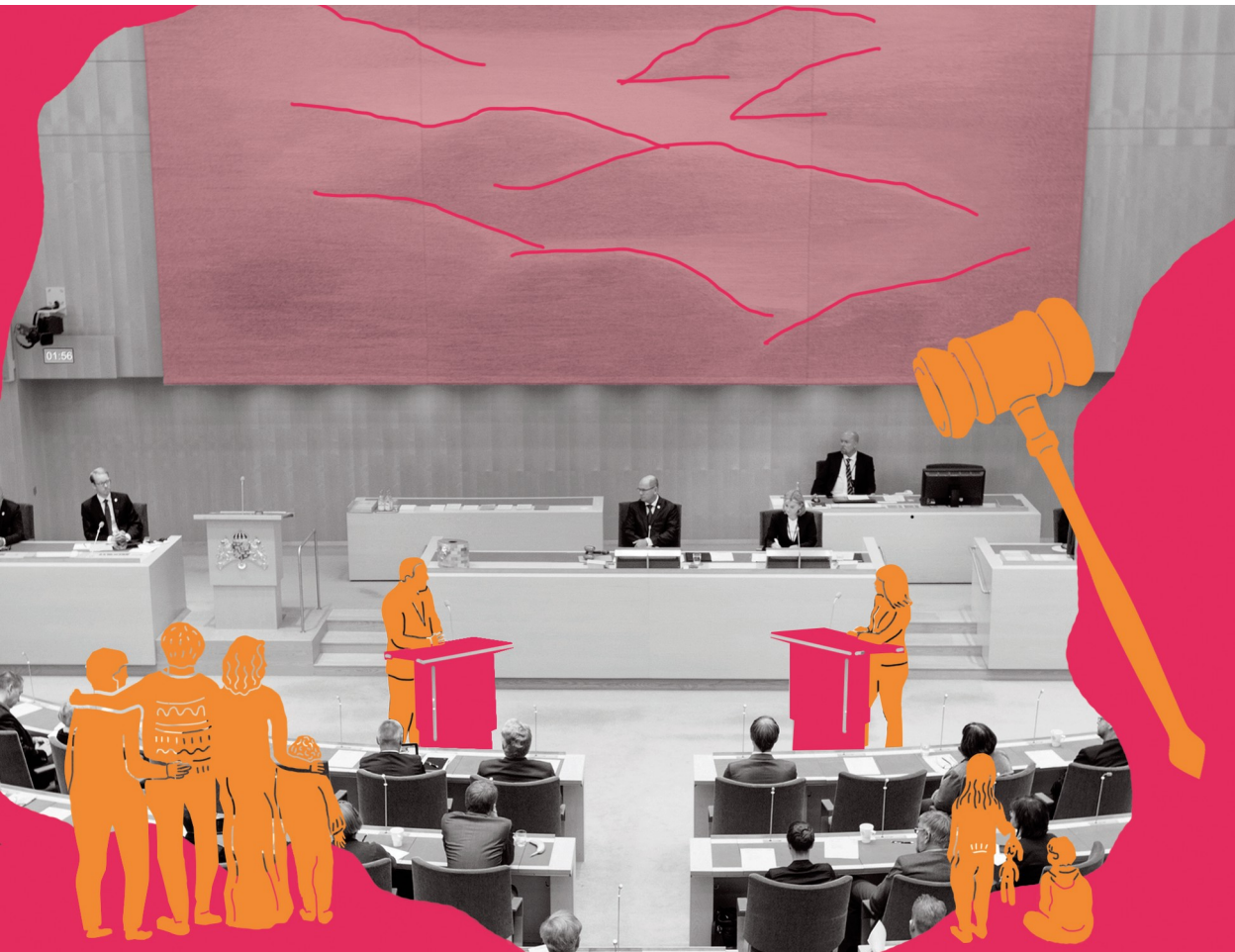


Den reglerade invandringen och barnets bästa

Barns rätt till familjeliv och privatliv enligt barnkonventionen, Europakonventionen, EU-rätten och svensk utlänningslagstiftning

Louise Dane



Den reglerade invandringen och barnets bästa

Barns rätt till familjeliv och privatliv enligt barnkonventionen, Europakonventionen, EU-rätten och svensk utlänningslagstiftning

Louise Dane

Akademisk avhandling för avläggande av juris doktorsexamen i offentlig rätt vid Stockholms universitet som offentlig kommer att försvaras fredagen den 4 oktober 2019 kl. 10.00 i Reinholdsalen, Juristernas hus, Frescativägen 16.

Abstract

Migration governance and the best interests of the child. Children's rights to family and private life as governed by the UN Convention on the Rights of the Child, the European Convention on Human Rights, EU law and Swedish migration legislation

This thesis analyses the principle of the best interests of the child and the right to private and family life in relation to the societal interest of controlling immigration. The aim of the thesis is to contribute to ensuring more predictable and transparent legislation and decision-making.

States, generally, have the right to control immigration. At the same time, a child's right to family and private life is a human right – regulated, for example, by the UN Convention of the Rights of the Child, the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights. This means that states can only restrict these rights when such interference is justified. In migration cases concerning private and family life, an assessment therefore must be made as to whether a decision to refuse residence is proportional. When a child is affected by such a decision, the child's best interests must be carefully assessed and taken into consideration.

This thesis examines what is legally required of a correct decision in migration cases concerning a child's right to private and family life. Particular attention is given to those requirements imposed on lawmakers and legal actors by the public law principles of legality, objectivity and proportionality, as well as the duty to give reasoned decisions. This thesis charts the development and foundations of Swedish migration law including those requirements arising from EU and public international law. The focus thereafter is more specifically on the assessments made balancing the interests of children's rights and immigration control.

Whether a restriction of the right to private and family life is proportionate is determined by the specific circumstances in the individual case. However, the research conducted demonstrates that there is a lack of guidance concerning *which* circumstances Swedish legal actors can and should consider, as well as the weight that should be attributed to the considered circumstances. The interest of immigration control is particularly ambiguous. The thesis identifies four types of circumstances that the Swedish lawmaker appears to suggest legal actors consider within this interest; (a) public order and security, (b) maintenance and enforcement of immigration control, (c) national economic well-being (including number of migrants), and (d) protection of the rights and freedoms of others.

Lack of clear guidance is problematic, particularly in light of the principles of legality, objectivity and proportionality, as the outcomes of cases depend on what individual legal actors choose to consider. Vague guidance on what constitutes relevant circumstances may also contribute to the problem of poorly formulated decisions as identified in previous research. In order to increase the probability of legal actors rendering more correct decisions – on the basis of applicable law – a five-step model is presented: (1) identifying private and/or family life (2) identifying the child's best interests (3) identifying the underlying motivations linked to the interest of immigration control (4) listing the arguments *for* and *against* granting residence in Sweden and (5) determining which interests should prevail.

The thesis concludes with a number of recommendations aimed mainly at lawmakers that could contribute to strengthening children's rights and increasing adherence to the rule of law in migration cases concerning children's right to private and family life.

Keywords: *Right to respect for private and family life, child rights, child law, migration law, immigration control, the best interest of the child, proportionality assessment, legality, objectivity, duty to give reasoned decisions, human rights.*

Stockholm 2019

<http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:su:diva-171607>

ISBN 978-91-7797-769-8
ISBN 978-91-7797-770-4

Juridiska institutionen

Stockholms universitet, 106 91 Stockholm



Stockholms
universitet

DEN REGLERADE INVANDRINGEN OCH BARNETS BÄSTA
Louise Dane



Stockholms
universitet

Den reglerade invandringen och barnets bästa

Barns rätt till familjeliv och privatliv enligt barnkonventionen,
Europakonventionen, EU-rätten och svensk utlänningslagstiftning

Louise Dane

©Louise Dane, Stockholms universitet 2019

ISBN tryckt 978-91-7797-769-8

ISBN PDF 978-91-7797-770-4

Omslagsfoto: Melker Dahlstrand/Sveriges riksdag
Grafisk bearbetning av omslagsfoto: Anna Hennerdal
Författarporträtt: Severus Tenenbaum

Tryckeri: Universitetsservice US-AB, Stockholm 2019

*Till minne av Annika
Lagerqvist Veloz Roca*

Förord

För sju och ett halvt år sen gick jag in i ett klassrum för att försvara mitt examensarbete. Då hade jag ingen aning om att jag skulle sitta här och skriva förordet till en avhandling. Och med ingen aning menar jag verkligen ingen aning. När försvaret var slut frågade min handledare Annika Lagerqvist Veloz Roca om jag inte skulle söka en doktorandtjänst. Nä, sa jag, det är inte för mig. Nähä, sa Annika, vad vill du jobba med då? Och så svarade jag att jag ville få jobba med migrationsrätt, jag ville lära mig mer om ämnet och jag ville utbilda och sprida kunskap till andra om det. Annika skrattade och sa: ”har du aldrig hört talas om forskningens tre ben?”. Det hade jag inte, men Annika förklarade och det där med forskning kändes plötsligt spännande.

Tack Annika. För att du fick mig att förstå vad jag ville och för all hjälp och allt stöd både under grundutbildningen och under forskarutbildningen. Utan dig hade ingenting blivit som det skulle. Jag är så ledsen att jag inte hann klart i tid, men avhandlingen är tillägnad dig. Vi är så många som saknar dig.

Ett jättetack till Anna Kaldal som funnits med som handledare ända från start. Det är en lyx att få ha en handledare som hela tiden utgår ifrån ”Louise:s bästa”. Du har inte bara varit ett stort stöd i forskningen utan också ett stort stöd i livet. Jag hade aldrig någonsin rott i land det här utan dig.

Det hade inte heller gått utan Jane Reichel som kom in i projektet under sista året men som verkligen hoppade rakt in, kavlade upp armarna och som har bidragit med ovärderlig feedback (och hejarop!). Tack för att du tog dig an mig.

Ett jättetack måste riktas till styrelsen för Barnrättscentrum som år 2012 bestämde sig för att finansiera mitt doktorandprojekt. Ytterligare ett stort tack går till stiftelsen Hans Thornstedts minnesfond som gjorde det möjligt att bli klar.

Det sägs att det krävs en by för att uppfostra ett barn. Det har definitivt krävts många människor utöver mina ”akademiska föräldrar” (handledarna) för att utveckla mig till forskare. Anna Lundberg – tusen tack för att du ställde upp som opponent på slutseminariet och delade med dig av dina klokheter. Tack, tack, tack Pernilla Leviner och Mauro Zamboni som både tagit sig an uppgif-

ten som opponenter på mittseminariet och rollen som vägledare i det akademiska (och resten av!) livet. Ett särskilt tack även till Laura Carlson för allt du hjälpt till med under åren, inte minst nu på sluttampen. Tack till Asylrättscentrum och den lilla twittergruppen Migrationsrätt – ni är briljanta källor till kunskap. Ett stort tack även till min referensgrupp och till alla som deltagit på uppstarts-, mitt- och slutseminarier. Ni är så många som läst och kommenterat eller som på andra vis bidragit till utvecklingen av projektet. Jag är så rädd att missa någon av er om jag börjar rabbla namn så jag hoppas att ni känner i hjärtat att ”ja – hon menar mig!” (det gör jag!).

Tack till alla fantastiska kollegor. Tack hela TA-personalen för allt ert slit. Ni är hjältar varje dag! Tack alla fantastiska personer knutna till offentlighetsrådet och Barnrättscentrum. Tack till alla (nuvarande och tidigare) doktorandkollegor, särskilt Maria Refors-Legge, Axel Holmgren, Martin Ratcovich, Adam Croon, Simon Andersson, Erik Sinander, Tim Holappa, Amanda Johansson Köves, Daniel Hedlund, Anna Horn, Hevi Dawody Nylén, Marie Jarnesand, Emelie Kankaanpää Thell, Sandra Thobaben och Sally Longworth. Tack för alla luncher, alla skratt, alla diskussioner. Tiden som doktorand hade inte varit i närheten så bra utan er.

Slutligen vill jag tacka alla som gör att livet blir sådär extra bra. Katharina Voss och Maria Nääv – som kombinerat rollen som nära vänner och kollegor på det mest magnifika vis – utan er vet jag inte vad jag hade gjort. Tack för att ni lånat ut kontorsplatser, peppat, lagat mat (inte minst när jag bröt benet), funderat över livet, skrattat och diskuterat. Sofia Rönnow Pessah, Alex Neuman och Karin Wetterberg – tack för att ni på olika vis räddat mig under de senaste veckorna. Signe Palm, Linn Berggren, Anton Landehag och resten av JIK-grupp 6 HT 2007 – utan er hade jag nog aldrig blivit färdig med juristutbildningen (och aldrig haft så kul eller tänkt så mycket på E-type). Tack, tack, tack också alla andra fina vänner för att ni finns och förgyller precis allt. Ni är så otroligt värdefulla varenda en och jag är extremt glad för att få ha er i mitt liv!

Sist men inte minst. Min fina familj och släkt. Pappa och morbror Valle, särskilt tack till er för att ni tidigt lärde mig att jag alltid behövde ha källor för vad jag påstod när jag skulle diskutera med er, ni var min första forskarskola! Mamma. Tack för att du alltid, alltid finns där. Till och med den där gången när jag försvarade examensarbetet. Ulle. Tack för att du alltid säkerställer att minst en annan person skrattar åt mina skämt. Men mer allvarligt: tack för precis allt. Det finns ingen som du. Cedrik och Frank, tack för att ni är livets bonusar! Och Kristoffer, jag älskar dig, tack för allt stöd och allt du är – tänk att jag får vara med dig.

Stockholm, 26 augusti 2019

Översikt

1	Introduktion	1
2	Offentlighetsprinciper	43
3	Migrationsrätt	71
4	Europakonventionen och utvecklingen av dess rättighetskydd för migranter	111
5	Europeiska unionen och utvecklingen av ett migrationspolitiskt samarbete	137
6	Barns rättigheter i migrationsrätten	161
7	Barnets bästa i migrationsrättsliga ärenden	183
8	Rätten till respekt för familjeliv och privatliv	209
9	Familjesammanhållning	231
10	Familje(åter)förening	305
11	Etablerat privatliv (lång vistelsetid)	375
12	Sammanfattande analys	403
13	Modell för intresseavvägningar mellan barnets bästa, rätten till familjeliv och privatliv och reglerad invandring	417
14	En svår intresseavvägning med förbättringspotential	453
15	Summary	473
	Källförteckning	477

Innehåll

Förord

Översikt

Innehåll

Förkortningar

1	Introduktion.....	1
1.1	Introduktion till ämnet och problemet	1
1.1.1	Rätten till respekt för privat- och familjeliv, principen om barnets bästa och intresset av reglerad invandring	1
1.1.2	Migrationsrätten – en särskild del av den offentliga rätten	4
1.1.3	Otydlighet i regler och tillämpning på ett politiskt laddat område.....	5
1.2	Syfte	7
1.3	Disposition	8
1.4	Forskningsstrategi	10
1.4.1	Material	10
1.4.1.1	EU-rätt.....	15
1.4.1.2	Folkrätt.....	16
1.4.2	Tillvägagångssätt.....	24
1.4.2.1	Analysverktyg	24
1.4.2.1.1	Rättssäkerhet.....	26
1.4.2.1.2	God förvaltning och grundläggande offentligrättsliga principer	29
1.4.2.2	Rättighetsperspektiv och samhällsintressen.....	32
1.5	Begrepp.....	36
1.6	Tidigare forskning	38
1.7	Avgränsningar	40
2	Offentligrättsliga principer.....	43
2.1	Inledning	43
2.2	Kraven på legalitet, objektivitet, proportionalitet och motivering	46
2.2.1	Legalitetsprincipen	48
2.2.1.1	Legalitetsprincipen i rättskällorna	49
2.2.1.2	Legalitetsprincipen och utrymmet för skönsmässighet.....	51
2.2.2	Objektivitetsprincipen	53
2.2.2.1	Objektivitetsprincipen i rättskällorna	54
2.2.2.2	Objektivitetsprincipen utgör en gräns för vad som får beaktas.....	56

2.2.3	Proportionalitetsprincipen	57
2.2.3.1	Proportionalitetsprincipen i rättskällorna	57
2.2.3.2	Proportionalitetsprincipen ställer krav på en noggrann balansakt.....	61
2.2.4	Motiveringsskyldigheten	62
2.2.4.1	Motiveringsskyldigheten i rättskällorna	64
2.2.4.2	Motiveringsskyldighetens betydelse vid skönsmässiga bedömningar	67
3	Migrationsrätt.....	71
3.1	Inledning	71
3.2	Statssuveräniteten och dess gränser	73
3.3	Utvecklingen av internationell migrationsrätt.....	74
3.4	Folkrättsliga skyldigheter att i vissa fall medge vistelse	79
3.4.1	Personer som inte kan återsändas pga. risk mot liv/hälsa	81
3.4.2	Personer vars rätt till respekt för privat- och familjeliv annars kränks	83
3.5	Mellanstatliga och överstatliga samarbeten	84
3.6	Framväxten av en reglerad invandring i Sverige	84
3.6.1	Utvecklingen av migrationskontroll i Sverige	84
3.6.2	Nu gällande utlänningslagar	98
3.6.2.1	Utlänningslag (2005:716).....	98
3.6.2.2	Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige	102
3.6.3	Kompletterande beslut som nödlösningar.....	103
3.7	Migrationsrättens splittrade själ – en utmaning	109
4	Europakonventionen och utvecklingen av dess rättighetsskydd för migranter	111
4.1	Inledning	111
4.2	Migranter och Europakonventionen	112
4.3	Framtagandet av en europeisk konvention om mänskliga rättigheter	116
4.4	Europadomstolens avgörande roll	118
4.5	Möjligheter att inskränka rättigheter enligt Europakonventionen	124
4.5.1	Med stöd av lag	125
4.5.2	Legitimt intresse	126
4.5.3	Nödvändig i ett demokratiskt samhälle	126
4.5.4	Konventionsstaters bedömningsmarginal (margin of appreciation).....	127
4.5.5	Proportionalitetsprincipen	131
4.5.6	Effektivitetsprincipen	132
4.6	Sverige och Europakonventionen	133
4.7	Från skydd av konventionsstater till fokus på rättighetsskydd för individen	134
5	Europeiska unionen och utvecklingen av ett migrationspolitiskt samarbete	137
5.1	Inledning	137
5.2	Migranter och Europeiska unionen.....	138
5.3	EU-domstolens betydelse för utvecklingen av migranternas rättigheter.....	144

5.4	EU:s rättighetsstadga	145
5.4.1	När EU:s rättighetsstadga är tillämplig	149
5.4.2	Prövning av misstänkta brott mot stadgan	151
5.4.3	Möjligheter att inskränka rättigheter enligt EU-stadgan	152
5.4.4	Relationen mellan EU-domstolen och Europadomstolen	154
5.4.5	Rättighetsskydd för EU-medborgare respektive tredjelandsmedborgare	155
5.5	Sverige och Europeiska unionen	157
5.6	Migranter – en splittrande fråga för EU	158
6	Barns rättigheter i migrationsrätten.....	161
6.1	Inledning	161
6.2	Barnkonventionen	162
6.2.1	Migranter och barnkonventionen	164
6.2.2	Begränsning av rättigheter för barn som är migranter	167
6.2.3	(Bristen på) övervakning av barnkonventionen	173
6.3	Europakonventionen och barns rättigheter	176
6.4	EU-rätten och barns rättigheter	176
6.5	Utlänningslagen och barns rättigheter	179
7	Barnets bästa i migrationsrättsliga ärenden	183
7.1	Inledning	183
7.2	Implementering av barnets bästa i utlänningslagen	186
7.3	Allmänt om tillämpningen av barnets bästa	188
7.4	Tillämpningen av barnets bästa i migrationsärenden	190
7.4.1	Olika påverkan på olika typer av bestämmelser	191
7.4.2	Att utreda och bedöma barnets bästa	197
7.4.3	Att väga barnets bästa mot andra rättsliga intressen	205
8	Rätten till respekt för familjeliv och privatliv.....	209
8.1	Inledning	209
8.2	Rättsligt skydd för familjelivet	210
8.3	Vem omfattas av rätten till respekt för familjeliv?	212
8.3.1	Vem är familjemedlem?	212
8.3.1.1	Familjebegreppet internationellt	212
8.3.1.2	Familjebegreppet i barnkonventionen	215
8.3.1.3	Familjebegreppet i Europakonventionen	216
8.3.1.4	Familjebegreppet i EU-rätten	219
8.3.1.5	Familjebegreppet i den svenska utlänningslagstiftningen	225
8.4	Rättsligt skydd för privatlivet	227
8.5	Vad är privatliv?	227
9	Familjesammanhållning.....	231
9.1	Inledning	231
9.2	Familjesammanhållning enligt barnkonventionen	232

9.3	Familjesammanhållning enligt Europakonventionen.....	237
9.3.1	Europadomstolens praxis.....	238
9.3.1.1	Utvisning av lagligen bosatta migranter	238
9.3.1.2	Utvisning av migranter som vistas i värdstaten utan uppehållstillstånd.....	241
9.3.2	Frågan om återreseförbud.....	249
9.4	Familjesammanhållning enligt EU-rätten.....	249
9.4.1	När unionsmedborgare bosätter sig i en annan medlemsstat	250
9.4.2	När unionsmedborgare bor kvar i hemstaten	252
9.4.2.1	När ett beslut att neka vistelserätt motverkar den fria rörligheten	253
9.4.2.2	När ett beslut att neka vistelserätt urholkar unionsmedborgarskapets betydelse	256
9.4.2.2.1	Om en (ytterligare) förälder har tillstånd att vistas i unionen.....	258
9.4.2.2.2	Om föräldern (som är tredjelandsmedborgare) har begått brott	259
9.4.3	EU-rätten och familjesammanhållning av tredjelandsmedborgare	261
9.5	Familjesammanhållning enligt utlänningslagstiftningen och svensk praxis.....	264
9.5.1	Utvisning av lagligen bosatta migranter	265
9.5.1.1	Återkallelse av uppehållstillstånd.....	265
9.5.1.2	Utvisning pga. brott.....	269
9.5.1.3	Återreseförbud	274
9.5.2	Ansökan om att få stanna i landet pga. anknytning	278
9.5.2.1	Utan (nu gällande) lagakraftvunnet utvisningsbeslut.....	279
9.5.2.1.1	Om det är oskäligt att kräva ansökan från hemlandet	279
9.5.2.1.2	Om det annars finns synnerliga skäl	286
9.5.2.2	Med gällande lagakraftvunnet utvisningsbeslut.....	288
9.5.3	Familjesammanhållning vid asylansökan	291
9.5.3.1	vid överförning enligt Dublinförordningen.....	291
9.5.3.2	vid beslut om avvisning av en asylansökan	295
9.5.3.3	vid faktisk prövning av en asylansökan i Sverige.....	296
9.5.4	Familjesammanhållning vid andra beslut om avvisning eller utvisning	298
9.6	Sammanfattning	299
9.6.1	Barnkonventionen	299
9.6.2	Europakonventionen.....	300
9.6.3	EU-rätten	301
9.6.4	Utlänningslagen.....	302

10 Familje(åter)förening.....305

10.1	Inledning	305
10.2	Familje(åter)förening enligt barnkonventionen	305
10.3	Familje(åter)förening enligt Europakonventionen	312
10.3.1	Praxis i familjeåterföreningsärenden som rör barn	314
10.3.2	Betydelsen av barnets bästa.....	319
10.3.3	De särskilda omständigheterna är avgörande	321
10.3.4	Processuella brister och diskriminerande regleringar	324

10.4	Familje(åter)förening enligt EU-rätten	326
10.4.1	Familjeåterförening för unionsmedborgare	327
10.4.2	Familjeåterförening för tredjelandsmedborgare med tredjelandsmedborgare	327
10.4.2.1	EU-rättsliga bestämmelser om återförening av asylsökande	337
10.5	Familje(åter)förening enligt utlänningslagstiftningen och svensk praxis.....	338
10.5.1	Anknytningsperson.....	338
10.5.2	Anhöriga som kan beviljas uppehållstillstånd	339
10.5.2.1	5 kap. 3 § – ”kärnfamiljen”	340
10.5.2.1.1	Make/maka/sambo.....	340
10.5.2.1.2	Ogifta barn.....	340
10.5.2.1.3	Vissa föräldrar/vårdnadshavare till barn bosatta i Sverige	342
10.5.2.2	5 kap. 3 a § – ”andra nära anhöriga” eller anknytning till landet Sverige..	343
10.5.3	Anledningar att neka uppehållstillstånd.....	351
10.5.3.1	Krav för att få sin ansökan prövad i sak	351
10.5.3.1.1	Processbehörighet	351
10.5.3.1.2	Identitetskrav	352
10.5.3.1.3	Bevislättnad för vissa barnfamiljer	353
10.5.3.1.4	Passkrav.....	357
10.5.3.2	Krav för att ansökan ska kunna beviljas	358
10.5.3.2.1	Enligt 5 kap. 3 §.....	358
10.5.3.2.2	Enligt 5 kap. 3 a §.....	364
10.5.3.3	Begränsning enligt den tillfälliga lagen	366
10.5.3.4	Försörjningskrav	368
10.5.4	Längd på tillstånd.....	369
10.6	Sammanfattning	370
10.6.1	Barnkonventionen	370
10.6.2	Europakonventionen.....	370
10.6.3	EU-rätten.....	371
10.6.4	Utlänningslagen.....	372

11 Etablerat privatliv (lång vistelsetid).....375

11.1	Inledning	375
11.2	Etablerat privatliv enligt barnkonventionen.....	376
11.3	Etablerat privatliv enligt Europakonventionen	377
11.4	Etablerat privatliv enligt EU-rätten.....	382
11.5	Etablerat privatliv enligt utlänningslagstiftningen och svensk praxis	384
11.5.1	Återkallelse av tillstånd	385
11.5.2	Utvisning pga. brott.....	385
11.5.3	Återreseförbud.....	386
11.5.4	Möjlighet till uppehållstillstånd pga. etablerat privatliv	387
11.5.4.1	När personen haft uppehållstillstånd	387
11.5.4.1.1	Om en relation tagit slut	387
11.5.4.1.2	Om en person vistats i Sverige under lång tid.....	391

11.5.4.2	När det finns synnerliga skäl och särskild anknytning till Sverige	391
11.5.4.3	När det finns synnerligen eller särskilt ömmande omständigheter	392
11.5.4.3.1	Begränsning enligt den tillfälliga lagen	397
11.6	Sammanfattning	398
11.6.1	Barnkonventionen	398
11.6.2	Europakonventionen	398
11.6.3	EU-rätten	399
11.6.4	Utlänningslagen	400
12	Sammanfattande analys	403
12.1	Inledning	403
12.2	Flera rättskällor aktualiseras och samspelar	403
12.3	Förskjutningar över tid i rättens innehåll	405
12.4	<i>Proportionerliga</i> inskränkningar är tillåtna	406
12.4.1	Barnets bästa är en viktig faktor att beakta	408
12.4.2	...men det är också intresset av reglerad invandring	408
12.4.3	...och det verkar oklart vad intressena innebär och vad som ska väga tyngst..	410
12.5	Intresseavvägningar i migrationsrätten – individen mot staten eller en avvägning mellan samhällsintressen?	412
13	Modell för intresseavvägningar mellan barnets bästa, rätten till familjeliv och privatliv och reglerad invandring	417
13.1	Inledning	417
13.2	Introduktion till modellen	417
13.3	Steg 1: Föreligger familjeliv och/eller privatliv?	420
13.3.1	Bedömningen av familjeliv	420
13.3.2	Bedömningen av privatliv	421
13.4	Steg 2: Vad är det enskilda barnets bästa?	422
13.4.1	Vem ska utreda barnets bästa?	429
13.4.2	Vikten av att fastslå barnets <i>bästa</i>	430
13.5	Steg 3: Under vilka omständigheter får staten begränsa invandring?	430
13.5.1	Legitima skäl	431
13.5.2	Legitima skäl den svenska rättstillämparen är tänkt att beakta	433
13.5.2.1	Allmän ordning och säkerhet	435
13.5.2.2	<i>Upprätthållande</i> av den reglerade invandringen	435
13.5.2.3	Statens resurser och antalet migranter	436
13.5.2.4	Andras fri- och rättigheter	437
13.6	Steg 4: Vilka omständigheter talar <i>för</i> respektive <i>emot</i> att tillåta vistelse i Sverige? ...	438
13.7	Steg 5: Vilket eller vilka intressen ska anses väga tyngst i det enskilda fallet?	439
13.8	Krav på att motivera beslut	449

14 En svår intresseavvägning med förbättringspotential.....	453
14.1 Inledning	453
14.2 Rekommendationer	454
14.2.1 Säkerställ att barn kan få tillgång till sina rättigheter	454
14.2.2 Se över och förtydliga utlänningslagstiftningen	456
14.2.3 Uttala att en intresseavvägning sker	458
14.2.4 Ge vägledning till rättstillämparen	460
14.2.4.1 Tydliggör innebörden av det rättsliga intresset av reglerad invandring	461
14.2.4.2 Fundera på om rättstillämpare bör ta politiska beslut	463
14.2.4.3 Tydliggör vilken vikt olika intressen är tänkta att ha.....	466
14.2.5 Fortsatt forskning	467
14.3 Slutord.....	469
15 Summary	473
Källförteckning	477

Förkortningar

Barnkonventionen	Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter
Dublinförordningen	Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 604/2013 av den 26 juni 2013 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandmedborgare eller en statslös person har lämnat in i någon medlemsstat
EU:s rättighetsstadga	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
Familjeåterföreningsdirektivet	Rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Flyktingkonventionen	1951 års konvention angående flyktingars rättsliga ställning, med ändringar genom 1967 års protokoll angående flyktingars rättsliga ställning
FN	Förenta nationerna
FN:s barnrättskommitté	FN:s kommitté för barnets rättigheter

ICCPR	Internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter
ICESC	Internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter
MIG	Migrationsöverdomstolens domar
Mottagandedirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/33/EU av den 26 juni 2013 om normer för mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd
MR-kommittén	FN:s kommitté för mänskliga rättigheter
Rörlighetsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG (Text av betydelse för EES)
Skyddsgrundsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet (omarbetning)
Tillfälliga lagen	Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige. Förlängd via SFS 2019:481
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UNICEF	United Nations Children's Fund
Utlänningslagen	Utlänningslagen (2005:716)

1 Introduktion

1.1 Introduktion till ämnet och problemet

1.1.1 Rätten till respekt för privat- och familjeliv, principen om barnets bästa och intresset av reglerad invandring

Haddile, Denis, Hinok, Alexa, Strahinja, Kapiten, Simon, Lois och Rakel. De är några av de barn vars namn under de senaste åren figurerat i media för att de riskerat att utvisas ur Sverige. Flera av dem är födda i Sverige, andra har levt här under stora delar av sina liv.¹ Berättelser som deras uppmärksammas relativt ofta och frågorna som uppstår i deras spår liknar varandra: Varför får de inte stanna? Varför har de kunnat bo i Sverige så länge, men nu får de inte vara kvar? Vad hände med det där om att ”barnets bästa ska komma i främsta rummet”? Skulle barnen kunna utvisas även när barnkonventionen² är lag?

Barnens situationer aktualiserar många olika juridiska frågor där en knäckfråga är frågan om s.k. irreguljär vistelse (ibland kallad illegal vistelse). Barn som vuxit upp i Sverige men som riskerar utvisning har nämligen ofta levt i Sverige utan att ha en stabil laglig rätt att göra så.³

¹ Tvååriga Haddile riskerar utvisning, <https://www.expressen.se/kvallsposten/tvaariga-haddile-riskerar-utvisning/>, publicerad 22 september 2012, senast använd 3 juli 2019, Denis, 6, ska utvisas ensam till Ukraina, <https://www.aftonbladet.se/nyheter/a/jP2QO9/sexarige-denis-ska-utvisas-ensam-till-ukraina>, publicerad 16 oktober 2018, senast använd 3 juli 2019, Efter tio år i Sverige: Hinoks familj utvisas, <https://www.st.nu/efter-tio-ar-i-sverige-hinoks-familj-utvisas>, publicerad 15 januari 2013, senast använd 3 juli 2019, Unga Österspelare ska utvisas – efter elva år, <https://www.expressen.se/kvallsposten/sport/unga-osterspelare-ska-utvisas--efter-elvar/>, publicerad 9 juni 2014, senast använd 3 juli 2019, Kapiten, 9, är född i Sverige – men ska ändå utvisas, <https://www.aftonbladet.se/nyheter/a/1nrWoQ/kapiten-9-ar-fodd-i-sverige--men-ska-anda-utvisas>, publicerad 5 juni 2019, senast använd 3 juli 2019, Ödesdagen närmar sig för nordkoreanska familjen Park, <https://www.svt.se/nyheter/lokalt/smaland/nordkoreanska-familjen-kallad-till-atervandandesamtal>, publicerad 24 april 2019, senast använd 3 juli 2019.

² FN:s konvention om barnets rättigheter, 1577 UNTS 3, (antagen 20 november 1989, trädde ikraft 2 september 1990).

³ Ofta har barnets föräldrar (ibland tillsammans med barnet) kommit till Sverige och sökt asyl men fått avslag och ett beslut om utvisning. Ett utvisningsbeslut preskriberas dock efter fyra år, varpå familjen kan söka asyl på nytt, 12 kap. 22 § utlänningslagen (2005:716) [*cit. utlänningslagen*]. Vissa familjer lever då ”gömda”, dvs. håller sig undan från myndigheterna, i väntan på preskription. När familjen befinner sig i asylprocessen vistas familjen här lagligt, under de år när familjen lever gömd vistas familjen dock i Sverige utan tillstånd. De är då vad som med

Det finns ingen rättighet att fritt välja var i världen man vill bo. Faktum är att stater som utgångspunkt anses ha en rätt att reglera invandring – och därmed ha rätt att fatta migrationsrättsliga beslut om att avvisa eller utvisa utländska medborgare alternativt att neka dem tillträde till staten. Denna rätt att bestämma, s.k. statssuveränitet, är dock inte absolut. Statssuveräniteten i migrationsärenden begränsas bl.a. av en stats åtaganden om mänskliga rättigheter.

Ett exempel på en rättighet som kan begränsa statssuveräniteten är rätten att få sitt privat- och familjeliv respekterat, en rättighet reglerad i bl.a. FN:s barnkonvention⁴, Europakonventionen⁵ och EU:s rättighetsstadga⁶. Rättigheten kan aktualiseras i situationer där en persons privat- eller familjeliv skulle påverkas av ett beslut att neka en utländsk medborgare rätt att vistas i Sverige. Eftersom det inte finns något krav på att ett privatliv måste ha utvecklats under en tid då en person haft laglig rätt att vistas i ett land kan rättigheten t.ex. aktualiseras i fall som de som nämndes ovan, där barn har vuxit upp i Sverige – förutsatt att ett privatliv anses etablerat, dvs. att tillräckligt starka band utvecklats till Sverige.⁷ Rättigheten aktualiseras även om det kan konstateras att en persons familjeliv skulle påverkas av ett beslut att neka en familjemedlem rätt att vistas i Sverige. Så kan t.ex. vara fallet när människor ansöker om att få återförenas i Sverige eller när enbart delar av en familj har rätt att vistas i Sverige.⁸

Den mänskliga rättigheten till respekt för privat- och familjeliv ställer krav på att stater enbart fattar beslut som begränsar privat- och familjeliv om det 1) finns stöd i lag, 2) görs av ett godtagbart (s.k. legitimt) skäl och 3) är nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Enbart motiverade och väl avvägda – *proport-*

allmänt språkbruk brukar kallas för papperslösa, vilket med juridiskt språkbruk benämns irreguljära migranter. Ibland föds barn under den tid familjen lever gömd. Dessa barn kan då söka asyl och få sin sak prövad, men eftersom asylskälen då vanligen är desamma som de skäl deras föräldrar redan fått prövade och nekade beviljas barnet sällan tillstånd. Efter fyra år kan dock processen sättas igång igen.

⁴ Se främst artikel 9, 10 och 16 i barnkonventionen.

⁵ Artikel 8, Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna [cit. Europakonventionen], 213 UNTS 221 (antagen 4 november, trädde ikraft 3 september 1953).

⁶ Se främst artikel 7 samt artikel 24.3, Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna [cit. EU:s rättighetsstadga/rättighetsstadgan], EUT C 202, 7.6.2016, s. 389–405.

⁷ Här undersöks t.ex. förekomsten av sociala nätverk, språkkunskaper, utbildning, fritidsaktiviteter, mm. Mer om innebörden av privatliv nedan i kapitel 8.5.

⁸ Nyligen uppmärksammades t.ex. en situation där mamman i en familj beviljats ett 13-månaders uppehållstillstånd enligt den s.k. gymnasielagen men där pappan och de två barnen i familjen, en 5-åring och en femmånaders bebis, skulle utvisas till Afghanistan, Fem månaders bebis utvisas – mamman kvar i Sverige, Sveriges radio, <https://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=106&artikel=7225733>. Publicerat onsdag 22 maj kl. 19.30, uppdaterat torsdag 23 maj kl. 06.08. Senast använd 20 juni 2019.

ionerliga – ingrepp i familjeliv och privatliv är således tillåtna. I migrationsärenden som rör privatliv och familjeliv måste därmed en bedömning ske av om det är proportionerligt att neka en person rätt att vistas i Sverige. Om en bedömning landar i att ett sådant beslut vore oproportionerligt blir följden att staten måste tillåta vistelse.

Det finns en spänning mellan systemet med reglerad invandring (som upprättsats för att avgöra vilka människor – utöver svenska medborgare – som ska ha rätt att vistas i Sverige) och mänskliga rättigheter (som ibland innebär att stater inte fritt får bestämma vem som får vistas i landet). En spänning som genomsyrar hela utlänningslagstiftningen. Även om spänningen existerar i både ärenden som gäller barn och i ärenden som enbart rör vuxna så är den särskilt tydlig när barn är berörda.⁹ Om så är fallet aktualiseras nämligen det särskilda rättighetsskydd som utvecklats för barn på såväl det internationella planet – t.ex. FN:s barnkonvention – som på EU-rättslig och rent nationell nivå. Gemensamt för dessa regelverk är att de ger förstärkta rättigheter för barn, något som i migrationsrättsliga sammanhang ytterligare försvårar möjligheterna för stater att begränsa invandring.

Det utökade rättighetsskyddet för barn ställer bl.a. krav på att så fort ett beslut rör ett barn – dvs. även om beslutet exempelvis tar sikte på ett barns familjemedlem men utfallet påverkar barnet – så ska ett barns bästa bedömas och beaktas.¹⁰ Kravet innebär att barnets livssituation och dess tillgång till rättigheterna enligt barnkonventionen utreds och bedöms, i relation till såväl värdstaten som hemlandet. Principen om barnets bästa – som i svensk rätt ofta formulerats som att barnets bästa ska komma i främsta rummet¹¹ – innebär dock inte, tvärtom hur den ibland verkar förstås, att det beslut som bäst motsvarar barnets bästa *måste* fattas. Faktum är att principen om barnets bästa tillåter att andra intressen, som exempelvis intresset att reglera invandring, ges företräde. Barnets bästa är således inte alltid utslagsgivande.

⁹ En anledning till detta är att lagstiftares och rättstillämpares särskilda skyldigheter när det gäller barn, i kombination med synen på barn och barns (möjlighet till) eget ansvar, gör det svårare att upprätthålla idéer om legal/illegal migration. Vuxna personer anses nämligen i högre utsträckning än barn kunna hållas ansvariga för sina egna handlingar, dvs. för att ”ha försatt sig själva i situationen” att vistas i Sverige utan tillstånd, se härom Bhabha, Jacqueline, Kanics, Jyothi och Senovilla Hernández, Daniel (red.), *Research Handbook on Child Migration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018, s. 2. Se även Noll, Gregor, Why Human Rights Fail to Protect Undocumented Migrants, *European Journal of Migration and Law*, vol. 12, nr. 2, s. 241-272 samt Thorburn Stern, Rebecca, Om barn som migranter och som barn, i Helander, Karin & Leviner, Pernilla (red.), *Barn, migration och integration i en utmanande tid*, Ragulka press, Visby, 2019, s. 162 f.

¹⁰ Jfr artikel 3 barnkonventionen och artikel 24.2 EU:s rättighetsstadga.

¹¹ Se dock den nya svenska översättningen av artikel 3.1 barnkonventionen i lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter. Här uttrycks principen om barnets bästa som att ”[v]id alla åtgärder som rör barn [...] ska i första hand beaktas vad som bedöms vara barnets bästa.”

Både barns rätt till respekt för privat- och familjeliv, barnets bästa och intresset att reglera invandring erkänns i migrationsrätten. Frågan är dock hur situationer ska hanteras när dessa skyddade intressen innebär olika saker och därmed ställs mot varandra. Trots att det inte finns någon absolut rätt att få utöva sitt privat- eller familjeliv i det land man vill, och trots att det inte finns någon absolut skyldighet att besluta i enlighet med barnets bästa är det inte heller tillåtet att rutinmässigt inskränka privat- och familjeliv eller besluta emot barnets bästa.

1.1.2 Migrationsrätten – en särskild del av den offentliga rätten

Migrationsrätt utgör i Sverige en del av rättsområdet förvaltningsrätt, vilket i sin tur hör till den offentliga rätten – den typ av juridik som berör förhållandet mellan den enskilde och staten, och som till syvende och sist handlar om demokrati och mänskliga rättigheter.¹²

Förvaltningsrätten som rättsområde består dels av mer allmänna regler och principer som styr hur myndigheter ska skötas och fungera (allmän förvaltningsrätt), dels av speciallagstiftning som består av regler för vissa särskilda sakområden, exempelvis migrationsrätt (speciell förvaltningsrätt).

Bland de generella krav som ställs på offentlighetsrättslig maktutövning återfinns de offentlighetsrättsliga principerna, om bl.a. legalitet, objektivitet, proportionalitet och motiveringsskyldighet. Grunderna för principerna erkänns i såväl grundlagen som i förvaltningslagen¹³ (förvaltningsmyndigheter) och förvaltningsprocesslagen¹⁴ (förvaltningsdomstolar) och följer dessutom av Europadomstolens¹⁵ praxis samt av EU-rätten. Principerna innebär kort att regelverk ska vara tydliga, förutsebara, icke-diskriminerande och väl avvägda samt att rättstillämpningen ska vara saklig och objektiv utan att rättsföljderna blir allt för ingripande. Dessutom ska domar och beslut vara tillräckligt väl motiverade.

Förvaltningslagen är den mest centrala lagstiftningen inom den allmänna förvaltningsrätten och gäller även i migrationsärenden. I lagens 4 § stadgas dock att om det finns särskilda regler i den speciella förvaltningsrätten så har dessa

¹² Se exempelvis Wenander, Henrik, Varför offentlig rätt?, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 1 2019.

¹³ Förvaltningslag (2017:900).

¹⁴ Förvaltningsprocesslagen (1971:291).

¹⁵ Formellt den Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna.

företråde framför reglerna i den mer generella förvaltningslagen. I migrationsrättens fall återfinns den svenska speciallagstiftningen främst i utlänningslagen, den tillfälliga lagen¹⁶ samt utlänningsförordningen¹⁷.

En sak som utmärker migrationsrätten är att instansordningen för överklaganden ser annorlunda ut jämfört med andra typer av förvaltningsrättsliga mål.¹⁸ Migrationsverket, som är en förvaltningsmyndighet, är första instans. De av verkets beslut som går att överklaga prövas av en migrationsdomstol. Dessa är (trots det namn som används) inte några specialdomstolar. Migrationsdomstolarna är istället integrerade delar av de ordinarie förvaltningsdomstolarna i Luleå, Malmö, Göteborg och Stockholm. För att få en prövning av en migrationsdomstols dom krävs prövningstillstånd hos den högsta nationella instansen i migrationsmål: Migrationsöverdomstolen, en integrerad del av Kammarrätten i Stockholm. Eftersom Migrationsöverdomstolen är utsedd till högsta instans i migrationsrättsliga mål når dessa inte den ordinarie högsta instansen i förvaltningsmål, Högsta förvaltningsdomstolen.

Även om det finns aspekter, exempelvis instansordningen, som skiljer ut migrationsrätten från annan förvaltningsrätt så är migrationsrätten i avsaknad av särreglering tänkt att utövas i linje med allmänna förvaltningsrättsliga krav vilket bl.a. innebär att de offentlighetsrättsliga principer som lyftes fram ovan även gäller i migrationsärenden.

1.1.3 Otydlighet i regler och tillämpning på ett politiskt laddat område

Om en stat vill begränsa rätten till respekt för privat- och familjeliv krävs inte bara att det finns stöd i nationell rätt för att göra ett ingrepp. Enligt Europadomstolen krävs att det lagstöd som används finns tillgängliggjort för allmänheten och är tillräckligt tydligt och precist för att enskilda i någon mån ska kunna förstå och förutse hur ett beslut kommer att bli. Europadomstolen menar förvisso att det är förståeligt att vissa lagar och bestämmelser behöver vara mer öppna (och därmed otydliga) formulerade än andra, men framhåller att om en lag tillåter ett visst utrymme för rättstillämpare att göra egna bedömningar, s.k. skönsmässighet, så måste en indikation ges angående hur långt detta skönsmässiga utrymme sträcker sig.¹⁹

¹⁶ Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige [cit. *tillfälliga lagen*].

¹⁷ Utlänningsförordning (2006:97).

¹⁸ Se framförallt 14 kapitlet och 16 kapitlet utlänningslagen.

¹⁹ Se exempelvis *Silver mot Förenade kungariket* (dom den 25 mars 1983, appl. no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 och 7136/75), punkterna 86-88

Rättsregler som är oklara, otillgängliga och komplicerade innebär problem för såväl rättstillämparen som den berörde enskilde och ytterst för rättsstatsidealet. Dels kan otydlighet göra det svårt att förstå gränserna för det skönsmässiga utrymme som lagstiftaren har gett tillämparen, dels kan det vara svårt för rättstillämparen att förstå hur lagstiftaren menar att avvägningarna inom dessa gränser ska gå till.²⁰ För den enskilde kan otydliga rättsregler medföra svårigheter att driva sitt ärende eftersom det kan vara svårt att formulera en ansökan om det inte är tydligt vad som krävs för att ens ansökan ska beviljas. Samtidigt som det står klart att tydlighet är viktigt har bl.a. Lagrådet uppmärksammat att "[d]en befintliga [utlännings]lagstiftningens konstruktion med mycket allmänt hållna formuleringar [inte sällan ger] ringa eller ingen vägledning för tillämpningen".²¹

Som ovan nämnts ställs inte enbart krav på utformningen av regelverket. Krav ställs även på tillämpningen av detsamma, bl.a. på så vis att det ska gå att förstå och kontrollera hur myndigheter och domstolar har resonerat i det enskilda fallet. Utan insyn i vad som sker vid en bedömning är det svårt att avgöra om de krav som ställs på rättstillämparen respekterats. Om det är svårt att förstå varför ett beslut blev som det blev kan det även vara svårt att formulera en eventuell överklagan.

Trots detta har återkommande studier visat att det finns brister i migrationsrättsliga beslut och domar vad gäller motiveringar om barnets bästa.²² En undersökning av Migrationsöverdomstolens refererade avgöranden mellan 2006 och 2013 konstaterade att mer utvecklade resonemang om barnets bästa endast återfanns i 18% av överdomstolens domar. I nästan hälften, 45%, av de

²⁰ Se exempelvis krönikan av Magnus Åhammar, rådmann vid Förvaltningsrätten och Migrationsdomstolen i Stockholm, "Ska luddigt formulerade målsättningar ha samma domstolsskydd som grundläggande rättigheter?" där Åhammar resonerar kring att Migrationsöverdomstolen funnit att ett beslut att neka familjeåterförening innebär en inskränkning av deras rätt till familjeliv, även om denna inskränkning har stöd i lag, se <http://www.dagensjuridik.se/2019/01/ska-luddigt-formulerade-malsattningar-ha-samma-domstolsskydd-som-grundlaggande-rattigheter>, publicerad 24 januari 2019, senast använd 1 mars 2019.

²¹ Lagrådet, Ny utlänningslag, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-10-09, s. 4 f.

²² Se exempelvis Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige: en rättsvetenskaplig undersökning*, Andra upplagan, Iustus, Uppsala, 2005, Nilsson, Eva, *Barn i rättens gränsland: om barnperspektiv vid prövning om uppehållstillstånd*, Iustus, Diss. Umeå universitet, 2007, Uppsala, 2007, Lundberg, Anna, *Principen om barnets bästa i asylprocessen - ett konstruktivt verktyg eller kejsarens nya kläder?*, Malmö Institute for Studies of Migration, Diversity and Welfare (MIM), Malmö, 2009, Lundberg, Anna, *Barns bästa som överordnad princip och rättslig praktik: en jämförande undersökning av asylbeslut i norsk och svensk utlänningsförvaltning*, *Juridisk tidskrift* nr 4 2011, s. 769-799, Hedlund, Daniel, *Drawing the limits: unaccompanied minors in Swedish asylum policy and procedure*, Department of Child and Youth Studies, Stockholms universitet, 2016, Josefsson, Jonathan, *Children at the borders*, Linköping University, Department of Thematic Studies, Diss. (sammanfattning) Linköping : Linköpings universitet, 2016, Lind, Jacob och Lundberg, Anna, *Barn i migrationsprocessen, kartläggning som genomförts inom ramen för SOU 2016:19*, tillgänglig via Riksarkivet.

undersökta domarna där ett barn rördes av ett beslut nämndes barnets bästa överhuvudtaget inte.²³ En studie från 2015 där 100 beslut från Migrationsverket granskades fann att inte ett enda beslut innehöll en beslutsmotivering där det framgick *hur* en avvägning gjorts mellan barnets bästa och andra samhällsintressen, såsom reglerad invandring.²⁴ I samma studie konstaterades att resonemang om barns rättigheter i huvudsak förekommer ”på ett symboliskt plan eller genom övergripande negerande formuleringar om att besluten ’inte strider mot barnets bästa’” samt att det av det granskade materialet verkade som att barnets bästa trängdes undan, men att det var svårt att utläsa hur detta skedde eftersom begreppet sällan tillämpades konkret.²⁵

Otydlighet i utformning och tillämpning av rättsregler riskerar att leda till brister i likabehandling, problem med förutsebarhet samt till att individers grundläggande mänskliga rättigheter kränks. En otydlig migrationspolitik kan även innebära att människors förväntningar på möjligheten att beviljas ett tillstånd inte motsvarar verkligheten. Detta kan i sin tur leda både till en ökad mängd ansökningar, som trots att de inte når upp till kraven för tillstånd måste hantearas av svenska myndigheter, och till stort lidande för den enskilde som kan ha satsat betydande resurser på att försöka starta ett nytt liv i Sverige. Otydlighet i regler och tillämpning kan således leda till situationer där både samhället och den sökande utsätts för stora påfrestningar.

I den här avhandlingen görs ett försök att nysta i otydligheten.

1.2 Syfte

Avhandlingens övergripande syfte är att undersöka och analysera barns rätt till respekt för sitt familjeliv och privatliv samt skyldigheten att bedöma och beakta barnets bästa i relation till intresset att reglera invandring.

För att uppnå syftet behandlas följande frågeställningar i avhandlingen:

- hur samspelar intresset att reglera invandring, intresset att skydda och respektera barnets bästa samt intresset att respektera rätten till familjeliv och privatliv,

²³ Se Josefsson, Jonathan, Children’s Rights to Asylum in the Swedish Migration Court of Appeal, *The International Journal of Children’s Rights* vol. 25, issue 1 2017, s. 85-113.

²⁴ Lind, Jacob och Lundberg, Anna, Barn i migrationsprocessen, kartläggning som genomförts inom ramen för SOU 2016:19, tillgänglig via Riksarkivet, s. 85 f. Se även SOU 2016:19, s. 164 f.

²⁵ Se Lind, Jacob och Lundberg, Anna, *Barn i migrationsprocessen*, kartläggning som genomförts inom ramen för SOU 2016:19, tillgänglig via Riksarkivet.

- hur förhåller sig detta samspel till de offentligrättsliga principerna om legalitet, objektivitet och proportionalitet samt skyldigheten att motivera beslut och domar, och
- hur bör lagstiftningen och rättstillämpningen utvecklas för att bli mer transparent och rättssäker.

Genom att förtydliga de folkrättsliga, europarättsliga och offentligrättsliga krav som ställs på såväl utformning som tillämpning av lagstiftning samt genom att tydliggöra samspelet mellan dessa krav – och därmed synliggöra den juridik som tillämpas – hoppas jag att avhandlingen ska kunna bidra till en djupare förståelse för och analys av migrationsrättens konstruktion och innehåll. Förhoppningen är att avhandlingens slutsatser ska kunna skapa förutsättningar för en mer transparent och förutsebar lagstiftning och rättstillämpning.

Målgrupperna för avhandlingen är flera: genom att undersöka frågor om hur lagstiftningen idag är konstruerad, vilka uppgifter som faller på rättstillämparen samt hur dessa kan utföras och hur lagstiftaren kan underlätta för rättstillämparen att hantera de svåra avvägningar som uppstår mellan barns rätt till privat- och familjeliv, barnets bästa och intresset att reglera invandring riktar jag mig till både *lagstiftare* och *rättstillämpare*. Utöver dessa målgrupper riktar sig avhandlingen även till *alla andra som är intresserade* av att förstå migrationsrättens utgångspunkter och inneboende komplexitet. Avhandlingen kan också användas av den som mer specifikt önskar sätta sig in i regelverket vad gäller rätt till vistelse i Sverige pga. familjeband eller lång vistelsetid.

1.3 Disposition

I avhandlingens kapitel 2 beskrivs de offentligrättsliga kraven på legalitet, objektivitet, proportionalitet och motiveringsskyldighet. Avhandlingen inleds med en skildring av dessa krav då det är utifrån dem jag analyserar mitt material.

Härefter kommer fyra kapitel (3-6) som på olika vis fokuserar på frågan om vilka rättsliga faktorer som begränsar statssuveräniteten när det gäller att reglera/begränsa invandring – i allmänhet, respektive i relation till barn. I kapitel 3 introduceras utgångspunkten i migrationsrätten, att stater är suveräna att besluta om vilka utländska medborgare som ska få vistas i landet. I detta kapitel beskrivs även övergripande hur folkrätt och EU-rätt förhåller sig till svensk nationell rätt samt hur den svenska utlänningslagstiftningen växt fram. I kapitel 4 beskrivs hur Europakonventionens rättighetsskydd för migranter kommit till. Detta kapitel följs av en beskrivning av hur EU-rätten kommit att reglera migration, kapitel 5. I kapitel 6 beskrivs det särskilda rättighetsskyddet för

barn och hur det framkommer; på internationellt plan (främst via FN:s barnkonvention), via Europadomstolens tolkning av Europakonventionen, i EU-rätten samt i svensk utlänningslagstiftning.

Efter kapitel 3-6, som utgörs av avsnitt som främst syftar till att tydliggöra det migrationsrättsliga landskapet, följer kapitel 7 som mer specifikt undersöker betydelsen av principen om barnets bästa i migrationsrättsliga ärenden. Här-efter kommer kapitel 8-11 som mer specifikt fokuserar på hur barns rättigheter vägs mot statens intresse av reglerad invandring i enskilda fall där rätten till respekt för privat- och familjeliv aktualiseras. Kapitel 8-11 innehåller undersökningar av innebörden av rätt till respekt för familjeliv och privatliv utifrån barnkonventionen, Europakonventionen, EU-rätten samt svensk utlänningslagstiftning. Här undersöks hur lagstiftaren och rättstillämparen i praktiken hanterar de utmaningar som uppstår som en följd av att dessa intressen ibland innebär olika saker och då krockar. Kapitel 8 introducerar rätten till respekt för familjeliv och privatliv. I kapitel 9-11 undersöks hur barns rätt till familjeliv och privatliv tolkats i ljuset av barnets bästa. Kapitel 9 handlar om situationer där familjer riskerar att separeras pga. en avvisning eller utvisning, kapitel 10 handlar om när familjer önskar att få (åter)förenas och kapitel 11 handlar om möjligheten för migranter att få stanna i ett land där de har etablerat ett privatliv efter att ha levt i landet, med eller utan tillstånd, under en längre tid.

I kapitel 12 analyseras vad som framkommit i kapitel 8-11 om hur samspelet mellan intresset av att trygga och tillgodose barnets bästa, intresset att skydda rätten till respekt för familjeliv och privatliv samt intresset att reglera invandring sker. Utifrån vad som konstateras i kapitel 12 samt utifrån de offentlighetsrättsliga krav som presenterades i kapitel 2 presenteras i kapitel 13 en modell för intresseavvägningar i enskilda ärenden. Syftet med denna modell är att hjälpa rättstillämparen att – utifrån idag gällande rätt – genomföra korrekta intresseavvägningar genom att identifiera samtliga sakliga skäl (intressen) som aktualiseras i ett ärende (objektivitetsprincipen) samt att tillmäta dessa intressen korrekt vikt utifrån omständigheterna i det individuella fallet (proportionalitetsprincipen).

Avhandlingens allra sista kapitel, kapitel 14, ägnas åt att – utifrån de brister som identifierats – lyfta fram ett antal rekommendationer, framförallt till lagstiftaren. Syftet med dessa rekommendationer är att bidra till stärkt genomslag för barns rättigheter och till att ytterligare förbättra genomslaget för de offentlighetsrättsliga principerna om legalitet, objektivitet, proportionalitet samt motiveringskyldighet i lagstiftning och tillämpning – och därmed stärka rättssäkerheten i ärenden som rör barns rätt till respekt för familjeliv och privatliv i en migrationsrättslig kontext.

1.4 Forskningsstrategi

För att genomföra en undersökning som denna krävs såväl rätt material som ett lämpligt tillvägagångssätt för att analysera det valda materialet. I avsnittet nedan presenteras det material jag lagt grund för min undersökning samt det tillvägagångssätt jag valt att använda för att analysera det valda materialet. För ökad transparens presenteras även kort att jag uppfattar juridiken som ett sätt att ge skydd åt intressen samhället vill värna samt att jag gått in i denna undersökning med ett rättighetsperspektiv.

1.4.1 Material

En avhandling av detta slag kräver ett brett material. Dels då avsikten med avhandlingen är att undersöka samspelet mellan intresset att reglera invandring, intresset att skydda och respektera barnets bästa samt intresset att respektera rätten till familjeliv och privatliv i såväl lagstiftning som praxis. Dels då migrationsrätten som område bygger på ett komplext samspel av nationell rätt, EU-rätt och folkrätt. Dessa rättskällor spelar delvis olika roller i, och har olika påverkan på, den gällande rätten i Sverige. För att fullt ut förstå det som kallas migrationsrätt krävs dock en helhetssyn där samtliga dessa källor beaktas. Hur deras påverkan skiljer sig åt utvecklas längre ner i detta avsnitt. Först ska dock några mer allmänna reflektioner om det använda materialet lyftas fram.

Avhandlingen består av såväl avsnitt av mer deskriptiv karaktär som avsnitt som är mer analytiska och argumenterande. I samtliga delar av avhandlingen används huvudsakligen rättsligt material i form av författningar, prejudikat, förarbeten och doktrin. Vad gäller rättsligt material i form av internationella konventioner och fördrag samt nationell lagstiftning används regelverk som härstammar från EU, från Europarådet, från FN samt från den svenska lagstiftaren.²⁶ Dessa regelverk har inte enbart tagits fram av olika lagstiftare utan även för olika syften. Bland mitt material återfinns regelverk som uppställer offentligrättsliga krav på hur lagstiftare och rättstillämpare agerar,²⁷ dessutom används regelverk som stadgar rättigheter.²⁸ Slutligen används även regelverk som har till uttryckligt syfte att reglera migration.²⁹

²⁶ Som hjälpmedel för analysen hänvisas även, i mycket begränsad utsträckning, till norsk och isländsk lagstiftning.

²⁷ Främst regeringsformen, förvaltningslagen (2017:900), förvaltningsprocesslagen (1971:291), EU:s rättighetsstadga, Europakonventionen, barnkonventionen.

²⁸ Främst Europakonventionen, barnkonventionen och EU:s rättighetsstadga. Men även exempelvis Fördraget om Europeiska unionen (FEU), EGT C 202, 7.6.2016 och Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF), EGT C 202, 7.6.2016.

²⁹ Främst utlänningslagen, tillfälliga lagen, Rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening [*cit. familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG)*], Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG av den 29 april 2004 om unionsmedborgares

Stort utrymme i avhandlingen lämnas åt praxis. Mitt fokus på praxis är tätt kopplat till avhandlingens syfte då en del av detta är att undersöka hur rättstillämparen hanterar samspelet mellan samhällsintresset att reglera invandring, samhällsintresset att skydda och respektera barnets bästa samt samhällsintresset att respektera rätten till familjeliv och privatliv samt att undersöka hur tillämpningen förhåller sig till de offentlighetsrättsliga principerna. Ytterligare en anledning till ett stort fokus på praxis är att utlänningslagstiftningen kännetecknas av att lagstiftaren har lämnat ett större utrymme till rättstillämparen att avgöra utfallet i ett ärende än vad som är fallet vid mer legalitetsstyrda rättsområden som exempelvis straffrätten. Då tydlig ledning ofta saknas i såväl förarbeten som lagtext blir praxis en särskilt viktig källa att undersöka för att förstå gällande rätt.³⁰

Särskilt praxistunga är de kapitel som ingående behandlar betydelsen av rätten till respekt för privat- och familjeliv i ljuset av barnets bästa (kapitel 9-11). Här används omfattande praxis från Europadomstolen, EU-domstolen, Migrationsöverdomstolen samt Högsta domstolen i syfte att visa på likheter och skillnader i hur domstolarna resonerar. En anledning till den stora mängd praxis som undersökts är att visa på hur liknande regler kommit att tolkas av olika domstolar, eller för all del olika sammansättningar i samma domstol. Syftet är att tydligt visa på de många komplexa prövningar som uppstår för rättstillämpare när de olika rättskällorna ska samspela. Vad gäller svensk praxis är denna avgränsad till prejudikat från Migrationsöverdomstolen och Högsta domstolen. Denna avgränsning bör inte förstås som att det inte kunnat vara intressant att se närmare även på underrättspraxis. Tvärtom vore en sådan

och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG (Text av betydelse för EES) [cit. rörlighetsdirektivet (2004/38/EG)], Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet (omarbetning) [cit. skyddsgrundsdirektivet (2011/95/EU)], Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/33/EU av den 26 juni 2013 om normer för mottagande av personer som ansöker om internationellt skydd [cit. mottagandedirektivet (2013/33/EU)], Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 604/2013 av den 26 juni 2013 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandsmedborgare eller en statslös person har lämnat in i någon medlemsstat [cit. Dublinförordningen (2013/604/EU)].

³⁰ Jämför exempelvis med Lagrådets yttrande om att migrationsrätten är ”ett svåröverblickbart och komplicerat rättsområde, där ingående kännedom om en mycket omfattande praxis är en nödvändighet för varje handläggare och beslutsfattare. Den befintliga lagstiftningens konstruktion med mycket allmänt hållna formuleringar ger inte sällan ringa eller ingen vägledning för tillämpningen, som följaktligen under sådana förhållanden inbegriper åtskilligt av lämplighetsbedömningar”, Lagrådet, Ny utlänningslag, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-10-09, s. 4 f.

studie mycket intressant, inte minst då det finns betydligt fler avgöranden från underrätterna. Mitt fokus har dock varit att utreda hur avvägningar *bör* göras, och för detta syfte saknar underrättsavgöranden rättskällevärde. I viss utsträckning hänvisas dock till den tidigare forskning som bedrivits om barnets bästa i migrationsrätten där studier av underrättspraxis genomförts.³¹

Nästan alla migrationsrättsliga frågor avgörs inom det förvaltningsrättsliga systemet med Migrationsverket (förvaltningsmyndighet) som första instans, migrationsdomstol (del av allmän förvaltningsdomstol) som andra instans och Migrationsöverdomstolen (del av Kammarrätten i Stockholm) som högsta instans. Att jag i avhandlingen även behandlar praxis från Högsta domstolen hänger samman med att frågor om utvisning pga. brott hanteras av det allmänna domstolssystemet där Högsta domstolen är sista instans.

Vad gäller den praxis från Europadomstolen som används bör understrykas att jag mer djupgående analyserat de domar från Europadomstolen där stater har blivit fällda för att ha gjort otillåtna ingrepp i rätten till respekt för familjeliv och privatliv än de domar där staters agerande ansetts tillåtet. Anledningen till att större utrymme lagts på praxis där stater fällt är att stater som utgångspunkt anses ha rätt att reglera invandring vilket inbegriper en relativt vidsträckt rätt att bedöma vilka åtgärder som krävs i denna typ av mål (s.k. bedömningsmarginal). Att fokusera på de domar där en stat anses ha överträtt sin bedömningsmarginal kan således ge en bild av någon slags gräns för hur långt statens utrymme att begränsa rättigheter sträcker sig. Även hänvisningar till praxis till stöd för vad Europadomstolen vanligen tillåter att stater beslutar förekommer dock givetvis eftersom det trots allt är så att utgångspunkten är just att stater har rätt att reglera invandring.

Tillvägagångssättet för att hitta prejudikat har sett något olika ut beroende på vilken domstol det handlat om. Vad gäller Migrationsöverdomstolen har jag gått igenom samtliga refererade prejudikat sedan domstolen startade sitt arbete 2006. När det gäller Högsta domstolen har jag gått igenom domstolens prejudikat i frågan om utvisning pga. brott där personen haft ett familjeliv och/eller privatliv i Sverige. Dessa prejudikat har jag hittat genom att söka på orden ”utvisning” samt ”utvisas” i Domstolsverkets databas för vägledande avgöranden³² och via Högsta domstolens egen lista på prejudikat (tillgänglig via domstolens hemsida)³³.

³¹ Se not 22 och not 23 ovan.

³² <http://www.rattsinfosok.dom.se/lagrummet/index.jsp>.

³³ <http://www.hogstadamstolen.se/Avgoranden/Vagledande-domar-och-beslut-prejudikat/>.

Vad gäller prejudikat från Europadomstolen och EU-domstolen baseras underlaget huvudsakligen på respektive domstols databas.³⁴ Vad gäller praxis från Europadomstolen har sökningarna som gjorts i domstolens databas Hudoc tagit sikte på mål som rör artikel 8 i Europakonventionen och som dessutom nämner ”best interests of the child” eller ”best interest of the child”. När det gäller praxis från EU-domstolen har sökningen istället gjorts genom att jag i domstolens databas Curia sökt efter praxis kopplad till de direktiv och förordningsbestämmelser jag undersökt. Dessutom har jag använt sökorden ”familjeåterförening”, ”unionsmedborgarskap” samt ”barnets bästa”. Sökningar har skett i Hudoc och Curia vid ett flertal gånger under avhandlingsarbetet och jag har dessutom använt mig av tjänsten att få pressmeddelanden om nya domar. Även om jag genom dessa kompletterande tillvägagångssätt har försökt att täcka praxis så gott som möjligt kan det givetvis vara så att jag ändå missat relevant praxis. Slutligen bör nämnas att praxis från samtliga nu nämnda domstolar även hittats via hänvisningar i doktrin.

Praxis används i avhandlingen för att beskriva gällande rätt samt för att beskriva den utveckling som skett av EU-rätten och Europakonventionens rättighetsskydd vad gäller migranter. Hänvisningar kan således även ske till äldre praxis.

I syfte att beskriva den svenska utlänningslagstiftningens utveckling hänvisas till en blandning av material, bl.a. författningar, riksdagskrivelser, riksdagsprotokoll, utskottsbetänkanden, motioner, propositioner och statliga offentliga utredningar.

En fråga är vilket rättsligt värde som kan tillmätas förarbeten. Uttalanden i förarbeten får anses vara en etablerad rättskälla i svensk rättstradition som även används av de högsta domstolarna. Trots det kan det finnas anledning att förhålla sig skeptisk till förarbetsuttalanden. Jan Kleineman menar t.ex. att ett uttalande av ”ett lagstiftarbiträde i Regeringskansliet” i en proposition om hur en lagregel ska tolkas inte ensamt kan avgöra hur en lagregel ska tolkas.³⁵ Enligt Kleineman bör ”en normalspråklig tolkning av lagregeln i förening med ändamålsargument” i en sådan situation t.ex. kunna få genomslag även om en sådan tolkning går emot vad som uttalats i förarbetet – detta då resonemang i förarbeten ger uttryck för *regeringens* syn, inte den lagstiftande församlingen *riksdagen*. Ytterligare en anledning att inte allt för okritiskt förlita sig på förarbetsuttalanden är deras förhållande till EU-rätten. Här kan konstateras att även om det finns tydliga uttalanden i svenska förarbeten om hur exempelvis en lag baserad på ett EU-direktiv ska tolkas så förlorar förarbetsuttalandena

³⁴ Hudoc vad gäller Europadomstolen och Curia vad gäller EU-domstolen.

³⁵ Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod, i Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 28 f.

sitt värde om det kan visas att EU-rätten borde tolkas på ett annat vis.³⁶ I avhandlingen har jag mot bakgrund av nu nämnda anledningar inte använt mig av eller presenterat förarbetsuttalanden som en ”sanning”. Uttalanden ur förarbeten används istället främst för att illustrera – och ibland även ifrågasätta – hur regeringen avsett att något ska tolkas. I tillägg till denna funktion används förarbeten även i syfte att spegla vad regelverk varit tänkta att syfta till och hur de varit tänkta att fungera vid deras tillkomst. Till viss del används även förarbeten för att visa på hur den politiska samtida debatten verkat.

För att beskriva gällande rätt men även för att beskriva framväxten och utvecklingen av migrationsrätten används även doktrin. Den doktrin som använts kan delas in i några olika kategorier; doktrin som berör de krav som ställs på att offentligrättslig maktutövning ska vara rättssäker, doktrin som mer generellt tar sikte på rätten till respekt för familjeliv och privatliv samt barnets bästa samt doktrin som mer specifikt behandlar rätten till respekt för familjeliv och privatliv samt barnets bästa i en migrationsrättslig kontext. För att kunna beskriva vissa politiska processer och drivkrafter bakom framväxten av migrationsrätten har jag fått ta stöd av mer statsvetenskapliga och historiska källor. I viss – men begränsad – mån används således även annan forskning än juridisk doktrin. Såväl svensk som internationell doktrin används.

I avhandlingen har jag försökt att lyfta fram sådant som varit (och är) föremål för diskussion. Således har jag bl.a. valt att lyfta fram och (ytligt) belysa diskussioner som förts vid framtagandet av utlänningslagen,³⁷ barnkonventionen, Europakonventionen och de migrationsrättsliga bitarna av EU-samarbetet. När det gäller praxis har jag valt att synliggöra skiljaktiga resonemang.³⁸

³⁶ Se EU-domstolens dom i mål C-371/02, *Björnekulla Fruktindustrier AB mot Procordia Food AB*, EU:C:2004:275, punkt 13. Se även Reichel, Jane, EU-rättslig metod, i Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 135.

³⁷ Här har yttranden från remissinstanser samt från Lagrådet varit användbara. Inga av dessa yttranden är bindande för lagstiftaren, men de ger en intressant inblick i vilka juridiska problem som ansetts finnas med olika lagförslag. I avhandlingen används särskilt den hårda kritik som vid två tillfällen, 2002 och 2005, riktades från Lagrådet mot utlänningslagstiftningen i anslutning till att överprövningen av migrationsärenden skulle flyttas över från Utlänningsnämnden (en förvaltningsmyndighet) till förvaltningsdomstolar (vilket skedde år 2006). Lagrådets uppgifter finns närmare reglerade i 8 kap. 22 § regeringsformen och innebär att rådet ska lämna yttranden över lagförslag efter förfrågan av regeringen eller, i vissa fall, ett riksdagsutskott. Angående Lagrådets roll och uppgifter se även t.ex. Lavin, Rune, Lagrådet och den offentliga rätten 2009–2011, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr 2 2012. Som Anders Eka påpekat rådde vid den senaste omarbetningen av regeringsformen politisk enighet (hos samtliga dåvarande riksdagspartier) om värdet av Lagrådsgranskning av lagförslag, Eka, Anders, Domstolarna i samhället, i Wersäll, Fredrik, Hirschfeldt, Johan, Eka, Anders, Fura, Elisabet och Modéer, Kjell Å. (red.), *Svea hovrätt 400 år*, Norstedts juridik, Stockholm, 2014, s. 369 f.

³⁸ Detta har gjorts i syfte att synliggöra hur utgången i ett mål kan påverkas av vad som sägs – och av vad som inte sägs.

Som konstaterats används i avhandlingen ett material, som utöver svensk inhemsk rätt, även består av EU-rätt och folkrätt. Här följer därför en beskrivning av dessa rättskällor i syfte att ge en förståelse för vilken roll EU-rätten och folkrätten spelar i den svenska rättsordningen.

1.4.1.1 EU-rätt

I avhandlingen hänvisas till EU-rätt i form av relevanta fördragsbestämmelser, förordningar, direktiv samt praxis från EU-domstolen. Även om EU inte från start varit ett samarbete med fokus på mänskliga rättigheter eller migrationsrätt har med åren det migrationsrättsliga samarbetet mellan medlemsstaterna kommit att öka. EU har idag kompetens på asylområdet men saknar fortsatt generell kompetens vad gäller migrationsfrågor.³⁹ Via bl.a. den fria rörligheten – en grundpelare i EU-samarbetet – och Schengensamarbetet, som gett unionen en gemensam yttre gräns, har dock ett mer omfattande migrationsrättsligt regelverk successivt växt fram. Under åren har även unionens arbete med rättigheter stärkts, inte minst genom att rättighetsstadgan blev en del av unionens fördragsrätt.

Att jag utöver svensk nationell rätt har beaktat EU-rätt beror på att svenska rättstillämpare är bundna av EU-rätten som dessutom har företräde framför annan svensk rätt. Den EU-rättsliga principen om lojalt samarbete och doktrinen om direkt effekt och företräde ställer krav på att medlemsstaterna ser till att EU-rättens ändamålsenliga verkan (*effet utile*) uppnås nationellt.⁴⁰ Företrädesrätten är inte fördragsfäst, men i förklaring nr 17 till Lissabonfördraget uttalade medlemsstaterna att ”fördragen och den rätt som antas av unionen på grundval av fördragen i enlighet med Europeiska unionens domstols fasta rättspraxis har företräde framför medlemsstaternas rätt på de villkor som fastställs i nämnda rättspraxis”.⁴¹ På så vis har EU-rätten företräde framför svensk inhemsk rätt, även grundlag.⁴² Av EU-domstolens praxis framgår även tydligt att medlemsstaterna är skyldiga att ge effekt åt EU:s rättighetsstadga i de fall

³⁹ Se exempelvis artikel 78 FEUF vad gäller EU:s kompetens på asylområdet.

⁴⁰ Principen om lojalt samarbete är fördragsfäst, se artikel 4.3 FEU. Angående EU-rättens företräde se EU-domstolens dom i mål C-6/64, *Flaminio Costa mot E.N.E.L.*, EU:C:1964:66. Angående doktrinen om direkt effekt se EU-domstolens dom i mål C-26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mot Nederländska skatteförvaltningen*, EU:C:1963:1.

⁴¹ Se Konsoliderad version av fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - Förklaringar som fogas till slutakten från den regeringskonferens som antagit Lissabonfördraget undertecknat den 13 december 2007 - A. Förklaringar om bestämmelser i fördragen - 17. Förklaring om företräde, *Europeiska unionens officiella tidning nr 115*, 09/05/2008 s. 0344 – 0344.

⁴² Det framgår av EU-domstolens dom i mål C-11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, EU:C:1970:114, se särskilt punkt 3. Se även Bernitz, Ulf, EU: s nya rättighetsstadga – hur kommer den att tillämpas, *Europarättslig tidskrift – tio år*, 2008, s. 73.

den är tillämplig, vilket ger rättighetsstadgan högre rang i den svenska normhierarkin än Europakonventionen.⁴³

Olika EU-rättsliga akter ställer olika krav på agerande av lagstiftaren. Förordningar blir direkt gällande rätt i samtliga medlemsstater. Direktiv förutsätter däremot implementering i svensk rätt. En nationell lagstiftning som grundar sig på direktiv ska enligt EU-domstolen tolkas så att resultatet överensstämmer med direktivets syfte och innebörd, tillämpningen ska på så vis vara ”direktivkonform”.⁴⁴

Av vad som nu sagts framgår att om svensk rätt strider mot EU-rätt är det EU-rätten som bör ges företräde. Stora delar av EU-rätten består dock endast av minimiregler, vilka tillåter att medlemsstaterna har mer generösa bestämmelser. Sådana nationella bestämmelser uppfattas inte som stridande mot EU-rätten, utan snarare som komplement.

1.4.1.2 Folkrätt

Mitt folkrättsliga material är i stort sett begränsat till Europakonventionen och FN:s barnkonvention. Dagens internationella migrationsrättsliga regelverk innehåller en mängd principer och bestämmelser utspridda inom olika delar av folkrätten, bl.a. flyktingrätten, mänskliga rättigheter, humanitär rätt, arbetsrätt, handelsrätt, havs- och lufträtt, straffrätt, medborgarskapslagstiftning, konsular rätt, diplomatisk rätt etc.⁴⁵ Beroende av vilken fråga som aktualiseras i ett ärende krävs således insikt även i dessa olika regelverk. En berättigad fråga är därför varför jag har valt att avgränsa mitt konventionsrättsliga material på det vis jag har gjort. I avhandlingen undersöks när rätten till respekt för privatliv och familjeliv kan innebära en skyldighet för staten att bevilja vistelserätt och mer specifikt hur denna skyldighet påverkas av att beslutet rör ett barn. Rätten till respekt för privatliv och familjeliv förekommer i Europakonventionen och FN:s barnkonvention, men även i andra konvent-

⁴³ Se EU-domstolens dom i mål C-617/10 *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:280. Se även Reichel, Jane, Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 3 2018, s. 435.

⁴⁴ Se EU-domstolens dom i mål C-14/83, *Von Colson och Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen*, C:1984:153, punkt 26. Se även Axberger, Hans-Gunnar, *Rättigheter* (del II av II) Sverige och MR, SvJT 2018 s. 852.

⁴⁵ Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research Handbook on International Law and Migration*, [Elektronisk resurs], 1st ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, s. 1.

ioner som t.ex. FN:s internationella konvention om medborgerliga och politiska rättigheter (ICCPR)⁴⁶. Min ansats har dock varit att utgå ifrån de rättskällor som i en svensk kontext har starkast tyngd och på så vis ger det starkaste skyddet för individen. För att förstå varför jag i detta sammanhang anser detta vara just Europakonventionen och FN:s barnkonvention måste först sägas något om hur folkrättsliga källor blir bindande svensk rätt.

För lagstiftaren uppstår redan vid ratifikation en skyldighet att se till att åtagandena förverkligas på hemmaplan vilket är en konsekvens av att nationell rätt förväntas vara i linje med statens internationella åtaganden. En stat får inte åberopa existerande nationell rätt som ett skäl för att inte fullgöra sina folkrättsliga förpliktelser, vilket brukar användas som ett argument för att folkrätten på ett sätt står över nationell lagstiftning (även om en stat i teorin kan låta bli att fullfölja det folkrättsliga åtagande som tillträdandet av en konvention innebär)^{47, 48}. Eftersom Sverige är ett s.k. dualistiskt land blir folkrättsliga regler inte direkt tillämplbara i en svensk kontext så fort de ratificerats av Sverige.⁴⁹ Lagstiftaren måste således agera för att folkrättsliga bestämmelser ska bli gällande i Sverige på så vis att de är möjliga för domstolar och förvaltningsmyndigheter att direkt tillämpa. Hur folkrättsliga åtaganden ska ges genomslag i nationell rätt ställer inte folkrätten några formella krav på.⁵⁰ Den svenska lagstiftaren kan därför välja mellan olika sätt att agera. Beroende av vilket sätt som används så kan folkrättsliga källor ges olika betydelse, vilket gör det svårt att besvara frågor om giltighet, tillämplighet och företräde för folkrättsliga normer på ett mer generellt vis.⁵¹

Lagstiftaren kan antingen införa särskilda bestämmelser i svensk rätt i syfte att respektera konventionens innehåll (*transformation*) eller besluta om att

⁴⁶ FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, 999 UNTS 171. Antagen 16 december 1966, trädde ikraft 23 mars 1976.

⁴⁷ En stat är, som Carl Henrik Ehrenkrona skriver, ”suverän att fortsätta att begå konventionsbrott men måste då också ta de utrikespolitiska eller andra konsekvenser som detta kan medföra”, Ehrenkrona, Carl Henrik, Sveriges internationella avtal och dessas genomförande i svensk lagstiftning – några reflexioner, SvJT 2015 s. 790

⁴⁸ Jfr bl.a. artikel 27 1969 års Wienkonvention om traktaträtt. Se även Bring, Ove, Mahmoudi, Said och Wrangle, Pål, *Sverige och folkrätten*, 5., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014, s. 58 och Axberger, Hans-Gunnar, Rättigheter (del I av II) Sverige, EKMR och EU:s rättighetsstadga, SvJT 2018 s. 770.

⁴⁹ Att Sverige är ett dualistiskt land framgår inte av någon grundlagsregel utan är en fråga om praxis, se Bring, Ove, Mahmoudi, Said och Wrangle, Pål, *Sverige och folkrätten*, 5., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014, s. 62 ff samt Axberger, Hans-Gunnar, Rättigheter (del I av II) Sverige, EKMR och EU:s rättighetsstadga, SvJT 2018 s. 770, not 28.

⁵⁰ Axberger, Hans-Gunnar, Rättigheter (del I av II) Sverige, EKMR och EU:s rättighetsstadga, SvJT 2018 s. 770.

⁵¹ Lebeck, Carl, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, Upplaga 1, Norstedts juridik, Stockholm, 2018, s. 87.

göra konventionen i sin helhet till svensk lag (*inkorporering*).⁵² Det är även möjligt för lagstiftaren att konstatera att den nationella svenska rätten redan överensstämmer med de folkrättsliga kraven och att några särskilda åtgärder därför inte behöver tas. I sådana situationer konstateras att det föreligger s.k. *normharmoni*.

Europakonventionen ratificerades av Sverige år 1952 och blev svensk lag, genom *inkorporering*, år 1995.⁵³ När konventionen inkorporerades i svensk rätt infördes dessutom en bestämmelse i grundlagen med innebörden att ingen lag får meddelas som strider mot Europakonventionen.⁵⁴ Att en sådan bestämmelse finns inskriven i grundlagen innebär inte att Europakonventionen *i sig* har ställning som grundlag i svensk rätt. Men det innebär att Europakonventionen har getts en särställning på så vis att konventionen normalt ges företräde framför andra föreskrifter vid en konflikt.

Målet är givetvis att inga krockar mellan Europakonventionen och annan svensk rätt ska föreligga varför lagstiftaren har ett viktigt ansvar att kontinuerligt bedöma den nationella rättens överensstämmelse med Europakonventionen.⁵⁵ Om en konflikt ändå uppstår framgår av grundlagen att en författning av högre konstitutionell valör har företräde framför en författning av lägre valör (*lex superior*).⁵⁶ Det innebär att grundlag vinner över vanlig lag, att lag vinner över förordning och att förordning i sin tur har företräde framför myndighetsföreskrifter.⁵⁷ Genom att Europakonventionen getts ett slags ”mellanställning” mellan grundlag och vanlig lag ska konventionen ges företräde framför annan svensk lag om en konflikt uppstår i ett enskilt ärende. Denna

⁵² Bring, Ove, Mahmoudi, Said och Wrangle, Pål, *Sverige och folkrätten*, 5., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014, s. 57 ff.

⁵³ Se lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁵⁴ 2 kap. 19 § regeringsformen. I praktiken kan krockar uppstå mellan Europakonventionen och svensk lag som *meddelats före* det att bestämmelsen om Europakonventionen infördes i grundlagen år 1995. En sådan konflikt ska enligt förarbeten lösas av domstolarna och förvaltningsmyndigheterna från fall till fall genom lagtolkning eller med rättstillämpningsmetoder, till exempel principen om fördragskonform tolkning, prop. 1993/94:117, s. 37. Hans-Gunnar Axberger har dock ifrågasatt att begreppet ”fördragskonform” används för att tolka en svensk lags (Europakonventionens) överensstämmelse med annan svensk lag, se Axberger, Hans-Gunnar, *Rättigheter* (del I av II) Sverige, EKMR och EU:s rättighetsstadga, SvJT 2018 s. 774. Axberger menar att sedan Europakonventionen blivit svensk lag skiljer sig de lagkonflikter mellan den lagen och andra lagar principiellt sett inte från andra konflikter av det slaget som jurister kan ställas inför. Ytterligare en princip som kan användas är den om *lex posterior* vilket innebär att nyare lagstiftning ska ges företräde framför äldre lagstiftning, jfr SOU 2016:19, s. 410.

⁵⁵ Prop. 1993/94:117, s. 38.

⁵⁶ Se 8 kap. 18 § regeringsformen.

⁵⁷ Jfr lagprövningsinstitutet i 11 kap. 14 § samt 12 kap. 10 § regeringsformen.

starka ställning kan jämföras med exempelvis barnkonventionen, som kan sägas utgöra ett något vanligare exempel på hur folkrätt hanteras i svensk rättstillämpning.

Barnkonventionen ratificerades av Sverige genom ett riksdagsbeslut den 21 juni 1990.⁵⁸ Den 2 september samma år trädde konventionen i kraft. Sverige är sedan dess folkrättsligt bundet av barnkonventionen. I samband med ratificeringen av konventionen valde riksdagen att inte inkorporera konventionen i sin helhet.⁵⁹ Istället menade riksdagen att det förelåg *normharmoni* mellan barnkonventionen och svensk inhemsk rätt.⁶⁰ Sedan lagstiftaren konstaterade att det förelåg normharmoni har vissa upptäckter gjorts där brister i svensk nationell lag konstaterats och där bestämmelser således tagits in i svensk lagstiftning för att bättre motsvara barnkonventionens krav. Ett sådant exempel på *transformation* är att barnkonventionens bestämmelse om barnets bästa (artikel 3.1) tagits in i utlänningslagens 1 kap. 10 §. De av barnkonventionens bestämmelser som transformerats gäller som svensk lag. Frågan om barnkonventionen *i sin helhet* bör göras till svensk lag har varit aktuell under många år.⁶¹ Den 13 juni 2018 röstade riksdagen ja till förslaget att göra artikel 1-42 i barnkonventionen till svensk lag med effekten att dessa bestämmelser kommer att gälla som lag i Sverige från och med den 1 januari 2020.⁶² Barnkonventionen i sin helhet består av 54 artiklar. Artikel 43-53 – som inte görs till svensk lag – består av bestämmelser som handlar om hur stater tillträder eller lämnar konventionen samt om den kommitté som är satt att granska de framsteg som görs av konventionsstaterna (FN:s kommitté för barnets rättigheter [cit. barnrättskommittén]).

⁵⁸ SÖ 1990:20, prop. 1989/90:107, bet. 1989/90:SoU28 och rskr. 1989/90:350.

⁵⁹ Jfr prop. 1989/90:107.

⁶⁰ Prop. 1989/90:107 s. 28.

⁶¹ För en översiktlig historisk genomgång se exv. SOU 2016:19, kap 7.3.3 om inkorporering av barnkonventionen. Ett flertal utredningar har genomförts och ett antal motioner har väckts i riksdagen. Under lång tid var dock den politiska majoritetens uppfattning att barnkonventionen inte lämpade sig som lagstiftning då den ansågs innehålla vaga formuleringar och målsättningsartiklar vilket skulle göra bestämmelserna svårtolkade för domstolar och andra myndigheter. Dessutom ansåg kritikerna att tolkningen av konventionens artiklar bör göras av riksdagen. Den 27 mars 2013 beslutade regeringen att (ännu en gång) tillsätta en särskild utredare med uppdrag att kartlägga hur tillämpningen av svenska lagar och andra föreskrifter stämde överens med barnets rättigheter enligt barnkonventionen (Dir. 2013:35). Utredaren fick även i uppdrag att analysera för- och nackdelar av en inkorporering av barnkonventionen samt föreslå på vilket sätt barnets rättigheter mest effektivt kunde stärkas i svensk rätt. Uppdraget skulle redovisas senast den 4 mars 2015, i februari samma år ändrades dock uppdraget och regeringen gav utredaren Anita Wickström i uppdrag att komma med ett förslag till en lag om inkorporering av barnkonventionen (Dir. 2015:17). Frågan var således inte längre om barnkonventionen skulle inkorporeras utan *hur*. Utredningen, som fått namnet Barnrättighetsutredningen, överlämnade sitt förslag i februari 2016 (Barnkonventionen blir svensk lag, SOU 2016:19).

⁶² Riksdagens protokoll 2017/18:131.

Eftersom barnkonventionen till skillnad från Europakonventionen inte getts stöd i grundlag kommer barnkonventionen att gälla som vanlig lag i Sverige.⁶³ Ovan beskrevs den s.k. normhierarkin och dess innebörd att författning av högre valör trumfar författning av lägre valör. Om två författningar däremot har samma konstitutionella valör – men innehåller bestämmelser som går emot varandra – måste en metod väljas för att avgöra vilken författning som ska ha företräde. I en situation där barnkonventionen som lag står emot en annan svensk lag aktualiseras således principerna om *lex specialis* (en mer specialiserad regel går före en mer allmän regel) och *lex posterior* (nyare lagstiftning går före äldre lagstiftning).⁶⁴ När barnkonventionen blir lag skulle en tolkning enligt *lex posterior*-principen innebära att lagstiftning som stiftats före inkorporering skulle få stå tillbaka och konventionen skulle ges företräde. Situationen skulle bli tvärtom för de regler som utfärdas efter en inkorporering. Samtidigt måste dock rättstillämparen beakta principen om *lex specialis*. Då bestämmelserna i barnkonventionen ofta är mer allmänt utformade än bestämmelser i en specialinriktad svensk lagstiftning skulle principen om *lex specialis* förmodligen oftast leda till att barnkonventionen fick stå tillbaka till förmån för den kolliderande lagstiftningen.

Redan idag – före det att barnkonventionen gjorts till svensk lag – kan även de delar av barnkonventionen som inte transformerats in i svensk lag ges betydelse i rättstillämpningen. När ett folkrättsligt åtagande aktualiseras bör nämligen den svenska rätten tolkas i fördragsvänlig anda, vilket ibland brukar refereras till som fördragskonform tolkning.⁶⁵ Maria Grahn-Farley har introducerat begreppen *stark fördragskonform tolkning* och *svag fördragskonform tolkning* vilka kan användas för att visa på skillnaderna i genomslag för olika konventioner i den nationella rätten. Grahn-Farley menar att när stark fördragskonform tolkning används anpassas och flyttas den svenska rättsregeln så att en direkt normkonflikt undviks.⁶⁶ Svag fördragskonform tolkning används däremot inte för att lösa konflikter mellan regler utan för att tolka och förstå betydelsen av en rättsregel.⁶⁷ Stark fördragskonform tolkning kan därmed beskrivas som en normharmoniseringsmekanism medan svag fördragskonform tolkning är en tolkningsprincip.⁶⁸ Enligt Grahn-Farley använder sig den svenska rättstillämparen oftast av den svaga formen då folkrätt tillämpas, förutom vid tillämpning av Europakonventionen då en stark form av principen används.⁶⁹ Stark fördragskonform tolkning menar Grahn-Farley uppkommer

⁶³ Prop. 2017/18:186.

⁶⁴ Jfr SOU 2016:19, s. 410.

⁶⁵ Axberger, Hans-Gunnar, Rättigheter (del I av II) Sverige, EKMR och EU:s rättighetsstadga, SvJT 2018 s. 771.

⁶⁶ Grahn-Farley, Maria, Fördragskonform tolkning av MR-traktat, SvJT 2018 s. 453.

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ Ibid, s. 450.

⁶⁹ Ibid.

via krav; dels genom det förbud att lagstifta i strid med Europakonventionen som finns, dels genom EU-rättsliga krav om företräde framför, och harmonisering av, nationell rätt.⁷⁰ Svag fördragskonform tolkning ser Grahn-Farley istället som ett val som domstolen kan välja att använda sig av.⁷¹ Om en nationell svensk rättsregel ger utrymme för olika tolkningar kan domstolen eller den tillämpande förvaltningsmyndigheten använda en konvention som tolkningshjälpmedel så att ett konventionsbrott undviks i ett enskilt ärende. Rättslämpare kan på så vis sägas ha en subsidiär roll i att se till att den svenska rättsordningen uppfyller Sveriges folkrättsliga förpliktelser.⁷²

Att svensk rätt bör tolkas i ljuset av Sveriges folkrättsliga åtaganden och på ett sätt som så långt som möjligt överensstämmer med dessa är en sedan länge erkänd princip.⁷³ Före det att barnkonventionen träder ikraft som lag innebär en fördragskonform tolkning av barnkonventionen att om en konflikt uppstår mellan barnkonventionen och svensk lag hanteras den enligt följande:

- Om bestämmelser i svensk lag saknas fungerar barnkonventionen utfyllande
- Om det finns bestämmelser i svensk rätt som inte går emot barnkonventionen fungerar konventionen som tolkningshjälpmedel och stärker barnets rättigheter
- Om en konflikt finns mellan en uttrycklig bestämmelse i svensk lag och barnkonventionen så ges den svenska lagen företräde. Det bör dock poängteras att i det fall konflikter uppstår är riksdag och regering bundna att se till att svensk lag ändras så att den överensstämmer med barnkonventionens innehåll.⁷⁴
- Om svensk lagstiftning ger ett starkare skydd än barnkonventionen så ges svensk rätt företräde.⁷⁵

Lagar ska alltså även före det att barnkonventionen blir lag tolkas fördragskonformt i barnkonventionens anda men i det fall en uttrycklig konflikt finns får barnkonventionen i dagsläget stå tillbaka. När barnkonventionen som lag däremot träder ikraft 1 januari 2020 blir det, som nämndes ovan, istället en fråga om att bedöma vilken av de svenska lagarna som ska ges företräde vid en konflikt.

⁷⁰ Ibid, s. 453.

⁷¹ Ibid.

⁷² Lebeck, Carl, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, Upplaga 1, Norstedts juridik, Stockholm, 2018, s. 324. Se även NJA 2013 s. 502 samt NJA 2012 s. 1038.

⁷³ SOU 1993:40, del B, s. 25.

⁷⁴ Se prop. 1996/97:25, s. 245.

⁷⁵ Detta följer direkt av artikel 41 barnkonventionen.

Av vad som ovan sagts kan konstateras att Europakonventionen har en särställning i svensk rätt på flera vis. Dels är konventionen i sin helhet inkorporerad i lag,⁷⁶ dels finns ett grundlagsstadgat förbud mot att meddela svensk lag (eller annan föreskrift) i strid med Europakonventionen.⁷⁷ Utöver detta är Europakonventionen en del av EU-rätten och har därigenom ytterligare tyngd.⁷⁸ I kombination med EU:s rättighetsstadga ger Europakonventionen därmed det starkaste skyddet vad gäller rätten till respekt för privat- och familjeliv. Inte minst för att Europakonventionen och EU:s rättighetsstadga dessutom är knutna till varsin domstol med möjlighet att meddela för Sverige bindande domar. När det gäller barnkonventionen ger denna ett mindre starkt skydd än Europakonventionen. Flera skäl finns dock ändå att se barnkonventionen som en av de konventioner som i en svensk kontext innebär det starkaste skyddet för individen i den typ av situationer som undersöks i avhandlingen. En anledning till det är att det förekommer att EU-rättsliga regelverk hänvisar direkt till barnkonventionen.⁷⁹ Ytterligare en anledning är att delar av barnkonventionen redan *har* transformerats in i svensk lag och därmed är svensk lag. Resterande delar av barnkonventionen blir svensk lag 1 januari 2020 genom att lagen (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter träder ikraft. Redan genom att riksdagen meddelat att konventionen ska inkorporeras som svensk lag kan barnkonventionen anses ha intagit en särställning i svensk rätt i jämförelse med de flesta andra rättighetskonventioner. Dessutom finns det ingen bättre lämpad konvention att använda när det gäller mitt syfte att undersöka just de barnrättsliga aspekterna på migrationsrätten, detta då barnkonventionen är den enda konventionen som uteslutande tar sikte på barn. Även om stora delar av barnkonventionen inte är svensk lag då denna avhandling skrivs kan konstateras att barnkonventionen används som tolkningshjälpmedel av såväl Migrationsöverdomstolen som i Europadomstolen och EU-domstolen. Barnkonventionen har således betydelse för rättstillämpningen redan idag på så vis att den påverkar tolkningen av den svenska utlänningslagstiftningen, Europakonventionen och EU-rätten. Med det sagt har jag behövt förhålla mig till att de avgöranden som analyserats härstammar från en tid då stora delar av barnkonventionen inte har varit svensk lag. Här bör dock åter lyftas fram att barnkonventionens artikel 3.1 om barnets bästa faktiskt redan idag är svensk lag i migrationsärenden genom 1 kap. 10 § utlänningslagen.

⁷⁶ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

⁷⁷ 2 kap. 19 § regeringsformen.

⁷⁸ Se EU:s rättighetsstadga preambeln samt artikel 52.3 och artikel 53. Se även artikel 6.2 i Fördraget om Europeiska unionen (FEU), där det anges att EU ska ansluta sig till Europakonventionen. EU-domstolen har dock funnit att ett utkast till anslutning ej var förenligt med EU-rätten, se yttrande 2/13 (plenum), 18 december 2014, EU:C:2014:2454.

⁷⁹ Se exempelvis rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), artikel 28.3(b).

När det gäller det material som använts för att tolka barnkonventionen måste en viktig skillnad jämfört med EU-rätten och Europakonventionen lyftas fram. För att förstå barnkonventionen har jag nämligen använt mig av FN:s barnrättskommittés allmänna kommentarer och kommitténs rekommendationer till konventionsstater. Att jag använt mig av kommentarer och rekommendationer beror på att barnkonventionen inte har någon domstol knuten direkt till sig i syfte att övervaka konventionens genomförande. FN:s barnrättskommitté har i och för sig, sedan 2014, möjlighet att meddela rekommendationer i enskilda fall. Denna möjlighet gäller dock enbart om den konventionsstat som klagomålet rör har tillträtt barnkonventionens tredje tilläggsprotokoll vilket Sverige inte har gjort. Då inga rekommendationer från kommittén ännu meddelats i frågor kopplade till denna avhandlings syfte har jag inte kunnat använda några sådana som referensmaterial, vilket annars hade kunnat vara intressant – även om Sverige inte varit bundet av dessa. Frågan om juridisk bundenhet uppstår dock även i relation till det material från FN:s barnrättskommitté som jag *har* valt att använda. Det rättsliga värde som ska tillmätas detta material går nämligen att diskutera. Eftersom det är material som tillkommit *efter* barnkonventionens upprättande och som inte heller har accepteras av alla parter till konventionen kan det inte anses som primära tolkningsmedel enligt Wienkonventionen om traktaträtten.⁸⁰

Genom att en konventionsstat ansluter sig till barnkonventionen så erkänner staten dock kommitténs makt att utforma kommentarer och rekommendationer, materialet har därför i doktrinen ansetts binda stater *politiskt* och *moraliskt*.⁸¹ I svenska förarbeten har även konstaterats att uttalanden från FN:s barnrättskommitté med tiden har fått en relativt stark ställning som tolkningsmedel för bl.a. nationella och internationella domstolar.⁸² Här har även konsekvent framhållits att kommentarer från FN:s barnrättskommitté ska tas på stort allvar och fungera vägledande för det svenska arbetet med att genomföra barnkonventionen.⁸³ Samtidigt har betonats att kommentarerna och rekommendationerna inte har folkrättslig status som rättskälla och därmed inte heller är juridiskt bindande.⁸⁴ Den syn som framkommer av svenska förarbeten är därmed att rekommendationer och allmänna kommentarer från barnrättskommittén *kan* utgöra ett viktigt stöd och ge viss vägledning vid tolkning och tillämpning

⁸⁰ Jfr artikel 31.2 och 31.3 i Wienkonventionen om traktaträtten, 1155 UNTS 331, antagen 23 maj 1969, trädde ikraft 27 januari 1980. För Sveriges anslutning till konventionen, se SÖ 1975:1.

⁸¹ Kalverboer, Margrite, Daan Beltman, Carla van Os, and Elianne Zijlstra, The Best Interests of the Child in Cases of Migration, *The International Journal of Children's Rights* vol. 25, issue 1, 2017, s. 114-139.

⁸² Prop. 2017/18:186, s. 84.

⁸³ Se bl.a. skr. 2013/14:91, s. 39 f.

⁸⁴ Prop. 2017/18:186, s. 84. Se även UD, Sveriges rättsliga åtaganden på MR-området i internationellt perspektiv, 1999, s. 10.

av konventionsåtaganden, men att vilken vikt de ska tillmätas varierar beroende på omständigheterna i det enskilda fallet.⁸⁵ FN:s barnrättskommittés uttalanden har även getts viss vikt via praxis. Det förekommer nämligen att svenska domstolar, däribland den svenska Migrationsöverdomstolen, hänvisar till barnrättskommitténs kommentarer och rekommendationer i sina domar.⁸⁶

I avhandlingen används uttalanden från barnrättskommittén främst för att spegla hur FN:s barnrättskommitté tolkat en viss rättighet. I de fall där det finns stöd för att kommitténs uttalanden accepterats av Sverige lyfts dock kommitténs uttalanden fram som säkrare stöd för det som påstås. Så är exempelvis fallet i avsnitten om bedömning och tillämpning av barnets bästa (främst kapitel 7 samt delar av kapitel 13).

Slutligen ska betonas att det faktum att barnkonventionen och Europakonventionen getts en mer framträdande roll i avhandlingen än andra konventioner inte ska förstås som att andra konventioner eller uttalanden och domar från kommittéer eller andra regionala domstolar än Europadomstolen och EU-domstolen saknar intresse. Hänvisningar görs i viss utsträckning även till sådant material, främst i syfte att kunna göra vissa analogiska resonemang. Ett exempel är att hänvisningar görs till uttalanden från UNHCR, FN:s flyktingkommissariat, som är satt att övervaka tillämpningen av 1951 års konvention om flyktingars rättsliga ställning (flyktingkonventionen)⁸⁷. UNHCR:s handbok tillsammans med andra slutsatser rörande förfarandet som UNHCR står bakom anses enligt Migrationsöverdomstolen – trots att de inte formellt utgör juridiskt bindande rättskällor – vara viktiga rättskällor i mål eller ärenden rörande flyktingskap.⁸⁸

1.4.2 Tillvägagångssätt

1.4.2.1 Analysverktyg

Som nämnts ovan är en fråga som undersöks i avhandlingen hur samspelet mellan intresset att reglera invandring, intresset att skydda och respektera barnets bästa samt intresset att respektera rätten till familjeliv och privatliv förhåller sig till de krav som ställs på att offentligrättslig maktutövning ska vara rättssäker – i den meningen att rättighetsinskränkningar ska göras med stöd i lag, av legitima skäl, vara proportionerliga samt tydligt motiveras.

⁸⁵ Prop. 2017/18:186, s. 84. Se även Blake, Conway, *Normative Instruments in International Human Rights Law: Locating the General Comment*, Center for Human Rights and Global Justice Working Paper Number 17, 2008.

⁸⁶ Se för ett exempel MIG 2018:20.

⁸⁷ 189 UNTS 150. Antagen 28 juli 1951, trädde ikraft 22 april 1954.

⁸⁸ MIG 2006:1.

Enkelt beskrivet kan avhandlingen sägas bygga på att det ovan nämnda materialet bearbetas och analyseras på två vis: dels undersöks gällande rätt utifrån vad Europakonventionen, barnkonventionen, EU-rätten samt svensk nationell utlänningslagstiftning stadgar om intresset att reglera invandring, intresset att skydda och respektera barnets bästa samt intresset att respektera rätten till familjeliv och privatliv, dels analyseras hur den gällande rätten förhåller sig till de nyss nämnda offentlighetsrättsliga rättssäkerhetskraven.

Vad gäller undersökningen av hur de tre intressena kommer till uttryck i de valda rättskällorna måste konstateras att systemen och rättstraditionerna kopplade till Europakonventionen, barnkonventionen, EU-rätten samt svensk nationell utlänningslagstiftning delvis skiljer sig åt. Det går därför att hävda att en undersökning av det slag jag försökt mig på innebär en jämförelse av äpplen och päron. Likväl måste rättstillämpare idag beakta samtliga dessa källor, varför jag – trots problemen med denna typ av undersökning – anser den vara relevant.

När det gäller analysen av samspelet mellan rättskällorna använder jag mig av offentlighetsrättsliga idéer om rättssäkerhet och god förvaltning för att bearbeta och analysera mitt rättsliga material. Mer specifikt använder jag mig av de grundläggande rättssäkerhetsprinciperna om legalitet, objektivitet, proportionalitet samt skyldigheten för myndigheter och domstolar att motivera sina beslut och domar. Jag undersöker på så vis de migrationsrättsliga frågor som avhandlingen behandlar utifrån de krav som ställs på offentlighetsrättslig maktutövning generellt. Genom att undersöka lagstiftning och praxis via ett analysfilter av rättssäkerhetsprinciper kan eventuella brister och styrkor i hur regler och tillämpning idag fungerar identifieras. Som påpekats av Ruth Mannelqvist, Ida Asplund och Lena Enqvist kan rättssäkerhet användas som analytiskt verktyg av rättsvetare för att studera exempelvis om tillämpning av regelverk är förutsebara och objektiva, eller om rätten som system bidrar till rättstillgänglighet och upprätthållande av demokratiska värden.⁸⁹

Då rättssäkerhet är ett mångfacetterat och omdiskuterat begrepp vilket kan göra det något luddigt följer nedan två avsnitt om hur jag uppfattat och konkretiserat rättssäkerhetsbegreppet för att kunna använda det på ett tydligt vis i avhandlingen.

⁸⁹ Mannelqvist, Ruth, Asplund, Ida och Enqvist, Lena, *Rättssäkerhet i välfärden: tre exempel från rättsvetenskaplig forskning*, i Edström, Örjan, Lindholm, Johan och Mannelqvist, Ruth (ed.), *Jubileumsskrift till Juridiska institutionen 40 år*, Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet, 2017, s. 244.

1.4.2.1.1 Rättssäkerhet

För att det offentliga, dvs. staten, kommunerna och de som av staten utsetts som ansvariga, ska kunna utöva makt gentemot allmänheten krävs i en demokrati att allmänheten accepterar och respekterar maktutövningen.⁹⁰ Om allmänheten är missnöjd kan den visa detta vid nästa demokratiska val och det är således av vikt för de styrande att allmänheten uppfattar att de sköter staten på ett korrekt och godtagbart vis. Ett sätt att uppnå en sådan respekt är att använda sig av juridik som sätter gränser för hur det offentligrättsliga får utöva sin makt. Sådana begränsningar av hur det offentliga får uppträda finns på många håll, däribland i svensk grundlag, i vanlig svensk lag, i EU-rätten samt via Europadomstolens praxis.

Begreppet rättssäkerhet är inte avgränsat till att endast gälla på förvaltningsrättens område utan används i många olika sammanhang och på många olika vis.⁹¹ Inom rättsvetenskapen har innebörden av begreppet rättssäkerhet diskuterats och analyserats under lång tid, inom olika rättsområden och utifrån flera aspekter och perspektiv.⁹²

Enligt Håkan Gustafsson kan kärnan i begreppet sägas vara att skapa tillit till rätten, vilket han menar förutsätter att rätten uppfattas som ”i stora drag legitim, rättvis och rimlig”.⁹³ Ruth Mannelqvist, Ida Asplund och Lena Enqvist pratar om rättssäkerhet som något som ”i många sammanhang [är] synonymt

⁹⁰ Se bl.a. Dag Mattsson som resonerar kring legitimitet på följande vis; ”Legitimitet är inte en fråga bara om förtroende. Det är en grundförutsättning för all maktutövning. För att ett politiskt system ska överleva i fred krävs att medborgarna anser att den offentliga makten går att rättfärdiga. Det behövs någon form av grundläggande socialt samtycke till maktutövningen, någon sorts samhällskontrakt om man så vill. Även om man ogillar enskilda beslut, måste det vara så att man som medborgare ändå godtar dem eftersom man accepterar systemet som sådant. Den offentliga makten måste alltså accepteras av det omgivande samhället.”, Mattsson, Dag, Domarnas makt – domarrollen i ett nytt rättsligt landskap, SvJT 2014 s. 590 f.

⁹¹ Hänvisningar till rättssäkerhet sker i både sociala och politiska sammanhang samt inom såväl offentlig som privat sektor, se Mannelqvist, Ruth, Asplund, Ida och Enqvist, Lena, Rättssäkerhet i välfärden: tre exempel från rättsvetenskaplig forskning, i Edström, Örjan, Lindholm, Johan och Mannelqvist, Ruth (ed.), *Jubileumsskrift till Juridiska institutionen 40 år*, Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet, 2017, s. 235.

⁹² Se bl.a. Bull, Thomas, Objektivitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red), *Offentligrättsliga principer*, Iustus förlag, Uppsala 2012, s. 97-132, Marcusson, Lena, Förvaltningsrättens rättssäkerhetstänkande, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 3 2010, s. 241-254, Ehrenkrona, Carl Henrik, Rättssäkerhetsbegreppet och Europakonventionen, SvJT 2008, s. 38-49, Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Sociologiska institutionen, Univ., Diss. Göteborg : Univ., Lund, 2002, Frändberg, Åke, Om rättssäkerhet, *Juridisk tidskrift*, nr 2 2000/01, s. 269-280, Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritze, Stockholm, 1995, Zila, Josef, Om rättssäkerhet, SvJT 1990, s. 284-305.

⁹³ Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Sociologiska institutionen, Univ., Diss. Göteborg : Univ., Lund, 2002, s. 312.

med goda demokratiska värden och ideal”.⁹⁴ Mannelqvist, Asplund och Enqvist lyfter även att i allmänt språkbruk avser rättssäkerhet att ett land har en rättsordning som ska ge individer skydd mot godtyckliga ingrepp från samhället eller andra individer, bland annat genom att rättsreglerna ska tillämpas förutsebart och effektivt.⁹⁵ Förutsebarhet brukar kopplas till vad som kallas för *formell rättssäkerhet*, vilket något förenklat innebär att enskilda ska skyddas från allt för långtgående ingrepp av det allmänna.⁹⁶ Fokus för den formella rättssäkerheten är lagfästa och förutsebara processer. Rättssäkerhet handlar dock utöver formell rättssäkerhet även om s.k. *materiell rättssäkerhet* vilket snarare handlar om att nå korrekta och etiskt försvarbara beslut, att korrekta lösningar nås.⁹⁷ Thomas Wilhelmsson har påpekat att formell rättssäkerhet ökar då säkerheten att förutsäga hur myndigheter kommer att avgöra ett ärende ökar medan den materiella rättssäkerheten ökar då säkerheten i att myndigheterna kommer att avgöra ett ärende på ett rättvist sätt ökar.⁹⁸ I doktrin upprepas att för att beslut ska vara ”på riktigt” rättssäkra räcker det inte med förutsebarhet.⁹⁹ Aulis Aarnio ger exemplet med domstolar i en diktatur. Här kommer rättstillämpningen förmodligen att vara mycket förutsebar men samtidigt kan varje beslut kraftigt strida mot till och med grundläggande krav på rättvisa.¹⁰⁰ Liknande resonemang har förts fram av Aleksander Peczenik som påtalat att även om tyska judar under Hitlers välde kunde förutse att de skulle komma att

⁹⁴ Mannelqvist, Ruth, Asplund, Ida och Enqvist, Lena, Rättssäkerhet i välfärden: tre exempel från rättsvetenskaplig forskning i Edström, Örjan, Lindholm, Johan och Mannelqvist, Ruth (ed.), *Jubileumsskrift till Juridiska institutionen 40 år*, Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet, 2017, s. 235.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Sociologiska institutionen, Univ., Diss. Göteborg : Univ., Lund, 2002, s. 358.

⁹⁷ Marcusson, Lena, Förvaltningsrättens rättssäkerhetstänkande, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 3 2010, s. 245 ff. och Ribbing, Michaela, *Förvaltningsprocessen och rättegångsbalken*, Jure, Diss. Stockholm: Stockholms universitet, 2018, avsnitt 2.2.2. Se även Vahlne Westerhäll, Lotta, Tvång, proportionalitet och likhet vid öppen psykiatrisk tvångsvård – Är lagstiftningen om öppen psykiatrisk tvångsvård rättssäker?, *Juridisk tidskrift*, nr 4 2012/13, s. 827 ff. samt Mannelqvist, Ruth, Asplund, Ida och Enqvist, Lena, Rättssäkerhet i välfärden: tre exempel från rättsvetenskaplig forskning, i Edström, Örjan, Lindholm, Johan och Mannelqvist, Ruth (ed.), *Jubileumsskrift till Juridiska institutionen 40 år*, Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet, 2017, s. 236. Se även Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Sociologiska institutionen, Univ., Diss. Göteborg : Univ., Lund, 2002 s. 358.

⁹⁸ Wilhelmsson, Thomas, Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorna, *Retfærd*, nr 33 1986, s. 32, hittad via Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Sociologiska institutionen, Univ., Diss. Göteborg : Univ., Lund, 2002.

⁹⁹ Se exempelvis Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Sociologiska institutionen, Univ., Diss. Göteborg : Univ., Lund, 2002 för en genomgång av olika sätt att se på rättssäkerhet.

¹⁰⁰ Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable - A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, 1987, s. 4.

förföljas så vore det absurt att kalla en sådan förutsebarhet för rättssäkerhet.¹⁰¹ Enligt Aarnio måste rättssäkra beslut både uppfylla krav på att vara icke-godtyckliga, förutsebara och rationella (formellt rättssäkra) och riktiga, rättvisa och godtagbara (materiellt rättssäkra).¹⁰² Peczenik uttrycker detta som att beslut som innebär rättsskipning eller myndighetsutövning ska vara i hög grad förutsebara, på grund av rättsnormerna, och samtidigt i hög grad etiskt godtagbara.¹⁰³

Kraven skiljer sig något åt mellan olika rättsområden. Förutsebarhetskriteriet och den formella rättssäkerheten är exempelvis en förutsättning i straffrätten, där tydliga krav måste framgå av lagstiftningen, och dessutom fullt ut vara uppfyllda, för att en person ska kunna dömas. På rättsområden som förvaltningsrätten – där målet är att nå materiellt rättssäkra beslut – används istället ofta ramlagar, generella målsättningsstadganden och generalklausuler, där förutsebarheten riskerar att bli sämre men där möjligheten att fatta ett korrekt beslut anses förbättras genom att utrymmet för intresseavvägning och normskapande i större grad överläts åt rättstillämpningen.¹⁰⁴

I förlängningen innebär detta att det inte är möjligt att tydligt precisera en generell innebörd av vad som är rättssäkert, varje precisering måste ske utifrån en eller flera specifika kontexter.¹⁰⁵ Med andra ord hör begreppets innehåll ihop med dess funktion på olika rättsområden.¹⁰⁶ För att förstå innebörden av rättssäkerhet i en förvaltningsrättslig, och mer specifikt migrationsrättslig, kontext måste därför några ord sägas om de särskilda krav som uppställs på lagstiftning och rättstillämpning genom bl.a. kraven på god förvaltning.

Även om förvaltningsrätten, som nämndes ovan, är mer tillåtande och öppen än exempelvis straffrätten när det kommer till helhetsbedömningar och intresseavvägningar är varken lagstiftaren eller rättstillämparen nämligen helt fria att besluta vad som helst.

¹⁰¹ Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritze, Stockholm, 1995, s. 97 f.

¹⁰² Aarnios tankar presenterades i den finskspråkiga boken *Oikeussäännösten tulkinnasta från 1982* men har översatts av Dan Frände och sammanfattats av Håkan Gustafsson. Jag har således hittat dem via Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Sociologiska institutionen, Univ., Diss. Göteborg : Univ., Lund, 2002, s. 380.

¹⁰³ Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritze, Stockholm, 1995, s. 94.

¹⁰⁴ Bruun, Niklas och Wilhelmsson, Thomas, *Rätten, moralen och det juridiska paradigmet*, SvJT 1983 s. 709.

¹⁰⁵ Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Sociologiska institutionen, Univ., Diss. Göteborg : Univ., Lund, 2002, s. 386.

¹⁰⁶ *Ibid.*

1.4.2.1.2 God förvaltning och grundläggande offentligrättsliga principer

Sedan 1 juli 2018 återfinns i förvaltningslagen ett avsnitt med rubriken ”grunderna för god förvaltning” (5-8 §§). Vad som avses med begreppet god förvaltning är liksom begreppet rättssäkerhet omdiskuterat. Trots det fördes inte någon egentlig diskussion om vad som ska avses med god förvaltning i en svensk kontext varken i den utredning som föregick den nya förvaltningslagen eller i själva propositionen.¹⁰⁷ Konceptet god förvaltning förekommer inte enbart i den svenska förvaltningslagen utan även i såväl EU-rätten som i Europadomstolens praxis,¹⁰⁸ men det är, med Ida Koivistos ord, ett knepigt – närmast magiskt – begrepp. Koivisto menar att god förvaltning är nationellt och internationellt, rättsligt och utomrättsligt, gammalt och nytt, det är en rättighet och en uppförandekod och det är en förutsättning för en fungerande myndighet samtidigt som det är ett formligt maktspråk.¹⁰⁹

God förvaltning kan innebära att krav ställs på att myndigheter ska ha ett etiskt förhållningssätt, fokusera på ekonomi och effektivitet, eller på en lagenlig och förutsebar handläggning av ärenden.¹¹⁰ Europarådet har antagit resolutioner, rekommendationer och handböcker där principer om god förvaltning lyfts fram i syfte att främja tillämpningen av dessa i medlemsstaternas lagstiftning och praxis.¹¹¹ I Europadomstolens praxis återfinns krav på handläggningen i ärenden där en myndighet avser att fatta beslut som kan innebära en inskränkning av bl.a. rätten till respekt för familjeliv och privatliv i artikel 8.¹¹² Med

¹⁰⁷ SOU 2010:29 och prop. 2016/17:180. Se även Reichel, Jane. Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 425.

¹⁰⁸ För en diskussion om hur konceptet god förvaltning/god styrning/good governance används i Europarådet, Europadomstolen samt i EU hänvisas till Reichel, Jane, Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 423-441, samt Reichel, Jane, *God förvaltning i EU och i Sverige*, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, Stockholm, 2006.

¹⁰⁹ ”Good administration is a tricky concept. It is national and international, it is legal and extra-legal, it is old and new, it is a subjective right and a code of conduct, and it is a condition for a functioning government and a malleable vocabulary of power. It has many faces.”, Koivisto, Ida, From moral rules to individual rights – and beyond? The institutionalization of good administration in Finland and in Europe, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 1 2018, s. 71.

¹¹⁰ Reichel, Jane, Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 423 samt där angivna hänvisningar.

¹¹¹ För mer om dessa åtgärder se Reichel, Jane, Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 431 ff.

¹¹² Denna praxis rör utöver artikel 8 även inskränkningar i artikel 9-11 samt rätten till egendom i tilläggsprotokoll 1. En lista på situationer där Europadomstolen uppställt allmänna krav på myndigheters handläggning av enskildas ärenden har sammanställts av Ulrich Stelkens och Agne Andrijauskaitė, se Stelkens, Ulrich och Andrijauskaitė, Agnė, Added Value of the Council of Europe to Administrative Law: The Development of Pan-European General Principles of Good Administration by the Council of Europe and Their Impact on the Administrative Law of Its Member States, FÖV Discussion Paper No. 86, 2017, s. 17 ff.

hänvisning till en princip om *good governance*¹¹³ har Europadomstolen bl.a. lyft vikten av att handläggningsförfaranden är klara och förutsebara,¹¹⁴ att beslutande beslut enbart får fattas efter en tillräcklig bedömning av samtliga relevanta fakta,¹¹⁵ samt att parterna ska få ta del av alla relevanta handlingar i god tid.¹¹⁶

Även om migrationsrätten hör till det mindre förutsebarhetstunga området förvaltningsrätt ställer således det faktum att rättigheter riskerar att inskränkas särskilda krav på lagstiftning. Rättigheter får nämligen inte inskränkas fritt. Därmed ökar kraven på tydlig lagstiftning i denna typ av ärenden jämfört med vad som kan gälla i andra förvaltningsrättsliga sammanhang.

Vad gäller EU-rätten finns en särskild artikel i rättighetsstadgan där rätten till god förvaltning stadgas, artikel 41. Av bestämmelsen framgår att var och en har rätt att få sina angelägenheter behandlade opartiskt, rättvist och inom skälig tid (omsorgsprincipen). Detta innebär enligt artikel 41 bl.a. en rätt att bli hörd inför åtgärder som kan ha en negativ effekt för den enskilde, rätt till partsinsyn samt att beslut måste motiveras (motiveringsskyldigheten¹¹⁷).¹¹⁸ Även om stadgans artikel 41 endast uttryckligen uppställer dessa krav på unionens institutioner, organ och byråer så framkommer av EU-domstolens praxis att rätten till god förvaltning är en allmän unionsrättslig princip vilket innebär att även medlemsstaterna är skyldiga att tillämpa de krav som uppställs när de genomför unionsrätten.¹¹⁹

¹¹³ Europadomstolens dom i mål *Moskal mot Polen* (dom den 15 september 2009, appl. no. 10373/05), punkt 51.

¹¹⁴ Europadomstolens dom i mål *Digrytė Klibavičienė mot Litauen* (dom den 21 oktober 2014, appl. no. 34911/06), punkt 33.

¹¹⁵ Europadomstolens dom i mål *Partidul Comunistilor (Nepecești) och Ungureanu mot Rumänien* (dom den 2 februari 2005, appl. no. 46626/99), punkt 49.

¹¹⁶ Europadomstolens dom i mål *McMichael mot Förenade kungariket* (dom den 24 februari 1995, appl. no. 16424/90), punkt 87.

¹¹⁷ Den s.k. motiveringsskyldigheten framkommer inte endast av rättighetsstadgan utan föreskrivs även i artikel 296 i FEUF där det framkommer att rättsakter ska vara motiverade. För denna motiveringsskyldighet ska vara uppfylld krävs att rättsakter anger de grunder som har föranlett institutionen att anta den i syfte dels att möjliggöra domstolskontroll, dels att bistå medlemsstater och berörda unionsmedborgare med information om enligt vilka förutsättningar EU-institutionerna har tillämpat fördraget, se EU-domstolens dom i mål C-158/80, *Rewe mot Hauptzollamt Kiel*, EU:C:1981:163, punkt 25.

¹¹⁸ För att närmare förstå innebörden av de unionsrättsliga kraven på god förvaltning måste EU-domstolens praxis studeras eftersom det är domstolen som utvecklar och bestämmer vilka krav som i praktiken ställs på förvaltningen, detta framhålls också i svenska förarbeten, se exempelvis SOU 2010:29, s. 92.

¹¹⁹ Se exempelvis EU-domstolens dom i mål C-604/12, *H. N. mot Minister for Justice, Equality and Law Reform m.fl.*, EU:C:2014:302, punkterna 49 och 50.

I en svensk förvaltningsrättslig kontext menar Lena Marcusson att god förvaltning kan uppfattas som en samlingsterm för flera distinkta förvaltningsrättsliga principer och regler, eller som en princip med ett eget avgränsat innehåll.¹²⁰ Jane Reichel menar att grunderna för god förvaltning i ett svenskt sammanhang får förstås utifrån vad som återfinns under rubriken god förvaltning i 2017 års förvaltningslag.¹²¹ Här lyfts myndigheters serviceskyldighet (6 §), skyldigheten att vara tillgänglig för allmänheten (7 §) samt skyldigheten för myndigheter att samverka (8 §). I 5 § stadgas dessutom tre rättssäkerhetsprinciper, närmare bestämt att en myndighet endast får vidta åtgärder som har stöd i rättsordningen (*krav på legalitet*), att myndigheter ska vara sakliga och opartiska i sin verksamhet (*krav på objektivitet*) samt att myndigheten endast får ingripa i enskilda intressen om åtgärden kan antas leda till det avsedda resultatet och om åtgärden står i rimligt förhållande till de olägenheter som kan antas uppstå för den som åtgärden riktas mot (*krav på proportionalitet*). Även om förvaltningslagen tar sikte på förvaltningsmyndigheter, ställs i praktiken dessa krav även på förvaltningsdomstolar. Detta då kraven på legalitet och objektivitet framgår direkt av grundlag (1 kap. 1 § 3 st. respektive 1 kap. 9 § regeringsformen) och då kravet på proportionalitet anses vara en grundläggande princip i svensk rätt med konstitutionell status.¹²² Samtliga tre principer förekommer såväl inom EU-rätten som inom Europadomstolens praxis.

Även om begreppet god förvaltning inte är helt klart definierat så menar Jane Reichel att de europarättsliga versionerna av principen om god förvaltning och den svenska version som förts in i 2017 års förvaltningslag har stora likheter vad gäller de värden som ingår i begreppet på ett mer principiellt plan.¹²³ Reichel menar att detta i synnerhet gäller de nyss nämnda principerna om legalitet, objektivitet och proportionalitet.¹²⁴

¹²⁰ Se Marcusson, Lena (red.), *God förvaltning: ideal och praktik*, Iustus, Uppsala, 2006, s. 17.

¹²¹ För detta stycke se Reichel, Jane, Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 425.

¹²² Högsta förvaltningsdomstolen har – med hänvisning till Europakonventionen – slagit fast och utvecklat en allmän proportionalitetsprincip i svensk förvaltningsrätt, se exempelvis HFD 2012 ref. 12. Även Migrationsöverdomstolen, som ju är högsta inhemska instans på det migrationsrättsliga området, har i praxis tillämpat proportionalitetsprincipen. Se exempelvis MIG 2015:4 och MIG 2017:25. Angående proportionalitetsprincipens utveckling i svensk förvaltningsrätt se även Bull, Thomas, Rättighetsskyddet i Högsta Förvaltningsdomstolen, SvJT 2017 s. 217-221, Helmius, Ingrid, Proportionalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentliga rättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 148 ff, Wenander, Henrik, Proportionalitetsprincipen i 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 448, Ribbing, Michaela, *Förvaltningsprocessen och rättegångsbalken*, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2018, s. 28 samt prop. 2016/17:180, s. 62.

¹²³ Reichel, Jane, Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 423.

¹²⁴ *Ibid*, s. 433.

Gemensamt för dessa principer kan sägas vara att de syftar till att sätta gränser för det offentligrättsliga maktutövandet, i avsikt att skydda enskildas *rättssäkerhet*.¹²⁵ Idén om god förvaltning är därmed tätt kopplad till fenomenet rättssäkerhet eftersom kraven på god förvaltning i grunden handlar just om att begära att myndigheter agerar på ett rättssäkert vis när de genomför sitt offentligrättsliga uppdrag: att i sin praktiska verksamhet realisera demokratiskt beslutad politik.¹²⁶

Under avsnittet om rättssäkerhet ovan nämndes att kraven på vad som är rättssäkert måste preciseras utifrån sitt sammanhang. Som nu framkommit innebär den kontext som denna avhandling behandlar att krav ställs på att kraven om god förvaltning iakttas. Då detta begrepp, i likhet med begreppet rättssäkerhet, är mångfacetterat och brett har jag valt att ytterligare specificera det analysverktyg jag använder i avhandlingen genom att utgå från fyra krav vid min undersökning, nämligen kraven på 1) legalitet, 2) objektivitet, 3) proportionalitet samt 4) motiveringsskyldighet. Det är utifrån dessa krav jag analyserar mitt material. När jag i avhandlingen talar om rekommendationer och åtgärder i syfte att ”förbättra rättssäkerheten” är det således med innebörden att ytterligare stärka uppfyllandet av dessa fyra krav. Innebörden av respektive krav utvecklas närmare i kapitel 2.

1.4.2.2 Rättighetsperspektiv och samhällsintressen

Utifrån vad som ovan beskrivits framgår att jag valt att analysera lagstiftning och praxis utifrån ett antal rättssäkerhetskrav som ställs på offentligrättslig maktutövning. Utöver att detta val av analysmetod har legat till grund för de val jag gjort under arbetet med avhandlingen har avhandlingsarbetet även präglats av hur jag ser på rätten. Två perspektiv bör av transparens skull lyftas fram; dels att jag tagit mig an ämnet utifrån ett rättighetsfokus på så vis att jag anser att rättsskipning och rättstillämpning bör tillgodose de rättigheter staten åtagit sig att uppfylla. Dels att jag ser på lagstiftning som ett sätt att skydda intressen eller värden som samhället anser vara skyddsvärda. Jag ser således på rättslig reglering som ett val lagstiftaren gjort att ge rättsligt skydd till specifikt identifierade intressen och uppfattar således rätten som att den uppställer skydd för är sådant som ansetts vara av särskild vikt.

Arbetet med avhandlingen har gjorts utifrån en utgångspunkt att staten förvisso har en rätt att reglera invandring men att staten även har en skyldighet att ge rättigheter effektivt genomslag. Min utgångspunkt har varit att försöka

¹²⁵ Ibid, s. 423

¹²⁶ Angående det offentligrättsliga uppdraget att realisera demokratiskt beslutad politik se exempelvis Bull, Thomas och Sterzel, Fredrik, *Regeringsformen – en kommentar*, Tredje upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2015, s. 257 ff och Marcusson, Lena, Förvaltningsrättens rättssäkerhetstänkande, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr. 3 2010 s. 244.

lyfta fram rättigheters betydelse som en form av begränsning för vad staten kan tillåtas göra. Samtidigt har jag inte velat överdriva rättigheternas omfattning. Även om min ansats är att belysa hur staten bör agera för att respektera och tillgodose rättigheter snarare än att bidra till en försämring av rättighetskyddet ger avhandlingen därmed en bild av vad som är en slags miniminivå för att garantera att rättigheterna respekteras. Min utgångspunkt, som jag vill vara tydlig med, är dock att mänskliga rättigheter i största möjliga mån bör respekteras och tillgodoses och att detta även gäller migranternas rättigheter.

Avhandlingen undersöker den intresseavvägning som uppstår i och med att intresset att reglera invandring, intresset att hålla familjer samman och respektera individers privatliv samt intresset att ge barn ett särskilt rättsligt skydd aktualiseras på en och samma gång i migrationsärenden där barn eller deras familjemedlemmar önskar en rätt att vistas i Sverige. Att konflikter uppstår mellan olika intressen är inte specifikt för migrationsrätten, sådana konflikter har t.o.m. hävdats vara själva ursprunget till juridikens existens.¹²⁷ När vi människor försöker uppfylla eller förverkliga våra intressen och det inte anses finnas tillräckligt med resurser i samhället för att tillgodose allas önskemål fullt ut, eller ens adekvat, uppstår en konflikt eller en konkurrens mellan olika intressen.¹²⁸ Om det inte går att säkra alla inblandade intressen måste dock ett beslut fattas om vilket av de konkurrerande intressena som ska anses väga tyngst. Denna bedömning innebär att en intresseavvägning utförs. Intressekonflikter uppstår således som en konsekvens av en idé, eller realitet, att alla inte kan få allt. När jag i avhandlingen analyserar intresseavvägningar gör jag det utifrån de offentligrättsliga krav som nämnts ovan, men även med inspiration av Roscoe Pounds tankar om intressen och intresseavvägningar.

Pound såg på juridiken som ett verktyg för civiliserade samhällen att på ett organiserat sätt hantera intressekonflikter genom att på bästa sätt försöka förena, förlika eller försona människors olika intressen¹²⁹ på ett sådant vis att civilisationen förs framåt och rättvisa skipas.¹³⁰ I sin forskning argumenterar han för att en välfungerande juridik kräver tydliggöranden dels av *vilka* intressen som ska erkännas av rätten dels *till vilken grad* dessa intressen ska skyddas – hur tungt de ska väga.¹³¹ Pound menade att vi måste göra medvetna val i *hur*

¹²⁷ Pound, Roscoe, The Call for a Realist Jurisprudence, *Harvard Law Review* 44, nr. 5 1931, 697-711, s. 709.

¹²⁸ Pound, Roscoe, *Jurisprudence*, Vol. 3, part 4: The Scope and Subject Matter of Law, West Publ. Co., St. Paul, Minn., 1959, s. 17.

¹²⁹ I sin forskning definierar Pound intressen som anspråk, krav, önskemål och förväntningar som olika individer, grupper eller sammanslutningar har att antingen få något, få göra någonting eller att slippa tvingas att göra något, se *ibid*.

¹³⁰ McLean, Edward B., Roscoe Pound's Theory of Interests and the Furtherance of Western Civilization, *Il Politico*, vol. 41, nr. 1 1976, s. 5-34, s. 7 samt s. 13.

¹³¹ Pound, Roscoe, *Jurisprudence*, Vol. 3, part 4: The Scope and Subject Matter of Law, West Publ. Co., St. Paul, Minn., 1959, s. 22.

vi kategoriserar de intressen vi ska försöka väga.¹³² Han menade vidare att rätten kan skydda intressen på tre olika nivåer:¹³³ 1) enskilda individers intressen, 2) intressen staten har i form av juridisk person samt som ”väktare” av samhällsintressen,¹³⁴ samt 3) samhälleliga intressen.¹³⁵

Synliggörandet av dessa nivåskillnader är enligt Pound viktigt då vilken nivå ett intresse placeras på kan avgöra utfallet av en intresseavvägning. Om det ena som vägs behandlas som ett individuellt intresse och det andra som ett samhälleligt intresse så riskerar utgången av avvägningen att avgöras redan genom formuleringen.¹³⁶ Utgången av intresseavvägningen kan bli förutbestämd – till förmån för staten – om en intresseavvägning formuleras som att den står mellan något som beskrivs som ett individuellt intresse och något som beskrivs som ett allmänintresse.¹³⁷ Att intressen bara bör vägas eller balanseras mot andra intressen hänförliga till ”samma nivå” är således en viktig del av Pounds intresseteori. Pound menar dock att de enskilda och statliga intressena går att härleda från samhälleliga intressen.¹³⁸ Att intressena går att dela in i olika kategorier innebär alltså inte att de inte hänger ihop. Med Pounds ord så måste vi beakta det samhälleliga intresset av varje människas liv när en avvägning sker.¹³⁹ När en intressekonflikt uppstår är det således enligt Pounds intresseteori viktigt att ”lyfta blicken” och försöka se de enskilda intressena som kopplade till högre samhällsintressen eftersom intresseavvägningar inte kan göras korrekt om individuella intressen ses som fristående och orelaterade

¹³² Pound, Roscoe, A Survey of Social Interests, *Harvard Law Review*, vol. 57, no. 1, 1943, s. 1–39, s. 2.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Pound diskuterar ibland staten i egenskap av ”väktaren av samhällsintressen” och menar då att staten ibland inte handlar i egenintresse eller för att försvara statens intressen utan agerar för att skydda samhällsintressen – statens makt aktualiseras då enbart i syfte att säkra och skydda samhällsintressen, Pound, Roscoe, *Jurisprudence*, Vol. 3, part 4: The Scope and Subject Matter of Law, West Publ. Co., St. Paul, Minn., 1959, s. 263. Pound är dock medveten om att statens roll inte enbart är den av en väktare, staten utför en mängd olika uppgifter och är en aktiv agent – staten agerar enligt Pound både som väktare och som främjare av allmän välfärd, ibid s. 267.

¹³⁵ Ibid, s. 28. Det är inte en helt skarp uppdelning eftersom intressena ibland kan glida in i varandra, ibid s. 29. Pound menar dock att uppdelningen är effektiv som analysverktyg och att uppdelningen är försvarbar såväl logiskt sett som historiskt.

¹³⁶ Pound, Roscoe, A Survey of Social Interests, *Harvard Law Review*, vol. 57, no. 1, 1943, s. 1–39, s. 2.

¹³⁷ Pound, Roscoe, *Jurisprudence*, Vol. 3, part 4: The Scope and Subject Matter of Law, West Publ. Co., St. Paul, Minn., 1959, s. 247.

¹³⁸ Jfr exempelvis Pound, Roscoe, *Jurisprudence*, Vol. 3, part 4: The Scope and Subject Matter of Law, West Publ. Co., St. Paul, Minn., 1959, s. 65. Se även McLean, Edward B., Roscoe Pound's Theory of Interests and the Furtherance of Western Civilization, *Il Politico*, vol. 41, nr. 1 1976, s. 5–34, s. 13.

¹³⁹ Pound, Roscoe, *Jurisprudence*, Vol. 3, part 4: The Scope and Subject Matter of Law, West Publ. Co., St. Paul, Minn., 1959, s. 321.

till de samhälleliga och politiska intressen som berörs.¹⁴⁰ För att avgöra omfattningen av enskilda intressen menar Pound således att de måste utvärderas i relation till samhälleliga intressen.¹⁴¹

Utifrån Pounds tankar kan juridik tolkas som ett uttryck för de intressen som lagstiftaren – i egenskap av representant för, eller förlängning av, oss som samhälle – ansett det viktigt att skydda. Även om dessa intressen skyddar enskilda individer är de dock (oftast) uttryck för ett värde vi som samhälle velat skydda. Skyddet tillkommer således inte endast individen i ett enskilt ärende utan alla människor i samma situation som individen. Även om exempelvis ett intresse av respekt för familjeliv kan åberopas av en enskild individ i ett specifikt migrationsärende går nämligen detta intresse att koppla till ett ”högre” samhällsintresse. Detta kan illustreras på så vis att det redan av svensk grundlag framkommer att det allmänna ska verka för att värna den enskildes privatliv och familjeliv (1 kap. 2 § 4 st. regeringsformen) samt att det allmänna ska verka för att barns rätt tas till vara (1 kap. 2 § 5 st. regeringsformen).

Jag har inspirerats av Pounds syn på juridiken på så vis att avhandlingen bygger på utgångspunkten att migrationsrättslig lagstiftning ger uttryck för olika samhällsintressen. I den migrationsrättsliga kontext den här avhandlingen behandlar innebär det att jag ser på utlänningslagstiftningen som att den ger utslag för dels *samhällsintresset att reglera (begränsa) invandring*, dels *samhällsintresset att respektera mänskliga rättigheter*. Eftersom barn berörs av de beslut som studeras i avhandlingen aktualiseras även ett tredje samhällsintresse, nämligen *samhällsintresset att skydda barn*.

I avhandlingens kapitel 12 återkommer jag närmare till *varför* och *hur* det kan vara av särskild vikt i just migrationsärenden att se intressen som åberopas av enskilda som utflöden av samhällsintressen. Här ska dock enbart konstateras att avhandlingen utgår ifrån utgångspunkten att de intressen som laboreras

¹⁴⁰ Ibid. Samt McLean, Edward B., Roscoe Pound's Theory of Interests and the Furtherance of Western Civilization, *Il Politico*, vol. 41, nr. 1 1976, s. 5-34, s. 13.

¹⁴¹ Pound, Roscoe, *Jurisprudence*, Vol. 3, part 4: The Scope and Subject Matter of Law, West Publ. Co., St. Paul, Minn., 1959, s. 65. Han illustrerar detta bl.a. genom ett exempel angående en individs intresse av föreningsfrihet. Här menar Pound att det är möjligt att se en enskilds önskan att organisera sig i en förening som samhället upplever som farlig som en konflikt mellan å ena sidan ett individuellt intresse att få organisera sig och å andra sidan ett samhällsintresse att skydda allmänheten mot farliga organisationer. Men att det också är möjligt att beskriva situationen som att den står mellan det samhälleliga intresset av det individuella livet (att människor får leva som de önskar) och det samhälleliga intresset av att skydda allmänheten. Pound menar att när en enskilds intresse av föreningsfrihet vägs mot samhällets intresse att exempelvis skydda allmänheten mot farliga organisationer så leder själva beskrivningen av situationen till att de samhälleliga intressena ges företräde. Om föreningsfriheten däremot ses på ett högre plan kan utgången fortfarande bli den samma – dvs. att individens intresse får stå tillbaka – men utgången av intresseavvägningen är mindre förutbestämd, *ibid* s. 247.

med i avhandlingen – intresset att reglera invandring, intresset att hålla familjer samman samt respektera individers privatliv samt intresset att ge barn ett särskilt rättsligt skydd – samtliga bör ses som samhällsintressen.

1.5 Begrepp

I avhandlingen används ett antal begrepp som kort bör förtydligas för att underlätta läsningen.

Barn – enligt barnkonventionens artikel 1 är varje människa under 18 år ett barn, förutsatt att barnet inte blir myndigt tidigare enligt den lag som gäller barnet. Av utlänningslagen framgår tydligt att ett barn är en person under 18 år.¹⁴²

Asyl – med asyl avses enligt utlänningslagen ett uppehållstillstånd som beviljas en utlänning därför att hen är flykting¹⁴³, alternativt skyddsbehövande¹⁴⁴ eller s.k. övrig skyddsbehövande^{145, 146}

Skyddsbehov – sådana skäl som grundar uppehållstillstånd som flykting, alternativt skyddsbehövande eller s.k. övrig skyddsbehövande (asyl).

Humanitära skäl – i avhandlingen använder jag humanitära skäl som ett samlingsbegrepp för skäl som inte rör skyddsbehov men som ändå kan innebära att utländska medborgare bör tillåtas stanna i Sverige.¹⁴⁷

Laglig vistelse – när en utländsk medborgare vistas i Sverige *med* stöd av myndighetsbeslut eller författning.

Irreguljär/illegal vistelse – när en utländsk medborgare vistas i Sverige *utan* stöd av myndighetsbeslut eller författning. Då illegal vistelse riskerar att leda tankarna till att en människa i sig kan vara illegal (vilket endast handlingar

¹⁴² 1 kap. 2 § utlänningslagen.

¹⁴³ Ibid, 4 kap. 1 §.

¹⁴⁴ Ibid, 4 kap. 2 §.

¹⁴⁵ Ibid, 4 kap. 2 a §. Av 4 § lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige framgår att övriga skyddsbehövande inte beviljas uppehållstillstånd under perioden 20 juli 2016-19 juli 2021, se även 5 kap. 1 § utlänningslagen.

¹⁴⁶ 1 kap. 3 samt 12 §§ utlänningslagen.

¹⁴⁷ I utlänningslagen finns t.ex. en möjlighet att bevilja uppehållstillstånd om det, vid en samlad bedömning, föreligger synnerligen eller särskilt ömmande omständigheter (5 kap. 6 §). Synnerligen är kravet för vuxna, medan det för barn endast krävs särskilt ömmande omständigheter. Humanitära skäl kan dock även aktualiseras efter att ett utvisningsbeslut vunnit laga kraft, i så fall görs bedömningen inom ramen för 12 kap. 16 §. Under perioden 20 juli 2016-19 juli 2021 är möjligheterna att bevilja uppehållstillstånd på olika vis begränsade. Se exempelvis 11 och 15 §§ lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

kan vara) anser jag att begreppet irreguljär vistelse egentligen är ett bättre begrepp. Då illegal vistelse fortfarande används i stor utsträckning i praxis används dock även detta begrepp.

Tillfälliga lagen – uttrycket syftar på den kompletterande utlänningslag som antogs i juni 2016, trädde ikraft 20 juli 2016 och som gäller t.o.m. 19 juli 2021.¹⁴⁸ Lagen kallas ibland för begränsningslagen. Jag har valt att använda begreppet tillfälliga lagen då det är den förkortning som används av Migrationsöverdomstolen.¹⁴⁹

Uppehållstillstånd – ett tillstånd att vistas i Sverige under viss tid (tidsbegränsat/tillfälligt uppehållstillstånd, TUT) eller utan tidsbegränsning (permanent uppehållstillstånd, PUT).¹⁵⁰

Uppehållsrätt – en rätt för EU/EES-medborgare¹⁵¹ och deras familjemedlemmar att vistas i en EU/EES-stat utan uppehållstillstånd. EU/EES-medborgare har uppehållsrätt i Sverige i tre månader under förutsättning att de har en identitetshandling (för familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare krävs pass). För att få stanna i mer än tre månader måste vissa villkor vara uppfyllda.¹⁵²

Visum – tillstånd att besöka Sverige under en begränsad tid.

Vistelse – i avhandlingen används samlingsbegreppet ”rätt att vistas i Sverige” när frågan kan röra visum, uppehållsrätt och uppehållstillstånd. När det är möjligt används dock de mer specifika begreppen visum, uppehållsrätt och uppehållstillstånd. Dessutom används begreppet vistelse för att fånga in att vissa rättigheter, däribland artikel 8 Europakonventionen, förvisso kan grunda en rätt att få vistas i en konventionsstat men att även om så är fallet så ställer inte mänskliga rättigheter några specifika krav på en stat att bevilja en särskild typ av tillstånd förutsatt att myndigheterna tillåter personen att obehindrat utöva sin rätt till familjeliv och privatliv i konventionsstaten.¹⁵³ Istället för att tala om en rätt till uppehållstillstånd används därför begreppet rätt till vistelse.

¹⁴⁸ Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige. Förlängd via SFS 2019:481.

¹⁴⁹ Se exempelvis MIG 2018:16.

¹⁵⁰ 2 kap. 4 § utlänningslagen.

¹⁵¹ Medborgare i EU:s medlemsstater plus medlemmar i Norge, Island och Liechtenstein.

¹⁵² Se rörlighetsdirektivet (2004/38/EG). En liknande möjlighet till fri rörlighet finns för medborgare i Schweiz. Se avtal mellan Europeiska gemenskapen och dess medlemsstater, å ena sidan, och Schweiziska edsförbundet, å andra sidan om fri rörlighet för personer, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr L 114, 30/04/2002 s. 0006 - 0072.

¹⁵³ Se exempelvis Europadomstolens praxis angående att det inte finns krav på att en konventionsstat beviljar en särskild typ av tillstånd om en kränkning anses finnas, *Ejimson mot Tyskland* (dom den 1 mars 2018, appl. no. 58681/12), punkt 56 samt *Dremlyuga mot Lettland* (beslut den 29 april 2003, appl. no. 66729/01), observera att beslutet om att avvisa klagomålet i *Dremlyuga mot Lettland* endast finns på franska.

1.6 Tidigare forskning

Även om den juridiska migrationsrättsliga forskningen som tar sikte på svenska förhållanden hittills får beskrivas som sparsam så finns en del forskning på området. Främst handlar det om forskning som tar sikte på hur skyddsbestämmelser (asyl) hanteras i en svensk kontext.¹⁵⁴ Vad gäller svenska migrationsrättsliga studier om rätt till respekt för familjeliv och privatliv undersökte Annika Lagerqvist Veloz Roca, bland flera andra frågor, problematik kopplad till kraven att kunna styrka sin identitet i familjeåterföreningsärenden i boken *Gränsöverskridande: en förvaltningsrättslig knäckfråga från 2011*. Då Migrationsöverdomstolen med start 2012 har meddelat ett flertal prejudikat med bäring på just den fråga som undersöktes av Lagerqvist Veloz Roca får en ny studie anses berättigad. Utöver Lagerqvist Veloz Roca har även Annika Rosén behandlat frågor kopplade till familjeliv i sin avhandling ”Är detta seriöst? En studie av anhöriginvandring till Sverige” från 2010. Det är dock en avhandling i socialt arbete och dessutom en avhandling som enbart tar sikte på parförhållanden mellan vuxna personer. Det bör således finnas ett utrymme för, och ett behov av, mer svensk migrationsrättslig forskning om familjeliv och privatliv.

Flera forskare har tidigare undersökt genomslaget av principen om barnets bästa i svensk migrationsrätt. Johanna Schiratzki har vid två tidpunkter (1997-1998 och 2004) granskat hur Utlänningsnämnden och regeringen, som vid dessa tidpunkter var överprövningsinstanser i migrationsärenden, hanterat

¹⁵⁴ Se exempelvis Stern, Rebecca, Hur bedöms ett skyddsbehov? Om gränsdragning, konsekvens och förutsägbarhet i svensk asylpraxis, SvJT 2012 s. 282, Thorburn Stern, Rebecca och Wikström, Hanna, *Migrationsrätt: skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*, Liber, Stockholm, 2016, Stern, Rebecca, *Ny utlänningslag under lupp*, Svenska Röda korset, Stockholm, 2008, Popovic, Aleksandra och Noll, Gregor, Flyktingstatus – en marginaliserad resurs i svensk asylrätt, *Juridisk Tidskrift* nr 4 2006, s. 834-865, Folkelius, Kristina och Noll, Gregor, Affirmative Exclusion - Sex, Gender, Persecution and the Reformed Swedish Aliens Act, *International Journal of Refugee Law* vol. 10, no. 4 1998, s. 607-636. Se även Johanneson, Livia, *In courts we trust: administrative justice in Swedish migration courts*, Department of Political Science, Stockholm University, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2017, Stockholm, 2017 en avhandling i statsvetenskap som undersöker antagandet att domstolar genererar rättssäkerhet i asylärenden genom att studera hur asylbedömningar görs i praktiken i de svenska migrationsdomstolarna samt Norström, Eva, *I väntan på asyl: retorik och praktik i svensk flyktingpolitik*, Diss. Lund : Univ., 2004, en äldre avhandling där prövningen av asylärenden analyserats. I tillägg till den svenska forskning som finns om asylrätt finns även ett flertal läroböcker med fokus på asylprocessen, se exempelvis Seidlitz, Madelaine, *Asylrätt: en praktisk introduktion*, Upplaga 2, Norstedts juridik, Stockholm, 2019, Nyström, Viktoria, *Handbok för offentliga biträden i asylprocessen*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014, Sandesjö, Håkan, *Barnrättsperspektivet i asylprocessen*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013 samt Andersson, Simon, Diesen, Christian, Lagerqvist Veloz Roca, Annika, Seidlitz, Madelaine & Wilton Wahren, Alexandra, *Bevis 8 Prövning av migrationsärenden*, Tredje upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2018.

barnets bästa.¹⁵⁵ Eva Fromholz (då Nilsson) disputerade 2007 med avhandlingen ”Barn i rättens gränsländ. Om barnperspektiv vid prövning om uppehållstillstånd”. Anna Lundberg har publicerat ett flertal artiklar och böcker om barnets bästa i asylprocessen.¹⁵⁶ Flera av de nämnda forskarnas studier har dock några år på nacken vilket bl.a. innebär att lagstiftning hunnit ändras och att praxis har tillkommit. En senare studie är Jonathan Josefssons avhandling ”Children at the Borders” från 2016.¹⁵⁷ Avhandlingen innehåller bl.a. en artikel där Josefsson undersöker hur Migrationsöverdomstolen använt sig av barnets bästa. Josefsson undersöker 39 prejudikat, meddelade mellan åren 2006 och 2013 av Migrationsöverdomstolen, som alla hänvisar till barnets bästa. De 39 mål som undersöks i studien handlar om flera olika frågor, däribland familjeåterförening.¹⁵⁸ Studien omfattar dock endast prejudikat meddelade fram till 2013 och genomförs i delvis ett annat syfte än denna studie varför min avhandling bör ses som ett komplement till Josefssons avhandling.

I tillägg till dessa studier finns annan svensk forskning som undersöker frågor som har relevans för denna studie. Här kan Daniel Hedlunds avhandling ”Drawing the limits: Unaccompanied minors in Swedish asylum policy and procedure” från 2016 nämnas.¹⁵⁹ Avhandlingen har fokus på asylprövningen för ensamkommande barn men innehåller även en intervjustudie om hur lagstiftare uppfattar migrationslagstiftningen. Även Hans E. Anderssons statsvetenskapliga forskning om spänningen mellan barnkonventionen och den reglerade invandringen har varit av intresse.¹⁶⁰

¹⁵⁵ Se Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige: en rättsvetenskaplig undersökning*, Juridiska fakulteten, Univ., Stockholm, 2000 och Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige: en rättsvetenskaplig undersökning*, Andra upplagan, Iustus, Uppsala, 2005.

¹⁵⁶ Se exempelvis *Principen om barnets bästa i asylprocessen - ett konstruktivt verktyg eller kejsarens nya kläder?*, Malmö Institute for Studies of Migration, Diversity and Welfare (MIM), Malmö, 2009, Barns bästa som överordnad princip och rättslig praktik: en jämförande undersökning av asylbeslut i norsk och svensk utlänningsförvaltning, *Juridisk tidskrift* nr 4 2011, s. 769-799, The Best Interests of the Child Principle in Swedish Asylum Cases – the Marginalization of Children’s rights, *Human Rights in Practice*, vol. 2, nr 1, 2011, s. 49-70 samt Technologies of Displacement and Children’s Right to Asylum in Sweden, *Human Rights Review*, vol. 18 nr. 2, 2017, s. 189-208 (tillsammans med Jacob Lind).

¹⁵⁷ Josefsson, Jonathan, *Children at the borders*, Linköping University, Department of Thematic Studies, Diss. (sammanfattning) Linköping : Linköpings universitet, 2016

¹⁵⁸ Se Josefsson, Jonathan, Children’s Rights to Asylum in the Swedish Migration Court of Appeal, *The International Journal of Children’s Rights* vol. 25, issue 1 2017, s. 94, fotnot 19.

¹⁵⁹ Hedlund, Daniel, *Drawing the limits: unaccompanied minors in Swedish asylum policy and procedure*, Department of Child and Youth Studies, Stockholm University, Diss. (sammanfattning) Stockholm : Stockholms universitet, 2016. Hedlund är jurist men avhandlingen lades fram vid barn- och ungdomsvetenskapliga institutionen vid Stockholms universitet.

¹⁶⁰ Se exempelvis Andersson, Hans E., Spänningen mellan Barnkonventionen och den reglerade invandringen i Andersson, Hans E. (red.), *Mellan det förflutna och framtiden: asylsökande barns välfärd, hälsa och välbefinnande*, Centrum för Europaforskning, Göteborgs universitet (CERGU), Göteborg, 2010, s. 39-62, Andersson, Hans E, International Conventions and the

Slutligen bör poängteras att den internationella migrationsrättsliga forskningen är betydligt mer omfattande än den svenska. Här finns en ansevärd mängd forskning som tar sikte på såväl barn som vuxna. Denna forskning behandlar dock inte frågorna utifrån en svensk rättslig kontext.

1.7 Avgränsningar

Redan av avhandlingens syfte framgår en avgränsning då det är migrationsrätt i relation till rätten till familjeliv och privatliv som undersöks. Därav framgår att bl.a. frågan om asyl och skyddsbehov i stort sett faller utanför avhandlingens område. Frågan om mottagningsvillkor analyseras inte heller närmare i avhandlingen.¹⁶¹ Vissa resonemang kopplade till skyddsbehov förekommer dock i syfte att belysa innebörden av barnets bästa. Ytterligare ett undantag vad gäller asylprövningen är att frågan om en ansökan alls ska prövas i Sverige delvis behandlas i avhandlingen. Det motiveras av att denna bedömning kan omfatta faktorer så som exempelvis att den sökande har familj i Sverige, vilket i sin tur motiveras av att bl.a. den EU-rättsliga Dublinförordningen¹⁶² öppnar för att sådana hänsyn tas.

Ytterligare en avgränsning gäller frågan om hur rättstillämpare i avsaknad av tillförlitliga uppgifter bör bedöma om en person är ett barn. Frågor kopplade till åldersbedömningar, inte minst medicinska sådana, är mycket aktuella men hittills finns få svenska rättsvetenskapliga studier på ämnet.¹⁶³ Genom ett flertal lagstiftningsåtgärder och avgöranden från Migrationsöverdomstolen under senare år har frågan om underårighet getts stor betydelse för hur ansökningar om uppehållstillstånd behandlas.¹⁶⁴ Såväl metoderna för att bedöma underårighet som underårighetens faktiska betydelse för skyddsbehov skulle må bra av att undersökas vidare.¹⁶⁵ Så sker dock inte inom ramen för denna avhandling. Här nöjer jag mig med att kort konstatera att ordet ”barn” i vardaglig

Regulation of Migration: The Convention on the Rights of the Child and Sweden, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 20, nr 1 2012, s. 122-140.

¹⁶¹ Se Ottosson, Lisa, *Utan given hemvist: barnperspektiv i den svenska asylprocessen*, Barn- och ungdomsvetenskapliga institutionen, Stockholms universitet, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2016, Stockholm, 2016, för en studie som även tar sikte på mottagande.

¹⁶² Dublinförordningen (2013/604/EU).

¹⁶³ Se dock Noll, Gregor, Junk science? Four arguments against the radiological age assessment of unaccompanied minors seeking asylum, *International Journal of Refugee Law* vol. 28, no. 2, 2016, s. 234-250 samt Andersson, Simon, Påföljdsbestämning vid oklar ålder, *Juridisk tidskrift*, nr 3 2016-17, s. 712-721.

¹⁶⁴ Se t.ex. övergångsbestämmelserna i lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige samt den s.k. gymnasielagen, proposition 2017/18:252. Se även MIG 2017:6 och jfr med MIG 2018:6.

¹⁶⁵ En intressant fråga att se närmare på är exempelvis om det särskilda rättighetsskyddet för barn i praktiken har kommit att undergräva skyddet för vuxna.

mening kan ha framförallt två betydelser; Dels kan ordet barn beskriva en (biologisk, relationell eller rättslig) relation till en annan person, dess förälder/vårdnadshavare, dels kan ett barn vara en person som i juridisk mening inte anses vara vuxen, dvs. en person som pga. ålder inte är myndig.

Av utlänningslagens 1 kap. 2 § framgår tydligt att i utlänningslagens mening är ett barn en person under 18 år.¹⁶⁶ Migrationsöverdomsolen har slagit fast att en vuxen person inte kan anses vara ett barn i utlänningslagens mening med hänvisning till faktorer så som en persons mentala utveckling och mognad eller att hen omyndigförklarats i hemlandet.¹⁶⁷ Vanligen är det åldern vid prövningen av ett ärende som är avgörande.¹⁶⁸ EU-domstolen har dock uttryckt att i vissa fall måste en bedömning istället utgå ifrån åldern vid ansökan.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Vilket överensstämmer med barnkonventionens artikel 1 där det anges att i konventionens mening är varje människa under 18 år ett barn, förutsatt att barnet inte blir myndigt tidigare enligt den lag som gäller barnet.

¹⁶⁷ Se MIG 2007:14 där Migrationsöverdomstolen yttrade att rekvisitet barn inte kan ges annan innebörd än det har enligt definitionen i 1 kap. 2 § utlänningslagen. I målet ansåg Migrationsöverdomstolen att migrationsdomstolen gjort fel då den tolkat begreppet barn på så vis att en vuxen man ansågs falla in under begreppet barn trots att han vid prövningen var snart 29 år gammal med hänvisning till mannens grava psykiska sjukdom, att han inte hade den som krävdes för att han skulle kunna klara sig själv i vardagen samt att han omyndigförklarats i sitt hemland.

¹⁶⁸ MIG 2007:5.

¹⁶⁹ Se C-550/16, A och S mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, EU:C:2018:248.

2 Offentlighetsrättsliga principer

2.1 Inledning

Migration är ett ämne som många människor har olika tankar och åsikter om. Som beskrivits i avhandlingens kapitel 1 ska dock migrationsrättslig maktutövning – oaktat rättsområdets politiska känslighet och dess komplexa nät av folkrättsliga, EU-rättsliga och nationella överenskommelser och regler – präglas av samma krav som ställs även i andra fall då staten utövar makt mot enskilda. När migration hanteras rättsligt uppkommer således vissa särskilda krav på hur frågan hanteras av lagstiftaren, förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar.

Krav som specificerar hur makt bör utövas för att utövningen ska vara rätts-säker härstammar från bl.a. inhemsk rätt, EU-rätt, Europakonventionen och i viss mån även från barnkonventionen. Även om kraven på offentligrättslig maktutövning kommer från flera olika håll – och från flera lagstiftare – kan målet med kraven kort beskrivas som att den enskilde ska skyddas mot maktmissbruk från staten, i syfte att kunna leva under goda levnadsförhållanden.¹⁷⁰ För att uppnå detta övergripande mål ställs vissa specifika krav dels på hur de folkvalda delegerar makt, dels på hur denna makt utövas. Kraven på legalitet, objektivitet, proportionalitet och motivering är sådana exempel.

Kraven skiljer sig åt genom att principerna om legalitet och objektivitet samt motiveringsskyldigheten uppställer kriterier för hur lagstiftare och rättstillämpare går tillväga (formella krav) medan proportionalitetsprincipen ställer krav på utfallet (det är en s.k. materiell princip). För lagstiftaren innebär dessa kriterier bl.a. att regler ska utformas på ett tydligt vis, som gör det enkelt för den enskilde att förutse utfallet av rättstillämpningen, för att undvika att lagstiftningen uppfattas som godtycklig. Dessutom ställs krav på att lagstiftningen inte oskäligt gör skillnad på människor och att den inte medför att alltför långtgående (oproportionerliga) åtgärder vidtas mot enskilda. För rättstillämparen innebär kraven att denne har att respektera de gränser lagstiftaren ställt upp samt säkerställa att tilldelade maktbefogenheter inte överskrids. Rättstillämpare får således endast vidta åtgärder som har stöd i rättsordningen (*krav på legalitet*). Dessutom ställs krav på att rättstillämpare är sakliga och opartiska

¹⁷⁰ Jfr prop. 2016/17:180, s. 75.

i sin verksamhet (*krav på objektivitet*) samt att ingrepp i enskildas intressen endast får ske om åtgärden kan antas leda till det avsedda resultatet och om åtgärden står i rimligt förhållande till de olägenheter som kan antas uppstå för den som åtgärden riktas mot (*krav på proportionalitet*). För att överprövande instanser, kontrollorgan, berörda parter och andra som är intresserade ska kunna förstå besluten och kunna kontrollera att rättstillämpare hållit sig inom sina gränser ställs även krav på att beslut och domar motiveras (*motiverings-skyldighet*).

I detta kapitel undersöks vad dessa offentlighetsrättsliga principer innebär för förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar när de gör migrationsrättsliga intresseavvägningar. Här behandlas kraven utifrån förståelsen att de ställs på rättstillämpare hos såväl förvaltningsmyndigheten Migrationsverket som på rättstillämpare i migrationsdomstolarna. Det kan verka underligt att utgå ifrån att principerna ställer liknande krav på såväl första instans som senare instanser. Dels då förvaltningen är tänkt att vara effektiv. Dels då förvaltningsprocessrätten bygger på den s.k. instansordningsprincipen vilket innebär att prövningen i högre instanser som huvudregel inte kan omfatta annat än sådant som prövats i tidigare instans.¹⁷¹

Att förvaltningen är tänkt att vara effektiv framkommer av förvaltningslagens 9 § där det anges att ärenden ska handläggas så enkelt, snabbt och kostnadseffektivt som möjligt utan att rättssäkerheten eftersätts. Samtidigt stadgas i såväl förvaltningslagen (23 §) som förvaltningsprocesslagen (8 §) att förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar har i uppgift att se till att omständigheterna i ett ärende är *tillräckligt* utredda när beslut fattas/dom meddelas. En avvägning måste således ske för att hitta en godtagbar kompromiss mellan krav på fullständig rättssäkerhet och maximal effektivitet.¹⁷²

Vad gäller instansordningsprincipen är huvudregeln i förvaltningsprocessrättsliga sammanhang som nämndes ovan att yrkanden kan inskränkas men inte vidgas på ett vis där prövningen i högre instans omfattar mer än vad som prövats i lägre instans. När nya omständigheter inte ska prövas av högre instanser fungerar de offentlighetsrättsliga kraven på legalitet, objektivitet, proportionalitet och motiveringsskyldighet främst som verktyg som förvaltningsdomstolar använder för att granska om lägre instanser agerat korrekt vid sitt beslutsfattande. I ett sådant sammanhang är det rimligt att beskriva exempelvis kravet på tydliga motiveringar som något den första instansen har att uppfylla och som senare instanser, vid eventuell överklagan, har att undersöka om den

¹⁷¹ Essen, Ulrik von, Bohlin, Alf och Warnling Conradson, Wiweka, Förvaltningsrättens grunder, Tredje upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2018, s. 281.

¹⁷² Marcusson, Lena, Förvaltningsrättens rättssäkerhetstänkande, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr. 3 2010, s. 243.

lägre instansen korrekt förhållit sig till. Om det vid en prövning i domstol framkommer nya omständigheter så kan domstolen återförvisa ärendet till första instans för att få dessa omständigheter prövade i sak.

I en migrationsrättslig kontext är dock utrymmet att återropa nya omständigheter inom ramen för samma prövning något vidare än vad som vanligen är fallet i förvaltningsprocessrätten. I *MIG 2007:31* slog Migrationsöverdomstolen nämligen fast att när *saken* i ett migrationsmål rör frågan om uppehållstillstånd föreligger stor frihet att återropa (och pröva) nya omständigheter i en högre instans. Detta innebär bl.a. att även om en person från början ansökt om uppehållstillstånd pga. asylskäl, men senare träffar en partner i Sverige så kan anknytningen till partnern återropas inför domstolen som ett ytterligare skäl (i tillägg till asylskälen) för uppehållstillstånd. I ett sådant fall ska domstolen pröva anknytningen inom ramen för det som från början var ett ärende om asyl. Migrationsdomstolarna har således inte enbart i uppgift att kontrollera att den lägre instansen agerat korrekt vid sitt beslutsfattande – domstolen har ibland att förhålla sig till nya omständigheter, som inte tidigare prövats, och som därmed behöver prövas i sak. Det ska dock påpekas att domstolen ändå har möjlighet att återförvisa ärenden till Migrationsverket om domstolen bedömer att så är nödvändigt.

Att migrationsmål i stor grad rör mänskliga rättigheter är en annan faktor som ställer krav på att migrationsdomstolarna gör en prövning i sak. Såväl Europadomstolens praxis som barnkonventionens bestämmelse om barnets bästa ställer nämligen krav på att migrationsdomstolar prövar mål utifrån de förhållanden som gäller vid prövningstillfället. Europadomstolen har betonat att konventionsstater måste organisera beslutsprocesser i migrationsärenden på ett sådant vis att prövningsinstanserna har möjlighet att ta hänsyn till nya omständigheter.¹⁷³ Detta hänger samman med att ett besluts förenlighet med rättigheter kan påverkas av om omständigheterna ändrats under den tid som gått från underinstansens prövning till dess att den högre instansen gör sin prövning. Exempelvis kan ett privatliv ha etablerats (eller ytterligare ha stärkts) under den längre tidsperiod en person vistats i Sverige vid prövningen i en högre instans, vilket kan ha betydelse för om en utvisning anses proportionerlig eller ej. Att tid passerat kan även ha betydelse för prövningen av barnets bästa. Enligt Europadomstolen är det inte tillräckligt att en domstol undersöker om barnets bästa har tillämpats korrekt i ett tidigare skede, detta eftersom bedömningen behöver stämma överens med barnets aktuella förhållanden.¹⁷⁴

¹⁷³ Se exempelvis Europadomstolens dom i *Maslov mot Österrike* (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03), punkt 93.

¹⁷⁴ Se exempelvis Europadomstolens dom i målet *Ejimson mot Tyskland* (dom den 1 mars 2018, appl. no. 58681/12).

Denna syn delas av Kristen Sandberg som menar att barnkonventionens artikel 3.1 ställer krav på att domstolar dels undersöker om förvaltningsmyndigheten – i migrationsärenden oftast Migrationsverket – har tillämpat barnets bästa på ett tillfredsställande sätt, dels ställer krav på att domstolar själva agerar i linje med bestämmelsen. Som en konsekvens av detta påpekar Sandberg att domstolarna måste undersöka barnets bästa utifrån omständigheterna som föreligger vid den tidpunkt domstolen prövar målet.¹⁷⁵

Mot denna bakgrund räcker det inte att migrationsdomstolar endast prövar om Migrationsverket agerat i linje med de offentlighetsrättsliga kraven om legalitet, objektivitet, proportionalitet och motiveringsskyldighet och har gjort en korrekt bedömning utifrån den situation som då förelåg. Migrationsdomstolarna själva måste även de göra en prövning i sak och måste då förhålla sig till de offentlighetsrättsliga principerna vid sin egen prövning. Lagstödet för kraven återfinns dock till viss mån på olika håll beroende på vilken myndighet som för närvarande ansvarar för ärendet.¹⁷⁶

2.2 Kraven på legalitet, objektivitet, proportionalitet och motivering

Kraven på legalitet, objektivitet, proportionalitet och motivering har det gemensamt att de är återkommande i folkrätten, EU-rätten och svensk rätt. I svensk nationell rätt återfinns krav på hur lagstiftaren, förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar ska utöva statlig makt främst i regeringsformen, förvaltningslagen och förvaltningsprocesslagen. Vad gäller migrationsrätten specifikt återfinns dessutom vissa specialregler i utlänningslagen. Även om tanken är att de svenska inhemska reglerna ska innebära att svensk nationell rätt är förenlig med de krav som ställs via EU-rätten och svenska folkrättsliga åtaganden – och även om så ofta också är fallet – finns situationer där svensk rätt inte är tillräcklig och där EU-rätten och svenska folkrättsliga åtaganden således kan få en starkare roll.

