



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Rebecca Hörnell

Vart är vi på väg?

En granskning av den svenska migrationsrättens framtid ur
ett rättssäkerhetsperspektiv

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Anna Nilsson

Termin: VT 2018

Innehåll

| | |
|---|-----------|
| SUMMARY | 1 |
| SAMMANFATTNING | 2 |
| FÖRKORTNINGAR | 3 |
| 1 INLEDNING | 1 |
| 1.1 Orsakerna till lagförslaget | 1 |
| 1.2 Syfte och frågeställning | 2 |
| 1.3 Avgränsningar | 2 |
| 1.4 Perspektiv och metod | 3 |
| 1.5 Material | 4 |
| 1.6 Disposition | 4 |
| 2 RÄTTSSÄKERHET | 5 |
| 2.1 Vad är rättssäkerhet? | 5 |
| 2.2 Förutsebarhet | 6 |
| 2.3 Etiska värden | 7 |
| 2.4 Legitimitet och legalitet | 7 |
| 2.5 Likhet inför lagen | 9 |
| 3 REFORMEN AV DEN SVENSKA ASYLRÄTTEN | 11 |
| 3.1 Bakomliggande fakta | 11 |
| 3.1.1 Migrationsrättens reglering | 11 |
| 3.1.2 Handläggningstidernas reglering | 12 |
| 3.2 Flyktingboomens följder | 13 |
| 3.3 Lagförslaget i korthet | 14 |
| 3.4 Ny möjlighet till uppehållstillstånd | 15 |
| 3.4.1 Förutsättningar | 15 |
| 3.4.2 Yrkesutbildning – ytterligare ett tillägg | 19 |
| 4 KRITIK GENTEMOT LAGFÖRSLAGET | 21 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 4.1 | Allmänt | 21 |
| 4.2 | Remissinstanserna | 21 |
| 4.3 | Lagrådet | 23 |
| 5 | SAMMANFATTANDE ANALYS | 26 |
| 5.1 | Den fundamentala rättssäkerheten | 26 |
| 5.2 | En förutsebar reglering är a och o | 26 |
| 5.3 | En ouppnåbar likhet inför lagen? | 27 |
| 5.4 | Avslutande ord | 29 |
| | KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING | 31 |
| | BILAGA A – FÖRSLAG TILL LAGTEXT (UTDRAG) | 34 |

Summary

When it comes to immigration, the year of 2015 became a record year for Sweden. In 2015, 163 000 people applied for asylum in Sweden, of whom about 35 000 of them, were unaccompanied refugee children. The extensive inflow of refugees had a comprehensive impact on the Migration Agency and its timeframes for processing the applications for asylum. This resulted in extended processing times and delayed decisions for the applicants. These circumstances further led to the result that unaccompanied children and young adults, seeking asylum on their own, turned eighteen and became adults before they received a final decision on their residence permit application from the Migration Agency.

The bill addresses a renewed opportunity for the demarcated group of children and young adults that was affected negatively by the Migration Agency's extended processing time. The aim is for unaccompanied young adults to be able to stay in Sweden. However, the proposal has been highly controversial and criticized by The Council of the Law whom addresses the process for drafting this bill as unacceptable.

The purpose of this paper is to investigate whether the bill correlates with the principle of rule of law. The issue thus focuses on clarifying the meaning of the bill and its effects from that perspective based on Aleksander Peczenik's definition of the term rule of law which is based on, inter alia, predictability, ethical values and everyone's equal treatment before the law. In order to achieve total legal certainty, these values need to be balanced.

Based on the criticism raised against the bill, it can be concluded that the bill contains extensive shortcomings. The bill includes complex necessary conditions as well as deviations from general rules. This may result in inequality before the law, unpredictable adjudication and a legal process which undermines the general principles of the rule of law.

Sammanfattning

År 2015 blev ett rekordår för Sverige vad gäller immigration. 163 000 människor sökte asyl i landet varav omkring 35 000 av dem var ensamkommande flyktingbarn. De omfattande flyktingströmmarna kom att påverka Migrationsverkets handläggningstid på asylärenden vilket resulterat i långa handläggningstider och försenade beslut. Dessa omständigheter har vidare lett till att de ensamkommande barnen hunnit bli vuxna innan prövning skett.

Genom lagförslaget om ny möjlighet till uppehållstillstånd avser regeringen möjliggöra nya grunder och förutsättningar för att bevilja uppehållstillstånd. Målet är att ensamkommande unga i större utsträckning ska få möjlighet att stanna i Sverige. Förslaget har emellertid av Lagrådet, till följd av en undermålig lagstiftningsprocess, adresserats som oacceptabelt.

Uppsatsen syftar till att utreda huruvida regeringens lagförslag om ny möjlighet till uppehållstillstånd korrelerar med rättssäkerheten. Frågeställningen fokuserar således på att klarlägga lagförslagets innebörd samt dess effekter ur ett rättssäkerhetsperspektiv baserat på Aleksander Peczeniks definition av begreppet rättssäkerhet. Utifrån Peczeniks definition innefattas bland annat förutsebarhet, etiska värden och likhet inför lagen inom begreppet. För att uppnå total rättssäkerhet krävs en balans mellan dessa komponenter.

Utifrån den kritik som propositionen fått kan slutsatsen dras att lagförslaget innehåller omfattande brister. Lagförslaget innefattar komplexa rekvisit samt avsteg från allmänna principer och huvudregler. Detta riskerar att resultera i olikhet inför lagen, icke förutsebar tillämpning samt en rättsprocess som urvattnar rättsstatens allmänna principer.

Förkortningar

| | |
|-------------------|--|
| Begränsningslagen | Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige |
| Dir. | Direktiv |
| Dnr. | Diarienummer |
| EU | Europeiska Unionen |
| FL | Förvaltningslag (1986:223) |
| JT | Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet |
| Lagförslaget | Regeringens proposition 2017/18:252 - Ny möjlighet till uppehållstillstånd. |
| LMA | Lag (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl. |
| m.fl. | Med flera |
| Prop. | Proposition |
| RF | Regeringsform (1974:152) |
| Skollagen | Skollag (2010:800) |
| SvJT | Svensk Juristtidning |
| TfR | Tidskrift for Rettsvittenskap |
| UNHCR | Office of the United Nations High Commissioner for Refugees |
| Utlänningslagen | Utlänningslag (2005:716) |

1 Inledning

1.1 Orsakerna till lagförslaget

Flyktingströmmarna till Europa exploderade under 2015 och antalet asylsökande till Sverige kom att bli rekordhögt. Under år 2015 flydde omkring 1 000 000 personer över Medelhavet varav närmare 3700 av dem, miste sitt liv.¹ Människor på flykt har under de senaste åren riskerat och riskerar än idag, sina liv för att sätta sig själva i säkerhet.

Under det kritiska året 2015 var Sverige, efter Tyskland, det land som beviljade flest antal flyktingar asyl. Sett till befolkningsstorlek så var Sverige det land som beviljade flest flyktingar asyl i relation till antal invånare. Denna siffra uppgick under 2015 till ungefär 163 000 ansökningar om asyl varav drygt 35 000 av dem utgjordes av ansökningar från ensamkommande flyktingbarn.²

Som resultat av den omfattande migrationen kom även Migrationsverkets prövotider att förlängas vilket i vissa fall lett till att de som var barn när de anlände, nu har hunnit bli vuxna. Regeringen menar därför att deras möjligheter till ett beviljat uppehållstillstånd i Sverige, har försämrats. Med grund i detta, har regeringen publicerat ett lagförslag i hopp om att dessa ungdomar ska få en ytterligare chans till att stanna.³ Ett lagförslag som föregåtts av en oacceptabel lagstiftningsprocess enligt Lagrådet.⁴

Visionen med lagförslaget är att de barn som anlände till Sverige innan november 2015 ska få en tryggare tillvaro, som tidigare präglats av oro och

¹ UNHCR: *Operational Data Portal – Mediterranean Situation*, <http://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean#_ga=2.206246867.1311948829.1524749056-2073178801.1524661201>, besökt 2018-04-26.

² Migrationsverket: *Inkomna ansökningar om asyl, 2015*, 2016-01-01, <<https://www.migrationsverket.se/download/18.7c00d8e6143101d166d1aab/1485556214938/Inkomna+ans%C3%B6kningar+om+asyl+2015+-+Applications+for+asylum+received+2015.pdf>>, besökt 2018-04-26.

³ Prop. 2017/18:252 s. 22.

⁴ Prop. 2017/18:252, Lagrådets yttrande s. 122.

ovisshet i väntan på ett beslut, menar regeringen.⁵ Frågan är dock om detta sker på bekostnad av rättssäkerheten?

1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsen syftar till att utreda huruvida regeringens lagförslag om utökad möjlighet till uppehållstillstånd, korrelerar med rättssäkerheten. Uppsatsen kommer ta sin utgångspunkt i att bedöma förslagets fullkomliga rättssäkerhet inklusive materiell och formell rättssäkerhet. Baseras lagförslaget om ny möjlighet till uppehållstillstånd på rättssäkra grunder eller leder denna utökade möjlighet om ett bättre liv - till en urholkad asylrätt?

