalia var sådana att han kunde återvända dit, det vill säga om det förelåg ett internt flyktalternativ. Av landinformationen som bedömde domstolen att det även i övriga delar av landet förelåg inre väpnad konflikt. Eftersom det inte förelåg något internt flyktalternativ blev A följaktligen alternativt skyddsbehövande.

Slutligen prövades om det i målet förelåg några uteslutande grunder. En utlänning är enligt 4 kap. 2 c § UtIL utesluten från att anses som alternativt skyddsbehövande om det finns synnerlig anledning att anta att han eller hon har gjort sig skyldig till brott eller gärningar som avses i 4 kap. 2 b § första stycket 1 eller 3 UtIL, det vill säga har gjort sig skyldig till ett grovt brott eller utgör en fara för rikets säkerhet. Föregående domstol hade funnit att det förelåg särskilda skäl att vägra A uppehållstillstånd, men som ovan nämnt, krävs det för att en utlänning ska vara utesluten att det finns synnerlig anledning att anta att han gjort sig skyldig till ett grovt brott. Migrationsöverdomstolen fann att även om A gjort sig skyldig till allvarlig brottslighet, kan brotten inte betecknas som grova i den mening som krävs för att han skulle uteslutas från att betraktas som alternativt skyddsbehövande. Av dessa skäl fick A uppehållstillstånd i Sverige.

4.2.2 Mål C-465/07 Elgafaji

Makarna A hade ansökt om tidsbegränsat uppehållstillstånd i Nederländerna. I sin ansökan angav makarna att de skulle löpa en verklig risk om de avvisades tillbaka till sitt ursprungsland Irak. De anförde även att makens arbete inom ett säkerhetsbolag hade placerat honom i en utsatt position vilket styrktes av att makens farbror som jobbade inom samma företag hade blivit dödad. Makarna hade även erhållit hotbrev till deras bostad.

I den nederländska processen avslogs makarnas ansökan med motiveringen att de åberopade omständigheter inte hade styrkts i tillräcklig utsträckning och att makarna följaktligen inte hade visat att det förelåg en verklig risk för att de skulle utsättas för allvarliga och personliga hot vid avvisning till ursprungslandet. Här sades det även att det både enligt nederländsk rätt och enligt artikel 15 c⁵⁸ i skyddsgrundsdirektivet tillkommer de asylsökanden att styra sin personliga situation samt att de riskerar att utsättas för allvarliga och personliga hot vid avvisning. Första instans i Nederländerna menade att eftersom makarna inte hade kommit med någon sådan bevisning kunde de inte heller med framgång åberopa artikel 15 c i direktivet.

Makarna överklagade till högre instans som biföll deras talan. Domstolen kom fram till att artikel 15 c i skyddsgrundsdirektivet gäller situationer då det föreligger en väpnad konflikt i den skyddssökandes ursprungsland och att det inte krävs att hotet ska vara riktat mot en viss person

⁵⁷ Mål C-465/07, Elgafaji.

⁵⁸ Skyddsgrundsdirektivet artikel 15 c, ”Allvarlig skada utgörs av allvarligt och personligt hot mot en civilpersons liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av internationell eller intern väpnad konflikt.”.

i lika hög grad som enligt artikel 15 b⁵⁹ i skyddsgrundsdirektivet. Till följd av att makarna faktiskt hade uppfyllt kraven för allvarliga hot enligt artikel 15 c i direktivet upphävdes föregående beslut om att inte bevilja makarna uppehållstillstånd. Avgörandet överklagades till högsta instans för vilket domstolen fann att det förekom tolkningssvårigheter och vilandeförklarade målet i väntan på vägledning från EU-domstolen vad gäller dels förhållandet mellan artikel 15 c i direktivet och art 3 EKMR, dels vilka kriterier som ska användas vid bedömningen om huruvida en person som hävdar att han är alternativt skyddsbehövande löper en verklig risk att utsättas för allvarligt och personligt hot på grund av urskillningslöst våld i den mening som avses i direktivet.

EU-domstolen fastställde först att artikel 3 i EKMR motsvarar artikel 15 b i skyddsgrundsdirektivet. Den typ av skada som definieras i artikel 15 c i direktivet och som avser ”allvarligt och personligt hot mot en sökandes liv eller lem” avser en generell risk för skada och behöver inte vara en specifik risk för den som ansöker. De hoten som följer av bestämmelsen ska dessutom vara följden av en allmän situation av internationell eller intern väpnad konflikt. Att våldet ska vara urskillningslöst innebär i sin tur att våldet kan riktas mot människor utan hänsyn till deras personliga situation. Uttrycket ”personligen” skulle förstås så att det avser angrepp som riktas mot civilpersoner utan hänsyn till deras identitet när det urskillningslösa våld som kännetecknar den pågående väpnade konflikten är så allvarlig att det finns grundad anledning att förmoda att en civilperson vid återsändande till det aktuella landet genom endast sin närvaro löper verklig risk att utsättas för sådana allvarliga hot som avses i skyddsgrundsdirektivet. Emellertid fastställer EU-domstolen att ju lättare sökande har för sig att visa att hoten är specifikt riktade mot honom på grund av omständigheter som är hänförliga till hans situation, desto lägre krav ska ställas på det urskillningslösa våldet för att vederbörande ska komma i åtnjutande av det alternativa skyddet.