Då EU saknar generell kompetens för att lagstifta om nationella processuella regler är medlemsstaterna, som huvudregel, fria att använda sig av sina egna (förvaltnings)processuella regler – s.k. *processuell autonomi*.¹⁷⁷ Trots denna

¹⁷⁵ Sandberg, Kristen, The Role of National Courts in Promoting Children's Rights, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 22 nr. 1, 2014, 1-20, s. 9 samt s. 18.

¹⁷⁶ För förvaltningsmyndigheter gäller t.ex. förvaltningslagen medan det i huvudsak är förvaltningsprocesslagen som gäller för förvaltningsdomstolarna.

¹⁷⁷ För en närmare beskrivning av processuell autonomi se exempelvis avsnitt 4.6 i Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011. Se även C-33/76, *Rewe mot Landwirtschaftskammer für das Saarland*, EU:C:1976:188, där processuell autonomi slogs fast.

utgångspunkt finns flera viktiga begränsningar i medlemsstaternas handlingsutrymme på det processuella området.¹⁷⁸ Dels måste EU-rätten få effektivt genomslag (*effektivitetsprincipen*) på så vis att unionsrätten inte får bli illusorisk, dels får inte det nationella systemet konstrueras på så vis att EU-rättsliga anspråk behandlas på ett sämre vis än vad ett motsvarande nationellt anspråk skulle göras (*likställighetsprincipen*).¹⁷⁹ Dessutom måste givetvis staterna agera i linje med de krav EU-rätten i stort uppställer. I den mån det finns specifika regler (i antingen primärrätt eller sekundärrätt) måste dessa således givetvis ges företräde framför nationell rätt i enlighet med unionsrättens företräde och dess direkta effekt (som presenterades i kapitel 1). Här kan exempelvis nämnas att rättigheterna i rättighetsstadgan måste få genomslag, där krav på bl.a. effektivt rättsmedel och god förvaltning återfinns.¹⁸⁰ Slutligen måste även allmänna rättsprinciper samt EU-domstolens praxis respekteras. Även om utgångspunkten är processuell autonomi är denna således kraftigt kringskuren på så vis att EU-rätten på flera vis faktiskt uppställer former för, och krav på, hur offentlig makt utövas. Ju mer samarbetet inom EU har utvecklats, desto större vikt har lagts vid formerna för genomförandet av EU-rätten.¹⁸¹

EU-rättens minimikrav på nationella processregler aktualiseras dock enbart när materiella EU-rättsliga regler görs gällande inom EU-rättens tillämpningsområde. De EU-rättsliga kraven kan sägas ha stark kraft genom att EU-rätten har direkt effekt och företräde framför inhemsk rätt men eftersom kraven enbart kan tillämpas inom de begränsade områden där medlemsstaterna har överfört beslutskompetens är deras räckvidd begränsad. Detta skiljer sig gentemot de krav som ställs via Europadomstolens praxis (avseende Europakonventionens krav). Dessa krav är generellt tillämpliga men bygger inte på företräde och direkt effekt utan på att medlemsstaterna säkerställer det rättighetsskydd som konventionen stadgar. Staten är således fri att bestämma hur detta ska göras

¹⁷⁸ Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011, s. 195. EU saknar tilldelade generella befogenheter på området, jfr artikel 4 (1) och 5 (2) FEU. EU kan dock reglera vissa delar. Exempelvis stadgas i artikel 19 FEU att medlemsstater ska tillhandahålla domstolsprövning samt stadgas i artikel 267 FEUF att nationella domstolar i vissa fall ska begära förhandsavgöranden från EU-domstolen. Se även EU-domstolens dom i mål C-26/74, *Roquette Frères mot kommissionen*, EU:C:1976:69 samt Reichel, Jane, *God förvaltning i EU och i Sverige*, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, Jure, Stockholm, 2006, s. 118.

¹⁷⁹ För en närmare beskrivning av effektivitetsprincipen och likställighetsprincipen se exempelvis avsnitt 4.6 i Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011. Se även C-45/76, *Comet BV mot Produktschap voor Siergewassen*, EU:C:1976:191.

¹⁸⁰ Se artikel 41 och artikel 47 i rättighetsstadgan. Angående skyldigheten för medlemsstaterna att tillhandahålla ett effektivt domstolsskydd se även artikel 19.1 andra stycket FEU.

¹⁸¹ Reichel, Jane, Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 3 2018, s. 436.

så länge Europakonventionens krav uppfylls.¹⁸² Även barnkonventionen är generell tillämplig. Barnkonventionens krav på maktutövning är dock betydligt mindre specifika än EU-rättens och Europakonventionens. Vissa krav uppstår ändå till följd av bestämmelsernas utformning bl.a. anses kravet på att beakta barnets bästa (artikel 3 i barnkonventionen) innebära att staten ska kunna visa hur detta gjorts – dvs. en form av skyldighet att motivera sitt beslut.

2.2.1 Legalitetsprincipen

Inte för inte har legalitetsprincipen kallats för den moderna rättsstatens kärna.¹⁸³ Principen handlar om såväl rättssäkerhet som demokrati.¹⁸⁴ Rättssäkerhet på så vis att den enskilde får skydd mot godtycklig maktutövning genom att det allmänna behöver stöd för sitt agerande och därmed inte kan hitta på vad som helst.¹⁸⁵ Dessutom anses skrivna och tillgängliggjorda regler öka förutsättningarna för den enskilde att förutse vad det allmänna kan tänkas ta sig till. Legalitetsprincipens demokratiska funktion utgörs av att folket enbart behöver lyda regler som dess folkvalda bestämt samt genom att legalitetsprincipen medför att den politiska oppositionen tillåts medverka i framtagandet av lag.¹⁸⁶

Att det finns en föreskrift – flexibelt eller precist utformad – innebär dock inte att denna ska stå oemotsagd. Även om legalitetsprincipen har beskrivits som ”utpräglat formaljuridisk” eftersom den uppställer ett tydligt formaliakrav; ett krav på korrekt författningsstöd,¹⁸⁷ så innebär det inte att en föreskrift med vilket innehåll som helst accepteras. Skulle så vara fallet vore enligt Karin Åhman själva tanken med mänskliga rättigheter förfelad.¹⁸⁸ En föreskrift måste därför prövas även mot andra krav härledda från rättsstaten. Att en myndighet har författningsstöd för en viss åtgärd innebär alltså inte att myndigheten är befriad från att beakta andra aspekter vid verksamhetens utövande.

¹⁸² Ibid, s. 440.

¹⁸³ Sterzel, Fredrik, Legalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 75, SOU 2010:29, s. 142 samt prop. 2016/17:180, s. 57 f. Angående principens historiska utveckling se exempelvis Sterzel, Fredrik, Legalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 76 ff.

¹⁸⁴ Boe, Erik Magnus, *Forsvarlig forvaltning*, Universitetsforlaget, Oslo, 2018, s. 32. Även om Boe beskriver principen i en norsk kontext kan det han säger appliceras på den svenska versionen av principen.

¹⁸⁵ Se t.ex. Sterzel, Fredrik, Legalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 75, SOU 2010:29, s. 142 samt Prop. 2016/17:180, s. 57 f.

¹⁸⁶ Boe, Erik Magnus, *Forsvarlig forvaltning*, Universitetsforlaget, Oslo, 2018, s. 32.

¹⁸⁷ Sterzel, Fredrik, Legalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 95 f.

¹⁸⁸ Åhman, Karin, Europadomstolens principer i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 31.

2.2.1.1 Legalitetsprincipen i rättskällorna

Även om legalitetsprincipen inte har någon entydig definition uppfattas den vanligen som ett krav på att myndigheters beslut alltid måste ha något slags författningsstöd och att ingripanden mot enskilda ska ha ett klart stöd i författning.¹⁸⁹

I 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen framkommer att ”den offentliga makten utövas under lagarna”. Av förarbeten framgår att också andra författningsformer än lag och även t.ex. sedvanerätt¹⁹⁰ omfattas av bestämmelsen och att legalitetsprincipen således ska förstås som att myndigheternas maktutövning måste ha stöd i någon av de källor som tillsammans bildar rättsordningen.¹⁹¹ Som nämnts i kapitel 1 finns legalitetsprincipen numera även direkt uttryckt i förvaltningslagens 5 §. Här är principen formulerad på så vis att en förvaltningsmyndighet ”endast får vidta åtgärder som har stöd i rättsordningen”.

Legalitetsprincipen gäller i alla sammanhang där det offentliga får utöva makt mot enskilda, principens innehåll är dock i viss mån beroende av vilket rättsområde den aktualiseras på.¹⁹² Att det i vissa fall (exempelvis vid inskränkningar av fri- och rättigheter samt i straffrätten och skatterätten) krävs författningsstöd i form av lag framgår inte av stadgandet i 1 kap. 1 § 3 st. regeringsformen men däremot av andra delar av grundlagen.¹⁹³

Vad gäller den förvaltningsrättsliga legalitetsprincipen menar Karin Åhman att den är avsedd att ha ett bredare tillämpningsområde än regeringsformens

¹⁸⁹ Sterzel, Fredrik, Legalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentlighetsprinciper*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 75 samt s. 81 f., SOU 2010:29, s. 142 samt Prop. 2016/17:180, s. 57 f.

¹⁹⁰ Av artikel 38(1)(b) i Internationella domstolens stadga framkommer att utöver internationella avtal så är internationell sedvanerätt en folkrättslig rättskälla. Stadgan är formellt sett en del av FN-stadgan, se Förenta nationernas stadga artikel 92. Av artikel 38 framkommer att som sedvanerätt räknas oskriven rätt som utgör bevis för en allmän praxis (grundad på sedvänja) men som godtas såsom gällande rätt. För att något ska uppfattas som sedvänja krävs att agerandet är uppnår en viss kvantitet och kvalitet (*usus*), dvs. att det är omfattande antal stater som agerar praktiskt taget enhetligt (att det finns ett mönster i staters agerande), se exempelvis Internationella domstolens dom i mål *North Sea Continental Shelf* (Föbundsrepubliken Tyskland mot Danmark), dom den 20 februari 1969, I.C.J. Reports 1969, s. 43, punkt 74 samt *Asylum* (Colombia mot Peru), dom den 20 november 1950, I.C.J. Reports 1950, s. 277. Dessutom krävs att agerandet uppfattas som gällande rätt av staterna (*opinio juris*) vilket framgår redan av artikel 38 i Internationella domstolens stadga. Att något uppfattas som sedvanerätt innebär att det anses binda stater juridiskt även utan uttryckligt samtycke.

¹⁹¹ Prop. 1973:90 s. 397, KU 1973:26 s. 59, prop. 2016/17:180, s. 57 f., SOU 2010:29, s. 144.

¹⁹² Åhman, Karin, Legalitetsprincipen i en ny förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr. 3 2018, s. 458.

¹⁹³ Se exempelvis 2 kap. 20 § samt 8 kap. regeringsformen. För mer om detta se Sterzel, Fredrik, Legalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentlighetsprinciper*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 84, se även Åhman, Karin, Legalitetsprincipen i en ny förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr. 3 2018, s. 458.

version då den förvaltningsrättsliga varianten gäller all verksamhet hos myndigheter och avser både beslutsfattande i enskilt fall och faktiskt handlande.¹⁹⁴ Däremot anses den förvaltningsrättsliga legalitetsprincipen vara svagare än dess straffrättsliga släkting.¹⁹⁵ Vad gäller straffrätten finns som nyss nämnts krav på kvalificerat författningsstöd samt dessutom ett förbud mot retroaktivitet. I straffrättsliga sammanhang har framhävts att om det skulle vara accepterat att kravet på forskriftsstöd uppfylldes i efterhand skulle legalitetsprincipen bli urvattnad.¹⁹⁶ Den förvaltningsrättsliga versionen tillåter enligt Carl Lebeck däremot ett visst mått av retroaktivitet – dock med begränsningen att orimliga eller orättvisa former av retroaktiv rättstillämpning ska förhindras.¹⁹⁷ Enligt Lebeck är den förvaltningsrättsliga legalitetsprincipen även svagare än den straffrättsliga på så vis att den förra (vanligen) inte ställer krav på lagform.¹⁹⁸ Även andra former av författningsstöd kan godtas om de uppfyller krav på att vara tillgängliggjorda för allmänheten samt tydligt formulerade, så att rättstillämpningen blir förutsebar.

Legalitetsprincipen är inte ett svenskt påfund. Principen anses vara en hörnsten i EU-samarbetet, i Europarådets arbete och är en viktig komponent i Europadomstolens praxis.¹⁹⁹ För att förstå legalitetsprincipens betydelse för svenska förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar måste även EU-rättsliga och folkrättsliga aspekter beaktas när så är relevant.²⁰⁰ Detta innebär bl.a. att legalitetsprincipen i förvaltningsrätten måste tillämpas i linje med de förutsebarhets- och legalitetskrav som följer av EU-rätten samt att det måste beaktas om en situation rör ett ingrepp i en grundläggande rättighet enligt exempelvis Europakonventionen.²⁰¹

I flera av bestämmelserna i Europakonventionen, däribland artikel 8 där rätten till respekt för familjeliv och privatliv stadgas, framgår direkt att det krävs

¹⁹⁴ Åhman, Karin, Legalitetsprincipen i en ny förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr. 3 2018, s. 463.

¹⁹⁵ Jfr 5 § förvaltningslagen: stöd i ”rättsordningen”. Se även exempelvis Lebeck, Carl, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, Upplaga 1, Norstedts juridik, Stockholm, 2018, s. 431.

¹⁹⁶ Sterzel, Fredrik, Legalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 83 f.

¹⁹⁷ Lebeck, Carl, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, Upplaga 1, Norstedts juridik, Stockholm, 2018, s. 431.

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Se Åhman, Karin, Europadomstolens principer i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 29 ff samt Åhman, Karin, Legalitetsprincipen i en ny förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr. 3 2018.

²⁰⁰ Åhman, Karin, Legalitetsprincipen i en ny förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr. 3 2018, s. 461.

²⁰¹ Lebeck, Carl, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, Upplaga 1, Norstedts juridik, Stockholm, 2018, s. 24 samt Åhman, Karin, Legalitetsprincipen i en ny förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr. 3 2018, s. 461.

lagstöd²⁰² för att begränsa enskildas rättigheter.²⁰³ Av Europadomstolens praxis framgår att det inte räcker med att det finns en författning, domstolen ställer även krav på författningens kvalitet.²⁰⁴ Som nämndes redan i kapitel 1 måste, enligt Europadomstolen, det stöd som används för att inskränka rättigheter vara tillgängligt och förutsebart för de berörda personerna.²⁰⁵ För att författningsstödet ska anses möta kriteriet på förutsebarhet krävs att det tillräckligt tydligt framgår när en åtgärd får vidtas så att personerna själva kan reglera sitt beteende.²⁰⁶ Dessutom kräver Europadomstolen att det ska finnas indikationer på hur långt ett eventuellt skönmässigt utrymme sträcker sig om en lag eller bestämmelse är mer öppet (och därmed otydligt) formulerad och på så vis tillåter tolkning.²⁰⁷

När det gäller EU-rätten finns ett flertal stadganden angående legalitetsprincipen; vad gäller kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna finns artikel 5.2 EU-fördraget (FEU), vad gäller EU:s interna arbete finns artikel 13 FEU dessutom finns en straffrättslig legalitetsprincip i artikel 49 rättighetsstadgan.²⁰⁸ Av rättighetsstadgans artikel 52 framkommer dessutom att begränsningar i utövandet av de rättigheter och friheter som erkänns i stadgan ska vara föreskrivna i lag.

2.2.1.2 Legalitetsprincipen och utrymmet för skönmässighet

Legalitetsprincipen har en stark koppling till formell rättssäkerhet och förutsebarhet för enskilda, i och med att principen ställer krav på att beslut bygger

²⁰² För en närmare beskrivning av innebörden av kravet på lagstöd enligt Europakonventionen, se avsnitt 4.5.1 nedan. Här framgår att det inte alltid krävs stöd i lagform, även stöd i andra rättskällor kan vara tillräckligt.

²⁰³ Se exempelvis artikel 7 som ger uttryck för en straffrättslig legalitetsprincip. Jfr även artikel 9-11 Europakonventionen samt artikel 1 i tilläggsprotokoll nr 1 till Europakonventionen där det framgår att ingrepp i enskildas rättigheter måste ha stöd i lag/vara föreskrivna i lag. Se även Åhman, Karin, Europadomstolens principer i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 29.

²⁰⁴ Se Europadomstolens domar i målen *Rotaru mot Rumänien* (dom den 4 maj 2000, appl. no. 28341/95) punkt 52, *Konovalova mot Ryssland* (dom den 9 oktober 2014, appl. no. 37873/04), punkt 42 och *Silver mot Förenade kungariket* (dom den 25 mars 1983, appl. no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 och 7136/75), punkterna 86-88.

²⁰⁵ Se *Konovalova mot Ryssland* (dom den 9 oktober 2014, appl. no. 37873/04), punkt 42 och *Silver mot Förenade kungariket* (dom den 25 mars 1983, appl. no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 och 7136/75), punkterna 86-88.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ Se exempelvis *Silver mot Förenade kungariket* (dom den 25 mars 1983, appl. no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 och 7136/75), punkterna 86-88

²⁰⁸ Reichel, Jane, Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 433.

på tydliga regler och på en rättstillämpning som korrekt tillämpar dessa regler.²⁰⁹ En fördel med regler som är tydliga är att de är lätta att använda och att de därmed otvetydigt bidrar till likabehandling och förutsebarhet. Som nämnts i kapitel 1 syftar dock offentlighetsprincipen även till att nå materiellt rättssäkra (korrekta) beslut. För att nå detta mål krävs mer av såväl lagstiftaren som tillämparen än att ta fram respektive tillämpa en tydligt formulerad lag på samma sätt i alla situationer. Som tidigare nämnts avses nämligen med korrekta, materiellt rättssäkra, beslut att själva *utfallet* av beslutet ska vara riktigt, ”rättvist”.²¹⁰ För att utfallet av ett beslut ska kunna nå målet om materiell rättssäkerhet måste det finnas möjlighet att beakta de särskilda omständigheter som föreligger i ett enskilt fall. Därför innehåller förvaltningsrätten ofta starka element av skönsmässighet, vilket öppnar för rättstillämparen att iaktta specifika omständigheter i ett enskilt fall just i syfte att nå ett korrekt beslut.

Att välja om en regel ska ge utrymme för tolkning eller vara mer precis är en avvägning lagstiftaren har att göra, i en svensk kontext måste dock hänsyn tas till EU-rättens krav samt till konventionsåtaganden och andra statliga överenskommelser – avvägningen är således inte helt fri för den svenska lagstiftaren. Även de krav som ovan nämnts om kvalitet på lagstiftning måste därmed självklart beaktas vid utformningen av bestämmelser.

Utrymmet för att skapa flexibla regler anses vanligen vara mindre ju mer ett beslut påminner om straffrätt eftersom straffrätten ställer höga krav på precisa bestämmelser.²¹¹ Inom förvaltningsrätten varierar kravet på precision på så vis att högre krav ställs på regler som förknippas med betungande beslut än regler som hör samman med vad som ses som gynnande beslut.²¹² Migrationsrätt har, trots sin ofta stora påverkan på enskilda, främst beaktats som gynnande förvaltningsrätt.²¹³ I sin praxisstudie av legalitetsprincipen argumenterar Carl Lebeck för att åtminstone delar av migrationsrätten bör anses vara betungande beslut, bl.a. med hänsyn till dess stora påverkan på människor. Lebeck finner dock även att kravet på precist stöd förefaller vara lägre i migrationsrätten än

²⁰⁹ Åhman, Karin, Legalitetsprincipen i en ny förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr. 3 2018, s. 458.

²¹⁰ Se avsnitt 1.4.2.1.1.

²¹¹ Se härom exempelvis Lebeck, Carl, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, Upplaga 1, Norstedts juridik, Stockholm, 2018, exempelvis s. 61 ff samt Marcusson, Lena, Förvaltningsrättens rättssäkerhetstänkande, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 3 2010, s. 241-254.

²¹² Gynnande beslut innebär att enskilda ges rättigheter, lättnader eller förmåner av olika slag, det handlar således om beslut som förbättrar den enskildes ställning i något avseende medan betungande beslut innebär att den enskilde ges nya förpliktelser eller nekas begärda förmåner, Lebeck, Carl, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, Norstedts juridik, Stockholm, 2018, s. 415 f.

²¹³ Jfr exempelvis att vid omröstning i mål hos migrationsdomstol, rörande ansökan om uppehållstillstånd m.m., används omröstningsreglerna för tvistemål, MIG 2007:17.

på områden som socialrätten och hälso- och sjukvårdsrätten, där kravet på relativ precision i föreskriftsstödet för tvångsåtgärder är uttalat.²¹⁴ De delar av migrationsrätten som de facto innebär tvångsåtgärder, som förvarstaggande, är dock områden med starkare krav på precis författningsstöd medan det inom andra delar av migrationsrätten inte nödvändigtvis är lämpligt att uppställa samma krav på precision.²¹⁵

Samtidigt som att ökad flexibilitet öppnar för att bättre kunna nå målet om materiellt korrekta beslut medför dock flexibiliteten att rättstillämparens inflytande blir större än vid mer precisa regler.²¹⁶ En utmaning som kan följa med denna typ av regler är att det ”fria” utrymme som tillfaller rättstillämparen kan komma att missbrukas. Att rättstillämparen getts lagstöd för att genomföra en friare bedömning innebär dock inte att rättstillämparen får ta vilka hänsyn som helst. Flera principer begränsar handlingsutrymmet för rättstillämparen genom att uppställa gränser för hur detta skön ska användas.²¹⁷ Det formella kravet på lagstöd kompletteras t.ex. med krav på att rättstillämparen – oavsett hur en regel är utformad – utövar sin makt på ett *lojalt och korrekt vis*,²¹⁸ vilket innebär att reglerna ska tillämpas sakligt och objektivt.²¹⁹ Dessutom ska rättstillämpningen vara proportionerlig, dvs. utfallet av rättstillämpningen ska inte bli orimligt.

2.2.2 Objektivitetsprincipen

Rättstillämpare har en skyldighet att stödja sig på sakliga skäl, dvs. sådana hänsyn som lagen är tänkt att uppnå, och inte blanda in egna idéer och åsikter.²²⁰ Detta är själva kärnan av den s.k. objektivitetsprincipen. Principen anses tätt kopplad till vad som ibland kallas för likabehandlingsprincipen då kravet

²¹⁴ Lebeck, Carl, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, Norstedts juridik, Stockholm, 2018, s. 215 f.

²¹⁵ Förvarstaggande är en tvångsåtgärd som innebär en inskränkning i en människas rörelsefrihet, enligt 2 kap. regeringsformen krävs därmed lagstöd för att få ta en person i förvar.

²¹⁶ Se härom exempelvis Kaldal, Anna, *Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål*, Jure Förlag, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2010, s. 180.

²¹⁷ Se härom SOU 2010:29, s. 149, Reichel, Jane, Rättsliga begränsningar av myndigheters fria skön – från ett EU-rättsligt och svenskt perspektiv, *Upphandlingsrättslig tidskrift* nr 4 2015, 338-361, s. 338, Boe, Erik Magnus, *Forsvarlig förvaltning*, Universitetsforlaget, Oslo, 2018, s. 63.

²¹⁸ Frändberg, Åke, *Rättsordningens idé. En antologi i allmän rättslära*. Juridiska fakultetens skriftserie nr 96, Uppsala 2005, s. 288 f.

²¹⁹ Jfr exempelvis Boe, Erik Magnus, *Forsvarlig förvaltning*, Universitetsforlaget, Oslo, 2018, s. 66 f.

²²⁰ Ibid.

på saklighet anses omfatta ett krav på att lika fall ska behandlas lika.²²¹ Diskriminering och andra former av obefogad särbehandling anses strida mot objektivitetsprincipen.²²²

2.2.2.1 Objektivitetsprincipen i rättskällorna

Objektivitetsprincipen kommer till uttryck i såväl svensk inhemsk rätt som i EU-rätten och folkrätten. Av 1 kap. 9 § regeringsformen framkommer att domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter i sin verksamhet ska beakta allas likhet inför lagen samt iakttäcka saklighet och opartiskhet.²²³ I en äldre version av bestämmelsen angavs uttryckligen att domstolar och förvaltningsmyndigheter inte utan rättsligt stöd fick särbehandla någon på grund av ”hans personliga förhållanden, såsom tro, åskådning, ras, hudfärg, ursprung, kön, ålder, nationalitet, språk, samhällsställning eller förmögenhet”.²²⁴ När formuleringen av bestämmelsen ändrades framhölls att någon egentlig ändring inte var tänkt, vilket enligt Thomas Bull innebär att de exempel som gavs i den gamla versionen fortfarande kan vara vägledande för tolkningen av vilken typ av hänsynstaganden som kan göra ett beslut oskäligt.²²⁵

Av 5 § i 2017 års förvaltningslag stadgas uttryckligen att myndigheter i sin verksamhet ska vara sakliga och opartiska. Något krav att respektera allas likhet inför lagen framkommer inte explicit av lagtexten. I förarbeten framgår dock tydligt att regeringen anser att en sådan skyldighet ändå finns – genom kravet på att agera sakligt och opartiskt.²²⁶

²²¹ Det bör dock observeras att likhetsprincipen innebär ett krav på likabehandling *inför* lagen, inte *i* lagen. Bestämmelsen omfattar inte riksdagen och regeringen i fråga om deras normgivning och inte heller andra myndigheter när de beslutar normer. Se angående kopplingen mellan likabehandlingsprincipen och objektivitetsprincipen exempelvis Ribbing, Michaela, *Förvaltningsprocessen och rättegångsbalken*, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2018, Stockholm, 2018, s. 26 samt Bull, Thomas, Objektivitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 102.

²²² Prop. 2016/17:180, s. 60.

²²³ Av 11 kap. 6 § samt 12 kap. 5 § 2 st. regeringsformen framkommer att endast sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet får tas hänsyn till när regeringen ska utnämna domare samt vid beslut om andra statliga anställningar. Detta ses som ytterligare grundlagsstadgade exempel på objektivitetsprincipen, se Thomas Bull, Objektivitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 97 (Bull hänvisar till 11 kap. 9 § men i nu gällande regeringsform återfinns bestämmelserna i 11 kap. 6 § respektive 12 kap. 5 § 2 st.). Bull menar att det kan anses märkligt att ha en särskild bestämmelse om anställningar men att just frågor om statliga anställningar annars skulle kunna riskera att ses som privaträttsliga frågor vilket skulle kunna leda till osäkerhet i om regeringsformens objektivitetsprincip skulle tillämpas eller ej, se *ibid.*, s. 106.

²²⁴ Se 1 kap. 7 § i förslaget till regeringsform, Prop. 1973:90, s. 6.

²²⁵ Thomas Bull, Objektivitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 98 f.

²²⁶ Prop. 2016/17:180, s. 60.

Införandet i förvaltningslagen av en särskild förvaltningsrättslig objektivitetsprincip innebär inte att någon helt ny skyldighet ålagts förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar, dessa var redan tidigare skyldiga att respektera regeringsformens objektivitetsprincip.²²⁷ Att objektivitetsprincipen trots detta fördes in direkt i förvaltningslagen motiverades, i såväl propositionen som i den föregående utredningen, bl.a. med att det ansågs finnas ett värde i att kraven på objektivitet och saklighet kom till uttryck i den lag som direkt vänder sig till förvaltningsmyndigheterna och till de enskilda som berörs av deras verksamhet.²²⁸

På EU-rättsligt plan framgår som nämnts i kapitel 1 en rätt till god förvaltning av rättighetsstadgans artikel 41. Bestämmelsen inkluderar bl.a. den s.k. omsorgsprincipen vilken omfattar en rätt att få sina angelägenheter behandlade opartiskt och rättvist.²²⁹ Vad gäller Europakonventionen uppställs ett krav på att domstolar agerar objektivt och sakligt genom artikel 6 – rätten till en rättvis rättegång. Bestämmelsen tar endast sikte på prövningar av civila rättigheter och skyldigheter samt prövningar av brottsanklagelser och anses inte vara tillämplig i förvaltningsförfarandet.²³⁰ Av artikel 13 framgår dock en mer allmän rätt till ett effektivt rättsmedel. Enligt Europadomstolens praxis ställer även artikel 13 krav på saklighet och opartiskhet.²³¹ Europakonventionen innehåller även bestämmelser som rör otillåten särbehandling. I artikel 1 i tilläggsprotokoll nr 12 finns en allmän icke-diskrimineringsbestämmelse. Detta protokoll har dock inte ratificerats av Sverige. Grundkonventionens artikel 14, som Sverige är bunden av, stadgar dock att åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges konventionen ska säkerställas utan diskriminering – om inte sakliga skäl kan anges för särbehandlingen.²³²

²²⁷ Vid införandet av en särskild förvaltningsrättslig legalitetsprincip betonades att principen ska gälla för all förvaltningsverksamhet, såväl vid beslutsfattande som då det t.ex. handlar om ren service, prop. 2016/17:180, s. 60. Även grundlagens objektivitetsprincip omfattar dock faktiskt handlande och ren service så inte heller detta utgör någon skillnad gentemot tidigare, Thomas Bull, Objektivitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 127.

²²⁸ Prop. 2016/17:180, s. 60.

²²⁹ I EU-rätten finns även bestämmelser om likhet inför lagen och icke-diskriminering, dels i rättighetsstadgans artikel 20 och artikel 21, dels i artikel 18 FEUF. Se även Reichel, Jane, Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 433.

²³⁰ Prop. 2016/17:180, s. 187 f.

²³¹ Jfr exempelvis *De Souza Ribeiro mot Frankrike* (dom den 13 december 2012, appl. no. 22689/07), punkt 83. Se även Thomas Bull, Objektivitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 99.

²³² Se även Thomas Bull, Objektivitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 99 för vidare hänvisningar angående detta.

2.2.2.2 Objektivitetsprincipen utgör en gräns för vad som får beaktas

I regeringens förslag till 2017 års förvaltningslag framhölls särskilt att objektivitetsprincipen medför ett förbud för förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar att låta sig vägledas av andra intressen än dem som de är satta att tillgodose eller att grunda sina avgöranden på hänsyn till andra omständigheter än sådana som enligt tillämpliga författningar får beaktas vid prövningen av ett ärende.²³³ Ett förtydligande gjordes dessutom om att dessa myndigheter inte får låta sig påverkas av omständigheter som t.ex. en sökandes etniska bakgrund eller politiska åsikter, ”om de är ovidkommande (jfr t.ex. migrationsärenden)”.²³⁴

Objektivitetsprincipen framhålls i förvaltningslagens förarbeten som en nödvändig ”spärr mot excesser” vid de lämplighetsbedömningar som är vanliga inom förvaltningsrätten.²³⁵ En utmaning med mer flexibla bestämmelser är ju som nämnts tidigare att rättstillämparens inflytande blir större än vid mer precist utformade bestämmelser.²³⁶

I utredningen inför lagändringen framhölls att även öppna bedömningar förvisso styrs av regler samt olika typer av ändamålsbestämningar och således inte är helt fria, men att det ändå kan vara nödvändigt att påminna om att objektivitetsprincipen sätter gränser för vad som kan beaktas vid sådana mer öppna bedömningar.²³⁷ Objektivitetsprincipen är ett sätt att stävja s.k. illojal maktutövning²³⁸, dvs. situationen att en rättstillämpare i och för sig formellt sett agerar i enlighet med sin befogenhet men i praktiken handlar på ett vis som är främmande för rättsordningen, t.ex. genom att tillämpa en föreskrift på ett vis som strider mot de syften eller ändamål som ligger till grund för bestämmelsen.²³⁹ Objektivitetsprincipens krav på saklighet kompletterar på så vis legalitetsprincipen genom att den utgör ett extra säkerhetsnät tänkt att fånga upp maktmissbruk som kravet på författningsstöd inte kommer åt.²⁴⁰

Kraven på saklighet och opartiskhet ses ibland som överlappande, men skiljer sig enligt Thomas Bull åt på så vis att kravet på saklighet närmast tar sikte på vilka faktorer som läggs till grund för beslutsfattandet medan kravet på opartiskhet snarare handlar om tilltron till den beslutsfattande institutionen, att den

²³³ Prop. 2016/17:180, s. 60.

²³⁴ Ibid.

²³⁵ SOU 2010:29, s. 149.

²³⁶ Kaldal, Anna, *Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål*, Jure Förlag, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2010, s. 180.

²³⁷ SOU 2010:29, s. 149.

²³⁸ Enligt Thomas Bull kan frågan om illojal maktutövning behandlas som en del av kravet på saklighet, se Bull, Thomas, Objektivitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 105.

²³⁹ Ibid, se särskilt s. 104 f samt s. 129.

²⁴⁰ Ibid, s. 102.

t.ex. inte är jävig.²⁴¹ Kravet på opartiskhet tar enligt Bull således närmast sikte på hur beslutsprocessen kan uppfattas utifrån. JO har, med hänvisning till Europadomstolens praxis, uttryckt en liknande syn; att det finns en subjektiv och en objektiv sida av en rättstillämpares opartiskhet – att det handlar om såväl en rättstillämpares förhållande till parterna som dennes inställning till den sak som är föremål för handläggning.²⁴² Med JO:s ord: ”i subjektivt hänseende krävs att domaren i fråga har en opartisk inställning till det mål som han skall döma i. I objektivt hänseende krävs att omständigheterna inte är sådana att det finns legitima tvivel om domarens objektiva hållning”.²⁴³

2.2.3 Proportionalitetsprincipen

Även när rättsregler ger förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar frihet i att bestämma om och i så fall hur makt ska användas har rättstillämparen inte full frihet att välja vilken åtgärd som ska vidtas.²⁴⁴ Nyss nämndes att objektivitetsprincipen kan verka som en spärr vid åtgärder som visserligen rymms inom myndigheters mandat men som ändå inte bör vidtas. Ytterligare en sådan spärr är proportionalitetsprincipen vilken i grunden innebär att en ingripande åtgärd ska vara ägnad att tillgodose det åsyftade ändamålet, vara nödvändig för att uppnå detta ändamål samt medföra fördelar som står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar.²⁴⁵ Något förenklat uttryckt uppställer principen ett krav på att utfallet av rättstillämpningen inte blir orimligt, det måste finnas en balans mellan mål och medel. Om objektivitetsprincipen kan sägas uppställa gränser för vad som får beaktas kan proportionalitetsprincipen sägas innebära att även om enbart korrekta omständigheter beaktats så måste avvägningen dem emellan göras på ett vis som leder till att utfallet blir acceptabelt.

2.2.3.1 Proportionalitetsprincipen i rättskällorna

Även om proportionalitetsprincipen anses vara en grundläggande princip, med konstitutionell status, i svensk rätt så finns den till skillnad mot legalitetsprincipen och objektivitetsprincipen inte stadgad i svensk grundlag.²⁴⁶ Principen har dock förekommit i svensk rätt under lång tid och finns tydligt uttryckt i

²⁴¹ Ibid, s. 102 f.

²⁴² JO-beslut 14 mars 2002, dnr 1245-2000. (Beslutet är återgivet även i Thomas Bull, Objektivitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 104.)

²⁴³ Ibid.

²⁴⁴ Helmius, Ingrid, Proportionalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 133.

²⁴⁵ Prop. 2016/17:180, s. 61.

²⁴⁶ Se exempelvis RÅ 1996:40, prop. 1993/94:117, s. 39 f., Ribbing, Michaela, *Förvaltningsprocessen och rättegångsbalken*, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2018, Stockholm, 2018, s. 28 samt Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017.

flera svenska lagar,²⁴⁷ däribland i 1 kap. 8 § utlänningslagen samt numera även i 5 § förvaltningslagen. Det är således numera tydligt att svenska förvaltningsmyndigheter ska beakta proportionalitetsprincipen i sin verksamhet.²⁴⁸ Ingrid Helmius menar att införandet av principen direkt i förvaltningslagen är ett välkommet tillskott eftersom det numera inte längre bör uppstå några tveksamheter kring att principen ska beaktas av förvaltningsmyndigheter vid såväl myndighetsbeslut som vid myndigheternas faktiska handlande.²⁴⁹

Ändå innebär införandet av proportionalitetsprincipen i förvaltningslagen inte att en proportionalitetsprövning alltid ska göras. För att träffas av förvaltningslagens krav på proportionalitet krävs nämligen 1) att det finns ett juridiskt utrymme att göra en proportionalitetsbedömning, samt 2) att en åtgärd avser ett ingrepp i ett enskilt intresse.²⁵⁰ Vad gäller det första kravet har Henrik Wenander, med hänvisning till *HFD 2015 ref. 16*, poängterat att proportionalitetsprincipen inte kan användas för att frångå uttryckliga författningsbestämmelser om dessa är rent inhemska.²⁵¹ Wenander menar att införandet av en allmän proportionalitetsprincip i förvaltningslagen inte ändrar detta eftersom legalitetsprincipen samtidigt framhålls i 2017 års förvaltningslag. För att proportionalitetsprincipen ska aktualiseras krävs således antingen att det rör sig om en bestämmelse i svensk lagstiftning som ger ett visst utrymme för rättstillämparen (för s.k. fritt skön) – eller att något av de regelverk som ges företräde framför inhemsk rätt så som Europakonventionen och EU-rätten medger en sådan öppen bedömning.²⁵²

Vad gäller det andra kravet – att en åtgärd avser ett ingrepp i ett enskilt intresse – framgår inte explicit av förvaltningslagens ordalydelse att proportionalitetsprincipen enbart aktualiseras vid betungande beslut. Av lagtextens formulering att myndigheter inte får *ingripa* i enskildas intressen anses dock framgå att det ska vara fråga om en åtgärd som har negativ effekt för en enskild.²⁵³ I

²⁴⁷ För en genomgång av principens förekomst i svensk rätt sedan lång tid tillbaka, se Helmius, Ingrid, Proportionalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017.

²⁴⁸ Jfr 1 § och 5 § förvaltningslagen.

²⁴⁹ Helmius, Ingrid, Proportionalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 161 samt 168. Angående att såväl beslut som faktiskt handlande omfattas se prop. 2016/17:180, s. 63. 1 § och 5 § förvaltningslagen.

²⁵⁰ Wenander, Henrik, Proportionalitetsprincipen i 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 452.

²⁵¹ Helmius, Ingrid, Proportionalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 159 samt Wenander, Henrik, Proportionalitetsprincipen i 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 454.

²⁵² *Ibid*, s. 453.

²⁵³ Jämför prop. 2016/17:180 s. 60 ff.

lagrådsremissen var lagtextförslaget att det skulle handla om ingrepp i ett *väsentligt* enskilt intresse. Ordvalet väsentligt togs dock bort efter att Lagrådet poängterat att en myndighet inte bör få vidta ingripande åtgärder som inte kan antas leda till avsett resultat, oavsett vilka intressen som står på spel.²⁵⁴ Tanken bakom ordvalet väsentligt var dock att markera att en proportionalitetsbedömning ska göras i situationer där en åtgärd riskerar att leda till en negativ förändring *av viss betydelse* för en enskild. Av förarbetena framgår att regeringen velat betona proportionalitetsprincipen utan att för den delen allt för mycket försämra möjligheten för myndigheterna att upprätthålla en effektiv förvaltning. En konsekvens av detta är att det framkommer av propositionen att myndigheter inte i detalj ska tvingas väga angelägna åtgärder mot varje tänkbart motstående enskilt intresse, att avsikten med bestämmelsen inte är att absolut rättvisa ska uppnås i varje enskilt fall samt att proportionalitetsprincipen bör ”avgränsas till situationer där den enskilde har ett verkligt rättssäkerhetsbehov”.²⁵⁵

När det gäller skyldigheten för förvaltningsdomstolar att beakta proportionalitetsprincipen kan konstateras att 5 § förvaltningslagen innebär att vid överprövning av ett ärende så ska förvaltningsdomstolen undersöka hur förvaltningsmyndigheten förhållit sig till proportionalitetskravet.

Liksom legalitetsprincipen och objektivitetsprincipen är proportionalitetsprincipen fast förankrad i EU-rätten och genom Europakonventionen med dess tillhörande praxis. Proportionalitetsprincipen gäller därmed inte enbart i relation till överprövning av förvaltningsmyndigheters beslut. Redan före införandet av en allmän proportionalitetsprincip i 2017 års förvaltningslag hade Högsta förvaltningsdomstolen – med hänvisning till Europakonventionen – slagit fast och utvecklat en allmän proportionalitetsprincip i svensk förvaltningsrätt.²⁵⁶

Även om en rent nationell lagstiftning inte uttryckligen öppnar för en proportionalitetsbedömning kan den nationella bestämmelsen behöva åsidosättas för

²⁵⁴ Se prop. 2016/17:180. Se s. 61 för regeringens motivering och s. 378 för Lagrådets yttrande angående ordvalet väsentligt.

²⁵⁵ Prop. 2016/17:180, s. 62 f.

²⁵⁶ Se Bull, Thomas, Rättighetsskyddet i Högsta Förvaltningsdomstolen, SvJT 2017 s. 217-221, Helmius, Ingrid, Proportionalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 148 ff, Wenander, Henrik, Proportionalitetsprincipen i 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 448 samt prop. 2016/17:180, s. 62. För exempel på mål se exempelvis HFD 2012 ref. 12. Även Migrationsöverdomstolen, som ju är högsta inhemska instans på det migrationsrättsliga området, har i praxis tillämpat principen. Se för två exempel MIG 2015:4 och MIG 2018:20.

att EU-rätten och/eller folkrätten ska respekteras.²⁵⁷ För att avgöra när proportionalitetsprincipen är tillämplig måste en rättstillämpare således vara medveten om hela den rättsliga ram som aktualiseras i det enskilda fallet, inte enbart inhemsk rätt utan även t.ex. Europakonventionen och EU-rätten.²⁵⁸ I förarbetena till 2017 års förvaltningslag framkommer också tydligt att ett syfte med att föra in proportionalitetsprincipen i förvaltningslagen var just att lyfta fram Sveriges åtaganden enligt EU-rätten och Europakonventionen och synliggöra dessa för såväl domstolar och förvaltningsmyndigheter som för enskilda.²⁵⁹

Den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen anses ha utvecklats av EU-domstolen med utgångspunkt i Europakonventionen samt även med inspiration från diverse nationell rätt, främst tysk.²⁶⁰ Principen är idag central inom det EU-rättsliga systemet och ses som en av de allmänna rättsprinciper som har närmast konstitutionell status vid all unionsrättslig tillämpning.²⁶¹ EU-institutionerna måste alltid beakta proportionalitetsprincipen. Vad gäller medlemsstaterna binder EU-rätten dessa att beakta proportionalitetsprincipen då de tillämpar unionsrätten, inte minst när det gäller olika typer av inskränkningar av den fria rörligheten.²⁶² EU-domstolen har betonat att såväl formella beslut som olika former av faktiskt handlande kan utgöra sådana inskränkningar som behöver vara proportionerliga.²⁶³

Europakonventionen innehåller ingen uttrycklig hänvisning till proportionalitetsprincipen men principen anses genomsyra konventionen.²⁶⁴ Flera av konventionens bestämmelser innehåller också tydliga krav på att eventuella inskränkningar i enskildas rättigheter – utöver att ha stöd i lag (legalitetsprincipen) och syfta till godtagbara ändamål (saklighet och objektivitet) – ska vara nödvändiga, vilket involverar en bedömning av om åtgärderna kan anses proportionerliga.²⁶⁵ Genom att uppställa en slags gräns för vilken typ av åtgärder en stat tillåts vidta inskränker proportionalitetsprincipen statens utrymme att

²⁵⁷ Helmius, Ingrid, Proportionalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 158.

²⁵⁸ Ibid, s. 158 f.

²⁵⁹ Prop. 2016/17:180, s. 62.

²⁶⁰ Ibid, s. 60. Se även Wenander, Henrik, Proportionalitetsprincipen i 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 444 med hänvisning till Schwarze, Jürgen, *European Administrative Law*, Luxembourg, 2006, s. 685 ff.

²⁶¹ Se artikel 5.1 samt 5.4 EU-fördraget.

²⁶² Wenander, Henrik, Proportionalitetsprincipen i 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 444 samt Craig, Paul, *EU Administrative Law*, Tredje upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2018, s. 642–693.

²⁶³ Se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-42/82, *Kommissionen mot Frankrike*, EU:C:1983:88, punkterna 36-38.

²⁶⁴ Prop. 2016/17:180, s. 61.

²⁶⁵ Jfr exempelvis artikel 8-11 Europakonventionen.

begränsa rättigheter.²⁶⁶ Den konventionsrättsliga proportionalitetsprincipens innehåll utvecklas således kontinuerligt i och med att den förekommer i så gott som all praxis från Europadomstolen där avvägningar görs mellan olika intressen.²⁶⁷

Kopplingarna mellan den EU-rättsliga, folkrättsliga och den inhemska proportionalitetsprincipen är starka. Enligt Ingrid Helmius är det i grunden fråga om samma hänsyn som ska tas. Det är således tillämpningsområdet för principen snarare än innehållet som skiljer mellan den EU-rättsliga, folkrättsliga och rent nationella proportionalitetsprincipen.²⁶⁸

2.2.3.2 Proportionalitetsprincipen ställer krav på en noggrann balansakt

Av förarbeten till förvaltningslagen framgår att avsikten med principen inte är att hindra förvaltningsmyndigheter från att vidta åtgärder utan att säkerställa att de åtgärder som vidtas är proportionerliga.²⁶⁹ Här framgår även att det första steget en myndighet måste utföra vid en proportionalitetsbedömning är att pröva om den tilltänkta åtgärden kan antas leda till det avsedda resultatet samt om det är den minst ingripande möjliga åtgärden, dvs. om det är en lämplig och nödvändig åtgärd.²⁷⁰ Härefter ska bedömas om det avsedda resultatet står i rimligt förhållande till de olägenheter som kan antas uppstå för den som åtgärden riktas mot, dvs. om ingreppet i en enskilds intresse är proportionerligt i relation till det resultat som kan uppnås. Proportionalitetsprincipen syftar således till att skydda enskilda mot en ensidig prioritering av det allmännas önskemål vid myndigheternas agerande.²⁷¹

Av förarbetena framgår att utrymmet för ingripanden kan variera beroende på vilka allmänna intressen som aktualiseras. När det gäller särskilt starka allmänna intressen – t.ex. akuta hot mot samhället eller mot människors liv och hälsa – anges att det måste finnas ett större utrymme för ingripanden även när dessa kan få konsekvenser för enskilda.²⁷² Proportionalitetsprincipen ger förhållandevis stor makt till rättstillämparen eftersom det i slutändan är denne som har att väga fördelarna med ingreppet mot dess nackdelar och landa i en

²⁶⁶ Åhman, Karin, Europadomstolens principer, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 33.

²⁶⁷ *Ibid.*, s. 41.

²⁶⁸ Helmius, Ingrid, Proportionalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 155 samt s. 168.

²⁶⁹ Prop. 2016/17:180, s. 63.

²⁷⁰ *Ibid.*, s. 63.

²⁷¹ *Ibid.*, s. 64.

²⁷² *Ibid.*, s. 63.

slutsats om det är en lämplig, nödvändig och proportionerlig åtgärd eller inte.²⁷³

Om en noggrann balansakt av kompetenta nationella myndigheter inte sker går det dock inte att garantera en korrekt, rättvis och effektiv tillämpning av proportionalitetsprincipen.²⁷⁴ Vid en proportionalitetsbedömning är det därför bl.a. viktigt att vara uppmärksam på att inte göra en allt för generell bedömning eller en bedömning som blir allt för ensidig till förmån för något av de i målet aktuella intressena. Om det finns brister i vilka skäl som tas med i en proportionalitetsbedömning eller om dessa skäl inte tillmätts rätt vikt kan ett beslut bli rent felaktigt.²⁷⁵ För att ett beslut ska bli materiellt riktigt krävs att alla *sakliga* omständigheter som ska med i bedömningen identifieras och värderas korrekt.²⁷⁶ Att identifiera alla sakliga skäl kan vara en krävande uppgift. Såväl målet att förvaltningen är tänkt att vara effektiv,²⁷⁷ som utredningsskyldigheten²⁷⁸ måste här beaktas för att hitta en godtagbar kompromiss mellan krav på fullständig rättssäkerhet och maximal effektivitet.²⁷⁹

2.2.4 Motiveringsskyldigheten

Skyldigheten att motivera beslut och domar är en grundbult i ett rättssäkert förvaltningsförfarande och kan ses som en förlängning av de tre ovan behandlade principerna om legalitet, objektivitet och proportionalitet.²⁸⁰ Motiveringsskyldigheten anses ha flera viktiga funktioner, såväl för enskilda som för staten, däribland för förvaltningsmyndigheterna och domstolarna som i sitt uppdrag utövar statens makt.

För enskilda är motiveringsskyldigheten viktig på så vis att om förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar motiverar sina beslut och domar kan den enskilde bättre förstå och kontrollera hur en myndighet eller domstol kommit till den slutsats som den gjort.²⁸¹ Möjligheten för enskilda att kontrollera

²⁷³ Åhman, Karin, Europadomstolens principer i Marcussen, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 42.

²⁷⁴ Jmf det tillägg domaren Georgios A. Serghides gjort till domskälen i Europadomstolens dom i målet *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10). I tillägget utvecklar Serghides varför han anser att de schweiziska myndigheterna brutit mot rättssäkerhetskrav.

²⁷⁵ Mer härom i kapitel 13.

²⁷⁶ Se även exempelvis Boe, Erik Magnus, *Forsvarlig förvaltning*, Universitetsforlaget, Oslo, 2018, s. 69.

²⁷⁷ Se 9 § förvaltningslagen.

²⁷⁸ Se 23 § förvaltningslagen och 8 § förvaltningsprocesslagen.

²⁷⁹ Marcussen, Lena, Förvaltningsrättens rättssäkerhetstänkande, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 3 2010, s. 243.

²⁸⁰ Elisabet Fura och Anneli Svensson, Motiveringsskyldigheten ur ett JO-perspektiv, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 4 2015, s. 539.

²⁸¹ Prop. 2016/17:180, s. 194.

att rättstillämparna agerat med stöd i rättsordningen och inom ramen för sin kompetens förbättras därmed. En tydlig motivering är också till hjälp för den som överväger att överklaga ett beslut, dels för att avgöra om det finns möjlighet till framgång och dels för att förstå hur talan i så fall bör läggas upp och vad den bör inriktas på.²⁸² Motiveringsskyldigheten kan dock vara viktig för fler än de direkt berörda individerna, t.ex. kan skälen för ett beslut vara av intresse för andra enskilda, för förvaltningsmyndigheter eller anses vara av ett mer preciserat "allmänintresse".²⁸³

För förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar kan motiveringsskyldigheten vara till hjälp på så vis att den påminner myndigheterna om legalitetsprincipens krav att hålla sig inom sin befogenhet och inte vidta åtgärder som innebär att de överskrider sin kompetens.²⁸⁴ I förarbeten har det dessutom argumenterats för att beslutsmotiveringar kan vara en styrka för rättstillämpare på så vis att motiveringen ger en möjlighet att få visa att rättstillämparen har haft författningsstöd för sitt handlande.²⁸⁵ För såväl förvaltningsdomstolar som förvaltningsmyndigheter är motiveringsskyldigheten till hjälp när domstolarna ska undersöka om lägre instanser har agerat inom de rättsliga gränser de har att följa.²⁸⁶

För rättstillämpare har motiveringsskyldigheten ytterligare en viktig funktion. Författandet av en dom eller ett beslut innebär nämligen en möjlighet för rättstillämparen att själv kontrollera sina tankegångar. Per Olof Ekelöf har uttryckt detta med att man ofta inser ohållbarheten i sitt resonemang först då man nedtecknat detta i skrift.²⁸⁷ Även Elisabet Fura och Anneli Svensson har framhållit den självvranssakande effekten av att formulera sig i skrift. Fura och Svensson betonar att en tanke som inte håller att skrivas ned vanligtvis är bristfällig. Ett tvång att uttrycka beslutsskäl kan därmed hjälpa en beslutsfattare att hamna rätt.²⁸⁸

²⁸² Essen, Ulrik von, *Förvaltningsprocesslagen m.m.: en kommentar*, version den 14 februari 2019, Zeteo, kommentaren till 30 § samt Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Pauli, Mikael, *Rättegång, femte häftet*, Åttonde upplagan, Norstedt, Stockholm, 2011, s. 272.

²⁸³ Persson, Vilhelm, Obehövlig kommunikation och beslutsmotivering, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 3 2018, s. 509.

²⁸⁴ Prop. 2016/17:180, s. 194. Se även Sterzel, Fredrik, Legalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 95 f.

²⁸⁵ Prop. 2016/17:180, s. 194.

²⁸⁶ Persson, Vilhelm, Obehövlig kommunikation och beslutsmotivering, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 3 2018, s. 499 och Lebeck, Carl, *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, Upplaga 1, Norstedts juridik, Stockholm, 2018, s. 65.

²⁸⁷ Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Pauli, Mikael, *Rättegång, femte häftet*, Åttonde upplagan, Norstedt, Stockholm, 2011, s. 272.

²⁸⁸ Elisabet Fura och Anneli Svensson, Motiveringsskyldigheten ur ett JO-perspektiv, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 4 2015, s. 544.

När det slutligen gäller fördelarna med motiveringsskyldighet för staten kan nämnas att de förbättrade möjligheterna för enskilda att kontrollera statens maktutövning väntas leda till att allmänhetens tilltro till maktutövningen upprätthålls.²⁸⁹

Slutligen bör nämnas att tydliga motiveringar kan vara en förutsättning för att staten eller en förvaltningsmyndighet/domstol ska undgå att fällas vid prövning av olika kontrollorgan. Kontroll av hur statens makt omsätts i praktiken sker på nationellt plan bl.a. genom de nationella domstolarna, särskilda tillsynsmyndigheter samt av JO och JK. På europeiskt och internationellt plan sker granskning bl.a. via domstolar och kommittéer. En ordentlig motivering, där skälen för ett beslut tydligt redovisas, innebär att de granskande organen bättre kan bedöma om och i vilken utsträckning staten, förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar agerat i enlighet med sina åtaganden.

2.2.4.1 Motiveringsskyldigheten i rättskällorna

Kravet på motivering i svensk nationell rätt är uppdelat på regler som gäller förvaltningsmyndigheter och regler som gäller förvaltningsdomstolar.

Allmänna krav på motiveringsskyldighet för myndigheter framgår av 32 § förvaltningslagen. Redan i den tidigare förvaltningslagen (1986 års förvaltningslag) fanns ett krav på att myndigheters beslut skulle innehålla de *skäl* som har bestämt *utgången*.²⁹⁰ I 2017 års förvaltningslag anges ett liknande krav, men är nu istället uttryckt som att de *omständigheter* som har varit *avgörande* för myndighetens beslut ska framkomma av beslutet. Genom den nya förvaltningslagen har motiveringsskyldigheten på flera vis skärpts i förhållande till 1986 års version genom förtydliganden om att det ska handla om en *klargörande motivering* samt att färre undantag från motiveringsskyldigheten tillåts.²⁹¹ Ytterligare ett förtydligande som skett i 2017 års förvaltningslag är att det nu tydligare anges att det ska framgå av motiveringen vilka rättsliga bestämmelser som har tillämpats,²⁹² ett krav med tydlig koppling till legalitetsprincipen.

²⁸⁹ Prop. 2016/17:180, s. 187 f. Se även Essen, Ulrik von, *Förvaltningsprocesslagen m.m.: en kommentar*, version den 14 februari 2019, Zeteo, kommentaren till 30 § samt Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Pauli, Mikael, *Rättegång, femte häftet*, Åttonde upplagan, Norstedt, Stockholm, 2011, s. 272.

²⁹⁰ 20 § 1986 års förvaltningslag (1986:223).

²⁹¹ 32 § första och andra stycket förvaltningslagen. I lagen finns nu även en skarpare formulering om myndigheters skyldighet att i vissa fall lämna motivering i efterhand om en motivering utelämnats pga. något av undantagen, se ibid tredje stycket.

²⁹² Persson, Vilhelm, Obehövlig kommunikation och beslutsmotivering, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 3 2018, s. 500.

Att motiveringar av migrationsrättsliga beslut länge ansetts viktigt är tydligt. Ända sedan den första svenska utlänningslagen år 1914 har olika typer av motiveringskrav framkommit av utlänningslagstiftningen.²⁹³ I den nu gällande utlänningslagen framkommer av 13 kap. 10 § att beslut i migrationsärenden ska vara skriftliga och innehålla skälen som ligger till grund för beslutet om beslutet rör vissa, i bestämmelsen särskilt uppräknade frågor (uppehållsrätt, resedokument, uppehållstillstånd, arbetstillstånd, statusförklaring, ställning som varaktigt bosatt i Sverige, avvisning eller utvisning, återreseförbud, upphävande av allmän domstols beslut om utvisning på grund av brott, förlängning eller upphävande av tidsfrist för frivillig avresa, förvar eller uppsikt, eller kroppsvisitation). I förarbeten till utlänningslagen anges att det varken är möjligt eller lämpligt att ge några detaljerade generella anvisningar för hur motiveringar ska se ut.²⁹⁴ Två anvisningar ges dock i förarbetsuttalandet. Dels att avslagsbeslut bör vara tydliga i sak och lättbegripliga. Dels att regeringen ”särskilt [vill] understryka vikten av att beslut som rör barn utformas så att det går att utläsa av motiveringen hur hänsynen till barnets hälsa, utveckling och bästa i övrigt har beaktats.”²⁹⁵

Förvaltningsdomstolars motiveringsskyldighet regleras i 30 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) [FPL]. Enligt bestämmelsen ska de skäl som bestämt utgången framgå av domen²⁹⁶. Fokus bör således vara på själva domstolens bedömning.²⁹⁷ Det anses inte möjligt att ange hur långt kravet ska sträckas i det enskilda fallet men domen bör skrivas på ett sådant vis att den är enkelt att förstå och att den klargör vilka frågor som prövats och varför de bedömts som de gjort.²⁹⁸

Krav på tydliga motiveringar framkommer även i EU-rätten, av Europadomstolens praxis samt av FN:s barnrättskommittés allmänna kommentarer. I EU:s rättighetsstadga återfinns, som nämnts tidigare, en särskild artikel där rätten till god förvaltning stadgas, artikel 41. Av bestämmelsen framgår att var och en har rätt att få sina angelägenheter behandlade opartiskt, rättvist och inom skälig tid (omsorgsprincipen). Detta innebär enligt artikel 41 bl.a. en rätt att bli hörd inför åtgärder som kan ha en negativ effekt för den enskilde, att få

²⁹³ 2 kap. 6 § i 1914 års lag (n:r 196) angående förbud för vissa utlännningar att här i riket vistas.

²⁹⁴ Prop. 1996/97:25 s. 206.

²⁹⁵ Ibid.

²⁹⁶ I lagtexten används formuleringarna ”rättens avgörande av mål” samt ”beslutet”. Enligt 10 § förordningen (2013:390) om mål i allmän förvaltningsdomstol betecknas dock rättens avgörande av saken *dom*.

²⁹⁷ Essen, Ulrik von, *Förvaltningsprocesslagen m.m.: en kommentar*, version den 14 februari 2019, Zeteo, kommentaren till 30 §.

²⁹⁸ Ibid.

ta del av information, samt – att beslut måste motiveras.²⁹⁹ Rätten att få ett motiverat beslut anses även vara en viktig del av den rätt till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol som framkommer av rättighetsstadgans artikel 47.³⁰⁰ Vad EU-domstolen yttrar om motiveringsskyldigheten gäller för nationella myndigheter i de fall där en koppling finns till unionsrätten.³⁰¹

Motiveringsskyldigheten framkommer inte explicit av Europakonventionen. I sin praxis har Europadomstolen dock varit tydlig med att nationella myndigheter måste upplysa om grunderna för sina avgöranden. Domstolen har konstaterat att ett krav på motivering kan anses framgå av konventionens krav på en rättvis rättegång (artikel 6).³⁰² Dessutom har domstolen poängterat att bristfälliga eller uteblivna motiveringar kan ses som tecken på godtycklighet och därmed kan strida mot de artiklar i konventionen som förvisso tillåter ingrepp, men endast under vissa förutsättningar – däribland Europakonventionens artikel 8.³⁰³ Detta eftersom rättstillämparen i ett sådant fall misslyckats med att på ett övertygande vis förklara att ingreppet i rättigheten är proportionerligt i förhållande till det mål som uppnåtts och därmed motsvarar ”ett trängande samhällligt behov”.³⁰⁴

Även FN:s barnrättskommitté har gjort vissa uttalanden om motiveringsskyldighet. Kommittén anser t.ex. att artikel 3 (principen om barnets bästa) ställer krav på att det måste framgå av beslutsmotiveringar *vad* som har ansetts vara barnets bästa, *vilka kriterier* detta har baserats på samt *hur* barnets bästa har vägts mot andra motstående intressen.³⁰⁵ En sådan redogörelse ska enligt FN:s barnrättskommitté ske oaktat om dessa beslut rör breda politiska frågor eller individuella ärenden.

²⁹⁹ Se Galetta, Diana-Urania, Hofmann, Herwig C.H., Puigpelat, Oriol Mir och Ziller, Jacques, *The General Principles of EU Administrative Procedure – an Indepth Analysis*, Rivista Italiana Di Diritto Pubblico Comunitario, Anno XXV Fasc. 5-2015, s. 1434 ff.

³⁰⁰ Ibid, s. 1436.

³⁰¹ Som nämndes i kapitel 1 har EU-domstolen slagit fast att rätten till god förvaltning är en allmän unionsrättslig princip vilket innebär att även medlemsstaterna är skyldiga att följa de krav som uppställs när de genomför unionsrätten. Se även avsnitt 2.2 ovan samt EU-domstolens dom i mål C-604/12, *H. N. mot Minister for Justice, Equality and Law Reform m.fl.*, EU:C:2014:302, särskilt punkterna 49 och 50.

³⁰² Se exempelvis Europadomstolens domar i målen *Hadjianastassiou mot Grekland* (dom den 16 december 1992, appl. no. 12945/87), punkt 33, *Georgiadis mot Grekland* (dom den 29 maj 1997, appl. no. 21522/93, punkterna 41-43 och *Ruiz Torija mot Spanien* (dom den 9 december 1994, appl. no. 18390/91), punkt 29.

³⁰³ Se exempelvis Europadomstolens dom i målet *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10), punkt 47.

³⁰⁴ Ibid.

³⁰⁵ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, punkt. 6. Barnrättskommitténs syn lyfts även fram i SOU 2016:19, se s. 105 f.

2.2.4.2 Motiveringskyldighetens betydelse vid skönsmässiga bedömningar

Kravet på att domar och beslut ska vara motiverade är tätt kopplat till objektivitetsprincipen på så vis att avgöranden ska grundas på sakliga skäl *som öppet redovisas*.³⁰⁶ Motiveringskyldigheten är därmed särskilt betydelsefull i förhållande till myndigheters fria skön.³⁰⁷ Genom att tydligt låta det framgå av beslut och domar vad som har beaktats och hur bedömningen gått till kan tvivel hos allmänheten om rättstillämpares saklighet och objektivitet motverkas. Först om tydliga motiveringar finns går det att utvärdera och granska om objektivitetsprincipen beaktats. Endast om det går att förstå vilka sakliga skäl som legat till grund för en avvägning och vilken tyngd dessa tillmätts går det att säkerställa att proportionalitetsprincipen beaktats på ett godtagbart vis i det enskilda fallet.

Elisabet Fura och Anneli Svensson har poängterat att det bör krävas mer av motiveringar när de bestämmelser som tillämpas är vaga och generella och kan tolkas på olika sätt. Den enskilde är i sådana situationer mer beroende av myndighetens förklaringar för att förstå och för att vid en överklagan kunna föra fram relevanta argument.³⁰⁸ På motsvarande sätt har Iain Cameron uttalat angående domstolar att det givetvis går att ha olika åsikter om *hur* öppet olika policyalternativ ska redovisas men att det är problematiskt om domskäl ger intryck av att det inte finns några alternativ. Om domskälen blir allt för sparsamma menar Cameron att avgörandet lider av legitimitetsproblem eftersom budskapet till parterna blir att staten vinner, den enskilde förlorar men att domstolen tänker säga så lite som möjligt om varför så är fallet.³⁰⁹

Förvaltningslagens krav på att en motivering ska vara just *klargörande* är som nämnts nytt i och med 2017 års förvaltningslag och betyder enligt förarbeten att motiveringen ska ge en part möjlighet att förstå hur myndigheten har resonerat i det enskilda fallet.³¹⁰ Detta innebär att skälen måste presenteras för den

³⁰⁶ Se bl.a. Essen, Ulrik von, *Förvaltningsprocesslagen m.m.: en kommentar*, version den 14 februari 2019, Zeteo, kommentaren till 30 §.

³⁰⁷ Reichel, Jane, Rättsliga begränsningar av myndigheters fria skön – från ett EU-rättsligt och svenskt perspektiv, *Upphandlingsrättslig tidskrift*, nr 4 2015, s. 354.

³⁰⁸ Elisabet Fura och Anneli Svensson, Motiveringskyldigheten ur ett JO-perspektiv, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 4 2015, s. 544.

³⁰⁹ Cameron, Iain, Den svenske domaren och internationella normer – några reflektioner, i Wersäll, Fredrik, Hirschfeldt, Johan, Eka, Anders, Fura, Elisabet och Modéer, Kjell Å. (red.), *Svea hovrätt 400 år*, Norstedts juridik, Stockholm, 2014, s. 508 ff.

³¹⁰ Av den nya förvaltningslagens 32 § framkommer att om ett beslut kan påverka någons situation på ett inte obetydligt sätt så ska beslutet innehålla en klargörande motivering, förutsatt att det inte är uppenbart obehövt med en motivering eller att situationen inte omfattas av undantagen i bestämmelsens andra stycke (där det anges att en motivering helt eller delvis får utelämnas, om beslutet gäller anställning av någon, ett väsentligt allmänt eller enskilt intresse kräver att beslutet meddelas omedelbart, det är nödvändigt med hänsyn till rikets säkerhet, skyddet för enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden eller något annat jämförbart förhållande,

enskilde på ett sådant vis att de blir begripliga, vilket bl.a. ställer krav på att myndigheterna använder ett språk som är enkelt, korrekt och anpassat för mottagaren.³¹¹ Skenmotiveringar, dvs. motiveringar som endast är omformuleringar eller återgivningar av lagbestämmelser utan förklaring om varför texten ansetts tillämplig i det aktuella fallet, är inte lämpliga. Sådana ”motiveringar” säger nämligen inte något om hur rättstillämparen kommit fram till sin slutsats.³¹² Motiveringen ska innehålla information om vilka omständigheter myndigheten har tillmätt betydelse och hur dessa omständigheter har värderats. I förarbeten poängteras vidare att kravet på redovisning av omständigheterna innebär att myndigheten vanligen bör förklara hur eventuella invändningar från den enskilde har bedömts.³¹³

Vad gäller domstolars motiveringar har Ulrik von Essen framhållit två huvudpunkter för att de ska bli tydliga för den enskilde.³¹⁴ Dessa punkter, som i stor grad överensstämmer med de krav som ovan nämnts angående motiveringen av förvaltningsmyndigheters beslut, är 1) att motiveringen tydligt kopplar ihop aktuella rekvisit (abstrakta rättsfakta), de faktiska omständigheterna i målet (konkreta rättsfakta) och domstolens bedömning av dessa, samt 2) att det ska vara fråga om en riktig motivering och inte en skenmotivering.³¹⁵ En riktig motivering bör enligt von Essen ”på ett konkret plan beskriva vilka värderingar, överväganden och slutledningar som rätten gjort av de faktiska omständigheterna för att nå en viss utgång.”³¹⁶ von Essen framhåller att det inte får finnas tvivel om på vilket sätt och varför olika förhållanden är relevanta, liksom inte heller hur domstolen bedömt dessa i förhållande till aktuella rekvisit. En dom bör inte vara disponerad på så vis att den innehåller långa redogörelser av vad som åberopats men endast en mycket kort egen motivering

eller beslutet gäller meddelande av föreskrifter som avses i 8 kap. regeringsformen). Undantagsregeln ska tolkas snävt, prop. 2016/17:180, s. 321. Av tredje stycket i förvaltningslagens 32 § framgår dock att om motivering helt eller delvis utelämnats ska en motivering ges i efterhand om någon enskild begär det och det behövs för att han eller hon ska kunna ta till vara sin rätt. Se även Persson, Vilhelm, Obehövlig kommunikation och beslutsmotivering, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 3 2018, s. 499 ff.

³¹¹ Prop. 2016/17:180, s. 321.

³¹² JO har upprepade gånger kritiserat myndigheter som i sin motivering endast refererat författningstext utan att applicera rekvisiten på de särskilda omständigheterna i det aktuella fallet, se härom Elisabet Fura och Anneli Svensson, Motiveringsskyldigheten ur ett JO-perspektiv, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 4 2015, s. 542. Se även Essen, Ulrik von, *Förvaltningsprocesslagen m.m.: en kommentar*, version den 14 februari 2019, Zeteo, kommentaren till 30 §.

³¹³ Prop. 2016/17:180, s. 321. Se även Elisabet Fura och Anneli Svensson, Motiveringsskyldigheten ur ett JO-perspektiv, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 4 2015, s. 543.

³¹⁴ Essen, Ulrik von, *Förvaltningsprocesslagen m.m.: en kommentar*, version den 14 februari 2019, Zeteo, kommentaren till 30 §.

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ Ibid.

från domstolen. Domskålen ska vara utformade så att det går att förstå vad rätten grundar sina slutsatser på.³¹⁷

I EU-domstolens praxis har påpekats att när utrymme ges för skönsmässig bedömning bör

”särskilt stor vikt läggas vid att de garantier som tillhandahålls av gemenskapens rättsordning i fråga om administrativa förfaranden uppfylls. Dessa garantier innebär bl.a. att den behöriga institutionen är skyldig att omsorgsfullt och opartiskt pröva alla omständigheter som är relevanta i det aktuella fallet, att den berörda personen skall ha rätt att framföra sina synpunkter samt att beslutet skall vara tillräckligt motiverat. Det är endast under sådana förhållanden som domstolen kan kontrollera om de faktiska och rättsliga omständigheter som är av betydelse för den skönsmässiga bedömningen föreligger.”³¹⁸

Europadomstolen har i sin praxis betonat vikten för staten av att tydligt redogöra för hur det skönsmässiga utrymmet används. Domstolen har noterat att även om utgångspunkten, i enlighet med subsidiaritetsprincipen³¹⁹, är att stater har det primära ansvaret för att se till att rättigheterna i konventionen förverkligas och upprätthålls så måste rättstillämparna se till att de presenterar de särskilda omständigheter som är specifika för det enskilda fallet för att Europadomstolen ska kunna utföra sin granskning av om staten respekterat sina konventionsåtaganden.³²⁰ En tydlig motivering är således en förutsättning för att Europadomstolen ska kunna granska om en stat respekterat sina konventionsåtaganden eller inte. Det finns exempel på fall där domstolen funnit en kränkning av konventionen med hänvisning just till att staten inte tillräckligt väl motiverat hur och varför staten använt sitt skönsmässiga utrymme.³²¹

³¹⁷ Ibid.

³¹⁸ EU-domstolens dom i mål C-269/90, *Technische Universität München mot Hauptzollamt München-Mitte*, EU:C:1991:438, punkt 14.

³¹⁹ Det primära ansvaret för att förverkliga och upprätthålla fri- och rättigheterna i konventionen ligger hos de inhemska myndigheterna. För en närmare redogörelse rörande den konventionsrättsliga subsidiaritetsprincipen, se exempelvis Crafoord, Clarence, *Inhemska gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen*, *Europarättslig tidskrift*, nr 4 2001, s. 522 ff.

³²⁰ Europadomstolens dom i målet *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10), punkt 47.

³²¹ Ibid.

3 Migrationsrätt

3.1 Inledning

Människor har alltid rört sig över världen – migrerat – och kommer med största säkerhet att fortsätta att göra så.³²² Vissa för att de tvingas fly undan förföljelse, andra för att t.ex. bilda familj, arbeta eller studera.³²³

Sedan världen delades upp i nationalstater kan människors förflyttningar innebära att statsgränser korsas. Även om ordet migrant ibland används för människor som förflyttar sig *inom* en stat syftar det oftast på en människa som *lämnat sitt hemland* och bosatt sig någon annanstans.³²⁴ Det anses idag finnas runt 260 miljoner sådana (internationella) migranter runt om i världen.³²⁵ Trots att detta endast motsvarar drygt tre procent av världens totala befolkning,³²⁶ och har legat på ungefär denna nivå sedan 1960-talet,³²⁷ kallas den globala migrationen ofta för en av vår tids stora ödesfrågor.³²⁸ Frågor kopplade till

³²² Detta är inte ett särskilt kontroversiellt påstående men för den som ändå vill ha en hänvisning rekommenderas SOU 2005:50, s. 43 ff. och 109 ff. samt SOU 2006:87, s. 121. Se även Miller, David, *Strangers in our midst: the political philosophy of immigration*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2016.

³²³ Se härom exempelvis Castles, Stephen, Haas, Hein de & Miller, Mark J., *The age of migration: international population movements in the modern world*, Femte upplagan, The Guilford Press, New York, 2014.

³²⁴ Ordet migrant syftar egentligen på alla förflyttningar av människor, inom ett land såväl som mellan länder. Även om det officiella begreppet för en person som migrerar mellan länder är internationell migrant så används vanligen den kortare versionen migrant för att beskriva en människa som, av någon anledning, lämnat sitt hemland och bosatt sig någon annanstans, se exempelvis International Organisation for Migration (IOM), *World Migration Report 2018*.

³²⁵ United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2017). *International Migration Report 2017: Highlights(ST/ESA/SER.A/404)*, se exempelvis s. 4.

³²⁶ År 2017 var 3,4 % av världens befolkning migranter enligt FN:s Department of Economic and Social Affairs, se *ibid* s. 5.

³²⁷ År 1960 motsvarade antalet migranter 3,1 % av världens befolkning, se Czaika, Mathias, och De Haas, Hein, *The globalization of migration: Has the world become more migratory?*, *International Migration Review* vol. 48, nr. 2 2014, s. 296. Enligt FN:s Department of Economic and Social Affairs växer dock för närvarande antalet migranter snabbare än världens befolkning i övrigt, se United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2017). *International Migration Report 2017: Highlights(ST/ESA/SER.A/404)*, s. 5. FN anger att en ökning skett sedan år 2000 då 2,8 % av världens befolkning var migranter. Som angetts ovan var dock siffran 3,1 % år 1960 att jämföra med 3,4 % år 2017.

³²⁸ Thorburn Stern, Rebecca och Wikström, Hanna, *Migrationsrätt: skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*, Liber, Stockholm, 2016, s. 7.

migration är en tydligt drivande faktor i den politiska debatten runt om i världen.³²⁹ Allmänhetens inställning till invandring ger incitament för politiker att öka sitt fokus gällande migrationskontroll genom att utveckla och effektivisera såväl intern kontroll (exv. sanktioner för arbetsgivare) som extern kontroll (exv. ID-kontroller och gränskontroller) samt genom att föra in nya idéer och förslag i debatten för att (i vart fall) ge sken av att man har kontroll (jfr exv. Moderaternas förslag under 2015-2016 om en ”flyktingpaus”)^{330, 331}

Antalet migranter varierar mellan olika länder och regioner men de flesta, för att inte säga alla, stater har idag någon form av system för att reglera migration.³³² Dessa regler brukar refereras till som migrationsrätt.

Rättsområdet bygger, något förenklat, på två utgångspunkter:

- Att stater som utgångspunkt har rätt att reglera invandring
- Att stater ska respektera sina åtaganden, bl.a. gällande mänskliga rättigheter³³³

Redan här blir det tydligt att migrationsrätten har en inneboende komplexitet. Viljan att reglera – och ofta begränsa – migration är i grunden en vilja att göra skillnad på människor och ge oss olika rättigheter, till stor del baserat endast på var i världen vi råkat födas. Mänskliga rättigheter å andra sidan utgår ifrån tanken att ”alla människor är födda fria och lika i värde och rättigheter”³³⁴ och gäller (vanligen) alla människor utan åtskillnad av något slag, vilket brukar framhållas via icke-diskrimineringsklausuler i internationella överenskommelser.³³⁵ Genom att mänskliga rättigheter (oftast) inte enbart gäller medbor-

³²⁹ Orrenius, Pia M., Martin, Philip L., och Hollifield, James F., *Controlling Immigration: A Global Perspective* [Elektronisk resurs], Tredje upplagan, Stanford, California: Stanford University Press; 2014, s. 6.

³³⁰ ”Sverige behöver en tillfällig paus i flyktingmottagandet. Det betyder att den som kommer till Sverige för att söka asyl från ett annat säkert EU-land, såsom Danmark eller Tyskland, som huvudregel ska nekas inresa (direktavvisning). Med förslaget respekteras FN:s flyktingkonvention.”, text publicerad 2 december 2015, kl. 13:32 på <http://www.moderat.se/migration-och-integration>, senast använd 10 augusti 2016.

³³¹ Orrenius, Pia M., Martin, Philip L., och Hollifield, James F., *Controlling Immigration: A Global Perspective* [Elektronisk resurs], Tredje upplagan, Stanford, California: Stanford University Press; 2014, s. 5.

³³² För information om hur migrationen är fördelad över världen se exempelvis United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2017). *International Migration Report 2017: Highlights*(ST/ESA/SER.A/404).

³³³ Se exempelvis uttalandet i svenska förarbeten om att ”Grundläggande för den svenska migrationspolitiken är respekten för de mänskliga rättigheterna”, prop. 1996/97:25, s. 47.

³³⁴ Se artikel 1 FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna från 1948.

³³⁵ I vissa fall framgår tydligt att rättigheter enbart gäller vissa grupper som exempelvis medborgare, barn, kvinnor etc. I avsaknad av sådana tydliga åtskillnader gäller mänskliga rättigheter dock vanligen för människor utan åtskillnad, se exempelvis FN:s allmänna förklaring om de

gare upptälls krav på hur migranter ska behandlas när de anländer, och eventuellt stannar kvar, i ankomstländerna – ibland även oaktat migrantens legala status.³³⁶

Migrationsrätt handlar om att söka en balans mellan statlig kontroll genom reglering av invandring och ett skydd för mänskliga rättigheter, en avvägning som ofta är mycket svår.³³⁷

3.2 Statssuveräniteten och dess gränser

Statssuveräniteten³³⁸ är grundläggande för att förstå migrationsrätten på så vis att en utgångspunkt för rättsområdet är att stater själva äger rätten att besluta om villkoren för inresa, vistelse och utvisning ur landet.³³⁹ Staten anses ha rätt att besluta om vilka människor, utöver dess egna medborgare, som får – och inte får – befinna sig på dess territorium.³⁴⁰

mänskliga rättigheterna artikel 1, 2 och 7; FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter artikel 26 samt artikel 2 barnkonventionen.

³³⁶ Se härom exempelvis Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research handbook on international law and migration*, 2014, s. 32 f.

³³⁷ Lundberg, Anna, Barns bästa som överordnad princip och rättslig praktik: en jämförande undersökning av asylbeslut i norsk och svensk utlänningsförvaltning, *Juridisk tidskrift*, nr 4 2011, s. 773.

³³⁸ Statssuveränitet innebär bl.a. att stater har rätt att bestämma över sina inre angelägenheter utan att externa aktörer inkräktar på denna rätt. Jfr Förenta nationernas stadga, artikel 2, punkterna 1, 4 och 7. Se även Thorburn Stern, Rebecca och Wikström, Hanna, *Migrationsrätt: skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*, Liber, Stockholm, 2016, s. 7.

³³⁹ Att stater som utgångspunkt har rätt att avgöra vilka personer som får uppehålla sig på deras territorium framhålls ibland som själva kärnan i statssuveräniteten, se exempelvis prop. 1996/97:25, s. 228. Hannah Arendt uttryckte 1973 att teoretiskt sett så är suveräniteten aldrig så stark som i frågor om emigration, naturalisation, nationalitet och utvisning, Arendt, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1973, s. 278. Suveränitetens styrka i migrationsfrågor är dock ett omdiskuterat ämne. Christian Joppke menar att det är svårt att se suveräniteten som så stark som Arendt gett uttryck för då staters ömsesidiga beroende medför vissa begränsningar. Eftersom det skulle kunna uppfattas som fientlighet mot ett land att behandla detta lands medborgare illa har stater genom historien tvingats att fundera på användandet av exempelvis godtyckliga utvisningar eller inresehinder. Joppke lyfter även fram att i takt med folkrättens utveckling har en rad förbud och skyldigheter för världens stater kodifierats vilka uppställer gränser för hur stater kan och får behandla människor (regler som kommit att kallas för mänskliga rättigheter), Joppke, Christian, *Why Liberal States Accept Unwanted Immigration*, *World Politics*, vol 50, nr 2 1998, s. 267 f.

³⁴⁰ Europadomstolens domar utgår ofta ifrån resonemang om just detta, se exempelvis *Darren Moregie m.fl. mot Norge* (dom den 31 juli 2008, appl. no. 265/07), punkt 54, *Jeunesse mot Nederländerna* (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10), punkt 100, *Nunez mot Norge* (dom den 28 juni 2011, appl. no. 55597/09), punkt 66, *Antwi m.fl. mot Norge* (dom den 14 februari 2012, appl. no. 26940/10), punkt 88 och *Butt mot Norge* (dom den 4 december 2012, appl. no. 47017/09), punkt 77.

När migrationsrättslig lagstiftning ska utformas tar politiker ställning till en lång rad avvägningar som t.ex. om få eller många migranter ska släppas in, hur dessa ska väljas ut (exv. baserat på kompetens eller ursprung) samt vilka rättigheter migranterna ska ges efter att ha ”släppts in”. Vid utformningen av regelverket beaktas olika politiska mål så som t.ex. att maximera ekonomisk tillväxt, minimera skatteutgifter, upprätthålla social sammanhållning och nationell säkerhet, vilka sociala och kulturella förutsättningar som krävs för att nå en rättvis och demokratisk politisk gemenskap, (internationell) solidaritet, tillgång till välfärd samt frågan om människors lika värde samt hur långt vår moral låter oss prioritera – och favorisera – intressen och rättvisa för våra egna medborgares räkning (över främlingar).³⁴¹ Den reglerade invandringen är fylld av politiska val utifrån vilka politikerna beslutar om en lagstiftning som påverkar vad som krävs för att få ett tillstånd i landet.³⁴²

Även om statsuveräniteten är utgångspunkten för migrationsrätten begränsas rätten för stater att fritt besluta om invandring dels genom olika (internationella och mellanstatliga) avtal som staten ingått dels genom den s.k. sedvane-rätten.

3.3 Utvecklingen av internationell migrationsrätt

Omfattande migrationskontroll är ett relativt nytt påfund. Etableringen av nationsstater och den därmed sammanhängande territoriella suveräniteten sammanföll inte med införandet av gränskontroller.³⁴³ Under lång tid var det främst rörligheten *inom* staters territorium som var föremål för olika regleringar – för såväl statens egna medborgare som för utländska medborgare.³⁴⁴ Att släppa in utländska medborgare sågs främst som ett sätt att stärka makten hos värdstaten (såväl demografiskt som ekonomiskt).³⁴⁵ I slutet av 1700-talet,

³⁴¹ Se exempelvis Ruhs, Martin och Martin, Philip, Numbers vs. Rights: Trade-Offs and Guest Worker Programs, *International Migration Review*, vol. 42 nr. 1 2008, s. 253 och Miller, David, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2016, s. 165.

³⁴² Orrenius, Pia M., Martin, Philip L., och Hollifield, James F., *Controlling Immigration: A Global Perspective, Third Edition* [e-bok], Stanford, California: Stanford University Press; 2014., s. 6.

³⁴³ Chetail, Vincent, The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research handbook on international law and migration*, 2014, s. 29 och Torpey, John, *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge University Press, 2000.

³⁴⁴ Chetail, Vincent, The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research handbook on international law and migration*, 2014, s. 29.

³⁴⁵ Ibid. Vissa problem angående frågan att släppa in eller inte släppa in migranter uppstod dock för stater även under denna tid. När exempelvis 200 000 hugenotter flydde Frankrike år 1685

vilket var en period med relativt stor migration historiskt sett, var migrationskontroll inte en särskilt viktig fråga.³⁴⁶ Den samtida schweiziska filosofen, diplomaten och juridiska experten, Emer de Vattel – en av dem som anses ha lagt grunden för modern internationell rätt och politisk filosofi – konstaterade i mitten av 1700-talet att i Europas stater ”är åtkomsten fri för alla personer som inte innebär ett hot mot staten, förutom, i vissa stater där inresa nekas vagabonder och utbölingar [min översättning]”.³⁴⁷ I mitten av 1800-talet ansågs stater (som en del av suveräniteten) ha rätt att antingen släppa in eller inte släppa in utländska medborgare på sitt territorium. I praktiken lämnades dock migrationen oftast oreglerad.³⁴⁸

En möjlig anledning till dåtidens avsaknad av kontroll skulle kunna vara staternas oförmåga att upprätthålla en sådan. Vincent Chetail menar dock att även exempelvis Förenade kungariket – en av få stater som relativt enkelt kunde kontrollera sina gränser av den enkla anledning att det är en ö – avstod från att hindra inresa och från att utvisa utländska medborgare. I cirkulär från 1850-talet konstateras att enligt då gällande brittisk lag gavs alla utländska medborgare en oreserverad rätt att resa in i och bosätta sig i landet, samt en rätt att

innebar det en förändring mot tidigare på så vis att gruppen förbjöds att lämna Frankrike. Förbudet att lämna sitt land bröt mot en tidigare förståelse, som följt efter den Westfaliska freden cirka 40 år tidigare, att personer vars religion skiljde sig från dess statsöverhuvuds skulle ha rätt att ta med sig sina ägodelar och lämna sina hemländer. När hugenotterna nu nekades denna möjlighet uppstod ett problem för andra stater, hur skulle de agera för att visa sina betänkligheter över Frankrikes agerande utan att starta en konflikt med landet? Staterna valde att se hugenotterna som en särskild sorts migranter, några som inte kunde räkna med skydd från sin hemstat och som därför skulle anses ha rätt att lämna sitt hemland och få skydd på annan plats, se Orchard, Phil, *Right to Flee : Refugees, States, and the Construction of International Cooperation*, Cambridge University Press, Cambridge [Elektronisk resurs], 2014, se s. 34.

³⁴⁶ Dauvergne, Catherine, Irregular Migration, State Sovereignty and the Rule of Law, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research handbook on international law and migration*, 2014, s. 79. Se dock Orchard, Phil, *Right to Flee : Refugees, States, and the Construction of International Cooperation*, Cambridge University Press, Cambridge [Elektronisk resurs], 2014, se s. 34, 2014, som beskriver det ökade antalet politiska flyktingar undan franska revolutionen 1789-1815 som en kris som lett till den flyktingrätt vi har idag.

³⁴⁷ “[I]n Europe, the access is everywhere free to any person who is not an enemy of the state, except, in some countries, to vagabonds and outcasts”, Vattel, Emer de, *The Law of Nations or the Principles of Natural Law*, 1758, s. 329. Citat återgivet i Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research handbook on international law and migration*, 2014, s. 29.

³⁴⁸ Miller, David, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2016, s. 4. Se även Reimers, David M., *Unwelcome strangers: American identity and the turn against immigration*, Columbia University Press, New York, 1998, s. 11-12.

likabehandlas med brittiska medborgare under den tid de stannade kvar.³⁴⁹ Liknande passager fanns även intagna i lagar i flera andra länder.³⁵⁰

Även om det tidigare funnits viss reglering av migration intensifierades migrationen denna i slutet av 1800-talet men endast i vissa stater och endast gällande vissa grupper.³⁵¹ Att kontrollera migration blev först intressant när antalet människor som anlände ökade eller när de nyanlända ansågs oönskade av anledningar kopplade till ekonomi, moral och/eller ras.³⁵² I USA gjordes den första betydande inskränkningen på federal nivå år 1882. Inskränkningen gällde kinesiska invandrare och motiverades med att de kinesiska männen ansågs utmana den inhemska arbetskraften om jobben samt att de kinesiska kvinnorna ansågs arbeta som prostituerade.³⁵³ I Europa blev starten för den nya eran av migrationskontroll att Förenade kungariket införde kontroller för att hindra invandringen av främst judar från Östeuropa, men även kinesiska sjömän tillhörde gruppen som skulle stoppas.³⁵⁴ I såväl USA som i Europa använde anhängare av ökad kontrollagstiftning en retorik som fördömde den låga moralen hos de påstått underlägsna ”raser” som skulle stoppas.³⁵⁵ Argumentationen som fördes gick ut på att invandrare var acceptabla, i fallet USA

³⁴⁹ ”By the existing law of Great Britain, all foreigners have the unrestricted right of entrance and residence in this country; and while they remain in it, are, equally with British subjects, under the protection of the law”, Circular Dispatch to H.M. Representatives in European Capitals, January 13, 1852, State Papers, 42, 1852-1853 (citat återgivet i Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research handbook on international law and migration*, 2014, s. 30.

³⁵⁰ Bl.a. i Spanska konstitutionen från 1876 (art 2), Bolivias konstitution från 1860 (art 4), Guetamala 1879 (art 19), Argentina 1853 (art 25), Brasilien 1891 (art 72). Fler exempel ges i Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research handbook on international law and migration*, 2014, s. 30, not 162.

³⁵¹ Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research handbook on international law and migration*, 2014, s. 30 f.

³⁵² Miller, David, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2016, s. 4. Miller använder sig av det engelska uttrycket racial. Se även Reimers, David M., *Unwelcome strangers: American identity and the turn against immigration*, Columbia University Press, New York, 1998, s. 11-12.

³⁵³ Ibid.

³⁵⁴ Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research handbook on international law and migration*, 2014, s. 30 f. samt Miller, David, *Strangers in our midst: the political philosophy of immigration*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2016, s. 4. Se även Winder, Robert, *Bloody foreigners: The Story of Immigration to Britain*, Little, Brown, London, 2004, kapitel 16.

³⁵⁵ Miller, David, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2016, s. 4.

till och med välkomna, så länge de var av en sort som inte hotade varken moraliska eller ekonomiska intressen hos existerande invånare.³⁵⁶

I samband med första världskriget blev migrationskontrollerna allmänt vedertagna som krigslagstiftning och därmed vanligare i nationell rätt.³⁵⁷ Efter krigets slut behölls lagstiftningen, vilket då motiverades av den ekonomiska depressionen.³⁵⁸ På den vägen blev systemen med pass och visum normen för att korsa gränser.

Från att migration varit en fråga som hanterats nationellt har samarbetet i migrationsfrågor – och då främst vad gäller flyktingar – konsekvent ökat under de senaste 100 åren.³⁵⁹ Redan några år efter första världskriget ökade det internationella samarbetet som en konsekvens av att en miljon människor flydde undan den ryska revolutionen. Antalet människor på flykt ansågs för stort för att hanteras nationellt. År 1921 utpekades Fridtjof Nansen till högkommissarie för flyktingar av Nationernas förbund vilket anses vara det första erkännandet av att individuella stater var oförmögna att själva hantera den nya flyktingsituationen.³⁶⁰ Flera internationella institutioner startades under mellankrigstiden men de gavs enbart korta tidsbegränsade mandat och var inriktade på att hantera specifika situationer. De var därför inte i stånd att svara på framtida situationer, så som de som uppkom i och med – och till följd av – andra världskriget. Om en första fas av migrationskontroll kan sägas ha varit rent nationell,

³⁵⁶ De förväntades dock klara sig själva. Staten tog inget ansvar för att säkra invandrades välfärd även om de typiskt sett kämpade för sin överlevnad på samhällets botten. Se Winder, Robert, *Bloody foreigners: The Story of Immigration to Britain*, Little, Brown, London, 2004, s. 118. Inställningen var ungefär: ”Den i exil är fri att landa på våra stränder och fri att förgås av hunger under vår ogynnsamma himmel” citat från journalisten Joshua Harney citerad i Winder, Robert, *Bloody foreigners: The Story of Immigration to Britain*, Little, Brown, London, 2004, s. 118.

³⁵⁷ Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research handbook on international law and migration*, 2014, s. 31 f.

³⁵⁸ Ibid.

³⁵⁹ För en historisk genomgång om utvecklingen av flyktingrätten se exempelvis Orchard, Phil, *Right to Flee: Refugees, States, and the Construction of International Cooperation*, Cambridge University Press, Cambridge [Elektronisk resurs], 2014, Loescher, Gil., *Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis* [Elektronisk resurs], Oxford University Press, 1993 samt Karageorgiou, Eleni, *Rethinking Solidarity In European Asylum Law: A Critical Reading of the Key Concept in Contemporary Refugee Policy*, Faculty of Law, Lund University, Diss. Lund : Lunds universitet, 2018, Lund, 2018, s. 39 ff.

³⁶⁰ Se Karageorgiou, Eleni, *Rethinking Solidarity In European Asylum Law: A Critical Reading of the Key Concept in Contemporary Refugee Policy*, Faculty of Law, Lund University, Diss. Lund: Lunds universitet, 2018, Lund, 2018, s. 45 med hänvisning till Grahl-Madsen, Atle, *The Land Beyond: Collected Essays on Refugee Law and Policy*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2001, s. 122.

så kan denna andra – mellankrigsperiod – sägas ha varit en period då det internationella samarbetet ökade men organiserades relativt löst. Efter andra världskriget kom så en tredje fas,³⁶¹ tätt kopplad till misslyckandena under andra världskriget.³⁶² Denna nya fas ledde till ökat internationellt samarbete och fokus på behovet av en internationell rättslig reglering, vilket utmynnade i bl.a. FN:s flyktingkonvention³⁶³, FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter³⁶⁴, Europakonventionen samt starten på (vad som idag är) EU.

³⁶¹ Beskrivningen av utvecklingen som bestående av tre faser är hämtad ur Karageorgiou, Eleni, *Rethinking Solidarity In European Asylum Law: A Critical Reading of the Key Concept in Contemporary Refugee Policy*, Faculty of Law, Lund University, Diss. Lund: Lunds universitet, 2018, Lund, 2018, s. 39 ff.

³⁶² Försök gjordes visserligen att hantera flykten från Nazityskland, bl.a. hölls en internationell konferens i Evian 1938. Syftet med den s.k. Eviankonferensen var att hitta lösningar för framför allt de många judiska flyktingarna från Tyskland och Österrike. Tanken var att olika hjälpåtgärder skulle definieras och att beslut skulle fattas angående antalet flyktingar som varje land kunde ta emot. Konferensen blev dock ett misslyckande. Även om de deltagande länderna uttryckte att de kände sympati med de förföljda judarna så förklarade de samtidigt att de inte ansåg sig kunna ta emot fler flyktingar, dels pga. ekonomiska och sociala skäl så som ökad risk för arbetslöshet, dels av mer rasistiska skäl då länderna sa sig vilja undvika att få problem med judar i de egna länderna, Se Karageorgiou, Eleni, *Rethinking Solidarity In European Asylum Law: A Critical Reading of the Key Concept in Contemporary Refugee Policy*, Faculty of Law, Lund University, Diss. Lund: Lunds universitet, 2018, Lund, 2018, s. 45 ff. När tyska judar flydde undan nazister var det återigen dels antalet människor som chockade världen, dels omvärldens oförmåga att politiskt hantera situationen. Det stora antalet människor som förflyttats under andra världskriget innebar en ny utmaning att hantera för staterna då dessa människor varken kunde eller ville återvända till sina ursprungsländer men ibland även ansågs hota stabiliteten i efterkrigstidens Europa, se Orchard, Phil, *Right to Flee: Refugees, States, and the Construction of International Cooperation*, Cambridge University Press, Cambridge [Elektronisk resurs], 2014, s. 34.

³⁶³ Flyktingkonventionen (189 UNTS 150), som antogs den 28 juli 1951 och trädde ikraft 22 april 1954, var från början begränsad till att endast omfatta flykt pga. händelser före den 1 januari 1951 – dvs. främst flyktingar i spåren av andra världskriget. Genom ett protokoll från 1967 utvidgades konventionens räckvidd till att omfatta även andra människor på flykt, Protokoll angående flyktingars rättsliga ställning, 606 UNTS 267 (trädde ikraft 4 oktober 1967). Sverige tillträdde flyktingkonventionen 1954 och tilläggsprotokollet år 1967, SÖ 1954:55 och SÖ 1967:45.

³⁶⁴ FN-skyddet för mänskliga rättigheter har liksom flyktingkonventionen koppling till andra världskrigets fasor. 1948, dvs. några år tidigare än flyktingkonventionen, antogs FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter (UDHR), Universal Declaration of Human Rights, A/RES/217 (III). Förklaringen anses inte vara juridiskt bindande men sedan dess tillkomst har flera internationella överenskommelser gällande mänskliga rättigheter som är juridiskt bindande tillkommit. Här kan nämnas den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter (ICCPR) samt den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (ICESC) genom vilka de flesta av de rättigheter som stadgas i den allmänna förklaringen om mänskliga rättigheter gjorts juridiskt bindande.

3.4 Folkrättsliga skyldigheter att i vissa fall medge vistelse

Som en följd av att stater upplevt att det är svårt för dem att på egen hand reglera migration har samarbetet i migrationsfrågor alltså successivt kommit att öka på såväl regional som global nivå. På internationellt, folkrättsligt plan, finns idag en mängd olika principer och bestämmelser som påverkar statens suveränitet vad gäller migrationslagstiftning. Här kan bl.a. nämnas flyktingrätten, mänskliga rättigheter, den internationella humanitära rätten, arbetsrätten, handelsrätten, havs- och lufträtten, den konsulära rätten och straffrätten.³⁶⁵

Trots alla dessa olika regler saknar folkrätten en mänsklig rättighet att migrera till valfritt land. Internationell rätt stadgar förvisso en rätt att lämna vilket land som helst, inklusive ens eget,³⁶⁶ samt en rätt att få komma tillbaka till sitt eget land.³⁶⁷ Däremot finns ingen rätt att få tillträde till något annat land än ens eget vilket har framhållits som ett glapp i den internationella rätten.³⁶⁸

Artikel 14 i FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter stadgar i och för sig en rätt för var och en att i andra länder *söka* och *åtnjuta* asyl från förföljelse. Denna bestämmelse har dock inte getts bindande rättslig status i någon konvention med bäring på svensk rätt.³⁶⁹ Inte heller FN:s flyktingkonvent-

³⁶⁵ Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research handbook on international law and migration*, 2014, s. 1.

³⁶⁶ Artikel 12(2) och 12(3) ICCPR samt artikel 2(2) and 2(3) i Fjärde tilläggsprotokollet till Europakonventionen.

³⁶⁷ Se exempelvis artikel 13 FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter, artikel 12(4) ICCPR, artikel 3 (2) Fjärde tilläggsprotokollet till Europakonventionen. Angående skyldighet att ta emot utvisade medborgare, se exempelvis Goodwin-Gill, Guy S, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford University Press, 1978, s. 20–21, 44–46 samt 136.

³⁶⁸ Se exempelvis Pedro, Guilherme Marques, *The Flying Dutchman Asymmetry: Migration rights in question*, Konferensbidrag till The Ontario Legal Philosophy Graduate Conference, McMaster University, 2016.

³⁶⁹ I den afrikanska stadgan om mänskliga rättigheter finns dock en juridiskt bindande rätt till asyl i artikel 12.3 och i den amerikanska konventionen om mänskliga rättigheter finns en rätt till asyl i artikel 22.7. Någon sådan juridiskt bindande artikel saknas dock i internationell rätt med bäring på svensk rätt. I EU:s rättighetsstadga framkommer förvisso en artikel med rubriken rätt till asyl (artikel 18). I artikeln stadgas dock endast att rätten till asyl ska garanteras med iakttagande av reglerna i flyktingkonventionen och dess protokoll samt i enlighet med EU-fördragen. För en djupare analys av det faktum att det saknas en rätt till asyl i internationell rätt se exempelvis Ratcovich, Martin, *International Law and the Rescue of Refugees at Sea*, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2019 samt Noll, Gregor, *Negotiating Asylum: The EU Acquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, Martinus Nijhoff, Diss. Lund : Univ., The Hague, 2000.

ion uppställer en tydlig rätt till vistelse. Trots att flyktingkonventionen specificerar vem som är flykting³⁷⁰ och uppställer vissa rättigheter som stater bör ge flyktingar innehåller konventionen ingen tydlig rätt till asyl.³⁷¹ Det närmsta en skyldighet för en stat att bevilja vistelse som finns angivet i konventionen är artikel 33.1, en bestämmelse som anger att stater inte får avvisa eller utvisa flyktingar till områden där flyktingens liv eller frihet skulle hotas (*principen om non-refoulement*).³⁷² Av artikel 33.2 framgår dock att något sådant hinder inte föreligger om det finns skälig anledning att betrakta flyktingen som en fara för vistelselandets säkerhet.

Flyktingkonventionens bestämmelser kompletteras idag av att flera andra rättskällor uppställer ett absolut förbud mot att avvisa eller utvisa en person till en plats där personen riskerar att utsättas för *tortyr eller annan omänsklig behandling*.³⁷³ Förbudet omfattar även utvisningar till en plats där en person inte är skyddad ifrån att sändas vidare till en plats där denna typ av behandling skulle kunna ske, s.k. *chain refoulement*.³⁷⁴

³⁷⁰ För att vara flykting krävs att en person befinner sig utanför sitt hemland pga. att hen känner välgrundad fruktan för att utsättas för förföljelse av anledningar som går att koppla till någon av de s.k. flyktinggrunderna (ras, religion, nationalitet, politisk åskådning eller tillhörighet till viss samhällsgrupp – exempelvis kön eller sexuell läggning). Dessutom krävs att personen inte kan få skydd av hemlandets myndigheter. För statslösa personer gäller samma rekvisit men istället för hemland ska en statslös person befinna sig utanför det land där hen tidigare haft sin vanliga vistelseort och inte kunna få skydd av myndigheterna i detta land. Rekvisiten för att anses som flykting framgår artikel 1(A)(2) i FN:s flyktingkonvention. Se dock även 4 kap. 1 § utlänningslagen samt artikel 2(d) i skyddsgrundsdirektivet (2011/95/EU). För tolkning av rekvisiten se UNHCR, Handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning samt UNHCR, Guidelines on International Protection. UNHCR:s handbok och riktlinjer anses vara viktiga rättskällor rörande förfarandet i mål eller ärenden rörande flyktingskap, se MIG 2006:1 samt prop. 2004/05:170 s. 94.

³⁷¹ För mer om detta se Ratcovich, Martin, *International Law and the Rescue of Refugees at Sea*, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2019, s. 114 ff. För mer om flyktingrätten och flyktingkonventionens innebörd och betydelse se exempelvis Hathaway, James C., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, Goodwin-Gill, Guy S. och McAdam, Jane, *The Refugee in International Law*, Tredje upplagan, Oxford: Oxford University Press, 2007, Hathaway, James C. och Foster, Michelle, *The Law of Refugee Status*, andra upplagan, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, Noll, Gregor, *Negotiating Asylum: The EU Aquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, Martinus Nijhoff, Diss. Lund : Univ., The Hague, 2000, Feller, Erika, Türk, Volker och Nicholson, Frances (red), *Refugee Protection in International Law – UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, Zimmerman, Andreas, Dörschner, Jonas och Machts, Felix (red), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

³⁷² Jfr flyktingkonventionens formulering om avvisning/utvisning (vanligen) inte får ske av en person vars "liv eller frihet skulle hotas på grund av hans ras, religion, nationalitet, tillhörighet till viss samhällsgrupp eller politiska åskådning", artikel 33.1 och artikel 33.2.

³⁷³ Se avsnitt 3.4.1 nedan.

³⁷⁴ Europadomstolen har uttalat att även chain refoulement är förbjudet enligt artikel 3. Se t.ex. Europadomstolens beslut i målet *T.I. mot Förenade kungariket* (beslut den 7 mars 2000,

I tillägg till detta absoluta förbud har en förpliktelse för stater att i vissa fall låta utländska medborgare få tillträde till dess territorium utvecklats för personer vars rätt till respekt för privat- och familjeliv skulle inskränkas på ett oproportionerligt sätt om de nekades tillåtelse att vistas i landet.³⁷⁵

Även om det inte finns någon *generell* rätt för migranter att få tillträde till något annat land än ens eget kan en sådan rätt alltså ändå föreligga under särskilda omständigheter. Skyldigheten att respektera och skydda mänskliga rättigheter kan ha konsekvensen att en stat är skyldig att bevilja uppehållstillstånd och därmed tillåta ”oönskad” migration.³⁷⁶

3.4.1 Personer som inte kan återsändas pga. risk mot liv/hälsa

Det absoluta förbudet att avvisa eller utvisa en person till tortyr eller annan inhuman behandling återfinns idag i bl.a. artikel 3 i FN:s tortyrkonvention och i de regionala konventionerna om mänskliga rättigheter,³⁷⁷ bl.a. i Europakonventionens artikel 3 samt i artikel 19.2 i EU:s rättighetsstadga. Förbudet anses vara en grundläggande migrationsrättslig princip och gäller undantagslöst för alla människor, det är således inte beroende av om en person anses vara flykting. Principen om non-refoulement beskrevs vid framtagandet av FN:s flyktingkonvention som ”en exceptionell begränsning av en suverän stats rätt att återsända en utlänning till dennes ursprungsland [min översättning]”³⁷⁸. I en

appl. no. 43844/98), där Europadomstolen uttalade att “the indirect removal in this case to an intermediary country, which is also a Contracting State, does not affect the responsibility of the United Kingdom to ensure that the applicant is not, as a result of its decision to expel, exposed to treatment contrary to Article 3 of the Convention.” Se även Europadomstolens beslut i målet *K.R.S. mot Förenade kungariket* (dom den 2 december 2008, appl. no. 32733/08) samt domstolens dom i målet *Abdolkhani och Karimnia mot Turkiet* (dom den 22 september 2009, appl. no. 30471/08), punkt 74.

³⁷⁵ Se exempelvis artikel 17 ICCPR, artikel 9, 10 och 16 barnkonventionen, artikel 8 Europa-konventionen. Se även svenska förarbetsuttalanden, t.ex. prop. 1996/97:25 s. 64.

³⁷⁶ Dauvergne, Catherine, *Irregular Migration, State Sovereignty and the Rule of Law*, i Chetail, Vincent och Bauoz, Céline (red.), *Research Handbook on International Law and Migration* [Elektronisk resurs], 1st ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, s. 79. Angående utvecklingen av rättighetskydd för icke-medborgare se exempelvis Soysal, Yasemin Nuhoğlu, *Limits of Citizenship. Migrants and Postnational Membership in Europe*, University of Chicago Press, 1994.

³⁷⁷ Artikel 5 i Amerikanska konventionen om mänskliga rättigheter (antagen i San Jose, Costa Rica 22 november 1969, trädde i kraft 18 juli 1978) samt artikel 5 och 12 i den afrikanska stadgan för mänskliga rättigheter (antagen i juni 1981, trädde ikraft 21 oktober 1986). Trots att den benämns ”stadga” är den afrikanska stadgan för mänskliga rättigheter till formen en internationell konvention precis som sina europeiska och amerikanska motsvarigheter, se Österdahl, Inger, *Räddaren i nöden? Den afrikanska stadgan för människans och folkens rättigheter*, *SvJT* 1993, s. 135.

³⁷⁸ ”[A]n exceptional limitation of the sovereign right of states to turn back aliens to the frontiers of their country of origin”, uttalat av den israeliska delegaten, Nehemiah Robinson, Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems, First Session, 20th Meeting, UN Doc. E/AC.32/SR.20, 1 februari 1950, punkt 49.

svensk kontext har dock skrivningar om att utvisningar och avvísningar inte får ske till platser om det finns särskilda omständigheter som talar däremot förekommit i svensk utlänningslagstiftning ända sedan den första svenska utlänningslagen antogs år 1914.³⁷⁹

Ansvaret för en stat att inte vidta ett återsändande i strid med principen om non-refoulement gäller så fort migranten befinner sig under statens jurisdiktion.³⁸⁰ Delvis som en konsekvens därav har stater antagit en rad mer eller mindre avancerade åtgärder så som transportöransvar,³⁸¹ murar och stängsel i syfte att försöka hålla migranter borta från dess territorium och på så vis slippa undan ansvar.³⁸²

³⁷⁹ Av 1 kap. 5 § i lagen (1914:196) angående förbud för vissa utlännningar att här i riket vistas framkommer att en avvisad person ska "befordras till det land, varifrån han hit ankommit, där ej särskilda omständigheter däremot föreligga, såsom att landet är avlägset beläget eller att han därifrån utvisats eller att han där sannolikt skulle tilltalas eller straffas för politiskt brott" samma typ av hinder stadgades i lagen även för personer som dömts till utvisning, se 2 kap. 12 § samma lag. Se även 2 kap. 13 § nämnda lag angående att när det skulle vara påkallat med utvisning pga. rikets säkerhet eller "eljest i statens intresse" – inte heller då fick utvisning ske om personen sannolikt skulle tilltalas eller straffas för politiskt brott.

³⁸⁰ Se exempelvis Gammeltoft-Hansen, Thomas, Extraterritorial Migration Control and the Reach of Human Rights, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research Handbook on international Law and Migration* [Elektronisk resurs], 1st ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, s. 116. Se även Hathaway, James C. *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge University Press, 2005, s. 160 ff samt Ratcovich, Martin, *International Law and the Rescue of Refugees at Sea*, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2019, s. 122 ff.

³⁸¹ Artikel 26 i konvention om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna samt Rådets direktiv 2001/51/EG av den 28 juni 2001 om komplettering av bestämmelserna i artikel 26 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985. Bestämmelserna ställer krav på att transportörer ska garantera att de resenärer man transporterar in i EU har giltigt pass och visum. Transportörer som inte uppfyller kraven riskerar höga böter.

³⁸² Se t.ex. Thorburn Stern, Rebecca och Wikström, Hanna, *Migrationsrätt: skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*, Liber, Stockholm, 2016, s. 7. Då och då diskuteras möjligheten att ändra flyktingkonventionen för att mildra staters skyldigheter. Hittills har dock ingen stat frånträtt konventionen. Catherine Dauvergne menar att det blir allt tydligare att staterna uppfattar flyktingkonventionen som bindande och viktig – trots att det saknas meningsfulla sätt att straffa en stat som bryter mot konventionen, se Dauvergne, Catherine, Irregular Migration, State Sovereignty and the Rule of Law, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research Handbook on International Law and Migration*, 2014, s. 90. Enligt flyktingkonventionens artikel 38 finns en möjlighet att dra en annan stat inför Internationella domstolen i Haag för prövning av ett påstått brott mot konventionen. Flera forskare menar att ytterligare tecken på att staterna anser sig bundna av flyktingkonventionen är att staterna, när de inte efterlever de internationella förpliktelserna, i praktiken ofta är noggranna med att antingen försöka dölja regelbrottet eller med att försöka argumentera för varför regelbrottet ändå är försvarligt. Detta beteende kan ses som ett tecken på att stater upplever sig bundna av folkrätten trots att den begränsar statens suveränitet, men också som ett bevis för att de inskränkningar av statsuveränitetet folkrätten medför inte alltid är särskilt populära hos staterna, se Miller, David, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2016, s. 6.

Att en person lyckats ta sig till en stats territorium (eller på annat vis omfattas av statens jurisdiktion) är dock inte automatiskt ett skydd mot att återsändas. Även om det skulle finnas en hotbild mot personen i hemlandet finns nämligen inget förbud mot att återsända personen dit förutsatt att den utländske medborgaren kan ges skydd av myndigheterna i hemlandet. För att låna ett citat från Migrationsöverdomstolen, Sveriges högsta instans i migrationsärenden, får det ”anses vara en grundläggande princip inom utlänningsrätten att om personen genom sitt medborgarskap kan erhålla nationellt skydd har detta företräde framför internationellt skydd”.³⁸³

3.4.2 Personer vars rätt till respekt för privat- och familjeliv annars kränks

Rätten till respekt för privatliv och familjeliv är skyddad genom flera internationella och regionala konventioner, däribland FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, barnkonventionen och Europakonventionen.³⁸⁴ Rätten till skydd för familjeliv och privatliv är dock – till skillnad från förbudet att utvisa någon till tortyr eller inhuman behandling – en relativ rättighet, vilket betyder att den under vissa förutsättningar får begränsas. Förutsättningarna för att få göra ingrepp i rättigheten skiljer sig något åt mellan de regelverk där rättigheten återfinns, men bedömningen av om ett ingrepp är tillåtet eller ej görs på i stort sett samma vis.³⁸⁵ Det är fråga om en bedömning där olika intressen vägs emot varandra i syfte att avgöra om ett beslut att neka vistelse kan anses oproportionerligt.

Att rätten till privat- och familjeliv ibland kan innebära att en stat tvingas acceptera en migrant hänger således samman med att det kan anses vara ett *otillåtet ingrepp* i rättigheten att neka en person rätt att vistas i landet. Ett ingrepp kan vara otillåtet exempelvis om en familj riskerar att leva åtskild eller om en person som har etablerat sig i ett land riskerar att ryckas upp därifrån om vistelse nekas. Men det är inte alltid otillåtet att utvisa en person ifrån ett land där denne har familj eller har ett etablerat liv, inte heller är det alltid förbjudet att neka familjeåterförening.³⁸⁶

³⁸³ Se t.ex. MIG 2016:7.

³⁸⁴ Se kapitel 8 för en översikt av rätten till respekt för privat- och familjeliv.

³⁸⁵ Hur, och under vilka förutsättningar, ingrepp i rättigheten får göras diskuteras närmare i kapitel 4-13 nedan.

³⁸⁶ Se kapitel 9-11 nedan för mer om när det kan anses otillåtet att neka vistelse.

3.5 Mellanstatliga och överstatliga samarbeten

Utöver folkrättsliga överenskommelser har Sverige som land inträtt i ett antal andra rättsliga samarbeten som påverkar möjligheten att nationellt besluta om migration. Exempelvis formade de nordiska staterna redan på 1950-talet den s.k. nordiska passunionen vilken inneburit att nordiska medborgare haft mer eller mindre fri möjlighet att resa in i och bosätta sig i någon av de andra nordiska staterna sedan dess.³⁸⁷ Sedan 1995 är Sverige dessutom fullvärdig medlem i Europeiska unionen (EU),³⁸⁸ ett samarbete som med åren fått allt större betydelse på migrationsområdet. En grundläggande del av EU-samarbetet är nämligen fri rörlighet mellan medlemsstaterna vilket lett till att regelverk och praxis utvecklats såväl för att kontrollera inresa i unionen (från stater utanför) som för att säkerställa en fri rörlighet inom unionen.³⁸⁹

3.6 Framväxten av en reglerad invandring i Sverige

3.6.1 Utvecklingen av migrationskontroll i Sverige

Invandring till Sverige har förekommit under mycket lång tid.³⁹⁰ Under vikingatiden kom köpmän från andra områden i Europa på besök. Under medeltiden rörde sig tyska handelsmän och hantverkare på torgen. Genom åren har utländska medborgare i form av bl.a. arkitekter, läkare och militärer hjälpt till att bygga upp den svenska nationalstaten. Redan i 1600-talets Stockholm gick det att handla litteratur på såväl latin, franska, spanska, italienska, tyska och holländska.³⁹¹

³⁸⁷ Se protokollet angående befrielse för nordiska medborgare från att under uppehåll i annat nordiskt land än hemlandet innehava pass och uppehållstillstånd (SÖ 1954:33 samt SÖ 1955:53), överenskommelse om upphävande av passkontrollen vid de internordiska gränserna (SÖ 1958:24 samt SÖ 1965:36) samt överenskommelse med Danmark, Finland, Island och Norge om tillägg till den nordiska överenskommelsen av den 12 juli 1957 om upphävande av passkontrollen vid de internordiska gränserna (SÖ 2001:11). Se även Wenander, Henrik, Fri rörlighet i Norden: nordiska gränshinder i rättslig belysning, Juristförlaget, Lund, 2014, s. 106 samt, för en bakgrund till passunionen, SOU 1956:45 s. 10 ff.

³⁸⁸ Se riksdagens protokoll 1994/95:43 samt regeringens proposition 1994/95:19.

³⁸⁹ För mer om detta se kapitel 5.

³⁹⁰ Se exempelvis Svanberg, Ingvar och Tydén, Mattias, *Tusen år av invandring: en svensk kulturhistoria*, Tredje upplagan, Dialogos, Stockholm, 2005.

³⁹¹ Se *ibid.* Se även Susanna Alakoski, En flykting korsar vårt spår – och förändrar oss, *Dagens Nyheter*, publicerad 19 mars 2016.

Olika typer av reglering av migration har förekommit i Sverige sedan 1500-talet.³⁹² Bland de första svenska politiska noteringar med koppling till migrationsrätt som hittats är en anteckning från år 1512 om att en grupp finska romer anlant till Stockholm men härefter deporterats till Finland.³⁹³ Gruppen romer var tydligt i fokus för de tidigaste svenska migrationsrättsliga regelverken. 1637 utfärdades t.ex. en förordning med innebörden att alla ”zigenare” skulle utvisas ur Sverige inom ett år.³⁹⁴ Även nästa identifierade förordning om migration, 1741 års ”förordning angående löst och onyttigt folk, som från utrikes orter i landet inkomma, samt om tiggeriers hämmande”³⁹⁵, pekade ut romer. Förordningen innebar att personer som ansågs som ”löst folk”, vilket utöver romer uppgavs vara bl.a. judar och lindansare, omedelbart skulle utvisas ur riket. År 1748 skärptes förordningen på så vis att spöstraff och fängelse kunde utdömas åt den som bröt mot lagen.³⁹⁶

I början av 1800-talet antogs flera förordningar som upprepade innebörden av föreskrifter från 1500- och 1600-talet vilka syftade till att kontrollera människors möjlighet att röra sig.³⁹⁷ Här stadgades att svenska medborgare som ville röra sig fritt behövde ha pass, såväl för resor inom riket som för in- och utresor. Dessutom angavs att utländska medborgare vid ankomsten till Sverige skulle ansöka om tillstånd att få vistas i landet.³⁹⁸

Under mitten av 1800-talet öppnades migrationspolitiken åter upp som en konsekvens av ett flertal händelser i samhället. Dels förbättrades infrastrukturen i Sverige vilket medförde att det blev enklare för människor att resa omkring, dels började idéer om ekonomisk liberalism att ta fäste. Dessutom emigrerade en stor andel svenskar. Som en följd av dessa nya tider antogs den 21 september 1860 en förordning³⁹⁹ genom vilken rörligheten öppnades upp i enlighet med principen om den fria folkförflyttningen. Skyldigheten för resande att vara försedda med pass upphävdes härmed. Som motiv till förändringen angavs bl.a. att gränskontroll inte längre behövdes eftersom läget i Sverige och närområdet präglades av trygghet. Lagstiftarens fokus var vid denna tid

³⁹² Se Boguslaw, Julia, *Svensk invandringspolitik under 500 år: 1512 - 2012*, Studentlitteratur, Lund, 2012 och Hammar, Tomas, *Sverige åt svenskarna: Invandringspolitik, utlänningskontroll och asylrätt 1900-1932, 1964*, s. 7.

³⁹³ Boguslaw, Julia, *Svensk invandringspolitik under 500 år: 1512 - 2012*, Studentlitteratur, Lund, 2012, s. 15.

³⁹⁴ Ibid.

³⁹⁵ Kongl. Maj:ts nådige Förordning, Angående Löst och onyttigt Folk, som från Utrikes Orter i Landet inkomma; Samt om Tiggeries hämmande. Gifwen Stockholm i Råd-Cammaren then 1 Octobris 1741.

³⁹⁶ Boguslaw, Julia, *Svensk invandringspolitik under 500 år: 1512 - 2012*, Studentlitteratur, Lund, 2012, s. 16.

³⁹⁷ Hammar, Tomas, *Sverige åt svenskarna: Invandringspolitik, utlänningskontroll och asylrätt 1900-1932, 1964*, s. 7.

³⁹⁸ Ibid samt SOU 1967:18.

³⁹⁹ SFS 1860:34.

snarare inriktat på att förebygga utvandring än att begränsa invandring och Sverige återgick till en period av mer eller mindre fritt folkutbyte med andra länder.⁴⁰⁰ Trots att huvudregeln härmed under närmare ett halvsekel kom att vara att utländska medborgare fritt kunde resa in i Sverige och uppehålla sig här i stort sett utan krav på varken pass, visum eller uppehållstillstånd,⁴⁰¹ var det en huvudregel med tydliga undantag. Vissa personer ansågs nämligen inte välkomna i Sverige. Bara några månader efter passtvangenets avskaffande antog Sverige tillsammans med Ryssland en konvention om återsändande av ”lösdrivare, tiggare och förbrytare”.⁴⁰² Detta avtal var en försmak om vad som höll på att hända såväl runt om i världen som i Sverige.

Som nämndes tidigare i detta kapitel uppkom i slutet av 1800-talet olika typer av regleringar i syfte att hålla ”oönskade utlänningar” borta runt om i världen.⁴⁰³ Samma utveckling skedde i Sverige. Som en följd av uppfattningen att varje stat var suverän hade Kunglig Majestät, dåtidens motsvarighet till regeringen,⁴⁰⁴ getts rätten att utvisa utländska medborgare ”närhelst de allmänna statsintressena så krävde” (politisk utvisning).⁴⁰⁵ Med stöd av denna befogenhet meddelade Kunglig Majestät den 27 april 1906 ett cirkulär specifikt riktat mot ryska judar som flytt de senaste årens förföljelser i hemlandet. Under ett par månader hade ett ökat antal personer som ansågs tillhöra denna grupp sökt sig till Sverige vilket upplevdes som ett problem. I och med cirkuläret ålades gruppen att registrera sig hos polisen. Om de lät bli, eller om de betedde sig på ett vis som stred mot lag och ordning eller om de ”på ett eller annat sätt blandade sig i här i riket förekommande politiska meningsstrider eller sociala tvister” kunde de utvisas.⁴⁰⁶ I en skrivelse daterad den 20 mars 1907 bad riksdagen Kunglig Majestät att ta fram ett förslag till lag för att så långt som möjligt hindra ”skadlig invandring”⁴⁰⁷ till Sverige då invandringen uppgavs ha ”antagit avsevärda dimensioner”. Som exempel på negativa konsekvenser som uppstått angavs att många till Sverige invandrande utländska medborgare på ett illojalt sätt utövade affärsverksamhet vilket slog mot ”redbara svenska

⁴⁰⁰ Hammar, Tomas, Sverige åt svenskarna: Invandringspolitik, utlänningskontroll och asylrätt 1900-1932, 1964, s. 7 ff.

⁴⁰¹ 1812 infördes ett krav på pass för inresa men detta avskaffades redan 1860, se Kongl. påbudet den 14 augusti 1812 om resandes skyldighet att med behörigt pass vara försedda samt förordningen den 21 september 1860 om upphävande av skyldigheten för resande att vara försedda med pass.

⁴⁰² Ingången i december 1860, SOU 1967:18, s. 40.

⁴⁰³ Se även Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research Handbook on International Law and Migration* [Elektronisk resurs], 1st ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, s. 30 f.

⁴⁰⁴ Kunglig Majestät var i Sverige under 1809 års regeringsform (åren 1809–1974) benämningen på det statsorgan som idag i de flesta sammanhang motsvaras av *regeringen*.

⁴⁰⁵ SOU 1967:18, s. 40.

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ Ibid, s. 41.

handelsmän”.⁴⁰⁸ Det fanns en rädsla för att arbetslösa invandrare skulle anställas istället för arbetslösa svenskar. Dessutom upplevdes det som ett problem att finska medborgare som under somrarna arbetade i Norrbotten dröjde kvar i Sverige efter säsongens slut och då blev en belastning för fattigvården.⁴⁰⁹

Mot bakgrund av denna situation fick alltså Kunglig Majestät uppdraget att ordna villkoren för utlänningars inflyttning och bosättning inom landet.⁴¹⁰ Förslaget till lag som sedermera presenterades kom att mötas av kritik då det upplevdes som oprecist vilket medförde en rädsla för att utvisning av utländska medborgare skulle kunna ske allt för lättvindigt.⁴¹¹ Lagrådet argumenterade att pga. ”de internationella kommunikationernas utomordentliga betydelse för det moderna samhällslivet” var det under normala förhållanden ett dåligt förslag att göra utlänningskontrollen allmän för alla invandrare.⁴¹²

När vad som brukar kallas den första svenska utlänningslagen – lagen (1914:196) angående förbud för vissa utlänningar att här i riket vistas – slutligen antogs innehöll den inte några bestämmelser om anmälningsskyldighet, passtvang eller andra föreskrifter för en generell reglering av invandringen. Däremot lagstodgades möjligheten att avvisa och utvisa ”ej önskvärda utlänningar”^{413, 414} dock med begränsningen att personer som riskerade att straffas för politiska brott i hemlandet gavs ett visst skydd mot utvisning.⁴¹⁵

Även 1914 års lag bemyndigade kungen att meddela föreskrifter för utlänningskontroll – dock endast i händelse av krig eller i andra extraordinära situationer. Med stöd av fullmaktsbestämmelsen utfärdades ett flertal författningar som kom att reglera utlänningars rätt till inresa och vistelse i Sverige.

Genom 1917 års passkungörelse återinfördes passtvangen efter att ha varit avskaffat i mer än ett halvsekel, vilket motiverades med att det under pågående krigstid rådde en svår situation med bland annat brist på mat och bostäder i

⁴⁰⁸ Ibid.

⁴⁰⁹ Ibid.

⁴¹⁰ Ibid.

⁴¹¹ Se även Macznik, Jonatan, Från fri folkförflyttning till restriktiv skyddslagstiftning – en rättshistorisk studie av motiven bakom utlänningslagstiftningen under 1920- och 1930-talen, examensarbete, Lunds universitet, 2014, s. 10.

⁴¹² Lagrådets yttrande finns återgivet i SOU 1967:18, s. 41.

⁴¹³ De ”vilkas vistelse inom riket ansågs vara från det allmännas synpunkt farlig eller skadlig”, SOU 1945:1, s. 7. Framförallt omnämns som exempel zigenare, lösdrivare, kringvandrande musikanter eller tiggare som kommit till Sverige för att ”söka sitt uppehälle och kunde antas komma att sakna möjlighet att här ärligen försörja sig eller om han dömts för vissa i lagen angivna brott eller bedrivit yrkesmässigt hasardspel, prostitution eller koppleri”, se SOU 1967:18, s. 43.

⁴¹⁴ SOU 1967:18, s. 41 f.

⁴¹⁵ Se 1 kap. 5 och 2 kap. 12 §§ lagen (1914:196) angående förbud för vissa utlänningar att här i riket vistas.

Sverige.⁴¹⁶ 1918 kom en övervakningskungörelse som innebar att ingen fick resa in i eller uppehålla sig i Sverige utan visering.⁴¹⁷ År 1920 infördes en regel om att när beslut skulle fattas om en viserings- eller uppehållstillståndsansökan så skulle hänsyn tas till arbetsförhållandena i Sverige.⁴¹⁸ På detta vis uppkom systemet att bevilja uppehållstillstånd – med eller utan rätt att arbeta i Sverige.⁴¹⁹

Under åren som följde efter första världskriget förbättrades situationen i samhället och viljan att upphäva viseringstvånget blev successivt mer framträdande.⁴²⁰ Sverige ingick diverse ömsesidiga avtal med andra västeuropeiska stater för att underlätta rörligheten.⁴²¹ Då det enda sättet vid denna tidpunkt att reglera invandring av utländska arbetssökande var via viseringar, innebar avstegen från viseringskravet en begränsning av möjligheterna att kontrollera invandringen. Avtal om lättnader ingicks dock endast med stater varifrån det inte befarades någon större arbetskraftsinvandring, varför det inte ansågs nödvändigt att vidta några särskilda åtgärder till skydd för den svenska arbetsmarknaden.⁴²²

I samband med att viseringskravet upphävdes i relation till Tyskland den 1 oktober 1926 ändrades dock synen på frågan om att skydda den inhemska arbetsmarknaden. Några år tidigare hade USA infört s.k. kvotlagar vilket stramat åt landets tidigare i stort sett öppna gränser. Sista året före första världskriget invandrade 1 218 480 personer till USA. Enligt 1921 års kvotlag fick endast 357 803 personer invandra per år, vilket genom 1924 års kvotlag minskades till 164 667 personer årligen.⁴²³ I Sverige diskuterades att åtstramningen av USA:s migrationsregler skulle leda till att tyskar som tänkt söka sig dit istället skulle söka sig till Sverige då det svenska viseringskravet upphävdes. Samma dag som viseringstvånget för tyskar slutade gälla trädde bestämmelser ikraft vilka innebar att utlänningar som ville arbeta i Sverige skulle ha pass och arbetstillstånd, även om de inte längre behövde någon särskild visering för inresa.⁴²⁴

⁴¹⁶ Kungörelserna den 13 augusti 1917 (nr 552) och den 22 september 1917 (nr 620) angående passsvång för resande, som ankomma till riket. Se även SOU 1945:1, s. 7.

⁴¹⁷ Kungörelse (nr 793) angående övervakande av utlänningar i riket utfärdades den 26 september 1918. Kungörelsen uppställde vissa krav på pass av visst innehåll och utseende. Passet skulle vara påtecknat (viserat) av en svensk diplomatisk eller konsulär tjänsteman. Se SOU 1945:1, s. 7.

⁴¹⁸ Kungörelse den 26 november 1920 (nr 804).

⁴¹⁹ SOU 1945:1, s. 7.

⁴²⁰ Ibid, s. 8.

⁴²¹ Ibid. Sverige upphävde för sin del viseringstvånget gentemot bl. a. Norge (1918), Danmark (1919), Island (1920), Belgien, Frankrike och Luxemburg (1922), Italien, Nederländerna, Spanien och Storbritannien (1923), SOU 1967:18, s. 45.

⁴²² SOU 1967:18, s. 45.

⁴²³ Ibid, s. 46.

⁴²⁴ Kungörelse den 4 september 1926 (nr 411). Se även SOU 1945:1, s. 8.

Genom dessa olika kungörelser kom, på administrativ väg, den mer generella utlänningskontrollen till i Sverige. Kontrollen kom så småningom att lagregleras genom 1927 års *lag om utlännings rätt att här i riket vistas*,⁴²⁵ den lag som anses vara Sveriges andra utlänningslag.

I Sverige rådde år 1927 en relativt utbredd arbetslöshet. Politikerna var oroliga för att den svenska löne- och levnadsstandarden skulle försämrats om många personer från länder med sämre arbetsvillkor sökte sig hit. Dessutom fanns en oro för att personerna skulle kräva arbetslöshetsunderstöd. I kombination med att flera länder runt omkring hade antagit restriktiv lagstiftning ansågs det därför finnas ett ”trängande behov” att skydda den svenska arbetskraften.⁴²⁶ I förarbeten till 1927 års lag anfördes att frågan om invandring var till ”alldeles övervägande del att bedöma med hänsyn till arbetsförhållandena. Den stora massan av utlänningar, som begiva sig hit, äro arbetsökande; endast en ringa procent tillhör andra befolkningsgrupper”.⁴²⁷ Utöver skäl kopplade till arbetsmarknaden betonades i samma förarbeten att det ”vid bedömningen av immigrationsfrågan var nödvändigt att även beakta det rådande bostadsläget, ordnings- och säkerhetsintressen samt rassynpunkter”. Vad gällde bostadsfrågan anfördes att bostadstillgången i första hand borde förbehållas landets egna invånare. Säkerhetsfrågan diskuterades i termer av att ”ett ökat antal kriminellt betonade individer [kunde] komma att söka sig till Sverige” samt att ”de osäkra politiska förhållandena i vissa främmande länder torde kunna föranleda invandring av en del ej önskvärda befolkningselement”. Frågan om ras lyftes fram som ”en synpunkt [som] vunnit allt större beaktande i åtskilliga länder”. I förarbetena uttalades att s.k. ”blandade folkelement” lett till problem för andra stater vartefter det lyftes att ”[v]ärdet av att vårt lands befolkning är av en sällsynt enhetlig, oblandad ras kan knappast överskattas. Det är därför av betydelse att kontrollera en invandring av folkslag, som ej till båtнад⁴²⁸ för oss låta sig sammansmältas med vår befolkning”.⁴²⁹ Departementschefen kom till slutsatsen att Sverige behövde en reglerad invandring uppbyggd kring utlänningskontroll, prövning av ansökningar samt med tydlig befogenhet att avvisa och utvisa utländska medborgare.

Efter en grundlig debatt antogs lagen, som skulle vara tidsbegränsad, att gälla från och med den 1 januari 1928 till och med den 31 december 1932. I praktiken innebar 1927 års lag inga stora förändringar gällande rätten till inresa,

⁴²⁵ Lagen den 2 augusti 1927 (nr 333) om utlännings rätt att här i riket vistas.

⁴²⁶ SOU 1967:18, s. 47.

⁴²⁷ Se prop. 1927:198 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om utlännings rätt att här i riket vistas, se även SOU 1967:18, s. 46. I propositionen förtydligas att med arbetsökande omfattades inte endast ”kroppsarbetare inom olika arbetsfack utan jämväl ingenjörer, kontorister och affärsanställda i allmänhet”.

⁴²⁸ Synonym till nytta.

⁴²⁹ Se prop. 1927:198.

upphäälle och arbete i Sverige i förhållande till vad som redan gällde. Det var dock genom 1927 års lag som instituten upphållstillstånd och förpassning infördes i lag, vilket beskrivits som den viktigaste sakliga förändringen i relation till tidigare gällande utlänningsreglering.⁴³⁰ I övrigt är det främst diskussionen om *varför* lagstiftningen behövdes som är intressant, på så vis att den mycket tydligt synliggör att uppfattningen i samhället diametralt förändrats sedan 1914 års lag antogs.⁴³¹

1927 års utlänningslag mottog flera allvarliga anmärkningar från Lagrådet.⁴³² Bl.a. uttryckte en ledamot i Lagrådet, med vilken övriga ledamöter i huvudsak instämde, att den vid tillfället fortsatt gällande 1914 års utlänningslag framstod som ”härörande från ett förgånget högre kulturskede” jämfört med 1927 års förslag. Ledamoten passade samtidigt på att ge en känga till argumentet om att Sverige borde anpassa sin lagstiftning efter andra länders dito; ”[h]änvisningen till andra länders föredöme är icke heller i och för sig ett alltför avgörande argument vid en tidpunkt, då tillfälligt, men starkt verkande psykologiska faktorer mäktigt bidraga att litet varstädes giva statssäkerhetsintressets och den välfärdande socialekonomiska politikens förespråkare tillfälle att även på bekostnad av mänsklighet och billighet få sina synpunkter helt ut beaktade”.⁴³³

Som nämndes ovan antogs 1927 års utlänningslag med begränsad giltighetstid. När lagen skulle löpa ut år 1932, rådde enighet om att behovet av en invandringslag fortfarande förelåg – i än högre grad än tidigare.⁴³⁴ Socialstyrelsen uttalade t.ex. att 1927 års lagstiftning måste anses ha fyllt sitt syfte ”att förhindra de stora arbetslöshetsarméerna att sätta sig i marsch mot vårt land” då varken ”med oss närmare befreundade folk, vilka lätt assimileras här, [eller] oss mera fjärran stående folkramer” hade anlänt till Sverige i någon större utsträckning.⁴³⁵ Förslaget om att förlänga lagens giltighet till och med den 31 december 1937 antogs av riksdagen utan debatt.

År 1937 antogs Sveriges tredje utlänningslag, *lag (1937:344) om utlänningsrätt att här i riket vistas*. Inför arbetet med att ta fram en ny lag hade framförallt två frågor lyfts fram som viktiga att försöka komma till rätta med. Dels

⁴³⁰ SOU 1967:18, s. 51. Se även Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer*, version den 1 oktober 2018 (upplaga 11B), Zeteo, under rubriken inledning, tidigare utlänningslagstiftning, 1927 års utlänningslag.

⁴³¹ Diskussionen i Lagrådets yttrande angående lagförslaget är särskilt intressant gällande detta. I utlåtandet över lagförslaget framförde en av Lagrådets ledamöter, med vilken övriga ledamöter i huvudsak instämde, just att ”[l]agen av 1914 och det remitterade förslaget vila på diametralt motsatta principer”.

⁴³² SOU 1967:18, s. 49.

⁴³³ Ibid.

⁴³⁴ Ibid, s. 51.

⁴³⁵ Ibid.

hade det i media uppmärksammats att det förekommit att personer som åberopat flyktingskäl avvisats vid gränsen (vilket upprört opinionen), dels hade vissa problem med hanteringen av utlänningsärenden identifierats bl.a. i situationer där flyktingskäl åberopats först i ett sent skede.⁴³⁶ Utifrån dessa identifierade brister var målet med den nya utlänningslagen att den skulle bidra till en mer effektiv ”främlingskontroll” samt bidra till en mer effektiv asylrätt för politiska flyktingar.⁴³⁷ En statlig utredning gjordes,⁴³⁸ och även om den nya lagen i stort kom att bygga på 1927 års utlänningslag gavs politiska flyktingar en tryggare ställning i och med 1937 års lag.⁴³⁹ Dessutom inrättades en utlänningsnämnd i syfte att öka centraliseringen av handläggningen av utlänningsärenden.⁴⁴⁰

Även 1937 års utlänningslag var till en början tidsbegränsad. När lagen efter fem år skulle sluta gälla förlängdes den dock med ytterligare tre år. Det var alltså denna lagstiftning som gällde under den tid andra världskriget bröt ut, och faktiskt under hela den tid kriget varade. Under andra världskriget ökade antalet flyktingar som kom till Sverige vilket berodde på att landet var ett av få europeiska länder som inte aktivt deltog i kriget.⁴⁴¹ Att lagen kunde bibehållas i stort sett oförändrad trots de ändrade förhållanden som kom i och med kriget – bl.a. den ökade tillströmningen av flyktingar – har förklarats med att lagen innehöll relativt stor frihet för de beslutande myndigheterna vid handläggningen av utlänningsärenden samt att den gav Kunglig Majestät (förhållandevis vidsträckt) fullmakt att meddela dispens från lagen och även möjlighet utfärda tillägsbestämmelser.⁴⁴² När antalet flyktingar söderifrån ökade under sommaren 1938 växte oron för att en växande andel judiska migranter skulle söka sig till Sverige. Lagens avvisningsregler ansågs inte tillräckliga

⁴³⁶ Drougge, Erik, Utlänningsnämnden, Förvaltningsrättslig tidskrift nr 4 1938.

⁴³⁷ Ibid.

⁴³⁸ SOU 1936: 53.

⁴³⁹ Så skedde genom att en bestämmelse infördes om att avvisning av utlänningsärenden av en person som påstod sig ha flytt hit av politiska orsaker inte fick avgöras av polismyndigheten utan skulle underställas socialstyrelsen. Dessutom utvidgades bestämmelserna om politiskt verkställighets hinder.

⁴⁴⁰ SOU 1967:18, s. 52. Nämnden hade tre ledamöter och var rådgivande i främst ärenden om avlägsnande. Avsikten med att inrätta nämnden var dels att få till stånd en mera allsidig bedömning av avlägsnandefrågorna, dels att ge garantier för att Kungl. Maj:t fick pröva viktigare ärenden. Avvisnings- eller förpassningsbeslutet fick nämligen överklagas dit, om nämnden eller någon ledamot i nämnden hade en avvikande mening i ärendet, se även Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer*, version den 1 oktober 2018 (upplaga 11B), Zeteo, under rubriken inledning, tidigare utlänningslagstiftning, 1937 års utlänningslag.

⁴⁴¹ Många av de flyktingar som kommit under kriget var från Danmark och Norge. En del av flyktingarna stannade i Sverige efter krigets slut men de flesta återvände hem, se Wadensjö, Eskil, Commentary – Sweden and Scandinavia, s. 302, i *Orrenius, Pia M., Martin, Philip L., och Hollifield, James F., Controlling Immigration: A Global Perspective, Third Edition* [e-book]. Stanford, California: Stanford University Press; 2014.

⁴⁴² SOU 1967:18, s. 52.

för att hantera en sådan invandring och därför utfärdades år 1938 en kungörelse med innebörden att judiska flyktingar fick avvisas vid gränsen om de misstänktes vilja stanna kvar i Sverige.⁴⁴³ Gränsmyndigheterna var dock skyldiga att ta hänsyn till om en person uppgav politiskt flyktingskap vid prövning av avvisning. Uppfattningen – och regleringens utgångspunkt – var dock att personer av judisk härstamning inte enbart på grund av sin ”ras” kunde betraktas som politiska flyktingar.⁴⁴⁴

Socialstyrelsen, som i samband med 1937 års lag gavs uppgiften att sköta den praktiska tillämpningen av utlänningslagen och därmed hade ansvar för att utfärda uppehålls- och arbetstillstånd, yttrade i november 1938 att även om Sverige borde bidra till att lindra lidandet för människor på flykt så hade landet relativt sett begränsade möjligheter. Därför borde flyktinginvandring endast tillåtas så länge så kunde ske utan fara eller stor olägenhet för Sverige. Styrelsens uppfattning var att flyktingpolitiken inte kunde bedömas enbart utifrån hur situationen såg ut just nu utan att hänsyn behövde tas till den sannolika framtida utvecklingen, vilken pekade på att ”flyktingproblemet” skulle öka. Socialstyrelsen menade att dess uppgift var att försöka avväga å ena sidan, att invandring inte medgavs av en omfattning som var oförenlig med Sveriges vitala intressen men som å andra sidan inte åsidosatte elementära humanitära hänsyn gentemot flyktingar. Socialstyrelsen menade dock att man ”inför det starka invandringstryck” som riktade sig mot Sverige var tvungen att agera restriktivt mot de utländska medborgare som inte hade lämnat sina hemländer av vad som ansågs vara ”tvingande skäl”.⁴⁴⁵ Trots att Socialstyrelsen vid denna tid visste att Tyskland inlett en utrensning av delar av sin befolkning ansåg myndigheten att avvägningen mellan svenska intressen och humanitära hänsyn utföll på så vis att Sverige skulle ha en restriktiv invandringspolitik.

Krigsutbrottet i september 1939 medförde en (ytterligare) skärpning av utlänningskontrollen och viseringstvång infördes samma månad för samtliga utländska medborgare förutom danskar, finnar, islänningar och normmän.⁴⁴⁶ Under 1940 och 1941 infördes dock pass- och viseringstvång även för dessa nationaliteter.⁴⁴⁷

Även om lagstiftningen således bestod under kriget skedde stora förändringar i den faktiska möjligheten för utländska medborgare att resa in i Sverige under

⁴⁴³ Kungörelse den 9 september 1938 (nr 555), se även SOU 1945:1, s. 49.

⁴⁴⁴ SOU 1945:1, s. 50.

⁴⁴⁵ Sociala meddelanden utgivna av Kungliga Socialstyrelsen, 1938, Nr 11, Flyktingarna i Sverige, s. 754 (Digitaliserad av Statistiska centralbyrån, SCB, 2009).

⁴⁴⁶ Tillsynskungörelsen infördes från och med den 5 september 1939.

⁴⁴⁷ För danska medborgare genom kungörelse den 12 april 1940 (nr 202), för medborgare i Island och Norge genom kungörelse den 24 maj 1940 (nr 367) och slutligen för finska medborgare genom kungörelse den 13 juni 1941 (nr 386).

denna period.⁴⁴⁸ Åtstramningar som helt och hållet var kopplade till rädslan att ”för många” utländska medborgare skulle komma till Sverige. Den restriktiva synen kom dock att vända i samband med att norska judar började deporteras till Auschwitz. Under slutet av 1942 intog den svenska flyktingpolitiken en öppnare hållning.⁴⁴⁹

Sveriges fjärde utlänningslag, 1945 års utlänningslag⁴⁵⁰, trädde i kraft den 1 juli 1945 och skulle från början endast gälla i två år. Den kom dock att förlängas fyra gånger och gällde således fram till den 1 juli 1954. 1945 års utlänningslag ledde inte till några stora nyheter och innebar inte heller den någon principiell ändring av utgångspunkten i utlänningslagstiftningen i förhållande till 1927 års lag.⁴⁵¹ Däremot fanns ett starkt behov av arbetskraft hos svenska industrier åren efter kriget vilket till viss del möttes av rekrytering av utländsk arbetskraft.⁴⁵²

Att invandring åter sågs som något som kunde vara positivt för Sverige avspeglar sig i förarbeten då nästa lag, 1954 års utlänningslag⁴⁵³, togs fram. I dessa förarbeten uttrycks i och för sig för första gången att endast svenska medborgare har en ovillkorlig rätt att vistas och arbeta i Sverige samt att utlänningslagar inte enligt gällande rätt kan kräva att likställas med svenska medborgare i detta hänseende.⁴⁵⁴ Samma år ingicks dock den nordiska passunionen, som trädde i kraft den 1 juli 1954, genom vilken Norden fick en gemensam arbetsmarknad.⁴⁵⁵ Även om skillnaden mellan svenska medborgares

⁴⁴⁸ Se exempelvis Lindencrona, Gustaf, De nya bestämmelserna om tillsyn över utlänningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 1 1941.

⁴⁴⁹ För lagstiftningen, se SOU 1946:36, s. 18. För omsvängningen, se exempelvis Levine, Paul A., *From indifference to activism: Swedish diplomacy and the Holocaust, 1938-1944*, Univ., Diss. Uppsala : Univ., Uppsala, 1996, s. 152-155 samt Andersson, Lars M och Kvist Geverts, Karin (red.), *En problematisk relation?: Flyktingpolitik och judiska flyktingar i Sverige 1920-1950*, Uppsala: Historiska institutionen, Uppsala universitet, 2008, s. 18.

⁴⁵⁰ Lagen den 15 juni 1945 (nr 315) om utlännings rätt att här i riket vistas.

⁴⁵¹ SOU 1967:18, s. 52. I den statliga utredning som 1945 års lag grundar sig på uttalades t.ex. att ”[f]ör många av de miljoner tvångsflyttade, utbombade eller eljest mer eller mindre hemlösa människor i Europa, som efter krigets slut skola försöka börja ett nytt liv, måste Sverige, om det lyckas bevara sin fred och sitt relativa välstånd, framstå som ett önskeland. Vi måste därför bereda oss på att invandringstrycket mot våra gränser kan bli större än före kriget. I detta sammanhang må erinras om att Sverige under de gångna orosåren fått mottaga stora skaror flyktingar, av vilka vissa grupper torde komma att vilja stanna här i landet”, SOU 1945:1, s. 18 f.

⁴⁵² Wadensjö, Eskil, Commentary – Sweden and Scandinavia, i *Orrenius, Pia M., Martin, Philip L., och Hollifield, James F., Controlling Immigration: A Global Perspective, Third Edition* [e-book]. Stanford, California: Stanford University Press; 2014, s. 302.

⁴⁵³ Utlänningslagen den 30 april 1954 (nr 193).

⁴⁵⁴ Prop. 1954:41, s. 59. Jfr 2 kap 7 § regeringsformen.

⁴⁵⁵ Wadensjö, Eskil, Commentary – Sweden and Scandinavia, i *Orrenius, Pia M., Martin, Philip L., och Hollifield, James F., Controlling Immigration: A Global Perspective, Third Edition* [e-book]. Stanford, California: Stanford University Press; 2014, s. 302.

och utländska medborgares rätt att vistas i Sverige poängterades i förarbeten till den nya utlänningslagen var det en lagstiftning som också betonade att det borde finnas en legal reglering av utlänningars möjligheter att uppehålla sig i Sverige – och att denna måste omfatta rättsliga garantier mot godtycklig behandling och i största möjliga utsträckning ge en tryggad ställning även för utländska medborgare. Departementschefen menade att det var ”utlänningslagstiftningens uppgift att skapa ett sådant rättsskydd”.⁴⁵⁶ I propositionen framhölls även att det var viktigt för utlänningars rättsskydd att utlänningslagen uttömmande reglerade i vilka situationer och enligt vilken ordning en utländsk medborgare kunde tvingas lämna landet.

I syfte att klargöra innebörden av utlänningslagen togs en bestämmelse in i lagen som rent allmänt deklarerade att en ”utlänning äger rätt att, i den utsträckning och på de villkor lagen stadgar, inresa i och utresa ur riket samt här fritt uppehålla sig och inneha anställning”.⁴⁵⁷ Delar av Lagrådet riktade dock kritik mot förslaget om ett sådant principstadgande.⁴⁵⁸ De två kritiska lagrådsledamöterna menade nämligen att stadgandet gav ett missvisande intryck av det faktiska läget eftersom rätten för utlänningar att resa in och ut ur landet samt att fritt uppehålla sig och arbeta i Sverige var ”inskränkt inte bara genom vad utlänningslagen stadgade utan också – och på det mest genomgripande sätt – genom de föreskrifter, som kunde utfärdas med stöd av lagen.” Lagrådsledamöterna menade att ”[o]m alla reservationer togs i betraktande, ville det synas att av utlänningens ifrågavarande ’rätt’ inte särdeles mycket var i behåll.”⁴⁵⁹

Trots förändringen i principiell utgångspunkt innebar 1954 års utlänningslag inga stora förändringar av möjligheten att beviljas uppehållstillstånd i Sverige. En ny typ av tillstånd infördes dock, ett s.k. bosättningsstillstånd. Dessa tillstånd gav en möjlighet till personer som ansågs ha etablerat sig som bosatta i Sverige att utan tidsbegränsning vistas här och att arbeta utan krav på arbetstillstånd.⁴⁶⁰ Ytterligare en förändring var att en principdeklaration om politiska flyktingars rätt till asyl togs in i lagen med innebörden att politiska flyktingar inte utan synnerliga skäl skulle kunna vägras fristad i Sverige om personen var i behov av en sådan.⁴⁶¹ Det bör i sammanhanget lyftas fram att 1954 även var året som Sverige ratificerade FN:s flyktingkonvention.⁴⁶²

⁴⁵⁶ Prop. 1954:41.

⁴⁵⁷ SOU 1967:18, s. 56.

⁴⁵⁸ Ibid.

⁴⁵⁹ Ibid.

⁴⁶⁰ Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer*, version den 1 oktober 2018 (upplaga 11B), Zeteo, under rubriken inledning, tidigare utlänningslagstiftning, 1954 års utlänningslag.

⁴⁶¹ SOU 1967:18, s. 56 f.

⁴⁶² SÖ 1954:55.

1954 års utlänningslag kom att gälla i 26 år – den 1 juli 1954 till den 1 juli 1980. Under denna tid skedde dock en mängd förändringar. 1969 upprättades Statens invandrarverk (SIV) som gavs uppgiften att ansvara för utlänningsfrågor.⁴⁶³ Reglerna om asyl utökades 1975 genom att bestämmelser om krigsvägrare och s.k. de facto-flyktingar⁴⁶⁴ fördes in i lagen.⁴⁶⁵ Ett antal förändringar skedde även gällande arbetskraftsinvandring. På 1960-talet hade Sverige en hög ekonomisk tillväxt och migranter från främst Finland men även Danmark, Tyskland och Norge kom hit.⁴⁶⁶ Från mitten av 1960-talet blev det vanligare med migranter från medelhavsländerna och då främst Grekland, Italien, Turkiet och dåvarande Jugoslavien. Under samma period gick Sverige in i en ekonomisk lågkonjunktur och ökade i samband med detta åtstramningen av arbetskraftsinvandringen. Många kom till Sverige utan att ha arbete och bostad ordnat vid ankomst. I den samtida debatten hade fackföreningsrörelsen dessutom börjat ifrågasätta behovet av fortsatt arbetskraftsinvandring samt även bl.a. lyft fram risken att invandrare utnyttjades av vissa arbetsgivare. De problem som ansågs uppkomma i spåren av dels omfattningen, dels strukturen kring arbetskraftsinvandringen ledde till att den (utomnordiska arbetskraftsinvandringen) ansågs behövas regleras på ett bättre sätt.⁴⁶⁷ Resultatet blev bl.a. att det framöver skulle krävas att arbete och arbetstillstånd var ordnat *före* inresa i Sverige.⁴⁶⁸

Först 1968 antogs för första gången riktlinjer beträffande den samlade svenska invandringspolitiken.⁴⁶⁹ I propositionen uttalades att Sverige har en skyldighet att ta emot flyktingar men att övrig invandring måste bestämmas med hänsyn till situationen på arbetsmarknaden och till landets möjligheter att erbjuda bostäder, utbildning, sjuk- och hälsovård och social omvårdnad i övrigt.⁴⁷⁰ Det

⁴⁶³ Förordning (1969:137) med instruktion för statens invandrarverk.

⁴⁶⁴ Med de facto-flyktingar avsågs personer som, utan att vara flyktingar, inte ville återvända till hemlandet på grund av de politiska förhållandena där och som kunde åberopa tungt vägande omständigheter till stöd för detta, prop. 1975/76:18 s. 108 och 109. I detta förarbete betonades att vid bedömningen om de facto-flyktingar skulle beviljas tillstånd så skulle nödvändig hänsyn tas till Sveriges möjligheter att ta emot utlänningslag vid sidan om den reglerade invandringen, *ibid.*

⁴⁶⁵ Reglerna fördes in genom ett tillägg till 2 § i 1954 års utlänningslag (SFS 1975: 1358).

⁴⁶⁶ Wadensjö, Eskil, Commentary – Sweden and Scandinavia, s. 302, i *Orrenius, Pia M., Martin, Philip L., och Hollifield, James F., Controlling Immigration: A Global Perspective, Third Edition* [e-book]. Stanford, California: Stanford University Press; 2014.

⁴⁶⁷ SOU 2006:87, s. 86.

⁴⁶⁸ De nya reglerna började gälla den 1 mars 1967. Dessutom infördes en ny utlänningslag och en ny utlänningsförordning som trädde i kraft den 1 juli 1969. För mer historik se exempelvis prop. 1968:142 samt SOU 2006:87.

⁴⁶⁹ Prop. 1968:142. Vissa grundläggande regler för arbetskraftsinvandringen utfärdades redan under perioden 1966-1967.

⁴⁷⁰ Prop. 1968:142 samt prop. 1999/2000:43 19 f. Även i senare förarbeten återkommer beskrivningen av en reglerad invandring som ”en invandring anpassad till främst arbetsmarknads-läget och tillgången till bostäder”, se exempelvis prop. 1981/82:146, s. 49.

talades om att invandringen till Sverige måste kontrolleras för att kunna ”anpassas till landets resurser och politik inom andra områden”. Syftet med detta var att invandrade utlänningar skulle kunna leva på samma standardnivå⁴⁷¹ som den inhemska befolkningen.

Överlag var dock migrationspolitiken på 70-talet restriktiv och det var främst flyktingar och deras familjemedlemmar som släpptes in.⁴⁷² 1975 angavs att de invandrarpolitiska målen var jämlikhet, valfrihet och samverkan och att dessa mål inte fick äventyras genom en invandringspolitik som innebar en oreglerad invandring.⁴⁷³

1954 års utlänningslag ersattes av en ny utlänningslag år 1980⁴⁷⁴. Den nya lagen stämde i stort överens med dess föregångare. Precis som tidigare sköttes den generella utlänningskontrollen formellt genom att regeringen i lagen bemyndigades att föreskriva pass- och tillståndstvång.⁴⁷⁵ 1980 års lag innehöll dock flera viktiga nyheter. Definitionen av begreppet flykting som det framkommer av FN:s flyktingkonvention togs in i utlänningslagen och ersatte det tidigare begreppet ”politisk flykting”, ett kontrollsystem infördes som innebar en möjlighet att överpröva beslut som fattats av polisen om att avvisa utlänningar som åberopat risk för politisk förföljelse,⁴⁷⁶ möjligheterna att som en följd av brott eller ”asocialitet” utvisa flyktingar och andra utländska medborgare som etablerat sig i Sverige begränsades och förfarandet för att hindra utvisningar med anledning av verkställighetshinder ändrades.⁴⁷⁷ Dessutom infördes, det ännu gällande, kravet på att uppehållstillstånd som huvudregel ska

⁴⁷¹ Uttrycket "samma standardnivå" konkretiserades senare till målen *jämlikhet, valfrihet och samverkan*, se prop. 1975:26. Dessa mål skulle enligt propositionen gälla både nordbor och icke nordbor, prop. 1983/84:144, s. 14.

⁴⁷² Wadensjö, Eskil, Commentary – Sweden and Scandinavia, s. 302, i *Orrenius, Pia M., Martin, Philip L., och Hollifield, James F., Controlling Immigration: A Global Perspective, Third Edition* [e-book]. Stanford, California: Stanford University Press; 2014.

⁴⁷³ Prop. 1975:26, s. 14 ff samt s. 60 f.

⁴⁷⁴ Utlänningslag (1980:376).

⁴⁷⁵ Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer*, version den 1 oktober 2018 (upplaga 11B), Zeteo, under rubriken inledning, tidigare utlänningslagstiftning, 1980 års utlänningslag.

⁴⁷⁶ Liksom tidigare hade polismyndigheterna viss rätt att avvisa utländska medborgare även om de åberopade risk för politisk förföljelse. Så var fallet när påståendet ansågs vara ”uppenbart oriktigt”. I 1980 års utlänningslag stadgades dock att beslutet skulle anmälas till Statens invandrarverk (SIV), som omgående skulle ta ställning till påståendet. Om SIV fann att det inte var ”uppenbart oriktigt” skulle verket ta över ärendet. Först om SIV beslutade att inte ta över ett ärende fick polismyndighetens beslut verkställas.

⁴⁷⁷ Enligt den tidigare utlänningslagen kunde en utländsk medborgare i relativt stor utsträckning få ett lagakraftvunnet avlägsnandebeslut upphävt av regeringen efter ansökan. Den möjligheten avskaffades i den nya utlänningslagen när det gällde avvisningsbeslut och beslut om utvisning på grund av avsaknad av pass eller tillstånd att vara i Sverige. En omprövning i dessa fall gjordes möjlig endast om det visade sig finnas politiska hinder mot verkställigheten eller om något

ha sökts och beviljats före inresa.⁴⁷⁸

1980 års lag kom att gälla i nio år innan den ersattes av 1989 års utlänningslag⁴⁷⁹. Under dessa nio år var synen att den utomnordiska invandringen behövde anpassas till Sveriges möjligheter att erbjuda arbete, bostad och social service (inklusive särskilda åtgärder för invandrare såsom svensk- och hemspråksundervisning) vilket bl.a. innebar att arbetskraftsinvandring endast i undantagsfall borde medges. Samtidigt framhölls att flyktingar enligt flyktingkonventionen och anhöriga inom kärnfamiljen skulle undantas från denna restriktiva syn, och ändringar gjordes för att underlätta anhörginvandring.⁴⁸⁰ I samband med dessa ändringar uttalades att invandringspolitiken måste vara underordnad övergripande samhällsmål såsom demokrati, ekonomisk tillväxt, full sysselsättning, ekonomisk, social och kulturell jämlikhet, god arbetsmiljö, jämställdhet mellan kvinnor och män samt medbestämmande i arbetslivet.⁴⁸¹ Samtidigt som det framhölls att de svenska ekonomiska resurserna var begränsade vilket skulle ha betydelse för utformningen av migrationspolitiken betonades dock även att ”en generös flyktingpolitik och familjesammanföringspolitik borde vara självständiga övergripande mål för migrationspolitiken”^{482, 483}

Den efterföljande 1989 års lag syftade främst till en teknisk förenkling samt en förbättring av regelsystemet. Tanken var inte att ändra på grundprinciperna för flykting- och invandringspolitiken även om invandringen av personer med skyddsskäl nu ökade jämfört med tidigare. Reglerna om pass, visering, uppehållstillstånd och arbetstillstånd lämnades i stort sett oförändrade. Asylbegreppet gavs en tydligare definition i 1989 års utlänningslag och dessutom fastslogs att Statens invandrarverk (sedan 1 juli år 2000 känt vid namnet Migrationsverket) skulle vara första instans i alla asylärenden.⁴⁸⁴ 1992 inrättades en ny överinstans – den s.k. Utlänningsnämnden, främst i syfte att minska antalet ärenden som skulle behöva prövas av regeringen.⁴⁸⁵

annat allvarligt verkställighetshinder uppkom, se Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer*, version den 1 oktober 2018 (upplaga 11B), Zeteo, under rubriken inledning, tidigare utlänningslagstiftning, 1980 års utlänningslag.

⁴⁷⁸ En sådan ordning genomfördes med verkan fr.o.m. den 1 april 1981, Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer*, version den 1 oktober 2018 (upplaga 11B), Zeteo, under rubriken inledning, tidigare utlänningslagstiftning, 1980 års utlänningslag.

⁴⁷⁹ Utlänningslag (1989:529).

⁴⁸⁰ Prop. 1983/84:144, s. 131.

⁴⁸¹ Ibid, s. 15.

⁴⁸² Ibid.

⁴⁸³ Ibid, s. 27 f.

⁴⁸⁴ Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer*, version den 1 oktober 2018 (upplaga 11B), Zeteo, under rubriken inledning, tidigare utlänningslagstiftning, 1989 års utlänningslag.

⁴⁸⁵ Prop. 1991/92:30

1989 års utlänningslag gällde t o m den 31 mars 2006. Under dessa år fattades dock flera beslut som kommit att påverka svensk migrationsrätt. År 1997 infördes en portalbestämmelse om att barnets bästa ska beaktas i migrationsärenden, vilken vi återkommer till nedan i kapitel 6 och 7. Dessutom anslöt sig Sverige år 1995 till Europeiska unionen, ett samarbete som behandlas närmare i kapitel 5 nedan.

3.6.2 Nu gällande utlänningslagar

3.6.2.1 Utlänningslag (2005:716)

När den nu gällande utlänningslagen, 2005 års lag⁴⁸⁶, trädde i kraft i mars 2006 var det efter nio år av diskussioner och efter ett flertal statliga utredningar och förslag.⁴⁸⁷ I slutet av 1990-talet hade kritiken mot asyl- och migrationspolitiken och 1989 års utlänningslag börjat växa. Främst handlade kritiken om att de ansvariga myndigheterna – Migrationsverket och Utlänningsnämnden – ansågs tillämpa lagstiftningen mer restriktivt än vad lagstiftaren hade avsett samt att tillämpningen inte uppfattades som rättssäker utan som ”ett asyl-lotteri”.⁴⁸⁸ Syftet med att ta fram en ny lagstiftning ansågs därför vara att skapa förutsättningar för ökad rättssäkerhet vid handläggningen av utlänningsärenden.⁴⁸⁹ Genom 2005 års lag – den åttonde utlänningslagen i ordningen – skedde en stor förändring av *prövningen* av migrationsärenden. I och med den nya lagen förändrades nämligen instansordningen i migrationsärenden genom att Utlänningsnämnden avskaffades till förmån för en domstolsprövning. Härmed infördes bl.a. ett tvåpartsförfarande och möjlighet till muntlig förhandling i andra instans, något som ansågs positivt för en ökad rättssäkerhet.⁴⁹⁰ När det gällde lagens *inhåll* var skillnaderna i relation till 1989 års lag betydligt

⁴⁸⁶ Utlänningslag (2005:716).

⁴⁸⁷ För en översikt se prop. 2004/05:170, framförallt kapitel 3, s. 82 ff. Arbetet kan sägas ha påbörjats i februari 1997 genom att en parlamentarisk kommitté – Kommittén om ny instans- och processordning i utlänningsärenden, NIPU (UD 1997:04), tillsattes av regeringen. Kommittén gavs i uppdrag att bl.a. ta ställning till en ny instans- och processordning vid tillämpning av utlännings- och medborgarskapslagstiftningen samt att göra viss översyn av utlänningslagen. Se även Stern, Rebecca, *Ny utlänningslag under lupp*. Svenska Röda Korset, 2008.

⁴⁸⁸ Stern, Rebecca, *Ny utlänningslag under lupp*. Svenska Röda Korset, 2008, s. 28, Eastmond, Marita och Ascher, Henry, In the Best Interest of the Child? The Politics of Vulnerability and Negotiations for Asylum in Sweden, *Journal of Ethnic and Migration Studies* vol 37, nr 8, 2011, s. 1188, Hedlund, Daniel, Cederborg, Ann-Christin och Zamboni, Mauro, The art of the (im)possible: legislators' experiences of the lawmaking process when reforming migration law, *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 4 nr. 1, 2016, s. 45-63.

⁴⁸⁹ Prop. 2004/05:170. Se även Lagrådet, Ny utlänningslag, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-10-09, s. 2, Lagrådet, Ny instans- och processordning i utlänningsärenden m.m., Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2005-05-09, s. 13 samt Stern, Rebecca, *Ny utlänningslag under lupp*, Svenska Röda Korset, 2008, s. 13.

⁴⁹⁰ Se t.ex. SOU 1999:16 och prop. 2004/05:170. Se även Lagrådet, Ny utlänningslag, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-10-09 och Lagrådet, Ny instans- och processordning i utlänningsärenden m.m., Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2005-05-09.

mindre. Genom 2005 års lag gjordes främst en omstrukturering av bestämmelserna. Den nya utlänningslagen innehöll dock inte några större materiella förändringar – något som föranledde skarp kritik från Lagrådet.

Lagrådet gavs möjlighet att yttra sig vid två tillfällen – 2002 och 2005.⁴⁹¹ Kritiken som lämnades från rådet 2002 ledde nämligen till att förslaget drogs tillbaka. Härefter tillsattes våren 2003 en parlamentarisk kommitté med uppgift att se över utlänningslagstiftningen (Översynsutredningen).⁴⁹² Översynsutredningens uppgift var att gå igenom utlänningslagens materiella bestämmelser och anpassa dem till ett system med överprövning i domstol. Utredningens förslag presenterades i juni 2004 men innebar inte några större förändringar av utlänningslagstiftningen, enbart vissa regleringar – visering, arbetstillstånd och humanitära skäl – gavs en annan utformning än tidigare. När Lagrådet under 2005 fick ett nytt tillfälle att yttra sig var yttrandet därför mest en återupprepning av vad som sagts redan 2002.

Kritiken i de båda yttrandena är närmast identisk, något som också framhålls av Lagrådet i yttrandet från 2005.⁴⁹³ Synpunkterna från Lagrådet rör framförallt två, tätt sammankopplade, frågor; 1) valet av överinstanser, och 2) utformningen av lagstiftningen.

I och med 2005 års lag flyttades överprövningen i migrationsärenden från förvaltningsmyndigheten Utlänningsnämnden till ett fåtal särskilt utpekade allmänna förvaltningsdomstolar. Lagrådet var inte övertygat om att denna lösning var lämplig. Framförallt menade Lagrådet att förändringen hade skett på fel sätt. Istället för att lagstiftaren ställt sig frågan om vad det var som orsakade brister i rättssäkerheten hade politikerna köpt narrativet att det var myndigheternas tillämpning det var fel på.⁴⁹⁴ Lagrådet menade att "[o]m en sådan infallsvinkel [att undersöka vad som orsakade bristerna] hade valts skulle man enligt Lagrådets bedömning sannolikt ha funnit att problemen på området till mycket stor del har sin grund i regleringens utformning och i mindre mån i den nuvarande myndighetsorganisationens uppbyggnad".⁴⁹⁵

⁴⁹¹ Lagrådet, Ny utlänningslag, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-10-09 och Lagrådet, Ny instans- och processordning i utlänningsärenden m.m., Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2005-05-09.

⁴⁹² UD 2003:02.

⁴⁹³ Lagrådet, Ny instans- och processordning i utlänningsärenden m.m., Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2005-05-09. Att yttrandet från 2005 är en upprepning av det från 2002 framgår uttryckligen av det senare av de två, se s. 2 i yttrandet.

⁴⁹⁴ Lagrådet, Ny utlänningslag, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-10-09, s. 2, Lagrådet, Ny instans- och processordning i utlänningsärenden m.m., Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2005-05-09, s. 3 ff.

⁴⁹⁵ Lagrådet, Ny utlänningslag, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-10-09, s. 4.