För att uppfylla det övergripande syftet med uppsatsen avses besvarande av följande frågeställning:

- Riskerar regeringens proposition 2017/18:252 om ny möjlighet till uppehållstillstånd att leda till en icke rättssäker tillämpning av asylrätten?

1.3 Avgränsningar

Av utrymmesskäl kommer främst förslag 5.1 i lagförslaget om uppehållstillstånd för studier på gymnasial nivå att granskas och uppsatsen berör därmed inte ändringarna i gymnasielagen. Diskussionen kring rättssäkerhet utgår främst från Peczeniks definition av begreppet med inslag från Frändberg och Diesens uppfattningar. Detta då Peczenik anlägger ett vidare perspektiv på rättssäkerhet, vilket kommer förtydligas närmare i avsnitt 2.

Uppsatsen granskar lagförslaget ur ett rättssäkerhetsperspektiv med fokus på likabehandling. Med hänsyn till uppsatsens kärnfullhet kommer frågan om

⁵ Prop. 2017/18:252 s. 37.

utbildning och skolgång ej att tas upp i någon vidare omfattning utan endast presenteras som en av delarna i lagförslaget.

Bilaga A innefattar förslag till lagtext men består endast av utdrag från förslaget. På grund av utrymmesskäl samt relevans kommer kritikavsnittet att innefatta kritik gentemot de mest berörda delarna av lagförslaget. Den kritik som berörs är sådan kritik som ej fått gehör i propositionen.

1.4 Perspektiv och metod

Uppsatsen är skriven utifrån rättsdogmatisk metod, vilken har använts för att bearbeta det använda materialet samt för att utreda frågeställningen. Detta innebär att de allmänt accepterade rättskällorna, såsom lagtext, förarbeten och doktrin har använts för att besvara frågeställningen samt fastställa det konkreta rättsliga problemet utifrån ett perspektiv de lege lata.⁶ Rättsdogmatiken utgör en deskriptiv metod som beskriver och tolkar den gällande rätten. Enligt Jareborg kan dock rättsdogmatiken gå utanför gällande rätt och ”söka efter ideala lösningar.”⁷

För att fördjupa uppsatsen och rättsligt analysera lagförslaget anläggs därför ett externt perspektiv på innehållet. Vidare förs en analys de lege ferenda vilket tar sikte på hur rätten bör vara.⁸ En argumentativ metod som enligt professor Claes Sandgren även kan betecknas som en rättsanalytisk metod.⁹

Lagförslaget kommer vidare att belysas och problematiseras utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv enligt Peczeniks definition. Detta innebär att lagförslaget granskas utifrån både ett formellt och ett materiellt rättssäkerhetsperspektiv i avseende att utreda om lagförslaget är förutsebart samt bidrar till att lika fall behandlas lika.¹⁰

⁶ Kleineman (2013) s. 27ff.; Jfr Jareborg, SvJT (2004) s. 8.

⁷ Jareborg, SvJT (2004) s. 4.

⁸ Olsen, SvJT (2004) s. 122.

⁹ Sandgren, TfR (2005) s. 655f.

¹⁰ Se avsnitt 2.1.

1.5 Material

Det material som uppsatsen behandlar grundas huvudsakligen på proposition 2017/18:252 om förslag till lag om ändring i lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige. Materialet i övrigt består huvudsakligen av doktrin såsom *Vad är rätt?* av Alexander Peczenik samt *Likhet inför lagen* av Christian Diesen m.fl. Tillsammans utgör litteraturen basen för det rättssäkerhetsperspektiv som appliceras. Uppsatsen består vidare av material som föregått propositionen så som remissvar och Lagrådets yttrande. Dessutom berörs övrig gällande rätt inom migrationsrätten översiktligt, med tillhörande propositioner.

1.6 Disposition

I det inledande kapitlet beskrivs bakgrunden till lagförslaget samt skälen till förslaget om nya möjligheter till uppehållstillstånd. Uppsatsens andra kapitel behandlar begreppet rättssäkerhet och berör främst kraven på förutsebarhet, legitimitet och likabehandling. Tredje kapitlet fokuserar på lagförslaget och beskriver idéerna kring uppehållstillstånd för studier på gymnasial nivå. I uppsatsens fjärde kapitel belyses den kritik som lagförslaget mött. Uppsatsens femte och avslutande kapitel analyserar lagförslaget utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv och besvarar frågeställningen. Utdrag ur regeringens förslag till lagtext finnes bifogad i Bilaga A till uppsatsen.

2 Rättssäkerhet

2.1 Vad är rättssäkerhet?

Begreppet rättssäkerhet har ingen entydig definition. Trots rådande oklarheter kring begreppet tycks det dock föreligga en enighet kring begreppets grundläggande betydelse – att rättssäkerhetens kärna vilar i förutsebarhet.¹¹ Enligt Peczenik tycks det även förekomma vissa absoluta krav för att rättssäkerhet ska anses uppfyllt. Exempelvis föreligger krav på stöd i lag, på att lagen ska vara klar och tydlig samt krav på opartiskhet. Det råder förbud mot godtycke och krav på att avgöranden ska ske inom rimlig tid.¹² Uppfyllandet av dessa krav är att anse som oundgängliga för en rättsordning som medborgare kan känna tilltro och tillit till.¹³

Peczeniks definition av rättssäkerhet redogörs för i boken *Vad är rätt?* där författaren tudelar begreppet. Peczenik delar upp rättssäkerhet i formell rättssäkerhet och materiell rättssäkerhet. Formell rättssäkerhet handlar om förutsebarhet, stabilitet och likhet inför lagen, medan den materiella rättssäkerheten grundas i rättvisa och etiska värden. Dessa motstående begrepp skapar, enligt Peczenik, en balans som utgör grunden för en rättssäker stat. Ett rättsligt beslut motsvarar endast rättssäkerhetskravet om det kan tolkas som moraliskt godtagbart.¹⁴

Professor Åke Frändberg är av en annan åsikt och menar att Peczeniks definition inte är nödvändig samt att Peczenik tilldelar begreppet en helt ny innebörd när han skapar en distinktion mellan formell och materiell rättssäkerhet som bygger på moraliska värden, värden som Frändberg menar kan komma i konflikt med varandra.¹⁵ Frändberg förespråkar en rättssäkerhet grundad i förutsebarhet. Det ska råda klara, adekvata och

¹¹ Zila, SvJT (1990) s. 284.

¹² Peczenik (1995) s. 89.

¹³ Zila, SvJT (1990) s. 289f.

¹⁴ Peczenik (1995) s. 45ff.

¹⁵ Frändberg, JT (2001) s. 270f.

offentliggjorda regler som den enskilde lätt ska kunna ta del av och förstå innebörden av samt tillämpningsområdet för. Detta innebär i förlängningen att skönsmässiga bedömningar inte får förekomma.¹⁶

Då Peczeniks definition innefattar ett vidare begrepp än till exempel Frändbergs, kommer Peczeniks definition att användas i uppsatsen för att spegla ett vidare perspektiv. För att kunna analysera lagförslaget ur detta rättssäkerhetsperspektiv följer en genomgång av definitionen nedan.

2.2 Förutsebarhet

Förutsebarhet utgör ett av de begrepp som rättssäkerheten vilar på och således en fundamental princip i en väl fungerande rättsstat. Att maktutövning praktiseras i linje med samhällets rättsregler, är någonting som kännetecknar en rättsstat och som bidrar till en hög grad av förutsebarhet. Förutsebarhet definieras som en formell rättssäkerhet, som skyddar den enskilde mot godtycklig maktutövning. En förutsättning för att förutsebarheten ska anses vara uppfylld i det hänseendet, är dock att rättsreglerna är tillräckligt exakta samt har en generell tillämpning, det vill säga att normerna tillämpas lika för alla individer och inte bidrar till att någon enskild erhåller särskilda förmåner. All rättskipning samt myndighetsutövning ska ske inom rättens ramar, för att förutsebarheten ska anses fullkomlig och för att lika fall ska behandlas lika. Otydliga regler leder till svårigheter med att förutse besluten som fattas på basis av dem.¹⁷

Förutsebarhet innebär således att enskilda fall ska bedömas enligt i förväg bestämda normer, det vill säga att det för en gemene man ska gå att förutse vilket beslut som kommer att fattas. Detta bidrar i sin tur till att de beslut som fattas, uppfattas vara legitima.¹⁸

¹⁶ Frändberg, JT (2001) s. 274f.

¹⁷ Peczenik (1995) s. 51ff.

¹⁸ Schultz, Mårten. *Den orubbliga principen*, Dagens Juridik (2008-03-27), <<http://www.dagensjuridik.se/2008/03/den-orubbliga-principen>>, besökt 2018-05-09.