Vad gällde det aktuella målet uppmanade EU-domstolen den nationella domstolen att tolka nationell rätt på ett sätt som överensstämmer med skyddsgrundsdirektivet, trots att nederländsk rätt inte hade införlivat vad som uttryckligen står i artikel 15 c i direktivet. Domstolen poängterade att nationella domstolar trots allt är skyldiga att i så lång utsträckning som möjligt tolka den nationella rätten mot bakgrund av direktivets ordalydelse och syfte så att det resultat som avses i direktivet uppnås, oavsett om bestämmelserna har antagit för eller efter ett direktiv införts.

4.2.3 Analys

Som framkommit har det ovanstående svenska fallet faktiskt hänvisat till EU-domstolens bedömning i målet C-465/07. EU-domstolens bedömning togs i beaktande och användes som vägledning vid beviljandet av det alternativa skyddet. De ställningstaganden och fastställande EU-domstolen anförde blev även grunden för den svenska domen. Detta påvisar, i detta fall, vilken vikt som läggs på vägledande prejudikat från EU-domstolen.

⁵⁹ Skyddsgrundsdirektivet artikel 15 b, ”Allvarlig skada utgörs av tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning av en sökande i ursprungslandet.”

I mål 2011:4 hade den asylsökanden begått brott som hade fängelse inom straffskalan och fängelse blev även påföljdsvalet. Däremot menade Migrationsöverdomstolen att även om brottet var grovt, vilket föregående instans hade kommit fram till, var det inte så pass grovt som åsyftas i uteslutandegrunden i 4 kap. 2 c §. I jämförelse med det tidigare målet 2017:11 där domstolen nätt och jämnt kom fram till att A som läkare hade begått ansvarsgrundande brott och därmed blev utesluten från skyddsstatusen alternativt skyddsbehövande. Detta kan vara en gränsdragning som vid första anblick kan verka otydlig, men enligt UNHCR:s riktlinjer ska grova icke-politiska brott bedömas enligt internationella standarder snarare än lokala. Enligt de internationella standarder består grova brott av faktorer som brottets natur, hur de flesta rättsordningarna skulle bedöma brottet osv.⁶⁰ Brotten urkundsförfalskning och osant intygande kan i många hänseenden vara grova och medför dessutom fängelse i straffskala, vilket i svensk rätt kunde vara att betrakta som grovt brott. Emellertid förekom det inte mer information om dessa brott och det går således inte att gå in mer djupgående i detta.

4.3 Jämförelse mellan MIG 2017:29 och Förenade målen C-57/09 och C-101/09

4.3.1 MIG 2017:29

A vad syrisk medborgare som sökte asyl i Sverige 2014. Han hade i Syrien genomfört obligatorisk militärtjänstgöring, men deserterade från militären och flydde från landet. I maj 2016 meddelade Migrationsverket beslutet att inte bevilja A statusförklaring och att utvisa honom från Sverige. Migrationsverket angav till en början att den rådande situationen i Syrien var sådan som medförde att i princip alla som återvänder till landet löper en individuell risk att utsättas för skyddsgrundande behandling. A var således att anse som alternativt skyddsbehövande. Däremot blev A utesluten från skyddsgrunden på grund av att det fanns synnerlig anledning att anta att han genom deltagande hade gjort sig skyldig till krigsförbrytelser eller brott mot mänskligheter. De uppgifter som A hade lämnat om hur han hade fått permission och hans möjligheter att lämna militärtjänstgöringen och landet var inte att anse som pålitliga. Migrationsverket menade att det hade gått för lätt till, något som inte ansågs vara realistiskt. Samtidigt hade det av uppgifter framkommit att A hade tjänstgjort i en specialstyrka för en viss region för vilket det av landinformationen hade förkommit systematiska och omfattande övergrepp, tortyr och avrättningar på civila av regimstyrkorna. Dessa gärningar ansågs vara krigsförbrytelser och brott mot mänskligheten. Det förelåg inga bevis på att A hade tillstått delaktighet i konkreta handlingar och händelser, men A hade uppgett att han deltog i konflikten som förekom i den aktuella regionen i fråga med order att döda befolkningen. A hade under ärendet också ändrat sin berättelse och tagit tillbaka utlåtanden om hans deltagande i striderna. Sammantaget bedömde Migrationsverket att det förelåg synnerlig anledning att anta att han gjort sig skyldig till krigsförbrytelse eller brott mot mänskligheten.

A överklagade detta beslut till migrationsdomstolen som avvisade A:s yrkande om uppehållstillstånd men beviljade honom status som flykting. Domstolen anförde att A vid ett återvändande till Syrien riskerar förföljelse på grund av tillskriven politisk uppfattning och att han därför uppfyller kriterierna för att betraktas som flykting. Domstolen har med hänvisning till informationen som framkommit av utredningen inte ansett det styrkt att A ska ha medverkat i handlingar som kan ligga till grund för uteslutande. Av migrationsverkets protokoll hade det

⁶⁰ UNHCR guidelines on international protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/03/05, 4 september 2003, s.5 p.14.

inte framkommit närmare uppgifter om stridigheterna i det aktuella fallet, inte heller om vilken roll A hade. Det enda konkreta som hade framkommit i utredningen var att A hade uppgett att han vid ett tillfälle hade stått vakt, att beslagta saker ifrån människor och vid ett tillfälle hade beordrats att delta i en plundring av en butik. Samtidigt hade A under hela tjänstetiden riskerat att dödas om han inte följde order. A hade också förnekat att han själv skjutit mot civilbefolkning, men det var för domstolen ostridigt att A hade varit medveten om de brott som begicks av den syriska armén. Dock hade Migrationsverket varken visat att A själv utfört kriminella handlingar eller i väsentlig mån medverkat till att de utförts eller att det fanns synnerlig anledning att anta att A gjort sig skyldig till krigsförbrytelser eller brott mot mänskligheten och således bli utesluten.