Lagrådet menade att en flytt av överprövningen till den allmänna förvaltningsdomstolsorganisationen möjligen kunde tänkas bidra till att förbättra *förtroendet* hos allmänheten för handläggningen av utlänningsmålen.⁴⁹⁶ En sådan åtgärd ansågs dock inte kunna leda till att godtagbara rättssäkerhetsgarantier kunde uppnås. Enligt Lagrådet kunde tillämpningen endast bli rättssäker om de *materiella reglerna* i utlänningslagen var utformade på ett sådant vis att rättstillämpningen kunde bli enhetlig och förutsebar.⁴⁹⁷ Den befintliga lagstiftningens konstruktion ansågs dock vara mycket allmänt hållen och ge ”ringa eller ingen vägledning för tillämpningen, som följaktligen under sådana förhållanden inbegriper åtskilligt av lämplighetsbedömningar”.⁴⁹⁸ Lagrådet påtalade att när det t.ex. gällde förutsättningarna för att bevilja uppehållstillstånd var utlänningslagens bestämmelser utformade ”än som fakultativa, än som obligatoriska normer” dessutom förekom ”en mångfald tämligen ospecifika uttryck – såsom synnerliga skäl, särskilda skäl, vägande skäl, tillräckliga skäl och starka skäl”. Utformningen av regleringen ansågs därför av Lagrådet generellt vara sådan ”att de beslutande organen har ett stort spelrum för sina bedömningar även i mycket betydelsefulla avseenden”.⁴⁹⁹

Lagrådet menade att detta stora utrymme för lämplighetsbedömningar hittills hade hanterats genom att den materiella regleringen kompletterats av regeringsförfordningar, myndighetsföreskrifter och rikhaltig praxis. Utvecklingen av praxis hade hittills utvecklats ”under visst samspel mellan regeringen och handläggande myndigheter” vilket ansågs hänga samman med ”sakfrågornas karaktär och deras ibland politiska betydelse”. Regeringen hade alltså hittills haft möjlighet att påverka tillämpningen, även i enskilda fall. Lagrådet menade att om lagen skulle lämnas över till domstolsprövning i befintligt skick skulle det kunna medföra problem eftersom lämplighetsbedömningarna fortfarande fanns kvar och krävde överväganden och bedömningar som inte enbart kunde ske på rättslig grund. Lagrådet ansåg därför att en förändring av instansordningen även krävde en väsentlig uppstramning av lagstiftningen. Om så inte skedde ansåg Lagrådet inte att lagstiftningen var lämpad att använda i domstol om ”den principiella gränsen mellan beslutsfattande i administrativ ordning och dömande verksamhet skulle upprätthållas”.⁵⁰⁰

Sammanfattningsvis menade Lagrådet att även om det i och för sig var ett vällovligt initiativ att försöka öka rättssäkerheten i migrationsärenden så var det inte realistiskt att så skulle ske genom att ändra instansordningen utan att

⁴⁹⁶ Lagrådet, Ny instans- och processordning i utlänningsärenden m.m., Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2005-05-09, s. 11 f.

⁴⁹⁷ Ibid, s. 3.

⁴⁹⁸ Lagrådet, Ny utlänningslag, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-10-09, s. 4 f.

⁴⁹⁹ Ibid, s. 7 f.

⁵⁰⁰ Lagrådet, Ny instans- och processordning i utlänningsärenden m.m., Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2005-05-09, s. 3 ff.

se över utformningen av utlänningslagens bestämmelser.⁵⁰¹ Trots Lagrådets kritik skedde dock ingen större förändring av det materiella regelverket.

Inte heller Lagrådets invändningar mot valet av allmänna förvaltningsdomstolar som överinstanser ledde någonstans. Lagrådet förespråkade i sina yttranden en lösning med mer specialiserade organ, då rådet ansåg att de allmänna förvaltningsdomstolarna var ”för allmänna” för att hantera ett område där så stora specialkunskaper krävdes.⁵⁰² Lagstiftaren höll dock fast vid den föreslagna lösningen och som nämnts ovan sker överprövning av Migrationsverkets beslut sedan 2006 hos särskilt utpekade förvaltningsrätter (Stockholm, Göteborg, Luleå och Malmö) samt i sista hand hos Kammarrätten i Stockholm som är utsedd till Migrationsöverdomstol.⁵⁰³

Förändringar och omstruktureringar sker fortsatt av 2005 års utlänningslag som ännu är i kraft, exempelvis har en mängd förändringar genomförts i syfte att anpassa lagen till olika EU-direktiv. En helhetsöversyn av lagstiftningen har dock ännu inte genomförts.

Någon egentlig förändring i fråga om uppfattningen att migrationen behöver regleras skedde inte genom 2005 års lag. I förarbeten till lagen framhölls i och för sig att ”[d]et är av största vikt att kontakter mellan människor i olika länder underlättas. Det gäller såväl i fråga om släktkontakter som kommersiella och kulturella förbindelser på olika plan. Det övergripande målet måste därför vara att skapa så stor frihet för rörelser över gränserna som möjligt”, uttalandet fortsätter dock med orden ”[m]ot önskemålet om fri rörlighet måste emellertid ställas nödvändigheten av att upprätthålla den reglerade invandring som vi har”.⁵⁰⁴

⁵⁰¹ Ibid, s. 11 f.

⁵⁰² Lagrådet menade bl.a. att kraven på länderkunskap och kännedom om internationella rättsförhållanden i utlänningsärenden borde ha fått bli utslagsgivande vid valet av organisatorisk lösning, Lagrådet, Ny utlänningslag, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-10-09, s. 4 f, Lagrådet, Ny instans- och processordning i utlänningsärenden m.m., Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2005-05-09, s. 3 ff. Dessutom upplevde Lagrådet det ”särskilt udda” att utpeka en kammarrätt (Kammarrätten i Stockholm) till högsta instans och därmed till ansvarig för prejudikatbildningen på utlänningsrättens område. Detta då kammarrätter inte fungerar som prejudikatinstanser i andra måltyper, Lagrådet, Ny utlänningslag, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-10-09, s. 6.

⁵⁰³ 16 kap. 1 § utlänningslag (2005:716) angående Migrationsöverdomstolen, 6 § Förordning (1977:937) om allmänna förvaltningsdomstolars behörighet m.m. angående migrationsdomstolarna.

⁵⁰⁴ Prop. 2004/05:170, s. 160.

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

År 2015 sökte 162 877 personer asyl i Sverige.⁵⁰⁵ Det var en dubbling mot antalet asylsökande året före (81 301 personer) och en stor ökning jämfört med det snitt på runt 25 000 asylsökande som varit normen under perioden 2000-2010, dvs. perioden före det att kriget i Syrien bröt ut.⁵⁰⁶

Med motiveringen att antalet asylsökande som sökt sig till Sverige inneburit stora påfrestningar på det svenska asylsystemet och att andra centrala samhällsfunktioner utsatts för stor belastning drev regeringen under vintern 2015 och våren 2016 igenom ett flertal åtgärder i syfte att ”skapa ett andrum för svenskt flyktingmottagande” genom att kraftigt minska antalet asylsökande, samtidigt som kapaciteten i mottagandet och etableringen skulle förbättras.⁵⁰⁷ Dels infördes ID-kontroller innebärandes att personer som inte kunde uppvisa en giltig id-handling nekades att resa till Sverige med buss och tåg från Danmark samt vid vissa båtresor till Sverige,⁵⁰⁸ dels återinfördes gränskontroller gentemot andra Schengenländer.⁵⁰⁹ Något Sverige fått kritik för från Europaparlamentet.⁵¹⁰ Ytterligare en åtgärd var införandet av lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (tillfälliga lagen). Regeringen anförde att det svenska migrationsrättsliga regelverket var mer generöst än vad som krävdes enligt EU-rätten och att regelverket därför tillfälligt skulle anpassas till miniminivån enligt EU-rätten och internationella konventioner i syfte att få fler asylsökande att välja att söka asyl i andra medlemsstater.⁵¹¹

⁵⁰⁵ Migrationsverket, Statistik månad för månad 2015, Inkomna ansökningar om asyl, tillgänglig via <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Statistik/Oversikter-och-statistik-fran-tidigare-ar/2015.html>.

⁵⁰⁶ Migrationsverket, Översikter och statistik från tidigare år, Översikter och tidsserier, Asylsökande till Sverige 2000–2018, tillgänglig via <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Statistik/Asyl.html>.

⁵⁰⁷ Se ”Regeringen föreslår åtgärder för att skapa andrum för svenskt flyktingmottagande”, <https://www.regeringen.se/artiklar/2015/11/regeringen-foreslar-atgarder-for-att-skapa-andrum-for-svenskt-flyktingmottagande/>, publicerad 24 november 2015.

⁵⁰⁸ Lagen (2015:1073) om särskilda åtgärder vid allvarlig fara för den allmänna ordningen eller den inre säkerheten i landet.

⁵⁰⁹ Gränskontrollerna infördes den 12 november 2015 men har därefter förlängts upprepade gånger, se <https://www.regeringen.se/artiklar/2015/11/regeringen-beslutar-att-tillfalligt-aterinfora-gransk kontroll-vid-inre-grans/> samt <https://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2019/05/fortsatt-gransk kontroll-vid-inre-grans/>, senast använda 5 augusti 2019.

⁵¹⁰ European Parliament resolution of 30 May 2018 on the annual report on the functioning of the Schengen area (2017/2256(INI)), tillgänglig via <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2018-0228>, senast använd 22 augusti 2018.

⁵¹¹ Prop. 2015/16:174, s. 21.

Den tillfälliga lagen, som kritiserades av samtliga remissinstanser samt av Lagrådet,⁵¹² började gälla den 20 juli 2016 och var i sin utformning begränsad att gälla till och med den 19 juli 2019.⁵¹³ Genom en lagändring förlängdes lagen och gäller nu fram till 19 juli 2021.⁵¹⁴ Lagen ersätter inte 2005 års lag utan fungerar som en kompletterande lagstiftning. Bestämmelserna i den tillfälliga lagen har dock företrädde framför utlänningslagens bestämmelser.⁵¹⁵

I och med den tillfälliga lagen inskränks möjligheterna att bevilja uppehållstillstånd pga. skyddsbehov genom att grunden övrig skyddsbehövande inte tillämpas. Dessutom beviljas endast tillfälliga uppehållstillstånd till flyktingar samt alternativt skyddsbehövande istället för permanenta tillstånd vilket sedan 1980-talet varit huvudregeln vid konstaterat skyddsbehov.⁵¹⁶ Utöver skärpingarna gällande skyddsbehövande innebär lagen även att det blivit svårare att beviljas uppehållstillstånd av humanitära skäl samt att rätten till familjeåterförening begränsats.⁵¹⁷ Båda dessa inskränkningar har dock gjorts med förbehåll om att svenska konventionsåtaganden måste respekteras vilket kan innebära att uppehållstillstånd i dessa situationer ändå måste beviljas.⁵¹⁸

3.6.3 Kompletterande beslut som nödlösningar

2016 års tillfälliga lag är inte första gången i historien som en tidsbegränsad, kompletterande, särreglering antagits. Så har skett flera gånger förr, dels i syfte att begränsa antalet personer som kan beviljas tillstånd, dels i syfte att underlätta beviljandet av tillstånd till personer som inte (tydligt) omfattats av ordinarie lagstiftning. Vissa av åtgärderna har kallats för amnestier, gemensamt för dem är att de antagits i syfte att hantera olika uppkomna situationer – inte sällan i syfte att förenkla handläggningen för myndigheterna, men även

⁵¹² Samtliga remissvar finns publicerade på regeringens hemsida, se <https://www.regeringen.se/remiss/2016/02/remiss-av-begransningar-av-mojligheten-att-fa-uppehallstillstand-i-sverige/>. För Lagrådets kommentarer se Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2016-04-20. Lagrådet kritiserade bl.a. att förslagen tagits fram i hast samt att vägledningen till rättstillämpare var knapphändig. Lagrådet menade vidare att det skulle vara svårt för Migrationsverket och för migrationsdomstolarna att i enskilda ärenden bedöma om den miniminivå som lagts fast i den tillfälliga lagen skulle tillämpas, eller om säkerhetsventilen i stället aktualiseras.

⁵¹³ Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, Övergångsbestämmelser, punkt 5.

⁵¹⁴ SFS 2019:481.

⁵¹⁵ 1 kap. 1 a § utlänningslagen.

⁵¹⁶ För mer om hur permanenta uppehållstillstånd blev huvudregel, se exempelvis Historien om när Sverige gick från TUT till PUT som huvudregel för skyddsbehövande – eller: konsten att nu gå bakåt i historien..., <https://louisedane.wordpress.com/2015/10/17/historien-om-nar-sverige-gick-fran-tut-till-put-som-huvudregel-for-skyddsbehovande-eller-konsten-att-ga-bakat-i-historien/>, publicerad 17 oktober 2015.

⁵¹⁷ Mer om detta nedan i kapitel 9, 10 och 11.

⁵¹⁸ 11 och 13 §§ lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

i syfte att verka avskräckande eller rent av hindra människor från att ta sig fram till Sverige.

I februari 1976 fattade regeringen t.ex. ett beslut som kom att kallas för ”det första nollställningsbeslutet”. Bakgrunden till beslutet var att ett ökat antal syrianer/assyrier sökt sig till Sverige från Turkiet. Även om personerna inte ansågs uppfylla de kriterier som enligt dåvarande lag uppställdes för att anses som flyktingar ansågs deras situation mycket svår. Regeringen beslutade därför att samtliga turkiska assyrier/syrianer som rest in i Sverige före den 26 februari 1976 skulle beviljas uppehållstillstånd. Kort härpå infördes visumtvång gentemot Turkiet. Visumtvånget gav dock inte den effekt som var tänkt och fler assyrier/syrianer anlände till Sverige under året. I november 1976 beslutade regeringen om ett andra nollställningsbeslut. 1979 fattades ytterligare ett partiellt nollställningsbeslut om anhöriginvandring.⁵¹⁹

Tio år senare, 1989, skedde flera stora migrationsrättsliga händelser, en ny utlänningslag antogs och en omorganisation av dåtidens Migrationsverk, Invandrarverket, skedde. I samband med dessa händelser meddelade regeringen strax före nyår 1988 den s.k. *amnestiregeln* som innebar att personer som ansökt om asyl före den 1 januari 1988 skulle få stanna i Sverige.⁵²⁰ I maj 1989 meddelade regeringen den s.k. *barnpraxisen*, vilken innebar att familjer med minst ett barn under 17 år som ansökt om uppehållstillstånd och vid lagens ikraftträdande väntat i mer än ett år på ett laga kraftvunnet beslut skulle få stanna om inte övervägande skäl talade däremot.⁵²¹ Skälen för regeringens undantagsåtgärder var främst organisatoriska och tänkta att underlätta för personalen vid invandrarverket. Regeringen betonade att ”[D]et var viktigt att den nya lagen skulle kunna träda i kraft sommaren 1989 som planerat utan att Invandrarverket och regeringen var belastade av ett alltför stort antal gamla ärenden”.⁵²²

Den 13 december 1989 fattades ett beslut i syfte att minska antalet personer som beviljades uppehållstillstånd pga. skyddsbehov. Luciabeslutet – som det kommit att kallas – innebar att endast personer som uppfyllde kraven enligt FN:s flyktingkonvention och personer ”som i övrigt [hade] särskilt starka skyddsbehov” skulle beviljas asyl i Sverige.⁵²³ Förändringen innebar att det

⁵¹⁹ SOU 1982:49, s. 128 f.

⁵²⁰ Pressmeddelande Arbetsmarknadsdepartementet, Nr 31, 1988-12-28, se SOU 1994:54 s. 54.

⁵²¹ Pressmeddelande Arbetsmarknadsdepartementet, Nr 8, 1989-05-31, Skr. 1989/90:68, s. 30 f. och SOU 1994:54 s. 55. Se även Andersson, Hans E., Spänningen mellan Barnkonventionen och den reglerade invandringen i Andersson, Hans E. (red.), *Mellan det förflutna och framtiden: asylsökande barns välfärd, hälsa och välbefinnande*, Centrum för Europaforskning, Göteborgs universitet (CERGU), Göteborg, 2010, s. 39-62, s. 44 ff.

⁵²² Pressmeddelande Arbetsmarknadsdepartementet, Nr 31, 1988-12-28.

⁵²³ Beslutet finns presenterat i riksdagens protokoll 1989/90:46.

inte längre var möjligt att beviljas asyl som krigsvägrare eller de facto-flykting, om inte särskilt starka skyddsbehov förelåg. Luciabeslutet gällde fram till den 19 december 1991 då det revs upp av den ny tillträdde borgerliga regeringen.⁵²⁴

Den 1 januari 1992 började Utlänningsnämnden, en ny överinstans, sitt arbete. Inför nämndens uppstart hade regeringen antagit två undantagsbeslut som kallats *treterminsregeln* respektive *tidsförordningen*.⁵²⁵ Tidsförordningen innebar att barnfamiljer (i detta fall familjer med barn som var mellan sex och arton år) som den 1 januari 1992 väntat i mer än 12 månader på ett slutligt beslut i sitt ärende skulle beviljas uppehållstillstånd om inte särskilda skäl talade däremot.⁵²⁶ Detsamma gällde för vuxna utlänningar med skillnaden att dessa behövde ha väntat på beslut i 18 månader.⁵²⁷ Treterminsregeln, som fördes in i utlänningsförordningen, innebar att om ett beslut omfattade ett barn som vid beslutstillfället gått minst tre terminer i svensk skola, förskola eller liknande, sedan ansökan gjordes kunde familjen beviljas uppehållstillstånd förutsatt att särskilda skäl inte talade däremot.⁵²⁸

Tidsförordningen och treterminsregeln var förknippade med att Utlänningsnämnden inrättades men hörde även ihop med att regeringen hade ändrat praxis gällande betydelsen av vistelse i Sverige i väntan på beslut. Tidigare hade en praxis tillämpats där tider överstigande arton månader ansågs tillräckligt för att bevilja uppehållstillstånd om inte särskilda skäl talade mot det. Syftet med tidsförordningen och dess karaktär av övergångsregler var att tillgodose de rättssäkerhetsaspekter och rättvisespörsmål som uppkom i och med denna ändrade praxis. Treterminsregeln motiverades med att det fortsatt krävdes särskild hänsyn till vistelse när det gällde barnfamiljer.⁵²⁹ Treterminsregeln gällde dock endast fram till utgången av november 1992.⁵³⁰

Samma år, 1992, var antalet asylsökande 84 018 personer – det dittills högsta antalet genom historien – varav 83 % kom från forna Jugoslavien.⁵³¹ I oktober

⁵²⁴ Protokoll 1991/92:49.

⁵²⁵ SFS 1991:1998 och SFS 1991:1999. Se även prop. 1996/97:25, s. 152.

⁵²⁶ Se Andersson, Hans E., Spänningen mellan Barnkonventionen och den reglerade invandringen i Andersson, Hans E. (red.), *Mellan det förflutna och framtiden: asylsökande barns välfärd, hälsa och välbefinnande*, Centrum för Europaforskning, Göteborgs universitet (CERGU), Göteborg, 2010, s. 39-62, s. 45 f.

⁵²⁷ Förordningen (1991:1999) om uppehållstillstånd i vissa utlänningsärenden och regeringens förordningsmotiv 1991:8, se även SOU 1993:120, s. 27.

⁵²⁸ Treterminsregeln fördes in i dåvarande utlänningsförordningens 3 kap. 4 a §, SFS 1991:1998.

⁵²⁹ Regeringens förordningsmotiv 1991:8, prop. 1990/91:195, prop. 1991/92:30, SOU 1990:79 och prop. 1996/97:25 s. 152.

⁵³⁰ SFS 1991:1998 och regeringens förordningsmotiv 1992:6.

⁵³¹ Migrationsverket, Asylsökande till Sverige 1984–1999, tillgänglig via <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Statistik/Asyl.html>.

1992 införde regeringen ett viseringstvång gentemot Serbien och Montenegro.⁵³² Samtidigt infördes en viseringsfrihet gentemot medborgare från Bosnien-Hercegovina. Under våren 1993 minskade antalet asylsökande från Serbien och Montenegro medan antalet asylsökande från Bosnien-Hercegovina ökade. När regeringen i juni 1993 fattade ett beslut om att skyddsbehövande bosnier som sökt asyl i Sverige som regel skulle beviljas permanenta uppehållstillstånd fattades dock samtidigt ett beslut om att införa visumtvång gentemot medborgare i Bosnien-Hercegovina i syfte att minska antalet asylsökande.⁵³³ Senare under samma år lade regeringen ett förslag om att utöka flyktingkvoten från 1800 personer till 6000 personer.⁵³⁴

Den 14 april 1994 beslutade regeringen om en förordning som innebar att familjer som sökt asyl före den 1 januari 1993 och där minst en person då varit under 18 år skulle beviljas uppehållstillstånd om inte särskilda skäl talade däremot.⁵³⁵ Bakgrunden till förordningen var att det fanns ett stort antal barnfamiljer som vistats i Sverige under ett och ett halvt år eller mer där det ansågs uppenbart att barnen hade integrerats i det svenska samhället.⁵³⁶ I förarbetena framhölls att de nackdelar med speciella tidsregler som fanns inte fick hindra att det i vissa situationer ändå var rimligt att använda sig av sådana av humanitära skäl.⁵³⁷

När 2005 års utlänningslag antogs, och överprövningen av Migrationsverkets beslut flyttades till domstolar, var det åter dags för nya undantagsregler. Inför nedläggningen av Utlänningsnämnden initierades en omfattande kampanj för en generell flyktingamnesti.⁵³⁸ Någon sådan blev det dock inte, däremot antog riksdagen en tillfällig lag om verkställighetshinder som kom att gälla mellan den 15 november 2005 och 31 mars 2006, då den nya utlänningslagen trädde i kraft.⁵³⁹ I och med den tillfälliga lagen gavs Migrationsverket möjlighet att under vissa förutsättningar bevilja uppehållstillstånd om det i ett ärende om verkställighet framkom nya omständigheter. Målgruppen för lagen var i första hand barnfamiljer som vistades i Sverige utan tillstånd. När den särskilda

⁵³² Se riksdagens protokoll 1991/92:4 där riksdagen informerades om regeringens beslut.

⁵³³ Prop. 1993/94:51, s. 2, 4 och 9.

⁵³⁴ Ibid.

⁵³⁵ Regeringens förordningsmotiv 1994:1. Regeringens beslut den 14 april 1994 bedömdes leda till att drygt 20 000 personer, varav nästan hälften barn, skulle komma att få permanent uppehållstillstånd i Sverige, se kompletteringspropositionen prop. 1993/94:150 bil. 11, s. 3-4.

⁵³⁶ Prop. 1996/97:25, s. 153. De långa väntetiderna berodde i många fall på att ärendena legat vilande under längre eller kortare perioder i avvaktan på att situationen i hemlandet skulle klarna och alltså inte på otillräckliga resurser hos migrationsmyndigheterna, se prop. 1996/97:25, s. 153 f.

⁵³⁷ Regeringens förordningsmotiv 1994:1.

⁵³⁸ Det s.k. påskuppropet, se exempelvis <https://www.skr.org/vart-arbete/migration-och-integration/opinion-migration/>.

⁵³⁹ Bet. 2005/06:SfU5, rskr 2005/06:10. Lagen trädde i kraft genom att 2 kap. 5 b § i den gamla utlänningslagen fick en ny lydelse.

prövningen av ärenden enligt lagen avslutades den 1 oktober 2006 hade den gett upphov till 17 300 tillstånd. I gruppen barnfamiljer med längre vistelsetid samt för personer vars beslut om avlägsnande inte hade kunnat verkställas hade närmare 90 procent fått bifall på sina ansökningar.⁵⁴⁰

Att politiker på detta vis återkommande gjorde ändringar för att å ena sidan ta hänsyn till barn och å andra sidan upprätthålla en reglerad invandring ansågs leda till ett överskådligt och inkonsekvent system.⁵⁴¹ När 2005 års utlänningslag arbetades fram tycks tanken ha varit att få ett stopp på tidsförordningarna.⁵⁴²

År 2015, när antalet asylsökande åter ökade, ledde det dock som nämnts ovan fram till en ny kompletterande utlänningslagstiftning. I tillägg till denna lagstiftning beslutades även om att införa en lag om särskilda åtgärder vid allvarlig fara för den allmänna ordningen eller den inre säkerheten i landet.⁵⁴³ Lagen, som trädde i kraft den 21 december 2015, gav regeringen befogenhet att (genom förordning) meddela att ID-kontroller ska genomföras vid buss-, tåg-, eller passagerarfartygstransporter som sker till Sverige från ett annat land.⁵⁴⁴ Med stöd av lagen beslutade regeringen (genom upprepade beslut) att sådana ID-krav skulle gälla mellan Danmark och Sverige under perioden 4 januari 2016 - 4 maj 2017.⁵⁴⁵

De senaste exemplen på beslut som fattats i syfte att ge ökade möjligheter till uppehållstillstånd – pga. konsekvenser som uppstått av annan lagstiftning eller praxis är de regler om uppehållstillstånd pga. gymnasiestudier⁵⁴⁶ som riksdä-

⁵⁴⁰ Stern, Rebecca, *Ny utlänningslag under lupp*. Svenska Röda Korset, 2008, s. 44.

⁵⁴¹ Andersson, Hans E., Spänningen mellan Barnkonventionen och den reglerade invandringen i Andersson, Hans E. (red.), *Mellan det förflutna och framtiden: asylsökande barns välfärd, hälsa och välbefinnande*, Centrum för Europaforskning, Göteborgs universitet (CERGU), Göteborg, 2010, s. 39-62, s. 46.

⁵⁴² Ibid samt prop. 1996/97:25, s. 253.

⁵⁴³ Lag (2015:1073) om särskilda åtgärder vid allvarlig fara för den allmänna ordningen eller den inre säkerheten i landet.

⁵⁴⁴ Lagen upphörde att gälla 21 december 2018, se punkt 2 i övergångsbestämmelserna i lag (2015:1073) om särskilda åtgärder vid allvarlig fara för den allmänna ordningen eller den inre säkerheten i landet.

⁵⁴⁵ Förordning (2015:1074) om vissa identitetskontroller vid allvarlig fara för den allmänna ordningen eller den inre säkerheten i landet, Förordning (2016:723) om vissa identitetskontroller vid allvarlig fara för den allmänna ordningen eller den inre säkerheten i landet, Förordning (2016:946) om vissa identitetskontroller vid allvarlig fara för den allmänna ordningen eller den inre säkerheten i landet, Förordning (2017:16) om vissa identitetskontroller vid allvarlig fara för den allmänna ordningen eller den inre säkerheten i landet.

⁵⁴⁶ Reglerna gällde för studier i gymnasieskolan, gymnasiesärskolan, annan motsvarande utbildning, eller studier på heltid på en sammanhållen yrkesutbildning inom den kommunala vuxenutbildningen eller den särskilda utbildningen för vuxna, 16 f § Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige genom lagändring SFS 2018:756.

gen beslutade om i maj 2017 och juni 2018.⁵⁴⁷ När 2016 års tillfälliga lag arbetades fram var regeringens inställning att den som utgångspunkt inte skulle tillämpas för barn och barnfamiljer som sökt asyl i Sverige senast den 24 november 2015 (det datum då regeringen utlyste nyheten om den tillfälliga lagen).⁵⁴⁸ Enligt 2016 års tillfälliga lag skulle således barn och barnfamiljer få sina asylansökningar prövade enligt den ordinarie utlänningslagen – så länge minst ett barn i familjen fortfarande var under 18 år när Migrationsverket prövade asylansökan.⁵⁴⁹ Som en följd av de långa handläggningstider som uppkom efter 2015 hann många av dem som kom till Sverige som ensamkommande barn (innan aviseringen den 24 november 2015) dock bli vuxna innan Migrationsverket fattat ett beslut i deras asylärende. Detta fick följden att de dels prövades som vuxna, dels att de prövades enligt 2016 års tillfälliga lag istället för den ordinarie 2005 års lag. Därmed försämrades deras möjligheter att beviljas uppehållstillstånd i Sverige mer än vad lagstiftaren avsett. Mot denna bakgrund ansåg regeringen att det var angeläget att åtgärder vidtogs för att förbättra situationen för denna grupp.⁵⁵⁰ Utöver de 2017 införda ökad möjligheterna att beviljas tillstånd pga. gymnasiestudier infördes därför i juni 2018 en möjlighet som innebar att utlänningar som sökt asyl senast den 24 november 2015, som fått eller annars skulle få ett beslut om utvisning som fattats efter 15 månaders väntetid eller mer (dock tidigast beslutat den 20 juli 2016), och som vid beslutstillfället fyllt eller skulle ha fyllt 18 år, kunde få ett tidsbegränsat uppehållstillstånd för studier på gymnasienivå.⁵⁵¹ En ansökan fick bara göras vid ett tillfälle och endast under perioden 1 juli 2018 - 30 september 2018.⁵⁵²

⁵⁴⁷ Prop. 2016/17:133, Socialförsäkringsutskottets betänkande 2016/17:SfU19 samt prop. 2017/18:252 och Finansutskottets betänkande 2017/18:FiU49. Redan i förarbeten till den tillfälliga lagen angavs att regeringen skulle utveckla en möjlighet att bevilja uppehållstillstånd till ungdomar som studerar på gymnasial nivå eftersom det ansågs positivt att uppmuntra studier, Prop.2015/16:174, s. 59. Den 1 juni 2017 började således regler gälla som gav möjlighet att bevilja längre uppehållstillstånd kopplat till studier i gymnasieskolan eller, i vissa fall, ett uppehållstillstånd med studierna som själva grunden för tillstånd, *Lag (2017:352)*.

⁵⁴⁸ Se bl.a. prop. 2017/18:252, s. 22.

⁵⁴⁹ Se punkt 2 i övergångsbestämmelserna till lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige. Jag skriver om denna möjlighet som att den inte längre finns då det nu snart gått 4 år sedan den 24 november 2015 vilket inte gör det särskilt troligt att det fortfarande finns ärenden som väntar på en första prövning.

⁵⁵⁰ Prop. 2017/18:252, s. 22.

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² *Ibid* samt 16 f § lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige genom lagändring SFS 2018:756. När bestämmelsen började tillämpas uppstod problem. Flera domar meddelades under kort tid där olika domare i migrationsdomstolarna ansåg att lagen inte kunde tillämpas. Dels anfördes att regeringsformens krav på beredning inte var uppfyllt, dels anfördes att det låga identiteskrav som angavs i lagen skulle vara i strid med EU-rätt. Migrationsöverdomstolen i sin tur underkände båda dessa invändningar och fastslog att lagen kunde tillämpas, se MIG 2018:17 (angående det sänkta beviskravet avseende sökandens identitet) samt MIG 2018:18 (angående beredningen av lagstiftningsärendet).

De utökade möjligheter till uppehållstillstånd som beviljats för den grupp som kom till Sverige som ensamkommande barn var därmed till stor del ett försök att komma till rätta med konsekvenser som uppstått i spåren av de åtgärder som beslutades under hösten 2015.⁵⁵³

Det är tydligt att den svenska lagstiftaren genom åren har vidtagit olika åtgärder i syfte att försöka hitta en balans mellan en mer tillåtande och en mer restriktiv migrationspolitik. Samtidigt får konstateras att utrymmet för att besluta om olika åtgärder i allt större utsträckning kommit att påverkas av Sveriges folkrättsliga och EU-rättsliga åtaganden. När den tillfälliga lagen beslutades kunde t.ex. enbart den nationella skyddsgruppen ”övrig skyddsbehövande” begränsas bort vilket gjorde att detta nya försök till inskränkning av antalet personer som skulle beviljas asyl fick betydligt mer begränsat genomslag än som var fallet med det s.k. Luciabeslutet – vilket fattades före det att Sverige var tvunget att förhålla sig till EU-rätten. I förarbeten till den tillfälliga lagen framkommer tydligt att även om syftet med lagen är att begränsa antalet asylsökande så ska reglerna förhålla sig till EU-rätten (och dess minimikrav). Direkt i lagtexten framkommer även att konventionsåtaganden ska respekteras. Förbehållet om att beakta konventionsåtaganden är en påminnelse om att migrationsrätten består av mer än endast den svenska utlänningslagstiftningen.

3.7 Migrationsrättens splittrade själ – en utmaning

Redan utifrån vad som presenterats hittills i avhandlingen är det tydligt att migrationsrätten måste förstås som ett rättsområde som rymmer såväl ett syfte att skydda (individens) mänskliga rättigheter som ett syfte att skydda en stats suveränitet att besluta vem och vilka som är välkomna in i staten. Detta innebär enligt min mening att det inte är lämpligt att prata om exempelvis migrationsrätt och barnrätt som skilda fenomen, jag menar istället att barns (och vuxnas) mänskliga rättigheter måste uppfattas som att de *ingår* i migrationsrätten.

Det är inte särskilt svårt att tänka sig att det innebär en utmaning för lagstiftaren att utforma en lagstiftning som å ena sidan upprätthåller en reglerad invandring och å andra sidan skyddar och respekterar internationella överenskommelser om mänskliga rättigheter.⁵⁵⁴ Uppgiften försvåras av att migrations-

⁵⁵³ Prop. 2017/18:252, se exempelvis s. 22.

⁵⁵⁴ Lundberg, Anna, Barns bästa som överordnad princip och rättslig praktik: en jämförande undersökning av asylbeslut i norsk och svensk utlänningsförvaltning, *Juridisk tidskrift*, nr. 4 2011, s. 773.

rätten inte helt och hållet ägs av den svenska lagstiftaren. Flera lagstiftare påverkar migrationsrättens utveckling eftersom rättsområdet består av juridik på flera nivåer; internationell, regional och nationell.

Migrationsrättsliga källor utanför den svenska nationella rätten begränsar lagstiftarens möjligheter att reglera migration men har även betydelse för rättstillämparen. När ett enskilt fall ska beslutas är det nämligen rättstillämparens (beslutsfattare eller domares) uppgift att avgöra om en person ska tillåtas vistelse i Sverige eller inte. Vid beslutsfattandet behöver rättstillämparen beakta samtliga omständigheter i målet och jämföra detta med gällande rätt. I begreppet gällande rätt ryms självklart den svenska nationella utlänningslagstiftningen men även andra rättskällor kan behöva beaktas och värderas av rättstillämparen.

För att avgöra migrationsrättens innebörd i ett specifikt fall behövs således kunskap om dels det nationella regelverk som reglerar invandring, dels de folkrättsliga, EU-rättsliga och mellanstatliga samarbeten och överenskommelser Sverige ingått. Härutöver krävs kunskap om hur de senare kommit att tolkas av till dem knutna domstolar och kommittéer.

I de kapitel som nu följer undersöks vad Europakonventionen, EU-rätten och barnkonventionen innebär för migranternas rättighetsskydd samt hur dessa regelverk påverkar den svenska migrationsrätten. Kapitlen är ett försök att visa på hur den simultana utvecklingen hos lagstiftare och rättstillämpare lett till den migrationsrätt vi har att förhålla oss till idag.

4 Europakonventionen och utvecklingen av dess rättighetsskydd för migranter

4.1 Inledning

Europakonventionen antogs formellt den fjärde november 1950 av ministrar från Belgien, Danmark, Frankrike, Island, Irland, Italien, Luxemburg, Nederländerna, Norge, Turkiet, Förenade kungariket och Västtyskland.⁵⁵⁵ Av konstitutionella skäl kunde Grekland och Sverige inte anta konventionen vid detta tillfälle.⁵⁵⁶ Sverige signerade istället konventionen den 28 november 1950 och ratificerade densamma den fjärde februari 1952.⁵⁵⁷ Europakonventionen trädde i kraft 3 september 1953.⁵⁵⁸ Konventionen är en s.k. slutna konvention vilket innebär att den endast kan tillträdas av stater som är medlemmar av Europarådet.⁵⁵⁹ Samtliga medlemsstater i Europarådet – 47 länder⁵⁶⁰ – har idag ratificerat Europakonventionen.⁵⁶¹

⁵⁵⁵ Se den ursprungliga konventionen, Rom den 4 november 1950, tillgänglig via http://www.echr.coe.int/Documents/Collection_Convention_1950_ENG.pdf. Se även Simpson, A. W. Brian., *Human Rights and the End of Empire [Elektronisk resurs]: Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 753, samt Dembour, Marie-Bénédicte, *When humans become migrants: study of the European Court of Human Rights with an Inter-American counterpoint*, 2015, s. 41, not 26.

⁵⁵⁶ Simpson, A. W. Brian., *Human Rights and the End of Empire [Elektronisk resurs]: Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 753.

⁵⁵⁷ För Sveriges ratificering se prop. 1951:165, rskr 1951:251.

⁵⁵⁸ Då hade kravet i dåvarande artikel 66 på tio ratificerande stater uppfyllts, se den ursprungliga konventionen, Rom den 4 november 1950, tillgänglig via http://www.echr.coe.int/Documents/Collection_Convention_1950_ENG.pdf.

⁵⁵⁹ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 20.

⁵⁶⁰ Albanien, Andorra, Armenien, Azerbajdzjan, Belgien, Bosnien och Hercegovina, Bulgarien, Cypern, Danmark, Estland, Finland, Frankrike, Georgien, Grekland, Irland, Island, Italien, Kroatien, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Makedonien, Malta, Moldavien, Monaco, Montenegro, Nederländerna, Norge, Polen, Portugal, Rumänien, Ryssland, San Marino, Schweiz, Serbien, Slovakien, Slovenien, Spanien, Storbritannien, Sverige, Tjeckien, Turkiet, Tyskland, Ukraina, Ungern och Österrike. Av de europeiska staterna är det endast Vitryssland som inte är medlem. Vatikanen är inte heller medlem men har observatörsstatus.

⁵⁶¹ Alla stater har dock inte tillträtt samtliga tilläggsprotokoll.

4.2 Migranter och Europakonventionen

Vid framtagandet av Europakonventionen valde Europarådet att inte föra in någon bestämmelse om rätt till asyl i konventionen.⁵⁶² Inte heller i övrigt beslutades om några särskilda rättigheter för migranter. Utländska medborgare nämns endast en gång specifikt i Europakonventionen. Omnämmandet (i form av ordet ”utlänningar”) sker i artikel 16 vilken reglerar staters möjlighet att göra inskränkningar i utlänningars politiska verksamhet vad gäller yttrandefriheten och mötes- och föreningsfriheten. I övrigt framgår det inte språkligt av (huvud)konventionen att någon skillnad ska göras mellan konventionsstaternas egna medborgares och migranternas rättigheter. Daniel Thym har anfört att avsaknaden av särskilda rättigheter för migranter återspeglar konventionsstaternas vilja att reglera migration utan inblandning av en överstatlig struktur för övervakning av mänskliga rättigheter.⁵⁶³

Även om utlänningar endast pekas ut särskilt i artikel 16 i Europakonventionen finns ytterligare bestämmelser där åtskillnad görs mellan människor baserat på medborgarskap i flera av konventionens tilläggsprotokoll. Artikel 3 i tilläggsprotokoll nummer fyra uppställer t.ex. ett förbud för konventionsstater mot att utvisa samt neka inresa för statens egna medborgare, enligt artikel 4 i samma protokoll är (endast) kollektiv utvisning förbjuden när det gäller utlänningar. Härutöver finns i sjunde tilläggsprotokollets artikel 1 vissa särskilda rättssäkerhetsgarantier som ska gälla vid utvisning av utlänningar. Gemensamt för nyss nämnda bestämmelser i konventionen och dess tilläggsprotokoll är att de är formulerade på så vis att det tydligt framgår att de endast tar sikte på medborgare *eller* utlänningar.

Vad gäller övriga bestämmelser i Europakonventionen och dess tilläggsprotokoll bör de tolkas i linje med vad som stadgas i konventionens första artikel, dvs. att de ska garanteras *var och en* som befinner sig under en konventionsstats jurisdiktion. Ordvalet *var och en* anses tydliggöra just att skyddet inte är begränsat till någon särskild personkategori, som exempelvis medborgare.⁵⁶⁴ Att rättigheterna vanligen gäller oavsett medborgarskap förtydligas ytterligare genom Europakonventionens artikel 14 enligt vilken konventionsstaterna åtagit sig att säkerställa rättigheterna utan diskriminering på någon grund.⁵⁶⁵

⁵⁶² Se Thym, Daniel, Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, nr. 1 2008, s. 103, se not 65.

⁵⁶³ Ibid.

⁵⁶⁴ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 46.

⁵⁶⁵ Såsom kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åsikt, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.

Inbyggt i Europakonventionens artikel 1 finns dock en viktig begränsning vad gäller konventionsstaternas ansvar i och med att skyddet endast gäller den som befinner sig *under en konventionsstats jurisdiktion*.

Som utgångspunkt kan konstateras att en person som befinner sig på en stats territorium normalt sett omfattas av statens jurisdiktion. Även personer som åtnjuter diplomatisk immunitet⁵⁶⁶, som andra länders statschefer och diplomater, och därmed till viss del är undantagna vistelsestatens jurisdiktion (på så vis att viss tvångsmakt inte kan utövas emot dem) anses falla inom en konventionsstats jurisdiktion när det gäller Europakonventionens rättighetskydd.⁵⁶⁷ Enligt Europadomstolen kan en konventionsstat i exceptionella fall ("exceptional cases") även anses ha ett ansvar för att se till att överträdelser mot konventionen inte sker *utanför* statens territorium, s.k. *extraterritoriell jurisdiktion*.⁵⁶⁸ Domstolen har menat att ett sådant undantagsfall kan föreligga t.ex. om en konventionsstat till följd av ett (lagligt eller olagligt) militärt ingrepp utövar effektiv kontroll över ett område utanför dess territorium.⁵⁶⁹

I Sverige har Migrationsdomstolen i Malmö med hänvisning till denna praxis ansett att Sverige haft ett konventionsrättsligt ansvar för tolkar som anlitats av svenska styrkor i Afghanistan.⁵⁷⁰ Migrationsdomstolen i Malmö bedömde att Sverige "genom sitt säkerhetsansvar och den koppling som funnits till klaganden genom hans tjänstgöring som tolk, haft effektiv kontroll över honom och att klaganden därmed befunnit sig inom Sveriges jurisdiktion".⁵⁷¹

I det aktuella målet hade Sverige vid tidpunkten för migrationsdomstolens prövning dragit tillbaka sina styrkor och Sverige hade således inte längre effektiv kontroll över någon del av Afghanistan. Trots detta ansåg domstolen att Sverige alltså hade ett ansvar i konventionens mening gentemot klaganden. Domstolen ansåg nämligen att mannens skyddsbehov grundade sig på hans

⁵⁶⁶ Se 1961 års Wienkonvention om diplomatiska förbindelser (SÖ 1967:1), främst artikel 29 och 31.

⁵⁶⁷ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 46.

⁵⁶⁸ Se exempelvis Europadomstolens beslut i målet *Banković m.fl. mot Belgien m.fl.* (beslut den 12 december 2001, appl. no. 52207/99), p. 67.

⁵⁶⁹ Europadomstolens dom i målet *Al-Skeini m.fl. mot Förenade kungariket* (dom den 7 juli 2011, appl. no. 55721/07), punkterna 138-139. Vid bedömningen av om en stat utövar effektiv kontroll över ett område utanför dess territorium ska särskilt undersökas hur konventionsstatens inflytande och kontroll över området ser ut. Här bedöms bl.a. styrkan i den militära närvaron i området samt vilket militärt, ekonomiskt och politiskt stöd som ges till lokala (underordnade) myndigheter. Avgörande är således inte om konventionsstatens kontroll utövas av en egen militär styrka eller av anställda lokala krafter.

⁵⁷⁰ Förvaltningsrätten i Malmö, dom den 1 oktober 2014 i mål UM 3466-14 samt Förvaltningsrätten i Malmö, dom den 7 mars 2016 i mål UM 5416-15.

⁵⁷¹ Förvaltningsrätten i Malmö, dom den 1 oktober 2014 i mål UM 3466-14, s. 8.

tjänstgöring som tolk för den svenska styrkan och att skyddsbehovet snarast ökat då det skydd som getts av Sverige på plats hade upphört. Migrationsdomstolen i Malmö gjorde således en extensiv tolkning av Europadomstolens jurisdiktionspraxis. Oavsett om man instämmer i den tolkning Migrationsdomstolen i Malmö gjort eller inte så visar Europadomstolens praxis att något likhetstecken inte kan sättas mellan en stats territorium och dess jurisdiktion.

Mot bakgrund av Europadomstolens praxis får det dock anses stå klart att en utländsk person som vistas i Sverige – med eller utan laglig rätt – befinner sig under svensk jurisdiktion. En konsekvens därav är att rättigheterna i konventionen som huvudregel gäller även för migranter, om något annat inte uttryckligen anges. Domstolen kan således pröva migrationsrelaterade frågor, men endast inom ramen för de rättigheter konventionen uppställer. Ett exempel på detta är rätten till respekt för familjeliv och privatliv i Europakonventionens artikel 8. För att respektera rättigheter en migrant som är bosatt i en konventionsstat har kan staten vara skyldig att bevilja uppehållstillstånd till dennes familjemedlemmar. Dessa familjemedlemmar har alltså inga egna rättigheter enligt Europakonventionen, konventionsstatens skyldighet härleds ifrån den person som befinner sig under statens jurisdiktion.⁵⁷²

Fram till och med slutet av 1970-talet upprätthöll dock Europadomstolen, och dess företrädare Europakommissionen, uppfattningen att rätten till respekt för familjeliv enligt konventionens artikel 8 inte gällde för migranter.⁵⁷³ Anledningen till detta var synen att utlänningar förväntades etablera och upprätthålla sitt familjeliv i hemlandet, inte i någon av konventionsstaterna. I målet *X och Y mot Schweiz* från år 1977 uttalades t.ex. att artikel 8 endast skyddar privat- eller familjeliv för personer som är fast etablerade i en konventionsstat.⁵⁷⁴

Med åren kom insikten att gästarbetare och andra migranter de facto kommit att bli bosatta i konventionsstaterna och att det inte kunde förutsättas att de

⁵⁷² Se Thym, Daniel, Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, nr. 1 2008, s. 103.

⁵⁷³ Se t.ex. Europakommissionens beslut i målet *X och Y mot Schweiz* (beslut den 14 juli 1977, appl. no. 7289/75 och 7349/76).

⁵⁷⁴ "[...] the Convention does not as such guarantee an alien's right to be admitted to, or to reside in a particular country. A measure of prohibition of entry can therefore only be considered as interfering with a person's private or family life where the private and family life of that person is firmly established in the territory concerned", Europakommissionens beslut i målet *X och Y mot Schweiz* (beslut den 14 juli 1977, appl. no. 7289/75 och 7349/76), s. 74.

skulle återvända till sina hemländer.⁵⁷⁵ Många migranter hade fått barn i värdstaten, barn som sällan eller aldrig besökt föräldrarnas ursprungsland. I doktrinen började också den statistiska synen på statsuveränitet som hittills styrts frågan att ifrågasättas.⁵⁷⁶ År 1985 meddelade Europadomstolen att rätten för stater att reglera vem som får – och inte får – resa in i och uppehålla sig på statens territorium begränsas av de förpliktelser som staten åtagit sig i och med ratificeringen av Europakonventionen och att utestängandet av en person från en konventionsstat i vilken familjemedlemmar till denne bor aktualiserar rätten till familjeliv enligt artikel 8.⁵⁷⁷ Med tiden har domstolens praxis således utvecklats till att slå fast att rätten till familjeliv även gäller icke-medborgare.⁵⁷⁸ Denna utveckling har ansetts innebära ett avslut av den era där migrationsfrågor ansågs vara ett område avskilt från regelverket om mänskliga rättigheter.⁵⁷⁹

Att Europadomstolen kunnat öka skyddet för migranter på detta vis beror på att Europakonventionen inte formulerats på ett vis som utesluter en sådan tolkning. Det är intressant att fråga sig hur detta kommer sig. Varför gjordes inte några större skillnader i konventionstexten mellan konventionsstaternas ansvar för sina egna medborgares och för migranternas rättigheter? Ett sätt att närma sig frågan är att undersöka vilka intentioner som fanns med skapandet av konventionen.

⁵⁷⁵ Thym, Daniel, Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, nr. 1 2008, s. 87-112. Se även Boeles, Pieter, Heijer, Maarten den, Lodder, Gerrie, Wouters, Kees, *European Migration Law*, Andra upplagan, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 200 ff.

⁵⁷⁶ Se Thym, Daniel, Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, nr. 1 2008, s. 96.

⁵⁷⁷ Europadomstolens dom i mål *Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Förenade kungariket*, (dom den 28 maj 1985, appl. no. 9214/80, 9473/81 och 9474/81), punkterna 59, 60, 65 och 67.

⁵⁷⁸ Se Thym, Daniel, Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, nr. 1 2008, s. 95 f. Se även Roagna, Ivana, *Protecting the Right to Respect for Private and Family Life under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Human Rights Handbooks, Strasbourg, 2012, s. 81.

⁵⁷⁹ Daniel Thym kallar det för att Europadomstolens agerande effektivt ledde till att avsluta migrationsrättens traditionella status som en ”human rights exclave”, se Thym, Daniel, Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, nr. 1 2008, s. 95 f.

4.3 Framtagandet av en europeisk konvention om mänskliga rättigheter

Det kan konstateras att arbetet med att ta fram Europakonventionen inleddes strax efter andra världskrigets slut. I Europa förekom vid den här tiden en tanke om att det fria och demokratiska Europa befann sig under (fortsatt) hot,⁵⁸⁰ och att Europas fria stater därför måste gå samman – dels för att överleva, dels för att skydda vad de ansåg sig stå för: mänsklig värdighet och mänskliga rättigheter och skyldigheter.⁵⁸¹ Runt om i Europa fanns en vilja att organisera strukturer för att förhindra att ”en ny Hitler” skulle kunna komma till makten genom (miss)brukandet av demokratiska institutioner.⁵⁸²

För att se till att historien inte upprepade sig samlades i maj 1948 runt tusen politiker och intellektuella i Haag för ett möte med vad som kallades den europeiska rörelsen (The European Movement). Rörelsen, som leddes av Winston Churchill m.fl., förespråkade bildandet av en ekonomisk och politisk europeisk union i syfte att garantera säkerhet, ekonomisk självständighet och social utveckling. Vidare föreslogs att denna union skulle samlas bakom en europeisk stadga för mänskliga rättigheter samt att en domstol, vars domar skulle vara juridiskt bindande, skulle inrättas och vara ”det fria Europas samvete och fungera som en väckarklocka för demokratiska stater i det fall en medlemsstat höll på att bli en totalitär stat”⁵⁸³.⁵⁸⁴ Någon union blev det inte den gången, men den femte maj året efter skapades den mellanstatliga organisationen Europarådet i syfte att öka samarbetet och förståelsen mellan europeiska stater, med det långsiktiga målet att förebygga nya krig.⁵⁸⁵ Genom att tio stater signerade Europarådets stadga, däribland Sverige, etablerades organisationen.⁵⁸⁶ När sju

⁵⁸⁰ Christoffersen, Jonas och Madsen, Mikael Rask. (red.), *The European Court of Human Rights Between Law and Politics [Elektronisk resurs]*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

⁵⁸¹ Bates, Ed, *The Birth of the European Convention on Human Rights – and the European Court of Human Rights*, i Christoffersen, Jonas. och Madsen, Mikael Rask. (red.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics [Elektronisk resurs]*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

⁵⁸² Dembour, Marie-Bénédicte, *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, 2015, s. 37 f.

⁵⁸³ “As to the Court, it would be the conscience of free Europe, acting like an ‘alarm bell’ warning the other nations of democratic Europe that one of their number was going ‘totalitarian’”, Bates, Ed, *The Birth of the European Convention on Human Rights—and the European Court of Human Rights*, i Christoffersen, Jonas. och Madsen, Mikael Rask. (red.), *The European Court of Human Rights between law and politics [Elektronisk resurs]*, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 21.

⁵⁸⁴ Bowring, Bill, *The Russian Federation, Protocol No.14 (and 14bis), and the Battle for the Soul of the ECHR*, *Goettingen Journal of International Law*, vol 2, nr 1 2010, s. 593.

⁵⁸⁵ Se exempelvis Cameron, Iain, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, Åttonde upplagan, Iustus, Uppsala, 2018, s. 39 ff.

⁵⁸⁶ De signerande staterna var Frankrike, Förenade kungariket, Belgien, Nederländerna, Luxemburg, Danmark, Irland, Italien, Norge och Sverige. I maj 1949 beviljades Island, Grekland och Turkiet medlemskap i Europarådet. Se Dembour, Marie-Bénédicte, *When humans become*

stater ratificerat stadgan, vilket skedde året därpå (1950), trädde den i kraft. Härigenom skapades två institutioner: Europarådets ministerkommitté och Europarådets rådgivande församling (numera kallad Europarådets parlamentariska församling). Europakonventionen kom till genom ett intensivt, och stundtals infekterat, politiskt arbete inom och mellan dessa två institutioner.⁵⁸⁷

Resultatet blev till slut en konvention bestående av 66 artiklar, varav 18 utgjorde rättighetskatalogen⁵⁸⁸ och övriga var bestämmelser om hur kontrollsystemet skulle se ut, regler för anslutande till konventionen etc. De 18 ursprungliga rättighetsartiklarna, som utgörs uteslutande av s.k. civila och politiska rättigheter, har inte ändrats sedan antagandet av konventionen. Däremot har fler rättigheter – även sociala, så som rätten till utbildning⁵⁸⁹ – tillförts konventionssystemet genom utarbetandet av ett flertal tilläggsprotokoll.⁵⁹⁰

Statsvetaren Andrew Moravcsik som studerat framkomsten av Europakonventionen menar att Europakonventionen uppstod ur konventionsstaternas egenintresse och att rättighetsutvecklingen inte hade någonting att göra med en samtida ”omvandling till moralisk altruism”.⁵⁹¹ Marie-Bénédicte Dembour, professor i juridik, har utifrån Moravcsiks analys dragit slutsatsen att Europakonventionen kom till för att säkerställa frihet ”för oss“, dvs. medborgare i stater som hade ”gått vilse” under andra världskriget (och som man beförde

migrants: study of the European Court of Human Rights with an Inter-American counterpoint, Första upplagan, 2015, s. 38 samt dess vidare hänvisning till Emmanuel Decaux, 'Les Etats parties et leurs engagements', i Pettiti, Louis-Edmond, Decaux, Emmanuel och Imbert, Pierre-Henri (red.), *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, 2 ed., Economica, Paris, 1999, s. 7.

⁵⁸⁷ För en närmare redogörelse av Europakonventionens tillkomst se exempelvis förarbetena till Europakonventionen, utgivna i åtta volymer av Europarådet (Council of Europe), *Collected edition of the "Travaux préparatoires" the European Convention on Human Rights (1975–85)*, The Hague: Nijhoff. För kommentarer och analyser av bakgrunden och utvecklandet av Europakonventionen se exempelvis Simpson, A. W. Brian., *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2004 [Elektronisk resurs], Bates, Edward, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010 samt Dembour, Marie-Bénédicte, *When humans become migrants: study of the European Court of Human Rights with an Inter-American counterpoint*, Första upplagan, 2015.

⁵⁸⁸ Artikel 1-18, artikel 1 stadgar dock vem som omfattas av konventionen och utgör inte en rättighet i sig.

⁵⁸⁹ Artikel 2 i tilläggsprotokoll nr 1 till Europakonventionen.

⁵⁹⁰ I dagsläget finns 16 protokoll, varav tre är ändringsprotokoll till ursprungskonventionen och övriga är tilläggsprotokoll. Tidigare gällde även protokoll 14 a men då det ordinarie protokoll 14 trädde i kraft upphörde protokoll 14 a att gälla. Stater som ratificerat konventionen har inte nödvändigtvis ratificerat samtliga tilläggsprotokoll.

⁵⁹¹ “[A] conversion to moral altruism”, se Moravcsik, Andrew, *The origins of human rights regimes: Democratic delegation in postwar Europe*, *International Organization*, vol. 54, nr. 2 2000, s. 248, Dembour, Marie-Bénédicte, *When Humans become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American counterpoint*, 2015, s. 41 f.

skulle “gå vilse” igen).⁵⁹² Hon menar att skapandet av Europakonventionen således hade en koppling till hur staten behandlade ”sina egna”. I doktrin har dock lyfts fram att flera stater, exempelvis Förenade kungariket och Nederländerna, ansåg sig själva ha ett bra inhemskt rättighetskydd på plats och således inte tyckte sig behöva en konvention för egen del. Stater som dessa ansåg sig snarast delta i framtagandet av Europakonventionen i avsikt att hjälpa andra stater med utvecklandet av dessa staters (inhemska) rättsskydd.⁵⁹³ Utländska medborgare var dock, enligt Dembour, inte de primära adressaterna.⁵⁹⁴

Mot bakgrund av vad som är känt om framtagandet av Europakonventionen framstår det således som om konventionen främst kom till i syfte att “låsa fast” konventionsstaterna vid ett demokratiskt styre,⁵⁹⁵ och på så vis stabilisera ett område som nyligen befunnit sig i krig. Även om tryggheten av stabilitet i konventionsstaterna, målet med konventionen, har en koppling till migration på så vis att oroligheter i en stat vanligen riskerar att få till följd att människor söker sig därifrån, och således migrerar till en annan plats, så verkar varken frågan om migration mellan konventionsstater eller migration ifrån tredje länder ha varit i fokus vid framtagandet av konventionen. Påståendet att migranter inte var konventionens huvudsakliga målgrupp kan därmed inte anses vara särskilt kontroversiellt.

4.4 Europadomstolens avgörande roll

“Det är ingen vidare konvention, men det är ett förtjusande palats!”⁵⁹⁶ Orden ska ha yttrats av Paul-Henri Spaak, som var med och arbetade fram Europakonventionen, i samband med ceremonin då konventionen öppnades för undertecknande.⁵⁹⁷ Konventionen som staterna slutligen hade lyckats komma överens om ansågs inte revolutionerande. Det samtida missnöjet med konventionen till trots kan det dock idag konstateras att Europakonventionen nu-

⁵⁹² Dembour, Marie-Bénédicte, *When Humans become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American counterpoint*, 2015, s. 42.

⁵⁹³ Ibid, s. 11.

⁵⁹⁴ Ibid, s. 42.

⁵⁹⁵ Moravcsik, Andrew, The origins of human rights regimes: Democratic delegation in postwar Europe, *International Organization*, vol. 54, nr. 2 2000, s. 248–249.

⁵⁹⁶ Fritt översatt från ‘It is not a very good Convention, but it is a lovely Palace’!

⁵⁹⁷ Se Bates, Ed, *The Birth of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights*, i Christoffersen, Jonas. och Madsen, Mikael Rask. (red.), *The European Court of Human Rights between law and politics [Elektronisk resurs]*, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 29 samt Fyfe, David Patrick Maxwell, *Political Adventure: the Memoirs of the Earl of Kilmuir*, Weidenfeld och Nicolson, London, 1964, s. 183–184.

mera, trots sina brister, pekas ut som ett av världens mest framgångsrika system för att skydda mänskliga rättigheter.⁵⁹⁸ Om en förklaring ska ges till hur det som ansågs vara en besvikelse kom att, i vart fall delvis, bli en framgångs saga så finns den mest sannolikt att finna i det som idag utgör Europadomstolen.

Frågan om en domstol (med individuell klagorätt) skulle införas var mycket kontroversiell.⁵⁹⁹ Historiskt sett hade en stats behandling av dess egna medborgare ansetts vara upp till den aktuella staten, fritt från inblandning av andra stater.⁶⁰⁰ Som nämnts ovan var dock själva skapandet av Europakonventionen tätt förknippad med viljan att försöka förhindra att situationer som andra världskriget återuppstod. En viktig del i arbetet med att ta fram skyddssystem för att upprätthålla mänskliga rättigheter var därför att dessa nya system innehöll verktyg som stater kunde ta till när en annan stat började avvika från den demokratiska vägen. Den nya uppfattningen att en stats befolkning kanske inte helt kunde lämnas åt sitt eget öde utan andra staters inblandning var inte speciell för arbetet med Europakonventionen. Den franske delegat som deltog i utvecklandet av FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna lär t.ex. ha sagt att “[r]ätten att lägga sig i är nu här... Varför? För att vi inte vill se en repetition av det som hände 1933 då Tyskland påbörjade massakern av sina egna medborgare och alla andra bugade och sa ’du är suverän och mästare i ditt eget hus’”.⁶⁰¹

Frågan om en eventuell domstol kopplad till Europakonventionen fanns med från starten på arbetet med framtagandet av konventionen. Strax efter den europeiska rörelsens konferens i Haag år 1948 började rörelsens juridiska sektion förbereda texter om en överstatlig domstol. Rörelsen önskade en domstol med möjligheten och makten att lägga sig i det som tidigare ansetts vara

⁵⁹⁸ Se exempelvis bokförlagets beskrivning av tredje upplagan av Alastair Mowbrays bok *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights* från 2012 där Europakonventionen beskrivs som "[...] the most developed and successful system of international legal protection for fundamental human rights in existence", <https://global.oup.com/academic/product/cases-materials-and-commentary-on-the-european-convention-on-human-rights-9780199577361?cc=se&lang=en&#>.

⁵⁹⁹ Se exempelvis Simpson, A. W. Brian., *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2004 [Elektronisk resurs] och Bates, Edward, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

⁶⁰⁰ Dembour, Marie-Bénédicte, *When Humans become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American counterpoint*, 2015, s. 42, not 34.

⁶⁰¹ "The right of interference is here [...] Why? Because we do not want a repetition of what happened in 1933, where Germany began to massacre its own nationals, and everybody... bowed, saying 'Thou art sovereign and master in thine own house'" citerad i Dembour, Marie-Bénédicte, *When Humans become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American counterpoint*, 2015, s. 42.

suveräna staters interna affärer. De utkast om en domstol som tagits fram under konferensen överlämnades senare, när organisationen skapats, till Europarådet.⁶⁰² Vägen till att en domstol fanns på plats var dock långt ifrån krattad.

Uppfattningarna mellan staterna var delade när förhandlingarna om Europa-konventionen och en eventuell tillhörande domstol genomfördes under åren 1949-1950. Den kontroversiella frågan om hur kontrollsystemet skulle utformas bestod i grunden av två delar:⁶⁰³

- 1) *Obligatorisk jurisdiktion*: Skulle konventionen tvinga stater att erkänna en domstol med tvingande jurisdiktion ("compulsory jurisdiction") eller skulle den dömande verksamheten istället hanteras av konventionsstaternas utrikesministrar?
- 2) *Individuell klagorätt*: Skulle konventionen innebära att stater var tvungna att ge individer rätt att väcka talan?

Österrike, Belgien, Frankrike, Tyskland, Island, Irland och Italien stödde ett skapande av en domstol med klar, obligatorisk, jurisdiktion. Danmark, Grekland, Luxemburg, Nederländerna, Norge, Förenade kungariket, Turkiet och Sverige förhöll sig skeptiska till dessa planer men kunde möjligen tänka sig en domstol med frivillig jurisdiktion.⁶⁰⁴ Vad gällde frågan om individuell klagorätt visar rapporten från den konferens ministerrådet organiserade att nio stater, däribland Sverige, var beredda att inkludera en sådan rätt i konventionen.⁶⁰⁵ Förenade kungariket, Grekland och Nederländerna var emot denna tanke.⁶⁰⁶

⁶⁰² Dembour, Marie-Bénédicte, *When Humans become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American counterpoint*, 2015, s. 38, Simpson, A. W. Brian., *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2004 [Elektronisk resurs], s. 649–662.

⁶⁰³ Moravcsik, Andrew, The origins of human rights regimes: Democratic delegation in postwar Europe, *International Organization*, vol. 54, nr. 2 2000, s. 231.

⁶⁰⁴ Moravcsik, Andrew, The origins of human rights regimes: Democratic delegation in postwar Europe, *International Organization*, vol. 54, nr. 2 2000, s. 231, not 47. Se även Bates, Ed, *The Birth of the European Convention on Human Rights – and the European Court of Human Rights*, i Christoffersen, Jonas. och Madsen, Mikael Rask. (red.), *The European Court of Human Rights between law and politics [Elektronisk resurs]*, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 28.

⁶⁰⁵ Belgien, Danmark, Frankrike, Irland, Italien, Luxemburg, Norge, Sverige och Turkiet, se Report of the Conference of Senior Officials återpublicerad i Council of Europe, *Collected edition of the "Travaux préparatoires" of the European convention on human rights*. Vol. 4, Committee of experts - committee of ministers, conference of senior officials, 30 March-June 1950, Nijhoff, The Hague, 1977, s. 242–294.

⁶⁰⁶ Se ibid. Se även Moravcsik, Andrew, The origins of human rights regimes: Democratic delegation in postwar Europe, *International Organization*, vol. 54, nr. 2 2000, s. 231, not 47.

I originalkonventionen kom kontrollsystemet att konstrueras på följande vis: Europarådets kommission för de mänskliga rättigheterna (Europakommissionen) inrättades som en slags första instans.⁶⁰⁷ Kommissionen gavs rätt att ta emot och granska klagomål från en konventionsstat gällande en annan.⁶⁰⁸ Europakommissionen gavs dessutom rätt att granska individuella klagomål gentemot en stat, dock endast under förutsättning att den ”anklagade” staten erkänt kommissionens behörighet att granska klagomål av detta slag.⁶⁰⁹

Kommissionen hade ingen självständig rätt att meddela beslut. Om en förlikning inte kunde nås fick ärendet lämnas vidare. Hade den berörda staten godkänt Europadomstolens jurisdiktion kunde ärendet lämnas vidare till domstolen för prövning,⁶¹⁰ i annat fall överlämnades ärendet istället till Ministerkommittén.⁶¹¹

Även om varken domstolens jurisdiktion eller en individuell klagorätt gjordes bindande för samtliga konventionsstater var Europakonventionen historisk. Aldrig tidigare hade individer getts tillgång till en mekanism där de kunde klaga till en internationell institution över hur de behandlats av en stat. Upphetsningen var dock inte särskilt stor bland de samtida,⁶¹² även om det fanns personer, som Leonard Schapiro, som uppmärksammade att även om ”den första överstatliga domstol för mänskliga rättigheter som stater kommit överens om är blygsam och begränsad i sin jurisdiktion så markerar den ändå ett viktigt steg framåt i utvecklingen av internationell rätt”.⁶¹³ Schapiro menade vidare att domstolen framöver skulle kunna visa sig vara en viktig influens och modell för upprätthållandet av fundamentala rättigheter.

Mycket har hänt sedan Europakonventionen trädde i kraft år 1953. Konventionen har justerats ett flertal gånger varav den största förändringen skedde den 1 november 1998 då den tidigare kommissionen och domstolen ersattes av en heltidsarbetande domstol med obligatorisk jurisdiktion.⁶¹⁴ Numera finns alltså

⁶⁰⁷ Kommissionen skulle bestå av en medlem från varje konventionsstat (dåvarande artikel 20) valda av Ministerkommittén (dåvarande artikel 21).

⁶⁰⁸ Dåvarande artikel 24.

⁶⁰⁹ Dåvarande artikel 25.

⁶¹⁰ Dåvarande artikel 48.

⁶¹¹ Dåvarande artikel 32.

⁶¹² T.ex. publicerades endast en handfull akademiska artiklar om konventionen i början av 1950-talet varav de flesta handlade om processen med att arbeta fram konventionen, Bates, Ed, *The Birth of the European Convention on Human Rights – and the European Court of Human Rights*, i Christoffersen, Jonas. och Madsen, Mikael Rask. (red.), *The European Court of Human Rights between law and politics [Elektronisk resurs]*, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 32.

⁶¹³ Schapiro, Leonard. S, *The European Court of Human Rights*, *University of Western Australia Annual Law Review* vol. 2, nr. 1 1951, s. 79.

⁶¹⁴ Tilläggsprotokoll nr 11. Genom tilläggsprotokoll nr 9 erhöj enskilda rätt att begära att ett ärende skulle hänskjutas till domstolen för prövning. Sverige ratificerade tilläggsprotokoll nr 9

ingen möjlighet för stater att undkomma domstolens jurisdiktion. Även staternas möjlighet att hindra individuella klagomål har tagits bort.⁶¹⁵ I den nu gällande konventionen anges dessutom att ”[d]e höga fördragslutande parterna förbinder sig att inte på något sätt förhindra ett effektivt utövande av denna [individuella] klagorätt”⁶¹⁶.

Kontrollsystemet och möjligheten att upprätthålla konventionen har med åren därmed stärkts betydligt från vad som var fallet när konventionen antogs. Trots att domstolen brottas med en mycket hög arbetsbelastning, vilket i många fall försvårar – och försenar – den faktiska tillgången till domstolsprocessen,⁶¹⁷ och trots att Europadomstolen inte är någon överprövningsinstans i vanlig mening utan har som uppgift att övervaka att stater respekterar de rättigheter som följer av Europakonventionen går det idag inte att förneka domstolens betydelse för utvecklingen av rättighetsskyddet i konventionsstaterna.

Europadomstolen har slagit fast att Europakonventionen är ett levande dokument som ska tolkas dynamiskt, dvs. i ljuset av samhällsutvecklingen och de förändringar i rättsuppfattningen som sker i konventionsstaterna.⁶¹⁸ Detta innebär att domstolen kontinuerligt tolkar, omtolkar och därigenom konkretiserar, utvecklar och delvis ändrar vad (och vem!) som skyddas av konventionens rättigheter. Både begreppet familj och begreppet privatliv har utvecklats av Europadomstolen genom åren. Likaså har domstolen förändrat synen på vem som kan omfattas av rättigheten så att även migranter numera omfattas. Den tolkning som var ”rätt” när konventionen kom till kan därmed ändras över tid. Europadomstolen har vidare slagit fast att konventionen inte bara rymmer negativa förpliktelser (dvs. att avstå från en åtgärd) utan även kan medföra s.k. *positiva förpliktelser* för en konventionsstat. En positiv förpliktelse kan vara

den 21 april 1995 (prop. 1994/95:115, bet. 1994/95:UU12, rskr. 1994/95:214). Protokollet trädde i kraft gentemot Sverige den 1 augusti 1995. Kommissionen avslutade sin verksamhet 1 november 1999.

⁶¹⁵ Så skedde formellt genom tilläggsprotokoll nr 11 men redan tidigare hade samtliga stater erkänt enskildas rätt att klaga, Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 20 samt prop.1997/98:107, s. 64.

⁶¹⁶ Artikel 34.

⁶¹⁷ Flera åtgärder har vidtagits i syfte att öka domstolens möjligheter att avgöra mål på ett snabbt och effektivt sätt. Ändringsprotokoll nr 14 innebar bl.a. att ett system infördes innebärandes att mer rutinartade mål kan avgöras av en kommitté bestående av tre domare samt att det räcker med en enskild domare för att besluta att enklare mål inte ska tas upp till prövning i sak, se ändringsprotokoll nr 14 samt prop. 2004/05:167. Se även ändringsprotokoll nr 15 samt prop. 2015/16:18.

⁶¹⁸ ”The living document doctrine”, se bl.a. Europadomstolens domar i målen *Tyrer mot Förenade kungariket* (dom den 25 april 1978, app. no. 5856/72), punkt 31 och *Selmouni mot Frankrike* (dom den 28 juli 1999, appl. no. 25803/94) punkt 101. Se även Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan., Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 55.

att en stat måste se till att den har lagregler på plats för att tillförsäkra ett grundläggande skydd. Det kan även innebära att staten måste inrätta system som kan ingripa mot/förebygga olika typer av övergrepp.⁶¹⁹ Ett exempel på en negativ skyldighet – att staten avstår från något – kan vara att staten i vissa fall inte får utvisa en person, medan ett exempel på en positiv skyldighet – att staten faciliterar/gör något – kan vara att staten måste bevilja en utländsk medborgare inträde i landet för att familjeåterförening ska kunna ske.⁶²⁰ Europadomstolen kan alltså finna att en stat brutit mot Europakonventionen trots, eller snarare på grund av, att en stat inte gjort någonting alls.

Om Europadomstolen fastställer att en stat brutit mot en bestämmelse i konventionen kan domstolen tillerkänna klaganden ”skälig gottgörelse”, vilket innebär att såväl ideell som ekonomisk skada kan ersättas.⁶²¹ Ibland anser domstolen att själva domen – fastställandet av att en kränkning skett – är en skälig gottgörelse i sig men ofta utdöms i vart fall skälig ersättning för processkostnader.⁶²² Domstolen har även möjlighet att ålägga en stat att vidta konkreta förpliktelser för att undanröja eller begränsa effekterna av ett konventionsbrott gentemot klaganden i målet.⁶²³

Även om Europadomstolens domar formellt endast är bindande för parter i målet,⁶²⁴ är domstolens praxis av betydelse för samtliga konventionsstater. Som Hans Danelius påpekat är det nämligen viktigt att konventionsstaterna, när en fråga avgjorts av Europadomstolen, anpassar sin lagstiftning och sina åtgärder på så vis att samma, eller en liknande, situation inte uppkommer igen. Danelius menar att om så inte sker kan samma fråga anhängiggöras hos domstolen om och om igen vilket skulle hindra konventionssystemet från att fungera tillfredsställande.⁶²⁵

⁶¹⁹ För mer om detta se exempelvis Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan., Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 58 f.

⁶²⁰ Se bl.a. Europadomstolens domar i målen *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94), punkt 38 och *Sen mot Nederländerna* (dom den 21 december 2001, appl. no. 31465/96), punkt 31. Se även EU-domstolens dom i mål C-540/03, *Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd*, EU:C:2006:429, punkt 54. Se dock Spijkerboer, Thomas, *Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children’s Family Reunion*, *European Journal of Migration and Law*, vol. 11 nr. 3, 2009, s. 290 om att det även går att se familjeåterförening som en negativ skyldighet.

⁶²¹ Europakonventionen, artikel 41.

⁶²² Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 60.

⁶²³ *Ibid.*

⁶²⁴ Europakonventionens artikel 46 föreskriver att ”[d]e höga fördragsslutande parterna förbinder sig att rätta sig efter domstolens slutgiltiga dom i varje mål där de är parter” (min kursivering).

⁶²⁵ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s.

4.5 Möjligheter att inskränka rättigheter enligt Europakonventionen

Även om rättigheterna i Europakonventionen gäller för var och en – och därmed oaktat exempelvis laglig status och ålder – så måste här lyftas att stater ibland har rätt att inskränka rättigheter. Det måste även tydliggöras att vad som utgör en acceptabel inskränkning kan variera och att skyddet i praktiken faktiskt kan vara starkare för en medborgare än för en migrant, och att skyddet i sin tur kan vara starkare för en migrant med laglig vistelserätt än för en migrant utan laglig rätt att vistas i landet.

För att förstå hur detta är möjligt måste först tydliggöras att Europakonventionen rymmer olika typer av bestämmelser: *absoluta rättigheter* respektive *relativa rättigheter*. För samtliga rättigheter gäller att endast inskränkningar som är uttryckligen tillåtna enligt konventionen godkänns.⁶²⁶ Rättigheterna kan sägas vara konstruerade på tre olika ”skydds nivåer”:

- 1) Rättigheter som *inte ens* får inskränkas ”under krig eller i annat allmänt nödläge som hotar nationens existens” (absoluta rättigheter)
- 2) Rättigheter som *inte* uttryckligen anger att inskränkningar i vissa fall är tillåtna men som enligt artikel 15 ändå kan inskränkas ”under krig eller i annat allmänt nödläge som hotar nationens existens” (relativa rättigheter med starkare skydd)
- 3) Rättigheter som uttryckligen anger att inskränkningar i vissa fall är tillåtna (relativa rättigheter med svagare skydd)

De absoluta rättigheterna – rätten till liv (undantaget dödsfall till följd av lagliga krigshandlingar), förbud mot tortyr, förbud mot slaveri eller trældom samt krav på lagreglering av straff⁶²⁷ gäller lika, och alltid, för alla människor. Övriga rättigheter tillåter inskränkningar av olika grad. Det som kallas för relativa rättigheter med starkare skydd (nivå 2 ovan) är rättigheter som konventionsstaterna kan få avvika ifrån men endast ”i den utsträckning som det är oundgängligen nödvändigt med hänsyn till situationens krav” samt ”under för-

41 och s. 60. Se även Åhman, Karin, Europadomstolens principer i Marcusson, Lena (red.), Offentligrättsliga principer, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 27.

⁶²⁶ Detta anges inte uttryckligen i konventionen men är en förutsättning för hela systemet, det framkommer dessutom implicit av artikel 18 som anger att de inskränkningar som medges enligt Europakonventionen inte får tillämpas i annat syfte än de som medgetts. Se även Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth och Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Sjunde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 127 f samt s. 341.

⁶²⁷ Artikel 2, 3, 4.1 samt 7.

utsättning att dessa åtgärder inte strider mot [konventionsstatens] övriga förpliktelser enligt den internationella rätten”.⁶²⁸ Rättigheterna som benämns relativa rättigheter med svagare skydd (nivå 3 ovan) är rättigheter där det i Europakonventionen uttryckligen anges vad som krävs för att en inskränkning ska vara tillåten.

I den här avhandlingen aktualiseras främst artikel 8 om rätten till respekt för familjeliv och privatliv. Bestämmelsen är en relativ rättighet med svagare skydd (nivå 3). Offentliga myndigheter *får* enligt artikel 8.2 inskränka åtnjutandet av rättigheten, men *endast* om inskränkningen sker:

- 1) med *stöd av lag* och,
- 2) i syfte att skydda ett *legitimt intresse* samt,
- 3) är *nödvändig* i ett demokratiskt samhälle.

4.5.1 Med stöd av lag

När Europadomstolen undersöker om ett ingrepp skett med stöd av lag genomförs en trestegsbedömning. *Först* undersöks om åtgärden överhuvudtaget har stöd i nationell lag. Ordet lag riskerar dock att leda tanken något fel då det egentligen inte krävs att åtgärden är stadgad i just lag.⁶²⁹ I en svensk kontext innebär det exempelvis att även författningar av lägre valör än lag – dvs. även förordningar och föreskrifter – omfattas av begreppet lag i Europakonventionens mening.⁶³⁰ Som nämndes redan i kapitel 1 krävs enligt Europakonventionen att ingrepp sker med stöd av en norm som är tillgängliggjord för allmänheten och precis formulerad.⁶³¹ Författningen måste vara formulerad på ett vis som gör att en person på ett tillfredsställande vis kan förutse konsekvenserna av sitt handlande.⁶³² Om författningen medger tillämparen ett visst handlingsutrymme vid verkställande av reglerna undersöker domstolen dessutom om

⁶²⁸ Artikel 15.

⁶²⁹ Boeles, Pieter, Heijer, Maarten den, Lodder, Gerrie, Wouters, Kees, *European Migration Law*, Andra upplagan, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 209. Även oskriven lag kan vara acceptabel, se *Sunday Times mot Förenade kungariket* (dom den 26 april 1979, appl. no. 6538/74), punkt 47.

⁶³⁰ Cameron, Iain, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, Åttonde upplagan, Iustus, Uppsala, 2018, s. 117. Även kollektivavtal har ansetts kunna falla in under begreppet lag enligt Europakonventionen, se Europadomstolens beslut i *Madsen mot Danmark* (beslut den 7 november 2002, appl. no. 58341/00) samt *Wretlund mot Sverige* (beslut den 9 mars 2004, appl. no. 46210/99).

⁶³¹ Se Europadomstolens domar i målen *Rotaru mot Rumänien* (dom den 4 maj 2000, appl. no. 28341/95) punkt 52, *Konovalova mot Ryssland* (dom den 9 oktober 2014, appl. no. 37873/04), punkt 42 och *Silver mot Förenade kungariket* (dom den 25 mars 1983, appl. no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 och 7136/75), punkterna 86-88.

⁶³² *Ibid.*

det finns skyddsmekanismer på plats för att säkerställa att detta handlingsutrymme inte missbrukas utan utövas i enlighet med författningen.⁶³³

4.5.2 Legitimt intresse

Domstolen undersöker vidare om ingreppet i rätten till respekt för privat- och familjeliv skett i syfte att skydda ett s.k. legitimt intresse. I artikel 8.2 specificeras vad som kan utgöra sådana legitima intressen genom att de ska röra aningen ”statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller [syfta] till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter”.⁶³⁴ Listan på legitima skäl är uttömmande, men samtidigt är de intressen som listas av sådant slag att de kan omfatta en stor mängd olika situationer. Det har visat sig relativt enkelt för konventionsstater att argumentera för att dess syften faller in under något av de legitima skälen.⁶³⁵ Peter Kempees uppgav år 2000 att det då inte fanns något avgörande från domstolen där den funnit ett otillåtet ingrepp endast baserat på att ett legitimt syfte saknats.⁶³⁶ Domstolen har gett uttryck för att intressen som åberopas av staterna kan vara legitima även om de inte är explicit stadgade i artikel 8.2. Ett exempel på detta är att domstolen godkänt upprätthållande av migrationskontroll som ett legitimt intresse.⁶³⁷

4.5.3 Nödvändig i ett demokratiskt samhälle

Även om ett ingrepp har stöd i lag och går att hänföra till ett legitimt intresse kan det utgöra en otillåten inskränkning av en rättighet. Enligt artikel 8.2 i Europakonventionen krävs nämligen dessutom att ingrepp som en stat har utfört eller vill utföra är nödvändig i ett demokratiskt samhälle. För att detta krav

⁶³³ Se exempelvis *Silver mot Förenade kungariket* (dom den 25 mars 1983, appl. no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 och 7136/75), punkterna 86-88 samt *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10), punkt 47.

⁶³⁴ För närmare information om de olika intressena se exempelvis Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth och Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Sjunde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 347 ff.

⁶³⁵ *Ibid.*, s. 347.

⁶³⁶ Kempees, Peter, "Legitimate aims" in the case-law of the European Court of Human Rights, i Mahoney, Paul (red.), *Protecting Human Rights: The European Perspective: Studies in the Memory of Rolv Ryssdal*, Heyman, Köln, 2000, s. 659. Se dock Europadomstolens dom i målet *Sidiropoulos m.fl. mot Grekland* (dom den 10 juli 1998, appl. no. 26695/95). Här ställde sig Europadomstolen tveksam till om ett av de intressen som åberopats av Grekland (intresset att upprätthålla grekiska kulturella traditioner samt historiska och kulturella symboler) var att anse som legitima, se punkt 38.

⁶³⁷ Se exempelvis Europadomstolens domar i målen *Nyanzi mot Förenade kungariket* (dom den 8 april 2008, appl. no. 21878/06), punkt 76 samt *Berrehab mot Nederländerna* (dom den 21 juni 1988, appl. no. 10730/84), punkt 26.

ska vara uppfyllt krävs att ingreppet i rättigheten är ett svar på ett trängande samhällsligt behov⁶³⁸, samt att ingreppet inte är mer långtgående än vad som är nödvändigt för att möta det trängande behovet.⁶³⁹ Europadomstolen har förtydligat sin förståelse av begreppet ”nödvändig i ett demokratiskt samhälle” samt hur detta begrepp ska spela in i bedömningen enligt följande:⁶⁴⁰

- 1) Adjektivet ”nödvändig” är inte synonymt med ”oumbärlig”, inte heller har det samma flexibilitet som ”tillåten”, ”vanlig”, ”rimlig” eller ”önskvärd”;
- 2) Konventionsstaten åtnjuter en viss, men inte obegränsad, bedömningsmarginal⁶⁴¹ (margin of appreciation) i fråga om införandet av begränsningar men det är domstolen som slutligen avgör om dessa begränsningar kan tillåtas enligt konventionen;
- 3) Frasen ”nödvändig i ett demokratiskt samhälle” innebär att för att vara tillåten enligt konventionen måste ett ingrepp hänföras till ett trängande samhällsligt behov samt vara proportionerligt i relation till det syfte som ska uppnås genom åtgärden;
- 4) De bestämmelser gällande när undantag är tillåtna som återfinns i konventionen ska tolkas restriktivt.

4.5.4 Konventionsstaters bedömningsmarginal (margin of appreciation)

Som nämndes i punkten tre ovan har konventionsstater en viss, men inte obegränsad, bedömningsmarginal (margin of appreciation) i fråga om införandet av begränsningar av rättigheter samtidigt som det är domstolen som slutligen avgör om dessa begränsningar kan tillåtas enligt konventionen.⁶⁴² Att en bedömningsmarginal tillåts motiveras av att staterna själva har direkt kontakt med sina samhällen och därmed i princip är bättre lämpade än en internationell

⁶³⁸ I *Silver mot Förenade kungariket* (dom den 25 mars 1983, appl. no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 och 7136/75), punkt 97 (c) yttrade Europadomstolen att med uttrycket ”nödvändigt i ett demokratiskt samhälle” krävs att en åtgärd motiveras av en ’pressing social need’ och att åtgärden (ingreppet i rättigheten) är proportionerlig till det legitima mål som eftersträvas.

⁶³⁹ Se härom Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth och Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Sjunde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 359 ff.

⁶⁴⁰ Se exempelvis Europadomstolens dom i målet *Silver m.fl. mot Förenade kungariket* (dom den 25 mars 1983, appl. nos. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 och 7136/75), punkt 97.

⁶⁴¹ Flera olika begrepp förekommer som översättning av engelskans margin of appreciation. Jag använder här ordet bedömningsmarginal, ett begrepp som även används av Inger Österdahl i artikeln Normprövning ur ett EKMR-perspektiv, SvJT 2007 s. 882.

⁶⁴² För mer om bedömningsmarginalen se exempelvis Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth och Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Sjunde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 360 ff.

domstol att bedöma vad som är nödvändigt i just deras demokratiska samhälle.⁶⁴³ Bedömningsmarginalen hänger samman med att konventionens rättigheter är relativt vagt formulerade – och således tillåter olika tolkningar – och kan ses i ljuset av den s.k. living instrument-doctrine, som nämndes ovan, som utvecklats av Europadomstolen för att konventionen ska kunna tolkas i takt med att sociala och politiska uppfattningar utvecklas och ändras. En dimension av denna syn är att konventionens rättigheter (till viss del) tillåts tolkas olika beroende av vilken samhällelig kontext de utgår ifrån.⁶⁴⁴ Att det slutligen är domstolen som avgör om en stat har gått utöver vad en situation kräver innebär en viss osäkerhet för staterna då det kan vara svårt att på förhand veta hur stor bedömningsmarginal Europadomstolen kommer anse att staten har i ett särskilt ärende. Hur vid marginal som tillåts av domstolen beror nämligen på såväl vilken rättighet som vilka olika intressen som aktualiseras i det särskilda fallet.

Även om det inte är helt enkelt att uttala sig generellt om vilken vidd bedömningsmarginalen kommer att ges i olika situationer går det ändå att identifiera vissa generella principer. Om ett ärende rör frågor av moralisk karaktär där samsyn saknas mellan konventionsstaterna är domstolen vanligen relativt generös med vidden på bedömningsmarginalen.⁶⁴⁵ När ett ärende rör en viktig del av en individs existens eller identitet under artikel 8 är domstolen dock normalt sett mer restriktiv med att tillåta en bred bedömningsmarginal.⁶⁴⁶ Domstolen har t.ex. uttalat att om ett ärende rör fundamentala värden och grundläggande aspekter av privatlivet kan det innebära att endast en smal bedömningsmarginal tillåts.⁶⁴⁷

Ibland handlar vidden av bedömningsmarginalen inte så mycket om hur viktig rättigheten är för individen utan istället mer om vilken typ av allmänintresse

⁶⁴³ Se exempelvis Europadomstolens dom i målet *Handyside mot Förenade kungariket* (dom den 7 december 1976, appl. no. 5493/72), p. 48.

⁶⁴⁴ Cameron, Iain, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, Åttonde upplagan, Iustus, Uppsala, 2018, s. 115.

⁶⁴⁵ Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth och Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Sjunde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 362.

⁶⁴⁶ *Ibid*, s. 361. Jfr dock Europadomstolens syn att en stat har relativt vid bedömningsmarginal att besluta att en man född som kvinna inte får registreras som far till sitt barn, en fråga som i alla fall i min mening är kopplad till en viktig del av en individs existens eller identitet, se *X, Y och Z mot Förenade kungariket* (dom den 22 april 1997, appl. no. 21830/93).

⁶⁴⁷ Det aktuella fallet rörde en ung intellektuellt funktionsnedsatt kvinna som utsatts för allvarliga sexuella övergrepp men som till följd av en lucka i den nederländska lagen inte kunde initiera en straffrättslig process. Europadomstolen fann att tillgång till straffrättsliga påföljder var nödvändigt i fallet. Se *X and Y mot Nederländerna* (dom den 26 mars 1985, appl. no. 8978/80).

som aktualiseras i målet.⁶⁴⁸ Domstolen menar nämligen att bedömningsmarginalen är kopplad till vilket legitimt intresse som åberopas. Ärenden som rör omhändertagande av barn är t.ex. ett intresse där staterna tillåts en relativt stor bedömningsmarginal, eftersom åtgärder kopplade till detta intresse i grunden handlar om att skydda ett barn från en konkret fara och där beslut kan behöva fattas mycket snabbt för att inte barnet ska råka (än mer) illa ut. Samtidigt är denna typ av beslut ofta svåra att ta tillbaka eftersom ett barn som omhändertagits kan ha skapat starka band till sin nya familj vilket kan tala emot att återföreina barnet med sin ursprungsfamilj. Även om bedömningsmarginalen är stor så är intresset att förebygga godtyckliga omhändertaganden – och att inte splittra familjer – således också stort. I dessa ärenden bedömer domstolen framförallt kvaliteten på beslutsprocessen, bl.a. om relevanta och tillräckliga grunder getts för omhändertagande.⁶⁴⁹ Nationell säkerhet är ytterligare ett exempel på intresse där staterna tillåts en relativt stor bedömningsmarginal, eftersom åtgärder kopplade till detta intresse i grunden handlar om att skydda en stor grupp människor samtidigt som den information som ligger till grund för besluten ofta är av känslig karaktär. I dessa fall anser Europadomstolen dock att det är viktigt att staten kan försäkra att adekvata och effektiva skyddsåtgärder finns på plats.⁶⁵⁰

En viktig del av bedömningen av om en åtgärd är tillåten eller ej är om konventionsstaten baserat sitt beslut på en acceptabel bedömning av relevanta fakta.⁶⁵¹ Europadomstolen har konstaterat att när den ska bedöma om något kan anses nödvändigt i ett demokratiskt samhälle är det viktigt att fästa stor vikt vid principer som karaktäriserar ett demokratiskt samhälle.⁶⁵² I praxis har domstolen uttryckt att dessa principer bl.a. rör mångfald, tolerans, vidsynthet, jämlikhet, frihet, yttrandefrihet, demonstrationsfrihet, religionsfrihet, rätten till en rättvis rättegång samt uppmuntrandet, och skyddandet, av individers självförverkligande.⁶⁵³

⁶⁴⁸ Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth och Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Sjunde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 364.

⁶⁴⁹ Se exempelvis Europadomstolens dom i målet *Hokkanen mot Finland* (dom den 23 september 1994, appl. no. 19823/92), punkt 55.

⁶⁵⁰ Se exempelvis *Klass m.fl. mot Tyskland* (dom den 6 september 1978, appl. no. 5029/71), punkt 50 samt Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth och Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Sjunde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 365.

⁶⁵¹ "[T]he Court has to satisfy itself that the national authorities [...] based their decisions on an acceptable assessment of the relevant facts", se Europadomstolens dom i målet *Gorzelik m.fl. mot Polen* (dom den 17 februari 2004, appl. no. 44158/98), punkt 96.

⁶⁵² Se Europadomstolens dom i målet *Handyside mot Förenade kungariket* (dom den 7 december 1976, appl. no. 5493/72), punkt 26.

⁶⁵³ Se t.ex. Europadomstolens dom i målet *Refah Partisi (The Welfare Party) m.fl. mot Turkiet* (dom den 13 februari 2003, appl. nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 och 41344/98), punkterna 86-95.

Om ett ärende rör frågor där samsyn saknas mellan konventionsstaterna är domstolen vanligen relativt generös med vidden på bedömningsmarginalen.⁶⁵⁴ Är det tvärtom så att det finns en *europaisk standard* minskar staternas bedömningsmarginal.⁶⁵⁵ Eftersom den europeiska samsynen kan ändras med tiden, kan även bedömningen av en och samma fråga komma att utvecklas med tiden.⁶⁵⁶

En fråga som uppkommit i doktrin är om bedömningsmarginalen inverkar på staternas bedömning av vad som är ett trängande samhällsintresse eller på den balans som ska uppnås mellan olika intressen – eller på båda.⁶⁵⁷ Europadomstolen fokuserar ibland på den effekt en åtgärd haft på den aktuella rättigheten, men ibland är fokus istället på syftet som åberopats som stöd för åtgärden.⁶⁵⁸ George Letsas menar att domstolen använder begreppet bedömningsmarginal på två olika sätt.⁶⁵⁹ Det första, som han kallar *det substantiva konceptet*, förekommer i ärenden där domstolen måste bestämma sig för om en särskild åtgärd utgör en tillåten eller en otillåten inskränkning av en konventionsrättighet. Här rör bedömningsmarginalen relationen mellan individens rättigheter och kollektivets mål.⁶⁶⁰ Dvs, i grunden frågan om hur långt en stat har rätt att åberopa allmänhetens intressen (det staten anser nödvändigt i ett demokratiskt samhälle) för att motivera inskränkningar av de/n rättighet/er som åberopas av individen. Det andra, som han kallar *det strukturella konceptet*, förekommer i ärenden där domstolen avstår ifrån att pröva ärendet materiellt, med motiveringen att konsensus i rättsfrågan saknas mellan konventionsstaterna.⁶⁶¹ Letsas menar att en del av den förvirring som finns kring begreppet bedömningsmarginal beror på domstolens oförmåga att skilja på dessa två koncept i sin praxis.⁶⁶²

⁶⁵⁴ Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth och Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Sjunde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 363.

⁶⁵⁵ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 59.

⁶⁵⁶ Jfr Exempelvis synen på homosexualitet, se *ibid*, s. 59.

⁶⁵⁷ McHarg, Aileen, Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems And Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *The Modern Law Review*, vol. 62, nr. 5 1999, s. 688.

⁶⁵⁸ Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth och Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Sjunde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 366 f.

⁶⁵⁹ Letsas, George, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2007, kapitel 4.

⁶⁶⁰ *Ibid*, s. 85.

⁶⁶¹ *Ibid*, s. 91.

⁶⁶² *Ibid*, s. 81.

Betydelsen av bedömningsmarginalen när det ska avgöras om en åtgärd är tillåten eller inte bör inte underskattas.⁶⁶³ Samtidigt är konceptet, som framgår av redogörelsen ovan, något oklart. Det går att konstatera att bedömningsmarginalen kan syfta på olika delar av domstolens bedömning. Dessutom kan konstateras att när domstolen väl prövar ett ärende materiellt så kan marginalen variera såväl mellan olika måltyper som inom samma måltyp. Även om vissa generella principer går att identifiera så är bedömningsmarginalen därmed i slutändan beroende av omständigheterna i det individuella fallet. Mest korrekt är nog att snarast se bedömningsmarginalen som en glidande skala som anpassas utifrån de i ärendet aktuella omständigheterna.⁶⁶⁴

4.5.5 Proportionalitetsprincipen

Av Europadomstolens förtydligande gällande innebörden av ”nödvändig i ett demokratiskt samhälle” som presenterades ovan framkommer det tydligt av punkt 3 att en central del av bedömningen av om en åtgärd är tillåten eller inte är frågan om åtgärden är *proportionerlig*. Kärnan av undantagen i artikel 8 är att intressen som anförs av staten i vissa fall kan tillåtas väga tyngre än det intresse som åberopas av individen men att en noggrann avvägning måste ske.⁶⁶⁵ När denna balansakt mellan intressen genomförs är den centrala frågan om ingreppet i individens rättighet/er går längre än vad som är nödvändigt (för att säkra det intresse som åberopas av det allmänna) i ett demokratiskt samhälle.⁶⁶⁶ Som nämnts i kapitel 2 kan proportionalitetsprincipen på så vis sägas utgöra en slags motvikt mot konventionsstaternas bedömningsmarginal då den inskränker utrymmet för staten att göra fria bedömningar.⁶⁶⁷

Vad som är proportionerligt går dessvärre inte heller det att svara på generellt, även detta måste avgöras i det individuella fallet. Faktorer som beaktas vid denna bedömning är bl.a. vilken typ av åtgärd som vidtagits (t.ex. om den har oåterkalleliga effekter), om staten hade kunnat vidta mindre långtgående åtgärder.

⁶⁶³ Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth och Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Sjunde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 367.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, s. 360.

⁶⁶⁵ Migrationsöverdomstolen uttalade exempelvis i MIG 2010:18 att i begreppet proportionalitet ”ligger att intresset av att uppfylla i vart fall något av ändamålen i artikel 8.2 ska väga tyngre än den börda intrånget innebär för den enskilde”.

⁶⁶⁶ Se härom exempelvis Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth och Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Sjunde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 359 f.

⁶⁶⁷ Åhman, Karin, Europadomstolens principer i Marcusson, Lena (red.), *Offentlighetsprinciper*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 41 med hänvisning till Lorenzen, Peer, Rehof, Lars Adam och Trier, Tyge, *Den europeiske menneskeretskonvention: med kommentarer*, Jurist- och økonomforbundet, København, 1994, s. 55.

gärder, vilka personerna är som drabbats (om de tillhör en grupp vars rättigheter kan inskränkas enklare än andras) samt även om det finns skyddsåtgärder som kan kompensera för den rättighetsbegränsning åtgärden kan medföra.⁶⁶⁸

4.5.6 Effektivitetsprincipen

En sista princip som ska nämnas i samband med staters möjligheter att inskränka rättigheter enligt Europakonventionen är den s.k. effektivitetsprincipen. Principen går ut på att rättigheterna i konventionen aldrig får bli teoretiska och illusoriska.⁶⁶⁹ Konventionsstaterna måste därför agera på ett sådant vis att rättigheterna i Europakonventionen blir praktiskt betydelsefulla och effektiva.⁶⁷⁰ Några begränsningar för metoden finns dock; dels måste konventionstexten vara utgångspunkt, dels får konventionens syfte inte överges.⁶⁷¹

Det kan konstateras att hur starkt skydd som kan härledas ur artikel 8 varierar beroende av omständigheterna i den aktuella situationen. Skyddet är exempelvis mindre långtgående när det gäller mer avlägsna familjerelationer än i fråga om förhållandet mellan föräldrar och minderåriga barn.⁶⁷² Likaså är skyddet vad gäller privatliv mindre långtgående för en person som nyligen anlant till ett land än för en person som vistats där under en längre tid. I enlighet med effektivitetsprincipen får dock inte skyddet begränsas på ett sådant sätt att det förlorar sin mening. Vad detta innebär i praktiken är en fråga som kommer att diskuteras närmare i senare delar av denna avhandling.

⁶⁶⁸ Se härom kapitel 9-13 nedan samt Cameron, Iain, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, Åttonde upplagan, Iustus, Uppsala, 2018, s. 120.

⁶⁶⁹ Se exempelvis Europadomstolens domar i målen *Airey mot Irland* (dom den 9 oktober 1979, appl. no. 6289/73), punkt 24 samt *Soering mot Förenade kungariket* (dom den 7 juli 1989, appl. no. 14038/88, punkt 90).

⁶⁷⁰ Se exempelvis Europadomstolens dom i *Airey mot Irland* (dom den 9 oktober 1979, appl. no. 6289/73), punkt 24. Se även Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 55.

⁶⁷¹ Se härom exempelvis Merrills, John Graham, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Andra upplagan, Manchester University Press, Manchester, 1995, s. 122.

⁶⁷² SOU 2006:6, s. 251.

4.6 Sverige och Europakonventionen

Även om Sverige från början var emot en domstol och motvilligt gick med på att en frivillig sådan infördes i konventionen är landet idag bundet av Europadomstolens praxis och har att förhålla sig till Europakonventionens rättigheter och Europadomstolens praxis vid all lagstiftning och rättstillämpning.⁶⁷³

Enligt Hans Danelius har svenska domstolar successivt tillmätt Europakonventionen allt större betydelse i rättstillämpningen.⁶⁷⁴ Ett exempel på att domstolarna verkar ta Europakonventionen på allvar och vilja undvika prövning av Europadomstolen är *NJA 2005 s. 805* (det s.k. Åke Green-fallet). I målet gjorde Högsta domstolen en restriktiv tolkning av straffbestämmelsen om hets mot folkgrupp med anledning av att Högsta domstolen övervägde hur Europadomstolen *eventuellt* skulle komma att resonera. Den svenska Högsta domstolen beaktade tillsynes ett hypotetiskt avgörande från Europadomstolen då det (ännu) inte fanns något avgörande från Europadomstolen som visade hur en sådan situation som i det aktuella målet skulle bedömas.⁶⁷⁵

När den tillfälliga lagen⁶⁷⁶ bereddes under våren 2016 kom stark kritik mot att lagen eventuellt skulle strida mot Europakonventionen. Den slutligt antagna versionen innehåller därför uttryckliga stadganden om att vissa bestämmelser inte får tillämpas ”om det skulle strida mot ett svenskt konventionsåtagande”.⁶⁷⁷ I praktiken är stadgandena onödiga vad gäller Europakonventionen eftersom den tillfälliga lagen är meddelad efter att bestämmelsen om Europakonventionens företrädare infördes i 2 kap. 19 § regeringsformen vilket innebär att lagen kan anses meddelad i strid med grundlag i det fall en konflikt skulle uppstå. Stadgandena kan dock ha betydelse för vissa andra konventionsåtaganden.⁶⁷⁸

⁶⁷³ Angående Sveriges ståndpunkt i frågan om en domstol se exempelvis förarbetena till Europakonventionen, utgivna i åtta volymer Robertson, Arthur Henry (ed), *Collected Edition of the ‘Travaux Préparatoires’ of the European Convention on Human Rights (1975–85)* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1985). Som nämndes ovan måste (hela) Europadomstolens praxis beaktas, inte endast avgöranden som rör Sverige, när det ska bedömas om ett ingrepp i en rättighet kan anses bryta mot Europakonventionen.

⁶⁷⁴ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 44.

⁶⁷⁵ *NJA 2005 s 805* samt Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 44.

⁶⁷⁶ Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

⁶⁷⁷ 11 och 13 §§ Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

⁶⁷⁸ Se exempelvis Dane, Louise, *Reflektioner kring barnkonventionens ökade betydelse för rätten att få leva tillsammans med sin familj* i Molin, Erica och Lundblad, Anna (red.), *Festskrift*

4.7 Från skydd av konventionsstater till fokus på rättighetsskydd för individen

Ovan har beskrivits hur Europadomstolen med åren har utvecklats till att bli en domstol med obligatorisk jurisdiktion samtidigt som det inte längre är möjligt för staterna att vägra individuell klagorätt. Europadomstolens domar är dessutom numera bindande för samtliga konventionsstater.

Även om ursprungsidén bakom konventionen – att trygga demokratiska styrelseskick – fortfarande ligger till grund för konventionens rättighetskatalog så har tillämpningen på många vis lett till att individers rättigheter hamnat i fokus. Som exemplifierats ovan har Europadomstolen genom sin praxis vidgat det rättighetsskydd konventionen ursprungligen erbjöd individen, inte minst vad gäller migranter.

Under senare år har flera stater dock signalerat att de anser att domstolen går för långt. Den makt domstolen har kommit att få, och i vissa fall tagit sig, genom sin dömande verksamhet är nämligen inte något som alltid uppskattas av konventionsstaterna. Missnöjet förefaller leda till att staterna blir allt mer måna om att framhäva sin egen makt, sitt självbestämmande. Efter att Europadomstolen slagit fast att konventionsstater inte får utvisa människor som dömts för terroristbrott om de riskerar dödsstraff eller tortyr i sina hemländer gick t.ex. David Cameron, dåvarande premiärminister i Förenade kungariket, ut och lovade sina väljare att göra allt som krävs för att se till att landet på egen hand skulle få bestämma över vem som ska utvisas.⁶⁷⁹

Att staterna önskar framhäva sitt självbestämmande visas inte minst genom det senaste ändringsprotokollet till Europakonventionen, nummer 15.⁶⁸⁰ Genom protokollet har Europakonventionens preambel ändrats på så vis att det nu uttryckligen anges att ”de höga fördragsslutande parterna, i enlighet med subsidiaritetsprincipen, bär det primära ansvaret för att säkerställa skyddet av de rättigheter och friheter som anges i [Europakonventionen] och protokollen till denna, och då har en bedömningsmarginal som är underställd den prov-

till Anders Sundquist Migrationsrättens utveckling, Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingar, 2019.

⁶⁷⁹ The Guardian, Cameron: I'd withdraw from human rights convention 'to keep UK safe', söndag 29 september 2013, tillgänglig via: <https://www.theguardian.com/politics/2013/sep/29/david-cameron-human-rights-convention>, senast använd 22 augusti 2018.

⁶⁸⁰ Protokollet rör även åtgärder för att minska domstolens arbetsbelastning, se prop. 2015/16:18. Protokollet har godkänts av riksdagen (se Riksdagens protokoll 2015/16:62). Dessutom har riksdagen antagit regeringens förslag till lag om ändring i lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna med effekten att regeringen fritt kan besluta när lagändringen ska träda ikraft, se lag (2016:1358).

ningsrätt som tillkommer [Europadomstolen]”. Tillägget innebär enligt förarbeten ingen materiell förändring utan syftar endast till att tydliggöra att skyddet för mänskliga rättigheter i första hand ska upprätthållas på nationell nivå (subsidiaritetsprincipen).⁶⁸¹ Det är uppenbart att konventionsstaterna velat markera att de själva har rätt till en viss bedömningsmarginal när de utövar denna skyldighet. En möjlig konsekvens av att staterna bjuder ett större motstånd mot domstolen är att domstolen å sin sida, mer eller mindre medvetet, backar och tillåter staten starkare rätt vid exempelvis proportionalitetsavvägningar.⁶⁸² Skyddet som Europakonventionen kan erbjuda individen är på så vis förknippat med det maktspel som pågår mellan konventionsstaterna och Europadomstolen.

⁶⁸¹ Prop. 2015/16:18, s. 13 f.

⁶⁸² Angående den balansakt domstolen på så vis ägnar sig åt, se t.ex. Spijkerboer, Thomas, Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children’s Family Reunion, *European Journal of Migration and Law*, vol. 11 nr. 3, 2009, s. 283.

5 Europeiska unionen och utvecklingen av ett migrationspolitiskt samarbete

5.1 Inledning

Strax efter andra världskrigets slut, närmare bestämt år 1951, kom Frankrike, Italien, Västtyskland, Belgien, Nederländerna och Luxemburg överens om att upprätta den s.k. Europeiska kol- och stålgemenskapen.⁶⁸³ Idén om att Tyskland och Frankrike skulle överlämna beslutandemakten om kol- och stålmarknaden till en överstatlig organisation – en ”hög myndighet” – kom från en inflytelserik fransk ekonom vid namn Jean Monnet.⁶⁸⁴ Genom ett ekonomiskt samarbete kring just den produktion som var helt avgörande för rustningsindustrin menade Monnet att ett framtida krig mellan staterna skulle göras omöjligt samtidigt som ett sådant samarbete skulle förbättra de deltagande staternas ekonomiska situation.⁶⁸⁵

Skapandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen hade alltså, precis som grundandet av Europarådet, en tydlig koppling till de fruktansvärda händelser som nyligen utspelat sig i Europa.⁶⁸⁶ Till skillnad från Europarådet byggde dock samarbetet i Europeiska kol- och stålgemenskapen inte på stärkandet av demokrati och mänskliga rättigheter, utan på att skapa starka band mellan de deltagande staterna genom att knyta dem samman ekonomiskt via handel.⁶⁸⁷

⁶⁸³ Europeiska kol- och stålgemenskapen (ibland förkortad EKSG) bildades genom fördraget om upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen vilket undertecknades i Paris år 1951 men trädde ikraft år 1952.

⁶⁸⁴ Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 3.

⁶⁸⁵ Se Duchêne, Francois, *Jean Monnet. The First Statesman of Interdependence*, New York and London: Norton, 1994, Duroselle, Jean-Baptiste, General de Gaulle's Europe and Jean Monnet's Europe, *The World Today*, vol. 22, no. 1 1966, s. 1-13. Se även Jones, Erik., Menon, Anand och Weatherill, Stephen (red.), *The Oxford Handbook of the European Union [Elektronisk resurs]*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 79.

⁶⁸⁶ Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 2 f.

⁶⁸⁷ Idén om ökad handel mellan staterna hade redan tidigare presenterats av USA som hade krävt att de europeiska staterna tog bort handelshinder mellan sig för att få tillgång till amerikanskt ekonomiskt bistånd inom ramen för den s.k. Marshallplanen. Med detta syfte startades Organisation for European Economic Cooperation (OEEC) föregångaren till industriländernas nuvarande ekonomiska organisation OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development). Se Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte

Eftersom samarbetet kring kol- och stål ansågs framgångsrikt startade diskussioner så småningom om att bredda samarbetet till att omfatta fler områden. Det visade sig vara komplicerat då vissa frågor ansågs vara för politiska.⁶⁸⁸ Efter ett misslyckat försök att skapa en europeisk försvarsgemenskap och en ”europaarmé” kom de sex medlemsstaterna i Europeiska kol- och stålgemenskapen dock överens om att skapa två nya europeiska gemenskaper;⁶⁸⁹ Europeiska ekonomiska gemenskapen (EEG) och Europeiska atomenergigemenskapen (Euratom). Euratom syftade till att skapa en gemensam marknad för kärnkraft. Gemenskapen finns kvar än idag men har fått relativt begränsad betydelse.⁶⁹⁰ Betydligt större effekt på de europeiska länderna har EEG haft. Samarbetet bytte så småningom namn till Europeiska gemenskapen (EG) och utvecklades därefter till det vi idag känner som Europeiska unionen (EU).⁶⁹¹

5.2 Migranter och Europeiska unionen

Europeiska kol- och stålgemenskapen berörde inte frågan om migration. Det var först när fördraget om EEG (Romfördraget) togs fram som staterna började närma sig frågan. Genom Romfördraget initierades ett arbete med att skapa en gemensam inre marknad. Syftet med det utökade samarbetet var tydligt ekonomiskt.⁶⁹² Romfördraget reglerade handel, tullar, statligt stöd och öppen konkurrens och stadgade bl.a. att alla handelshinder mellan de sex med-

upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015. Se även Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Introduktion till EU*, Sjätte upplagan, Stockholm, 2018, s. 13 f.

⁶⁸⁸ Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 3 f.

⁶⁸⁹ Dessa två nya gemenskaper byggde på slutsatser från en arbetsgrupp under den belgiske utrikesministern Paul-Henri Spaaks ledning, den s.k. Spaakrapporten.

⁶⁹⁰ Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Introduktion till EU*, Sjätte upplagan, Stockholm, 2018, s. 16.

⁶⁹¹ Genom Maastrichtfördraget som trädde ikraft 1993 formades Europeiska unionen (EU). Unionen byggde då på tre pelare, där den första bestod av de tidigare gemenskaperna (Europeiska kol- och stålgemenskapen, Euratom och EEG), den andra av en gemensam utrikes- och säkerhetspolitik och den tredje av polisiärt samarbete. Bara den första pelaren hade överstatlig karaktär. De andra två pelarna ansågs röra känsliga frågor som hörde till kärnan av staters suveränitet, samarbetet i dessa gavs därför en mer mellanstatlig karaktär. Sedan Maastrichtfördraget har tre ytterligare fördrag antagits; Amsterdamfördraget 1999, Nicefördraget 2003 och slutligen Lissabonfördraget 2009. Vart och ett av dessa fördrag har gett EU ökad kompetens. Först genom Lissabonfördraget upphörde dock pelarstrukturen, även om denna i praktiken kvarstår vad gäller utrikes- och säkerhetspolitik där EU ännu har lägre grad av kompetens. För mer om denna utveckling se exempelvis Weiler, Joseph HH, *The Transformation of Europe*, *Yale Law Journal*, vol. 100, nr. 8, 1991, s. 2403-2483 och Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015.

⁶⁹² Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 4.

lemsländerna skulle vara avskaffade inom tolv år från fördragets ikraftträdande.⁶⁹³ Att migration kom att bli en del av samarbetet hänger ihop med själva grundbulten i fördraget – principen om fri rörlighet.⁶⁹⁴ För att underlätta den gemensamma ekonomiska marknaden kom staterna överens om att varor, tjänster, kapital men även arbetstagare behövde kunna röra sig fritt. (Vissa) migranter – arbetskraftsinvandrarerna – omfattades därmed som en del av det europeiska samarbetet redan då Romfördraget trädde i kraft 1958.

Den fria rörligheten för arbetare var dock begränsad till arbetare som var medborgare i någon av medlemsstaterna. Dessa utgjorde på så vis en privilegierad grupp migranter.⁶⁹⁵ För övriga migranter saknades ännu gemensamma regler.

Att staterna tillät en ökad fri rörlighet för arbetare sågs inte enbart som något positivt. Frankrike fruktade exempelvis att fattiga arbetare från Italien skulle pressa lönerna då de använde sig av den fria rörligheten. För att förhindra lönedumpning hade därför ett förbud mot diskriminering införts i Romfördraget. Av liknande skäl antogs så småningom gemensamma lagar om bl.a. arbetstid, arbetsmiljö, utstationering av arbetare etc. En effekt av den fria rörligheten blev således att det behövdes nya, gränsöverskridande lagar för att hantera dess följder. Journalisten Annika Ström Melin har träffande uttryckt det som hände som att ”den fria rörligheten föste politikerna framför sig”.⁶⁹⁶

I början av 1980-talet blev det tydligt att medlemsstaterna hade delvis olika syn på vem den fria rörligheten skulle gälla. Vissa av medlemsstaterna menade att den endast skulle omfatta medlemsstaternas egna medborgare medan andra medlemsstater ansåg att den skulle gälla för alla människor som lagligen befann sig på medlemsstaternas territorium. Frågan var nära kopplad till en diskussion om att förenkla rörligheten mellan staterna genom att luckra upp gränskontrollerna mellan dem. De medlemsstater som ansåg att endast medlemsstaternas medborgare skulle ha rätt att röra sig fritt ansåg att förslaget om gränsuppluckring var problematiskt. De menade att gränskontrollerna behövdes för att urskilja tredjelandsmedborgare. Konsekvensen blev att de medlemsstater som förespråkade en uppluckring av gränskontroller (Belgien,

⁶⁹³ Se artikel 8 i Romfördraget.

⁶⁹⁴ Som Meriam Chatty lyft fram görs traditionellt en uppdelning mellan å ena sidan EU:s migrationspolitik (dvs. politik som rör migration och yttre gränser) och EU:s medborgarskapspolitik (dvs. politik som rör fri rörlighet, medborgerliga rättigheter och gemensam identitet), enligt Chatty speglar och befäster denna uppdelning dock synen att fri rörlighet och migration är väsensskilda, se Chatty, Meriam, *Migranternas medborgarskap: EU: s medborgarskapande från Romförhandlingarna till idag*, Diss, Statsvetenskapliga institutionen, Örebro universitet, 2015, s. 23.

⁶⁹⁵ Chatty, Meriam, *Migranternas medborgarskap: EU: s medborgarskapande från Romförhandlingarna till idag*, Diss, Statsvetenskapliga institutionen, Örebro universitet, 2015, s. 25.

⁶⁹⁶ Ström Melin, Annika, *Europas svaga hjärta: från Haag 1948 till Budapest 2014*, Första upplagan, Dialogos, Stockholm, 2014, s. 98.

Frankrike, Luxemburg, Nederländerna och Tyskland) skapade ett gränsfritt område mellan sig, medan de övriga medlemsstaterna vid denna tidpunkt – Italien, Danmark, Irland och Förenade kungariket – valde att stå utanför ett sådant samarbete.⁶⁹⁷ Det gränsfria område som upprättades 1985 kallades för Schengenområdet efter den plats där avtalet ingicks. År 1990 kompletterades det s.k. Schengenavtalet av Schengenkonventionen som trädde i kraft 1995.⁶⁹⁸

Början av 1990-talet var en period då det europeiska samarbetet genomgick en viktig utvecklingsfas. År 1993 trädde nämligen fördraget om Europeiska unionen (Maastrichtfördraget) ikraft. Fördraget fick detta namn även om det först var genom Lissabonfördraget 2009 som namnet på samarbetet formellt blev Europeiska unionen, EU. I och med Maastrichtfördraget ströks dock ordet ”ekonomiska” ur namnet Europeiska ekonomiska gemenskapen och samarbetet fick istället kort och gott heta Europeiska gemenskapen (EG). Namnbytet bör dock inte tolkas som att de ekonomiska skälen att samarbeta nu ansågs mindre relevanta utan speglar istället den ökade viljan att utöka samarbetet till att omfatta politiska frågor som tidigare ansetts för känsliga.⁶⁹⁹

I samband med, och som följd av, att samarbetet utvecklades på detta vis skedde flera ändringar som fått stor betydelse för migranter. En mycket viktig del av detta – och en del av ansatsen att utveckla en politisk union – var införandet av ett juridiskt unionsmedborgarskap.⁷⁰⁰ Av Maastrichtfördraget framkommer att varje person som är medborgare i en medlemsstat ska vara unionsmedborgare och att varje unionsmedborgare som utgångspunkt ska ha rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom samtliga medlemsstaters territorier. Genom införandet av detta unionsmedborgarskap skapades således en starkare fördragsgrundad rätt till fri rörlighet, bosättning och likabehandling för *alla*

⁶⁹⁷ Schengenavtalet (Avtal mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om det gradvisa avskaffandet av kontroller vid de gemensamma gränserna, undertecknat i Schengen den 14 juni 1985, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr L 239, 22/09/2000 s. 0013 – 0018).

⁶⁹⁸ Schengenkonventionen (Konvention om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr L 239, 22/09/2000 s. 0019 – 0062).

⁶⁹⁹ Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 852.

⁷⁰⁰ Varje person som är medborgare i en av EU:s medlemsstater är unionsmedborgare, detta framgår idag av artikel 20 FEUF. För en genomgång av den historiska utvecklingen av ett unionsmedborgarskap se exempelvis Berneri, Chiara, *Family Reunification in the EU: The Movement and Residence Rights of Third Country National Family Members of EU Citizens [Elektronisk resurs]*, Hart Publishing Limited, 2017, s. 89 ff. Se även Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 852.

unionens medborgare och alltså inte längre enbart för arbetare.⁷⁰¹ Den fria rörligheten var dock inte riktigt så fri som det kan låta.⁷⁰² I praktiken utvecklades ett flertal regleringar som uppställde olika villkor för att fri rörlighet skulle kunna nyttjas, vilket resulterade i ett tämligen fragmentariskt unionsmedborgarskap.⁷⁰³ Genom det s.k. rörlighetsdirektivet⁷⁰⁴ som trädde ikraft 2004 gjordes ett försök att samla ihop den massa av regelverk och praxis som vuxit fram för att göra reglerna mer överskådliga.⁷⁰⁵ I rörlighetsdirektivet anges under vilka (grund)förutsättningar unionsmedborgare och deras familjemedlemmar har rätt att vistas i en annan medlemsstat.⁷⁰⁶ Att direktivet gäller alla EU-medborgare innebär dock inte att alla unionsmedborgare har samma möjligheter att bosätta sig i en annan medlemsstat, skyddet är fortfarande betydligt starkare för arbetstagare.⁷⁰⁷

Unionsmedborgarskapet medför rättigheter när en unionsmedborgare befinner sig i en annan medlemsstat än sin hemstat men under vissa förutsättningar även när de återvänder till sitt eget hemland efter att ha använt sig av sin fria

⁷⁰¹ Se nuvarande artikel 20-25 i FEUF. När rättigheterna infördes var de reglerade i artikel 8-8e, Europeiska unionens officiella tidning, C 191 årgång 35, 29 juli 1992. En pågående diskussion är om unionsmedborgarskapet ska anses ha blivit den primära rättsliga statusen i unionen och därmed omfatta de andra rättsliga kategorier som EU-rätten traditionellt delat in medlemsstaternas medborgare i – arbetstagare, studenter, privilegierade familjemedlemmar etc – eller om den praktiska rättsliga effekten av unionsmedborgarskapet fortsatt ska ses som ett komplement till dessa kategorier. Enligt Paul Craig och Gráinne De Búrca ligger sanningen förmodligen någonstans däremellan, Se Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 854.

⁷⁰² Det har aldrig varit fråga om någon helt ”fri” rörlighet, på det vis som vi traditionellt uppfattar att medborgare ska ha rätt att röra sig och bosätta sig inom det territoriella område som medborgarskapet hör ihop med, se Chatty, Meriam, *Migranternas medborgarskap: EU: s medborgarskapande från Romförhandlingarna till idag*, Diss, Statsvetenskapliga institutionen, Örebro universitet, 2015, s. 27.

⁷⁰³ Olika regleringar fanns beträffande arbetstagare, egenföretagare, studerande och andra icke-yrkesverksamma grupper. Se Chatty, Meriam, *Migranternas medborgarskap: EU: s medborgarskapande från Romförhandlingarna till idag*, Diss, Statsvetenskapliga institutionen, Örebro universitet, 2015.

⁷⁰⁴ Rörlighetsdirektivet (2004/38/EG).

⁷⁰⁵ Målet var att ”förenkla och stärka rätten att fritt röra sig och uppehålla sig för alla unionsmedborgare”, då unionsmedborgarskapet förklaras ”vara en grundläggande status för medborgarna i medlemsstaterna när de utövar sin rätt att fritt röra sig och uppehålla sig”, rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), ingressens punkt 3.

⁷⁰⁶ Rörlighetsdirektivet (2004/38/EG) omfattar alla unionsmedborgares rätt till rörlighet – dvs. inte enbart arbetstagare – och sammanfattar och förenklar mycket av den tidigare lagstiftning som fanns. Direktivet är dock inte tänkt att inskränka de rättigheter som medgavs genom tidigare gällande regelverk, se Peers, Steve, *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 343.

⁷⁰⁷ I artikel 45 FEUF finns t.ex. en särskild fördragsbestämmelse om fri rörlighet för arbetstagare. I syfte att förverkliga denna fördragsstadgade rättighet har en mängd lagstiftning antagits och ett stort antal avgöranden meddelats av EU-domstolen. För mer om detta se Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015, kapitel 21: Free Movement of Workers.

rörlighet.⁷⁰⁸ Meriam Chatty har mot bakgrund av detta beskrivit unionsmedborgarskapet som ett ”migrant-medborgarskap”, då unionsmedborgarskapet ger rättigheter för medlemstaternas medborgare när de migrerar inom EU.⁷⁰⁹ EU:s medborgarskapspolitik kan därför ses som migrationspolitik.⁷¹⁰ Trots det är det sällan denna politik som avses när det talas om EU:s migrationspolitik.⁷¹¹ Då åsyftas stället ofta den externa migrationspolitiken, dvs. migration till EU från länder utanför EU-samarbetet. Liksom unionsmedborgarskapet fick denna politik ordentlig fart i och med Maastrichtfördraget och det därefter följande Amsterdamfördraget. Redan före dessa fördrag fanns dock viss reglering gällande migration från tredje land i och med det s.k. Ankaraavtalet från 1963 som i korthet innebar att invandring av arbetskraft från Turkiet underlättades.⁷¹² Genom Maastrichtfördraget och Amsterdamfördraget blev frågan om migration från tredje land dock en tydligare uttalad del av samarbetet.

I och med Maastrichtfördraget skapades en organisationsstruktur som stod på tre pelare, där den första bestod av de tidigare gemenskaperna (Europeiska kol- och stålgemenskapen, Euratom och EEG), den andra av en gemensam utrikes- och säkerhetspolitik och den tredje av ett polisliärt samarbete. Bara den första pelaren hade överstatlig karaktär. De andra två pelarna – som bl.a. rörde migration från tredje land – ansågs röra känsliga frågor som hörde till kärnan av staters suveränitet, samarbetet i dessa frågor gavs därför en mer mellanstatlig karaktär. När Schengensamarbetet år 1999, genom att det fördes in i Amsterdamfördraget, blev en del av EU:s rättsliga samarbete ansåg sig staterna tvungna att utöka sitt gemensamma arbete gällande migration.⁷¹³

Syftet med Schengensamarbetet är, som nämndes ovan, att främja den fria rörligheten genom att avskaffa gränskontroller vid s.k. inre gränser, dvs. gränser mellan medlemsstater. Genom denna uppluckring av gränskontrollerna har

⁷⁰⁸ Mer om detta i avsnitt 9.4 nedan.

⁷⁰⁹ Chatty, Meriam, *Migranternas medborgarskap: EU: s medborgarskapande från Romförhandlingarna till idag*, Diss, Statsvetenskapliga institutionen, Örebro universitet, 2015, s. 21.

⁷¹⁰ Meriam Chatty menar att detta är något som den EU-rättsliga medborgarskapsforskningen med några få undantag inte förmått tydliggöra, se *ibid*, s. 25.

⁷¹¹ Meriam Chatty har beskrivit det som att en uppdelning traditionellt görs i forskningen ”mellan å ena sidan EU:s migrationspolitik (dvs. politik som rör migration och yttre gränser) och EU:s medborgarskapspolitik (dvs. politik som rör fri rörlighet, medborgerliga rättigheter och gemensam identitet)”, *ibid*, s. 23.

⁷¹² *Ibid*, s. 27.

⁷¹³ Som nämndes ovan hade det samarbetet tidigare skötts av vissa medlemsstater vid sidan av gemenskapen. Trots att Schengensamarbetet därmed är en del av EU sedan Amsterdamfördragets ikraftträdande år 1999 ingår dock än idag inte alla EU-länder i Schengenområdet. Irland och Förenade kungariket har valt att stå utanför området medan Rumänien, Kroatien, Cypern och Bulgarien ännu inte getts tillstånd av övriga medlemsstater att bli en del av området. Utöver övriga EU-stater ingår Island, Liechtenstein, Norge och Schweiz i Schengenområdet genom särskilda associeringsavtal. Dessutom har Monaco, San Marino och Vatikanstaten samt Färöarna och Grönland öppna gränser gentemot Schengenområdet.

staterna dock lämnat ifrån sig ett viktigt hjälpmedel för att kontrollera vem som tillåts resa in i länderna. I och med de öppna gränserna kan nu en person obehindrad resa mellan medlemsstater.⁷¹⁴ Med motiveringen att lyftandet av gränskontrollerna inte ska få ske på bekostnad av säkerheten hos den existerande befolkningen har en konsekvens av den fria rörligheten inom EU blivit att staterna ansett sig behöva ett gemensamt förhållningssätt till världen utanför, bl.a. genom stärkta gränskontroller vid unionens s.k. yttre gränser. Schengensamarbetet har på så vis lett till utvecklingen av gemensam politik bl.a. vad gäller asyl och invandring ifrån s.k. tredje länder.⁷¹⁵

Idag har EU en gemensamt framtagen politik vad gäller asyl (Common European Asylum System, CEAS) vilket motiveras med att medlemsstaterna måste komma överens om vem som ska anses vara i behov av skydd med syftet att undvika en mängd praktiska problem, t.ex. att en person kan ansöka om asyl i flera medlemsstater samtidigt. När det gäller andra former av migration från tredje land finns gemensam reglering vad gäller familjeåterförening samt vissa gemensamma regler vad gäller arbetskraftsinvandring. I dagsläget bygger den EU-gemensamma regleringen av migration från tredje land främst på minimikrav,⁷¹⁶ vilket innebär att reglerna ofta kompletteras av nationell lagstiftning. Sedan några år tillbaka pågår dock diskussioner om ett nytt CEAS som i större grad förväntas bygga på förordningar och därmed inte tillåta att medlemsstaterna medger mer förmånliga regler.⁷¹⁷

Av vad som presenterats ovan framgår att EU-regleringen av migration skiljer på unionsintern migration och migration från länder utifrån unionen. Som

⁷¹⁴ Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 968. Under den s.k. flyktingkrisen 2015 återinförde flera stater gränskontroller för att de ansåg sig behöva ha bättre koll på vilka personer som rörde sig inom landet, som nämnts ovan i kapitel 3 är Sverige ett av dessa länder.

⁷¹⁵ Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 967. Amsterdamfördraget gjorde Schengensamarbetet till en del av EU-rätten och innebar även att EU gavs kompetens att besluta om en unionsgemensam asyl- och invandringspolitik. Genom fördraget flyttades asyl- och invandringspolitiken från den mellanstatliga tredje pelaren till den överstatliga första pelaren. I praktiken fick det konsekvensen att beslut om asyl- och flyktingfrågor inte längre kräver enhällighet utan kan fattas av rådet med kvalificerad majoritet samt att parlamentets inflytande vid lagstiftning på dessa områden ökade. Genom ett protokoll som genom Amsterdamfördraget lades till grundfördragen gavs Danmark, Irland och Förenade kungariket särskilda undantag inom de områden som flyttades från tredje pelaren till första pelaren.

⁷¹⁶ Den för avhandlingen relevanta EU-regleringen presenteras närmare nedan, se främst avsnitten 8.3.1.4, 9.4, 10.4, 11.4.

⁷¹⁷ EU-kommissionen meddelade i april 2016 att den önskade en reform av det gemensamma asylsystemet (CEAS), se Europeiska kommissionen – Pressmeddelande, Kommissionen föreslår olika handlingsalternativ för att reformera det gemensamma asylsystemet och ta fram säkra och lagliga sätt att resa till Europa, Bryssel den 6 april 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1246_sv.htm.

Loïc Azoulai och Karin De Vries påtalat har unionsmedborgare och deras familjemedlemmar en fördragsskyddad rätt att leva ett transnationellt liv, något som står i skarp kontrast till tredjelandsmedborgares möjligheter att göra det samma.⁷¹⁸ Även för tredjelandsmedborgarna har dock EU-rätten betydelse. Dels genom de harmoniserade regler som nyss nämnades, dels genom det rättighetskydd som utvecklats av EU-domstolen.

5.3 EU-domstolens betydelse för utvecklingen av migranternas rättigheter

Det är tydligt att EU sedan Romfördraget haft som uttalat mål att underlätta rörligheten för *ekonomiskt aktiva* unionsmedborgare. Regleringen gällande övriga migranter förefaller dock främst vara konsekvenser av andra mål medlemsstaterna velat uppnå.

Utöver alla de beslut som fattats av politiker finns en ytterligare faktor som i allra högsta grad bidragit till utvecklingen av EU:s reglering av intern och extern migration. I likhet med vad som beskrevs i avsnittet om Europakonventionen ovan har nämligen den domstol som finns kopplad till EU-rätten spelat en avgörande roll för utvecklingen av migranternas rättigheter.

Redan i samband med upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen inrättade de grundande staterna en domstol med uppgiften att se till att gemenskapsrätten efterlevdes, att den tillämpades på ett enhetligt sätt av medlemsstaterna samt för att pröva de tvister som kunde uppstå till följd av gemenskapsrättens tillämpning.⁷¹⁹ När samarbetet senare utvecklades genom upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen inrättades en ny domstol, Europeiska gemenskapernas domstol (EG-domstolen), med i stort samma uppgifter som dess föregångare.⁷²⁰ Genom Lissabonfördraget ändrade domstolen namn till Europeiska unionens domstol (EU-domstolen).⁷²¹

⁷¹⁸ Azoulai, Loïc och De Vries, Karin (red.), *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales*, Oxford, 2014, s. 3 f.

⁷¹⁹ Europeiska kol- och stålgemenskapens domstol. Se särskilt artikel 7 samt artikel 31-45, Fördraget om upprättandet av Europeiska kol- och stålgemenskapen.

⁷²⁰ Samtidigt som Europeiska ekonomiska gemenskapen upprättades även Europeiska atomeenergigemenskapen (Euratom). Europeiska gemenskapernas domstol hade till uppgift att finnas till för alla tre gemenskaper, dvs. Europeiska kol- och stålgemenskapen, Europeiska ekonomiska gemenskapen samt Europeiska atomeenergigemenskapen.

⁷²¹ Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, undertecknat i Lissabon den 13 december 2007 (2007/C 306/01).

Domstolen⁷²² kan i relation till utvecklingen av migranternas rättigheter sägas ha haft betydelse på främst två sätt. Dels var det i praktiken domstolen och inte politikerna som utvecklade ett rättighetsskydd inom unionen, dels har domstolen genom sin praxis gett unionsmedborgarskapet en mycket stark betydelse.⁷²³ Domstolen har bl.a. slagit fast att fördragsbestämmelserna om unionsmedborgarskap skapar vissa självständiga rättigheter. Enligt Meriam Chatty har domstolen genom sin praxis ”i viss mån åsidosatt ett marknadsmedborgarskap, till förmån för en tolkning av unionsmedborgarskapet som privilegierar dess självständiga status, istället för att betona kopplingen till ekonomisk aktivitet”.⁷²⁴ Domstolens praxis har dessutom i vissa fall fått effekten att unionsmedborgarskapet medför en skyldighet för medlemsstaterna att bevilja uppehållstillstånd till tredjelandsmedborgare – trots att EU normalt inte har kompetens att besluta om uppehållstillstånd till migranter där harmoniserade regler saknas. I kapitel 9, 10 och 11 nedan behandlas dessa situationer närmare, här fokuseras främst på det rättighetsskydd domstolen utvecklat.

5.4 EU:s rättighetsstadga

Den 1 december 2009, när Lissabonfördraget trädde ikraft, fick EU en juridiskt bindande rättighetsstadga som utgör en del av primärrätten.⁷²⁵ Det bör dock anses korrekt att påstå att EU:s rättighetsskydd inte uppkom via rättighetsstadgan snarare var stadgan på många sätt ett resultat – en kodifikation – av vad som redan gällde, om än med viss rättighetsstärkande effekt. Rättighetsskyddet inom EU uppkom istället på så vis att EG-domstolen i sin praxis började betona ett skydd för grundläggande rättigheter, i avsikt att få nationella domstolar att acceptera den gemenskapsrättsliga rättsordningen som överordnad nationella rättssystem.

⁷²² Nedan används domstolen som samlingsbegrepp i de fall där det inte går att peka ut en specifik tidsperiod för när något skedde och därmed inte heller ett enda korrekt domstolsnamn.

⁷²³ Se exempelvis EU-domstolens domar i målen C-184/99, *Grzelczyk mot Centre public d'aide social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, EU:C:2001:458, C-456/02, *Michel Trojani mot Centre Public D'Aide Sociale de Bruxelles*, EU:C:2004:488, C-209/03, *The Queen, på begäran av Dany Bidar mot Lon-don Borough of Ealing och Secretary of State for Education and Skills*, EU:C:2005:169. Se även Chatty, Meriam, *Migranternas medborgarskap: EU: s medborgarskapande från Romförhandlingarna till idag*, Diss, Statsvetenskapliga institutionen, Örebro universitet, 2015, s. 212 f. samt Kostakopoulou, Dora, *Ideas, Norms and European Citizenship: Explaining Institutional Change*, *Modern Law Review*, vol. 68, nr. 2 2005, s. 233-267.

⁷²⁴ Chatty, Meriam, *Migranternas medborgarskap: EU: s medborgarskapande från Romförhandlingarna till idag*, Diss, Statsvetenskapliga institutionen, Örebro universitet, 2015, s. 212 f.

⁷²⁵ Artikel 6(1) FEU. Se även EU-domstolens dom i de förenade målen C-297/10, *Sabine Hennigs mot Eisenbahn-Bundesamt* och C-298/10, *Land Berlin mot Alexander Mai*, EU:C:2011:560, punkt 46. Under arbetet med ett konstitutionellt fördrag för EU föreslogs att hela stadgans text skulle göras till del av fördraget. Så skedde alltså inte i och med Lissabonfördraget, där endast en referens till stadgan togs in i själva fördragstexten.

Under första halvan av 1960-talet hade EG-domstolen slagit fast principerna om direkt effekt⁷²⁶ och unionsrättens företräde⁷²⁷. Principerna, vars effekt är just att unionslagstiftning ges företräde framför inhemsk lagstiftning, väckte hos vissa nationella domstolar frågor om vilken påverkan EG-domstolens rättspraxis skulle kunna ha på skyddet av konstitutionella värderingar. Om unionsrätten vägde tyngre än nationell rätt skulle det vara möjligt för EG-domstolen att åsidosätta de grundläggande rättigheter som fastställts i nationell lagstiftning, något som oroade medlemsstaterna, inte minst med tanke på att de europeiska gemenskaperna successivt tilldelades såväl mer makt som ökad kompetens (dvs. möjlighet att agera på fler juridiska områden). Oron gällde dock inte enbart ageranden från gemenskapernas institutioner utan även medlemsstaternas agerande då dessa implementerade gemenskapsrätt.⁷²⁸

Mot denna bakgrund avgjorde EG-domstolen det s.k. *Staudermålet*⁷²⁹ år 1969. Här slog domstolen fast att grundläggande mänskliga rättigheter omfattades av gemenskapsrättens allmänna principer och att rättigheterna därmed föll under domstolens jurisdiktion. Konsekvensen av Staudermålet blev att varje gemenskapsrättslig handling var tvungen att respektera och överensstämma med grundläggande rättigheter – trots att inget fördrag vid denna tidpunkt innehöll någon sådan skyldighet.⁷³⁰ Efter Staudermålet följde fler domar där EG-domstolen betonade sin slutsats; att grundläggande rättigheter skulle beaktas på gemenskapsnivå. Domstolen motiverade sina domar främst med att rättigheterna var skyddade i såväl medlemsstaternas författningar som genom diverse internationella rättighetsdokument som medlemsstaterna hade ratificerat.⁷³¹ Först år 1993 – via Maastrichtfördraget – fastslogs i fördragsform att de grundläggande rättigheter som framkommer av Europakonventionen samt av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner ska respekteras och

⁷²⁶ Mål C-26/62, *van Gend en Loos mot Administratie der Belastingen*, EU:C:1963:1.

⁷²⁷ Mål C-6/64, *Flaminio Costa mot E.N.E.L.*, EU:C:1964:66. I ett senare fall slog EG-domstolen även fast att företrädet framför nationell lagstiftning gäller oavsett om bestämmelsen i nationell rätt antagits före eller efter gemenskapsregeln, se C-106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato mot Simmenthal*, EU:C:1978:49.

⁷²⁸ Zetterquist, Ola, *The Charter of Fundamental Rights and the European Res Publica*, i Di Federico, Giacomo (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Springer, Netherlands, 2010, s. 4.

⁷²⁹ Mål C-29/69, *Erich Stauder mot staden Ulm – Sozialamt*, EU:C:1969:57.

⁷³⁰ Arestis, George, *Fundamental rights in the EU: Three Years after Lisbon, the Luxembourg Perspective*, Research Papers in Law (Cooperative Research Paper) 2/2013, College of Europe, Belgium, 2013, s. 2.

⁷³¹ Jfr mål C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, EU:C:1970:114, punkt 4. Se även Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff och Ward, Angela (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Pub Ltd, Oxford, 2014, v.

anses som allmänna rättsprinciper.⁷³² På så vis integrerade politikerna EG-domstolens praxis i grundfördraget och bekräftade därmed det rättighetsskydd domstolen dittills hävdad.⁷³³

Förslaget att skapa en rättighetsstadga, en sorts Bill of Rights, för unionen kom att diskuteras vid upprepade tillfällen,⁷³⁴ men det var först i samband med Europeiska rådets möte i Köln 1999 som arbetet kom igång på riktigt.⁷³⁵ Vid detta möte tillsattes en särskild grupp som fick i uppdrag att ta fram ett förslag till stadga. Arbetet gick fort, redan året därpå fanns ett stadgeutkast på plats.⁷³⁶ Förslaget till rättighetsstadga antogs av kommissionen, Europaparlamentet och Rådet under toppmötet i Nice i december år 2000.⁷³⁷ Stadgan antogs vid detta tillfälle dock endast i form av en politisk deklaration.⁷³⁸ Den 12 december 2007 antogs en (lätt reviderad) version av stadgan och dagen därpå undertecknades Lissabonfördraget⁷³⁹ genom vilket stadgan blev juridiskt bindande.⁷⁴⁰

⁷³² Artikel F.2, Fördraget om Europeiska unionen (Maastrichtfördraget). Att fördraget lade särskilt vikt vid just Europakonventionen och inte nämnde andra internationella överenskommelser var resultatet av att EG-domstolen under lång tid hänvisat till just Europakonventionen. Den alla första hänvisningen till konventionen hade skett redan 1975 i C-36/75, *Roland Rutili mot Ministre de l'intérieur*, EU:C:1975:137, punkt 32.

⁷³³ Zetterquist, Ola, *The Charter of Fundamental Rights and the European Res Publica*, i Di Federico, Giacomo, *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Springer, Netherlands, 2010, s. 6. Arestis, George, *Fundamental rights in the EU: three years after Lisbon, the Luxembourg perspective*, Research Papers in Law (Cooperative Research Paper) 2/2013, College of Europe, Belgium, 2013, s. 6.

⁷³⁴ I april 1989 antog Europaparlamentet en resolution om förklaring om grundläggande rättigheter och friheter, se EGT C 120, 16.5.1989, s. 51. Parlamentet gjorde flera försök att ge denna deklaration status som ett lagligt bindande dokument, men misslyckades. När Amsterdamfördraget antagits år 1997 tog Europaparlamentet (återigen) tillfället i akt och lyfte frågan om en bindande stadga om de grundläggande rättigheterna. För mer om tidigare försök som gjorts att ta fram en sammanställning över de grundläggande rättigheter som var bindande för samarbetet se exempelvis Becker, Ulrich och Ehlers, Dirk (red.), *European Fundamental Rights and Freedoms* [Elektronisk resurs], de Gruyter Recht, Berlin, 2007.

⁷³⁵ Se exempelvis Zetterquist, Ola, *The Charter of Fundamental Rights and the European Res Publica*, i Di Federico, Giacomo, *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Springer, Netherlands, 2010, s. 4.

⁷³⁶ Se *ibid.*, s. 6

⁷³⁷ Publicerad i EGT 18.12.2000 nr C 364/1. Vissa mindre justeringar har skett sedan stadgan antagits såsom protokoll till Lissabonfördraget.

⁷³⁸ Mellan år 2001 och 2004 blev stadgan indragen i (det så småningom misslyckade) arbetet med att introducera ett konstitutionellt fördrag för EU (EU Constitutional Treaty) och i slutet av 2004 då röster i såväl Nederländerna som Frankrike gått emot det konstitutionella fördraget så såg det ut som att stadgan för evigt skulle befinna sig i juridisk limbo. Den väcktes dock till liv igen i samband med Lissabonfördraget, se exempelvis Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff och Ward, Angela (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Pub Ltd, Oxford, 2014, s. vii.

⁷³⁹ Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, undertecknat i Lissabon den 13 december 2007 (2007/C 306/01).

⁷⁴⁰ Stadgans utformning har inte ändrats sedan den antogs år 2007. Om stadgan skulle ändras skulle det förmodligen även innebära att artikel 6.1 i fördraget om Europeiska unionen behöver

Rättighetsstadgan innehåller såväl ekonomiska, sociala⁷⁴¹ och kulturella som medborgerliga och politiska rättigheter.⁷⁴² På initiativ av presidiet för gruppen som utarbetade stadgan togs ett dokument fram i syfte att klargöra rättigheterna.⁷⁴³ Utöver att bidra med en djupare förståelse för stadgans innebörd innehåller förklaringsdokumentet information om vilka källor som legat till grund för respektive bestämmelse.⁷⁴⁴ De vanligast förekommande källorna är Europakonventionen, EG- och EU-fördragen, Europeiska sociala stadgan och gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter. Men även flyktingkonventionen och barnkonventionen finns med som källor.⁷⁴⁵

Hans-Gunnar Axberger har uttryckt att stadgan ”kan ses som uttryck för en

ändras för att stadgan ska ha fortsatt juridisk effekt via fördragen, detta då fördraget refererar till stadgan ”av den 7 december 2000, anpassad den 12 december 2007 i Strasbourg”.

⁷⁴¹ De sociala rättigheterna fick dock en mer nertonad profil i slutskedet av arbetet med att utforma stadgan vilket bl.a. visar sig genom att flera artiklar om sociala rättigheter innehåller hänvisningar till att dess innehåll närmare kan bestämmas i nationell rätt, Se exv. Artikel 34 om socialt trygghet och socialt stöd. Det var främst Storbritannien som ville tona ner de sociala rättigheterna, se Bernitz, Ulf, EU: s nya rättighetsstadga – hur kommer den att tillämpas, *Europarättslig tidskrift – tio år*, 2008, s. 78.

⁷⁴² Rättighetsstadgan omfattar såväl negativa som positiva rättigheter. Stadgans bestämmelser är en blandning av rättigheter (rights), friheter (freedoms) och principer (principles), Se Bernitz, Ulf, EU: s nya rättighetsstadga – hur kommer den att tillämpas, *Europarättslig tidskrift – tio år*, 2008, 73-84, s. 78. EU-rätten bygger alltså i detta avseende inte på att mänskliga rättigheter är odelbara, se Lebeck, Carl, *EU-stadgan om grundläggande rättigheter*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2016, s. 25.

⁷⁴³ Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna, 2007/C 303/02, Europeiska unionens officiella tidning nr C 303, 14.12.2007, s. 17–35. Förklaringarna har inte status som lag men hänvisas till i artikel 6.1 FEU ”[r]ättigheterna, friheterna och principerna i stadgan ska tolkas [...] med vederbörlig hänsyn till de förklaringar som det hänvisas till i stadgan, där källorna till dessa bestämmelser anges” samt i artikel 52(7) i stadgan ”[d]e förklaringar som utarbetats för att ge vägledning vid tolkningen av denna stadga ska vederbörligen beaktas av unionens och medlemsstaternas domstolar.” Även om förklaringarna i sig inte har rättslig status, utgör de ett värdefullt tolkningsverktyg. I artikel 52.7 i stadgan anges att de förklaringar som utarbetats för att ge vägledning vid tolkningen av stadgan ska beaktas av unionens och medlemsstaternas domstolar. Även i artikel 6.1 FEU anges att ”[r]ättigheterna, friheterna och principerna i stadgan ska tolkas [...] med vederbörlig hänsyn till de förklaringar som det hänvisas till i stadgan, där källorna till dessa bestämmelser anges”.

⁷⁴⁴ I det s.k. Kölnmandatet uttalade Europeiska rådet att rättighetsstadgan skulle omfatta rättigheter som skyddas av Europakonventionen och rättigheter som framkommer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Vid utformningen av stadgan skulle dessutom de ekonomiska och sociala rättigheter som framkommer av (Europarådets) europeiska sociala stadga samt av gemenskapsstadgan om arbetstagares grundläggande sociala rättigheter beaktas (*The Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, dåvarande artikel 136 TEC*) – i den mån dessa inte enbart rörde handlingsmål, se European Council meeting at Cologne, 3/4 June 1999, Conclusions of the Presidency, Annex IV. Albrecht Weber menar att eftersom sociala rättigheter kan vara formulerade som subjektiva rättigheter, statliga mål, programförklaringar och (eller) mandat till lagstiftaren var det den kategori rättigheter som var svårast att hantera för arbetsgruppen som tog fram stadgan. För mer om detta se Weber, Albrecht, *The European Charter of Fundamental Rights*, *Europarättslig tidskrift*, nr 3 2000, s. 451.

⁷⁴⁵ Artikel 18 (flyktingkonventionen) respektive artikel 24 (barnkonventionen).

fundamental förändring av unionens självbild” då den (med Carl Josefssons ord) ”väckt tanken på ett paradigmskifte för hela EU-samarbetet: från marknads- till grundrättighetsgemenskap”.⁷⁴⁶

5.4.1 När EU:s rättighetsstadga är tillämplig

Medlemsstaterna har inte gett EU fristående kompetens på området mänskliga rättigheter.⁷⁴⁷ EU saknar alltså kompetens att skapa rättigheter och skyldigheter för enskilda som är generellt tillämpliga i medlemsstaterna, det vill säga oavsett anknytning till unionsrätten. Av stadgan framgår explicit att den inte på egen hand kan utvidga unionens kompetensområde.⁷⁴⁸ Till skillnad från Europakonventionen och barnkonventionen som är tillämpliga i fall där en person befinner sig (eller har befunnit sig) under en konventionsstats jurisdiktion binder EU-stadgan EU:s egna organ, institutioner och byråer⁷⁴⁹ när dessa agerar samt medlemsstaterna när de tillämpar⁷⁵⁰ EU-rätten.⁷⁵¹

⁷⁴⁶ Axberger, Hans-Gunnar, Rättigheter (del I av II) Sverige, EKMR och EU:s rättighetsstadga, SvJT 2018 s. 763. Axberger lånar citatet av Carl Josefsson från den senares artikel Domstolarna och demokratin – Något om syftet med grundläggande rättigheter, europeiseringens konsekvenser och aktivismens baksida publicerad i SvJT 2015 s. 40. Citatet Axberger lånar finns publicerat på s. 51. Carl Josefsson hänvisar i sin tur till Mayer, Franz C., *Verfassungsgerichtsbarkeit, i von Bogdandy och Bast, Europäisches Verfassungsrecht, Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Heidelberg 2009, s. 559 och 604.

⁷⁴⁷ Derlén, Mattias och Lindholm Johan, Three Ideas: The Scope of EU Law Protecting Against Discrimination, i Derlén, Mattias och Lindholm, Johan, (red), *Festschrift till Pär Hallström = Volume in honor of Pär Hallström*, Iustus, Uppsala, 2012, s. 91.

⁷⁴⁸ Artikel 51.

⁷⁴⁹ EU:s institutioner framkommer av artikel 13 FEU. Uttrycket ”organ och byråer” används allmänt i fördragen för att avse alla organ som inrättas genom fördragen eller sekundärrätten (se t.ex. artikel 15 eller 16 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt), se förklaringen till artikel 51 samt Biondi, Andrea, Eeckhout, Piet och Ripley, Stefanie. (red.), *EU Law after Lisbon*, Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 164.

⁷⁵⁰ I den svenska språkversionen av stadgan används ordet tillämpar. Det kan dock vara intressant att notera att i den engelska versionen används uttrycket ”implementing union law”, i den franska versionen ”mettre en oeuvre le droit de l'Union”, och den tyska versionen använder ”bei der Durchführung des Rechts der Union”. Den närmaste översättningen av dessa uttryck till svenska är när medlemsstaten genomför unionsrätten, se Peter Olivecrona, Om rättigheternas gränser – Tillämplighet på nationell nivå för Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, Examensarbete, Umeå universitet, 2013.

⁷⁵¹ Artikel 51 stadgan. EU-stadgan innehåller inte några generella bestämmelser som föreskriver en viss territoriell tillämpning, vilket innebär att den i första hand ska följa tillämpningen av EU-rätten, Lebeck, Carl, *EU-stadgan om grundläggande rättigheter*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2016, s. 63. Detta innebär att så snart EU utövar sin kompetens eller faktisk makt, oavsett var den utövas, finns en grund för att tillämpa grundläggande rättigheter. Detta följer också av att EU-institutionernas grund för att handla är EU-rätten, och att EU-rätten som sådan kräver respekt för grundläggande rättigheter, ibid, s. 79. Se även EU-domstolens dom i målet C-355/10, *Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd*, EU:C:2012:516.

EU-stadgan är därför bara relevant på områden där EU på grund av fördragen har kompetens, eller områden som annars faller inom EU-rättens tillämpningsområde. EU:s organ, institutioner och byråer är dock alltid bundna av EU-fördragen och dess protokoll också i de fall som de utövar makt mot enskilda utan stöd i fördragen.⁷⁵² Om det är någon av EU:s institutioner, organ och byråer som agerar är det därför enkelt att komma till slutsatsen att stadgan är tillämplig. Svårare är det att avgöra i vilka situationer medlemsstaterna är bundna av stadgan. Som utgångspunkt kan konstateras att medlemsstaterna inte är bundna då de stiftar, eller tillämpar, nationella lagar på områden där EU saknar lagstiftningskompetens.⁷⁵³ Motsatt är medlemsstaterna skyldiga att respektera de grundläggande rättigheterna enligt unionsrätten då de *genomför* EU:s rättsakter.⁷⁵⁴ Det finns dock gränsfall där en situation utan att innebära en direkt tillämpning av EU-rätten har rättsliga eller faktiska konsekvenser för unionsrättens tillämpning. I dessa situationer kan det vara svårt att avgöra om medlemsstaterna tillämpar sin interna rätt eller EU-rätten. Den avgörande frågan är om situationen har en *tillräcklig koppling till EU-rätten*. Frågan är komplex och har under lång tid varit flitigt diskuterad i doktrin.⁷⁵⁵ Dessvärre är det inte alltid särskilt enkelt att avgöra om en situation kan anses falla in under EU-rättens tillämpningsområde. EU-domstolen har nämligen en relativt vid syn på vad det innebär att medlemsstaterna tillämpar unionsrätt.⁷⁵⁶ Dessutom kan nästan alla nationella rättsregler, beroende på sammanhang och faktiska omständigheter, anses beröra EU-rätten på något vis.⁷⁵⁷ Att stadgan kan aktualiseras i en mängd fall av nationell verksamhet är tydligt. Inte minst när man

⁷⁵² Lebeck, Carl, *EU-stadgan om grundläggande rättigheter*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2016, s. 125.

⁷⁵³ Artikel 51 stadgan.

⁷⁵⁴ Jfr förklaringen till artikel 51 i stadgan samt se även EU-domstolens dom i mål C-292/97, *Kjell Karlsson m.fl.*, EU:C:2000:202, punkt 37.

⁷⁵⁵ Se bl.a. Besselink, Leonard F.M., The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 8, nr 1, 2001, s. 74 f., Sarimento, Daniel, Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe, *Common Market Law Review*, vol. 50 nr. 5, 2013, s. 1267–1304, Lebeck, Carl, *EU-stadgan om grundläggande rättigheter* Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2016, Eeckhout, Piet, The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question, *Common Market Law Review*, vol. 39 nr. 5 2002, s. 945–994, Ward, Angela, Remedies under the EU Charter of Fundamental Rights, *Euro-parättslig tidskrift*, nr 1 2016, s. 15–28, Bernitz, Ulf, EU: s nya rättighetsstadga – hur kommer den att tillämpas, *Euro-parättslig tidskrift – tio år* (2008), s. 76.

⁷⁵⁶ Se exempelvis EU-domstolens domar i målen C-617/10, *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:280, förenade målen C-411/10 och C-493/10, *N. S. mot Secretary of State for the Home Department och M. E. m.fl. mot Refugee Applications Commissioner och Minister for Justice, Equality and Law Reform*, EU:C:2011:865. Domstolens slutsats angående om en tillräcklig anknytningsfaktor föreligger är inte alltid helt tydligt formulerad men går att utläsa genom att se efter om domstolen prövar nationella åtgärder mot stadgan eller inte. Om domstolen gör så har den kommit till slutsatsen att stadgan är tillämplig i målet.

⁷⁵⁷ Lebeck, Carl, *EU-stadgan om grundläggande rättigheter*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2016, s. 127.

beaktar omfattningen av olika situationer som går att koppla till någon av de fyra friheterna^{758, 759}.

Frågan om när en tillräcklig koppling till unionsrätten finns kräver en ordentlig analys av unionsrätten på det specifika området och måste därmed avgöras i fall till fall.⁷⁶⁰ Enligt Hans-Gunnar Axberger är slutsatsen ”i alla händelser att det kan räcka med en indirekt koppling till unionsrätten för att rättighetsstadgan ska aktualiseras”.⁷⁶¹

Om en medlemsstat är bunden av stadgan innebär det att såväl statens centrala myndigheter som dess regionala och lokala instanser samt offentliga organ är bundna att respektera rättigheterna som framkommer av stadgan.⁷⁶²

5.4.2 Prövning av misstänkta brott mot stadgan

Beroende av situation kan ett misstänkt brott mot stadgan aktualiseras för prövning i nationell domstol och/eller i EU-domstolen. Av artikel 47.1 i stadgan framkommer att var och en vars fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol.⁷⁶³ Om ett mål handlar om att EU:s

⁷⁵⁸ Fri rörlighet för varor, fri rörlighet för tjänster, fri rörlighet för personer och fri rörlighet för kapital, se t.ex. art 26 FEUF.

⁷⁵⁹ Anderson, David och Cian C. Murphy, *The Charter of Fundamental Rights: History and Prospects in Post-Lisbon Europe*, EUJ Working Paper LAW, 2011/08, s. 8 f.

⁷⁶⁰ I sitt utlåtande i mål C-617/10, *Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson*, uttryckte generaladvokat Cruz Villalón att förekomsten av ett särskilt unionsintresse bör vara vad som är avgörande för om unionsrättens skydd för grundläggande rättigheter (däribland stadgan) ska vara tillämpligt, EU:C:2012:340, punkt 40. Det har argumenterats för att ett sådant intresse bör uppstå när en medlemsstat genom offentlig maktutövning ger sig på att genomföra unionens politik. Unionen har ansvar för sin politik. Denna måste rimma med stadgan som i sin egenskap av primärrätt är en del av kärnan i unionens rättsliga identitet. Om unionens ansvar och intresse för förverkligandet av politiken skulle upphöra av anledningen att det är medlemsstaterna som genomför politiken skulle EU i praktiken sakna inflytande över hur dess politik i slutändan påverkar unionsmedborgarna, se för denna typ av resonemang Weiler, Joseph H.H., och Lockhart, Nicolas J.S., *Taking Rights Seriously: the European Court of Justice and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part I, Common Market Law Review*, vol. 32, nr 1, 1995, s. 64 samt Peter Olivecrona, *Om rättigheternas gränser – Tillämplighet på nationell nivå för Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna*, Examensarbete, Umeå universitet, 2013, s. 59-60.

⁷⁶¹ Axberger, Hans-Gunnar, *Rättigheter (del I av II) Sverige, EKMR och EU:s rättighetsstadga*, SvJT 2018 s. 780.

⁷⁶² Jfr förklaringen till artikel 51 i stadgan.

⁷⁶³ Artikeln ger uttryck för EU:s rättskyddsprincip, vilken även framkommer av artikel 19 FEU där det slås fast att medlemsstaterna måste tillhandahålla de rättsmedel som behövs för att säkerställa ett effektivt rättskydd inom de områden som omfattas av unionsrätten. Ulf Bernitz har beklagat sig över att den svenska versionen av fördragstexten är missledande eftersom denna endast talar om möjligheter till överklagande. Enligt Bernitz borde det stått rätt till effektivt rättsmedel, se Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Sjätte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2018, s. 137, not 149.

institutioner, organ eller byråer misstänks ha brustit i sin respekt för rättighets-skyddet prövas målet direkt av EU-domstolen. Om ett mål däremot rör frågan om en medlemsstat tillämpat EU-rätten korrekt kan talan istället väckas vid nationell domstol. Om den inhemska domstolen känner tvivel kring hur EU-rätten bör tolkas i den aktuella situationen kan den begära förhandsavgörande från EU-domstolen.⁷⁶⁴

Rättighetsstadgan saknar specifika bestämmelser om sanktioner vilket innebär att unionsrättens allmänna principer för att garantera ett effektivt rättsskydd får tillämpas.⁷⁶⁵ Som nämndes i kapitel 2 är utgångspunkten här processuell autonomi med vissa begränsningar. Medlemsstaterna får därmed som huvudregel tillämpa sina egna processuella regler under förutsättning att dessa garantera enskilda effektiva möjligheter att ta tillvara sina unionsrättsliga rättigheter och att de nationella förfaranden som erbjuds motsvarar de förfaranden som skulle gälla för en likvärdig talan grundad på nationell rätt. Dessutom måste allmänna rättsprinciper och EU-domstolens praxis i övrigt givetvis respekteras.⁷⁶⁶

5.4.3 Möjligheter att inskränka rättigheter enligt EU-stadgan

I EU-stadgan förekommer såväl begränsningsbara rättigheter som absoluta rättigheter (dvs. rättigheter som inte får begränsas). Till skillnad från Europakonventionen framgår inte möjligheterna att begränsa en rättighet av respektive artikel. Istället är stadgan utformad på så vis att möjligheterna att begränsa rättigheter framkommer av en enda artikel, en generalklausul som återfinns i artikel 52. Av artikel 52 framgår att för att begränsningar ska vara tillåtna så måste de ha stöd i lag och vara förenliga med ”det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter”, dessutom måste begränsningar vara proportionerliga och får därför endast ske om de är nödvändiga och ”faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter”.⁷⁶⁷ Det kan framstå som att inga

⁷⁶⁴ Enligt art 267 FEUF är EU-domstolen behörig att meddela förhandsavgöranden angående tolkningen av fördragen samt gällande giltigheten och tolkningen av rättsakter som beslutas av unionens institutioner, organ eller byråer. Se även Ward, Angela, Remedies under the EU Charter of Fundamental Rights, *Europarättslig tidskrift*, nr 1 2016, s. 16 samt mål C-314/85, *Foto-Frost mot Hauptzollamt Lübeck-Ost*, EU:C:1987:452.

⁷⁶⁵ Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Sjätte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2018, s. 150. Se även Ward, Angela, Remedies under the EU Charter of Fundamental Rights, *Europarättslig tidskrift*, nr 1 2016, s. 15-28.

⁷⁶⁶ Se avsnitt 2.2 ovan.

⁷⁶⁷ Artikel 52. För några exempel på hur begränsningen enligt artikel 52 fungerar se t.ex. EU-domstolens domar i målen C-419/14, *WebMindLicenses kft mot Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság*, EU:C:2015:832, de förenade målen C-293/12 och C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd mot Minister for Communications, Marine and Natural Resources m.fl. och Kärntner Landesregierung m.fl.*, EU:C:2014:238 samt C-279/09, *DEB*

andra begränsningar finns för hur rättigheter får begränsas. Det är dock en illusion. Av stadgans artikel 53 framgår att ingen bestämmelse i stadgan får "tolkas som att den inskränker eller inkräktar på de mänskliga rättigheter och grundläggande friheter som inom respektive tillämpningsområde erkänns i unionsrätten, internationell rätt och de internationella konventioner i vilka unionen eller samtliga medlemsstater är parter, särskilt [Europakonventionen], samt i medlemsstaternas författningar". Konsekvensen av detta är att en mängd andra rättighetsregler måste studeras för att utreda vilka faktiska möjligheter att begränsa en rättighet som finns.⁷⁶⁸ Det står dock klart att en mer ingripande begränsning än vad som skulle accepteras av Europadomstolen inte är möjlig.

I sammanhanget är det viktigt att poängtera att de övriga överenskommelser och bestämmelser om rättigheter som ska beaktas endast utgör ett skydd för en miniminivå, de utgör inte något tak och hindrar således inte unionsrätten från att tillförsäkra ett mer långtgående skydd.⁷⁶⁹ Vid konkurrens mellan stadgan och andra regler blir det därmed den högsta skyddsnivån som tar över.⁷⁷⁰

Slutligen måste även unionsrättens princip om effektivt genomslag respekteras. Rättigheter får därmed inte begränsas så att de endast blir illusoriska.⁷⁷¹

Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH mot Bundesrepublik Deutschland, EU:C:2010:811.

⁷⁶⁸ Se även Anderson, David och Cian C. Murphy, *The Charter of Fundamental Rights: History and Prospects in Post-Lisbon Europe*, EU Working Paper LAW, 2011/08, s. 8.

⁷⁶⁹ T.ex. menar Steve Peers att vad gäller rätten till en rättvis rättegång och rätten till effektiva rättsmedel så ger EU-stadgans artikel 47 ett starkare skydd i migrationsprocesser än vad Europadomstolens motsvarigheter (artikel 6 och 13) gör, Peers, Steve. *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 341. Peers ger Europadomstolens dom i *Maaouia mot Frankrike* (dom den 5 oktober 2000, appl. no. 39652/98) som exempel. I målet slog Europadomstolen fast att artikel 6, som garanterar rätten till en rättvis rättegång, inte omfattar migrationsprocesser. I EU-rätten gäller däremot enligt Peers de processuella rättigheterna i alla situationer där det finns en koppling mellan situationen och EU-rätten. Således gäller enligt Peers rätten till en rättvis rättegång och effektivt rättsmedel i alla migrations- och asylprocesser där det finns en koppling till EU-rätt.

⁷⁷⁰ Se Peers, Steve, Garlick, Madeline, Moreno-Lax, Violeta och Guild, Elspeth, *EU immigration and asylum law: (text and commentary)*. vol. 3, *EU asylum law* [Elektronisk resurs], Andra upplagan, Leiden: Martinus Nijhoff, 2015, s. 44-48.

⁷⁷¹ Detta framkommer även av artikel 53 i stadgan som fastslår att ingen bestämmelse i stadgan får "tolkas som att den inskränker eller inkräktar på de mänskliga rättigheter och grundläggande friheter som inom respektive tillämpningsområde erkänns i unionsrätten, internationell rätt och de internationella konventioner i vilka unionen eller samtliga medlemsstater är parter, särskilt [Europakonventionen], samt i medlemsstaternas författningar". Se för en svensk kontext NJA 2013 s. 502, särskilt punkt 46-47.

5.4.4 Relationen mellan EU-domstolen och Europadomstolen

Att EU-domstolen förhåller sig till Europadomstolens praxis är inte särskilt märkligt, särskilt inte med tanke på vad som redan konstaterats om att rättighetsstadgan i stor utsträckning bygger på bestämmelser i Europakonventionen samt då stadgan måste ge åtminstone samma nivå av skydd som Europakonventionen.⁷⁷² Mer förvånande är möjligen att rättighetsstadgan börjat spela en roll i Europadomstolens praxis. Den första referensen till rättighetsstadgan gjorde den franska domaren Jean-Paul Costa år 2001 – före det att stadgan var juridiskt bindande! – då han (i en skiljaktig mening) hänvisade till rättighetsstadgans artikel 37 som ett exempel på att medvetenheten om betydelsen av miljö rättigheter ökade i samhället.⁷⁷³ År 2002 bekräftade Europadomstolens stora kammare stadgans status som rättskälla genom att beakta den i målen *Goodwin mot Förenade kungariket*⁷⁷⁴ och *I mot Förenade kungariket*⁷⁷⁵.

I målet *Neulinger och Shuruk mot Schweiz*⁷⁷⁶ påpekade Europadomstolen att stadgan blev juridiskt bindande i och med Lissabonfördraget.⁷⁷⁷ Europadomstolen förefaller ha hållit ögonen på stadgans utveckling och hänvisat till den där den funnit det lämpligt,⁷⁷⁸ vilket främst verkar vara som hjälp för att tolka utvecklingen av synen på olika ”moralfrågor” i Europa.⁷⁷⁹ Här måste dock påminnas om att stadgan endast är bindande för vissa av Europakonventionens parter. Trots detta har alltså Europadomstolen visat en villighet att beakta stadgan. Detta kan leda till intressanta effekter då tolkningen av stadgan kräver

⁷⁷² Som nämnts ovan skedde EG-domstolens allra första hänvisning till Europakonventionen redan 1975 i *C-36/75, Roland Rutili mot Ministre de l'intérieur*, EU:C:1975:137. EG-domstolen hänvisade till Europakonventionens artiklar 8, 9, 10 och 11 samt artikel 2 i konventionens fjärde tilläggsprotokoll när domstolen argumenterade angående tillämpningen av *ordre public*-begreppet i artikel 48 EEC-fördraget.

⁷⁷³ Europadomstolens dom i mål *Hatton m.fl. mot Förenade kungariket* (dom den 2 oktober 2001, appl. no. 36022/97).

⁷⁷⁴ Europadomstolens dom i mål *Christine Goodwin mot Förenade kungariket* (dom den 11 juli 2002, appl. no. 28957/95). Klaganden hävdade att hennes rättigheter enligt artiklarna 8, 12, 13 och 14 i konventionen hade åsidosatts med anledning av det rättsliga skyddet för transsexuella i Förenade kungariket var bristfälligt särskilt i relation till anställning, social trygghet, pensioner och äktenskap. Europadomstolen hänvisade i sammanhanget till artikel 9 i rättighetsstadgan (rätten att ingå äktenskap och rätt att bilda familj).

⁷⁷⁵ Europadomstolens dom i mål *I mot Förenade kungariket* (dom den 11 juli 2002, appl. no. 25680/94). Frågan i målet var snarlik den i *Christine Goodwin mot Förenade kungariket* (som avgjordes samma dag). Även i *I mot Förenade kungariket* hänvisade Europadomstolen till artikel 9 i rättighetsstadgan.

⁷⁷⁶ Europadomstolens dom i mål *Neulinger och Shuruk mot Schweiz* (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07). Ärendet rörde ett fall av bortförande av barn. Europadomstolen hänvisade i sin dom till rättighetsstadgans artikel 24 (om barnets rättigheter).

⁷⁷⁷ *Ibid*, punkt 55.