Förutsebarhetskravet motiveras med att det blir lättare för individen att förutse de rättsliga besluten, planera sitt handlande och agera inom rättens ramar.¹⁹

2.3 Etiska värden

Trots att förutsebarhet anses utgöra kärnan inom rättssäkerhetsbegreppet, så utgör det inte den enda bidragande faktorn till möjliggörandet av rättssäkerhet enligt Peczenik. Peczenik är av uppfattningen att rättssäkerhetsbegreppet också bygger på etiska värden.²⁰ Även Sveriges advokatsamfund poängterar rättssäkerhetsbegreppets etiska komponenter och förklarar att rättssäkerhet föreligger när vissa livsvärden skyddas av staten mot staten, såsom yttrandefrihet, rörelsefrihet och kroppslig integritet.²¹ Att rättssäkerheten är etisk innebär i detta avseende att statens medborgare har en hög levnadsstandard där de får sina behov tillfredsställda och lever i ett fritt samhälle i en ren miljö där alla behandlas lika.²²

Rättssäkerhet skapas när rättsskipning grundas i en balans mellan förutsebara rättsnormer och etiska värden. Sammanvägningen mellan beslutens förutsebarhet samt dess etiska värden skapar den stabilitet som utgör rättssäkerheten och som bildar ett demokratiskt samhälle.²³

2.4 Legitimitet och legalitet

Begreppet legitimitet är mångtydigt och kan appliceras i ett flertal olika fall. Till stor del vilar begreppet i befolkningens godkännande av maktutövarnas

¹⁹ Peczenik (1995) s. 89f.

²⁰ Ibid. s. 91ff.

²¹ Sveriges advokatsamfund, *Sveriges advokatsamfunds Rättssäkerhetsprogram* (1988) s. 3, 6.

²² Peczenik (1995) s. 91ff.

²³ Ibid. s. 61.

agerande. Rättens legitimitet bygger alltså på att befolkningen godtar de beslut som fattas och de normer som stiftas.²⁴

Bristande kunskap om rättsliga normer är dock mycket vanligt i samhället då normer ofta kan anses tekniskt komplexa. Således vilar ofta rättens legitimitet på ett allmänt systemförtroende hos befolkningen. Medborgarna förlitar sig på att myndighetsutövning sker korrekt enligt stadgade regler och sätter en tilltro till att rättsliga normer tillkommer i laga ordning.²⁵

Legalitet innebär att rättsliga beslut har stöd i lag vilket starkt främjar rättssäkerheten. Legalitetsprincipen gäller som allmän rättsgrundsats i det svenska rättssystemet och kan uttryckas genom latinets ”nullum crimen sine lege” och ”nulla poena sine lege” vilket innebär inget brott utan lag, inget straff utan lag.²⁶ Legalitetsprincipen förutsätter klara och tydliga normer som maktutövarna måste finna stöd i för att kunna fälla en enskild. Principen innebär att all offentlig maktutövning sker enligt lagen vilket skapar en möjlighet att förutse maktutövarnas agerande som bidrar till en rättssäkerhet grundad i förutsebarhet och legalitet.²⁷

Legitimitet vilar ytterligare i öppenhet samt transparens. Offentliggörandet av domar och beslut möjliggör kontroll för medborgarna att godkänna beslutsfattandet. Har beslutsfattandet tillkommit i laga ordning grundat på hållbara skäl, skapas förtroende och legitimitet. Legitimiteten hos myndigheters och domstolars agerande mynnar alltså delvis ut i beslutsfattande i laga ordning men också i underbyggd och god juridisk argumentation som sammankopplar legitimiteten med rättssäkerheten. Fattas ett beslut som ej överensstämmer med författade normer, krävs ofta

²⁴ Peczenik (1995) s. 47f.

²⁵ Ibid. s. 47f.

²⁶ Nationalencyklopedin, *Legalitetsprincipen*, <https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/legalitetsprincipen> (hämtad 2018-05-10).

²⁷ Zila, SvJT (1990) s. 296f.

en väl motiverad argumentation i tidigare rättspraxis, som då leder till att medborgarna ändå kan acceptera beslutet och erkänna det som legitimt.²⁸

Legitimitet tenderar att till största del grundas i rättssäkerhet. Utövas makten utefter exakta, generella normer inom den rättsliga ramen skapas förutsebarhet och därmed rättssäkerhet. Har ett beslut fattats på denna grund, anses beslutet vara legitimt, då det tillkommit enligt ett accepterat, förutsebart agerande.²⁹

Sammanfattningsvis synliggörs skillnaden mellan legitimitet och legalitet i att legitimitet uppstår då makten utgår från folkviljan, medan legaliteten innebär att maktutövarna ska döma enligt lag.³⁰

2.5 Likhet inför lagen

Likhet inför lagen innebär att *lika fall ska behandlas lika*, något som grundas i både formell och materiell likabehandling. En lag som är generellt tillämplig och exakt utformad, leder till en förutsebarhet och att lika fall behandlas just lika, vilket i sin tur skapar rättssäkerhet. Dessutom innebär begreppet 'en likhet inför lagen', att alla individer ska bedömas utan att det sker någon diskriminering. Ingen särbehandling ska ske såvida det inte till exempel skyddar en viss underrepresenterad individ.³¹

”Likhet inför lagen är ett ideal”³² skriver författarna till boken *Likhet inför lagen*. Framförallt för de stater som utgör sig för att vara rättsstater. Maktutövningen i en rättsstat strävar efter ständig objektivitet, för att främja förutsebarheten och förebygga att det uppkommer uppror hos befolkningen. Dock förefaller likabehandlingen, i alla fall i Sverige, vara begränsad, då det

²⁸ Peczenik (1995) s. 49.

²⁹ Ibid. s. 49.

³⁰ Ibid. s. 49.

³¹ Ibid. s. 52f.

³² Diesen m.fl. (2005) s. 183.

inte är möjligt att generellt slå fast att lika fall alltid behandlas lika förrän alla är lika i samhället.³³

Diesen m.fl. menar att svårigheten i att uppnå idealet korrelerar med hur komplicerad verkligheten är. Då rättsskipning handlar om att grunda en dom på en konkret och varierande verklighet med hjälp av abstrakta normer är det lätt att det uppstår felbedömningar, menar författarna. Detta på grund av kunskapsmässiga brister men också på grund av varierande sociala och personliga värderingar hos maktutövarna.³⁴

För att definiera begreppet ”likhet inför lagen” delar författarna upp begreppet i två delar. De menar att ”likhet” utgör ett påstående som pekar på att det finns en relation mellan två objekt där en jämförelse sker. Begreppet ”inför lagen” menar författarna kan definieras som både inför domstolen, rätten eller lagen. Likhet inför lagen ska återfinnas både i rättstillämpningen och i utformningen av lagen då även lagstiftaren ska bindas av detta begrepp, skriver Diesen m.fl.³⁵

Formell likabehandling innebär att det inte får ske särbehandling enligt lagen. En enskild ska inte tilldelas fördelar eller straff om det inte stadgas i lag vilket uttrycks genom legalitetsprincipen.³⁶ Utöver detta ska även kravet på materiell likabehandling vara uppfyllt för att skapa total rättssäkerhet. Peczenik definierar materiell likabehandling som ett krav på att ingen diskriminering får förekomma. Uppkommer det skillnader i rättsnormerna måste dessa vara moraliskt motiverade, det vill säga utgöra en särbehandling som skyddar den enskilde.³⁷

³³ Diesen m.fl. (2005) s. 184f.

³⁴ Ibid. s. 183.

³⁵ Ibid. s. 22ff.

³⁶ Se avsnitt 2.4.

³⁷ Peczenik (1995) s. 53.

3 Reformen av den svenska asylrätten

3.1 Bakomliggande fakta

3.1.1 Migrationsrättens reglering

Regeringens proposition 2017/18:252 *Extra ändringsbudget för 2018 – Ny möjlighet till uppehållstillstånd*, reglerar förslaget om ny möjlighet till uppehållstillstånd för ensamkommande barn. Förslaget bygger på en ändring av nuvarande gällande lag; *Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige*.³⁸

Begränsningslagen, som utgör en tillfällig lag, tillkom som en nödfunktion i hopp om att stabilisera det svenska asylsystemet som så kraftigt påverkades av den rekordhög invandringen under 2015. Lagen begränsar möjligheten till permanent uppehållstillstånd och möjliggör i sin tur som huvudregel tidsbegränsade uppehållstillstånd till flyktingar och alternativt skyddsbehövande.³⁹ För att erhålla skyddsstatus som flykting ska utlänningen ha välgrundad fruktan för förföljelse.⁴⁰ För uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande ska det finnas grundad anledning att anta att individen löper risk att avrättas, utsättas för någon form av kroppsstraff alternativt löper risk att skadas med anledning av en yttre eller inre väpnad konflikt.⁴¹ Övriga skyddsbehövande nekas möjligheten till uppehållstillstånd eftersom dess skyddskategori saknar stöd i EU-rätten och begränsningslagens syfte är att förhålla sig till EU-rättslig miniminivå.⁴²

Lagförslaget om ny möjlighet till uppehållstillstånd utvidgar begränsningslagen något och erbjuder ytterligare alternativ till att få stanna i

³⁸ Fortsättningsvis kallad begränsningslagen.

