

Diskriminering som grund för skyddsbehov

Av Maria Bexelius

Inledande ord

Denna text sammanfattar några av de reflektioner och slutsatser som framkommit i samband med de två första årens arbete med texter inom ramen för doktorandprojektet som bär den preliminära titeln ”(In)equality, Intersectionality and the Power and Politics of Refugee Law” och som ingår i samverkansprojektet Lund/Uppsala Migration Law Network (L/UMIN). Efter projekt slut fortskrider arbetet. Det tar sin utgångspunkt i bland annat kritisk rättsteori och kommer även framöver att behandla hur makt utövas och (o)jämlighet görs genom rätten, med fokus på asylrätten och asylskäl som främst rör ojämlikhet i relation till kategorierna kön, etnicitet, politisk uppfattning och ekonomi/klass.

Synen på politik och politiskt flyktingskap i svensk asylrätt 1914-2013

Som en del av avhandlingsprojektet har texten *The Concept of A Political Refugee – Swedish Law and Practice* skrivits och presenterats vid Nordic Asylum Law Seminar i Bergen, Norge, i juni 2013. Texten behandlar, som framgår av titeln, ojämlikhet/diskriminering relaterad till politiska åsikter. Mer precist analyseras den rättsliga konstruktionen av vem som är politiskt förföljd och vilken föreställning om begreppet politik denna konstruktion grundar sig på. Materialet som analyserat är samtliga utlänningslagstiftningar i Sverige, inklusive förarbeten, från och med den allra första utlänningslagen år 1914 till och med den nuvarande lagen som trädde ikraft 2006, samt ett urval avgöranden från Migrationsöverdomstolen vilka avkunnats mellan 2006 och 2013.

Resultatet av analysen av förarbeten visar att synen på politik och vem som anses vara politiskt förföljd förändrats i relativt hög grad under dessa närmare 100 år, särskilt i och med den nuvarande utlänningslagen (2005:716). Denna lags förarbeten avviker drastiskt från sina föregångare och föreskriver ett politikbegrepp som är i hög grad kontextbundet, inte är kopplat till någon specifik kropp, rum eller aktivitet och tar sin utgångspunkt i att makt inte enbart utövas vertikalt mellan stat och enskilda utan förekommer i alla relationer.¹ Här framgår till exempel att en politisk uppfattning kan röra faktiska eller tillskrivna uppfattningar om bland annat kön och sexualitet samt att normbrytande ageranden således kan tolkas som uttryck för en politisk uppfattning som kan medföra en risk för förföljelse. Om än det finns vissa motsägelsefulla skrivningar i förarbetena så kan det konstateras att en ny syn på politik och politisk förföljelse introduceras. Sammanfattningsvis, och förenklat, är beteckningen som politiskt förföljd person inte längre förbehållet den som utövar mer traditionell politisk aktivitet i öppen organiserad och kollektiv form (ofta som medlem av ett parti eller en grupp i opposition) eller i individuell form (som journalist, advokat etc.) gentemot de styrande. Resultatet av analysen av migrationsöverdomstolsavgörandena visar däremot på att förarbetenas och därmed lagstiftarens intentioner att introducera en ny syn på politik och politisk förföljelse, med tydligare förankring i internationell flyktingrätt och doktrin, inte fått genomslag i praxis.

¹ Prop. 2005/06:6, s. 24.

Om rättens (re)produktion av ojämlikhet

Som en del av avhandlingsprojektet har texten *Refugee Law and the Production of (In)Equality* skrivits som till en del presenterades på konferensen Nordic Asylum Law Seminar i Uppsala i maj 2015. Texten behandlar en analys av 24 refererade avgöranden från Migrationsöverdomstolen; avgöranden vilka i någon mån innefattar anförd ojämlikhet till följd av rasifieringsprocesser genom vilka makthierarkier mellan människor konstitueras och upprätthålls utifrån föreställda kategorier såsom etnicitet, nationalitet, hudfärg, klan, migrationsstatus, språklig eller geografisk hemvist.² Analysen huvudsakliga syfte var att, med dessa överdomstolavgöranden som exempel, undersöka hur rätten som en social praktik och en samling maktutövningstekniker kan bidra till att producera, reproducera eller utmana maktasymmetrier och, med andra ord, ojämlikhet.

Detta gjordes genom att inledningsvis analysera utgången i de undersökta målen utifrån bifall/avslag/återförvisning och två perspektiv på jämlikhet³. I ett andra skede söktes spår av underliggande hegemoniska diskurser och idéer som underbygger och på så sätt kan sägas styra utgången i målen och gör att vissa asylskäl och argument konstrueras som mer rättsligt relevanta och i linje med utlänningslagens skyddsparagrafer 4 kap. 1-2a§ och 5 kap. § än andra. Och i ett tredje skede spårades moment av urval, med andra ord exkludering, inkludering, betoning och nedtoning (former av omedveten och/eller medveten maktutövning) i rättstillämparens representation och konstruktion av asylskäl, rekvisit, landförhållanden, asylberättelsen och den asylsökande som subjekt. Sådana moment, som sällan diskuteras explicit, påverkar - i likhet med de underliggande diskurserna - utgången i målet och kan i vissa fall bidra till att legitimera den. De kan således göra att vissa tolkningar av rekvisit och bedömningar av asylskäl ger sken av att vara ”objektivt” självklara och korrekta ur rättslig synpunkt.