⁷⁷⁸ Anderson, David och Cian C. Murphy, *The Charter of Fundamental Rights: History and Prospects in Post-Lisbon Europe*, EU Working Paper LAW, 2011/08, s. 17.

⁷⁷⁹ Jfr avsnittet om bedömningsmarginalen stater enligt Europadomstolens praxis anses ha, se avsnitt 4.5.3.1. ovan.

beaktande av Europakonventionen och dess tillhörande praxis.⁷⁸⁰ I det fall Europadomstolen utökar skyddet enligt Europakonventionen med hänvisning till stadgan måste denna utveckling respekteras vid tillämpning av stadgan. Konsekvensen skulle därmed kunna bli att Europadomstolen med hjälp av stadgan faktiskt utvecklar skyddet i stadgan.⁷⁸¹ I sammanhanget bör även nämnas att det av artikel 6.2. i fördraget om Europeiska unionen framgår att EU, som organisation, ska ansluta sig till Europakonventionen. Så har dock ännu inte skett men det har anförts att när/om så sker så blir effekten att Europadomstolen ytterst blir den som granskar EU:s rättighetsskydd.⁷⁸²

5.4.5 Rättighetsskydd för EU-medborgare respektive tredjelandsmedborgare

Utgångspunkten för rättighetsstadgan är som för Europakonventionen (och även barnkonventionen)⁷⁸³ att skyddet gäller för var och en. Rättigheterna är således inte förbehållna unionsmedborgare om så inte uttryckligen anges.⁷⁸⁴ Att även migranter omfattas av stadgan, med de undantag som framgår av rättigheternas ordalydelse, är tydligt – exempelvis innehåller stadgan en rätt till asyl, en rättighet endast migranter kan behöva.⁷⁸⁵ Faktum är att första gången EU-domstolen uttryckligen hänvisade till stadgan var i just ett migrationsärende, närmare bestämt ett ärende gällande familjeåterförening.⁷⁸⁶ Stadgan var vid denna tidpunkt inte juridiskt bindande men uppmärksammades ändå av domstolen som menade att: ”[ä]ven om denna stadga inte utgör ett bindande rättsligt instrument hade gemenskapslagstiftaren för avsikt att erkänna dess betydelse genom att i skäl 2 i [familjeåterföreningsdirektivet⁷⁸⁷]

⁷⁸⁰ Se artikel 52.3 samt artikel 53 rättighetsstadgan. För vidare diskussion om EU-domstolen och Europadomstolens relation till varandra samt hur de kan påverka varandra se exempelvis Morano-Foadi, Sonia och Vickers, Lucy (red.), *Fundamental Rights In The EU: A Matter For Two Courts [Elektronisk Resurs]*, Hart, Oxford, 2015.

⁷⁸¹ Anderson, David och Cian C. Murphy, *The Charter of Fundamental Rights: History and Prospects in Post-Lisbon Europe*, EU Working Paper LAW, 2011/08, s. 18 f.

⁷⁸² Bernitz, Ulf, EU: s nya rättighetsstadga – hur kommer den att tillämpas, *Europarättslig tidskrift – tio år*, 2008, s. 76 f. EU-domstolen har funnit att ett utkast till anslutning ej var förenligt med EU-rätten, se yttrande 2/13 (plenum), 18 december 2014, EU:C:2014:2454.

⁷⁸³ Se avsnitt 6.2.1 nedan.

⁷⁸⁴ Europeiska rådet betonade redan i Kölnmandatet att rättighetsstadgan skulle kunna innehålla grundläggande rättigheter endast giltiga för unionsmedborgare, Se European Council meeting at Cologne, 3/4 June 1999, Conclusions of the Presidency, Annex IV.

⁷⁸⁵ En medborgare i ett land har ju redan rätt att vistas i landet. Angående den begränsade betydelsen av rättighetsstadgans rätt till asyl se not 369 ovan.

⁷⁸⁶ EU-domstolens dom i mål C-540/03, *Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd*, EU:C:2006:429. Se även Drywood, Eleanor, Giving with One Hand, Taking with the Other: Fundamental Rights, Children and the Family Reunification Decision, *European law review*, vol. 32, nr. 3 2007, s. 396-407.

⁷⁸⁷ Familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

fastställa att direktivet iakttar de principer som erkänns i såväl artikel 8 i Europakonventionen som i stadgan.⁷⁸⁸

Även om rättighetsskyddet i stadgan som utgångspunkt gäller för var och en finns ändå skillnader mellan det skydd unionsrätten kan erbjuda en migrant som är EU-medborgare och det skydd unionsrätten kan erbjuda en migrant som är tredjelandsmedborgare.⁷⁸⁹ Främst beror denna skillnad på det som ovan diskuterats angående *när* stadgan är tillämplig – dvs. kopplingen till EU-rätten.⁷⁹⁰ Frågan är dock vilken betydelse det har i praktiken för en migrant att omfattas av rättighetsstadgans bestämmelser. Eftersom stadgan innehåller fler rättigheter än Europakonventionen är det relativt enkelt att dra slutsatsen att det kan det vara värdefullt att omfattas av rättighetsstadgan om en fråga skyddas av stadgan men inte av Europakonventionen. Samtliga stadgans bestämmelser som rör de situationer som diskuteras i denna avhandling har dock motsvarigheter i barnkonventionen och/eller Europakonventionen vilka gäller alla migranter under statens jurisdiktion. I och med att stadgans skydd måste vara minst lika starkt som det skydd som erbjuds via Europakonventionen så garanteras alla migranter en miniminivå av skydd. Det är dock acceptabelt tolka stadgan på ett vis som ger ett mer långtgående skydd. Om rättighetsskyddet enligt stadgan skulle utvecklas på detta vis skulle det kunna få positiva konsekvenser att omfattas av denna. I dagsläget är det dock svårt att se någon sådan effekt. Sannolikt är i nuläget den största praktiska konsekvensen av att även omfattas av stadgans skydd vad gäller de situationer som diskuteras i avhandlingen att ytterligare en domstols praxis, EU-domstolens, måste beaktas samt att EU-domstolens involvering öppnar möjligheten för nationell domstol att pausa en process och be om hjälp genom förhandsavgöranden.⁷⁹¹

⁷⁸⁸ C-540/03, *Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd*, EU:C:2006:429, punkt 38. Domstolen betonade även att huvudsyftet med stadgan, vilket framgår av dess ingress, är att bekräfta ”de rättigheter som har sin grund särskilt i medlemsstaternas gemensamma författningstraditioner och internationella förpliktelser, Fördraget om Europeiska unionen och gemenskapsfördragen, ... [Europakonventionen], gemenskapens och Europarådets sociala stadgor samt rättspraxis vid ... domstol[en] och Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna”.

⁷⁸⁹ Lebeck, Carl, *EU-stadgan om grundläggande rättigheter*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2016, s. 23.

⁷⁹⁰ Det finns t.ex. rättigheter som bara tillkommer fysiska personer och rättigheter där unionsmedborgarskap är en förutsättning för att åtnjuta en rättighet (t.ex. rösträtt till Europaparlamentet och rätten till diplomatiskt och konsulärt skydd), art 39, 40 och 46.

⁷⁹¹ Se dock Peers, Steve, Garlick, Madeline, Moreno-Lax, Violeta och Guild, Elspeth, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary) [Elektronisk resurs]*, Andra upplagan, 2015, s. 59. Här hävdas att stadgan skulle kunna skapa eller utvidga rättighetsskyddet på vissa områden, särskilt för migranter. Författarna menar att så särskilt skulle vara fallet vad gäller tillgång till arbete, lika villkor i arbetssituationer, rätt till asyl, förbud mot diskriminering pga. nationalitet, rätt till socialhjälp samt till rättvis rättegång.

5.5 Sverige och Europeiska unionen

Sverige valde länge att stå utanför det överstatliga samarbetet i kol- och stålunionen och EEG. Jakob Gustavsson har i sin avhandling om den svenska vändningen i frågan om medlemskap hävdad att en möjlig förklaring till den svenska oviljan att delta i dessa samarbeten går att finna i att de var en slags räddningsförsök. Eftersom Sverige inte ansåg sig vara ett land i behov av räddning fanns inte någon motivation att delta.⁷⁹² Ytterligare en förklaring till den avvaktande svenska inställningen finner Gustavsson i ett av de två grundläggande mål som fanns med svensk utrikespolitik vid denna tidpunkt: att värna den nationella handlingsfriheten. Gustavsson menar att detta mål i och för sig kompletterades av ett annat mål – som talade för medlemskap – nämligen en svensk önskan att delta i kommersiella samarbeten som gynnade landets intressen. Att Sverige valde att stå utanför samarbetena trots de ekonomiska vinsterna av dessa samarbeten beror enligt Gustavsson på att svenska regeringar bedömde att ett fullvärdigt deltagande skulle innebära en oacceptabel inskränkning i suveräniteten på såväl det utrikes- som inrikespolitiska området. Utrikespolitiskt sett handlade invändningarna om svårigheten att upprätthålla den svenska neutralitetspolitiken om man gick med i samarbetet, inrikespolitiskt var det den svenska välfärdspolitiken som ansågs utmanas av ett medlemskap.⁷⁹³

Sverige ville ändå gärna ta del av det ekonomiska samarbetet och försökte under cirka 30 års tid på olika vis att få tillgång till detta utan att för den delen behöva underkasta sig de politiska förpliktelser som skulle följa av ett fullt medlemskap. I oktober 1990 förklarade dock den dåvarande regeringen plötsligt att de tidigare invändningarna fallit bort och att man nu förespråkade ett medlemskap. Gustavsson menar i sin avhandling att det framförallt var tre omständigheter som hade betydelse för denna till synes snabba omsvängning: 1) de dramatiska förändringarna i Östeuropa där kalla krigets upplösning innebar att säkerhetspolitiska överväganden inte längre behövde trumfa andra utrikespolitiska ambitioner,⁷⁹⁴ 2) att alternativen till medlemskap i EG inte framstod som särskilt attraktiva pga. den bristande möjligheten att få vara med

⁷⁹² Gustavsson pekar bl.a. på att Sverige hade sluppit krigets fasa, förblivit en stabil demokrati och klarat de ekonomiska problemen bättre än många andra stater, se Gustavsson, Jakob, *The politics of foreign policy change, Explaining the Swedish Reorientation on EC Membership*, Lund Univ. Press, Diss. Lund : Univ.,Lund, 1998, s. 29.

⁷⁹³ Tal av Tage Erlander vid svenska metallindustriarbetareförbundets kongress 20-25 augusti 1961. Talet som skrivits av ambassadör Sverker Åström samt Olof Palme (som då var Erlanders assistent) finns återgivet i Utrikesfrågor. Offentliga dokument m.m. rörande viktigare svenska utrikespolitiska frågor 1961. Utrikesdepartementet. Se även Ruin, Olof, *I välfärdsstatens tjänst: Tage Erlander 1946-1969*, Tiden, Stockholm, 1986, s. 303.

⁷⁹⁴ Bl.a. att Tyskland återförenades och Sovjetunionen gick mot att lösas upp.

och påverka samt 3) att Sverige vid denna tidsperiod var på väg in i en ekonomisk kris.⁷⁹⁵

Mot denna bakgrund ansåg svenska politiker att Sverige gynnades bäst av ett fullvärdigt medlemskap och lämnade år 1991 därför in en medlemsansökan. Efter en folkomröstning 1994 som med knapp marginal utföll till fördel för ett inträde (52,3 % röstade för, 46,8 % röstade emot)⁷⁹⁶ blev Sverige fullvärdig medlem i EU den 1 januari 1995.

Trots den (i vart fall initiala) svenska motsträvigheten till ett överstatligt europeiskt samarbete är Sverige idag därmed rättsligt bundet av de regler som tas fram inom samarbetet.

5.6 Migranter – en splittrande fråga för EU

Inte bara Sverige har med tiden velat ansluta sig till det europeiska unions-samarbetet. Antalet medlemsstater har ökat markant sedan de sex grundande staterna initierade kol- och stålunionen år 1951. Den första utvidgningen skedde 1 januari 1973 då Danmark, Irland och Förenade kungariket anslöt sig till EEG. Härfter följde Grekland 1981 samt Spanien och Portugal 1986. Österrike, Finland och Sverige anslöt sig 1995, dvs. först efter att samarbetet bytt namn till EG. Till detta samarbete anslöt sig även Cypern, Tjeckien, Estland, Ungern, Lettland, Litauen, Malta, Polen, Slovakien och Slovenien år 2004, Bulgarien och Rumänien år 2007 samt slutligen Kroatien som år 2013 blev EU:s 28:e medlemsland.

Den 29 mars 2017 hände dock något historiskt då Förenade kungariket som första land någonsin ansökte om utträde ur samarbetet. Bakgrunden till Förenade kungarikets utträde, som brukar kallas för Brexit, var en folkomröstning om det brittiska medlemskapet i EU som hölls den 23 juni 2016. Vid omröstningen röstade 51,9% för att lämna EU medan 48,1% röstade för att stanna kvar.⁷⁹⁷ Frågan om migration ansågs vara bland de starkaste skälen för de som röstade för ett utträde ur EU och David Cameron ska ha hävdad att han hade

⁷⁹⁵ Se Gustavsson, Jakob, *The politics of foreign policy change, Explaining the Swedish Reorientation on EC Membership*, Lund Univ. Press, Diss. Lund : Univ.,Lund, 1998, främst kapitel 5, 6 och 7.

⁷⁹⁶ 0,9 procent röstade blankt. Valdeltagandet var totalt 83 procent.

⁷⁹⁷ Valdeltagandet uppgick till 72,2%.

kunnat undvika Brexit om de europeiska ledarna hade tillåtit honom att kontrollera migration som han ville.⁷⁹⁸ Förenade kungariket hade tidigare efterfrågat möjlighet att omförhandla reglerna kring fri rörlighet,⁷⁹⁹ något som dock inte skedde. I en debattartikel i *Financial Times* 2013 skrev David Cameron om sin önskan att göra den fria rörligheten mindre fri. Cameron menade att

”dagens EU är ett EU som skiljer sig mycket från det samarbete som fanns för 30 år sedan. Vi måste inse faktum att den fria rörligheten har blivit en trigger för stora befolkningsrörelser orsakade av stora skillnader i inkomst. Detta bidrar till att länder förlorar talanger de skulle behöva behålla och ökar pressen på samhällen. Det är dags för en ny lösning som erkänner fri rörlighet som en central princip i EU, men inte som en rätt helt utan krav [min översättning].”⁸⁰⁰

David Cameron är inte ensam om att ha riktat kritik mot den fria rörligheten och den inskränkning i medlemsstaternas suveränitet gällande migrationspolitik som den medför.⁸⁰¹ Utvidgningen av den fria rörligheten till att omfatta samtliga unionsmedborgare (och deras familjemedlemmar) har inte varit problemfri och har lett till stora spänningar mellan medlemsstaterna.⁸⁰² Faktum är att när nya medlemsstater släpptes in i EU 2004, 2007 och 2013 så gavs de befintliga medlemsstaterna en möjlighet att initialt, under en sjuårsperiod, begränsa tillgången till fri rörlighet för medborgare i de nya medlemsstaterna. Övergångsordningen medger endast en möjlighet att begränsa rätten att arbeta som anställd, den allmänna rätten att röra sig fritt får dock inte begränsas.⁸⁰³ Att en begränsning i en så grundläggande del av EU-samarbetet alls

⁷⁹⁸ ”Cameron pins Brexit on EU failure to grant UK brake on migration”, *Financial Times*, <https://www.ft.com/content/3901dd48-3cee-11e6-9f2c-36b487ebd80a>, publicerad 29 juni 2016, senast använd 31 maj 2018.

⁷⁹⁹ Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 745.

⁸⁰⁰ ”The EU of today is very different from the EU of 30 years ago. We need to face the fact that free movement has become a trigger for vast population movements caused by huge disparities in income. That is extracting talent out of countries that need to retain their best people and placing pressure on communities. It is time for a new settlement which recognises that free movement is a central principle of the EU, but it cannot be a completely unqualified one”, David Cameron, Free movement within Europe needs to be less free, *Financial Times*, <https://www.ft.com/content/add36222-56be-11e3-ab12-00144feabd0>, publicerad 26 november 2013, senast använd 31 maj 2018.

⁸⁰¹ I en svensk kontext kan t.ex. Jimmie Åkessons debattartikel från februari 2017 lyftas fram. I artikeln argumenterar Åkesson för att ”EU har blivit ett monster” och att det EU Sverige röstade ja till var något helt annat än unionen i dag. Åkesson, Jimmie, Låt folket rösta – EU har blivit ett monster, *Aftonbladet*, <https://www.aftonbladet.se/debatt/a/8dexA/lat-folket-rosta--eu-har-blivit-ett-monster>, publicerad 8 februari 2017.

⁸⁰² Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 791 f.

⁸⁰³ Europeiska kommissionen, Utvidgningen – övergångsbestämmelser, se <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=466&langId=sv>. Senast använd 24 maj 2018.

tillåts är dock intressant.⁸⁰⁴ Syftet var att möta de tidigare medlemsstaternas rädsla att ”översvämmas” av arbetskraftsinvandrare och ”välfärdsturister” från de nya medlemsstaterna. Övergångsordningen fick dock föga förvånande stark kritik av de nya medlemsstaterna för att skapa en slags andra klassens unionsmedborgarskap. I dagsläget är det endast det nyaste medlemslandet, Kroatien, som fortsatt – fram till 30 juni 2020 – omfattas av övergångsperioden.⁸⁰⁵

Andrew Moravcsik menar att den avgörande drivkraften för det överstatliga europeiska samarbetet alltid har varit ländernas nytta av samarbetet, snarare än någon form av ideologisk övertygelse.⁸⁰⁶ Migrationsfrågor har alltid varit känsliga frågor för medlemsstaterna,⁸⁰⁷ och när det kommer till området kontroll över gränser och inresa är frågan om medlemsstaterna upplever att samarbetet bidrar med tillräckligt mycket positivt.⁸⁰⁸ Vi vet idag att en medlemsstat svarat nej på den frågan. Sannolikt är frågan inte om fler kontroverser kommer att uppstå mellan – och inom – medlemsstaterna vad gäller migration utan snarare vilka strider som kommer och vad de kommer att leda till.

Klart är att EU-rätten och hur den kommit att tolkas av EU-domstolen har stora effekter på medlemsstaternas möjligheter att på egen hand reglera migration.

⁸⁰⁴ Meriam Chatty menar t.ex. att dessa övergångsregler kan ha varit en avgörande faktor i processen mot att vissa EU-medborgares rörlighet nu definieras som migration efter att EU under lång tid velat skilja på migranter och unionsmedborgare, se Chatty, Meriam, *Migranternas medborgarskap: EU: s medborgarskapande från Romförhandlingarna till idag*, Diss, Statsvetenskapliga institutionen, Örebro universitet, 2015, s. 26.

⁸⁰⁵ Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 758.

⁸⁰⁶ Moravcsik, Andrew, *The Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Routledge, London, 1999.

⁸⁰⁷ Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 791 f.

⁸⁰⁸ Se t.ex. Kaeding, Michael., Pollak, Johannes och Schmidt, Paul. (red.), *The Future of Europe Views from the Capitals*, Springer International Publishing, 2019. Boken är en antologi med bidrag från samtliga EU:s medlemsstater om vilka utmaningar som för närvarande finns med EU-samarbetet. I boken lyfts frågan om migration återkommande.

6 Barns rättigheter i migrationsrätten

6.1 Inledning

Som nämndes redan i inledningskapitlet omgärdas barn av ett särskilt rättsligt skydd. Även om det extra skyddet för barn inte enbart gäller på migrationsrättens område utan har mer generell bäring, är det – vilket kommer att visas i resterande delar av avhandlingen – tydligt att det ställs särskilda krav i migrationsrättsliga ärenden om ett barn berörs av ett beslut.

Att barn kan anses ha vissa särskilda behov har sedan länge uppmärksammats i internationell rätt.⁸⁰⁹ Dels finns särskilda skyddsbestämmelser för vissa specifikt utpekade grupper av barn (t.ex. barn som riskerar trafficking, barn som befinner sig i krig och barn som är flyktingar).⁸¹⁰ Dels finns i internationell rätt ett mer generellt rättighetsskydd som tar sikte på alla barn. Här kan nämnas de barnspecifika bestämmelser som återfinns i de mer allmänt inriktade rättighetsdokumenten FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter,⁸¹¹ FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter (ICCPR)⁸¹² samt FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (ICESCR)⁸¹³. Genom åren har dock även flera överenskommelser med specifikt sikte på barns rättigheter kommit att utvecklas.

⁸⁰⁹ Bhabha, Jacqueline, More Than Their Share of Sorrows: International Migration Law and the Rights of Children, *Saint Louis University Public Law Review*, vol. 22, 2003, s. 255.

⁸¹⁰ Skyddet för barn som riskerar trafficking började exempelvis etableras redan år 1910. Tanken om barn som personer med särskilt skyddsbehov framkommer även i 1949-års Genèvekonventioner. Idén om att flyktningbarn har rätt till särskilt skydd slås fast i inte mindre än 25 olika artiklar i 1949 års Genèvekonventioner och dess efterföljande protokoll (från 1977), se Goodwin-Gill, Guy S., Unaccompanied Refugee Minors: The Role and Place of International Law in the Pursuit of Durable Solutions, *International Journal of Children's Rights*, vol. 3, nr. 3, 1995, s. 413. För mer om den historiska utvecklingen av skydd för barn som riskerar trafficking samt för flyktningbarn se exempelvis Bhabha, Jacqueline, More Than Their Share of Sorrows: International Migration Law and the Rights of Children, *Saint Louis University Public Law Review*, vol. 22, 2003, s. 253–274.

⁸¹¹ FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter artikel 25(2).

⁸¹² ICCPR artikel 24(1). Se även FN:s kommitté för mänskliga rättigheter, allmän kommentar nummer 17 om artikel 24 (UN Human Rights Committee (HRC), CCPR General Comment No. 17: Article 24 (Rights of the Child), 7 april 1989).^[1]_{SEP}

⁸¹³ FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, 993 UNTS 3, antagen 16 december 1966, trädde ikraft 3 januari 1976. Se artikel 10(3).

1924 antog Nationernas förbund (föregångaren till FN) deklARATIONEN om barnets rättigheter. Deklarationen – som var den första internationella mänskliga rättighetsdeklaration som antogs av någon mellanstatlig enhet –⁸¹⁴ bestod av fem principer som utgick ifrån tanken att mänskligheten är skyldig barnet det bästa den har att ge.⁸¹⁵ År 1959 antog FN en något utvecklad version av deklARATIONEN; 1959 års förklaring om barnets rättigheter som byggde på tio artiklar om barns rättigheter. Såväl 1924 års deklARATIONEN som 1959 års förklaring byggde på samma grundtanke – att barn är en särskilt utsatt typ av människor med extra stort behov att skyddas.⁸¹⁶ Denna utgångspunkt är en av flera som legat till grund även för det regelverk som idag allra tydligast förknippas med barns rättigheter;⁸¹⁷ FN:s konvention om barnets rättigheter (barnkonventionen) från 1989.

6.2 Barnkonventionen

När FN valde att utse år 1979 till barnets år var det ingen som kunde veta att det polska initiativ som följde på utropandet – att påbörja arbetet med en barnkonvention – tio år senare skulle ha lett fram till en konvention som idag har ratificerats av alla stater erkända av FN utom en.⁸¹⁸

Barnkonventionen, som antogs av FN:s generalförsamling den 20 november 1989, anses vara en milstolpe i utvecklandet av det rättsliga skyddet för barn.⁸¹⁹ Genom konventionen vidgades synen på barn från att endast vara personer i särskilt behov av skydd till att erkännas som *individer* med *egna* rättigheter – aktiva i utformandet av sina egna sociala liv.⁸²⁰ I och med framtagandet av barnkonventionen gick barnet ifrån att ses som ett passivt objekt

⁸¹⁴ van Bueren, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, Nijhoff, Dordrecht, 1998, s. 6. Det dröjde nästan en kvarts sekel innan det att FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter antogs år 1948.

⁸¹⁵ Geneva Declaration of the Rights of the Child (antagen 26 september 1924), League of Nations, Doc. A. 127 1924 IV. De fem principerna rörde bl.a. barns rätt att få tillgång till materiella och andliga resurser, mat, omvårdnad och hjälp att exempelvis komma bort från kriminalitet, barnets rätt att få assistans först vid nödsituationer, barnets rätt att ställas i stånd att få försörjning och skyddas från varje form av exploatering.

⁸¹⁶ Se exempelvis princip 2 i FN:s förklaring om barnets rättigheter antagen av generalförsamlingen den 20 november 1959. Declaration of the Rights of the Child, U.N. Doc. A/4354.

⁸¹⁷ Se härom exempelvis Mahmoudi, Said, Leviner, Pernilla, Kaldal, Anna och Lainpelto, Katrin (red.), *Child-Friendly Justice: A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of the Child*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015.

⁸¹⁸ USA har undertecknat men ännu inte ratificerat konventionen, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&lang=en.

⁸¹⁹ Se exempelvis Goodwin-Gill, Guy S., Unaccompanied Refugee Minors: The Role and Place of International Law in the Pursuit of Durable Solutions, *International Journal of Children's Rights*, vol. 3, nr. 3, 1995, s. 405.

⁸²⁰ Se Pobjoy, Jason M., *The Child in International Refugee Law*, Cambridge, 2017, s. 19. Grunden för den här synen finns i artikel 3 och artikel 12 i barnkonventionen. För uttrycket

beroende av någon annan till att erkännas som ett aktivt subjekt.⁸²¹ Synen på barnet som en kapabel individ framkommer förmodligen allra tydligast genom införandet i barnkonventionen av en särskild bestämmelse som ger barn rätt till delaktighet i ärenden som rör dem – en rätt att få uttrycka sina åsikter och få dessa respekterade (artikel 12).⁸²² Attitydförändringen märks även genom att barnkonventionen, till skillnad från tidigare barnrättsdokument, inkluderar – och på så vis lyfter fram och betonar även barns rätt till – traditionella medborgerliga och politiska rättigheter så som yttrandefrihet,⁸²³ religionsfrihet⁸²⁴ samt föreningsfrihet och mötesfrihet⁸²⁵. Barnkonventionen omfattar därmed alla typer av rättigheter (ekonomiska, sociala, kulturella, politiska och medborgerliga) i en och samma rättighetskatalog.⁸²⁶ Allt i syfte att försöka uppnå själva kärnan i barnkonventionen – att säkerställa 1) att ett barn kan utvecklas till sin fulla potential samt 2) att förbereda ett barn för ett ansvarstagande liv i ett fritt samhälle.⁸²⁷

Barnkonventionen och dess tilläggsprotokoll⁸²⁸ uppställer en lista av rättigheter för barn som tillsammans bildar en miniminivå som konventionsstaterna måste tillgodose för varje barn inom statens jurisdiktion.⁸²⁹

Barnkonventionens innehåll kan för enkelhetens skull sammanfattas i tre punkter:⁸³⁰

“active in the construction and determination of their own social lives” se James, Allison och Prout, Alan (red.), *Constructing and Reconstructing Childhood: Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood*, Andra upplagan, Routledge, London, 2007, s. 8.

⁸²¹ Se härom Pobjoy, Jason M., *The Child in International Refugee Law*, Cambridge, 2017, s. 19, van Bueren, Geraldine, *The International Law On The Rights Of The Child*, Nijhoff, Dordrecht, 1998, s. 137, SOU 1997:116, s. 127. Se även FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 12 (2009) om barnets rätt att bli hörd.

⁸²² Pobjoy, Jason M., *The Child in International Refugee Law*, Cambridge, 2017, s. 20.

⁸²³ Barnkonventionen artikel 13.

⁸²⁴ Barnkonventionen artikel 14.

⁸²⁵ Barnkonventionen artikel 15.

⁸²⁶ Jfr med exempelvis ICCPR och ICESCR där rättigheterna är uppdelade på två olika konventioner baserat på typ av rättighet.

⁸²⁷ Se Pobjoy, Jason M., *The Child in International Refugee Law*, Cambridge, 2017, s. 226.

⁸²⁸ Det finns tre tilläggsprotokoll till barnkonventionen. De två första protokollen antogs av FN:s generalförsamling i maj 2000. Det första tilläggsprotokollet rör frågan om barn i väpnade konflikter. Det andra tilläggsprotokollet rör handel med barn, barnprostitution och barnpornografi. Det tredje tilläggsprotokollet, som antogs av FN år 2011, ger barn möjlighet att lämna in klagomål till FN:s barnrättskommitté. Sverige har ratificerat det första och det andra tilläggsprotokollet men inte det tredje.

⁸²⁹ FN:s barnrättskommitté, Day of General Discussion, The Rights of All Children in the Context of International Migration, Background Paper, augusti 2012, s. 9.

⁸³⁰ Se Pobjoy, Jason M., som introducerar denna klassificering i *The child in international refugee law*, Cambridge, 2017, s. 20 f.

1. I barnkonventionen återupprepas många av de rättigheter som framkommer av FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter, ICCPR samt ICESCR. På så vis tydliggörs och bekräftas att rättigheterna gäller (även) för barn.
2. Barnkonventionen omfattar dessutom ett antal rättigheter särskilt utformade för barns behov. Här kan bl.a. nämnas principerna om barns rätt till delaktighet samt barns rätt att få sitt bästa beaktat som ett viktigt (primärt) intresse vid alla åtgärder som rör barnet.⁸³¹ Härutöver finns t.ex. bestämmelser som särskilt lyfter barns rätt till – och behov av – sina föräldrar,⁸³² barns rätt till skydd från sexuellt utnyttjande,⁸³³ barnarbete⁸³⁴ osv.
3. Genom barnkonventionen skärps konventionsstaters skyldigheter gentemot barn vilket innebär att *barn ges ett starkare rättighetskydd än vuxna*.

Samtliga stater som erkänns av FN, förutom USA,⁸³⁵ har ratificerat barnkonventionen. För svensk del skedde ratifikationen av barnkonventionen genom ett riksdagsbeslut den 21 juni 1990.⁸³⁶ Den 2 september samma år trädde konventionen i kraft. Sverige är sedan dess folkrättsligt bundet av barnkonventionen. Som nämndes i kapitel 1 innebär det att den svenska lagstiftaren är skyldig att se till att svensk nationell lagstiftning är i linje med åtagandena enligt barnkonventionen.

6.2.1 Migranter och barnkonventionen

Att barn som på något vis befinner sig i migrationsprocesser fanns med i diskussionen när barnkonventionen togs fram är tydligt – i de mötesanteckningar som finns bevarade från arbetet med att ta fram barnkonventionen finns återkommande referenser till att barn som är migranter är en grupp barn med särskilda behov.⁸³⁷ I den slutliga konventionen märks detta inte minst genom den

⁸³¹ Barnkonventionen artikel 3.

⁸³² Exv. art 9 och 10.

⁸³³ Barnkonventionen artikel 34.

⁸³⁴ Barnkonventionen artikel 32.

⁸³⁵ USA har undertecknat barnkonventionen men inte ratificerat den.

⁸³⁶ SÖ 1990:20, prop. 1989/90:107, bet. 1989/90:SoU28 och rskr. 1989/90:350.

⁸³⁷ Se t.ex. diskussionerna från arbetet med att ta fram barnkonventionen som antecknats i följande rapporter från arbetsgruppen: E/CN.4/SR.1438 (1978), punkt 40, E/CN.4/L.1468 (1979), punkt 6, E/CN.4/1985/SR.53/Add.1 (1985), punkt 114 och 117; E/CN.4/1988/SR.56 (1988), punkt 50; E/CN.4/1989/SR.54 (1989), punkt 8. Se även Pobjoy, Jason M., *The Child in International Refugee Law*, Cambridge, 2017, s. 21.

bestämmelse om flyktingbarns rätt till särskilt (extra) skydd som återfinns i artikel 22⁸³⁸ samt genom artikel 10 som rör rätten till familjeåterförening.⁸³⁹

I 1924 års deklaration om barnets rättigheter uppgavs att principerna i deklarationen skulle gälla utan åtskillnad pga. ras, nationalitet eller trosbekännelse, dvs. deklarationen skulle omfatta alla barn.⁸⁴⁰ När FN antog förklaringen om barnets rättigheter år 1959 hade icke-diskrimineringsprincipen förtydligats, nu stadgades att ”[v]arje barn, utan något undantag, ska ha rätt till dessa rättigheter, utan åtskillnad eller diskriminering pga. ras, hudfärg, kön, språk, religion, politisk eller annan åsikt, nationellt eller socialt ursprung, förmögenhet, börd eller annan status, varken sin egen eller familjens [min översättning]”.⁸⁴¹ Under framtagandet av barnkonventionen fördes diskussioner om vilka barn som skulle omfattas av rättighetsskyddet. I ett tidigt utkast till barnkonventionen föreslog Polen en bestämmelse som uttryckligen stadgade att konventionsrättigheterna skulle garanteras för barn med utländskt medborgarskap som vistades i en konventionsstat.⁸⁴² Spänningen som finns mellan staters intresse att reglera invandring och staters intresse att skydda barn gjorde sig dock påmind och flera stater ville istället begränsa konventionens juridiska omfång till att endast gälla för barn som *lagligen* vistades i en konventionsstat.⁸⁴³ Det

⁸³⁸ Enligt artikel 22 ska konventionsstaterna ”vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ett barn som söker flyktingstatus eller anses som flykting i enlighet med tillämplig internationell eller nationell rätt och tillämpliga förfaranden och oberoende av om det kommer ensamt eller är åtföljt av sina föräldrar eller någon annan person, erhåller lämpligt skydd och humanitärt bistånd vid åtnjutandet av de tillämpliga rättigheter som anges i denna konvention och i andra internationella instrument rörande mänskliga rättigheter eller humanitär rätt, som nämnda stater tillträtt”. Artikel 22 har kallats för ett “rights plus”-skydd av Jason M Pobjoy, se Pobjoy, Jason, Article 22. Refugee Children. i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 824. Bestämmelsen utarbetades på förslag från Danmark år 1981, Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, E/CN.4/L.1575, punkt 125(c). Jason Pobjoy menar att artikeln kan ha utvecklats till följd av ett förslag från Women’s International Democratic Federation, se Pobjoy, Jason M., *The Child in International Refugee Law*, Cambridge, 2017, s. 21 se även Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, E/CN.4/NGO/244 (1979), punkt 4.

⁸³⁹ Artikel 10 behandlas närmare i kapitel 10 nedan.

⁸⁴⁰ ”By the present Declaration of the Rights of the Child, commonly known as ‘Declaration of Geneva,’ men and women of all nations, recognizing that mankind owes to the Child the best that it has to give, *beyond and above all considerations of race, nationality or creed* [min kursivering]”, ur preambeln till 1924 års deklaration om barnets rättigheter.

⁸⁴¹ “Every child, without any exception whatsoever, shall be entitled to these rights, without distinction or discrimination on account of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, whether of himself or of his family”, artikel 1, förklaringen om barnets rättigheter från 1959.

⁸⁴² Detta var i förslaget artikel 5 vilken löd “[t]he States Parties to the present Convention recognize the right of alien children staying in their territories to enjoy the rights provided for in this Convention”, se E/ CN.4/1349 (1979).

⁸⁴³ Pobjoy, Jason M., *The Child in International Refugee Law*, Cambridge, 2017, s. 14. USA:s representant föreslog att det som nu är artikel 2 i barnkonventionen skulle lyda “Each State Party to the present Covenant shall respect and extend all the rights set forth in this Convention

polska förslaget drogs så småningom tillbaka i utbyte mot att en icke-diskrimineringsprincip liknande de som funnits i 1924 års respektive 1959 års överenskommelser fördes in i barnkonventionens artikel 2. Principen innebär att stater som ratificerar barnkonventionen förbinder sig att respektera och tillförsäkra varje barn inom statens jurisdiktion de rättigheter som anges i barnkonventionen – utan åtskillnad av något slag.⁸⁴⁴ Artikel 2 gäller därmed alla barn, oavsett legal status, och förbjuder uttryckligen diskriminering baserad på barnets eller dess förälders eller vårdnadshavares ”börd eller ställning i övrigt”.

Trots vissa staters motstånd vid utformandet av konventionen kom alltså barnkonventionens rättigheter att gälla för varje barn som befinner sig inom en stats jurisdiktion, därmed även för barn (och barn till föräldrar) som (någon gång) migrerat till staten. Ett viktigt argument för att varje barn – oaktat legal status – skulle omfattas av konventionen var att barns rättigheter inte skulle vara avhängiga barns (eller deras föräldrars) rättsliga status.⁸⁴⁵

Sedan barnkonventionen trädde i kraft år 1990 har konventionen använts på en mängd olika vis för att stärka barns rättigheter. Lagstiftning och policy har ändrats och tillkommit, jämställdhetsåtgärder har vidtagits och mer effektiva barnskyddssystem och institutioner har etablerats. Med stöd av konventionens icke-diskrimineringsprincip har olika former av (de jure och de facto) diskriminering rensats bort.⁸⁴⁶ Men även om barnkonventionen har bidragit till förbättringar på området barns rättigheter menar bl.a. FN:s barnrättskommitté att

to all children *lawfully* in its territory [min kursivering]”. Representanten ändrade senare förslaget till “The States Parties to the present Covenant shall respect and extend all the rights set forth in this Convention to all children (lawfully) in their territories without distinction of any kind”, se Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, E/CN.4/L.1575 (1981), punkterna 40 och 44. Andra länders representanter var dock inte villiga att avgränsa barnkonventionen till att endast omfatta barn som lagligen vistades i en konventionsstat, se E/CN.4/L.1575 (1981), punkt 40. Den amerikanska delegaten gick till slut med på att dra tillbaka ordet lagligen från förslaget i utbyte mot att det polska förslaget till artikel 5 (se noten precis ovan denna) drogs tillbaka, E/CN.4/L.1575 (1981), punkt 47. Förenade kungariket och Tyskland uttryckte missnöje med att barnkonventionens rättighetskatalog även skulle omfatta icke-medborgare och flaggade för att de skulle inkomma med reservationer, se Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, E/CN.4/1984/71 (1984), punkterna 9 och 11 se även nedan, avsnitt 6.2.2.

⁸⁴⁴ Artikel 2.1 i barnkonventionens stadgar att ”[k]onventionsstaterna ska respektera och tillförsäkra varje barn inom deras jurisdiktion de rättigheter som anges i denna konvention utan åtskillnad av något slag, oavsett barnets eller dess förälders eller vårdnadshavares ras, hudfärg, kön, språk, religion, politiska eller annan åskådning, nationella, etniska eller sociala ursprung, egendom, funktionsnedsättning, börd eller ställning i övrigt”.

⁸⁴⁵ Se United Nations High Commissioner for Human Rights, *Legislative history of the Convention on the Rights of the Child*, 2007, part I, s. 320 ff samt United Nations High Commissioner for Human Rights, *Legislative history of the Convention on the Rights of the Child*, 2007, part II, s. 890 ff.

⁸⁴⁶ Ett exempel är det svenska beslutet att ge papperslösa barn rätt till utbildning, SFS 2013:298. Beslutet motiverades bl.a. med att Sverige fått kritik från FN:s barnrättskommitté för att vissa barn inte gavs rätt till utbildning, se prop. 2012/13:58, exempelvis s. 13. Se dock även UNICEF,

konventionen ännu inte har fått tillräckligt genomslag när det gäller att skydda rättigheter för barn som befinner sig i en migrationskontext.⁸⁴⁷

6.2.2 Begränsning av rättigheter för barn som är migranter

Till skillnad från många andra rättighetsdokument tillåter barnkonventionen inte att stater gör undantag från någon av konventionsbestämmelserna – inte ens i krigstid.⁸⁴⁸ Samtidigt är det ett faktum att stater som har ratificerat barnkonventionen är folkrättsligt bundna av dess bestämmelser. En stat som är bunden av barnkonventionen ska vidta alla *lämpliga* åtgärder för att se till att de rättigheter som erkänns i konventionen genomförs effektivt.⁸⁴⁹ I konventionen uppmärksammas i och för sig att stater med bristande resurser – ekonomiska och andra – kan ha svårt att fullt ut tillgodose alla ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter i konventionen.⁸⁵⁰ Dessa stater måste dock ändå arbeta för ett gradvis förverkligande av alla rättigheter i barnkonventionen.⁸⁵¹ Barnkonventionen tillåter således inte att ekonomiskt svagare stater helt begränsar s.k. ekonomiska rättigheter och på så vis t.ex. ger icke-medborgare ett svagare skydd än statens egna medborgare.⁸⁵² Staterna måste kunna visa att de har genomfört konventionens bestämmelser ”till det yttersta av sina tillgängliga resurser”⁸⁵³ och att de har strävat efter internationellt samarbete om så behövs.⁸⁵⁴ Oavsett staters ekonomiska förhållanden måste de således vidta alla lämpliga åtgärder för att förverkliga barns rättigheter. FN:s barnrättskommitté menar att staternas skyldigheter gäller inom hela statens gränser samt att

Protecting the World's Children: Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems [Elektronisk resurs], Cambridge University Press, Cambridge, 2007, Reynaert, Didier, Bouverne-De Bie, Maria, och Vandeveldel, Stijn, Between ‘believers’ and ‘opponents’: Critical discussions on children’s rights, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 20, nr. 1 2012, s. 155-168 samt Vandenhole, Wouter, Desmet, Ellen, Reynaert, Dider, och Lembrechts, Sara (red.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies*, Routledge, New York, 2015 som på olika sätt adresserar utmaningar med barnkonventionen och att ge konventionens rättigheter genomslag.

⁸⁴⁷ FN:s barnrättskommitté, Day of General Discussion, The Rights of All Children in the Context of International Migration, Background Paper, augusti 2012, s. 11.

⁸⁴⁸ Jfr exempelvis artikel 4 ICCPR samt artikel 15 Europakonventionen.

⁸⁴⁹ Artikel 4 barnkonventionen samt FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 5 (2003) om allmänna åtgärder för genomförandet av konventionen om barnets rättigheter (artikel 4, 42 och 44.6).

⁸⁵⁰ Artikel 4 barnkonventionen.

⁸⁵¹ Se angående detta exempelvis Tobin, John, Article 4. A State’s General Obligation of Implementation i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 108-158.

⁸⁵² Jfr artikel 2(3) ICESCR.

⁸⁵³ I den nya svenska översättningen av barnkonventionen anges istället för ”till det yttersta av sina tillgängliga resurser” att konventionsstater ”till fullo [ska] utnyttja sina tillgängliga resurser” vilket har kritiserats av Maria Grahn-Farley som menar att den nya översättningen innebär att den speciella innebörd som uttrycket ”till det yttersta av” har inom FN-systemet går förlorad, se Grahn-Farley, Maria, Barnkonventionen: en kommentar, Studentlitteratur, Lund, 2019, s. 57.

⁸⁵⁴ Artikel 4 barnkonventionen.

konventionsstaterna inte får ”begränsa sina skyldigheter på ett godtyckligt eller ensidigt sätt genom att utesluta vissa zoner eller områden från statens territorium eller genom att, helt eller delvis, utesluta vissa zoner eller områden från statens jurisdiktion”⁸⁵⁵.

Även om barnkonventionens artikel 2 innehåller ett tydligt förbud mot diskriminering har frågan om hur stater behandlar barn baserat på legal status kommit upp hos FN:s barnrättskommitté vid ett flertal tillfällen genom åren. Kommittén har i en av sina allmänna kommentarer valt att specifikt lyfta fram att rättigheterna som anges i barnkonventionen inte får begränsas till barn som är medborgare i en konventionsstat utan måste anses ”gälla för samtliga barn – inklusive asylsökande barn, flyktingbarn och migrerande barn – oavsett nationalitet, immigrationsstatus och eventuell statslöshet”⁸⁵⁶ om inget annat föreskrivs i konventionen. Faktum är att FN:s barnrättskommitté inte endast uttalat att icke-diskrimineringsprincipen gäller för dessa barn, kommittén har även betonat att principen i *synnerhet* förbjuder all diskriminering på grund av ett barns status som ensamkommande eller åtskild från föräldrar, eller som flykting, asylsökande eller migrant.⁸⁵⁷ Barnrättskommittén har även framhållit att det är av största vikt att barnkonventionens principer respekteras och iaktas gällande barn i en migrationskontext så att även dessa barn ges tillgång till sina rättigheter.⁸⁵⁸

Vissa stater har dock inte velat acceptera att även barn som vistas i landet utan tillstånd omfattas av konventionen. När en stat ratificerar eller ansluter sig till barnkonventionen har staten möjlighet att reservera sig mot delar av konventionen.⁸⁵⁹ Reservationer och/eller deklarationer⁸⁶⁰ syftandes till att begränsa barnkonventionens räckvidd för icke-medborgare gjordes initialt av Förenade kungariket, Tyskland, Singapore, Nya Zeeland, Japan, Schweiz, Lichtenstein, Belgien och Cooköarna.

⁸⁵⁵ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 6 (2005) om behandlingen av ensamkommande barn och barn som har skilts från föräldrarna utanför ursprungslandet, punkt 12.

⁸⁵⁶ Ibid.

⁸⁵⁷ Ibid, punkt 18.

⁸⁵⁸ FN:s barnrättskommitté, Day of General Discussion, The Rights of All Children in the Context of International Migration, Background Paper, augusti 2012, s. 9.

⁸⁵⁹ Artikel 51 barnkonventionen.

⁸⁶⁰ I artikel 2 i Wienkonventionen om traktaträtten definieras ”reservation” som en ”ensidig förklaring, oavsett formulering eller beteckning, avgiven av en stat vid undertecknande, ratifikation, godtagande eller godkännande av eller anslutning till en traktat i avsikt att utesluta eller modifiera rättsverkningarna av vissa bestämmelser i traktaten i förhållande till staten i fråga”. Det finns ingen motsvarande legaldefinition av deklaration. En sådan kan dock förstås som ett val att ge uttryck för en uppfattning om hur staten tolkar traktaten men som staten inte nödvändigtvis anser behöver göras så ”stark” som en reservation. Det händer dock att stater benämner förklaringar hur ett traktat ska tolkas som ”deklaration” när det egentligen är en reservation.

Nya Zeelands reservation innebär att ingenting i barnkonventionen ska påverka den nyazeeländska regeringens rätt att i lag göra åtskillnad mellan personer beroende på vilken typ av laglig rätt dessa personer har att vistas i Nya Zeeland. Enligt reservationen ska regeringen ha rätt att tolka och tillämpa konventionen i linje med denna reservation.⁸⁶¹ Singapore har förbehållit sig rätten att besluta om inresa, vistelse och avresa från Singapore för personer som inte (längre) har en rätt under singaporienska lagar att resa in eller stanna kvar i landet.⁸⁶² Utöver dessa mer allmänna reservationer gällande barnkonventionens tillämplighet på barn som är migranter har Schweiz, Japan, Lichtenstein och Cooköarna gjort olika invändningar mot skyldigheten att hålla ihop familjer och/eller att tillåta familjeåterförening.⁸⁶³

Två stater, Belgien och Cooköarna, har invänt specifikt mot icke-diskrimineringsprincipen i artikel 2. Invändningarna bygger på tanken att förbudet mot diskriminering inte nödvändigtvis medför en automatisk skyldighet för stater att garantera utländska medborgare samma rättigheter som landets egna medborgare. Belgien menar t.ex. att icke-diskrimineringsregeln bör förstås som ett skydd mot godtyckligt beteende från offentligheten – ett understrykande av att eventuella skillnader i behandling måste baseras på objektiva och rimliga överväganden i överensstämmelse med demokratiska principer.⁸⁶⁴

⁸⁶¹ ”Nothing in this Convention shall affect the right of the Government of New Zealand to continue to distinguish as it considers appropriate in its law and practice between persons according to the nature of their authority to be in New Zealand including but not limited to their entitlement to benefits and other protections described in the Convention, and the Government of New Zealand reserves the right to interpret and apply the Convention accordingly”, se United Nations Treaty Collection, Status of Treaties, Convention on the Rights of the Child, tillgänglig via https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en, senast använd 22 augusti 2018.

⁸⁶² “Singapore is geographically one of the smallest independent countries in the world and one of the most densely populated. The Republic of Singapore accordingly reserves the right to apply such legislation and conditions concerning the entry into, stay in and departure from the Republic of Singapore of those who do not or who no longer have the right under the laws of the Republic of Singapore, to enter and remain in the Republic of Singapore, and to the acquisition and possession of citizenship, as it may deem necessary from time to time and in accordance with the laws of the Republic of Singapore”, se United Nations Treaty Collection, Status of Treaties, Convention on the Rights of the Child, tillgänglig via https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en, senast använd 22 augusti 2018.

⁸⁶³ Artikel 9 och 10. För de exakta formuleringarna av reservationerna se United Nations Treaty Collection, Status of Treaties, Convention on the Rights of the Child, tillgänglig via https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en, senast använd 22 augusti 2018.

⁸⁶⁴ “[A]ccording to the interpretation of the Belgian Government non-discrimination on grounds of national origin does not necessarily imply the obligation for States automatically to guarantee foreigners the same rights as their nationals. This concept should be understood as designed to rule out all arbitrary conduct but not differences in treatment based on objective and reasonable considerations, in accordance with the principles prevailing in democratic societies.”, se United Nations Treaty Collection, Status of Treaties, Convention on the Rights of the Child, tillgänglig

Även om barnkonventionen tillåter en stat att reservera sig mot delar av konventionen framgår det direkt av konventionstexten att en sådan reservation inte får strida mot konventionens ändamål och syfte.⁸⁶⁵ Även av Wienkonventionen om traktaträtten framgår att reservationer inte får vara oförenliga med traktaters ändamål och syfte.⁸⁶⁶

FN:s barnrättskommitté har riktat kritik mot ovan presenterade reservationer och deklARATIONER och, i delar, ifrågasatt deras överensstämmande med barnkonventionens mål och syfte.⁸⁶⁷ Samtliga länder har uppmanats att snabbt agera för att avskaffa sina reservationer/deklARATIONER.⁸⁶⁸ I vissa fall har kritiken haft effekt – Tyskland och Förenade kungariket hade tidigare reservationer innebärandes att länderna förbehöll sig rätten att oinskränkt få reglera invandring samt fortsatt tillåtas begränsa tillgången till rättigheter för barn baserat på laglig rätt att vistas i länderna.⁸⁶⁹ Båda länderna fick med anledning av sina reservationer ta emot kritik från FN:s barnrättskommitté och har återkallat de kritiserade reservationerna.⁸⁷⁰

via https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en, senast använd 22 augusti 2018.

⁸⁶⁵ Artikel 51 barnkonventionen. Detta är i linje med vad som vanligen gäller för invändningar mot folkrättsliga traktat. I Wienkonventionen om traktaträtten framkommer att en stat vid undertecknande av, ratifikation av, godkännande av eller anslutning till en traktat kan reservera sig, såvida inte reservationen är ”oförenlig med traktatens ändamål och syfte”, artikel 19.

⁸⁶⁶ Wienkonventionen om traktaträtten artikel 19 c.

⁸⁶⁷ Se exempelvis sammanfattande slutsatser och rekommendationer till Nya Zeeland från 24 januari 1997 (CRC/C/15/Add.71, p. 8) samt från 21 oktober 2016 (CRC/C/NZL/CO/5, p. 5).

⁸⁶⁸ Se angående Nya Zeeland: CRC/C/NZL/CO/5, Singapore: CRC/C/SGP/CO/2-3, Japan: CRC/C/15/Add.231 (notera dock att kritiken från barnrättskommittén inte upprepas i kommitténs senaste rekommendationer till Japan CRC/C/JPN/CO/3), Schweiz: CRC/C/CHE/CO/2-4, Lichtenstein: CRC/C/LIE/CO/2, Cooköarna: CRC/C/COK/CO/1, Belgien: CRC/C/BEL/CO/3-4.

⁸⁶⁹ Tysklands reservation löd: ”Nothing in the Convention may be interpreted as implying that unlawful entry by an alien into the territory of the Federal Republic of Germany or his unlawful stay there is permitted; nor may any provision be interpreted to mean that it restricts the right of the Federal Republic of Germany to pass laws and regulations concerning the entry of aliens and the conditions of their stay or to make a distinction between nationals and aliens.”, deklARATION, 6 mars 1992. Förenade kungarikets reservation löd ”c) The United Kingdom reserves the right to apply such legislation, in so far as it relates to the entry into, stay in and departure from the United Kingdom of those who do not have the right under the law of the United Kingdom to enter and remain in the United Kingdom, and to the acquisition and possession of citizenship, as it may deem necessary from time to time.”, reservation, 16 december 1991. Se även Pobjoy, Jason M., *The Child in International Refugee Law*, Cambridge, 2017, s. 14.

⁸⁷⁰ Vad gäller Tyskland skedde detta den 15 juli 2010, se List of issues in relation to the third and fourth periodic reports of Germany, Addendum, Replies of Germany to the list of issues, 1 November 2013, CRC/C/DEU/Q/3-4/Add.1, p. 127. Vad gäller Förenade kungariket skedde återkallandet den 18 november 2008, se Treaty Series No. 17 (2008) Fourth Supplementary List of Ratifications, Accessions, Withdrawals, Etc., FOR 2008, Cm 7699, Presented to Parliament by the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs by Command of Her Majesty September 2009, s. 22. Se även House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights The UK’s compliance with the UN Convention on the Rights of the Child Eighth Report

Även om barnrättskommittén således verkar vara av uppfattningen att reservationer som innebär inskränkningar av rättigheter för icke-medborgare inte rymmer med konventionens mål och syfte så menar exempelvis Gregor Noll att den syn Belgien gett uttryck för (att skillnader i behandling kan få göras men enbart efter objektiva och rimliga överväganden, dvs. inte godtyckligt och inte strid med demokratiska principer) förmodligen delas av många andra stater, men troligtvis ansetts så okontroversiell att något behov av att tydligt ge uttryck för den inte ansetts föreligga.⁸⁷¹ Noll menar att den syn det belgiska uttalandet speglar inte i sig nödvändigtvis innebär att ett barns tillgång till mänskliga rättigheter alltigenom hindras, men däremot att en sådan syn kan begränsa tillgången till en viss rättighet vid en viss tid på en viss plats.⁸⁷² Noll drar slutsatsen att det skulle kunna vara tillåtet att neka ett barn som saknar laglig rätt att vistas i ett land rättigheter i det landet, men bara om det går att referera barnet till en annan stat som har ett tydligt ansvar för – och kommer att se till – att barnets rättigheter tillgodoses.⁸⁷³ I samband med dessa resonemang bör dock lyftas fram att FN:s barnrättskommitté anser att även barn som vistas i ett land utan tillstånd i vart fall har rätt till centrala rättigheter, så som exempelvis utbildning, i landet de vistas.⁸⁷⁴ Eftersom det är en omtvistad fråga vilken vikt FN:s barnrättskommittés allmänna kommentarer ska tillmätas går det inte nödvändigtvis att säga att det är kommitténs tolkning som ska ges företräde.

Sverige har inte reserverat sig mot någon artikel i barnkonventionen och är därmed fullt ut bundet av konventionens rättigheter. I förarbeten inför att Sverige ratificerade konventionen uttalade regeringen dock att på grund av att barnkonventionen ”är avsedd att tillämpas på ett världsomfattande plan och således på rättssystem och andra förhållanden av mycket skiftande art” så ”måste konventionen tolkas så, att den får en rimlig mening inom ramen för varje nationellt system”.⁸⁷⁵ Samtidigt lyftes fram att artiklarna ”i många fall var utformade så att det finns utrymme för lämplighetsbedömning beträffande de åtgärder som staterna skall vidta”.⁸⁷⁶ Det är inte helt klart vad som avsågs

of Session 2014–15, HL Paper 144, s. 7, p. 16. Det ska dock nämnas att Förenade kungariket behållit reservationen vad gäller Cayman Islands, se Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention Fifth periodic reports of States parties due in 2014 United Kingdom, CRC/C/GBR/5rapport inskickad 27 maj 2014, CRC/C/GBR/5, s. 108, p. 4. FN:s barnrättskommitté har fortsatt att kritisera denna reservation, se Committee on the Rights of the Child, Concluding observations on the fifth periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 12 juli 2016. CRC/C/GBR/CO/5, p. 5 och 6.

⁸⁷¹ Se Noll, Gregor, Why human rights fail to protect undocumented migrants, *European Journal of Migration and Law* vol. 12, nr. 2, 2010, s. 246.

⁸⁷² *Ibid.*

⁸⁷³ *Ibid.*

⁸⁷⁴ Se till exempel FN:s barnrättskommittés granskning av Norge den 25 april 1994, CRC/C/15/Add.23, punkt 12.

⁸⁷⁵ Prop. 1989/90:107 s. 28.

⁸⁷⁶ *Ibid.*

med dessa formuleringar men de lades till grund för slutsatsen att inga lagändringar (då) behövde göras för att svensk rätt skulle överensstämma med konventionen. Så här drygt tjugofem år senare kan konstateras att svensk rätt har behövt anpassas, bl.a. vad gäller rätten till utbildning samt sjukvård och hälsa för barn som vistas i landet utan stöd av myndighetsbeslut eller författning (ibland kallade papperslösa barn).⁸⁷⁷

Det får konstateras att barnkonventionen i linje med icke-diskrimineringsförbudet saknar en möjlighet att göra särskilda undantag från rättigheter för vissa grupper av barn. Då Sverige inte heller har gjort någon reservation mot barnkonventionens bestämmelser måste frågan om när det för svensk del är tillåtet att inskränka barns rättigheter enligt barnkonventionen således besvaras med en analys av hur rättigheterna i barnkonventionen faktiskt är formulerade.

Samtidigt är det tydligt att ett betraktelsesätt i syfte att motivera begränsningar i en viss rättighet, liknande den som Belgien gett uttryck för och som presenterats ovan, förekommer även i Sverige. Såväl regering som riksdag har i Sverige gett uttryck för en syn ”att staten har ett ansvar för att alla barn i landet får sina grundläggande behov tillgodosedda, men att det ändå kan sägas finnas en nedtrappning av ansvaret när det handlar om barn som vistas i landet illegalt.”⁸⁷⁸ Pernilla Leviner har lyft fram att legitimiteten i denna syn kan ifrågasättas, bl.a. efter yttranden avseende Sverige från FN:s barnrättskommitté vari vikten av icke-diskriminering betonas.⁸⁷⁹

Ytterligare ett sätt att ”undkomma” ansvar enligt barnkonventionen som prövats på senare tid är att framföra argument om att det i första hand är en annan

⁸⁷⁷ En sådan rätt infördes år 2013 som en konsekvens av att Sverige ett flertal gånger fått ta emot kritik från FN:s barnrättskommitté. Se SFS 2013:298 om ändring i skollagen samt lag (2013:407) om hälso- och sjukvård till vissa utlänningar som vistas i Sverige utan nödvändiga tillstånd. Se även prop. 2012/13:58 samt prop. 2012/13:109.

⁸⁷⁸ Prop. 1997/98:182, bet. 1998/99:SoU6, rskr. 1998/99:171 något som upprepats i förarbeten även på senare tid, se exempelvis prop. 2012/13:58.

⁸⁷⁹ För en närmare diskussion om detta se Leviner, Pernilla, *Våra barn och andras ungar – om solidaritet och (o)likabehandling av barn i det svenska välfärdssystemet*, i Erhag, Thomas, Leviner, Pernilla och Lind, Anna-Sara (red.), *Socialrätt under omvandling: om solidaritet och välfärdsstatens gränser*, 2018. Se även Leviner, Pernilla, *Barnkonventionen som svensk lag – en diskussion om utmaningar och möjligheter för att förverkliga barns rättigheter*, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 2 2018. Leviner hänvisar till FN:s barnrättskommittés sammanfattande slutsatser och rekommendationer avseende Sverige från 2015, CRC/C/SWE/CO/5, samt även till FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 6 om behandlingen av ensamkommande barn och barn som har skilts från föräldrarna utanför ursprungslandet från 2005 där kommittén betonar att det inte får råda någon diskriminerande behandling av barn beroende på nationalitet, medborgarskap, migrationsstatus eller eventuell statslöshet. Se även FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 11 från 2009 om barn som tillhör ursprungsbefolkningar och deras rättigheter enligt konventionen samt allmän kommentar nr 5 från 2003 om allmänna åtgärder för genomförandet av konventionen om barnets rättigheter där kommittén betonar vikten av att positivt särbehandla särskilt utsatta grupper för att arbeta mot fördomar och stigmatisering.

stats ansvar att tillgodose rättigheterna. Ett sådant exempel återfinns t.ex. i en svensk statlig utredning om utsatta EU-medborgares rättigheter i Sverige från 2016. Här yttras att ”Rumänien och Bulgarien givetvis [har] en skyldighet att erbjuda sina medborgare utbildning. Men att Sverige skulle vara skyldig att erbjuda alla barn till föräldrar utan uppehållsrätt utbildning är att göra en förvidsträckt tolkning av barnkonventionens räckvidd” samt att ”[d]et svenska samhället, i enlighet med de mänskliga rättigheterna, [ska] verka för att alla Europas barn får gå i skola. Det betyder emellertid inte alltid att de ska tas in i svenska skolor. I första hand bör barnen fullfölja sin skolgång i hemländerna, i sin hemmiljö, på ett språk de behärskar”.⁸⁸⁰ Uttalandena får givetvis stå för utredaren själv då det inte är en utredning som varken skickats på remiss eller lett till några särskilda åtgärder.

Såväl utredarens uttalanden som de ovan nämnda uttalandena från riksdag och regering är exempel på en typ av argumentation där stater försöker komma undan ansvar att tillgodose rättigheterna i konventionen för (vissa) barn som vistas under statens jurisdiktion. Som anförts ovan är det en typ av argumentation som inte godtagits av FN:s barnrättskommitté. Att stater fortsätter att argumentera för att det går att göra nedtrappningar i ansvaret synliggör tydligt problemet med att barnkonventionen till skillnad från Europakonventionen inte har någon domstol knuten till sig. FN:s barnrättskommittés (tydliga) uttalanden om att ickediskrimineringsprincipen *i synnerhet* förbjuder all diskriminering på grund av ett barns status som ensamkommande eller åtskild från föräldrar, eller som flykting, asylsökande eller migrant får inte samma genomslag som om kommittén varit en domstol.⁸⁸¹

6.2.3 (Bristen på) övervakning av barnkonventionen

När olika tolkningar av barnkonventionen står mot varandra tydliggörs ett av de största problemen med konventionen – avsaknaden av en domstol. Andrew Moravcsik menar att för att ett system att skydda mänskliga rättigheter ska bli effektivt krävs *både* en domstol med bindande obligatorisk jurisdiktion *och* en individuell klagorätt.⁸⁸² Till skillnad från vad som är fallet med Europakonventionen finns dock varken en domstol eller en individuell klagorätt kopplad till barnkonventionen.⁸⁸³ Istället för en domstol har FN:s barnrättskommitté, en internationell expertkommitté, kopplats till barnkonventionen.⁸⁸⁴

⁸⁸⁰ SOU 2016:6, s. 55.

⁸⁸¹ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 6 (2005) om behandlingen av ensamkommande barn och barn som har skilts från föräldrarna utanför ursprungslandet, punkt 18.

⁸⁸² Moravcsik, Andrew, *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe*, *International Organization*, vol. 54, nr. 2, 2000, s. 231.

⁸⁸³ I och med barnkonventionens tilläggsprotokoll nr 3 införs dock en möjlighet till individuell klagorätt, se nästa stycke för mer om detta.

⁸⁸⁴ Artikel 43 barnkonventionen.

Kommittén har enligt huvudkonventionen ingen makt att pröva enskilda ärenden och kan inte heller besluta om någon form av åtgärder om stater kränker barns rättigheter – några sanktionsmöjligheter är nämligen inte kopplade till konventionen. Ett steg för att öka möjligheten för barn att få upprättelse vid rättighetskränkningar har dock tagits genom det tredje tilläggsprotokoll till barnkonventionen som antogs av FN:s generalförsamling den 19 december 2011,⁸⁸⁵ men som inte har ratificerats av Sverige.⁸⁸⁶ Protokollet, som trädde i kraft den 14 april 2014, ger barn en individuell klagorätt som annars saknas i barnkonventionen. Det innebär att barn får möjlighet att lämna in klagomål till FN:s barnrättskommitté om deras rättigheter kränkts och de inte haft möjlighet att få upprättelse i hemlandet. En förhoppning är att FN:s barnrättskommitté ska kunna meddela prejudicerande fall som skapar en större förståelse för hur barnkonventionen bör tolkas. Kommittén är dock ingen domstol och kan inte utdöma någon form av ersättning om den finner att ett barn har utsatts för en rättighetskränkning. Vad kommittén kan göra är att ge konventionsstaten rekommendationer om hur kränkningen bör hanteras. Den berörda staten åtar sig att överväga rekommendationerna för att sedan återkomma till kommittén med ett skriftligt svar på vilka åtgärder som vidtagits.⁸⁸⁷ Av de individuella klagomål som lämnats in till kommittén hittills har en övervägande majoritet ärenden varit kopplade till migration. För närvarande är exempelvis 55 av 65 väntande mål (pending cases) tydliga migrationsärenden.⁸⁸⁸

Som nämnts ovan har parter till barnkonventionen en skyldighet att vidta alla lämpliga åtgärder för att rättigheterna i barnkonventionen ska bli tillgodosedda.⁸⁸⁹ Skyldigheten begränsas inte till legislativa och administrativa åtgärder utan innebär ett ansvar att vidta samtliga åtgärder som är nödvändiga för att tillgodose implementeringen.⁸⁹⁰ Barnrättskommittén har i allmänna kommentarer betonat vikten av att konventionsstaterna tillhandahåller effektiva rättsmedel så att barn kan få upprättelse vid kränkningar av sina rättigheter, en åtgärd som enligt kommittén är underförstådd i konventionen.⁸⁹¹ Eftersom

⁸⁸⁵ A/RES/66/138.

⁸⁸⁶ För en diskussion angående frågan om Sverige bör ratificera tilläggsprotokoll tre se Kaldal, Anna och Farkhooy, Rebecca, Hur ska barn i Sverige få upprättelse när deras rättigheter kränkts? För- och nackdelar med en ratificering av barnkonventionens tilläggsprotokoll om individuell klagorätt, UNICEF, Sverige 2017.

⁸⁸⁷ Artiklarna 10 och 11 i barnkonventionens tilläggsprotokoll nr 3.

⁸⁸⁸ Table of pending cases before the Committee on the Rights of the Child, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/TablePendingCases.pdf>, senast använd 17 juli 2019. 32 av dessa mål rör medicinska åldersbedömningar.

⁸⁸⁹ Barnkonventionen artikel 4.

⁸⁹⁰ En viktig princip är att implementeringen ska göras mot bakgrund av statens tillgängliga resurser, se Tobin, John, Article 4. A State's General Obligation of Implementation i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 108-158.

⁸⁹¹ Se t.ex. FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 5 (2003) om allmänna åtgärder för genomförandet av konventionen om barnets rättigheter (artikel 4, 42 och 44.6), punkt 24.

barns särskilda ställning och beroendeställning gör det extra svårt att få tillgång till rättsmedel vid överträdelse måste konventionsstaterna ägna särskild uppmärksamhet åt att säkerställa att det finns förfaranden för barn och deras företrädare som både är barnanpassade och effektiva.⁸⁹² Kommittén har även uttalat att om ett barns rättigheter kränkts så måste barnet få tillgång till ”lämplig upprättelse, inklusive skadestånd, samt, vid behov, åtgärder för att främja fysisk och psykologisk återhämtning, rehabilitering och återanpassning”⁸⁹³. För att rättigheter ska vara meningsfulla måste det nämligen finnas sanktioner och möjligheter att utkräva sina rättigheter. Svårigheterna för barn att påtala kränkningar nationellt är dock stora och i praktiken saknas ofta tillgång till sådana nationella instanser för barn. I en svensk kontext kan nämnas att barn inte har någon egen processbehörighet och därför behöver hjälp att väcka talan om kränkningar av deras rättigheter. Om barn inte får denna hjälp att utkräva sina rättigheter kan inte mål och frågor nå domstol för prövning.⁸⁹⁴ Såväl (o)möjligheterna för ett barn att själv väcka talan utan dess vårdnadshavares godkännande som bristen på barnanpassning av beslutsformuleringar och processer utgör idag hinder för barn att utkräva sina rättigheter. Utan effektiva möjligheter för barn att utkräva sina rättigheter är risken att bestämmelserna i barnkonventionen mest blir tomma löften.

En ratifikation av barnkonventionen innebär dels en skyldighet för staten att säkerställa barns rättigheter i enskilda fall, dels ett övergripande ansvar för konventionsstaten att se till att lagstiftning och processer är i linje med konventionens syfte. Det går inte att blunda för att avsaknaden av en överstatlig domstol gör det svårt att på riktigt hålla stater ansvariga när de brister i sina förpliktelser enligt barnkonventionen.

Även om barnkonventionen i sig saknar ett eget domstolssystem med sanktionsmöjligheter så tolkas och tillämpas konventionen ändå av domstolar med faktiska verktyg – och inte enbart på nationell nivå. Såväl i Europadomstolens praxis som i EU-rätten har barns rättigheter gjorts till ett intresse att ta hänsyn till vid tolkning och tillämpning. Genom att barnkonventionen och barns rättigheter används av domstolar med starkare verktygslådor än FN:s barnrättskommitté har barnkonventionens genomslag stärkts.

⁸⁹² I dessa ska det ingå tillhandahållande av barnanpassad information, råd, advokathjälp, inklusive stöd för att föra talan i egen sak, och tillgång till oberoende förfaranden för att anmäla kränkningar, samt tillgång till domstolar, med nödvändig rättslig och övrig hjälp, FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 5 (2003) om allmänna åtgärder för genomförandet av konventionen om barnets rättigheter (artikel 4, 42 och 44.6), punkt 24.

⁸⁹³ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 5 (2003) om allmänna åtgärder för genomförandet av konventionen om barnets rättigheter (artikel 4, 42 och 44.6), punkt 24.

⁸⁹⁴ Jfr exempelvis remissvaret från Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Remiss: Barnkonventionen blir svensk lag (SOU 2016:19), Dnr SU FV-1.1.3-1237-16, 10 oktober 2016.

6.3 Europakonventionen och barns rättigheter

Europakonventionen innehåller inte några särskilda bestämmelser om barn. Europadomstolen har dock slagit fast att Europakonventionen inte existerar i ett vakuum och att hänsyn, i enlighet med artikel 31 § 3 c Wienkonventionen om traktaträtten från 1969, måste tas till relevanta internationella överenskommelser tillämpliga på förhållandet mellan parterna. Domstolen har särskilt framhållit att mänskliga rättigheter som följer av internationell rätt måste följas och har specifikt pekat ut barnkonventionen.⁸⁹⁵ På så vis har domstolen vävt samman barnkonventionens bestämmelser med Europakonventionen.

Eftersom Europadomstolen inte kan uppfinna nya rättigheter utöver dem som stadgas i konventionen och dess tilläggsprotokoll används barnkonventionen för att tolka innehållet i de existerande bestämmelserna. Europadomstolen har på så vis använt sig av barnkonventionen när den utvecklat praxis gällande barn som är migranter bl.a. då det gäller frågor om bristande mottagningsförhållanden för asylsökande barn eller förvarstagande av barn kan innebära en kränkning av artikel 3 (förbudet mot inhuman behandling),⁸⁹⁶ om förvarstagande av barn är i linje med rätten till frihet i artikel 5,⁸⁹⁷ samt om nekad vistelserätt som påverkar barn kan utgöra kränkningar av rätten till familjeliv och privatliv enligt artikel 8.⁸⁹⁸

6.4 EU-rätten och barns rättigheter

Även genom EU-rätten har barns rättigheter getts ett starkare skydd. Enligt allmänna EU-rättsliga principer så måste EU följa internationell rätt, däribland

⁸⁹⁵ Se exempelvis Europadomstolens domar i målen *Maumousseau och Washington mot Frankrike* (dom den 6 december 2007, appl. no. 39388/05), punkt 60 samt *Neulinger och Shuruk mot Schweiz* (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07), punkterna 131-132,

⁸⁹⁶ Se exempelvis *Tarakhel mot Schweiz* (dom den 4 november 2014, appl. no. 29217/12), *Mubilanzila Mayeka och Kaniki Mitunga mot Belgien* (dom den 12 oktober 2006, appl. no. 13178/03), *Muskhadzhiyeva mot Belgien* (dom den 19 januari 2010, appl. no. 41442/07), *Kanagaratnam m.fl. mot Belgien* (dom den 13 december 2011, appl. no. 15297/09) samt *Popov mot Frankrike* (dom den 19 januari 2012, appl. no. 39472/07 och 39474/07).

⁸⁹⁷ Se exempelvis *Rahimi mot Grekland* (dom den 5 april 2011, appl. no. 8687/08) och *Popov mot Frankrike* (dom den 19 januari 2012, appl. no. 39472/07 och 39474/07).

⁸⁹⁸ I kapitel 9-13 nedan diskuteras Europadomstolens praxis i migrationsärenden gällande artikel 8. Se även Smyth, Ciara, *The Jurisprudence of the European Court of Human Rights Relevant to Child Migrants*, i Bhabha, Jacqueline, Kanics, Jyothi och Senovilla Hernández, Daniel (red.), *Research Handbook on Child Migration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018, s. 140-153 samt Dane, Louise, Europadomstolen och barnets bästa, *Förvaltningsrättslig Tidskrift*, nr. 2 2015.

barnkonventionen.⁸⁹⁹ En typ av målsättningsstadgande gällande barns rättigheter framgår dessutom direkt av artikel 3 i fördraget om Europeiska unionen. Här anges att unionen ska arbeta för att främja skydd av barns rättigheter samt att EU i sina förbindelser med den övriga världen ska bidra till skydd för de mänskliga rättigheterna och då särskilt för just barnets rättigheter. Härutöver innehåller artikel 24 i rättighetsstadgan en särskild bestämmelse med rubriken barnets rättigheter. Artikeln består av tre punkter; den första fastslår att barn har rätt till det skydd och den omvårdnad som behövs för deras välfärd samt att barn har rätt att fritt uttrycka sina åsikter och få dessa beaktade (i förhållande till barnets ålder och mognad); av punkt två framkommer att barnets bästa ska komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn; punkt tre fastslår barnets rätt till en regelbunden relation med båda sina föräldrar – förutom då detta skulle strida mot barnets bästa. Artikeln bygger på barnkonventionen och då särskilt på konventionens artikel 3 (barnets bästa), 9 (skydd mot familjeseparationer), 12 (barnets rätt till deltagande) och 13 (rätt till yttrandefrihet).⁹⁰⁰

Uppdraget till konventet som utarbetade EU:s rättighetsstadga var främst att synliggöra de rättigheter som (redan) skyddades av unionsrätten.⁹⁰¹ Ciara Mary Smyth har dock hävdat att konventet tog sig vissa friheter gällande just barns rättigheter. Stadgans bestämmelse om barnets rättigheter går nämligen enligt Smyth betydligt längre än den domstolspraxis som existerade vid tillfället.⁹⁰² Ulf Bernitz har å sin sida lyft fram bestämmelsen om barnets rättigheter som ett exempel på en bestämmelse i stadgan som endast i allmänna ordalag anger vilken politik som ska föras och inte rimligen kan tillerkännas någon direkt effekt, annat än möjligen i särskilda situationer.⁹⁰³

⁸⁹⁹ Mål C-540/03, *Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd*, EU:C:2006:429, se särskilt punkt 37. Se även Kalverboer, Margrite, Daan Beltman, Carla van Os, and Elianne Zijlstra, *The Best Interests of the Child in Cases of Migration*, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 25, nr. 1 2017, s. 114-139, samt Drywood, Eleanor, *Giving with one hand, taking with the other: fundamental rights, children and the family reunification decision*, *European law review*, vol. 32, nr. 3 2007, s. 396-407.

⁹⁰⁰ Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna, 2007/c 303/02, Europeiska unionens officiella tidning nr C 303, 14.12.2007, s. 17-35, se *förklaringen till artikel 24*.

⁹⁰¹ I det s.k. Kölnmandatet uttalade Europeiska rådet att rättighetsstadgan skulle omfatta rättigheter som skyddas av Europakonventionen och rättigheter som framkommer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner, se European Council meeting at Cologne, 3/4 June 1999, *Conclusions of the Presidency, Annex IV*.

⁹⁰² Smyth, Ciara Mary, *The Common European Asylum System and the Rights of the Child: An Exploration of Meaning and Compliance*, Diss, Uitgeverij Boxpress: s-Hertogenbosch, 2013, s. 4.

⁹⁰³ Bernitz, Ulf, EU: s nya rättighetsstadga – hur kommer den att tillämpas, *Europarättslig tidskrift – tio år*, 2008, s. 78 f.

Oavsett hur man ser på bestämmelsen om barnets rättigheter i stadgan har den inneburit att större vikt fästs vid barns rättigheter.⁹⁰⁴ Det finns inget annat regionalt rättssystem i världen med så stark genomslagskraft som EU-rätten där barnets bästa tagits in i så många regleringar.⁹⁰⁵ Utöver regleringen i rättighetsstadgan framkommer barnets bästa, på migrationsrättens område, uttryckligen av bl.a. artikel 6 i Dublinförordningen⁹⁰⁶, artikel 23 i mottagandedirektivet⁹⁰⁷, artikel 5 i familjeåterföreningsdirektivet⁹⁰⁸, artikel 20 i skyddsgrundsdirektivet⁹⁰⁹, artikel 25 i asylprocedurdirektivet⁹¹⁰ samt artikel 5 i återvändandedirektivet⁹¹¹.

Barnets bästa har haft konkreta effekter på EU-rätten. Det var till exempel med hänvisning till just bestämmelserna om barnets rättigheter i stadgan och i Dublinförordningen som EU-domstolen beslutade att ensamkommande barn som huvudregel ska få sin asylprövning i det land de befinner sig, och således vara undantagna de kriterier som vanligen tillämpas för att fastställa vilken medlemsstat som ska vara ansvarig för en persons asylprövning.⁹¹²

⁹⁰⁴ Detta ökade fokus på barnets rättigheter märks även i politiska förslag inom EU, bl.a. genom att kommissionen pekade ut barns rättigheter som ett särskilt prioriterat område i sina strategiska mål 2005–2009. Kommissionen menade att "[d]et effektiva skyddet av barns rättigheter, både mot ekonomisk exploatering och alla former av övergrepp, ska vara ett särskilt prioriterat område och unionen ska i denna fråga vara en förebild för resten av världen", Strategiska mål 2005–2009, Europe 2010: Ett partnerskap för Europas förnyelse, välbefinnande, solidaritet och säkerhet, KOM(2005) 12 slutlig av den 26 januari 2005. I mars 2006 anmodade Europeiska rådet medlemsstaterna "att vidta nödvändiga åtgärder för att snabbt få till stånd en avsevärd minskning av antalet barn som lever i fattigdom och ge alla barn, oavsett social bakgrund, lika möjligheter", Europeiska rådet i Bryssel den 23–24 mars 2006, Ordförandeskapets slutsatser, 7775/1/06 REV 1, punkt 72. Samma år gav kommissionen ut ett meddelande om vägen mot en EU-strategi för barnets rättigheter där man bland annat menade att en utmaning för unionen "är att se till att barnens rättigheter i deras egenskap av invandrare, asylsökande och flyktingar respekteras fullt ut i EU:s och medlemsstaternas lagstiftning och politik", Meddelande från kommissionen, Mot en EU-strategi för barnets rättigheter, KOM(2006) 367 slutlig, Bryssel den 4.7.2006.

⁹⁰⁵ Kalverboer, Margrite, Daan Beltman, Carla van Os, and Elianne Zijlstra, The Best Interests of the Child in Cases of Migration, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 25, nr. 1 2017, s. 114-139.

⁹⁰⁶ Dublinförordningen (2013/604/EU).

⁹⁰⁷ Mottagandedirektivet (2013/33/EU).

⁹⁰⁸ Familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

⁹⁰⁹ Skyddsgrundsdirektivet (2011/95/EU).

⁹¹⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/32/EU av den 26 juni 2013 om gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla internationellt skydd [cit. asylprocedurdirektivet (2013/32/EU)].

⁹¹¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/115/EG av den 16 december 2008 om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna [cit. återvändandedirektivet (2008/115/EG)].

⁹¹² C-648/11, *The Queen, på begäran av MA m.fl. mot Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2013:367. För mer om Dublinförordningen se avsnitt 943.

6.5 Utlänningslagen och barns rättigheter

Barns särskilda situation uppmärksammades i svensk migrationspolitik redan före Sveriges tillträde till barnkonventionen 1990.⁹¹³ I förarbeten framhölls att omständigheter av humanitär karaktär som rör barn och deras situation självfallet ska beaktas vid bedömningen av utlänningsärenden som rör barnfamiljer.⁹¹⁴ Riksdagspolitiker kritiserade dock behandlingen av barn i migrationsprocessen för att inte svara ”mot de krav vi eljest ställer på barns och ungdomars uppväxtmiljö, såsom de uttrycks i svensk lagstiftning eller i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna.”⁹¹⁵

Synen på barn och barns rättigheter i migrationsprocessen kan dock sägas ha intensifierats under ungefär samma tid som Sverige tillträdde barnkonventionen. I mitten av 1980-talet började barn lyftas fram som individer istället för att som tidigare främst ses som delar av familjer,⁹¹⁶ och när 1989 års utlänningslag föreslogs framhöll regeringen särskilt att det fanns ”skäl att påminna om att barn skall uppmärksammas som individer som kan ha egna skäl för uppehållstillstånd”⁹¹⁷.

Att barn berörs av beslut i migrationsärenden har påverkat lagstiftaren på olika sätt. I avsnitt 3.6.3 ovan beskrevs att den svenska lagstiftaren återkommande beslutat om kompletterande åtgärder till ordinarie utlänningslagstiftning i syfte att hitta en balans mellan migranternas situation och att upprätthålla en reglerad invandring. Majoriteten av dessa undantag och avsteg har gjorts just i syfte att i ökad utsträckning möjliggöra beviljande av uppehållstillstånd för barn (och ibland deras familjer). Även den ordinarie utlänningslagstiftningen innehåller vissa bestämmelser som uppställer särskilda rättigheter och skyldigheter vad gäller barn. I somliga bestämmelser står det rakt upp och ned att

⁹¹³ Se t.ex. motion 1985/86:Sf519 om att barnfamiljers ärenden skulle behandlas med förtur samt motion 1985/86:Sf509 om en översyn av praxis gällande religiösa och politiska flyktingar och att barns och barnfamiljers situation då särskilt skulle beaktas. Se även Andersson, Hans E., Spänningen mellan Barnkonventionen och den reglerade invandringen i Andersson, Hans E. (red.), *Mellan det förflutna och framtiden: asylsökande barns välfärd, hälsa och välbefinnande*, Centrum för Europaforskning, Göteborgs universitet (CERGU), Göteborg, 2010, s. 43.

⁹¹⁴ Prop. 1983/84:144, s. 127.

⁹¹⁵ Motion 1981/82:668 av Birgitta Dahl m.fl., s. 4. Riksdagspolitikerna nämnde särskilt de långa väntetiderna, sysslolösheten, ovissheten samt inhumant genomförda utvisningar.

⁹¹⁶ Andersson, Hans E., Spänningen mellan Barnkonventionen och den reglerade invandringen i Andersson, Hans E. (red.), *Mellan det förflutna och framtiden: asylsökande barns välfärd, hälsa och välbefinnande*, Centrum för Europaforskning, Göteborgs universitet (CERGU), Göteborg, 2010, s. 44. För exempel på motioner där barn som individer lyfts fram se exempelvis motion 1985/86:347, s. 11, motion 1986/87:Sf516, s. 8f., motion 1987/88:Sf534, s. 9. För exempel där barn främst ansågs som en del av familjer se prop. 1983/84:144, s. 127, SOU 1983:29, s. 233, mot. 1987/88:Sf541.

⁹¹⁷ Prop. 1988/89:86, s. 81.

kraven för att bevilja tillstånd sänks om den sökande är ett barn.⁹¹⁸ Andra bestämmelser påtalar istället att konsekvenserna för ett barn särskilt måste beaktas när bestämmelsen ska tillämpas.⁹¹⁹ I den tillfälliga utlänningslagen finns även en bestämmelse om att barn kan beviljas permanenta uppehållstillstånd – ett undantag från lagens huvudregel om tidsbegränsade uppehållstillstånd.⁹²⁰

De allra flesta av utlänningslagstiftningens bestämmelser gör dock inte uttryckligen skillnad på barn och vuxna.⁹²¹ Detta ska dock inte tolkas som att utlänningslagen ska tolkas på samma vis oaktat om ett ärende rör barn eller inte. Faktum är att lagstiftningen ställer krav på att rättstillämpare särskilt beaktar om barn berörs. I samband med att Sverige ratificerade barnkonventionen lyfte riksdagsledamöter fram att barnkonventionen förpliktigade Sverige att tydligare än tidigare betona barns rättigheter i migrationsprocessen.⁹²² Som bekant ansåg regeringen dock att s.k. normharmoni förelåg och några särskilda åtgärder gällande migrationsprocessen för barn med anledning av konventionstillträdet beslutades inte. År 1995 KU-anmälades dock regeringen för att utlänningslagen och dess tillämpning ansågs strida mot barnkonventionen.⁹²³ Det politiska trycket i frågan ledde till att riksdagen den 7 december 1995 beslutade att en fortlöpande kontroll och anpassning av lagstiftningen och tillämpningen var nödvändig.⁹²⁴ Några månader senare tillsatte regeringen en parlamentarisk kommitté (Barnkommittén) för att klarlägga hur barnkonventionens anda och innebörd kom till uttryck i svensk lagstiftning. Kommittén fick i uppdrag att prioritera frågan om barnets ställning i utlänningsrätten och lämnade en delutredning om just denna fråga 1996.⁹²⁵ Barnkommittén landade i att den gällande utlänningslagen i och för sig var förenlig med barnkonventionen men föreslog ändå att barnkonventionens artikel 3 – principen om barnets bästa – skulle införas i en portalparagraf i utlänningslagen. Regeringen

⁹¹⁸ Här kan möjligheten i 5 kap. 6 § utlänningslagen att bevilja uppehållstillstånd pga. ömmande omständigheter ges som ett exempel. Enligt bestämmelsen krävs särskilt ömmande omständigheter för att bevilja ett barn ett uppehållstillstånd medan det krävs synnerligen ömmande omständigheter för att bevilja en vuxen ett motsvarande tillstånd.

⁹¹⁹ Se exempelvis 5 kap. 18 § utlänningslagen.

⁹²⁰ 18 § tillfälliga lagen. Bestämmelsen är dock utformad på ett sådant vis att den är mycket svårtillämpad. För permanent uppehållstillstånd krävs nämligen att det ”vid en samlad bedömning av barnets situation finns sådana *synnerligen ömmande omständigheter* relaterat till ett *varaktigt nedsatt hälsotillstånd* hos barnet att det *absolut krävs* att han eller hon beviljas ett permanent uppehållstillstånd [min kursivering]”.

⁹²¹ I lagstiftningen förekommer dock regler som tydligare riktar sig till vuxna än till barn; t.ex. bestämmelser om arbetstillstånd samt bestämmelser som rör makar eller sambos.

⁹²² Se exempelvis motionerna 1989/90:Sf615, s. 7, 1990/91:Sf627, 1990/91:Sf627, s. 14 f. och 1990/91:Sf638.

⁹²³ Bet. 1995/96:KU30, 16.2. Se även Andersson, Hans E., Spänningen mellan Barnkonventionen och den reglerade invandringen i Andersson, Hans E. (red.), *Mellan det förflutna och framtiden: asylsökande barns välfärd, hälsa och välbefinnande*, Centrum för Europaforskning, Göteborgs universitet (CERGU), Göteborg, 2010, s. 47.

⁹²⁴ Bet. 1995/96:SoU4, rskr. 1995/96:90.

⁹²⁵ SOU 1996:115.

och riksdagen samtyckte och sedan 1 januari 1997 finns således en bestämmelse i utlänningslagen om att barnets bästa måste beaktas, för närvarande placerad i 1 kap. 10 §.⁹²⁶ Bestämmelsen om barnets bästa kompletteras av en bestämmelse med koppling till artikel 12 i barnkonventionen – i 1 kap. 11 § utlänningslagen stadgas nämligen att barn ska ha rätt att komma till tals (om det inte är olämpligt)^{927,928} Bestämmelserna gäller vid all tillämpning av utlänningslagstiftningen vilket har till följd att det finns ett krav att beakta barnets bästa i alla migrationsärenden som rör barn. En konsekvens av detta krav är att även de av utlänningslagens bestämmelser som är utformade på ett tillsynes ”åldersneutralt” vis måste tillämpas med hänsyn till barns rättigheter när ett ärende rör ett barn.

Hur barnets bästa ska tillämpas och på vilket sätt det kan få betydelse i migrationsärenden är något som kommer att behandlas i de kapitel som nu följer.

⁹²⁶ Prop. 1996/97:25, bet. 1996/97:SfU5, rskr. 1996/97:80, SFS 1996:1379. När principen om barnets bästa infördes placerades den i lagens allra första paragraf; 1 kap. 1 § utlänningslag (1989:529).

⁹²⁷ Sverige har fått kritik från FN:s barnrättskommitté för att 1 kap. 11 § utlänningslagen är formulerad på så vis att myndigheterna kan avstå från att höra barnet om de bedömer att det är ”olämpligt”. FN:s barnrättskommitté menar att barn alltid ska ha en sådan rätt men att barnet själv kan välja att avstå att höras, se Concluding observations on the fifth periodic report of Sweden, 6 mars 2015, CRC/C/SWE/CO/5, punkterna 19-20.

⁹²⁸ Bestämmelsen infördes i utlänningslagen samtidigt som principen om barnets bästa, se prop. 1996/97:25, SFS 1996:1379 samt 11 kap. 1 a § utlänningslag (1989:529). Den ursprungliga versionen har marginellt annorlunda lydelse än dagens men innebörden är densamma.

7 Barnets bästa i migrationsrättsliga ärenden

7.1 Inledning

Begreppet barnets bästa har under lång tid förekommit i olika staters nationella lagstiftning, särskilt inom familjerätten.⁹²⁹ Sedan tillkomsten av barnkonventionen gäller principen om barnets bästa dock på samtliga rättsområden. Detta följer av barnkonventionens artikel 3.1 som stadgar att vad som bedöms vara barnets bästa ska beaktas vid *alla* åtgärder som rör barn.⁹³⁰

Som nämnts ovan har Europadomstolen slagit fast att det idag anses allmänt vedertaget att principen ska beaktas vid samtliga avgöranden som rör barn.⁹³¹ Denna syn stöds även av att FN:s kommitté för mänskliga rättigheter (MR-kommittén)⁹³² samt andra FN-organ som exempelvis UNICEF och UNHCR hänvisar till principen. En federal domstol i USA har dessutom uttryckt att principen om barnets bästa, i egenskap av sedvanerättslig princip, måste iaktas när det gäller migrationsärenden.⁹³³ Som Vincent Chetail poängterat är detta uttalande särskilt viktigt eftersom att USA är det enda landet som inte anslutit sig till barnkonventionen.⁹³⁴

⁹²⁹ Alston, Philip (red.), *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994 samt SOU 1997:116, s. 126. Se även UNICEF, *Protecting the World's Children: Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems* [Elektronisk resurs], Cambridge University Press, Cambridge, 2007, s. 19.

⁹³⁰ Denna lydelse är i enlighet med den reviderade översättning som presenterades i mars 2018, se prop. 2017/18:186. Den tidigare svenska översättningen av barnkonventionens artikel 3.1 löd ”vid alla åtgärder som rör barn, vare sig de vidtas av offentliga eller privata sociala välfärdsinstitutioner, domstolar, administrativa myndigheter eller lagstiftande organ, skall barnets bästa komma i främsta rummet”, se prop. 1989/90:107, bilaga 1.

⁹³¹ Angående påståendet att det idag anses allmänt vedertaget att principen om barnets bästa ska beaktas, se Europadomstolens resonemang i bland annat *Neulinger och Shuruk mot Schweiz* (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07), punkterna 135–136. Se även Dane, Louise, Europadomstolen och barnets bästa, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 2 2015.

⁹³² Upprättad genom ICCPR, se artikel 28.

⁹³³ *Beharry mot Reno*, 2002, 183 F.Supp. 2d 584 (E.D.N.Y.), s. 600 f. dom hittad via Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research Handbook on International Law and Migration* [Elektronisk resurs], 1st ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, s. 45.

⁹³⁴ Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, i Chetail, Vincent

Vikten av barnets bästa som rättslig princip framkommer även av att principen har förts in i ett flertal internationella instrument utöver barnkonventionen,⁹³⁵ så som exempelvis FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning,⁹³⁶ 1993 års Haagkonvention om skydd av barn och samarbete vid internationella adoptioner⁹³⁷ samt, inte minst, i EU:s rättighetsstadga⁹³⁸. Att barnets bästa på detta vis lyfts fram kan ses som ett förtydligande av dess betydelse.

Innebörden av barnets bästa har medvetet lämnats öppen för att på bästa vis kunna bedömas utifrån ett enskilt barns specifika situation. Klart är dock att barnets bästa måste tolkas utifrån barnkonventionens övriga artiklar. Konventionen som helhet ger nämligen ledning i hur begreppet barnets bästa kan förstås.⁹³⁹

Som lyfts fram av Thomas Hammarberg medför denna syn att det, till exempel, är barnets bästa att: få utbildning (artikel 28), ha familjerelationer (artikel 8-10) samt att känna och tas om hand om av sina föräldrar (artikel 7). På samma sätt ger konventionen en bild av vad som *inte* är barnets bästa, till exempel att: utsättas för någon form av våld (artikel 19), felaktigt separeras från sina föräldrar (artikel 9), utsättas för traditionella sedvänjor som är skadliga för barnets hälsa (artikel 24), utföra arbete som är farligt eller skadligt (artikel 32) eller på andra vis utnyttjas (artikel 33-36).⁹⁴⁰

Av barnkonventionens artikel 12 – en av konventionens grundläggande principer – framgår att barn ska ges möjlighet att fritt uttrycka sina åsikter i alla frågor som rör barnet.⁹⁴¹ Bestämmelsen anger att olika vikt kan tillmätas barnets åsikter beroende av barnets ålder och mognad, men *alla* barn som är i

och Bauhoz, Céline (red.), *Research Handbook on International Law and Migration* [Elektronisk resurs], 1st ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, 2014, s. 45.

⁹³⁵ Zermatten, Jean, The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function, *International Journal of Children's Rights*, vol 18, nr. 4 2010, s. 484.

⁹³⁶ FN:s konvention om rättigheter för personer med funktionsnedsättning, 2515 UNTS 3 (antagen 30 mars 2007, trädde ikraft 3 maj 2008), se t ex artikel 7.2 samt artikel 23.2.

⁹³⁷ 1993 års Haagkonvention om skydd av barn och samarbete vid internationella adoptioner, se t ex artikel 4b.

⁹³⁸ Se artikel 24, Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

⁹³⁹ Lundberg, Anna, *Principen om barnets bästa i asylprocessen - ett konstruktivt verktyg eller kejsarens nya kläder?*, Malmö Institute for Studies of Migration, Diversity and Welfare (MIM), Malmö, 2009, s. 36.

⁹⁴⁰ Hammarberg, Thomas, The principle of the Best Interests of the Child – What it means and what it demands from adults, i Willems, Jan C. M. (red.), *Children's Rights and Human Development: A Multidisciplinary Reader*, Intersentia, Antwerp, 2010, s. 585.

⁹⁴¹ För en fördjupning i, och kritisk granskning av, artikel 12 se exempelvis Thorburn Stern, Rebecca, *Implementing article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child: Participation, Power and Attitudes*, Brill Nijhoff, Leiden, 2017, Stern, Rebecca, Rätten till deltagande

stånd att bilda egna åsikter har en *rätt att höras*. Denna rätt, som även stadgas i 1 kap 11 § utlänningslagen – anses vara en förutsättning för att kunna bedöma barnets bästa.⁹⁴²

Konventionens sakartiklar ger alltså vägledning i *innehörden* av principen om barnets bästa, samtidigt som principen om barnets bästa ger vägledning i hur konventionens sakartiklar ska *tolkas*.⁹⁴³ Det är dock en förenkling att påstå att barnets bästa är *detsamma* som barnets rättigheter enligt konventionen. Dels på grund av att dessa rättigheter inte är heltäckande, dels då barnets bästa i vissa fall kan begränsas av barnets rättigheter.⁹⁴⁴ Barnets bästa får aldrig användas i syfte att begränsa ett barns konventionsstadgade rättigheter. Barnets bästa måste därför ses som dels bestående av, dels begränsad av de rättigheter och övriga principer som uppställs i barnkonventionen.⁹⁴⁵

Enligt FN:s barnrättskommitté innebär artikel 3.1 barnkonventionen dels en skyldighet för konventionsstaterna att säkerställa att barnets bästa integreras och tillämpas konsistent och på lämpligt sätt vid alla åtgärder som rör barn, dels att säkerställa att det i beslut, politiska riktlinjer och lagstiftning som rör barn tydligt visas att barnets bästa har beaktats som ett primärt intresse.⁹⁴⁶

I den svenska översättningen av barnkonventionen har artikel 3.1 länge varit formulerad på så vis att barnets bästa ska ”komma i främsta rummet”. Barnkonventionen i dess engelska ordalydelse stadgar dock just att barnets bästa ska vara ett ”primärt hänsyn” (a primary consideration).⁹⁴⁷ Av de diskussioner som finns nedtecknade från arbetet med att ta fram barnkonventionen framgår att denna formulering valdes i syfte att visa på att även om barnets bästa är ett

enligt FN: s Barnkonvention, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 25, nr. 1, 2007, s. 17-28 samt Daly, Aoife, *Children, Autonomy and the Courts: Beyond the Right to Be Heard*, Brill Nijhoff, Leiden, 2018.

⁹⁴² FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, punkterna 53-54. Se även Pobjoy, Jason M., *The Child in International Refugee Law*, Cambridge [UK], 2017, Singer, Anna, *Barnets bästa: om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, Sjunde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2019, s. 37 ff. Som nämndes ovan i not 927 har Sverige fått kritik från FN:s barnrättskommitté för formuleringen av 1 kap. 11 § utlänningslagen.

⁹⁴³ SOU 1997:116, s. 134.

⁹⁴⁴ Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige: en rättsvetenskaplig undersökning*, Andra upplagan, Iustus, Uppsala, 2005, s. 54 f.

⁹⁴⁵ Alston Philip och Gilmour Walsh, Bridget, *The Best Interests of The Child: Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values*, Innocenti Studies, 1996, s. 32 samt Freeman, Michael, *Article 3: The Best Interests of the Child*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, s. 5.

⁹⁴⁶ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet.

⁹⁴⁷ På engelska lyder artikel 3.1 ”In all actions concerning children [...] the best interests of the child shall be a primary consideration.”

viktigt intresse så kan det finnas andra hänsyn som måste tas och andra intressen kan därför under vissa förutsättningar – som vi ska återkomma till nedan – tillåtas väga tyngre än barnets bästa.⁹⁴⁸ I samband med beslutet att göra barnkonventionen till svensk lag i juni 2018 godkändes en ny översättning av artikel 3.1. I denna nya översättning är bestämmelsen istället formulerad på så vis att ”[v]id alla åtgärder som rör barn [...] ska i första hand beaktas vad som bedöms vara barnets bästa”.⁹⁴⁹ Denna nya svenska översättning får anses motsvara barnkonventionens originallydelse bättre än den föregående även om det fortfarande inte framgår tydligt att även andra intressen kan beaktas inom ramen för bestämmelsen om barnets bästa.

Den nya ordalydelsen nämner uttryckligen att barnets bästa både ska bedömas och beaktas. FN:s barnrättskommitté menar att det följer av artikel 3.1 att i beslut där barnets bästa aktualiserats så ska det dels beskrivas *hur* barnets bästa undersökts och bedömts dels *vilken vikt* som fästs vid barnets bästa i beslutet.⁹⁵⁰ Barnrättskommitténs syn förefaller delas av den svenska regeringen som i förarbeten lyft fram att principen om barnets bästa bör ges en verklig innebörd i beslut som rör barn och att detta bl.a. ställer krav på att resonemang kring barnets bästa redovisas i enskilda beslut.⁹⁵¹

Det råder således inget tvivel om *att* barnets bästa ska beaktas såväl vid utformningen som vid tillämpningen av utlänningslagstiftningen.

7.2 Implementering av barnets bästa i utlänningslagen

Som följd av att barnets bästa stadgas i barnkonventionen ska den implementeras i konventionsstaternas nationella rätt. Även om stora delar av barnkonventionen blir svensk lag först den 1 januari 2020 så finns principen om barnets bästa redan nu införd i flera svenska lagar, däribland utlänningslagen.⁹⁵² Av 1 kap. 10 § utlänningslagen framkommer att ”[i] fall som rör ett barn skall särskilt beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver”⁹⁵³.

⁹⁴⁸ Se Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, E/CN.4/L.1575, punkterna 22-26.

⁹⁴⁹ Prop. 2017/18:186, s. 12.

⁹⁵⁰ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, punkterna 13-14.

⁹⁵¹ Prop. 2017/18:186, s. 95 f. Se även prop. 1996/97:25, s. 248 där det anges att införandet av portalbestämmelsen i utlänningslagen syftade till att ge barnets bästa en ”reell innebörd” för bedömningarna av migrationsärenden.

⁹⁵² Utöver utlänningslagen finns principen om barnets bästa intagen i föräldrabalken (1949:381), socialtjänstlagen (2001:453), lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga samt skollag (2010:800).

⁹⁵³ 1 kap. 10 § utlänningslagen.

Lagrådet, som var kritiskt till utformningen av portalbestämmelsen, menade att även om det fanns en poäng med att erinra om att tillämpningen av utlänningslagen ska ske under särskilt beaktande av artikel 3 i barnkonventionen så skulle ”en lagregel med föreslagen utformning [ge] ringa vägledning för myndigheterna vid de svåra intresseavvägningar som inte sällan inryms i utlänningsärenden som rör barn”.⁹⁵⁴

Det har anförts att utlänningslagens bestämmelse i sin formulering kan framstå som svagare än ordalydelsen av artikel 3.1 i barnkonventionen.⁹⁵⁵ Samtidigt har det lyfts fram att utlänningslagens formulering av barnets bästa, vilken särskilt kopplar samman barns bästa med rätten till hälsa och utveckling, möjligen tydligare än barnkonventionens artikel 3 konkretiserar vad bedömningen av barnets bästa ska ta hänsyn till.⁹⁵⁶ Dessa tankar väcker frågor om det går att tolka innebörden av utlänningslagens 1 kap. 10 § utifrån de krav barnkonventionens artikel 3 ställer.

När portalparagrafen om barnets bästa fördes in i utlänningslagen föreslog Juridiska fakulteten vid Lunds universitet att bestämmelsen uttryckligen skulle hänvisa till barnkonventionen.⁹⁵⁷ Så blev inte fallet. Men även om utlänningslagens bestämmelse om barnets bästa (1 kap. 10 §) inte nämner barnkonventionen, och inte heller helt överensstämmer med lydelsen i barnkonventionens artikel 3.1, framgår av förarbeten att paragrafen bygger på konventionsbestämmelsen och att bestämmelsen i utlänningslagen infördes i syfte att uppnå de krav som barnkonventionen ställer.⁹⁵⁸

⁹⁵⁴ Lagrådet, utdrag ur protokoll vid sammanträde 16 september 1996.

⁹⁵⁵ Utlänningslagen 1 kap. 10 § ”I fall som rör ett barn skall särskilt beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver.” jämför med barnkonventionen artikel 3 ”Vid alla åtgärder som rör barn [...] skall barnets bästa komma i främsta rummet.”. Då Jacob Lind och Anna Lundberg genomförde sin kartläggning av barn i migrationsprocessen inom ramen för SOU 2016:19 lät de tio tjänstemän på Migrationsverkets asylprövningsenhet jämföra de olika bestämmelsernas formuleringar. Lind och Lundberg kom till slutsatsen att ungefär hälften av de tillfrågade tjänstemännen tyckte att barnkonventionens formulering om barnets bästa tillförde något som utlänningslagens formulering saknade medan den andra hälften av de tillfrågade tjänstemännen inte såg några avgörande skillnader mellan de olika formuleringarna. Av de tjänstemän som ansåg att utlänningslagens bestämmelse saknade något i relation till barnkonventionen uttryckte flera att de ansåg att barnkonventionens bestämmelse lät starkare. Den andra hälften såg inte några avgörande skillnader mellan de olika formuleringarna. En tjänsteman ansåg att utlänningslagens bestämmelse var tydligare då den uttryckligen inkluderar hälsa och utveckling i barnets bästa, Lind, Jacob och Lundberg, Anna, Barn i migrationsprocessen, kartläggning som genomförts inom ramen för SOU 2016:19, tillgänglig via Riksarkivet, s. 85 (En version av rapporten finns även tillgänglig via <https://www.mah.se/upload/Forskningscentrum/MIM/Publications/160309%20Lundberg%20and%20Lind.pdf>).

⁹⁵⁶ Ibid, s. 85.

⁹⁵⁷ Prop. 1996/97:25 s. 238.

⁹⁵⁸ Se prop. 1996/97:25, bl.a. s. 246, SOU 1996:115, särskilt s. 69, samt Skr. 1999/2000:137, s. 63.

Även i senare förarbeten har framhållits att bestämmelsen i utlänningslagen är tänkt att motsvara barnkonventionens krav.⁹⁵⁹ Dessutom finns exempel på resonemang i praxis från Migrationsöverdomstolen där utlänningslagens bestämmelse om barnets bästa tydligt kopplas samman med barnkonventionens artikel 3.⁹⁶⁰ Min slutsats är mot denna bakgrund att utlänningslagens bestämmelse ska tolkas och förstås utifrån barnkonventionens artikel 3. Detta innebär således att även andra källor än förarbeten till den svenska utlänningslagstiftningen kan och bör användas för att förstå innebörden av barnets bästa i svenska migrationsrättsliga ärenden.

7.3 Allmänt om tillämpningen av barnets bästa

Principen om barnets bästa är tillämplig i samtliga migrationsärenden som rör barn. I praktiken innebär det att även vid beslut som enbart tar sikte på exempelvis ett barns förälder så ska barnets bästa beaktas, detta då konsekvenserna av beslutet kommer att påverka ett barns liv – beslutet *rör* således ett barn. På så vis får barnets bästa även bäring på vuxnas migrationsärenden.

Som framkommit ovan är barnets bästa inte tydligt definierat i barnkonventionen. Den *materiella innebörden* av barnets bästa har lämnats öppen. Även om barnets bästa inte bygger på några tydliga rekvisit finns dock en materiell gräns för vad som kan anses vara barnets bästa genom att det inte är tillåtet att tolka barnets bästa på ett vis som innebär att barnets övriga rättigheter i barnkonventionen kränks. Olika tolkningar av barnets bästa kan accepteras – men inte sådana som går emot barnets rättigheter. Det kan dock uppstå situationer där tolkningen av barnets bästa innebär att ställning måste tas till flera av barnets rättigheter. Om olika rättigheter står emot varandra måste rättigheterna vägas i förhållande till varandra i syfte att hitta den lösning som bäst motsvarar barnets bästa.

Barnets bästa har, om vartannat, beskrivits som ”endast en tolkningsprincip”⁹⁶¹ (dvs. varken en rättighet eller skyldighet), ett öppet koncept utan tydligt innehåll,⁹⁶² och till och med som ”ett fordon för att främja andras intressen och ideologier, inte barnets egna intressen”⁹⁶³.

⁹⁵⁹ Se t.ex. prop. 2017/18:186, s. 63 samt SOU 2016:19, exempelvis s. 151 samt s. 156.

⁹⁶⁰ Se exempelvis MIG 2018:20.

⁹⁶¹ van Bueren, Geraldine, *The International Law On The Rights Of The Child*, Nijhoff, Dordrecht, 1998, s. 46.

⁹⁶² Schiratzki, Johanna, The Best Interests of the Child in the Swedish Aliens Act, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 14, nr. 3 2000, s. 206 med vidare hänvisningar.

⁹⁶³ Eckelaar, John, The Interests of the Child and the Child’s Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism, *International Journal of Law and the Family*, vol. 8, nr 1 1994, s. 58.

Enligt FN:s barnrättskommitté har barnkonventionens bestämmelse om barnets bästa (dvs. artikel 3) flera funktioner och är såväl;

- 1) ett tillvägagångssätt, som
- 2) en materiell rättighet, och/eller
- 3) en grundläggande rättslig tolkningsprincip

FN:s barnrättskommitté menar att barnets bästa är *ett tillvägagångssätt* på så vis att barnkonventionens artikel 3 uppställer ett krav på att en beslutsprocess innefattar en utredning av de möjliga konsekvenser – positiva som negativa – som kan bli följden för det berörda barnet/barnen av beslutet.⁹⁶⁴

Dessutom menar FN:s barnrättskommitté att artikel 3 är *en materiell rättighet* på så vis att den uppställer en rätt för barn att få sitt bästa utrett, bedömt och beaktat.⁹⁶⁵ Om ett beslut måste fattas i ett ärende där barnets bästa står emot andra intressen har barn rätt att få sitt bästa beaktat som ett primärt intresse.⁹⁶⁶ En förutsättning för tillämpningen av barnets bästa som materiell rättighet är således att en konsekvensutredning tagits fram med hjälp av barnets bästa som tillvägagångssätt.

En tredje funktion som lyfts fram av FN:s barnrättskommitté är att barnets bästa kan vara *en grundläggande rättslig tolkningsprincip*. Som tolkningsprincip menar kommittén att barnets bästa ska vara ett slags raster genom vilket andra bestämmelser ska tolkas.⁹⁶⁷ Om en rättsregel t.ex. öppnar för mer än

⁹⁶⁴ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, punkt 6.

⁹⁶⁵ Ibid. Jfr nya översättningen av barnkonventionens artikel 3 i lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter. Se dock även Grahn-Farley, Maria, Barnkonventionen: en kommentar, Upplaga 1, Studentlitteratur, Lund, 2019, s. 50 där Grahn-Farley pekar på att den svenska översättningen av artikel 3.1 i barnkonventionen skiljer sig från de engelska och franska originalversionerna på så vis att den svenska översättningen återspeglar barnets bästa som ett subjektivt element som ska bedömas (för att sedan beaktas) medan de franska och engelska versionerna av artikel 3 framställer barnets bästa som ett objektivet element – något som redan *är* bedömt och nu ska beaktas. Grahn-Farley menar att den svenska versionen är svårare att utkräva än den engelska/franska som tar sikte på själva balanserandet gentemot andra intressen och rättigheter.

⁹⁶⁶ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, punkt 6, se även Zermatten, Jean, The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function, *International Journal of Children's Rights*, vol 18, nr. 4 2010, s. 485.

⁹⁶⁷ Freeman, Michael, *Article 3: The Best Interests of the Child*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, s. 9, Lundberg, Anna, *Principen om barnets bästa i asylprocessen - ett konstruktivt verktyg eller kejsarens nya kläder?*, Malmö Institute for Studies of Migration, Diversity and Welfare (MIM), Malmö, 2009, s. 36.

en tolkning ska därmed den tolkning som bäst motsvarar barnets bästa väljas.⁹⁶⁸ Som tolkningsprincip kan barnets bästa även användas när två artiklar i barnkonventionen verkar stå emot varandra.⁹⁶⁹ Enligt barnrättskommittén ska barnets bästa vara avgörande för vilken utväg som väljs i en sådan konfliktsituation.⁹⁷⁰

FN:s barnkommittés beskrivning av barnets bästa som ett koncept med flera funktioner har vunnit gehör även i svenska förarbeten.⁹⁷¹ Barnets bästa får anses vara något så komplext som ett koncept som 1) får sin innebörd av andra rättigheter, 2) ska användas för att skydda och tolka dessa rättigheter och samtidigt är 3) en egen fristående rättighet.

7.4 Tillämpningen av barnets bästa i migrationsärenden

När portalbestämmelsen om barnets bästa infördes i utlänningslagen menade regeringen att den skulle få en ”reell innebörd” för bedömningarna av migrationsärenden.⁹⁷² Drygt 20 år efter dess införande kan konstateras att Migrationsöverdomstolen i sin praxis uttalat att utlänningslagens bestämmelse om barnets bästa inte kan tillämpas självständigt för att *vägra* uppehållstillstånd – även i situationer där ett barn skulle kunna komma att skadas i Sverige om uppehållstillstånd beviljades.⁹⁷³ Migrationsöverdomstolens resonemang bör förmodligen förstås som så att domstolen menar att barnets bästa-bestämmelsen i utlänningslagen inte kan ändra på övriga bestämmelser i lagen, utan endast kan användas inom ramen för dessa bestämmelser. Utifrån en sådan tolkning kan utlänningslagens bestämmelse om barnets bästa inte heller användas självständigt för att *bevilja* uppehållstillstånd. Denna syn får anses rimma väl med de förarbetsuttalanden som stadgar att bestämmelsen ”i förhållande till utlänningslagstiftningen [inte kan] ges så långtgående innebörd att det nästan blir till ett eget kriterium för uppehållstillstånd att vara barn”⁹⁷⁴.

⁹⁶⁸ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, punkt 6.

⁹⁶⁹ Alston, Philip, The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 8, nr. 1 1994, s. 16 samt SOU 1997:116, s. 134.

⁹⁷⁰ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, punkt 33. samt Hammarberg, Thomas, The principle of the Best Interests of the Child – What it means and what it demands from adults, i Willems, Jan C. M. (red.), *Children's Rights and Human Development: A Multidisciplinary Reader*, Intersentia, Antwerp, 2010, s. 584.

⁹⁷¹ Se prop. 2017/18:186 samt SOU 2016:19, s. 100 ff.

⁹⁷² Prop. 1996/97:25, s. 248.

⁹⁷³ MIG 2012:3.

⁹⁷⁴ Prop. 1996/97:25 s. 247. Citatet återkommer i flera av Migrationsöverdomstolens domar, se exempelvis MIG 2008:3, MIG 2008:13, MIG 2009:8, MIG 2009:9, MIG 2009:33, MIG 2010:6 och MIG 2015:4.

I dagsläget får det därmed anses klart att bestämmelsen om barnets bästa inte betraktas som en självständig grund för uppehållstillstånd utan snarast som ett verktyg vid tillämpningen av utlänningslagen.⁹⁷⁵ Vid migrationsrättsliga beslut bör barnets bästa dock ändå verka utifrån de ovan nämnda tre funktionerna, dvs. som tillvägagångssätt, som materiell rättighet, och som grundläggande rättslig tolkningsprincip.

7.4.1 Olika påverkan på olika typer av bestämmelser

Vilken effekt principen om barnets bästa kan ha i ett migrationsrättsligt ärende är tätt förknippad med hur den aktuella bestämmelsen i utlänningslagstiftningen är utformad. Trots att resultatet i ett migrationsrättsligt ärende är i stort sett detsamma – främst en rätt att vistas i Sverige eller inte – oavsett vilken typ av tillstånd som söks så är bestämmelserna i utlänningslagstiftningen utformade på olika vis. Vissa regler uppställer tydliga rekvisit som behöver vara uppfyllda för en viss rättsföljd, medan andra bestämmelser medger utrymme för en mer diskretionär bedömning.

Flera av bestämmelserna i den svenska utlänningslagstiftningen som reglerar rätten att bosätta sig i Sverige uppställer tydliga rekvisit som måste vara uppfyllda för att en person (enligt respektive bestämmelse) ska tillåtas att vistas här i landet. Som exempel på denna typ av bestämmelser kan nämnas uppehållsrätten för EU-medborgare och deras anhöriga⁹⁷⁶, studietillstånd⁹⁷⁷, arbetstillstånd⁹⁷⁸, de flesta bestämmelserna om uppehållstillstånd pga. anknytning⁹⁷⁹ till en nära anhörig bosatt i Sverige samt tillstånd pga. skyddsbehov⁹⁸⁰.

Bestämmelserna i utlänningslagstiftningen kan delas upp i tvingande respektive fakultativa regler. De tvingande bestämmelserna innebär att tillstånd att vistas i Sverige endast i undantagsfall kan nekas när rekvisiten är uppfyllda.

⁹⁷⁵ Jfr dock vad Jason M. Pobjoy lyft fram om barnets bästa som fristående rättighet i ett migrationsrättsligt sammanhang, Pobjoy, J., M., *The best interest of the child principle as an independent source of international protection*, International och Comparative Law Quarterly, 2015, 64(2), s. 327-363. Pobjoy menar att artikel 3 i vissa fall skulle kunna innebära att en utvisning av ett barn är otillåten. Pobjoy lyfter att artikel 3 skulle kunna fungera som en fristående källa till internationellt skydd exempelvis för barn som saknar familj i hemlandet att återvända till. I detta fall skulle det handla om en negativ rättighet, att staten måste låta bli att utvisa barnet. Pobjoy menar dock att även positiva skyldigheter kan härledas från artikel 3, det kan t.ex. handla om en skyldighet för staten att hjälpa barnet att återförenas med sina föräldrar.

⁹⁷⁶ 3 a kap. utlänningslagen samt rörlighetsdirektivet (2004/38/EG).

⁹⁷⁷ 4 kap. 5 § utlänningsförordningen.

⁹⁷⁸ 6 kap. 2 § utlänningslagen.

⁹⁷⁹ Se ibid, 5 kap. utlänningslagen samt lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

⁹⁸⁰ 4 kap. 1-2 a §§ utlänningslagen, när ärenden hanteras enligt den tillfälliga utlänningslagen beviljas dock inte uppehållstillstånd som övrig skyddsbehövande (4 kap. 2 a §), se 4 § lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

Hit hör reglerna kopplade till skyddsbehov,⁹⁸¹ uppehållsrätten samt delar av rätten till uppehållstillstånd pga. anknytning.⁹⁸² Studietillstånd, arbetstillstånd och merparten av bestämmelserna kring familjeliv är däremot fakultativa bestämmelser. Att regeln är fakultativ innebär att rättstillämparen har större utrymme att välja om uppehållstillstånd enligt den aktuella regeln ska beviljas eller inte. Det betyder att rättstillämparen kan neka ett tillstånd efter en (mer eller mindre ospecificerad) lämplighetsprövning även om de rekvisit som uppställs för tillstånd är uppfyllda.

Utöver dessa bestämmelser med tydliga rekvisit – fakultativa eller tvingande – finns en tredje typ av bestämmelse som bygger på mer öppna bedömningar. Exempel på sådana bestämmelser är t.ex. möjligheten att bevilja uppehållstillstånd av synnerligen/särskilt ömmande omständigheter samt möjligheten att bevilja uppehållstillstånd om det finns synnerliga skäl och en person har en särskild anknytning till Sverige.⁹⁸³

Jag menar således att det går att dela in bestämmelserna i utlänningslagstiftningen i tre olika typer; 1) tvingande bestämmelser med tydliga rekvisit 2) fakultativa bestämmelser med tydliga rekvisit samt 3) bestämmelser som bygger på öppna bedömningar.⁹⁸⁴ Jag menar dessutom att den inverkan som principen om barnets bästa har på ett beslut varierar mellan dessa kategorier av bestämmelser.

Bestämmelser med tydliga rekvisit kan inte leda till uppehållstillstånd om inte rekvisiten i bestämmelsen är uppfyllda. Principen om barnets bästa kan således inte användas för att tillämpa en rekvisitbestämmelse där förutsättningarna för rekvisitens uppfyllande brister. Däremot kan barnets bästa påverka tolkningen av rekvisiten. Bestämmelsen om flyktingskap kan användas för att illustrera detta.

⁹⁸¹ Även om det finns utrymme i utlänningslagstiftningen att exkludera någon från skyddsstatus och neka därtill kopplat uppehållstillstånd (se exempelvis 4 kap. 2 b §, 4 kap. 2 c § samt 5 kap. 1 § utlänningslagen) måste alltid reglerna om verkställighetshinder i utlänningslagens 12 kap. beaktas (däribland principen om non-refoulement, för mer om principen se avsnitt 3.4.1 ovan). I praktiken innebär det att en person med konstaterat skyddsbehov endast får utvisas om det finns en annan stat dit hen kan sändas där någon risk mot liv och hälsa ej föreligger.

⁹⁸² Reglerna om familjeåterförening behandlas närmare nedan, se främst kapitel 10.

⁹⁸³ Se t.ex. 5 kap. 6 § och 5 kap. 3 a § 3 st. 3 p utlänningslagen.

⁹⁸⁴ Uppdelningen av utlänningslagstiftningens bestämmelser i rekvisitbestämmelser och bestämmelser som tillåter öppna bedömningar är inte knivskarp. Samma bestämmelse kan t.ex. bestå av flera stycken där ett stycke uppställer tydliga rekvisit medan ett senare stycke tillåter en mer öppen bedömning, Jfr exempelvis st. 1 och st. 3 i 5 kap. 3 a § utlänningslagen. Min uppdelning syftar inte heller huvudsakligen till att katalogisera utlänningslagstiftningen på detta vis utan görs endast i syfte att visa på hur barnets bästa kan påverka beslut.

Kriterierna för att en person ska vara flykting framkommer av FN:s flyktingkonvention, EU:s skyddsgrundsdirektiv och den svenska utlänningslagen och innebär i korthet att en person är flykting om denne befinner sig *utanför sitt hemland* pga. att hen känner en *välgrundad fruktan* för *förföljelse* kopplad till någon av de s.k. *flyktinggrunderna* (dvs. ras, nationalitet, religiös eller politisk uppfattning eller på grund av kön, sexuell läggning eller annan tillhörighet till en viss samhällsgrupp) och inte kan få ett godtagbart *myndighetskydd* i hemlandet.⁹⁸⁵ FN:s barnrättskommitté samt FN:s flyktingkommissariat (UNHCR) har uttalat att för att respektera såväl barnkonventionens som flyktingkonventionens bestämmelser och syften måste rekvisiten för flyktingskap tolkas på ett ålders- och könsanpassat sätt.⁹⁸⁶ Flyktingbestämmelsen ska således tolkas utifrån principen om barnets bästa. Det innebär inte att alla barn automatiskt är berättigade till flyktingstatus.⁹⁸⁷ Däremot innebär det att hänsyn ska tas till att barn har behov och skyddsskäl som skiljer sig från vuxnas samt till att barn är en särskilt utsatt grupp i flyktingsituationer.⁹⁸⁸ I praktiken innebär detta att rekvisiten för flyktingskap ska tolkas utifrån att den sökande är ett barn.

UNHCR har utfärdat närmare riktlinjer där det belyses *hur* rekvisiten i flyktingbestämmelsen påverkas av att den sökande är ett barn.⁹⁸⁹ I riktlinjen lyfts

⁹⁸⁵ Se särskilt 4 kap. 1 § utlänningslagen, artikel 1 A FN:s flyktingkonvention samt artikel 9 och 10 i skyddsgrundsdirektivet (2011/95/EU).

⁹⁸⁶ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 6 (2005) om behandlingen av ensamkommande barn och barn som har skilts från föräldrarna utanför ursprungslandet, punkt 74 samt UNHCR, Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 2009.

⁹⁸⁷ En intressant diskussion i detta sammanhang är om barn kan anses vara en viss samhällsgrupp. Enligt UNHCR är så fallet, se UNHCR Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 2009 samt UNHCR, Guidelines on International Protection No. 2: "Membership of a Particular Social Group" Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, 2002. Jfr dock MIG 2017:6. Se även exempelvis Drane, Martha, Street children as unaccompanied minors with specialized needs: deserving recognition as a particular social group, *New England Law Review*, vol. 44, 2009, s. 909 ff. och Wexler, Laura P, Street Children and US Immigration Law: What Should Be Done, *Cornell International Law Journal*, vol. 41, 2008, s. 545 ff.

⁹⁸⁸ Angående detta se även artikel 22 i barnkonventionen. En fördjupning av innebörden av artikel 22 går att finna i Pobjoy, Jason M., Article 22. Refugee Children, i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 818-855.

⁹⁸⁹ Samtliga delar av flyktingbestämmelsen påverkas av att den sökande är ett barn, se UNHCR, Guidelines on International Protection, No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, HCR/GIP/09/08, 22 december 2009. Se även UNHCR:s riktlinjer för bedömning av barnets bästa: UNHCR Guidelines on Assessing and Determining the Best Interests of the Child, November 2018, tillgänglig via: <https://www.refworld.org/docid/5c18d7254.html>.

bl.a. att behandling som inte skulle anses nå upp till att klassas som förföljelse när det gäller en vuxen kan göra det i fråga om ett barn.⁹⁹⁰

Även om det bör påpekas att barnets bästa inte kan användas självständigt för att bevilja uppehållstillstånd pga. flyktingskap till en person som inte uppfyller rekvisiten för att vara flykting så är det tydligt att barnets mognad, sårbarhet och bristande möjlighet att klara sig själv ska ha inverkan på bedömningen av ett barns skyddsskäl.⁹⁹¹ På liknande sätt påverkas även övriga skyddsbestämmelser i den svenska utlänningslagstiftningen av att den sökande är ett barn.⁹⁹² När Europadomstolen resonerar kring principen om barnets bästa i relation till eventuella kränkningar av Europakonventionens artikel 3 (förbudet mot tortyr och inhuman behandling) ligger fokus på den särskilda *utsatthet* som följer av att en person är ett barn.⁹⁹³ Det framgår av Europadomstolens praxis att det innebär en skillnad att vara barn i jämförelse med att vara vuxen när domstolen bedömer vad som anses som acceptabel behandling och vad som anses utgöra en oacceptabel kränkning av artikel 3.⁹⁹⁴ Den största skillnaden avseende bedömningar gällande artikel 3 när det gäller minderåriga migranter och andra

⁹⁹⁰ Se t.ex. UNHCR:s regionala representation för Nordeuropa, UNICEF Sverige och Migrationsverket, *Barnets rättigheter i asylprocessen – sammanställning av stöddokument för handläggning och prövning av barns asylskäl*, 2014, för ett mer utvecklat resonemang om detta. Se även t.ex. *United States Bureau of Citizenship and Immigration Services, Guidelines For Children's Asylum Claims*, av den 10 december 1998 <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f8ec0574.html>.

⁹⁹¹ Se UNHCR, *Guidelines on International Protection, No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 2009.

⁹⁹² I utlänningslagen finns utöver bestämmelsen om flyktingskap i 4 kap. 1 § även möjlighet att bevilja uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande (4 kap. 2 §) eller som övrig skyddsbehövande (4 kap 2 a §). Dessutom finns bestämmelser i 12 kap. utlänningslagen som möjliggör att uppehållstillstånd beviljas till en person som riskerar t.ex. tortyr eller annan inhuman behandling. Under perioden 20 juli 2016 till 19 juli 2021 beviljas dock inte status som övrig skyddsbehövande, se 3 § lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

⁹⁹³ Dane, Louise, Europadomstolen och barnets bästa, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr 2 2015. Se exempelvis *Mubilanzila Mayeka och Kaniki Mitunga mot Belgien* (dom den 12 oktober 2006, appl. no. 13178/03). Se särskilt punkterna 51 och 55.

⁹⁹⁴ Dane, Louise, Europadomstolen och barnets bästa, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr 2 2015. I ett ärende där både barn och vuxna förvarstagits ansågs det till exempel endast utgöra en kränkning när det kom till barnen, se *Popov mot Frankrike* (dom den 19 januari 2012, appl. nos. 39472/07 och 39474/07). I ett annat ärende, där en barnfamilj skulle överföras från Schweiz till Italien i enlighet med Dublinförordningen, meddelade domstolen att detta skulle innebära en kränkning av artikel 3 eftersom Schweiz inte på förhand hade kontrollerat att motagningsförhållandena i Italien var anpassade efter barns särskilda behov. Domstolen ville inte gå så långt som att säga att förhållandena generellt var så dåliga att alla överföringar till Italien skulle stoppas vilket får tolkas som att det avgörande i fallet var just hänsynstagande till barnens särskilda situation, se *Tarakhel mot Schweiz* (dom den 4 november 2014, appl. no. 29217/12).

barn är att domstolen även beaktar den särskilda, och eventuellt ännu mer ut-satta, situation det innebär att vara just minderårig migrant.⁹⁹⁵ Att barnets bästa innebär att en barnspecifik bedömning ska göras av skyddsbehov är en syn som även bekräftats av Migrationsöverdomstolen.⁹⁹⁶

Eftersom skyddsbestämmelserna är exempel på tvingande bestämmelser ska barnet beviljas uppehållstillstånd om rekvisiten för skyddsbehov är uppfyllda i det individuella fallet. Inget utrymme finns att neka tillstånd med hänvisning till exempelvis Sveriges finanser, bostadsmarknad eller liknande.⁹⁹⁷ Det finns dock inte något utrymme enligt utlänningslagens bestämmelser om skyddsbehov att bortse ifrån att något av rekvisiten inte är uppfyllda och bevilja tillstånd med hänvisning till att det skulle vara barnets bästa. Rekvisiten påverkas av att den sökande är ett barn, men rekvisiten går inte att välja bort med hänvisning till barnets bästa.

Barnets bästa har inte lika stark inverkan på alla rekvisitbestämmelser som på bedömningen av skyddsbehov. När det t.ex. gäller arbetstillstånd är reglerna tydligt riktade till den som är tänkt att arbeta i Sverige, och denna personen är inte tänkt att vara ett barn. Rekvisiten (som uppställer krav på lön, försäkrings-skydd etc) är därmed inte möjliga att tolka utifrån barnets bästa på samma vis som skyddsbestämmelsernas rekvisit. En arbetstagares familjemedlemmar, och därmed dennes barn, kan dock beviljas uppehållstillstånd för samma tid som arbetstagarens tillstånd är giltigt.⁹⁹⁸ Arbetstillstånd beviljas normalt för två år i taget. Vid en eventuell ansökan om förlängning av tillståndet (och därmed även vid eventuell förlängning av familjemedlemmarnas tillstånd) görs en bedömning av om villkoren för arbetstillståndet varit uppfyllda under den tillståndsperiod som nu tar/tagit slut.⁹⁹⁹ Har villkoren inte varit uppfyllda under denna period kan normalt inte något förlängt arbetstillstånd för arbetstägaren beviljas.¹⁰⁰⁰ Därmed kan inte heller något förlängt uppehållstillstånd (kopplat till arbetstillståndet) för arbetstagarens eventuella familjemedlemmar

⁹⁹⁵ “Children have specific needs that are related in particular to their age and lack of independence, but also to their asylum-seeker status”, *Tarakhel mot Schweiz* (dom den 4 november 2014, appl. no. 29217/12), punkt 99. Domstolen tydliggör här att flera faktorer kan samverka, i detta fall på så vis att ett asylsökande barn är extra sårbart.

⁹⁹⁶ Jämför MIG 2017:6 och MIG 2018:6. De åberopade skyddsbehoven i målen var liknande men i det ena målet (MIG 2017:6) var den sökande minderårig medan sökanden i det andra målet (MIG 2018:6) var en ung vuxen. Den minderårige sökanden ansågs ha ett behov av skydd medan den vuxne sökandens ansökan om skydd avlogs. I framförallt MIG 2018:6 bekräftar Migrationsöverdomstolen att bedömningen av skyddsbehov påverkas av att den sökande är ett barn.

⁹⁹⁷ Däremot finns, som nämnts ovan, vissa situationer där en person kan exkluderas från att vara flykting. Se not 981.

⁹⁹⁸ Se 4 kap. 4 a § utlänningsförordningen.

⁹⁹⁹ Se t.ex. MIG 2015:11. Se även prop. 2007/08:147 s. 29.

¹⁰⁰⁰ Se MIG 2017:24 och MIG 2017:25.

beviljas. Barnets bästa ändrar inte på detta faktum. Om ett förlängt arbetstillstånd inte kan beviljas pga. att rekvisiten inte är uppfyllda kan dock andra grunder för tillstånd aktualiseras. Befinner sig familjen i Sverige ska t.ex. en bedömning göras av om ett beslut om utvisning skulle utgöra en otillåten inskränkning i rätten till skydd för privat- och familjeliv.¹⁰⁰¹

Om rekvisiten för att bevilja tillstånd i och för sig *är* uppfyllda men den bestämmelse som rättstillämparen har att hantera är en fakultativ bestämmelse, dvs. en bestämmelse där rättstillämparen kan välja mellan att bevilja tillstånd och att inte bevilja tillstånd kan barnets bästa användas på så vis att den utgång som bäst motsvarar barnets bästa väljs.

När en bestämmelse som ska tillämpas medger en mer öppen bedömning utan mer specificerade rekvisit – dvs. en bedömning där skäl för och emot uppehållstillstånd vägs mot varandra – får barnets bästa en delvis annan roll. I dessa situationer kan barnets bästa inte enbart påverka tolkningen av en bestämmelse utan faktiskt vara den avgörande faktorn för att tillstånd beviljas. Dessa öppna bedömningar, omväxlande kallade för bl.a. ”ventilbestämmelser”, ”skälighetsbedömningar”, ”lämplighetsbedömningar”, ”helhetsbedömningar” och ”proportionalitetsbedömningar” är i den svenska utlänningslagstiftningen ofta utformade som bestämmelser om synnerliga eller särskilda skäl. De är typiska för den sorts ramlagstiftning som utlänningslagstiftningen är ett exempel på och kännetecknas av att de tillåter att en mängd olika faktorer beaktas och vägs mot varandra.

Som nämndes ovan innebär barnets bästa som materiell rättighet att ett barn har rätt att få sitt bästa beaktat som ett primärt intresse vid en avvägning mellan olika intressen. Utlänningslagens bestämmelse om barnets bästa lider tyvärr av samma problem som den svenska översättningen av barnkonventionens artikel 3.1. Av förarbeten och praxis framgår tydligt att barnets bästa ställs mot intresset av att upprätthålla en reglerad invandring vid öppna bedömningar i migrationsrättsliga ärenden.¹⁰⁰² Att det är tillåtet att väga barnets bästa mot andra intressen framgår dock inte av 1 kap. 10 § utlänningslagen. Detta är olyckligt eftersom det kan ge sken av att det *alltid* strider mot barnets bästa att låta andra intressen gå före. Så är inte fallet. Barnkonventionens artikel 3.1 *medger* att barnets bästa inte prioriteras – om en noggrann avvägning gjorts.

¹⁰⁰¹ Vanligen sker denna prövning i så fall inom ramen för bestämmelsen i 5 kap. 6 § utlänningslagen. Hanteras ärendet enligt den tillfälliga utlänningslagen får dock 5 kap. 6 § endast tillämpas om det skulle strida mot ett svenskt konventionsåtagande att avvisa eller utvisa utlänningslagen. Se 11 § i lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige. Mer om hur bedömningen går till finns i kapitel 9-13 nedan.

¹⁰⁰² Se exempelvis prop. 1996/97:25, sid. 248, SOU 1997:116, s. 136 samt MIG 2012:1 och MIG 2015:4.

Vid tillämpning av utlänningslagens öppna bestämmelser kan en korrekt tillämpning av barnets bästa beskrivas som bestående av två steg.¹⁰⁰³ I det första steget ska vad som *är* barnets bästa utredas (en helhetsbedömning). I nästa steg ska (det identifierade) barnets bästa vägas mot andra, i det aktuella ärendet, rättsligt relevanta intressen (en intresseavvägning).¹⁰⁰⁴ Denna typ av bedömning kan alltså innebära att det konstaterade barnets bästa leder till att ett uppehållstillstånd beviljas. Eller till att andra intressen anses väga tyngre. Utfallet kommer att vara beroende av vilka omständigheter som föreligger i det individuella fallet, vilka faktorer som vägs mot varandra och hur detta görs. Att identifiera barnets bästa och vikta detta mot andra intressen är en komplicerad uppgift vilket kommer att framgå av och diskuteras i avhandlingens kommande delar.

7.4.2 Att utreda och bedöma barnets bästa

Något som är problematiskt när det kommer till att bedöma barnets bästa är att det saknas en närmare definition av begreppet. Genom åren har flera försök gjorts att närma sig kärnan av barnets bästa. De flesta forskare är idag överens om att det varken är möjligt eller önskvärt att fastställa ett universellt ”barnets bästa” utan att barnets bästa istället måste vara ett öppet koncept. Detta för att barnets bästa ska kunna tolkas utifrån den specifika situationen för barnet/barnen, med beaktande av personlig kontext, situation och behov för att på så vis kunna säkerställa att det faktiskt är det aktuella barnets bästa som beaktas.¹⁰⁰⁵ Ett låst koncept gör en sådan flexibilitet betydligt svårare. Ett öppet koncept innebär dock att risken för skönsmässiga bedömningar ökar och öppnar för tolkningar baserade på egna uppfattningar istället för tolkningar baserade på fakta och kunskap.¹⁰⁰⁶ Det har hävdats att bedömningar inom rättsväsendet i hög grad bygger på mer eller mindre genomtänkta uppfattningar om hur människor fungerar och vilka värden som är viktiga. Ju större utrymme som finns för tolkning, desto större blir risken för att subjektiva värderingar påverkar utfallet.¹⁰⁰⁷ Det kan mycket väl vara så att vilket beslut en rättstillämpare kommer fram till (eller vilken lag som stiftas) beror på vilken aspekt av ett barns

¹⁰⁰³ Se exempelvis resonemang i prop. 2017/18:186, prop. 1996/97:25, SOU 2016:19 och SOU 1997:116. Se även FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet.

¹⁰⁰⁴ Se härom Eekelaar, John och Tobin, John, Article 3. The Best Interests of the Child i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 73-107 samt FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet.

¹⁰⁰⁵ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, punkt. 32.

¹⁰⁰⁶ Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige: en rättsvetenskaplig undersökning*, Andra upplagan, Iustus, Uppsala, 2005

¹⁰⁰⁷ Sjöberg, Lennart, Bedömningars ofullkomligheter en fara för rättssäkerheten, *Juridisk Tidskrift*, 1998-99, nr 4., s. 928-947.

välfärd som dominerar enligt bedömarens uppfattning.¹⁰⁰⁸ I förlängningen innebär detta en risk för att rättssäkerhetskriterier så som likhet inför lagen och förutsebarhet äventyras.

Ytterligare ett problem med konceptet barnets bästa har lyfts av Michael Freeman – nämligen att det finns en risk att åsikter och uppfattningar tillåts verka, och påverka, med hjälp av barnets bästa som en slags ”rökriddå”. Exempelvis har homo-, bi- och transfobiska åsikter utövats med ”barnets bästa” som ”anledning”.¹⁰⁰⁹ Irène Théry menar att barnets bästa blir ett slags alibi för den dominerande ideologin, ett alibi för individuellt godtycke, ett alibi för familj samt för mer generell social politik för vilken lagen är ett instrument.¹⁰¹⁰ Ett odefinierat barnets bästa riskerar på så vis att ”kapas” av olika åsikter.

Jean Zermatten i sin tur beskriver att barnets bästa som princip innebär en ”flersubjektivitet”.¹⁰¹¹ Dels i form av en slags *kollektiv subjektivitet* – i alla samhällen finns uppfattningar om vad som är bäst för barn. Det kan till exempel handla om ifall barn ska få utbildning i en religion eller i en annan eller i flera. Dels finns olika typer av *personlig subjektivitet*, nämligen:

- 1) föräldrars, vårdnadshavares och juridiska biträdens uppfattning. Det är ett relativt vanligt argument att en person anser sig handla i barnets bästa – oavsett hur själviskt beteendet är.
- 2) Barnets, eller barnens, uppfattning. Här kan problem uppstå när barnets vilja inte överensstämmer med föräldrars, eller andra vuxnas, uppfattning.
- 3) Beslutsfattarens uppfattning.

Risken med denna flersidiga subjektivitet är att om barnets bästa inte definieras på ett tillräckligt precist vis kan det leda till att syftet med konceptet missas, eller motverkas, på så vis att statens eller familjens intressen favoriseras på bekostnad av barnets bästa. Konceptet barnets bästa har på detta vis ibland kommit att missbrukats av *stater* för att exempelvis rättfärdiga rasistisk politik, av *föräldrar* för att försvara sina egna intressen och av *beslutsfattare* på så vis att barnets bästa inte tillräckligt noggrant utretts och beaktats eller helt avfärdats som irrelevant eller oviktigt.¹⁰¹²

¹⁰⁰⁸ Freeman Michael, *Article 3: The Best Interests of the Child*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, s. 28.

¹⁰⁰⁹ Ibid, s. 2.

¹⁰¹⁰ Théry, Irène, “The Interests Of The Child” and the Regulation of the Post-Divorce Family, i Smart, Carol och Sevenhuijsen, Selma (red.), *Child Custody and the Politics of Gender*, Routledge, London, 1989, s. 81.

¹⁰¹¹ Zermatten, Jean, The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function, *International Journal of Children's Rights*, vol 18, nr. 4 2010, s. 494.

¹⁰¹² FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, punkt 34.

Det händer dessutom att såväl regeringar som enskilda vuxna använder sig av barnets bästa som argument för att försvara ageranden som egentligen brutit mot barns rättigheter. Exempelvis anges ibland att kroppsbestraffning är bra för barn i längden för att det lär barn nödvändiga gränser, adopterade barn hindras från att få kännedom om vilka deras biologiska familjer är ”för deras skull”. Likaså har barn till minoritetsgrupper omhändertagits för att ”introduceras till civilisationen” med argumentet att det är ”för barnets bästa”. Det är därför viktigt att komma ihåg att principen om barnets bästa inte handlar om att ursäkta brott mot barns rättigheter.¹⁰¹³

Som nämndes ovan menar de flesta barnrättsforskarna idag att barnets bästa inte bör låsas fast i en definition då det skulle försvåra möjligheterna att identifiera ett *specifikt* barns bästa.¹⁰¹⁴ Att konceptet är – och anses behöva vara – öppet innebär dock inte att det helt saknas ledning i frågan hur barnets bästa bör bedömas.

Enligt den brittiske familjerättsexperten John Eekelaar finns det i huvudsak två tillvägagångssätt för att avgöra vad som är barnets bästa. Det första sättet – *det objektiva perspektivet* – innebär att beslutsfattare använder sig av vetenskap och beprövad erfarenhet för att göra bedömningar. En beslutsfattare måste då antingen själv skaffa sig kunskap eller inhämta sådan kunskap från experter. Det andra sättet – *det subjektiva perspektivet* – innebär att det är det berörda barnets egen uppfattning om vad som är dess bästa som läggs till grund för bedömningen.¹⁰¹⁵ Idag är det en utbredd uppfattning att det bästa resultatet vid en bedömning av barnets bästa uppnås vid en kombination av dessa två tillvägagångssätt.¹⁰¹⁶ Detta är även det råd som den svenska barnkommittén har lyft fram som riktlinje för den svenska rättstillämpningen.¹⁰¹⁷ Anna Lundberg uttrycker det på följande vis: ”bedömningar rörande barn, oavsett forum, ska göras utifrån deras individuella situation och uppfattningar

¹⁰¹³ Hammarberg, Thomas, The principle of the Best Interests of the Child – What it means and what it demands from adults, i Willems, Jan C. M. (red.), *Children's Rights and Human Development: A Multidisciplinary Reader*, Intersentia, Antwerp, 2010, s. 585.

¹⁰¹⁴ Lundberg, Anna, *Principen om barnets bästa i asylprocessen - ett konstruktivt verktyg eller kejsarens nya kläder?*, Malmö Institute for Studies of Migration, Diversity and Welfare (MIM), Malmö, 2009, s. 16. Se även Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige: en rättsvetenskaplig undersökning*, Andra upplagan, Lustus, Uppsala, 2005, s. 52 och 64 och Freeman, Michael, *Article 3: The Best Interests of the Child*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, s. 9.

¹⁰¹⁵ Eekelaar, John, The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 8, nr. 1 1994, s. 42-61.

¹⁰¹⁶ Ibid samt Singer, Anna, *Barnets bästa: om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, Sjunde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2019, s. 48.

¹⁰¹⁷ SOU 1997:116, s. 134.

(*barnets*) om vad som anses bra för dem enligt vetenskap och beprövad erfarenhet (*bästa*).”¹⁰¹⁸

Enligt FN:s barnrättskommitté ska barnets bästa bedömas utifrån den specifika situationen för det berörda barnet (eller de berörda barnen, om de är flera).¹⁰¹⁹ Barnets *situation, behov* och *intressen* ska alltid beaktas vid bedömningen.¹⁰²⁰ Barn ska ges möjlighet att påverka beslut. Som nämdes i inledningen till detta kapitel anses barns egna åsikter och vilja vara en förutsättning för att kunna bedöma barnets bästa. Kopplingen mellan barnkonventionens artikel 12 och dess artikel 3 är stark. När vuxna själva – utan att involvera berörda barn – bedömer vad som är barnets bästa förbises det subjektiva perspektivet.¹⁰²¹

När det gäller *det objektiva perspektivet*, den kunskapsteoretiska bedömningen av vad som är bäst för ett barn så är det viktigt att den utgår ifrån rådande kunskapsläge om barns hälsa, utveckling och behov i övrigt. Det är även viktigt att det kunskapsunderlag som presenteras inte anpassas efter vilken slutsats en myndighet vill nå. En undersökning av Europadomstolens praxis gällande artikel 8 visade t.ex. att domstolen verkade framhålla olika kunskapsunderlag beroende på vilken slutsats domstolen ville komma till.¹⁰²² I mål där en förälder riskerade utvisning lyftes t.ex. inte fram att stabilitet och trygga känslomässiga förhållanden är viktigt för barn i en viss ålder medan så var fallet i ärenden om tvångsomhändertaganden av barn i samma ålder. När kunskapsteorier hanteras olika, eller inte alls lyfts fram, beroende av måltyp, hanteras inte bedömningen av barnets bästa korrekt.

Kunskap om vad som är bra för barn måste sökas *utanför* rättskällorna och det är viktigt att hålla sig uppdaterad eftersom nya forskningsrön och ny kunskap kan förändra uppfattningen om vad som är barnets bästa.¹⁰²³

¹⁰¹⁸ Lundberg, Anna, *Principen om barnets bästa i asylprocessen - ett konstruktivt verktyg eller kejsarens nya kläder?*, Malmö Institute for Studies of Migration, Diversity and Welfare (MIM), Malmö, 2009, s. 38.

¹⁰¹⁹ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, punkt. 32

¹⁰²⁰ Ibid.

¹⁰²¹ Thomas Hammarberg menar att vuxna själva tenderar att diskutera vad som är bäst för barn utan att involvera barnen själva i processen, se Hammarberg, Thomas, *The principle of the Best Interests of the Child – What it means and what it demands from adults*, i Willems, Jan C. M. (red.), *Children's Rights and Human Development: A Multidisciplinary Reader*, Intersentia, Antwerp, 2010, s. 585. Se även Singer, Anna, *Barnets bästa: om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, Sjunde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2019, s. 38 ff.

¹⁰²² Dane, Louise, *Europadomstolen och barnets bästa*, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr 2 2015.

¹⁰²³ Ang. detta stycke se Kaldal, Anna, *Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål*, Jure Förlag, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2010, s. 214 f., samt Zermatten, Jean, *The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function*, *International Journal of Children's Rights*, vol 18, nr. 4 2010, s. 493 f.

Kunskap till stöd för vad som är bra för barn finns även *inom* rättskällorna. I förarbeten till införandet av barnets bästa i utlänningslagen framhölls tre grundläggande behov som gäller alla barn: ”1. Omvårdnad och skydd för att kunna överleva och utvecklas, 2. Ett stabilt och varaktigt förhållande till båda sina föräldrar samt 3. Respekt för sin integritet, att få känna att de har en uppgift att fylla och få ta ansvar och påverka sin situation i takt med stigande ålder och mognad.”¹⁰²⁴

Som nämnts ovan är ytterligare ett hjälpmedel – kanske det allra viktigaste – för att förstå vad som vanligen är att anse som barnets bästa de rättigheter som framkommer av barnkonventionen. I svenska migrationsrättsliga förarbeten sägs bl.a. att; ”[d]e mer preciserade ställningstaganden till olika frågor som görs i andra artiklar [i barnkonventionen] ger viss vägledning om vilken räckvidd som avsetts för principen om barns bästa”.¹⁰²⁵ Migrationsöverdomstolen har i sin tur hänvisat till FN:s barnrättskommittés uttalanden om att begreppet barnets bästa syftar till att säkerställa både fullt och faktiskt åtnjutande av alla de rättigheter som erkänns i barnkonventionen.¹⁰²⁶

Att barnets bästa är att få tillgång till sina konventionsstadgade rättigheter är en bra utgångspunkt för en barnets bästa-bedömning. Ibland kan dock, som nämntes kort ovan, ett barns rättigheter stå i konflikt med varandra när barnets bästa ska bedömas i ett enskilt ärende. Om ett barn t.ex. befinner sig i Sverige men barnets familj befinner sig i ett annat land kan bevarandet av barnets familjemiljö komma att stå i konflikt med barnets tillgång till andra rättigheter.¹⁰²⁷ Frågan kan då bli om barnets rätt att vara tillsammans med sin familj ska prioriteras framför att barnet har (bättre) tillgång till vissa rättigheter i Sverige exempelvis hälso- och sjukvård och utbildning, eller tvärtom – om skyddet för ett barns familjeliv ska ges företräde.

Att upprätthållande av familjeband är viktigt framkommer inte minst av artikel 9.1 i barnkonventionen som kräver av statsparter att de säkerställer att barn inte separeras från sina föräldrar förutom om det är nödvändigt för att tillgodose barnets bästa. Även i svenska förarbeten framkommer flera exempel på att familjeband ska väga tungt i migrationsärenden. Den svenska Barnkommittén menade i sin delutredning om barnkonventionen och utlänningslagen 1996 att ”[d]e avgjort viktigaste aspekterna på barnets bästa är om barnet vistas tillsammans med sina föräldrar och om barnet har tillgång till åtminstone

¹⁰²⁴ Prop. 1996/97:25, s. 246.

¹⁰²⁵ Ibid, s. 227.

¹⁰²⁶ MIG 2018:20, se domstolens hänvisning till FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, punkt 4.

¹⁰²⁷ Denna situation lyfts fram i FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, punkterna 80-84.

en någorlunda stabil förälder.”¹⁰²⁸ När barnets bästa infördes i utlänningslagen framhöll regeringen i sin proposition att när ensamkommande barn anses sakna skyddsbehov så bör huvudinriktningen i arbetet vara att ”vidta alla de åtgärder som är möjliga för att barnen så snabbt som möjligt ska kunna återförenas med sina föräldrar i hemlandet”.¹⁰²⁹

FN:s barnrättskommitté å sin sida har i sin allmänna kommentar om barnets bästa valt att särskilt lyfta fram ett antal av konventionens rättigheter som kommittén anser alltid måste beaktas vid en barnets bästa-bedömning, nämligen; 1) *barnets rätt att behålla sin identitet*,¹⁰³⁰ vilket omfattar bl.a. kön, sexuell läggning, nationellt ursprung, religion och trosföreställningar, kulturell identitet och personlighet, 2) *upprätthållande och bevarande av familjemiljö och relationer*¹⁰³¹ 3) *barnets rätt till omsorg, skydd och säkerhet*,¹⁰³² vilket enligt barnrättskommittén ska tolkas i vid bemärkelse och kopplas till det övergripande målet att säkerställa barns ”välfärd” och utveckling, dvs. grundläggande materiella, fysiska, utbildningsmässiga och emotionella behov däribland behovet av ömhet och trygghet 4) *barnets rätt till hälsa och möjligheter till behandling*¹⁰³³ 5) *barnets rätt till utbildning*¹⁰³⁴ samt 6) *om barnet befinner sig i eller har befunnit sig i en utsatt situation*¹⁰³⁵, som t.ex. att barnet har en funktionsnedsättning, tillhör en minoritetsgrupp, är flykting eller asylsökande, har utsatts för övergrepp eller lever som gatubarn.¹⁰³⁶

Samtidigt har FN:s barnrättskommitté påtalat att barnkonventionen ska tolkas som en helhet och betonat att utgångspunkten i barnkonventionen är att rättigheterna är universella, odelbara, ömsesidigt beroende och samordnade samt att konventionsstaterna är skyldiga att respektera, skydda och uppfylla alla de rättigheter som uppställs i konventionen.¹⁰³⁷ Genom att särskilt lyfta fram vissa rättigheter som extra viktiga att beakta framstår det dock som om kommittén anser att dessa rättigheter är viktigare än övriga rättigheter – i vart fall när en barnets bästa-bedömning ska göras. Det är därmed något svårt att förstå hur barnrättskommitténs olika uttalanden om att beakta barnkonventionens rättighetskatalog samspelar och hur kommittén anser att beslutsfattare ska agera när konflikter mellan rättigheter uppstår. Försiktig ledning har dock lämnats genom att barnrättskommittén uttalat att när rättigheter hamnar i konflikt så ska

¹⁰²⁸ SOU 1996:115, s. 14, 50 f.

¹⁰²⁹ Prop. 1996/97:25 s. 250 f. Se även MIG 2009:8.

¹⁰³⁰ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, punkterna 55-57 samt punkterna 77-78.

¹⁰³¹ Ibid, punkterna 58-70.

¹⁰³² Ibid, punkterna 71-74.

¹⁰³³ Ibid, punkterna 77-78.

¹⁰³⁴ Ibid, punkt 79.

¹⁰³⁵ Ibid, punkterna 75-76.

¹⁰³⁶ Ibid, punkt. 75.

¹⁰³⁷ Ibid, punkt 16.

de olika rättigheter som aktualiseras analyseras och vägas mot varandra utifrån den specifika situationen för att identifiera den lösning som *bäst* motsvarar *syftet* med barnets bästa, vilket som nämndes ovan är ”att barnet fullständigt och faktiskt ska åtnjuta rättigheterna som erkänns i konventionen och dess fakultativa protokoll, och få utvecklas allsidigt och fullständigt”.¹⁰³⁸ När två artiklar i barnkonventionen verkar stå emot varandra ska alltså barnets bästa användas för att avgöra vilken utväg som väljs i en sådan konfliktsituation.¹⁰³⁹ Någon ytterligare vägledning angående vilken/vilka av barnets rättigheter som ska ges företräde vid en barnets bästa-bedömning där barnets rättigheter står i konflikt med varandra är svårt att finna.

Att göra en individspecifik bedömning av vad som i det enskilda fallet skulle vara barnets bästa är således ingen enkel uppgift. En modell för hur en sådan bedömning kan göras har dock arbetats fram vid universitetet i Groningen av *The Study Centre for Children, Migration and Law*. Modellen används för att jämföra ett barns situation i hemlandet med den i vistelselandet för att på så vis kunna bedöma vilken situation som *främst* kan anses motsvara barnets bästa. Modellen går ut på att fjorton faktorer analyseras, nämligen tillgången till: adekvat fysisk vård, säker fysisk närmiljö, emotionell omgivning, stödjande och flexibel föräldrastruktur, om föräldrarna kan vara adekvata förebilder, intresse som visas för barnet, kontinuitet i uppfostran och vård (framtidsperspektiv), säker fysisk miljö i samhällsperspektiv, respekt, sociala nätverk, utbildning, kontakt med vänner och bekanta, om samhället kan erbjuda adekvata förebilder samt stabilitet i livsförhållanden (framtidsperspektiv).¹⁰⁴⁰

Underlaget för bedömningen av det enskilda barnets bästa samlas in av barnpsykologer och består av en intervju som utgår ifrån de nyss nämnda fjorton faktorerna, ett frågeformulär för personer som kommit i kontakt med barnet genom sitt yrke (där dessa ska svara på hur barnets nuvarande situation ser ut) samt en ”självrappport” genom vilken barnets egna åsikter angående den nuvarande situationen samt angående framtiden i hemlandet respektive i värdstaten samlas in. Utöver den information familjen själv bidrar med samlas alltså uppgifter även in från andra som är i kontakt med barnet på regelbunden basis så som lärare, socialarbetare, kuratorer etc.¹⁰⁴¹ Det insamlade materialet

¹⁰³⁸ Ibid, punkt 81 f.

¹⁰³⁹ Ibid, punkt 33 samt Hammarberg, Thomas The principle of the Best Interests of the Child – What it means and what it demands from adults, i Willems, Jan C. M. (red.), *Children's Rights and Human Development: A Multidisciplinary Reader*, Intersentia, Antwerp, 2010, s. 584 samt Alston, Philip, *The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights*, *International Journal of Law, Policy and the Family*, Volume 8, Issue 1, 1994, s. 16 samt *SOU* 1997:116, s. 134.

¹⁰⁴⁰ Kalverboer, Margrite, Daan Beltman, Carla van Os, and Elianne Zijlstra, *The Best Interests of the Child in Cases of Migration*, *The International Journal of Children's Rights* vol. 25, issue 1, 2017, s. 126.

¹⁰⁴¹ Ibid, s. 122.

jämförs sedan med faktorerna. Om en faktor anses uppfylld ges en poäng, om den inte anses uppfylld markeras den med en nolla. Hopräkningen av vilket alternativ som ger högst poäng används därefter för att bedöma vad som vore barnets bästa och en rapport med ett expertutlåtande om det bedömda barnets bästa tas fram. I denna rapport ges dels en indikation på de konsekvenser som kan uppstå som en följd av det migrationsrättsliga beslutet, dels presenteras det alternativ som bäst anses tjäna barnets holistiska utveckling i kortsiktigt respektive långsiktigt perspektiv. Härutöver återges barnets egna åsikter angående vilket som vore det bästa alternativet samt även vilka av barnets rättigheter som skulle riskera att få stå tillbaka vid respektive alternativ.¹⁰⁴² Modellen bygger på en ordentlig undersökning av barnets liv men visar även på att vissa faktorer kan anses uppfyllda i både hemlandet och i värdstaten. Beroende på ett barns situation kommer därmed olika resultat att uppnås.

Även om en undersökning av barnets bästa utifrån olika faktorer, så som i modellen, kan hjälpa till att synliggöra konsekvenserna för ett barn av olika beslut så är det viktigt att tänka på att vissa av barnets rättigheter kanske ändå måste tillmätas tyngre vikt än andra. Vissa av rättigheterna måste helt enkelt ses som mer grundläggande för att få ”utvecklas allsidigt och fullständigt” än andra. Detta gäller förmodligen främst att barnet alltid bör skyddas från sådant som hotar barnets liv och utveckling (barnkonventionens artikel 6). I en migrationsrättslig kontext kan dock påpekas att om ett barn som befinner sig i Sverige riskerar att utsättas för livshotande risker i hemlandet aktualiseras de tvingande skyddsbestämmelserna. Som nämnts ovan kan barnets bästa i och för sig användas som tolkningshjälpmedel vid tillämpning av dessa bestämmelser men barnets bästa kan däremot inte användas för att sätta bestämmelsen åt sidan. Är rekvisiten för skyddsbehov uppfyllda ska tillstånd beviljas i en sådan situation, då spelar det ingen roll om barnet t.ex. har familj i hemlandet. Knepigare blir det således i situationer där något skyddsbehov inte föreligger men där situationen ändå dock kan vara ömmande. I förarbeten till utlänningslagen anges att vad som i den konkreta situationen är det bästa för ett barn ofta inte är något entydigt och att det många gånger därför måste göras en avvägning ”mellan alternativ som har såväl goda som dåliga konsekvenser för barnet”.¹⁰⁴³

Det är tydligt att en korrekt bedömning av barnets bästa inte kan tillåtas stanna vid en bedömning av vad som generellt sett är bra för barn. En korrekt genomförd bedömning ska innebära att en helhetsbedömning görs utifrån det individuella barnets specifika behov och situation.¹⁰⁴⁴ För att avgöra vad som är ett

¹⁰⁴² Ibid, s. 123.

¹⁰⁴³ Prop. 1996/97:25 s. 249.

¹⁰⁴⁴ Se bl.a. Schiratzki, Johanna, Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige: en rättsvetenskaplig undersökning, Andra upplagan, 2005, s. 52 och s. 64, Lundberg, Anna, *Principen om barnets bästa i asylprocessen - ett konstruktivt verktyg eller kejsarens nya kläder?*, Malmö Institute for

individuellt barns bästa i en migrationsrättslig kontext – om skyddsbestäm-
melserna inte är tillämpliga – behöver en bedömning således göras där hänsyn
tas till hur barnets tillgång till konventionens rättigheter påverkas av om barnet
(eller dess familjemedlem/mar) tillåts vistas i Sverige, respektive om barnet
(eller dess familjemedlem/mar) inte tillåts sådan vistelse. Vid denna conse-
kvensbedömning ska hänsyn även tas till vad som kommer att vara barnets
bästa framöver; det handlar således om att försöka beakta vad som är barnets
bästa på såväl kort som lång sikt.¹⁰⁴⁵

Vid det första steget i en barnets bästa bedömning är det viktigt att skilja på
vad som *är* barnets bästa och vad som ”inte kan anses strida mot barnets
bästa”.¹⁰⁴⁶ Fokus ska vara att utreda vad som *är* barnets bästa.¹⁰⁴⁷

7.4.3 Att väga barnets bästa mot andra rättsliga intressen

När en slutsats nåtts kring vad som är det aktuella barnets bästa är det dags att
gå vidare till steg två i beaktandet av barnets bästa, avvägningen mot andra
intressen.

I den statliga offentliga utredning som föreslog att en portalparagraf om bar-
nets bästa skulle föras in i utlänningslagen uttalades att

”[k]ravet i artikel 3 i [barn]konventionen att beakta barnets bästa är emellertid
inte absolut. Hänsynen till andra viktiga intressen kan leda till att åtgärder som
i och för sig inte är förenliga med barnets bästa ändå måste vidtas. Samhällets

Studies of Migration, Diversity and Welfare (MIM), Malmö, 2009, s. 16 samt Kaldal, Anna,
*Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-
mål*, Jure Förlag, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2010, s. 214 f, Alston, Philip (red.),
The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights, Clarendon Press, Ox-
ford, 1994, Zermatten, Jean, *The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and
Function*, *International Journal of Children's Rights*, vol 18, nr. 4 2010, Freeman, Michael, *Ar-
ticle 3: The Best Interests of the Child*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007 samt Eekelaar, John,
The Importance of Thinking that Children Have Rights, *International Journal of the Law and
the Family*, vol. 6, nr 1 1992, s. 230-231.

¹⁰⁴⁵ Jfr Zermatten, Jean, *The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function*,
International Journal of Children's Rights, vol 18, nr. 4, 2010, s. 494 samt FN:s barnrättskom-
mittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet,
exempelvis punkt 84 och 99. Jfr dock Eekelaar, John och Tobin, John, Article 3. The Best
Interests of the Child i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A
Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 82, där det anges att eftersom en bar-
nets bästa-bedömning ställer krav på en konsekvensanalys av beslutet behöver beslutsfattare
oftast inte spekulera om hur barnets långsiktiga framtid ser ut, detta då konsekvenserna av be-
slutet för barn ofta uppkommer direkt [min kursivering].

¹⁰⁴⁶ Lind, Jacob och Lundberg, Anna, Barn i migrationsprocessen, kartläggning som genomförts
inom ramen för SOU 2016:19, tillgänglig via Riksarkivet, s. 94 (En version av rapporten finns
även tillgänglig via <https://www.mah.se/upload/Forskningscentrum/MIM/Publications/160309%20Lundberg%20and%20Lind.pdf>). och SOU 2016:19, s. 164 f.

¹⁰⁴⁷ Ibid.

intresse att reglera invandringen är ett sådant viktigt övergripande intresse som kan vägas mot barnets intresse att få vistas i Sverige. En avvisning eller utvisning av en familj med barn måste kunna beslutas och genomföras även om det finns omständigheter i det enskilda fallet som talar för att det hade varit bäst för barnet att få stanna här”.¹⁰⁴⁸

Synen att migrationsmyndigheterna ska väga barnets bästa mot samhällsintresset att reglera invandring när ett beslut som rör barn ska fattas i ett migrationsärendet upprepades i det följande lagförslaget och har bekräftats återkommande gånger i såväl senare förarbeten som utredningar.¹⁰⁴⁹

Det kan alltså vara tillåtet att, med hänsyn till andra viktiga/primära intressen, vidta åtgärder som inte är förenliga med barnets bästa.¹⁰⁵⁰ För att ett beslut i strid med barnets bästa ska vara tillåtet enligt barnkonventionens krav på att barnets bästa ska beaktas måste dock myndigheterna noggrant motivera beslutet och det måste framgå varför ett annat beslut fattats än det som ansetts vara barnets bästa.¹⁰⁵¹ Enligt John Eekelaar och John Tobin ställs samma krav när en stat vill besluta i strid mot vad som vore barnets bästa som annars gäller när mänskliga rättigheter ska inskränkas, dvs. att staten kan visa att de intressen som åberopas för att gå emot barnets bästa har stöd i lag, är nödvändiga för att uppnå ett legitimt syfte samt är proportionerliga.¹⁰⁵²

Om ett beslut rör en situation där barnets bästa utmanas av andra intressen måste beslutet därför utöver en bedömning av vad som är barnets bästa även innehålla en ordentlig avvägning mellan, det utredda och bestämda, barnets bästa och andra legitima intressen. I detta andra steg av en tillämpning av barnets bästa handlar det således om att synliggöra de skäl som talar emot att barnets bästa ska respekteras. Här blir det därför fråga om att bedöma andra intressen, de olika intressenas relativa tyngd samt grader av nytta och skada för barnet.¹⁰⁵³

¹⁰⁴⁸ SOU 1995:75 s. 232.

¹⁰⁴⁹ Prop. 1996/97:25, se exempelvis s. 227 och 248.

¹⁰⁵⁰ I förarbeten anges t.ex. att även då ett barns hemvändande kan medföra stora påfrestningar, dvs. i fall där det kan anses gå emot barnets bästa att återvända, så måste de beslutsfattande myndigheterna göra en avvägning mot andra intressen, prop. 1996/97:25 s. 249 f.

¹⁰⁵¹ Alston, Philip, The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 8, nr. 1, 1994, s. 13. Zermatten, Jean, The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function, *International Journal of Children's Rights*, vol 18, nr. 4 2010, s. 489. Hodgkin, Rachel och Newell, Peter, Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child: prepared for UNICEF, Tredje upplagan, UNICEF, New York, 2007, s. 38, SOU 1997:116, s. 129.

¹⁰⁵² Eekelaar, John och Tobin, John, Article 3. The Best Interests of the Child i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 97.

¹⁰⁵³ Prop 1996/97:25 s. 227.

Här är dock viktigt att poängtera att det inte går att fatta beslut i strid mot barnets bästa utifrån vilka argument som helst. Då barnets bästa vägs mot andra intressen ska barnets bästa nämligen vara en tungt vägande faktor ("a primary consideration"), inte endast ett intresse i mängden.

8 Rätten till respekt för familjeliv och privatliv

8.1 Inledning

Redan i Sveriges första utlänningslag, 1914 års lag angående förbud för vissa utlänningar att här i riket vistas, stadgades att ”vid bedömning, huruvida utvisning bör äga rum, skall skälig hänsyn tagas till utlännings levnads- och familjeförhållanden samt till längden av den tid, han vistats här i riket”.¹⁰⁵⁴ Att en utländsk medborgares privat- och familjeliv kan påverka bedömningar i migrationsrättsliga ärenden har således varit fallet under lång tid. Rätten att få sitt familjeliv och privatliv respekterat skyddas på olika vis i den svenska utlänningslagstiftningen. Dessutom framkommer av det s.k. målsättningsstadgandet i regeringsformens första kapitel att det allmänna ska verka för att värna den enskildes privatliv och familjeliv (1 kap. 2 § 4 st. regeringsformen). Det inhemska skyddet kompletteras av att rätten till respekt för privat- och familjeliv är skyddad genom flera internationella och regionala konventioner, däribland FN:s konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, barnkonventionen, EU:s rättighetsstadga och Europakonventionen.

Skyldigheten för en stat att respektera människors privat- och familjeliv får betydelse oavsett om ett ärende gäller frågan om en migrant ska avvisas/utvisas ur Sverige eller frågan om en migrant ska få tillåtelse att återförenas med familjemedlemmar här i landet. Rätten till respekt för familjeliv och privatliv är dock inte en absolut rättighet och innebär därför inte att stater måste stoppa alla utvisningar, eller att vistelse i landet alltid måste tillåtas. Trots rättighetens relativa kataktär har staters skyldighet att respektera människors privat- och familjeliv refererats till som det i praktiken viktigaste rättighetsskyddet som erbjuds *lagligen* bosatta migranter.¹⁰⁵⁵ Rätten till respekt för privat- och familjeliv erbjuder dock inte enbart skydd för lagligen bosatta migranter utan kan i undantagsfall även ha konsekvensen att en stat måste regularisera en *irreguljär* migrants vistelse.