³⁹ Prop. 2015/16:174 s. 21.

⁴⁰ 4 kap 1 § Utlänningslagen; 4 kap 3 § Utlänningslagen.

⁴¹ 4 kap 2 § Utlänningslagen; 4 kap 3 a § Utlänningslagen.

⁴² Prop. 2015/16:174 s. 25.

landet genom en kompletterande grund i ett nytt lagrum.⁴³ Ett förslag som har nåtts av omfattande kritik och hög skepticism, framförallt av Lagrådet. I avsnitt tre följer därav en behandling av lagförslagets innebörd, villkor samt erhållen kritik.

3.1.2 Handläggningstidernas reglering

Migrationsverkets långa handläggningstider har lett till att de ensamkommande barnens möjligheter att beviljas uppehållstillstånd i Sverige, har försämrats. Detta framförs som ett av regeringens främsta skäl till lagförslaget om en ny möjlighet till uppehållstillstånd för studier på gymnasial nivå. Regeringen menar att det är angeläget att åtgärder vidtas snarast och föreslår i propositionen att den nya lagen ska träda i kraft den 1 juli 2018.⁴⁴

Myndigheters handläggning av ärenden regleras i 1 § Förvaltningslag (1986:223). Enligt lagens 4 § 2 st ska frågor från enskilda besvaras så snart som möjligt. Vad som menas med den tidsperioden definieras inte närmare. Enligt 7 § FL ska ett ärende som involverar en enskild, handläggas så enkelt, snabbt och billigt som möjligt vilket inte heller definieras ytterligare.

I aktuell proposition anger regeringen att handläggningstiden inte regleras inom svensk lag. För närvarande pågår dock en beredning av Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/32/EU⁴⁵ inom Regeringskansliet (jfr Ds 2015:37) som förväntas träda i kraft senast den 20 juli 2018 i Sverige. I direktivet fastslås att myndigheten har sex månader på sig att färdigställa förfarandet och endast i vissa fall, exempelvis vid omfattande immigration, kan den tiden förlängas till totalt 15 månader. Regeringen menar att denna tidsrymd kan tjäna som riktmärke för det aktuella förslaget samt Migrationsverkets handläggning, något som

⁴³ Se 16 f § i Bilaga A.

⁴⁴ Prop. 2017/18:252 s. 32, s. 52.

⁴⁵ Dir. 2013/32/EU av den 26 juni 2013 om gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla internationellt skydd (omarbetning)

Lagrådet misstyper kring. Lagrådet menar att det inte framgår att asylrätten som sådan kan knytas till handläggningstiderna, att det i sig inte kan utgöra en grund för uppehållstillstånd.⁴⁶

3.2 Flyktingboomens följder

Totalt sökte 163 000 personer asyl i Sverige under 2015, varav hela 114 000 av dessa mottogs under perioden september till december. Rekordhög siffror som kom att påverka det svenska asylsystemet kraftigt. I samband med detta infördes gränskontroller, ID-kontroller samt begränsningslagen med målet att göra Sverige mindre attraktivt som ankomstland. Syftet var att anpassa Sveriges regelverk till EU-rättens miniminivå för att tillfälligt stabilisera läget.⁴⁷

Enligt Migrationsverkets statistik anlände 35 369 ensamkommande barn till Sverige år 2015 för att ansöka om asyl. Cirka två tredjedelar av dem, närmare bestämt 23 480 barn, ankom från Afghanistan och nästintill samtliga var mellan 13–17 år när de anlände.⁴⁸

Ett flertal remissinstanser framförde kritik mot begränsningslagens utformning innan den kom att träda i kraft. Remissinstanser så som Barnombudsmannen, Rädda barnen och UNHCR ifrågasatte förslaget förenlighet med barnens rättigheter, poängterade barnens utsatta situation och krävde en mer skyddande reglering. Regeringen vidhöll dock vikten av att inrätta lagen för att tillfälligt kunna begränsa antalet asylsökande.⁴⁹

Som ett resultat av remissinstansernas klagomål blev dock utgångspunkten i begränsningslagen att regelverket inte skulle komma att tillämpas på barn och barnfamiljer som anlant till Sverige innan lagändringen den 24

⁴⁶ Prop. 2017/18:252 s. 33.

⁴⁷ Prop. 2015/16:174 s. 21.

⁴⁸ Migrationsverket, *Inkomna ansökningar om asyl, 2015*, besökt 2018-04-29.

⁴⁹ Prop. 2015/16:174 s. 26f.

november 2015. En undantagsregel som inte tillämpas vid de fall då barnet inte längre utgör ett barn vid den slutliga bedömningen.⁵⁰

3.3 Lagförslaget i korthet

Regeringen föreslår relativt få ändringar i begränsningslagens reglering som likväl medför betydande förändringar. Förslaget om ändring innebär införandet av två helt nya paragrafer samt kompletterande ändringar i redan gällande paragrafer för att uppnå samstämmighet med den nytillkomna lagtexten.⁵¹

Lagförslaget avser de ensamkommande barn som anlant till Sverige innan den 24 november 2015. Utgångspunkten för lagförslaget är att de ensamkommande barn som drabbats av de långa handläggningstiderna inte ska positioneras i en sämre situation än vad som hade varit fallet om handläggningen inte hade dragit ut på tiden. Målet med reformen är att så många som möjligt av de berörda individerna ska beviljas uppehållstillstånd för gymnasiestudier för att sedan kunna slussas ut i samhället, bli en del av arbetsmarknaden och vidare erhålla permanent uppehållstillstånd om de kan försörja sig.⁵²

Översiktligt innebär förslaget att det införs en kompletterande grund för uppehållstillstånd i ett redan existerande regelverk som har tillämpats sedan år 2016. Möjlighet till uppehållstillstånd ska ges till de ensamkommande unga som på grund av de långa handläggningstiderna, har hunnit att bli vuxna innan beslut fattats och därmed erhållit sämre förutsättningar att få stanna.⁵³ Den berörda gruppen ensamkommande unga uppskattas uppgå till cirka 9 000 personer varav 2 000 utav dem, beräknas ha erhållit ett

⁵⁰ Ikraftträdande – och övergångsbestämmelser, punkt 2.

⁵¹ Prop. 2017/18:252 s. 65.

⁵² Ibid. s. 36f.

⁵³ Ibid. s. 31.

utvisningsbeslut då den föreslagna lagen väntas träda i kraft. Övriga 7 000 personer beräknas ha ett pågående ärende i frågan.⁵⁴

Det nya lagförslaget utgör en tillfällig ordning, applicerbar på en ytterst avgränsad grupp individer som befinner sig i Sverige. För att få tillgång till den nya möjligheten om uppehållstillstånd, måste det enligt regeringen föreligga ett antal förutsättningar.⁵⁵

3.4 Ny möjlighet till uppehållstillstånd

Förslaget till lagtext innefattar införandet av två nya paragrafer i begränsningslagen, 16 f och 16 j §§. Dessutom införs ändringar av 16 a, 16 c – 16 e, 16 g – 16 i, 17, 19 och 21 §§.⁵⁶ En avgränsad del av lagtextens förändringar och tillskott kommer att beröras, vilka bifogas i Bilaga A till uppsatsen. Nedan följer en genomgång av lagtextens innebörd med hänvisning till bilagan samt övriga kommentarer i propositionen.

3.4.1 Förutsättningar

En första förutsättning som ska föreligga för att få omfattas av den nya möjligheten till uppehållstillstånd, är att individens ansökan ska ha registrerats hos Migrationsverket senast den 24 november 2015. Med andra ord väljer regeringen att inte frångå regleringarna av registreringsdatum i 16 b § och 16 e § begränsningslagen.⁵⁷

Ytterligare förutsättningar för uppehållstillstånd berör den asylsökandes ålder samt avslag på asylansökan. Regeringen föreslår krav på att ett utvisningsbeslut ska ha fattats eller skulle ha fattats 15 månader eller senare från ansökans registreringsdatum samt efter den tidpunkt då begränsningslagen trädde i kraft. Därav omfattas endast utvisningsbeslut

⁵⁴ Prop. 2017/18:252 s. 54.

⁵⁵ Ibid. s. 31.

⁵⁶ Ibid. s. 5.