Domen överklagades till Migrationsöverdomstolen som undersökte huruvida A kunde bli utesluten från att anses vara flykting enligt artikel 12 i skyddsgrundsdirektivet som anger uteslutandegrunderna. Dessa uteslutandegrunder är, i likhet med vad som gäller för alternativt skyddsbehövande, en utlännings som förövat brott mot fred, krigsförbrytelse eller brott mot mänskligheten, ett grovt icke-politiskt brott eller gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser enligt dess stadga.

Domstolen hänvisade i fallet till ett mål från EU-domstolen där EU-domstolen hade uttalat sig om att uteslutandebestämmelserna skulle ske efter att behörig myndighet i varje enskilt fall hade prövat de exakta omständigheterna som myndigheten har kännedom om i syfte att fastställa huruvida det föreligger synnerliga skäl för att anta att de handlingar som begåtts av den berörda personen, som för övrigt uppfyller kraven för att beviljas flyktingstatus, omfattas av uteslutandegrunderna. Det är nödvändigt att den berörda personen kan göras delvis ansvarig för de handlingar som den aktuella organisationen har begått under den period då vederbörande var medlem. Det individuella ansvaret skulle bedömas i enlighet med objektiva och subjektiva kriterier. I övrigt poängterades det att beslut att inte bevilja flyktingstatus med tillämpning av uteslutandegrunderna i direktivet förutsätter inte att den berörda personen utgör en befintlig fara för den mottagande medlemsstaten.⁶¹

Vidare anförde Migrationsöverdomstolen att beviskravet ”synnerlig anledning att anta” inte nödvändigtvis kräver att sökanden ska vara dömd för brottet, men att det ställs tillräckligt högt med hänsyn till flyktingkonventionen och skyddsgrundsdirektivets övergripande syften, nämligen att tillförsäkra internationellt skydd åt de som uppfyller kraven. Erkännande och vittnesmål kan anses vara tillräcklig bevisning medan bristande samarbete å andra sidan inte i sig kan innebära ansvar för uteslutningsgrundande handlingar.

Vid en sammantagen bedömning ansåg domstolen att A uppfyllde rekvisiten för flyktingskap och att det inte visat sig föreligga synnerlig anledning att anta att A hade gjort sig skyldig till brott mot mänskligheten. Domstolen anförde att det ställs högra krav på Migrationsverkets utredning och bevisning för att nå upp till beviskravet. Förvisso stod det klar, genom landinformationen i målet, att den syriska armén hade begått sådana brott mot mänskligheten som avses i Utlänningslagen. Frågan blev istället om A kunde åläggas individuellt ansvar genom att ha gjort sig skyldig till brott eller på annat sätt deltagit. Med hänvisning till UNHCR:s riktlinjer framfördes det att individuellt ansvar i allmänhet härleds ur det förhållandet att personen har utfört den kriminella handlingen eller i väsentlig mån medverkat till att den utförts. Individiden måste in fysiskt ha begått den kriminella handlingen i fråga utan anstiftan, medverkan eller deltagande

⁶¹ Förenade målen C-57/09 och C-101/09 p. 87, 95-96, 105 och 111.

i gemensam kriminell verksamhet kan vara tillräckligt. Eftersom det inte heller finns en presumption för ansvar blev frågan om A genom sina handlingar gjort sig skyldig till brott mot mänskligheten. Av utredningen fann domstolen att A inte erkänt någon sådan handling som medför ett personligt ansvar. Trots att A:s berättelse var motsägelsefull och inte gav mycket information om tjänstgöringen i sig, trots att mycket indikerade på att A hade deltagit i de övergrepp som militären hade förövat, fastställde domstolen att det inte ensamt kunde ligga till grund för att han skulle kunna vara utesluten från att anses som flykting. Det ansågs inte heller föreligga tillräckligt stöd för att A som värnpliktig, placerad i specialstyrkan i den syriska armén, genom anstiftan eller på annat sätt deltagit i brott mot mänskligheten. Eftersom det råder restriktivitet vad gäller uteslutande ansåg domstolen slutligen att det inte förelåg någon grund för att utesluta A från flyktingskap och A erhåll således både flyktingstatus, uppehållstillstånd samt att utvisningsbeslutet upphävdes.