¹⁰⁵⁴ 2 kap. 6 § i 1914 års lag (n:r 196) angående förbud för vissa utlänningar att här i riket vistas.

¹⁰⁵⁵ Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 333.

I tidigare kapitel har övergripande redogjorts för vilka förutsättningar som finns för en stat att begränsa de åtaganden den tagit på sig enligt barnkonventionen, Europakonventionen och EU:s rättighetsstadga. I detta kapitel (kapitel 8) ges en introduktion till innebörden av det rättsliga skyddet för familjeliv och privatliv. I kapitel 9-11, som följer på detta kapitel, redogörs mer konkret för hur skyldigheten att bevilja vistelse pga. familjesammanhållning, familjeåterförening samt pga. etablerat privatliv (ofta kopplat till lång vistelse) ser ut enligt barnkonventionen, Europakonventionen, EU-rätten och den svenska nationella utlänningslagstiftningen.

8.2 Rättsligt skydd för familjelivet

Rätten till respekt för familjeliv har starkt juridiskt stöd på såväl regional som global nivå. I FN:s förklaring om de mänskliga rättigheterna¹⁰⁵⁶ stadgas att familjen är den naturliga och grundläggande enheten i samhället och att den som sådan äger rätt till skydd från samhället och staten (artikel 16.3). Förklaringen i sig är inte juridiskt bindande men rätten till skydd för familjeliv och den princip om familjens enhet som blivit ett resultat av förklaringens artikel 16 har formellt rättsligt skydd genom att senare ha slagits fast i en mängd juridiskt bindande överenskommelser: Artikel 17 i den internationella konventionen om medborgerliga och politiska rättigheter (ICCPR) föreskriver att statsparter inte ska ingripa i familjelivet på ett godtyckligt sätt. I konventionens artikel 23 erkänns familjen som samhällets naturliga och grundläggande enhet och det betonas att det är en rättighet att bilda familj. I den internationella konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter (ICESCR) erkänns i artikel 10 familjen som samhällets naturliga och grundläggande enhet. Här framgår att skydd ska tillförsäkras familjen i största möjliga utsträckning, i synnerhet då familjen ansvarar för omvårdnad och fostran av barn. Liknande skyldigheter för staten återfinns i den europeiska sociala stadgan (reviderad) vars artikel 16 bekräftar familjen som en grundläggande del i samhället och betonar staters skyldighet att stötta familjer såväl ekonomiskt som juridiskt och socialt för att familjelivet ska kunna tryggas. Enligt Europakonventionens artikel 8 finns som nämnts ovan i vissa fall såväl en negativ skyldighet (att t.ex. avstå från att ingripa i familjelivet genom att utvisa en person) som en positiv skyldighet (att t.ex. bevilja inträde i landet för familjeåterförening) att respektera rätten till familjeliv. Europakonventionens artikel 12 uppställer en kompletterande rätt att ingå äktenskap. EU:s rättighetsstadga ger skydd för familjelivet genom rätten till respekt för privat- och familjelivet (artikel 7), rätten att ingå äktenskap och att bilda familj (artikel 9) och genom en särskild

¹⁰⁵⁶ A/RES/3/217 A, resolution 217 A (III) Allmän förklaring om mänskliga rättigheter, antagen av FN:s generalförsamling 10 december 1948.

bestämmelse om barns rätt att regelbundet upprätthålla ett personligt förhållande till, och direkta kontakter med, båda föräldrarna – utom då detta strider mot barnets bästa (artikel 24).

I barnkonventionens artikel 16 finns en rätt till respekt för familjelivet baserad på ovan nämnda artikel 17 ICCPR men genom hela barnkonventionen går vikten av närvarande familjemedlemmar, särskilt föräldrar, som en tydlig röd tråd. Redan i konventionens preambel framgår att familjen, som den grundläggande enheten i samhället och den naturliga miljön för barnets utveckling och välfärd, bör ges nödvändigt skydd och bistånd för att den till fullo ska kunna ta på sig sitt ansvar i samhället. I artikel 5 anges vidare att konventionsstaterna ska respektera det ansvar och de rättigheter och skyldigheter som tillkommer föräldrarna att ge ledning och råd när barnet utövar de rättigheter som erkänns i konventionen. Artikel 18 ålägger konventionsstaterna ett ansvar att göra sitt bästa ”för att säkerställa erkännandet av principen att båda föräldrarna har gemensamt ansvar för barnets uppfostran och utveckling”. I konventionens artikel 9 stadgas en skyldighet för stater att säkerställa att barn inte separeras från sina föräldrar om det inte är nödvändigt för att tillgodose barnets bästa. Stadgandet kompletteras av konventionens artikel 10 som specifikt behandlar familjeåterförening.

Ett särskilt skydd finns för barn på flykt. I artikel 22 i barnkonventionen stadgas bl.a. att konventionsstaterna måste hjälpa till att spåra föräldrar eller andra familjemedlemmar till ett flyktingbarn som separerats från sin familj i syfte att återföreina barnet med sin familj. Själva flyktingkonventionen innehåller inte i sig något liknande stadgande. Av det särskilda yttrande som beslutades i samband med att flyktingkonventionen antogs framgår dock att principen om familjens enhet ska respekteras. Yttrandet bekräftar familjens enhet som en ”grundläggande rättighet” för flyktingar och rekommenderar konventionsstaterna att vidta nödvändiga åtgärder för att skydda flyktingfamiljers enhet.¹⁰⁵⁷ Flyktingrätten tolkas löpande av bl.a. FN:s flyktingorgan, UNHCR. I UNHCR:s handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning (UNHCR:s handbok) bekräftas att principen om familjens enhet ska respekteras. Här framkommer även att principen ska verka till förmån för anhöriga, inte tvärtom. I tillägg har UNHCR:s exekutivkommitté (Ex-Com) i flera av sina slutsatser bekräftat staters skyldigheter att vidta åtgärder som respekterar familjens enhet och familjers möjlighet till återförening.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁷ Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, 25 July 1951, del IV., rekommendation B.

¹⁰⁵⁸ Se exempelvis ExCom:s uttalanden nr. 1, 9, 24, 84, 85 och 88 exempelvis i Conclusions Adopted by the Executive Committee on the International Protection of Refugees, December 2009, 1975 – 2009 (Conclusion No. 1 – 109), tillgänglig via <https://www.unhcr.org/enemy/578371524.pdf>.

8.3 Vem omfattas av rätten till respekt för familjeliv?

Synen på vem som omfattas av rätten till respekt för sitt familjeliv har utvecklats med åren. När det gäller Europakonventionen fanns, som nämnts i kapitel 4, fram till och med slutet av 1970-talet en syn att utlänningar förväntades etablera och upprätthålla sitt familjeliv i hemlandet, inte i någon av konventionsstaterna.¹⁰⁵⁹ En migrants klagomål angående (o)möjligheten att få vara tillsammans med sin familj i den konventionsstat där hen var bosatt i ansågs därmed inte nå upp till att ses som ett ingrepp i familjelivet. År 1985 avkunnade Europadomstolen sitt avgörande i målet *Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Storbritannien* och meddelade därmed att utestängandet av en person från en konventionsstat i vilken familjemedlemmar till denne bor aktualiserar rätten till familjeliv enligt artikel 8.¹⁰⁶⁰ I och med att tolkningen av EU:s rättighetsstadga ska överensstämma med tolkningen av Europakonventionen omfattas migranter även av stadgans reglering av rätten till respekt för familjeliv – dock, som alltid, endast förutsatt att stadgan alls är tillämplig.¹⁰⁶¹

Vad gäller barnkonventionen innebär icke-diskrimineringsbestämmelsen i konventionens artikel 2 att rättigheterna ska gälla *varje* barn under en stats jurisdiktion utan åtskillnad av något slag, dvs. även barn som migrerat till Sverige och oaktat barnets legala status.

8.3.1 Vem är familjemedlem?

8.3.1.1 Familjebegreppet internationellt

För att en person ska kunna åtnjuta skydd för sitt familjeliv måste det de facto anses finnas en familjebildning. Denna bedömning kompliceras av att synen på vilka som kan utgöra familj varierar mellan, och ibland även inom, stater.¹⁰⁶²

Någon explicit definition av begreppet familj finns inte i den internationella rätten. Däremot finns en mängd olika uttalanden och diskussioner om begreppets innebörd. T.ex. framkommer i kommentarer till tilläggsprotokollen till Genèvekonventionerna att en smal definition av begreppet familj är att det

¹⁰⁵⁹ Se t.ex. *X och Y mot Schweiz* (Europakommissionens beslut av den 14 juli 1977, appl. no. 7289/75 och 7349/76) där Europakommissionen beskrev det som ”a person's private or family life where the private and family life of that person is firmly established in the territory concerned”.

¹⁰⁶⁰ *Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Förenade kungariket* (dom den 28 maj 1985, appl. nos. 9214/80, 9473/81 och 9474/81), punkterna 59, 60 och 65.

¹⁰⁶¹ Se avsnitt 5.4.1 angående när EU:s rättighetsstadga är tillämplig.

¹⁰⁶² Human Rights Committee, CCPR Allmän kommentar nr. 19: Article 23 (The Family) Protection of the Family, the Right to Marriage and Equality of the Spouses, punkt 2.

omfattar ”personer som är biologisk släkt som bor tillsammans som ett hushåll”.¹⁰⁶³ Av kommentarerna framgår dock även att det vore fel med en alltför stel eller exakt definition – sunt förnuft måste råda. I kommentaren föreslås därför begreppet familj omfatta släktingar i direkt nedstigande led oavsett om deras släktskap är biologiskt eller juridiskt. Således kan enligt kommentaren makar, syskon, fastrar, mostrar, farbröder, morbröder, syskonbarn, men även mindre nära släktingar och till och med obesläktade personer, omfattas av familjebegreppet om dessa t.ex. lever ett liv tillsammans eller har andra starka emotionella band till övriga familjemedlemmar. Familjen erkänns på så vis som en enhet bestående av personer som identifierar sig som tillhörande familjen och som av övriga familjemedlemmar erkänns som en del av denna, förutsatt att personerna vill leva tillsammans.

UNHCR delar i stort denna syn men har förtydligat behovet av en flexibel approach som bl.a. tar kulturella, ekonomiska och känslomässiga beroendeperspektiv i beaktande. Enligt UNHCR ska ekonomiska och känslomässiga band ges samma vikt som relationer baserade på blodsband eller juridiskt erkända relationer.¹⁰⁶⁴ UNHCR anser därför att begreppet familj inte får inskränkas till att endast avse medlemmar i den s.k. kärnfamiljen, dvs. makar och minderåriga barn. FN-organet har uppmuntrat stater att ha ”liberala kriterier” angående vem som kan räknas som familjemedlem i syfte att omfattas av återförening.¹⁰⁶⁵ Utöver medlemmar av kärnfamiljen, som av UNHCR anses självklara att räknas in i familjebegreppet,¹⁰⁶⁶ menar organisationen att också andra personer som har ett *särskilt beroendeförhållande* till anknytningspersonen ska räknas in, i vart fall om de delar hushåll.¹⁰⁶⁷

Trots att uttrycket särskilt beroendeförhållande inte har någon internationellt accepterad definition är konceptet enligt UNHCR centralt när det gäller att identifiera faktiska familjemedlemmar. Enligt UNHCR:s tolkning av begreppet avser det att ett särskilt band existerar mellan familjemedlemmar, ett band

¹⁰⁶³ International Committee of the Red Cross, Commentary to the Additional Protocols of the Geneva Conventions of 1949, s. 859, punkt 2997, se även UNHCR, Annual Tripartite Consultations on Resettlement Geneva, 20-21 June 2001, Background Note for the Agenda Item: Family Reunification in the Context of Resettlement and Integration, punkterna 11-12.

¹⁰⁶⁴ UNHCR, Annual Tripartite Consultations on Resettlement Geneva, 20-21 June 2001, Background Note for the Agenda Item: Family Reunification in the Context of Resettlement and Integration, punkt 1(c).

¹⁰⁶⁵ UNHCR, Conclusions Adopted by the Executive Committee on the International Protection of Refugees, December 2009, 1975 – 2009 (Conclusion No. 1 – 109). Se särskilt slutsats nr. 24 (XXXII) från 1981, punkt 5 och slutsats nr. 88 (XLX) från 1999, punkt (b)(ii).

¹⁰⁶⁶ Feller, Erika., Türk, Volker och Nicholson, Frances. (red.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection [Elektronisk resurs]*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 584 f.

¹⁰⁶⁷ UNHCR, Annual Tripartite Consultations on Resettlement Geneva, 20-21 June 2001, Background Note for the Agenda Item: Family Reunification in the Context of Resettlement and Integration, punkterna 13-16.

som kan vara socialt, emotionellt eller ekonomiskt.¹⁰⁶⁸ Bandet ska dock normalt vara starkt, kontinuerligt och ha varat i en viss tid. En person vars själva existens är beroende av andra familjemedlemmar, särskilt av ekonomiska skäl, men även med beaktande av sociala, emotionella och kulturella anledningar, bör förstås som en person i ett särskilt beroendeförhållande. Ett särskilt beroendeförhållande bör t.ex. föreligga om en person har en funktionsnedsättning och är inkapabel att själv försörja sig, antingen permanent eller under en längre period. Det krävs dock inte ett totalt beroende – så som ett litet barns beroende av dennes förälder. Ett ömsesidigt, eller partiellt, beroende kan vara tillräckligt.

Enligt UNHCR kan en person som är under 18 år normalt presumeras ha ett särskilt beroendeförhållande till sin familj. Beroendeförhållandet kan dock bestå även efter 18-årsdagen om personen fortsätter att bo tillsammans med familjen och därmed behåller sina ekonomiska, sociala och emotionella band. UNHCR framhåller att inom många kulturer så ses vuxna barn, särskilt unga kvinnor, som en del av kärnfamiljen fram till dess att de gifter sig. Även gamla föräldrar anses som en del av kärnfamiljen i många samhällen där det anses som en självklarhet att man tar hand om, och bor tillsammans med, sina åldrade föräldrar. Också andra medlemmar i hushållet kan anses ha ett särskilt beroende av familjen, så som ensamman syskon, fastrar, mostrar, morbröder, farbröder, kusiner, barnbarn etc. Detsamma gäller personer som inte är biologisk släkt men som tas om hand inom familjeenheten, exempelvis fosterbarn.¹⁰⁶⁹

När det gäller begreppet makar menar UNHCR att detta inte endast ska avse personer som ingått juridiskt giltiga äktenskap utan även par som formar ”genuina och stabila enheter”. Dvs, även relationer där parterna är förlovade, har ingått traditionella, måhända ej legala, äktenskap eller annars har en etablerad relation. Samkönade par framhålls särskilt av UNHCR.¹⁰⁷⁰ Vad gäller polygama äktenskap erkänner UNHCR samtliga makar som tillhörandes familjen.¹⁰⁷¹

¹⁰⁶⁸ Ibid.

¹⁰⁶⁹ Se för hela detta stycke, UNHCR Resettlement Handbook, 2011, s. 178 f.

¹⁰⁷⁰ UNHCR's Comments on the Amended Proposal of the European Commission for a Council Directive on the Right to Family Reunification (COM(2002) 225 final, 2 May 2002), punkt 4.2., se även UNHCR Resettlement Handbook, 2011, s. 178.

¹⁰⁷¹ UNHCR, Annual Tripartite Consultations on Resettlement, Geneva, 20-21 June 2001, Background Note for the Agenda Item: Family Reunification in the Context of Resettlement and Integration, punkt 19. När UNHCR hänvisar människor till vidarebosättning görs försök att hålla ihop hela familjer, dvs. inkluderat personer i särskild beroendeställning oaktat om dessa tillhör kärnfamiljen, UNHCR Resettlement Handbook, 2011, s. 178. När det gäller polygama familjer hänvisar UNHCR ofta dessa till länder som saknar förbud mot månggifte. I praktiken

I avgöranden från internationella domstolar och kommittéer framgår att frågan om (tillräckliga) familjeband kan anses existera måste bedömas i varje enskilt fall. Den interamerikanska domstolen för mänskliga rättigheter har t.ex. uttalat att det stått klart att familjeliv uppstått när personer "delar sina liv, med frekvent kontakt och med en personlig och emotionell närhet".¹⁰⁷²

8.3.1.2 Familjebegreppet i barnkonventionen

Vikten av familj betonas redan i barnkonventionens preambel, ingenstans i konventionen definieras dock begreppet närmare. Vissa av barnkonventionens artiklar rör enbart föräldrar, inga andra familjemedlemmar; exempelvis talar artikel 9 om förbud mot separation från föräldrar och artikel 10, om rätten till familjeåterförening, nämner enbart rätten att återförenas med föräldrar.

Det finns dock också bestämmelser i barnkonventionen som talar om dels föräldrar, dels familj. Artikel 5 är ett exempel. Här stadgas att konventionsstater måste respektera "det ansvar och de rättigheter och skyldigheter som tillkommer *föräldrar eller, där så är tillämpligt, medlemmar av den utvidgande familjen eller gemenskapen enligt lokal sedvänja, vårdnadshavare eller andra personer som har lagligt ansvar för barnet*, att på ett sätt som står i överensstämmelse med den fortlöpande utvecklingen av barnets förmåga ge lämplig ledning och råd då barnet utövar de rättigheter som erkänns i denna konvention [min kursivering]". Att kärnfamiljen omfattas är tydligt av hur barnkonventionen är formulerad. FN:s barnrättskommitté menar dock att artikel 5 visar på att barnkonventionens familjebegrepp även kan anses omfatta andra typer av traditionella och moderna arrangemang som baseras på gemenskap "under förutsättning att de stämmer överens med barnets bästa och dess rättigheter i övrigt".¹⁰⁷³ Barnrättskommittén ger som exempel relationer som "bygger på någon kombination av moder, fader, syskon, mor- och farföräldrar och andra medlemmar i den utvidgade familjen".¹⁰⁷⁴

Artikel 5 kan sägas utrusta barnkonventionen med ett flexibelt familjebegrepp.¹⁰⁷⁵ Avgörande verkar i konventionen inte vara biologiska eller juridiska band utan om barnet kan tillhandahållas omvårdnad, omsorg och utveckling i enlighet med dess bästa och med respekt för barnkonventionen i sin helhet.

uppstår nämligen problem då flera partners till en anknytningsperson ansöker om att få återförenas med denne i ett land som har lagstiftning som förbjuder månggifte. Angående detta i en svensk kontext se nedan avsnitt 10.5.3.2.1.

¹⁰⁷² Originalcitat: "since they shared their lives, with frequent contact and a personal and emotional closeness", Inter-American Court of Human Rights, *Atala Riffo mot Chile*, 2012, punkt 177.

¹⁰⁷³ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 7 (2005) om genomförandet av barnets rättigheter under tidig barndom, punkt 15.

¹⁰⁷⁴ Ibid, punkt 19.

¹⁰⁷⁵ Hodgkin, Rachel och Newell, Peter, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child: prepared for UNICEF*, Tredje upplagan, UNICEF, New York, 2007, s. 75.

8.3.1.3 Familjebegreppet i Europakonventionen¹⁰⁷⁶

När Europadomstolen prövar om en kränkning skett av rätten till respekt för familjeliv är den första frågan domstolen tar ställning till om banden mellan de i målet aktuella personerna är tillräckliga för att ett familjeliv ska anses föreligga.¹⁰⁷⁷ Först härefter prövar domstolen om statens åtgärd (eller underlåtande att handla) utgör ett ingrepp i rättigheten.

Artikel 8 – rätten till respekt för familjeliv (och privatliv) – garanterar inte rätten att bilda familj och inte heller rätten att adoptera. Viljan att bilda familj skyddas inte, bestämmelsen förutsätter existensen av en familj eller åtminstone en potentiell relation, dvs. sådana familjebildningar som möjligen skulle kunna, eller hade kunnat, utvecklas även om familjeliv inte helt ut etablerats.¹⁰⁷⁸

Enligt Europadomstolens praxis är det vanligen kärnfamiljen som omfattas av skyddet för familjeliv enligt artikel 8.¹⁰⁷⁹ Konventionsskyddet är dock inte begränsat till kärnfamiljen. Frågan om det finns ett familjeliv är enligt Europadomstolen i grunden en fråga om ifall det finns (tillräckligt) nära personliga band.¹⁰⁸⁰ Domstolen har inte velat ställa upp fasta kriterier för när en relation ska anses nå upp till att ses som familjeliv utan har istället poängterat att det är nödvändigt att genomföra en helhetsbedömning.¹⁰⁸¹ När domstolen ska slå fast om ett familjeliv i konventionens mening föreligger kan således en mängd faktorer ha relevans. Domstolen har särskilt lyft fram om personerna bott tillsammans, hur länge de haft en relation till varandra samt om det finns barn i

¹⁰⁷⁶ För ytterligare fördjupning i Europadomstolens syn på familj hänvisas till Kilkelly, Ursula, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate, Aldershot, 1999.

¹⁰⁷⁷ Spijkerboer, Thomas, Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion, *European Journal of Migration and Law*, vol. 11 nr. 3, 2009, s. 273.

¹⁰⁷⁸ Europadomstolens dom i målet *Paradiso och Campanelli mot Italien* (dom den 24 januari 2017, appl. no. 25358/12), punkt 141. Som exempel på potentiella relationer har Europadomstolen angivit korrekt ingångna äktenskap eller adoptioner som ännu inte fullt ut utvecklas till familjeliv. Ytterligare ett exempel på en potentiell relation är enligt domstolen den mellan ett barns biologiska förälder och barnet i den situationen att barnet är fött av en person som är gift med någon annan än barnets andra biologiska förälder. Se även Europadomstolens dom i målet *Todorova mot Italien* (dom den 13 januari 2009, appl. no. 33932/06), punkt 53.

¹⁰⁷⁹ Europadomstolens dom i målet *Slivenko mot Lettland* (dom den 9 oktober 2003, appl. no. 48321/99), punkt 94., se även *Senchishak mot Finland* (dom den 18 november 2014, appl. no. 5049/12), punkt 54.

¹⁰⁸⁰ Europadomstolens dom i målet *Paradiso och Campanelli mot Italien* (dom den 24 januari 2017, appl. no. 25358/12), punkt 140.

¹⁰⁸¹ Europadomstolens dom i målet *Berisha mot Schweiz* (dom den 30 juli 2013, appl. no. 948/12), punkterna 45-46.

relationen.¹⁰⁸² Europadomstolen har varit tydlig med att det är den *faktiska familjegemenskapen* som skyddas.¹⁰⁸³

När det gäller relationer baserade på äktenskap omfattas dessa normalt av artikel 8, Europadomstolen har dock uttalat att konventionsstater inte är skyldiga att erkänna polygama äktenskap, även om de ingåtts lagligen.¹⁰⁸⁴ I ett mål som rörde ett barn som gift sig som 14-åring uttalade domstolen att stater inte heller är skyldiga att erkänna denna typ av äktenskap.¹⁰⁸⁵ En intressant synpunkt lyftes dock av en av domarna i målet, den cypriotiske domaren George Nicolaou, som i sin kompletterande mening uttalade att det faktum att ett äktenskap inte erkänns inte går att likställa med avsaknaden av ett familjeliv.¹⁰⁸⁶ Domare Nicolaou hänvisade till att domstolen i sin praxis tidigare uttalat att artikel 8 omfattar så väl ”legitima” familjer som ”illegitima”.¹⁰⁸⁷

I *Berrehab mot Nederländerna*¹⁰⁸⁸ slog Europadomstolen fast att från det ögonblick ett barn föds finns ett band mellan barnet och dess föräldrar som uppgår till familjeliv. Detta band kan brytas, men inte enbart pga. att föräldrarna inte bor tillsammans och barnet endast är bosatt med den ena av föräldrarna.¹⁰⁸⁹ Enligt Thomas Spijkerboer har Europadomstolen i migrationsärenden aldrig accepterat att banden mellan minderåriga barn och dess föräldrar är så minimala att de inte ens skulle uppnå till familjeliv.¹⁰⁹⁰ Domstolen har enligt Spijkerboer istället konsekvent tagit utgångspunkten att intensiteten i banden mellan släktingarna ska beaktas vid proportionalitetsbedömningen. I migrationsärenden som rör minderåriga barn kommer Europadomstolen således normalt att utgå från att ett familjeliv finns mellan ett barn och dennes föräldrar. Senare eller särskilda omständigheter gällande detta familjeliv kommer att vägas in som en del av den intresseavvägning som görs för att avgöra om ett

¹⁰⁸² Se exempelvis Europadomstolens dom i målet *Emonet m.fl. mot Schweiz* (dom den 13 december 2007, appl. no. 39051/03), punkt 36.

¹⁰⁸³ Europadomstolens dom i målet *Paradiso och Campanelli mot Italien* (dom den 24 januari 2017, appl. no. 25358/12), punkt 140. Se även t.ex. Ehrenkrona, Carl Henrik, Folkkrättsliga hinder mot utvisning enligt utlänningslagen (1989:529) m. m., SvJT 1999, s. 9.

¹⁰⁸⁴ Europadomstolens dom i *Alilouch El Abasse mot Nederländerna* från den 6 januari 1992. Domen är opublicerad, se dock hänvisning i bl.a. beslut om avvisning av talan i målet *Bibi mot Förenade kungariket* (dom den 29 juni 1992, appl. no 19628/92).

¹⁰⁸⁵ Europadomstolens dom i målet *Z.H. och R.H. mot Schweiz* (dom den 8 december 2015, appl. no. 60119/12), punkt 44.

¹⁰⁸⁶ Skiljaktig mening av domare Nicolaou i målet *Z.H. och R.H. mot Schweiz* (dom den 8 december 2015, appl. no. 60119/12).

¹⁰⁸⁷ Domare Nicolaou hänvisar till *Şerife Yiğit mot Turkiet* (dom den 2 november 2010, appl. no. 3976/05).

¹⁰⁸⁸ Europadomstolens dom i målet *Berrehab mot Nederländerna* (dom den 21 juni 1988, appl. no. 10730/84).

¹⁰⁸⁹ Ibid, punkt 21. Se även exempelvis *Ciliz mot Nederländerna* (dom den 11 juli 2000, appl. no 29192/95), punkt 19.

¹⁰⁹⁰ Spijkerboer, Thomas, Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children’s Family Reunion, *European Journal of Migration and Law*, vol. 11 nr. 3, 2009, s. 290.

ingrepp är proportionerligt eller ej. Där kan förmodligen en åtgärd som innebär att ett barn och en förälder skiljs åt anses mer proportionerligt om inget egentligt umgänge utövas mellan föräldern och barnet.

Som Spijkerboer påtalat är Europadomstolens yttranden om en presumtion för familjeliv för minderåriga barn viktiga eftersom stater annars kunnat hålla ärenden utanför omfattningen av artikel 8 och på så vis undkomma att fällas för kränkningar av familjeliv.¹⁰⁹¹

Europadomstolen gör inte skillnad mellan adoptivbarn och biologiska barn.¹⁰⁹² Vad gäller fosterbarn har Europadomstolen funnit att familjeliv kan finnas mellan ett sådant barn och dess fosterföräldrar. För att avgöra om familjeliv de facto finns i en situation som rör fosterbarn ser domstolen bl.a. till faktorer som hur nära band som finns mellan parterna, vilken roll fosterföräldrarna spelat i barnets liv, hur lång tid de spenderat tillsammans, hur gammalt barnet var när det hamnade i fosterföräldrarnas vård samt om barnet är välintegrerat i resten av familjen.¹⁰⁹³ Familjeliv kan enligt Europadomstolen existera mellan syskon, även halvsyskon.¹⁰⁹⁴

Det bör betonas att domstolens utgångspunkt vad gäller *vuxna* barn (dvs. över 18 år) är att dessa normalt sett inte anses omfattas av familjeliv.¹⁰⁹⁵ Även Europadomstolen använder sig dock av begreppet *särskilt beroendeförhållande*. För att domstolen ska landa i att ett sådant beroendeförhållande föreligger krävs något mer än endast normala känslomässiga band mellan familjemedlemmarna.¹⁰⁹⁶ I ett flertal fall har vuxna barn ansetts tillhöra familjegemenskapen just med hänvisning till särskilt beroendeförhållande.¹⁰⁹⁷ Det har då

¹⁰⁹¹ Ibid, s. 289.

¹⁰⁹² Europakommissionens beslut i *X mot Belgien och Nederländerna* (beslut den 10 juli 1975, appl. no. 6482/74) och *X mot Frankrike* (beslut den 5 oktober 1982, appl. no. 9993/82).

¹⁰⁹³ Europadomstolens dom i målet *Paradiso och Campanelli mot Italien* (dom den 24 januari 2017, appl. no. 25358/12), punkterna 149, 150 och 151.

¹⁰⁹⁴ Europadomstolens dom i målet *Mustafa och Armağan Akin mot Turkiet* (dom den 6 april 2010, appl. no. 4694/03), punkt 19. Se även *Moustaquim mot Belgien* (dom den 18 februari 1991, appl. no. 12313/86), punkt 36 samt skiljaktig mening av domare Serghides, *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10).

¹⁰⁹⁵ Se exempelvis Europadomstolens dom i målet *Emonet m.fl. mot Schweiz* (dom den 13 december 2007, appl. no. 39051/03), punkt 35.

¹⁰⁹⁶ ”Relationships between parents and adult children do not fall within the protective scope of Article 8 unless ’additional factors of dependence, other than normal emotional ties, are shown to exist’”, *Emonet m.fl. mot Schweiz* (dom den 13 december 2007, appl. no. 39051/03) punkt 35.

¹⁰⁹⁷ Se exv. Europadomstolens domar i målen *A.A. mot Förenade kungariket* (dom den 20 september 2011, appl. no. 8000/08), punkt 46, *Maslov mot Österrike* (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03), punkt 62, *Bouchelkia mot Frankrike* (dom den 29 januari 1997, no. 23078/93), punkt 41, *El Boujaidi mot Frankrike*, (dom den 26 september 1997, appl. no. 25613/94), punkt 33 och *Ezzouhdi mot Frankrike* (dom den 13 februari 2001, appl. no. 47160/99, punkt 26. En liknande bedömning har svenska Migrationsöverdomstolen gjort i MIG 2013:16.

handlat om unga vuxna som inte skaffat en egen familj utan ännu varit sammanboende med sin ursprungsfamilj. Också då äldre familjemedlemmar velat återförenas med sina vuxna barn har domstolen diskuterat om ett särskilt beroendeförhållande föreligger.¹⁰⁹⁸

Slutligen bör nämnas att domstolen i vissa fall funnit att relationer som inte når upp till familjeliv istället kan anses omfattas av skyddet av privatliv.¹⁰⁹⁹

8.3.1.4 Familjebegreppet i EU-rätten

Som nämnades i kapitel 5 ska rättigheterna i EU:s rättighetsstadga ge minst samma nivå av skydd som motsvarande rättigheter i Europakonventionen getts enligt Europadomstolens praxis. Vad som nyss sagts om familjebegreppet gäller därför också vid tolkningen av rättigheterna enligt rättighetsstadgan.

EU-rätten rymmer dock fler rättsdokument än rättighetsstadgan där begreppet familj är centralt. Skyddet i dessa tenderar att vara olika starkt för olika ”typer” av familjemedlemmar – dvs, beroende av om en person tillhör kärnfamiljen eller på annat sätt anses som familjemedlem. Som exempel kan nämnas att medlemsstaterna enligt familjeåterföreningsdirektivet ska tillåta inresa och vistelse för en tredjelandsmedborgares make/maka/registrerade partner¹¹⁰⁰/sambo¹¹⁰¹, samt för underåriga ogifta barn¹¹⁰² till referenspersonen och dennes make/maka. Dessutom ska uppehållstillstånd beviljas till underåriga barn till referenspersonen eller dennes make/maka – om barnet är beroende av sin förälder för sin försörjning och om hen har vårdnaden om barnet (och en ev. andra vårdnadshavare har lämnat sitt medgivande).¹¹⁰³ Dessutom ska medlemsstaterna bevilja familjeåterförening för ”släktingar i rakt uppstigande led”

¹⁰⁹⁸ “[...]the Court [...] considers that no such ‘additional factors of dependence other than normal ties of affection’ exist between the applicant and her daughter, and that there is thus no ‘family life’ between them within the meaning of Article 8. This Article is therefore not applicable in the instant case due to the lack of family life.”, se *Senchishak mot Finland* (dom den 18 november 2014, appl. no. 5049/12), punkterna 54-55.

¹⁰⁹⁹ Se Europadomstolens dom i målet *Slivenko mot Lettland* (dom den 9 oktober 2003, appl. no. 48321/99), p. 97. Mer om detta i avsnitt 11.3 nedan.

¹¹⁰⁰ Medlemsstaterna får besluta att registrerad partner ska behandlas som make/maka i fråga om familjeåterförening, artikel 4.3 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹¹⁰¹ Om staten tillåter att sambos till dess egna medborgare beviljas uppehållstillstånd för anknytning.

¹¹⁰² I begreppet barn omfattas barn som har adopterats i enlighet med ett beslut som har fattats av den berörda medlemsstatens behöriga myndighet eller ett beslut som är automatiskt verkställbart enligt den medlemsstatens internationella förpliktelser, eller som måste erkännas enligt internationella förpliktelser.

¹¹⁰³ Artikel 4.1 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG). Om ett barn är över tolv år och anländer på egen hand utan resten av sin familj kan medlemsstater dock få pröva om barnet uppfyller kriteriet för integrering, mer om detta nedan i avsnitt 10.4.2.

till personer som sökte asyl som ensamkommande barn och som sedan beviljades flyktingstatus.¹¹⁰⁴

Till skillnad mot vad som gäller för kärnfamiljen, där det alltså finns en presumtion för uppehållstillstånd, får medlemsstaterna även bevilja inresa och vistelse för vissa andra familjemedlemmar om ett särskilt beroendeförhållande föreligger. Det uttrycks i direktivet som att medlemsstaterna får bevilja uppehållstillstånd till personer som är ”släktingar i rakt uppstigande led av första graden” eller ogifta myndiga barn till referenspersonen eller dennes make/maka. För de äldre släktingarna krävs att de är beroende av referenspersonen eller dennes make/maka för sin försörjning och att de saknar annat nödvändigt familjemässigt stöd i ursprungslandet. För de ogifta men myndiga barnen krävs att de av hälsoskäl bevisligen inte kan försörja sig själva.¹¹⁰⁵ Härutöver får uppehållstillstånd beviljas till ogift partner som är tredjelandsmedborgare och som har ett vederbörligen styrkt varaktigt förhållande med referenspersonen eller en tredjelandsmedborgare som är registrerad partner¹¹⁰⁶ till referenspersonen. Beviljas en sådan person tillstånd kan så även ske för dennes ogifta underåriga barn, även adopterade barn, samt ogifta myndiga barn som av hälsoskäl bevisligen inte kan försörja sig själva.¹¹⁰⁷

Familjeåterföreningsdirektivet tillämpas dock enbart på familjemedlemmar till tredjelandsmedborgare.¹¹⁰⁸ Om en person är anhörig till en unionsmedborgare tillämpas antingen EU-fördragen (om en nekad rätt att vistas skulle ha negativa effekter på unionsmedborgarens fria rörlighet) eller rörlighetsdirektivet (om unionsmedborgaren använt sin uppehållsrätt och bosatt sig i en annan medlemsstat) alternativt nationell lagstiftning (om unionsmedborgaren är bosatt i sitt hemland och nekad vistelse inte påverkar den fria rörligheten eller unionsmedborgarskapet).¹¹⁰⁹ Att personen som är anhörig till en unionsmedborgare själv är tredjelandsmedborgare förändrar inte detta.

När det gäller vilka personer som *har rätt* att härleda uppehållsrätt från en unionsmedborgare enligt *rörlighetsdirektivet* är kretsen vidare än endast kärn-

¹¹⁰⁴ Ibid, artikel 10.3 samt EU-domstolens dom i mål C-550/16, *A och S mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, EU:C:2018:248.

¹¹⁰⁵ Artikel 4.2 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹¹⁰⁶ Som nämndes i not 1100 ovan får medlemsstaterna besluta att likabehandla registrerad partners med make/maka i fråga om familjeåterförening.

¹¹⁰⁷ Artikel 4.3 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹¹⁰⁸ Ibid, artikel 3.3.

¹¹⁰⁹ För en fördjupning i detta se främst avsnitt 9.4.2 nedan där det faktum att fördragsbestämmelser kan användas även om en person återvänt till hemstaten efter att ha varit bosatt i en annan medlemsstat fördjupas.

familjen. Av direktivets artikel 2.2 framgår nämligen att en (medföljande) familjemedlem kan vara; make/maka¹¹¹⁰, sambo¹¹¹¹, registrerad partner, släktingar i rakt nedstigande led som är under 21 år eller är beroende för sin försörjning, samt underhållsberättigade släktingar i rakt uppstigande led.¹¹¹²

Vad gäller barn eller äldre släktingar kan de vara släkt med den medföljande partnern och behöver således inte vara barn/föräldrar till den person uppehållsrätten härleds ifrån.¹¹¹³ Begreppet släktingar i rakt uppstigande och nedstigande led omfattar adoptivrelationer, legala vårdnadshavare och, under förutsättning att fosterföräldrarna har vårdnaden, i vissa fall även fosterbarn.¹¹¹⁴ I EU-domstolens praxis har även slagits fast att föräldrar som har den faktiska vårdnaden om en minderårig unionsmedborgare (oavsett om föräldrarna själva är unionsmedborgare eller tredjelandsmedborgare) måste få härleda uppehållsrätt från sitt barn även om de inte kan anses vara "underhållsberättigade släktingar i rakt uppstigande led". Om föräldern nekades denna rätt skulle nämligen barnets rätt till uppehållsrätt bli helt verkningslös.¹¹¹⁵

Av rörlighetsdirektivet framgår dessutom att medlemsstaternas nationella lagstiftning *måste* innehålla en möjlighet att bevilja *uppehållstillstånd* till vissa familjemedlemmar till en unionsmedborgare som inte omfattas av artikel 2.2 och som därmed saknar möjligheten att härleda *uppehållsrätt*. Medlemsstater

¹¹¹⁰ Begreppet "make eller maka" i den mening som avses i unionsrättens bestämmelser om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt uppehålla sig inom medlemsstaterna omfattar makar av samma kön, se C-673/16, Relu Adrian Coman m.fl. mot Inspectoratul General pentru Imigrări och Ministerul Afacerilor Interne, EU:C:2018:385.

¹¹¹¹ Om staten tillåter att sambos till dess egna medborgare beviljas uppehållstillstånd för anknytning.

¹¹¹² "Ställningen som 'underhållsberättigad' familjemedlem till den unionsmedborgare som inehar uppehållsrätten följer av en faktisk situation som kännetecknas av att familjemedlemmens materiella försörjning tryggas av innehavaren av uppehållsrätten. När det är den omvända situationen som gäller, det vill säga att innehavaren av uppehållsrätten är berättigad till underhåll från tredjelandsmedborgaren, kan den sistnämnde medborgaren således inte göra gällande att han eller hon är en 'underhållsberättigad' släkting i rakt uppstigande led till innehavaren, i den mening som avses i direktiv 2004/38, för att få uppehållsrätt i den mottagande medlemsstaten", se dom i mål C-40/11, *Yoshikazu Iida mot Stadt Ulm*, EU:C:2012:691, punkt 55.

¹¹¹³ Rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), artikel 2.2

¹¹¹⁴ EU-kommissionens vägledning till ett bättre införlivande och en bättre tillämpning av rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), KOM(2009) 313 slutlig, Bryssel den 2.7.2009, s. 5. Fosterbarn och fosterföräldrar som tillfälligt har vårdnaden kan åtnjuta rättigheter enligt direktivet, beroende på hur starka banden är i det enskilda fallet. Se även Peers, Steve. *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 349.

¹¹¹⁵ Se t.ex. EU-domstolens domar i målen C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu och Man Lavette Chen mot Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2004:639, punkt 45 samt C-40/11, *Yoshikazu Iida mot Stadt Ulm*, EU:C:2012:691, punkt 69.

måste således se till att tillstånd för inresa och uppehålle *kan* beviljas en partner ”som har ett varaktigt vederbörligen bestyrkt förhållande”¹¹¹⁶ samt familjemedlemmar som ”är beroende av eller bor hos den unionsmedborgare som har primär uppehållsrätt eller om det av allvarliga hälsoskäl absolut krävs att unionsmedborgaren personligen tar hand om familjemedlemmen”.¹¹¹⁷ För att en person ska anses som ”beroende” av en unionsmedborgare krävs att det föreligger ett beroendeförhållande i det land från vilket familjemedlemmen anländer, och att beroendeförhållandet föreligger åtminstone vid tidpunkten då denna person ansöker om att få ansluta sig till den unionsmedborgare som hen är beroende av.¹¹¹⁸

Att *möjligheten* till tillstånd måste finnas i nationell lagstiftning ska dock inte förstås som att medlemsstaterna är skyldiga att bifalla *alla* ansökningar om tillstånd att resa in i eller uppehålla sig i landet som lämnas in av nyss nämnda familjemedlemmar. Däremot krävs att en noggrann undersökning av de personliga förhållandena görs och att ett eventuellt avslagsbeslut motiveras.¹¹¹⁹

I familjeåterföreningsdirektivet finns bestämmelser om att en medlemsstat *får* tillåta inresa och vistelse för den, nyss nämnda, kategori personer rörlighetsdirektivet *kräver* en möjlighet för.¹¹²⁰

I de regelverk som tillhör EU:s gemensamma asylsystem definieras familjebegreppet i fyra av sex rättsakter.¹¹²¹ Enligt *Dublinförordningen* omfattas

¹¹¹⁶ Se angående detta krav exempelvis EU-kommissionens vägledning till ett bättre införlivande och en bättre tillämpning av rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), KOM(2009) 313 slutlig, Bryssel den 2.7.2009, s. 4.

¹¹¹⁷ Rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), artikel 3.2.

¹¹¹⁸ Se EU-domstolens dom i mål C-83/11, *Secretary of State for the Home Department mot Muhammad Sazzadur Rahman m.fl.*, EU:C:2012:519, punkt 35

¹¹¹⁹ Se ibid, punkt 26. Se även Peers, Steve. *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 346 f.

¹¹²⁰ Artikel 4.2 och 4.3 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹¹²¹ Dublinförordningen (2013/604/EU), skyddsgrundsdirektivet (2011/95/EU), mottagandedirektivet (2013/33/EU), Rådets direktiv 2001/55/EG av den 20 juli 2001 om miniminormer för att ge tillfälligt skydd vid massiv tillströmning av fördrivna personer och om åtgärder för att främja en balans mellan medlemsstaternas insatser för att ta emot dessa personer och bära följderna av detta [cit. massflyktsdirektivet (2001/55/EG)], asylprocedurdirektivet (2013/32/EU) och Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 603/2013 av den 26 juni 2013 om inrättande av Eurodac för jämförelse av fingeravtryck för en effektiv tillämpning av förordning (EU) nr 604/2013 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en ansökan om internationellt skydd som en tredjelandsmedborgare eller en statslös person har lämnat in i någon medlemsstat och för när medlemsstaternas brottsbekämpande myndigheter begär jämförelser med Eurodacuppgifter för brottsbekämpande ändamål, samt om ändring av förordning (EU) nr 1077/2011 om inrättande av en Europeisk byrå för den operativa förvaltningen av stora it-system inom området frihet, säkerhet och rättvisa [cit. EURODAC-förordningen]. I de fyra förstnämnda definieras begreppet familjemedlem, i asylprocedurdirektivet används begreppet men definieras inte och i EURODAC-förordningen nämns familj inte överhuvudtaget.

make/maka/ogift partner¹¹²² i ett varaktigt förhållande samt underåriga ogifta barn¹¹²³ till sådana par eller till den asylsökande.¹¹²⁴ Om den asylsökande/personen som beviljats internationellt skydd är ett ogift barn omfattas dennes mamma, pappa eller ”en annan vuxen som ansvarar för sökanden enligt lag eller praxis i den medlemsstat där den vuxna befinner sig”.¹¹²⁵ Dublinförordningen tar utöver familjemedlem även upp begreppen syskon och släktingar. Syskon definieras inte närmare,¹¹²⁶ men med släkting avses den asylsökandes vuxna faster/moster eller farbror/morbror eller mor- eller farförälder.¹¹²⁷ Skyddsgrundsdirektivets och mottagandedirektivets definitioner av familjemedlem överensstämmer med definitionen i Dublinförordningen.¹¹²⁸ Även i skyddsgrundsdirektivet och mottagandedirektivet nämns syskon¹¹²⁹ och släktingar¹¹³⁰, här definieras dock inget av begreppen närmare.

I *massflyktsdirektivet*¹¹³¹ används begreppet ”personer som anses ingå i familjegemenskapen” vilket omfattar make/maka, ogift partner i ett stabilt förhållande (om denna typ av förhållanden ska behandlas på jämförbart sätt enligt medlemsstatens utlänningslagstiftning och praxis), underåriga ogifta barn till referenspersonen och dennes partner samt andra nära anhöriga som levde tillsammans och ingick i familjegemenskapen och som var helt eller delvis beroende av referenspersonen.¹¹³² En förutsättning för att omfattas av massflyktsdirektivets familjebegrepp är att familjemedlemmarna levde tillsammans då situationen som ledde till flykten uppstod och att det var pga. denna situation familjen splittrades.

Även i Dublinförordningen, skyddsgrundsdirektivet och mottagandedirektivet är en förutsättning för att falla in under begreppet familjemedlem (i vart fall som partner) att familjen existerade redan i ursprungslandet.¹¹³³ Det är en tydlig skillnad mot vad som gäller för familjeåterföreningsdirektivet som är tillämpligt ”oavsett om familjebanden knutits före eller efter referenspersonens

¹¹²² Om lag eller praxis i den berörda medlemsstaten behandlar ogifta par som jämställda med gifta par i sin nationella rätt avseende tredjelandetsmedborgare.

¹¹²³ Begreppet barn omfattar barn födda inom och utom äktenskap samt även adopterade barn.

¹¹²⁴ Dublinförordningen (2013/604/EU), artikel 2.g.

¹¹²⁵ Ibid.

¹¹²⁶ Se avsaknad av definition i ibid, artikel 2.

¹¹²⁷ Ibid, artikel 2.h.

¹¹²⁸ Jfr artikel 2.j. skyddsgrundsdirektivet (2011/95/EU) och artikel 2.c mottagandedirektivet (2013/33/EU).

¹¹²⁹ Se t.ex. artikel 31.4 skyddsgrundsdirektivet (2011/95/EU) samt artikel 23.5 och 24.2 mottagandedirektivet (2013/33/EU).

¹¹³⁰ Se t.ex. artiklarna 4.2, 23.5, 31.3 och 31.5 skyddsgrundsdirektivet (2011/95/EU) samt artikel 18.2.b, 18.5 och 24.2 mottagandedirektivet (2013/33/EU).

¹¹³¹ Massflyktsdirektivet (2001/55/EG).

¹¹³² Ibid, artikel 15.1.

¹¹³³ Artikel 2.g. Dublinförordningen (2013/604/EU), artikel 2.j. skyddsgrundsdirektivet (2011/95/EU) och artikel 2.c mottagandedirektivet (2013/33/EU).

inresa”.¹¹³⁴ Även rörlighetsdirektivet gäller utifrån de förhållanden som gäller då uppehållsrätten aktiveras, här finns alltså inget krav på att familjen varit etablerad sedan tidigare. Som ovan nämnts finns dock krav på tidigare förhållanden kopplade till situationer där en person vill härleda uppehållsrätt pga. ett beroendeförhållande.

Enligt EU-domstolens praxis kan begreppet make/maka enbart användas på partners i förhållanden grundade på äktenskap.¹¹³⁵ Medlemsstater måste dock likabehandla övriga unionsmedborgare med sina egna medborgare. Detta innebär att i de fall en stat, likt Sverige, valt att jämställa makar och sambor¹¹³⁶ vad gäller anknytningsärenden så kan inte en unionsmedborgares sambo nekas uppehållsrätt av den grund att hen inte faller in under begreppet make/eller maka.¹¹³⁷

I kommissionens vägledning till ett bättre införlivande och en bättre tillämpning av rörlighetsdirektivet diskuteras vad som gäller vid erkännande av äktenskap som ingåtts någon annanstans i världen.¹¹³⁸ Här anges att tvångsäktenskap – där en eller båda parter blir gifta utan eget samtycke eller mot sin vilja – inte skyddas av gemenskapsrätten (och inte heller av internationell rätt)¹¹³⁹. Kommissionen förtydligar dock att tvångsäktenskap måste separeras från arrangerade äktenskap, där en tredje part visserligen intagit en ledande roll i valet av partner men makarna själva har samtyckt till äktenskapet. I familjeåterföreningsdirektivet finns en bestämmelse i syfte ”att garantera en bättre integration och förhindra tvångsäktenskap” med innebörden att medlemsstaterna får kräva att referenspersonen och dennes make/maka ska ha fyllt 21 år för att få återförenas.¹¹⁴⁰

¹¹³⁴ Se artikel 2.d familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG). Se även EU-domstolens dom i mål C-578/08, *Rhimou Chakroun mot Minister van Buitenlandse Zaken*, EU:C:2010:117, punkterna 59–64 där domstolen uttalar att direktivets bestämmelser är tillämpliga oberoende av om makar gift sig före eller efter referenspersonens inresa. Det enda undantaget är direktivets artikel 9.2 där det uttryckligen anges att familjeband ska ha etablerats före inresan.

¹¹³⁵ EU-domstolens dom i mål C-59/85, *Nederländska staten mot Ann Florence Reed*, EU:C:1986:157, punkt 16.

¹¹³⁶ Med sambor avses två personer som stadigvarande bor tillsammans i ett parförhållande och har gemensamt hushåll, 1 § sambolag (2003:376).

¹¹³⁷ EU-domstolens dom den 17 april 1986 i mål C-59/85, *Nederländska staten mot Ann Florence Reed*, EU:C:1986:157, punkt 30.

¹¹³⁸ EU-kommissionens vägledning till ett bättre införlivande och en bättre tillämpning av rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), KOM(2009) 313 slutlig, Bryssel den 2.7.2009.

¹¹³⁹ Se t.ex. artikel 16.2 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna samt artikel 16.1 b i FN:s konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor, 1249 UNTS 13. Antagen 18 december 1979, trädde i kraft den 3 september 1981. För Sveriges anslutning se SÖ 1980:8.

¹¹⁴⁰ Artikel 4.5 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

Vad gäller polygama äktenskap är medlemsstaterna inte skyldiga att erkänna denna typ av äktenskap, även om de ingåtts lagligen.¹¹⁴¹ Av familjeåterföreningsdirektivet framgår dessutom att när det gäller polygama hushåll där referenspersonen redan bor tillsammans med en make/maka på en medlemsstats territorium, ska den berörda medlemsstaten *inte tillåta* familjeåterförening för en ytterligare make/maka.¹¹⁴²

8.3.1.5 Familjebegreppet i den svenska utlänningslagstiftningen

Som konstaterats ett flertal gånger redan i avhandlingen är de tolkningar som görs av Europadomstolen och EU-domstolen juridiskt bindande för Sverige. Därmed gäller vad som ovan angetts om dessa domstolars tolkning av familjebegreppet även i Sverige. När det gäller uppehållsrätten har för tydlighetens skull en definition av familjemedlem, som utgår ifrån EU-domstolens tolkning, tagits in direkt i den svenska utlänningslagstiftningen.¹¹⁴³

I den svenska nationella utlänningslagstiftningen används såväl ordet *familj* som orden *familjemedlem* och *anhörig*. Begreppen är inte generellt definierade i lagstiftningen, utan har getts delvis olika innebörd i olika sammanhang. Vanligast är att familjemedlem avser maka, make eller sambo samt barn under 18 år.¹¹⁴⁴ När det gäller arbetstagare samt EU/EES-medborgare räknas dock barn upp till 21 år som familjemedlemmar.¹¹⁴⁵ Några gånger hänvisar lagstiftningen till ”familjemedlemmar som avses i 5 kap. 3 § första stycket 1-3”.¹¹⁴⁶ I detta lagrum anges att familjemedlemmar är make/maka eller sambo samt

¹¹⁴¹ Se EU-kommissionens vägledning till ett bättre införlivande och en bättre tillämpning av rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), KOM(2009) 313 slutlig, Bryssel den 2.7.2009, s. 4. Kommissionen hänvisar till Europadomstolens dom i *Alilouch El Abasse mot Nederländerna* från den 6 januari 1992. Domen är opublicerad, se dock hänvisning i bl.a. beslut om avvisning av talan i målet *Bibi mot Förenade kungariket*, (dom den 29 juni 1992, appl. no 19628/92).

¹¹⁴² Artikel 4.4 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹¹⁴³ 3 a kap. 2 § utlänningslagen. Här anges således att en familjemedlem till EES-medborgare är make eller sambo, släkting i rakt nedstigande led till EES-medborgaren eller till hans eller hennes make eller sambo, om släktingen är beroende av någon av dem för sin försörjning eller är under 21 år, släkting i rakt uppstigande led till EES-medborgaren eller till hans eller hennes make eller sambo, om släktingen är beroende av någon av dem för sin försörjning, eller annan familjemedlem, om familjemedlemmen i det land som han eller hon har kommit från är beroende av EES-medborgaren för sin försörjning eller ingår i EES-medborgarens hushåll eller om det av allvarliga hälsoskäl absolut krävs att EES-medborgaren personligen tar hand om familjemedlemmen. Dessutom anges i 3 a kap. 3 § att med familjemedlem till EES-medborgare avses även en utlänningsmedlem med sådan familjeanknytning som anges i första stycket till en svensk medborgare som återvänder till Sverige efter att ha utnyttjat sin rätt till fri rörlighet enligt rörlighetsdirektivet och som utlänningsmedlem har följt med eller anslutit sig till när den svenska medborgaren utnyttjat sin rätt till fri rörlighet.

¹¹⁴⁴ Se exempelvis 5 kap. 3 § utlänningslagen, 4 kap. 4 b § utlänningsförordningen samt 4 kap. 7 a § utlänningsförordningen.

¹¹⁴⁵ 4 kap. 4 a § utlänningsförordningen.

¹¹⁴⁶ 6 a kap. 10 § och 6 b kap. 14 § utlänningslagen.

minderåriga, ogifta, barn. Här är frågan om ett barn anses vara ogift eller inte således avgörande för om barnet ska anses omfattas.¹¹⁴⁷

I vissa fall möjliggör lagstiftningen att även andra personer kan omfattas om dessa personer *står i beroendeställning* pga. skäl kopplade till sin försörjning. När det gäller arbetstagare omfattas endast släktingar i rakt nedstigande led.¹¹⁴⁸ När det gäller återkallelse av uppehållstillstånd för familjemedlemmar till EES-medborgare omfattas dock även föräldrar som är beroende av sitt barn för sin försörjning.¹¹⁴⁹

Resonemang om beroendeförhållande återkommer i relation till ordet *anhörig*. T.ex. anges att anhöriga till tribunalvittnen¹¹⁵⁰ är vittnets make eller sambo, barn som är beroende av vittnet, samt annan anhörig till vittnet som ingår i samma hushåll som vittnet och mellan vilka det föreligger ett särskilt beroendeförhållande.¹¹⁵¹ Härutöver används orden ”nära anhörig” i 5 kap. 3 a § 1 stycket 2 punkten. I själva bestämmelsen finns ingen närmare ledning kring vem som kan anses som nära anhörig. Av lagtexten framgår dock att det ska handla om en person som ”på något annat sätt än som avses i [5 kap.] 3 § [dvs. make, make, sambo samt ogifta minderåriga barn]” är anhörig. Av förarbetsuttalanden framgår att ”nära anhörig” tar sikte på ”anhöriga utöver kärnfamiljen” som har ingått i samma hushållsgemenskap som den härvarande personen.¹¹⁵² Som exempel lyfts fram att nära anhörig kan avse hemmaboende, ogifta barn över 18 år eller föräldrar som i hemlandet tagits om hand av något barn. Dessutom lyfts fram att ”[s]ärskild hänsyn måste tas till att det i många kulturer är mer eller mindre omöjligt för ensamstående kvinnor att leva i en egen bostad. Det [sic!] är i stället hänvisade till att bo tillsammans med någon manlig släkting. Det kan därför inte uteslutas att till den krets av anhöriga som bör beviljas uppehållstillstånd på grund av att de ingått i samma familjegemenskap kan hänföras även exempelvis en äldre, ensamstående faster”¹¹⁵³.

Av vad som nu sagts framgår att i den svenska utlänningslagstiftningen är det vanligen partners samt minderåriga barn som anses vara familj. I avsnitt 10.5.2. om familjeåterförening nedan belyses de krav som i praxis uppställts för att en person ska anses vara familjemedlem, däribland vad som krävts för att anse att en person står i ett särskilt beroendeförhållande till en annan.

¹¹⁴⁷ MIG 2012:4, se mer om detta nedan i avsnitt 10.5.2.1.2.

¹¹⁴⁸ 4 kap. 4 a § utlänningsförordningen.

¹¹⁴⁹ 7 kap. 4 § utlänningslagen.

¹¹⁵⁰ Personer som vittnat eller kommer att vittna i förhandlingar inför en internationell domstol eller tribunal, se *ibid*, 22 kap.

¹¹⁵¹ *Ibid*, 22 kap. 2 §.

¹¹⁵² Prop. 1996/97:25 s. 113.

¹¹⁵³ *Ibid*.

8.4 Rättsligt skydd för privatlivet

I en artikel i *Harvard Law Review* från år 1890 argumenterade Samuel D. Warren och Louis D. Brandeis för att i takt med samhällsutvecklingen – fotografier hade blivit vanligare, nya tekniska apparater utvecklades och tidningar publicerade mer och mer personligt material (”skvaller” enligt artikelförfattarna) – så ökade behovet av en ”rätt att få vara ifred”.¹¹⁵⁴ Rätten till respekt för privatlivet går dock enligt James Michael att spåra så långt tillbaka i tiden som till år 1361.¹¹⁵⁵ I England fanns då en lag som tillät arrestering av personer som tjuvlyssnat eller tjuvkikad på andra.¹¹⁵⁶ År 1765 meddelade den brittiske domaren Lord Camden att myndigheterna brutit mot lagen då de gått in i ett hus och beslagtagit dokument.¹¹⁵⁷ Lord Camden menade att den brittiska rätten ”håller varje mans egendom så helig att ingen annan man får sätta sin fot där utan tillåtelse, om han ändå gör så är han en inkräktare även om han inte åsamkar någon skada. Om han ska beredas tillträde på sin grannes mark så krävs laglig rätt.”¹¹⁵⁸ Sedan dess har de flesta länderna i världen utvecklat någon form av skydd för privatliv. På internationellt plan är det FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter som brukar anses som grunden för skyddet för privatlivet. I deklarationens artikel 12 stadgas ett skydd mot godtyckliga ingripanden i privatlivet. Som nämnts ovan är den allmänna förklaringen inte juridiskt bindande. Rättigheten har dock getts juridiskt skydd genom att sedermera införlivas i bl.a. ICCPR (artikel 17), Europakonventionen (artikel 8), EU:s rättighetsstadga (artikel 7) och barnkonventionen (artikel 16).¹¹⁵⁹

8.5 Vad är privatliv?

En viktig fråga i sammanhanget är vad som kan räknas som privatliv. Någon tydlig definition eller gräns för vad det rättsliga intresset kan omfatta är dock

¹¹⁵⁴ Warren, Samuel D. och Brandeis, Louis D., *The Right to Privacy*, *Harvard Law Review*, vol. 4, nr. 5. 1890, s. 195. Warren och Brandeis hänvisar till ett uttalande av Domare Cooley som just tagit upp en rätt att vara ifred.

¹¹⁵⁵ Michael, James, *Privacy and Human Rights: An International and Comparative Study*, with Special Reference to Developments in Information Technology, Dartmouth, Aldershot, 1994, s. 15.

¹¹⁵⁶ The Justices of the Peace Act 1361 (34 Edw 3 c 1).

¹¹⁵⁷ Se målet *Entick mot Carrington*, England and Wales High Court, EWHC KB J98 95 ER 807, dom den 2 november 1765.

¹¹⁵⁸ Fritt översatt från ”[o]ur law holds the property of every man so sacred, that no man can set his foot upon his neighbour’s close without his leave; if he does, he is a trespasser, though he does no damage at all; if he will tread upon his neighbour’s ground, he must justify it by law”, *Entick mot Carrington*.

¹¹⁵⁹ Vissa av dessa bestämmelser använder ordet ”privacy” och andra ”private life”. Enligt Manfred Nowak bör det dock förmodas att innebörden är i stort densamma, Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary*, Andra upplagan, Engel, Kehl, 2005, s. 385.

svår – kanske omöjlig – att fastställa. FN:s kommitté för mänskliga rättigheter (MR-kommittén) har t.ex. valt att uttala att begreppet omfattar den sfär av en persons liv där hen fritt kan uttrycka sin identitet, antingen i relation till andra eller ensam, men har i övrigt lämnat definitionen öppen.¹¹⁶⁰ Manfred Nowak menar att rätten till respekt för privatliv garanterar respekt för människors individuella existens och att privatliv måste förstås utifrån kontexten att varje person har en rätt att inte bara existera fysiskt, spirituellt och juridiskt utan en rätt till respekt för hennes särskilda, individuella natur, utseende, ära och rykte.¹¹⁶¹

Bland Europakonventionens statsparter har uppfattningarna om vad som ska anses omfattas av begreppet privatliv gått isär, såväl mellan som inom länderna. Skillnaderna har historiskt sett visat sig tydligast i frågor som jämställdhet, homosexuellas rättigheter samt synen på barn födda inom respektive utom äktenskapet.¹¹⁶² Europadomstolens tolkning och tillämpning av konventionen har successivt bidragit till en ökande samsyn.¹¹⁶³ Domstolen har varken ansett det nödvändigt eller önskvärt att uttömmande försöka definiera innebörden av privatliv.¹¹⁶⁴ Frågan om vilka omständigheter som kan falla in under begreppet privatliv i Europakonventionens mening undersöks och diskuteras dock återkommande av Europadomstolen,¹¹⁶⁵ och även av dess företrädare Europarådets kommission för de mänskliga rättigheterna (Europakommissionen). Således finns viss ledning att finna i den praxis som vuxit fram genom åren. Europakommissionen uttalade t.ex. år 1976 i målet *X mot Island*¹¹⁶⁶ att rätten till privatliv sträcker sig längre än till att leva på ett vis en person önskar, skyddad från offentligheten – respekten för privatliv skyddar även, om än till en viss gräns, rätten att *etablera och utveckla relationer* med andra människor.¹¹⁶⁷

¹¹⁶⁰ FN:s MR-kommittés uttalanden i ärendet *Coeriel och Aurik mot Nederländerna*, CCPR/C/52/D/453/1991, Communication No. 453/1991, 31 oktober 1994.

¹¹⁶¹ Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary*, Andra upplagan, Engel, Kehl, 2005, s. 378.

¹¹⁶² Cameron, Iain, *An introduction to the European Convention on Human Rights*, Åttonde upplagan, Iustus, Uppsala, 2018, s. 122 f.

¹¹⁶³ Ibid.

¹¹⁶⁴ Se t.ex. Europadomstolens dom i målet *Niemietz mot Tyskland* (dom den 16 december 1992, appl. no. 13710/88), punkt 29.

¹¹⁶⁵ Se härom Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth och Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Sjunde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 400 ff.

¹¹⁶⁶ *X mot Island* (beslut den 18 maj 1976, appl. no. 6825/74).

¹¹⁶⁷ Ibid.

Nicole Moreham menar att domstolens praxis vad gäller rätten till privatliv kan systematiseras genom fem kategorier,¹¹⁶⁸ nämligen:

1. Frihet från ingrepp i fysisk eller psykisk integritet
2. Frihet från oönskad tillgång till samt insamlande av information
3. Frihet från allvarlig miljöförorening
4. Rätten att fritt utveckla sin identitet
5. Rätten att leva sitt liv på det sätt man själv väljer.

Gérard Cohen-Jonathan har argumenterat för att det går att se allt som har att göra med personlig hälsa, filosofiska, religiösa eller moraliska uppfattningar, familjeliv och känsloliv, vänskap samt, i vissa fall, arbetslivet som delar av privatlivet.¹¹⁶⁹

Vad gäller EU:s rättighetsstadga är bestämmelsen om skydd för privatliv baserad på bestämmelsen i Europakonventionen.¹¹⁷⁰ Eftersom stadgan ska tolkas i linje med Europakonventionens praxis gäller vad som nyss sagts om Europadomstolens tolkning av begreppet privatliv även då stadgan tillämpas. När det gäller barnkonventionen finns inga särskilda förtydliganden om vad som ska anses omfattas med privatliv. Då artikel 16 bygger på, och är i det närmaste en kopia av,¹¹⁷¹ artikel 17 ICCPR kan vad MR-kommittén uttalat om denna bestämmelse möjligen ge viss ledning även för hur barnkonventionens kopia bör tolkas. Utifrån en sådan tanke bör även definitionen av barnkonventionens rätt till privatliv lämnas öppen.¹¹⁷² Inte minst för att ordentligt kunna identifiera barns särskilda behov av privatliv, vilket kan skilja sig från vuxnas, en viktig aspekt som lyfts fram av bl.a. Kirsty Hughes.¹¹⁷³

Rätten till skydd för privatliv kan därmed anses skydda en mängd olika situationer. Det är dock viktigt att påminna om att rättigheten inte medför skydd mot alla ingrepp en stat kan tänkas göra i en persons privatliv, endast godtyckliga eller olagliga ingrepp är otillåtna.

¹¹⁶⁸ Moreham, Nicole A., The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-Examination, *European Human Rights Law Review*, vol. 44, nr. 1 2008.

¹¹⁶⁹ Cohen- Jonathan, Gérard, Respect for Private and Family Life, i Macdonald, Ronald St. J., Matscher, Franz och Petzold, Herbert (red.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, s. 405-407.

¹¹⁷⁰ Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna, 2007/C 303/02, Europeiska unionens officiella tidning nr C 303, 14.12.2007, s. 17-35, se förklaringen till artikel 7.

¹¹⁷¹ Den enda skillnaden mellan de två artiklarna är att "no one" och "everyone" i ICCPR har ersatts med "no child" respektive "the child" i barnkonventionen.

¹¹⁷² Se exempelvis hur rättigheten beskrivs i Hodgkin, Rachel och Newell, Peter, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child: prepared for UNICEF*, Tredje upplagan, UNICEF, New York, 2007.

¹¹⁷³ Hughes, Kirsty, The Child's Right to Privacy and Article 8 European Convention on Human Rights, kapitel 26 i Freeman, Michael D. A. (red.), *Law and Childhood Studies: Current Legal Issues Volume 14*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

9 Familjesammanhållning

9.1 Inledning

Som nämnts tidigare är principen om familjens enhet – att familjer ska hållas samman – inte bara en uppfattning i samhället utan en juridisk utgångspunkt. Trots det kan situationer ibland uppstå där effekten blir att familjer separeras. Barn kan t.ex. behöva omhändertas från sina familjer för att de annars skulle råka illa ut. Ett annat exempel är situationer där någon, eller några, av familjemedlemmarna inte (längre) anses ha rätt att befinna sig i Sverige och därför riskerar utvisning.

För att ge några exempel kan nämnas 1) personer som haft ett uppehållstillstånd som gått ut och som nu inte beviljats förlängning, 2) personer som haft ett uppehållstillstånd men som dömts till utvisning i samband med att ha dömts för ett brott, 3) personer som befunnit sig i Sverige lagligen under tiden de genomgått en asylprocess, men som fått avslag och därmed inte beviljats en rätt att fortsätta vistas i landet samt 4) personer som blivit upptäckta som vistades i Sverige utan tillstånd utan att någonsin ha gett sig tillkänna för myndigheterna.

Oavsett anledningen till att en människa inte längre har rätt att befinna sig i Sverige kan personen ha familjemedlemmar som å sin sida har en rätt att bo här i landet. En fråga som då uppkommer är hur denna situation ska hanteras juridiskt.

Som konstaterats ovan finns bestämmelser i såväl EU-rätten som i Europakonventionen och barnkonventionen som har en koppling till situationen att en familj riskerar att separeras. När ärendet ska bedömas av svenska rättstillämpare kommer dessa regelverk att behöva beaktas parallellt med den svenska utlänningslagstiftningen. Här kan påminnas om att regler som härrör från EU-rätten ska tolkas direktivkonformt samt i ljuset av EU:s rättighetsstadga. Europakonventionen kommer alltid att aktualiseras eftersom en person som befinner sig i Sverige och riskerar utvisning oundvikligen befinner sig under svensk jurisdiktion. För att ta ställning till om barnkonventionen är tillämplig är frågan om ärendet (på något vis) rör ett barn.

Eftersom den här avhandlingen tar sikte på situationer som rör barn kommer denna del att börja med att belysa barnkonventionens bestämmelser om familjeseparationer. Härfter presenteras Europadomstolens praxis vad gäller familjeseparationer tätt följt av en redogörelse av EU-rätten. Slutligen presenteras svensk utlänningslagstiftning och praxis.

9.2 Familjesammanhållning enligt barnkonventionen

Till skillnad från Europakonventionen och EU:s rättighetsstadga som har bestämmelser som mer allmänt tar sikte på att familjeliv ska respekteras innehåller barnkonventionen en bestämmelse som specifikt tar sikte på familjeseparationer, artikel 9. I stadgandet konstateras att konventionsstaterna ska ”säkerställa att ett barn inte skiljs från sina föräldrar mot deras vilja utom i de fall då behöriga myndigheter, som är underställda rättslig överprövning, i enlighet med tillämplig lag och tillämpliga förfaranden, finner att ett sådant åtskiljande är nödvändigt för barnets bästa”. Genom att bestämmelsen stadgar att barn endast får separeras från sina föräldrar om det är *nödvändigt* för barnets bästa skiljer sig artikel 9.1 från den mer allmänna och svagare principen om barnets bästa i artikel 3.¹¹⁷⁴

Formuleringen ”mot deras vilja” har lett till diskussioner om vems eller vilkas vilja det handlar om; enbart föräldrarnas vilja, föräldrarnas och barnets vilja eller om det räcker med barnets egen vilja. Enligt Rachel Hodgkin och Peter Newell visar ordvalet tydligt att endast barnets vilja att ej separeras inte är tillräcklig, då de menar att pronomenet ”deras” hänvisar till antingen föräldrarnas vilja eller föräldrarnas och barnets gemensamma vilja.¹¹⁷⁵ Även Jaap Doek menar att barnets egen vilja verkar vara otillräcklig.¹¹⁷⁶ Doek menar vidare att det utifrån diskussionerna vid arbetet med att ta fram barnkonventionen är tydligt att formuleringen syftade på föräldrarnas vilja men att det inte utesluter en tolkning som omfattar barnets och föräldrarnas gemensamma vilja.¹¹⁷⁷

¹¹⁷⁴ Eekelaar, John och Tobin, John, Article 3. The Best Interests of the Child i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 100 samt Tobin, John och Cashmore, Judy, Article 9. The Right Not to be Separated from Parents i samma antologi, s. 319 f.

¹¹⁷⁵ Hodgkin, Rachel och Newell, Peter, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Tredje upplagan, UNICEF, New York, 2007, s. 122.

¹¹⁷⁶ Doek, Jaap, Article 9: The Right Not to Be Separated from His or Her Parents, i Andre, Alen, Vande Lanotte, Johan, Verhellen, Eugeen, Ang, Fiona, Berghmans, Eva och Verheyde, Mieke (red.) *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, s. 22.

¹¹⁷⁷ *Ibid*, s. 21 f.

Artikeln ger två uttryckliga exempel på när det kan vara nödvändigt att skilja ett barn från sina föräldrar; när föräldrarna har utsatt barnet för övergrepp eller vanvård samt om föräldrarna bor på olika håll och ett beslut om barnets bostadsort måste fattas. FN:s barnrättskommitté har uttalat sig om ett flertal situationer där det *inte* kan anses nödvändigt att separera barn och familjer. Bland annat har kommittén uttalat sig om detta i relation till artikel 20, som rör förhållandet att ett barn tillfälligt eller permanent måste beredas alternativ omvårdnad genom samhällets försorg då familjens omvårdnad av någon anledning brister. Kommittén har då t.ex. uttalat att hemlöshet eller fattigdom hos föräldrar inte i sig utgör grund för att flytta ett barn ifrån sin familj. Det samma gäller om föräldrarna inte ser till att barnet går i skolan. Utgångspunkten i dessa situationer ska enligt FN:s barnrättskommitté vara att samhället sätter in resurser för att rätta till bristerna, inte att barnet flyttas från familjen.¹¹⁷⁸

Artikel 9 betonar rätten för barn att upprätthålla relationen och kontakten med *båda* föräldrarna och ålägger bl.a. staten en skyldighet att informera föräldrar och barn om deras respektive vistelseort – förutsatt att det är konventionsstaten som har orsakat separationen mellan barnet och dess förälder t.ex. genom att besluta om en utvisning.¹¹⁷⁹ Enligt UNICEF innebär artikeln dessutom att konventionsstaterna bör säkerställa att familjemedlemmar får väsentliga upplysningar om varför en person ska utvisas samt ges upplysningar om t.ex. när de kan få träffa familjemedlemmen samt vilka lagstadgade rättigheter de har.¹¹⁸⁰

Artikel 9 ger uttryck för två viktiga principer; för det första att barn inte ska skiljas från sina föräldrar om det inte är nödvändigt för deras bästa och för det andra att om det är nödvändigt att separera familjemedlemmarna så måste separationen hanteras på ett korrekt sätt.¹¹⁸¹

När arbetsgruppen som tog fram utkastet till barnkonventionen hade arbetat fram och enats om utformningen av artikel 9 gjorde ordföranden i gruppen ett

¹¹⁷⁸ Se exempelvis FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 13 (2011) om barnets rätt till frihet från alla former av våld, se särskilt fotnot 7 samt fotnot 26, se även UNICEF Sverige, *Handbok om Barnkonventionen*, 1. Uppl, Stockholm, 2008, s. 104.

¹¹⁷⁹ Artikel 9.3 och 9.4 barnkonventionen, se även Hodgkin, Rachel och Newell, Peter, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Tredje upplagan, UNICEF, New York, 2007, s. 116 samt s. 131.

¹¹⁸⁰ UNICEF Sverige, *Handbok om Barnkonventionen*, 1. Uppl, Stockholm, 2008, s. 107.

¹¹⁸¹ För en djupare analys av dessa principer se exempelvis Tobin, John och Cashmore, Judy, Article 9. The Right Not to be Separated from Parents i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 307-342.

uttalande om att arbetsgruppen förstod det som att artikel 9 var avsedd att tillämpas endast på separationer som uppstod i ”inhemska situationer”.¹¹⁸² Av diskussionen som följde kan slutsatsen dras att statsrepresentanterna inte var eniga med ordföranden.¹¹⁸³ UNICEF menar att ordförandens uttalande inte ska ses som något mer än ett förtydligande av intentionerna med utkastet och att sådana intentioner inte har någon bindande verkan.¹¹⁸⁴ I sammanhanget kan det vara intressant att nämna att den tyska representanten särskilt uttalade att en frånvaro av invändningar mot ordförandens uppfattning inte skulle ses som att staterna instämde.¹¹⁸⁵

Ingenting i formuleringen av artikel 9 indikerar att endast familjesplittringar *inom* en konventionsstat skulle omfattas. Ordföranden menade att det var artikel 10, som rör familjeåterförening (och därför kommer att behandlas närmare nedan) som tog sikte på övriga familjesplittringar. Artikel 10 handlar dock om situationen att en person behöver resa in i eller lämna en konventionsstat *för* familjeåterförening [min kursivering], dvs. inte om vilka skyldigheter en konventionsstat har då staten riskerar att orsaka en splittring. Ytterligare en indikation på att artikel 9 inte ska tolkas som att enbart gälla separationer som sker inom en konventionsstat är att Japan valt att göra en invändning mot artikel 9 om att staten inte anser sig skyldig att låta bli att separera barn från sina föräldrar i fall där en utvisning ska ske pga. migrationsrättsliga regler.¹¹⁸⁶ Tydligast stöd för att artikel 9 är tillämplig på situationer där en person

¹¹⁸² Originalcitaten lyder “It is the understanding of the Working Group that article 6 [nu artikel 9] of this Convention is intended to apply to separations that arise in domestic situations, whereas article 6 *bis* [nu artikel 10] is intended to apply to separations involving different countries and relating to cases of family reunification.”, Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, E/CN.4/1989/48, punkt 203. Se även Detrick, Sharon, Doek, Jaap och Cantwell, Nigel (red.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child: a Guide to the "Travaux préparatoires"*, Nijhoff, Dordrecht, 1992, s. 181 f.

¹¹⁸³ Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, E/CN.4/1989/48, punkterna 204-207. Se även Detrick, Sharon, Doek, Jaap och Cantwell, Nigel (red.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child: a Guide to the "Travaux préparatoires"*, Nijhoff, Dordrecht, 1992, s. 181 f.

¹¹⁸⁴ Hodgkin, Rachel och Newell, Peter, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child: prepared for UNICEF*, Tredje upplagan, UNICEF, New York, 2007, s. 126.

¹¹⁸⁵ Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, E/CN.4/1989/48, punkt 207.

¹¹⁸⁶ Enligt artikel 9.1. ska staterna undvika att separera barn från sina föräldrar förutom då så är i överensstämmelse med barnets bästa. Som nämnades i kapitel 6 har Japan gjort en declaration angående artikel 9 och har deklarerat att “The Government of Japan declares that paragraph 1 of article 9 of the Convention on the Rights of the Child be interpreted not to apply to a Målwhere a child is separated from his or her parents as a result of deportation in accordance with its immigration law”, Se United Nations Treaty Collection, Status of Treaties, Convention on the Rights of the Child, tillgänglig via https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en, senast använd 22 augusti 2018. Se även CRC/C/2/Rev.8, s. 26; Japan CRC/C/15/Add.90, punkt. 6

riskerar utvisning är dock att staterna uttryckligen, i bestämmelsens fjärde punkt, åläggs vissa skyldigheter då ett ”åtskiljande är följden av åtgärder som en konventionsstat tagit initiativet till, t.ex. frihetsberövande, fängslande, *utvisning* [min kursivering]”.

När en person tvingas lämna ett land pga. en utvisning och en familjesplittring således uppstår aktualiseras alltså, oaktat ordförandens uttalande, artikel 9 i barnkonventionen. Artikel 9 har dock täta kopplingar till artikel 10. Bedömningen av om en utvisning – som innebär en familjeseparation – kan anses acceptabel behöver nämligen till stor del även handla om familjens möjligheter att återförenas i ett annat land. I situationen att ett barns förälder riskerar utvisning kommer således även artikel 10 att behöva beaktas.¹¹⁸⁷ Artikel 10 behandlas dock nedan under avsnitt 10.2 inom ramen för frågan om familjeåterförening.

För att närmare försöka förstå vad barnkonventionens bestämmelser om familjeseparation innebär kan fallet Japan möjligen ge viss ledning. Som nyss nämdes har Japan gjort en deklaration avseende artikel 9 där staten uttalat att barnkonventionens bestämmelse inte ska tolkas som att den kan hindra Japan från att utvisa ett barns förälder. Japan fick initialt kritik från FN:s barnrättskommitté för att landet gjort denna deklaration. Med tiden förefaller barnrättskommittén dock ha accepterat Japans förklaring till varför landet inte vill ta bort sin deklaration gällande skyldigheten att hålla samman familjer. Trots att Japan vidhållit sin deklaration har kritiken mot denna ”försvunnit” i FN:s barnrättskommittés tredje granskning av staten.¹¹⁸⁸ Intressant nog var det först i samband med denna tredje granskning av staten som Japan utvecklade varför landet tänkte vidhålla sin deklaration.¹¹⁸⁹ Japan menade att deklarationen i grunden handlade om att landet ansåg att artikel 9 utformats på ett så otydligt sätt att den gick att missförstå som att det inte någonsin var tillåtet att utvisa personer. Deklarationen skulle enligt Japan således syfta till att förtydliga hur artikeln var tänkt.

Av ordalydelsen framgår att artikel 9 tillåter att en stat separerar barn och föräldrar under förutsättning att beslutet 1) har fattats av behöriga myndigheter, som 2) är underställda rättslig överprövning, och 3) om dessa i enlighet med

¹¹⁸⁷ Hodgkin, Rachel och Newell, Peter, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child: prepared for UNICEF*, Tredje upplagan, UNICEF, New York, 2007, s. 137.

¹¹⁸⁸ Detta till skillnad mot föregående två granskningsrundor där barnrättskommittén uttryckte oro för deklARATIONERNA gällande artikel 9 och 10 (familjesammanhållning och familjeåterförening). Jfr p. 8-9, CRC/C/15/Add.231, vad gäller andra granskningsrundan samt jfr p. 6, CRC/C/15/Add.90, gällande FN:s barnrättskommittés första granskning av Japan.

¹¹⁸⁹ Third periodic report of States parties due in 2006, Japan, CRC/C/JPN/3, 22 April 2008, punkterna 8-10.

tillämplig lag och tillämpliga förfaranden, finner att ett sådant åtskiljande är nödvändigt för barnets bästa.¹¹⁹⁰

När det gäller biten om att det är nödvändigt för barnets bästa så kan det möjligen vara svårt att förstå hur en utvisning av en förälder kan vara nödvändig för barnets bästa. Bestämmelsen ska dock inte förstås som att det är utvisningen i sig som anses vara barnets bästa, utan snarare att det anses vara barnets bästa att låta barnet vara kvar i konventionsstaten – trots beslutet om att utvisa föräldern. Som nämndes ovan ger artikel 9 som exempel att det kan vara nödvändigt att skilja ett barn från sina föräldrar om föräldrarna bor på olika håll och ett beslut om barnets bostadsort måste fattas. Barnets bästa kan i detta fall innebära att barnet tillåts vara kvar tillsammans med den andra föräldern.

Möjligen är det att gå för långt att dra några större växlar på barnrättskommitténs agerande i relation till Japans deklaration men det tåls att i vart fall funderas på om kommittén accepterat landets resonemang. Det vore trots allt inte alltför märkligt då Japans tolkning förefaller ligga i linje med den som andra stater och även UNICEF:s handbok om barnkonventionen ger uttryck för. I handboken anges nämligen att tillämpningen av artikel 9 i vissa fall kan begränsas av stater migrationspolitik men att barnets bästa måste komma i främsta rummet.¹¹⁹¹ Även FN:s barnrättskommitté har betonat att konventionsstater måste säkerställa att barnets bästa behandlas som ett primärt intresse när beslut om att utvisa ett barns förälder fattas.¹¹⁹² Barnrättskommittén har riktat kritik mot stater som inte på ett korrekt sätt tagit hänsyn till barnets bästa då beslut fattats om att en utländsk medborgare som har barn bosatta i konventionsstaten ska utvisas.¹¹⁹³

Sammanfattningsvis bör barnkonventionens artikel 9 inte uppfattas som att det aldrig är tillåtet för en stat att genom utvisning separera en familj. Däremot måste så ske på ett sätt som överensstämmer med övriga skyldigheter som följer av barnkonventionen och annan internationell rätt,¹¹⁹⁴ däribland en korrekt bedömning av barnets bästa och en bedömning av möjligheten för barnet och dess föräldrar att leva tillsammans i en annan stat.

¹¹⁹⁰ För en djupare analys av dessa krav se Tobin, John och Cashmore, Judy, Article 9. The Right Not to be Separated from Parents i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 307-342.

¹¹⁹¹ UNICEF Sverige, *Handbok om Barnkonventionen*, 1. Uppl, Stockholm, 2008, s. 105.

¹¹⁹² Se exempelvis FN:s barnrättskommittés andra granskning av Norge CRC/C/15/Add.126, punkterna 30 och 31 och FN:s barnrättskommittés tredje granskning av Norge CRC/C/15/Add.263, punkterna 21 och 22.

¹¹⁹³ Se exempelvis FN:s barnrättskommittés tredje granskning av Norge CRC/C/15/Add.263, punkterna 21 och 22.

¹¹⁹⁴ Se för ytterligare stöd för denna utgångspunkt de diskussioner som fördes i samband med framtagandet av barnkonventionen, E/CN.4/1989/48, punkterna 203-207.

Artikel 9 handlar enbart om ett barns separation från sina föräldrar. I barnkonventionens artikel 16 finns dock en kompletterande rätt till respekt för familjeliv vilken kräver att en stat inte godtyckligt och/eller utan stöd i lag ingriper i ett barns familjeliv. Artikeln har en tydlig koppling till artikel 9 men utökar skyddet till att gälla en vidare krets av familjemedlemmar. I artikeln används nämligen det vidare begreppet familj vilket enligt UNICEF innebär att även ingrepp i relationer med t.ex. syskon, mor- och farföräldrar och andra viktiga familjemedlemmar för barnet omfattas av bestämmelsen.¹¹⁹⁵

9.3 Familjesammanhållning enligt Europakonventionen

I Europakonventionen är det som nämnts ovan artikel 8 om respekt för familjelivet som aktualiseras i situationer där en person riskerar att utvisas och som en konsekvens därav skiljas ifrån, i konventionsstaten kvarvarande, familjemedlemmar. Eftersom samtliga personer i dessa fall befinner sig i en konventionsstat och således under denna stats jurisdiktion kan såväl personen som ska utvisas som dennes familjemedlemmar lämna klagomål till Europadomstolen.¹¹⁹⁶

Efter att domstolen först konstaterat att en situation faktiskt rör familjeliv¹¹⁹⁷ går den vidare till att pröva om statens agerande inneburit ett ingrepp. Generellt sett anser Europadomstolen att det handlar om ett ingrepp i artikel 8 då en konventionsstat vill utvisa en person som har ett familjeliv i staten.¹¹⁹⁸ När ett ingrepp konstateras har domstolen, som nämnts i kapitel 4, att ta ställning till om det 1) har stöd i lag 2) har ett legitimt syfte och 3) är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle, dvs. om åtgärden är proportionerlig i relation till det mål den är avsedd att nå.¹¹⁹⁹

¹¹⁹⁵ UNICEF Sverige, *Handbok om Barnkonventionen*, Stockholm, 2008, s. 160 samt Hodgkin, Rachel och Newell, Peter, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child: prepared for UNICEF*, Tredje upplagan, UNICEF, New York, 2007, s. 210.

¹¹⁹⁶ Jfr med situationen i familjeåterförningsärenden då det är personen/personerna som befinner sig i konventionsstaten som kan klaga på att rätten till respekt för familjeliv kränks.

¹¹⁹⁷ Angående Europadomstolens definition av familjeliv se främst avsnitt 8.3.1.3 ovan.

¹¹⁹⁸ Se Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 400, se även Spijkerboer, Thomas, *Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion*, *European Journal of Migration and Law*, vol. 11 nr. 3, 2009, s. 273.

¹¹⁹⁹ Angående dessa kriterier se avsnitt 4.5 ovan.

Europadomstolens praxis i denna typ av utvisningsmål gör skillnad på utländska medborgare som 1) är lagligen bosatta i värdstaten men som av någon anledning ska utvisas och 2) personer som befinner sig i landet utan uppehållstillstånd och som ska utvisas.

9.3.1 Europadomstolens praxis

När det gäller lagligen bosatta migranter ("settled migrants" enligt Europadomstolens terminologi) innebär en utvisning att en person som har haft rätt att bo i konventionsstaten inte längre ska få fortsätta göra detta. Europadomstolen menar att utvisningar av lagligen bosatta migranter alltid innebär ett intrång i personens respekt för familjeliv och/eller privatliv.

9.3.1.1 Utvisning av lagligen bosatta migranter

När det gäller att utvisa personer på grund av brott kan staten hänvisa till bl.a. statens säkerhet, den allmänna säkerheten, förebyggande av oordning eller brott och skydd för andra personers fri- och rättigheter. Även om dessa är tungt vägande intressen måste en proportionalitetsbedömning göras där även individens intresse av att stanna i landet beaktas. För att pröva om en utvisning p.g.a. brott är tillåten eller otillåten – dvs. om den är baserad på lag, har ett legitimt syfte, är nödvändig i ett demokratiskt samhälle och är proportionerlig – görs en avvägning mellan allvaret och omfattningen av den brottslighet som begåtts och de eventuella svårigheter sökanden och dennes familj skulle möta i sökandens hemland om utvisningen genomfördes.¹²⁰⁰

Bedömningen utgår ifrån ett antal kriterier domstolen tagit fram, de s.k. *Boultif/Üner-kriterierna*¹²⁰¹, och innebär att följande aspekter beaktas:

¹²⁰⁰ Europadomstolen har avgjort flera mål av denna typ, se t.ex. *Moustaquim mot Belgien* (dom den 18 februari 1991, appl. no. 12313/86), *Beldjoudi mot Frankrike* (dom den 26 mars 1992, appl. no. 12083/86), *Nasri mot Frankrike* (dom den 13 juli 1995, appl. no. 19465/92), *C mot Belgien* (dom den 7 augusti 1996, appl. no. 21794/93), *Bouchelkia mot Frankrike* (29 januari 1997, appl. no. 23078/93), *El Boujaïdi mot Frankrike* (dom den 26 september 1997 123/1996/742/941), *Boujlifa mot Belgien* (dom den 21 oktober 1997, 122/1996/741/940), *Mehemi mot Frankrike* (dom den 26 september 1997, 85/1996/704/896), *Dalia mot Frankrike* (19 februari 1998, 154/1996/773/974), *Baghli mot Frankrike* (dom den 30 november 1999, appl. no. 34374/97), *Ezzouhdi mot Frankrike* (dom den 13 februari 2001, appl. no. 47160/99), *Yildiz mot Österrike* (31 oktober 2002, appl. no. 37295/97), *Jakupovic mot Österrike* (dom den 6 februari 2003, appl. no. 36757/97) och *Yilmaz mot Tyskland* (dom den 17 april 2003, appl. no. 52853/99).

¹²⁰¹ *Boultif mot Schweiz* (dom den 2 augusti 2001, appl. no. 54273/00) och *Üner mot Nederländerna* (dom den 18 oktober 2006, appl. no. 46410/99).

1. Typ och omfattning av brottslighet sökanden gjort sig skyldig till
2. Hur lång tid som förflutit sedan brottsligheten och hur sökanden betett sig under denna period
3. Hur länge sökanden vistats i landet från vilket hen riskerar att utvisas
4. De olika berörda personernas nationaliteter
5. Sökandens familjesituation, såsom äktenskapets längd och andra faktorer som kan vara till hjälp vid en bedömning av hur stark ett pars relation är
6. Om maken/makan hade kännedom om brottsligheten vid den tidpunkt då hen inledde relationen
7. Eventuella svårigheter som partnern sannolikt kommer att stöta på i det land som sökanden ska utvisas till
8. Om det finns barn i relationen, och om så är fallet, hur gamla de är
9. Barnets/barnens bästa och välbefinnande, särskilt allvaret i de svårigheter som sökandens barn sannolikt kommer att stöta på i det land som sökanden ska utvisas till, samt
10. Hur starka familjemedlemmarnas sociala, kulturella och släktmässiga band är till värdlandet respektive mottagarlandet

Om sökanden inte redan har utvisats när Europadomstolen tar upp ärendet ska proportionaliteten i utvisningen av sökanden bedömas utifrån omständigheterna kända av domstolen vid tidpunkten för prövningen.¹²⁰² Enligt domstolen kan nämligen en korrekt proportionalitetsbedömning inte genomföras om hänsyn inte kan tas till vad som utspelat sig i en persons liv efter det att staten fattat sitt beslut om utvisning. En annan lösning skulle enligt domstolen innebära att konventionsskyddet blev teoretiskt och illusoriskt.¹²⁰³ Ett undantag finns dock när det gäller bedömningen av förekomsten av familjeliv där domstolen ser till om sökanden hade ett familjeliv då de nationella myndigheterna fattade sitt slutliga beslut. Skulle familjelivet sedan dess ha upphört kan sökanden fortsatt åberopa skydd för sitt privatliv.¹²⁰⁴

Domstolen har betonat att skyldigheten att (korrekt) tillämpa principen om barnets bästa kan påverka tillämpningen av *Boultif/Üner-kriterierna*, inte minst om personen som begått ett brott och riskerar utvisning själv är ett barn.¹²⁰⁵ Hänsyn måste tas till om den brottslighet som lett till utvisningen begåtts av personen då denne fortsatt var ett barn.¹²⁰⁶ När längden av sökandens vistelse samt banden till värdlandet ska bedömas är det enligt domstolen tydlig

¹²⁰² Se exempelvis *Saadi mot Italien* (dom den 28 februari 2008, appl. no. 37201/06).

¹²⁰³ *A.A. mot Förenade kungariket* (dom den 20 september 2011, appl. no. 8000/08), punkt 67.

¹²⁰⁴ *Maslov mot Österrike* (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03), punkt 93.

¹²⁰⁵ *Ibid*, punkt 82.

¹²⁰⁶ *Ibid*, punkt 72. Se även *Moustaquim mot Belgien* (dom den 18 februari 1991, appl. no. 12313/86), punkt 44 och *Radovanovic mot Österrike* (dom den 22 april 2004, appl. no. 42703/98), punkt 35.

skillnad om sökanden är född i värdstaten, kom dit som barn eller bosatte sig där först i vuxen ålder.¹²⁰⁷ Enligt domstolen måste särskild hänsyn tas till den speciella situation att en person spenderat merparten, om inte hela, sin barndom i värdstaten och såldes växt upp och fått sin utbildning där.¹²⁰⁸ Även om det inte finns något absolut förbud mot att utvisa sådana personer måste det enligt domstolen finnas mycket allvarliga skäl för att en utvisning av en lagligen bosatt migrant som vuxit upp i landet ska vara tillåten enligt artikel 8 – inte minst om brottsligheten begåtts då personen fortfarande var ett barn.¹²⁰⁹

I målet *Jakupovic mot Österrike*¹²¹⁰ har domstolen specificerat att det krävs mycket starka skäl för att rättfärdiga en utvisning av en ung människa om barnet ska utvisas ensamt till ett land som nyligen upplevt en period av väpnad konflikt.¹²¹¹ Domstolen betonar i domen att livssituationen i ett land som nyss befunnit sig i krig generellt sett är svårare än i andra länder och poängterar dessutom att en försvarande omständighet vid utvisning av barn är om det inte finns bevis för att några nära släktingar finns i landet.

Boultif/Üner-kriterierna har tillämpats i ett relativt omfattande antal mål, med olika utgång.¹²¹²

¹²⁰⁷ *Maslov mot Österrike* (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03), punkt 73.

¹²⁰⁸ *Ibid*, punkt 74 samt *Üner mot Nederländerna* (dom den 18 oktober 2006, appl. no. 46410/99), p. 58.

¹²⁰⁹ *Maslov mot Österrike* (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03), punkt 75. Domstolen har dock klargjort att mycket allvarlig våldsam brottslighet kan motivera en utvisning även om brotten begåtts av minderåriga, se t.ex. *Bouchelkia mot Frankrike* (dom den 29 januari 1997, no. 23078/93), punkt 51, där domstolen inte fann någon otillåten inskränkning av artikel 8 i fråga om en utvisningsorder som meddelats en sökande som dömts för en grov våldtäkt hen utfört vid 17 års ålder. Se även besluten där domstolen avvisat klagomål gällande utvisningar som följd av att sökandena (16 respektive 17 år gamla) dömts för försök till rån, grov miss-handel och dråp *Hizir Kilic mot Danmark* (beslut den 22 januari 2007, appl. no. 20277/05) och *Ferhat Kilic mot Danmark* (beslut den 22 januari 2007, appl. no. 20730/05).

¹²¹⁰ *Jakupovic mot Österrike* (dom den 6 februari 2003, appl. no. 36757/97).

¹²¹¹ *Ibid*, punkt 29.

¹²¹² Se t.ex. *Boultif mot Schweiz* (dom den 2 augusti 2001, appl. no. 54273/00), *Üner mot Nederländerna* (dom den 18 oktober 2006, appl. no. 46410/99), *Maslov mot Österrike* (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03), *Savasci mot Tyskland* (beslut den 19 mars 2013, appl. no. 45971/08) och *Udeh mot Schweiz* (dom den 16 april 2013, appl., no. 12020/09). Exempel på mål där utvisningar ansågs godtagbara är: *Kaya mot Tyskland*, 28 juni 2007, appl. no. 31753/02, *Chair och JB mot Tyskland* (dom den 6 december 2007, appl. no. 69735/01), *Mutlag mot Tyskland* (dom den 25 mars 2010, appl. no. 40601/05) samt *Ejimson mot Tyskland* (dom den 1 mars 2018, appl. no. 58681/12). Exempel på mål där utvisningar inte ansågs godtagbara är: *Emre mot Schweiz* (dom den 22 maj 2008, appl. no. 42034/04), *Maslov mot Österrike* (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03).

9.3.1.2 Utvisning av migranter som vistas i värdstaten utan uppehållstillstånd

Till att börja med måste tydligt betonas att den rättsliga situationen för lagligen bosatta migranter är västenligt annorlunda än den för utländska medborgare som olovligen befinner sig i en konventionsstat.

Den senare kategorin, som nu ska diskuteras, kan dock delas upp i två: dels personer som *tidigare har varit lagligen bosatta* i landet men nu ska utvisas pga. att personens livsförhållanden ändrats och att en ansökan om förlängning av tillståndet eller en ansökan om tillstånd på nya grunder nekats, dels personer som *saknat rätt att vistas* i en konventionsstat ändå har befunnit sig där tillsammans med familjemedlemmar.¹²¹³ I båda dessa typer av fall kan det även förekomma brottslighet. I sådana fall beaktar domstolen de s.k. *Boultif/Ünerkriterierna* som presenterades i avsnittet ovan.

Den första typen av ärenden – där en person tidigare har vistats lagligen i ett land – har Europadomstolen bl.a. tagit ställning till i målet *Berrehab mot Nederländerna*¹²¹⁴. Målet rörde situationen att en man som beviljats uppehållstillstånd för att kunna leva tillsammans med sin fru sedermera skiljt sig. Mannen, som tillsammans med sin exfru fått en dotter, ansökte – när äktenskapet upplöstes – om uppehållstillstånd för att få stanna kvar i Nederländerna men nekades tillstånd med hänvisning till att det skulle gå emot allmänna intressen då mannen endast beviljats tillstånd för att bo tillsammans med sin nederländska fru, från vilken han nu separerat.¹²¹⁵ Mannen överklagade beslutet med motiveringen att han inte kunde se hur det kunde strida mot nationella intressen att bevilja honom ett uppehållstillstånd bl.a. då han hela tiden försörjt sig själv men framförallt då han hade legala skyldigheter som far åt ett nederländskt barn.¹²¹⁶

Europadomstolen, som kom fram till att en otillåten inskränkning av artikel 8 hade skett, menade att en rimlig balans mellan de i målet aktuella intressena inte uppnåts. Utvisningen ansågs oproportionerlig. I målet hade regeringen uttalat att intresset av reglerad invandring kunde anses vara ett legitimt intresse för att skydda allmän ordning.¹²¹⁷ Europadomstolen menade dock att det i det här ärendet handlade om en person som varit lagligt bosatt, försörjt sig

¹²¹³ *Jeunesse mot Nederländerna* (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10), punkt 104. Se även Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 334.

¹²¹⁴ *Berrehab mot Nederländerna* (dom den 21 juni 1988, appl. no. 10730/84).

¹²¹⁵ *Ibid*, punkt 10.

¹²¹⁶ Även om flickans mamma hade vårdnaden utövade mannen regelbundet umgänge med sin dotter (de sågs fyra gånger i veckan) och betalade underhåll, *ibid* punkterna 9 och 11.

¹²¹⁷ *Ibid*, punkt 25.

själv och som inte på något sätt betett sig brottsligt eller brutit mot migrationslagstiftningen. Det i målet aktuella intresse som skulle vägas mot mannens intresse av respekt för familjeliv var därför inte allmän ordning utan istället intresset av landets ekonomiska välbefinnande.¹²¹⁸ Då mannen hade mycket nära band till sin dotter och då en utvisning hotade att bryta dessa band ansåg domstolen att vid en intresseavvägning kunde det inte anses proportionerligt att utvisa mannen.¹²¹⁹

Europadomstolens slutsats i *Berrehab* kan inte anses vara generellt tillämplig i mål där en person varit lagligen bosatt i en konventionsstat. Europadomstolen var i domen tydlig med att Europakonventionen i princip inte förhindrar konventionsstater att reglera inresa och vistelse för utländska medborgare.¹²²⁰ I *Berrehab* fanns dock flera tungt vägande skäl för att han skulle få stanna: hans barn och hennes mor var nederländska medborgare med absolut rätt att vara bosatta i landet, han hade aldrig brutit mot några migrationsregler, han hade hela tiden försörjt sig själv och han hade en stark relation till sin dotter. Det förelåg således tungt vägande skäl för ett tillstånd, men mindre tungt vägande skäl däremot. Intressant i sammanhanget är att Europadomstolen även funnit en kränkning av artikel 8 i ett mål där en man på liknande sätt som *Berrehab* beviljats uppehållstillstånd till sin fru, fått ett barn och sedermera skiljt sig men där omständigheterna i övrigt måste anses som betydligt ”svagare”.

I *Ciliz mot Nederländerna*¹²²¹ var mannen samt även hans fru och barn turkiska medborgare, mannen befann sig i en tvist kring umgänge med barnet och han hade inget arbete utan fick arbetslöshetsersättning. Trots detta fann Europadomstolen att en utvisning av mannen innebar en kränkning av artikel 8. Dock främst med hänvisning till att Nederländerna hade beslutat att utvisa mannen före det att tvisten om umgängesrätt slutligt avgjorts. I och med att mannen utvisats ansåg domstolen att nederländska myndigheter inte bara föregått utfallet av den prövningen utan även effektivt nekat mannen möjlighet att delta i rättsprocessen vilket var av stor vikt för hur mannens rätt till umgänge skulle utfalla.¹²²²

Slutsatsen kan dras att utfallet av proportionalitetsavvägningen i denna typ av ärenden kommer att bero på omständigheterna i det enskilda fallet. Det är därför viktigt att samtliga förhållanden beaktas. Att enbart stödja sig på allmänna, vaga, ekonomiska skäl i denna typ av ärenden på det vis som Nederländerna gjorde i såväl *Berrehab* som *Ciliz* verkar dock inte särskilt framgångsrikt.

¹²¹⁸ Ibid, punkt 26.

¹²¹⁹ Ibid, punkt 29.

¹²²⁰ Ibid, punkt 28.

¹²²¹ *Ciliz mot Nederländerna* (dom den 11 juli 2000, appl. no 29192/95).

¹²²² Ibid, punkt 71.

I så väl *Ciliz* som *Berrehab* fanns männens barn fortsatt i Nederländerna vilket verkar ha talat för att uppehållstillstånd skulle beviljas. En annan situation är den att en person som har haft exempelvis ett arbetstillstånd inte får detta förlängt. Om en person i ett sådant fall har familj med rätt att stanna kvar i landet bör en bedömning självklart ta hänsyn till detta. Om även resten av familjen får ett beslut om utvisning då uppehållstillståndet inte förlängs kommer ärendet inte att hanteras som ett familjesplittringsärende, utan istället att bedömas enligt frågan om rätten till respekt för deras privatliv kränkts. Denna typ av ärenden behandlas därför närmare i kapitel 11 nedan.

När en person saknat rätt att vistas i en konventionsstat men ändå har befunnit sig där tillsammans med familjemedlemmar,¹²²³ blir situationen snäppet mer komplicerad. Dessa situationer väcker nämligen inte bara frågan om familjeliv utan även frågan om respekt för det migrationsrättsliga regelverket. På liknande vis som med utvisningsmålen pga. brott som diskuterades ovan kan staten i dessa fall hänvisa till fler legitima intressen än landets ekonomiska välmående.¹²²⁴ Om personen utöver att ha vistats i landet utan tillstånd även begått brott tillämpas *Boultif/Üner-kriterierna* i sin helhet. *Boultif/Üner-kriterierna* kan dock inte rakt av tillämpas om det endast är fråga om att en person befinner sig i staten utan tillstånd.

Europadomstolen har därför varit tvungen att utveckla praxis även för denna typ av ärenden. Domstolen har varit tydlig med att rätten till respekt för familjeliv inte innebär en generell skyldighet för en stat att respektera (och acceptera) migranters val av land att utöva sitt familjeliv.¹²²⁵ Samtidigt har domstolen betonat att stater även i denna typ av mål måste nå en rättvis balans – proportionalitet – mellan individens och samhällets konkurrerande intressen.¹²²⁶ Enligt domstolen innebär det att omfattningen av statens skyldigheter varierar i ärenden som gäller såväl familjeliv som migrationskontroll beroende på 1) de särskilda omständigheterna hos de berörda personerna och 2) de allmänna intressen som aktualiseras i målet (t.ex. att upprätthålla säkerhet och kontroll).¹²²⁷

¹²²³ *Jeunesse mot Nederländerna* (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10), punkt 104. Se även Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 334.

¹²²⁴ Även i dessa mål, som rör personer som vistats i landet utan tillstånd, kan bl.a. statens säkerhet, den allmänna säkerheten, förebyggande av oordning eller brott och skydd för andra personers fri- och rättigheter åberopas.

¹²²⁵ Se exempelvis *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94), punkt 38 och *Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna* (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99), punkt 39.

¹²²⁶ Se exempelvis *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94), punkt 38.

¹²²⁷ Se exempelvis *Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna* (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99), punkt 39.

Enligt domstolens praxis ska följande faktorer beaktas för att en avvägning mellan dessa (konkurrerande) intressen korrekt ska kunna genomföras;¹²²⁸

1. i vilken utsträckning familjelivet *effektivt* kommer att avbrytas om utvisningen genomförs,
2. hur starka band de berörda personerna har till konventionsstaten,
3. om det finns oöverstigliga hinder som står i vägen för att familjen ska kunna bosätta sig i någon av personernas ursprungsländer,¹²²⁹ samt
4. om det finns faktorer kopplade till statens intresse av att upprätthålla en reglerad invandring (t.ex. om personen har en historia av att inte ha respekterat migrationslagstiftningen) eller om det finns överväganden kopplade till allmän ordning och säkerhet som talar för att personen bör utvisas.

Ytterligare en viktig faktor att beakta är om familjelivet inleddes vid en tidpunkt då de berörda personerna var medvetna om att någon av deras migrationsrättsliga status innebar att det framstod som osäkert om de skulle kunna utöva sitt familjeliv tillsammans i konventionsstaten. Europadomstolen har uttalat att det i sådana fall krävs *exceptionella omständigheter* för att en utvisning ska anses vara en otillåten inskränkning av rätten till respekt för familjeliv.¹²³⁰ I målet *Jeunesse mot Nederländerna*¹²³¹ gav domstolens stora kammare viss ledning i vad som kan utgöra sådana exceptionella omständigheter.

I *Jeunesse* fann domstolen att Nederländerna gjort sig skyldigt till en otillåten kränkning av artikel 8 då landet beslutat att utvisa en tredjelandsmedborgare. Domstolen menade att trots att kvinnan uppehållit sig i landet utan tillstånd under många år vägrade hennes och hennes familjs intresse av att få fortsätta sitt familjeliv i Nederländerna tyngre än konventionsstatens intresse att upprätthålla migrationskontroll. Anledningarna till detta var flera. Hela kvinnans familj (man och tre barn) var nederländska medborgare och hade därmed rätt att utöva sitt familjeliv i Nederländerna.¹²³² Även kvinnan själv hade varit nederländsk medborgare vid födseln men förlorat sitt medborgarskap då Surinam

¹²²⁸ Ibid.

¹²²⁹ För detta kriterium se exempelvis *Bajsultanov mot Österrike* (dom den 12 juni 2012, appl. no. 54131/10) och *Latifa Benamar m.fl. mot Nederländerna* (beslut den 5 april 2005, appl. no. 43786/04).

¹²³⁰ Se *Mitchell mot Förenade kungariket* (dom den 24 november 1998, appl. no. 40447/98) och *Ajayi m.fl. mot Förenade kungariket* (dom den 22 juni 1999, appl. no. 27663/95), *Darren Omoregie m.fl. mot Norge* (dom den 31 juli 2008, appl. no. 265/07) och *Y mot Ryssland* (4 december 2008, appl. no. 20113/07). Jfr dock *Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna* (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99) där domstolen ansåg att även om den sökande uppvisat en nonchalant inställning till nederländska invandringsregler, så borde fallet särskiljas från andra där domstolen ansett att de berörda personerna inte någonsin kunde ha förväntat sig kunna att fortsätta familjelivet i värdlandet.

¹²³¹ *Jeunesse mot Nederländerna* (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10).

¹²³² Ibid, punkt 115.

blev självständigt.¹²³³ Kvinnan hade befunnit sig i Nederländerna i mer än 16 år och hade, utöver att hon stannat kvar i landet utan tillstånd efter det att hennes initiala besöksvisum löpt ut, ingen känd brottslighet. Europadomstolen ansåg att Nederländerna tolererat hennes vistelse i landet eftersom kvinnan under de senaste 15 åren levit på en adress som varit känd för myndigheterna utan att utvisas. Att hennes närvaro i landet tolererats, trots att myndigheterna hade kunnat utvisa henne, hade enligt domstolen möjliggjort att kvinnan utvecklat starka band till sin familj samt samhället och kulturen i Nederländerna.¹²³⁴

Domstolen påpekade i *Jeunesse* att det vid en bedömning av om en kränkning av artikel 8 skett är nödvändigt att ta vederbörlig hänsyn till situationen för samtliga familjemedlemmar eftersom bestämmelsen garanterar skyddet för hela familjen.¹²³⁵ Framförallt verkar dock utvisningens konsekvenser för kvinnans barn ha vägt tungt.

Domstolen påminde om att i samtliga ärenden som rör barn måste deras bästa beaktas.¹²³⁶ Även om domstolen i målet poängterade att barnets bästa inte ensamt kan vara avgörande så uttalades att betydande vikt (significant weight) måste fästas vid berörda barns intressen, särskilt då det enligt domstolen råder internationell konsensus om att barnets bästa ska vara av avgörande betydelse (paramount importance).¹²³⁷

Den centrala frågan att ta ställning till i denna typ av ärenden är enligt Europadomstolen om en rättvis balans har uppnåtts mellan de konkurrerande intressena i målet; å ena sidan den berörda familjens intresse att få fortsätta sitt familjeliv i konventionsstaten och å andra sidan statens intresse att upprätthålla systemet med reglerad invandring. Vid denna proportionalitetsbedömning – som rättstillämparen har att utföra – måste enligt domstolen de berörda barnens intressen vägas in.¹²³⁸

Vid en genomgång av Europadomstolens praxis i mål som rör utvisning av föräldrar går det att konstatera att de faktorer domstolen undersökt i relation

¹²³³ Ibid.

¹²³⁴ Ibid, punkt 116.

¹²³⁵ Ibid, punkt 117.

¹²³⁶ Ibid, se särskilt punkt 109 och punkt 118. Se även *Tuquabo-Tekle m.fl. mot Nederländerna* (dom den 1 december 2005, appl. no. 60665/00) punkt 44, *Popov mot Frankrike* (dom den 19 januari 2012, appl. nos. 39472/07 och 39474/07), punkterna 139-140, *Neulinger och Shuruk mot Schweiz* (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07), punkt 135 och *X mot Lettland* (dom den 26 november 2013, appl. no. 27853/09, punkt 96).

¹²³⁷ *Neulinger och Shuruk mot Schweiz* (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07), punkt 135 och *X mot Lettland* (dom den 26 november 2013, appl. no. 27853/09, punkt 96).

¹²³⁸ *Jeunesse mot Nederländerna* (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10), se särskilt punkt 109 och punkt 118.

till barnets bästa är; i vilken utsträckning de är beroende av sina föräldrar, familjesituationen i såväl vistelselandet som hemlandet, eventuella svårigheter barnet kan möta i (föräldrarnas) hemland och allvarligheten i dessa, hur en utvisning skulle påverka kontakten med föräldern, om familjen skulle separeras, hur barnets sociala band skulle påverkas (här beaktas skola, vänner, vilket språk barnet talar, läroplan etc.), barnets ålder och slutligen faktorer kopplade till tid. Domstolen ser till hur länge familjen bott tillsammans och om barnet har tillbringat någon tid i (föräldrarnas) hemland. Dessutom undersökts hur länge barnet vistats i hemlandet, med utgångspunkten att ett barn har starkare anknytning till vistelselandet ju längre barnet vistats där. Tid är även en faktor som beaktas i relation till kontaktmöjligheterna med föräldern, där en central fråga är hur lång tid de kan förväntas behöva leva isär om en utvisning verkställs.¹²³⁹

Domstolen har dock betonat att en korrekt tillämpning av barnets bästa i praktiken innebär att nationella rättstillämpare i princip måste identifiera – och bedöma – all bevisning avseende praktikalitet, genomförbarhet och proportionalitet av ett eventuellt avlägsnande av en icke-nationell förälder. Om så inte görs menar domstolen att risken är att konventionsstaten inte effektivt kan skydda och tillmäta de aktuella barnens bästa tillräcklig vikt.¹²⁴⁰

Vid domstolens bedömning av barnets bästa i *Jeunesse* menade den att även om det inte fanns oöverstigliga hinder som stod i vägen för att familjen skulle kunna bosätta sig i Surinam (såväl kvinnan som hennes make hade band till landet och barnen ansågs fortfarande vara relativt unga) så var det troligt att sökanden och hennes familj skulle uppleva vissa svårigheter om de tvingades omlokalisera dit.¹²⁴¹ Domstolen noterade i samband med detta att kvinnan var barnens ”primära och konstanta vårdgivare” samt att underlaget i målet visade på att barnen inte hade några egna band till Surinam, de hade aldrig varit där, men att de däremot var djupt rotade i sitt hemland Nederländerna.¹²⁴² Mot bakgrund av detta, och övriga omständigheter i målet, menade domstolen att det var uppenbart att barnens bästa inte var att tvinga deras mamma att omlokalisera från Nederländerna till Surinam då konsekvensen av en sådan utvisning skulle bli antingen 1) att barnen rycktes upp från sina etablerade liv i ett land de var medborgare i eller 2) att kontakten med deras mamma påverkades negativt.

Domstolen fann anledning att ifrågasätta att intresset av generell migrationskontroll skulle väga tyngre än barnens intresse av att få ha sin mamma kvar i

¹²³⁹ Se Dane, Louise, Europadomstolen och barnets bästa, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 2 2015.

¹²⁴⁰ *Jeunesse mot Nederländerna* (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10), punkt 109.

¹²⁴¹ *Ibid*, punkt 117.

¹²⁴² *Ibid*, punkt 119.

landet.¹²⁴³ De nationella myndigheterna ansågs ha gjort en otillräcklig utredning av barnens omständigheter vilket fått konsekvensen att barnens bästa tillmätts otillräcklig vikt vid beslutet att deras mamma skulle utvisas. Efter att Europadomstolen själv beaktat alla omständigheter i målet – inklusive barnens situation – kom den således till slutsatsen att familjens intresse av att fortsätta utöva sitt familjeliv i Nederländerna vägde tyngre än statens intresse att upprätthålla en reglerad invandring.

Slutsatsen liknar den som Europadomstolen åtta år tidigare kommit till i målet *Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna*¹²⁴⁴. Även detta mål rörde en potentiell utvisning av en kvinna som var mamma till en nederländsk medborgare. Kvinnan hade under sina första år i landet inte gjort några försök alls att regularisera sin vistelse vilket nederländska myndigheter tillmätt stor vikt vid sin proportionalitetsbedömning. Europadomstolen instämde i att det var allvarligt att kvinnans inställning till nederländska migrationsregler var nonchalant men konstaterade att Nederländerna medgett att kvinnan, om hon ansökt, hade kunnat beviljas ett uppehållstillstånd pga. anknytning till barnets far. Därmed ansåg Europadomstolen att det här fallet inte var av typen att parterna ingått relationen trots att de varit medvetna om att migrationsrättslig status kunde stå i vägen för deras möjligheter att utöva sitt familjeliv tillsammans i konventionsstaten, en faktor som annars tillmätts vikt av domstolen.

Europadomstolen valde till skillnad från de nederländska myndigheterna att lägga stort fokus på den relation barnet hade dels till kvinnan, dels till sina i Nederländerna bosatta farföräldrar.¹²⁴⁵ I målet gjorde Europadomstolen bedömningen att mamman (tillsammans med farföräldrarna) var barnets primära vårdnadshavare – trots att pappan var den som tilldelats vårdnaden av nederländska myndigheter. Att pappan var vårdnadshavare användes t.o.m. av Europadomstolen som ett argument för att mamman borde tillåtas stanna kvar i landet – detta då det inte ansågs troligt att pappan skulle samtycka till att barnet lämnade Nederländerna för att flytta med sin mamma till ett annat land. Effekten av en utvisning skulle därmed bli att barnet och mamman skiljdes åt.¹²⁴⁶ Domstolen ansåg att det var tydligt att det var barnets bästa att låta mamman bli kvar i Nederländerna. Mot bakgrund av dessa omständigheter ansåg Europadomstolen inte att landets ekonomiska välmående – vilket domstolen refererar till som statens legitima intresse – kunde anses väga tyngre än kvinnans och barnets rätt till respekt för sitt familjeliv. Domstolen gick till och med så långt att den uttalade att de nederländska myndigheterna, genom att

¹²⁴³ Ibid, punkt 120.

¹²⁴⁴ *Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna* (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99), punkterna 41-44.

¹²⁴⁵ Ibid, punkt 41.

¹²⁴⁶ Ibid.

tillmäta kvinnans irreguljära vistelse så avgörande vikt vid intresseavvägningen, kunde anses ha ”ägnat sig åt överdriven formalism”.¹²⁴⁷

Domstolens uttalanden har kritiserats av bl.a. Daniel Thym som menar att domstolens slutsats är uppenbart otillfredsställande utifrån en stats intresse att reglera invandring. Enligt Thym står det klart att Europadomstolen fäst för liten vikt vid att just möjligheten att utvisa någon pga. otillåten inresa eller vistelse är viktiga grunder för att upprätthålla trovärdighet för ett migrationsrättsligt system.¹²⁴⁸

Det bör dock nämnas att Europadomstolen i ett flertal andra fall kommit till slutsatsen att det *inte* innebär en otillåten kränkning att utvisa en förälder. I dessa ärenden har statens intresse av att kunna reglera invandring ansetts väga tyngre än familjens intresse att få hålla ihop i just konventionsstaten.¹²⁴⁹

Slutligen bör nämnas något om den situationen att de personer som sökanden lämnar efter sig i värdstaten inte heller är lagligen bosatta i landet. Europadomstolen har betonat att det ”verkliga [sic!] är välgrundat i dess praxis att en kränkning av artikel 8 kan uppstå då en person avlägsnas från en konventionsstat där personens närstående familjemedlemmar lever”.¹²⁵⁰ För att en sådan kränkning ska uppstå krävs emellertid i allmänhet att de familjemedlemmar personen riskerar att skiljas ifrån själva är *lagligen bosatta* i konventionsstaten. Endast i undantagsfall – mer specifikt om det finns en giltig anledning till att familjemedlemmarna inte kan förväntas följa med personen som ska utvisas – kan en separation från familjemedlemmar som inte är lagligen bosatta i konventionsstat uppnå en kränkning av artikel 8.¹²⁵¹

¹²⁴⁷ Ibid, punkt 44, ”by attaching such paramount importance to this latter element [the fact that the first applicant was residing illegally in the Netherlands at the time of Rachael's birth], the authorities may be considered to have indulged in excessive formalism”.

¹²⁴⁸ Thym, Daniel, Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, nr. 1 2008, s. 102.

¹²⁴⁹ Domstolens resonemang om att familjen kan leva tillsammans i ett annat land verkar påverkas av om föräldrarna t.ex. är skilda, jfr exempelvis *Nunez mot Norge* (dom den 28 juni 2011, appl. no. 55597/09) och *Antwi m.fl. mot Norge* (dom den 14 februari 2012, appl. no. 26940/10).

¹²⁵⁰ *Mawaka mot Nederländerna* (dom den 1 juni 2010, appl. no 29031/04), punkt 61. (Citatet på originalspråk lyder “it is indeed well-established in the Court's case-law that an issue may arise under Article 8 due to the removal of a person from a country where close members of his family are living.”)

¹²⁵¹ Ibid. Domstolen uttalar där att “However, that principle is in general to be understood as applying only if those family members are residing lawfully in that country or, exceptionally, if there is a valid reason why it could not be expected of them to follow the person concerned.”

9.3.2 Frågan om återreseförbud

En ytterligare aspekt att beakta är att ett beslut om en utvisning kan komma att förenas med ett återreseförbud. Ett sådant innebär att personen som utvisas under en längre eller kortare period inte tillåts komma tillbaka till landet. Europadomstolen har i flera fall funnit att ett återreseförbud för viss tid kan vara motiverat men att ett återreseförbud utfärdat på obegränsad tid kan innebära en kränkning av artikel 8. Domstolen menar att för att avgöra proportionaliteten i ett sådant återreseförbud måste de särskilda omständigheterna i målet beaktas, exempelvis personens familjeband i vistelselandet samt allvarligheten i eventuell brottslighet.¹²⁵²

9.4 Familjesammanhållning enligt EU-rätten

EU:s rättighetsstadga innehåller liksom Europakonventionen en bestämmelse om rätt till respekt för privat- och familjeliv. Som ovan lyfts fram ska rättighetsstadgans bestämmelse tolkas på ett vis som inte innebär en inskränkning i jämförelse med det skydd Europakonventionen erbjuder.¹²⁵³ EU:s rättighetsstadga är dock, som redan nämnts ett flertal gånger, endast tillämplig då EU-rätten tillämpas.

När det gäller möjligheten att hålla ihop en familj enligt EU-rätten skiljer regelverket på om någon (eller flera) av familjemedlemmarna är unionsmedborgare eller om samtliga är tredjelandsmedborgare.

Rätten till fri rörlighet och ett starkt unionsmedborgarskap är grundläggande delar av EU-rätten. Dessa utgångspunkter påverkar möjligheterna för medlemsstaterna att fritt reglera sin invandring – och således möjligheten att hålla familjer isär – i vart fall för familjer som involverar minst en unionsmedborgare. När det gäller möjligheterna för denna typ av familjer att hålla ihop enligt EU-rätten finns det, som utgångspunkt, en skillnad mellan att 1) ta med sig sin familj när man i egenskap av unionsmedborgare bosätter sig i en annan medlemsstat och 2) vill att ens familjemedlemmar ska få bosätta sig tillsammans med en själv i den medlemsstat där man är medborgare.

Nedan kommer regler och praxis för båda dessa situationer att belysas. Härfter kommer kort att presenteras det, betydligt mindre omfattande, unionsrättsliga regelverk som finns vad gäller skyldigheten att hålla samman familjer som enbart består av tredjelandsmedborgare.

¹²⁵² Se t.ex. *Yilmaz mot Tyskland* (dom den 17 april 2003, appl. no. 52853/99), punkt 48, *Radovanovic mot Österrike* (dom den 22 april 2004, appl. no. 42703/98), punkt 37, *Keles mot Tyskland* (dom den 27 oktober 2005, appl. no. 32231/02), punkt 66.

¹²⁵³ Se avsnitt 5.4.3 ovan.

9.4.1 När unionsmedborgare bosätter sig i en annan medlemsstat

I det första fallet gäller att en unionsmedborgare har rätt att ta med sig sina familjemedlemmar – även om dessa är tredjelandsmedborgare – då unionsmedborgaren bosätter sig i en annan medlemsstat. Detta följer av rörlighetsdirektivet¹²⁵⁴. Direktivet är en rak följd av den fria rörligheten och tillåter unionsmedborgare att bosätta sig i en annan medlemsstat i tre månader, och där- efter tillsvidare – under förutsättning att vissa villkor är uppfyllda. Utöver de krav som finns i direktivet har staten ingen möjlighet att neka unionsmedbor- garen rätten att ta med sina familjemedlemmar. Direktivet tillåter inte att med- lemsstater kräver att tredjelandsmedborgare som är medföljande familjemed- lemmar tidigare har varit lagligen bosatta i en medlemsstat.¹²⁵⁵ En tredjelands- medborgare som vistats irreguljärt i en medlemsstat kan således legalisera sin vistelse genom att forma en familj med en unionsmedborgare och följa med denna till en annan medlemsstat.

Även barn som är unionsmedborgare har uppehållsrätt enligt samma regler som övriga unionsmedborgare, dvs. i tre månader förutsatt att barnet innehar ett id-kort eller pass och därefter förutsatt att villkoren i rörlighetsdirektivet är uppfyllda. Ett kriterium för sådan förlängd uppehållsrätt är att unionsmedbor- garen har ”tillräckliga tillgångar för att inte bli en belastning för den motta- gande medlemsstatens sociala biståndssystem under vistelsen”.¹²⁵⁶ Detta kri- terium skulle kunna bli ett problem för barn som sällan själva har sådana till- gångar. Enligt EU-domstolens praxis ska kravet dock tolkas som att det är tillräckligt att en unionsmedborgare kan förfoga över sådana tillgångar. Till- gångarna kan således t.ex. komma från en tredjelandsmedborgare som är för- älder till unionsmedborgaren som är barn i låg ålder.¹²⁵⁷

I ett sådant fall att barnet är EU-medborgare men dennes förälder är tredje- landsmedborgare har EU-domstolen slagit fast att för att barnet överhuvudta-

¹²⁵⁴ Rörlighetsdirektivet (2004/38/EG).

¹²⁵⁵ Se särskilt mål C-127/08, *Blaise Baheten Metock m.fl. mot Minister for Justice, Equality and Law Reform*, EU:C:2008:449, mål C-551/07 *Deniz Sahin mot Bundesminister für Inneres*, EU:C:2008:755, mål C-109/01 *Secretary of State for the Home Department mot Hacene Akrich*, EU:C:2003:491. Se tidigare mål C-60/00 *Mary Carpenter mot Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2002:434 och mål C-459/99 *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) mot Belgiska staten*, EU:C:2002:461.

¹²⁵⁶ Rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), artikel 7.1.b.

¹²⁵⁷ EU-domstolens dom i mål C-86/12, *Adzo Domenyio Alokpa m.fl. mot Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, EU:C:2013:645, punkt 27. Se även C-165/14 *Alfredo Rendón Marín mot Administración del Estado*, EU:C:2016:675, punkt 48. Se för liknande resonemang när det gäller de unionsrättsakter som föregick rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), mål C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu och Man Lavette Chen mot Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2004:639, punkterna 28 och 30.

get ska kunna utöva sin uppehållsrätt måste barnet kunna åtföljas av sin vårdnadshavare. Domstolen menar nämligen att om föräldern nekades möjlighet att följa med så skulle den minderårige unionsmedborgarens uppehållsrätt ”förlora all ändamålsenlig verkan”.¹²⁵⁸ På så vis kan en tredjelandsmedborgarförälder tillåtas att bo kvar i en medlemsstat så länge familjen inte är en ekonomisk börda för värdstaten.¹²⁵⁹

Tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till EU-medborgare har ingen självständig rätt till fri rörlighet utan kan endast härleda sådan rätt att vistas i en medlemsstat från en familjemedlem som är unionsmedborgare och som har använt sig av sin fria rörlighet.¹²⁶⁰ Normalt innebär detta att unionsmedborgaren är bosatt i en annan medlemsstat än den stat där hen är medborgare.¹²⁶¹

Möjligheterna att begränsa den fria rörligheten finns endast av skäl kopplade till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.¹²⁶² Stater får inte åberopa dessa anledningar i ekonomiskt syfte.¹²⁶³ Samma skäl krävs för att en medlemsstat ska kunna utvisa en person som befinner sig i en medlemsstat med stöd av uppehållsrätt.¹²⁶⁴ Innan dess att ett beslut om utvisning fattas måste medlemsstaten beakta och väga de individuella omständigheterna i målet så som ”längden av personens uppehåll inom dess territorium, personens ålder, hälsotillstånd, familjesituation, ekonomiska situation, sociala och kulturella integrering i den

¹²⁵⁸ EU-domstolens dom i mål C-86/12, *Adzo Domenylo Alokpa m.fl. mot Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, EU:C:2013:645, punkt 28. Se även domarna i mål C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu och Man Lavette Chen mot Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2004:639, punkt 45, och mål C-40/11, *Yoshikazu Iida mot Stadt Ulm*, EU:C:2012:691, punkt 69.

¹²⁵⁹ Det är oklart om föräldern har rätt att arbeta i det fallet.

¹²⁶⁰ För en utförlig genomgång av den EU-rättsliga regleringen om familjeåterförening för unionsmedborgare och deras familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare se Berneri, Chiara, *Family Reunification in the EU: The Movement and Residence Rights of Third Country National Family Members of EU Citizens [Elektronisk resurs]*, Hart Publishing Limited, 2017.

¹²⁶¹ Se särskilt de förenade målen C-35/82 och C-36/82 *Elestina Esselina Christina Morson mot Staat der Nederlanden och Hoofd van de Plaatselijke Politie in de zin van de Vreemdelingenwet; Sewradjie Jhanjan mot Staat der Nederlanden*, EU:C:1982:368 och de förenade målen C-64/96 och C-65/96 *Land Nordrhein-Westfalen mot Kari Uecker och Vera Jacquet mot Land Nordrhein-Westfalen*, EU:C:1997:285. Domstolens position bekräftades i mål C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française française och Gouvernement wallon mot Gouvernement flamand*, EU:C:2008:178. Familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare måste bo i samma land som familjemedlemmen/arna som är unionsmedborgare, se mål C-40/11, *Yoshikazu Iida mot Stadt Ulm*, EU:C:2012:691.

¹²⁶² Rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), artikel 27 och artikel 29.

¹²⁶³ Ibid, artikel 27.

¹²⁶⁴ Ibid, artikel 27, 28 och 29.

mottagande medlemsstaten och banden till ursprungslandet”.¹²⁶⁵ Vid utvisning av barn måste barnkonventionen beaktas.¹²⁶⁶

Reglerna i rörlighetsdirektivet gäller genom EES-avtalet även för medborgare i Norge, Island och Liechtenstein.¹²⁶⁷ För schweiziska medborgare gäller en liknande möjlighet till fri rörlighet, detta genom ett särskilt avtal mellan EU:s medlemsstater och Schweiz.¹²⁶⁸

9.4.2 När unionsmedborgare bor kvar i hemstaten

Om familjemedlemmarna samtliga är unionsmedborgare men i olika medlemsstater kan de/n som inte är medborgare i den medlemsstat där familjen vill bo använda sig av den EU-reglerade fria rörligheten för att bosätta sig tillsammans.¹²⁶⁹ Om (någon av) familjemedlemmarna däremot är tredjelandsmedborgare som vill bosätta sig i sin unionsmedborgarfamiljemedlems hemstat är utgångspunkten att personen behöver beviljas ett uppehållstillstånd enligt den medlemsstatens nationella regelverk. Dessa situationer faller nämligen utanför rörlighetsdirektivet. Enligt EU-domstolen visar nämligen en ”bokstavig, systematisk och teleologisk tolkning” av bestämmelserna i rörlighetsdirektivet att de inte kan användas när en unionsmedborgares familjemedlemmar, som själva är tredjelandsmedborgare, vill bosätta sig i unionsmedborgarens hemstat (dvs. den stat hen är medborgare i).¹²⁷⁰ I dessa fall prövar EU-domstolen om uppehållsrätt kan härledas via bestämmelser i fördragen. Trots att det således handlar om en situation som normalt faller inom medlemsstaternas egen kompetens kan EU-rätten ibland ha effekten att visstelse måste beviljas. Det gäller när en medlemsstats beslut att neka uppehållstillstånd skulle kunna ha konsekvensen att den fria rörligheten motverkas eller unionsmedborgarskapets betydelse urholkas. EU-domstolen har ansett att det inte kan anses vara ett rent nationellt förhållande att fatta dessa beslut eftersom de kan ha så stor betydelse för grundläggande delar av EU-samarbetet.¹²⁷¹

¹²⁶⁵ Ibid, artikel 28.

¹²⁶⁶ Ibid, artikel 28.3.

¹²⁶⁷ Rådets och kommissionens beslut av den 13 december 1993 om ingående av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet mellan Europeiska gemenskaperna, deras medlemsstater och Finland, Island, Liechtenstein, Norge, Schweiz, Sverige och Österrike, 94/1/EKSG, EG, EGT L 1, 3.1.1994, s. 1–1 och Agreement on the European Economic Area, OJ L 1, 3.1.1994, s. 3-522.

¹²⁶⁸ Avtal mellan Europeiska gemenskapen och dess medlemsstater, å ena sidan, och Schweiziska edsförbundet, å andra sidan om fri rörlighet för personer, EGT L 114, 30.4.2002, s. 6–72.

¹²⁶⁹ Se artikel 3.2 FEU, artikel 21.1 FEUF samt rörlighetsdirektivet (2004/38/EG).

¹²⁷⁰ Mål C-456/12, *O mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel och Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel mot B*, EU:C:2014:135, punkt 37.

¹²⁷¹ Jfr C-291/05 *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie mot R. N. G. Eind*, EU:C:2007:771, punkt 37.

9.4.2.1 När ett beslut att neka vistelserätt motverkar den fria rörligheten

Som nämdes i kapitel 5 är en grundtanke med EU-samarbetet att skapa en gemensam inre marknad för att via ekonomiskt samarbete förebygga kriser och främja välfärd och välbefinnande för unionsmedborgarna.¹²⁷² En av de mest grundläggande principerna inom EU-rätten är principen om fri rörlighet som finns reglerad i såväl fördraget om Europeiska unionen (FEU) som i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).¹²⁷³ Ett exempel är artikel 45 FEUF om rätt till fri rörlighet för arbetstagare, ett annat exempel är artikel 56 FEUF om friheten att tillhandahålla tjänster och ett tredje exempel är artikel 21.1 FEUF – den rätt som tillfaller alla unionsmedborgare att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier.¹²⁷⁴ Artikel 21.1 tillämpas dock inte om någon av de mer specifika bestämmelserna i fördragen är tillämpliga.¹²⁷⁵

Dessa bestämmelser ger inte tredjelandsmedborgare några självständiga rättigheter men kan i två olika typsituationer få effekten att familjemedlemmar till unionsmedborgare som är tredjelandsmedborgare ges rätten att bosätta sig med EU-medborgaren i dennes hemstat.¹²⁷⁶

1. När unionsmedborgaren utövar någon form av ekonomisk aktivitet i en annan medlemsstat, men fortsatt är bosatt i hemstaten
2. När unionsmedborgaren återvänder till hemstaten efter att ha varit bosatt i en annan medlemsstat (tillsammans med familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare)

EU-domstolen har uttalat att uppehållsrätt i vissa fall kan härledas från artikel 45 och artikel 56 för familjemedlemmar till en unionsmedborgare som är bosatt i hemstaten men utövar någon form av ekonomisk aktivitet i en annan

¹²⁷² Lind, Anna-Sara, EU-medborgarnas sociala rättigheter, i Bernitz, Ulf, Oxelheim, Lars och Persson, Thomas (red.), *Välfärdsgapet: EU:s sociala utmaning*, Santérus, Stockholm, 2015, s. 23.

¹²⁷³ Artikel 3.2 FEU och artikel 21 FEUF.

¹²⁷⁴ Mål C-456/12, *O mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel och Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel mot B*, EU:C:2014:135, punkt 44. Artikel 21.1 FEUF lyder som följer: "Varje unionsmedborgare ska ha rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, om inte annat följer av de begränsningar och villkor som föreskrivs i fördragen och i bestämmelserna om genomförande av fördragen."

¹²⁷⁵ Se exempelvis C-233/12, *Simone Gardella mot Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, EU:C:2013:449, punkt 38 och C-457/12, *S. mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel och Minister voor Immigratie*, Integratie en Asiel mot G., EU:C:2014:136.

¹²⁷⁶ Angående att varken artikel 21.1 FEUF eller rörlighetsdirektivet (2004/38/EG) ger tredjelandsmedborgare några självständiga rättigheter se t.ex. mål C-40/11, *Yoshikazu Iida mot Stadt Ulm*, EU:C:2012:691, punkt 66, och C-87/12, *Kreshnik Ymeraga m.fl. mot Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration*, EU:C:2013:291, punkt 34.

medlemsstat.¹²⁷⁷ Att det i dessa fall kan finnas en skyldighet för medlemsstaterna att bevilja uppehållstillstånd till tredjelandsmedborgare beror enligt domstolen på att ett uppehållstillstånd kan vara nödvändigt för att garantera det effektiva genomslaget för den fria rörligheten. Rätten för familjemedlemmen att vistas i medlemsstaten är således tänkt som en åtgärd för att motverka att unionsmedborgare avskräcks från att agera i enlighet med unionens tankar om samarbete och fri rörlighet mellan medlemsstaterna. En faktor domstolen beaktat är om tredjelandsmedborgaren tar hand om unionsmedborgarens barn och på så vis underlättar för unionsmedborgaren att utföra sitt arbete (dvs. utöva ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat).¹²⁷⁸

Även den situationen att uppehållsrätt kan härledas i fall då en unionsmedborgare *återvänder* till hemstaten efter att ha varit bosatt i en annan medlemsstat motiverar EU-domstolen med att unionsmedborgare skulle ”kunna avskräckas från att lämna den medlemsstat där han eller hon är medborgare för att ta anställning i en annan medlemsstat, på grund av att vederbörande inte skulle kunna vara säker på att efter ett återvändande till ursprungsmedlemsstaten kunna fortsätta att leva det familjeliv som han eller hon till följd av äktenskap eller familjeåterförening eventuellt kan ha börjat leva i den mottagande medlemsstaten”.¹²⁷⁹ Denna rätt – som härleds från den mer allmänna rätten till fri rörlighet som stadgas i artikel 21.1 FEUF innebär inte att uppehållsrätt kan härledas varje gång en unionsmedborgare vistats i en annan medlemsstat tillsammans med en familjemedlem som är tredjelandsmedborgare för att sedan återvända till hemstaten. EU-domstolen har slagit fast att rörlighetsdirektivet ska tillämpas analogt när det gäller villkoren för unionsmedborgarens vistelse i en annan medlemsstat samt att villkoren för att bevilja en tredjelandsmedborgare en härledd uppehållsrätt med stöd av artikel 21.1 FEUF i princip inte får vara strängare än de som föreskrivs i rörlighetsdirektivet.¹²⁸⁰ I praktiken innebär det dels att unionsmedborgaren och dennes familjemedlem/medlemmar ska ha bott tillsammans i den andra medlemsstaten, dels att unionsmedborgarens vistelse i den andra staten ska ha varit ”verkningsfull”. För att en

¹²⁷⁷ Mål C-60/00 *Mary Carpenter mot Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2002:434. Se även mål C-457/12, *S. mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel och Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel mot G*, EU:C:2014:136.

¹²⁷⁸ Se mål C-60/00 *Mary Carpenter mot Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2002:434.

¹²⁷⁹ Se mål C-456/12, *O mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel och Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel mot B*, EU:C:2014:135, punkt 46. Se även t.ex. C-291/05 *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie mot R. N. G. Eind*, EU:C:2007:771, punkterna 35 och 36, C-40/11, *Yoshikazu Iida mot Stadt Ulm*, EU:C:2012:691, punkt 70 samt C-370/90, *The Queen mot Immigration Appeal Tribunal och Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*, EU:C:1992:296.

¹²⁸⁰ C-133/15, *H.C. Chavez-Vilchez m.fl. mot Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank m.fl.*, EU:C:2017:354, punkterna 54 och 55. Se för liknande resonemang även C-456/12, *O mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel och Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel mot B*, EU:C:2014:135, punkt 50.

vistelse ska anses verkningsfull måste unionsmedborgaren ha uppehållit sig i en annan medlemsstat i längre tid än de tre månader som endast anses som besök enligt rörlighetsdirektivet.¹²⁸¹ Rätt att stanna i en medlemsstat under längre tid än tre månader har en unionsmedborgare förutsatt att hen antingen är 1) arbetstagare eller egenföretagare, alternativt 2) arbetsökande,¹²⁸² student eller annars har tillräckliga tillgångar för sin försörjning samt giltig sjukförsäkring.¹²⁸³

Mot bakgrund av denna tolkning av EU-rätten ansåg EU-domstolen att en indisk man gift med en brittisk kvinna hade rätt att vistas i Förenade kungariket. Mannen hade följt med kvinnan tillbaka till Förenade kungariket efter att paret levit tillsammans i Tyskland där mannen haft uppehållsrätt till följd av sin frus status som unionsmedborgare.¹²⁸⁴ På liknande vis var Nederländerna tvunget att tillåta vistelse för en flicka med medborgarskap i Surinam som var dotter till en nederländsk medborgare. Flickan återvände till Nederländerna tillsammans med sin far efter att de varit bosatta i Förenade kungariket. Dottern hade där haft uppehållsrätt i egenskap av familjemedlem till sin far som var unionsmedborgare.¹²⁸⁵ I fallet slog EU-domstolen även fast att det inte ställs några krav på att EU-medborgaren är självförsörjande vid återkomsten för att familjemedlemmen ska kunna härleda uppehållsrätt. Avgörande är att den återvändande unionsmedborgarens vistelse i den andra medlemsstaten räknas som verkningsfull. Det spelade således inte någon roll att pappan vid återvändandet till Nederländerna erhöll socialbidrag och varken hade utövat eller sökt arbete i landet.¹²⁸⁶

¹²⁸¹ Jfr punkterna 52 och 53 i C-456/12, *O mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel och Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel mot B*, EU:C:2014:135. För att ha tidsbegränsad uppehållsrätt, dvs. upp till tre månader, krävs enbart att unionsmedborgaren har ett nationellt id-kort eller ett pass, se rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), artikel 6. Tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till unionsmedborgare måste ha pass vid inresa och vistelse. I övrigt ställs inte några krav. Rätten kan dock upphöra om unionsmedborgaren blir en orimlig belastning för den mottagande medlemsstatens sociala biståndssystem, rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), artikel 14.1. Se även MIG 2007:56.

¹²⁸² Så länge en unionsmedborgare kan styrka att hen söker arbete och har en verklig möjlighet att få en anställning har hen rätt att vistas i Sverige utöver de tre initiala månaderna, artikel 14.4 (b) rörlighetsdirektivet (2004/38/EG).

¹²⁸³ För närmare beskrivning av dessa kriterier se *ibid*, artikel 7 och artikel 14.4. Se även Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Sjätte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2018, kap. 15, Lind, Anna-Sara, EU-medborgarnas sociala rättigheter, i Bernitz, Ulf, Oxelheim, Lars och Persson, Thomas (red.), *Välfärdsgapet: EU:s sociala utmaning*, Santérus, Stockholm, 2015, s. samt Paju, Jaan, *Suveränitetserosion?: om EU-rättens påverkan på nationella sociala trygghetsmodeller; särskilt Sverige*, Ragulka, Visby, 2015.

¹²⁸⁴ C-370/90, *The Queen mot Immigration Appeal Tribunal och Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*, EU:C:1992:296.

¹²⁸⁵ C-291/05 *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie mot R. N. G. Eind*, EU:C:2007:771.

¹²⁸⁶ *Ibid*.

9.4.2.2 När ett beslut att neka vistelserätt urholkar unionsmedborgarskapets betydelse

Enligt artikel 20 FEUF är varje person som är medborgare i en medlemsstat även unionsmedborgare.¹²⁸⁷ Detta unionsmedborgarskap är ytterligare en grundläggande del av EU-samarbetet som kan ha effekten att en medlemsstats möjlighet att neka tredjelandsmedborgare en rätt att vistas i landet försvinner.¹²⁸⁸

I målet *Ruiz Zambrano*¹²⁸⁹ etablerade EU-domstolen principen att en medlemsstats agerande inte är förenligt med artikel 20 FEUF om det får konsekvensen ”att unionsmedborgare berövas möjligheten att faktiskt åtnjuta kärnan i de rättigheter som tillkommer dem i kraft av unionsmedborgarskapet”.¹²⁹⁰ *Ruiz Zambrano* handlade om skyldigheten att tillåta vistelse för en man som själv var colombiansk medborgare men vars andra och tredje barn var belgiska medborgare – och därmed även unionsmedborgare.¹²⁹¹ Domstolen menade att om mannen nekades rätt att vistas i Belgien så skulle barnen, trots att de var unionsmedborgare, tvingas lämna unionen för att följa med honom. Om så skedde skulle det vara omöjligt för barnen att utöva kärnan i sitt unionsmedborgarskap.¹²⁹² Domstolen menade även att mannen, mot bakgrund av samma princip, skulle beviljas ett arbetstillstånd. Utan ett sådant skulle han nämligen riskera att inte kunna försörja sin familj vilket även det i förlängningen skulle kunna få konsekvensen att barnen tvingades lämna unionen.¹²⁹³

¹²⁸⁷ Se även t.ex. dom av den 11 juli 2002 i mål C-224/98, *Marie-Nathalie D'Hoop mot Office national de l'emploi*, EU:C:2002:432, punkt 27 och mål C-148/02, *Carlos Garcia Avello mot Belgiska staten*, EU:C:2003:539, punkt 21.

¹²⁸⁸ Se mål C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano mot Office national de l'emploi (ONEm)*, EU:C:2011:124, punkt 41: ”Såsom domstolen vid flera tillfällen har påpekat är ställningen som unionsmedborgare avsedd att vara den grundläggande ställningen för medlemsstaternas medborgare.” I punkt 41 hänvisas till EU-domstolens tidigare praxis som exempelvis C-184/99 *Rudy Grzelczyk mot Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, EU:C:2001:458, punkt 31, C-413/99, *Baumbast och R mot Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2002:493, punkt 82, C-148/02, *Carlos Garcia Avello mot Belgiska staten*, EU:C:2003:539, punkt 22, C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu och Man Lavette Chen mot Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2004:639, punkt 25, samt mål C-135/08, *Janko Rottman mot Freistaat Bayern*, EU:C:2010:104, punkt 43

¹²⁸⁹ C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano mot Office national de l'emploi (ONEm)*, EU:C:2011:124.

¹²⁹⁰ *Ibid*, punkt 42.

¹²⁹¹ Se för ett liknande resonemang om barns unionsmedborgarskap domarna i mål C-148/02, *Carlos Garcia Avello mot Belgiska staten*, EU:C:2003:539, punkt 21 och mål C-200/02, *Kunqian Catherine Zhu och Man Lavette Chen mot Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2004:639, punkt 20.

¹²⁹² Mål C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano mot Office national de l'emploi (ONEm)*, EU:C:2011:124, punkterna 43 och 44. Se även Peers, Steve. *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 350.

¹²⁹³ Mål C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano mot Office national de l'emploi (ONEm)*, EU:C:2011:124, punkt 44.

I ett senare mål, *Dereci*¹²⁹⁴, förtydligade domstolen att det inte alltid föreligger en skyldighet att tillåta familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare en rätt att vistas i en medlemsstat.¹²⁹⁵ I *Dereci* betonades nämligen att det inte är tillräckligt att en unionsmedborgare finner det önskvärt – ”av ekonomiska skäl eller för fortsatt familjesammanhållning” – att dennes familjemedlemmar (som är tredjelandsmedborgare) kan bosätta sig tillsammans med unionsmedborgaren i unionen.¹²⁹⁶ Domstolen framhöll att avgörande i *Ruiz Zambrano* var att unionsmedborgarna i målet var beroende av den tredjelandsmedborgare som riskerade utvisning. Domstolen påpekade dock att i fall där en unionsmedborgare inte är tillräckligt beroende av sin familjemedlem så kan ändå ”andra rättsliga grunder, till exempel rätten till skydd för familjelivet” utgöra hinder mot att neka uppehållsrätt.¹²⁹⁷ För att unionsmedborgarskapet i sig ska medföra en skyldighet för en medlemsstat att bevilja vistelse krävs dock att unionsmedborgaren i praktiken inte kan klara av att bo kvar i unionen i det fall familjemedlemmen nekas vistelserätt.¹²⁹⁸

EU-domstolen har uttalat att om det finns stöd i sekundärrätten för uppehållsrätt så ska uppehållsrätt inte härledas från fördragets artikel 20.¹²⁹⁹ Sådant stöd har bl.a. konstaterats då ett barn har en förälder som är en unionsmedborgare som tidigare har varit anställd i en annan medlemsstat. Om barnen går i skolan kan de i vissa fall bibehålla uppehållsrätt i landet även om unionsmedborgaren flyttar därifrån.¹³⁰⁰ Denna uppehållsrätt grundar sig på artikel 10 i Europaparlamentets och rådets förordning om arbetskraftens fria rörlighet inom unionen.¹³⁰¹ Enligt domstolen ska artikeln tolkas så att även en förälder till barnet som är tredjelandsmedborgare har uppehållsrätt om denne förälder har ensam vårdnad om barnet och den andra föräldern är unionsmedborgare och har arbetat i den medlemsstaten men inte längre är bosatt i sistnämnda stat när barnet

¹²⁹⁴ Mål C-256/11, *Murat Dereci m.fl. mot Bundesministerium für Inneres*, EU:C:2011:734.

¹²⁹⁵ *Ibid*, särskilt punkterna 65-69.

¹²⁹⁶ *Ibid*, punkt 68

¹²⁹⁷ *Ibid*, punkt 69.

¹²⁹⁸ Se *ibid*, särskilt punkterna 65-69. Se även C-82/16, *K.A., M.Z., M.J., N.N.N., O.I.O., R.I. och B.A. mot Belgische Staat*, ECLI:EU:C:2018:308.

¹²⁹⁹ Mål C-115/15, *Secretary of State for the Home Department mot NA*, EU:C:2016:487, punkt 74. Se även mål C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano mot Office national de l'emploi (ONEm)*, EU:C:2011:124.

¹³⁰⁰ Mål C-115/15, *Secretary of State for the Home Department mot NA*, EU:C:2016:487.

¹³⁰¹ Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) nr 492/2011 av den 5 april 2011 om arbetskraftens fria rörlighet inom unionen. I artikel 10 stadgas att ”Barnen till en medborgare i en medlemsstat som är eller har varit anställd i en annan medlemsstat ska ha tillträde till denna stats allmänna skolor, lärlingsutbildning och yrkesskolekurser på samma villkor som medborgarna i denna stat, om barnen bor där.” I mål C-115/15 *Secretary of State for the Home Department mot NA*, EU:C:2016:487, talas om artikel 12 i förordning nr 1612/68, den förordningen är dock numera ersatt av Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) nr 492/2011 av den 5 april 2011 om arbetskraftens fria rörlighet inom unionen. Tidigare artikel 12 är nu artikel 10.

påbörjar sin skolgång i den medlemsstaten.¹³⁰² Att föräldern som är tredjelandsmedborgare får härleda uppehållsrätt i denna situation bygger på att barnen annars skulle berövas en rätt som de tillerkänts av unionslagstiftaren.¹³⁰³

9.4.2.2.1 Om en (ytterligare) förälder har tillstånd att vistas i unionen

Att ett barn som är unionsmedborgare har ytterligare en förälder som har tillåtelse att bo i unionen skulle kunna vara en faktor som innebär att barnet inte tvingas lämna EU även om den ena föräldern inte tillåts stanna kvar. Med anledning av detta har EU-domstolen fått svara på frågan om en medlemsstat får neka vistelse för en förälder som är tredjelandsmedborgare om ett barn som är unionsmedborgare har en annan förälder, som är unionsmedborgare, som kan sköta den dagliga och faktiska omvårdnaden om barnet.¹³⁰⁴

Enligt domstolen måste medlemsstaterna i en sådan situation ”avgöra vilken förälder som utövar den faktiska vårdsnaden om barnet och huruvida det finns ett faktiskt beroendeförhållande mellan barnet och den förälder som är tredjelandsmedborgare”.¹³⁰⁵ När denna bedömning görs ska de nationella myndigheterna beakta rätten till respekt för familjelivet och sätta barnets bästa i främsta rummet enligt artikel 7 respektive artikel 24.2 i rättighetsstadgan.¹³⁰⁶

Att den förälder som är unionsmedborgare har förmåga att ensam sköta barnets dagliga och faktiska omvårdnad, och är villig att göra detta, är en relevant omständighet att beakta. Även om så är fallet betyder det dock inte automatiskt att föräldern som är tredjelandsmedborgare ska tvingas lämna landet. Avgörande är enligt EU-domstolen istället om föräldern som är tredjelandsmedborgare och barnet har ett sådant beroendeförhållande att barnet de facto skulle bli tvunget att lämna unionen om tredjelandsmedborgaren nekades uppehållsrätt. Vid bedömningen av om så är fallet ska myndigheterna göra en helhetsbedömning där hänsyn tas till barnets bästa. Särskilt ska ”barnets ålder, dess fysiska och känslomässiga utveckling, styrkan i dess känslomässiga band till både den förälder som är unionsmedborgare och den förälder som är tredjelandsmedborgare samt den risk som en separation från den sistnämnda föräldern skulle medföra för barnets välbefinnande” beaktas.¹³⁰⁷

De nationella myndigheterna får kräva att tredjelandsmedborgarföräldern lämnar uppgifter som visar på att ett beslut att utvisa denne skulle medföra att

¹³⁰² C-115/15, *Secretary of State for the Home Department mot NA*, EU:C:2016:487, punkt 68

¹³⁰³ *Ibid*, punkt 65. Se även dom i mål C-413/99, *Baumbast och R mot Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2002:493, punkt 71.

¹³⁰⁴ C-133/15, *H.C. Chavez-Vilchez m.fl. mot Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank m.fl.*, EU:C:2017:354.

¹³⁰⁵ *Ibid*, punkt 70.

¹³⁰⁶ *Ibid*.

¹³⁰⁷ *Ibid*, punkt 71.

barnet förlorade möjligheten att faktiskt åtnjuta kärnan i de rättigheter som är knutna till unionsmedborgarskapet. De nationella myndigheterna måste dock därefter själva göra nödvändiga efterforskningar för att kunna bedöma om ett beslut att neka uppehållsrätt skulle få sådana konsekvenser.¹³⁰⁸

9.4.2.2.2 Om föräldern (som är tredjelandsmedborgare) har begått brott

Ytterligare en fråga EU-domstolen har tagit ställning till är om möjligheten att neka en förälder som är tredjelandsmedborgare uppehållsrätt påverkas av om föräldern begått ett brott.¹³⁰⁹ Domstolens stora kammare avgjorde den 13 september 2016 två mål där frågan var just detta. I målen uttalade domstolen att unionsmedborgare och deras familjemedlemmar visserligen inte har en ovillkorlig uppehållsrätt inom unionen, det är en rätt som kan begränsas och villkoras enligt vad som föreskrivs i fördraget och i de bestämmelser som utfärdats för dess genomförande.¹³¹⁰ Att en tredjelandsmedborgare som är förälder till en unionsmedborgare har anmärkningar i belastningsregistret får dock inte automatiskt leda till att denne ska utvisas.¹³¹¹ Först och främst måste konsekvensen för barnet beaktas. Även här är frågan om utvisningen skulle innebära att barnet tvingades lämna unionen och därmed förlora tillgång till sina rättigheter som unionsmedborgare. Medlemsstaterna kan dock i vissa fall få fatta ett beslut om utvisning trots konsekvenserna för barnet. För att så ska vara tillåtet krävs dock särskilda omständigheter. Domstolen har betonat att enligt fast rättspraxis utgör allmän ordning och säkerhet ett undantag från uppehållsrätten som måste tolkas restriktivt. Begreppens innebörd och räckvidd får inte bestämmas av medlemsstaterna själva utan påverkas av unionsrätten.¹³¹² För att en situation ska anses omfattas av begreppet allmän ordning krävs enligt domstolen något mer än ”den störning av ordningen i samhället som varje lagöverträdelse innebär”. Domstolen menar således att endast verkliga, faktiska och tillräckligt allvarliga hot mot grundläggande samhällsintressen omfattas av begreppet. När det gäller begreppet allmän säkerhet omfattar det enligt domstolens praxis ”såväl en medlemsstats inre som yttre säkerhet, och att den

¹³⁰⁸ Ibid, punkt 78.

¹³⁰⁹ Mål C-165/14 *Alfredo Rendón Marín mot Administración del Estado*, EU:C:2016:675 och mål C-304/14, *Secretary of State for the Home Department mot CS*, EU:C:2016:674.

¹³¹⁰ Mål C-165/14 *Alfredo Rendón Marín mot Administración del Estado*, EU:C:2016:675, punkt 55. Se även bl.a. mål C-33/07, *Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București mot Gheorghe Jipa.*, EU:C:2008:396, punkt 21 och där angiven rättspraxis.

¹³¹¹ C-165/14 *Alfredo Rendón Marín mot Administración del Estado*, EU:C:2016:675, punkt 67.

¹³¹² Ibid, punkterna 58 och 82. Se även, för liknande resonemang C-41/74 *Yvonne van Duyn mot Home Office*, EU:C:1974:133, punkt 18, C-30/77 *Regina mot Pierre Bouchereau*, EU:C:1977:172, punkt 33, de förenade målen C-482/01 och C-493/01 *Georgios Orfanopoulos m.fl. och Raffaele Oliveri mot Land Baden-Württemberg*, EU:C:2004:262, punkt 65, C-441/02, *Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland*, EU:C:2006:253, punkt 34 och C-50/06, *Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna*, EU:C:2007:325, punkt 42.

allmänna säkerheten kan påverkas av en inverkan på väsentliga offentliga institutioner och funktioner, av hot mot befolkningens överlevnad, av risken för en allvarlig störning i de yttre förbindelserna eller av den fredliga samexistensen mellan folken samt av en inverkan på militära intressen”.¹³¹³

För att en medlemsstat ska få utvisa en förälder till ett barn som är unionsmedborgare måste beslutet grundas på att en bedömning gjorts i det enskilda fallet. Viss ledning i vad som måste beaktas finns i rörlighetsdirektivet. Här finns ett system för skydd mot utvisning som innebär att det blir svårare att utvisa unionsmedborgare och deras familjemedlemmar ju mer de integrerats i den mottagande medlemsstaten.¹³¹⁴ Av artikel 27.2 första stycket i rörlighetsdirektivet framgår dessutom att åtgärder som medför begränsningar av den fria rörligheten måste vara proportionerliga.¹³¹⁵ Vid en sådan proportionalitetsbedömning ska enligt domstolen beaktas bl.a. den berörda personens individuella uppträdande, hur länge personen har uppehållit sig i den mottagande medlemsstaten, om denna vistelse varit laglig, personens ålder, hälsotillstånd, familjesituation, ekonomiska situation, sociala och kulturella integrering i den mottagande medlemsstaten, hur starka banden till ursprungslandet är samt barnets ålder och hälsotillstånd. Även brottslighetens art och allvar samt hur farlig den berörda personen är för samhället ska beaktas vid proportionalitetsbedömningen.¹³¹⁶

Sammanfattningsvis kan sägas att för att en medlemsstat ska få neka vistelse rätt för en tredjelandsmedborgare som är förälder till underåriga barn som är unionsmedborgare och som hen ensam har vårdnaden om krävs att beslutet grundar sig på ”tredjelandsmedborgarens personliga uppträdande, vilket ska utgöra ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse i medlemsstaten, och att hänsyn har tagits till de olika berörda intressena”.¹³¹⁷ Här inräknas att de nationella myndigheterna konkret måste bedöma samtliga aktuella och relevanta omständigheter i målet mot bakgrund av proportionalitetsprincipen, barnets bästa och de grundläggande rättigheter som omfattas av unionsrätten – däribland rätten till respekt för familjelivet.¹³¹⁸

¹³¹³ Se för ett liknande resonemang C-145/09 *Land Baden-Württemberg mot Panagiotis Tsakouridis*, EU:C:2010:708, punkterna 43 och 44, samt mål C-601/15, *J. N. mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, EU:C:2016:84, punkterna 65 och 66.

¹³¹⁴ C-165/14 *Alfredo Rendón Marín mot Administración del Estado*, EU:C:2016:675, punkt 56. Se även C-145/09 *Land Baden-Württemberg mot Panagiotis Tsakouridis*, EU:C:2010:708, punkterna 24 och 25.

¹³¹⁵ Se även C-165/14 *Alfredo Rendón Marín mot Administración del Estado*, EU:C:2016:675, punkt 59.

¹³¹⁶ *Ibid*, punkt 62 och mål C-304/14, *Secretary of State for the Home Department mot CS*, EU:C:2016:674, punkt 42.

¹³¹⁷ C-304/14, *Secretary of State for the Home Department mot CS*, EU:C:2016:674, punkt 51.

¹³¹⁸ Jfr C-165/14 *Alfredo Rendón Marín mot Administración del Estado*, EU:C:2016:675, punkt 85.

9.4.3 EU-rätten och familjesammanhållning av tredjelandsmedborgare

Ovan nämnda situationer tar alla sikte på att en (nuvarande eller tidigare) familjemedlem är eller var unionsmedborgare. I det fall en familj består av enbart tredjelandsmedborgare ser EU-regleringen kring familjesammanhållning annorlunda ut. Utgångspunkten är att EU saknar kompetens och att regleringen därmed faller in under medlemsstaternas egen beslutanderätt. Undantag finns dock när det gäller människor som befinner sig i asylprocessen.

Som nämnts ovan har EU kompetens på asylområdet och unionen har ett gemensamt asylsystem. Inom detta system finns ett flertal bestämmelser som bygger på tanken att hålla ihop familjer. I såväl skyddsgrundsdirektivet som mottagandedirektivet finns regler om att familjer som utgångspunkt ska hållas samman under asylprocessen i en medlemsstat.¹³¹⁹ Dessa direktiv tar sikte på situationen att familjemedlemmarna redan befinner sig i samma medlemsstat.

I vissa situationer riskerar familjemedlemmar att få asylprövningar i olika medlemsstater. I Dublinförordningen¹³²⁰, vilken syftar till att fastställa vilken medlemsstat som är ansvarig för prövningen av en asylansökan, finns regler om att stater i vissa fall kan vara skyldiga att pröva en asylansökan – även om den lämnats in i en annan medlemstat – i syfte att hålla samman familjer. Reglerna i Dublinförordningen kan aktualiseras både om en familjemedlem riskerar att överföras till en annan stat för asylprövning och på så vis skiljas ifrån sina anhöriga och om en anhörig sökt asyl i en annan medlemsstat och önskar föras samman i den medlemsstat hans anhöriga vistas i. Det handlar således såväl om sammanhållning av familjer som återförening av familjer. För enkelhetens skull behandlas Dublinförordningen dock redan här och inte nedan i avsnittet om familjeåterförening.

¹³¹⁹ Artikel 23 i skyddsgrundsdirektivet (2011/95/EU) rör just sammanhållning av familjer och stadgar bl.a. att medlemsstaterna ska se till att familjen hålls samlad. Direktivets artikel 31 rör ensamkommande barn och innehåller bl.a. reglering om att syskon ska hållas samman så långt det är möjligt och med beaktande av barnets bästa. I mottagandedirektivet (2013/33/EU), artikel 12 om familjer, stadgas att medlemsstaterna ”ska vidta lämpliga åtgärder till stöd för största möjliga sammanhållning inom de familjer som befinner sig på deras territorium, om det är den berörda medlemsstaten som tillhandahållit bostaden. Sådana åtgärder ska vidtas med sökandens medgivande.” I ingresserna i såväl skyddsgrundsdirektivet som mottagandedirektivet sägs att staterna bör sträva efter att säkerställa att principerna om barnets bästa och familjens enhet följs, i enlighet med EU:s rättighetsstadga, barnkonventionen samt Europakonventionen.

¹³²⁰ Dublinförordningen (2013/604/EU) bygger på två principer: 1) att se till att personer som har skyddsbehov snabbt kan få tillgång till en asylprövning och därigenom beviljas skydd i EU 2) att effektivisera asylprocessen samt att minska kostnaderna för medlemsstaterna, detta genom att endast ett EU-land ansvarar för prövningen av en persons asylansökan. Den grundläggande principen för Dublinförordningen är att en asylsökande som kommer till EU har rätt att få sin ansökan prövad – men bara i ett land. En asylsökande ska inte kunna få sin ansökan prövad i ett EU-land, få avslag i det landet och sedan försöka på nytt i en annan medlemsstat.

Dublinförordningen, som är direkt tillämplig i medlemsstaterna, bygger på ett antal kriterier – som ska tillämpas i den ordning de presenteras i förordningen – enligt vilka ansvarig medlemsstat ska fastställas.¹³²¹ Det första som undersöks är om sökanden har familjemedlemmar på någon av medlemsstaternas territorium och om de berörda personerna önskar förenas.¹³²² I förordningen anges att medlemsstaterna ska beakta alla tillgängliga bevis när det gäller närvaron på en medlemsstats territorium av sådana närstående.¹³²³ Kriterierna tar dock främst sikte på att sammanföra asylsökande med familjemedlemmar som antingen själva för närvarande befinner sig i en asylprocess i en annan medlemsstat eller som redan har beviljats skydd i en annan medlemsstat.¹³²⁴ Dessutom krävs att familjen bildades redan i ursprungslandet.¹³²⁵ När det gäller andra närstående än dessa familjemedlemmar – t.ex. personer som av annan anledning än av skyddsbehov beviljats uppehållstillstånd i en medlemsstat – finns det endast skyldigheter för medlemsstater att sammanföra den sökande med dessa om den sökande är ett ensamkommande barn.¹³²⁶ Kretsen av personer som staterna kan vara skyldiga att sammanföra en asylsökande med är alltså vidare när det gäller ensamkommande barn än övriga asylsökande.¹³²⁷

Även om det inte finns några tydliga skyldigheter i andra fall är det viktigt att påpeka att en medlemsstat alltid kan välja att pröva en asylansökan (artikel 17). I förordningens ingress lyfts särskilt att medlemsstaterna bör kunna frångå ansvarskriterierna ”om det föreligger humanitära eller ömmande skäl, för att sammanföra familjemedlemmar, släktingar eller andra närstående och pröva en ansökan om internationellt skydd som den staten har mottagit eller som lämnats in i en annan medlemsstat, även om de inte skulle vara ansvariga för prövningen enligt de bindande kriterierna i denna förordning [min kursivering]”.¹³²⁸ I ingressen påminns om att såväl Europakonventionen som rättighetsstadgan innehåller skyldigheter för staterna att respektera familjeliv var efter staterna uppmanas att låta respekten för familjelivet vara en fråga av största vikt vid tillämpningen av förordningen.¹³²⁹ En särskild bestämmelse (artikel 16) anmodar dessutom medlemsstaterna att hålla samman eller sammanföra personer som är i beroendeställning till varandra. Med person i beroendeställning menas antingen 1) en sökande som på grund av graviditet, ett nyfött barn, svår sjukdom, allvarligt funktionshinder eller hög ålder är beroende av hjälp från sitt/sin – i en medlemsstat lagligen bosatta – barn, syskon

¹³²¹ Dublinförordningen (2013/604/EU), artikel 3.2 samt kapitel tre (artiklarna 7-15).

¹³²² Ibid, artikel 7, 8, 9, 10, 11 och 16.

¹³²³ Ibid, artikel 7.3.

¹³²⁴ Ibid, artikel 9 och 10.

¹³²⁵ Ibid.

¹³²⁶ Ibid, artikel 8. Se även skäl 16 i ingressen till förordningen.

¹³²⁷ Ibid, artikel 8.2. Jämför även med avsnitt 8.3.1.4. ovan om vem som avses med familjemedlem.

¹³²⁸ Dublinförordningen (2013/604/EU), skäl 17.

¹³²⁹ Ibid, skäl 14.

eller förälder eller 2) tvärtom, nämligen att ett barn, syskon eller förälder som är lagligen bosatt i en av medlemsstaterna är beroende av sökandens hjälp. Här är alltså inte kravet att personerna sökt eller beviljats skydd, personen kan vara lagligen bosatt av andra skäl. Däremot krävs för att artikeln ska kunna tillämpas att familjebanden fanns redan i ursprungslandet, att barnet, syskonet, föräldern eller sökanden kan ta hand om personen i beroendeställning och att de berörda personerna skriftligen har uttryckt önskemål om detta.

Dublinförordningen innehåller en särskild bestämmelse om skydd för underåriga (artikel 6) där det framgår att barnets bästa ska vara en fråga av största vikt för medlemsstaterna vid tillämpningen av förordningen. I artikeln stadgas att medlemsstaterna vid bedömningen av barnets bästa ska samarbeta med varandra och bl.a. särskilt ta hänsyn till möjligheterna till familjeåterförening. Mot bakgrund av artikel 6 samt rättighetsstadgans artikel 24 (om barnets bästa) har EU-domstolen beslutat att ensamkommande barn som huvudregel ska undantas från Dublinförordningen.¹³³⁰ Asylansökningar från ensamkommande barn ska därför normalt prövas i det land där barnet för närvarande befinner sig. EU-domstolen har uttalat att det finns två undantag från denna huvudregel, nämligen 1) om det ensamkommande barnet har vårdnadshavare, syskon eller faster/moster, farbror/morbror eller mor- eller farföräldrar i en annan Dublinstat¹³³¹ och det skulle vara bra för barnet att få återförenas med sina släktingar¹³³² eller 2) om barnet redan har fått ett beslut i sitt ärende och alltså redan har genomgått en asylprövning i ett annat land.