Som framgår ovan utgjorde analysen ingen studie av så kallad gällande rätt.

Delar av analysresultatet kommer att redogöras för kortfattat nedan.

(O)jämlikhet som domstolsanktionerad normalitet

Inte i något av de 24 analyserade rättsfallen bedömer Migrationsöverdomstolen att ojämlikhet kopplat till normer kring etnicitet, nationalitet eller hudfärg etc. är tillräckligt allvarligt för att utgöra förföljelse eller annan skyddsgrundande behandling och medför att de/n asylsökande beviljas permanent uppehållstillstånd av detta skäl, enligt 4 kap. 1§ (flyktingstatus), 4 kap. 2-2a (alternativt skyddsbehövande) eller 5 kap. 6§ (synnerligen ömmande omständigheter) i utlänningslagen (2005:716).⁴ I målet MIG 2008:21 beviljas visserligen en kvinna tillhörande gruppen maktoumeen (statslösa kurder) i Syrien flyktingstatus av Migrationsöverdomstolen, men detta först efter att domstolen konstaterat att den omfattande diskriminering som hon skulle riskera såsom

² De 24 avgörandena har inhämtats utifrån ett urval på totalt 71 refererade avgöranden från Migrationsöverdomstolen som samtliga behandlar antingen grundärenden (4 kap. 1§, 4 kap. 2-2a§, 5 kap. 6§) eller ärenden om flyktingstatusförklaring varvid 4 kap. 1§ behandlas eller ärenden som rör prövning av skyddsbehov enligt 4 kap. 1-2a§ alternativt andra skäl enligt 12 kap. 16b§ efter att allmän domstol dömt personen till utvisning på grund av brott.

³ Dessa två perspektiv tog sin utgångspunkt i teorier om (o)jämlikhet av Nancy Fraser och Jacques Ranciere, men kommer av utrymmesskäl inte att diskuteras här.

⁴ Avgörandena resulterar i tre återförvisningar (MIG 2012:2, MIG 2009:35, 2006:7); fem bifall varav tre (MIG 2009:27) avser 4 kap. 2§ (väpnad konflikt), en avser 5 kap. 6§ (synnerligen ömmande omständigheter) och en avser 4 kap. 1§ (flyktingstatus) utlänningslagen; 16 avslag (MIG 2007:9, MIG 2007:16, MIG 2007:15, MIG 2007:20, MIG 2007:33 I, MIG 2007:33 II, MIG 2007:37, MIG 2007 not 14, MIG 2007:48, MIG 2008:38, MIG 2008:3, MIG 2008:21, MIG 2009:8, MIG 2009:19, MIG 2011:5, MIG 2012:18, MIG 2012:8).

maktoumeen inte utgjorde tillräckligt allvarliga människorättskränkningar för att inrymmas i förföljelsebegreppet. Motiveringen till att bevilja flyktingstatus är mycket knapphändig men riskbedömningen synes främst ta sin utgångspunkt i kvinnans tidigare politiska aktiviteter om än domstolen skriver att hennes tillhörighet till en utsatt grupp beaktats. Analysen av MIG 2008:21 och övriga domar indikerar att ojämlikheten i sig svårligen kan ge upphov till skydd (med visst undantag för om den, under vissa omständigheter, kommer till uttryck i form av fysiskt våld eller godtyckligt frihetsberövande⁵), men att förutsättningarna att få skydd ökar om en person tar stora risker genom att agera politiskt utifrån sin ojämlika position.⁶ En sådan ojämlikhet i makt som visar sig genom diskriminering avseende såväl tillgång till medborgarliga och politiska rättigheter som ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter blir följaktligen i hög utsträckning både normaliserad och reproducerad genom rätten.

Diskursernas makt och kamp i rätten

Analysen av rättsfallen indikerar vidare att utgången i målen underbyggs av vissa hegemoniska diskurser. En sådan tycks vara den som utgår från medborgaren som primärt rättighetssubjekt och därmed utesluter eller tränger undan flyktingen och migranten som inte förutsätts få tillgång till lika rättigheter; en rättighetsdiskurs som kritiserats av bland andra Hannah Arendt, Giorgio Agamben, Etienne Balibar, Nanda Oudejans och Kimberely Crenshaw.⁷ Idén om att rättigheter fördelas utifrån graden av (erkänd) anknytning till nationalstaten går hand i hand med en skillnadsskapande syn på rättigheter som innebär att asylsökande, till skillnad från svenska medborgare, förutsätts uthärda omfattande rasism och nationalism (som bland annat maktoumeener utsätts för) och att därmed inte komma i åtnjutande av de grundläggande mänskliga rättigheter som stipuleras i såväl internationella som regionala människorättsfördrag.⁸