⁵⁷ Ibid. s. 69.

fattade efter den 20 juli 2016. Resultatet blir att det nya lagförslaget endast kommer att omfatta de fall där asylansökan har prövats efter att den tillfälliga lagen trätt i kraft och där avslag redan getts då uppehållstillståndet inte kunnat beviljas på annan grund. Lagförslaget riktar sig dessutom endast till ensamkommande flyktingbarn som hunnit bli vuxna då beslutet om utvisning fattas, vilket innebär att asylsökande ska vara 18 år eller äldre för att få ta del av de nya möjligheterna till uppehållstillstånd.⁵⁸

Att befinna sig i Sverige vid ansökan om uppehållstillstånd är ytterligare en förutsättning för att kunna omfattas av förslaget. Detta frångår utlänningslagens huvudregel⁵⁹ om att en utlänning som ansöker om uppehållstillstånd ska ansöka samt beviljas detta innan hen ankommer till landet. Den som varaktigt rest ut ur Sverige ska inte omfattas av det nya förslaget.⁶⁰

Den andra huvudregeln i utlänningslagen⁶¹ som det nya lagförslaget frångår är kravet på styrkande av identitet och innehavet av ett pass. Vid ärenden om uppehållstillstånd där det inte finns ett skyddsbehov, som till exempel uppehållstillstånd på grund av studier, är kravet enligt praxis att den asylsökande ska ha styrkt sin identitet, vilket inbegriper styrkandet av ålder.⁶²

Vid situationer där exempelvis ett starkt skyddsintresse finns eller där individen är flykting, är det tillräckligt att individen gör sin identitet sannolik.⁶³ Kravet i lagförslaget sänks till att den asylsökande i vissa fall inte ens behöver göra sin identitet sannolik. Regeringen menar att de ensamkommande unga som lagförslaget adresserar, skulle ha beviljats ett uppehållstillstånd som skyddsbehövande eller på grund av särskilt ömmande

⁵⁸ Prop. 2017/18:252 s. 38, s. 69.

⁵⁹ 5 kap 18 § Utlänningslagen.

⁶⁰ Prop. 2017/18:252 s. 69.

⁶¹ 2 kap. 1 § Utlänningslagen.

⁶² Jfr MIG 2011:11; MIG 2014:1.

⁶³ Migrationsverket, *Utkast till lagrådsremiss Ny möjlighet till uppehållstillstånd*, dnr. 1.4.3-2018-5231, 2018-02-12 s. 4.

omständigheter, om prövningen skett när de var barn. Regeringens främsta intention är att så många som möjligt av dessa personer inte ska hamna i ett sämre läge än vad de hade gjort om prövningen hade skett i tid. Att dessa ensamkommande barn har levt under oro och ovisshet utan sin familj i tre år, anser regeringen talar för en sänkning av beviskravet och likaså ett avsteg från de hänsyn som normalt tas. Därmed möjliggör regeringen beviljande av uppehållstillstånd även om individen inte kan styrka alternativt göra sin identitet sannolik.⁶⁴

Den nya möjligheten till uppehållstillstånd förutsätter även att ansökan görs i tid. Enligt förslaget ska ansökan skickas in i nära samband med att lagen träder i kraft men absolut senast den 30 september 2018. Möjligheten att ansöka om uppehållstillstånd löper alltså under knappt 3 månader.⁶⁵ Den enskildes möjligheter att ansöka begränsas till ett tillfälle och uppehållstillståndets längd avgränsas till att gälla i tretton månader.⁶⁶

Enligt gällande regelverk ska ensamkommande barn dessutom anvisas ett boende utav Migrationsverket då de ankommer till Sverige.⁶⁷ Detta med beaktande av barnets bästa.⁶⁸ Förutsättning för att omfattas av aktuellt lagförslag bör enligt regeringen vara att en sådan anvisning om boende har gjorts, alternativt borde ha gjorts. De ensamkommande barn som Migrationsverket vid ansökan bedömt som vuxna trots att de uppgett sig vara barn och som senare vid utvisningsbeslutet trots allt kan bedömas ha gjort sin uppgivna ålder sannolik, bör omfattas av lagförslaget menar regeringen.⁶⁹

Slutligen ställs även krav på den asylsökandes utbildningssituation. Enligt gällande regler om uppehållstillstånd för studier på gymnasial nivå, ska

⁶⁴ Prop. 2017/18:252 s. 36.

⁶⁵ Ibid. s. 39.

⁶⁶ Ibid. s. 70.

⁶⁷ 3 § 2 st LMA.

⁶⁸ 1 kap 10 § Utlänningslagen.

⁶⁹ Prop. 2017/18:252 s. 34.

individen ha påbörjat sina studier.⁷⁰ Vid en ålder över 18 år kan en asylsökande utan beviljat uppehållstillstånd inte längre ansöka till gymnasial utbildning. I det aktuella fallet med de ensamkommande barnen, kommer troligen samtliga individer att ha erhållit vuxen ålder och har då enligt gällande reglering ej möjlighet att gå en gymnasieutbildning. Detta utgör ett av skälen till det som regeringen nu vill förändra.⁷¹

I lagförslaget föreslås därmed att de som inte kan påbörja, alternativt återuppta redan påbörjade studier vid gymnasieskolan, ska få en ny möjlighet till beviljat uppehållstillstånd och därmed en ny chans till en utbildning. Den som tidigare har studerat på grundskola eller gymnasieskola omfattas av förslaget såvida denne har för avsikt att återuppta dessa studier och studera på gymnasial nivå.⁷² Det är tillräckligt att den enskilde intygar denna avsikt att studera vid omfattad utbildning, i sin ansökan om uppehållstillstånd för att uppfylla kravet.⁷³

Kravet mynnar således ut i att individen ska ha studerat tidigare samt ha en fortsatt avsikt att studera. Det krävs emellertid inte att det pågår en utbildning i nuläget. De som inte har påbörjat eller genomfört några studier tidigare, omfattas inte. De vidarestudier som omfattas i dagsläget är studier på ett introduktionsprogram i gymnasieskolan, nationellt program på gymnasieskolan alternativt gymnasiesärskolan samt folkhögskolan. Regeringens tillägg i lagförslaget inkluderar fler utbildningar och innebär att även de som studerar en sammanhållen yrkesutbildning inom Komvux eller särsvux ska omfattas av lagförslaget.⁷⁴

⁷⁰ Se Bilaga A.

⁷¹ Prop. 2017/18:252 s. 34f.

⁷² Ibid. s. 35.

⁷³ Ibid. s. 69.

⁷⁴ Ibid. s. 35.

3.4.2 Yrkesutbildning – ytterligare ett tillägg

Sammanhållna yrkesutbildningar avses utgöra incitament till vidarestudier samt etablering på arbetsmarknaden och utgör ett av de tillägg som regeringen föreslår.⁷⁵ Den nya regleringen implementeras i 16 a § begränsningslagen som reglerar längre uppehållstillstånd för studier.⁷⁶

Paragrafen möjliggör uppehållstillstånd för återstående tid av utbildningen samt 6 månader utöver detta. Har den sökande haft ett tidsbegränsat uppehållstillstånd tidigare samt fortfarande studerar på gymnasiet kan denne erhålla ytterligare ett tidsbegränsat uppehållstillstånd som maximalt omfattar tretton månader, vilket går att utläsa av 16 c § begränsningslagen. Den aktuella reformen av 16 a § förändrar ej giltighetstiden utan innebär istället att de utlänningar som studerar en yrkesinriktad utbildning som ges inom ramen för ett introduktionsprogram på gymnasieskolan samt de som studerar heltid på en sammanhållen yrkesutbildning på Komvux eller särvox, också ska omfattas av möjligheten att beviljas ett längre uppehållstillstånd.⁷⁷

Det praktiska utfallet av yrkesutbildningarna har hittills inte mynnat ut i ett gynnande resultat. Det har visat sig vara komplicerat och utmanande för de nyanlända att uppnå behörigheten samt fullfölja en gymnasieutbildning. Regeringen menar att en utökad möjlighet till uppehållstillstånd genom de sammanhållna yrkesutbildningarna ska råda bot på detta, då dessa utbildningar inte har lika höga behörighetskrav.⁷⁸

Uppdraget att erbjuda samt driva yrkesutbildningar på gymnasienivå faller som huvudregel på Sveriges kommuner.⁷⁹ Skyldigheten omfattar dock inte att driva yrkesinriktade vuxenutbildningar, såsom de sammanhållna yrkesutbildningarna. Regeringen menar att det genom en ökad tillförsel av

⁷⁵ Prop. 2017/18:252 s. 46.

⁷⁶ Se Bilaga A.

⁷⁷ Se Bilaga A.

⁷⁸ Prop. 2017/18:252 s. 46f.

⁷⁹ 17 kap. 16 § Skollagen.

ekonomiska medel, ändå bör gå att realisera de sammanhållna yrkesutbildningarna utan kommunernas skyldighet att göra det, något som bland annat Lagrådet ställer sig skeptiska till.⁸⁰

Kommunernas vilja samt kapacitet kommer att utgöra grunden för införandet vilket automatiskt kommer leda till att landets olika utbildningar kommer att se olika ut. Regeringen uttrycker en medvetenhet för detta men anser inte att det utgör ett problem.⁸¹

⁸⁰ Prop. 2017/18:252 s. 47.

⁸¹ Ibid. s. 47.

4 Kritik gentemot lagförslaget

4.1 Allmänt

”Gränsen här har nåtts för vad som är acceptabelt i fråga om hur lagstiftning kan utformas”, skriver Lagrådet i sitt yttrande om utkastet till lagförslag.⁸² Lagrådet har författat sitt yttrande baserat på den lagrådsremiss regeringen via Justitiedepartementet framlade den 19 mars 2018. Detta avsnitt kommer beröra Lagrådets kritik gentemot lagrådsremissen samt remissinstansernas kritik gentemot utkastet till lagrådsremiss. Den kritik som berörs har inte kommit att ändras i propositionen.