Slutligen bör något om återvändandedirektivet¹³³³ nämnas. Direktivet innehåller bestämmelser om återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt¹³³⁴ i medlemsstaterna. I direktivets ingress (skäl 22) lyfts såväl barnkonventionen som Europakonventionen särskilt fram och i direktivets artikel 5 påpekas uttryckligen att medlemsstaterna ska ta särskild hänsyn till barnets bästa och familjelivet vid genomförande av direktivet. Vidare anges mer specifikt i direktivets artikel 7 att medlemsstaterna när det är nödvändigt ska förlänga tidsfristen för frivillig avresa ”med beaktande av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, t.ex. vistelsens längd, förekomsten av skolbarn eller av andra familjeband och sociala band”. Slutligen finns i direktivet även

¹³³⁰ Mål C-648/11, *The Queen, på begäran av MA m.fl. mot Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2013:367.

¹³³¹ EU:s medlemsstater plus Island, Norge, Lichtenstein och Schweiz.

¹³³² EU-domstolen baserar detta på artikel 6 och artikel 8 Dublinförordningen.

¹³³³ Återvändandedirektivet (2008/115/EG).

¹³³⁴ I artikel 3.2 anges att med olaglig vistelse avses en vistelse på en medlemsstats territorium av en tredjelandsmedborgare som inte, eller inte längre, uppfyller villkoren för inresa enligt artikel 5 i kodexen om Schengengränserna eller andra villkor för att resa in i, vistas eller vara bosatt i den medlemsstaten.

bestämmelser som särskilt tar sikte på återvändande och avlägsnande av ensamkommande barn (artikel 10) samt på förvarstaggande av barn och deras eventuella familjemedlemmar (artikel 17).

9.5 Familjesammanhållning enligt utlänningslagstiftningen och svensk praxis

I den svenska utlänningslagstiftningen och dess tillhörande praxis dyker frågan om familjesammanhållning upp i flera situationer. Här finns bestämmelser om att hänsyn ska tas till familjen vid prövningen av en eventuell utvisning pga. brott samt vid återkallelse av tillstånd. Dessutom finns regler som i vissa fall möjliggör att bevilja ansökningar om uppehållstillstånd från personer som redan befinner sig i Sverige – trots att huvudregeln är att sådana ansökningar ska ha lämnats in och beviljats före det att personen reser in i Sverige. Omständigheten att en person har familj i Sverige kan även spela in när svenska myndigheter bedömer om en asylansökan ska prövas i Sverige, dvs. om Sverige ska ta på sig prövningen av en ansökan istället för att besluta om en överföring i linje med Dublinförordningen.

Enligt förarbetsuttalanden är det en grundprincip inom den svenska migrationsrätten att hålla samman familjen.¹³³⁵ Här framhålls även särskilt att en vägledande princip ska vara att undvika åtgärder som leder till att barn skiljs från sina föräldrar.¹³³⁶ Samtidigt lyfts tydligt fram att målet att åstadkomma en sammanhållen familj inte får bli ett eget kriterium för uppehållstillstånd.¹³³⁷

Att frågan om familjesammanhållning är en utmaning för lagstiftaren visar det flertal ändringar av lagstiftningen som skett genom åren i syfte att hitta en acceptabel balans mellan att respektera familjelivet och att upprätthålla en respekt för lag och ordning.¹³³⁸ Nedan presenteras dels det nationella regelverket i sig, dels hur detta tillämpats i praxis.

¹³³⁵ Prop. 2013/14:217, s. 12.

¹³³⁶ Prop. 1996/97:25, s. 230.

¹³³⁷ Se exempelvis prop. 1996/97:25 s. 247 samt prop. 2009/10:137, s. 16 f.

¹³³⁸ Se exempelvis prop. 1996/97:25, prop. 1999/2000:43, prop. 2009/10:137, prop. 2013/14:217.

9.5.1 Utvisning av lagligen bosatta migranter

9.5.1.1 Återkallelse av uppehållstillstånd

I utlänningslagens sjunde kapitel finns regler om när beviljade uppehållstillstånd får återkallas. Utgångspunkten är att en nationell visering eller ett uppehålls- och arbetstillstånd får återkallas om en utländsk medborgare har undanhållit uppgifter eller lämnat oriktiga uppgifter som haft betydelse för att tillståndet beviljades. Om en person som har förtigigt uppgifter eller lämnat felaktiga sådana har vistats i Sverige i mer än fyra år krävs dock utöver de missledande uppgifterna att det dessutom finns *synnerliga skäl* för återkallelse.¹³³⁹ En liknande tidsgräns finns vad gäller möjligheten att återkalla tillstånd om en person arbetar utan att ha rätt till det eller om det kan antas att den utländske medborgaren kommer att bedriva sabotage, spioneri eller olovlig underrättelseverksamhet i Sverige eller i något annat nordiskt land. Om personen vistats i Sverige i mer än tre år får uppehållstillstånd nämligen inte återkallas av dessa anledningar.¹³⁴⁰ Det är således tydligt att möjligheten att återkalla tillstånd enligt utlänningslagen successivt försvåras i takt med en persons vistelsetid i Sverige.

I vissa situationer finns dock inga angivna tidsgränser direkt angivna i lagstiftningen. Vid första anblick kan det således verka som om uppehållstillstånd för arbete samt tidsbegränsade uppehållstillstånd pga. nyetablerade relationer alltid kan återkallas om relationen eller arbetet upphört. Så är dock inte fallet. Vad gäller arbetstillstånd så ska ett sådant tillstånd till att börja med inte återkallas om den återstående tillståndstiden är kortare än tre månader.¹³⁴¹ Om tillståndet är giltigt för längre tid än så och den utländske medborgarens anställning upphör ska denne ha rätt att hitta ett nytt arbete inom en period av tre månader från det att anställningen upphörde.¹³⁴² Om personen hittar ett nytt arbete och detta täcks av det tidigare arbetstillståndet behöver uppehållstillståndet inte återkallas och någon ny ansökan om arbetstillstånd behövs inte lämnas in.¹³⁴³ Om anställningen däremot inte täcks av det tidigare tillståndet

¹³³⁹ 7 kap. 1 § utlänningslagen. Migrationsöverdomstolen har behandlat frågan om synnerliga skäl i MIG 2008:43 och MIG 2015:3. I MIG 2008:43 ansågs det finnas synnerliga skäl för att återkalla uppehållstillstånd för en man som beviljats tillstånd på anknytning till en partner men undanhållit information om att han vid den tidpunkten väntade barn tillsammans med en annan kvinna. I MIG 2015:3 ansågs det inte föreligga synnerliga skäl för återkallelse, främst med hänvisning till att mannen hade barn som var bosatta i Sverige.

¹³⁴⁰ 7 kap. 3 § utlänningslagen.

¹³⁴¹ Ibid, 2 punkten.

¹³⁴² Prop. 2007/08:147, s. 32.

¹³⁴³ Jfr prop. 2007/08:147, s. 33. Se även Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, Utlänningslagen med kommentarer, version den 1 oktober 2018 (upplaga 11B), Zeteo, kommentaren till 7 kap. 3 § utlänningslagen. Ett arbetstillstånd ska från början knytas till en viss arbetsgivare och avse ett visst slag av arbete. Efter en sammanlagd tillståndstid om två år knyts dock tillståndet endast till ett visst slag av arbete, 6 kap. 2 a § utlänningslagen.

får utlänningen ansöka om och beviljas ett nytt arbetstillstånd inifrån Sverige.¹³⁴⁴ Huvudregeln när det kommer till uppehålls- och arbetstillstånd är som bekant annars att sådana ansökningar ska ske ifrån utlandet.¹³⁴⁵

När det gäller nyetablerade relationer (även kallade *snabba anknytningar*) får uppehållstillstånd under vissa förutsättningar återkallas om det tillståndsgrundande förhållandet tar slut. Denna möjlighet hänger ihop med systemet med s.k. *uppskjuten invandringssprövning*. Systemet innebär att nya relationer endast beviljas tidsbegränsade uppehållstillstånd, normalt giltiga i två års tid, i syfte att undersöka om förhållandet är seriöst och bestående.¹³⁴⁶ Om förhållandet håller under denna period beviljas normalt ett permanent uppehållstillstånd därefter.¹³⁴⁷ Om förhållandet däremot brister under prövotiden kan tillståndet komma att återkallas.¹³⁴⁸

Varken i ärenden om återkallelse pga. bristande och/eller felaktiga uppgifter, där en person arbetar utan tillstånd eller då en relation tagit slut inom prövotiden finns dock något tvång att återkalla uppehållstillstånd, det är s.k. fakultativa bestämmelser. Även om grunder för återkallelse föreligger krävs enligt 7 kap 4 § utlänningslagen – förutsatt att personen befinner sig i Sverige – att en allmän bedömning av personens situation görs för att avgöra om ett uppehållstillstånd faktiskt bör och ska återkallas.¹³⁴⁹ I dessa fall ska en helhetsbedömning göras av såväl de skäl som talar *för* som *emot* att tillståndet återkallas.¹³⁵⁰ Även om samtliga omständigheter ska beaktas har vissa faktorer särskilt lyfts fram direkt i lagstiftningen. Här framkommer att sådant som måste beaktas är; utlänningsens levnadsomständigheter, om personen har barn i Sverige och, om så är fallet, barnets behov av kontakt med sin förälder, hur kontakten tidigare sett ut och hur den skulle påverkas av om förälderns uppehållstillstånd återkallas, utlänningsens övriga familjeförhållanden samt hur länge hen har vistats i Sverige. I förarbeten nämns härutöver även arbetsförhållanden, bostadsförhållanden och social anpassning som faktorer som bör inverka på prövningen, häribland om utlänningen lärt sig svenska.¹³⁵¹ När det gäller brustna relationer måste även beaktas om anledningen till att förhållandet har upphört främst är

¹³⁴⁴ Jfr 7 kap. 3 § 2 punkten. Se även 5 kap. 18 § utlänningslagen samt Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, Utlänningslagen med kommentarer, version den 1 oktober 2018 (upplaga 11B), Zeteo, kommentaren till 7 kap. 3 § utlänningslagen.

¹³⁴⁵ Se härom avsnitt 9.5.2.1 nedan.

¹³⁴⁶ Prop. 2005/06:72, s. 49.

¹³⁴⁷ 5 kap. 16 § utlänningslagen.

¹³⁴⁸ Ibid, 7 kap. 3 §.

¹³⁴⁹ Ibid, 7 kap. 4 §.

¹³⁵⁰ Prop. 1997/98:36, s. 21 f.

¹³⁵¹ Ibid, s. 20.

att den utländske medborgaren eller dennes barn har utsatts för våld eller annan allvarlig kränkning av sin frihet eller frid i relationen.¹³⁵²

När det gäller tyngden som kan tillmätas det faktum att en person har familj i Sverige anges i förarbeten att den blir beroende av hur släktanknytningen ser ut i Sverige jämfört med i hemlandet/annat land personen kan bosätta sig i. Att en person har föräldrar och syskon i Sverige och saknar nära anhöriga i hemlandet eller att en person är gift eller sambo med någon som är svensk medborgare eller har uppehållstillstånd här (och som det inte är aktuellt att återkalla tillståndet för) är enligt förarbeten omständigheter som starkt talar emot återkallelse av uppehållstillstånd.¹³⁵³ Att ett barn under 18 år som har sina föräldrar i Sverige skulle få sitt tillstånd återkallat samtidigt som föräldrarnas tillstånd inte återkallas – och där familjen således skulle splittras – bör enligt förarbeten ”inte komma i fråga”.¹³⁵⁴

I förarbeten har överlag framhållits att i återkallelseärenden som gäller barn ska en något mildare bedömning göras än om ärendet enbart gäller vuxna.¹³⁵⁵ Här betonas att det ska vägas in, och behandlas mildare, om en oriktig uppgift lämnats av ett barn under 18 år. I sammanhanget är *MIG 2010:16* intressant. Målet rörde två barn som beviljats uppehållstillstånd för familjeåterförening med sin far. Då det senare kom fram att barnens far inte haft någon avsikt att bo tillsammans med barnen återkallade Migrationsöverdomstolen barnens permanenta uppehållstillstånd med hänvisning till att pappan lämnat oriktiga uppgifter. Domstolen fann ingen anledning att ifrågasätta att barnen haft för avsikt att bo tillsammans med sin far i Sverige men fann att fadern inte haft sådan avsikt vilket tillmättes avgörande betydelse.

I förarbeten poängteras att vid eventuell återkallelse ska hänsyn tas till barnets bästa vilket bl.a. innebär att barnets situation vid ett återvändande till dennes (förälders) hemland ska beaktas samt att särskild hänsyn ska tas till om ett barn går i skola eller skolförberedande verksamhet i Sverige. I *MIG 2010:16* beaktade Migrationsöverdomstolen att barnen, som var 14 respektive 10 år gamla då de kom till Sverige, hade anpassat sig väl, talade svenska och gick i skolan. Av förarbeten framgår även att skäl som talar för en återkallelse ska identifieras, t.ex. om den utländske medborgaren har uppehållstillstånd i flera länder, har vistats mycket i sitt hemland eller annars inte har fått någon särskilt

¹³⁵² MIG 2013:5. Se även prop. 2005/06:72, s. 49. Se även Migrationsöverdomstolens dom den 22 april 2008 i mål nr UM 4198-07 där domstolen uttalar att det inte rakt av är möjligt att tillämpa 5 kap. 16 § utlänningslagen när det gäller återkallelse av uppehållstillstånd jfr MIG 2012:6.

¹³⁵³ Prop. 1997/98:36, s. 19.

¹³⁵⁴ Ibid.

¹³⁵⁵ Ibid, s. 18.

stark anknytning till Sverige.¹³⁵⁶ I *MIG 2010:16* menade domstolen att barnen inte kunde anses ha vistats särskilt länge i landet (drygt två och ett halvt år vid domstolens prövning). Detta i kombination med att deras mor uppgett att hon skulle följa med dem tillbaka till hemlandet om uppehållstillstånden återkallades ledde till att domstolen inte ansåg att det fanns tillräckliga skäl mot att deras uppehållstillstånd återkallades.

Oavsett vilken slutsats en domstol landar i är det tydligt i såväl lagstiftning som förarbeten att hänsyn ska tas till de särskilda omständigheterna som kan föreligga då en person till del, eller djupt, rotat sig i Sverige. Intressant är att denna helhetsbedömning enligt 7 kap 4 § utlänningslagen endast tar sikte på de ovan nämnda situationerna: oriktiga/undanhållna uppgifter, arbete utan tillstånd samt brusten relation. Även i andra situationer där det är aktuellt att återkalla uppehållstillstånd bör dock en proportionalitetsavvägning genomföras, inte minst för att vara säker på att Europakonventionen respekteras.

Av utlänningslagen framgår att även andra typer av uppehållstillstånd, exempelvis för utländsk medborgare som medverkar vid förundersökning eller vid huvudförhandling i brottmål och barn som med stöd av socialtjänstlagen placerats i Sverige, utöver vad som nämnts ovan *får* återkallas om förutsättningarna för att medge uppehållstillståndet inte längre är uppfyllda.¹³⁵⁷ Ytterligare en situation där Sverige *får* återkalla ett uppehållstillstånd är om ett annat EU/EES-land eller Schweiz beslutat att en tredjelandsmedborgare ska avvisas eller utvisas pga. allvarligt hot mot den allmänna ordningen eller den inre säkerheten.¹³⁵⁸ Dessa särskilda fakultativa bestämmelser gäller dock inte familjemedlemmar till EU/EES-medborgare som har utövat sin rätt till fri rörlighet.¹³⁵⁹

I två fall stadgas i utlänningslagen att uppehållstillstånd *ska* återkallas. *Den första* tvingande bestämmelsen gäller arbetstillstånd där förutsättningarna för att bevilja uppehållstillstånd inte längre är uppfyllda.¹³⁶⁰ Har arbetsgivaren självant avhjälpt bristerna utan att Migrationsverket vidtagit åtgärder behöver sådant tillstånd dock inte återkallas.¹³⁶¹ Om arbetstagaren inte längre har kvar sitt arbete gäller vad som ovan presenterats om när arbete upphör. *Den andra* tvingande bestämmelsen om återkallelse i utlänningslagen gäller situationen att en person med *permanent* uppehållstillstånd i Sverige har upphört

¹³⁵⁶ Ibid, s. 21 f.

¹³⁵⁷ 7 kap. 7 a-d §§ utlänningslagen.

¹³⁵⁸ Ibid, 7 kap. 6 §.

¹³⁵⁹ Se ovan avsnitt 9.4.2.2 vad som gäller i dessa fall.

¹³⁶⁰ 7 kap. 7 e § utlänningslagen.

¹³⁶¹ 7 kap. 7 e § tredje stycket utlänningslagen. Denna ändring infördes 2017 efter att flera s.k. kompetensutvisningar uppmärksammats, se även prop. 2016/17:212.

att vara bosatt här i landet.¹³⁶² Migrationsöverdomstolen har konstaterat att uppehållstillstånd undantagslöst ska återkallas i en sådan situation.¹³⁶³ Domstolen har dock konstaterat att det är mycket viktigt att ordentligt reda ut om bosättningen verkligen har upphört.¹³⁶⁴ Migrationsöverdomstolen har uttalat att omständigheter som rör personens anknytning till Sverige ska beaktas inom ramen för denna bedömning samt att den utländske medborgarens *avsikt* att varaktigt vara bosatt i Sverige är av avgörande betydelse.¹³⁶⁵ Att en person avregistrerats från folkbokföringen kan enligt domstolen inte ensamt kan ligga till grund för att återkalla ett uppehållstillstånd, även om det är en tungt vägande omständighet.¹³⁶⁶ Även andra förhållanden behöver enligt domstolen beaktas; så som om utlänningen bott i Sverige länge, har familj eller bostad här och om det finns en tydligt uttalad avsikt att återvända till Sverige. Migrationsöverdomstolen har konstaterat att frågan om anknytning till Sverige kan förändras över tid och att det därför är rimligt att utgå från situationen vid prövningstillfället.¹³⁶⁷

Avslutningsvis ska sägas att till skillnad mot att återkalla uppehållstillstånd för *personer som redan befinner sig i Sverige* kan det vid återkallelse av ett tillstånd för en person *som ännu inte rest in i Sverige* räcka med att det finns *särskilda skäl* för återkallelse.¹³⁶⁸ Vad som avses med särskilda skäl är inte helt klart, i förarbeten nämns dock att uppehållstillstånd bör kunna återkallas om förutsättningen för tillståndet väsentligt har ändrats.¹³⁶⁹ Samtidigt poängteras att det även bör beaktas om personen inte själv har orsakat eller borde ha kunnat förutse att omständigheterna skulle förändras och att försiktighet i sådana fall ska tillämpas vid återkallelse.

9.5.1.2 Utvisning pga. brott

Att familjen kan drabbas lika hårt av en utvisning pga. brott som den dömde – i och med den splittring av familjen som utvisningen kan innebära – framhålls specifikt i Utlänningslagkommitténs utredning från 1979.¹³⁷⁰ Kommittén menade att mot bakgrund av denna insikt bör frågan om utvisning prövas med beaktande av ”den skada och olägenhet som kan vållas den [utvisades] familj”¹³⁷¹. I ett nyligen meddelat mål har Högsta domstolen dock uttalat att

¹³⁶² 7 kap. 7 § utlänningslagen. Om utlänningen anmält till Migrationsverket att han eller hon vill ha uppehållstillståndet kvar trots att bosättningen upphör, får uppehållstillståndet dock återkallas tidigast när två år har förflutit efter det att bosättningen här i landet upphörde.

¹³⁶³ MIG 2014:6. Jämför dock MIG 2009:12 som ger uttryck för domstolens tidigare syn.

¹³⁶⁴ MIG 2007:34.

¹³⁶⁵ MIG 2014:6 och MIG 2007:34.

¹³⁶⁶ MIG 2007:34 och MIG 2014:6.

¹³⁶⁷ MIG 2014:6.

¹³⁶⁸ 7 kap. 2 § utlänningslagen.

¹³⁶⁹ Se prop. 1988/89:86, s. 63.

¹³⁷⁰ SOU 1979:64.

¹³⁷¹ Ibid.

även om det faktum att en utlänning har en egen familj i Sverige vanligtvis innebär att personen ska anses ha stark anknytning till Sverige så påverkas anknytningen av om brottsligheten riktats *mot* familjen. Högsta domstolen menade i målet att om det föreligger risk för fortsatt brottslighet riktad mot utlänningens familj så bör familjebanden i många fall inte tillmätas någon avgörande betydelse vid bedömningen av om utvisning bör ske.¹³⁷²

För att utvisning pga. brott överhuvudtaget ska få komma på tal krävs att den utländske medborgaren döms till svårare påföljd än böter.¹³⁷³ Utöver detta krav, som är lika för alla utländska medborgare, gör den svenska utlänningslagstiftningen skillnad på utlänningar som är nordiska medborgare, EU/EES-medborgare eller familjemedlem till en sådan, och de utländska medborgare som saknar EU/EES-koppling när det gäller vilka krav som ställs för att utvisning pga. brott ska kunna utdömas.

Starkast skydd mot utvisning pga. brott av alla utländska medborgare har nordiska medborgare. Om en sådan person varit bosatt i Sverige i minst två år krävs nämligen synnerliga skäl för att utvisning ska få ske.¹³⁷⁴

Att utvisa personer med EU/EES-koppling (inkl. deras familjemedlemmar även om dessa är tredjelandsmedborgare) är näst svårast, och betydligt svårare än att utvisa tredjelandsmedborgare som saknar EU/EES-koppling. Utvisning av EU/EES-medborgare och deras familjemedlemmar är nämligen knutet till rörlighetsdirektivet. I 8 a kap. 5 § första och andra stycket utlänningslagen återspeglas direktivets krav för utvisning (vilka redogjorts för i avsnitt 9.4.2.2.2 ovan). Kort innebär det att utvisning endast får ske om personens beteende ”utgör ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen och som går utöver den störning av ordningen i samhället som varje lagöverträdelse innebär”.¹³⁷⁵ Dessutom måste hänsyn tas till ålder, hälsotillstånd, familjesituation, ekonomisk situation, social och kulturell integrering i Sverige, banden till ursprungslandet samt hur länge utlänningen har vistats i Sverige. Om EU/EES-medborgaren är ett barn får utvisning pga. brott endast ske om ”beslutet är oundgängligen nödvändigt av hänsyn till allmän säkerhet”.¹³⁷⁶ Har EU/EES-medborgaren eller dennes familjemedlem permanent uppehållsrätt får utvisning endast ske om det finns

¹³⁷² Högsta domstolen, B 4150-18 (Utvisning och familjevåld), dom meddelad den 19 juni 2019.

¹³⁷³ 8 a kap. 1 § utlänningslagen. Se även 8 a kap. 5 § utlänningslagen. Mer specifikt krävs att utlänningen döms till fängelse eller att en domstol undanröjer en villkorlig dom eller skyddstillsyn som utlänningen har dömts till och dömer till annan påföljd vilken måste vara svårare än böter.

¹³⁷⁴ 8 a kap. 5 § tredje stycket utlänningslagen.

¹³⁷⁵ Se exempelvis NJA 2014 s. 415.

¹³⁷⁶ 8 kap. 14 § utlänningslagen.

synnerliga skäl.¹³⁷⁷ Om EU/EES-medborgaren vistats i Sverige de tio senaste åren får hen endast utvisas om det ”är oundgängligen nödvändigt av hänsyn till allmän säkerhet”.¹³⁷⁸

För att utländska medborgare som saknar EU/EES-koppling ska kunna utvisas krävs att det kan antas att personen kan komma att göra sig skyldig till fler brott i Sverige eller att brottet med hänsyn till ”den skada, fara eller kränkning som det har inneburit för enskilda eller allmänna intressen” är så allvarligt att personen inte bör tillåtas att stanna kvar här i landet.¹³⁷⁹

Likt vad som ovan anförts om återkallelse av tillstånd ökar skyddet mot utvisning i takt med att personens anknytning till Sverige stärks.¹³⁸⁰ För att få utvisa en person som en konsekvens av brottslighet krävs synnerliga skäl om personen haft permanent uppehållstillstånd i minst fyra år eller varit bosatt i Sverige i minst fem år.¹³⁸¹ Att det blir svårare att utvisa personer som vistats i Sverige ett antal år har motiverats med att det i något skede bör finnas en punkt där en utlänning ska ha rätt att känna trygghet i Sverige.¹³⁸² Desto större anknytning en utländsk medborgare har till Sverige, desto allvarligare brottslighet krävs för att utvisning ska anses motiverad.¹³⁸³

En stor skillnad mot andra mål om utvisning och avvisning av utländska medborgare är att det inte är migrationsmyndigheter som fattar beslut om utvisning pga. brott. Det gör istället den allmänna domstol som handlägger brottmålet.¹³⁸⁴ När domstolen har att avgöra om en utvisning ska dömas ut måste denna beakta personens anknytning till det svenska samhället i sin helhet och då särskilt; personens levnadsomständigheter, om hen har barn i Sverige, eventuella barns behov av kontakt med föräldern, hur kontakten har sett ut hittills och hur den skulle påverkas av en utvisning, övriga familjeförhållanden samt hur länge den utvisningshotade personen har vistats i Sverige.¹³⁸⁵ Dessutom måste beaktas om personen har skyddsskäl gentemot hemlandet eller om det annars finns verkställighetshinder mot beslutet.¹³⁸⁶ En utländsk medbor-

¹³⁷⁷ Ibid.

¹³⁷⁸ Ibid.

¹³⁷⁹ Ibid, 8 a kap. 1 §.

¹³⁸⁰ Se exempelvis Högsta domstolens dom i mål B 5931-18 (Utlänningens vistelsetid), dom meddelad den 24 april 2019.

¹³⁸¹ 8 a kap. 3 § utlänningslagen. I Högsta domstolens dom i mål B 5931-18 (Utlänningens vistelsetid), dom meddelad den 24 april 2019, har domstolen utvecklat vad som kan utgöra synnerliga skäl och hur olika faktorer som är relevanta ska vägas mot varandra.

¹³⁸² Se prop. 1993/94:159, s. 16.

¹³⁸³ Se t.ex. NJA 1996 s. 365 och NJA 1997 s. 172.

¹³⁸⁴ 8 a kap. 6 § utlänningslagen.

¹³⁸⁵ Ibid, 8 a kap. 2 §.

¹³⁸⁶ Ibid samt 8 a kap. 4 § samma lag.

gare som beviljats internationellt skydd i en annan EU-stat och som har ställning som varaktigt bosatt i Sverige får bara utvisas till den skyddsbeviljande EU-staten.¹³⁸⁷

Att barns behov av kontakt med sin förälder så tydligt betonas som en faktor att beakta är en konsekvens av en lagändring som skedde år 2004 i syfte att ge principen om barnets bästa ökat genomslag genom att markera domstolarnas utredningsskyldighet i utvisningsärenden som berör barn.¹³⁸⁸ Genom departementspromemorian *Barnperspektivet i mål om utvisning på grund av brott* (Ds 2002:41) hade det framkommit att domstolarna ofta hade bristande upplysningar om personer som skulle utvisas pga. brott hade barn, och om så var fallet hur dessa barn kunde komma att påverkas av utvisningen.¹³⁸⁹ I samband med att skyldigheten att beakta barns (möjliga) kontakt med sin förälder fördes in i utlänningslagen infördes en skyldighet för socialnämnder att bistå rätten med sådana uppgifter i lagen (1991:2041) om särskild personutredning i brottmål m.m.¹³⁹⁰ Av domstolens utredning bör framgå om ”utlänningsen har vårdnad om barnet, lever tillsammans med barnet i en familjegemenskap, deltar aktivt i den faktiska vården om barnet eller i andra fall hur kontakten med barnet ser ut och kommer att förändras av att utlänningsen utvisas”.¹³⁹¹ Vad gäller begreppet kontakt ska det enligt propositionen täcka in alla former av relationer mellan en förälder och ett barn, dvs. kontakt en vårdnadshavare har med sitt barn, den kontakt en förälder som inte är vårdnadshavare kan ha med barnet vid umgänge eller besök samt andra typer av kontakt så som via brev eller telefon.¹³⁹²

I förarbeten betonas att det är viktigt att det tydligt framgår av domen hur domstolen resonerat kring barnperspektivet vid sitt beslut om utvisning (eller att avstå utvisning).¹³⁹³ Vidare anges att skyldigheten att beakta barns situation i första hand gäller barn som är (lagligen) bosatta i Sverige, men att även barn som tillfälligt uppehåller sig här och barn som saknar uppehållstillstånd undantagsvis kan komma att beröras av bestämmelsen.¹³⁹⁴

¹³⁸⁷ Ibid, 8 a kap. 7 a §.

¹³⁸⁸ Lagändringen trädde i kraft 1 juli 2004. Se prop. 2003/04:113, bet. 2003/04:SfU18, rskr. 2003/04:253.

¹³⁸⁹ Brottförebyggande rådet (Brå) genomförde under 2006 på uppdrag av regeringen en undersökning av hur domstolarna tillämpar utvisningsmöjligheten när det gäller utländska medborgare med barn i Sverige, mot bakgrund av lagändringarna år 2004. Undersökningen visade att domstolarna i liten utsträckning har utnyttjat den utökade möjligheten att begära in utlåtanden från socialnämnderna. Det allra vanligaste var, i de undersökta domarna, att tingsrätten endast hade information om att personen hade barn. Se vidare rapporten *Barnets bästa? Domstolarnas bedömningar i ärenden där föräldrar riskerar utvisning* (Brå, 2006).

¹³⁹⁰ 6 § andra stycket lagen (1991:2041) om särskild personutredning i brottmål m.m.

¹³⁹¹ Prop. 2003/04:113, s. 15.

¹³⁹² Ibid, s. 19.

¹³⁹³ Ibid, s. 15 och 17.

¹³⁹⁴ Ibid, s. 19.

Högsta domstolen har i ett flertal fall tagit ställning till utvisning pga. brott där barn berörts av beslutet. Redan året efter lagändringen – år 2005 – avgjorde domstolen ett utvisningsärende utifrån det nya ökade kravet på barnperspektiv vid utvisning i brottmål, *NJA 2005 s. 283*. Målet rörde en 46-årig man som vistats i Norden sedan han var 18 år, varav i Sverige de senaste 22 åren. Mannen hade en 15-årig dotter från ett tidigare äktenskap som han enligt socialnämnden inte sammanbodde med men hade ”en god och regelbunden kontakt med”. Högsta domstolen fann inte anledning att betvivla att dottern mådde dåligt inför pappans eventuella utvisning men lyfte även fram att dottern inte haft sitt huvudsakliga boende hos pappan även om denne haft gemensam vårdnad och de två träffats regelbundet. Domstolen menade vidare att dottern snart var i en ålder då hon inte var lika beroende av föräldrarna som tidigare och att hon självständigt skulle kunna behålla kontakten med fadern även om han utvisades till sitt hemland. Mot bakgrund av dessa omständigheter ansåg Högsta domstolen inte att dotterns kontakt med sin pappa ensamt kunde anses tala emot utvisning. Istället var det huvudsakligen mannens mycket långa vistelse i Norden som fick Högsta domstolen att upphäva beslutet om utvisning.

I *NJA 2006 s. 388* beslutade Högsta domstolen att en man som under lång tid återfallit i brottslighet skulle utvisas trots att mannen hade en 13-årig dotter i Sverige. I målet inhämtades ett yttrande där socialnämnden uppgav att dottern längtade mycket efter sin pappa och önskade att föräldrarna skulle bo tillsammans i Sverige. Samtidigt meddelades att det funnits tecken på att föräldrarna brustit i omvårdnaden om sin dotter samt att flickan och hennes pappa endast träffats vid ett fåtal tillfällen under de senaste åren. Socialnämndens utredare menade att den typ av telefonkontakt som dottern haft med sin pappa inte var tillräcklig för dotterns psykiska välmående och bedömde att flickans psykiska hälsa skulle påverkas negativt om pappan utvisades. Högsta domstolen menade att även om frågan om hur dottern skulle påverkas var av särskild betydelse i målet så var hennes kontakt med fadern inte sådan att den nämnvärt skulle påverkas av att han utvisades. Möjligheten att prata i telefon skulle kunna upprätthållas. Således menade Högsta domstolen att utvisningsbeslutet skulle stå fast.

Även i *NJA 2007 s. 425* kom Högsta domstolen till slutsatsen att en utvisning skulle ske trots att mannen hade fem minderåriga barn i Sverige. Högsta domstolen betonade att mannens barn, likt andra barn, hade behov av en nära och bra kontakt med sin pappa. Domstolen kom till slutsatsen att det var tydligt att möjligheterna till kontakt skulle försämrats om mannen utvisades och att barnens bästa således talade för att han borde få stanna i Sverige. Mot barnens bästa vägdes dock det starka samhällsintresset av att mannen skulle förhindras att begå nya brott i Sverige. Högsta domstolen bedömde att ingenting i mannens förhållningssätt tydde på att han var beredd att ändra sitt sätt att leva och att det därmed kunde antas att han skulle begå nya brott. Vid en avvägning

mellan de i målet aktuella intressena ansåg domstolen därmed att barnens behov av sin far fick stå tillbaka. En intressant aspekt att notera är att Högsta domstolen i målet kom till slutsatsen att mannen inte hade någon fastare anknytning till det svenska samhället. Detta trots att mannen hade vistats i Sverige under långa perioder till och från sedan 1983 samt var gift med en svensk medborgare. Under åren hade mannen dock avtjänat drygt åtta år i svenska fängelser och haft ett långvarigt återreseförbud vilket han dömts för att ha brutit mot inte mindre än sex gånger.

Ytterligare en intressant aspekt att notera är att Högsta domstolen i vart fall i ett av de nyss nämnda målen, *NJA 2005 s. 283*, hänvisade till Europadomstolens praxis och de s.k. *Boultif/Üner-kriterierna* som Europadomstolen tagit fram för att undersöka om en utvisning i det enskilda fallet innebär ett proportionerligt ingrepp i den enskildes rätt till familjeliv enligt Europakonventionens artikel 8.¹³⁹⁵

Det bör även betonas att Högsta domstolen i *NJA 2006 s. 40* återförvisat ett ärende då domstolen ansett det vara rättegångsfel att en hovrätt inte inhämtat tillräckliga uppgifter om barnperspektivet inför ett beslut om utvisning pga. brott.

Slutligen ska nämnas att den svenska utlänningslagstiftningen innehåller ett särskilt starkt skydd mot utvisning pga. brott för personer som var unga när de kom till Sverige.¹³⁹⁶ I utlänningslagen fastslås ett absolut förbud mot att utvisa pga. brott om personen var under 15 år vid ankomsten och har vistats i Sverige i minst fem år då åtal väcks. I förarbeten anges även att barn under 18 år inte bör utvisas om föräldrarna är bosatta här i landet.¹³⁹⁷

9.5.1.3 Återreseförbud

Om en allmän domstol fattar beslut om utvisning på grund av brott ska domstolen även fatta beslut om ett förbud för utlänningen att återvända till Sverige, här handlar det alltså om en tvingande regel. Ett sådant återreseförbud kan vara tidsbegränsat att gälla under en viss tid eller vara utan tidsbegränsning och gälla tillsvidare.¹³⁹⁸ Vanligen bör ett återreseförbud tidsbegränsas, endast i samband med en dom som avser särskilt allvarlig brottslighet eller som gäller en person som tidigare begått mycket allvarlig brottslighet bör möjligheten att meddela återreseförbud utan tidsbegränsning användas.¹³⁹⁹ Enligt Högsta

¹³⁹⁵ Se *NJA 2005 s. 283*. HD hänvisar i domen till *Benhebbä mot Frankrike* (dom den 10 juli 2003, appl. no. 53441/99), vilket i sig hänvisar till de s.k. *Boultif/Üner-kriterierna* som presenterats ovan i avsnitt 9.3.1.1.

¹³⁹⁶ Se exempelvis prop. 1983/84:144, s. 116.

¹³⁹⁷ Prop. 1993/94:159, s. 15.

¹³⁹⁸ 8 a kap. 8 § utlänningslagen.

¹³⁹⁹ Prop. 1979/80:96 s. 101 och *NJA 1992 s. 615*.

domstolen bör avgörande betydelse tillmätas återfallsrisken och den utländske medborgarens samhällsfarlighet.¹⁴⁰⁰ Domstolen har dock poängterat att det inte utesluter att viss hänsyn kan tas till utlänningens personliga förhållanden. I *NJA 1992 s. 615* ansågs dock ett återreseförbud på tio år vara motiverat trots att den utländske medborgaren hade en 11-årig son samt sex av sina syskon bosatta i Sverige.¹⁴⁰¹

Återreseförbud kan även bli en konsekvens av att ett uppehållstillstånd återkallas. I samband med ett beslut om återkallelse fattas ett beslut om utvisning om inte särskilda skäl talar däremot, här är det således fråga om en fakultativ regel.¹⁴⁰² I samband med ett sådant beslut om utvisning ska utlänningen vanligen meddelas en tidsfrist inom vilken hen frivilligt ska lämna landet.¹⁴⁰³ Om denna tidsfrist inte respekteras kan följden bli ett återreseförbud meddelas.¹⁴⁰⁴ Ett återreseförbud om ett år ska nämligen meddelas i sådana situationer förutom om det föreligger verkställighetshinder eller om särskilda skäl annars talar däremot.¹⁴⁰⁵ Av förarbeten och praxis framgår att sådana särskilda skäl kan vara t.ex. att den utländske medborgaren har barn eller andra nära anhöriga i Sverige eller i någon annan Schengenstat eller att personen inte lämnat landet pga. omständigheter som ligger utanför utlänningens kontroll.¹⁴⁰⁶ Särskilt framhävs att barnets bästa ska beaktas vid bedömningen av om det finns särskilda skäl mot att meddela ett återreseförbud.¹⁴⁰⁷

I vissa fall meddelas ingen frivillig tidsfrist för avresa. I dessa situationer blir frågan istället direkt om ett återreseförbud ska meddelas.¹⁴⁰⁸ Så är fallet om en asylansökan anses uppenbart ogrundad, om en utländsk medborgare utgör en risk för allmän ordning och säkerhet, om personen avvisats efter att olovligen

¹⁴⁰⁰ *NJA 1992 s. 615.*

¹⁴⁰¹ Två justitieråd (Torkel Gregow och Anders Knutsson) var skiljaktiga och menade att det faktum att den dömde hade en son som han hade nära och god kontakt med i Sverige innebar att mannen skulle anses ha en stark anknytning till Sverige. Vid en sammanvägning av den omständigheten och den återfallsrisk och samhällsfarlighet som kunde anses föreligga ansåg de skiljaktiga justitieråden att återreseförbudet borde kortas till att gälla under 5 år.

¹⁴⁰² 8 kap. 16 § utlänningslagen. Med särskilda skäl menas exempelvis att det framstår som sannolikt att sökanden vid ett avslag på en ansökan om uppehållstillstånd frivilligt kommer att lämna landet utan att något avlägsnandebeslut meddelas eller att det framstår som tveksamt om det skulle vara möjligt att tvångsvis verkställa ett avlägsnandebeslut men där sökanden sannolikt har möjlighet att på egen hand bege sig till ett annat land, MIG 2010:2. Se även prop. 1994/95:179, s. 69.

¹⁴⁰³ 8 kap. 21 § utlänningslagen.

¹⁴⁰⁴ *Ibid*, 8 kap. 22 § i kombination med 12 kap. 15 a §.

¹⁴⁰⁵ *Ibid*, 12 kap. 15 a § andra stycket. Se även MIG 2015:27.

¹⁴⁰⁶ MIG 2015:23 och prop. 2011/12:60, s. 98. Se även MIG 2008:19.

¹⁴⁰⁷ MIG 2015:23 och prop. 2011/12:60, s. 98.

¹⁴⁰⁸ 8 kap. 23 § utlänningslagen.

korsat en yttre gräns eller om det finns risk för att personen avviker¹⁴⁰⁹.¹⁴¹⁰ Preci-
cis som ovan måste i dessa fall beaktas om det finns särskilda skäl hänförliga
till utlännings personliga förhållanden som talar emot att ett återreseförbud
meddelas.¹⁴¹¹ Om återreseförbud meddelas anger lagstiftningen att det normalt
ska gälla i längst fem år men att det får ges längre giltighetstid om den ut-
ländske medborgaren utgör ett allvarligt hot mot allmän ordning och säker-
het.¹⁴¹² I praxis uttrycks att längden ska bestämmas utifrån en ”allsidig bedöm-
ning av vad som ligger utlännings till last”.¹⁴¹³ Migrationsöverdomstolen har
betonat att återreseförbudets varaktighet måste stå i proportion till de indivi-
duella rättsverkningar det medför för utlännings.¹⁴¹⁴

EU/EES-medborgare och deras familjemedlemmar samt tredjelandsmedbor-
gare som medverkar vid förundersökning eller vid huvudförhandling i brott-
mål får endast meddelas återreseförbud om de avvisats eller utvisats pga. hän-
syn till allmän ordning och säkerhet.¹⁴¹⁵

Personer som har meddelats ett återreseförbud kan under vissa förutsättningar
ges särskilt tillstånd för att göra kortare besök till Sverige – om besöket gäller
”synnerligen viktiga angelägenheter”.¹⁴¹⁶ Enligt Gerhard Wikrén och Håkan
Sandesjö kan sådana angelägenheter exempelvis vara att besöka en allvarligt
sjuk anhörig eller att delta på en anhörigs begravning.¹⁴¹⁷ Tillståndet för besök
innebär inte att återreseförbudet upphävs, det suspenderas endast vid besöks-
tillfället.¹⁴¹⁸

Upphävande av återreseförbud som meddelats av allmän domstol som en del
av en dom pga. brott kan endast upphävas av en migrationsdomstol eller Mi-
grationsöverdomstolen.¹⁴¹⁹ Återreseförbud som meddelats av annan anledning
än brott kan däremot upphävas även av Migrationsverket, förutsatt att det inte

¹⁴⁰⁹ För att avgöra om det finns en risk för att en person avviker måste 1 kap. 15 § utlännings-
lagen beaktas.

¹⁴¹⁰ 8 kap. 21 § och 23 § utlänningslagen.

¹⁴¹¹ I avgörandet MIG 2008:19 ansågs det med hänvisning till barnets bästa föreliggande hin-
der mot att meddela återreseförbud. Detta då det faktum att utlännings barn i Sverige kunde
tänkas lida av konsekvenserna av återreseförbudet ansågs väga tyngre än intresset av att med-
dela återreseförbud.

¹⁴¹² 8 kap. 24 § utlänningslagen.

¹⁴¹³ MIG 2008:31.

¹⁴¹⁴ Ibid.

¹⁴¹⁵ 8 kap. 23 § utlänningslagen.

¹⁴¹⁶ Ibid, 8 a kap. 9 § om det gäller återreseförbud pga. brottslighet samt 8 kap. 25 § utlännings-
lagen om personen meddelats återreseförbud av annan anledning än brott.

¹⁴¹⁷ Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen: med kommentarer*, version den 1
oktober 2018 (upplaga 11B), Zeteo, se kommentaren till 8 kap. 25 §.

¹⁴¹⁸ Ibid.

¹⁴¹⁹ 8 kap. 26 § och 12 kap. 16 d § utlänningslagen.

först var i en högre instans återreseförbudet först meddelades.¹⁴²⁰ Om ett återreseförbud först meddelats av domstol måste en domstol upphäva det. Anser Migrationsverket i ett sådant fall att återreseförbud bör upphävas måste verket lämna ett yttrande till den migrationsdomstol till vilken verkets beslut i frågan hade kunnat överklagas.¹⁴²¹

För att ett återreseförbud som meddelats som en del av en brottmålsdom ska kunna upphävas krävs antingen verkställighetshinder eller synnerliga skäl.¹⁴²² Som en del av bedömningen om synnerliga skäl föreligger ska särskilt beaktas brottslighetens art och omfattning, den tid som har förflutit sedan utvisningsbeslutet meddelades, utlänningens skötsamhet och risken för fortsatt brottslighet, och utlänningens hälsotillstånd och levnadsförhållanden i övrigt.¹⁴²³

I motiven anges att ett skäl att upphäva återreseförbud kopplat till utlänningens hälsotillstånd och levnadsförhållanden kan vara att den utvisningsdömde har en stark familjeanknytning. Enligt förarbeten är dock utgångspunkten att familjeanknytning som redan prövats av domstolen i samband med brottmålet inte ska omprövas.¹⁴²⁴ En person som efter att ha dömts till utvisning skaffar sig familjeanknytning till Sverige anses ha gjort detta ”med kännedom om att den nya familjen inte kan bo samlad här i landet under den tid som utvisningsbeslutet gäller”. Sådant familjeanknytning anses därför enligt förarbetena inte i sig utgöra synnerliga skäl. I förarbetena anges även att det i ärenden som rör barn undantagsvis kan finnas mycket ömmande omständigheter som kan tala för att uppehållstillstånd ändå ska beviljas.¹⁴²⁵ Som exempel nämns att den utvisades barn kan lida av svår sjukdom och av den anledningen vara särskilt beroende av den utvisningsdömde föräldern eller att barnets andra förälder är allvarligt sjuk och situationen därmed är sådan att det ”varken är rimligt att barnet lämnas med denne eller att det ska följa med den utvisningsdömde föräldern vid verkställighet av utvisningsbeslutet”. Med anledning av nyss nämnda förarbetsuttalanden om att viss familjeanknytning inte i sig kan utgöra synnerliga skäl bör påminnas om att skyldigheterna att respektera Europakonventionen naturligtvis föreligger även i dessa fall. Att helt bortse från att beakta en persons familjeanknytning pga. *när* denna uppstod bör därmed inte

¹⁴²⁰ Ibid, 8 kap. 26 § och 13 kap. 13 §. Se även MIG 2014:14.

¹⁴²¹ 8 kap. 26 § utlänningslagen.

¹⁴²² Ibid, 8 a kap. 10 § i kombination med 12 kap. 16 d § och 12 kap. 16 b §. Se även prop. 2011/12:60, s. 53 om att formuleringen ”upphäva utvisningsbeslutet helt eller delvis” omfattar upphävande/ändring av återreseförbud. Prop. 2011/12:60, s. 53 hänvisar till 8 kap. 14 § som idag motsvaras av 8 a kap. 10 § utlänningslagen.

¹⁴²³ 12 kap. 16 b § utlänningslagen.

¹⁴²⁴ Prop. 2012/13:151 s. 86.

¹⁴²⁵ Ibid.

vara acceptabelt. Detta innebär dock inte att det nödvändigtvis är otillåtet enligt Europakonventionen att upprätthålla ett återreseförbud, men däremot att situationen måste bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

Upphävande av återreseförbud som är meddelat av annan anledning än brottslighet kan ske om det finns *särskilda skäl* för att förbudet inte längre ska gälla.¹⁴²⁶ Med särskilda skäl avses t.ex. att personen beviljas ett uppehållstillstånd eller att nya omständigheter kommit fram som hade inneburit att återreseförbud inte meddelats om de varit kända vid det ursprungliga beslutet. Vid prövningen av om ett sådant återreseförbud ska upphävas bör en helhetsbedömning göras av omständigheterna i det enskilda fallet. Vid en sådan bedömning ska intresset av att upprätthålla återreseförbudet vägas mot utlännings intresse av att få resa in i Sverige.¹⁴²⁷ I förarbeten har vikten av att beakta barnets bästa i dessa situationer särskilt framhållits.¹⁴²⁸

9.5.2 Ansökan om att få stanna i landet pga. anknytning

Huvudregeln i den svenska utlänningslagen är att en ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning till en familjemedlem ska lämnas in och beviljas före det att utlänningen kommer till Sverige – vilket anses vara ett viktigt led i att upprätthålla en reglerad invandring.¹⁴²⁹ Utlänningslagen innehåller dock ett flertal bestämmelser som syftar till att hålla samman familjer på så vis att en person som redan befinner sig i Sverige i vissa fall trots huvudregeln kan beviljas uppehållstillstånd för att slippa skiljas från sin familj här. T.ex. finns en särskild bestämmelse som rör den situation att en förälder söker asyl samtidigt som sitt barn. I det fall att barnet beviljas uppehållstillstånd som flykting eller alternativt skyddsbehövande kan då även föräldern beviljas uppehållstillstånd även om föräldern inte själv anses vara i behov av skydd.¹⁴³⁰

¹⁴²⁶ 8 kap. 26 § utlänningslagen.

¹⁴²⁷ MIG 2017:16.

¹⁴²⁸ Prop. 2011/12:60 s. 91.

¹⁴²⁹ 5 kap. 18 § 1 st. utlänningslagen. Se även exempelvis prop. 1979/80:96, s. 54, MIG 2007:11 samt Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen: med kommentarer*, version den 1 oktober 2018 (upplaga 11B), Zeteo, se kommentaren till 5 kap. 18 § utlänningslagen.

¹⁴³⁰ Se 5 kap. 3 § st. 1 p. 5 utlänningslagen. Jämför detta med den syn som UNHCR ger uttryck för att även resterande familjemedlemmar kan ”smittas” av barnets asylskäl på samma vis som barn normalt sett anses smittas av sina föräldrars asylskäl och därmed beviljas uppehållstillstånd, se t.ex. UNHCR, RSD Procedural Standards – Processing Claims Based on the Right to Family Unity, 2016. Se även Jastram, Kate och Newland, Kathleen, Family Unity and Refugee Protection, kapitel 9.1 i Feller, Erika., Türk, Volker och Nicholson, Frances. (red.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection [Elektronisk resurs]*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 572. Till grund för 5 kap. 3 § st. 1 p. 5 utlänningslagen ligger rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyk-

Härutöver finns ytterligare bestämmelser som innebär att en ansökan om uppehållstillstånd pga. anknytning i vissa fall kan beviljas trots att personen redan befinner sig här i landet. Bestämmelserna tar sikte på två olika situationer; dels att personen som ansöker om anknytning *inte har* ett utvisningsbeslut hängande över sig, dels att personen som ansöker om anknytning *har* ett lagakraftvunnet utvisningsbeslut.

Reglernas utformning påminner om varandra, men behandlas nedan var för sig för att tydligt visa på de skillnader som ändå föreligger.

9.5.2.1 Utän (nu gällande) lagakraftvunnet utvisningsbeslut

I 5 kap. 18 § andra stycket utlänningslagen framkommer en rad undantag från huvudregeln att en ansökan ska lämnas in och prövas före inresa i Sverige. Här nämns bl.a. att personer som söker asyl i Sverige är undantagna från huvudregeln. I vissa andra situationer, som exempelvis när en person ansöker om uppehållstillstånd pga. anknytning till en person som är bosatt i Sverige, finns inte ett liknande *generellt* undantag som för asylsökande. Istället finns en möjlighet att bevilja uppehållstillstånd trots att personen redan befinner sig på plats i Sverige om det skulle anses *oskäligt* att kräva att personen reste till ett annat land för att ge in ansökan där.¹⁴³¹ Dessutom finns en bestämmelse om att undantag från huvudregeln kan beviljas om *synnerliga skäl* annars föreligger.¹⁴³²

Här ska först rekvisitet oskäligt diskuteras, därefter vad som kan anses vara synnerliga skäl.

9.5.2.1.1 *Om det är oskäligt att kräva ansökan från hemlandet*

Till att börja med måste rekvisiten för ett uppehållstillstånd pga. anknytning vara uppfyllda – dvs, det måste stå klart att ett tillstånd kan beviljas (s.k. *stark anknytning*)¹⁴³³ och att så hade gjorts om prövningen skett före inresan i Sverige. Bedömningen av om det står klart att uppehållstillstånd skulle ha beviljats ska göras utifrån förhållandena vid tidpunkten för prövningen. Att det ska stå klart att utlänningsen skulle ha beviljats uppehållstillstånd innebär att det när ärendet är färdigutrett ska gå att konstatera att förutsättningarna för uppe-

tingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet (det tidigare skyddsgrundsdirektivet) samt det nya skyddsgrundsdirektivet (2011/95/EU).

¹⁴³¹ 5 kap. 18 § 2 st. 5 punkten utlänningslagen.

¹⁴³² Ibid, 11 punkten.

¹⁴³³ Med stark anknytning avses att anknytningen är av sådant slag att den är tillståndsgrundande, se. prop. 2009/10:137, s. 8, där det även hänvisas till Utlänningsnämndens avgörande UN 389-00.

hållstillstånd, enligt gängse bedömning av omständigheterna i ärendet, är uppfyllda.¹⁴³⁴ I detta ligger att utlänningen bedöms uppfylla de krav som vid tidpunkten för prövningen uppställs för uppehållstillståndet i fråga om bl.a. giltigt pass, fastställd identitet och stark familjeanknytning. Det ska också gå att konstatera att det inte framkommit särskilda skäl mot att bevilja uppehållstillstånd.¹⁴³⁵

Om dessa förutsättningar anses uppfyllda går prövningen vidare till nästa steg, nämligen frågan om det är oskäligt att kräva att personen reser till ett annat land för att ge in ansökan där. I förarbeten ges exempel på omständigheter som kan innebära att det inte är skäligt att kräva att en person tvingas återvända till hemlandet. Här nämns bl.a. situationen att sökanden kan antas få svårigheter att få pass eller utresetillstånd till följd av trakasserier från hemlandets myndigheter eller att sökanden kommer behöva genomföra en mycket lång eller osedvanligt sträng värnpliktstjänstgöring. Ytterligare ett exempel är om landet dit sökanden behöver återvända saknar svensk utlandsrepresentation och det innebär stora praktiska svårigheter och höga kostnader att resa till ett grannland för att lämna in ansökan där.¹⁴³⁶ Under lagstiftningsarbetet uttalade riksdagens socialförsäkringsutskott att de olika exempelfall som lyftes i förarbetena endast skulle ses som just exempel. Utskottet menade att det inte var lämpligt att uttömmande redogöra för undantagen i förarbeten. Det fick istället ankomma på de tillämpande myndigheterna att ”vid sin bedömning av de enskilda fallen och med beaktande av lagstiftningen och de uttalanden som gjorts i förarbetena avgöra när undantag skulle kunna göras”.¹⁴³⁷ Utskottet uttalade sig vidare specifikt om situationen att en utlänning hade eller väntade barn med en person bosatt i Sverige. Enligt utskottet kunde en sådan situation inte undantagslöst innebära att huvudregeln skulle frångås men borde ”liksom tidigare i de flesta fall innebära att uppehållstillstånd beviljades”.¹⁴³⁸ I förarbetena nämns även skäl som kan tala för att det är skäligt att sökanden återvänder till hemlandet för att där ge in sin ansökan om uppehållstillstånd. Här nämns exempelvis att sökanden har ett minderårigt barn i hemlandet.¹⁴³⁹

Skälighetsbedömningen gäller inte endast föräldrar även om det förmodligen är den relation som oftast leder till att undantag beviljas, inte minst med anledning av att det numera framgår direkt av lagtexten att konsekvenserna för

¹⁴³⁴ I detta avsnitt kommer inte rekvisiten att diskuteras i detalj, så görs istället nedan i avsnitt 10.5 nedan.

¹⁴³⁵ Prop. 2009/10:137, s. 27, se även MIG 2011:27.

¹⁴³⁶ Prop. 1999/2000:43, s. 57 f.

¹⁴³⁷ Bet. 1999/2000:SfU9, s. 25.

¹⁴³⁸ Ibid.

¹⁴³⁹ Prop. 1999/2000:43, s. 61.

ett barn att skiljas från sin förälder särskilt ska beaktas vid skälighetsbedömningen.¹⁴⁴⁰ Undantag har beviljats även för andra släktingar. Migrationsöverdomstolen kom t.ex. i *MIG 2007:2* till slutsatsen att det inte skäligen kunde krävas att en mormor som tillsammans med sitt barnbarn sökt asyl i Sverige, men där endast barnet beviljats skydd, skulle återvända till hemlandet och där ansöka om uppehållstillstånd pga. anknytning till barnet. Fallet var dock mycket speciellt då mormodern, efter barnets föräldrars bortgång, i praktiken hade agerat förälder åt barnet i hela dess liv.¹⁴⁴¹

Migrationsöverdomstolen har vid flera tillfällen uttalat sig om skälighetsbedömningen samt om innebörden av att det annars finns synnerliga skäl. När det gäller frågan om graviditet kan innebära skäl att göra undantag från huvudregeln är praxis spretig. I *MIG 2006:8* uttalade Migrationsöverdomstolen att ”det principiella kravet på att ett uppehållstillstånd skall ha utverkats före inresan i Sverige och dess betydelse för att upprätthålla en reglerad invandring bör vägas mot de olägenheter som kan uppstå för de berörda enskilda personerna”. Majoriteten i överdomstolen kom till slutsatsen att eftersom sökanden nu väntade barn tillsammans med sin partner så skulle det innebära beaktansvärda olägenheter för paret om kvinnan behövde lämna Sverige för att ge in en ansökan om det uppehållstillstånd hon var berättigad till på grund av sitt äktenskap. Något närmare resonemang än så fördes inte av majoriteten. Den skiljaktige domaren i målet ansåg däremot inte att det var oskäligt att kräva att kvinnan återvände till hemlandet för att där söka och avvakta beslut i tillståndsfrågan. Skälen för denna uppfattning var att tiden för att handlägga kvinnans ärende inte beräknades bli anmärkningsvärt lång och att kvinnan inte heller kunde antas råka ut för några särskilda svårigheter i hemlandet eller i samband med ett återvändande till Sverige. Någon längre separation mellan makarna kunde därmed inte befaras. Den skiljaktige ansåg inte heller att graviditeten var så långt gången att den i sig skulle kunna medföra att ett undantag skulle beviljas.

Den skiljaktiges resonemang är närmast identiskt med det som antogs av en enig Migrationsöverdomstol i förstärkt sammansättning i det senare målet *MIG 2007:11*.¹⁴⁴² Ärendet rörde en man med fru och barn i Sverige. Mannen och hans fru hade bott tillsammans i Sverige i två år och maken var nu gravid med parets andra barn. Som skäl för undantag åberopade mannen graviditeten samt att det skulle få en stor betydelse för parets redan födda barn om han tvingades lämna Sverige, eftersom barnet skulle tappa det viktiga första året med båda sina biologiska föräldrar. Mannen lämnade även intyg som visade

¹⁴⁴⁰ 5 kap. 18 § 4 st. utlänningslagen.

¹⁴⁴¹ *MIG 2007:2*.

¹⁴⁴² Vid avgöranden som kan få stor principiell betydelse kan Migrationsöverdomstolen välja att avgöra målet med sju lagfarna ledamöter, 16 kap. 3 § utlänningslagen.

på en risk att barnets hälsa och utveckling skulle äventyras om modern lämnades ensam med barnet. Domstolen uttalade att den förstod att det kunde ”te sig formalistiskt och som en onödig omgång att kräva att den som är berättigad till ett uppehållstillstånd skall behöva lämna Sverige och sina anhöriga och företa en resa för att från sitt hemland eller något annat land där han har rätt att vistas söka och få sitt tillstånd, särskilt i ett fall som detta då A:s hustru och son har ett starkt behov av hans närvaro” men påminde i samband med detta om att regering och riksdag vid flera tillfällen betonat att kravet på uppehållstillstånd före inresan är ett viktigt led i att upprätthålla en reglerad invandring. Domstolen listade anledningar till varför mannen inte borde beviljas ett undantag. Här nämndes att mannen hade vistats i Sverige utan tillstånd i mer än ett år och sju månader, att han hade en son även i hemlandet, att handläggningstiden för mannens ansökan om uppehållstillstånd beräknades vara cirka fyra månader, med möjlighet att begära förtur samt slutligen att det inte kunde antas att mannen skulle behöva räkna med några svårigheter i hemlandet – varken gällande ansökningsförfarandet eller med att återvända till Sverige. Migrationsöverdomstolen ansåg därmed att det var skäligt att kräva att mannen reste till hemlandet för att där ge in sin ansökan. Domstolen nämnde i sin motivering att den varken ansåg att Europakonventionen eller barnkonventionen föranledde något annat ställningstagande.

I både *MIG 2006:8* och *MIG 2007:11* lyfter Migrationsöverdomstolen fram socialförsäkringsutskottets uttalande om att situationen att en utlänning har eller väntar barn med en person bosatt i Sverige inte undantagslöst kan innebära att huvudregeln ska frångås. Endast i det första fallet, *MIG 2006:8*, lyfte domstolen även fram den sista biten i socialförsäkringsutskottets uttalande – den bit där utskottet påtalade att i likhet med tidigare praxis skulle dock de flesta fall där en person har eller väntar barn i Sverige förmodligen innebära att undantag beviljades.

En återkommande fråga som behandlas i Migrationsöverdomstolens praxis är omständigheten att den sökande har vistats i Sverige utan tillstånd.¹⁴⁴³ Migrationsöverdomstolen har uttalat att det är en omständighet som väger tungt mot att bevilja undantag. Extra allvarligt anses det vara om en utlänning uppfattas medvetet ha missbrukat utlänningslagens regler. En kvinna som vistats i Sverige utan tillstånd i cirka ett år och fem månader uppgav exempelvis i samband med ansökan om anknytning att hon inte varit medveten om att det krävdes uppehållstillstånd för att vistas i Sverige. Migrationsmyndigheterna ansåg att det mot bakgrund av andra uppgifter hon senare lämnade framstod som uppenbart att hon medvetet avhållit sig från att ansöka om uppehållstillstånd i Sverige till dess den för henne mest gynnsamma tidpunkten uppstod. Migrat-

¹⁴⁴³ *MIG 2007:11*, *MIG 2007:59*, *MIG 2009:2*.

ionsöverdomstolen kallade detta för ett ”flagrant missbruk av reglerna i utlänningslagen” och menade att det vid en avvägning mellan kvinnans ”långa illegala vistelse och uppenbara missbruk av utlänningslagens regler mot att hon har sambo och underårigt barn i Sverige” varken kunde anses oskäligt eller stötande mot rättskänslan, även med hänsyn till barnets bästa, att kräva att hon återvände till sitt hemland för att där ge in ansökan om uppehållstillstånd.¹⁴⁴⁴ Domstolen avgjorde kvinnans ärende tillsammans med ytterligare ett mål i vilket en man vistats i Sverige i nästan tre år innan han ansökte om uppehållstillstånd pga. anknytning till sin gravida sambo.¹⁴⁴⁵ Mannen hade tidigare ansökt om uppehållstillstånd i Norge på anknytning till sin dåvarande fru vilket Migrationsöverdomstolen menade borde innebära att han var väl informerad om att det krävdes tillstånd även för att vistas i Sverige. Domstolen menade att det framstod som uppenbart att han medvetet avhållit sig från att ansöka om uppehållstillstånd till dess rätt situation uppstått, dvs. då han fått en anknytning till Sverige. Även då mannen åberopade att han riskerade att vara skild från sin sambo och sin dotter under närmare två års tid om han utvisades, detta pga. upp emot 18-månaders militärtjänstgöring, eventuellt fängelsestraff samt ansökningstiden i hemlandet, ansåg Migrationsöverdomstolen inte att han skulle beviljas ett undantag. Underinstansen – migrationsdomstolen – hade i sin dom, där undantag beviljades, särskilt poängterat att med beaktande av barnets bästa och särskilt barnets behov av ett tryggt och varaktigt förhållande till båda sina föräldrar kunde det inte skäligen krävas att mannen återvände till hemlandet för att därifrån ansöka om uppehållstillstånd. Migrationsöverdomstolen uppgav dock att när det gällde barnets bästa i den uppkomna situationen var det barnets föräldrar som skulle ombesörja vad hänsynen till barnets bästa kräver, upprätthållande av kontakt kunde enligt domstolen t.ex. ske genom att barnet och dess mamma hälsade på fadern i hemlandet.

Bägge dessa mål avgjordes före den 1 juli 2010 då det nya stycke fördes in i lagen som särskilt betonar att konsekvenserna för ett barn av att skiljas från sin förälder ska beaktas.¹⁴⁴⁶ Syftet med införandet av detta nya stycke var att i större utsträckning motverka vissa fall av familjeseparation där barn riskerar att skiljas från en förälder.¹⁴⁴⁷ Vad som avsågs med ”vissa fall” är inte helt klart i förarbetena men regeringen var tydlig med att framhålla att det nya stycket inte var tänkt att leda till ett generellt avsteg från kravet på uppehållstillstånd före inresa för alla personer med barn. T.ex. betonades att det skulle handla om familjer där föräldern är närvarande i barnets liv, antingen som sammanboende eller där barnet och föräldern utövar umgänge på regelbunden basis. I

¹⁴⁴⁴ MIG 2009:2 I (UM1001-08).

¹⁴⁴⁵ MIG 2009:2 II (UM1224-08).

¹⁴⁴⁶ SFS 2010:440, prop. 2009/10:137,

¹⁴⁴⁷ Prop. 2009/10:137.

förarbetena lyfte regeringen fram två utgångspunkter för lagstiftningen; att barnets bästa ska beaktas vid utformningen av reglerna samt att Sverige ska upprätthålla den reglerade invandringen.¹⁴⁴⁸ Således lyftes även tydligt fram i förarbetena att det nya stycket inte var tänkt att underminera vikten av den reglerade invandringen utan att det var viktigt att fortsätta se till att personer som inte följer regelsystemet inte kommer i en bättre situation än personer som gör det. Det betonades att en avvägning även fortsättningsvis skulle ske mellan skäl som talar *för* respektive *mot* att uppehållstillstånd beviljas.¹⁴⁴⁹ Det skulle t.ex. fortfarande beaktas om en person vistats i Sverige utan tillstånd, men det poängterades särskilt att konsekvenserna av en familjeseparation för ett barn skulle tillmätas större betydelse vid skälighetsbedömningen än enligt den tidigare ordningen.¹⁴⁵⁰ Utgångspunkten för ändringen var enligt regeringens mening att finna ”en mer balanserad lösning” då man ansåg att den tidigare ordningen ”som den kommit till uttryck i praxis” blivit väl hård.¹⁴⁵¹

I *MIG 2011:23*, det första mål där Migrationsöverdomstolen prövade den nya skälighetsbedömningen, framhölls att den nya lagändringen innebar att konsekvenserna för ett barn av att skiljas från sin förälder normalt ska vara den tyngst vägande omständigheten vid skälighetsbedömningen.

Av såväl förarbeten som Migrationsöverdomstolens praxis framgår att konsekvenserna för ett barn av att skiljas från sin förälder ska bedömas utifrån den specifika relationen.¹⁴⁵² Det är därmed svårt att uppställa en uttömmande lista på vad som ska beaktas. Några exempel på sådant som ska beaktas ges dock i förarbeten, däribland hur lång tid den befarade separationen väntas bestå, hur sammanlevnaden eller umgänget normalt ser ut samt barnets särskilda behov bl.a. utifrån barnets ålder. I förarbetena uttrycks att då det är barnets behov som ska vara utgångspunkt går det inte att uppställa några generella idéer om hur långvariga separationer som kan godtas. Samtidigt sägs att i normalfallet kan separationer på någon eller några månader förmodligen inte anses ha sådana konsekvenser att de ska inverka vid skälighetsbedömningen, detsamma uttrycks vad gäller separationer som inte skiljer sig nämnvärt ifrån vad som vanligen förekommer i relationen. Det betonas dock att i enskilda fall kan konsekvenser även av en kortare tids separation inverka.¹⁴⁵³ Att regeringen valt att uttrycka sig i termer som vad som typiskt sett ska – och inte ska – *inverka* vid skälighetsbedömningen kan anses något märkligt. Anledningen till att det är märkligt att ringa in vad som ska inverka är att vid just en skälighetsbedömning bör samtliga faktorer ges vikt – vad som slutligen anses skäligt bör dock

¹⁴⁴⁸ Ibid, s. 16.

¹⁴⁴⁹ Ibid, s. 12.

¹⁴⁵⁰ Ibid, s. 22.

¹⁴⁵¹ Ibid, s. 12.

¹⁴⁵² *MIG 2011:23* och prop. 2009/10:137 s. 19.

¹⁴⁵³ Prop. 2009/10:137, s. 27.

vara ett resultat av de sammantagna konsekvenserna och avvägningarna. Här bör nämnas att det samtidigt konstateras i förarbetena att det är de sammantagna konsekvenserna för barnet som ska vara avgörande.¹⁴⁵⁴

I nyss nämnda *MIG 2011:23* fann Migrationsöverdomstolen att det inte var skäligt att kräva att en man återvände till hemlandet även om den tid han befarades vara borta endast var mellan två och sex månader och det inte bedömdes vara förenat med några stora praktiska svårigheter eller kostnader för mannen att resa till landet och ansöka om uppehållstillstånd. Migrationsöverdomstolen menade dock att en del av konsekvensbedömningen måste vara att undersöka vem som troligen skulle komma att ta hand om barnet under separationen och dennes förmåga att ta hand om barnet. I *MIG 2011:23* led barnets mamma sedan många år tillbaka av återkommande djupa depressioner och bipolär sjukdom med hypomani med inslag av förvirring. Hon hade senast cirka ett år före Migrationsöverdomstolens prövning insjuknat i en svår depression och varit nära att insjukna i psykos. Mot bakgrund av denna information bedömde domstolen att det fanns en beaktansvärd risk att kvinnan åter skulle bli svårt sjuk och riskera att brista i sin förmåga att ta hand om barnet, särskilt om hon berövades sin sambos stöd. En separation från pappan ansågs därmed kunna medföra allvarliga konsekvenser för barnet, inte minst med hänsyn till barnets låga ålder (1,5 år), även om separationen skulle bli relativt kortvarig.

Mannen i *MIG 2011:23* ansökte om anknytning i samband med sin första asylansökan i Sverige och hade således inte tillbringat någon tid i Sverige utan tillstånd. Motsatt situation förelåg i *MIG 2011:27*, ett ärende som rörde en man som sökt asyl i Sverige som 16-åring. Efter avslag hade han hållit sig undan till dess beslutet fyra år senare preskriberades för att då på nytt ansöka om uppehålls- och arbetstillstånd. Mannen hade således vistats i Sverige i sex år, varav endast två varit med rättsligt stöd – då han på nytt befann sig i asylprocessen. Utöver de tidigare anförda asylskälen återopade mannen nu även anknytning till sin sambo och parets gemensamma son som skäl för att beviljas tillstånd. Mannen uppgav att om han tvingades återvända till hemlandet riskerade han dels ett fängelsestraff då han inte inställt sig till militärtjänstgöring, dels att tvingas fullgöra denna militärtjänstgöring under 18 månader. Omständigheterna i detta mål påminde således mycket om dem i ett av de ärenden som refererades ovan,¹⁴⁵⁵ med skillnaden att Migrationsöverdomstolen i detta senare fall kom till slutsatsen att det inte kunde anses skäligt att kräva att mannen återvände till hemlandet för att därifrån ansöka om uppehållstillstånd. Det är tydligt att det annorlunda utfallet berodde på lagändringen som skett år 2010. Migrationsöverdomstolen uttalar i domen bl.a. att

¹⁴⁵⁴ Ibid, s. 27.

¹⁴⁵⁵ MIG 2009:2 II (UM1224-08).

ändringen innebär att konsekvenserna för ett barn av att skiljas från sin förälder numera normalt ska vara den tyngst vägande omständigheten.¹⁴⁵⁶ Domstolen menar att detta följer av lagens utformning – även om samtliga omständigheter ska beaktas så är konsekvenserna för barnet den enda grund som ska beaktas *särskilt* vilket innebär att det nu finns ett större utrymme än tidigare för att frånga huvudregeln i fall som det aktuella, även om det förekommit vistelse utan tillstånd.

En intressant omständighet i *MIG 2011:27* är domstolens resonemang kring upprinnelsen av mannens otillåtna vistelse i Sverige. Vistelsen talade i och för sig emot att mannen skulle beviljas tillstånd, men domstolen valde – utöver att trycka på konsekvenserna för barnet – att poängtera att mannen själv varit ett barn då han anlände till Sverige. Domstolen menade att eftersom mannen rest in tillsammans med sin mor så hade han inte själv varit ansvarig för sin situation – i vart fall inte i början av vistelsen. Han hade vistats legalt i Sverige under den första tiden, den tid då hans första asylansökan prövades, och hade under denna tid anpassat sig till ett liv i Sverige genom att skaffa vänner, gå i skola osv. Resonemanget är intressant eftersom det visar på att det kan finnas skillnader i synen på ”hur illa” ett barns och en vuxens vistelse utan tillstånd anses, vilket därmed även bör påverka hur tungt sådan vistelse ska väga vid en proportionalitetsbedömning.

9.5.2.1.2 Om det annars finns synnerliga skäl

Om förutsättningarna brister för att bevilja undantag enligt ovan kan rättstillämparen ändå besluta att en ansökan som görs inifrån Sverige får beviljas om det finns *synnerliga skäl* enligt 5 kap. 18 § 2 stycket 11 punkten. I motiven bakom denna undantagsmöjlighet anförde regeringen att det borde finnas en allmän regel som medger undantag från huvudregeln i fall där det inte kunde anses rimligt att kräva att en person återvänder till hemlandet.¹⁴⁵⁷ Enligt förarbeten kan synnerliga skäl anses föreligga ”om det framstår som stötande mot rättskänslan att kräva att utlänningen lämnar landet innan ansökningen prövas”.¹⁴⁵⁸

Ett exempel på när synnerliga skäl ansetts föreligga är *MIG 2012:5*. I målet åberopade en somalisk man anknytning till sin sambo och deras gemensamma barn. Migrationsöverdomstolen konstaterade att Sverige inte godtar några somaliska pass som utfärdats eller förlängts efter den 31 januari 1991. Som en konsekvens därav ansåg Migrationsöverdomstolen att ett återsändande av mannen sannolikt skulle innebära att han inte skulle kunna återvända till Sverige. Med beaktande av detta och med hänvisning till principen om barnets

¹⁴⁵⁶ MIG 2011:27.

¹⁴⁵⁷ Prop. 1999/2000:43, s. 65.

¹⁴⁵⁸ Prop. 1979/80:96, s. 34.

bästa ansåg domstolen att det kunde anses stötande mot rättskänslan att kräva att mannen skulle lämna Sverige och beslutade således att göra undantag från huvudregeln och tillåta en prövning av mannens ansökan trots att han redan befann sig i landet.

En intressant omständighet i målet är att Migrationsverket i sitt yttrande till Migrationsöverdomstolen anförde att ”det [är] möjligt att bl.a. se till hur Europadomstolens för mänskliga rättigheter praxis är i mål gällande artikel 8 i Europakonventionen” vid en bedömning av om det kan anses vara stötande mot rättskänslan att inte medge undantag från huvudregeln. Migrationsverket anförde att då mannens anknytning uppkommit under tiden han var asylsökande så hade såväl han som hans sambo varit medvetna om att deras familjeliv var osäkert. Mot denna bakgrund gjorde Migrationsverket bedömningen att Europadomstolen sannolikt inte skulle finna att en utvisning av mannen skulle strida mot artikel 8 i Europakonventionen. Migrationsöverdomstolen bemöter inte verkets argumentation i sina domskäl men utgången kan anses tala för att överdomstolen inte gjort samma bedömning.

Ytterligare omständigheter som ansetts innebära synnerliga skäl är när en person tidigare beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd och därefter, ofta i samband med att det förra tillståndet löper ut, åberopar en ny grund för uppehållstillstånd.¹⁴⁵⁹ Det är dock inte tal om att synnerliga skäl regelmässigt föreligger i en sådan situation. Migrationsöverdomstolen har markerat att ett tidigare beviljat tidsbegränsat uppehållstillstånd inte i sig kan anses utgöra synnerliga skäl för att, *oavsett omständigheterna i övrigt*, göra undantag från huvudregeln att ett uppehållstillstånd ska vara sökt och beviljat före inresan i landet, när en utlänning ansöker om fortsatt uppehållstillstånd och åberopar en ny grund för sin ansökan.¹⁴⁶⁰ Migrationsöverdomstolens dom, som var ett förtydligande av dess tidigare praxis, bör förstås som att hänsyn måste tas till

¹⁴⁵⁹ Prop. 1999/2000:43, s. 65, MIG 2009:3 och MIG 2016:18.

¹⁴⁶⁰ MIG 2016:18. Målet rörde en person som hade haft tidsbegränsat uppehållstillstånd för studier och därefter ansökte om uppehållstillstånd pga. arbete. Denna situation är dock en situation som omfattas av 5 kap. 18 § 9 punkten. I denna punkt anges att om en utlänning har beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd för studier och antingen slutfört studier som motsvarar 30 högskolepoäng eller fullföljt en termin vid forskarutbildning kan ett uppehållstillstånd beviljas om personen befinner sig i Sverige. I MIG 2016:18 hade dock personen *inte* uppfyllt de krav som ställts på tillståndet som gäststudent. Sökanden hade inte slutfört studier motsvarande 30 högskolepoäng vid tillfället för ansökan om förlängt uppehållstillstånd, och omfattades därmed inte av undantagsbestämmelsen i 5 kap. 18 § andra stycket 9 utlänningslagen. Frågan Migrationsöverdomstolen hade att ta ställning till var således om enbart det faktum att sökanden tidigare hade haft ett tillstånd och nu ansökte om ett fortsatt tidsbegränsat uppehållstillstånd kunde anses utgöra synnerliga skäl enligt 5 kap. 18 § andra stycket 11 utlänningslagen. Här fann Migrationsöverdomstolen att så inte var fallet eftersom en sådan tillämpning av 5 kap. 18 § 2 stycket 11 punkten skulle få till följd att specialregleringen i punkt 9 förlorade sin betydelse.

lagstiftningen i övrigt så att inte andra bestämmelser förlorar sin funktion.¹⁴⁶¹ Domen måste dock även förstås som ett sätt att markera att en utländsk medborgare inte ska kunna beviljas ett uppehållstillstånd under förevändning att exempelvis studera för att på så vis ”komma åt” möjligheten att få en prövning inifrån landet.

9.5.2.2 Med gällande lagakraftvunnet utvisningsbeslut

Om en person meddelats ett utvisningsbeslut som vunnit laga kraft är detta beslut giltigt i fyra år eller till dess återreseförbudet löpt ut om det är giltigt längre tid än så.¹⁴⁶² Ett beslut om utvisning pga. brott upphör alltid att gälla när tiden för återreseförbudet går ut. Ovan redogjordes för när återreseförbud och utvisning pga. brott kan hävas. Vad som gäller vid utvisningsbeslut i andra situationer diskuteras närmare nedan.

Om det dyker upp nya omständigheter efter att ett beslut om utvisning vunnit laga kraft kan dessa innebära att det finns *hinder mot att verkställa en utvisning*. Så kan vara fallet om en person kan visa på (nya) skyddsskäl gentemot hemlandet, att det avsedda mottagarlandet inte kommer att ta emot personen vid en utvisning, att det finns medicinska skäl eller om det finns en *annan särskild anledning*. Inom uttrycket annan särskild anledning ryms bl.a. en möjlighet att motverka vissa fall av familjeseparation.¹⁴⁶³ Möjligheten att beakta en särskild anledning som verkställighetshinder finns enligt 12 kap 18 § utlänningslagen. Beslut som fattas enligt denna bestämmelse går inte att överklaga,¹⁴⁶⁴ således finns ingen praxis från Migrationsöverdomstolen i denna typ av fall. Endast Migrationsverket kan bevilja uppehållstillstånd enligt denna bestämmelse.

Direkt av lagtexten framgår att Migrationsverket vid bedömningen av om det finns en särskild anledning att avstå från att verkställa ett beslut särskilt ska beakta konsekvenserna för ett barn av att skiljas från sin förälder.¹⁴⁶⁵ Även detta förtydligande infördes den 1 juli 2010, samtidigt som den ovan diskuterade lagändringen, i syfte att motverka familjeseparationer.¹⁴⁶⁶ Två krav uppställs: dels måste det vara tydligt att ett uppehållstillstånd hade beviljats om ärendet prövats enligt vanlig ordning – dvs. före inresa i Sverige, dels gäller möjligheten enbart för det som kallas för stark anknytning.¹⁴⁶⁷ Enligt Migrationsverkets handbok sker prövningen i två steg, först undersöks frågan om

¹⁴⁶¹ MIG 2016:18, jfr MIG 2009:3.

¹⁴⁶² 12 kap. 22 § utlänningslagen.

¹⁴⁶³ Ibid, 12 kap. 18 § första stycket 3 punkten samt fjärde stycket. Se även prop. 2009/10:137.

¹⁴⁶⁴ Jfr 14 kap. utlänningslagen.

¹⁴⁶⁵ 12 kap. 18 § fjärde stycket.

¹⁴⁶⁶ Prop. 2009/10:137.

¹⁴⁶⁷ Ibid.

anknytningen är stark och om uppehållstillstånd hade beviljats vid vanlig prövning, därefter bedöms konsekvenserna för barnet.¹⁴⁶⁸

I brist på praxis får förarbetsuttalanden i kombination med yttranden i Migrationsverkets handbok, vilken får anses ge uttryck för hur verket självt anser sig skyldigt att hantera dessa ärenden, användas för att skapa en bild av hur dessa ärenden idag (bör) hanteras. Migrationsverket lyfter i handboken bl.a. fram förarbetsuttalandet om att konsekvenserna för ett barn av att skiljas från sin förälder får ”bedömas utifrån förhållandena i den aktuella relationen med beaktande av bl.a. hur lång tid den befarade separationen väntas bestå, hur sammanlevnaden eller umgänget ser ut i vanliga fall och barnets särskilda behov sett utifrån barnets ålder.”¹⁴⁶⁹ Vad gäller de omständigheter som ska beaktas hänvisas i Migrationsverkets handbok utöver förarbetsuttalanden till Migrationsöverdomstolens nyss presenterade avgöranden i *MIG 2011:23* (kortvarig befarad separation men där vårdnadshavaren i Sverige pga. sjukdom var i behov av stöd) och *MIG 2011:27* (18-månaders befarad separation samt flerårig irreguljär vistelse).

Redan i sitt remissvar till lagändringen 2010 framhöll Migrationsverket dock att det inte anser sig ha något egentligt utredningsansvar i verkställighetsärenden, till skillnad mot i grundärenden.¹⁴⁷⁰ I handboken upprepas denna inställning och det framhålls att exempelvis frågan om hur samlevnaden och umgänget ser ut i vanliga fall kan vara svår att bedöma utan någon utredning.¹⁴⁷¹ I handboken anger Migrationsverket att som en följd av denna svårighet bör det, ”i det enskilda fallet”, vara möjligt att godta påståenden om att en familj lever ett ”ordinärt” liv tillsammans här i landet, ”om det inte finns indikationer på motsatsen”.¹⁴⁷² Utifrån sin tolkning av *MIG 2011:23* menar Migrationsverket att ”enbart” en separation på upp till sex månader inte är skäl att frångå huvudregeln om att ansökan ska vara beviljad före inresan, verket menar således att det krävs någon ytterligare försvårande omständighet vid en separation som anses – som det får förstås – så pass kortvarig.

¹⁴⁶⁸ Migrationsverket, Handbok för migrationsärenden, uppdaterad: 2017-12-13, se avsnittet om FVP – Åtgärder mot familjeseparation, skapad 2012-04-03 (finns på s. 1282 i Handboken i pdf-format).

¹⁴⁶⁹ Migrationsverkets handbok hänvisar till prop. 2009/10:137, s. 19. Se dock samma proposition på s. 22 där regeringen anger att den anser att konsekvenserna för ett barn av att skiljas från sin förälder ska beaktas på motsvarande sätt som i grundärendet.

¹⁴⁷⁰ Migrationsverket, yttrande gällande departementspromemorian Åtgärder mot familjeseparation inom migrationsområdet (Ds 2009:39), 20 oktober 2009, Dnr 122-2009-26163. Se även Prop. 2009/10:137, s. 22.

¹⁴⁷¹ Migrationsverket, Handbok för migrationsärenden, uppdaterad: 2017-12-13, se avsnittet om FVP – Åtgärder mot familjeseparation, skapad 2012-04-03 (finns på s. 1285 i Handboken i pdf-format).

¹⁴⁷² Ibid.

Utöver separationens längd diskuterar Migrationsverket i handboken att hänsyn ska tas till barnets särskilda behov sett utifrån bl.a. barnets ålder. Verket anför att med ”särskilda behov” måste det krävas något mer än att ett barn vanligen är beroende av båda sina föräldrar, exempelvis ”sjukdom eller andra svårigheter som är förknippade med en separation”. Som stöd för sin uppfattning hänvisar verket återigen till *MIG 2011:23*. Slutligen hänvisar verket till förarbetsuttalanden om att konsekvenserna för barnet ska vägas mot andra omständigheter, däribland irreguljär vistelse, för att avgöra om tillstånd kan beviljas.¹⁴⁷³

Verkets diskussion om vilken betydelse irreguljär vistelse ska ha för möjligheten att bevilja uppehållstillstånd efter inresa, samt ”hur avvägningen mot barnets intresse ska göras”, förtjänar att ses lite närmare på. I handboken anför att ”[p]ropositionen besvarar inte frågan på annat sätt [sic!] barnets intresse av en sammanhållen familj ska tillmätas större betydelse [än illegal vistelse]”.¹⁴⁷⁴ Meningen är något märkligt skriven vilket gör det svårt att veta om verket menar att säga att det inte anges på vilket sätt barnets intresse ska tillmätas större betydelse (dvs. ordet annat borde bytts ut mot vilket) eller om det snarare ska förmodas att orden ”än att” saknas i den citerade meningen, vilket ger en delvis annan innebörd. Det senare förslaget rimmar möjligen något bättre med vad Migrationsverket yttrar strax därefter, nämligen att i och med lagändringen den 1 juli 2010 ”ger äldre praxis i fråga om illegal vistelse inte längre någon närmare vägledning när det finns barn, eftersom barnets intresse nu väger tyngre än tidigare”. Verket framhåller dessutom i samma stycke syftet med lagändringen; att det för just barnfamiljer ska bli lättare att få tillstånd beviljat efter inresa. Med Migrationsverkets egna ord så ”säger [det] sig självt att ju allvarligare konsekvenserna blir för barnet av en separation desto mer underordnad betydelse bör illegal vistelse ha”.¹⁴⁷⁵

Verket konstaterar att även om irreguljär vistelse kan försvåra möjligheten att beviljas tillstånd så kan inte all sådan vistelse utesluta ett tillstånd, eftersom möjligheten att bevilja tillstånd numera finns i lagstiftningen. Av någon anledning uttalar verket sedan att då praxis saknas så ”bör det tillsvidare vara möjligt att bortse från en illegal vistelse som understiger cirka 1 år”. Att bortse från illegal vistelse innebär dock enligt Migrationsverket inte att tillstånd nödvändigt ska beviljas, då beslutet enligt verket kommer att vara beroende av konsekvenserna för det enskilda barnet. Det är inte klart hur Migrationsverket landat i en tidsgräns på just ett år. Här bör påminnas om att Migrationsöverdomstolen i *MIG 2011:27* gjorde bedömningen att tillstånd kunde beviljas

¹⁴⁷³ Migrationsverket, Handbok för migrationsärenden, uppdaterad: 2017-12-13, se avsnittet om FVP – Åtgärder mot familjeseparation, skapad 2012-04-03 (finns på s. 1286 i Handboken i pdf-format). Migrationsverket hänvisar till prop. 2009/10:137, s. 22.

¹⁴⁷⁴ Ibid.

¹⁴⁷⁵ Ibid.

trots en fyraårig irreguljär vistelse. Det är inte heller klart vad som menas med att tiden går att ”bortse ifrån”. All irreguljär vistelsetid borde naturligtvis beaktas och vägas mot konsekvenserna för barnet av en separation. Vid en sådan avvägning skulle förvisso betydelsen av irreguljär vistelse kunna anses få stå tillbaka, dvs. inte ges utslagsverkan. Det får förmodas att det också är vad som avses med orden ”bortse från”.

En sista intressant aspekt att notera i sammanhanget är att Migrationsverket var mycket positivt till lagändringen som ökade möjligheterna att bevilja uppehållstillstånd pga. anknytning till personer som redan befann sig i Sverige.¹⁴⁷⁶ Verket menade i sitt yttrande att det ”under flera år poängterat att den här typen av förändringar behövs, för att inte skilja barn från sina föräldrar i onödan”, att det var ”mycket angeläget att kunna undvika att splittra familjer så långt som möjligt” samt att det var ”en viktig förändring för att kunna ha fokus på barnens bästa i [Migrationsverkets] arbete”. Med detta sagt uppmanade verket dock lagstiftaren att ytterligare utvidga möjligheten genom att minska kraven gällande separationens längd, samt genom att direkt i lagtexten ange att reglerna också gäller redan vid graviditet.

9.5.3 Familjesammanhållning vid asylansökan

9.5.3.1 vid överförelning enligt Dublinförordningen

I avsnitt 9.4.3 presenterades Dublinförordningen och dess krav på att medlemsstater i vissa fall övertar prövningen av asylärenden, även om ansökan lämnats in i ett annat land. Ett sådant skäl kan vara i syfte att hålla samman familjer. I avsnittet om Dublinförordningen nämndes även kort den diskretionära klausulen i förordningens artikel 17 som ger stater en möjlighet att själva välja att ta över ärenden.

I Sverige har en relativt restriktiv tillämpning utvecklats vad gäller denna möjlighet. Migrationsöverdomstolen har dock uttalat att inom ramen för artikeln faller bl.a. skäl som kan åberopas för uppehållstillstånd enligt reglerna om anknytning,¹⁴⁷⁷ och har i ett flertal mål tagit ställning till frågan om Sverige ska överta prövningen av ett ärende i syfte att hålla samman en familj.¹⁴⁷⁸

¹⁴⁷⁶ Se Migrationsverket, yttrande gällande departementspromemorian Åtgärder mot familjeseperation inom migrationsområdet (Ds 2009:39), 20 oktober 2009, Dnr 122-2009-26163.

¹⁴⁷⁷ Sagt i anslutning till gamla Dublinförordningen men ordalydelsen i nya 17 artikeln är densamma. Se MIG 2007:32.

¹⁴⁷⁸ I vissa av dessa avgöranden hänvisas till artikel 3.2. istället för till artikel 17.1, det beror på att dessa avgöranden baseras på en äldre version av Dublinförordningen där dagens artikel 17.1 återfanns i artikel 3.2. Utformningen av dessa två artiklar är dock snarlik.

Första gången överdomstolen tog ställning till frågan var i *MIG 2007:32*.¹⁴⁷⁹ Målet rörde en man som riskerade att överföras till Frankrike. Mannen åberopade anknytning till sin fru och sitt barn, båda svenska medborgare och anförde att han skulle få stanna i Sverige. Migrationsöverdomstolen fann att vid överföring enligt Dublinförordningen ska en ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning inte prövas enligt utlänningslagen, frågan får istället hanteras inom Dublinförordningens regler. Därav blev frågan som domstolen hade att ta ställning till om det fanns skäl för Sverige att frånga förordningens ansvarskriterier och välja att ta på sig prövningen. Domstolen konstaterade att det krävs ”starka humanitära skäl för att underlåta att tillämpa Dublinförordningens regler om överförande och att låta svenska myndigheter överta prövningen”.¹⁴⁸⁰ Härefter betonades att det inte är tillräckligt att konstatera att en person skulle kunna beviljas uppehållstillstånd pga. anknytning (om ansökan fick prövas i Sverige), för att ett övertagande ska behöva göras. Migrationsöverdomstolen menade att det härutöver krävs att det ska framstå som ”stötande ur ett humanitärt perspektiv att fullfölja överföringen”.¹⁴⁸¹ Med hänvisning till huvudregeln om att uppehållstillstånd ska ha sökts och beviljats före inresa ansåg domstolen inte att det var klart att uppehållstillstånd skulle kunna beviljas och menade dessutom att det saknades ”några särskilda humanitära skäl för att Sverige skall ta över prövningen” i målet. Beslutet om överföring stod således fast. Som nämdes var sökandens familj svenska medborgare. Förmodligen ansåg domstolen att mannen skulle kunna ansöka om uppehållstillstånd pga. anknytning från Frankrike och att familjen således skulle kunna få tillstånd att bo tillsammans i Sverige.

I ett senare mål, *MIG 2013:18*, var den asylsökandes familjemedlem estnisk medborgare med uppehållsrätt i Sverige. Den asylsökande hade därmed, via makan, själv uppehållsrätt i Sverige.¹⁴⁸² Migrationsöverdomstolen konstaterade i målet att en överföring enligt Dublinförordningen i ett sådant fall skulle innebära att uppehållsrätten inte kunde utövas och beslutade därför att Sverige skulle överta prövningen.¹⁴⁸³

¹⁴⁷⁹ Se dock *MIG 2007:8* där domstolen utgick ifrån den tidigare gällande Dublinkonventionen och uttalade att det var av avgörande betydelse att undantag från ansvarighetsreglerna endast görs om det föreligger särskilda skäl.

¹⁴⁸⁰ *MIG 2007:32*. Redan i anslutning till Dublinkonventionen (föregångare till Dublinförordningen) var detta den svenska inställningen, se *MIG 2007:8*. Se även bl.a. reg. 93-00 och 95-02 samt UN 348-98 och 362-99. Migrationsöverdomstolen har återupprepat denna syn vad gäller den nya Dublinförordningen (2013/604/EU), se *MIG 2016:16*. Detta mål handlade dock om situationen att en hel familj skulle överföras (till Ungern). Migrationsöverdomstolen beaktade särskilt att barn var berörda av beslutet och hänvisade även till Europadomstolens dom i målet *Tarakhel mot Schweiz* (dom den 4 november 2014, appl. no. 29217/12). Sammantaget ansåg domstolen att situationen var sådan att Sverige med stöd av artikel 17 skulle ta över prövningen.

¹⁴⁸¹ *MIG 2007:32*.

¹⁴⁸² Se avsnitt 9.4.1 ovan.

¹⁴⁸³ En notering som bör göras i anslutning till målet är att till skillnad från EU-rätten använder den svenska utlänningslagen begreppet uppehållsrätt enbart om förlängd uppehållsrätt, dvs. de

Även situationen att samtliga familjemedlemmar är asylsökande har behandlats av Migrationsöverdomstolen.

I *MIG 2010:18* riskerade en man att överföras till Tyskland, vilket skulle leda till att hans respektive hans familjs asylansökningar kom under prövning i olika länder. Frågan domstolen hade att ta ställning till var om detta var förenligt med utlänningslagstiftningen och Sveriges internationella åtaganden. Familjen hade lämnat in en första asylansökan i Tyskland men hade senare sökt asyl i Sverige. Genom att kvinnan och sonen hållit sig undan verkställighet så länge att den tidsgräns Dublinförordningen uppställer för en stat att genomföra en överföring hade passerats hade ansvaret för deras ansökningar gått över på svenska myndigheter.¹⁴⁸⁴ Ansvaret för mannens ansökan låg dock fortsatt hos tyska myndigheter. Migrationsöverdomstolen började med att påpeka att det i Dublinförordningens inledning hänvisas till medlemsstaternas internationella åtaganden samt att det av samma inledning framgår att familjer, och intresset av att de hålls samman, kräver särskilda överväganden. Domstolen menade att det inte rådde någon tvekan om att en överföring av mannen till Tyskland, för prövning av hans asylansökan där, samtidigt som hans familjs asylansökningar skulle prövas i Sverige, innefattade ett intrång i familjens rätt till respekt för sitt familjeliv enligt Europakonventionens artikel 8. Domstolen gick därefter vidare till att överväga om ett sådant intrång kunde anses berättigat. Migrationsöverdomstolens uppfattning var att ändamålet att förebygga oordning var godtagbart men ansåg inte att intrånget var proportionerligt. Konsekvensen av att överföra mannen till Tyskland skulle bli att svenska myndigheter inte kunde pröva samtliga familjemedlemmars ansökningar i ett sammanhang och i ljuset av varandra. Domstolen menade att det inte gick att utesluta att tyska respektive svenska migrationsmyndigheter skulle komma till olika slutsatser gällande familjemedlemmarnas behov av internationellt skydd och att familjen då skulle riskera att splittras, i vart fall temporärt. Även om ärendet rörde enskilda tredjelandsmedborgare som genom sitt eget agerande, bl.a. genom att hålla sig undan, försatt sig i en sådan situation att deras asylansökningar kunde komma att prövas av myndigheterna i olika EU-stater, och även om mannen och hans hustru tidigare haft möjlighet till en samlad prövning av sina asylskäl i Tyskland, ansåg Migrationsöverdomstolen således att en överföring av mannen till Tyskland skulle riskera att utgöra en oacceptabel

initiala tre månaderna kallas inte för uppehållsrätt i lagstiftningen. Av Migrationsöverdomstolens domskäl får förstas att det domstolen tagit sikte på är situationen att en tredjelandsmedborgare uppfyller kraven för *förlängd* uppehållsrätt. Domstolen talar nämligen om att det först måste utredas om personen verkligen har uppehållsrätt, och går där in på en prövning av om kraven för förlängd uppehållsrätt är uppfyllda. Jfr med vad som anses som uppehållsrätt enligt EU-rätten, se avsnitt 9.4 ovan.

¹⁴⁸⁴ Enligt Dublinförordningen (2013/604/EU)s artikel 29.2 har Sverige endast ett visst antal månader på sig att få till stånd en överföring. Misslyckas detta blir Sverige ansvarigt för prövningen.

kränkning av familjens rätt till respekt för sitt familjeliv. Sverige skulle därför överta prövningen av mannens asylansökan i enlighet med möjligheten i Dublinförordningens artikel 17.

Migrationsöverdomstolen kom till denna slutsats även i *MIG 2013:23*, ett mål där en familj på liknande vis riskerade att splittras. En mamma och hennes fem minderåriga barn samt vuxne son hade fått besked om överföring till Italien samtidigt som kvinnans make, barnens far, anlönt till Sverige senare och eventuellt skulle få en asylprövning här i landet. Frågan var även i detta fall om en överföring enligt Dublinförordningen var förenlig med utlänningslagstiftningen och Sveriges internationella åtaganden – och då i första hand med principen om rätt till respekt för familjelivet. Domstolen betonade att även om Dublinförordningens huvudsyfte är att säkra en snabb tillgång till ett asylförfarande i en medlemsstat så framgår tydligt av förordningen att intresset av att familjer hålls samman kräver särskilda överväganden. Domstolen konstaterade följaktligen att familjer bör hållas samman i den mån det är förenligt med förordningens övriga mål. I det aktuella fallet ansåg domstolen att intrånget i familjemedlemmarnas rätt till respekt för familjeliv, som överföringsbeslutet innebar, hade som ändamål att förebygga oordning gällande tillämpningen av Dublinförordningen. Detta ansåg domstolen vara ett legitimt ändamål men frågan var om intrånget kunde anses proportionerligt. Precis som i det ovan refererade *MIG 2010:18* konstaterade domstolen att om överföringsbeslutet verkställdes så skulle svenska och italienska myndigheter kunna komma till olika slutsatser gällande familjemedlemmarnas behov av internationellt skydd, t.ex. genom att det ena landets myndigheter skulle anse att det fanns ett säkert tredje land dit familjemedlemmen/familjemedlemmarna kunde hänvisas. Konsekvensen av detta skulle kunna bli att familjen splittrades under en längre eller kortare tid. I det aktuella ärendet hade Migrationsverket frågat kvinnan och hennes make om de samtyckte till att samtliga familjemedlemmars asylansökningar hanterades av Italien. I så fall fanns nämligen en möjlighet enligt Dublinförordningen att be Italien ta på sig ansvaret även för makens asylansökan. Familjen valde att inte samtycka till detta vilket enligt Migrationsverket borde beaktas vid en bedömning av proportionaliteten. Migrationsöverdomstolen menade dock att någon sådan situation som avsågs i förordningen inte förelegat då Migrationsverket ställt frågan till makarna, bl.a. då samtliga familjemedlemmar befann sig i Sverige. Familjens beslut att inte samtycka skulle därför enligt överdomstolen inte påverka proportionalitetsbedömningen. Sammanfattningsvis ansåg Migrationsöverdomstolen att det intrång i familjens rätt till respekt för familjeliv som en överföring skulle innebära var oproportionerligt. Därmed skulle en verkställighet av beslutet att överföra familjemedlemmarna till Italien utgöra en kränkning av deras rättigheter och Sverige skulle därför överta ansvaret för prövningen.

Ovan nämndes att Migrationsöverdomstolen i *MIG 2007:32* kom fram till att frågan om uppehållstillstånd pga. anknytning inte kan hanteras inom en Dublinprocess. I *MIG 2014:3* hade domstolen istället att pröva frågan om en beslutad överföring skulle kunna stoppas via bestämmelsen om verkställighets hinder i 12 kap 18 § utlänningslagen. Målet rörde situationen att en person som fått beslut om överföring enligt Dublinförordningen därefter kom in med uppgifter om anknytning. Domstolen konstaterade att bestämmelserna om verkställighetshinder är tillämpliga på beslut om Dublinöverföring, eftersom dessa beslut ska jämföras med beslut om utvisning och avvísning.¹⁴⁸⁵ Däremot konstaterade Migrationsöverdomstolen att beslut enligt 12 kap. 18 § inte går att överklaga. Därmed kunde domstolen inte uttala sig om ifall en överföring borde stoppas eller inte, då frågan helt ligger hos Migrationsverket.

9.5.3.2 vid beslut om avvísning av en asylansökan

Utöver beslut om Dublinöverföringar som behandlats ovan kan Sverige under vissa förutsättningar besluta att avvisa en asylansökan utan att pröva den i sak. Så kan ske i tre situationer;¹⁴⁸⁶ 1) om en person har förklarats vara flykting eller alternativt skyddsbehövande i en annan EU-stat än Sverige, 2) om personen flyktingförklarats eller har beviljats motsvarande skydd i ett tredje land – förutsatt att landet kommer att ta emot personen och skydda denne mot att utsättas för förföljelse samt mot att utvisas till förföljelse (den s.k. *principen om första asylland*) och 3) om personen i annat fall kan skickas till ett land dit hen har anknytning och där hen är skyddad från förföljelse och mot att skickas vidare till förföljelse (den s.k. *principen om säkert tredjeland*).

I *MIG 2017:13* uttalade Migrationsöverdomstolen att familjeanknytning är en faktor som kan beaktas vid bedömningen av om en asylansökan får avvisas. I målet ansåg domstolen att en man som var gift med en kanadensisk medborgare genom äktenskapet kunde anses ha sådan anknytning till Kanada att landet var att anse som ett säkert tredjeland för mannen. Detta trots att mannen själv aldrig vistats i Kanada. Enbart familjeanknytningen ansågs således tillräcklig.

I *MIG 2017:20* hade Migrationsöverdomstolen istället att ta ställning till situationen att ett barn hade beviljats permanent uppehållstillstånd och flyktingstatus i Sverige medan barnets far, vars ansökan behandlats separat men någorlunda samtidigt, fått beslut om avvísning med hänvisning till att han tidigare beviljats uppehållstillstånd i Italien. Frågan var vilket utrymme som fanns att ta hänsyn till mannens anknytning till dottern i ett sådant ärende. Migrationsöverdomstolen menade att då bestämmelsen om att avvisa asylansökningar är en fakultativ bestämmelse så kan en ansökan prövas i sak även

¹⁴⁸⁵ 1 kap. 9 § utlänningslagen samt MIG 2006:4.

¹⁴⁸⁶ 5 kap. 1 b § utlänningslagen.

om förutsättningarna för att avvisa en ansökan är uppfyllda. En bedömning måste därför göras av de omständigheter som i det enskilda fallet anförts av den sökande. Överdomstolen poängterade i målet att "[e]n grundprincip inom svensk migrationsrätt är att en familj i möjligaste mån ska hållas samman; principen om familjens enhet" och hänvisade till den bestämmelse som sedan 1 januari 2015 återfinns i 5 kap. 3 § första stycket 5 punkten utlänningslagen.¹⁴⁸⁷ Bestämmelsen medger att uppehållstillstånd pga. anknytning beviljas en förälder (eller en annan vuxen person som får anses ha trätt i föräldrarnas ställe) till ett ogift barn som är skyddsbehövande – förutsatt att föräldern (eller den ställföreträdande föräldern) befinner sig i Sverige och beslutet om dennes asylansökan fattas i samband med att beslut fattas om barnets asylansökan.¹⁴⁸⁸ Bestämmelsen syftar just till att hålla familjer samman. Domstolen konstaterade att denna bestämmelse var tillämplig samtidigt som regeln om att ansökan kunde avvisas var tillämplig. Överdomstolen var därmed tvungen att välja vilken bestämmelse som skulle ges företräde. Med hänvisning till att bestämmelsen om anknytning är obligatorisk ansåg domstolen att den skulle gå före bestämmelsen om avvisning i detta fall, även om domstolen påpekade att möjligheten att underlåta att tillämpa avvisningsbestämmelsen borde "vara synnerligen begränsad". Mot bakgrund av denna bedömning ansåg domstolen att mannens ansökan inte borde ha avvisats utan tagits upp till prövning i sak.

9.5.3.3 vid faktisk prövning av en asylansökan i Sverige

Förutsatt att en asylsökande inte får ett beslut om överföring enligt Dublinförordningen eller ett beslut om att ansökan ska avvisas så ska asylansökan prövas i Sverige. Även om ett ärende inte rör anknytning till en i Sverige bosatt person och således utökar prövningen till även denna grund för uppehållstillstånd kan prövningen av en "ren" asylansökan påverkas av principen om familjens enhet och skyldigheten att respektera familjelivet. Det gäller bl.a. prövningen av *internt flyktalternativ*.

När en asylsökande konstateras ha ett skyddsbehov är nästa fråga att ta ställning till om det finns ett rimligt och relevant internflyktalternativ personen kan hänvisas till i ursprungslandet.¹⁴⁸⁹ Om så är fallet ska ett uppehållstillstånd pga. skyddsbehov inte beviljas. Migrationsöverdomstolen uttalade i *MIG*

¹⁴⁸⁷ Se prop. 2013/14:248. Det ska dock nämnas att med hänsyn till principen om familjens enhet ansågs det redan före lagändringen vara så att föräldrar skulle beviljas skyddsstatus eller uppehållstillstånd om barnet beviljades skyddsstatus och därmed också uppehållstillstånd, se prop. 2013/14:248, s. 56.

¹⁴⁸⁸ 5 kap. 3 § 1 stycket 5 punkten. Se även prop. 2013/14:248, s. 61. Det ska dock nämnas att med hänsyn till principen om familjens enhet ansågs det redan före lagändringen vara så att föräldrar skulle beviljas skyddsstatus eller uppehållstillstånd om barnet beviljades skyddsstatus och därmed också uppehållstillstånd, se prop. 2013/14:248, s. 56.

¹⁴⁸⁹ MIG 2009:4.

2010:10 att vid bedömningen av om ett lämpligt internflyktsalternativ föreligger är möjligheten att bosätta sig där tillsammans med sin familj en omständighet som ska väga tungt. Angående frågan om vem som räknas som familj vid en sådan bedömning anförde domstolen att ledning i frågan lämpligen kunde hämtas från UNHCR:s handbok vilken stadgar att principen om familjens enhet minst omfattar den enskildes make/maka samt minderåriga barn.¹⁴⁹⁰

Ytterligare en fråga inom asylprövningen som kan påverkas av principen om familjens enhet är frågan om en familjemedlems konstaterade skyddsbehov ska anses ”smitta” andra familjemedlemmar. I *MIG 2012:14* tog Migrationsöverdomstolen ställning till betydelsen av principen om familjens enhet i ett mål som rörde en vuxen man och dennes far. I målet hade de två männen tillsammans kommit till Sverige och sökt asyl. Pappan bedömdes vara flykting. Då sonen hade utsatts för förföljelse som en följd av pappans verksamhet ansåg domstolen att med hänvisning till principen om familjens enhet skulle även sonen anses vara flykting. Domstolen hänvisade här till UNHCR:s handbok och anförde att det där framgår att om en familjs överhuvud uppfyller kriterierna för flyktingskap ska vanligen även övriga familjemedlemmar erkännas status som flyktingar.¹⁴⁹¹

Ett till viss del liknande mål är *MIG 2013:16*. Även här rörde målet en vuxen man och dennes förälder, denna gång dock hans mor. Deras asylansökningar kom att avslås men efter att utvisningsbesluten preskriberats sökte de asyl på nytt. Vid denna nya prövning beviljades mamman uppehållstillstånd som flykting, sonens ansökan avslogs dock initialt. Efter att sonen överklagat och beviljats prövningstillstånd hade Migrationsöverdomstolen att ta ställning till om även han skulle beviljas uppehållstillstånd. Domstolen refererade i sina domskäl till såväl FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna som till Europakonventionen och skyddsgrundsdirektivet och konstaterade därefter att sonen och hans mor alltid tillhört samma hushåll och att det fanns ett så starkt band dem emellan att de kunde anses vara familj trots att sonen nu var 22 år gammal och inte längre minderårig – vilket han varit vid ankomsten till Sverige. Med beaktande av de särskilda omständigheterna i målet ansåg domstolen att det inte var proportionerligt att utvisa sonen, han skulle därför även han beviljas permanent uppehållstillstånd som flykting.

I ett senare mål, *MIG 2015:18*, var situationen istället den att det minderåriga barnet ansågs ha flyktingskäl och frågan uppkom om även hennes mor skulle

¹⁴⁹⁰ Migrationsöverdomstolen hänvisar till punkt 185 i UNHCR handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning.

¹⁴⁹¹ UNHCR:s handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning, punkterna 184-186.

beviljas status som flykting. Redan hos Migrationsverket hade kvinnan beviljats uppehållstillstånd pga. anknytning till dottern. Hon hade dock överklagat och anfört att även hon skulle flyktingklassas. Överdomstolen fann dock att så inte skulle ske. Domstolen menade nämligen att det framgår direkt av ordalydelsen i utlänningslagens flyktingbestämmelse (4 kap. 1 § utlänningslagen) att det är en förutsättning för att anses som flykting att personen själv har ett skyddsbehov. I målet ansågs kvinnan inte ha något eget skyddsbehov. Till skillnad från i *MIG 2012:14* ansågs hon inte heller riskera förföljelse som en konsekvens av att dottern var förföljd. Domstolen påpekade att situationen förvisso varit densamma i *MIG 2013:16*. Inte heller i det fallet ansågs mannen ha eget skyddsbehov. Trots det beviljades han flyktingstatus. Enligt Migrationsöverdomstolen fanns det dock en betydande skillnad mellan de två fallen. I *MIG 2015:18* var kvinnans och dotterns familjeliv redan tryggt genom att kvinnan beviljats permanent uppehållstillstånd pga. anknytning. I *MIG 2013:16* hade sonen däremot beviljats uppehållstillstånd i syfte att förebygga en familjeseparation. Migrationsöverdomstolen förefaller således ha konstruerat en möjlighet att bevilja sonen tillstånd för att inte kränka rätten till respekt för familjeliv i Europakonventionens artikel 8. I *MIG 2015:18* behövde domstolen inte på samma vis konstruera en grund för att kunna bevilja tillstånd pga. anknytning. Den 1 januari 2015 hade nämligen den ovan nämnda bestämmelsen i 5 kap. 3 § första stycket 5 punkten införts i utlänningslagen (möjligheten att bevilja uppehållstillstånd till en förälder/ställföreträdande förälder pga. anknytning till ett barn med skyddsbehov).¹⁴⁹² Även om denna bestämmelse funnits redan år 2013 när överdomstolen avgjorde *MIG 2013:16* hade den dock inte kunnat användas på sonen i målet eftersom han inte, i utlänningslagens mening, var att anse som ett barn då han var över 18 år.

9.5.4 Familjesammanhållning vid andra beslut om avvisning eller utvisning

Slutligen ska mycket kort nämnas att utlänningslagen innehåller en särskild bestämmelse som stadgar att om ett beslut fattas om att avvisa eller utvisa en person så kan beslutet vidgas till att även omfatta ett barn som är under 16 år som personen är vårdnadshavare för.¹⁴⁹³ Detta gäller även om barnet inte omfattats av lägre instans beslut. Ett viktigt undantag finns dock. Om skyddsskäl har åberopats gällande barnet så måste även barnets asylansökan prövas av första instans.

¹⁴⁹² 5 kap. 3 § 1 stycket 5 punkten. Se även prop. 2013/14:248, s. 61. Det ska dock nämnas att med hänsyn till principen om familjens enhet ansågs det redan före lagändringen vara så att föräldrar skulle beviljas skyddsstatus eller uppehållstillstånd om barnet beviljades skyddsstatus och därmed också uppehållstillstånd, se prop. 2013/14:248, s. 56.

¹⁴⁹³ 8 kap. 27 § tredje stycket utlänningslagen.

Även om praktiska skäl används för att motivera bestämmelsen så är den intressant som ett exempel på hur barn ibland behandlas mer som bihang till sina vårdnadshavare än som individer.

9.6 Sammanfattning

9.6.1 Barnkonventionen

Enligt barnkonventionens artikel 9.1 ska konventionsstaterna säkerställa att barn inte skiljs från sina föräldrar mot deras vilja – utom i fall då behöriga myndigheter, i enlighet med tillämplig lag och tillämpliga förfaranden, har bedömt att ett åtskiljande är ”nödvändigt för barnets bästa”. Av artikel 9.4 framkommer att om ett åtskiljande skett pga. att en förälder utvisats så ska konventionsstaten lämna väsentliga upplysningar om var den eller de frånvarande familjemedlemmarna vistas, förutsatt att ett utlämnande av dessa upplysningar inte är till skada för barnet. Utifrån en samläsning av hela artikel 9 samt en helhetsförståelse av barnkonventionen som helhet, de diskussioner som fördes vid utformningen av konventionen FN:s barnrättskommittés allmänna kommentarer och generella rekommendationer, är slutsatsen att barnkonventionen, trots formuleringen av artikel 9, inte innebär ett förbud mot att separera familjer genom utvisning. Artikel 9 – i migrationsrättsliga sammanhang – får istället förstås som att det ibland får anses vara barnets bästa att få vara kvar i konventionsstaten även om dess (ena) förälder inte har någon rätt att stanna kvar i staten. Ett sådant beslut anses falla in under ett av de två exempel som uttryckligen ges i artikel 9 på när en separation kan vara nödvändig, nämligen ”då föräldrarna lever åtskilda och ett beslut måste fattas om var barnet ska bo”. Att artikel 9 inte förbjuder utvisning av en förälder innebär dock inte att det är ”fritt fram” för stater att utvisa föräldrar och på så vis separera familjer. Hänsyn ska tas till hela barnkonventionen vilket innebär att en intresseavvägning måste göras där rättstillämparen har att beakta om det är förenligt med barnets bästa att föräldern utvisas. Som beskrivits i kapitel 7 innebär artikel 3 om barnets bästa inget förbud mot att fatta beslut i strid med vad som konstateras vara barnets bästa. Det är därför i sammanhanget viktigt att notera att artikel 9.1, som tar direkt sikte på separation av barn och föräldrar, ger uttryck för ett snävare tolkningsutrymme än artikel 3 vad gäller vad som *är* barnets bästa. Eftersom artikel 9.1 stadgar att barn endast får separeras från sina föräldrar om det är nödvändigt för barnets bästa är det viktigt att inte ”falla tillbaka” på den allmänna och svagare principen i artikel 3.¹⁴⁹⁴

¹⁴⁹⁴ Eekelaar, John och Tobin, John, Article 3. The Best Interests of the Child i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 100 samt Tobin, John och Cashmore, Judy, Article 9. The Right Not to be Separated from Parents i samma antologi, s. 319 f.

9.6.2 Europakonventionen

Europadomstolen utgår normalt från att ett familjeliv existerar mellan ett barn och dennes föräldrar, därmed anser domstolen att rätten till respekt för familjeliv i Europakonventionens artikel 8 aktualiseras vid prövningar av om en person ska utvisas från ett land och därigenom skiljas från sina familjemedlemmar. Domstolen har varit tydlig med att rätten till respekt för familjeliv inte innebär en generell skyldighet för en stat att respektera (och acceptera) migranternas val av land att utöva sitt familjeliv,¹⁴⁹⁵ och att det inte heller finns någon skyldighet enligt Europakonventionen att bevilja en särskild typ av uppehållstillstånd.¹⁴⁹⁶ Enligt Europadomstolen kan dock staten i vissa fall ändå ha en skyldighet att medge vistelse. Domstolen betonar dock att omfattningen av statens skyldigheter i ärenden som gäller såväl familjeliv som migrationskontroll varierar beroende på 1) de särskilda omständigheterna hos de berörda personerna och 2) de allmänna intressen som aktualiseras i målet (t.ex. att upprätthålla säkerhet och kontroll).¹⁴⁹⁷ I sin praxis gör Europadomstolen skillnad på personer som varit lagligen bosatta i landet men som riskerar utvisning och personer som befinner sig i värdstaten utan uppehållstillstånd och som riskerar utvisning. Den senare kategorin kan i sin tur delas upp i två: dels personer som *har* varit lagligen bosatta i landet men nu ska utvisas pga. att personens livsförhållanden ändrats och en ansökan om förlängning av tillståndet eller en ansökan om tillstånd på nya grunder nekats, dels personer som *saknat* rätt att vistas i en konventionsstat men ändå har befunnit sig där tillsammans med familjemedlemmar.

När en bedömning görs av om vistelse ska medges görs en proportionalitetsbedömning, dvs. en bedömning av om det kan anses proportionerligt att göra ett intrång i rätten till respekt för familjeliv genom att neka rätt till vistelse. Proportionalitetsbedömningen görs utifrån omständigheterna i det enskilda fallet och sker med hjälp av de s.k. *Boultif/Üner-kriterier* som utarbetats av Europadomstolen (se avsnitt 9.3.1.1). Faktorerna innebär kortfattat att följande omständigheter ska beaktas; i vilken utsträckning familjelivet skulle påverkas, hur stark anknytningen är till vistelselandet respektive till hemlandet, hur livet i hemlandet skulle se ut, om det finns oöverstigliga hinder för att familjen skulle kunna leva tillsammans någon annanstans samt om det finns faktorer kopplade till reglerad invandring (däribland allmän ordning och säkerhet) som talar för utvisning. Dessutom ska beaktas om familjelivet inleddes

¹⁴⁹⁵ Se exempelvis *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94), punkt 38 och *Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna* (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99), punkt 39.

¹⁴⁹⁶ *Ejimson mot Tyskland* (dom den 1 mars 2018, appl. no. 58681/12), punkt 56 samt *Dremlyuga mot Lettland* (beslut den 29 april 2003, appl. no. 66729/01), observera att beslutet om att avvisa klagomålet i *Dremlyuga mot Lettland* endast finns på franska.

¹⁴⁹⁷ Se exempelvis *Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna* (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99), punkt 39.

vid en tid då personerna var medvetna om att möjligheterna att leva tillsammans i familjelivet var osäkra med anledning av de inblandades migrationsrättsliga status i landet samt om personerna begått brott. Domstolen har påtalat att Europakonventionen ska tolkas med hjälp av barnkonventionen och har särskilt betonat skyldigheten att beakta barnets bästa. Skyldigheten att (korrekt) tillämpa principen om barnets bästa har av Europadomstolen exempelvis konstaterats påverka tillämpningen av *Boultif/Üner-kriterierna*.¹⁴⁹⁸

9.6.3 EU-rätten

Beroende av om en familj består uteslutande av tredjelandsmedborgare eller om familjen även innehåller EU/EES-medborgare aktualiseras olika regler i EU-rätten. EU/EES-medborgare och deras familjemedlemmar (även om familjemedlemmarna är tredjelandsmedborgare) omfattas nämligen av rörlighetsdirektivets regler om uppehållsrätt.¹⁴⁹⁹ Dessa bestämmelser ”aktiveras” dock först om en EU/EES-medborgare använt sig av sin fria rörlighet för att bosätta sig i en annan EU/EES-stat. Om så inte skett är huvudregeln att medlemsstaterna själva är fria att besluta om rätt till vistelse för familjemedlemmar till EU/EES-medborgaren. I vissa fall kan dock artiklar i EU-fördragen innebära att vistelse måste tillåtas även om en unionsmedborgare fortsatt är bosatt i det land hen är medborgare i. Detta gäller dels om en medlemsstats beslut att neka vistelse skulle kunna ha konsekvensen att den fria rörligheten motverkas (artikel 45, 56 och 21.1 FEUF), dels om en medlemsstats beslut att neka vistelse skulle kunna ha konsekvensen att unionsmedborgarskapets betydelse urholkas (artikel 20 FEUF), t ex om unionsmedborgaren då i praktiken skulle tvingas att lämna unionen. Om en familj består av enbart tredjelandsmedborgare är utgångspunkten att EU saknar kompetens och att regleringen därmed faller in under medlemsstaternas egen beslutanderätt. Undantag finns dock när det gäller människor som befinner sig i asylprocessen. Det finns regler i skyddsgrundsdirektivet, mottagandedirektivet och Dublinförordningen som rör frågan om familjesammanhållning för asylsökande. I samtliga fall som aktualiserar EU-rätten måste EU:s rättighetsstadga och dess bestämmelse om rätt till respekt för familjeliv (artikel 7) beaktas. Bestämmelsen om rätt till respekt för familjeliv i rättighetsstadgan måste ge minst samma skydd som artikel 8 i Europakonventionen och dess tillhörande praxis. Det innebär att om utfallet av tillämpningen av EU-rättsliga regelverk skulle bli oproportionerligt så ska vistelse ändå tillåtas med hänvisning till rätten till respekt för familjeliv. Mer specifika bestämmelser i exempelvis EU:s rörlighetsdirektiv måste därmed

¹⁴⁹⁸ *Maslov mot Österrike* (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03), punkt 82.

¹⁴⁹⁹ En liknande möjlighet till fri rörlighet finns för medborgare i Schweiz. Se avtal mellan Europeiska gemenskapen och dess medlemsstater, å ena sidan, och Schweiziska edsförbundet, å andra sidan om fri rörlighet för personer, Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr L 114, 30/04/2002 s. 0006 - 0072.

tolkas i ljuset av stadgan. Många EU-direktiv och förordningar innehåller explicita hänvisningar till att barnets bästa ska beaktas. Även i de fall där sådana hänvisningar saknas ska dock EU-rätten tolkas med beaktande av barnets bästa. Detta framgår dels av att det är en allmän EU-rättslig princip att EU ska följa internationell rätt – däribland barnkonventionen,¹⁵⁰⁰ dels av artikel 24 i EU:s rättighetsstadga.

9.6.4 Utlänningslagen

Utlänningslagen innehåller regler som påverkar såväl personer som beviljats uppehållstillstånd men nu riskerar utvisning som personer som befinner sig i Sverige och ansöker om att få stanna i landet pga. anknytning. Ända sedan den första svenska utlänningslagen – 1914 års utlänningslag¹⁵⁰¹ – har lagstiftningen innehållit bestämmelser om att vid utvisning (då pga. brott) måste hänsyn tas till om en utlänning har familj i Sverige samt till den anknytning till landet som kan ha uppstått pga. vistelsetid. Liknande hänsyn ska tas vid eventuell återkallelse av tillstånd. I utlänningslagen finns dessutom regler som i vissa fall möjliggör att bevilja ansökningar om uppehållstillstånd från personer som redan befinner sig i Sverige – trots att huvudregeln (som en del i att Sverige har en reglerad invandring) – är att sådana ansökningar ska ha lämnats in och beviljats före det att personen reser in i Sverige. Enligt 5 kap. 18 § finns möjlighet att göra undantag från huvudregeln och bevilja uppehållstillstånd till en person som redan vistas i Sverige om det 1) inte skäligen kan krävas att utlänningen reser till ett annat land för att ge in ansökan där eller 2) det annars finns synnerliga skäl för att göra ett undantag. Vid bedömningen av om undantag ska beviljas ska konsekvenserna för ett barn av att skiljas från sin förälder särskilt beaktas. Förutsatt att det står klart att uppehållstillstånd hade beviljats om prövningen gjorts före det att personen rest in i Sverige. Slutligen kan omständigheten att en person har familj i Sverige även spela in när svenska myndigheter bedömer om en asylansökan ska prövas i Sverige eller i ett annat land.

Eftersom Europakonventionen gäller som svensk lag och eftersom annan svensk lag inte får stå i strid med Europakonventionen så måste alltid, i enlighet med artikel 8 Europakonventionen, en proportionalitetsbedömning göras av ett beslut i sin helhet. Anses beslutet oproportionerligt vid en sådan bedömning kan rättstillämparen frångå kraven i den svenska utlänningslagen och

¹⁵⁰⁰ C-540/03, *Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd*, EU:C:2006:429, se särskilt punkt 37. Se även Kalverboer, Margrite, Daan Beltman, Carla van Os, and Elianne Zijlstra, *The Best Interests of the Child in Cases of Migration*, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 25, nr. 1 2017, s. 114-139, samt Drywood, Eleanor, *Giving with one hand, taking with the other: fundamental rights, children and the family reunification decision*, *European law review*, vol. 32, nr. 3 2007, s. 396-407.

¹⁵⁰¹ Lag (nr 196) angående förbud för vissa utlänningar att här i riket vistas.

ändå bevilja tillstånd.¹⁵⁰² Det är viktigt att veta ursprunget av en bestämmelse i utlänningslagen. Om bestämmelsen har en koppling till EU-rätten måste nämligen tillämpningen överensstämma med kraven enligt denna, vilket t.ex. innebär att rättighetsstadgan och EU-domstolens praxis ska beaktas. Att principen om barnets bästa måste beaktas i alla ärenden som bedöms enligt utlänningslagen och som på något vis rör barn följer av 1 kap. 10 § utlänningslagen.

¹⁵⁰² Jfr 11 kap. 14 § samt 12 kap. 10 § regeringsformen. Se för Europakonventionens särskilda ställning 2 kap. 19 § regeringsformen samt lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

10 Familje(åter)förening

10.1 Inledning

I kapitel 9 behandlades situationen att familjemedlemmar befinner sig i samma land men pga. en utvisning riskerar att separeras. I detta kapitel behandlas istället situationen att familjemedlemmar som *befinner sig i olika länder* önskar att få bosätta sig tillsammans i ett land. Det kan handla om familjer som tidigare bott tillsammans men som av någon anledning splittrats och som nu vill återförenas eller om s.k. nyetablerade familjer som inte tidigare sammanbott.

Nedan analyseras vad barnkonventionen, Europakonventionen och EU-rätten stadgar om staters skyldighet att tillgodose att familjer får bosätta sig tillsammans. Därefter undersöks hur den svenska utlänningslagens bestämmelser om anknytning har utformats samt hur Migrationsöverdomstolen hittills tolkat gällande rätt på området.

10.2 Familje(åter)förening enligt barnkonventionen

I barnkonventionen finns en särskild bestämmelse – artikel 10 – som tar sikte på familjeåterförening.¹⁵⁰³ Enligt artikeln ska ”ansökningar från ett barn eller dess föräldrar om att resa in i eller lämna en konventionsstat för familjeåterförening behandlas på ett positivt, humant och snabbt sätt av konventionsstaterna”. Vid framtagandet av barnkonventionen diskuterades ordvalet positivt. Representanten från Förenade kungariket föreslog istället ordvalet objektivt. Även den franska representanten var orolig för att ordvalet skulle missförstås som att ansökningar måste bifallas. USA:s representant argumenterade för att ordet positivt kunde behållas – med motiveringen att ordet endast tvingade staterna att *agera* positivt och inte på något vis skulle förstås som att på förhand ge besked om resultatet av en prövning av en ansökan om familjeåterförening.¹⁵⁰⁴

¹⁵⁰³ För en detaljerad analys av artikel 10 se Pobjoy, Jason M., Article 10. The Right to Family Reunification, i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 343-369.

¹⁵⁰⁴ Report of the Working Group on a draft convention on the rights of the child, E/CN.4/1989/48, 2 mars 1989, punkterna 215 och 216. Den finska representanten föreslog som

I doktrin har ordvalet positivt diskuterats ingående. Kate Jastram och Kathleen Newland har hävdad att ordvalet ”positivt” indikerar en bekräftande åtgärd (*affirmative action*) vilket enligt dem måste förstås som starkare än vanliga uttryck som exempelvis att vidta åtgärder.¹⁵⁰⁵ Eliahu Frank Abram har å sin sida påpekat att en skyldighet att agera positivt eller behandla en ansökan på ett positivt sätt inte förekommer i något annat internationellt traktat om mänskliga rättigheter. Abram menar att om avsikten enbart var ”den vanliga” så hade det gått bra att använda sig av ett mer standardiserat ordval.¹⁵⁰⁶ Bestämmelsens formulering har även fått ta emot kritik av Vincent Chetail som beskyllt artikel 10 för att vara juridiskt otydlig.¹⁵⁰⁷ Enligt UNICEF beror den trevande formuleringen på staternas oro att förlora kontrollen över invandringen.¹⁵⁰⁸ Organisationen menar dock att det får anses stå klart att kravet på att ansökningar behandlas på ett ”positivt, humant och snabbt sätt” syftar på själva processen för handläggning och inte på konventionsstaternas syn på familjeåterförening.¹⁵⁰⁹ Artikel 10 är i grunden en processuell regel som uppställer krav på hur konventionsstater ska pröva ansökningar om familjeåterförening.

Familjeåterförening garanteras inte uttryckligen av artikel 10 – i bestämmelsen anges dock att familjeåterförening hör ihop med den förpliktelse konventionsstaterna har att hålla samman familjer enligt barnkonventionens artikel 9.1. Som nämnts i avsnitt 9.2 ovan uttalade ordföranden i arbetsgruppen i samband med att det färdiga utkastet till barnkonventionen arbetats fram att artikel 9 endast var avsedd att tillämpas på separationer som uppstod i inhemska situationer. Vid samma tillfälle uttryckte ordföranden även att artikel 10 inte var ”avsedd att påverka staters allmänna rätt att upprätta och tillämpa deras re-

alternativ ordvalet ”favourable” vilket den amerikanske representanten dock motsatte sig.

¹⁵⁰⁵ Jastram, Kate och Newland, Kathleen, Family Unity and Refugee Protection, kapitel 9.1 i Feller, Erika., Türk, Volker och Nicholson, Frances. (red.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection [Elektronisk resurs]*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 578 där Jastram och Newland lyfter fram att formuleringen av artikel 10 ”is considerably stronger than language commonly used to allow significant state discretion, such as 'consider favorably,' 'take appropriate measures,' or 'in accordance with national law'.”

¹⁵⁰⁶ Abram, Eliahu Frank, The Child's Right to Family Unity in International Immigration Law, *Law & Policy*, vol. 17, nr. 4 1995, s. 422-424.

¹⁵⁰⁷ För mer om detta se Chetail, Vincent, The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law, i Chetail, Vincent och Bauoz, Céline (red.), *Research Handbook on International Law and Migration [Elektronisk resurs]*, 1st ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, s. 45.

¹⁵⁰⁸ Hodgkin, Rachel och Newell, Peter, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child: prepared for UNICEF*, Tredje upplagan, UNICEF, New York, 2007, s. 135.

¹⁵⁰⁹ Ibid, s. 136.

spektive migrationslagstiftning i enlighet med deras internationella skyldigheter”.¹⁵¹⁰ Under den diskussion som följde på uttalandena valde Portugals representant att förtydliga – och betona – att med internationella skyldigheter avses inte enbart de avtal en stat ingått utan även allmänna principer erkända av det internationella samfundet, särskilt FN:s juridiska instrument för främjande och skydd av mänskliga rättigheter.¹⁵¹¹ Den italienska representanten uttryckte sitt stöd för Portugals uttalande och bad särskilt att få instämma med den andemening hon ansåg låg inbäddad däri,¹⁵¹² den tyska representanten bad att få fört till protokollet att tystnad inte innebar ett instämmande i ordförandens framförda uppfattning. Den svenska representanten, som inte var tyst, höll uttryckligen med Portugal och framhöll som sin mening att ”internationella skyldigheter” skulle inkludera barnkonventionen, särskilt vad som stadgades om familjeåterförening.¹⁵¹³ Det verkar således som att i vart fall vissa av de närvarande statsrepresentanterna, däribland den svenska, medgav att familjeåterförening kunde ha en inskränkande verkan på konventionsstaternas suveränitet när det gällde att begränsa migration.

Artikel 10 rör ansökningar från ett barn *eller* dess föräldrar. Bestämmelsen jämnställer således barn och föräldrar och förtydligar att skyldigheten att återföreina familjer innebär en ömsesidig rättighet för både barnet och dess föräldrar. Artikel 10 innebär att om barnet är separerat från en eller båda föräldrar kan barnet tillåtas att återförenas i det land den separerade föräldern (eller bägge föräldrarna) befinner sig i, alternativt tvärtom – föräldern, eller föräldrarna, kan tillåtas att återförenas med barnet i det land denne befinner sig.¹⁵¹⁴ Det är enligt barnkonventionen inte tillräckligt att barnet är förenat med den ena föräldern om familjen vill leva tillsammans, barnets rättighet enligt konventionen är att vara med båda föräldrarna.¹⁵¹⁵

¹⁵¹⁰ “Article 6 bis [nu artikel 10] is not intended to affect the general right of States to establish and regulate their respective immigration laws in accordance with their international obligations.”, ur Report of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child, E/CN.4/1989/48, punkt 203.

¹⁵¹¹ Ibid, punkt 204.

¹⁵¹² Vilken andemening det var anges inte uttryckligen i protokollen men är kanske inte så svårt att gissa sig till. I protokollet står endast att den italienska representanten ”indicated her support for, and wished to join in, the expression of the sentiments contained in the statements made by the representative of Portugal”, ibid, punkt 206.

¹⁵¹³ Min översättning. I originalets version sade den svenske representanten att ”the notion ‘international obligations’ in the Chairman’s declaration should include the provisions of this Convention and especially article 6 bis.”, ibid, punkt 205.

¹⁵¹⁴ Abram, Eliahu Frank, *The Child’s Right to Family Unity in International Immigration Law, Law & Policy*, vol. 17, nr. 4 1995, s. 421.

¹⁵¹⁵ Jastram, Kate och Newland, Kathleen, Family Unity and Refugee Protection, kapitel 9.1 i Feller, Erika., Türk, Volker och Nicholson, Frances. (red.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR’s Global Consultations on International Protection [Elektronisk resurs]*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 578.

FN:s barnrättskommitté förespråkar en tolkning som innebär att en rätt till familjeåterförening ska anses finnas om det är i linje med barnets bästa och om återförening i en annan stat inte är möjlig.¹⁵¹⁶ Som lyfts flera gånger är det omtvistat vilken vikt barnrättskommitténs yttranden ska anses ha. I sammanhanget kan det därför vara intressant att lyfta fram att kommitténs slutsatser i denna fråga förefaller relativt utbredd.¹⁵¹⁷

Argumentet som huvudsakligen lyfts fram för slutsatsen att det finns en rätt till återförening när sådan inte är möjlig i en annan stat är att en annan tolkning inte skulle vara i linje med barnkonventionens syfte och därutöver skulle strida mot principen om barnets bästa.¹⁵¹⁸ I sammanhanget kan påminnas om att traktat enligt artikel 31 i Wienkonventionen om traktaträtten ska tolkas ”ärligt i överensstämmelse med den gängse meningen av traktatens uttryck sedda i sitt sammanhang och mot bakgrunden av traktatens ändamål och syfte”. Abram menar att då barnkonventionen ställer krav på att staterna behandlar ansökningar på ett positivt sätt men även på ett humant vis och i enlighet med förpliktelsen att inte separera barn från deras föräldrar utom då det är för deras bästa går det bara att komma till en slutsats – att det finns en presumtion för återförening.¹⁵¹⁹ Även Chetail lyfter särskilt skyldigheten att inte separera barn från sina föräldrar utom i syfte att skydda barnet, han betonar att även den andra meningen i artikel 10 – att en ansökan om att återförenas inte ska medföra negativa följder för de sökande – talar för en presumtion om återförening.¹⁵²⁰

¹⁵¹⁶ Se t.ex. FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nummer 6 (2005), Behandlingen av ensamkommande barn och barn som har skilts från föräldrarna utanför ursprungslandet, punkterna 82 och 83.

¹⁵¹⁷ Se exempelvis Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research Handbook on International Law and Migration* [Elektronisk resurs], 1st ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, s. 46, samt Jastram, Kate och Newland, Kathleen, *Family Unity and Refugee Protection*, kapitel 9.1 i Feller, Erika., Türk, Volker och Nicholson, Frances. (red.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* [Elektronisk resurs], Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 578, Abram, Eliahu Frank, *The Child's Right to Family Unity in International Immigration Law, Law & Policy*, vol. 17, nr. 4 1995, s. 397-439. Se även vad som anförs om Europadomstolens praxis i avsnitt 10.3 nedan.

¹⁵¹⁸ Se även Axetorn, Elisabeth, *Familjeåterförening för barn: en utredning av svensk rättsförenlighet med internationell rätt*, Examensarbete Stockholms universitet, 2016 för en argumentation kring detta.

¹⁵¹⁹ Abram, Eliahu Frank, *The Child's Right to Family Unity in International Immigration Law, Law & Policy*, vol. 17, nr. 4 1995, s. 423-424.

¹⁵²⁰ Se Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research Handbook on International Law and Migration* [Elektronisk resurs], 1st ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, s. 46.

Abram menar att konventionsstater har kvar viss diskretion eftersom artikel 10 inte stadgar att staterna ”ska bevilja” ansökningar. Han menar dock att det åligger staten att rättfärdiga ett avslag på en ansökan om familjeåterförening och att ett sådant rättfärdigande endast kan ske om staten kan bevisa 1) att en separation är nödvändig för barnets bästa eller 2) att en separation i praktiken inte kommer att ske eftersom barnet kan – och kommer – att återförenas med sina föräldrar i en annan stat. Abram betonar dock att en stat inte regelmässigt kan hänvisa till att återförening kan ske i en annan stat och på så vis undgå ansvar och poängterar att stater normalt sett inte har någon makt att utanför sin egen jurisdiktion säkerställa att en rättighet effektivt garanteras. Mot bakgrund av detta menar Abram att en policy där restriktiva villkor uppställs eller där exceptionella omständigheter krävs för familjeåterförening inte är i linje med barnkonventionen. Tvärtom menar han att artikel 9 och 10 lästa tillsammans ställer krav på migrationsrättsliga regler som utgår ifrån att ansökningar om att återförena barn och deras föräldrar ska beviljas.¹⁵²¹

Chetail går så långt som att mena att det finns stöd för att barns rätt till familjeåterförening inte bara är en presumtion – utan utgör en sedvanerättslig norm.¹⁵²² Han framhåller här dels den nästan universella ratifikationen av barnkonventionen, dels det få antal reservationer som gjorts mot artikel 10.¹⁵²³

Som nämdes i kapitel 6 innehåller barnkonventionen ingen möjlighet för stater att inskränka rättigheter. Schweiz, Japan, Lichtenstein och Cooköarna har dock gjort invändningar mot skyldigheten att hålla ihop familjer och tillåta familjeåterförening.¹⁵²⁴ Reservationerna från Schweiz och Lichtenstein innebär att de delar av ländernas nationella lagstiftning som inte tillåter familjeåterförening för vissa utländska medborgare ska vara opåverkade av statens anslutning till barnkonventionen.¹⁵²⁵ Cooköarnas reservation innebär att staten förbehåller sig rätten att utforma lagstiftning gällande familjeåterförening som

¹⁵²¹ Abram, Eliahu Frank, *The Child’s Right to Family Unity in International Immigration Law, Law & Policy*, vol. 17, nr. 4 1995, s. 423-424.

¹⁵²² Chetail argumenterar för att det inte finns tillräcklig *opinio juris* för att hävda att familjeåterförening för alla uppnått sedvanerättslig status, han menar dock att så är fallet när det gäller ärenden där barn är inblandade, se Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research Handbook on International Law and Migration* [Elektronisk resurs], 1st ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, s. 1-72.

¹⁵²³ I dagsläget har fyra stater någon form av reservation eller deklaration specifikt mot artikel 10 (Cooköarna, Japan, Liechtenstein och Schweiz).

¹⁵²⁴ Artikel 9 och 10.

¹⁵²⁵ Angående Schweiz: “Swiss legislation, which does not guarantee family reunification to certain categories of aliens, is unaffected [av barnkonventionen]”, CRC/C/2/Rev.8, s. 39. Angående Lichtenstein: ”The Principality of Liechtenstein reserves the right to apply the Liechtenstein legislation according to which family reunification for certain categories of foreigners is not guaranteed”, CRC/C/2/Rev.8, s. 28.

staten själv önskar utan inverkan av barnkonventionens stadganden om familjeåterförening.¹⁵²⁶ Japan har deklarerat att staten anser att skyldigheten i artikel 10 att behandla ansökningar om familjeåterförening på ett ”positivt, humant och snabbt sätt” inte ska innebära att ansökningar måste beviljas.¹⁵²⁷ Japan verkar därmed, på liknande vis som gällande landets deklaration angående artikel 9,¹⁵²⁸ ha känt ett behov att förtydliga hur bestämmelsen var tänkt.

Någon generell skyldighet att bevilja familjeåterförening i den stat som barnet och/eller dess familjemedlemmar önskar kan inte läsas ut av barnkonventionen. Avgörande är en helhetsbedömning med särskilt fokus på barnets bästa. Det kan i sammanhanget nämnas att FN:s barnrättskommitté uttalat sig om staters skyldigheter att tillåta familjeåterförening när barn beviljats uppehållstillstånd i konventionsstater pga. skyddsbehov. En av barnrättskommitténs allmänna kommentarer rör bl.a. barn som har skilts från föräldrarna utanför ursprungslandet.¹⁵²⁹ I kommentaren uttalar kommittén att ett återvändande till hemlandet inte är förenligt med barnets bästa om det föreligger en ”skäligen risk” för att barnets grundläggande mänskliga rättigheter då kränks.¹⁵³⁰ Kommittén menar att sådana risker ”är obestriddligen dokumenterade” om ett barn beviljats uppehållstillstånd pga. ett behov av skydd mot tortyr eller annan förföljelse. I en sådan situation är familjeåterförening i hemlandet enligt kommittén att anse som omöjlig. Om barnet istället riskerar att skadas i hemlandet pga. ”de urskillningslösa följderna av utbrett våld” menar barnrättskommittén att samtliga risker måste uppmärksammas för att sedan vägas mot andra *rättighetsbaserade* överväganden, däribland följderna av en fortsatt separation. I det fall slutsatsen blir att en familjeåterförening i ursprungslandet inte är möjlig träder, enligt FN:s barnrättskommitté, skyldigheterna i barnkonventionens artikel 9 och 10 i kraft och ”bör vägleda värdlandets beslut om återförening där”.¹⁵³¹ Barnrättskommittén har även uttalat sig om förhållandet att ett barns förälder befinner sig i en konventionsstat som asylsökande eller skyddsbehö-

¹⁵²⁶ ”With respect to article 10, the Government of the Cook Islands reserves the right to apply such legislation, insofar as it relates to the entry into, stay in and departure from the Cook Islands of those who do not have the right under the law of the Cook Islands to enter and remain in the Cook Islands, and to the acquisition and possession of citizenship, as it may deem necessary from time to time”, CRC/C/2/Rev.8, s. 18.

¹⁵²⁷ ”The Government of Japan declares further that the obligation to deal with applications to enter or leave a State party for the purpose of family reunification “in a positive, humane and expeditious manner” provided for in paragraph 1 of article 10 of the Convention on the Rights of the Child be interpreted not to affect the outcome of such applications”, CRC/C/2/Rev.8, s. 26.

¹⁵²⁸ Se avsnitt 9.2 ovan angående Japans deklaration.

¹⁵²⁹ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 6 (2005) om behandlingen av ensamkommande barn och barn som har skilts från föräldrarna utanför ursprungslandet.

¹⁵³⁰ Ibid, punkt 82.

¹⁵³¹ Ibid, punkt 83.

vande. Kommittén har uppmanat konventionsstater att se till att de har lagstiftning och rutiner på plats för att snabbt kunna återförena barn med sina föräldrar i denna situation.¹⁵³²

Sammanfattningsvis kan sägas att även om barnkonventionens artikel 10 inte innebär någon rätt till uppehållstillstånd¹⁵³³ eller någon absolut skyldighet för en konventionsstat att bevilja familjeåterförening på dess eget territorium är det tydligt att barn har en rätt att vara tillsammans med sin förälder/sina föräldrar *någonstans* i världen – förutom om det skulle strida mot barnets bästa (artikel 9). Om en stat får in en ansökan från ett barn eller dess förälder/föräldrar om att återförenas måste den således pröva ansökan utifrån barnets bästa och utifrån den reella möjligheten för familjen att bo tillsammans någon annanstans.

Då barnkonventionen inte innehåller några generella möjligheter att inskränka rättigheter bör olika typer av krav för att få återförenas; exempelvis en viss typ av uppehållstillstånd, försörjningskrav, integrationskrav etc. inte vara i linje med barnkonventionen om staten inte kan säkerställa att familjen kan återförenas i en annan stat och om det är barnets bästa att återförenas med sin förälder eller sina föräldrar.

Barnkonventionens artikel 10 rör enbart frågan om uppehållstillstånd pga. anknytning mellan ett barn och dess föräldrar. Övriga familjerelationer täcks inte av bestämmelsen. Som nämndes i avsnittet om familjesammanhållning uppställer dock barnkonventionens artikel 16 en rätt till respekt för familjelivet vilket omfattar en vidare krets av familjemedlemmar. Av formuleringen av artikel 16 framgår att godtyckliga ingrepp i familjelivet inte är tillåtna. Avgörande blir då frågan om ett nekat uppehållstillstånd kan ses som ett ingrepp i artikelns mening.

Artikel 16 infördes i syfte att säkra och förtydliga att det skydd för godtyckliga ingripanden i privat- och familjelivet som redan fanns enligt artikel 12 i FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter samt i artikel 17 i FN:s internationella konvention om medborgerliga och politiska rättigheter (ICCPR) gäller för barn.¹⁵³⁴ Till skillnad mot den allmänna förklaringen är ICCPR juridiskt

¹⁵³² Se bl.a. sammanfattande slutsatser och rekommendationer gällande Australien, CRC/C/15/Add.79, 21 oktober 1997, punkt 30 och sammanfattande slutsatser och rekommendationer gällande Mauretanien, CRC/C/15/Add.159, 6 november 2001, punkterna 47-48.

¹⁵³³ Jfr Grahn-Farley, Maria, Barnkonventionen: en kommentar, Studentlitteratur, Lund, 2019, s. 85.

¹⁵³⁴ Se diskussionerna från framtagandet av barnkonventionen, *Legislative history of the Convention on the Rights of the Child*, United Nations, New York, 2007, s. 473-479. Artikel 12 i FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter lyder ”Ingen får utsättas för godtyckligt ingripande i fråga om privatliv, familj, hem eller korrespondens och inte heller för angrepp på sin heder eller sitt anseende. Var och en har rätt till lagens skydd mot sådana ingripanden och

bindande. Genom ett fakultativt protokoll till ICCPR har enskilda getts klagorätt till FN:s kommitté för mänskliga rättigheter (MR-kommittén).¹⁵³⁵ Varken MR-kommitténs beslut eller allmänna kommentarer är juridiskt bindande, men konventionsstater brukar rätta sig efter dess avgöranden.¹⁵³⁶ MR-kommittén har inte specifikt uttalat sig om artikel 17 kan innebära en skyldighet för stater att tillåta familjeåterförening. Däremot har kommittén funnit att artikel 23 ICCPR om att familjen är berättigad till samhällets och statens skydd i kombination med bl.a. artikel 17 kan innebära en skyldighet för staten att säkerställa att möjligheter till familjeåterförening finns.¹⁵³⁷

Det är inte helt klart om barnkonventionens artikel 16 ensam kan innebära att stater har en skyldighet att tillåta återförening av familjer. Däremot bör det gå att argumentera för en liknande slutsats som den MR-kommittén nått. Med beaktande av barnkonventionens samtliga bestämmelser, inte minst barnets bästa, bör det därmed kunna påstås att stater i vissa situationer kan ha en skyldighet att bevilja familjeåterförening även med andra familjemedlemmar än barnets föräldrar. Visst stöd för denna syn finns i artikel 22 som uppställer ett särskilt skydd för barn som söker flyktingstatus eller anses som flykting. I bestämmelsen åläggs konventionsstater ett ansvar att hjälpa till att ”spåra föräldrarna *eller andra familjemedlemmar* till ett flyktingbarn i syfte att erhålla den information som är nödvändig *för att barnet skall kunna återförenas med sin familj* [min kursivering]”. I bestämmelsen talas således om återförening med familj inte endast föräldrar.

10.3 Familje(åter)förening enligt Europakonventionen

Europadomstolen har slagit fast att skyldigheten att respektera familjeliv enligt artikel 8 i vissa situationer kan innebära en skyldighet för en stat att tillåta

angrepp. Artikel 17 i FN:s internationella konvention om medborgerliga och politiska rättigheter lyder ”1. Ingen får utsättas för godtyckligt eller olagligt ingripande med avseende på privatliv, familj, hem eller korrespondens och inte heller för olagliga angrepp på sin heder eller sitt anseende. 2. Var och en har rätt till lagens skydd mot sådana ingripanden och angrepp.”

¹⁵³⁵ Fakultativt protokoll till ICCPR (om enskild klagorätt), antaget den 16 december 1966.

¹⁵³⁶ Se exempelvis UD INFO-skrift, Sveriges rättsliga åtaganden på MR-området i internationellt perspektiv Kortfattad översikt, 1999. MR-kommittén har tagit fram riktlinjer för hur stater kan och bör agera i situationer där MR-kommittén konstaterat en kränkning, Guidelines on measures of reparation under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/158, 30 november 2016.

¹⁵³⁷ Se FN:s kommitté för mänskliga rättigheters allmänna kommentar nr. 19 om artikel 23, se särskilt punkt 5.

familjeåterförening på sitt territorium.¹⁵³⁸ Det är i så fall den person som befinner sig i en konventionsstat som kan åberopa rättigheten eftersom det är denne som befinner sig under en konventionsstats jurisdiktion.¹⁵³⁹

Europadomstolens utgångspunkt är ”enligt väletablerad internationell rätt” att stater har rätt att kontrollera inresa och vistelse på dess territorium för icke-medborgare.¹⁵⁴⁰ Domstolen har tydligt uttalat att artikel 8 inte medför någon generell skyldighet för stater att respektera migranternas val av land för bosättning.¹⁵⁴¹ Europadomstolen har formulerat skyldigheten att (under vissa förutsättningar) tillåta familjeåterförening som en positiv skyldighet för staten, vilket enligt Thomas Spijkerboer är en markering av att möjligheten till familjeåterförening ska ses mer som undantag än regel.¹⁵⁴²

För att avgöra när en skyldighet att tillåta familjeåterförening föreligger måste enligt Europadomstolen omständigheterna i det enskilda ärendet beaktas.¹⁵⁴³ Genom att undersöka de olika intressen som aktualiseras i ett ärende avgör domstolen om inskränkningen är nödvändig i ett demokratiskt samhälle och således om det kan anses proportionerligt att vägra familjeåterförening.¹⁵⁴⁴

¹⁵³⁸ Se t.ex. *Scozzari och Giunta mot Italien* (dom den 13 juli 2000, appl. nos. 39221/98 och 41963/98), punkt 169: ”where the existence of a family tie has been established, the State must in principle act in a manner calculated to enable that tie to be developed and take measures that will enable parent and child to be reunited”.

¹⁵³⁹ Jfr artikel 1 Europakonventionen.

¹⁵⁴⁰ Se t.ex. *Ahmut mot Nederländerna* (dom den 28 november 1996, appl. no. 21702/93), punkt 67 och *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94), punkt 38.

¹⁵⁴¹ *Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Förenade kungariket*, (dom den 28 maj 1985, appl. no. 9214/80, 9473/81 och 9474/81) samt *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94), punkt 38. Se även Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan, Norstedts Juridik, Visby, 2015, s. 425.

¹⁵⁴² Spijkerboer, Thomas, *Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children’s Family Reunion*, *European Journal of Migration and Law*, vol. 11 nr. 3, 2009, s. 283 f. Thomas Spijkerboer menar att det i Europadomstolens praxis är tydligt att positiva skyldigheter anses som mer exceptionella än negativa skyldigheter. Spijkerboer menar dock att skillnaden mellan en negativ och en positiv skyldighet ofta är en fråga om vilket perspektiv som anläggs. Han ställer i sammanhanget frågan om fall om familjeåterförening bör formuleras som rörande eventuellt beviljande av uppehållstillstånd (positiv skyldighet) eller om det snarast är så att stater har en skyldighet att avstå från att tillämpa en restriktiv policy som hindrar den i en konventionsstat bosatta anhörige från att tillgodogöra sig sin rätt att utöva familjeliv (negativ skyldighet), se *ibid.*, s. 290.

¹⁵⁴³ Se exempelvis *Ahmut mot Nederländerna* (dom den 28 november 1996, appl. no. 21702/93), punkt 68.

¹⁵⁴⁴ *Ahmut mot Nederländerna* (dom den 28 november 1996, appl. no. 21702/93), punkt 67 och *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94), punkt 38.

10.3.1 Praxis i familjeåterföreringsärenden som rör barn

Första gången Europadomstolen prövade om det fanns en skyldighet att bevilja ett barn återförering med dess föräldrar bosatta i en konventionsstat var i målet *Gül mot Schweiz*¹⁵⁴⁵. Bakgrunden till målet var att pappan i familjen hade lämnat Turkiet för att söka asyl i Schweiz. Några år senare skadades mamman i familjen allvarligt i en olycka och anslöt sig därefter till pappan i syfte att få vård i Schweiz. Väl på plats i Schweiz föddes en dotter som direkt omhändertogs av myndigheterna eftersom kvinnan, som led av epilepsi, inte ansågs kunna ta hand om sin dotter. Pappan i familjen fick efter flera års väntan avslag på sin asylansökan. De tre familjemedlemmarna kom sedermera ändå att beviljas uppehållstillstånd, baserat på humanitära skäl: att mannen hade vistats i landet en längre tid (sju år) samt då kvinnan var allvarligt sjuk. Efter att schweiziska myndigheter avslagit ansökan från parets två söner – fortsatt bosatta i Turkiet – om att få återförernas med familjemedlemmarna i Schweiz hamnade frågan hos Europakommissionen¹⁵⁴⁶. Kommissionen avvistade klagomålet vad gällde den äldre sonen (som var över 18 år) men beslutade att den yngre sonens ansökan skulle prövas. Europakommissionen fann (med fjorton röster mot tio) att en kränkning hade skett varefter ärendet lämnades vidare till Europadomstolen. Domstolen konstaterade att frågan den hade att ta ställning till var om – och i vilken utsträckning – det som klaganden påstod stämde: att ett uppehållstillstånd för sonen i Schweiz var det enda sättet för familjen att utöva familjeliv.¹⁵⁴⁷ Här poängterade domstolen att makarnas rätt att uppehålla sig i Schweiz inte var absolut utan skulle kunna återkallas, att kvinnans hälsotillstånd förbättrats samt att makarna tillsammans kunnat besöka sonen i Turkiet.¹⁵⁴⁸ Även om domstolen menade att den förstod att det kunde vara svårt för makarna att återvända till Turkiet efter så många år som bosatta i Schweiz skulle det inte vara omöjligt. Ytterligare något som talade för möjligheten att återvända var att sonen alltid varit bosatt i Turkiet och således var van vid den kulturella och språkliga miljön i sitt hemland.¹⁵⁴⁹ De schweiziska myndigheternas nekande av familjeåterförering var därför inte en otillåten inskränkning av artikel 8.¹⁵⁵⁰

Ett delvis liknande ärende prövades av domstolen senare samma år: *Ahmut mot Nederländerna*¹⁵⁵¹. I målet hade barnets pappa lämnat hemlandet Marocko för att bosätta sig i Nederländerna. När barnets mor, som tagit hand om barnet i Marocko, dog ville pappan att sonen skulle tillåtas att bosätta sig tillsammans

¹⁵⁴⁵ *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94).

¹⁵⁴⁶ Som nämndes i kapitel 4.4 fungerade Europakommissionen som en slags första instans till Europadomstolen fram till den 1 november 1998.

¹⁵⁴⁷ *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94), punkt 39.

¹⁵⁴⁸ Ibid, punkt 41.

¹⁵⁴⁹ Ibid, punkt 42.

¹⁵⁵⁰ Ibid, punkt 43.

¹⁵⁵¹ *Ahmut mot Nederländerna* (dom den 28 november 1996, appl. no. 21702/93).

med honom i Nederländerna. Europakommissionen som först prövade målet fann (med nio röster mot fyra) att en kränkning av artikel 8 hade skett då sonen nekats uppehållstillstånd. När ärendet senare prövades av Europadomstolen fann den dock att pappan antingen kunde flytta tillbaka till Marocko eller upprätthålla en liknande relation med sonen som den han själv valt då han några år tidigare lämnat hemlandet och bosatt sig i Nederländerna.¹⁵⁵² Domstolen påpekade i sina domskäl att pappan och sonen hälsat på varandra ett flertal gånger samt att pappan – genom att få sonen antagen på internatskola – hade sett till att sonen sågs efter i hemlandet.¹⁵⁵³ Att pappan skulle föredra att leva tillsammans med sin son i Nederländerna ansågs inte tillräckligt för att staten skulle anses ha brutit mot artikel 8 då sonen nekades tillstånd.¹⁵⁵⁴

Varken *Gül mot Schweiz* eller *Ahmut mot Nederländerna* avgjordes av en enhällig domstol. *Gül mot Schweiz* avgjordes av sju röster mot två. Den skiljaktige nederländske domaren Sibrand Karel (Siep) Martens, i vars mening den italienske domaren Carlo Russo instämde, menade att majoriteten inte tillräckligt noggrant identifierat och vägt de olika omständigheter och intressen som aktualiserats i fallet och att majoritetens proportionalitetsavvägning som en konsekvens därav blivit felaktig.¹⁵⁵⁵ Martens och Russo påpekade bl.a. att majoriteten helt missat att ta hänsyn till hur beslutet skulle påverka parets dotter som ju var bosatt i Schweiz.¹⁵⁵⁶

Protesterna var fler i *Ahmut mot Nederländerna*, målet avgjordes av fem röster mot fyra. Inte mindre än tre skiljaktiga meningar yttrades. Den grekiska domaren Nicolas Valticos menade att bandet mellan far och son borde ha varit avgörande dels då han ansåg att få mänskliga rättigheter var så viktiga som rätten för en far och son att leva tillsammans, dels då han menade att majoriteten lagt för stor vikt vid att de inte stadigvarande bott tillsammans. Domare Valticos menade att det var tydligt att pappan alltid hade visat intresse för sonen och hjälpt honom på olika vis, bl.a. ekonomiskt. Ytterligare en faktor var viktig för domare Valticos, nämligen att pappan var nederländsk medborgare. Valticos menade att medborgare borde ha rätten att få ha sina barn hos sig – även om barnet var av annan nationalitet. Domaren gick faktiskt till och med så långt att han kopplade ihop frågan om varför just denna far inte fick leva med sin son med misstankar om diskriminering hänförlig till att faderns namn var Ahmut.¹⁵⁵⁷ Just pappans nederländska medborgarskap lyftes även av

¹⁵⁵² Ibid, punkt 70.

¹⁵⁵³ Ibid, punkterna 70 och 72.

¹⁵⁵⁴ Ibid, punkt 71 och 73.

¹⁵⁵⁵ *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94), skiljaktig mening av domare Martens med medhåll av domare Russo, punkterna 10-15.

¹⁵⁵⁶ Ibid, skiljaktig mening av domare Martens med medhåll av domare Russo, punkt 15.

¹⁵⁵⁷ *Ahmut mot Nederländerna* (dom den 28 november 1996, appl. no. 21702/93), skiljaktig mening av domare Valticos.

en annan skiljaktig domare, den spanske domaren José Maria Morenilla, som också påpekade att sonen var så ung (nio år).¹⁵⁵⁸

Domare Martens var skiljaktig även i *Ahmut mot Nederländerna*. Martens som, i likhet med Valticos, varit med och dömt i båda fallen hänvisade till de generella argumenten i sin tidigare skiljaktiga mening och uttryckte åter igen att han ansåg att proportionalitetsbedömningen slagit fel ut. Vidare uttryckte Martens, som fick stöd av den estniska domaren Uno Lõhmus, en rädsla för att *Ahmut mot Nederländerna* visade på en ökande tendens hos Europadomstolen att släppa på kontrollen och minska fördömandet av hårda beslut på migrationsområdet.¹⁵⁵⁹

Intressant att notera är att Europadomstolen inte behandlar barnkonventionen och principen om barnets bästa i varken *Gül mot Schweiz* eller *Ahmut mot Nederländerna*.

År 2001, fem år efter att *Gül mot Schweiz* och *Ahmut mot Nederländerna* avgjorts, kom domstolen i målet *Sen mot Nederländerna*¹⁵⁶⁰ för första gången till slutsatsen att en konventionsstats ovilja att bevilja familjeåterförening utgjorde en kränkning av artikel 8. Domstolen såg paralleller mellan *Sen mot Nederländerna* och de tidigare avgjorda ärendena men menade att det i målet *Sen* fanns betydande hinder mot att familjen skulle uppmanas att utöva sitt familjeliv i hemlandet.¹⁵⁶¹ Visserligen hade familjen *Sens* äldsta barn likt familjen *Güls* äldsta barn lämnats kvar i Turkiet med släktingar och var således van vid den kulturella och språkliga miljön i sitt hemland.¹⁵⁶² Även i familjen *Sen* fanns ytterligare barn som fötts i vistelselandet, till skillnad mot i *Gül* var barnen dock bosatta tillsammans med föräldrarna. Europadomstolen betonade i målet *Sen* att åldern på de inblandade barnen, deras situation i hemlandet samt hur beroende de var av sina föräldrar var faktorer som särskilt skulle beaktas vid en proportionalitetsbedömning.¹⁵⁶³ Domstolen ansåg att de två sistfödda barnen i fallet *Sen* hade väldigt få band med Turkiet utöver sin nationalitet. Barnen hade varit bosatta i Nederländerna sedan födseln, var vana vid den kulturella miljön i landet och gick i skolan där. Mot denna bakgrund ansåg domstolen att det var mer lämpligt att dottern i Turkiet tilläts ansluta sig till resten av familjen i Nederländerna. Domstolen uttalade sig särskilt om det faktum att mamman valt att lämna dottern bakom sig då hon flyttade till Ne-

¹⁵⁵⁸ Ibid, skiljaktig mening av domare Morenilla.

¹⁵⁵⁹ Ibid, skiljaktig mening av domare Martens med medhåll av domare Lohmus.

¹⁵⁶⁰ *Sen mot Nederländerna* (dom den 21 december 2001, appl. no. 31465/96).

¹⁵⁶¹ Se t.ex. punkt 38 i *Ahmut mot Nederländerna* (dom den 28 november 1996, appl. no. 21702/93).

¹⁵⁶² Jfr punkt 42 i *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94).

¹⁵⁶³ *Sen mot Nederländerna* (dom den 21 december 2001, appl. no. 31465/96), punkt 37.

derländerna men menade att det inte kunde anses vara ett oåterkalleligt beslut.¹⁵⁶⁴ Tanken hade inte varit att permanent lämna dottern i Turkiet och ge upp tanken på att återförening sin familj. Inte heller den omständighet att föräldrarna inte hade bidragit ekonomiskt till dotterns uppfostran kunde användas som argument för att familjeåterförening skulle nekas.¹⁵⁶⁵

Även om domstolen i fallet *Sen mot Nederländerna* till skillnad mot i *Gül mot Schweiz* och *Ahmut mot Nederländerna* var enhällig i domslutet att en kränkning hade skett fanns invändningar angående domskälen. Den turkiska domaren Riza Türmen delade inte majoritetens syn och bifogade ett eget kompletterande yttrande. Domare Türmen menade att majoriteten endast funnit en kränkning pga. hur ett beslut att ej tillåta familjeåterförening i Nederländerna skulle påverka de barn som redan var bosatta i landet. Hade föräldrarna endast haft barn bosatta i Turkiet skulle majoriteten således, enligt domare Türmen, kommit till samma slutsats som tidigare, dvs. att familjelivet borde utövas i Turkiet. Türmen anslöt sig istället till vad domare Martens uttryckt i sina skiljaktiga meningar i *Gül* och *Ahmut* och menade att större vikt borde lagts vid att fallet rörde föräldrar som redan i hemlandet etablerat en familj för att sedermera lagligen bosätta sig i en konventionsstat. Domare Türmen ansåg att det var orimligt, om inte omänskligt, att kräva att sådana lagligen (väl)etablerade migranter skulle tvingas välja mellan sitt nya hemland och sitt barn i det gamla hemlandet. Türmen menade även att beslutet som fattats av myndigheterna i Nederländerna reflekterade en restriktiv anda som var oförenlig med Europakonventionens syfte samt med tanken bakom mänskliga rättigheter.¹⁵⁶⁶

Ytterligare ett familjeåterföreningsmål som prövats av domstolen är *Tuquabo-Tekle mot Nederländerna*¹⁵⁶⁷. Målet rörde en flicka i Eritrea vars ena förälder var död och den andra föräldern var bosatt i Nederländerna tillsammans med sin nya partner och ytterligare tre barn. Domstolen kom fram till att nederländska myndigheter hade en positiv skyldighet att låta flickan återförenas med sina familjemedlemmar i Nederländerna. Liksom i *Sen* byggde denna utgång på att domstolen fann att det inte ansågs som en bra lösning att kräva att de i konventionsstaten bosatta barnen rycktes upp från sina liv för att bosätta sig tillsammans med sitt syskon i föräldrarnas hemland.¹⁵⁶⁸ En skillnad mellan *Sen* och *Tuquabo-Tekle* var dock barnens ålder. I målet *Sen* var flickan nio år gammal, i *Tuquabo-Tekle* 15 år. Europadomstolen resonerade kring detta i *Tuquabo-Tekle* och menade att ett barns ålder är en viktig faktor att beakta

¹⁵⁶⁴ Ibid, punkt 33 och punkt 40.

¹⁵⁶⁵ Ibid, punkt 40.

¹⁵⁶⁶ Ibid, skiljaktig mening av domare Türmen.

¹⁵⁶⁷ *Tuquabo-Tekle m.fl. mot Nederländerna* (dom den 1 december 2005, appl. no. 60665/00).

¹⁵⁶⁸ Ibid, jfr med *Sen mot Nederländerna* (dom den 21 december 2001, appl. no. 31465/96). Se även Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 333 f.

men att även ett barns utsatta ställning i hemlandet ska bedömas.¹⁵⁶⁹ Att flickan i Tuquabo-Tekle hade uppnått en ålder där hon kunde giftas bort och då den släkting som tog hand om flickan hade tagit henne ur skolan ansågs vara faktorer som talade för att hon skulle beviljas familjeåterförening.

Barns ålder har i flera fall haft stor betydelse för hur Europadomstolen bedömt frågan om en stats positiva skyldighet att tillåta familjeåterförening. Flera fall har avvisats då barnen ansetts vara så pass gamla att behovet av föräldrarna inte kunnat anses tillräckligt stort.¹⁵⁷⁰ Målet *Berisha mot Schweiz*¹⁵⁷¹ togs förvisso upp till prövning men föll delvis av anledningar kopplade till ålder. Målet rörde tre barn från Kosovo som ansökt om familjeåterförening med sina föräldrar, bosatta i Schweiz. Med fyra röster mot sju fann Europadomstolen att schweiziska myndigheter inte brutit mot artikel 8 då de nekat barnen rätt att vistas tillsammans med sina föräldrar i Schweiz. Motiveringen var främst att de äldsta barnen var 17 respektive 19 år gamla, att barnen hade starka band till hemlandet samt att det inte var omöjligt för föräldrarna att bosätta sig i hemlandet och utöva familjeliv där.¹⁵⁷² Målet skiljer sig från de andra fallen på så vis att barnen hade rest in i Schweiz utan tillstånd i väntan på att målet skulle avgöras. Domstolen noterade att barnen numera var välintegrerade i

¹⁵⁶⁹ Se *Tuquabo-Tekle m.fl. mot Nederländerna* (dom den 1 december 2005, appl. no. 60665/00). Se även Axetorn, Elisabeth, *Familjeåterförening för barn: en utredning av svensk rätts förenlighet med internationell rätt*, Examensarbete Stockholms universitet, 2016, s. 30.