En annan hegemonisk diskurs som kan skönjas i analysen tycks utgå från en syn på diskriminering och ojämlikhet som snarast tar sikte på enskilda diskriminerande åtgärder, främst av fysisk karaktär (såsom våld), vilka anses kunna utgöra förföljelse och utförs med tydliga intentioner och *en* tydligt urskiljbar diskrimineringsgrund.⁹ Denna syn premieras framför en som kretsar kring eller

⁵ MIG 2008:21 utgör ett exempel på detta, mot bakgrund av att den asylsökande kvinna som målet beviljas flyktingstatus på grund av att hon anses ånyo riskera statlig förföljelse i form av frihetsberövande och fysiskt våld i fängsligt förvar. Den slutsatsen får också stöd av analysen som visar att förföljelsebegreppet tycks i hög utsträckning konstrueras utifrån en föreställning om att fysiskt våld och (statligt) frihetsberövande, om än den också visar att till exempel fysiskt våld inte alltid anses nå upp till förföljelse (jfr MIG 2009:27).

⁶ Beslutsmotiveringen i MIG 2008:21 är ett exempel på detta. Det ska dock noteras att exempelvis MIG 2007:20 och MIG 2007:37 utgör exempel på svårigheten för sökande att nå upp till en nivå av politisk aktivitet som av domstolen anses tillräckligt hög för att medföra risk för förföljelse eller annan skyddsgrundande behandling.

⁷ Se till exempel Arendt, Hannah, Nationalstatens tillbakagång och slutet för de mänskliga rättigheterna, *Fronesis* nr. 14-15, 2003, s. 201-243; Agamben, Giorgio, "Bortom mänskliga rättigheter", *Fronesis* nr. 14-15, 2003, s. 194-200; Balibar, Étienne, *Vi, det europeiska folket?: reflektioner kring ett transnationellt medborgarskap*, Tankekraft, Hägersten, 2009; Nanda Oudejans, *Asylum. A Philosophical Inquiry into the International Protection of Refugees* (diss. Tilburg), Boxpress, Oisterwijk, 2011; Crenshaw, K., (1991), "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity, and Violence Against Women of Color.", *Stanford Law Review*, 43(6):1241-1300.

⁸ Jfr till exempel FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna (1948), FN:s konvention om medborgarliga och politiska rättigheter (1966), FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (1966), FN:s konvention om avskaffande av alla former av rasdiskriminering (1965); Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2007); Europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (1950); Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform, se kap. 2.

⁹ För en redogörelse för det klassiskt liberala perspektivet på diskriminering och ojämlikhet samt kritik mot det, se till exempel Makkonen, Timo, *Equal in law, unequal in fact: racial and ethnic discrimination and the legal response thereto*

inkluderar flera eller ett kontinuum av åtgärder av verbal eller psykologisk karaktär genom vilka vissa människor uttrycker sitt förakt för andra på grund av de senares hudfärg, ursprung eller liknande. Betoningen på urskiljbara enskilda åtgärder som var och en anses vara av tillräckligt allvarligt slag går också hand i hand med nedtoningen av ett kumulativt element vid bedömningen av åtgärder liksom vid nedtoningen av lagar och sociala normer som främjar och upprätthåller ojämlikhet, såsom rasism. Fokuseringen på att finna en diskriminerande avsikt bakom en åtgärd innebär nedtoningen av ett perspektiv som betraktar det diskriminerande resultatet som nog så betydelsefullt – oaktat avsikten eller den eventuellt neutrala policyn. Slutligen verkar det finnas en tendens att analysera orsakssammanhang från ett endimensionellt perspektiv, och därmed utgå ifrån antagandet att det endast finns *en* relevant orsak bakom en händelse eller åtgärd och att förföljelse på grund av exempelvis normer kring klan eller etnicitet tar sig vissa förutbestämda stereotypa uttryck. Det innebär bland annat en bortträngning av strukturella och intersektionella perspektiv på diskriminering. Allt detta påverkar bedömningen olika aspekter i asylberättelser, vad som anses utgöra förföljelse och risken för förföljelse mm., varvid vissa aspekter och riskscenarier inte ens blir föremål för analys eller inte representeras som problem och än mindre resulterar i att uppehållstillstånd beviljas. I slutändan skapar det en hierarkisk förståelse och klassificering av asylskäl där vissa skäl kommer att betraktas som mer rättsligt relevanta än andra.

En tredje hegemonisk diskurs tycks vidare utgå från en hierarkisk traditionell syn på rättigheter som fäster större värde och betydelse vid så kallade medborgerliga och politiska rättigheter än ekonomiska, sociala och kulturella sådana (vilket också påverkar bedömningen och medför att exempelvis asylskäl som associeras med ekonomisk ojämlikhet löper hög risk att avfärdas som icke-uppehållstillståndsgrundande).¹⁰ Denna diskurs bidrar i sin tur också till att asylskäl, och i förlängningen, asylsökande kategoriseras på en hierarkisk skala där vissa anses mer rättsligt relevanta och skyddsvärda än andra.