4.2 Remissinstanserna

Lagförslaget är i flera avseenden komplicerat och svårgripbart, menar ett flertal av remissinstanserna såsom Sveriges advokatsamfund, Förvaltningsrätten i Stockholm samt Migrationsverket.⁸³ Framförallt domstolarna påpekar att förslaget kommer att innebära svårigheter både för tillämparen samt för de enskilda individerna. Även en person som är van att tyda och tolka lagtext har svårigheter att förstå lagförslagets hänvisningar och därmed vilka som omfattas av reglerna samt hur tillämpning ska ske, menar Stockholms förvaltningsrätt. Förvaltningsrätten, som delvis utgör en av Sveriges fyra migrationsdomstolar, påpekar att de komplicerade reglerna bidrar till att asylprocessen blir otydlig och vag. Därmed ställer de sig frågande till om förslaget bidrar till ett konsekvent och transparent asylförfarande.⁸⁴

Lagförslagets brist på allmängiltig tillämpning adresseras också som ett problem som förvaltningsrätten ställer sig skeptisk till.⁸⁵ I lagrådsremissen

⁸² Prop. 2017/18:252, Lagrådets yttrande s. 118.

⁸³ Prop. 2017/18:252 s. 28.

⁸⁴ Förvaltningsrätten Stockholm, *Utkast till lagrådsremiss Ny möjlighet till uppehållstillstånd*, dnr. FST 2018/4-8, 2018-02-20 s. 1ff.

⁸⁵ *Ibid.* s. 3.

samt ytterligare i propositionen, förklarar Justitiedepartementet att de individer som förslaget aktualiseras för, skulle ha beviljats uppehållstillstånd om prövning skett då de var barn. Som grund för detta refererar departementet till ett vägledande avgörande⁸⁶ angående ett ensamkommande barn från Afghanistan och rådande förhållanden där.⁸⁷ Denna hänvisning förtydligar att de individer som omfattas är de ensamkommande barn från Afghanistan som anlände innan 24 november 2015, menar Förvaltningsrätten. Rätten menar att detta resulterar i ett snävt tillämpningsområde. Ytterligare för de kritik gentemot departementets resonemang och menar att det bygger på en hypotes om att individerna i de flesta fallen skulle ha fått uppehållstillstånd om prövningen skett i tid. Stockholms förvaltningsrätt hävdar att detta är ogrundat och hade behövt underbyggas med mer argumentation.⁸⁸

Slutligen kritiserar förvaltningsrätten även grunderna för uppehållstillstånd enligt det nya lagförslaget. Som tidigare nämnts bygger det nya förslaget på att en utlänning som ansöker om uppehållstillstånd ska befinna sig i Sverige vid ansökan om uppehållstillstånd. Detta till skillnad från utlänningslagens huvudregel om att ansökan ska ha utförts innan inresa.⁸⁹ Detta avsteg från huvudregeln i samband med avvikelser från kravet på styrkande av identitet, ser förvaltningsrätten som problematiskt och menar att det innebär ett avsteg från principen om en reglerad invandring. Förvaltningsrätten anser inte att det finns något godtagbart skäl att slopa kravet på styrkande av identitet vid detta nya lagförslag.⁹⁰

Migrationsverket uttrycker också en skepticism över beviskravet rörande den sökandes identitet och efterfrågar tydligare vägledning kring bedömningen. Ärenden som inte grundas i ett skyddsbehov, som till exempel uppehållstillstånd på grund av studier, har som utgångspunkt att

⁸⁶ MIG 2017:6.

⁸⁷ Prop. 2017/18:252 s. 36.

⁸⁸ Förvaltningsrätten Stockholm, dnr. FST 2018/4-8 s. 3f.

⁸⁹ Se avsnitt 3.4.1.

⁹⁰ Förvaltningsrätten Stockholm, dnr. FST 2018/4-8 s. 4f.

identiteten ska styrkas.⁹¹ Migrationsverket understryker att det endast är i extrema undantagsfall som ett uppehållstillstånd beviljas utan att en identitet har gjorts sannolik. Enbart att sänka beviskravet från styrkt till sannolikt för uppehållstillstånd på grund av studier, anser Migrationsverket utgör ett markant avsteg från praxis. Myndigheten upplyser också om att flertalet av de personer som omfattas av förslaget inte har kunnat göra sin ålder sannolik. I flera fall konstrueras också en ålder av Migrationsverket i brist på ID-handlingar, vilken bestäms till den mest förmånliga för individen. Migrationsverket varnar därför för att individerna som kan komma att beviljas uppehållstillstånd enligt förslaget samt studera på gymnasiet, kan vara flera år äldre än vad som framgår av födelseuppgifterna.⁹²

Slutligen uttrycker Migrationsverket en oro kring individens motivation att återvända till hemlandet vid ett eventuellt avslag. Migrationsverket arbetar kontinuerligt för ett självmant återvändande och menar att lagförslaget riskerar att leda till att allt fler avviker vilket varken gynnar samhället eller den enskilde individen.⁹³

4.3 Lagrådet

Lagrådet finner som ett flertal andra remissinstanser att den nya regleringen innefattar komplexa regler med ett flertal komplicerade rekvisit. Enligt Lagrådet medför detta att konsekvenserna blir oerhört svåra att överblicka. Lagrådet menar att den ursprungliga utlänningslagen i sig är komplicerad och att dess nu gällande tilläggslagar redan gör det svårt att överblicka. Detta i kombination med vad Lagrådet anser vara en knapphändig analys resulterar i att det är uppenbart att den nya regleringen inte kommer att uppnå sin fulla effektivitet.⁹⁴

⁹¹ Se avsnitt 3.4.1.

⁹² Migrationsverket, dnr. 1.4.3-2018-5231 s. 3ff.

⁹³ Ibid. s. 3.

⁹⁴ Prop. 2017/18:252, Lagrådets yttrande s. 118.

Förslagets avvikande från flertalet av de allmänna principerna inom rättsområdet, såsom huvudregeln om identifikationskrav och huvudregeln om att ha ansökt om asyl innan inresa i landet, gör att konsekvenserna blir än mer svåra att förutse menar Lagrådet vidare.⁹⁵

Idén om sammanhållna yrkesutbildningar ställer sig Lagrådet något positiva till. De är av åsikten att det är den grunden för uppehållstillstånd som i realiteten blir aktuell för de ensamkommande unga. Samtidigt poängteras att det inte föreligger en skyldighet för kommunerna att erbjuda detta vilket innebär att kommunernas inställning till införandet kommer påverka förverkligandet av lagförslaget i praktiken.⁹⁶

Lagrådet anser att lagstiftningsprocessen i det aktuella fallet är oacceptabel och vidare att beredningskravet inte kan anses väl tillgodosett. I 7 kap. 2 § RF regleras beredningskravet som stadgar att varje beredning av regeringsärenden ska föregås av inhämtade yttranden från remissinstanser så som myndigheter, kommuner, sammanslutningar och enskilda. Antal remissinstanser som tagit del av remissen är tillräckliga enligt Lagrådet. Beredningskravet innefattar dock även remisstiden som i det aktuella fallet endast har pågått under tre veckor, vilket Lagrådet menar utgör en knapp tid med hänsyn till den komplexitet och svårtillgänglighet lagförslaget innefattar.⁹⁷

Kritik riktas även mot lagförslagets avgränsning kring vilka individer som omfattas och utefter vilka förutsättningar. Lagrådet ifrågasätter att grunden för uppehållstillstånd främst bygger på Migrationsverkets långa handläggningstider och inte på individens enskilda förhållanden vilket frångår de allmänna principerna om vilka asylskäl som ska ligga till grund för uppehållstillstånd.⁹⁸ Lagrådet påpekar ytterligare att det rör sig om en strikt avgränsad grupp på 9 000 personer och ifrågasätter om den

⁹⁵ Prop. 2017/18:252, Lagrådets yttrande s. 118.

⁹⁶ Ibid. s. 121f.

⁹⁷ Ibid. s. 122.

⁹⁸ Se avsnitt 3.1.1.

avgränsningen är rimlig och verkligen innebär att lika fall kommer att behandlas lika.⁹⁹

Med grund i ovan redovisad kritik väljer Lagrådet att inte tillstyrka det remitterade förslaget.¹⁰⁰

⁹⁹ Prop. 2017/18:252, Lagrådets yttrande s. 119.

¹⁰⁰ Ibid. s. 123.