4.3.2 Förenade målen C-57/09 och C-101/09

De förenade målen avsåg både tolkningen av artikel 12 i skyddsgrundsdirektivet, det vill säga grunderna för uteslutning av flyktingstatus. I det första fallet, C-57/09, hade asylsökande A1 som turkisk medborgare rest till Tyskland där han ansökte om asyl i egenskap av flykting och i andra hand om att omfattas av ett förbud mot att utvisas till Turkiet. Som grund för ansökan anförde A1 att han hade sympatiserat med gerillan som resulterade i att han blev gripen, misshandlad, torterad och död till fängelse på livstid. Han dömdes även för mord efter att ha tagit sig på ansvaret för en medtagen som misstänktes vara informatör. Av hälsoskäl blev A1 villkorligt frigiven för vilket han tog tillfälle i akt och lämnade Turkiet och reste till Tyskland. Första instans avlog A1:s ansökan och anförde att ansökan var ogrundad och inte uppfyllde villkoren enligt tysk lag samt att han hade begått allvarliga icke-politiska brott. Vidare anfördes att det inte förelåg hinder för att utvisa honom till Turkiet och att han således skulle bli utvisad. Beslutet överklagades och nästa instans upphävde föregående beslut och beviljade A1 asyl samt upphävde avvisningen till Turkiet. Ännu en gång överklagades domen och nästa instans konstaterade att A1 skulle anses ha rätt till asyl samt beviljas flyktingstatus. Domstolen menade att det skäl som tidigare instans hade använt till undantag ska förstås på det sättet att det inte avser att utgöra en sanktionsåtgärd för ett tidigare förövat grovt icke-politiskt brott, utan avser att förebygga den risk som sökanden skulle kunna utgöra för den mottagande medlemsstaten. Tillämpningen av undantaget kräver därför en helhetsbedömning i det enskilda fallet med beaktande av proportionalitetsprincipen.

Domen överklagades slutligen till Tysklands högsta instans som motsatte vad tidigare domstol hade sagt vad gäller tillämpningen av undantagsskäl, att dessa varken kräver att det föreligger säkerhetsrisk för Tyskland eller att det ska göras en proportionalitetsprövning i det enskilda fallet. På grund av otydlighet begärde högsta instans ett förhandsavgörande från EU-domstolen för hur tolkningen och tillämpningen skulle ske.

I det andra fallet, C-101/09, hade den turkiska medborgaren A2 sökt asyl i Tyskland. Till grund för ansökan förklarade han att han tidigare hade anslutit sig till gerillan PKK men att han lämnat organisationen på grund av politiska meningsskiljaktigheter. Sedan han lämnat organisationen hade han blivit utsatt för hot och kände inte att han var i säkerhet. A2 beviljades först både asylrätt och flyktingstatus i enlighet med tysk lagstiftning. Emellertid trädde ett återkallandeförfarande i kraft som medförde att A2:s beslut upphävdes och han fick ett nytt beslut för vilket det förelåg synnerliga skäl att anta att han hade förövat grova icke-politiska brott och gjort sig

skyldig till gärningar som strider mot förenta nationernas syften och grundsatser. Även denna dom överklagades där beslutet om återkallandet upphävdes. Fortsättningsvis hamnade ärendet i högsta instans där domstolen konstaterade att A2 faktiskt uppfyllde villkoren för att betraktas som flykting, men för att undvika missförstånd och felaktig tillämpning begärdes förhandsavgörande från EU-domstolen.

EU-domstolen började med frågan om en persons tillhörighet till en organisation omfattas av uteslutandegrunderna. Det ansågs nödvändigt att först pröva huruvida de handlingar som begåtts av en sådan organisation kan omfattas av kategorier av grova brott och gärningar som avses i skyddsgrundsdirektivets mening. Sådant ansågs endast kunna beslutas genom att i enskilt fall pröva de exakta omständigheter som behörig myndighet har fått kännedom om i syfte att fastställa huruvida det föreligger synnerliga skäl att anta att de handlingar som begåtts av den berörda personen omfattas av ett av dessa skäl till undantag. Emellertid klargjorde domstolen att enbart förhållandet att den berörda personen har tillhört en sådan organisation inte automatiskt leder till att vederbörande inte kan beviljas flyktingstatus, bland annat för att tillämpningen av uteslutandegrunderna förutsätter fullständiga prövningar av samtliga omständigheter i varje enskilt fall. Vidare måste den aktuella personen kunna göras delvis ansvarig för de handlingar som den aktuella organisationen har begått under den period vederbörande var medlem med hänsyn till objektiva och subjektiva kriterier. Den behöriga myndigheten ska vidare undersöka vilken roll den berörda personen faktiskt hade, de påtryckningar personen utsattes för och andra faktorer som kan ha påverkat dennes beteende. När sådan undersökning har utförts och det framkommer att den aktuella personen hade en framträdande position i organisationen, kan behörig myndighet förutsätta att personen har ett individuellt ansvar. Domstolen nämner även att undantagsgrunderna ska bygga på gärningar från tidigare begångna handlingar och att undantagen finns i syfte att inte bevilja personer flyktingstatus som inte anses värdiga det skydd som är förknippat med en sådan status. Undantagsgrunderna förekommer därför i syfte att förhindra att beviljandet av flyktingstatus gör det möjligt för personer som begått vissa allvarliga brott att undslippa straffrättsligt ansvar. Det fastställdes således att det inte vore förenligt med dessa syften att kräva att ett beslut att inte bevilja flyktingstatus förutsätter att det föreligger befintlig fara för den mottagande medlemsstaten. Ett sådant beslut förutsätter inte heller någon proportionalitetsprövning. Slutligen fastställde EU-domstolen att eftersom skyddsgrundsdirektivet är ett minimidirektiv, får medlemsstaterna bevilja asylrätt till en person som inte kan ges flyktingstatus.