Rättsfallsanalysen pekar även mot vad som skulle kunna kallas en undantagsdiskurs och som innebär att asylskäl som rör ojämlikhet relaterat till rasifieringsprocesser och därmed normer kring etnicitet, nationalitet, hudfärg, geografiskt ursprung mm endast i vissa fall, undantagsvis, anses nå upp till förföljelse eller annan skyddsgrundande behandling. Denna blir särskilt tydlig i Migrationsöverdomstolens avgörande MIG 2008:21 i vilken den asylsökande kvinnan som tillhörande gruppen statslösa kurder, även kallade maktoumeener, riskerar omfattande diskriminering, avseende tillgång till ekonomiska, sociala, kulturella, medborgerliga och politiska rättigheter. Denna så kallade undantagsdiskurs bygger på en restriktiv tolkning av UNHCR:s handbok och riktlinjer samt EU:s skyddsgrundsdirektiv och utesluter en diskurs som skulle kunna

in Europe, Univ., Diss. Helsingfors : Univ.,Helsinki, 2010, se särskilt avsnitt 8.2.1. För en översikt av intersektionella perspektiv på diskriminering och ojämlikhet, se till exempel De los Reyes, Paulina & Mulinari, Diana, *Intersektionalitet: kritiska reflektioner över (o)jämlighetens landskap*, 1. uppl., Liber, Malmö, 2005. För en översikt av FN-kommittéers syn på diskriminering (formell, substantiell, direkt, indirekt, institutionell, strukturell diskriminering etc.) se Wouter Vandenhoe, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Antwerpen, Intersentia, 2005.

¹⁰ För en historisk översikt, se Koch, Ida Elisabeth, ”The UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, in Lundberg, Anna (red.), *Mänskliga rättigheter: juridiska perspektiv*, 1. uppl., Liber, Malmö, 2010, p. 108-111. För exempel på att kränkningar av ekonomiska och sociala rättigheter kan utgöra förföljelse och uppfylla kriterierna för flyktingskap, se Foster, Michelle, *International refugee law and socio-economic rights: refuge from deprivation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

förankras i människorättskonventioner som Sverige ratificerat samt i en annan läsning av nämnda dokument. Det kommer redogöras för utförligare längre ner i denna text.

Dessutom, och i anslutning till detta, indikerar rättsfallen att dikotomin grupp/generell v. individuell bedömning har betydelse för domstolens behandling och bedömning av asylskälen. Asylskäl som rör ojämlikhet relaterad till etnicitets- och nationalitetsnormer tenderar, i de analyserade fallen, att i högre grad än de som rör ojämlikhet på grund av politiska åsikter kopplas ihop med grupp- eller generella bedömningar än individuella bedömningar. Mot bakgrund av att de förra endast undantagsvis anses kunna leda till beviljande av uppehållstillstånd, enligt Migrationsöverdomstolen i MIG 2008:21, innebär det att dessa typer av skäl möjligen löper högre risk att bli föremål för avslag.¹¹ Den dikotomin och det ställningstagandet står bland annat i kontrast mot en position som problematiserar dikotomin och tar sin utgångspunkt i att själva flyktingdefinitionen är konstruerad utifrån en idé om någon form av diskriminering och grupptillhörighet.¹²

I de fall där först en så kallad grupp/generell bedömning och därefter en så kallad individuell bedömning görs kan noteras att den förra oftast inte innebär en noggrann analys av situationen för aktuell ”grupp” med utgångspunkt från ett flertal relevanta landrapporter vars innehåll och upphov analyseras ur ett käll- och normkritiskt perspektiv. På samma sätt kan noteras att den individuella bedömningen ofta stannar vid enbart en kortfattad bedömning av tidigare eventuella erfarenheter av förföljelse och att frånvaro av sådan tidigare behandling resulterar i att det inte heller anses finnas risk för sådan behandling vid en framåsyftande bedömning. En sådan slutsats om framtida riskscenarier dras ofta utan att ha föregåtts av en noggrann intersektionell analys av den sökandes erfarenheter och tidigare respektive framtida position mitt bland samverkande maktförhållanden baserade på exempelvis klass, kön, sexualitet, etnicitet, migrationsstatus och politiska åsikter i ursprungslandet. I de fall som domstolen hänvisar till landrapportering är den ofta ganska kortfattad och inte individanpassad. Den så kallade individuella bedömningen uteblir i dessa fall och får således snarast en ganska generell karaktär.