¹⁵⁷⁰ I *Tuquabo-Tekle* resonerar Europadomstolen kring att den sedan fallet *Sen mot Nederländerna* (dom den 21 december 2001, appl. no. 31465/96) avvisat flera familjeåterföreningsmål där liknande omständigheter varit för handen, Se t.ex. *Latifa Benamar m.fl. mot Nederländerna* (beslut den 5 april 2005, appl. no. 43786/04); *I.M. mot Nederländerna* (beslut den 25 mars 2003, appl. no. 41266/98) och *Chandra m.fl. mot Nederländerna* (beslut den 13 maj 2003, appl. no. 53102/99). Domstolen ger som förklaring att barnen i dessa mål ansetts vara så pass gamla att behovet av föräldrarna inte kunde anses tillräckligt stort samt att domstolen i dessa mål även bedömt om barnen vuxit upp i den kulturella och språkliga miljön i sitt ursprungsland, om de hade andra släktingar i hemlandet samt om det kunde förväntas av föräldrarna att återvände för att bosätta sig tillsammans med barnet, se *Tuquabo-Tekle m.fl. mot Nederländerna* (dom den 1 december 2005, appl. no. 60665/00), punkt 49. Då flickan i Tuquabo-Tekle var 15 år gammal har Europadomstolens hållning i frågan kritiserats och domstolens praxis har kritiserats för att vara oförutsebar, se t.ex. Boeles, Pieter och Bruins, Marianne, *Case Reports of the European Court of Human Rights, European Journal of Migration and Law*, vol. 8, nr. 3/4 2006, s. 373 och Wiesbrock, Anja, *The right to family reunification of third-country nationals under EU law – is the directive 2003/86/EC in compliance with the ECHR?*, *Human Rights and International Legal Discourse*, vol. 2, nr. 2 2011, s. 144. Elisabeth Axetorn menar att det av *Sen mot Nederländerna* (dom den 21 december 2001, appl. no. 31465/96) och *Tuquabo-Tekle m.fl. mot Nederländerna* (dom den 1 december 2005, appl. no. 60665/00) förmodligen går att dra slutsatsen att ett barns ålder är en faktor som kan ha betydelse för hur starkt beroendeförhållandet till en förälder är men att ett barns utsatta ställning i hemlandet också kan påverka frågan om familjeåterförening ska beviljas, se Axetorn, Elisabeth, *Familjeåterförening för barn: en utredning av svensk rätts förenlighet med internationell rätt*, Examensarbete Stockholms universitet, 2016, s. 30.

¹⁵⁷¹ *Berisha mot Schweiz* (dom den 30 juli 2013, no. 948/12).

¹⁵⁷² *Ibid*, punkt 60.

Schweiz men att den tid de vistats i landet – strax under fyra år vid Europadomstolens dom – inte var lång nog för att de skulle anses helt ha förlorat banden till hemlandet.

10.3.2 Betydelsen av barnets bästa

Europadomstolen har i flera familjeåterförningsmål diskuterat principen om barnets bästa. I *Berisha mot Schweiz* markerade Europadomstolen att barnkonventionen är en del av den internationella rätt som domstolen har att beakta vid familjeåterförningsärenden. I domen nämns de delar av barnkonventionens preambel som uttrycker att barn behöver en trygg familjemiljö för att kunna utvecklas,¹⁵⁷³ samt även artiklarna om statens skyldighet att respektera barns rätt att behålla sin identitet samt skyldigheten att verka för familjesammanhållning och familjeåterförning (artiklarna 8, 9 och 10 i barnkonventionen). Härutöver slår domstolen fast att principen om barnets bästa måste vara ett primärt hänsynstagande i familjeåterförningsmål.¹⁵⁷⁴ I *I.A.A. m.fl. mot Förenade kungariket*¹⁵⁷⁵, ett mål som avvisades,¹⁵⁷⁶ uttalade domstolen att även om barnets bästa ska vara ett avgörande¹⁵⁷⁷ hänsyn så kan det inte vara ett trumfkort som kräver att konventionsstater måste bereda alla barn som skulle ha det bättre i staten än i hemlandet tillträde till dess territorium.¹⁵⁷⁸

I målet *El Ghatet mot Schweiz*¹⁵⁷⁹ upprepade Europadomstolen sitt uttalande om att barnets bästa inte får bli ett trumfkort. Situationen i *El Ghatet* skiljde sig till viss del från domstolens tidigare prövade ärenden. I likhet med några av de tidigare fallen hade pappan ytterligare ett barn som var bosatt i en konventionsstat, här Schweiz. I enlighet med sin tidigare praxis konstaterade domstolen att det vore oskäligt att pappan skulle tvingas återvända till hemlandet eftersom att han då inte skulle kunna utöva familjeliv med sin i Schweiz bosatta dotter.¹⁵⁸⁰ Frågan i *El Ghatet* var dock om det alls var sonens bästa att återförenas med pappan. I tidigare fall domstolen prövat hade barnen ansökt

¹⁵⁷³ Stycke 5 och 6 i barnkonventionens preambel.

¹⁵⁷⁴ *Berisha mot Schweiz* (dom den 30 juli 2013, no. 948/12), punkt 51.

¹⁵⁷⁵ *I.A.A. m.fl. mot Förenade kungariket* (beslut den 8 mars 2016, appl. no. 25960/13).

¹⁵⁷⁶ Avvisningen skedde främst då domstolen 1) inte ansåg att kvinnan visat att hon hade som intention att återförenas med barnen (punkt 43), 2) ansåg att barnen inte längre var unga barn (de var 21, 20, 19, 14 och 13 år gamla, punkt 46) samt 3) då barnen inte hade bott tillsammans med sin mamma på elva år (punkt 47).

¹⁵⁷⁷ Domstolen använder här paramount, inte primary, se *I.A.A. m.fl. mot Förenade kungariket* (beslut den 8 mars 2016, appl. no. 25960/13), punkt 46.

¹⁵⁷⁸ *Ibid*, punkt 46.

¹⁵⁷⁹ *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10).

¹⁵⁸⁰ *Ibid*, punkt 49.

om att återförenas med båda sina föräldrar,¹⁵⁸¹ alternativt med den enda förälder som fortfarande var i livet.¹⁵⁸² I dessa fall hade det snarast presumerats att det vore bäst för barnen att återförenas med sina föräldrar. I *El Ghatet* hade pojken varit bosatt med sin mor i Egypten när ansökan om familjeåterförening lämnades in.¹⁵⁸³ Domstolen resonerade som så att schweiziska myndigheter inte automatiskt kunde dra slutsatsen att ett beviljande av återförening med fadern var barnets bästa.¹⁵⁸⁴ En enig¹⁵⁸⁵ Europadomstol fann en kränkning i målet då den ansåg att de schweiziska myndigheterna misslyckats med sitt ansvar att sätta barnets bästa i centrum och framhålla barnets intressen tillräckligt mycket i sin intresseavvägning och i sin motivering av beslutet. Europadomstolen menade att den på grund av bristerna inte kunde uttala sig om ifall schweiziska myndigheter korrekt ansett att statens intresse av en reglerad invandring vägde tyngre än pappans och sonens intresse av respekt för sitt familjeliv. Därmed hade de schweiziska myndigheterna inte uppfyllt sina åtaganden enligt Europakonventionen och andra internationella traktat, främst barnkonventionen.¹⁵⁸⁶

Europadomstolen menar att om den inte kan se vilka intressen som lagts till grund för intresseavvägningen så kan den inte heller avgöra om staten lagt för stor, eller för liten, vikt vid något av intressena. Därmed kan domstolen inte pröva om statens åtgärd är proportionerlig. Utan en ordentlig utredning och bedömning av barnets bästa och utan ett tydligt motiverat beslut grundat i barnets bästa är det inte möjligt att avgöra om en åtgärd är tillåten enligt Europakonventionen. Konsekvensen blir då att konventionsstaterna genom att inte

¹⁵⁸¹ *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94), *Ahmut mot Nederländerna* (dom den 28 november 1996, appl. no. 21702/93) och *Sen mot Nederländerna* (dom den 21 december 2001, appl. no. 31465/96).

¹⁵⁸² *Tuquabo-Tekle m.fl. mot Nederländerna* (dom den 1 december 2005, appl. no. 60665/00).

¹⁵⁸³ Modern hade sedermera lämnat Egypten för Kuwait och pojken togs om hand av sin farmor, *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10), punkt 51.

¹⁵⁸⁴ *Ibid*, punkt 50.

¹⁵⁸⁵ Den cypriotiske domaren Georgios A. Serghides utvecklade dock sina skäl i ett kompletterande yttrande, se *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10), Se concurring opinion of Judge Serghides.

¹⁵⁸⁶ *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10), punkterna 52-53.

göra en ordentlig utredning anses ha kränkt artikel 8.¹⁵⁸⁷ Även om själva följden av beslutet hade kunnat vara acceptabel – om den varit ordentligt och transparent motiverad.¹⁵⁸⁸

10.3.3 De särskilda omständigheterna är avgörande

Europadomstolens praxis visar tydligt att det inte finns någon absolut skyldighet för konventionsstater att låta barn återförenas med sina föräldrar på konventionsstatens territorium.¹⁵⁸⁹ Domstolens praxis innehåller relativt få fall där konventionsstater funnits skyldiga att tillåta familjeåterförening, vilket beror på att den proportionalitetsbedömning som genomförs oftast utfaller till statens fördel.¹⁵⁹⁰

Vid proportionalitetsbedömningen i familjeåterföreningsmål gör domstolen en bedömning utifrån omständigheterna i det särskilda ärendet. Domstolen beaktar vid denna proportionalitetsbedömning i grunden samma kriterier som i de mål som redogjorts för i avsnitt avsnitt 9.3.1 där en familjeseparation riskerar att ske pga. utvisning. Det betyder att domstolen bedömer hur starka banden till hemlandet respektive konventionsstaten är, om det finns hinder för att familjelivet ska kunna utövas i hemlandet/annat land samt om familjelivet effektivt skadas om familjeåterförening inte beviljas. En annan viktig faktor är om familjelivet inleddes vid en tid då de involverade personerna var medvetna om att deras migrationsrättsliga status var sådan att det inte gick att räkna med att de skulle kunna leva tillsammans i en konventionsstat. Domstolen gör skillnad på familjeåterföreningsärenden där personer ansöker om att få beviljas tillträde till en konventionsstat för att där utveckla sitt nyetablerade familjeliv och familjeåterföreningsärenden där personer redan etablerat ett familjeliv före det att en del av familjen bosatte sig i en konventionsstat.¹⁵⁹¹ Domstolen har dessutom återkommande betonat att i familjeåterföreningsärenden ska särskild vikt läggas vid berörda barns bästa, däribland deras ålder,

¹⁵⁸⁷ Denna slutsats är inte heller specifik för *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10), se Brems, Eva, Procedural protection – An examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights, i Brems, Eva & Gerards, Janneke (red.), *Shaping Rights in the ECHR: the role of the European Court of Human Rights in determining the scope of human rights*, Cambridge University Press, Cambridge, [*Elektronisk resurs*], 2014, s. 152. Se även Lundqvist, Joakim, Det dolda rättighetskyddet – Inneboende processuella rättigheter och skyldigheter i artikel 8 i Europakonventionen, *Europarättslig tidskrift*, nr 4 2018, s. 783 f.

¹⁵⁸⁸ Jfr *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10), punkterna 52-53.

¹⁵⁸⁹ För en intressant analys av skyldigheten att bevilja barn återförening se Axetorn, Elisabeth, *Familjeåterförening för barn: en utredning av svensk rätts förenlighet med internationell rätt*, Examensarbete Stockholms universitet, 2016.

¹⁵⁹⁰ Se angående detta även Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 333 f.

¹⁵⁹¹ Se exempelvis *Priya mot Danmark* (beslut den 6 juli 2006, appl. no. 13594/03), s. 8.

deras (potentiella) situation i hemlandet samt i vilken utsträckning barnen är beroende av sina föräldrar.¹⁵⁹² Även statens intresse att kontrollera inresan av utländska medborgare måste dock särskilt beaktas.¹⁵⁹³ Ugångpunkten är trots allt, som nämndes ovan att stater har en rätt att kontrollera inresa och vistelse på dess territorium för icke-medborgare.¹⁵⁹⁴

Enligt Thomas Spijkerboer verkar framförallt tre frågor vara centrala för Europadomstolens proportionalitetsbedömning:¹⁵⁹⁵

1. Hur och varför separerades familjemedlemmarna från början?
2. Varför vill familjen nu återförenas?
3. Varför vill de återförenas i en konventionsstat istället för i hemlandet?

När det gäller den första frågan tittar Europadomstolen bl.a. på om en förälder var tvungen att lämna hemlandet eller om det var frivilligt, om föräldrarna nämnt barnen inför konventionsstatens migrationsmyndigheter samt när ansökan om återförening inkommit – dvs. om kort eller lång tid gått förflutit sedan föräldern själv bosatte sig i landet. Det är tydligt i domstolens praxis att omständigheterna noggrant ska undersökas, och en helhetsbedömning görs angående föräldrarnas intention att återförenas med sina barn.¹⁵⁹⁶ Domstolen har betonat att det faktum att en förälder bosatt sig utanför hemlandet inte automatiskt kan anses innebära att de beslutat att oåterkalleligen lämna barnen.¹⁵⁹⁷

I *Berisha mot Schweiz* ansågs t.ex. inte det faktum att en förälder låtit bli att överklaga ett första avslag om återförening med barnet innebära att avsikt att återförenas saknades. I målet hade samma förälder ansökt om återförening med barnet bara tre månader efter det att hen själv beviljats uppehållstillstånd.¹⁵⁹⁸ Inte heller enbart det faktum att det gått viss tid innan en ansökan om återförening kommit in har ansetts gå att uppfatta som att föräldern saknat vilja att återförenas. I *El Ghatet* gick det fyra år från att pappan bosatte sig i Schweiz innan ansökan om återförening med sonen gavs in. I målet hade sonen dock efter tre år kommit och hälsat på pappan på ett turistvisum. Trots att pappan skickat hem sonen under en senare vistelse i landet ansåg domstolen

¹⁵⁹² *Tuquabo-Tekle m.fl. mot Nederländerna* (dom den 1 december 2005, appl. no. 60665/00), punkt 44 och *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10), punkt 46.

¹⁵⁹³ Dvs. Utöver Boultif/Üner-kriterierna måste även denna aspekt beaktas, se Thym, Daniel, Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?, *International and Comparative Law Quarterly* vol. 57, nr. 01 2008, s. 96.

¹⁵⁹⁴ Se t.ex. *Ahmut mot Nederländerna* (dom den 28 november 1996, appl. no. 21702/93), punkt 67 och *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94), punkt 38.

¹⁵⁹⁵ Spijkerboer, Thomas, Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion, *European Journal of Migration and Law*, vol. 11 nr. 3, 2009, s. 276 ff.

¹⁵⁹⁶ *I.A.A. m.fl. mot Förenade kungariket* (beslut den 8 mars 2016, appl. no. 25960/13), punkt 43.

¹⁵⁹⁷ *Sen mot Nederländerna* (dom den 21 december 2001, appl. no. 31465/96), punkt 40.

¹⁵⁹⁸ *Berisha mot Schweiz* (dom den 30 juli 2013, no. 948/12), punkt 54.

att de olika omständigheterna inte gav ett klart svar på frågan om pappans intentioner.¹⁵⁹⁹

När det gäller den andra och den tredje frågan fokuserar domstolen på möjligheterna för familjen att återförenas i hemlandet eller i något annat land (*the elsewhere test*). Huvudregeln i domstolens praxis är att ingen kränkning av artikel 8 sker i familjeåterföringsmål om familjelivet kan utövas i en annan stat än konventionsstaten.¹⁶⁰⁰ I *Tanda-Muzinga mot Frankrike*¹⁶⁰¹ uttalade domstolen att den enda möjligheten för familjen till en flykting, som beviljats skydd i Frankrike, att leva tillsammans var att frun och barnen, som själva var på flykt i ett tredje land, även de beviljades inresa och vistelse i landet.¹⁶⁰² Domstolen hänvisade i målet även till artikel 10 i barnkonventionen och påminde om att stater ska behandla ansökningar om familjeåterföring på ett positivt, humant och snabbt sätt.¹⁶⁰³ Philip Czech menar att i ärenden som rör flyktingar och andra skyddsbehövande bör det generellt kunna förutsättas att det föreligger oöverstigligen hinder för att bosätta sig i ursprungsstaten.¹⁶⁰⁴ Så länge behovet av skydd gentemot hemstaten fortsatt föreligger och förutsatt att det inte finns en tredje stat där familjen skulle kunna bosätta sig, vanligen någon av övriga familjemedlemmars hemstat, så bör enligt Czech en proportionalitetsbedömning utfalla på så vis att familjen bör anses ha en rätt att återförenas i konventionsstaten. Czech menar att detta särskilt gäller i situationer som rör barn och där familjeliv existerade redan före flykten från ursprungslandet.

I fall där familjen skulle kunna återförenas i ett annat land menar Europadomstolen att artikel 8 endast i undantagsfall kan anses medföra en skyldighet att bevilja familjeåterföring. För att avgöra om ett sådant undantagsfall föreligger – och att en nekad återföring därmed skulle vara oproportionerlig – undersöks faktorer som vilket land sökanden och familjen har starkast anknytning till och hur stor olägenhet det skulle innebära för familjen att återförenas i ett annat land än konventionsstaten. Generellt kan sägas att ju tydligare rotad en familj är i en konventionsstat och ju mindre stark anknytning familjen har till hemlandet desto större möjlighet är det att en nekad familjeåterföring

¹⁵⁹⁹ *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10), punkt 48.

¹⁶⁰⁰ Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 333 f.

¹⁶⁰¹ *Tanda-Muzinga mot Frankrike* (dom den 10 juli 2014, appl. no. 2260/10).

¹⁶⁰² *Ibid*, punkt 74.

¹⁶⁰³ *Ibid*, punkt 76.

¹⁶⁰⁴ Philip Czech, A right to family reunification for persons granted international protection? The Strasbourg case-law, state sovereignty and EU harmonisation, 2016, tillgänglig via <http://eumigrationlawblog.eu/a-right-to-family-reunification-for-persons-under-international-protection-the-strasbourg-case-law-state-sovereignty-and-eu-harmonisation-2/>, senast använd 12 januari 2018.

anses oproportionerlig.¹⁶⁰⁵ Av den praxis som ovan presenterats kan konstateras att en faktor som tillmätts stor vikt är om en förälder haft barn i två olika länder och det ansetts innebära en stor olägenhet för de barn som är bosatta i en konventionsstat att behöva lämna denna. Domstolen har i dessa fall gjort en slags bedömning av i vilket land det ansetts mest lämpligt att familjelivet fått fortsätta utvecklas.¹⁶⁰⁶ Klart är att det är de särskilda omständigheterna i ett ärende som är avgörande för om domstolen finner en kränkning.

10.3.4 Processuella brister och diskriminerande regleringar

I anslutning till frågan om familjeåterförening har Europadomstolen tagit ställning till hur stater reglerat och hanterat familjeåterförening.

Europadomstolen har här funnit att processuella brister i form av långa handläggningstider och allt för högt ställda krav på flyktingar att bevisa relationen till sina barn inneburit en kränkning av artikel 8.¹⁶⁰⁷ Europadomstolen har även uttalat sig om försörjningskrav. I målet *Konstatinov mot Nederländerna*¹⁶⁰⁸ uttalade domstolen att den generellt sett inte anser att det är orimligt att en konventionsstat uppställer krav på en utländsk medborgare som rotat sig i konventionsstaten och som ansöker om familjeåterförening att hen måste kunna visa upp en tillräcklig och bestående inkomst, som inte utgörs av socialt bistånd från värdstaten, för att kunna täcka de grundläggande kostnaderna för uppehälle för de familjemedlemmar hen önskar återförenas med.¹⁶⁰⁹ I domstolens resonemang nämns att krav får ställas på utlänningar som ”rotat sig”. Här kan skönjas en idé om att krav kan ställas om det är rimligt att tänka att det vore möjligt för anknytningspersonen att uppfylla dem. Ett sådant resonemang skulle ligga väl i linje med den effektivitetsprincip som beskrevs i avsnitt 4.5.5. Om de krav en stat ställer i praktiken får effekten att rätten till respekt för familjeliv helt omöjliggörs, har konventionsstaten brutit mot sin skyldighet att se till att rättigheterna i Europakonventionen blir praktiskt betydelsefulla

¹⁶⁰⁵ Se t.ex. Lambert, Hélène, The European Court of Human Rights and the right of refugees and other persons in need of protection to family reunion, *International Journal of Refugee Law* vol. 11, nr. 3 1999, s. 440 och Steve Peers, *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 333 f.

¹⁶⁰⁶ Jfr *Sen mot Nederländerna* (dom den 21 december 2001, appl. no. 31465/96), punkt 40 och *Tuquabo-Tekle m.fl. mot Nederländerna* (dom den 1 december 2005, appl. no. 60665/00), punkt 48 där domstolen pratar om att det skulle vara det mest lämpliga (adequate) sättet att upprätthålla familjeliv. Jfr dock med *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94), punkt 39 där domstolen anger att det den undersöker är om en familjeåterförening vore *det enda sättet* för familjen att upprätthålla sitt familjeliv.

¹⁶⁰⁷ *Tanda-Muzinga mot Frankrike* (dom den 10 juli 2014, appl. no. 2260/10), *Mugenzi mot Frankrike* (dom den 10 juli 2014, appl. no. 52701/09), *Senigo Longue m.fl. mot Frankrike* (dom den 10 juli 2014, appl. no. 19113/09).

¹⁶⁰⁸ *Konstatinov mot Nederländerna* (dom den 26 april 2007, appl. no. 16351/03).

¹⁶⁰⁹ *Ibid*, punkt 50.

och effektiva.¹⁶¹⁰ Även om en stat ställer upp vissa villkor måste det således alltid finnas en möjlighet att ta hänsyn till särskilda omständigheter och – som en följd – i individuella fall kunna bortse från kraven.

En sista fråga som Europadomstolen nyligen börjat se närmare på är hur förbudet mot diskriminering (artikel 14) förhåller sig till om konventionsstater uppställer olika regler för familjeåterförening för olika människor. Domstolen konstaterade i målet *Pajić mot Kroatien*¹⁶¹¹ att det inte var tillåtet att ha en lagstiftning som medgav familjeåterförening för ogifta heterosexuella par men inte för ogifta samkönade par. I sin dom konstaterade Europadomstolen att trots att stater har en relativt långtgående rätt att reglera sin migration så måste de utforma och utöva sin migrationsrätt på ett vis som är i överensstämmelse med utländska medborgares mänskliga rättigheter. En viktig markering från domstolen i målet är uttalandet om att även när en stat har utformat sin migrationsreglering på ett vis som går längre än vad som krävs enligt artikel 8 så måste regelverket vara i linje med icke-diskrimineringsförbudet i artikel 14 i Europakonventionen.¹⁶¹²

I *Novruk m.fl. mot Ryssland*¹⁶¹³ fann domstolen att en kränkning skett då ett flertal hiv-positiva personer nekats tillstånd att bosätta sig med sina familjemedlemmar. Europadomstolen yttrade att för att en skillnad i behandling ska vara tillåten enligt artikel 14 så måste den vara såväl objektiv som skälig, dvs. den måste vara kopplad till ett legitimt syfte och det måste finnas en bra balans mellan mål och medel (proportionalitet).¹⁶¹⁴ Mot bakgrund av vad som idag är känt om hiv ansåg domstolen inte att en inskränkning av rätten till boende, vistelse och uppehållstillstånd för hiv-smittade personer kunde rättfärdigas med en generell hänvisning till intresset att skydda folkhälsa.¹⁶¹⁵

I *Biao mot Danmark*¹⁶¹⁶ fällde domstolen Danmark för skillnader i rätten till familjeåterförening mellan medborgare födda i Danmark och medborgare födda utomlands. Domstolen har även konstaterat att skillnad i behandling mellan personer som invandrat baserat på vilken migrationsrättslig status

¹⁶¹⁰ Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2015, s. 55.

¹⁶¹¹ *Pajić mot Kroatien* (dom den 23 februari 2016, appl. no. 68453/13).

¹⁶¹² *Ibid*, punkt 80.

¹⁶¹³ *Novruk m.fl. mot Ryssland* (dom den 15 mars 2016, appl. no. 31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13 och 13817/14).

¹⁶¹⁴ *Se ibid*, punkt 98.

¹⁶¹⁵ *Ibid*, punkt 102. I sitt avgörande hänvisade domstolen till att denna syn delas av en rad internationellt erkända experter och organisationer däribland Världshälsoorganisationen (WHO), Internationella organisationen för migration (IOM), Internationella arbetsorganisationen (ILO) och EU-institutionerna.

¹⁶¹⁶ *Biao mot Danmark* (dom den 24 maj 2016, appl. no 38590/10).

dessa beviljats faller inom ramen för artikel 14.¹⁶¹⁷ I *Hode och Abdi mot Förenade kungariket*¹⁶¹⁸ fann Europadomstolen t.ex. att Förenade kungariket saknade objektiva och rimliga skäl att tillåta återförening för flyktingar som gift sig före sin flykt men inte för flyktingar som först efter flykten etablerat familjeliv. Till saken hörde att ingen liknande skillnad gjordes för anhöriga till studenter eller arbetstagare som hade möjlighet att återförenas med sina partners oavsett när relationen etablerats. Förenade kungariket hade motiverat skillnaden med att inskränkningen för flyktingar var gjord i syfte att landet inte skulle framstå som ett mer lockande alternativ än andra länder där flyktingar kunde söka skydd.¹⁶¹⁹ Domskälen får nog läsas som att Europadomstolen menar att det i och för sig kan vara tillåtet att ge enbart vissa grupper incitament att söka sig till landet men att domstolen uppfattade Förenade kungarikets ”förklaring” till skillnaden i behandling som en slags skenförklaring och inte som baserad på objektiva och skäligen avvägningar.¹⁶²⁰

Philip Czech menar att en slutsats som kan dras av Europadomstolens praxis i anknätningsärenden är att frågan om en stat har rätt att särbehandla olika kategorier av migranter är tätt kopplad till hur stor bedömningsmarginal staten anses ha. Skillnader som hör ihop med särskilt känsliga frågor som etniskt ursprung, hälsa, kön eller sexuell läggning innebär en snävare bedömningsmarginal. Skillnader enbart baserade på migrationsrättslig status ger staten en vidare bedömningsmarginal men förutsätter att staten kan motivera skillnaden med objektiva och skäligen grunder.¹⁶²¹

10.4 Familje(åter)förening enligt EU-rätten

Då EU:s rättighetsstadga inte ska ge sämre skydd än Europakonventionen gäller vad som nyss konstateras om Europadomstolens praxis även då EU-rätten tillämpas. Utöver att all EU-rätt måste utformas och tillämpas i linje med stadgan och således respektera rätten till familjeliv och barns rättigheter så tar vissa delar av EU-rätten mer specifikt sikte på frågan om familjeåterförening.

¹⁶¹⁷ Se exempelvis *Bah mot Förenade kungariket* (dom den 27 september 2011, appl. no. 56328/07 där domstolen yttrade att migrationsrättslig status omfattas av begreppet ”ställning i övrigt” i artikel 14, se särskilt punkt 46.

¹⁶¹⁸ *Hode och Abdi mot Förenade kungariket* (dom den 6 november 2012, appl. no. 22341/09).

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, punkt 51.

¹⁶²⁰ *Ibid.*

¹⁶²¹ För ett resonemang om detta se Philip Czech, A right to family reunification for persons granted international protection? The Strasbourg case-law, state sovereignty and EU harmonisation, 2016, tillgänglig via <http://eumigrationlawblog.eu/a-right-to-family-reunification-for-persons-under-international-protection-the-strasbourg-case-law-state-sovereignty-and-eu-harmonisation-2/>, senast använd 12 januari 2018.

EU-regleringen när det gäller familjeåterförening kan för enkelhetens skull delas upp i två kategorier:

- 1) fall där unionsmedborgare vill återförenas med familjemedlemmar (som är unionsmedborgare eller tredjelandsmedborgare) och
- 2) fall där en tredjelandsmedborgare som är bosatt i någon av EU:s medlemsstater vill återförenas med familjemedlemmar som även de är tredjelandsmedborgare.

10.4.1 Familjeåterförening för unionsmedborgare

I den första situationen gäller samma juridiska grunder som ovan, i avsnitt 9.4, redogjordes för i familjesammanhållningsfall. Den EU-rättsliga regleringen är alltså densamma för familjeåterförening som för familjesammanhållning när det gäller unionsmedborgare och bygger på reglerna om fri rörlighet och unionsmedborgarskap. Huvudregleringen är således rörlighetsdirektivet, men även bestämmelser fördragen (så som artikel 20, 21, 45 och 56 i FEUF) kan ha betydelse för möjligheten att som unionsmedborgare få återförenas med sina familjemedlemmar.¹⁶²² Det senare gäller främst i situationer som annars skulle falla inom nationell rätt, dvs. då en unionsmedborgare fortsatt är bosatt i sin hemstat.

10.4.2 Familjeåterförening för tredjelandsmedborgare med tredjelandsmedborgare

När det gäller tredjelandsmedborgares möjlighet till återförening med familjemedlemmar som även de är tredjelandsmedborgare finns ett specifikt EU-direktiv – familjeåterföreningsdirektivet¹⁶²³. Direktivet antogs av rådet i september 2003 med en bestämmelse om att medlemsstaternas nationella rätt skulle vara i linje med direktivet senast den 3 oktober 2005.¹⁶²⁴ Alla EU-stater är bundna av direktivet förutom Förenade kungariket¹⁶²⁵, Danmark och Irland.¹⁶²⁶

¹⁶²² För en utförlig genomgång av den EU-rättsliga regleringen om familjeåterförening för unionsmedborgare och deras familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare se Berneri, Chiara, *Family Reunification in the EU: The Movement and Residence Rights of Third Country National Family Members of EU Citizens [Elektronisk resurs]*, Hart Publishing Limited, 2017.

¹⁶²³ Familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹⁶²⁴ *Ibid*, artikel 20. Flera medlemsstater var dock sena med implementeringen, se exempelvis mål C-57/07 *Europeiska kommissionen mot Storhertigdömet Luxemburg*, EU:C:2007:765.

¹⁶²⁵ Även om Förenade kungariket meddelat att landet ska träda ut ur EU har så ännu inte skett vid skrivande tillfälle.

¹⁶²⁶ Se skäl 17 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG) som hänvisar till artiklarna 1 och 2 i Protokoll (nr 21) om Förenade kungarikets och Irlands ställning med avseende på området med frihet, säkerhet och rättvisa OJ C 326, 26.10.2012, s. 295–298 samt skäl och 18 som hänvisar till Protokoll (nr 22) om Danmarks ställning OJ C 326, 26.10.2012, s. 299–303.

För att omfattas av direktivet måste till att börja med såväl referenspersonen som dennes familjemedlemmar vara tredjelandsmedborgare.¹⁶²⁷ Alla tredjelandsmedborgare omfattas dock inte. Tredjelandsmedborgare som åtnjuter tillfälligt skydd eller fortfarande är asylsökande är uttryckligen exkluderade från direktivets omfattning.¹⁶²⁸ Detsamma gäller för personer som visserligen beviljats uppehållstillstånd pga. skyddsbehov men som inte erkänts som flyktingar.¹⁶²⁹ Enbart de skyddsbehövande som erkänts som flyktingar omfattas nämligen av direktivet.¹⁶³⁰ Därmed omfattas exempelvis inte personer som i Sverige beviljats uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande. Kommissionen har dock rekommenderat medlemsstaterna att anta bestämmelser som ger även andra skyddsbehövande personer liknande rättigheter som flyktingar.¹⁶³¹

För att en person ska kunna vara referensperson krävs att det uppehållstillstånd hen beviljats av en medlemsstat har en giltighetstid på minst ett år. Om uppehållstillståndet inte är permanent krävs att referenspersonen har vad som beskrivs som ”välgrundade utsikter” att få ett varaktigt uppehållstillstånd.¹⁶³²

¹⁶²⁷ Artikel 3.1 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG). Att en tredjelandsmedborgare har ett barn som är unionsmedborgare spelar ingen roll om de anhöriga som ansöker om att få återförenas med tredjelandsmedborgaren själva är tredjelandsmedborgare, då omfattas de fortfarande av direktivet, se de förenade målen C-356/11 och C-357/11, *O., S. mot Maahanmuuttovirasto och Maahanmuuttovirasto mot L*, EU:C:2012:776.

¹⁶²⁸ Artikel 3.2 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹⁶²⁹ Kretsen som omfattas av direktivet är betydligt snävare än vad som var fallet i originalförslaget från 1999. Detta förslag inkluderade även familjemedlemmar till EU-medborgare och alla tredjelandspersoner som beviljats uppehållstillstånd i mer än ett år, dvs. även t.ex. personer med annan skyddsstatus än flykting. För originalförslaget se KOM (1999) 638, 1 december 1999. För senare versioner se KOM (2000) 624, 10 oktober 2000 och KOM (2002) 225, 2 maj 2002. För en detaljerad redogörelse av förhandlingarna, se kapitel 19 i Peers, Steve och Rogers, Nicola (red.), *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary [Elektronisk Resurs]*, 1 uppl., Brill, Leiden, 2006. Kritik mot att andra skyddsbehövande inte skulle omfattas i det slutliga förslaget kom från flera icke-statliga organisationer, däribland ECRE och UNHCR. ECRE:s kommentarer gällande förslaget från år 2000 finns i ECRE, Comments from the European Council on Refugees and Exiles (Ecre) on the European Commission Proposal for a Council Directive on the Right to Family Reunification, ST 7984 2000 INIT, 20 april 2000. ECRE:s kommentarer gällande förslaget från 2002 går att läsa här www.ecre.org/statements/frusep02.shtml. Vad gäller UNHCR:s kommentarer se Peers, Steve och Rogers, Nicola (red.), *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary [Elektronisk Resurs]*, 1 uppl., Brill, Leiden, 2006, s. 592 f. En diskussion om att inkludera eller inte inkludera andra skyddsbehövande har fortsatt att föras, se t.ex. Grönbok om rätt till familjeåterförening för tredjelandsmedborgare som är bosatta i Europeiska unionen (direktiv 2003/86/EG), 15 november 2011.

¹⁶³⁰ Artikel 3.2 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹⁶³¹ Meddelande från Kommissionen till Rådet och Europaparlamentet, Riktlinjer för tillämpningen av direktiv 2003/86/EG om rätt till familjeåterförening, COM(2014) 210 final, Bryssel den 3 april 2014, s. 25.

¹⁶³² Artikel 3.1 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG). För en närmare redogörelse se exempelvis Peers, Steve. *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 402.

Kommissionen menar att begreppet ”välgrundade utsikter” inte ska förstås som att ett permanent uppehållstillstånd måste ha beviljats men att omständigheterna i det enskilda fallet ska peka mot att ett sådant troligen kommer att beviljas så småningom. En person som beviljats ett ”icke förnybart uppehållstillstånd för viss tid i ett särskilt syfte” kan dock i princip inte anses ha sådana välgrundade utsikter enligt kommissionen.¹⁶³³

Det finns som utgångspunkt inte några krav på att familjen ska ha etablerats redan i hemlandet för att få återförenas enligt direktivet. Familjeåterförening definieras i direktivet som ”inresa och vistelse i en medlemsstat för familje-medlemmar till en tredjelandsmedborgare som vistas lagligen i den medlemsstaten, för att upprätthålla familjeenheten, *oavsett om familjebanden knutits före eller efter referenspersonens inresa* [min kursivering]”.¹⁶³⁴ När det gäller flyktingar finns vissa mer förmånliga bestämmelser, vilket vi kommer till nedan, dessa får medlemsstaterna begränsa till att gälla flyktingfamiljer som etablerats *före* referenspersonens inresa i en medlemsstat.¹⁶³⁵

Vem som räknas som familjemedlem enligt direktivet presenterades ovan i avsnitt 8.3.1.4 men kan kort sammanfattas som att återförening *ska* beviljas för gift partner och minderåriga ogifta barn,¹⁶³⁶ dock förutsatt vissa krav om barnet är adopterat eller om vårdnaden om barnet är delad med någon annan än referenspersonens partner.¹⁶³⁷ Dessutom *ska* medlemsstaterna bevilja familjeåterförening för släktingar ”i rakt uppstigande led” (föräldrar) om anknytningspersonen är en person som kom till medlemsstaten som ensamkommande barn, sökte asyl och som senare beviljades status som flykting.¹⁶³⁸ Vidare *får* återförening beviljas för partners som inte är gifta – och om så görs omfattas även barn till dessa.¹⁶³⁹ Slutligen *får* även andra familjemedlemmar beviljas återförening om ett särskilt beroendeförhållande föreligger.¹⁶⁴⁰

¹⁶³³ Meddelande från Kommissionen till Rådet och Europaparlamentet, Riktlinjer för tillämpningen av direktiv 2003/86/EG om rätt till familjeåterförening, COM(2014) 210 final, Bryssel den 3 april 2014, s. 4 f.

¹⁶³⁴ Artikel 2(d) familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹⁶³⁵ Ibid, artikel 9.2.

¹⁶³⁶ Ibid, artikel 4.1.

¹⁶³⁷ Ibid, artikel 4.1 (b-d).

¹⁶³⁸ Ibid, artikel 10.3 a. EU-domstolen har i mål C-550/16, *A och S mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, EU:C:2018:248 slagit fast att det är åldern då personen kom till landet och sökte asyl som ska vara avgörande för om personen ska betraktas som underårig enligt artikel 10.3 a. Även om en person hunnit fylla 18 år vid beslutet om flyktingstatus ska hen således ha samma rätt till återförening som om hen fortfarande varit underårig.

¹⁶³⁹ Artikel 4.3 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG). Medlemsstaterna får dock även besluta att registrerad partner ska behandlas som make/maka i fråga om familjeåterförening.

¹⁶⁴⁰ Ibid, artikel 4.2. I kommissionens riktlinjer för tolkning av familjeåterföreningsdirektivet anges att vägledning i hur begreppet ”beroende” bör tolkas kan hämtas i EU-domstolens praxis avseende rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), kommissionen nämner särskilt målen C-327/82, *Ekro BV Vee- en Vleeshandel mot Produktschap voor Vee en Vlees*, EU:C:1984:11, punkt 11,

Vissa undantag finns dock enligt direktivet. Om ett barn som är över 12 år utan medsökande ansöker om att få återförenas med sin familj får en medlemsstat pröva om barnet uppfyller medlemsstatens nationella kriterier för integration – förutsatt att medlemsstaten hade nationell lagstiftning som uppställde krav på integration vid den tidpunkt då direktivet skulle genomföras (senast den 3 oktober 2005).¹⁶⁴¹ Eftersom det inte fanns några integrationskriterier i den svenska lagstiftningen vid genomförandet av direktivet finns denna möjlighet inte för svensk del.

Vad gäller polygama hushåll är medlemsstaterna inte skyldiga att tillåta familjeåterförening för en ytterligare make/maka om en referensperson redan bor tillsammans med en make/maka på en medlemsstats territorium.¹⁶⁴² Staten kan dock välja att bevilja minderåriga barn till ytterligare en make/maka och referenspersonen uppehållstillstånd.¹⁶⁴³ Steve Peers menar att det verkar vara upp till referenspersonen att välja vilken make/maka som får återförenas med denne och att det dessutom verkar finnas en möjlighet för referenspersonen att

C-316/85, *Centre public d'aide sociale de Courcelles mot Marie-Christine Lebon*, EU:C:1987:302, punkt 21, C-98/07, *Nordania Finans A/S och BG Factoring A/S mot Skatteministeriet*, EU:C:2008:144, punkt 17, C-523/07, A, EU:C:2009:225, punkt 34 och mål C-83/11, *Secretary of State for the Home Department mot Muhammad Sazzadur Rahman m.fl.*, EU:C:2012:519, punkt 24, se Meddelande från Kommissionen till Rådet och Europaparlamentet, Riktlinjer för tillämpningen av direktiv 2003/86/EG om rätt till familjeåterförening, COM(2014) 210 final, Bryssel den 3 april 2014, s. 6. I kommissionens riktlinjer anses även att begreppet ”nödvändigt familjemässigt stöd” anses vara uppfyllt om inga andra familjemedlemmar i ursprungslandet rättsligt eller de facto försörjer den berörda personen, och ingen därför kan ersätta referenspersonen eller dennes make/maka i den dagliga omsorgen, se s. 7.

¹⁶⁴¹ Artikel 4.1 sista stycket familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG). Vid införandet av direktivet begärde EU-parlamentet att EU-domstolen prövade om denna möjlighet var förenlig med de grundläggande rättigheter som skyddas i EU:s rättsordning, bl.a. Europakonventionens artikel 8 och dess artikel 14 (rätten till icke-diskriminering), C-540/03, *Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd*, EU:C:2006:429. EU-domstolen fann dock att kriteriet inte i sig föreföll strida mot den rätt till respekt för familjelivet som uttrycks i artikel 8 i Europakonventionen. Domstolen menade att bestämmelsen endast innebar att medlemsstaternas utrymme för skönmässig bedömning till viss del upprätthölls i ett regelverk som annars föreskriver tydligt definierade skyldigheter för medlemsstaterna. Härutöver påminde domstolen om att staterna dessutom måste komma ihåg att beakta barnets bästa (i enlighet med familjeåterföreningsdirektivets artikel 5.5). Domstolen var även tydlig med att barnkonventionen tillhör de internationella instrument rörande skyddet för de mänskliga rättigheterna som den har att ta hänsyn till vid tillämpningen av gemenskapsrättens allmänna principer, punkt 37. EU-domstolen hänvisade i sin dom till Europadomstolens avgöranden i *Sen mot Nederländerna* (dom den 21 december 2001, appl. no. 31465/96), *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94), *Ahmut mot Nederländerna* (dom den 28 november 1996, appl. no. 21702/93) och *Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna* (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99), (punkterna 54, 55 och 56 i mål C-540/03). Se även Drywood, Eleanor, Giving with One Hand, Taking with the Other: Fundamental Rights, Children and the Family Reunification Decision, *European law review*, vol. 32, nr. 3 2007, s. 396-407.

¹⁶⁴² Artikel 4.4 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹⁶⁴³ *Ibid.*

rotera denna rätt mellan sina makar.¹⁶⁴⁴ Detta då direktivet endast förbjuder inresa och vistelse för en ytterligare make/maka om referenspersonen redan har en make/maka boende hos sig på en medlemsstats territorium. Om denna make/maka slutar att bo i medlemsstaten borde referenspersonen enligt Peers kunna återopa att få återförenas med en annan make/maka.

För att “garantera en bättre integration och förhindra tvångsäktenskap” får medlemsstater kräva att referenspersonen och dennes make/maka ska vara minst 21 år gamla.¹⁶⁴⁵ EU-domstolen har i målet *Noorzia*¹⁶⁴⁶ uttalat att eftersom direktivet är otydligt med om medlemsstaterna kan kräva att maken/makan ska ha fyllt 21 år vid ansökan eller vid prövningen är staterna fria att välja hur de tillämpar kravet.¹⁶⁴⁷

Slutligen får medlemsstater begära att en ansökan om familjeåterförening för ett minderårigt barn lämnas in före det att barnet fyller 15 år. Detta krav förutsätter dock även det att medlemsstatens lagstiftning innehöll en sådan bestämmelse vid datumet för genomförandet av direktivet.¹⁶⁴⁸ Inte heller detta krav kan dock uppställas i svensk rätt eftersom en sådan bestämmelse saknades i svensk rätt vid direktivets genomförandedatum (3 oktober 2005).

¹⁶⁴⁴ Peers, Steve. *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 404.

¹⁶⁴⁵ Artikel 4.5 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹⁶⁴⁶ Mål C-338/13, *Marjan Noorzia mot Bundesministerin für Inneres*, EU:C:2014:2092.

¹⁶⁴⁷ Steve Peers har kritiserat domen och menar att domen är oförenlig med andra avgöranden från domstolen där olika krav i direktivet tolkas restriktivt. Han menar dessutom att domstolen har fel när den anser att direktivet inte anger vid vilken tidpunkt nationella myndigheter har att ta ställning till makarnas ålder. Enligt Peers avser formuleringen ”innan maken/makan kan återförenas med referenspersonen” relativt klart till datumet då personen ges tillträde till territoriet, se Peers, Steve. *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 406.

¹⁶⁴⁸ Artikel 4.6 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG). Av bestämmelsen framkommer dock att om ansökan lämnas in efter det att barnet har fyllt 15 år, så ska medlemsstater som tillämpar detta undantag dock tillåta inresa och vistelse för sådana barn av andra skäl än familjeåterförening. Även artikel 4.6 prövades på EU-parlamentets begäran av EU-domstolen som inte fann att kravet stred mot rätten till respekt för familjelivet. Domstolen menade att möjligheten inte kunde tolkas som ett förbud för en medlemsstat att bevilja återförening och påminde ånyo om vikten av att läsa, förstå och tillämpa direktivets bestämmelser som en helhet – däribland med korrekt beaktande av barnets bästa, mål C-540/03, *Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd*, EU:C:2006:429, punkterna 84-90. Se dock även Drywood, Eleanor, *Giving with One Hand, Taking with the Other: Fundamental Rights, Children and the Family Reunification Decision*, *European law review*, vol. 32, nr. 3 2007, s. 396-407.

Trots att vissa personer således kan komma att undantas från möjligheten att återförenas har EU-domstolen uttalat att direktivets utgångspunkt är att familjeåterförening ska beviljas.¹⁶⁴⁹ Domstolen menar att direktivet uppställer tydliga krav på att en medlemsstat beviljar återförening när direktivet är tillämpligt.¹⁶⁵⁰ Just detta innebär enligt domstolen en viktig skillnad mellan direktivet och barnkonventionen samt Europakonventionen. Vid en bedömning av om en stat är skyldig att tillåta familjeåterförening enligt nämnda konventioner har staten, som presenterats ovan, en relativt vid möjlighet att genomföra intresseavvägningar. Enligt direktivet gäller istället att staten enbart kan neka återförening baserat på de undantag som där uttryckligen anges.¹⁶⁵¹

Familjeåterföreningsdirektivet går således på vissa sätt längre än andra överenskommelser om familjeåterförening, även om vissa av direktivets bestämmelser verkar föreskriva en lägre nivå av behandling.¹⁶⁵² Utöver de nyss redogjorda kriterierna för att under vissa förutsättningar exkludera familjemedlemmar från att beviljas återförening tillåter direktivet nämligen uttryckligen att staterna uppställer ett antal krav på referenspersonen. Bl.a. får staterna kräva att denne har en bostad¹⁶⁵³, sjukförsäkring¹⁶⁵⁴ samt ”stabila och regelbundna försörjningsmedel” tillräckliga för att kunna försörja sig själv och sina familjemedlemmar utan hjälp av en medlemsstats system för socialt bistånd.¹⁶⁵⁵ Domstolen meddelade i sin dom i målet *Chakroun*¹⁶⁵⁶ att det senare omfattar socialt bistånd som beviljas ”av offentliga myndigheter, oavsett om det är på nationell, regional eller lokal nivå”.¹⁶⁵⁷ Syftet med kraven är att en person inte ska bli en börda för systemet för socialt bistånd i värdmedlemsstaten under den tid hen bor där.¹⁶⁵⁸ I målet *Khachab*¹⁶⁵⁹ uttalade domstolen att medlemsstater får avslå en ansökan om familjeåterförening om den genom en

¹⁶⁴⁹ C-578/08, *Rhimou Chakroun mot Minister van Buitenlandse Zaken*, EU:C:2010:117, punkt 43. Domstolen har upprepat denna ståndpunkt i mål C-153/14, *Minister van Buitenlandse Zaken mot K och A*, EU:C:2015:453, punkt 50 och i de förenade målen C-356/11 och C-357/11, *O., S. mot Maahanmuuttovirasto* och *Maahanmuuttovirasto mot L*, EU:C:2012:776, punkt 74.

¹⁶⁵⁰ C-540/03, *Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd*, EU:C:2006:429, punkt 60.

¹⁶⁵¹ Se Peers, Steve. *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 402.

¹⁶⁵² Se härom Groenendijk, Kees, Family reunification as a right under community law, *European Journal of Migration and Law* vol. 8, nr. 2 2006, s. 218.

¹⁶⁵³ ”som anses normal för en familj av jämförbar storlek i samma område och som uppfyller medlemsstatens gällande allmänna bestämmelser om säkerhet och sanitära förhållanden”, artikel 7.1(a) familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹⁶⁵⁴ ”avseende alla risker som de egna medborgarna i den berörda medlemsstaten normalt omfattas av, och som omfattar referenspersonen och hans eller hennes familjemedlemmar”, artikel 7.1(b) familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹⁶⁵⁵ Artikel 7 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹⁶⁵⁶ C-578/08, *Rhimou Chakroun mot Minister van Buitenlandse Zaken*, EU:C:2010:117.

¹⁶⁵⁷ *Ibid*, punkt 45.

¹⁶⁵⁸ *Ibid*, punkt 46.

¹⁶⁵⁹ Mål C-558/14, *Mimoun Khachab mot Subdelegación de Gobierno en Álava*, EU:C:2016:285.

prognostisk bedömning kommer fram till att det inte är sannolikt att referenspersonen under det närmaste året kommer att bibehålla tillräckliga stabila och regelbundna försörjningsmedel för att kunna försörja sig själv och sina familjemedlemmar. EU-domstolen har dock i målet *O, S & L* betonat att en bedömning av om villkoren ska och kan tillämpas ska göras med beaktande av artikel 7 (rätten till respekt för familjeliv) och artikel 24 (barnets rättigheter) i rättighetsstadgan.¹⁶⁶⁰

Medlemsstaterna får vidare kräva att familjemedlemmarna visar sin vilja till integration, t.ex. genom att delta i språkkurser eller integrationskurser.¹⁶⁶¹ Syftet med dessa åtgärder ska vara att underlätta integrationen, en medlemsstat som vill använda sig av denna möjlighet måste således kunna visa att de ställer kraven just i detta syfte. EU-domstolen har i målet *K & A* uttalat att integrationsvillkor måste vara proportionerliga. Villkoren får inte vara utformade på så vis att de inte medger att särskilda omständigheter i det individuella fallet beaktas och får inte heller i praktiken leda till att det blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rätten till familjeåterförening.¹⁶⁶² Resonemanget, som anknyter till det i *Chakroun*, ger stöd för den syn kommissionen gett uttryck för; att åtgärder som har till syfte att begränsa möjligheten till familjeåterförening generellt sett inte är tillåtna då det skulle undergräva syftet med direktivet.¹⁶⁶³

Slutligen får en ansökan avslås eller återkallas med hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa.¹⁶⁶⁴ I ingressen till direktivet ges exempel på vad som kan anses vara allmän ordning och säkerhet. Här nämns fall då en person dömts för allvarlig brottslighet och situationer då en tredjelandsmedborgare har sympatier med eller tillhör en grupp som stöder internationell terrorism.¹⁶⁶⁵ En ansökan kan även avslås eller ett uppehållstillstånd återkallas om referenspersonen och dennes familjemedlemmar inte lever tillsammans, om referenspersonen inte längre lever i medlemsstaten, om referenspersonen eller dennes partner har ett varaktigt förhållande med en annan person, om förhållandet enbart ingåtts i syfte att få ett uppehållstillstånd (t.ex. skenäktenskap eller skenadoption) eller om personerna annars uppgett falska eller vilseledande uppgifter.¹⁶⁶⁶

¹⁶⁶⁰ De förenade målen C-356/11 och C-357/11, *O., S. mot Maahanmuuttovirasto och Maahanmuuttovirasto mot L*, EU:C:2012:776, punkt 80.

¹⁶⁶¹ Artikel 7.2 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹⁶⁶² C-153/14, *Minister van Buitenlandse Zaken mot K och A*, EU:C:2015:453.

¹⁶⁶³ Se Meddelande från Kommissionen till Rådet och Europaparlamentet, riktlinjer för tillämpningen av direktiv 2003/86/EG om rätt till familjeåterförening, COM(2014) 210 final, Bryssel den 3 april 2014, s. 15 och mål C-578/08, *Rhimou Chakroun mot Minister van Buitenlandse Zaken*, EU:C:2010:117, punkt 43.

¹⁶⁶⁴ Artikel 6 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG). Medlemsstater får dock inte avslå en ansökan om förnyelse av ett uppehållstillstånd eller utvisa någon endast pga. sjukdom eller invaliditet som har uppkommit efter det att uppehållstillståndet utfärdades, se artikel 6.3.

¹⁶⁶⁵ *Ibid*, skäl 14.

¹⁶⁶⁶ *Ibid*, artikel 16.

Ovanstående kriterier rör medlemsstaternas möjligheter att neka familjeåterförening. Härutöver kan en medlemsstat besluta om att uppställa en viss väntetid innan dess att familjeåterförening tillåts. Denna väntetid innebär att staterna kan kräva att en referensperson har vistats på dess territorium lagligen under en viss period, dock högst två år, innan det att återförening tillåts.¹⁶⁶⁷ EU-domstolen har dock uttalat att medlemsstater inte får tillämpa en allmän väntetid på alla sökande – hänsyn måste tas till omständigheterna i det enskilda fallet och särskilt till underåriga barns bästa.¹⁶⁶⁸

Tre viktiga saker måste förtydligas gällande alla nu presenterade villkor; undantag finns vad gäller flyktingar,¹⁶⁶⁹ en individuell prövning måste alltid göras,¹⁶⁷⁰ och – direktivet är ett minimidirektiv, dvs. mer förmånliga bestämmelser är fullt tillåtna.¹⁶⁷¹

Vad gäller flyktingar får medlemsstaterna endast kräva att flyktingar uppfyller kraven på bostad, sjukförsäkring och tillräckliga tillgångar om 1) familjeåterförening är möjlig i ett tredje land till vilket referenspersonen och/eller familjemedlemmen har en särskild anknytning eller 2) om en ansökan om återförening lämnas in senare än tre månader efter det att referenspersonen beviljats flyktingstatus.¹⁶⁷² Vad gäller kravet på integrationsåtgärder får det bara tillämpas om återförening är möjlig i ett tredje land. Väntetiden får aldrig tillämpas för flyktingar.

Som nämndes ovan ska föräldrar beviljas återförening med sina barn om barnet kom till en medlemsstat som ensamkommande och senare beviljades flyktingstatus.¹⁶⁷³ I en viktig dom har EU-domstolen betonat att det är åldern vid ankomsten till medlemsstaten och när ansökan om asyl gjordes som ska användas för att avgöra om en person är att anse som underårigt i familjeåterföreningsdirektivets mening.¹⁶⁷⁴ Det innebär att om en person var barn då hen kom till medlemsstaten och ansökte om asyl men hann bli myndig före det att hen beviljades flyktingstatus så ska hen ändå anses som underårig och därmed ha rätt att återförenas med sina föräldrar. EU-domstolen har motiverat valet

¹⁶⁶⁷ Ibid, artikel 8.1. Medlemsstater som vid direktivets antagande hade lagstiftning som beaktade ”medlemsstatens mottagningskapacitet” får ha en väntetid på högst tre år, se artikel 8.2.

¹⁶⁶⁸ Ibid, artiklarna 17 och 5.5. Se mål C-540/03, *Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd*, EU:C:2006:429, punkterna 99-101.

¹⁶⁶⁹ Artikel 12 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹⁶⁷⁰ Ibid, artikel 17.

¹⁶⁷¹ Ibid, artikel 3.4 och 3.5.

¹⁶⁷² Se även C-380/17, *K, B mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, EU:C:2018:877 angående tremånaderskravet.

¹⁶⁷³ Artikel 10.3 a familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG).

¹⁶⁷⁴ C-550/16, *A och S mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, EU:C:2018:248.

att använda åldern vid tidpunkten för inlämnandet av ansökan med att en annan ordning skulle äventyra bestämmelsens ändamålsenliga verkan vilket skulle strida mot direktivets syfte samt mot principerna om likabehandling och rättssäkerhet.¹⁶⁷⁵ EU-domstolen betonar i sin dom att en annan lösning skulle kunna leda till att två jämnåriga flyktingar – som båda var underåriga utan medföljande vuxen och som sökte asyl vid samma tidpunkt – skulle riskera att behandlas på olika sätt vad gäller rätten till familjeåterförening beroende på hur lång tid det tar att handlägga ansökningarna.¹⁶⁷⁶ Genom att låta underårigheten beslutas utifrån åldern vid ansökan menar EU-domstolen att det går att undvika situationen att utfallet av en prövning blir beroende av exempelvis handläggningstider hos myndigheter. På så vis ges samtliga sökande som kronologiskt sett befinner sig i samma situation en likadan och förutsebar behandling.¹⁶⁷⁷

För att en flykting som har fyllt 18 år inte under obegränsad tid ska kunna ses som underårig i direktivets mening har EU-domstolen dock uppställt en slags tidsbegränsning. Domstolen har nämligen angett att ansökan om familjeåterförening måste ske inom ”rimlig tid”, vilket enligt domstolen vanligtvis innebär att en ansökan ska lämnas in inom tre månader från det att den berörda personen har beviljats flyktingstatus.¹⁶⁷⁸

Som nämnts ovan har EU-domstolen betonat att medlemsstaterna måste beakta proportionalitetsprincipen samt att det utrymme som finns för medlemsstaterna i direktivet att uppställa olika typer av krav inte får användas av dem på ett sätt som äventyrar direktivets syfte – att främja familjeåterförening.¹⁶⁷⁹ Det är därför viktigt att bedöma *avsikten* med olika typer av krav för att kunna avgöra om en nekad familjeåterförening är i linje med EU-rätten eller inte. När medlemsstaterna prövar ansökningar om familjeåterförening får enskilda omständigheter inte automatiskt leda till ett visst beslut, hänsyn måste tas till samtliga omständigheter i det individuella fallet och särskild vikt ska fästas vid barnets bästa.¹⁶⁸⁰ Domstolen har förtydligat att barnkonventionen ingår i gemenskapsrättens allmänna principer och att medlemsstaterna är skyldiga att

¹⁶⁷⁵ Ibid, punkt 55.

¹⁶⁷⁶ Ibid, punkt 56.

¹⁶⁷⁷ Ibid, punkt 60.

¹⁶⁷⁸ Ibid, punkt 61.

¹⁶⁷⁹ Se t.ex. C-153/14, *Minister van Buitenlandse Zaken mot K och A*, EU:C:2015:453, C-578/08, *Rhimou Chakroun mot Minister van Buitenlandse Zaken*, EU:C:2010:117, C-558/14, *Mimoun Khachab mot Subdelegación de Gobierno en Álava*, EU:C:2016:285 och de förenade målen C-356/11 och C-357/11, *O., S. mot Maahanmuuttovirasto* och *Maahanmuuttovirasto mot L*, EU:C:2012:776.

¹⁶⁸⁰ Artiklarna 17 och 5.5 familjeåterföreningsdirektivet (2003/86/EG). Se även t.ex. mål C-540/03, *Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd*, EU:C:2006:429, samt Meddelande från Kommissionen till Rådet och Europaparlamentet, riktlinjer för tillämpningen av direktiv 2003/86/EG om rätt till familjeåterförening, COM(2014) 210 final, Bryssel den 3 april 2014.

följa dessa principer när de genomför gemenskapsrättsliga bestämmelser.¹⁶⁸¹ Av EU-domstolens praxis framgår även mer specifikt att medlemsstaterna är skyldiga att ta hänsyn till berörda barns bästa och sträva efter att främja familjelivet vid prövningen av ansökningar om familjeåterförening, detta då direktivets bestämmelser måste tolkas och tillämpas mot bakgrund av artiklarna 7, 24.2 och 24.3 i rättighetsstadgan.¹⁶⁸²

Slutligen måste även nämnas att EU-rätten innehåller vissa särskilda regler i syfte att underlätta och uppmuntra migration av särskilt eftertraktade migranter. I det s.k. blåkortsdirektivet¹⁶⁸³ föreskrivs t.ex. vissa lättnader från bestämmelserna i familjeåterföreningsdirektivet, bl.a. att någon bedömning av utsikterna att beviljas permanent uppehållstillstånd inte ska göras samt att någon väntetid inte får tillämpas.¹⁶⁸⁴ Liknande undantag finns även i direktivet som reglerar företagsintern förflyttning av personal som är tredjelandsmedborgare,¹⁶⁸⁵ samt sedan 2016 även för forskare som är tredjelandsmedborgare och deras familjemedlemmar.¹⁶⁸⁶ Dessutom finns ett särskilt skydd för turkiska medborgare – utöver det skydd som finns i familjeåterföreningsdirektivet (som givetvis också omfattar turkiska medborgare). Detta extra skydd bygger på ett associationsavtal mellan Turkiet och Europeiska ekonomiska gemenskapen från 1963,¹⁶⁸⁷ dess tilläggsprotokoll¹⁶⁸⁸, associeringsrådets beslut nr 1/80 samt ett flertal avgöranden från EU-domstolen. I korthet innebär detta extra skydd att medlemsstater vanligen inte får införa ”nya begränsningar” av familjeåterförening vad gäller turkiska medborgare om dessa nya villkor är mer restriktiva än de som var tillämpliga då tilläggsprotokollet och associeringsrådets beslut trädde ikraft.¹⁶⁸⁹

¹⁶⁸¹ Mål C-540/03, *Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd*, EU:C:2006:429, punkt 37 och punkt 105.

¹⁶⁸² De förenade målen C-356/11 och C-357/11, *O., S. mot Maahanmuuttovirasto och Maahanmuuttovirasto mot L*, EU:C:2012:776, punkt 80. Se även Peers, Steve. *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 407.

¹⁶⁸³ Rådets direktiv 2009/50/EG av den 25 maj 2009 om villkor för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för högkvalificerad anställning (blåkortsdirektivet).

¹⁶⁸⁴ Se artikel 15 blåkortsdirektivet (2009/50/EG). Se även artikel 19 som ger blåkortsinnehavare ökad möjlighet att ta med sig sina familjemedlemmar då de flyttar mellan medlemsstater.

¹⁶⁸⁵ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/66/EU av den 15 maj 2014 om villkor för inresa och vistelse för tredjelandsmedborgare inom ramen för företagsintern förflyttning av personal (ICT-direktivet). Se artikel 19.

¹⁶⁸⁶ Europaparlamentets och Rådets direktiv (EU) 2016/801 av den 11 maj 2016 om villkoren för tredjelandsmedborgares inresa och vistelse för forskning, studier, praktik, volontärarbete, deltagande i elevutbytesprogram eller utbildningsprojekt och för au pairarbete (omarbetning) (student- och forskardirektivet), artikel 26.

¹⁶⁸⁷ EGT 217, 29.12.1964, s. 3687/64, ibland kallat Ankaraavalet.

¹⁶⁸⁸ Tilläggsprotokoll av den 23 november 1970 till avtalet om upprättandet av en associering mellan Europeiska ekonomiska gemenskapen och Turkiet, EGT L 293, 29.12.1972, s. 3-56.

¹⁶⁸⁹ De s.k. ”standstill”-klausulerna i artikel 13 i beslut nr 1/80 och i artikel 41.1 i tilläggsprotokollet utgör ett generellt förbud mot att en medlemsstat antar nya bestämmelser som syftar

Sammanfattningsvis kan sägas att även om medlemsstater enligt familjeåterföreningsdirektivet är tillåtna att neka eller skjuta upp familjeåterförening i vissa situationer så måste en individuell bedömning alltid göras utifrån EU-rätten i sin helhet. Här innefattas även barnkonventionen och Europadomstolens praxis vad gäller innebörden av Europakonventionen. Det räcker således inte att vara medveten om vad som anges i direktivet. För en korrekt slutsats angående en stats skyldighet att bevilja familjeåterförening enligt EU-rätten måste samtliga dessa rättskällor beaktas, tolkas och tillämpas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

10.4.2.1 EU-rättsliga bestämmelser om återförening av asylsökande

Som nämnts ovan har EU kompetens på asylområdet och unionen har ett gemensamt asylsystem. Inom detta system finns ett flertal bestämmelser som bygger på tanken att hålla ihop familjer och som innebär att medlemsstaterna ibland har en skyldighet att sammanföra asylsökande med anhöriga som vistas i en annan medlemsstat. Vissa regler om familjeåterförening för asylsökande finns i Dublinförordningen. Då reglerna i Dublinförordningen tar sikte på såväl familjesammanhållning som familjeåterförening har dessa behandlats redan ovan i avsnittet om familjeåterförening, se avsnitt 9.4.3.

Inom EU-rätten finns dock dessutom det särskilda direktiv om tillfälligt skydd som nämnts ovan och som är tänkt att tillämpas ”vid massiv tillströmning av fördrivna personer” (massflyktsdirektivet)¹⁶⁹⁰. Direktivets syfte är att under-

eller leder till att en turkisk medborgare underkastas mer restriktiva villkor vad gäller dennes rätt att utöva ekonomisk frihet i en medlemsstat än vad som gällde när nämnda beslut och nämnda tilläggsprotokoll trädde i kraft i den berörda medlemsstaten. Se exempelvis C-37/98, *The Queen mot Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnasir Savas*, EU:C:2000:224, punkt 69 och C 242/06, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie mot T. Sahin*, EU:C:2009:554, punkt 63 och där angiven rättspraxis. I EU-domstolens dom i mål C-138/13, *Naime Dogan mot Bundesrepublik Deutschland*, EU:C:2014:2066, fastställde domstolen att ”standstill”-klausulen rörande etableringsfriheten i artikel 41.1 i tilläggsprotokollet ska tolkas så, att den utgör hinder för en medlemsstat att införa nya begränsningar när det gäller möjligheten att genomföra en familjeåterförening med en maka eller make med ursprung i Turkiet. En turkisk medborgares beslut att etablera sig i en medlemsstat och utöva varaktig ekonomisk verksamhet där anses nämligen kunna påverkas negativt om lagstiftningen i denna medlemsstat försvarar eller omöjliggör familjeåterförening, med innebörden att den turkiska medborgaren kan se sig nödsakad att välja mellan sin verksamhet i den berörda medlemsstaten och sitt familjeliv i Turkiet. Se även C-561/14, *Caner Genc mot Integrationsministeriet*, EU:C:2016:247. I mål C-225/12, *C. Demir mot Staatssecretaris van Justitie*, EU:C:2013:725 anges att ändringar kan vara tillåtna om de omfattas av artikel 14 i beslut nr 1/80 eller om de motiveras av tvingande skäl av allmänintresse, är ägnade att säkerställa att det legitima syftet uppnås och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det, se punkt 40. För mer om hur EU-domstolen tolkat detta extra skydd för turkiska medborgare se exempelvis Narin Tezcan/Idriz, *Family reunification under the standstill clauses of EU-Turkey Association law: Genc*, *Common Market Law Review*, vol. 54, nr. 1 2017, s. 263–280.

¹⁶⁹⁰ Massflyktsdirektivet (2001/55/EG).

lätta medlemsstaternas hantering av ansökningar genom att införa ett undantagssystem där skyddspersoner omedelbart ges tillfälligt skydd. Även om ingen situation hittills triggat direktivet så bör det nämnas att det innehåller en bestämmelse om familjeåterförening (artikel 15). I bestämmelsen anges att medlemsstater har ett ansvar att återförena familjemedlemmar som getts skydd i olika medlemsstater samt att om endast vissa familjemedlemmar har getts skydd i en medlemsstat ska medlemsstaterna återförena dessa med familjemedlemmar som inte anlånt till en medlemsstat men som också är i behov av skydd. Särskild hänsyn ska enligt artikel 15 tas till barnets bästa.

10.5 Familje(åter)förening enligt utlänningslagstiftningen och svensk praxis

Den svenska regleringen av tillstånd att vistas i Sverige pga. anknytning till en här bosatt person (den s.k. anknytningspersonen) återfinns främst i femte kapitlet av utlänningslagen. Ett viktigt undantag är dock *uppehållsrätten* som regleras i kapitel 3 a. Här ska endast kort konstateras att Sverige måste tillämpa reglerna om uppehållsrätt som presenterats ovan i enlighet med EU-domstolens praxis samt att denna skyldighet har fått effekt även på utformningen av den svenska utlänningslagen.¹⁶⁹¹ Ett tydligt exempel på detta är att det i utlänningslagen finns en bestämmelse som specifikt stadgar att familjemedlemmar till vissa svenska medborgare omfattas av begreppet familjemedlem till EES-medborgare och därmed har uppehållsrätt. Bestämmelsen baseras just på EU-domstolens praxis och innebär att en familjemedlem till en svensk medborgare har uppehållsrätt om den svenske medborgaren återvänder till Sverige efter att ha utnyttjat sin rätt till fri rörlighet enligt rörlighetsdirektivet, förutsatt att den utländske medborgaren följt med eller anslutit sig till den svenska medborgaren när denne använt sin rätt till fri rörlighet.¹⁶⁹² Eftersom EU-regleringen har presenterats i avsnitt 9.4 och 10.4 ovan fokuseras i detta avsnitt istället på de två huvudbestämmelserna i utlänningslagen vad gäller uppehållstillstånd pga. anknytning, nämligen 5 kap. 3 § utlänningslagen och 5 kap. 3 a § utlänningslagen. Dessutom behandlas de undantag som gäller enligt den tillfälliga lagen.

10.5.1 Anknytningsperson

För att ett uppehållstillstånd ska kunna beviljas måste den person som den sökande åberopar anknytning till vara en person som uppfyller kraven för att

¹⁶⁹¹ Migrationsöverdomstolen har i flera mål behandlat frågan om uppehållsrätt för familjemedlemmar till EES-medborgare, se exempelvis MIG 2007:56, MIG 2009:14, MIG 2009:11, MIG 2009:22, MIG 2009:37, MIG 2009:21, MIG 2011:17, MIG 2012:15, MIG 2014:8.

¹⁶⁹² 3 a kap. 2 § 2 st. utlänningslagen. Se även Prop. 2013/14:81 s 41 f.

vara en s.k. anknytningsperson. I lagstiftningen anges att en anknytningsperson är en person som är bosatt i Sverige eller som har beviljats uppehållstillstånd för bosättning här. Såväl svenska som utländska medborgare samt statslösa kan vara anknytningspersoner.¹⁶⁹³ Svenska medborgare kan vara anknytningspersoner även om de inte är bosatta i Sverige förutsatt att de kan visa att de har en avsikt att bosätta sig i Sverige inom en nära framtid.¹⁶⁹⁴ Medborgare i de andra nordiska länderna behöver vara bosatta i Sverige för att kunna vara anknytningspersoner men är undantagna från kravet på att ha uppehållstillstånd i Sverige. Andra utländska medborgare samt statslösa personer ska enligt svensk syn i regel ha ett permanent uppehållstillstånd i Sverige för att kunna vara anknytningsperson.¹⁶⁹⁵ I *MIG 2017:17* fastslogs att även *permanent uppehållsrätt* innebär en sådan stark rätt att vistas i Sverige att en person med sådan rätt kan vara anknytningsperson.¹⁶⁹⁶ Migrationsöverdomstolen har även konstaterat att personer som omfattas av familjeåterföreningsdirektivet kan vara anknytningspersoner även om de endast beviljats tidsbegränsat uppehållstillstånd förutsatt att tillståndet är giltigt under minst ett år och att anknytningspersonen har välgrundade utsikter att få ett permanent uppehållstillstånd.¹⁶⁹⁷ När det gäller personer som inte omfattas av familjeåterföreningsdirektivet har Migrationsöverdomstolen dock ansett att ett permanent uppehållstillstånd krävs för att återförening ska kunna beviljas.¹⁶⁹⁸

Under den tid den tillfälliga lagen gäller är möjligheten till familjeåterförening begränsad. Då uppehållstillstånd som beviljas enligt den tillfälliga lagen som huvudregel ska vara tidsbegränsade anges i lagen att flyktingar och alternativt skyddsbehövande vars tillstånd tidsbegränsats kan vara anknytningspersoner om de ”bedöms ha välgrundade utsikter att beviljas ett permanent uppehållstillstånd”.¹⁶⁹⁹

10.5.2 Anhöriga som kan beviljas uppehållstillstånd

Utlänningslagens anknytningsbestämmelser är olika starka och rör delvis olika relationer. För att avgöra vilken bestämmelse som är tillämplig måste därför undersökas vilken relation den sökande har till anknytningspersonen.

¹⁶⁹³ Prop. 2005/06:72, s. 28.

¹⁶⁹⁴ MIG 2007:36.

¹⁶⁹⁵ Prop. 2005/06:72, s. 28.

¹⁶⁹⁶ Jfr dock MIG 2016:9 där det konstateras att en person som endast har förlängd uppehållsrätt inte kan vara anknytningsperson.

¹⁶⁹⁷ MIG 2007:29.

¹⁶⁹⁸ MIG 2008:1.

¹⁶⁹⁹ 6 § lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige. Se även MIG 2018:19 samt prop. 2015/16:174, s. 39 för resonemang om välgrundade utsikter.

Bestämmelserna prövas i den ordning de stadgas i utlänningslagen. Om uppehållstillstånd kan beviljas redan av 5 kap. 3 § kommer därmed inte 5 kap. 3 a § att tillämpas.

10.5.2.1 5 kap. 3 § – ”kärnfamiljen”

Den första bestämmelsen, 5 kap. 3 § utlänningslagen, uppges ofta omfatta kärnfamiljen, vilket dock måste anses vara en något förenklad – och frikostig – beskrivning.

10.5.2.1.1 Make/maka/sambo

Bestämmelsen omfattar till att börja med make/maka och sambo¹⁷⁰⁰ till anknytningspersonen. För att räknas som make/maka krävs att den sökande kan visa att ett civilrättsligt giltigt äktenskap föreligger.¹⁷⁰¹ När det gäller sambos bör nämnas att Migrationsöverdomstolen meddelat att om sammanboende enbart skett i Sverige ska det bedömas som om det är fråga om en avsikt att ingå äktenskap eller inleda ett samboförhållande, med konsekvensen att en sådan ansökan ska prövas enligt 5 kap. 3 a § och inte enligt 5 kap. 3 § utlänningslagen.¹⁷⁰²

10.5.2.1.2 Ogifta barn

Utöver nämnda partnerrelationer omfattar 5 kap. 3 § utländska barn som är ogifta om de antingen 1) är barn till anknytningspersonen eller till dennes make/maka eller sambo eller 2) har adopterats eller avses bli adopterat av anknytningspersonen (förutsatt att adoptionen uppfyller vissa villkor).¹⁷⁰³ Frågan om ett barn anses vara ogift eller inte är avgörande för om barnet omfattas av bestämmelsen vilket tydligt framkommer av *MIG 2012:4*. Målet rörde en flicka som gifts bort då hon var 15 år gammal som nu ansökte om att få återförenas med sin far som var bosatt i Sverige. Frågan i målet var om flickans äktenskap kunde betraktas som ogiltigt så att hon därmed kunde anses vara ett ogift barn med rätt att återförenas med sin far. Migrationsöverdomstolen betonade i domskälen att utgångspunkten i svensk rätt är att ett äktenskap ska

¹⁷⁰⁰ Migrationsöverdomstolen meddelade i *MIG 2008:30* att när sammanboende endast skett i Sverige ska det prövas som om det är fråga om avsikt att ingå äktenskap eller inleda ett samboförhållande, dvs. en sådan ansökan ska prövas enligt 5 kap. 3 a § och inte enligt 5 kap. 3 § utlänningslagen.

¹⁷⁰¹ *MIG 2008:18*, *MIG 2007:19*, *MIG 2008:18* samt Migrationsöverdomstolens avgörande den 18 december 2007 i mål nr UM 2082-07 och *MIG 2007:38*.

¹⁷⁰² *MIG 2008:30*.

¹⁷⁰³ I lagstiftningen anges att adoptionsbeslutet antingen har meddelats eller avses komma att meddelas av svensk domstol alternativt gäller i Sverige enligt lagen (1971:796) om internationella rättsförhållanden rörande adoption eller enligt lagen (1997:191) med anledning av Sveriges tillträde till Haagkonventionen om skydd av barn och samarbete vid internationella adoptioner, se 5 kap. 3 § 1 stycket 3 punkten.

anses giltigt i Sverige om det är giltigt i den stat där det ingicks.¹⁷⁰⁴ Domstolen erinrade dock om att ett äktenskap inte ska erkännas i Sverige om det är sannolikt att det har ingåtts under tvång, om det inte finns synnerliga skäl att ändå erkänna äktenskapet.¹⁷⁰⁵ Slutligen påminde domstolen om att ett erkännande av ett äktenskap kan nekas om ett erkännande av äktenskapet skulle anses uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen i Sverige (*ordre public*).¹⁷⁰⁶ I målet ansåg domstolen dock inte att flickan lyckats göra sannolikt att äktenskapet ingåtts med tvång. Domstolen ansåg inte heller att det faktum att flickan enligt svensk rätt varit för ung för att gifta sig var tillräckligt för att äktenskapet skulle ogiltigförklaras med hänvisning till *ordre public*. Då äktenskapet ansågs giltigt kunde flickan alltså inte anses vara ett ogift barn och därmed inte heller omfattas av bestämmelsen i 5 kap. 3 § utlänningslagen.

Ytterligare en fråga som ska uppmärksammas här är frågan om vilken tidpunkt som ska användas när åldern bedöms. Eftersom barn definieras som en person under 18 år i utlänningslagen och myndiga barn därmed inte omfattas av bestämmelsen i 5 kap. 3 § är denna fråga central. En person som var minderårig vid ansökan kan ha hunnit fylla 18 år före det att beslut hunnit fattas i ärendet. I svensk utlänningslagstiftning är tidpunkten vid vilken förutsättningarna för uppehållstillstånd ska föreligga inte specifikt reglerad. I vissa migrationsärenden utgår myndigheterna från omständigheterna vid prövningstillfället, i andra från omständigheterna vid ansökningstillfället.¹⁷⁰⁷ Frågan om ålder vid anknytning prövades dock av Migrationsöverdomstolen i MIG 2007:5. Domstolen yttrade i målet att den instans som har att pröva frågan om uppehållstillstånd grundat på anknytning ska utgå ifrån de förhållanden som råder vid prövningstillfället. Om en person hunnit bli myndig innan det att en ansökan prövas är det således den vuxna åldern myndigheterna utgår ifrån. Det bör noteras att den linje Migrationsöverdomstolen valt på så vis skiljer sig från UNHCR:s uppfattning att ett barn som separerats från sina familjemedlemmar under inga omständigheter får ”växa ur” (age out) processen.¹⁷⁰⁸ UNHCR förordar istället en syn där den avgörande tidpunkten är den då anknytningspersonen fick legal status i landet där familjen vill återförenas. Som nämnts ovan har denna syn

¹⁷⁰⁴ 1 kap. 7 § lag (1904:26 s.1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap.

¹⁷⁰⁵ 1 kap. 8 a § lag (1904:26 s.1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap.

¹⁷⁰⁶ 7 kap. 4 § lag (1904:26 s.1) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap.

¹⁷⁰⁷ För en genomgång och diskussion av om det är omständigheterna vid prövningstillfället eller ansökningstillfället som enligt svensk migrationsrätt ska gälla vid beslut om uppehållstillstånd se Skåntorp, Gustav, *Omständigheter som förändras: särskilt i ärenden om uppehållstillstånd*. Examensarbete vid Stockholms universitet, 2017.

¹⁷⁰⁸ Feller, Erika., Türk, Volker och Nicholson, Frances. (red.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection [Elektronisk resurs]*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 584 f.

nyligen fått genomslag även i EU-domstolens praxis.¹⁷⁰⁹ I mål som det som avgjordes av EU-domstolen är Sverige således numera skyldigt att använda den ålder en person hade vid sin asylansökan.

Om den i Sverige bosatte föräldern saknar del i vårdsnaden om barnet måste en helhetsbedömning av omständigheterna i det aktuella målet göras.¹⁷¹⁰ Enligt Migrationsöverdomstolen ska vid en sådan bedömning omständigheter som faktisk anknytning till föräldern i Sverige samt barnets anknytning till ett annat land (så som syskon och andra nära anhöriga) beaktas.¹⁷¹¹ Det finns alltså inte någon ovillkorlig rätt att få återförenas med en förälder bosatt i Sverige om föräldern saknar del i vårdsnaden om barnet.

10.5.2.1.3 Vissa föräldrar/vårdnadshavare till barn bosatta i Sverige

Ovan nämndes kort att det inte är helt träffsäkert att beskriva bestämmelsen som att den omfattar kärnfamiljen. Beskrivningen kan möjligtvis anses korrekt utifrån situationen att det är en vuxen person som befinner sig i Sverige. I denna situation finns ju bestämmelser om att såväl dennes partner som barn som huvudregel ska kunna återförenas med personen. Att bestämmelsen omfattar kärnfamiljen blir dock en mer problematisk beskrivning om det istället är ett barn i familjen som befinner sig i Sverige (och är anknytningspersonen). Bestämmelsen ger nämligen endast i två situationer sökande som är föräldrar/vårdnadshavare till ett i Sverige bosatt ogift barn rätt till återförening. Den ena situationen har behandlats i avsnittet om familjesammanhållning ovan och rör situationen att ett barn och dess vårdnadshavare båda befinner sig i Sverige och har (någorlunda) samtidiga asylprocesser.¹⁷¹² Den enda andra situation som omfattas av 5 kap. 3 § är vårdnadshavare till ogifta utländska ensamkommande barn som har beviljats uppehållstillstånd som flykting eller annan skyddsbehövande i Sverige.¹⁷¹³ Om en person är vårdnadshavare till ett barn som av någon annan anledning än av skyddsbehov beviljats uppehållstillstånd eller är bosatt i Sverige omfattas denne vårdnadshavare alltså inte av 5 kap. 3 §. Exempelvis omfattas inte föräldrar till barn som är svenska medborgare.¹⁷¹⁴

En ansökan om ett uppehållstillstånd i en sådan situation får, i likhet med andra situationer som inte omfattas av 5 kap. 3 §, istället prövas enligt 5 kap. 3 a § utlänningslagen.

¹⁷⁰⁹ Se mål C-550/16, *A och S mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, EU:C:2018:248, se även avsnitt 10.4.2. ovan.

¹⁷¹⁰ MIG 2008:29.

¹⁷¹¹ *Ibid.*

¹⁷¹² 5 kap. 3 § 1 stycket 5 punkten utlänningslagen. Se även avsnitt 9.5.3.3 ovan.

¹⁷¹³ Av bestämmelsen framgår att det ska handla om barn som ”vid ankomsten till Sverige var skilt från båda sina föräldrar eller från någon annan vuxen person som får anses ha trätt i föräldrarnas ställe, eller om barnet lämnats ensamt efter ankomsten”, 5 kap. 3 § 1 stycket 4 punkten utlänningslagen.

¹⁷¹⁴ MIG 2017:4.

10.5.2.2 5 kap. 3 a § – ”andra nära anhöriga” eller anknytning till landet Sverige

Bestämmelsen i 5 kap. 3 a § omfattar vad som möjligen slarvigt kan kallas för alla nära anhöriga som inte omfattas av 5 kap. 3 §. Bestämmelsen omfattar till att börja med sökande som har för avsikt att ingå äktenskap/samboskap med anknytningspersonen i Sverige. Direkt av lagtexten framgår att för att ett uppehållstillstånd ska kunna beviljas till en person som vill gifta sig eller flytta ihop med sin partner måste en bedömning göras av om förhållandet är seriöst (*seriositetsprövning*), detta i syfte att förhindra ett kringgående av invandringsbestämmelserna.¹⁷¹⁵ Migrationsöverdomstolen har klargjort att det är sökanden som ska göra sannolikt att förhållandet framstår som seriöst men att myndigheterna vid seriositetsbedömningen måste genomföra en helhetsbedömning där såväl faktorer som talar för som emot seriositet ska beaktas.¹⁷¹⁶ Enligt domstolen kan faktorer som t.ex. ett gemensamt språk, intensitet och frekvens av besök samt kunskap om varandras familjeförhållanden vara sådant som kan bedömas för att avgöra om en relation framstår som seriös.¹⁷¹⁷

Utöver parrelationer omfattar bestämmelsen relationer där en utländsk medborgare är nära anhörig till anknytningspersonen – förutsatt att personerna har bott tillsammans i hemlandet (s.k. *hushållsgemenskap*) och att det kan konstateras att det finns ett *särskilt beroendeförhållande* dem emellan. I förarbeten anges att kravet på särskilt beroendeförhållande kan vara uppfyllt om släktingarna delade hushållsgemenskap omedelbart före det att anknytningspersonen lämnade hemlandet och om ansökan om familjeåterförening ges in relativt snart efter att anknytningspersonen bosatte¹⁷¹⁸ sig i Sverige.¹⁷¹⁹ Regeringen anger i förarbetena att omständigheterna i det enskilda fallet bör beaktas vid bedömningen av om ett särskilt beroendeförhållande föreligger, t.ex. nämns att släktskap, sökandens civilstånd och dennes ålder är sådant som kan beaktas. Att ett *särskilt* beroendeförhållande krävs innebär enligt Migrationsöverdomstolen att det krävs någonting mer än det naturliga band som vanligen finns mellan nära anhöriga.¹⁷²⁰

¹⁷¹⁵ Se bl.a. SOU 1983:29, s. 140 f. och SOU 1997:152, s. 179.

¹⁷¹⁶ MIG 2007:45.

¹⁷¹⁷ Ibid.

¹⁷¹⁸ Enligt förarbeten ska tidpunkten för anknytningspersonens bosättning i Sverige avse det tillfälle då denne fått permanent uppehållstillstånd (se prop. 1996/97:25, s. 113 f. och prop. 2004/05:170, s. 181). I praktiken görs normalt en bedömning av om personen är bosatt vid bedömningen av om denne kan vara anknytningsperson. Om så är fallet räknas den tidpunkt då personen beviljades uppehållstillstånd – oaktat om detta var tidsbegränsat.

¹⁷¹⁹ Se prop. 1996/97:25, s. 113 f. och prop. 2004/05:170, s. 181.

¹⁷²⁰ MIG 2009:29. Se även exempelvis MIG 2007:2 där en mormor beviljades uppehållstillstånd pga. anknytning till sitt barnbarn. Då barnets föräldrar dött när barnet var mycket litet hade mormodern i praktiken fungerat som en mor för barnet. De hade alltid levt tillsammans och hade dessutom tillsammans flytt till Sverige där de sökt asyl. Barnbarnet hade beviljats asyl medan mormodern inte ansetts skyddsbehövande. Mot denna bakgrund ansågs det föreligga ett

Kraven på banden mellan de nära anhöriga har dock i Migrationsöverdomstolens praxis sällan ansetts uppfyllda. Migrationsöverdomstolen ansåg t.ex. inte att kraven var uppfyllda i *MIG 2009:29* där en kvinna i 20-årsåldern tillsammans med sina minderåriga syskon och sin mor ansökte om att få återförenas med sin far bosatt i Sverige. Familjen hade flytt Irak och uppehöll sig i Syrien då de ansökte om återförening. Modern och de minderåriga barnen beviljades tillstånd enligt 5 kap. 3 § men då kvinnan var myndig föll hon utanför bestämmelsen och prövades istället enligt 5 kap. 3 a §. Migrationsöverdomstolen ifrågasatte inte att kvinnan under hela sitt liv levt i hushållsgemenskap med resten av familjen men menade att hon numera var vuxen och att hon därmed, ”även med beaktande av de kulturmönster som råder i hemlandet”, kunde förutsättas leva ett eget liv oberoende av sin far. Samma slutsats kom Migrationsöverdomstolen till i *MIG 2015:21*. Även detta ärende gällde en tjuugoåring som tillsammans med sina minderåriga syskon ansökte om att få återförenas med en förälder bosatt i Sverige. Mannens mor hade flytt från hans far och beviljats flyktingstatus i Sverige. Efter att mannens syskon beviljats tillstånd var han ensam kvar i hemlandet med fadern, som uppgavs regelbundet ha misshandlat sonen. Migrationsöverdomstolen ifrågasatte inte att mannen levt i hushållsgemenskap med sin mor och inte heller att de känslomässiga banden mellan honom och hans mor och syskon ”särskilt mot bakgrund av vad som framkommit om förhållandena i hemmet” framstod som mycket starka. Mot bakgrund av att han var en ung vuxen man som levt hela sitt liv i hemlandet och vuxit upp i landets kulturella och språkliga miljö ansåg domstolen dock att han som vuxen kunde förutsättas leva ett eget liv oberoende av föräldrar och syskon. I ett senare ärende, *MIG 2016:13*, bedömde dock Migrationsöverdomstolen att en ung kvinna uppfyllde kraven för särskilt beroendeförhållande trots att även hon var 20 år gammal. Migrationsöverdomstolen menade att målet skiljde sig från *MIG 2015:21* på så vis att kvinnan i *MIG 2016:13* sedan flera år befann sig i landsflykt. Samtliga hennes nära släktingar hade nu beviljats tillstånd i Sverige, vilket domstolen menade skiljde sig från mannens fall där han hade sin far kvar i hemlandet. Mot bakgrund av att *MIG 2016:13* rörde en ung kvinna som levt hela sitt liv i familjegemenskap och som skulle lämnas kvar utanför sitt hemland utan nätverk och beskydd om hennes ansökan om uppehållstillstånd avlogs menade Migrationsöverdomstolen således att kraven för tillstånd var uppfyllda.

Av förarbeten framgår att beroendeförhållandet ska ha förelegat redan i hemlandet. Enligt Migrationsöverdomstolens praxis ska beroendeförhållandet även ha bestått under den tid som personerna har varit separerade. Domstolen bedömde t.ex. i *MIG 2007:1* att kravet inte var uppfyllt då en föräldralös 16-

sådant särskilt beroendeförhållande dem emellan att mormodern kunde beviljas uppehållstillstånd och dessutom undantogs från kravet på att ha sökt och beviljats tillstånd före inresa i Sverige.

årig flicka ansökte om uppehållstillstånd för att få återförenas med sin halv-syster i Sverige. Flickan och halvsystemen hade varit separerade i två år efter att systemen lämnat hemlandet. Flickan hade under denna tid varit bosatt hos sin faster som dock sedermera hade avlidit. Efter fasterns död ansökte flickan om att få återförenas med sin syster. Migrationsöverdomstolen, som inte ifrågasatte att ett beroendeförhållande hade förelegat mellan systerna under den tid de varit bosatta tillsammans i hemlandet, konstaterade att även om beroendeförhållandet ytterligare förstärkts i och med fasterns död så kunde det inte läka situationen att det tidigare brustit.

Migrationsöverdomstolen har även slagit fast att ett beroendeförhållande mellan ett barn och dess vårdnadshavare ska anses brutet om denne/dessa samtycker till att barnet bosätter sig tillsammans med en annan förälder/vårdnadshavare/släktingar i Sverige.¹⁷²¹ Att beroendeförhållandet anses brutet innebär dock inte nödvändigtvis att uppehållstillstånd inte kan beviljas, vilket vi återkommer till nedan. Det bör dock betonas att denna typ av kategoriska ställningstaganden om när ett beroendeförhållande anses brutet får anses svårforcerligt med Europadomstolens praxis som ställer krav på en bedömning utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.¹⁷²²

Vissa nära anhöriga som inte fångas upp av bestämmelsen av särskilt beroendeförhållande omfattas av mer specifika skrivelser i 5 kap. 3 a §. T.ex. omfattas uttryckligen en förälder som ska utöva umgänge med ett barn som är bosatt i Sverige – förutsatt att umgänget inte är av begränsad omfattning. Denna bestämmelse träffar således föräldrar till barn som inte varit bosatta tillsammans med dessa i hemlandet – vilket ju är ett krav för att ett särskilt beroendeförhållande ska anses föreligga.

Enligt Migrationsöverdomstolens praxis är det barnets rätt till och behov av umgänge med föräldern som ska vara i fokus vid bedömningen av om uppehållstillstånd för umgänge ska beviljas.¹⁷²³ I *MIG 2008:26* nekades dock en man uppehållstillstånd då domstolen ansåg att det inte fanns något i utredningen i målet, ”utöver barnens egna utsagor” som gav stöd för att ansökan skulle bifallas. Domstolen menade att ”[ä]ven med beaktande av barnets bästa så kan enbart det förhållandet att ett underårigt barn uttrycker en önskan om att få träffa en förälder i sig inte anses tillräckligt för att bevilja uppehållstillstånd”. Härefter menade domstolen att det mot bakgrund av det angivna inte

¹⁷²¹ MIG 2008:33, MIG 2014:7 och MIG 2016:6.

¹⁷²² Jfr *Sen mot Nederländerna* (dom den 21 december 2001, appl. no. 31465/96), punkt 40, *I.A.A. m.fl. mot Förenade kungariket* (beslut den 8 mars 2016, appl. no. 25960/13), punkt 43, *Berisha mot Schweiz* (dom den 30 juli 2013, no. 948/12), punkt 54 samt *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10), punkt 48.

¹⁷²³ MIG 2008:26.

var visat att det förelåg förutsättningar för ett umgänge som inte var av begränsad omfattning och avslag mannens ansökan. Det är utifrån domskälen svårt att dra några slutsatser kring vad som hade kunnat tala för att det förelåg förutsättningar för umgänge, det enda som egentligen går att utläsa är att det enligt Migrationsöverdomstolen inte är tillräckligt att ett barn själv önskar få utöva umgänge med sin förälder.

Föräldrar som är vårdnadshavare för och redan sammanbor med ett barn som är bosatt i Sverige har också möjlighet att beviljas uppehållstillstånd. Bestämmelsen kräver dock att föräldern och barnet redan bor tillsammans i Sverige. För att ett sådant tillstånd ska kunna beviljas krävs att undantag från huvudregeln om att uppehållstillstånd ska sökas och beviljas före inresa medges enligt vad som redogjorts för ovan i avsnitt 9.5.2.

En ytterligare kategori som nämns i 5 kap. 3 a § 1 st. 5 p. är utländska medborgare som har svenskt ursprung eller som under lång tid har vistats i Sverige med uppehållstillstånd. Denna kategori hänför sig således inte till anknytning till en i Sverige bosatt närstående utan snarare till att personen har en anknytning till själva landet varför den istället behandlas närmare nedan i kapitel 11.

Slutligen anges i 5 kap. 3 a § 3 st. att om det finns *synnerliga skäl* får uppehållstillstånd beviljas en utländsk medborgare som adopterats i Sverige i vuxen ålder, är anhörig till en anknytningsperson som är flykting eller annan skyddsbehövande eller ”på annat sätt har särskild anknytning till Sverige”.

Möjligheten att bevilja tillstånd pga. synnerliga skäl enligt tredje stycket är subsidiär till de andra grunder som anges i bestämmelsens första och andra stycke och kan prövas först om uppehållstillstånd inte kan beviljas enligt dessa.¹⁷²⁴ I förarbeten anges att kravet på synnerliga skäl är avsett att visa på att möjligheten är av undantagskaraktär.¹⁷²⁵ Här framkommer även att för att synnerliga skäl ska föreligga krävs att situationen anses vara såväl ömmande som udda. Innebörden av detta är dock inte närmare specificerat i förarbeten utan har lämnats till rättstillämparen att tolka.¹⁷²⁶

Ovan nämndes att det finns en särskild möjlighet i tredje stycket i 5 kap. 3 a § att bevilja uppehållstillstånd till en person som är *anhörig till en anknytningsperson som är skyddsbehövande*. Möjligheten motiveras i förarbeten med att skyddsbehövande personer som regel inte kan besöka hemlandet och därför

¹⁷²⁴ Se exempelvis MIG 2007:1.

¹⁷²⁵ Prop. 2004/05:170, s. 277.

¹⁷²⁶ För en diskussion om vad som avses med ömmande och udda se exempelvis Fohlin, Märta, *Särskild anknytning: en undersökning för att utröna vad som kan anses vara ömmande och udda omständigheter*, Examensarbete Stockholms universitet, 2015.

kan uppleva saknaden av, och oron för, nära anhöriga i hemlandet som särskilt svår. Migrationsöverdomstolen har i ett flertal ärenden tagit ställning till om en anhörig kan beviljas tillstånd på denna grund. Med Migrationsöverdomstolens egna ord är det dock fråga om en mycket restriktiv tillämpning vilket inte minst *MIG 2009:23* vittnar om. Referatet består av tre avgöranden där Migrationsöverdomstolen avslag samtliga efter att ha uttalat att för att uppehållstillstånd ska kunna beviljas så ska den oro anknytningspersonen i Sverige känner för sin anhörige vara av sådant slag att den på något påtagligt sätt försvårat anknytningspersonens möjlighet att anpassa sig till tillvaron i Sverige. Ett av målen som refererats i *MIG 2009:23* rörde en mor som ansökte om uppehållstillstånd pga. anknytning till sin vuxna dotter. Kvinnorna hade varit med om mycket traumatiska händelser i hemlandet Somalia och deras övriga familjemedlemmar hade dödats. Dottern hade lyckats ta sig till Sverige och hade här beviljats uppehållstillstånd pga. skyddsbehov. Hon hade ingen nära anhörig här i Sverige och den sökande modern var hennes enda levande familjemedlem. Majoriteten ansåg dock att den i Sverige bosatta kvinnan skulle kunna besöka sin mor i landet där hon vistades, Etiopien, och menade därmed att det inte fanns skäl att bevilja tillstånd. Ett kammarrättsråd var skiljaktigt men anförde endast kort att "[o]mständigheterna i målet är enligt min bedömning sådana att det föreligger synnerliga skäl att bevilja [modern] uppehållstillstånd".

I de övriga två målen som samtidigt avgjordes av domstolen handlade det om personer bosatta i Sverige som redan hade flera anhöriga bosatta med sig här i landet. I det ena fallet befann sig en man i Sverige tillsammans med sin fru och sina barn när hans mor ansökte om att få återförenas med honom här i landet. Migrationsöverdomstolen bedömde att hans behov av ytterligare stöd i sin tillvaro genom att även hans mor tilläts komma hit fick anses begränsat. Det tredje ärendet gällde en flicka som ansökt om uppehållstillstånd pga. anknytning till sin mor. Flickan hade ansökt tillsammans med sina minderåriga syskon, själv hade hon dock fyllt 18 år vid prövningen. De minderåriga syskonen beviljades uppehållstillstånd enligt 5 kap. 3 § vilken inte omfattade hennes prövning som myndigt barn. Migrationsöverdomstolen avslag flickans ansökan då domstolen menade att genom att flickans mor hade beviljats återförening med tre av sina barn så fick moderns behov av stöd i sin tillvaro från en ytterligare anhörig anses begränsat.

Argumentationen återkommer i det senare målet *MIG 2015:21*. Fallet, som nämnts ovan, rörde en tjugoförårig man vars mor beviljats uppehållstillstånd efter att hon flytt från hans far. Mannens minderåriga syskon hade beviljats uppehållstillstånd på anknytning till modern. Då han själv var vuxen ansågs han dock kunna klara sig själv och något särskilt beroendeförhållande fanns inte. Frågan var då om det kunde anses föreligga synnerliga skäl att bevilja ett uppehållstillstånd. Även här menade Migrationsöverdomstolen dock att då hans

mor redan beviljats återförening med de övriga barnen fick hennes behov av ytterligare stöd i sin tillvaro anses begränsat.

Om anknytning till en skyddsbehövande person inte kan/ska beviljas går prövningen vidare till frågan om uppehållstillstånd ska beviljas för att sökanden har en *annan särskild anknytning* till Sverige. Denna möjlighet ska enligt förarbeten förstås som en ventil som kan användas i varierande situationer.¹⁷²⁷ Som exempel kan nämnas att bestämmelsen använts för att bevilja uppehållstillstånd till ett antal personer som arbetat som tolkar åt svenska militära styrkor i Afghanistan.¹⁷²⁸ Grunden kan således inte enbart åberopas för uppehållstillstånd pga. anknytning till en person bosatt i Sverige. Även om grunden således har bred räckvidd är det avgörande om den situation som aktualiseras uppfyller kravet på att vara såväl ömmande som udda.

I det ovan nämnda fallet *MIG 2007:1*, där en 16-årig flicka ansökte om att få återförenas med sin halvsystemenade Migrationsöverdomstolen att det inte hade framkommit något som gjorde att flickans situation i hemlandet framstod som särskilt utsatt (dvs. ömmande och udda). En domare var dock skiljaktig och menade att flickans unga ålder och det faktum att hon efter fasterns död saknade ett egentligt nätverk i hemlandet innebar att synnerliga skäl för uppehållstillstånd förelåg. En intressant del av domskälen är att majoriteten poängterar att barnets bästa ska beaktas vid bedömningen, lyfter fram att det ofta inte är entydigt ”vad som i den konkreta situationen är det bästa för ett barn” men betonar att ”[u]nder normala förhållanden torde det generellt sett vara bäst för barnet att få vara kvar i sin invanda miljö i hemlandet”. Något resonemang om omständigheterna i det aktuella fallet – de omständigheter den skiljaktige domaren lyfter – följer dock inte i majoritetens skäl.

I *MIG 2008:2* prövade Migrationsöverdomstolen om det fanns synnerliga skäl att bevilja en mormor uppehållstillstånd pga. anknytning till hennes dotter och barnbarn. Domstolen lyfte i sin dom fram att vid bedömningen av om en situation är ömmande och udda kan den betydelse en anhörig har eller har haft i anknytningspersonens liv och även anknytningspersonens situation beaktas. I målet led sökandens (i Sverige bosatta) dotter av en kronisk sjukdom som ledde till ”funktionssvårigheter avseende arbete, mellanmännsliga relationer, omdöme, tankeförmåga och sinnesstämning”. Hon var ensamstående med sin dotter, ett barn som led av en lindrig intellektuell funktionsnedsättning. Migrationsöverdomstolen ansåg att omständigheterna i ärendet var ömmande men att sökandens dotter och barnbarn kunde få hjälp och stöd av såväl myndigheter i Sverige som av dotterns bröder som var bosatta i Sverige. Något

¹⁷²⁷ Prop. 2004/05:170, s. 184 och 277.

¹⁷²⁸ Förvaltningsrätten i Malmö, dom den 7 mars 2016 i mål nr UM 5416-15.

mer utförligt resonemang framkommer inte angående barnets bästa än att domstolen ”vid bedömningen även tagit hänsyn till 1 kap. 10 § utlänningslagen eftersom fallet i viss utsträckning rör barn”.

MIG 2008:13 rörde istället motsatt situation, här var fråga om två barnbarn som ansökte om uppehållstillstånd pga. anknytning till sin i Sverige bosatta mormor. Syskonen åberopade att deras föräldrar inte tog hand om dem utan att de bodde i sin mormors hus där de togs om hand av personer som betalades av mormodern. De personer som skulle se efter barnen uppgavs dock slå barnen samt utföra sexuella aktiviteter framför dem. Migrationsöverdomstolen fann att skälen som åberopats i första hand gällde sociala problem och att sådana generellt sett bör lösas i samråd med hemlandets sociala och/eller polisiära myndigheter. Domstolen menade därför att sociala problem principiellt inte bör utgöra synnerliga skäl för att bevilja uppehållstillstånd. I det enskilda fallet menade domstolen dessutom att barnen hade fler släktingar i hemlandet än sina föräldrar och att det inte heller fanns några hinder för barnens mormor att återvända till dit för att ta hand om barnen där. I målet tog Migrationsöverdomstolen upp barnets bästa på så vis att domstolen hänvisade till förarbetsuttalanden dels om att prövningen av barnets bästa i förhållande till utlänningslagstiftningen inte kan ges så långtgående innebörd att det nästan blir ett eget kriterium att vara barn, dels om att en inställning som innebär att barn regelmässigt anses ha det bäst i Sverige, oavsett språklig, kulturell och nationell bakgrund och tillhörighet, strider mot det synsätt som barnkonventionen ger uttryck för.¹⁷²⁹

Ovan nämndes att Migrationsöverdomstolens praxis innebär att beroendeförhållandet mellan ett barn och dess vårdnadshavare upphör om vårdnadshavaren samtyckt till att barnet flyttar till en anknytningsperson i Sverige. Att så sker behöver dock inte innebära att uppehållstillstånd inte kan beviljas vilket visats genom *MIG 2008:33*. Efter att ha konstaterat att modern samtyckt till att barnet flyttade till sin far i Sverige prövade domstolen om det ändå fanns synnerliga skäl att bevilja henne uppehållstillstånd på anknytning till sin son. Kvinnan, som tidigare hade sökt asyl i Sverige, befann sig här i landet och bodde således redan tillsammans med sin son i Sverige då hon lämnade in sin ansökan, varför fråga dessutom uppkom om hon kunde beviljas undantag från huvudregeln om att ansöka om tillstånd utanför Sverige.

Majoriteten började med att konstatera att kvinnan i och för sig skulle kunna ta med sig sonen tillbaka till hemlandet. Hon var ensam vårdnadshavare och det saknades anledning att anta att deras situation i hemlandet skulle vara utsatt på något sätt. Härefter betonade majoriteten dock att barnets situation sär-

¹⁷²⁹ Migrationsöverdomstolen hänvisar till prop. 1996/97:25, s. 247 och 249.

skilt skulle beaktas i denna typ av ärenden. Efter att ha återgivit förarbetsuttalanden om att vad som är bäst för ett barn ofta inte är entydigt, att det generellt inte kan antas vara till skada för ett barn att följa med sina föräldrar till ett annat land, i synnerhet inte till hemlandet, att det under normala förhållanden generellt sett torde vara bäst för barnet att få vara kvar i sin invanda miljö i hemlandet, att i vilken grad barnet kan antas få bestående skada i sin psykosociala utveckling av att flytta tillbaka till hemlandet ska vara avgörande samt att särskilt avseende ska fästas vid barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna gick Migrationsöverdomstolen in på sin bedömning i det konkreta fallet.

I målet fanns ett utlåtande från en överläkare (specialist i barn och ungdomspsykiatri), en psykolog och en kurator där det framgick att sonens rädsla för att separeras från sin mor yttrade sig genom att han hade henne under ständig uppsikt, hade sömnsvårigheter och endast i korta stunder kunde träffa sin far. Enligt specialisterna hindrade det vuxenansvar han tagit på sig honom allvarligt från att utvecklas. Migrationsöverdomstolen konstaterade att det inte fanns några omständigheter som tydde på att sonen skulle ha någon särskild anknytning till hemlandet, så som syskon eller andra nära anhöriga. Vid en samlad bedömning av vad som framkommit i målet menade Migrationsöverdomstolens majoritet att det fanns sådana udda och ömmande omständigheter att det fanns synnerliga skäl att bevilja barnets mor uppehållstillstånd.

Ett kammarrättsråd var dock skiljaktig och noterade att sonen, som vid prövningen var sju år, hade bott i Sverige i knappt fyra år, att han bodde tillsammans med sin mor, endast korta stunder träffade sin pappa och inte ville sova över hos honom. Då sonens oro och ångest var kopplad till separationen från modern ansåg den skiljaktige inte att det kunde anses oförenligt med sonens bästa att återvända till hemlandet tillsammans med modern. Mot denna bakgrund menade hon att det inte fanns några sådana udda och ömmande omständigheter i ärendet att synnerliga skäl förelåg för uppehållstillstånd.

Att en samlad bedömning kan leda till att udda och ömmande omständigheter anses föreligga återupprepades av domstolen i *MIG 2009:26*. Sökande i målet var en äldre kvinna som ville återförenas med sin i Sverige bosatta vuxna son. Kvinnan som var statslös palestiniern hade av en syrisk domstol dömts till utvisning till ett gränsläger mellan Syrien och Irak. Det uppgavs i målet att det var ostridigt att omständigheterna i lägret var mycket svåra. Migrationsöverdomstolen menade att mot bakgrund av kvinnans ålder, svårigheterna för henne att ordna boende och försörja sig samt den säkerhetsmässiga och humanitära situation som skulle vänta henne i gränslägret så framstod hennes situation som sådan att udda och ömmande omständigheter förelåg.

En tydlig utveckling i Migrationsöverdomstolens praxis under senare år är omnämmandet och tillämpningen av Europakonventionen. Såväl *MIG 2015:21* som *MIG 2016:13* kan nämnas som exempel på avgöranden där domstolen vävt in en prövning av om det kan anses innebära ett brott mot respekten för familjeliv enligt artikel 8 i Europakonventionen att neka uppehållstillstånd.

10.5.3 Anledningar att neka uppehållstillstånd

Även om en person skulle kunna bedömas som att omfattas av den krets som kan beviljas uppehållstillstånd pga. anknytning innebär det inte automatiskt att så kommer att ske. Prövningen är komplex och utöver de skäl som ovan diskuterats kopplade till relationen i sig – exempelvis skenäktenskap, beroendeförhållande osv – kan flera formella skäl – exempelvis avsaknad av processbehörighet – stå i vägen för att en ansökan överhuvudtaget prövas i sak.

10.5.3.1 Krav för att få sin ansökan prövad i sak

10.5.3.1.1 Processbehörighet

Barn är särskilt utsatta för risken att få en ansökan avvisad utan prövning i sak. Enligt svensk praxis har omyndiga barn ingen egen processbehörighet och därför inte heller möjlighet att själva överföra sådan rätt genom fullmakt.¹⁷³⁰ Detta innebär att det krävs att ett barn företräds av en legal ställföreträdare som kan hjälpa barnet att ansöka om uppehållstillstånd på grund av anknytning. Normalt är det vårdnadshavaren alternativt en särskilt förordnad förmyndare som är ett barns ställföreträdare. I vissa situationer går det dock inte att identifiera en legal ställföreträdare. Pondera t.ex. att barnets förälder dött. En annan person kan i en sådan situation påstå sig vara barnets legala ställföreträdare. Kan personen dock inte styrka att så är fallet är påståendet lite värt och barnet anses sakna ställföreträdare med konsekvensen att ingen kan bekräfta barnets ansökan varpå ansökan inte kommer att prövas i sak.¹⁷³¹ För barn som befinner sig i Sverige när de återoppar anknytning uppstår inte samma problem, i dessa situationer finns nämligen lagstiftning på plats att utse en legal ställföreträdare.¹⁷³² En motsvarande möjlighet saknas dock om barnet befinner sig utanför Sverige. I dagsläget blir i sådana situationer kvaliteten på andra länders rättsprocesser och beslutshandlingar avgörande för om en per-

¹⁷³⁰ MIG 2009:17.

¹⁷³¹ Se exempelvis MiÖD:s avgörande UM 9536-10 meddelad 2011-03-17 där Migrationsöverdomstolen konstaterar att de sökande barnen är minderåriga och därför saknar processbehörighet. Pappans handlingar har inte bedömts som tillräckliga för att han ska kunna anses ha visat att han är deras ställföreträdare. Regeringsrätten har meddelat att den som på grund av bristande processbehörighet fått sin talan avvisad i migrationsdomstolen måste kunna utverka Migrationsöverdomstolens prövning av beslutets riktighet, se Regeringsrättens beslut i mål nr 136-10 meddelat i Stockholm den 17 februari 2010. Se även MIG 2010:4.

¹⁷³² Se lag (2005:429) om god man för ensamkommande barn.

son kan styrka ett legalt ställföreträderskap eller inte. Utan en legal ställföreträdare finns ingen möjlighet för barn till uppehållstillstånd oaktat om en sådan finns enligt lagstiftningen. Barnet får överhuvudtaget inte tillgång till prövning vid avsaknad av legal ställföreträdare eftersom ansökan avvisas. Enligt Migrationsöverdomstolen är detta en fråga för lagstiftaren att åtgärda.¹⁷³³

10.5.3.1.2 Identitetskrav

En fråga tätt kopplad till nyss nämnda problem är frågan om identitet. Begreppet identitet är mångtydigt och ofta något diffust. Varken i förarbeten eller i lagstiftning förekommer en juridisk definition, enligt fast praxis i ärenden gällande svenskt medborgarskap, med stöd av vissa förarbetsuttalanden, anses dock identiteten i migrationsrättsliga ärenden som utgångspunkt bestå av sökandens namn, ålder samt, som huvudregel, medborgarskap.¹⁷³⁴

För att en person ska kunna bevisa att denne är ett barns legala ställföreträdare behöver personen normalt kunna visa att hen är den hen utger sig för att vara. Ett beslut om ställföreträderskap i sig anses inte säga särskilt mycket om det inte kan kopplas till en specifik person. I grunden är detta en fråga om att skydda barn från att utnyttjas av personer som felaktigt påstår sig ha en rätt att företräda barnet. Utan kontroller skulle barn exempelvis kunna riskera att utsättas för trafficking. Frågan om identitet är dock inte enbart viktig för bedömningen av ställföreträderskap. Sverige har bl.a. genom Schengensamarbetet en skyldighet att kontrollera vilka som reser in här i landet.¹⁷³⁵

Den svenska utlänningsrätten bygger på en idé att det så långt som möjligt är viktigt att utländska medborgares identiteter är klarlagda.¹⁷³⁶ Något uttalat krav på att identiteten ska vara klarlagd för att uppehållstillstånd ska kunna beviljas saknas i såväl lagtext som förarbeten men Migrationsöverdomstolen har vid ett flertal tillfällen resonerat om frågan om identitet i anknytningsärenden.¹⁷³⁷

I *MIG 2011:11* slog domstolen fast att frågan om identitet är det första som ska prövas i ett anknytningsärende.¹⁷³⁸ I domen poängterade domstolen att även om det inte finns något uttryckligt krav på styrkt identitet i utlänningslagen så ska identiteten som regel vara styrkt i ärenden där uppehållstillstånd söks utifrån Sverige.¹⁷³⁹ Domen gällde en man från Somalia som ansökt om

¹⁷³³ MIG 2009:17.

¹⁷³⁴ Se prop. 1997/98:178, s. 8 f samt s. 15 f, se även MIG 2011:11 samt MIG 2010:17.

¹⁷³⁵ Sverige deltar sedan den 25 mars 2001 fullt ut i det operativa Schengensamarbetet i enlighet med konventionen av den 19 juni 1990 om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna (Schengenkonventionen).

¹⁷³⁶ Jfr exempelvis MIG 2009:1.

¹⁷³⁷ Se exempelvis MIG 2011:11 samt MIG 2012:1. Se även MIG 2018:17.

¹⁷³⁸ MIG 2011:11.

¹⁷³⁹ Se bland annat prop. 1997/98:36, s. 13 f, bet. 1997/98:SfU7 s. 7, prop. 1999/2000:43 samt prop. 1997/98:178, s. 10.

uppehållstillstånd för att kunna återförenas med sin fru i Sverige. Migrationsverket hade avslagit ansökan redan av anledningen att mannen inte kunnat styrka sin identitet och hade inte prövat ansökan i sak. Migrationsdomstolen hade i sin tur beaktat att mannen härstammade ifrån ett land där godtagbara officiella handlingar inte kan erhållas, då centrala myndigheter och folkbokföringssystem saknas. Mot denna bakgrund ansåg domstolen att det skulle vara att gå för långt att uppställa ett generellt krav på klarlagd identitet för att en ansökan om familjeåterförening skulle kunna bifallas. Ett sådant krav skulle få till följd att det för vissa sökande blev i stort sett omöjligt att återförenas vilket migrationsdomstolen inte ansåg överensstämde med lagstiftarens avsikt. Migrationsöverdomstolen instämde dock inte i migrationsdomstolens slutsats utan ansåg istället att Migrationsverkets agerande – att först pröva om identiteten var klarlagd – var korrekt. Som stöd för detta påtalade domstolen bl.a. att regeringen i förarbeten till genomförandet av familjeåterföreningsdirektivet uttalat att en förutsättning för att uppehållstillstånd p.g.a. anknytning ska kunna beviljas är att sökandens identitet är fastställd.¹⁷⁴⁰ Överdomstolen menade även att det inte var möjligt för rättstillämparen att medge generella undantag från kravet på styrkt identitet för vissa grupper av sökande, även om det för dessa grupper finns stora problem med att kunna styrka sin identitet. Domstolen uppmanade istället lagstiftaren att förändra reglerna om man skulle anse att domstolen gjort en felaktig tolkning.

I senare praxis har Migrationsöverdomstolen till viss del frångått dessa uttalanden genom att öppna för att en bevislättnad gällande identiteten kan medges och att det därmed i vissa fall är möjligt att frånga huvudregeln om styrkt identitet i anknytningsärenden och istället nöja sig med att identiteten görs sannolik.¹⁷⁴¹

10.5.3.1.3 Bevislättnad för vissa barnfamiljer

MIG 2012:1 var det första ärendet där Migrationsöverdomstolen medgav en bevislättnad. I målet uttalade domstolen att intresset av att förebygga människohandel och gränsöverskridande brottslighet samt intresset av att skydda barn från ”olagliga eller annars otillbörliga förfaranden från utomstående” motiverar att höga krav ställs på att utländska medborgare styrker sin identitet vid ansökningar om familjeåterförening. Domstolen menade dock likväl att det finns skäl att avvika från huvudregeln om styrkt identitet i situationer där barnets bästa annars riskeras.

¹⁷⁴⁰ Prop. 2005/06:72, s. 68 f.

¹⁷⁴¹ MIG 2012:1, MIG 2014:16, MIG 2016:6, MIG 2016:13 samt MIG 2018:4.

Genom sin praxis har domstolen tagit fram ett flertal kriterier för att en bevislätnad ska kunna medges:¹⁷⁴²

- Personerna som ansöker om återförening måste härstamma från länder där det finns problem att skaffa godtagbara identitetshandlingar, eller där de kan få problem genom att försöka skaffa sådana handlingar
- Familjen måste innehålla (minst) ett gemensamt biologiskt barn
- Släktskapet ska visas genom DNA-analys
- Föräldrarna ska ha levt i hushållsgemenskap innan anknytningspersonen kom till Sverige
- (Relativt) samstämmiga och tillförlitliga uppgifter ska lämnas om familjeförhållandena (däribland personernas identiteter samt tidigare sammanboende).

Ett första krav för att en bevislätnad ska komma i fråga är således att personerna av en anledning som inte beror på dem själva har *svårt att få tag i handlingar* som kan styrka deras identitet. Det anses vanligtvis inte oskäligt att kräva styrkt identitet för personer som härstammar från länder där det går att ordna fram godtagbara handlingar.¹⁷⁴³ I fall där anknytningspersonen är flykting kan det dock vara oproportionerligt att kräva att familjemedlemmarna uppsöker hemlandets myndigheter för att skaffa identitetshandlingar, en bedömning måste då göras utifrån omständigheterna i det individuella ärendet.¹⁷⁴⁴

Krav nummer två – att familjen som vill återförenas måste ha *minst ett biologiskt barn* – är kopplat till att domstolen menar att intresset av att klarlägga personers identitet är starkare om det handlar om vuxna än om barn. Domstolen verkar mellan raderna säga att en proportionalitetsbedömning mellan det allmänna intresset av en generell utlänningskontroll och en vuxen persons intresse av att återförenas med en (vuxen) nära anhörig faller ut på så vis att ett starkt identitetskrav bör upprätthållas. När det gäller avvägningen mellan sådan identitetskontroll och ett barns intresse av att leva med (båda) sina föräldrar säger domstolen i *MIG 2012:1* uttryckligen att en sådan avvägning kan falla ut till fördel för barnet. Det är således respekten för barnets bästa som ansetts leda till att identitetskravet ibland kan få stå tillbaka. Att ansökan måste omfatta (minst) ett *biologiskt* barn för att en bevislätnad ska kunna vara aktuell är kopplat till intresset av att skydda barnet. I fall där en bevislätnad aktualiseras kan de inblandade personerna inte styrka sin identitet. Därmed kan personerna inte heller styrka ställföreträdarskap för barnet. I syfte att skydda barnet har Migrationsöverdomstolen därför ansett att *DNA-bevisning* krävs. En DNA-

¹⁷⁴² MIG 2012:1, MIG 2014:16, MIG 2016:6, MIG 2016:13 samt MIG 2018:4.

¹⁷⁴³ MIG 2012:1.

¹⁷⁴⁴ Se MIG 2018:4.

analys kan dock inte visa identitet, enbart släktskap. Genom en DNA-analys som visar på att de vuxna personerna är barnets biologiska föräldrar konstrueras dock ett ställföreträdarskap på så vis att de biologiska föräldrarna presumeras vara vårdnadshavare. För barn som inte är biologiska barn till de (påstådda) föräldrarna kan DNA-analys inte på samma vis användas för att säkerställa föräldraskap, därav anses inte heller ställföreträdarskap kunna presumeras i sådana fall. I samband med att möjligheten till DNA-analys infördes i svensk lag uttalades i förarbeten att detta inte fick innebära att adoptivbarn och fosterbarn i större utsträckning nekades återförening. Istället angavs att i situationer där DNA-analys inte kan användas som bevisning för släktskap skulle ”annan utredning, t.ex. adoptionsbevis och sökandens och andra personers berättelser, utgöra grund för prövningen av ansökan”.¹⁷⁴⁵ Någon möjlighet till bevislättnad för icke-biologiska barn finns dock för närvarande inte enligt svensk praxis.

Som nämndes ovan anser Migrationsöverdomstolen generellt att allmänintresset av identitetskontroll är större och väger tyngre än intresset av familjeåterförening när det enbart gäller vuxna personer som vill återförenas. I *MIG 2012:1* anförde domstolen dock att i fall ”där en förälder till ett barn söker uppehållstillstånd på grund av anknytning till den andre föräldern och föräldrarna har levt i hushållsgemenskap innan anknytningspersonen kom till Sverige bör, enligt Migrationsöverdomstolens mening, en individuell bedömning göras”. Det får antas att uttalandet är avsett att peka på att det i dessa fall kan finnas skäl att gå ifrån den generella slutsatsen att intresset av identitetskontroll väger tyngre än rätten att få bo tillsammans med sin familj. Domstolen fortsätter nämligen med att betona att den individuella bedömningen bör avse ”bl.a. frågan om det kan anses proportionerligt att ställa ett högt beviskrav mot bakgrund av de motstående intressenas tyngd”.

Varför Migrationsöverdomstolen valt att betona att föräldrarna ska ha sammanlevt före det att anknytningspersonen kom till Sverige är inte helt tydligt i Migrationsöverdomstolens praxis. *Frågan om sammanlevande* har dock visat sig ha stor betydelse för om en bevislättnad kan beviljas och har behandlats i de efterföljande målen *MIG 2014:16* och *MIG 2016:6*. I *MIG 2014:16* förtydligade Migrationsöverdomstolen att det inte är en förutsättning för bevislättnad rörande en sökande förälders identitet att även barn(en) levt tillsammans med föräldrarna utomlands före anknytningspersonens ankomst till Sverige. Att föräldrarna måste ha sammanbott utomlands har dock förtydligats genom *MIG 2016:6*. I målet var anknytningspersonen en svensk medborgare ursprungligen från Somalia. Mannen var gift och hade ett biologiskt barn tillsammans med sin fru. Att det var paret gemensamma barn var visat genom en DNA-analys. Mannen och hans fru hade dock träffats först då han redan varit bosatt i Sverige i 16 år. Paret hade träffats då mannen besökt Etiopien.

¹⁷⁴⁵ Prop. 2005/06:72, s. 71.

Mannen hade sedan det första besöket hos frun återvänt ytterligare tre gånger. Respektive besök hade varat mellan tre veckor och en månad men paret hade aldrig stadigvarande bott tillsammans utomlands. Migrationsöverdomstolen konstaterade mot bakgrund av detta att kvinnan och hennes make inte hade levt tillsammans i hushållsgemenskap innan maken kom till Sverige och att hon därmed enligt svensk praxis inte kunde beviljas en bevislättnad gällande identitetskravet. Härefter anförde Migrationsöverdomstolen dock även att en bedömning måste göras av om beslutet kunde anses strida mot artikel 8 i Europakonventionen. Domstolens uttalande får anses peka på att även i situationer där en bevislättnad inte medges kan det finnas skäl att bevilja uppehållstillstånd om beslutet annars skulle strida mot Europakonventionen. Konstruktionen av domstolens argumentation är något märklig då de faktorer som bör beaktas enligt artikel 8 även borde ingå i den proportionalitetsbedömning som bör göras kring om en bevislättnad kan medges. Migrationsöverdomstolen ansåg dock inte att dess slutsats i *MIG 2016:6* kunde innebära en otillåten kränkning av artikel 8. Detta då domstolen gjorde bedömningen att familjer som inte kan anses ha haft "[n]ågra objektivt sett berättigade förväntningar på att de skulle kunna leva tillsammans som en familj här [i Sverige]" inte skulle ha rätt till återförening enligt Europadomstolens praxis.¹⁷⁴⁶ Migrationsöverdomstolen nämner dock inte den del av Europadomstolens praxis som ibland kallas "the elsewhere test", dvs. prövningen av om familjen hade möjlighet att sammanbo på en annan plats än Sverige. I målet var ju den svenska medborgaren i grunden en person som flytt Somalia och därmed en person som ansetts ha skyddsbehov gentemot sitt hemland. Även kvinnan var i grunden somalisk medborgare. Det framkommer inte av Migrationsöverdomstolens dom om domstolen utrett möjligheterna för familjen att bosätta sig tillsammans i Etiopien. Inte heller framkommer om domstolen undersökt hur detta utfall står sig i relation till EU-rätten och då kanske framförallt möjligheten för mannen att utöva sitt unionsmedborgarskap.

Migrationsöverdomstolens slutsats innebar att barnet och dess far kunde bosätta sig i Sverige men däremot inte barnets mor. En mycket intressant aspekt är att Migrationsöverdomstolen trots detta faktum överhuvudtaget inte resonerar kring barnets bästa i sin dom.

En sista omständighet som tillmätts betydelse för om en bevislättnad kan medges är i vilken utsträckning den sökande och anknytningspersonen lämnat genomgående *samstämmiga och tillförlitliga uppgifter*. Frågan behandlades närmare i *MIG 2016:13* – ett mål där de två oförenligheter fanns i de lämnade uppgifterna. Dels rörde det sig om uppgifter kopplade till om föräldrarna och

¹⁷⁴⁶ Migrationsöverdomstolen hänvisar till Europadomstolens dom i målet *Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Förenade kungariket*, (dom den 28 maj 1985, appl. no. 9214/80, 9473/81 och 9474/81).

deras barn bott för sig själva i Somalia eller om de bott tillsammans med makens ursprungsfamilj, dels omfattade ursprungsansökan två barn som sedermera, via DNA-analys, visade sig vara ej biologiska barn till paret. Migrationsöverdomstolen ansåg att den första omständigheten var av mindre relevans. Det faktum att makarna angett att de var föräldrar till två barn som inte var deras biologiska barn ansågs ”betydligt allvarigare”. När Migrationsöverdomstolen prövade frågan om återförening fanns dock dessa barns ansökningar inte längre med. Utan någon djupare analys konstaterar domstolen att uppgifterna inte kan anses vara avgörande vid en proportionalitetsbedömning. En bevislättning kunde därmed ändå beviljas. Av domstolens domskäl får slutsatsen dras att vissa oförenligheter kan vara acceptabla, en bedömning i det enskilda fallet måste således göras.

Av samma rättsfall framkommer att även vuxna barn kan omfattas av bevislättningen. I *MIG 2016:13* var sex av sju barn minderåriga. Efter att domstolen konstaterat att dessa sex barn och deras föräldrar kunde beviljas en bevislättning gjordes en proportionalitetsbedömning avseende det sjunde, myndiga, barnet. Migrationsöverdomstolen konstaterade att samma förhållanden gällde för detta vuxna barn som för hennes anhöriga. Domstolen betonade att dessa anhöriga nu beviljats permanent uppehållstillstånd i Sverige och ansåg att proportionalitetsbedömningen utföll på så vis att även den myndiga dottern skulle omfattas av bevislättningen.

Konsekvensen av att en bevislättning medges är att beviskravet för identiteten sänks från att behöva styrkas till att det räcker med att identiteten görs sannolik.

10.5.3.1.4 Passkrav

En fråga som är tätt kopplad till den om identitet är frågan om pass. I 2 kap 1 § utlänningslagen anges att en utländsk medborgare som reser in i eller vistas i Sverige ska ha pass. Syftet med passkravet är att säkerställa såväl generell utlänningskontroll som den individuella identiteten på de utlänningar som reser in i och vistas i Sverige.¹⁷⁴⁷ Som huvudregel måste en utländsk medborgare därför ha pass för att kunna beviljas uppehållstillstånd i Sverige. Undantag från kravet på pass kan medges om en uttrycklig bestämmelse i lag anger att pass inte krävs eller genom att regeringen meddelar undantag från det principiella passkravet. I utlänningsförordningen finns t.ex. reglerat att personer som har permanent uppehållstillstånd i Sverige inte behöver ha ett pass för att vistas här.¹⁷⁴⁸ Under den tid den tillfälliga lagen är ikraft (20 juli 2016-19 juli 2021) gäller undantaget även för de som har uppehållstillstånd som tidsbegränsats

¹⁷⁴⁷ Jfr MIG 2009:1.

¹⁷⁴⁸ 2 kap. 1 § utlänningsförordningen.

enligt den lagen.¹⁷⁴⁹ Enligt den ordinarie utlänningslagen kan dock inte tidsbegränsade uppehållstillstånd meddelas till personer som inte har ett giltigt pass. Som ska belysas närmare nedan kan såväl permanenta som tillfälliga uppehållstillstånd beviljas p.g.a. anknytning. Migrationsöverdomstolen har varit tydlig med att för att sådana tillfälliga tillstånd ska kunna beviljas måste sökanden ha ett pass.¹⁷⁵⁰ I sammanhanget bör dock nämnas att den svenska utlänningsrätten medger att svenska migrationsmyndigheter utfärdar s.k. främlingspass till utländska medborgare som inte har något pass och som saknar möjlighet att skaffa ett sådant eller om det annars finns särskilda skäl för att ett främlingspass bör utfärdas.¹⁷⁵¹

10.5.3.2 Krav för att ansökan ska kunna beviljas

Ovan nämndes att regleringen om anknytning är uppdelad på (i huvudsak) två bestämmelser i utlänningslagen. En viktig anledning till denna uppdelning är att det finns en betydande skillnad i styrka mellan bestämmelsen i 5 kap. 3 § och den i 5 kap. 3 a §. Av 3 § – som bygger på familjeåterföreringsdirektivet – framgår direkt av lagstiftningen att presumtionen är att uppehållstillstånd ska beviljas till den krets anhöriga som omfattas av bestämmelsen. En svagare formulering återfinns i 3 a § – en nationellt utformad bestämmelse – som istället är formulerad på så vis att uppehållstillstånd *får* beviljas.

10.5.3.2.1 Enligt 5 kap. 3 §

När det gäller den starkare bestämmelsen är det uteslutande de anledningar som listas i 5 kap. 17-17 b §§ utlänningslagen som kan bryta presumtionen om att uppehållstillstånd ska beviljas. Anledningarna bygger på de som framgår av familjeåterföreringsdirektivet och innebär att endast i två situationer ska uppehållstillstånd undantagslöst nekas; 1) om sökanden är ett barn och medgivande saknas av den ena föräldern då båda föräldrarna är vårdnadshavare för barnet,¹⁷⁵² och 2) om anknytningspersonen är gift med en person som hen redan sammanlever med i Sverige, i sådana situationer ska tillstånd vägras en ytterligare partner som ansöker om tillstånd till anknytningspersonen.¹⁷⁵³ Andra omständigheter som *får* beaktas men som inte nödvändigtvis behöver leda till ett nekat tillstånd är om oriktiga uppgifter medvetet lämnats eller omständigheter som är av betydelse för att få uppehållstillståndet medvetet undanhållits, om en adoption genomförts eller ett äktenskap eller samboförhåll-

¹⁷⁴⁹ Ibid, 2 kap. 1 a §.

¹⁷⁵⁰ Se exempelvis MIG 2007:54 där en man nekades uppehållstillstånd p.g.a. anknytning till sin här bosatta maka redan på den grunden att han saknade pass. Se även MIG 2007:30.

¹⁷⁵¹ 2 kap. 1 a § utlänningslagen. Migrationsverkets beslut om främlingspass får överklagas om frågan om främlingspass behandlats i samband med ett beslut om avslag på en ansökan om uppehållstillstånd, se ibid, 14 kap. 6 a §.

¹⁷⁵² Ibid, 5 kap. 17 § andra stycket.

¹⁷⁵³ Ibid, 5 kap. 17 b §.

lande inletts uteslutande i syfte att beviljas uppehållstillstånd, om makarna eller samborna inte lever tillsammans eller inte har sådan avsikt, om anknytningspersonen eller sökanden är gift eller sambo med någon annan samt om sökanden utgör ett hot mot allmän ordning och säkerhet. I den ordinarie utlänningslagen anges även att uppehållstillstånd får nekas om någon av makarna eller samborna är minderåriga. I den tillfälliga lagen har denna åldersgräns höjts för sökande som återoppar anknytning till en flykting eller en alternativt skyddsbehövande som har beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt den tillfälliga lagen.¹⁷⁵⁴ Under denna period får tillstånd vägras om någon av makarna eller samborna som omfattas av lagstiftningen är under 21 år gamla.¹⁷⁵⁵

Även om nyss nämnda omständigheter innebär att uppehållstillstånd *får* nekas anges att hänsyn ska tas till sökandens övriga levnadsomständigheter och familjeförhållanden vid bedömningen av om tillståndet *bör* nekas.¹⁷⁵⁶

Migrationsöverdomstolen har i ett flertal mål haft anledning att ta ställning till om uppehållstillstånd ska nekas trots presumtionen för tillstånd. Domstolen tog exempelvis ställning till ett av de två starkare skälen att avslå, närmare bestämt frågan om avsaknad av medgivande från vårdnadshavare i *MIG 2015:8*. Målet rörde två bröder från Afghanistan som ansökt om att få återförenas med sin i Sverige bosatta mor. Avgörande i målet var frågan om bröderna kunde anses ha gjort sannolikt att deras mor var ensam vårdnadshavare för dem och att det därmed inte behövdes ett medgivande från den andra vårdnadshavaren.

Bröderna uppgav att deras far var död vilket enligt landinformation om Afghanistan vanligen innebär att vårdnaden går över från fadern till faderns familj, dvs. inte till modern. Migrationsöverdomstolen konstaterade att formuleringen i 5 kap. 17 § utlänningslagen skiljer sig mot familjeåterföreningsdirektivet på så vis att medgivande enligt utlänningslagen endast behöver inhämtas från en annan vårdnadshavare om denne också är barnets förälder.

Migrationsverket menade dock att bröderna inte lyckats bevisa att deras far hade avlidit. Fråga uppkom härmed angående vilket beviskrav som ska ställas

¹⁷⁵⁴ Tidsbegränsning enligt 5 eller 16 a § lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

¹⁷⁵⁵ Ibid, 6 § första stycket. Se avsnitt 10.4.2 om familjeåterföreningsdirektivet ovan angående möjligheten att höja åldern till just 21 år.

¹⁷⁵⁶ 5 kap. 17 a 3 stycket § utlänningslagen. I 13 § lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige finns en mer allmän skrivning om att i det fall uppehållstillstånd på grund av anknytning inte kan ges på någon annan grund, ska ett sådant tillstånd beviljas en utlänningsperson som inte befinner sig i Sverige om ett beslut att neka uppehållstillstånd skulle strida mot ett svenskt konventionsåtagande.

på uppgiften att en person, t.ex. en nära anhörig till den som ansöker om uppehållstillstånd, är död. Migrationsöverdomstolen påpekade att det i många länder finns goda möjligheter att få fram handlingar som visar på att en person är avliden och menade att det får anses vara en omständighet som kan få stor betydelse vid bedömningen av om det är möjligt att bevilja ett uppehållstillstånd. Mot denna bakgrund ansåg domstolen att utgångspunkten måste vara att höga krav ställs på bevisningen. Domstolen nöjde sig dock inte med detta konstaterande utan hänvisade härefter till sin praxis om bevislättning i frågan om identitet. I likhet med vad som motiverat denna bevislättning menade domstolen att det för människor från vissa länder i praktiken kunde vara omöjligt att få fram nödvändig dokumentation för att styrka ens påstående, i detta fall att en person är avliden. Med hänvisning till rätten till familjeliv i artikel 8 i Europakonventionen ansåg Migrationsöverdomstolen därför att det i ett fall som *MIG 2015:8* fanns skäl att sänka beviskravet och nöja sig med om uppgiften om ett dödsfall kunde göras sannolik. Efter att ha bedömt att bröderna, främst genom samstämmiga uppgifter, lyckats göra uppgiften om faderns död sannolik konstaterade Migrationsöverdomstolen att det inte fanns något utrymme enligt svensk rätt att kräva medgivande från en annan vårdnadshavare som inte också var förälder. Pojkarnas mor var därmed den enda vårdnadshavare som skulle kunna omfattas av kravet. Brödernas ansökan om att få återförenas med sin mor skulle således beviljas.

Migrationsöverdomstolen har även haft anledning att pröva frågan om månggifte, dvs. närmare bestämt den situation att anknytningspersonen är gift med, och önskar samleva med, flera personer. I lagtexten finns som nämndes ovan en bestämmelse om att uppehållstillstånd trots presumtionen för tillstånd ska vägras om anknytningspersonen "är gift med en annan person och sammanlever med den personen i Sverige". När Migrationsöverdomstolen i *MIG 2016:26* tog upp frågan var dock situationen något annorlunda. Målet rörde två kvinnor som var gifta med samma, i Sverige bosatta, man. Det var ostridigt att mannen var gift med båda kvinnorna, frågan var dock hur ansökningarna om återförening skulle hanteras då maken inte sammanlevde med någon av sina fruar i Sverige vid prövningstillfället och då ansökningarna hade lämnats in samtidigt. Migrationsöverdomstolen konstaterade att något krav att vägra tillstånd inte förelåg enligt lagstiftningen. Eftersom mannen inte redan sammanlevde med en fru i Sverige träffades situationen inte av den absoluta bestämmelsen i 5 kap. 17 b §. Frågan var därför om uppehållstillstånd borde nekas med stöd av 5 kap. 17 a § andra stycket 2 utlänningslagen där det anges att tillstånd får nekas om anknytningspersonen är gift eller sambo med någon annan än den sökande.

Migrationsöverdomstolen började med att betona att intresset av att förhindra månggifte är starkt förankrat i svensk rätt. Det kommer till uttryck genom förbudet mot tvegifte i 2 kap. 4 § äktenskapsbalken, genom kriminaliseringen av

detsamma i 7 kap. 1 § brottsbalken samt även genom familjeåterföreningsdirektivet. Domstolen lyfte särskilt fram att i direktivets skäl 11 framkommer att de strikta åtgärder som kan användas mot återförening av familjemedlemmar i polygama hushåll motiveras av såväl kvinnors som barns rättigheter. Mot denna bakgrund ansåg Migrationsöverdomstolen att bestämmelsen i 5 kap. 17 a § andra stycket 2 skulle anses vara tillämplig i situationer som den aktuella. Detta då förbudet mot uppehållstillstånd vid polygama äktenskap annars i stort sett skulle bli verkningslöst. Även då Migrationsöverdomstolen konstaterat att utrymmet för att bevilja uppehållstillstånd för flera makar/sambos i ett polygamt hushåll är begränsat behövde domstolen se närmare på sökandenas ”övriga levnadsomständigheter och familjeförhållanden”. Bestämmelsen i 5 kap. 17 a stadgar ju endast att uppehållstillstånd *får* nekas, inte att så måste göras.

När kvinnorna lämnat in sina ansökningar om uppehållstillstånd pga. anknytning till maken var deras barn medsökande. Barnens ansökningar beviljades av Migrationsverket då kvinnorna gett sitt medgivande till att barnen fick bosätta sig med fadern även om deras ansökningar avslogs. Vid prövningen i Migrationsöverdomstolen var barnen bosatta i Sverige tillsammans med sin far. Migrationsöverdomstolen uttalade att den hade att ta ställning till vilken inverkan principen om barnets bästa skulle ha på frågan om kvinnorna skulle beviljas uppehållstillstånd men nöjde sig efter detta konstaterande med att endast kort yttra att den ansåg att barnets bästa väger mindre tungt än samhällets intresse av att motverka månggifte.

Slutligen gjorde domstolen en tolkning av Europadomstolens praxis och menade att denna inte utgjorde hinder för att neka tillstånd. Det ärende Migrationsöverdomstolen främst hänvisar till rör en flicka från Bangladesh vars mor nekats återförening då flickans far var gift med en annan kvinna som också var bosatt tillsammans med honom i Storbritannien.¹⁷⁵⁷ Intressant att notera är att det förmodligen går att argumentera för att den familjen skulle kunna bosätta sig tillsammans i ursprungslandet Bangladesh. I det mål som prövades av Migrationsöverdomstolen kom familjemedlemmarna dock ursprungligen från Syrien, ett land dit ingen vid tillfället för Migrationsöverdomstolens prövning fick utvisas pga. säkerhetsläget i landet. I ljuset av Europadomstolens praxis kan det inte framstå som särskilt kontroversiellt att påtala att möjligheten för barnen i *MIG 2016:26* att bo tillsammans med sina mödrar i något annat land än Sverige i vart fall borde ha diskuterats.

¹⁷⁵⁷ *Bibi mot Förenade kungariket* (beslut den 29 juni 1992, appl. no. 19628/92). Migrationsöverdomstolen anger namnet på beslutet som R.B. mot Förenade kungariket, i Europadomstolens databas Hudoc är ärendet dock återgivet under namnet *Bibi mot Förenade kungariket*.

En intressant aspekt att notera i sammanhanget är att EU-kommissionen i sina rekommendationer angående rörlighetsdirektivet särskilt lyft fram att staterna inte kan undvika sin skyldighet att ta korrekt hänsyn till barns intressen genom att hänvisa till att Europadomstolen i sin praxis yttrat att stater inte behöver erkänna polygama äktenskap.¹⁷⁵⁸ På så vis har kommissionen förtydligt att även barn inom polygama äktenskap har rätt att få sina rättigheter respekterade/beaktade.

Som nämndes ovan kan uppehållstillstånd även i andra situationer komma att nekas trots att ett civilrättsligt äktenskap föreligger. Migrationsöverdomstolen har i ett flertal fall prövat olika aspekter som kan få denna effekt.

I *MIG 2007:38* behandlade Migrationsöverdomstolen frågan att en ansökan får nekas, trots presumtionen för tillstånd vid äktenskap, om det kan konstateras att makarna inte lever tillsammans som gifta eller inte har för avsikt att göra så. Målet rörde en ansökan från en man om att få återförenas med sin i Sverige bosatta fru och deras två gemensamma barn. Bakgrunden till att frun och barnen befann sig i Sverige var att de känt sig hotade av mannen i hemlandet. Migrationsöverdomstolen ansåg att omständigheterna i målet med styrka talade för att frun inte hade för avsikt att leva tillsammans med sin man. Intressant nog resonerar domstolen inte mer om anknytningen mellan mannen och hans barn än att mycket kort konstatera att ”Migrationsöverdomstolen har funnit att det inte kan anses vara oförenligt med barnens bästa att vägra [mannen] uppehållstillstånd.” Någon separat prövning av mannens möjlighet till uppehållstillstånd pga. anknytning till barnen sker således inte. Inte heller specificeras närmare vad som ingått i bedömningen av barnets bästa och hur en eventuell avvägning mot andra rättsligt relevanta intressen gjorts.

Även det senare målet *MIG 2013:14* rörde frågan om avsikt att leva tillsammans. I målet hade makarna uppgett att de initialt skulle bo på olika orter i Sverige varpå Migrationsverket avslagit ansökan. Migrationsöverdomstolen menade dock att en samlad bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet måste göras. Enbart det faktum att makarna inte omedelbart tänkt bosätta sig tillsammans kunde enligt domstolen inte antas innebära att de saknade avsikt att leva tillsammans.

Att äktenskap ingåtts uteslutande i syfte att ge en sökande rätt till uppehållstillstånd är ytterligare en anledning till att presumtionen om tillstånd kan brytas. Migrationsöverdomstolen har dock slagit fast att för att få neka tillstånd

¹⁷⁵⁸ KOM(2009) 313 slutlig, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet och Rådet om vägledning till ett bättre införlivande och en bättre tillämpning av direktiv 2004/38/EG om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier (Text av betydelse för EES), Bryssel den 2 juli 2009, s. 4.

krävs det att Migrationsverket utifrån objektiva grunder kan göra sannolikt att äktenskapet ingåtts i sådant syfte.¹⁷⁵⁹ I *MIG 2007:60* hade Migrationsverket åberopat att sökanden sedan tidigare visat ett starkt intresse av att få uppehållstillstånd i Sverige vilket Migrationsöverdomstolen inte i sig ansåg vara tillräcklig grund att ifrågasätta äktenskapet.

I *MIG 2007:19* nekades en utländsk kvinna uppehållstillstånd på anknytning till sin i Sverige bosatte make dels då maken parallellt med äktenskapet varit sambo med en annan kvinna i Sverige, dels då denne lämnat oriktiga uppgifter och förtigit omständigheter om sin familjerättsliga status som varit av betydelse för hustruns möjlighet att få uppehållstillstånd. Såväl anknytningspersonens beteende som den sökandes beteende kan således innebära att ett tillstånd nekas.¹⁷⁶⁰

Frågan om betydelsen av oriktiga uppgifter var aktuell även i *MIG 2008:37*. Målet rörde en kvinna som ansökt om att få återförenas med hennes i Sverige bosatte make. Medsökande till kvinnan var fem gemensamma barn till paret. Fyra av barnen uppgavs vara minderåriga vid ansökningstillfället men fick senare genomgå en medicinsk åldersbedömning bestående av en fysisk undersökning, tandröntgen samt benröntgen. Resultatet av bedömningen var att samtliga barn som undersökts var fyra till åtta år äldre än vad som uppgett. Migrationsöverdomstolen ifrågasatte inte själva äktenskapet men menade att kvinnans ansökan måste bedömas i sammanhang med de medsökande personernas. Migrationsöverdomstolen konstaterade att det inte går att ange en exakt ålder genom medicinsk åldersbedömning samt att det är ”allmänt känt att födelsedata inte registreras eller nedtecknas med samma noggrannhet i Afghanistan som i många andra länder”. Domstolen fann det dock ”inte rimligt att anta att barnens föräldrar skulle ta fel på barnens åldrar i sådan utsträckning som det här är fråga om” och menade därmed att det fick anses uteslutet att föräldrarna av misstag lämnat oriktiga uppgifter om barnens ålder. Även om de oriktiga uppgifterna således inte rörde äktenskapet utan barnens ålder menade Migrationsöverdomstolen att de fick anses vara av betydelse för bedömningen av kvinnans rätt till uppehållstillstånd. Samtliga sökande nekades uppehållstillstånd. Intressant att notera är att vid Migrationsöverdomstolens prövning hade samtliga barn blivit myndiga enligt den medicinska åldersbedömningen. Inget särskilt resonemang fördes om deras situation, domstolen nöjde sig med att konstatera att de nu var vuxna och uttalade därefter (utan närmare motivering) att ett särskilt beroendeförhållande saknades mellan dem och deras far.

¹⁷⁵⁹ *MIG 2007:60*.

¹⁷⁶⁰ Se även *MIG 2007:7* där Migrationsöverdomstolen konstaterar att vid prövning av en ansökan om uppehållstillstånd kan uppgifter av vikt återfinnas i såväl sökandens dossié hos Migrationsverket som i anknytningspersonens dossié (förutsatt att denne tidigare varit föremål hos Migrationsverket).

Även *MIG 2014:5* rör en situation där föräldrarna i målet bedömts ha lämnat oriktiga uppgifter. Ärendet rörde en man som ansökte om att få återförenas med sin fru och deras två gemensamma barn vilka alla tre (numera) var svenska medborgare bosatta i Sverige. Frågan i målet var om de uppgifter som framkommit om att frun beviljats uppehållstillstånd i Sverige på oriktiga grunder kunde innebära att maken nu skulle nekas tillstånd. Överdomstolen landade i slutsatsen att oriktiga uppgifter inte måste ha lämnats i samband med den aktuella ansökan, även oriktiga uppgifter som lämnats i samband med en annan ansökan, t.ex. anknytningspersonens ansökan om uppehållstillstånd, kan således utgöra skäl att vägra uppehållstillstånd. Mot bakgrund av att Migrationsöverdomstolen ansåg att det framkommit starka skäl som talade för att den relation som lett till att kvinnan beviljats uppehållstillstånd var en skenrelation nekades således mannen tillstånd, även om domstolen inte ifrågasatte att hans äktenskap med kvinnan var giltigt. När det gäller parets gemensamma barn uttalade domstolen att mannen lämnat sitt medgivande till att barnen bosatt sig i Sverige vilket medfört att det särskilda beroendeförhållande som förelegat mellan honom och barnen hade brutits.¹⁷⁶¹ Domstolen fann inte heller att det på annan grund gick att bevilja mannen uppehållstillstånd pga. sin anknytning till barnen. Mannen själv hade fört fram att om hans ansökan nekades skulle familjen för all framtid förnekas rätten att bo tillsammans i Sverige och hävdade att beslutet stred mot barnkonventionen. Migrationsöverdomstolen konstaterade dock att det inte finns någon ovillkorlig rätt till familjeåterförening i Sverige, varken som en följd av familjeåterföreningsdirektivet, utlänningslagen eller Europakonventionen och menade att det faktum att barnen numera var svenska medborgare saknade betydelse i sammanhanget. Trots att mannen specifikt åberopat barnkonventionen tar domstolen varken upp konventionen i dess helhet eller principen om barnets bästa i sina domskäl. Inte heller beslutets eventuella påverkan på barnens unionsmedborgarskap diskuteras i domen.

10.5.3.2.2 Enligt 5 kap. 3 a §

När det gäller den fakultativa bestämmelsen i 5 kap. 3 a § utlänningslagen finns inte samma utgångspunkt att uppehållstillstånd ska beviljas. Det innebär att utrymmet att beakta diverse olika faktorer som talar emot uppehållstillstånd är större enligt denna bestämmelsen än enligt 5 kap. 3 §. Vissa omständigheter har dock särskilt lyfts fram i lagtext. Uppehållstillstånd ska undantagslöst nekas om medgivande av båda föräldrarna saknas om båda föräldrarna är vårdnadshavare för ett barn som ansöker om uppehållstillstånd pga. anknytning till sin förälder eller dennes maka/make/sambo.¹⁷⁶² Dessutom anges att brottslighet och misskötsamhet särskilt ska beaktas. Inte enbart brottslighet relaterad

¹⁷⁶¹ Synsättet att ett beroendeförhållande mellan ett barn och dess föräldrar bryts om föräldern går med på att barnet söker uppehållstillstånd i Sverige har upprepats i bl.a. *MIG 2014:7*.

¹⁷⁶² 5 kap. 17 § andra stycket utlänningslagen.

till den sökande själv, enligt lagstiftningen ska det nämligen specifikt beaktas om det kan antas att sökanden eller sökandens barn skulle bli utsatta för våld eller annan allvarlig kränkning av sin frid och frihet om uppehållstillstånd beviljas.¹⁷⁶³

I *MIG 2008:41* nekades en kvinna uppehållstillstånd pga. anknytning till sin partner av denna anledning. Kvinnans partner var tidigare dömd för att ha försökt döda sin bror samt hade vid två olika tillfällen dömts för misshandel av olika kvinnor. Även om det gått nio år sedan mannen senast dömts menade Migrationsöverdomstolen att den brottslighet mannen var dömd för var av mycket allvarlig art och dessutom hade varit riktad mot närstående personer. Mot denna bakgrund kom domstolen till slutsatsen att det fanns risk att även kvinnan skulle utsättas om uppehållstillstånd beviljades.

Målet kan jämföras med *MIG 2012:3*, en jämförelse som tydligt visar på skillnaden mellan om ett ärende faller in under den starkare bestämmelsen i 5 kap. 3 § eller den svagare bestämmelsen i 5 kap. 3 a §. I *MIG 2012:3* ansökte en kvinna och hennes son om att beviljas uppehållstillstånd pga. anknytning till kvinnans partner. Ansökan avslogs initialt då Migrationsverket bedömde att kvinnan och hennes son löpte risk att skadas av mannen om de beviljades uppehållstillstånd. Mannen var tidigare dömd för att ha utsatt sin exfru och sina barn för bl.a. misshandel, grov kvinnofridskränkning och sexuellt ofredande. Beslutet överklagades och innan ärendet prövades i migrationsdomstolen gifte sig paret. I och med giftermålet var bestämmelsen om att neka tillstånd pga. risk för våld inte längre tillämplig. Den gäller nämligen inte i ärenden som omfattas av 5 kap. 3 §, ärenden där en presumtion för tillstånd finns. Migrationsdomstolen ansåg dock att ansökan ändå kunde nekas – med hänvisning till principen om barnets bästa. Med motiveringen att det ”inte kan vara lagstiftarens mening att den hänsyn som ska tas till ett barns bästa ska vara beroende av vårdnadshavarens civila status” avslog domstolen ansökan om uppehållstillstånd. Frågan kom därefter att prövas i Migrationsöverdomstolen som beslutade att bevilja ansökan. Migrationsöverdomstolen menade nämligen att det av förarbetsuttalanden följer att syftet med att införa principen om barnets bästa i 1 kap. 10 § utlänningslagen var att ”bestämmelsen skulle tillämpas på så sätt att hänsynen till barnets bästa ska genomsyra tillämpningen av utlänningslagens bestämmelser”. Enligt överdomstolens mening kunde däremot principen om barnets bästa inte självständigt tillämpas för att vägra uppehållstillstånd. Det framgår inte av domen om anknytningspersonen var svensk medborgare eller tredjelandsmedborgare. Om anknytningspersonen var tredjelandsmedborgare betyder det att ansökningarna omfattas av familjeåterföreningsdirektivet. Var så fallet hade det kunnat vara intressant om domstolen

¹⁷⁶³ Ibid, första stycket.

begärt ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att få klarhet i om direktivet är menat att tolkas på detta vis. Inte minst i ljuset av bestämmelsen om barnets rättigheter i EU:s rättighetsstadga.

10.5.3.3 Begränsning enligt den tillfälliga lagen

Under perioden 20 juli 2016 till 19 juli 2021 gäller som bekant en kompletterande tillfällig utlänningslag. Enligt denna lag är möjligheten till uppehållstillstånd pga. anknytning inskränkt i jämförelse med vad som presenterats ovan. Upphållstillstånd enligt 5 kap. 3 a § utlänningslagen ska under denna period inte beviljas om anknytningspersonen är flykting eller alternativt skyddsbehövande som beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt den tillfälliga lagen.¹⁷⁶⁴ Den starkare bestämmelsen i 5 kap. 3 § utlänningslagen får däremot tillämpas i sådana fall. Anknytningspersonens partner eller ogifta barn får dock endast beviljas tillstånd om anknytningspersonen bedöms ha välgrundade utsikter att beviljas ett permanent uppehållstillstånd.¹⁷⁶⁵ Upphållstillstånd får dessutom vägras en partner till anknytningspersonen om någon av makarna eller samborna är under 21 år.¹⁷⁶⁶

Om det är en förälder som ansöker om uppehållstillstånd på grund av anknytning till ett ensamkommande barn som beviljats skyddsstatus i Sverige är dock ordinarie lagstiftning tillämplig, dvs. även 5 kap. 3 a §.¹⁷⁶⁷ Detsamma gäller om anknytningspersonen är en flykting eller alternativt skyddsbehövande som har beviljats permanent uppehållstillstånd.¹⁷⁶⁸

I den tillfälliga lagens 13 § finns en ventilbestämmelse som innebär att avsteg kan göras från de villkor som uppställs i lagen. Bestämmelsen anger att om ett beslut att neka uppehållstillstånd pga. anknytning skulle strida mot ett svenskt konventionsåtagande så ska ett sådant tillstånd beviljas en utlänningsperson som inte

¹⁷⁶⁴ 6 § den tillfälliga lagen. Under perioden 20 juli 2016-19 juli 2019 gick inskränkningen längre än så. Under denna period hade anhöriga till personer som beviljats uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande som utgångspunkt ingen möjlighet alls att beviljas uppehållstillstånd pga. anknytning – inte heller enligt 5 kap. 3 §, se den nu borttagna 7 § i den tillfälliga lagen (SFS 2019:481) samt prop. 2015/16:174, s. 75 och prop. 2018/19:128. Anhöriga till alternativt skyddsbehövande fick endast beviljas uppehållstillstånd pga. anknytning i två situationer. Den första situationen var om anknytningspersonens ansökan om uppehållstillstånd registrerades senast den 24 november 2015. Då fick uppehållstillstånd beviljas enligt samma regler som gällde för flyktingar enligt den tillfälliga lagen. Den andra möjligheten att göra undantag var enligt ventilbestämmelsen i 13 § begränsningslagen som beskrivs nedan i detta avsnitt. Denna bestämmelse tillämpades i MIG 2018:20. I och med en lagändring som trädde ikraft 20 juli 2019 har alternativt skyddsbehövande nu samma möjlighet till uppehållstillstånd som flyktingar, SFS 2019:481 samt prop. 2018/19:128.

¹⁷⁶⁵ Rekvisitetet välgrundade utsikter har diskuterats i MIG 2018:19.

¹⁷⁶⁶ 6 § den tillfälliga lagen.

¹⁷⁶⁷ Prop. 2015/16:174, s. 74.

¹⁷⁶⁸ Ibid.

befinner sig i Sverige. I förarbeten till lagen anges att det som avses endast är ”införlivade konventionsåtaganden”.¹⁷⁶⁹

Enligt förarbeten är det framför allt Europakonventionen som blir aktuell vid tillämpningen.¹⁷⁷⁰ Här anges som ett konkret exempel att om ett beslut att neka uppehållstillstånd skulle utgöra en kränkning av rätten till familjeliv enligt artikel 8 i Europakonventionen kan uppehållstillstånd beviljas med stöd av ventilbestämmelsen i 13 § den tillfälliga lagen. Utöver Europakonventionen nämns specifikt att i fall som rör barn ska utlänningslagens bestämmelse om barnets bästa beaktas. Dessutom anges att vid bedömningen av om ett beslut att neka uppehållstillstånd skulle strida mot ett svenskt konventionsåtagande ”måste givetvis beaktas hur dessa åtaganden i fall rörande enskilda individer har tolkats av relevanta internationella och nationella domstolar, såsom Europadomstolen samt i förekommande fall konventionskommittéer”.¹⁷⁷¹ Migrationsöverdomstolen tillämpade ventilbestämmelsen i *MIG 2018:20*. I målet ansåg Migrationsöverdomstolen att det skulle strida mot såväl Europakonventionen som barnkonventionen att neka familjen till en 8-årig pojke familjeåterförening.

Det anges tydligt i förarbetena att uppehållstillstånd endast får beviljas i undantagsfall där det är nödvändigt för att Sverige ska leva upp till sina åtaganden. Samtidigt anges lika tydligt att bestämmelsen kan möjliggöra familjeåterförening i fall där utgångspunkten enligt den tillfälliga lagen annars varit att tillstånd ska nekas.¹⁷⁷²

¹⁷⁶⁹ Se allmänt prop. 2015/16:174. En diskussion har uppstått gällande innebörden av begreppet införlivade, närmare bestämt om begreppet endast tar sikte på konventioner och bestämmelser som mer eller mindre rakt av tagits in i svensk rätt (inkorporerats) eller om det även kan ta sikte på konventioner och konventionsbestämmelser som transformerats in i svensk rätt eller där normharmoni konstaterats. Till följd av att begreppet införlivat ansetts svårt att tyda har Migrationsverket haft svårt att avgöra om exempelvis barnkonventionen ska anses vara ett införlivat konventionsåtagande. Att det visat sig svårt att förstå vilka konventioner som kan anses införlivade har i praktiken bl.a. lett till att Migrationsverket ansett sig förhindrat att exempelvis bevilja sjuka barn uppehållstillstånd (se exempelvis resonemang i propositionen om förlängning av den tillfälliga lagen, prop. 2018/19:128, s. 34). Problemet med om just barnkonventionen ska anses vara införlivad eller ej bör dock upphöra den 1 januari 2020 då konventionen får ställning som svensk lag. För en diskussion om ifall barnkonventionen kan anses vara ett konventionsåtagande exempelvis Dane, Louise, Reflektioner kring barnkonventionens ökade betydelse för rätten att få leva tillsammans med sin familj i Molin, Erica och Lundblad, Anna (red.), Festskrift till Anders Sundquist Migrationsrättens utveckling, Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingar, 2019.

¹⁷⁷⁰ Prop. 2015/16:174 s. 79, se även s. 52 som rör 11 § den tillfälliga lagen som är utformad på ett liknande vis som 13 §. Uttalandena gällande 11 § om vilka konventionsåtaganden som framförallt kan ha bäring bör vara av relevans även för 13 §. Se även prop. 2018/19:128.

¹⁷⁷¹ Prop. 2015/16:174, s. 79.

¹⁷⁷² Ibid.

Ventilbestämmelsen ställer höga krav på rättstillämparens insikt, medvetenhet och kunskap om svenska konventionsåtaganden och hur dessa tolkats internationellt. Utan sådan kunskap är det omöjligt att korrekt kunna tillämpa den tillfälliga lagens 13 §.¹⁷⁷³

10.5.3.4 Försörjningskrav

Om kraven för uppehållstillstånd pga. anknytning är uppfyllda kan tillståndet ändå komma att nekas med hänvisning till att anknytningspersonen inte uppfyller de försörjningskrav som uppställs i lagstiftningen. Försörjningskravet enligt den ordinarie utlänningslagen innebär att anknytningspersonen kan försörja sig själv och har en bostad av tillräcklig storlek och standard för sig och sin anhörige.¹⁷⁷⁴ Kraven ska bedömas framåtsyftande på så vis att det görs en prognos av om det framstår som sannolikt att anknytningspersonen kommer att ha en tillräckligt stor inkomst och bostad under i vart fall ett år framöver.¹⁷⁷⁵ I den ordinarie utlänningslagen uppställs dock ett flertal undantag.¹⁷⁷⁶ Här anges att kraven inte gäller om anknytningspersonen är ett barn, medborgare i Sverige, annan EU/EES-stat eller Schweiz, flykting, kvotflykting, alternativt skyddsbehövande eller har permanent uppehållstillstånd och har vistats i Sverige med uppehållstillstånd för bosättning i minst fyra år.¹⁷⁷⁷ Kraven gäller inte heller om sökanden är ett barn som söker uppehållstillstånd för att återförenas med sin förälder.¹⁷⁷⁸ Om barnets andra förälder är medsökande gäller kraven inte heller för dennes ansökan. Finns särskilda skäl i ett ärende kan rättstillämparen dessutom välja att helt eller delvis bortse från försörjningskraven även i andra fall.¹⁷⁷⁹

I den tillfälliga lagen finns särskilda bestämmelser om försörjningskrav som gäller i de fall lagen är tillämplig – förutom om det är fråga om prövning av en ansökan om fortsatt uppehållstillstånd.¹⁷⁸⁰ Den tillfälliga lagens försörjningskrav är mer långtgående än kraven enligt den ordinarie utlänningslagen då anknytningspersonen utöver att försörja sig själv även måste kunna försörja sin/sina anhöriga.¹⁷⁸¹ Kravet på en bostad av tillräcklig storlek och standard motsvarar den ordinarie lagens krav.¹⁷⁸² Även enligt den tillfälliga lagen finns

¹⁷⁷³ Ibid, s. 52 och 79.

¹⁷⁷⁴ 5 kap. 3 b § utlänningslagen. Vad gäller kravet att kunna försörja sig finns närmare bestämmelser i 4 kap. 4 c § utlänningsförordningen.

¹⁷⁷⁵ Se angående den framåtsyftande bedömning av bostad: MIG 2011:16, samt för bedömningen av inkomst: MIG 2019:12.

¹⁷⁷⁶ 5 kap. 3 c-e §§ utlänningslagen.

¹⁷⁷⁷ Ibid, 5 kap. 3 c §.

¹⁷⁷⁸ Ibid, 5 kap. 3 d §.

¹⁷⁷⁹ Ibid, 5 kap. 3 e §.

¹⁷⁸⁰ 9, 10 och 13 §§ den tillfälliga lagen.

¹⁷⁸¹ Ibid, 9 §.

¹⁷⁸² Ibid. Se även MIG 2019:12. Samt 1 § förordning (2016:850) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

undantag från kraven om ett barn är inblandat på så vis att undantag ska medges om anknytningspersonen är ett barn eller om sökanden är ett barn som fötts i Sverige som nu återoppar anknytning till en förälder som barnet redan sammanbor med i Sverige.¹⁷⁸³ Undantag finns även om anknytningspersonen är flyktning eller alternativt skyddsbehövande förutsatt att ansökan om återförening lämnats in senast tre månader efter att anknytningspersonen beviljades uppehållstillstånd.¹⁷⁸⁴ Detta undantag gäller dock inte om familjen har särskild anknytning till ett land utanför EU och kan återförenas där. Undantaget gäller inte heller om anknytningspersonen och den sökandes relation är nyetablerad.

En viktig aspekt att beakta är dock att ventilbestämmelsen i lagens 13 § kan användas för att medge undantag från försörjningskraven om rättstillämparen anser att ett nekande av tillstånd skulle strida mot ett svenskt konventionsåtagande.

10.5.4 Längd på tillstånd

Om uppehållstillstånd pga. familjeanknytning beviljas enligt den ordinarie utlänningslagens bestämmelser är huvudregeln att uppehållstillståndet är permanent.¹⁷⁸⁵ I nyetablerade¹⁷⁸⁶ relationer tillämpas dock något som ibland kallas för uppskjuten invandringssprövning. Det innebär att sökanden initialt beviljas ett tidsbegränsat uppehållstillstånd.¹⁷⁸⁷ Om förhållandet består när detta tidsbegränsade tillstånd löper ut ska ett fortsatt tillstånd beviljas, vilket vanligen är permanent.

Om uppehållstillstånd pga. familjeanknytning istället beviljas med stöd av den tillfälliga lagen ska tillståndet vara giltigt för samma tid som uppehållstillståndet för anknytningspersonen.¹⁷⁸⁸

¹⁷⁸³ 10 § den tillfälliga lagen.

¹⁷⁸⁴ Ibid. En särskild tidsperiod infördes i och med förlängningen av den tillfälliga lagen i syfte att ge lättnader även till personer som beviljats status som alternativt skyddsbehövande och som tidigare nekats möjlighet till familjeåterförening, se 10 § 4 st. lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

¹⁷⁸⁵ Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer*, version den 1 oktober 2018 (upplaga 11B), Zeteo, kommentaren till 5 kap. 8 § utlänningslagen.

¹⁷⁸⁶ Med etablerade relationer avses relationer där personerna sammanbott utomlands under en längre tid, eller där det på annat sätt står klart att förhållandet är väl etablerat.

¹⁷⁸⁷ 5 kap. 8 § utlänningslagen. I 5 kap. 3 § utlänningslagen anges att uppehållstillstånd enligt bestämmelsen ska gälla minst ett år samt att uppehållstillstånd som beviljas ett ogift barn ska ha samma giltighetstid som föräldrarnas uppehållstillstånd.

¹⁷⁸⁸ 8 § den tillfälliga lagen.

10.6 Sammanfattning

10.6.1 Barnkonventionen

Barnkonventionens artikel 10 tar specifikt sikte på familjeåterförening. Bestämmelsen är i grunden en processuell regel som uppställer krav på hur konventionsstater ska pröva ansökningar om familjeåterförening. Bestämmelsen ger således inte i sig någon rätt till uppehållstillstånd i en konventionsstat. Artikel 10 kan dock – samläst med barnkonventionen i sin helhet, och då särskilt med artikel 9.1 och artikel 3 – ändå i vissa fall innebära att en konventionsstat måste tillåta att en familj återförenas i konventionsstaten. Barnkonventionens bestämmelser innebär att barn ska ha rätt att vara tillsammans med sin förälder/sina föräldrar någonstans i världen – förutom om det skulle strida mot barnets bästa. En stat som får in en ansökan från ett barn eller dess förälder/föräldrar om att återförenas måste således pröva ansökan utifrån barnets bästa och utifrån den reella möjligheten för familjen att bo tillsammans i något annat land. Det är enligt barnkonventionen inte tillräckligt att barnet är förenat med den ena föräldern, om familjen vill leva tillsammans, barnets rättighet är enligt konventionen att vara med båda föräldrarna.¹⁷⁸⁹ Barnkonventionens artikel 10 gäller både barnet och dennes föräldrar, dvs. även den/de personer som inte befinner sig i Sverige. Däremot rör artikel 10 enbart frågan om återförening mellan ett barn och dess föräldrar. Övriga familjereationer täcks inte av bestämmelsen. Dessa omfattas dock av barnkonventionens artikel 16 om rätt till respekt för familjelivet. Det är oklart om artikel 16 ensam kan medföra att stater har en skyldighet att tillåta återförening av familjer. Utifrån en förståelse av barnkonventionen som helhet, och med särskilt beaktande av barnets bästa, kan dock stater i vissa situationer anses ha en skyldighet att bevilja återförening även med andra familjemedlemmar än barnets föräldrar.