4.3.3 Analys

Som framfört har MIG 2017:29 både tagit hänsyn till och tillämpat EU-domstolens yttranden från de förenade fallen. Däremot framkom det flera viktiga punkten i de förenade EU-fallen som inte nämndes i det svenska målet, trots att det förelåg relevans för dess tillämpning. Ett exempel är uttalandet EU-domstolen gjorde angående att endast tillhörighet till en organisation som kan påvisas ha utfört handlingar som är grundande till uteslutning, inte i sig är tillräckligt för att en medlem automatiskt ska bli utesluten från flyktingstatus respektive status som alternativt skyddsbehövande.

I mål C-57/09 förelåg det oklarheter om kring exakt vad den asylsökande hade utfört, men att det ändå var rimligt att bevilja honom skyddsstatus och att det inte förekom tillräckliga skäl för uteslutning. Däremot kan det inte anses var otvivelaktigt att han hade utfört handlingar inom

den aktuella gruppen. Av vad EU-domstolen anförde, kan det anses innebära att den asylsökanden i fallet kommer vid nationell domstol beviljas skyddsstatus och inte bli utesluten på grund av enbart tillhörighet av den aktuella organisationen i fallet. Detta är enbart spekulationer av den riktning som EU-domstolen argumenterade för. Det kan ställas emot det tidigare fallet MIG 2017:11, för vilket en läkare som arbetade på militärsjukhus ändock ansågs ha ett individuellt ansvar, trots att det inte kan påstås att han hade framträdande position i organisation, som EU-domstolen konstaterade i de ovanstående förenade målen.

5. Kritiska aspekter från doktrin och andra källor

Som framkommit är migration- och asylrätten rättsområden som har starka kopplingar till internationella traktat, folkrättsliga och unionsrättsliga källor. Detta gäller i synnerhet vad gäller asylsökandes skyddsbehov och de många definitioner som förekommer. Rebecca Stern, doktorand inom juridik, har kritiserat de svenska migrationsdomstolarna och myndigheter som inte i tillräcklig utsträckning hänvisar till internationella instrument eller rättspraxis.⁶² Stern menar att det skapar svårigheter vid avgörande av i vilket utsträckning den svenska rättstillämpningen dels implementerar, dels tar hänsyn till de folkrättsliga, internationella samt unionsrättsliga konventioner. Denna svårighet gäller även om i vilken utsträckning beaktande tas till vägledande och prejudiciella avgöranden från olika internationella fora. Genom detta aktualiserar Stern frågan om folkrättens relevans i den svenska rättsordning och tillämpningen samt de olika domstolarnas kunskap av relevanta internationella regelverk.⁶³

Det har gjorts en undersökning om transnationell dialog mellan EU-rättsliga domar i asylmål och svenska nationella domar som visade resultaten att internationella bestämmelser har spelat en relativt liten roll i domar från både migrationsdomstolarna och Migrationsöverdomstolen. I undersökningen presenterades 250 domar från de olika migrationsdomstolarna där endast 32 avgöranden hänvisar till internationell rätt och internationella domar. I undersökningen var det främst skyddsgrundsdirektivet som hänvisades till i de aktuella fallen.⁶⁴

Stern drar slutsatsen av ovannämnda undersökning att det förvisso förekommer hänvisningar till folkrättsligt, unionsrättsligt och internationellt bindande regler och praxis. Däremot anser hon att det inte sker i sådan omfattning för att påstå att det i regel sker av migrationsdomstolarna och Migrationsöverdomstolen.⁶⁵

Stern har vid andra tillfällen även yttrat sig om att rättstillämpningen spretar på så sätt att det medför svårigheter att finna enhetliga gränsdragningar vad gäller de grunder som förekommer för uppehållstillstånd. Hon menar också att lika fall inte behandlas på lika sätt vilket i sin tur skapar problem för rättssäkerheten i asylprocessen och knappast bidrar till enhällighet. Hon menar att ansvaret inte ligger hos domare eller beslutsfattare, då dessa inte kan anses med avsikt hantera lika fall på olika sätt, utan att problemet snarare åligger rättstillämparen för hur lagstiftningen har utformats. Stern menar att de generella formuleringar som finns i lagen är kärnan

⁶² Stern, Folkrätten.

⁶³ Ibid, s.258-259.

⁶⁴ S. Goodwin-Gill, Guy & Lambert, Hélène, *The limits of transnational law; Refugee law, policy harmonization and judicial dialogue in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s.193.

⁶⁵ Stern, Folkrätten, s.265.

till problemet. Det är begrepp som till exempel ”särskilda skäl”, men även den betoning på lämplighetsbedömning som finns i lagstiftningen som skapar förvirring och skiljande tolkningar. Hon menar att lagens utformning är föremål för kritik på grund av att den erbjuder för stort utrymme för skälighetsbedömningar, något som även regeringen kritiserat. Sådant utrymme för skälighetsbedömningar skapar i sin tur risker för inkonsekvens i rättstillämpning och minskad rättssäkerhet inte bara vad gäller den globala asylrätten, utan även i den svenska rättsordningen.⁶⁶