Den rättsliga maktens exkluderande representationer och (re)konstruktioner

Av de analyserade rättsfallen kan, som nämnts, noteras att Migrationsöverdomstolen anser att endast MIG 2008:21 är av vägledande betydelse för mål som rör ”diskriminering” eller med andra ord ojämlikhet. Mot denna bakgrund är det anmärkningsvärt att överdomstolens motivering i målet är kortfattad och att den inte utvecklar sin bedömning av risken för förföljelse såväl med utgångspunkt från exempelvis relevanta människorättskonventioner, UNHCR:s handbok och riktlinjer, EU:s skyddsgrundsdirektiv, svenska förarbeten som i relation till de erfarenheter och subjektspositioner (t.ex. kvinna, kurd, statslös, politiskt oppositionell, fattig) som hon tillskrivs liksom till relevant landinformation, tidigare bedömning av migrationsdomstolen och de båda parternas yttranden i målet. Knapphändigheten går hand i hand med representationen av denna

¹¹ I Migrationsdomstolens dom, vars bedömning Migrationsöverdomstolen instämmer i, står det: ”En utgångspunkt vid denna bedömning är att det bara i undantagsituationer är aktuellt att bevilja uppehållstillstånd till en asylsökande enbart på grund av tillhörigheten till en viss grupp.”

¹² Jfr till exempel Spijkerboer, Thomas, “Subsidiarity in Asylum Law: the Personal Scope of International Protection.” In Bouteillet-Paquet, Daphné, *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, Bruxelles, pp. 19-42; Jackson, Ivor C., *The refugee concept in group situations*, Nijhoff, The Hague, 1999; Hathaway, James C. & Foster, Michelle, *The law of refugee status*, 2. ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2014, para. 2.8-9.

typ av asylskäl i de andra analyserade målen, där skälen i de flesta fall antingen omnämns kortfattat av Migrationsöverdomstolen eller också endast indirekt genom en allmän hänvisning till att domstolen instämmer i underinstansernas bedömningar.

Inte i något av de undersökta rättsfallen som rör ojämlikhet kopplat till normer såsom etnicitet, nationalitet och hudfärg redogör Migrationsöverdomstolen, eller den hänvisade underinstansen, för sin tolkning av samtliga rekvisit i alla relevanta lagrum, exempelvis med utgångspunkt från internationella och regionala konventioner, UNHCR:s handbok och riktlinjer, EU:s skyddsgrundsdirektiv, svenska förarbeten och praxis. Inte heller redogörs tydligt för huruvida den eller de asylsökande, avseende samtliga anförda asylskäl, uppfyllt rekvisiten och vilka överväganden och tolkningar som väglett bedömningen. Detta ger en signal om att tolkningen av rekvisiten och de begrepp som berörs uppfattas som förhållandevis självklar, enkel och tömd på historia, motstridigheter och komplexitet. Dessutom bidrar denna representation, brist på transparens respektive brist på noggrann explicit analys av rekvisiten i relation till den specifika asylsökande personens sammanflätade subjektspositioner, tidigare erfarenheter och fruktan, till att upprätthålla och snarare förstärka än försvaga den maktojämlikheten som föreligger mellan den sökande och staten. I de fall en tolkning av enstaka rekvisit redogörs för i målen är den ofta knapphändig.

Analysen av hur rekvisiten representeras och konstrueras av Migrationsöverdomstolen, bland annat med hänvisning till externa texter (t.ex., såsom EU:s skyddsgrundsdirektiv, UNHCR:s handbok och riktlinjer), visar flera exempel på hur domstolen utövar makt och ger rekvisit mening genom att inkludera och betona vissa texter och tolkningsalternativ samtidigt som andra exkluderas. Vissa tolkningsmöjligheter träder fram på bekostnad av andra som trängs undan. Domstolens behandling av rekvisitet förföljelse i målet MIG 2008:21 är ett illustrativt exempel på detta.

Förföljelserekvisitet konstrueras i MIG 2008:21 av Migrationsöverdomstolen som något som är i regel skilt från diskriminering. Här görs ingen hänvisning alls till externa texter, annat än till underinstansens dom. Den legitimerar således sin slutsats genom att hänvisa internt till en annan del av rättssystemet. Migrationsdomstolen legitimerar däremot i sin tur sin restriktiva tolkning av förföljelse med hänvisning till UNHCR:s handbok, punkt 54, och EU:s skyddsgrundsdirektiv, artikel 9. Men domstolen väljer att inte redogöra för hela punkt 54 och inte alls för till exempel punkt 55 eller punkt 53 som bland annat pekar på vikten av att beakta kumulativa element, och heller inte punkt 68-69 som anger att rasdiskriminering är en av de mest påfallande människorättskränkningarna och ett viktigt element i bedömningen av förföljelse samt ofta kommer att uppgå till förföljelse i FN:s flyktingkonventions mening. Vidare hänvisas inte alls till punkter i UNHCR:s riktlinjer som understödjer att diskriminering kan utgöra förföljelse, att kumulativa element ska beaktas och att rätten till icke-diskriminering är en central mänsklig rättighet. Avseende hänvisningen till EU:s skyddsgrundsdirektiv hänvisar domstolen, som nämnts, till artikel 9 men endast till den första delen av första punkten i artikeln återges, 9.1 (a). Domstolen hänvisar inte alls till artikel 9.1 (b) som nämner att även åtgärder kumulativt kan utgöra förföljelse, och heller inte till artikel 9.2 (b), (c), (d) och (f) som samtliga ger uttryck för att skadliga åtgärder som innehåller diskriminerande aspekter utgöra förföljelse. I de allra flesta av de undersökta rättsfallen beskrivs inte Migrationsöverdomstolens eller relevanta underinstansers tolkning av rekvisitet förföljelse, och i de fall det diskuteras så görs det, såsom i MIG 2008:21, knapphändigt och med hänvisning till textpartier som är restriktivt hållna. Sammantaget bidrar domstolens representation och (re)konstruktion av förföljelsebegreppet, samt bakomliggande inkluderings- respektive exkluderingspraktiker, till att förmedla en skenbart ”objektiv” bild av att rekvisitets