5 Sammanfattande analys

5.1 Den fundamentala rättssäkerheten

Att en rättsstat bygger på förutsebara normer där rätten praktiseras utefter etiska värden utgör fundamentet för ett rättssäkert samhälle. För att skapa en legitim och rättssäker rättsstat måste därför rättsväsendet praktisera utefter förutbestämda principer samt skipa rätt inom lagens ramar.¹⁰¹

5.2 En förutsebar reglering är a och o

En rättsregel ska vara förutsebar, exakt och generell för att uppnå kraven på formell rättssäkerhet. Gällande reglering av asylrätten är komplicerad och svår att begripa som utgångspunkt, något som lagförslaget inte underlättar, vilket ett flertal remissinstanser påpekar.¹⁰² Komplicerade rekvisit och otydliga formuleringar är återkommande riktad kritik mot lagförslaget och någonting som generellt sett kan sägas gälla för migrationsrätten. De nya formuleringarna samt hänvisningarna i lagrummen är komplext formulerade vilket resulterar i svårigheter att orientera sig i lagen samt att finna förståelse kring vad som gäller. Detta riskerar att resultera i att processen blir otydlig, svårbegriplig och icke-konsekvent vilket leder till en rättsosäkerhet samt risk för en skönsmässig bedömning. Som Peczenik påpekar leder otydliga regler till svårigheter att förutse de beslut som fattas på basis av dem.¹⁰³

Tillämpningen utefter detta lagförslag riskerar att bli skönsmässig samt varierande och således inte förutsebar. Då konsekvensanalysen är nästintill obefintlig uppstår svårigheter att fastställa hur tillämpning kommer ske, hur värderingen av beviskraven ska utformas samt vilka som i praktiken kommer att gynnas av detta förslag. Krav på styrkande av identitet är praxis i migrationsärenden där det inte finns ett särskilt skyddsbehov, som till

¹⁰¹ Se avsnitt 2.1; avsnitt 2.4.

¹⁰² Se avsnitt 4.2.

¹⁰³ Se avsnitt 2.2.

exempel vid uppehållstillstånd på grund av studier. Migrationsverket poängterar flertalet gånger i sitt remissyttrande att ett sänkt beviskrav om att göra identiteten sannolik, tillämpas ytterst sällan. I aktuellt fall önskar regeringen sänka beviskravet ytterligare. Uppehållstillstånd ska kunna beviljas även om identiteten är oklar.¹⁰⁴ Avsteget från denna huvudregel, i samband med att för lång handläggningstid anges som skäl för möjlighet till uppehållstillstånd, riskerar att leda till en urholkning av asylrätten. Asylrätten bygger förvisso på en komplicerad lagreglering men likväl en principfast sådan. Att bevilja uppehållstillstånd till en individ där asylskäl inte föreligger, i samband med att individen inte behöver styrka sin identitet, riskerar att urholka asylrättens allmänna principer och kan anses som fullkomligt rättsstridigt.

Lagstiftningsprocessen blir i det aktuella fallet oerhört lidande. Att bereda ett ärende inom lagens ramar uppfyller kraven på legalitet och förutsebarhet, två primära faktorer för att uppfylla total rättssäkerhet. I aktuellt fall, med ett lagförslag innefattande komplicerade rekvisit samt omfattande konsekvenser har remisstiden utgjorts av tre veckor. Tre veckor att förstå sig på ett lagförslag som i sin tur är bristfälligt analyserat. Med grund i remissinstansernas misstykke och lagregleringens krav på beredning kan detta ärende inte anses uppfylla beredningskravet, vilket skapar fundamentala brister i förutsebarhet, legalitet samt rättsväsendets legitimitet.

5.3 En ouppnåbar likhet inför lagen?

För att förutsebarhet och därmed formell rättssäkerhet ska anses uppfyllt ska rättsnormerna vara generella och tillämpas lika på lika fall, vilket även innefattar en formell likabehandling.¹⁰⁵ Förslaget adresserar en specifik grupp på omkring 9 000 afghanska ungdomar som får tillgång till den kompletterande möjligheten om uppehållstillstånd. Att lagförslaget specifikt inriktar sig mot en avgränsad grupp individer torde utgöra en brist i kravet

¹⁰⁴ Se 16 f § Bilaga A.

¹⁰⁵ Se avsnitt 2.2; avsnitt 2.5.

på generalitet. De som nekades uppehållstillstånd som barn men som fortfarande vistas i Sverige, omfattas exempelvis inte av lagförslaget, då de inte blev nekade under vuxen ålder.¹⁰⁶ De som inte uppfyller kraven på asylskäl får inte heller stanna, men att ha blivit missgynnad på grund av för långa handläggningstider ska enligt regeringen utgöra ett giltigt skäl till uppehållstillstånd, något som ur rättssäkerhetssynpunkt starkt kan kritiseras. Avgränsningen innebär en särbehandling, gynnande för de som omfattas, men snarare missgynnande gentemot den större massan.

För att åstadkomma formell likhet ska särbehandling som huvudregel inte förekomma. Om särbehandlingen dock gynnar den enskilde tycks den anses accepterad, av den orsaken att skillnaderna då utjämnas. Lagförslagets ikraftträdande skulle innebära att de ensamkommande unga åtnjuter särskilda förmåner samt erbjuds en hjälp på vägen till skapandet av en tryggare framtid. Aktuellt fall kan tolkas utgöra en intresseavvägning mellan de ensamkommande ungas rättigheter och möjligheter kontra det rättsligt sett korrekta agerandet. Ur moralisk synpunkt kan det anses eftersträvansvärt att införa lagen. Införs lagen, tillgodoses de ungas rättigheter som till viss del åsidosatts när handläggningstiderna dragit ut på tiden. De får upprättelse för den långa tid de fått vänta och möjligheterna om uppehållstillstånd leder till att de inte längre missgynnas på grund av en utdragen asylprocess. Kraven på både formell samt materiell likhet inför lagen i deras hänseende, kan anses uppfylld då det inte brister i varken diskriminering eller negativ särbehandling ur deras synvinkel. Ur rättens hänseende torde dock kraven på rättssäkerhet innebära att lagen inte bör införas. De komplicerade reglerna leder till bristande förutsebarhet kring lagförslagets konsekvenser. Den specifika avgränsningen av berörda individer skapar en svårighet att förutse vilka som omfattas samt resulterar ytterligare i en särbehandling präglad av intresseavvägningar. Frågan jag som författare ställer mig är om regeringens tanke är att rättssäkerheten ska få stå tillbaka i förmån för dessa individers framtid?

¹⁰⁶ Se avsnitt 3.4.1.

I boken *Likhet inför lagen* framförs ytterligare en aspekt av likabehandling, det vill säga att det generellt inte går att skapa likabehandling i en civiliserad rättsstat så länge medborgarna inte är fullkomligt lika. Lagens abstrakta konstruktion är ofta svår att applicera på den konkreta situationen.¹⁰⁷ Möjligen förefaller det vara så att det inte går att uppnå fullkomlig likhet inför lagen då ett flertal aspekter spelar in. Konstateras kan, att lagförslaget riskerar att inte uppnå kraven på likhet inför lagen då den föreslagna lagtexten inte är generell eller tydlig nog vilket leder till att lika fall riskerar att inte behandlas lika.

Att de sammanhållna yrkesutbildningarna likställs med redan omfattande yrkesutbildningar är dock ett steg i riktningen för likhet inför lagen. Att fler utbildningar omfattas skapar en koherens i rättsutövningen. Dock finns risken att dessa utbildningar ändå riskerar att brista ur rättssäkerhetssynpunkt. Detta då det inte föreslås någon skyldighet för kommunerna att införa dem. Precis som Lagrådet kommenterar kommer införandet vila i kommunernas kapacitet samt vilja att införa utbildningarna vilket leder till att det inte kommer att se likadant ut, landet över. En förutsättning för att ta del av utbildningen kommer således vila i var i landet du bor vilket i sin tur resulterar i att de enskilda inte erbjuds lika möjligheter. Avvägningen riskerar således att bli skönsmässig.

5.4 Avslutande ord

Sammanfattningsvis fastställs att lagförslagets brister är omfattande, att det finns flertalet outredda aspekter, samt att konsekvenserna är bristfälligt analyserade. Införandet av detta förslag kan riskera att strida mot både rättssäkerheten samt det allmänna lagstiftningsförfarandet och i flertalet fall inte ens komma att gynna den enskilde då bedömningen blir för komplicerad. Sålunda blir rättssäkerheten lidande vilket ett flertal remissinstanser samt Lagrådet upprepade gånger poängterar för regeringen,

¹⁰⁷ Se avsnitt 2.5.

som till viss del blundar för kritiken. Att bevilja uppehållstillstånd på dessa grunder vore ett steg mot att urholka asylrätten. Sammantaget kan sägas, att regeringens proposition om ny möjlighet till uppehållstillstånd inte uppfyller kraven på en rättssäker tillämpning. För att återigen citera Lagrådet så kan det konstateras att gränsen här har nåtts för vad som är acceptabelt i fråga om hur lagstiftning kan utformas.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Se avsnitt 4.1.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Sverige

Ds 2015:37 *Genomförande av det omarbetade asylprocedurdirektivet*

Prop. 2015/16:174 *Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige*

Prop. 2017/18:252 *Extra ändringsbudget för 2018 – Ny möjlighet till uppehållstillstånd*

Europeiska unionen

Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/32/EU av den 26 juni 2013 om gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla internationellt skydd (omarbetning)