I yttrande från europeiska och sociala kommittén har det anförts att det förekommer klyftor mellan å ena sidan fastslagna mål på EU-nivå och å andra sidan praxis i medlemsstaterna. Det poängteras att asylområdet är av sådan karaktär som kan kraftigt påverkas av den ekonomiska krisen och de sociala politiska återverkningar som följer av krisens spår. Av det skälet framförs det att skyddsgrundsdirektivet och översyn över direktivet borde istället bidra till en lämpligare juridisk och institutionell grund som ska säkerställa en hög och enhetlig nivå när det gäller skyddsbehovande. Kommittén har även beklagat sig över att förfarandena på nationell nivå och EU-nivå i fråga om avvísning av personer som kan behöva internationellt skydd inte tillåter tillräckligt med insyn för att kunna rättfärdigas för medborgarna i medlemsstaterna och det internationella samfundet.⁶⁷

Rättstillämparna och handläggarna för asylärendena måste för respektive individuellt ärende tillämpa det som kallas för trovärdighetsbedömningar. Termen refererar till processen att samla in relevant information från asylsökanden, undersöka informationen i ljuset av resterande information tillgänglig för beslutstagare, och slutligen besluta huruvida informationen och asylsökandes uttalanden kan godtas vid bedömningen om skyddsbehov föreligger.⁶⁸ Trovärdighetsbedömningar är att anse som en stor del i asylmål och att bygga ett beslut eller en dom på sådana bedömningar kan vara delvis eller helt avgörande för utgången. Det har i studier visats att många domar för vilket asylsökanden har blivit nekade skydd som alternativt skyddsbehovande har helt eller delvis grundats på negativa trovärdighetsbedömningar.⁶⁹ I svenska domar har det visat sig att större delar av beslut som har varit till nackdel till den asylsökande har baserats på trovärdighetsbedömningar.⁷⁰ Undersökningar har visat att detta är ett resultat på att det har förekommit problem med implementeringen och tolkningen av skyddsgrundsdirektivet. Faktorer som kan ha påverkat detta har enligt samma undersökning varit resultatet av oerfarna handläggare och tjänstemän med bristande kunskap. Ännu en faktor har ansetts vara bristande tid och resurser på ett överbelastat system. Resultatet av samtliga faktorer har varit inkonsekvent bedömning av asylärenden.⁷¹

⁶⁶ Stern, Rebecca, *Hur bedöms ett skyddsbehov? Om gränsdragning, konsekvens och förutsägbarhet i svensk asylpraxis*, SvJT 2012 s. 282, s.298.

⁶⁷ Yttrande från Europeiska och sociala kommittén om ”förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet” (omarbetning), KOM(2009) 551 slutlig/2 – 2009/0164 (COD), 2011/C 18/14, p. 1.1-1.7.

⁶⁸ UNHCR, *beyond proof: Credibility Assessment in EU Asylum Systems*, 2013, s.27.

⁶⁹ Ibid. s.28.

⁷⁰ UNHCR, *Kvalitet i svensk asylprövning: En studie av Migrationsverkets utredning av beslut om internationell skydd*, 2011.

⁷¹ Ibid. s.58.

I övrigt har det visat sig i UNHCR:s studie av kvalitén i svensk asylprövning att flertal brister förekommer. Till exempel har UNHCR rekommenderat att den svenska processen, vad gäller fastställande av alternativt skyddsbehövande, ska fastställa skyddsbehov innan de utreder huruvida det föreligger en internflykt.⁷² Som det har visat sig i svenska rättspraxis följer de svenska domstolarna inte denna rekommendation. UNHCR har också noterat att den svenska definitionen av alternativt skyddsbehövande skiljer sig i rekvisiten någorlunda från den angivna i skyddsgrundsdirektivet. UNHCR menar att det har förekommit en annan bedömning av bland annat bedömningen av risken för tortyr, grym och omänsklig bedömning skiljer sig från den som görs enligt direktivet eftersom det förekommer andra uttryck i svensk lagtext. Det faktum att den svenska tillämpningen av rekvisiten skiljer sig från den som görs av Europadomstolen och FN:s tortyrkommitté kan till viss del förklara varför Sverige har fällts i dessa fora.⁷³

Samtidigt har det visat sig svårt att skapa en enhetlig tillämpning av skyddsgrunden eftersom det alternativa skyddet också formas av den politik som förekommer i respektive rättsordning. Det har också argumenterats att flyktingdefinitionen i enlighet med flyktingkonventionen inte fullt ut har tolkats korrekt, det vill säga att omfatta generell förföljelse snarare än personlig förföljelse som många medlemsstater tillämpar. Denna inte helt korrekta tillämpningen har skapat ett större behov av det alternativa skyddet än vad som egentligen förutsågs. Med andra ord kan det sägas att det alternativa skyddet har blivit mer omfattande än vad det egentligen var ämnat till.

6. Analys och slutsats

Skyddsgrundsdirektivets bakomliggande syfte är i grova drag att kodifiera medlemsstaternas praxis kring hanteringen av asylärenden för de som inte uppfyllde rekvisiten för att erhålla flyktingstatus och skapa en enhetlig asylprocess. Frågan blev därmed om svensk tillämpning bidrar till dess uppfyllande. Med beaktande av allt som ovan har nämnts kan slutsatsen dras att stor likhet förekommer i svensk tillämpning förhållandevis till utomnationella bestämmelser, men att det knappast kan påstås förekomma en enhetlig global asylrätt. Att uppnå ett sådant mål ligger inte enbart i de svenska domstolarnas händer, utan är en strävan som samtliga berörda rättsordningar måste bidra till. Emellertid måste det ändå påstås att efter en presentation av rättsfall, tar de svenska domstolarna många domar från både EU-domstolen och Europadomstolen i beaktande. Praxisen från dessa domstolar får utrymme i de svenska domarna som både vägledning och prejudikat.