tolkningsutrymme är mycket restriktivt och oomstritt, vilket i sin tur får en legitimerande funktion vis-a-vis dess slutsats.

Rättsfallsanalysen visar inte bara hur tolkningen av rekvisit innebär en maktutövning. Den visar också hur fastställandet av vilka aspekter av asylberättelsen (och deras innebörd) som ska bilda så kallade ”rättsfakta” och få betydelse för bedömningen av om ett visst rekvisit är uppfyllt, är ett resultat av rättstillämparens makt att diskursivt värdera, representera och (re)konstruera asylberättelsen. I flera av de analyserade målen väljer Migrationsöverdomstolen – direkt eller indirekt via hänvisning till underinstansen - att i samband med den direkta eller indirekta motiveringen till varför förföljelserekvisitet inte anses uppfyllt, att ge endast en fragmentarisk bild av tidigare erfarenheter och utelämnade exempel på fysiskt våld som den asylsökande personen har berättat om och som av allt att döma inte har ifrågasatts. Domstolen väljer alltså i dessa fall att, i samband med att förföljelserekvisitet bedöms, betona – och därmed markera som relevanta – enbart andra aspekter av den asylsökandes eller närståendes erfarenheter än de som rör fysiskt våld. Detta är anmärkningsvärt mot bakgrund av att fysiskt våld samtidigt visar sig ha en central betydelse i just Migrationsöverdomstolens tolkning och konstruktion av förföljelserekvisitet, ty samtliga domstolens bifall på flyktingstatus enligt 4 kap. 1§ utmärks av att det finns tidigare erfarenheter av och/eller fruktan för fysiskt våld. Utelämnandet av uppgifter om fysiska våldshandlingar förmedlar en bild att tidigare erfarenheter inte varit så allvarliga. Och eftersom tidigare erfarenheter av kränkningar ofta får en stor betydelse för den framåtsyftande riskbedömningen, bidrar en sådan selektiv representation och rekonstruktion dessutom till att legitimera domstolens slutsats att såväl erfaren som fruktad/riskerad behandling inte är tillräckligt allvarlig för att utgöra förföljelse.

Det är också tydligt att domstolen (direkt eller indirekt via hänvisning till underinstansen) i flera andra fall, genom dess representation och tolkning av händelser som domstolen bedömer har skett, gör rekonstruktioner av berättelsen. Tre exempel kan nämnas. I MIG 2009:35 avseende en kvinna från Somalia så tolkas hennes uppgifter om att hon, liksom flera andra flickor i byn, kidnappats och våldtagits på grund av sin klientillhörighet som en konsekvens av den ”allmänna situationen” och inte av ”svåra motsättningar”, och än mindre som ett uttryck för hur normer kring kön och klientillhörighet samverkar i olika politiska konflikter om makt, och hur våldet därmed kan betraktas som könsrelaterad förföljelse inom ramen för flyktingstatus.¹³ I ett av de fall som konstituerar MIG 2009:27, rörande män från Somalia, fyller domstolen uppgiften om tidigare förföljelse med en ny mening genom att utgå från att de anförda händelserna rör ekonomiska frågor. Därmed utesluter domstolen möjligheten att händelsen till exempel kunde ha flera bidragande orsaker. Liknande sker i ett illustrativt men ej refererat rättsfall från Migrationsöverdomstolen rörande en romsk kvinna med barn från Bosnien.¹⁴ Här rekonstrueras de romska barnens eventuella bristande skolgång till en fråga om ekonomiska skäl som inte anses ha någon beröring med (strukturell) diskriminering på grund av etnicitet, vilket får betydelse för avslaget. Rekonstruktionen av asylberättelser och frånvaron av en redogörelse av alternativa tolkningsmöjligheter kan således fylla en legitimerande funktion gentemot domstolens slutsats.

¹³ Se migrationsdomstolens dom för motivering, då Migrationsöverdomstolen får förutsättas ansluta sig till dennas bedömning.

¹⁴ UM 609-06. Se migrationsdomstolens dom för motivering, då Migrationsöverdomstolen ansluter sig till dennas bedömning.

Representationen och konstruktionen av den asylsökande som subjekt

Rättsfallsanalysen berör även hur Migrationsöverdomstolen, och när det är relevant dess underinstanser, representerar den asylsökande som subjekt.