Litteratur

Böcker

Diesen, Christian och Lernestedt, Claes och Lindholm, Torun och Pettersson, Tove: *Likhet inför lagen*, Stockholm, 2005

[Cit. Diesen m.fl. (2005)]

Kleineman, Jan: 'Rättsdogmatisk metod', i: Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Lund, 2013

[Cit. Kleineman (2013)]

Peczenik, Aleksander: *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stockholm, 1995

[Cit. Peczenik (1995)]

Artiklar

Frändberg, Åke: 'Om rättssäkerhet' *Juridisk Tidsskrift vid Stockholms Universitet* nr 2 2000/01 s. 269–280

[Cit. Frändberg, JT (2001)]

Jareborg, Nils: 'Rättsdogmatik som vetenskap' *Svensk Juristtidning* 2004 s. 1–10

[Cit. Jareborg, SvJT (2004)]

Olsen, Lena: 'Rättsvetenskapliga perspektiv' *Svensk Juristtidning* 2004 s. 105–145

[Cit. Olsen, SvJT (2004)]

Sandgren, Claes: 'Är rättsdogmatiken dogmatisk?' *Tidsskrift for Rettsvittenskap* 2005 s. 648–656

[Cit. Sandgren, TrF (2005)]

Zila, Josef: 'Om rättssäkerhet' *Svensk Juristtidning* 1990 s. 284–305

[Cit. Zila, SvJT (1990)]

Elektroniska källor

Migrationsverket: "Inkomna ansökningar om asyl, 2015", 2016-01-01, <<https://www.migrationsverket.se/download/18.7c00d8e6143101d166d1aab/1485556214938/Inkomna+ans%C3%B6kningar+om+asyl+2015+-+Applications+for+asylum+received+2015.pdf>>, besökt 2018-04-26.

Nationalencyklopedin, "Legalitetsprincipen", <<https://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/l%C3%A5ng/legalitetsprincipen>>, besökt 2018-05-10

Schultz, Mårten: "Den orubbliga principen", *Dagens Juridik*, 2008-03-07, <<http://www.dagensjuridik.se/2008/03/den-orubbliga-principen>>, besökt 2018-05-09.

UNHCR: "Operational Data Portal – Mediterranean Situation", <http://data2.unhcr.org/en/situations/mediterranean#_ga=2.206246867.1311948829.1524749056-2073178801.1524661201>, besökt 2018-04-26.

Rättsfall från Migrationsdomstolen

MIG 2011:11

MIG 2014:1

MIG 2017:6

Övrigt

Förvaltningsrätten Stockholm: *Remiss av utkast till lagrådsremiss Ny möjlighet till uppehållstillstånd*, dnr FST 2018/4-8, 2018-02-20

Migrationsverket: *Remiss av utkast till lagrådsremiss Ny möjlighet till uppehållstillstånd*, dnr 1.4.3-2018-5231, 2018-02-12

Sveriges advokatsamfund, ”Sveriges advokatsamfunds rättssäkerhetsprogram”, Stockholm, 1988

Bilaga A – Förslag till lagtext (utdrag)

Lagtext

Prop. 2017/18:252

Regeringen har följande förslag till lagtext.

Förslag till lag om ändring i lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige
dels att nuvarande 16 f–16 h §§ ska betecknas 16 g–16 i §§,
dels att de nya 16 g–16 i §§ ska ha följande lydelse,
dels att 16 a, 16 c–16 e, 17, 19 och 21 §§ ska ha följande lydelse,
dels att rubrikerna närmast före nuvarande 16 f och 16 h §§ ska sättas närmast före de nya 16 g respektive 16 i §,
dels att det ska införas två nya paragrafer, 16 f och 16 j §§, och närmast före 16 j § en ny rubrik, av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

16 a §

Giltighetstiden för ett uppehållstillstånd som beviljas en utlänning enligt 5 kap. 1 eller 6 § eller 12 kap. 18 § första stycket utlänningslagen (2005:716) ska bestämmas i enlighet med tredje stycket om det leder till en längre giltighetstid än vad som följer av 5, 12 eller 15 § och utlänningen

1. har fyllt 17 men inte 25 år,
2. studerar på ett nationellt program i gymnasieskolan eller i gymnasiesärskolan eller på heltid på en annan motsvarande utbildning, och

Giltighetstiden för ett uppehållstillstånd som beviljas en utlänning enligt 5 kap. 1 eller 6 § eller 12 kap. 18 § första stycket utlänningslagen (2005:716) ska bestämmas i enlighet med fjärde stycket om det leder till en längre giltighetstid än vad som följer av 5, 12 eller 15 § och utlänningen

2. studerar på
 - a) ett nationellt program i gymnasieskolan eller i gymnasiesärskolan eller på heltid på en annan motsvarande utbildning,

- b) en yrkesinriktad utbildning som syftar till att underlätta etablering på arbetsmarknaden och som ges inom ramen för ett introduktionsprogram i gymnasieskolan, eller

3. inte tidigare har fullföljt en sådan utbildning eller en utländsk motsvarande utbildning.

c) heltid på en sammanhållen yrkesutbildning inom den kommunala vuxenutbildningen eller den särskilda utbildningen för vuxna, och

3. inte tidigare har fullföljt en sådan utbildning eller, *i fråga om en sådan utbildning som avses i 2a*, en utländsk motsvarande utbildning.

För en utlänning som har fullföljt en sådan utbildning som avses i första stycket 2 b och c före den 1 juli 2018 och som studerar på ett nationellt program i gymnasieskolan eller i gymnasiesärskolan eller på heltid på en annan motsvarande utbildning gäller, i stället för vad som anges i första stycket 3, att utlänningen inte tidigare ska ha fullföljt en sådan utbildning som avses i första stycket 2 a eller en utländsk motsvarande utbildning.

Giltighetstiden för ett uppehållstillstånd som beviljas ett ensamkommande barn enligt 5 kap. 11 § utlänningslagen för att det saknas ett ordnat mottagande i hemlandet *ska också bestämmas i enlighet med fjärde stycket om det leder till en längre giltighetstid än vad som annars skulle ha bestämts och* barnet

2. studerar på

a) ett nationellt program i gymnasieskolan eller i gymnasiesärskolan, eller

b) en yrkesinriktad utbildning som syftar till att underlätta etablering på arbetsmarknaden och som ges inom ramen för ett introduktionsprogram i gymnasieskolan.

Giltighetstiden *ska också bestämmas i enlighet med tredje stycket* för ett uppehållstillstånd som beviljas ett ensamkommande barn enligt 5 kap. 11 § utlänningslagen för att det saknas ett ordnat mottagande i hemlandet, *om* barnet

1. har fyllt 17 år, och

2. studerar på ett nationellt program i gymnasieskolan eller i gymnasiesärskolan.

Giltighetstiden ska bestämmas till sex månader utöver den tid som återstår av utbildningen enligt utlänningens individuella studieplan, eller, om

utlänningen studerar på folkhögskola, enligt motsvarande planeringsdokument.

Om det finns särskilda skäl får giltighetstiden bestämmas enligt *tredje* stycket även om utlänningen studerar på deltid.

Om det finns särskilda skäl får giltighetstiden bestämmas enligt *fjärde* stycket även om utlänningen studerar på deltid.

16 f §

En utlänning som har fått, eller annars skulle få, ett beslut om utvisning ska beviljas ett uppehållstillstånd för studier på gymnasial nivå om

- 1. utlänningens första ansökan om uppehållstillstånd har registrerats hos Migrationsverket med registreringsdatum den 24 november 2015 eller tidigare,*
- 2. det för utlänningen har, eller borde ha, anvisats en kommun som ska ordna boendet enligt 3 § andra stycket lagen (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl.,*
- 3. beslutet om utvisning har fattats, eller annars skulle fattas, 15 månader eller senare från registreringsdatumet men tidigast den 20 juli 2016,*
- 4. beslutet om utvisning har fattats, eller annars skulle fattas, när utlänningen är 18 år eller äldre,*
- 5. utlänningen befinner sig i Sverige när ansökan om uppehållstillstånd för studier på gymnasial nivå görs, och*
- 6. utlänningen studerar eller har för avsikt att studera*
 - a) i gymnasieskolan eller i gymnasiesärskolan eller på heltid på en annan motsvarande utbildning, eller*
 - b) på heltid på en sammanhållen yrkesutbildning inom den*

*kommunala vuxenutbildningen
eller den särskilda utbildningen för
vuxna.*

*För att uppehållstillstånd ska
beviljas en utlänning som har för
avsikt att studera krävs att han
eller hon tidigare har studerat i
Sverige.*

*Uppehållstillstånd får beviljas
även om utlänningens identitet är
oklar och han eller hon inte kan
göra sin uppgivna identitet
sannolik.*

*Uppehållstillståndet ska vara
tidsbegränsat och gälla i tretton
månader.*

*Om det finns särskilda skäl får
uppehållstillstånd beviljas även vid
studier på deltid.*

*En ansökan om uppehålls-
tillstånd ska ha kommit in till
Migrationsverket senast den 30
september 2018 och får göras vid
endast ett tillfälle.*