I ovanstående redogörelse av kritiska aspekter vad gäller Sveriges implementering av direktivet, har det från flera perspektiv yttrats att det inte förekommer en enhällig tillämpning av skyddsgrundsdirektivet, inte minst sagt ur Sterns perspektiv. Däremot kan det inte påstås att jag fullt ut håller med henne i den utsträckning och kritik som hon har anfört. Vid beaktande av rättsfallen som presenterats i kapitel 4 har det i större utsträckning förekommit koherens mellan fallen. Däremot, som nämnt i kapitel 4.3.3, beviljades asylsökanden asyl från målet C-57/09 trots att det stod klart att han i viss mån hade utfört handlingar som hade kunnat ligga till grund

⁷² Ibid. s.166.

⁷³ Ibid. s.172.

för uteslutning. I jämförelse med MIG 2017:11 där läkaren ansågs ha ett personligt ansvar för de handlingar han hade utfört när han behandlade tortyrskadade. Sammantaget behandlade båda fallen asylsökanden som hade någon form av relation till en organisation som kunde fastställas utförde inhumana handlingar som kunde ligga till grund för uteslutning av rätt till asyl. I båda fallen var det även i viss mån oklart vad exakt den asylsökanden hade utfört för handlingar och respektive asylsökandes berättelser hade varit otydliga och inte fullt pålitliga. När dessa två fall ställs emot varandra är det enkelt att finna att läkaren som sökte asyl i Sverige och som blev utesluten, möjligtvis hade erhållit asyl om denne fick sin rätt prövad av EU-domstolen. Med andra ord innebär detta motsatsen till skyddsgrundsdirektivets huvudsakliga syfte, en enhällig asylrätt. Detta är baserat på de liknande omständigheter och resonemang som respektive domstol framförde.

Det har minst sagt visat sig att det gränsdragningar är svåra vad gäller det alternativa skyddet, trots alla riktlinjer och hjälpane instrument. Det kan å ena sidan hävdas att trots dessa hjälpmedel, är varje enskilt fall unikt och det kan inte garanteras att dessa hjälpmedel blir fullständigt aktuella och kompatibla för de enskilda fallen. Å andra sidan är detta just vad rättsväsendena är ämnade att göra, att bidra till en rättvis rättegång och se till individens bästa.

I flesta fall kunde de svenska domarna ändå stämma överens med domarna från EU-domstolen och Europadomstolen. Det förekom snarare bristande konsekvens mellan de svenska domarna. Till exempel blir den syrisk läkaren från mål MIG 2017:11 utesluten på grund av behandlingen av de tortyrskadade. Ser man istället på den syriske soldaten från mål MIG 2017:29 som inte blev utesluten från att erhålla skyddsstatus, trots att det rimligen kunde hävdas att han i viss mån hade begått brott som kunde ligga till grund för uteslutning. Att Sverige ska vara konsekventa i sina nationella domar är en förutsättning för att kunna uppfylla skyddsgrundsdirektivets huvudsyfte om en harmoniserad tillämpning av direktivet och dess skyddsgrund.

Europeiska rådet för flyktingar och landsförvisade har vid ett uttalande rekommenderat att medlemsstater ska anta bättre standarder som är mer förmånliga för skyddsökande.⁷⁴ Som framgått av inte bara svensk lagtext och rättsfall utan även har fastställts av andra aktörer som tidigare i arbetet har nämnts, har Sverige ett bredare koncept och mer förmånligare bestämmelser än vad som följer av skyddsgrundsdirektivet. Emellertid innebär mer förmånligare bestämmelser inte nödvändigtvis att tillämpningen är förenlig med vad som följer av direktivet. Även om direktivet är ett så kallat minimidirektiv för vilket medlemsstaterna kan välja att ha mer förmånligare bestämmelser, är det viktigaste att uppfylla det som följer av direktivets bestämmelser och dess bakomliggande syften.

Det har visat sig att asylrätten påverkas starkt av politiken som berör området. I Sverige har det förekommit en generös asylrätt och som framkommit i arbetet har stort antal ansökan om asyl inkommit till det svenska Migrationsverket. Det resulterade i sin tur till överbelastning och en tillfällig lag som begränsar möjligheterna till asyl. Jag menar att om svenska rättstillämpare istället håller sig till en konsekvent och förenlig tillämpning av skyddsgrundsdirektivet, i vart fall vad gäller det alternativa skyddet, skulle problemet till viss del kunnat hanteras bättre. Vad

⁷⁴ European Council on refugees and exiles, *The impact of the EU qualification directive on international protection*, 2008, s.29.

som i övrigt gäller angående att asylrätten formas av den politik som förekommer i en medlemsstat, är det att anses som näst intill omöjligt att kunna skapa en förenlig asylrätt bland alla medlemsstater. Riktlinjer kan skapas, men det är omöjligt att erkänna en fullständig harmoniserad asylrätt mellan länderna eftersom dessa alltid kommer stå fast vid sin statssuveränitet och följa det som de anser är bäst för respektive land. Med andra ord är målet med skyddsgrundsdirektivet något av en omöjlighet. Med detta sagt menas inte att medlemsstaterna inte ska sträva efter sådant mål, tvärtom, bör medlemsstaterna alltid arbeta för ökad harmonisering inom relevanta rättsområden. Det som menas är snarare att det inte kan begäras eller förväntas att syftet fullständigt kan uppnås.