Bland det som kan noteras är till exempel att domstolen vid bedömningen av om den asylsökande uppfyller ett rekvisit och/eller lagrum tenderar att representera hen och hens situation knapphändigt, fragmentariskt och/eller genom referenser till etnicitets- eller nationalitetsorienterade samlingsbegrepp (såsom "palestinier", "maktoumeen", "etnisk serb", "ashkalier", "yezidier") eller yttranden som påtalar den "generella situationen" för en viss grupp. Hen framträder därmed inte tydligt som en person situerad mitt ibland samverkande maktförhållanden och normer kopplade till klass, kön, sexualitet, etnicitet etc., och med diverse identiteter, specifika åsikter, rädslor liksom erfarenheter av till exempel rasism, sexism och ekonomisk ojämlikhet. I fall som rör familjer är detta än mer påtagligt då varje familjemedlem representeras med namn i domens inledning men vid bedömningen ofta går under beteckningen "familjen". Sammanfattningsvis, hen konstrueras följaktligen ofta snarast som en representant för en grupp (t.ex. etnisk, klan- eller nationalitetsbaserad), dvs. i termer av ett "vad" än ett "vem".¹⁵

Utgångspunkten synes inte vara att analysera risken för förföljelse eller andra människorättskränkningar utifrån hur en människa positioneras som subjekt mittibland flera samverkande maktrelationer baserade på skillnadsskapande kategorier som klass, kön, ålder, sexualitet, etnicitet, nationalitet. I målet MIG 2009:31 tycks dock finnas en sådan ansats men den fullföljs inte. I bedömningen diskuteras främst hennes position som ensamstående kvinna och mor delvis utifrån institutionella och sociala normer kring kön, men inte hennes position utifrån hudfärg och tro (och än mindre politiska uppfattning). Detsamma kan vara fallet i MIG 2008:21, men även här utvecklas i så fall inte analysen.

Slutligen bör nämnas att lagstiftningens utformning och tillämpning, inbegripet underliggande diskurser, gör vissa subjektspositioner/identiteter mer tillgängliga än andra och kräver att den sökande underkastar sig lagens förståelse av dessa för att få tillgång till flyktingskap eller annat skydd. Det innebär till exempel att en identifikation som politisk aktivist (helst i traditionell mening såsom organiserad öppen politisk aktivitet som riktar sig mot regimen) kan ge vissa förutsättningar att få tillgång till flyktingskap, medan en identifikation som tillhörande en viss etnicitet kan ge andra (sannolikt något sämre förutsättningar av skäl som redogjorts för ovan) och att en identifikation som fattig och tillhörande en underordnad social klass drastiskt minskar förutsättningarna eftersom den senare konstrueras av domstolen som flyktingskapets och skyddsvärdighetens motsats.

Slutord

Som redogjorts för ovan har analysen av de 24 rättsfallen från Migrationsöverdomstolen kunnat visa på hur rättens olika former av maktutövningstekniker (re)producerar maktasymmetrier mellan asylprövande stat och sökande liksom mellan människor i den sökandes ursprungsland. Ojämlikhet till följd av rasifieringsprocesser och därmed kopplade till exempelvis normer om nationalitet, hudfärg och etnicitet sanktioneras och reproduceras i hög utsträckning genom rätten. Det rättsliga normativa ramverket och exkluderande praktiker bidrar således till att vissa människors liv och

särskildheter inte synliggörs som andras, inte omfattas av talen om de vackra universella mänskliga rättigheterna och, inte minst, inte konstrueras som tillhörande de sörjbaras¹⁶ skara.

Analysen berör även det ständigt pågående folkrättsliga samtalet om statssoveräniteten och dess gränser, och det tillhörande argumentet att förbudet mot *refoulement* utgör ett absolut hinder för suveräna staters rätt att bestämma över sina gränser.¹⁷ Formellt sett råder ett absolut hinder, men inte desto mindre visar analysen hur den rättsliga makten som utövas genom myndigheter och domstolar alltjämt understödjer statssoveräniteten. Detta genom att det är dessa som ytterst tolkar lagens rekvisit på nationell nivå och, således, med få undantag¹⁸ bedömer vilka människor som konstrueras som skyddsvärdiga subjekt på lagens innersida, och vilka som förskjuts till dess utsida.

Diskriminering – en allvarlig MR-kränkning eller normaliserad ojämlikhet?

Under avhandlingsprojektets första två år har arbetstexter skrivits som bygger på en översiktlig analys av hur begreppet diskriminering definieras i internationell rätt om mänskliga rättigheter liksom en lite mer ingående analys påbörjats av hur begreppet diskriminering, flykting och förföljelse definieras, diskuteras och förhåller sig till varandra i FN:s flyktingkonvention, UNHCR:s handbok och riktlinjer. Dessutom har begreppets förekomst i svensk utlänningslag, svenska förarbeten och EU:s skyddsgrundsdirektiv analyserats. Vidare har en djupgående analys gjorts av Migrationsöverdomstolens avgörande MIG 2008:21 som explicit behandlar diskriminering som förföljelse, och de antaganden som ligger till grund för domstolens slutsats har analyseras i ljuset av ovannämnda texter. En översiktlig analys av 71 refererade avgöranden från Migrationsöverdomstolen har även påbörjats.

Analysen av främst MIG 2008:21 indikerar att Migrationsöverdomstolens antaganden om diskrimineringsbegreppets innebörd och förhållande till förföljelserekvisitet, flyktingdefinitionen i 4 kap. 1§ och övriga lagrum om skyddsbehövande 4 kap. 2-2a§ och 5 kap. 6§ är restriktivt hållna. I den del som rör diskriminering i relation till just flyktingskap och förföljelse synes domstolen välja att göra en mycket selektiv läsning och restriktiv tolkning av UNHCR:s samlade policydokument (handbok och riktlinjer) och EU:s skyddsgrundsdirektiv. Detta utvecklas i avsnittet ovan *Om rättens (re)produktion av ojämlikhet*. Den restriktiva tolkningen att en utgångspunkt är att diskriminering endast undantagsvis kan utgöra förföljelse tycks dessutom svår att förankra i folkrättens syn på rätten till icke-diskriminering som en rättighet vilken som går som en röd tråd genom de centrala konventionerna om mänskliga rättigheter, definieras i flera av dem, och som både förekommer som en självständig rättighet och som en rättighet nära förbunden med andra rättigheter (alltifrån rätten till hälsa till rätten till liv och frihet från tortyr mm.).¹⁹ Att Migrationsöverdomstolen, vid bedömningen av om diskrimineringen som maktoumeener utsätts för är en rättighetsinskränkning av tillräckligt allvar för att utgöra förföljelse, inte hänvisar till några av de internationella och regionala konventioner som Sverige åtagit sig att följa indikerar att

¹⁶ Jfr Judith Butlers teori om prekaritet och sörjbarhet i Butler, Judith, *Krigets ramar: när är livet sörjbart?*, Tankekraft, Stockholm, 2009 och Butler, Judith, *Osäkra liv: sörjandets och våldets makt*, Tankekraft, Hågersten, 2011.

¹⁷ Jfr till exempel Dauvergne Catherine, "Hur asylsökandet blev illegalt", *Glänta* 1.14, 2014, s. 109 ff.

¹⁸ Med undantag avser jag de fall som prövas av exempelvis Europadomstolen, FN:s kommitté mot tortyr eller andra internationella organ.

¹⁹ För en översikt, se till exempel Vandenhole, *Non-Discrimination and Equality*, 2005.

domstolens definition på diskriminering inte är folkrättsligt förankrad. Denna bild förstärks i ljuset av att Inter-amerikanska domstolen för mänskliga rättigheter till och med sagt att rätten att inte utsättas för diskriminering har status av *jus cogens* i internationell rätt.²⁰

Det kan också noteras att användningen av diskrimineringsbegreppet i MIG 2008:21 sker endast i samband med att domstolen diskuterar behandling som *inte* rör fysiskt våld eller statligt frihetsberövande, vilket kan signalera att begreppet konstrueras som avskilt våldshandlingar och direkta statliga fysiska ingrepp (som syntes ha betydelse för målets gynnande utgång). På samma sätt diskuteras begreppet enbart i relation till etnicitet och nationalitet (dvs. kvinnans tillhörighet till gruppen statslösa kurder kallade maktoumener), och inte till politisk uppfattning och tidigare politiska protester mot regimen (som också syntes ha betydelse för målets gynnade utgång). Dessa båda användningar avviker från hur diskriminering förstås i flera människorättskonventioner som inte utesluter att diskrimineringen sker i förhållande till exempelvis rätten att inte utsättas för tortyr och annan omänsklig förnedrande behandling (som kan inbegripa våld) och har sin grund i personens politiska åsikter. Oaktat om Migrationsöverdomstolen utgår från en sådan förståelse av diskriminering så kan det bidra till att förmedla en bild av att diskriminering inte är en behandling av allvarlig karaktär. Därmed förstärks återigen det föreställda avståndet till såväl förföljelsebegreppet som till begreppet tortyr och omänsklig förnedrande behandling eller bestraffning.

Begreppet diskriminering ser dessutom, i MIG 2008:21 och i flera andra mål, ut att kopplas samman med så kallade gruppbedömningar, i motsats till individuella bedömningar, och/eller till den så kallade ”allmänna situationen” för medlemmar i en grupp, som också ställs i motsats till den individuella bedömningen. I båda fall tycks det ha en begränsande effekt på möjligheten till uppehållstillstånd.

Sammanfattningsvis indikerar analysen av MIG 2008:21 och vissa andra domar att diskrimineringsbegreppet, såsom det konstrueras och används av Migrationsöverdomstolen, inte är förankrad i folkrätten utan istället ha kommit att få karaktären av ett slags kodord för en behandling som i regel inte anses vara uppehållstillståndsgrundande. En behandling som snarare är att likna vid normaliserad ojämlikhet än en allvarlig människorättskränkning.

Stockholm, juni 2015.

²⁰ Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion 18: Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants, 7 Sept. 2003, para. 101.