Slutsatsen torde bli att den svenska asylprocessen inte kan anses vara helt förenlig med hur ett asylärende skulle hanteras av EU-domstolen eller Europadomstolen. Det är svårt att i ett sådant känsligt ämne kunna hantera ärenden på ett konsekvent sätt och skapa förutsägbarhet, men att Sverige ändå bör sträva efter att döma lika fall lika, i enlighet med likhetsprincipen, och fortsättningsvis använda ledande fall från respektive domstol i sin bedömning och andra riktlinjer som förekommer vad gäller det alternativa skyddet, skyddsgrundsdirektivet i övrigt och asylärenden generellt.

Källförteckning

Offentligt tryck

Ds 2013:72, *Genomförande av det omarbetade skyddsgrundsdirektivet*.

Lagrådsremiss, *Genomförande av det omarbetade skyddsgrundsdirektivet*, 28 maj 2014.

Prop. 2004/05:170, *Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden* [cit. Prop. 2004/05:150]

Prop. 2005/06:6, *Flyktingskap och förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning*.

Prop 2009/10:31, *Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet* [cit. prop 2009/10:31]

Prop 2013/14:248, *Genomförande av det omarbetade skyddsgrundsdirektivet* [cit. prop 2013/14:248]

SOU 2006:6, *Skyddsgrundsdirektivet och svensk rätt: En anpassning av svensk lagstiftning till EG-direktivet 2005/83/EG angående flyktingar och andra skyddsbehövande*.

Litteratur

Henriksen, Anders, *International law*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s 249.

S. Goodwin-Gill, Guy & Lambert, H el ene, *The limits of transnational law; Refugee law, policy harmonization and judicial dialogue in the European Union*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

S. Goodwin-Gill, Guy & McAdam Jane, *The refugee in international law*, 3 uppl., Oxford University Press, Oxford, 2007.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation*, 3 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2015 [cit. Sandgren].

Seidlitz, Madelaine, *Asylrätt: en praktisk introduktion*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2014.

Stern, Rebecca, *Folkrättens roll i vägledande migrationsrättslig praxis*, SvJT 2010 s. 258 [cit. Stern, Folkrätten].

Stern, Rebecca, *Hur bedöms ett skyddsbehov? Om gränsdragning, konsekvens och förutsägbarhet i svensk asylpraxis*, SvJT 2012 s. 282.

Stern, Rebecca & Österdahl, Inger, *Folkrätten i svensk rätt*, Liber AB, Malmö, 2012.

Thorburn Stern, Rebecca & Wikström, Hanna, *Migrationsrätt Skyddsbehov och trov erdighet – bedömning i asylärenden*, Liber AB, Stockholm, 2016 [cit. Stern & Wikström].

Tiedemann, Paul. *Subsidiary protection and the function of article 15(c) of the Qualification directive*. Refugee Survey Quarterly, vol. 31, 2012.

Wikrén, Gerhard & Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer*, 11 uppl., Wolters Kluwer Sverige AB, Stockholm, 2017 [cit. Wikrén & Sandesjö].

EU

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

Rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet, [cit. första skyddsgrundsdirektivet].

Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer 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 [cit. skyddsgrundsdirektivet].

Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of international protection and the content of the protection granted, COM (2009) 551 final.

Yttrande från Europeiska och sociala kommittén om ”förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet” (omarbetning), KOM(2009) 551 slutlig/2 – 2009/0164 (COD), 2011/C 18/14.

European Council on refugees and exiles, The impact of the EU qualification directive on international protection, October 2008.

Internationella källor

1967 års protokoll angående flyktingars rättsliga ställning [cit. 1967 års protokoll].

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna [cit. EKMR].

Förenta Nationernas Allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna.

Konventionen angående flyktingars rättsliga ställning [cit. Flyktingkonventionen].

UNHCR, Asylum in the European Union: a study of the implementation of the Qualification directive, november 2007.

UNHCR Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless

Persons as Refugees or as Persons who otherwise need International Protection and the Content of the Protection granted, OJ L 204/12 of 30.9.2004.

UNHCR comments on the European Commission's proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection and the content of the protection granted (COM(2009)551, 21 October 2009).

UNHCR guidelines on international protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/03/05, 4 september 2003.

UNHCR handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning enligt 1951 års konvention och 1967 års protokoll angående flyktingars rättsliga ställning, Stockholm, september 1996.

UNHCR, beyond proof: Credibility Assessment in EU Asylum Systems, 2013.

UNHCR, Quality in Swedish Asylum Procedure: A study of the Swedish Migration Boards's Examination of and Decisions on Applications for International protection, 2011.

Lagstiftning

Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

Utlänningslagen (2005:716) [cit. UtlL].

Praxis

RÅ 1974:121.

NJA 1981 s 1205.

NJA 2004 s 255.

MIG 2011:4.

MIG 2017:11.

MIG 2017:29.

N mot Finland, 38885/02, dom den 26 juli 2005.

Förenade målen C-57/09 och C-101/09.

C-465/07 Elgafaji.

Elektroniska källor

<http://www.sakerhetspolitik.se/Sakerhetspolitik/Internationella-organisationer/eu/Lissabonfordraget/Stockholmsprogrammet/> lydelse 20/4/2018.