10.6.2 Europakonventionen

Europadomstolen utgår normalt från att ett familjeliv existerar mellan ett barn och dennes föräldrar, därmed anser domstolen att rätten till respekt för familjeliv i Europakonventionens artikel 8 kan aktualiseras vid ansökningar om familjeåterförening mellan barn och deras föräldrar.¹⁷⁹⁰ Europadomstolen har nämligen slagit fast att artikel 8 kan rymma skyldighet för stater att fatta ett beslut för att tillåta återförening på konventionsstatens territorium. Eftersom

¹⁷⁸⁹ Jastram, Kate och Newland, Kathleen, Family Unity and Refugee Protection, kapitel 9.1 i Feller, Erika., Türk, Volker och Nicholson, Frances. (red.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection [Elektronisk resurs]*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 578.

¹⁷⁹⁰ Se även Spijkerboer, Thomas, Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion, *European Journal of Migration and Law*, vol. 11 nr. 3, 2009, s. 290.

artikel 8 är en relativ rättighet är det avgörande för om bestämmelsen faktiskt innebär en skyldighet för staten att bevilja familjeåterförening frågan om en nekad återförening kan anses vara en oproportionerlig åtgärd. Bedömningen av om det är oproportionerligt att neka familjeåterförening utgår ifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Europadomstolen har betonat att barnets bästa är en viktig faktor att beakta vid denna bedömning. Hur starkt barnets bästa ska väga vid bedömningen får dock anses något oklart då domstolen uttalat sig på olika vis angående detta. Avgörande för om en stat inte anses ha kränkt artikel 8 genom att neka familjeåterförening verkar vara att staten tydligt redovisar hur olika intressen vägts mot varandra, dvs. i vilket syfte en inskränkning gjorts, hur barnets bästa beaktats samt varför beslutet att neka återförening har fattats. Eftersom Europakonventionens artikel 8 gäller för personer som befinner sig i en konventionsstat är det personen som befinner sig under konventionsstatens jurisdiktion som ”äger” rättigheten – även om beslutet att bevilja återförening rör personer som befinner sig utanför konventionsstaten.

10.6.3 EU-rätten

Olika regler i EU-rätten aktualiseras beroende av om en familj består av enbart tredjelandsmedborgare eller om familjen även innehåller EU/EES-medborgare. För familjer som involverar minst en EU/EES-medborgare aktualiseras rörlighetsdirektivet om familjen vill återförenas i ett annat land än EU/EES-medborgarens hemland. Även fördragsbestämmelser kan ha betydelse för möjligheten att som unionsmedborgare få återförenas med sina familjemedlemmar om en unionsmedborgare fortsatt är bosatt i sin hemstat. Detta gäller dels om en medlemsstats beslut att neka vistelse skulle kunna ha konsekvensen att den fria rörligheten motverkas (artikel 21.1, 45 och 56 FEUF), dels om en medlemsstats beslut att neka vistelse skulle kunna ha konsekvensen att unionsmedborgarskapets betydelse urholkas (artikel 20 FEUF), exempelvis om unionsmedborgaren skulle tvingas lämna unionen. Familjeåterförening för familjer som består uteslutande av tredjelandsmedborgare regleras huvudsakligen i EU:s familjeåterföreningsdirektiv. För asylsökande personer finns vissa regler om familjeåterförening i Dublinförordningen samt massflyktsdirektivet. För vissa särskilt eftertraktade migranter (kvalificerad arbetskraft, personal som ska flyttas inom företag, forskare samt turkiska medborgare) finns lättnader i regler kring familjeåterförening. I samtliga fall som aktualiserar EU-rätten måste EU:s rättighetsstadga och dess bestämmelse om rätt till respekt för familjeliv beaktas. Bestämmelsen om rätt till respekt för familjeliv i rättighetsstadgan måste ge minst samma skydd som artikel 8 i Europakonventionen. Det innebär att om utfallet av tillämpningen av det mer specifika EU-rättsliga regelverket skulle bli oproportionerligt så ska vistelse ändå tillåtas med hänvisning till rätten till respekt för familjeliv. Mer specifika bestämmelser i exempelvis EU:s familjeåterföreningsdirektiv måste tolkas i ljuset av

stadgan. Många EU-direktiv och förordningar innehåller explicita hänvisningar till att barnets bästa ska beaktas. Även i de fall där sådana hänvisningar saknas ska dock EU-rätten tolkas med beaktande av barnets bästa. Detta framgår dels av att det är en allmän EU-rättslig princip att EU ska följa internationell rätt – däribland barnkonventionen,¹⁷⁹¹ dels av artikel 24 i EU:s rättighetsstadga.

10.6.4 Utlänningslagen

Utlänningslagen innehåller huvudsakligen två bestämmelser om familjeåterförening, 5 kap. 3 § och 5 kap. 3 a §. Den första av dessa bestämmelser, 5 kap. 3 §, innebär en presumtion för tillstånd som endast kan brytas i de fall som tydligt stadgas i lagen (se 5 kap. 17-17 b §§). Den andra bestämmelsen, 5 kap. 3 a § är en fakultativ bestämmelse som stadgar att tillstånd *får* beviljas. Bestämmelserna kompletteras, och begränsas, av ett antal bestämmelser i utlänningslagen och den tillfälliga lagen. Dels finns bestämmelser i 5 kap. utlänningslagen som bl.a. stadgar när tillstånd *får* respektive *ska* nekas (se 5 kap. 3 b-c §§ om försörjningskrav respektive 5 kap. 17-17 b §§ om särskilda skäl mot att bevilja uppehållstillstånd). Dels finns bestämmelser i den tillfälliga lagen som bl.a. begränsar den krets som kan beviljas tillstånd enligt 5 kap. 3 § och 5 kap. 3 a § och som dessutom uppställer en huvudregel om att anknytningspersonen ska kunna försörja sig själv och sina anhöriga (se 6, 9-10 §§ tillfälliga lagen). I 13 § tillfälliga lagen finns dock en bestämmelse som påminner om att svenska konventionsåtaganden, bl.a. barnkonventionen och Europakonventionen,¹⁷⁹² måste beaktas. Genom Migrationsöverdomstolens tolkning av den svenska utlänningslagstiftningen har ett antal krav konkretiserats som (vanligtvis) anses behöva vara uppfyllda för att få en ansökan prövad i sak – detta gäller krav på identitet, pass samt processbehörighet. Eftersom Europakonventionen gäller som svensk lag och eftersom annan svensk lag inte får stå i strid med Europakonventionen så måste alltid, i enlighet med artikel 8 Europakonventionen, en proportionalitetsbedömning göras av ett beslut i sin helhet. Om beslutet anses oproportionerligt bör rättstillämparen frångå kraven i den svenska utlänningslagen och ändå bevilja tillstånd.¹⁷⁹³ Detta innebär exempelvis att kraven på försörjningsstöd kan bortses ifrån ifall upprätthållandet

¹⁷⁹¹ C-540/03, *Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd*, EU:C:2006:429, se särskilt punkt 37. Se även Kalverboer, Margrite, Daan Beltman, Carla van Os, and Elianne Zijlstra, *The Best Interests of the Child in Cases of Migration*, *The International Journal of Children's Rights* vol. 25, issue 1, 2017, s. 114-139, samt Drywood, Eleanor, *Giving with One Hand, Taking with the Other: Fundamental Rights, Children and the Family Reunification Decision*, *European law review*, vol. 32, nr. 3 2007, s. 396-407.

¹⁷⁹² Se exempelvis MIG 2018:20.

¹⁷⁹³ Jfr 11 kap. 14 § samt 12 kap. 10 § regeringsformen. Se för Europakonventionens särskilda ställning 2 kap. 19 § regeringsformen samt lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

av detta krav är oproportionerligt. Det är viktigt att veta ursprunget av en bestämmelse i utlänningslagen. Om bestämmelsen har koppling till EU-rätten måste nämligen tillämpningen överensstämma med kraven enligt denna, vilket t.ex. innebär att rättighetsstadgan och EU-domstolens praxis ska beaktas. Att principen om barnets bästa måste beaktas i alla ärenden som bedöms enligt utlänningslagen och som på något vis rör barn följer av 1 kap. 10 § utlänningslagen.

11 Etablerat privatliv (lång vistelsetid)

11.1 Inledning

När en person efter lång vistelse i ett land riskerar att utvisas ur landet finns relativt ofta såväl familjeband som ett etablerat privatliv i landet. Ingreppet i familjelivet, eller ingreppet i familjelivet *i kombination med* ingreppet i privatlivet, har historiskt sett varit vad som beaktats vid frågan om en utvisning är en tillåten inskränkning av personens rättighetsskydd.¹⁷⁹⁴ I doktrin görs sällan en uppdelning mellan dessa rättigheter – respekt för privatliv och respekt för familjeliv – när möjligheten för migranter att få fortsätta vistats i ett land de befunnit sig i under en lång tid diskuteras. Anledningen till att en uppdelning görs i denna avhandling är för att tydligt kunna synliggöra att migranter som vistats i en stat under en lång tid kan ha rätt att skyddas mot utvisning *enbart* grundat på privatliv. Syftet är således att visa på att rätten till respekt för privatliv kan medföra en skyldighet för en stat att bevilja vistelse även om något (tillräckligt) familjeliv inte kan konstateras. Därmed kan en migrant som helt saknar familj i Sverige eller en person vars relationer inte anses tillräckligt starka för att utgöra familjeliv (men tillräckliga för att anses som omfattade av privatliv) skyddas av rätten till respekt för privatliv. Likaså kan en person som riskerar att utvisas *tillsammans* med sin familj och som således inte (framgångsrikt) kan åberopa rätten till respekt för familjeliv som stöd för att hindra en utvisning *istället* skyddas av rätten till respekt för privatliv.

Synen att migranter som har fått en anknytning till en stat kan ha rätt till fortsatt vistelse där är relativt ny och grundar sig på uppfattningen att en människa som vistats i ett land under en längre tid – med eller utan tillstånd – kan ha utvecklat så starka band till landet att en utvisning strider mot rätten till respekt för privatliv.¹⁷⁹⁵

¹⁷⁹⁴ Boeles, Pieter, Heijer, Maarten den, Lodder, Gerrie, Wouters, Kees, *European Migration Law*, Andra upplagan, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 207.

¹⁷⁹⁵ Se Thym, Daniel, Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, nr. 1 2008, s. 87-112.

Liksom rätten till respekt för familjeliv innebär inte heller skyldigheten att respektera privatliv någon generell skyldighet för en stat att bevilja tillstånd till alla migranter som vistats i en stat en längre tid. Nedan diskuteras om och i så fall när barnkonventionen, Europakonventionen, EU-rätten och svensk utlänningslagstiftning uppställer ett sådant skydd mot utvisning.

11.2 Etablerat privatliv enligt barnkonventionen

I barnkonventionens artikel 16 stadgas att inget barn får utsättas för godtyckliga eller olagliga ingripanden i sitt privatliv. Det finns varken några allmänna kommentarer eller några uttalanden från arbetet med framtagandet av barnkonventionen som behandlar artikel 16 i relation till utvisningar. I två nyligen publicerade allmänna kommentarer presenterar FN:s barnrättskommitté i samarbete med FN:s kommitté för skydd av migrantarbetares och deras familjers rättigheter sin syn på vilket skydd barnkonventionen uppställer för barn i samband med internationell migration.¹⁷⁹⁶ Ingen av dessa kommentarer resonerar kring respekten för privatliv som grund för rätt till vistelse i en konventionsstat. Som nämnts ovan (se avsnitt 8.4) är dock barnkonventionens artikel 16 närmast en kopia av artikel 17 i den internationella konventionen om medborgerska och politiska rättigheter (ICCPR).¹⁷⁹⁷ Möjligen kan därför viss ledning hämtas från tolkningen av ICCPR.¹⁷⁹⁸ Vad gäller artikel 17 ICCPR har MR-kommittén inte utslutit att den kan innebära ett skydd mot utvisning.¹⁷⁹⁹ Det samma kan därför möjligen anses gälla även för barnkonventionens bestämmelse. Det återstår att se hur barnrättskommittén kommer att hantera sådana eventuella klagomål, men fram till dess är det svårt att närmare uttala sig mer specifikt om vad skyddet i artikel 16 innebär i en situation där en möjlig utvisning är aktuell. I sammanhanget bör dock påminnas om att barnkonventionens rättigheter ska ses som en helhet. En konventionsstat som önskar utvisa

¹⁷⁹⁶ Gemensam allmän kommentar nr 3 (2017) av FN:s kommitté för skydd av migrantarbetares och deras familjers rättigheter och nr 22 (2017) av FN:s barnrättskommitté om de allmänna principerna rörande barns mänskliga rättigheter inom ramen för internationell migration samt Gemensam allmän kommentar nr 4 (2017) av FN:s kommitté för skydd av migrantarbetares och deras familjers rättigheter och nr 23 (2017) av FN:s barnrättskommitté om staternas skyldigheter rörande barns mänskliga rättigheter inom ramen för internationell migration i ursprungs-, transit-, destinations- och återvändandeländer.

¹⁷⁹⁷ Den enda skillnaden mellan de två artiklarna är att ”no one” och ”everyone” i ICCPR har ersatts med ”no child” respektive ”the child” i barnkonventionen.

¹⁷⁹⁸ Här kan poängteras att ICCPR erkänns i barnkonventionens preambel och därmed – i Wienkonventionens mening – utgör en del av barnkonventionens sammanhang, se Wienkonventionen om traktaträtten, artikel 31.

¹⁷⁹⁹ Se exempelvis MR-kommitténs beslut i *E.L.K. mot Nederländerna*, 12 maj 2015, CCPR/C/113/D/2050/2011. En svår fråga att svara på är dock om stater i stor utsträckning godtagit MR-kommitténs tolkning. Utifrån vad som nedan beskrivs om Europadomstolens tolkning av Europakonventionen kan det dock förmodligen hävdas att en liknande syn godtagits av parterna till Europakonventionen.

ett barn som har etablerat ett privatliv i landet kommer därför, enligt denna tolkning, att behöva motivera att ingreppet är lagligt, skäligt¹⁸⁰⁰ och – om det är i strid med barnets bästa – varför det ändå ska anses godtagbart.

11.3 Etablerat privatliv enligt Europakonventionen

*Slivenko mot Lettland*¹⁸⁰¹ från år 2003 var det första ärendet där Europadomstolen uttryckligen uttalade att rätten till skydd för privatliv kan innebära en fristående rätt för en migrant att stanna i landet, dvs. även om familjeliv saknas.¹⁸⁰² Målet rörde två personer som mot sin vilja hade utvisats ur Lettland eftersom de saknade uppehållstillstånd i landet. Även om sökandena bevisligen hade ett familjeliv i Lettland menade domstolen att utvisningen varken syftade till att splittra familjen eller hade en sådan effekt, detta då hela kärnfamiljen utvisades.¹⁸⁰³ Med anledning av detta ansågs utvisningen inte utgöra ett ingrepp i personernas rätt till familjeliv. Däremot fann domstolen att personerna genom utvisningen hade avlägsnats från det land där de bott hela sina liv och där de hade utvecklat personliga nätverk bestående av såväl sociala som ekonomiska relationer. Domstolen menade att under dessa förutsättningar var det tydligt att utvisningen var ett ingrepp i deras privatliv i den mening detta skyddas av artikel 8.¹⁸⁰⁴

Att skyddet för privatliv kan stå i vägen för en utvisning har återupprepats och förtydligats av domstolen i senare ärenden. Europadomstolen har vid upprepade tillfällen uttalat att eftersom artikel 8 skyddar en människas rätt att etablera och utveckla relationer till andra människor och omvärlden i övrigt, samt dessutom skyddar vissa aspekter av en individs identitet så måste samtliga sociala band mellan en (settled) migrant¹⁸⁰⁵ och samhället denne lever i omfattas av begreppet privatliv.¹⁸⁰⁶ När det gäller migranter som vistats i landet utan tillstånd har domstolen inte varit lika tydlig. I såväl *Nnyanzi mot Förenade*

¹⁸⁰⁰ Jfr artikel 16 barnkonventionen som förbjuder olagliga och godtyckliga ingrepp i ett barns privatliv.

¹⁸⁰¹ *Slivenko mot Lettland* (dom den 9 oktober 2003, appl. no. 48321/99).

¹⁸⁰² Boeles, Pieter, Heijer, Maarten den, Lodder, Gerrie, Wouters, Kees, *European Migration Law*, Andra upplagan, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 207.

¹⁸⁰³ *Slivenko mot Lettland* (dom den 9 oktober 2003, appl. no. 48321/99), punkt 97.

¹⁸⁰⁴ *Ibid*, punkt 96.

¹⁸⁰⁵ I fallet *Üner mot Nederländerna* (dom den 18 oktober 2006, appl. no. 46410/99) används begreppet ”settled migrant”

¹⁸⁰⁶ Se t.ex. *Üner mot Nederländerna* (dom den 18 oktober 2006, appl. no. 46410/99) och *Osman mot Danmark* (dom den 14 juni 2011, appl. no. 38058/09).

*kungariket*¹⁸⁰⁷, *A.A. mot Förenade kungariket*¹⁸⁰⁸ och *Butt mot Norge*¹⁸⁰⁹ framkommer dock en syn att privatliv även kan etableras under en tid då en migrant inte haft tillstånd att vistas i landet.

Även om en migrants privatliv således ska beaktas kan det konstateras att domstolen sällan finner en kränkning av artikel 8 baserad enbart på vistelsetid när det gäller irreguljära migranter.¹⁸¹⁰ Förmodligen hänger detta tätt ihop med den bedömning som görs av om åtgärden kan anses nödvändig och proportionerlig.

Vid en proportionalitetsbedömning ska den särskilda relation en sökande har utvecklat till landet där hen vistats beaktas. Detta gäller oavsett om en sökande är en etablerad migrant eller en irreguljär migrant. Vid denna bedömning måste beaktas om sökanden är född och uppväxt i landet eller hur gammal sökanden annars var när hen anlände och hur länge hen vistats i landet. Dessutom ska omständigheter så som t.ex. om sökanden har fått utbildning i landet, talar språket, är integrerad på arbetsmarknaden, är beroende av socialt stöd och har länkar till hemlandet beaktas.¹⁸¹¹ Styrkan i sökandens anknytning till landet vägs sedan mot motstående intressen, som statens rätt att reglera invandring. En faktor som beaktas är om en person har vistats i landet under en lång tid utan tillstånd. Om så är fallet är det något som ofta anses stärka statens intresse att inte bevilja tillstånd. Därmed blir utfallet ofta ett annat vid bedömningen av om en migrant som vistats i landet irreguljärt ska få stanna kvar i landet jämfört med en migrant som lagligen vistats i en stat. Det är ju enbart i det förra fallet som irreguljär vistelse kan vägas in i proportionalitetsbedömningen. Migranter som lagligen vistats i en stat under lång tid anses således ofta ha starkare ärenden än personer som vistats i landet irreguljärt.

¹⁸⁰⁷ *Nyanzi mot Förenade kungariket* (dom den 8 april 2008, appl. no 21878/06).

¹⁸⁰⁸ *A.A. mot Förenade kungariket* (dom den 20 september 2011, appl. no 8000/08).

¹⁸⁰⁹ *Butt mot Norge* (dom den 4 december 2012, appl. no. 47017/09), se särskilt punkt 76.

¹⁸¹⁰ Se även *S.J. mot Belgien* (dom den 27 februari 2014, appl. no. 70055/10) där frågan om privatliv inte berörs, trots att barnen i målet vuxit upp i Belgien. Målet har (enligt mig korrekt) kritiserats av bl.a. Smyth, Ciara, *The jurisprudence of the European Court of Human Rights relevant to child migrants* i Bhabha, Jacqueline, Kanics, Jyothi och Senovilla Hernández, Daniel (red.), *Research Handbook on Child Migration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018.

¹⁸¹¹ *Benhebba mot Frankrike* (dom den 10 juli 2003, appl. no 53441/99), punkt 33. Se även Thym, Daniel, *Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?*, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, nr. 1 2008, s. 94. Feijen, Liv, *Humanitarian considerations and immigration control in Europe: is residence permit on humanitarian grounds and act of sympathy or a legal entitlement?*, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva, 2016, s. 253.

Här kan målet *Nnyanzi mot Förenade kungariket*¹⁸¹² tas som exempel. Ärendet rörde en vuxen kvinna som vistats i Förenade kungariket under en period av nästan tio år. I målet uttalade domstolen att kvinnan inte kunde anses som en ”etablerad migrant” (settled migrant) då hon aldrig hade beviljats en rätt att stanna kvar i landet. Hennes vistelse i Förenade kungariket hade således hela tiden varit osäker. Beslutet om utvisning kunde därför inte anses oproportionerligt.¹⁸¹³

En faktor som dock i vissa fall har ansetts tala för att en stat kan ha skyldighet att regularisera en irreguljär migrants vistelse i landet är om staten under en lång tid ”tillåtit” migrantens vistelse.¹⁸¹⁴ Domstolen har ansett att detta särskilt är fallet i ärenden där en person med stöd av EU-rätten haft uppehållsrätt i en annan medlemsstat.¹⁸¹⁵

När det gäller lagligen bosatta migranter kan en försvårande omständighet vara om utvisningen beror på brottslighet. I ärenden som inte enbart rör lång vistelsetid utan även brottslighet har domstolen uttalat att *Boultif/Üner-kriterierna* som nämndes i avsnitt 9.3.1.1. ovan ska användas – med den modifikationen att de kriterier som rör sökandes familjeliv utesluts i ärenden där enbart privatliv kan konstateras (och ej familjeliv).¹⁸¹⁶ Således ser domstolen i dessa ärenden till:

- Typ och omfattning av den brottslighet sökanden gjort sig skyldig till
- Hur lång tid som förflutit sedan brottsligheten och hur sökanden betett sig under denna period
- Hur länge sökanden vistats i landet från vilket hen riskerar att utvisas

När det gäller EU/EES-medborgare kan även nämnas att Europadomstolen har uttalat att det inte automatiskt är otillåten diskriminering i konventionens mening när EU-stater har regler som gör det svårare att utvisa medborgare i EU/EES-stater pga. brott i jämförelse med tredjelandsmedborgare, detta då EU/EES-stater tillhör en särskild rättsordning – nämligen EU-rätten – och dessutom har ett eget medborgarskap, unionsmedborgarskapet.¹⁸¹⁷ Steve Peers har riktat kritik mot Europadomstolen för att den inte varit tillräckligt tydlig

¹⁸¹² *Nnyanzi mot Förenade kungariket* (dom den 8 april 2008, appl. no 21878/06).

¹⁸¹³ *Ibid*, punkt 76.

¹⁸¹⁴ *Sisojeva mot Lettland* (dom den 15 januari 2007, appl. no. 60654/00), *Kaftailova mot Lettland* (dom den 7 december 2007, appl. no. 59643/00) samt *Shevanova mot Lettland* (dom den 7 december 2007, appl. no. 58822/00). Se även *Liu mot Ryssland* (dom den 26 juli 2011, appl. no. 29157/09).

¹⁸¹⁵ *Mendizabal mot Frankrike* (dom den 17 januari 2006, appl. no. 51431/99).

¹⁸¹⁶ *Benhebba mot Frankrike* (dom den 10 juli 2003, appl. no 53441/99), punkterna 32 och 34.

¹⁸¹⁷ *Moustaquim mot Belgien* (dom den 18 februari 1991, appl. no 12313/86) samt *C mot Belgien* (dom den 7 augusti 1996, appl. no 21794/93).

med att det finns en skillnad mellan staters möjlighet att utvisa dess egna medborgare (vilket är otillåtet) och möjligheten att utvisa en medborgare i en annan medlemsstat, vilket är tillåtet men svårare än att utvisa tredjelandsmedborgare.¹⁸¹⁸

I vissa fall är utvisningen inte förknippad med ett brott som begåtts utan istället på andra vis kopplad till skydd för nationell säkerhet, t.ex. utvisning av utländsk militär personal och deras familjemedlemmar. Att nationell säkerhet kan vara ett legitimt ändamål att i sådana situationer utvisa en person innebär enligt domstolen *inte automatiskt* att så kan anses nödvändigt. En bedömning måste t.ex. göras av hur länge en person levt i landet, vilken nivå av integration i det civila livet i staten som uppnåtts samt om den i målet aktuella individen anses utgöra någon form av säkerhetshot.¹⁸¹⁹ Generella beslut om utvisning pga. att en person tillhör en viss grupp (exv. utländsk militär) kan således inte godtas utan att en individuell helhetsbedömning gjorts.¹⁸²⁰ Europadomstolen har betonat att de särskilda omständigheterna i ett ärende kan innebära att en utvisning är otillåten enligt konventionen – även i ett mål som rör nationell säkerhet.

Mot bakgrund av att domstolen inte tillåter att en utvisning sker ens med hänvisning till nationell säkerhet utan att en individuell bedömning gjorts så bör slutsatsen kunna dras att det samma gäller för samtliga fall där en utvisning kan bli aktuell.

I ett fall som rör barn måste Europadomstolen beakta barnets bästa.¹⁸²¹ När det gäller mål som enbart rör rätten till respekt för privatliv (dvs. där kopplingar till familjeliv saknas) för ett barn som vuxit upp i ett land utan tillstånd är det dock svårt att hitta tydlig ledning i Europadomstolens praxis angående frågan om hur ett barns särskilda situation bör inverka på proportionalitetsbedömningen.¹⁸²²

¹⁸¹⁸ Peers, Steve. *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 338.

¹⁸¹⁹ Se *Slivenko mot Lettland* (dom den 9 oktober 2003, appl. no. 48321/99), punkterna 117-128. För andra mål gällande nationell säkerhet se exempelvis *Al-Nashif mot Bulgarien* (dom den 20 juni 2002, appl. no. 50963/99), se även *Cherif m.fl. mot Italien* (dom den 7 april 2009, appl. no. 1860/07).

¹⁸²⁰ *Slivenko mot Lettland* (dom den 9 oktober 2003, appl. no. 48321/99), punkt 122.

¹⁸²¹ Se exempelvis Dane, Louise, Europadomstolen och barnets bästa, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr. 2 2015.

¹⁸²² Se exempelvis bristen på resonemang i målet *S.J. mot Belgien* (dom den 27 februari 2014, appl. no. 70055/10). Se Ciara Smyths kritik angående domstolens bedömning av barnets bästa i målet, Smyth, Ciara, *The jurisprudence of the European Court of Human Rights relevant to child migrants* i Bhabha, Jacqueline, Kanics, Jyothi och Senovilla Hernández, Daniel (red.), *Research Handbook on Child Migration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018, s. 151.

Att en ordentlig utredning måste göras av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet och att en noggrann proportionalitetsbedömning alltid krävs bör dock stå klart utifrån vad som nyss konstaterats angående Europadomstolens krav på individuell bedömning. Vid denna bedömning bör viss ledning kunna hämtas från domstolens övriga praxis vad gäller barn. T.ex. kan nämnas att Europadomstolen i målet *Osman mot Danmark*¹⁸²³, ett mål som utöver privatliv också rörde familjeliv, betonade att sökanden hade varit bosatt i Danmark under sina formativa år ("formative years"), hon hade bott där mellan att hon var sju och femton år gammal.¹⁸²⁴ Ett sådant mer generellt uttalande om vilken situation ett barn befinner sig vid i en viss ålder bör kunna appliceras även i andra mål där ett barn som spenderat delar av sin barndom i en konventionsstat riskerar utvisning.¹⁸²⁵

Slutligen kan sägas att Europadomstolens utveckling att anse att ett etablerat privatliv kan vara tillräckligt (även utan existensen av familjeliv), enligt Daniel Thym, hänger ihop med att domstolen snävat in synen på vem som kan anses vara familjemedlem.¹⁸²⁶ Familjebegreppet anses enligt domstolen numera generellt sett endast omfatta medlemmar av kärnfamiljen, förutom om ett särskilt beroendeförhållande kan konstateras. Samtidigt har Europadomstolen alltså breddat artikel 8 till att inom ramen för privatlivet fånga in de andra personliga relationer samt sociala och ekonomiska band som utgör varje människas privatliv. Att det är ett aktivt beslut av Europadomstolen att utvidga skyddet för privatliv framgår inte minst genom att beakta de skiljaktiga meningar där olika domare under flera år argumenterade för just denna linje utan att få medhåll från domstolens majoritet.¹⁸²⁷

Oavsett eventuell förekomst av ett familjeliv anser Europadomstolen alltså numera att en utvisning av en migrant kan utgöra ett ingrepp i dennes rätt till skydd för privatliv enligt artikel 8.¹⁸²⁸ En person som etablerat ett privatliv i ett land där hen befunnit sig – med eller utan tillstånd – kan således åberopa det privatliv hen utvecklat som en faktor att ta hänsyn till vid bedömningen av om utvisning är en tillåten åtgärd.¹⁸²⁹

¹⁸²³ *Osman mot Danmark* (dom den 14 juni 2011, appl. no. 38058/09).

¹⁸²⁴ *Ibid*, punkt 60.

¹⁸²⁵ Så har också gjorts, se MIG 2015:4 och MIG 2018:16.

¹⁸²⁶ Thym, Daniel, Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, nr. 1 2008, s. 88.

¹⁸²⁷ Se exempelvis domare Martens skiljaktiga mening i *Beldjoudi mot Frankrike* (26 mars 1992, appl. no 12083/86) och domarna Cabral Barreto och Kūris i målet *Benhebbba mot Frankrike* (dom den 10 juli 2003, appl. no. 53441/99).

¹⁸²⁸ Boeles, Pieter, Heijer, Maarten den, Lodder, Gerrie, Wouters, Kees, *European Migration Law*, Andra upplagan, Intersentia, Cambridge, 2014, s. 207.

¹⁸²⁹ *Ibid*.

11.4 Etablerat privatliv enligt EU-rätten

Premissen för detta avsnitt om privatliv är att ett familjeliv som kan grunda uppehållsrätt eller rätt till uppehållstillstånd enligt EU-rätten saknas. Därmed aktualiseras inte de möjligheter som behandlats i avsnitten ovan om respekt för familjeliv – att en person i vissa fall kan härleda rätt att vistas i en medlemsstat från en familjemedlem.

Utgångspunkten i EU-rätten är att uppehållstillstånd pga. etablerat privatliv/lång vistelsetid faller in under nationell kompetens. Det finns således ingen övergripande reglering som gäller i denna typ av situationer. Däremot finns inom EU-rätten ett flertal regleringar som på olika vis försvårar utvisning av migranter som under en längre tid uppehållit sig i en medlemsstat.

Till att börja med kan nämnas direktivet om varaktigt bosatta.¹⁸³⁰ En tredjelandsmedborgare ska beviljas status som varaktigt bosatt om hen varit lagligen och oavbrutet bosatt i en medlemsstat i fem år förutsatt att villkoren i direktivet är uppfyllda.¹⁸³¹ Personer som beviljats status som varaktigt bosatta har ett förstärkt skydd mot utvisning. I direktivets artikel 12 stadgas nämligen att medlemsstaterna endast får fatta beslut om utvisning av en varaktigt bosatt tredjelandsmedborgare om denne ”utgör ett reellt och tillräckligt allvarligt hot mot allmän ordning eller säkerhet”. I bestämmelsen förtydligas att ekonomiska överväganden inte kan utgöra sådant hot. Dessutom uppställs fyra krav som medlemsstaterna måste beakta om de överväger att utvisa en varaktigt bosatt person; nämligen: hur länge personen varit bosatt i medlemsstaten, personens ålder, följderna för personen och dennes familjemedlemmar av en utvisning samt hur nära band personerna har till medlemsstaten respektive ursprungslandet.

Om en unionsmedborgare som genom användandet av sin fria rörlighet skapat uppehållsrätt för sin familj har avlidit eller avrest från landet kan det i vissa fall bli tal om en bibehållen uppehållsrätt för kvarvarande personer.¹⁸³² I dessa fall kan alltså personer som inte själva har uppehållsrätt i en stat men som tidigare – genom en familjemedlem – haft det ändå ha rätt att stanna kvar. Detta gäller även om personen i och med unionsmedborgarens bortgång inte längre har något familjeliv. Enligt artikel 12 rörlighetsdirektivet bibehåller

¹⁸³⁰ Direktivet om varaktigt bosatta (2003/109/EG), artikel 12. ^[1]_[SEP]

¹⁸³¹ Se *ibid*, artikel 4-7. Här uppställs bl.a. krav på tillräckliga och stabila ekonomiska tillgångar för att inte behöva hjälp från systemet för socialt bistånd i medlemsstaten, sjukförsäkring samt att personen inte utgör ett hot mot allmän ordning eller säkerhet.

¹⁸³² Se C-310/08, *London Borough of Harrow mot Nimco Hassan Ibrahim och Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2010:80 och C-480/08, *Maria Teixeira mot London Borough of Lambeth och Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2010:83.

familjemedlemmar som själva är unionsmedborgare uppehållsrätt i dessa situationer. Familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare bibehåller uppehållsrätt om de ”varit bosatta i den mottagande medlemsstaten som familjemedlemmar i minst ett år före unionsmedborgarens frånfalle”. När det gäller barn till en unionsmedborgare som avrest eller dött ska varken barnen eller den förälder (oavsett nationalitet) som har den faktiska vårdsnaden om barnen förlora sin uppehållsrätt i medlemsstaten om barnen är bosatta där och är inskrivna vid en utbildningsanstalt för att bedriva studier där. I sådana fall får uppehållsrätten inte upphöra förrän barnens studier avslutats.

Enligt artikel 13 i rörlighetsdirektivet kan det även bli tal om bibehållen uppehållsrätt för familjemedlemmar vid skilsmässa, ogiltigförklaring av äktenskap eller då ett registrerat partnerskap upplöses. För att familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare i sådana fall ska få behålla sin uppehållsrätt krävs antingen att relationen varat i minst tre år (varav minst ett år i den mottagande medlemsstaten), att vårdsnaden av unionsmedborgarens barn har överlåtit på tredjelandsmedborgaren, att denne har rätt till umgänge med ett underårigt barn eller att det annars är befogat med hänsyn till särskilt svåra omständigheter, t.ex. våld i hemmet.

Enligt såväl artikel 12 som 13 i rörlighetsdirektivet krävs för att kunna få permanent uppehållsrätt i landet att kraven för förlängd uppehållsrätt är uppfyllda.¹⁸³³ Detta gäller såväl familjemedlemmar som är unionsmedborgare som familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare. Reglerna i rörlighetsdirektivet gäller genom EES-avtalet som bekant även för medborgare i Norge, Island och Liechtenstein.¹⁸³⁴ Även för schweiziska medborgare finns vissa utökade möjligheter att få stanna kvar i en EU-stat även om grunden för den ursprungliga rätten att befinna sig i landet upphört, detta genom det särskilda avtal som upprättats mellan EU:s medlemsstater och Schweiz.¹⁸³⁵

Slutligen måste nämnas att vissa turkiska medborgare omfattas av särskilda regler. Enligt dessa regler kan turkiska medborgare som är eller har varit aktiva på arbetsmarknaden i någon av medlemsstaterna ha rätt att fortsätta bo kvar tillsammans i medlemsstaten även om det ursprungliga uppehålls- och

¹⁸³³ Se ovan avsnitt 9.4.1.

¹⁸³⁴ Rådets och kommissionens beslut av den 13 december 1993 om ingående av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet mellan Europeiska gemenskaperna, deras medlemsstater och Finland, Island, Liechtenstein, Norge, Schweiz, Sverige och Österrike, 94/1/EKSG, EG, *Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr L 001*, 03/01/1994 s. 0001 – 0001 och Agreement on the European Economic Area, OJ L 1, 3.1.1994, pp. 3-522.

¹⁸³⁵ Avtal mellan Europeiska gemenskapen och dess medlemsstater, å ena sidan, och Schweiziska edsförbundet, å andra sidan om fri rörlighet för personer, *Europeiska gemenskapernas officiella tidning nr L 114*, 30/04/2002 s. 0006 - 0072.

arbetstillståndet inte längre är giltigt. Dessa särskilda regler bygger på ett associationsavtal mellan Turkiet och Europeiska ekonomiska gemenskapen från 1963,¹⁸³⁶ dess tilläggsprotokoll¹⁸³⁷, associeringsrådets beslut nr 1/80 samt ett flertal avgörande från EU-domstolen.¹⁸³⁸ Bestämmelserna i associeringsavtalet innebär *inte* att medlemsstaterna initialt måste bevilja turkiska medborgare uppehållstillstånd. Om så däremot har skett får dessa personer successivt ett ökat skydd att få stanna i landet. EU-domstolen har dessutom uttalat att en turkisk medborgare inte får utvisas om utvisningen grundas uteslutande på allmänpreventiva skäl som t.ex. att avskräcka andra utländska medborgare eller om utvisningen är en automatisk följd av att en person dömts för brott.¹⁸³⁹ En förutsättning för att skyddet ska fortsätta föreligga är dock att den turkiska medborgaren fortsatt är aktuell för arbetsmarknaden. Att tillfälligt vara borta från arbetsmarknaden, t.ex. på grund av en skada, innebär dock inte att skyddet försvinner.¹⁸⁴⁰

Rätten att stanna kvar i medlemsstaten gäller även den turkiska arbetarens familjemedlemmar (som kan vara tredjelandsmedborgare i en annan stat än Turkiet). Kraven för att få utvisa turkiska arbetare gäller även för utvisningar av deras familjemedlemmar. Om familjemedlemmen är ett barn till den turkiska arbetstagaren och har slutfört en yrkesutbildning gäller samma rättigheter även om barnet varit i medlemsstaten i kortare tid än tre år.¹⁸⁴¹

11.5 Etablerat privatliv enligt utlänningslagstiftningen och svensk praxis

Att en person har etablerat ett privatliv i Sverige kan påverka både om uppehållstillstånd ska beviljas och om ett uppehållstillstånd bör återkallas eller om en i Sverige bosatt person ska utvisas. Detta avsnitt kommer först att behandla situationen att en person är/har varit bosatt i Sverige med ett giltigt uppehållstillstånd men nu riskerar utvisning. Härefter behandlas situationen att en person har varit bosatt i Sverige utan tillstånd.

¹⁸³⁶ Ibland kallat Ankaraavalet, EGT 217, 29.12.1964, s. 3687/64.

¹⁸³⁷ Tilläggsprotokoll till Ankaraavalet, EGT L 293, 29.12.1972.

¹⁸³⁸ För mer om den särskilda ställningen för turkiska medborgare se Groenendijk, Kees, Family reunification as a right under community law, *European Journal of Migration and Law* vol. 8, nr. 2 2006, s. 216. Se även Peers, Steve. *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law*. Vol. 1. Oxford University Press, 2016, s. 353-358.

¹⁸³⁹ Se t.ex. C-340/97, *Ömer Nazli, Caglar Nazli och Melike Nazli mot Stadt Nürnberg*, EU:C:2000:77 och C-349/06, *Murat Polat mot Stadt Rüsselsheim*, EU:C:2007:581.

¹⁸⁴⁰ Mål C-434/93, *Ahmet Bozkurt mot Staatssecretaris van Justitie*, EU:C:1995:168.

¹⁸⁴¹ Associeringsrådets beslut nr 1/80.

11.5.1 Återkallelse av tillstånd

Att vistelsetiden ska beaktas vid återkallelse hänger ihop med ett antagande om att människor efter en viss tids vistelse i Sverige integreras i samhället och etablerar ett privatliv i landet.¹⁸⁴² Som beskrevs i avsnitt 9.5.1.1 framgår tydligt av utlänningslagen att möjligheten att återkalla tillstånd successivt försvåras i takt med en persons vistelsetid i Sverige.¹⁸⁴³ Av förarbeten framgår att vistelsetidens betydelse är beroende av vilken period i livet som den utländske medborgaren vistats i Sverige.¹⁸⁴⁴ Enligt regeringen har vistelsetiden större betydelse i ärenden där en person kommit till Sverige som ung och har arbetat eller skaffat sig en utbildning här än då en person levat större delen av sitt liv i ett annat land och först i ett senare skede i livet vistats i Sverige.

Återkallelse förutsätter att ett tillstånd fortfarande är giltigt. Om ett tillstånd istället löpt ut aktualiseras frågan om uppehållstillstånd ändå kan beviljas. Denna typ av situationer behandlas nedan i avsnitt 11.5.4.

11.5.2 Utvisning pga. brott

Ovan har redogjorts för kraven för att en domstol ska kunna besluta om utvisning pga. brott (se avsnitt 9.5.1.2). Av lagtexten framgår att en faktor som ska beaktas vid denna prövning är hur länge personen vistats i Sverige.¹⁸⁴⁵ Att hänsyn ska tas till en utlännings sociala situation framkom redan av 1914 års utlänningslag och är en uppfattning som återuppreps i varje utlänningslag sedan dess och understrukits i senare förarbeten.¹⁸⁴⁶

Även om hänsyn till vistelsetiden alltid ska tas blir betydelsen extra tydlig om utlänningsen vistats i Sverige i minst fyra år med permanent uppehållstillstånd eller om hen när åtal väcktes varit bosatt i Sverige sedan minst fem år. I sådana fall får nämligen utvisning endast ske om det finns synnerliga skäl.

I *NJA 2009 s. 300* prövade Högsta domstolen ett ärende där en man riskerade att utvisas ur Sverige efter att ha vistats i landet i 28 år. Domstolen uttalade i sina domskäl att kravet på synnerliga skäl enligt förarbeten är avsett att ge ett "tämligen starkt skydd mot utvisning av den som har vistats i Sverige en viss tid"¹⁸⁴⁷. Enligt domstolen måste utgångspunkten därför – när en utlänning har varit bosatt i Sverige under så avsevärd tid som mer än 25 år – vara att denne ska ha rätt att ha tryggheten att få stanna här även om återfallsrisk föreligger

¹⁸⁴² MIG 2015:3 och prop. 1997/98:36, s. 20 f.

¹⁸⁴³ Jämför 7 kap. 1, 3 och 4 §§ utlänningslagen.

¹⁸⁴⁴ Prop. 1997/98:36, s. 21.

¹⁸⁴⁵ 8 a kap. 2 § 4 p utlänningslagen.

¹⁸⁴⁶ Prop. 1979/80:96, s. 62.

¹⁸⁴⁷ Domstolen hänvisar till prop. 1993/94:159, s. 16.

”om inte alldeles speciella omständigheter talar för att utlänningen skall utvisas ur landet”. Sådana omständigheter skulle enligt Högsta domstolen kunna vara om utlänningen gjort sig skyldig till brottslighet med ett synnerligen högt straffvärde eller om hen trots den långa bosättningen kan sägas alltjämt ha en svag anknytning till landet. I målet bedömdes den brottslighet personen dömts för ha ett straffvärde motsvarande fängelse i cirka sex år och sex månader. Högsta domstolen ansåg inte att det var ett tillräckligt allvarligt straffvärde vägt mot att mannen under nära 28 år hade levt sitt dagliga liv i Sverige.

Under våren 2019 avgjorde Högsta domstolen ytterligare ett mål gällande vistelsetid.¹⁸⁴⁸ Denna gång gällde det en man som vid tiden för åtalets väckande hade vistats i Sverige sedan åtta och ett halvt år tillbaka. Domstolen uttalade att skälen för att utvisa en person bör vara särskilt starka när den faktiska vistelsetiden är mer än dubbelt så lång som den som krävs för att synnerliga skäl ska krävas för utvisning (vilket ju som angetts ovan är fallet efter fyra års vistelse). Högsta domstolen ansåg inte att straffvärdet på två år ensamt kunde motivera en utvisning och ansåg inte heller att utredningen i målet gav stöd för att mannen hade ”ett asocialt levnadssätt eller några kriminella värderingar” som kunde motivera att utvisning ändå skulle beslutas. Med hänsyn till att mannens anknytning inte framstod ”som särskilt svag” ansåg Högsta domstolen att det, vid en samlad bedömning av omständigheterna i målet, inte kunde anses finnas sådana synnerliga skäl att ”göra avsteg från den utgångspunkt som gäller i fråga om utlänningsar som har vistats i Sverige en längre tid” och utvisa mannen. Två domare var dock skiljaktiga och menade att den samlade bedömningen inte kunde anses visa att mannens anknytning till Sverige var stark. De skiljaktiga menade istället att mannen, pga. brottets allvar och mannens upprepade brottslighet, borde utvisas.

Det får anses tydligt att vistelsetiden har stor betydelse, men att vistelsetiden i vissa fall ändå kan anses få stå tillbaka – förutsatt att det anses finnas synnerliga skäl. Vad som utgör synnerliga skäl är dock en bedömningsfråga.

11.5.3 Återreseförbud

Som konstaterats ovan *ska* en allmän domstol som fattar beslut om utvisning på grund av brott även fatta beslut om ett återreseförbud. Även i fall där uppehållstillstånd återkallas kan beslut om återreseförbud i vissa fall fattas. Då dessa regler redan tidigare har presenterats görs så inte på nytt här, istället hänvisas läsaren till avsnitt 9.5.1.3 ovan.

¹⁸⁴⁸ Högsta domstolens dom i mål B 5931-18 (Utlännings vistelsetid), dom den 24 april 2019.

11.5.4 Möjlighet till uppehållstillstånd pga. etablerat privatliv

11.5.4.1 När personen haft uppehållstillstånd

Det händer att personer som har haft tidsbegränsade uppehållstillstånd nekas förlängning av dessa tillstånd då det tidigare tillståndet löper ut. Skälen kan t.ex. vara att de villkor som uppställts för det tidigare tillståndet inte längre är uppfyllda pga. att en relation tagit slut, ett arbete inte längre finns eller att detta arbete inte längre motsvarar villkoren för arbetstillstånd.

Kort ska här först konstateras att Migrationsöverdomstolen har avgjort ett ärende där en turkisk arbetstagare ansågs ha rätt till fortsatt uppehållstillstånd trots att villkoren enligt den svenska lagstiftningen inte var uppfyllda.¹⁸⁴⁹ Detta med hänvisning till EU-rätten och den särskilda reglering som finns för just turkiska arbetstagare (se avsnitt 11.4). Detta kommer dock inte att utvecklas närmare nedan. Här ska istället ses närmare på möjligheten att beviljas uppehållstillstånd när en tillståndsgrundande relation tagit slut samt när det finns synnerliga skäl och en person har en särskild anknytning till Sverige.

11.5.4.1.1 Om en relation tagit slut

I 5 kap. 16 § utlänningslagen anges att ett uppehållstillstånd som har tidsbegränsats pga. uppskjuten invandringssprövning¹⁸⁵⁰ får förlängas om förhållandet består. Av bestämmelsen framgår dock att uppehållstillstånd kan beviljas även om förhållandet upphört 1) om utlänningen har särskild anknytning till Sverige, 2) om förhållandet har upphört främst på grund av att utlänningen, eller utlänningens barn, utsatts för våld eller för annan allvarlig kränkning av sin frihet eller frid i förhållandet eller 3) om andra starka skäl talar för att utlänningen ska ges fortsatt uppehållstillstånd.

Av 8 § i den tillfälliga lagen framgår att bestämmelsen i 5 kap. 16 § utlänningslagen inte ska tillämpas om det ursprungliga uppehållstillståndet beviljats på grund av anknytning till en flykting eller en alternativt skyddsbehövande enligt den lagen. Under perioden 20 juli 2016 – 19 juli 2019 finns alltså ingen möjlighet att i sådana fall bevilja förlängt uppehållstillstånd enligt 5 kap. 16 §.

Det bör i sammanhanget även nämnas att bestämmelsen om fortsatt uppehållstillstånd inte är tillämplig om det äktenskap som ledde till att uppehållstillstånd ursprungligen beviljades senare bedöms vara ett skenäktenskap.¹⁸⁵¹

¹⁸⁴⁹ MIG 2013:17.

¹⁸⁵⁰ Se avsnitt 10.5.4 för en beskrivning av uppskjuten invandringssprövning.

¹⁸⁵¹ MIG 2014:12.

Av förarbeten framgår att anknytning till det svenska samhället t.ex. kan föreligga om sökanden kommit in på den svenska arbetsmarknaden eftersom en anställning kan ge en person anknytning till Sverige genom ökad kunskap om svenska förhållanden och via kontakter med arbetskamrater.¹⁸⁵² I *MIG 2007:57* nämner Migrationsöverdomstolen att för att arbete ska kunna leda till att anknytning anses föreligga krävs en viss kontinuitet och etablering på arbetsmarknaden. Enligt praxis krävs normalt två års anställning på heltid för att uppehållstillstånd ska kunna beviljas på grund av särskild anknytning till Sverige enbart genom etablering på arbetsmarknaden.¹⁸⁵³ Vid bedömningen av om en särskild anknytning till Sverige ska anses föreligga ska dock en samlad bedömning av samtliga omständigheter i ärendet göras där det även exempelvis ska vägas in hur länge sökanden vistats i Sverige. I praxis uttrycks att arbete endast är ett exempel på hur anknytning till Sverige kan uppstå. I *MIG 2007:57* ansåg domstolen inte att mannen hade tillräcklig anknytning enbart pga. arbete. Domstolen ansåg dock att det faktum att mannen vistats i Sverige legalt i drygt sex år innebar att han vid en samlad bedömning fick anses ha sådan anknytning till och kunskap om svenska förhållanden att uppehållstillstånd kunde beviljas med stöd av 5 kap. 16 §. Migrationsöverdomstolen menade att det saknade betydelse att mannen hade dömts för lindrigare brottslighet i form av förseelse mot trafikförordningen och förargelseväckande beteende. Migrationsverket fick således inget gehör för sin invändning att lång vistelsetid skulle kunna tillmätas viss betydelse för en barnfamilj men inte borde ha någon eller ringa påverkan på tillståndsfrågan för en ensam man.

Det bör i sammanhanget lyftas att utlänningslagen innehåller en möjlighet att bevilja permanent uppehållstillstånd till en person som i fyra år under de senaste sju åren haft uppehållstillstånd i Sverige för arbete eller doktorandstudier.¹⁸⁵⁴ Mannen i *MIG 2007:57* hade dock inte haft uppehållstillstånd av sådana skäl, utan hade ursprungligen haft tillstånd pga. anknytning vilket är förutsättning för att bestämmelsen i 5 kap. 16 § ska bli tillämplig.

Även i *MIG 2008:10* hade Migrationsöverdomstolen att ta ställning till om en särskild anknytning till Sverige uppstått. Mannen i målet hade vistats i Sverige i sex och ett halvt år varav drygt fyra och ett halvt varit med lagligt stöd, vilket enligt Migrationsöverdomstolen inte kunde anses vara en avsevärd tid. Överdomstolen menade vidare att utrymmet att bevilja uppehållstillstånd till vuxna personer enbart på grund av lång tillgodoräkningsbar vistelsetid var närmast obefintligt med hänsyn till lagtextens restriktiva utformning. Enbart mannens

¹⁸⁵² Prop. 1999/2000:43, s. 64.

¹⁸⁵³ Migrationsöverdomstolens dom den 30 maj 2007 i mål nr UM 745-06 jämför dock *MIG 2012:21*.

¹⁸⁵⁴ 5 kap. 5 § utlänningslagen.

vistelsetid kunde därmed inte leda till att tillstånd skulle beviljas. Migrationsöverdomstolen menade härefter att för att anknytning till arbetsmarknaden ska kunna läggas till grund för fortsatt tillstånd krävs att anknytningen etablerats under den tid då sökanden haft tidsbegränsat uppehållstillstånd. Då utredningen i målet inte visade att han hade etablerat tillräcklig tillståndsgrundande anknytning till arbetsmarknaden under denna tid ansåg Migrationsöverdomstolen att anknytningen inte var tillräcklig.

Utgången i avgörandet skiljer sig från utgången i två mål som avkunnades knappt en månad därefter och som refererats i *MIG 2008:11*. I det första av de två samtidigt avkunnade målen kom Migrationsöverdomstolen till slutsatsen att en man som vistats i Sverige i nära tre år och som hade arbetat heltid som läkarassistent respektive läkare i Sverige under nästan två av dessa år kunde anses ha sådan anknytning till Sverige att fortsatt uppehållstillstånd kunde beviljas. Migrationsöverdomstolen betonade särskilt det krav på språkkunskaper som läkaryrket ställer. Även i det mål som prövades samtidigt ansåg Migrationsöverdomstolen att den sökande mannen uppfyllde kraven för fortsatt tillstånd. Detta trots att denna man endast arbetat halvtid. Motiveringen för tillstånd trots halvtidsarbete var att mannen ”mot bakgrund av den långa tid [han] deltagit i arbetslivet i Sverige, arbetets omfattning och övriga omständigheter i målet, särskilt det förhållandet att han nu har vistats legalt i Sverige under drygt fem år” kunde anses ha etablerat en särskild anknytning till Sverige.

Samma kammarrättsråd var skiljaktig i båda målen. Angående läkaren anförde den skiljaktige att för att uppehållstillstånd ska kunna beviljas pga. anknytning till arbetsmarknaden krävs att anknytningen uppkommit under en tid då sökanden har haft uppehållstillstånd. Då mannen fått sin anställning först efter det att det initiala uppehållstillståndet löpt ut menade den skiljaktige att ansökan skulle avslås. Denna ståndpunkt får anses korrespondera med den som uttryckts genom *MIG 2008:10*. I det andra målet menade det skiljaktiga kammarrättsrådet att det underlag som lämnats in var bristfälligt på så vis att uppgifter om hur mycket mannen arbetat saknades för flera månader. Mot den bakgrunden ansåg den skiljaktige domaren inte att mannen kunde anses ha sådan särskild anknytning till Sverige att han kunde beviljas fortsatt uppehållstillstånd.

Intressant vid en jämförelse av de två referaten *MIG 2008:10* och *MIG 2008:11* är kanske framförallt uttalandet i *MIG 2008:10* där kammarrättsråden menade att fyra och ett halvt års legal vistelse inte var en anmärkningsvärt lång tid medan kammarrättsråden i *MIG 2008:11* särskilt lyfte fram att en vistelsetid på drygt fem år var att anse som en lång tid och en faktor som särskilt talade för att anknytning till Sverige förelåg, trots att sökanden i det ärendet arbetat halvtid.

Migrationsöverdomstolen har i ett senare ärende, *MIG 2012:21*, åter prövat frågan om särskilt anknytning. Här var frågan om en kvinna som drev eget företag kunde anses ha sådan anknytning. Migrationsöverdomstolen menade att då kvinnan endast drivit sin verksamhet under cirka ett års tid så kunde den inte anses tillräcklig för att på egen hand innebära att hon etablerat en anknytning till Sverige. Inte heller i kombination med att kvinnan tidigare arbetat ett år på ett annat arbete ansågs anknytningen pga. arbete räcka. Migrationsöverdomstolen fann dock vid en samlad bedömning att kvinnan hade fått en sådan särskild anknytning till Sverige att uppehållstillstånd skulle beviljas. Detta då hon varit etablerad på arbetsmarknaden under drygt två års tid om båda arbetena beaktades, då hennes etablering på arbetsmarknaden påbörjats under den tid när hon hade tidsbegränsat uppehållstillstånd på grund av anknytning till sin dåvarande man samt då hon snabbt hade lyckats lära sig svenska. Migrationsöverdomstolen uttalade särskilt att det saknade betydelse att kvinnan varit föräldraledig under en del av sin tid i Sverige. I målet hade kvinnan totalt vistats i Sverige i snart fyra år.

Frågan om fortsatt tillstånd när ett förhållande främst upphört pga. våld inom relationen prövades av Migrationsöverdomstolen i *MIG 2011:25*. Domstolen menade att för att tillstånd ska kunna beviljas i en sådan situation så måste det göras sannolikt att det förekommit våld eller annan allvarlig kränkning av frihet eller frid inom relationen samt även göras antagligt att detta är den främsta anledningen till att relationen upphört. I målet betonades att det särskilt ska beaktas att det kan vara svårt för personer som utsätts för våld i nära relationer att söka hjälp genom att exempelvis vända sig till polis och andra institutioner samt att det även annars kan vara svårt att informera sin omgivning om situationen. Migrationsöverdomstolen poängterade därför att hänsyn måste tas till sökandens individuella bakgrund och förutsättningar. I *MIG 2011:25* beaktades t.ex. det faktum att kvinnans make fungerat som tolk för henne vid kontakter med bl.a. Migrationsverket.

Om en person inte uppfyller kraven för att beviljas fortsatt tillstånd i Sverige enligt 5 kap. 16 § utlänningslagen kan personen ändå beviljas uppehållstillstånd om ett annat beslut skulle strida mot Europakonventionens artikel 8 eller om det annars kan anses finnas synnerligen eller särskilt ömmande omständigheter.¹⁸⁵⁵

¹⁸⁵⁵ Jfr *MIG 2012:13*.

11.5.4.1.2 Om en person vistats i Sverige under lång tid

Ovan, i avsnitt 10.5.2.2, nämndes att det finns en möjlighet enligt 5 kap. 3 a § 1 st. 5 p. att bevilja uppehållstillstånd till personer som under lång tid har vistats i Sverige med uppehållstillstånd. Vad gäller denna möjlighet har Migrationsöverdomstolen slagit fast att endast en tidigare lång legal vistelse i Sverige inte är tillräckligt för uppehållstillstånd.¹⁸⁵⁶ Enligt domstolen ska hänsyn tas till de individuella omständigheterna i målet, som exempelvis anknytning till hemlandet t.ex. i form av familjeförhållanden. Härutöver ska orsakerna till att sökanden lämnade Sverige samt under vilka omständigheter och i vilken period i livet sökanden vistades i Sverige beaktas. Dessutom ska längden på vistelsen här i landet jämfört med hur länge personen vistats utomlands ha en avgörande betydelse. Mot bakgrund av en sammanvägd bedömning av om omständigheterna i målet ska slutligen en bedömning göras av om personen anses ha en starkare anknytning till Sverige än sitt hemland. Genom att tillämpa dessa kriterier kom Migrationsöverdomstolen i *MIG 2008:16* fram till att två män skulle nekas uppehållstillstånd enligt bestämmelsen – trots att de hade vistats lagligen i landet i 16 respektive 18 år.

11.5.4.2 När det finns synnerliga skäl och särskild anknytning till Sverige

Ytterligare en bestämmelse i 5 kap. 3 a § kan bli tillämplig i en situation där en person under lång tid vistats i Sverige. Nämligen ventilbestämmelsen i 5 kap. 3 a § 3 st. 3 p. Som nämnts ovan (avsnitt 10.5.2.2.) är denna bestämmelse utformad för att kunna omfatta en mängd olika situationer. Som exempel på annan särskild anknytning än familjeanknytning nämns i förarbeten till bestämmelsen att en utlänning söker uppehållstillstånd på grund av en längre tids anställning på ett svenskt fartyg eller i ett svenskt rederi eller anställning vid ett svenskt företag utomlands eller beträffande en längre tids anställning inom ramen för internationellt utbyte.¹⁸⁵⁷ Av praxis framkommer dock att bestämmelsen även prövats då en person åberopat särskild anknytning genom att ha vistats i Sverige en viss tid.¹⁸⁵⁸ Mot bakgrund av de mycket högt ställda krav för att uppehållstillstånd ska kunna beviljas – bestämmelsen ska tillämpas restriktivt och kräver att såväl ömmande som udda omständigheter föreligger – bör det vara mycket få fall som träffas av bestämmelsen utifrån enbart vistelsetid.¹⁸⁵⁹ Även om en teoretisk möjlighet således finns att pröva denna typ av ärenden enligt bestämmelsen i 5 kap. 3 a § så bör det vara betydligt vanligare att de i praktiken prövas enligt 5 kap. 6 §.

¹⁸⁵⁶ MIG 2008:16.

¹⁸⁵⁷ Prop. 2004/05:170, s. 277 f.

¹⁸⁵⁸ MIG 2014:9.

¹⁸⁵⁹ MIG 2007:18 och MIG 2007:46. Se även prop. 2004/05:170 s. 183 f. samt s. 277.

11.5.4.3 När det finns synnerligen eller särskilt ömmande omständigheter

I utlänningslagens 5 kap. 6 § finns en bestämmelse som möjliggör att en utländsk medborgare som befinner sig i Sverige beviljas uppehållstillstånd om det vid en helhetsbedömning av dennes ärende anses föreligga sådana ömmande omständigheter att uppehållstillstånd bör beviljas. Bestämmelsen är en undantagsbestämmelse som gäller endast om uppehållstillstånd inte kan ges på annan grund.¹⁸⁶⁰ Den kan därmed bli tillämplig först efter att alla andra relevanta grunder har prövats. Dessutom krävs att personen redan befinner sig i landet vilket markerats genom ordvalet ”stanna i Sverige”.¹⁸⁶¹

Om personen är vuxen krävs att omständigheterna är synnerligen ömmande, om personen är ett barn krävs istället särskilt ömmande omständigheter. Skillnaden i ordval skedde genom en lagändring år 2014 i syfte att ”lyfta fram barnrättsperspektivet och framhålla principen om barnets bästa samt därmed möjliggöra att fler barn ska kunna omfattas av bestämmelserna och beviljas uppehållstillstånd”.¹⁸⁶² Även före det att lagen ändrades framgick av paragrafens andra stycke att mindre tungt vägande skäl krävdes för att bevilja ett barn uppehållstillstånd än vad som krävdes för vuxna.¹⁸⁶³ Lagstiftaren kom till slutsatsen att den gamla formuleringen av regeln behövde ändras för att ”tydligare klargöra skillnaden i bedömningen av frågan om uppehållstillstånd mellan vuxna och barn.”¹⁸⁶⁴

Av förarbeten framgår att bestämmelsen är utformad på ett vis som gör det ”nödvändigt att göra en individuellt inriktad bedömning”.¹⁸⁶⁵ I lagmotiven poängteras även att ”[d]et ligger i sakens natur att det inte uttömmande kan anges i lagtexten vilka omständigheter som kan beaktas vid prövningen”. Direkt av lagtexten framgår därför att det är en samlad bedömning som ska ske. I bestämmelsen lyfts dock specifikt fram att utlänningsens hälso tillstånd, situation i hemlandet samt anpassning till Sverige särskilt ska beaktas. Här kommer dock endast frågan om anpassning till Sverige att behandlas närmare då denna avhandling tar sikte på frågor om familjeliv och privatliv.

I motiven anges att det väsentliga är att avgöra vilken anknytning sökanden fått till Sverige. Någon exakt gräns för hur lång en vistelse ska vara för att

¹⁸⁶⁰ Prop. 2004/05:170, s. 280.

¹⁸⁶¹ Ibid, s. 280.

¹⁸⁶² Prop. 2013/14:216, s. 1.

¹⁸⁶³ ”Barn får beviljas uppehållstillstånd enligt denna paragraf även om de omständigheter som kommer fram inte har samma allvar och tyngd som krävs för att tillstånd skall beviljas vuxna personer. Lag (2005:716).”

¹⁸⁶⁴ Prop. 2013/14:216, s. 19.

¹⁸⁶⁵ Prop. 2004/05:170, s. 280.

kunna leda till tillstånd anges inte i förarbeten.¹⁸⁶⁶ Flera anledningar ligger bakom att någon gräns inte finns utsatt. Dels har lagstiftaren inte velat vara allt för specifik kring vad som skulle kunna vara tillräckligt för uppehållstillstånd i syfte att verkligen möjliggöra en individuell bedömning.¹⁸⁶⁷ Dels har lagstiftaren förmodligen varit rädd för att skapa en lagstiftning som skulle innebära att ett barn eller en vuxen som tillbringat ett visst antal år i Sverige automatiskt skulle anses ha rätt till uppehållstillstånd. Att lagstiftaren vill undvika detta brukar uttryckas i termer av att försöka undvika att skapa en situation där barn riskerar att utnyttjas. Inbakat i denna omtanke ligger således en syn att människor skulle skaffa barn för att, genom dem, beviljas uppehållstillstånd om det fanns en preciserad tid som ledde till att uppehållstillstånd beviljades. Slutligen har lagstiftaren förmodligen inte velat sätta en tidsgräns för att försöka undvika att skapa ett sätt att kringgå den reglerade invandringen. Om uppehållstillstånd undantagslöst skulle beviljas efter ett antal år skulle det i praktiken innebära att det var möjligt att komma till Sverige, ge sig tillkänna för migrationsmyndigheterna, hålla sig undan och sedan dyka upp igen när tiden passerat. Detta system har inte ansetts önskvärt då det ansetts riskera att minska respekten för utlänningslagens övriga regler. I förarbeten till bestämmelsen uttrycks mot bakgrund av ovanstående avvägningar att det inte kan ”ställas upp någon exakt gräns för hur lång tid ett barn ska ha vistats i Sverige för att ha uppnått en tillräcklig stark anknytning till svenska förhållanden”.¹⁸⁶⁸

Även om lagstiftaren velat undvika att ange en metod eller på annat sätt mer detaljerat reglera hur bedömningen bör göras så finns vissa uttalanden i förarbeten som kan vara till hjälp för rättstillämparen vid bedömningen.¹⁸⁶⁹ Dels anges att hänsyn ska tas till om utlänningen har familjemedlemmar bosatta i hemlandet samt även beakta om, och i så fall hur länge, personen själv levt i landet.¹⁸⁷⁰ Om det finns flera möjliga länder dit utvisning kan ske ska en sådan bedömning göras angående vart och ett av länderna. När det gäller barn anges att barn ”i många avseenden snabbare anpassar sig till nya förhållanden, men ett barns anpassning till svenska förhållanden kan inte ensamt tillmätas avgörande betydelse”.¹⁸⁷¹

¹⁸⁶⁶ Ibid, s. 280.

¹⁸⁶⁷ Prop. 2013/14:216 s. 16 f.

¹⁸⁶⁸ Prop. 2004/05:170, s. 191 och 280 samt prop. 2013/14:216, s. 20.

¹⁸⁶⁹ Prop. 2013/14:216, s. 16 f.

¹⁸⁷⁰ Prop. 2004/05:170, s. 280 f.

¹⁸⁷¹ Ibid, s. 281 f.

I tidigare förarbeten angavs att det som huvudregel endast var laglig vistelse som skulle läggas till grund för prövningen om vistelsetiden grundat anknytning till Sverige.¹⁸⁷² Det lyftes dock fram att det i vissa fall kunde bli nödvändigt att även ta hänsyn till tid då sökanden hållit sig undan myndigheterna, i synnerhet när det gällde barn.¹⁸⁷³ Numera beaktas även irreguljär vistelse vid bedömningen av anknytningen, en utveckling som främst beror på Europadomstolens praxis i ärenden om rätt till respekt för privatliv.¹⁸⁷⁴ Att delar av vistelsen varit utan tillstånd vägs istället in i en senare del av bedömningen av om tillstånd ska meddelas, nämligen vid proportionalitetsbedömningen. Bestämmelsen i 5 kap. 6 § utlänningslagen uppställer endast en möjlighet att bevilja uppehållstillstånd. Således kan även skäl som talar emot tillstånd beaktas. Att en person vistats i Sverige utan tillstånd är ett sådant skäl. I förarbeten lyfts dock även fram att ett underårigt barn själv kan ha bristande möjligheter att påverka sin egen situation och vistelse i Sverige.¹⁸⁷⁵

Eftersom barnets bästa ska beaktas vid alla migrationsärenden som rör barn har regeringen i förarbeten resonerat om betydelsen av principen för bedömningen av om denna typ av uppehållstillstånd ska beviljas.¹⁸⁷⁶ Här nämns att även om barnets bästa i många ärenden får anses tala för att medge bosättning i Sverige så finns det faktorer som kan tala för att en utvisning av barnet bör ske.¹⁸⁷⁷ Regeringen tog redan i samband med införandet av portalparagrafen om barnets bästa i utlänningslagen avstånd från en etnocentrisk syn om att barn regelmässigt skulle anses ha det bäst i Sverige, oavsett språklig, kulturell och nationell bakgrund och tillhörighet. I dessa förarbeten anges att det inte kan anses som negativt för ett barn som följt med sina föräldrar till Sverige att följa med föräldrarna när de måste återvända till hemlandet.¹⁸⁷⁸ Även om lagändringen år 2014 väntades leda till att fler barn skulle beviljas tillstånd enligt 5 kap. 6 § utlänningslagen markerades särskilt att tidigare uttalanden om att barnets bästa inte får leda till att det i princip blir ett eget kriterium för uppehållstillstånd att vara barn fortsatt skulle gälla.¹⁸⁷⁹

Att barns skäl kan ha betydelse, och att det därför anses viktigt att de prövas särskilt och inte enbart som en del av föräldrarnas ärenden, framkommer upprepade gånger i förarbeten.¹⁸⁸⁰ Bedömningen av ett barns ärende och dennes förälders ärende hänger dock ihop på så vis att det av praxis framgår att om

¹⁸⁷² Ibid, s. 280 f.

¹⁸⁷³ Ibid, s. 280 f.

¹⁸⁷⁴ Se MIG 2012:13.

¹⁸⁷⁵ Prop. 2013/14:216, s. 20.

¹⁸⁷⁶ 1 kap. 10 § utlänningslagen, prop. 2004/05:170, s. 281 samt prop. 2013/14:216, s. 16.

¹⁸⁷⁷ Prop. 1996/97:25.

¹⁸⁷⁸ Ibid, s. 249 se även Prop. 2004/05:170, s. 281 f.

¹⁸⁷⁹ Prop. 2013/14:216, s. 21 jfr prop. 1996/97:25, s. 247, prop. 2004/05:170, s. 194.

¹⁸⁸⁰ Prop. 2004/05:170, s. 281 och prop. 2013/14:216, s. 19.

ett barn beviljas uppehållstillstånd med stöd av den aktuella bestämmelsen beviljas även barnets förälder uppehållstillstånd för att kunna stanna i Sverige. Den senaste lagändringen var inte avsedd att förändra denna praxis.¹⁸⁸¹

Slutligen ska särskilt lyftas fram att det i förarbeten särskilt anges att vid prövningen av rätten till uppehållstillstånd så ”måste Sveriges internationella åtaganden självfallet beaktas liksom hur dessa åtaganden har tolkats av berörda internationella och nationella domstolar”.¹⁸⁸²

Migrationsöverdomstolens praxis i frågan om när uppehållstillstånd kan beviljas pga. lång vistelsetid/etablerat privatliv härstammar framförallt från tiden före lagändringen.¹⁸⁸³ Endast ett ärende har avgjorts utifrån den nya lagstiftningen. Målet, *MIG 2015:4*, rörde en snart trettonårig flicka som hade vistats tillsammans med sina föräldrar i Sverige i sex år. Flickans familj hade befunnit sig i Sverige med stöd av uppehållsrätt. Så småningom framkom dock uppgifter om att ingen i familjen var EES-medborgare och att pappan använt sig av ett falskt pass för att på så vis skapa en uppehållsrätt för sig och sin familj. Då familjen inte längre ansågs ha uppehållsrätt var frågan om de istället kunde beviljas uppehållstillstånd med stöd av bestämmelsen om synnerligen/särskilt ömmande omständigheter.

Migrationsöverdomstolens domskäl vad gäller föräldrarnas anknytning till Sverige är förhållandevis korta. Domstolen nöjer sig med att konstatera att de kom till Sverige först i 40-årsåldern och att de inte har anpassat sig särskilt mycket till svenska förhållanden under sin vistelsetid här. Härefter betonades att i stort sett ingen del av deras vistelsetid varit laglig. Mot denna bakgrund ansåg domstolen inte att det fanns synnerligen ömmande omständigheter som innebar att de borde tillåtas stanna i Sverige.

Härefter prövade domstolen om det fanns särskilt ömmande omständigheter att låta deras dotter stanna kvar i Sverige. I ärendet hade inga omständigheter åberopats utöver hennes anpassning till Sverige, det var således uteslutande denna grund som prövades av domstolen. Att flickan hade vistats i Sverige i sex år ansågs med hänsyn till flickans ålder vara ”en förhållandevis lång tid”. Vidare ansåg domstolen att hon vistats i Sverige under en period då man som barn utvecklas mycket och börjar skapa sig en egen identitet. Flickan pratade svenska, gick i svensk skola och hade vänner här i landet. Även om domstolen inte uttrycker sig på det viset får det antas att dessa skäl talat för att flickan haft en anknytning till Sverige. Efter att ha redovisat dessa bitar om flickans

¹⁸⁸¹ Prop. 2013/14:216, s. 21.

¹⁸⁸² Ibid, s. 19.

¹⁸⁸³ MIG 2007:46, MIG 2007:15, MIG 2007:43, MIG 2008:3, MIG 2009:8, MIG 2009:9, MIG 2009:31, MIG 2009:33, MIG 2010:6, MIG 2012:13, MIG 2014:9.

liv fortsatte domstolen med att lyfta att hon och föräldrarna besökt hemlandet Makedonien tillsammans år 2011 och 2012. Mot bakgrund av dessa besök menade domstolen att hemlandet inte kunde ”framstå som helt främmande för henne”. Härefter yttrade domstolen att ”[d]et faktum att i stort sett hela hennes vistelse i Sverige har varit illegal måste också beaktas trots att hon som underårig inte har haft möjlighet att påverka detta förhållande”. Mot denna bakgrund ansåg domstolen att även om flickan fått viss anpassning till Sverige så kunde hennes situation ändå inte anses som särskilt ömmande i den mening som avses med bestämmelsen i 5 kap. 6 § utlänningslagen.

Migrationsöverdomstolen avslutade sina domskäl med en mening där det konstaterades att ”[ä]ven om [de sökande] genom sin vistelsetid m.m. i Sverige skulle anses ha etablerat ett sådant privatliv som skyddas av artikel 8 i Europakonventionen kan utvisningen av dem inte heller anses vara oproportionerlig enligt artikel 8 i Europakonventionen.” Domstolens val av uttryck – ”även om” – är intressant i relation till Europadomstolens syn på etablerat privatliv. Det är svårt utifrån Europadomstolens praxis att göra bedömningen att flickan inte skulle anses ha etablerat ett privatliv. Hon hade trots allt bott i Sverige i närmare halva sitt liv. Här kan därför påminnas om att ett konstaterande av att ett etablerat privatliv föreligger inte innebär att en *kränkning* automatiskt föreligger. Migrationsöverdomstolen hade därför kunnat kosta på sig att erkänna att flickan faktiskt etablerat ett privatliv.

Av Migrationsöverdomstolens tidigare praxis – som främst rör vuxna personer – följer att bestämmelsen i 5 kap. 6 § utlänningslagen ska tillämpas restriktivt och att de omständigheter som kan läggas till grund för ett beslut om uppehållstillstånd med stöd av bestämmelsen måste vara av mer allvarlig beskaffenhet.¹⁸⁸⁴ Migrationsöverdomstolen yttrade i ett ärende, som gällde en vuxen man, att det måste framstå som inhumant eller oproportionerligt att utvisa personen i fråga.¹⁸⁸⁵ I ett ärende om en barnfamilj som vistats i Sverige under nio års tid då mannen arbetat på en ambassad här i landet ansåg Migrationsöverdomstolen att det inte förelåg synnerligen ömmande omständigheter att bevilja uppehållstillstånd. Vistelsetiden (som var legal) ansågs av domstolen ”vara relativt lång, särskilt ur barnens perspektiv”. Då familjen vistats i Sverige med stöd av UD-viseringar ansåg domstolen att de inte kunde anses ha fått en sådan särskild anknytning till Sverige att uppehållstillstånd skulle medges. Här ska dock betonas att detta ärende avgjordes före det att lagändringen genomfördes år 2014 och att ingen bedömning enligt Europakonventionen gjordes i målet.

¹⁸⁸⁴ Se t.ex. MIG 2007:15 och 2007:33.

¹⁸⁸⁵ MIG 2014:9.

I dagsläget får rättsläget enligt svensk utlänningslagstiftning anses vara relativt oklart när det gäller barns möjlighet till uppehållstillstånd pga. lång vistelsetid/etablerat privatliv. Detta då den dom som trots allt har meddelats av Migrationsöverdomstolen efter lagändringen år 2014 rör en situation som på många vis skiljer sig från vad som vanligen är fallet. Det kan inte anses höra till vanligheterna att personer genom falska pass uppehåller sig i Sverige med stöd av (oriktig) uppehållsrätt. Att på så vis försöka ta sig runt systemet är en faktor som kan verka försvårande vid en proportionalitetsbedömning. En vanligare situation bör vara den att ett barns föräldrar sökt asyl i Sverige, fått avslag men ändå stannat kvar i landet där barnet fötts. Ett sådant barn kanske aldrig har varit på besök i (föräldrarnas) hemland. Föräldern har inte heller tagit sig runt systemet på annat vis än att hålla sig undan. Något sådant ärende har dock ännu inte prövats av Migrationsöverdomstolen.

11.5.4.3.1 Begränsning enligt den tillfälliga lagen

Av 11 § i den tillfälliga lagen framkommer att uppehållstillstånd enligt 5 kap. 6 § utlänningslagen endast får beviljas om det skulle strida mot ett svenskt konventionsåtagande att avvisa eller utvisa utlänningen. Av förarbetena framgår att de konventioner som avses i första hand är Europakonventionen men även t.ex. Europarådets konvention om bekämpande av människohandel, Genèvekonventionen och FN:s tortyrkonvention omnämns.¹⁸⁸⁶ Dessutom betonas att barnkonventionen kan leda till att uppehållstillstånd beviljas genom att portalparagrafen i 1 kap. 10 § utlänningslagen ska tillämpas när beslut fattas med stöd av den tidsbegränsade lagen. Enligt regeringen kommer barnkonventionen även till uttryck genom att det endast krävs särskilda skäl för att ett barn ska kunna beviljas uppehållstillständ enligt 5 kap. 6 § utlänningslagen.

Migrationsöverdomstolen har i *MIG 2018:16* uttalat att det först ska bedömas om det föreligger synnerligen/särskilt ömmande omständigheter, härfter ska prövas om det dessutom kan anses strida mot ett konventionsåtagande att neka uppehållstillstånd. Endast om så kan konstateras ska tillämparen bevilja uppehållstillstånd enligt 5 kap. 6 § i den ordinarie lagen.

¹⁸⁸⁶ Prop. 2015/16:174, s. 78.

11.6 Sammanfattning

11.6.1 Barnkonventionen

Barnkonventionens artikel 16 stadgar ett förbud mot godtyckliga eller olagliga ingripanden i ett barns privatliv. Det finns varken några allmänna kommentarer eller några uttalanden från arbetet med framtagandet av barnkonventionen som behandlar artikel 16 i relation till utvisningar vilket gör det svårt att närmare uttala sig mer specifikt om vad skyddet i artikel 16 innebär i en situation där en utvisning är aktuell. En konventionsstat som önskar utvisa ett barn som har etablerat ett privatliv i landet måste dock komma ihåg att barnkonventionens rättigheter ska ses som en helhet. Detta innebär att barnkonventionen ställer krav på en utvisning av ett barn som har etablerat ett privatliv sker med stöd i lag, är skälig¹⁸⁸⁷ och – om utvisningen sker i strid med barnets bästa – varför den ändå ska anses godtagbar.

11.6.2 Europakonventionen

Om en person inte anses ha ett etablerat familjeliv kan denne ändå anses omfattas av rätten till respekt för privatliv i artikel 8. Europadomstolen har vid upprepade tillfällen uttalat att eftersom artikel 8 skyddar en människas rätt att etablera och utveckla relationer till andra människor och omvärlden i övrigt, samt dessutom skyddar vissa aspekter av en individs identitet så måste samtliga sociala band mellan en (settled) migrant¹⁸⁸⁸ och samhället denne lever i omfattas av begreppet privatliv.¹⁸⁸⁹ När det gäller migranter som vistats i landet utan tillstånd har domstolen möjligen inte varit lika tydlig. Av flera domar från Europadomstolen framkommer dock en syn att privatliv även kan etableras under en tid då en migrant inte haft tillstånd att vistas i landet kan beaktas.¹⁸⁹⁰ Vid bedömningen av om privatliv uppstått ska samtliga band den sökande har till medlemsstaten beaktas oavsett om dessa band uppstått under en tid då den utländske medborgaren vistats i konventionsstaten med lagligt stöd eller som irreguljär migrant. Rätten till respekt för privatliv är en relativ rättighet vilket innebär att inskränkningar av rättigheten får ske – dock endast om det finns stöd i lag, inskränkningen görs i ett legitimt syfte samt är nöd-

¹⁸⁸⁷ Jfr med artikel 16 barnkonventionen som förbjuder olagliga och godtyckliga ingrepp i ett barns privatliv.

¹⁸⁸⁸ I fallet *Üner mot Nederländerna* (dom den 18 oktober 2006, appl. no. 46410/99) används begreppet ”settled migrant”.

¹⁸⁸⁹ Se t.ex. *Üner mot Nederländerna* (dom den 18 oktober 2006, appl. no. 46410/99) och *Osman mot Danmark* (dom den 14 juni 2011, appl. no. 38058/09).

¹⁸⁹⁰ Se t.ex. *Nnyanzi mot Förenade kungariket* (dom den 8 april 2008, appl. no 21878/06), *A.A. mot Förenade kungariket* (dom den 20 september 2011, appl. no 8000/08) samt *Butt mot Norge* (dom den 4 december 2012, appl. no. 47017/09), se särskilt punkt 76.

vändig i ett demokratiskt samhälle. Det krävs således att en proportionalitetsbedömning görs. Frågan om en utvisning av en person som etablerat ett privatliv i en konventionsstat är proportionerlig eller ej påverkas av om den utländske medborgaren vistats i staten med lagligt stöd eller om vistelsen varit irreguljär. Europadomstolen finner dock sällan en kränkning av artikel 8 enbart baserat på vistelsetid när det gäller irreguljära migranter. En faktor som dock i vissa fall har ansetts tala för att en stat kan ha skyldighet att regularisera en irreguljär migrants vistelse i landet är om staten under en lång tid "tillåtit" migrantens vistelse.¹⁸⁹¹ När det gäller lagligen bosatta migranter kan en försvårande omständighet vara om utvisningen beror på brottslighet. I fall som rör brottslighet har domstolen påtalat att de s.k. *Boultif/Üner-kriterierna* ska användas med den modifikationen att de kriterier som rör sökandes familjeliv utesluts i ärenden där enbart privatliv kan konstateras (och ej familjeliv).¹⁸⁹² I fall som rör barn måste Europadomstolen beakta barnets bästa. Europadomstolen har uttalat att det krävs extra starka skäl för att utvisa en bosatt migrant som lagligen vistats största delen av sin barndom i värdlandet.¹⁸⁹³ Europadomstolen har även resonerat kring att illegal vistelse kan bedömas annorlunda om en person som vistats utan tillstånd har varit ett barn med begränsad möjlighet att själv påverka sin situation.¹⁸⁹⁴ På så vis kan domstolen sägas ge barn ett starkare skydd för privatlivet än vuxna.

11.6.3 EU-rätten

Utgångspunkten i EU-rätten är att uppehållstillstånd pga. etablerat privatliv/lång vistelsetid faller in under nationell kompetens. Det finns således ingen övergripande reglering som gäller i denna typ av situationer. Däremot finns inom EU-rätten ett flertal regleringar som på olika vis försvårar utvisning av migranter som under en längre tid uppehållit sig i en medlemsstat, bl.a. direktivet om varaktigt bosatta,¹⁸⁹⁵ regler om s.k. bibehållen uppehållsrätt¹⁸⁹⁶ samt särskilda regler som omfattar turkiska medborgare. I samtliga fall som aktualiserar EU-rätten måste EU:s rättighetsstadga och dess bestämmelse om rätt till respekt för privatliv beaktas. Bestämmelsen om rätt till respekt för privatliv

¹⁸⁹¹ *Sisojeva mot Lettland* (dom den 15 januari 2007, appl. no. 60654/00), *Kaftailova mot Lettland* (dom den 7 december 2007, appl. no. 59643/00) samt *Shevanova mot Lettland* (dom den 7 december 2007, appl. no. 58822/00). Se även *Liu mot Ryssland* (dom den 26 juli 2011, appl. no. 29157/09).

¹⁸⁹² *Benhebbba mot Frankrike* (dom den 10 juli 2003, appl. no 53441/99), punkterna 32 och punkt 34.

¹⁸⁹³ Jfr *Maslov mot Österrike* (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03), punkt 74.

¹⁸⁹⁴ Se exempelvis *Butt mot Norge* (dom den 4 december 2012, appl. no. 47017/09).

¹⁸⁹⁵ Direktivet om varaktigt bosatta (2003/109/EG), artikel 12.

¹⁸⁹⁶ Se mål C-310/08, *London Borough of Harrow mot Nimco Hassan Ibrahim och Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2010:80 och C-480/08, *Maria Teixeira mot London Borough of Lambeth och Secretary of State for the Home Department*, EU:C:2010:83.

i rättighetsstadgan måste ge minst samma skydd som artikel 8 i Europakonventionen och dess tillhörande praxis. EU-rätten måste även tolkas med beaktande av barnets bästa. Detta framgår dels av att det är en allmän EU-rättslig princip att EU ska följa internationell rätt – däribland barnkonventionen,¹⁸⁹⁷ dels av artikel 24 i EU:s rättighetsstadga.

11.6.4 Utlänningslagen

I utlänningslagen finns flera regler som på olika sätt påverkas av om en person vistats i Sverige under en längre tid. Dels försvåras möjligheten att återkalla uppehållstillstånd (7 kap. 1, 3 och 4 §§ utlänningslagen) samt möjligheten att utvisa en person pga. brott, ju längre tid en utländsk medborgare vistats i landet (8 a kap. utlänningslagen). Dels finns vissa regler som innebär en möjlighet att bevilja uppehållstillstånd på grund av att en person utvecklats en viss anknytning till Sverige (se exempelvis 5 kap. 3 a § 1 st. 5 p och 3 st. 3 p, 5 kap. 6 § samt 5 kap. 16 §). Några av dessa regler kan innebära att personer som vistats i landet utan tillstånd men som utvecklats en anknytning till landet kan beviljas uppehållstillstånd. Vid denna bedömning har betonats att vistelse utan tillstånd ska tillmätas olika tung vikt beroende av om personen som vistats här varit barn eller vuxen under denna tid. Bestämmelserna enligt vilka tillstånd kan beviljas pga. anknytning till landet utgör dock olika former av undantag och tillämpas restriktivt. Det kan konstateras att Migrationsöverdomstolen har utvecklats en snäv syn på när en anknytning är tillräcklig för att tillstånd ska beviljas. Här bör även nämnas att den tillfälliga utlänningslagens 11 § begränsar möjligheten att bevilja uppehållstillstånd enligt bestämmelsen om synnerligen eller särskilt ömmande omständigheter i 5 kap. 6 § utlänningslagen. Enligt 11 § tillfälliga utlänningslagen får tillstånd enligt 5 kap. 6 § endast beviljas om ett nekat tillstånd skulle stå i strid med svenska konventionsåtaganden. Skyldigheten att beakta svenska konventionsåtaganden – däribland Europakonventionen och barnkonventionen –¹⁸⁹⁸ gäller dock naturligtvis även om 11 § tillfälliga lagen inte skulle existera. Eftersom Europakonventionen gäller som svensk lag och eftersom annan svensk lag inte får stå i strid med Europakonventionen så måste alltid, i enlighet med artikel 8 Europakonventionen, en proportionalitetsbedömning göras av ett beslut i sin helhet. Anses beslutet oproportionerligt vid en sådan bedömning kan rättstillämparen frångå

¹⁸⁹⁷ C-540/03, *Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd*, EU:C:2006:429, se särskilt punkt 37. Se även Kalverboer, Margrite, Daan Beltman, Carla van Os, and Elianne Zijlstra, *The Best Interests of the Child in Cases of Migration*, *The International Journal of Children's Rights* vol. 25, nr. 1, 2017, s. 114-139, samt Drywood, Eleanor, *Giving with One Hand, Taking with the Other: Fundamental Rights, Children and the Family Reunification Decision*, *European law review*, vol. 32, nr. 3 2007, s. 396-407.

¹⁸⁹⁸ Se MIG 2018:16.

kraven i den svenska utlänningslagen och ändå bevilja tillstånd.¹⁸⁹⁹ Det är viktigt att veta ursprunget av en bestämmelse i utlänningslagen. Om bestämmelsen har en koppling till EU-rätten måste nämligen tillämpningen överensstämma med kraven enligt denna, vilket t.ex. innebär att rättighetsstadgan och EU-domstolens praxis ska beaktas. Att principen om barnets bästa måste beaktas i alla ärenden som bedöms enligt utlänningslagen och som på något vis rör barn följer av 1 kap. 10 § utlänningslagen.

¹⁸⁹⁹ Jfr 11 kap. 14 § samt 12 kap. 10 § regeringsformen. Se för Europakonventionens särskilda ställning 2 kap. 19 § regeringsformen samt lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

12 Sammanfattande analys

12.1 Inledning

I avhandlingen har en fördjupning gjorts i principen om barnets bästa och rätten till respekt för privatliv och familjeliv. Dels har undersökts hur barnkonventionen, Europakonventionen, EU-rätten och den svenska utlänningslagstiftningen samspelar på ett mer generellt plan. Dels har mer specifikt undersökts hur rätten till respekt för familjeliv och privatliv samt principen om barnets bästa regleras, vad de anses innebära, hur de samspelar, vad de betyder för en stats möjlighet att reglera invandring samt vilket genomslag de fått i praxis. I detta avsnitt presenteras och diskuteras ett antal generella slutsatser som går att dra utifrån avhandlingens tidigare kapitel.

12.2 Flera rättskällor aktualiseras och samspelar

Att såväl EU-rätten som Europakonventionen och barnkonventionen har betydelse för svensk utlänningsrätt framgår tydligt av den genomgång av regler och praxis som nyss presenterats i kapitel 9-11. Här framkommer dels att det finns en ansevärd mängd detaljerade regler på EU-nivå om möjlighet för migranter att få vistas i ett land som måste beaktas i den svenska migrationsprocessen. Dessutom framkommer att det idag inte är tillräckligt att en svensk rättstillämpare enbart utgår från det inhemska och det EU-rättsliga migrationsrättsliga regelverket – trots att såväl den svenska lagstiftaren som EU försökt konkretisera den vagt och öppet formulerade konventionsrättigheten respekt för familjeliv och privatliv genom att ta fram mer precisa normer. Dessa mer precisa bestämmelser måste nämligen tolkas i ljuset av rätten till respekt för familjeliv och privatliv samt principen om barnets bästa. Rättigheter som återfinns även utanför de rent nationella och de EU-rättsliga migrationsregelverken.

Skyldigheten att genomföra bedömningen av om ett ingrepp i rätten till respekt för familjeliv och privatliv är tillåten framkommer inte explicit av den ordinarie svenska utlänningslagen. Däremot stadgas idag i 11 och 13 §§ i den tillfälliga lagen en skyldighet att i vissa fall utföra en prövning av om utfallet av ett beslut, som fattats enligt den tillfälliga utlänningslagen, är i strid med

svenska konventionsåtaganden.¹⁹⁰⁰ Dessa bestämmelser får i praktiken anses överflödiga vad gäller Europakonventionen då denna konvention, pga. dess särställning i svensk rätt, ändå alltid måste beaktas i syfte att säkerställa att lagstiftning och rättstillämpning är i linje med konventionens krav.¹⁹⁰¹ Som påpekats många gånger tidigare i avhandlingen måste även EU:s rättighetsstadgas bestämmelse om rätt till respekt för familjeliv och privatliv (artikel 7) beaktas i de fall där EU-rätt tillämpas. Vad gäller barnkonventionen kan, som påpekats i kapitel 1, svensk lag inte på samma vis som vad gäller EU-rätten och Europakonventionen åsidosättas om den svenska lagen anses strida mot barnkonventionens bestämmelser. Barnkonventionen kan dock, utifrån vad som framkommit i avhandlingen, ändå konstateras ha stor påverkan för ärenden om rätt till vistelse pga. privatliv eller familjeliv. Särskilt har barnkonventionen getts tyngd genom att Europadomstolen betonat att barnets bästa ska tillmätas vikt vid tillämpning av Europakonventionen samt även genom att domstolen uttalat att barnkonventionens bestämmelser i övrigt ska användas som verktyg vid tolkning av Europakonventionen.

Det kan konstateras att Europakonventionen, EU:s rättighetsstadga och barnkonventionen i praktiken får betydelse på flera sätt vid svensk lagstiftning och rättstillämpning. Vad gäller lagstiftaren kan kort konstateras att denne har ett uppdrag att se till att svensk lagstiftning är i överensstämmelse med svenska åtaganden. Vad gäller rättstillämparen kan konstateras att denne måste ha god kunskap om innebörden av svenska konventionsåtaganden och EU-rätt. Om den svenska lagstiftaren tagit fram nationella regler som inte är tillfredsställande utifrån Sveriges åtaganden kan nämligen rättstillämparen underkänna den svenska nationella lagstiftningen i det enskilda fallet via lagprövning – förutsatt att rättstillämparen skulle finna att reglerna står i strid med rätt av högre rang (så som grundlagen, EU-rätten eller Europakonventionen).¹⁹⁰² Svensk nationell lagstiftning kan även påverkas genom att konventioner utgör tolkningshjälpmedel på så vis att den inhemska rätten ska tolkas i linje med svenska konventionsåtaganden. Av utlänningslagen framgår vidare att uppehållstillstånd ska beviljas om ett internationellt organ som har behörighet att pröva klagomål från enskilda finner att ett beslut om avvísning eller utvisning strider mot ett svenskt konventionsåtagande, om det inte finns synnerliga skäl som talar emot att uppehållstillstånd ges.¹⁹⁰³

¹⁹⁰⁰ Bestämmelserna kan kritiserats, bl.a. för att brista i legalitetshänseende. Detta då det i förarbeten anges att enbart ”införlivade” konventioner ska beaktas (jfr prop. 2015/16:174, s. 52–55 och s. 79). Distinktionen mellan konventioner framgår inte av lagtexten vilket får anses problematiskt. Angående den diskussionen som uppstått gällande innebörden av begreppet införlivade konventioner ovan, se not 1769 ovan.

¹⁹⁰¹ Se MIG 2012:1, MIG 2012:13, MIG 2015:4 och MIG 2016:13 för några exempel på att så också skett i migrationsrätten även före det att den tillfälliga lagen trädde ikraft.

¹⁹⁰² Se 11 kap. 14 § och 12 kap. 10 § regeringsformen.

¹⁹⁰³ 5 kap. 4 § utlänningslagen.

Rättigheterna kan sägas ingå i flera olika steg av prövningen. Rätten till respekt för familjeliv och principen om barnets bästa ska användas för att *tolka rekvisitens innebörd* vid tillämpning av de nationella och EU-rättsliga bestämmelser där tydliga rekvisit uppställs (detta har bl.a. behandlats i kapitel 1 och kapitel 7).¹⁹⁰⁴ Vid tillämpning av bestämmelser i utlänningslagstiftningen som istället innefattar mer av en helhetsbedömning eller intresseavvägning, som t.ex. bestämmelsen om uppehållstillstånd pga. synnerligen/särskilt ömmande omständigheter i 5 kap. 6 § utlänningslagen, ”ventilbestämmelsen” om uppehållstillstånd pga. anknytning i 5 kap. 3 a § 3 st. 3 p. utlänningslagen eller bestämmelsen om verkställighetshinder i 12 kap. 18 § utlänningslagen utgör barnets bästa, rätten till respekt för familjeliv och rätten till respekt för privatliv intressen som ska *beaktas vid den helhetsbedömning* som sker inom ramen för bestämmelsen. Utöver att på detta sätt använda rätten till respekt för familjeliv och privatliv samt principen om barnets bästa *som en del av bedömningen inom ramen för utlänningslagens och EU-rättens bestämmelser*, måste dessutom den svenska rättstillämparen alltid, i sista hand, även göra *en proportionalitetsbedömning* av om ett nekande av en rätt att vistas i Sverige utgör ett otillåtet ingrepp i rätten till respekt för familjeliv och privatliv.

Det är således tydligt att den svenska nationella migrationsrätten i allra högsta grad utgörs av en växelverkan mellan flera olika rättskällor och att det är viktigt att vara medveten om såväl när olika rättskällor aktualiseras som vad de uppställer för krav och hur de samspelar.

12.3 Förskjutningar över tid i rättens innehåll

En konsekvens av vad som framkommit ovan är att den svenska nationella rätten tydligt påverkas av hur domstolar och internationella kommittéer utvecklar sin tolkning av de regler och konventioner Sverige är bundet av.¹⁹⁰⁵ De många, samverkande, rättskällorna och icke-bindande dokumenten är i ständig utveckling dels via nya eller ändrade författningar, dels via nya tolkningar av domstolar och kommittéer. Även om uttalanden från kommittéer inte har samma tyngd i sin påverkan på svensk rätt som domar kan även kom-

¹⁹⁰⁴ Se även, som ett exempel, rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), artikel 28.3 där det stadgas att om ett barn riskerar att utvisas så måste barnkonventionen beaktas.

¹⁹⁰⁵ För svensk del är det främst Europadomstolen och EU-domstolen som har påverkan på omfattningen av svenska förpliktelser. Mindre stark är FN:s barnrättskommittés roll för utvecklingen av tolkningen av barnkonventionen, men det är ändå tydligt att kommitténs olika uttalanden påverkar bl.a. den svenska rättstillämparens tolkning av konventionen, se exempelvis MIG 2018:20. När barnrättskommittén nu gentemot vissa stater, dock inte Sverige, getts befogenhet att ta ställning till enskilda klagomål kan möjligen kommitténs vägledning bli än mer specifik.

mittéernas uttalanden få betydelse genom tyngden i de argument som presenteras, bl.a. genom att de plockas upp, och tillmäts vikt, av lagstiftaren och/eller rättstillämpare.¹⁹⁰⁶ Genom såväl inhemsk som annan rättspraxis har flera av de åtaganden den svenska lagstiftaren anslutit sig till kommit att utvecklats, sannolikt på ett sätt som inte varit helt väntat.

Av den studie som genomförts kan bl.a. konstateras att EU-domstolen i sin praxis utvecklat starka rättigheter kopplade till unionsmedborgarskapet som har påverkan även på sådana situationer som historiskt sett ansetts höra till medlemsstaternas egen kompetens. Vidare kan konstateras att såväl innebörden av rätten till respekt för privat- och familjeliv som innebörden av principen om barnets bästa successivt har getts mer konkret innehåll genom att tolkas och tillämpas av domstolar.¹⁹⁰⁷ Främst av Europadomstolen men även av EU-domstolen och Migrationsöverdomstolen. Dessa rättigheter, som till följd av (olika) utdragna politiska förhandlingar och kompromisser varit vaga vid konventionsstatens tillträde till konventionerna har på så vis med åren kommit att tolkas på vis som stärkt enskilda migranternas rättsställning.¹⁹⁰⁸

12.4 *Proportionerliga* inskränkningar är tillåtna

Ovan konstaterades att den svenska rättstillämparen i samtliga fall som på något vis rör rätten till respekt för familjeliv eller privatliv i sista hand måste pröva om utfallet av ett beslut blir oproportionerligt.

Som nämnts upprepade gånger framgår av Europakonventionens artikel 8.2 och Europadomstolens tillhörande praxis att inskränkningar av rätten till respekt för familjeliv och privatliv får ske – men endast förutsatt att den åtgärd som vidtas har stöd i lag, sker i syfte att skydda ett legitimt intresse och är

¹⁹⁰⁶ Se även 5 kap. 4 § utlänningslagen enligt vilken uppehållstillstånd *ska* beviljas om ett internationellt organ som har behörighet att pröva klagomål från enskilda finner att ett beslut om avvisning eller utvisning strider mot ett svenskt konventionsåtagande. Sådana organ kan t.ex. vara Europadomstolen, FN:s MR-kommitté och FN:s kommitté mot tortyr.

¹⁹⁰⁷ Konventionens innehåll är till följd av (olika) utdragna politiska förhandlingar och kompromisser ofta urvattnat och vagt.

¹⁹⁰⁸ ”the best interest’s principle has expanded far beyond the limits which its creators had initially prescribed for it”, Langrogné, Fabrice, The Best Interests of the Child in French Deportation Case Law, *Human Rights Law Review*, vol. 18, no. 3 2018, s. 568. Utvecklingen av tolkningen av barnets bästa kan förväntas fortsätta utvecklas i och med ikraftträdandet av tredje tilläggsprotokollet till barnkonventionen genom vilket en individuell klagorätt etablerats. Därigenom kan FN:s barnrättskommitté ge ledning i hur principen ska tolkas i olika mer specifika situationer. Tidigare har kommittén endast utfärdat allmänna kommentarer och mer generella rekommendationer till stater. Vad gäller utvecklingen av skyddet för familjeliv och privatliv se kapitel 4 samt kapitel 9, 10 och 11.

nödvändig i ett demokratiskt samhälle samt att det finns en rimlig balans mellan mål och medel (proportionalitet).¹⁹⁰⁹ Som tidigare betonats ska rätten till privatliv och familjeliv i EU:s rättighetsstadga ges minst lika långtgående skydd som Europakonventionens dito.¹⁹¹⁰

Vad gäller barnkonventionen finns, som konstaterats i tidigare kapitel, bl.a. en skyldighet för konventionsstater att bedöma och beakta barnets bästa (artikel 3), förebygga familjeseparationer (artikel 9), underlätta familjeåterförening (artikel 10) samt respektera privatliv (artikel 16). Barnkonventionen innehåller inga tydliga möjligheter att begränsa rättigheter men ingen av dessa bestämmelser kan heller – var för sig – sägas medge en rätt för barn och deras familjemedlemmar att vistas i Sverige.¹⁹¹¹ Som tidigare konstaterats innebär artikel 9 inte ett förbud mot att utvisa en utländsk medborgare, artikel 10 är framförallt en processuell regel och det får anses något oklart om artikel 16 kan grunda en skyldighet för en stat att medge vistelse. Vid beslut som rör barn måste dock alltid barnets bästa beaktas.

Även om barnets bästa inte i sig medger en rätt att vistas i en konventionsstat – barnets bästa tillåter ju som bekant, under vissa förutsättningar, att andra intressen än barnets bästa väger tyngre och ges företräde (se kapitel 7) – så ställer bestämmelsen vissa krav. För att få fatta beslut som går emot vad som vore barnets bästa krävs att myndigheterna noggrant motiverar varför ett annat beslut fattats samt att de intressen som åberopas för att gå emot barnets bästa har stöd i lag och är nödvändiga för att uppnå ett legitimt syfte samt är proportionerliga.¹⁹¹² Som en del av denna bedömning måste konventionsstaten utreda det enskilda barnets situation, undersöka möjligheten att barnets rättigheter kan uppfyllas på annan plats än i konventionsstaten, identifiera vilka intressen som talar emot att barnets bästa respekteras och därefter göra en sammanvägd bedömning.

¹⁹⁰⁹ Se främst avsnitt 4.5.

¹⁹¹⁰ Artikel 52.3 rättighetsstadgan, se även artikel 53, vilket innebär att samma krav uppställs för att inskränkningar ska få ske enligt stadgan, se främst avsnitt 5.4.3.

¹⁹¹¹ Se även Grahn-Farley, Maria, Barnkonventionen: en kommentar, Upplaga 1, Studentlitteratur, Lund, 2019, s. 85 angående att artikel 10 om rätten till familjeåterförening inte innebär en rätt att få ett uppehållstillstånd beviljat.

¹⁹¹² Eekelaar, John och Tobin, John, Article 3. The Best Interests of the Child i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 97. Se även Alston, Philip, The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 8, nr. 1 1994, s. 13. Zermatten, Jean, The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function, *International Journal of Children's Rights*, vol 18, nr. 4 2010, s. 489. Hodgkin, Rachel och Newell, Peter, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child: prepared for UNICEF*, Tredje upplagan, UNICEF, New York, 2007, s. 38.

Såväl Europakonventionen, EU:s rättighetsstadga och barnkonventionen ställer därmed krav på att en intresseavvägning genomförs där proportionaliteten av att neka vistelserätt bedöms. Det får således anses klart att i samtliga migrationsärenden som rör rätten till vistelse i Sverige där det antingen finns familjemedlemmar eller etablerat privatliv, vilket är en stor mängd ärenden, måste en prövning göras av om det är acceptabelt att neka tillstånd med hänsyn till svenska konventionsåtaganden. En sådan bedömning handlar i slutändan om att genomföra en intresseavvägning där rättstillämparen har att avgöra om en rimlig balans (*proportionalitet*) har nåtts mellan de olika – rättsligt relevanta – intressen som aktualiseras i ärendet.

12.4.1 Barnets bästa är en viktig faktor att beakta...

Av den studie som genomförts framgår att det finns konsensus om att barnets bästa är en viktig faktor att beakta vid en proportionalitetsbedömning förutsatt att ett barn berörs av ett beslut – oavsett om det är barnet, dess familjemedlem eller allihop som befinner sig i Sverige. Vad som får anses mindre tydligt är hur beaktandet av barnets bästa faktiskt sker och vilken vikt barnets bästa tillmätts. Av Europadomstolens praxis kan dock slutsatsen dras att domstolen kräver av konventionsstater att de tillräckligt tydligt visar hur barnets bästa beaktats samt att barnets bästa har tillmätts tillräcklig vikt.¹⁹¹³ Samtidigt kan konstateras att sådana tydliga redogörelser för hur barnets bästa har beaktats och bedömts ofta saknas i svensk praxis.¹⁹¹⁴

När det gäller vad som är barnets bästa måste konstateras att det inte är möjligt att ”låsa” begreppet då det måste tolkas utifrån ett barns individuella situation. Däremot går det att säga att barnkonventionens rättigheter, däribland barnets rätt att få ge uttryck för sina egna åsikter och vilja, samt forskning om barns behov är viktiga beståndsdelar då barnets bästa ska bedömas.

Även om barnets bästa är ett viktigt intresse att beakta vid en proportionalitetsbedömning är det, som nämnts ovan, inte säkert att det blir utslagsgivande. Avgörande är vilka intressen det ställs emot i det enskilda fallet och vilken vikt dessa intressen tillmätts i det enskilda fallet.

12.4.2 ...men det är också intresset av reglerad invandring

Utgångspunkten i ärenden som rör barns rätt till respekt för familjeliv och privatliv i en migrationsrättslig kontext är att en eller flera utländska medborgare

¹⁹¹³ Se exempelvis *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10), *Jeunesse mot Nederländerna* (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10) och *Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna* (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99).

¹⁹¹⁴ Se exempelvis avsnitt 1.1.3 och där angivna källor.

ansöker om att få vistas i Sverige – något som de inte har en självklar rätt till eftersom Sverige har ett system med reglerad invandring.

Reglerad invandring är ett intresse som rättstillämparen ska beakta inom ramen för en proportionalitetsbedömning i det enskilda fallet, vilket framgår av kapitel 7-11. Såväl Europadomstolen och EU-domstolen som Migrationsöverdomstolen har konstaterat att statens intresse av *reglering av invandring* kan vara ett sådant s.k. legitimt intresse som kan åberopas för att inskränka rätten till respekt för familjeliv och privatliv. Frågan är dock *vad* som kan och bör beaktas av rättstillämparen inom ramen för detta intresse samt *hur tungt* detta intresse ska anses väga i jämförelse med andra intressen som är aktuella i ett enskilt ärende.

Att stater har ett intresse av att reglera invandring har tagits upp tidigare i avhandlingen. I kapitel 3 (där framväxten av en internationell migrationsrätt och den svenska utlänningslagstiftningen beskrivs) behandlas översiktligt de politiska skäl som genom åren anförts för att en reglerad migration ansetts behövas, bl.a.: för att hindra att arbetslösa invandrare skulle anställas istället för arbetslösa svenskar, att undvika att utländska medborgare skulle bli en belastning för samhället, att hindra vissa ”oönskade” utländska medborgare från att vistas i landet, att säkerställa att invandrade utlänningar skulle kunna leva på samma standardnivå¹⁹¹⁵ som den inhemska befolkningen samt att agera med hänsyn till landets möjligheter att erbjuda bostäder, utbildning, sjuk- och hälsovård och social omvårdnad i övrigt.¹⁹¹⁶ Detta kapitel tog dock sikte på att beskriva *varför* lagstiftare ansett att det finns ett politiskt behov av att reglera invandring. Där diskuterades således inte vad innebörden av intresset av att reglera invandring innebär vid en juridisk intresseavvägning i ett enskilt fall, dvs. vilka skäl som ska beaktas av rättstillämparen.

Av den undersökning som gjorts i avhandlingen, främst kapitel 9-11, kan dock ett antal saker sägas gällande detta. Till att börja med kan konstateras att det ”intresse av reglerad invandring” som används vid proportionalitetsbedömningar närmast är ett samlingsintresse som används för flera i grunden olika intressen, nämligen: skäl kopplade till andras fri- och rättigheter, skäl kopplade till allmän ordning och säkerhet, skäl kopplade till upprätthållandet av själva systemet med reglerad invandring samt skäl kopplade till statens resurser och antalet migranter. Dessutom kan konstateras att intresset av reglerad invandring bör tillmätas olika tyngd beroende av vilka av de nyss nämnda

¹⁹¹⁵ Uttrycket "samma standardnivå" konkretiserades senare till målen *jämlikhet, valfrihet och samverkan*, se prop. 1975:26. Dessa mål skulle enligt propositionen gälla både nordbor och icke nordbor, prop. 1983/84:144, s. 14.

¹⁹¹⁶ Prop. 1968:142 samt prop. 1999/2000:43, s. 19 f. Även i senare förarbeten återkommer beskrivningen av en reglerad invandring som ”en invandring anpassad till främst arbetsmarknadsläget och tillgången till bostäder”, prop. 1981/82:146, s. 49.

skälen som de facto är aktuella i det enskilda fallet. En konsekvens av dessa två slutsatser är att det framstår som viktigt att synliggöra vilka mer *specifika* aspekter av intresset av reglerad invandring som är aktuella i ett enskilt ärende.¹⁹¹⁷

12.4.3 ...och det verkar oklart vad intressena innebär och vad som ska väga tyngst

Varken i praxis från Europadomstolen, EU-domstolen eller Migrationsöverdomstolen går det att dra några klara slutsatser om vilket eller vilka intressen som ska väga tyngst – reglerad invandring, respekt för familjeliv och privatliv eller barnets bästa – när dessa intressen på olika vis ställs emot varandra.

Svårigheten att dra generella slutsatser angående när och hur intressen ska väga tyngst beror på flera faktorer: att praxis är spretig samt att det förekommer brister i motiveringar och redogörelser för vad som beaktats inom ramen för ett ärende och vilken vikt det som beaktats har tillmätts.

Vad gäller frågan om hur tungt olika intressen ska väga enligt barnkonventionen kan konstateras att barnets bästa, enligt artikel 3.1, är ett av flera intressen som kan beaktas inom ramen för ett beslut. På så vis framgår att barnets bästa inte är tänkt att alltid trumfa alla andra intressen, utan tillåter en avvägning mellan olika intressen. FN:s barnrättskommitté har förvisso tillsammans med FN:s kommitté för skydd av migrantarbeters och deras familjers rättigheter (CMW) uttalat att argument som inte är rättighetsbaserade, till exempel sådana som rör allmän migrationskontroll, inte kan ges företräde framför hänsyn till barnets bästa.¹⁹¹⁸ Uttalandet framstår dock som långtgående och det bör här påminnas om att trots att uttalanden från FN:s barnrättskommitté anses utgöra ett stöd för tolkningen av barnkonventionen så är de inte juridiskt bindande.¹⁹¹⁹ Kommittéernas resonemang överensstämmer inte heller varken med

¹⁹¹⁷ Jfr Sandberg, Kristen, *The Role of National Courts in Promoting Children's Rights*, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 22, nr. 1 2014, s. 1-20. Här påpekar Sandberg att det vid en barnets bästa bedömning är viktigt att specificera och konkretisera de skäl kopplade till reglerad invandring som är aktuella i ett enskilt fall men uttalar även att så sällan sker.

¹⁹¹⁸ Gemensam allmän kommentar nr 3 (2017) av FN:s kommitté för skydd av migrantarbeters och deras familjers rättigheter och nr 22 (2017) av FN:s kommitté för barnets rättigheter om de allmänna principerna rörande barns mänskliga rättigheter inom ramen för internationell migration, punkt 33 se även FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 6 (2005) om behandlingen av ensamkommande barn och barn som har skilts från föräldrarna utanför ursprungslandet, punkt 86.

¹⁹¹⁹ Se avsnitt 1.4.1.2. Jfr artikel 31.2 och 31.3 Wienkonventionen om traktaträtten. Se även Kalverboer, Margrite, Daan Beltman, Carla van Os, and Elianne Zijlstra, *The Best Interests of the Child in Cases of Migration*, *The International Journal of Children's Rights* vol. 25, nr. 1, 2017, s. 114-139, prop. 2017/18:186, s. 84 samt skr. 2013/14:91, s. 39 f. Se även UD, Sveriges rättsliga åtaganden på MR-området i internationellt perspektiv, 1999, s. 10.

de dokument som finns bevarade från arbetet med att arbeta fram barnkonventionen eller med vad som framkommit i avhandlingen i övrigt. Möjligen menar FN-kommittéerna med sitt uttalande snarare att stater inte ska kunna ”komma undan” med att slentrianmässigt åberopa ett (ospecificerat) intresse av reglerad invandring, vilket i så fall är en slutsats med betydligt bredare stöd.

Varken svensk lagstiftning och förarbeten eller praxis från Europadomstolen, EU-domstolen, Migrationsöverdomstolen eller Högsta domstolen ger stöd för att barnets bästa regelmässigt måste ges företräde framför intresset av reglerad invandring. Utgångspunkten i domstolarnas praxis är istället att stater har rätt att reglera invandring, och att de som konsekvens av denna rätt, har en relativt vid bedömningsmarginal i ärenden som rör invandring.¹⁹²⁰ Det finns dock situationer och omständigheter som kan bryta denna presumtion och där domstolarna kan anse att staten överskridit sin bedömningsmarginal. Omständigheterna i det enskilda fallet blir således avgörande. Att bedömningen är så beroende av de specifika omständigheterna är förmodligen den främsta anledningen till att det inte finns ett tydligt svar på vilket/vilka intressen som ska väga tyngst.

Sammanfattningsvis verkar proportionalitetsbedömningen vara en bedömning där utgångspunkten är att staten ”har rätt” att göra som den vill – som nämnts flera gånger har staten en betydande bedömningsmarginal i migrationsärenden – och där det närmast krävs orimlighet, omöjlighet att leva tillsammans eller exceptionella omständigheter för att ett ingrepp ska anses oproportionerligt.

Tydligast ledning från konventioner och praxis angående när barnets bästa och rätten till respekt för familjeliv ska väga tyngst finns i de ärenden som rör situationer där en familj inte kan leva tillsammans någon annanstans än i konventionsstaten. I övriga mål är ledningen mer sparsam utöver konstaterandet att omständigheterna i det individuella fallet är avgörande.

De krav som kan sägas ställas på konventionsstater för att dessa inte ska anses ha kränkt rätten till respekt för familjeliv och privatliv är att det tydligt ska framgå av beslut och domar att barnets bästa särskilt beaktats samt att det noggrant ska redogöras för varför det beslut som fattats har fattats. Här ingår att tillhandahålla relevant och tillräcklig information om de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet samt att noggrant redogöra för vilka – godtagbara (legitima/lämpliga) och lagreglerade – skäl som legat till grund för att vistelse nekats, samt, hur de i målet olika intressena vägts mot varandra.¹⁹²¹

¹⁹²⁰ Se exempelvis *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10), punkt 52 och *Nunez mot Norge* (dom den 28 juni 2011, appl. no. 55597/09), punkt 66.

¹⁹²¹ Se exempelvis *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10), punkt 52.

12.5 Intresseavvägningar i migrationsrätten – individen mot staten eller en avvägning mellan samhällsintressen?

Som visats i främst kapitel 9-11 händer det att konflikter eller konkurrens uppstår mellan barnets bästa, rätten till familjeliv och privatliv samt intresset av reglerad invandring. När en sådan konflikt eller konkurrens mellan olika intressen uppstår måste en bedömning göras av vilket eller vilka intressen som ska få stå tillbaka – en s.k. intresseavvägning. Vid denna bedömning är det avgörande vilken vikt olika rättsliga intressen tillmäts.

Av den genomgång av praxis som gjorts i kapitel 9-11 framkommer att intresseavvägningen i migrationsmål som rör rätten till respekt för familjeliv och privatliv ofta beskrivs som en avvägning mellan *å ena sidan statens/det allmännas intressen* (att t.ex. upprätthålla en reglerad invandring, att ha en välfungerande ekonomi, att upprätthålla allmän ordning och säkerhet och att ha ett starkt välfärdssystem) och *å andra sidan den enskildes intresse* (av att, själv eller tillsammans med sin familj, få vistas i Sverige).

Att beskriva avvägningen på ett sådant vis där individen ställs mot allmänheten kan av flera anledningar vara problematiskt.¹⁹²² I doktrin har återkommande poängterats att *hur* en intresseavvägning ramas in kan få stor betydelse för dess utgång.¹⁹²³ Bland annat Roscoe Pound har påtalat att om vi uppfattar det ena intresset som ett enskilt intresse och det andra som ett samhälleligt intresse så riskerar utgången av avvägningen att avgöras redan genom hur de olika intressena betraktas.¹⁹²⁴ Om intresset av reglerad invandring ses som ett samhällsintresse men individens önskan att vistas i Sverige ses som ett enskilt intresse uppstår en obalans redan i utgångsläget som riskerar att påverka avvägningen till den enskildes nackdel.

I doktrin har även diskuterats om intressen alls går att dela upp i enskilda och allmänna intressen. Att enskildas intressen skyddas kan ses som ett allmänt intresse, samtidigt som det kan vara ett enskilt intresse att allmänna intressen

¹⁹²² Under vilka förutsättningar är det möjligt för en enskilds intressen att trumfa det allmännas? Samtidigt – om avvägningen på allvar förstås som en enskild individ mot staten – bör det vara relativt svårt att argumentera för att en enskild individ kan urholka det svenska välfärdssamhället. Att se enskilda som ett hot mot välfärdssystemet förutsätter att individen uppfattas som en del av en grupp. Individens ärenden riskerar därmed att avgöras i ljuset av ett slags antagande om vad som skulle ske om ”alla tilläts stanna”. Det går att i vart fall diskutera lämpligheten i att hantera intresseavvägningar i enskilda fall utifrån sådana hypotetiska utgångspunkter.

¹⁹²³ Se exempelvis Pound, Roscoe, *A Survey of Social Interests*, *Harvard Law Review*, vol. 57, no. 1, 1943, 1-39, Lindblom, Per Henrik, *Miljöprocess, del 1*, Iustus, Uppsala, 2001 samt Bengtsson, Bertil, *Grundlagen och fastighetsrätten*, Nerenius & Santérus, Stockholm, 1996.

¹⁹²⁴ Pound, Roscoe, *A Survey of Social Interests*, *Harvard Law Review*, vol. 57, no. 1, 1943, s. 1-39, s. 2.

tillvaratas.¹⁹²⁵ Bertil Bengtsson har t.ex. i diskussioner om grannelagsrätten hävdat att ”[o]m man ska komma till ett rimligt resultat förefaller det [...] nödvändigt att anse alla domstolsbeslut som avser att tillvarata enskild rätt som påkallade av ett angeläget allmänt intresse, vad än grunden för beslutet är [...]”.¹⁹²⁶ Som påpekats av Per Henrik Lindblom kan ett intresse vara enskilt, kollektivt och allmänt samtidigt.¹⁹²⁷ Lindblom förtydligar att en enskild person kan fungera som representant för ett allmänt intresse.¹⁹²⁸ Intressekategorier går således snarare in i varandra än utesluter varandra.¹⁹²⁹

Intresseavvägningar är en grundläggande del av juridiken och förekommer inom så gott som alla rättsområden. De är således inte alls specifika för migrationsrätten. En viktig faktor utmärker och särskiljer dock intresseavvägningen i migrationsrätt – nämligen frågan om en individs tillhörighet i samhället. Närmare bestämt aktualiseras frågan om vilket ansvar en stat kan sägas ha för individer – och hur detta ansvar eventuellt skiljer ut sig när det gäller individer som kanske ännu inte utgör en del av samhällsgemenskapen.

Att intresseavvägningen i migrationsärenden ofta framställs som individen mot staten kan möjligtvis hänga samman med detta och med synen på samhällets ansvar för personer. Sverige är känd som en stark välfärdsstat och har som sådan en tradition av stor offentlig sektor, tillgång till ekonomiskt bistånd för att stötta ekonomiskt svagare grupper samt rätt till likabehandling för personer som är bosatta i landet.¹⁹³⁰ En del av den svenska välfärdsmodellen är att staten har ett ansvar för personer som är en del av samhället, oaktat om dessa är svenska medborgare eller inte.¹⁹³¹ En konsekvens av detta är att det anses viktigt att kontrollera vem som släpps in och därmed får tillgång till välfärds-systemet.¹⁹³²

¹⁹²⁵ Lindblom, Per Henrik, *Miljöprocess, del 1*, Iustus, Uppsala, 2001, s. 82.

¹⁹²⁶ Bengtsson, Bertil, *Grundlagen och fastighetsrätten*, Nerenius & Santérus, Stockholm, 1996, s. 36.

¹⁹²⁷ Lindblom, Per Henrik, *Miljöprocess, del 1*, Iustus, Uppsala, 2001, s. 93.

¹⁹²⁸ *Ibid*, s. 87.

¹⁹²⁹ *Ibid*, s. 82.

¹⁹³⁰ Brochmann, Grete, Scandinavia. Governing Immigration in Advanced Welfare States, i Orrenius, Pia M., Martin, Philip L., och Hollifield, James F., *Controlling Immigration: A Global Perspective*, Tredje upplagan, Stanford, California: Stanford University Press, 2014, s. 285.

¹⁹³¹ Se exempelvis uttalanden som gjorts i samband med utformningen av den svenska utlänningslagstiftningen där det betonats att invandringen till Sverige måste kontrolleras för att kunna anpassas till landets resurser och politik inom andra områden, se prop. 1968:142. Syftet med detta angavs vara att invandrade utlännings skulle kunna leva på samma standardnivå som den inhemska befolkningen. Uttrycket "samma standardnivå" konkretiserades senare till målen jämlikhet, valfrihet och samverkan, se prop. 1975:26. Dessa mål skulle gälla både nordbor och icke nordbor, prop. 1983/84:144, s. 14.

¹⁹³² Länder som ignorerar krav på likabehandling tenderar att ha ett högre antal migranter (high numbers–low rights policies), medan länder som Sverige, där likabehandling mellan medborgare och andra bosatta personer anses viktig tenderar att ha färre migranter (high rights–low

I mål där personer redan har en klar rätt att vistas i landet är frågan om samhällets ansvar för denne närmast en självklarhet (även om frågan om hur långt detta ansvar sträcker sig kan leda till diskussioner)¹⁹³³. I migrationsmål är däremot själva frågan om en person ska anses ha rätt att befinna sig i landet. En del av ett migrationsärende blir därmed att avgöra om personen ska ”släppas in” i samhällsgemenskapen/välfärdssamhället. Då personen inte redan på samma vis är en självklar del av samhället kan det därför möjligtvis vara svårare att identifiera samhällsintressen i migrationsmål. Effekten riskerar då att bli den som syns i praxis: att individens intresse att få vistas i samhället i mångt och mycket ses som ett egenintresse medan statens intresse av en reglerad invandring ses som ett intresse samhället har gemensamt.

I en offentlighetsrättslig kontext – där enskilda och det allmänna är parter – är det förstaeligt att beskrivningen av allmänna och enskilda intressen görs på så vis att det intresse som den sökande/klagande individen åberopar klassas som den enskildes intresse medan det som staten stödjer sig på klassas som det allmännas intresse. Samtidigt finns som sagt risker som inte bör förringas med att allt för strikt dela upp intressen i enskilda respektive allmänna.

Risken finns bl.a. att avvägningen uppfattas på så vis att endast det ena intresset som prövas är ett intresse som samhället har ett intresse av att skydda. Men precis som andra rättsregler ger migrationsrättsliga regler uttryck för samhällsintressen.¹⁹³⁴ De regler som studeras i avhandlingen ger närmare bestämt uttryck för tre huvudsakliga intressen; *samhällsintresset att respektera rätten till respekt för familjeliv och privatliv, samhällsintresset att särskilt skydda barns rättigheter* samt, inte minst, *samhällsintresset att reglera invandring*. Rätten till respekt för familjeliv och privatliv finns stadgad för att samhället ansett att det finns ett samhällsvärde i att skydda familjer och individer från godtyckliga ingrepp. Barns särskilda rättighetsskydd, däribland barnets bästa, är ett uttryck för samhällsintresset att skydda barn och ge barn en rätt till delaktighet. Att en utlänningslagstiftning finns för att reglera vilka utländska medborgare som får, och som inte får, bosätta sig i Sverige hänger samman med flera samhällsintressen så som att trygga allmän ordning och säkerhet, att trygga samhällets ekonomiska välbefinnande samt att trygga andra människors fri- och rättigheter.

numbers policies), se Ruhs, Martin, and Martin, Philip, Numbers vs. Rights: Trade-Offs and Guest Worker Programs, *International Migration Review*, vol. 42, nr. 1 2008, s. 261.

¹⁹³³ Thorburn Stern, Rebecca, Vem får del av kakan? Om migranter, rättigheter och solidaritet, i i Erhag, Thomas, Leviner, Pernilla och Lind, Anna-Sara (red.), *Socialrätt under omvandling: om solidaritet och välfärdsstatens gränser*, 2018, s. 192-223, särskilt s. 208-212.

¹⁹³⁴ Se exempelvis uttalanden i förarbeten om att ”familjeåterförening är en viktig och principiell rätt i såväl svensk som i viss utsträckning internationell rätt. En grundprincip inom den svenska utlänningsrätten är att hålla samman familjen, vilket främst kommer till uttryck i bestämmelserna om uppehållstillstånd på grund av familjeanknytning”, prop. 2005/06:72 s. 68.

Att inte enbart se intresset av reglerad invandring som ett samhällsintresse utan även intresset av respekt för familjeliv och privatliv samt intresset av att skydda och stärka barn innebär att de kan förstås som intressen vi som samhälle delar snarare än intressen som tillskrivs enskilda utländska medborgare med ett intresse av att komma till/stanna i Sverige.

Att intressen identifieras som samhällsintressen innebär inte att de ska anses väga lika tungt. Ett samhällsintresse kan få ge vika för ett annat. Kategoriseringen är snarast ett sätt att förbättra möjligheten att påbörja en intresseavvägning utan att ha förutbestämt utgången. Förutsättningarna att genomföra sakliga intresseavvägningar bör således förbättras om intressena ses som samhällsintressen.

Kanske är detta särskilt viktigt i ärenden som *inte* rör barn. När ett barn berörs av ett beslut bidrar det särskilda rättighetsskyddet för barn till ett ökat tryck på lagstiftare och rättstillämpare att beakta rättighetsaspekter vilket i sin tur leder till att avvägningen mellan mänskliga rättigheter och statens intresse av att kontrollera invandring ställs på sin spets.¹⁹³⁵ I ”barnärenden” kan barnets bästa dessutom fungera som en form av förstärkning av individens intressen. I fall som enbart rör vuxna saknas denna förstärkning vilket innebär att det finns en ökad risk för obalans i utgångsläget av avvägningen, en större risk att samhällsintresset av att upprätthålla mänskliga rättigheter tappas bort. Här bör även risken nämnas att ett allt för starkt fokus på barns rättigheter innebär en risk för att en för skarp linje dras gentemot vuxnas rättigheter i migrationsärenden.¹⁹³⁶ Om att vara barn ges ”för tung vikt” kan det få innebörden att vuxnas skäl aldrig räcker till uppehållstillstånd. Det finns således en viss risk att stärkandet av barns skäl sker ”på bekostnad” av vuxnas skäl.¹⁹³⁷

Lindblom har ansett att det bästa vore om man (i miljöprocessen) kunde slippa artbestämna intressen som allmänna eller enskilda.¹⁹³⁸ Möjligen vore det samma positivt även i en migrationsrättslig kontext. Samtidigt anser jag att det kan finnas poänger med att försöka se på den migrationsrättsliga intresseavvägningen som en avvägning mellan olika samhällsintressen. I migrationsmål uppfattas samhällets intresse kanske allt för ofta endast vara att begränsa antalet utländska medborgare som tillåts vistas i Sverige. Men även om det *ofta*

¹⁹³⁵ Bhabha, Jacqueline, Kanics, Jyothi och Senovilla Hernández, Daniel (red.), *Research Handbook on Child Migration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018, s. 2.

¹⁹³⁶ Jfr exempelvis Farmer, Alice, Finding a New Balance: Bringing together Children’s Rights Law and Migration Policy for Effective Advocacy for Migrant Children, i Bhabha, Jacqueline, Kanics, Jyothi och Senovilla Hernández, Daniel (red.), *Research Handbook on Child Migration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018, s. 177 ff.

¹⁹³⁷ Alice Farmer argumenterar för vikten av att “take a step back from child rights exceptionalism, to advocate instead for a more effective migration framework”, se ibid s. 183. Jfr MIG 2017:6 och MIG 2018:6.

¹⁹³⁸ Lindblom, Per Henrik, *Miljöprocess, del 1*, Iustus, Uppsala, 2001, s. 95.

är syftet med utlänningslagstiftning, så är *rättsområdet migrationsrätt* bredare än så. Som konstaterades kort i kapitel 1 och fördjupades i kapitel 3 handlar migrationsrätt både om att värna en stats suveränitet *och* att säkerställa att staten respekterar åtaganden gällande mänskliga rättigheter. Att se de intressen som aktualiseras i ett migrationsmål som de samhällsintressen de faktiskt är kan därmed synliggöra migrationsrättens grund.

13 Modell för intresseavvägningar mellan barnets bästa, rätten till familjeliv och privatliv och reglerad invandring

13.1 Inledning

Redan i avhandlingens kapitel 1 och 2 konstaterades att migrationsrättsliga intresseavvägningar ska genomföras i linje med de krav som ställs på offentligrättslig maktutövning om legalitet, objektivitet och proportionalitet samt att rättstillämparen ska redogöra för intresseavvägningen i beslut alternativt dom (motiveringsskyldighet). I kapitel 12 konstaterades dessutom att intresseavvägningar bör formuleras på ett sådant vis att samtliga samhällsintressen framkommer tydligt för att undvika att utgången i ett enskilt ärende blir förutbestämd. Här drogs även slutsatsen att för att konventionsstater inte ska anses ha kränkt rätten till respekt för familjeliv och privatliv när vistelse nekas och ett barn rörs av beslutet så ska det vara tydligt att barnets bästa särskilt beaktats samt vilka – godtagbara (legitima/lämpliga) och lagreglerade – skäl som legat till grund för beslutet, samt, hur de i målet olika intressena vägts mot varandra.

I detta kapitel utgår jag ifrån de konstateranden och krav som utkristalliserats i avhandlingens tidigare kapitel och presenterar en modell i syfte att underlätta för rättstillämpare att – utifrån gällande rätt – säkerställa att intresseavvägningar i ärenden som rör barns rätt till respekt för familjeliv och privatliv i en migrationsrättslig kontext sker på ett vis där dessa rättssäkerhetskrav respekteras. Kapitlet avslutas med en påminnelse om att tydligt motivera beslut och domar och listar kort vad domskälen i ett migrationsrättsligt ärende som rör barns rätt till respekt för familjeliv och privatliv bör innehålla.

13.2 Introduktion till modellen

Som togs upp i kapitel 2 måste rättstillämpare i enlighet med proportionalitetsprincipen – före det att olika intressen vägs mot varandra – pröva om den tilltänkta åtgärden överhuvudtaget är lämplig och nödvändig.¹⁹³⁹ Med lämplig

¹⁹³⁹ Se främst avsnitt 2.2.3 för en närmare beskrivning av proportionalitetsprincipen. Se även avsnitt 4.5.3 angående vad som kan anses nödvändigt.

avses om åtgärden kan tänkas leda till det avsedda resultatet, med nödvändig avses en prövning av om det finns en annan mindre ingripande åtgärd som kan vidtas för att uppnå samma resultat.

I den typ av ärenden som här diskuteras är den tilltänkta åtgärden att neka en person vistelserätt. Om personen redan befinner sig i Sverige är en konsekvens av ett sådant beslut att fatta ett beslut om att avvisa eller utvisa personen. Frågan om dessa åtgärder är lämpliga måste således bedömas utifrån om de kan väntas leda till det avsedda resultatet, vilket i migrationsmål är att upprätthålla statssuveräniteten.

En del av statssuveräniteten är att kunna neka personer som inte anses ha rätt att vistas i Sverige en sådan rätt, vilket i förlängningen anses innebära att dessa personer måste kunna avvisas/utvisas. Det är utifrån detta mål svårt att se att en annan åtgärd skulle vara bättre lämpad varför åtgärden vanligen bör anses vara lämplig.¹⁹⁴⁰ Frågan är då om den kan anses vara nödvändig. Här måste poängteras att en åtgärd inte får vara mer långtgående än vad som behövs. I sammanhanget får det dock anses svårt att identifiera andra mindre långtgående åtgärder som kan vidtas i syfte att upprätthålla statssuveräniteten. För att kunna avgöra frågan om nekad vistelserätt (och eventuell avvisning/utvisning) är en nödvändig åtgärd *i ett enskilt ärende* måste dock en ordentlig proportionalitetsbedömning göras.

För att säkerställa att alla rättsligt relevanta samhällsintressen – dvs. *att skydda familjeliv och privatliv, att särskilt skydda barns rättigheter* samt *att reglera invandring* – tillmäts vikt, samt för att minimera risken för att osakliga skäl beaktas vid en sådan proportionalitetsbedömning föreslår jag att modellen på nästa sida används i ärenden som rör barns rätt till respekt för familjeliv och privatliv i en migrationsrättslig kontext.

¹⁹⁴⁰ Jfr Europadomstolens resonemang om att möjligheten för stater att använda sig av utvisning är ett viktigt medel för att kunna avskräcka grova eller upprepade brott mot utlänningslagstiftningen och att användandet av ett system med utvisning inte i sig strider mot artikel 8, se *Antwi m.fl. mot Norge* (dom den 14 februari 2012, appl. no. 26940/10), punkt 90; *Nunez mot Norge* (dom den 28 juni 2011, appl. no. 55597/09), punkt 71 *Darren Omoregie m.fl. mot Norge* (dom den 31 juli 2008, appl. no. 265/07), punkt 67 samt *Kaplan m.fl. mot Norge* (dom den 24 juli 2014, appl. no. 32504/11), punkt 83.

- 1 Föreligger familjeliv och/eller privatliv?
- 2 Vad är det enskilda barnets bästa?
- 3 Under vilka omständigheter får staten begränsa invandring?
- 4 Vilka omständigheter talar *för* respektive *emot* att tillåta vistelse i Sverige?
- 5 Vilket eller vilka intressen ska anses väga tyngst i det enskilda fallet?

Ett syfte med att introducera en tydlig steg-för-steg-modell är att säkerställa att samtliga led som behöver genomföras inför och vid en proportionalitetsbedömning beaktas – och att dessa steg inte sammanblandas.

Steg 1-3 syftar således till att utreda de olika rättsliga samhällsintressen som aktualiseras utifrån det enskilda ärendet för att på så vis etablera vilka rättsliga omständigheter som ska beaktas vid prövningen. Steg 4 syftar till att sortera upp vad som framkommit gällande de olika intressena i vad som talar för respektive emot att inskränka rätten till familjeliv och/eller privatliv. Steg 5 utgörs slutligen av själva proportionalitetsbedömningen där rättstillämparen har att landa i om en inskränkning är tillåten eller ej. Respektive steg kommer att presenteras närmare i avsnitten som följer.

Även om modellens syfte är att bidra till att själva proportionalitetsprövningen utfaller på ett korrekt vis tar modellen en vidare ansats än att endast ta sikte på själva proportionalitetsavvägningen (steg 5 i modellen). Detta då modellen även innehåller steg som syftar till *förberedelse* inför själva avvägningen. Steg 1-4 hänger därmed samman med det ansvar myndigheter och domstolar har

att se till att ett ärende/mål är så utrett som dess beskaffenhet kräver (officiälprincipen/utredningsansvar).¹⁹⁴¹

Många situationer, förmodligen de allra flesta, som rör frågan om rätt att vistas i Sverige kommer att innehålla något moment av familjeliv eller privatliv. Om så inte är fallet kan dock modellen ovan med fördel användas även när rättstillämpare ska genomföra andra typer av mer ”fria” helhetsbedömningar där intressen som talar för respektive emot en persons rätt att vistas i Sverige ska vägas. I mål som rör barn men inte familjeliv eller privatliv kan rättstillämpare bortse från steg 1 i modellen och gå direkt till steg 2. Om ett ärende varken rör ett barn eller familjeliv/privatliv kan i vart fall innehållet i steg 3 vara av intresse. I detta steg diskuteras nämligen innebörden av det rättsliga intresset av en reglerad invandring närmare, ett intresse som är relevant i samtliga fall där rättstillämpare har att avgöra om en person – vid en samlad bedömning – bör tillåtas att vistas i Sverige eller inte.

13.3 Steg 1: Föreligger familjeliv och/eller privatliv?

13.3.1 Bedömningen av familjeliv

När det gäller bedömningen av om ett *familjeliv* etablerats med ett barn kan som utgångspunkt lyftas fram vad Thomas Spijkerboer i en studie från 2009 påpekat: att Europadomstolen inte i något migrationsärende har accepterat att banden mellan minderåriga barn och deras föräldrar skulle vara så minimala att familjeliv inte kan anses existera dem emellan.¹⁹⁴² Spijkerboer påpekar i sin studie att Europadomstolen istället tagit utgångspunkten att *intensiteten* i sådana släktband ska beaktas vid den senare bedömningen av om en inskränkning i det konstaterade familjelivet är proportionerlig – inte vid den initiala bedömningen av om familjeliv överhuvudtaget föreligger.¹⁹⁴³

I migrationsärenden som rör minderåriga barn förefaller det enligt min mening lämpligt att liksom Europadomstolen normalt utgå från att ett familjeliv existerar mellan ett barn och dennes föräldrar. Senare eller särskilda omständigheter gällande detta familjeliv beaktas då i stället vid steg 2-5 enligt min modell. En åtgärd som innebär att ett barn och en förälder skiljs åt kan då bedömas i ljuset av om något egentligt umgänge utövas mellan föräldern och barnet, om umgänget är bra för barnet, hur länge barnet och dess förälder eventuellt skulle behöva vara separerade till följd av ett beslut etc.

¹⁹⁴¹ 23 § förvaltningslagen samt 8 § förvaltningsprocesslagen.

¹⁹⁴² Spijkerboer, Thomas, Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children’s Family Reunion, *European Journal of Migration and Law*, vol. 11 nr. 3, 2009, s. 290.

¹⁹⁴³ Ibid.

När det gäller eventuellt familjeliv med någon annan än ett barns förälder måste en helhetsbedömning göras (se avsnitt 8.3.1 för en genomgång av familjebegreppet enligt Europadomstolen, EU-rätten, barnkonventionen samt svensk inhemsk rätt). I fall där en relation inte anses nå upp till att utgöra familjeliv är det dock möjligt att relationen istället kan anses omfattas av skyddet av privatliv.¹⁹⁴⁴

13.3.2 Bedömningen av privatliv

För att bedöma om ett *privatliv* etablerats i en stat har såväl Europadomstolen som Migrationsöverdomstolen betonat att samtliga band, oavsett om de uppstått under legal eller irreguljär vistelse i landet, ska beaktas.¹⁹⁴⁵ Europadomstolen har varit tydlig med att när det gäller s.k. settled migrants (lagligen bosatta migranter) så är utgångspunkten att ett privatliv *har* etablerats.¹⁹⁴⁶ I fall där migranter levit i landet under en tid där vistelsen i och för sig är laglig men där personen ännu inte beviljats rätt att bosätta sig i landet (exempelvis asylsökande) eller där en person levit i landet utan tillstånd (som irreguljär migrant) är bedömningen av om ett privatliv föreligger något mer komplex.

Av Europadomstolens praxis går att utläsa; 1) att en helhetsbedömning av den enskilde individens situation ska göras för att avgöra i vilken grad en sådan person utvecklat band till konventionsstaten, men även 2) att domstolen ibland, om vistelsen i värdstaten är kort, snarast går direkt till bedömningen av om utvisningen kan anses proportionerlig även om privatliv anses etablerat. I de fall en person vistats i en stat under kort tid gör domstolen således bedömningen att det inte spelar någon roll om privatliv faktiskt etablerats eftersom den korta vistelsen ändå medför att en utvisning är proportionerlig.

Av Migrationsöverdomstolens praxis framkommer, med hänvisning till Europadomstolens dito, att *alla* de sociala och kulturella band som en person kan ha i ett samhälle måste identifieras för att avgöra om ett privatliv har etablerats.¹⁹⁴⁷ Migrationsöverdomstolens syn på privatliv förefaller dock vara något mer strikt än Europadomstolens. Migrationsöverdomstolen har nämligen, vilket konstaterades i avsnitt 11.5, utvecklat en snäv syn på när privatliv är etablerat. Inte ens i *MIG 2015:4*, där en 12-årig flicka vistats i Sverige i halva sitt

¹⁹⁴⁴ *Slivenko mot Lettland* (dom den 9 oktober 2003, appl. no. 48321/99), punkt 97.

¹⁹⁴⁵ *Se Nyanzi mot Förenade kungariket* (dom den 8 april 2008, appl. no 21878/06), *A.A. mot Förenade kungariket* (dom den 20 september 2011, appl. no 8000/08), *MIG 2012:13* och *MIG 2015:4*.

¹⁹⁴⁶ *Jmf Samsonnikov mot Estland* (dom den 3 juli 2012, appl. no. 52178/10), punkterna 81-82 och *A.H. Khan mot Förenade kungariket* (dom den 20 december 2011, appl. no. 6222/10), punkt 32.

¹⁹⁴⁷ *Jfr MIG 2015:4*.

liv, fastslog domstolen tydligt att den ansåg att ett privatliv förelåg.¹⁹⁴⁸ Flickan i *MIG 2015:4* hade levt i Sverige med uppehållsrätt men då migrationsmyndigheterna senare gjorde bedömningen att hennes pappas id-handlingar var falska och att han inte visat att han var unionsmedborgare innebar det att uppehållsrätten för hela familjen föll bort. Dessutom innebar det att vistelsen, som dittills setts som laglig, baserats på oriktiga uppgifter vilket fick migrationsmyndigheterna att bedöma vistelsen som illegal. Därmed betraktades familjen inte som att de varit lagligen bosatta migranter (settled migrants) utan som att de vistats i Sverige utan tillstånd. I *MIG 2016:18* menade domstolen att en man som kommit till Sverige när han (enligt egen uppgift) var i mitten av tonåren och vid domstolens avgörande hade vistats här i landet i knappt tre år som asylsökande inte kunde anses ha etablerat ett privatliv.

Av Migrationsöverdomstolens praxis är det svårt att dra några närmare slutsatser om vad som krävs för att ett privatliv ska anses föreligga i en situation där en person inte levt i Sverige med status som lagligen bosatt migrant (settled migrant). Av Europadomstolens praxis går det dock att dra slutsatsen att det krävs mer än endast vistelsetid för att ett privatliv ska anses utvecklat om en person inte är en s.k. settled migrant; exempelvis att ett barn går i skola, lär sig språket, har vänner etc. Att kräva att en person ska ha haft legal vistelse under hela den tid personen vistats i landet för att ett privatliv ska anses etablerat är att gå för långt. Faktorer som att en person vistats i landet utan tillstånd får istället beaktas vid steg 3-5 enligt modellen.

Det är viktigt att komma ihåg att konstaterandet av att ett familjeliv och/eller privatliv föreligger inte är detsamma som att en utvisning är oproportionerlig. För att avgöra om så är fallet krävs att även steg 2-5 undersöks och beaktas.

13.4 Steg 2: Vad är det enskilda barnets bästa?

Tidigare i avhandlingen har innebörden av barnets bästa beskrivits (främst kapitel 7). Här konstaterades att *barnets bästa* bör förstås som barnkonventionens rättigheter utvärderade från det specifika barnets kontext med beaktande av kunskapssteoretiskt underlag, så som exempelvis aktuell forskning och landinformation. I kapitel 7 betonades även vikten av att låta berörda barn komma till tals (artikel 12 barnkonventionen) för att kunna bedöma det individuella barnets bästa.

¹⁹⁴⁸ Jmf den avslutande meningen i domskälen ”[ä]ven om MuA, MiA och SA genom sin vistelsetid m.m. i Sverige skulle anses ha etablerat ett sådant privatliv som skyddas av artikel 8 i Europakonventionen [...]”.

Kapitel 7 behandlade frågan om barnets bästa mer generellt. I detta avsnitt berörs istället barnets bästa mer specifikt i relation till den typ av mål som avhandlingen tar sikte på.

Beroende av vilken situation som är aktuell i det enskilda fallet kan antingen rätten till respekt för privatliv eller rätten till respekt för familjeliv aktualiseras – eller båda. Dessutom kan det antingen vara barnets eller dennes familjemedlems rätt till respekt för privatliv och/eller familjeliv som aktualiseras – eller bådas. Som tidigare konstaterats gäller rätten enligt Europakonventionens artikel 8 för personer som befinner sig i en konventionsstat. Barnkonventionens bestämmelser om familjesammanhållning och familjeåterförening gäller dock både barnet och dennes föräldrar, dvs. även personer som inte nödvändigtvis befinner sig i Sverige. Barnets rätt att få sitt bästa beaktat gäller i sin tur när barnet berörs av beslutet – oavsett om det är barnet, dess familjemedlem eller allihop som befinner sig i Sverige. Tillämpligheten av (principen om) barnets bästa påverkas således inte av detta, däremot kan vad som anses vara barnets bästa påverkas av om familjemedlemmarna befinner sig i ett annat land än barnet.

Är ett barn berört av ett beslut måste således en barnets bästa bedömning göras. Här måste först påminnas om vad som poängterades i kapitel 7 – att själva syftet med utredningen och bedömningen av barnets bästa är att tillgodose alla barnets rättigheter enligt barnkonventionen.¹⁹⁴⁹

En viktig del av en bedömning av barnets bästa att således att bedöma barnets tillgång till rättigheterna i barnkonventionen, i Sverige respektive i andra aktuella länder. I en svensk migrationsrättslig kontext förefaller det enligt min mening troligt att en sådan bedömning i de allra flesta fall leder till utfallet att ett barns bästa vore att låta barnet bo i Sverige. Detta då få länder i världen i samma utsträckning som Sverige tillgodoser barns rättigheter enligt barnkonventionen. Denna uppfattning förekommer även i förarbetsuttalanden av tidigare svenska regeringar.¹⁹⁵⁰ Ett i praxis ofta citerat förarbetsuttalande är visserligen att den svenska regeringen tar avstånd ifrån en etnocentrisk syn innebärandes ”att barn närmast regelmässigt anses ha det bäst i Sverige, oavsett språklig, kulturell och nationell bakgrund och tillhörighet”.¹⁹⁵¹ Mindre ofta

¹⁹⁴⁹ MIG 2018:20, FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, punkt 4 och punkt 82, Kalverboer, Margrite, Daan Beltman, Carla van Os, and Elianne Zijlstra, *The Best Interests of the Child in Cases of Migration*, *The International Journal of Children's Rights* vol. 25, issue 1, 2017, s. 119 f. I svenska migrationsrättsliga förarbeten sägs bl.a. att: ”[d]e mer preciserade ställningstaganden till olika frågor som görs i andra artiklar [i barnkonventionen] ger viss vägledning om vilken räckvidd som avsetts för principen om barns bästa”, Prop. 1996/97:25, s. 227.

¹⁹⁵⁰ Prop. 1996/97:25, s. 249.

¹⁹⁵¹ Se t.ex. MIG 2010:6 och MIG 2015:4.

framhålls dock vad som anfördes i de närmast efterföljande meningarna i förarbetena, nämligen att regeringen menade att barnets bästa ”i åtskilliga ärenden vid en sammanvägning av olika omständigheter [talar] för att medge bosättning i Sverige”. Detta då ”[d]en materiella trygghet som finns för människor i Sverige i en rad olika avseenden och de möjligheter detta ger den enskilde [ofta innebär] en kraftig förbättring för barnet i förhållande till de villkor som råder i hemlandet.”¹⁹⁵²

Även om jag påstår att det troligtvis vanligen är så att en bedömning av hur väl ett barns rättigheter uppfylls i Sverige respektive i ett annat land utfaller på så vis att det konstateras vara barnets bästa att barnet och/eller dennes familjemedlem/mar tillåts vistelse i Sverige, kan det finnas situationer där barnets bästa bedöms vara det motsatta, dvs. där det konstateras vara barnets bästa att stanna i eller återvända till sitt (eller föräldrarnas) hemland eller att en familjemedlem nekas rätt att vistas i Sverige. Det är givetvis både viktigt och intressant att fundera på när så skulle kunna vara fallet.

En viktig aspekt i en bedömning av barnets bästa; utöver barnkonventionens rättighetskatalog och barnets egna åsikter, är som tidigare nämnts kunskaps-teoretiskt underlag (se inledningen till detta avsnitt samt kapitel 7). För att kunna avgöra vad som är att anse som barnets bästa måste omständigheterna i det enskilda fallet undersökas i relation till kunskap om vad som är känt om barns mer generella behov.

Kunskapsunderlag i ärenden som rör ett barns familjeliv eller privatliv kan t.ex. vara forskning om hur barn i olika åldrar påverkas av att vara separerade från sina föräldrar eller om barns behov av att inte ryckas upp ur sin omgivning. Det är viktigt att kunskapsunderlaget inte anpassas efter vilken slutsats en rättstillämpare vill nå. En undersökning av hur Europadomstolen hanterat barnets bästa i sin praxis gällande artikel 8 visade t.ex. att domstolen verkade framhålla olika kunskapsunderlag beroende på vilken slutsats domstolen ville nå.¹⁹⁵³ När kunskapsteorier hanteras olika, eller inte alls lyfts fram, beroende av måltyp, hanteras inte bedömningen av barnets bästa korrekt (se kapitel 7).

I vissa fall skulle det kunna finnas ett kunskapsteoretiskt underlag som talar för att barnets bästa vore att vistas någon annanstans än i Sverige. Det är dock viktigt att poängtera att ett kunskapsteoretiskt underlag inte får användas för att bortse från rättigheter som barnet har enligt barnkonventionen. Möjligtvis skulle dock denna typ av underlag kunna stärka vissa av rättigheterna vilket i sin tur skulle kunna leda till en sådan slutsats.

¹⁹⁵² Prop. 1996/97:25, s. 249.

¹⁹⁵³ Dane, Louise, Europadomstolen och barnets bästa, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 2 2015.

När barnets bästa fördes in i utlänningslagen framhölls tre grundläggande behov som gäller alla barn: ”1. Omvårdnad och skydd för att kunna överleva och utvecklas, 2. Ett stabilt och varaktigt förhållande till båda sina föräldrar samt 3. Respekt för sin integritet, att få känna att de har en uppgift att fylla och få ta ansvar och påverka sin situation i takt med stigande ålder och mognad.”¹⁹⁵⁴

Som nämndes i kapitel 7 framhölls också av den svenska Barnkommittén i sin delutredning om barnkonventionen och utlänningslagen 1996 att ”[d]e *avgjort viktiga* aspekterna på barnets bästa är om barnet vistas tillsammans med sina föräldrar och om barnet har tillgång till åtminstone en någorlunda stabil förälder [min kursivering]”¹⁹⁵⁵ Som också nämnts i kapitel 7 är dock utgångspunkten i barnkonventionen enligt FN:s barnrättskommitté att rättigheterna är universella, odelbara, ömsesidigt beroende och samordnade samt att konventionsstaterna är skyldiga att respektera, skydda och uppfylla alla de rättigheter som uppställs i konventionen.¹⁹⁵⁶

Barnets bästa ska, som redogjorts för i kapitel 7 och åter betonats tidigare i detta avsnitt, syfta till att hitta en lösning där barnet fullständigt och faktiskt ska åtnjuta rättigheterna som erkänns i konventionen och dess fakultativa protokoll, och som låter barnet få utvecklas allsidigt och fullständigt.¹⁹⁵⁷ I verkligheten kan det dock bli så att ingen av de lösningar som väljs helt når upp till detta syfte. Olika rättigheter barnet har kan tala för att olika beslut skulle vara barnets bästa och rättstillämparen kan därmed hamna i en situation där en konflikt uppstår mellan barnets rättigheter.

I migrationsärenden är det vanligtvis barnets rätt till sina föräldrar och barnets rätt att behålla sin identitet (då i meningen att upprätthålla språk, kultur och kontakter med nätverk i hemlandet) som i praxis brukar lyftas fram som de rättigheter som talar för att det inte är barnets bästa att vistas i Sverige.¹⁹⁵⁸ Ett beslut att inte tillåta ett barn att vistas i Sverige kan förvisso innebära att barnet

¹⁹⁵⁴ Prop. 1996/97:25, s. 246.

¹⁹⁵⁵ SOU 1996:115, s. 14 och 50 f.

¹⁹⁵⁶ FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet, punkt 16.

¹⁹⁵⁷ Ibid, punkt 81 f.

¹⁹⁵⁸ Se t.ex. Josefsson, Jonathan, Children’s Rights to Asylum in the Swedish Migration Court of Appeal, *The International Journal of Children’s Rights*, vol. 25, nr. 1 2017, s. 96 f. Här anges att i majoriteten av de analyserade domarna där en syn framkommer att barn och föräldrar bör få leva tillsammans görs detta i samband med en syn att det är barnets bästa att vara i hemlandet, MIG 2007:1, MIG 2007:25, MIG 2007:33, MIG 2008:3, MIG 2008:13, MIG 2008:29, MIG 2008:33, MIG 2009:8, MIG 2009:9, MIG 2009:33, MIG 2010:16. Josefsson menar att detta ger uttryck för något han kallar för ”a child-home country norm”. Josefsson lyfter dock att i andra fall fungerar synen på att barn och föräldrar bör få leva tillsammans istället som ett argument för att bevilja uppehållstillstånd, se exempelvis MIG 2008:33, MIG 2011:23, MIG 2011:27, MIG 2012:5, MIG 2012:9. Jfr även synen som kommer till uttryck i prop. 1996/97:25, s. 250 f.

återförenas med sin familj i hemlandet, men detta beslut kan samtidigt innebära att barnets övriga rättigheter inte tillgodoses på lika hög nivå som om barnet tillåts vistas i Sverige.

Även om en möjlig lösning för att låta barnets samtliga rättigheter uppfyllas skulle vara att låta såväl barnet som barnets familjemedlemmar vistas i Sverige, så finns ett sådant alternativ ofta inte på bordet då reglerad invandring bygger på en idé om att människor inte fritt ska kunna välja ett land att bosätta sig i.

I situationer där det inte verkar finnas en lösning som kan tillgodose alla barnets rättigheter enligt barnkonventionen kommer rättstillämpare att behöva hitta den lösning som *bäst* motsvarar barnets bästa. I praktiken innebär detta att rättstillämparen måste utföra en barnets bästa-bedömning utifrån den konkreta situationen.

För att i ett enskilt ärende hitta den lösning som *bäst* motsvarar *syftet* med barnets bästa krävs ett underlag där de olika alternativa beslut som kan fattas i ärendet – i en migrationskontext vanligen att antingen låta ett barn och/eller dennes familjemedlem vistas i Sverige eller att inte tillåta vistelse – analyseras utifrån vad de olika besluten får för konsekvenser för barnets tillgång till sina rättigheter. I kapitel 7 lyftes en modell, framtagen av *The Study Centre for Children, Migration and Law* vid universitetet i Groningen, som kan användas för att göra en sådan bedömning. Genom modellen utvärderas ett barns tillgång till sina rättigheter i såväl hemlandet som i vistelselandet. Utfallet av bedömningen ger dels en indikation på de konsekvenser som kan uppstå som en följd av det migrationsrättsliga beslutet, dels presenteras det alternativ som *bäst* anses tjäna barnets holistiska utveckling i kortsiktigt respektive långsiktigt perspektiv. Härutöver återges barnets egna åsikter angående vilket som vore det bästa alternativet samt även vilka av barnets rättigheter som skulle riskera att få stå tillbaka vid respektive alternativ.¹⁹⁵⁹

Även om denna modell kan ge en indikation på vad som vore barnets bästa måste dock uppmärksammas att rättstillämparen måste väga in vad som står på spel. Även om barnkonventionen ska ses som en helhet måste olika rättigheter i olika situationer i praktiken ändå anses väga olika tungt. Om ett barn t.ex. är väldigt sjukt kan rätten till sjukvård vara viktigare för barnets överlevnad än att få vara tillsammans med sina föräldrar.

¹⁹⁵⁹ Kalverboer, Margrite, Daan Beltman, Carla van Os, and Elianne Zijlstra, The Best Interests of the Child in Cases of Migration, *The International Journal of Children's Rights* vol. 25, nr. 1 2017, s. 123.

En barnets bästa-bedömning måste utgå från det enskilda barnet. Trots det vill jag lyfta fram några mer generella punkter att beakta vid en sådan bedömning.

När det gäller situationer där *ett barn riskerar att utvisas från Sverige tillsammans med familjemedlemmar* menar jag att det är svårt att se att familjeargumentet ensamt vanligen skulle kunna ”slå ut” övriga rättigheter i barnkonventionen. Att konsekvent hävda att barnets bästa är att återvända till hemlandet med hänsyn till att barnets föräldrar ska återsändas dit kan inte sägas överensstämma med den bedömning som måste göras utifrån barnkonventionens rättighetskatalog. Här måste framförallt betonas att det får anses felaktigt att bedöma vad som är barnets bästa enbart utifrån förutsättningen att barnets föräldrar *kommer* att utvisas. Då har nämligen ”det önskade resultatet” (att familjen utvisas) tillåtits färga bedömningen av vad som *är* barnets bästa. Att ett barn i denna situation skulle kunna leva i hemlandet tillsammans med sin familj bör självklart beaktas – men först vid senare steg i bedömningen (steg 3-5 enligt modellen), där skäl som talar *för* respektive *emot* vistelse ska identifieras för att sedan vägas mot varandra, vilket vi återkommer till nedan. Vid detta steg 2, där barnets bästa ska utredas och bedömas, måste bedömningen baseras på samtliga omständigheter i barnets liv och får inte t.ex. begränsas – eller föregås – av en vilja att utvisa föräldrarna i de fall där detta skulle kunna vara aktuellt.

När det istället gäller situationer *där ett barn som befinner sig i Sverige riskerar att utvisas och familjen är kvar i hemlandet* kommer det faktum att barnet har sin familj i hemlandet givetvis att behöva tillmätas vikt vid barnets bästa-bedömningen. Även i dessa fall är det viktigt att poängtera att en analys ska göras utifrån samtliga rättigheter i barnkonventionen. En sådan helhetsbedömning kan – beroende på faktorer i det enskilda fallet så som barnets ålder, varför barnet kommit hit, hur barnets livssituation och tillgång till övriga rättigheter i barnkonventionen ser ut i Sverige respektive i hemlandet – komma att falla ut på olika vis. Eftersom en barnets bästa-bedömning är en individuell bedömning kan familjesituationen – utifrån de särskilda omständigheterna – i ett särskilt fall tala för att det *är* barnets bästa att återvända till hemlandet, trots att tillgången till barnkonventionens rättigheter i övrigt då riskerar att inte tillgodoses lika väl som om barnet tillåtits att stanna i Sverige. Men utfallet kan även bli det motsatta – att trots att familjen vistas i hemlandet är det bättre för barnet att få vistas i Sverige.

När det gäller situationer *där ett barn riskerar att utvisas ensam till ett land där ingen familj finns* kan konstateras att artikel 10.2 i återvändandedirektivet samt 12 kap. 3 a § utlänningslagen stadgar att ett beslut om avvisning eller utvisning av ett ensamkommande barn inte får verkställas om den verkställande myndigheten inte kan visa att barnet kommer att tas emot av en familjemedlem, en utsedd förmyndare eller en mottagningsenhet väl lämpad för att

ta hand om barn. Detta innebär att om det kan konstateras att ett barn inte kan tas emot av en lämplig person/mottagningsenhet så är det överhuvudtaget inte tillåtet att neka vistelserätt. I dessa situationer har således lagstiftaren redan gjort barnets bästa-bedömningen och tydligt meddelat rättstillämparen hur denne ska agera i ett sådant fall.¹⁹⁶⁰

Även när ett barns familjemedlem riskerar att utvisas medan barnet får vara kvar i Sverige aktualiseras barnets bästa – trots att beslutet då rör barnets familjemedlem. I dessa situationer måste utredas om det vore barnets bästa att tillåta att föräldern vistas i Sverige eller inte. Här ska beaktas vad ett utvisningsbeslut skulle få för konsekvenser för barnets liv och då särskilt för barnets tillgång till sina rättigheter. Här kan påminnas om att barnkonventionens artikel 9.1 stadgar att konventionsstaterna ska säkerställa att ett barn inte skiljs från sina föräldrar mot deras vilja utom när ett sådant åtskiljande är nödvändigt för barnets bästa (se kapitel 9). Vid bedömningen om en separation är nödvändig för barnets bästa bör naturligtvis aspekter angående barnets relation till sin förälder beaktas, däribland om föräldern kan anses vara farlig för barnet.

När det gäller situationer som rör ansökningar om tillstånd pga. *anknytning till familjemedlemmar i Sverige* måste en distinktion göras mellan 1) fall där ett barn ansöker om att få (åter)förenas med familjemedlem/mar i Sverige och 2) fall där ett barns familjemedlem/mar ansöker om att få (åter)förenas med barnet i Sverige. I den första situationen finns, som lyfts fram i kapitel 10.4, en presumtion för tillstånd förutsatt att samtliga vårdnadshavare samtycker och i dagsläget förutsatt att den förälder som vistas i Sverige (som huvudregel) kan försörja sig själv och sina anhöriga.¹⁹⁶¹ I praxis har konstaterats att barnets bästa inte kan användas för att neka tillstånd i situationer som omfattas av presumtionen för tillstånd.¹⁹⁶² I den andra situationen finns ingen motsvarande presumtion för tillstånd – inte ens om en förälder ansöker om att få återförenas med ett barn som befinner sig lagligen i Sverige (förutom om barnet beviljats tillstånd pga. skyddsbehov).¹⁹⁶³ I samtliga situationer, där villkoren för presumtion för tillstånd inte är uppfyllda, blir det i slutändan fråga om en proportionalitetsbedömning. Så även om exempelvis försörjningskraven inte är uppfyllda, om en identitet inte kan styrkas etc. Vid en sådan bedömning ska beaktas om det är barnets bästa att barnet och dess förälder tillåts återförenas

¹⁹⁶⁰ Däremot får konstateras att det finns ett stort antal oklarheter i hur denna bestämmelse ska tillämpas – exempelvis vad gäller hur länge beslutsmyndigheter kan leta efter ett s.k. ordnat mottagande att hänvisa barnet till i hemlandet. Se t.ex. Jansson-Keshavarz, Sofi och Lundberg, Anna, Migrationsverket ändrar på lagens innehåll för att ensamkommande barn inte ska beviljas uppehållstillstånd i Sverige, *Juridisk tidskrift*, nr 4 2018/19, s. 1012 ff.

¹⁹⁶¹ 5 kap. 3 § 1 st. 2 p. samt 5 kap. 17 § 2 st. utlänningslagen. Angående försörjningskravet se 9-10 §§ tillfälliga utlänningslagen.

¹⁹⁶² Se MIG 2012:3.

¹⁹⁶³ Se dock 5 kap. 3 § 1 st. 4 och 5 punkterna utlänningslagen.

i Sverige eller inte. Vid en sådan bedömning kommer bl.a. barnets och föräldrarnas relation, barnets situation i hemlandet samt om barnets andra förälder är medsökande eller ej att behöva undersökas. I mångt och mycket kommer en sådan barnets bästa bedömning att handla om ifall det vore barnets bästa att få leva tillsammans med sin/a familjemedlem/mar i Sverige eller inte. Återigen handlar det således om att göra en barnets bästa bedömning utifrån barnets rättigheter, barnets egen åsikt och vilja samt utifrån kunskapsteoretiskt underlag. Här bör dock särskilt poängteras att barnkonventionen (liksom EU:s rättighetsstadga) framhåller ett barns rätt att upprätthålla ett personligt förhållande till och direkta kontakter med båda sina föräldrar – förutom då detta skulle vara i strid med barnets bästa.¹⁹⁶⁴

13.4.1 Vem ska utreda barnets bästa?

Europadomstolen har betonat att rättstillämpare inte kan undvika att göra en barnets bästa bedömning med hänvisning till att lagstiftaren redan har beaktat barnets bästa vid utformning av exempelvis krav på pass, rättstillämpare kan inte heller hänvisa till utredningar av barnets bästa som gjorts en tid tillbaka eftersom bedömningen behöver stämma överens med barnets aktuella förhållanden.¹⁹⁶⁵

I förvaltningsmyndigheters och förvaltningsdomstolars uppdrag ligger att se till att omständigheterna i ett ärende är tillräckligt utredda.¹⁹⁶⁶ Samtidigt lyftes i kapitel 2 att förvaltningen är tänkt att vara effektiv.¹⁹⁶⁷ Att korrekt utreda och identifiera barnets bästa kan vara en krävande uppgift. Det bör därför påpekas att det faktum att det krävs ett ordentligt underlag om vad som är barnets bästa inte nödvändigtvis innebär att det behöver vara rättstillämparen själv som tar fram detta underlag. Rättstillämparen kan lämna i uppdrag att komma in med en utredning om barnets bästa. Att på så sätt begära in underlag kan vara ett möjligt sätt att effektivisera en prövning utan att tumma allt för mycket på rättssäkerheten. Faktum är att FN:s barnrättskommitté i en gemensam kommentar med FN:s kommitté för skydd av migrantarbetare och deras familjers rättigheter framfört att kommittéerna inte anser att migrationsmyndigheter själva ska göra utredningen om barnets bästa utan att den ska utföras av aktörer som är fristående från migrationsmyndigheterna.¹⁹⁶⁸

¹⁹⁶⁴ Se artikel 9 barnkonventionen samt artikel 24.3 EU:s rättighetsstadga.

¹⁹⁶⁵ Se exempelvis Europadomstolens dom i målet *Ejimson mot Tyskland* (dom den 1 mars 2018, appl. no. 58681/12).

¹⁹⁶⁶ 8 § förvaltningsprocesslagen och 23 § förvaltningslagen.

¹⁹⁶⁷ Jfr förvaltningslagens 9 § om att ärenden ska handläggas så enkelt, snabbt och kostnadseffektivt som möjligt utan att rättssäkerheten eftersätts.

¹⁹⁶⁸ Gemensam allmän kommentar nr 3 (2017) av FN:s kommitté för skydd av migrantarbetare och deras familjers rättigheter och nr 22 (2017) av FN:s kommitté för barnets rättigheter om de

13.4.2 Vikten av att fastslå barnets *bästa*

Fokus ska vara att utreda vad som *är* barnets bästa för att senare i bedömningen väga detta intresse mot andra identifierade rättsliga intressen. I en studie genomförd av Jacob Lind och Anna Lundberg där 100 beslut från Migrationsverket granskades i syfte att undersöka hur rättstillämpningen stämmer överens med de rättigheter barn har enligt barnkonventionen och de tilläggsprotokoll till konventionen som Sverige har ratificerat framkom att de granskade besluten – istället för att slå fast vad som *var* barnets bästa – ofta innehöll en negerande och allmän formulering, såsom att ett återvändande till hemlandet ”inte kunde anses stå i strid med barnets bästa”.¹⁹⁶⁹ Att ett beslut är formulerat på ett sådant vis innebär inte nödvändigtvis att det är så rättstillämparen har resonerat, men det kan ses som en indikation på att så är fallet (beslutets motivering bör givetvis överensstämma med hur tillämparen *faktiskt* resonerat). Som Lind och Lundberg påpekar i sin studie är det viktigt att skilja på vad som *är* barnets bästa och vad som ”*inte kan anses strida mot barnets bästa*”. Risker är nämligen att användandet av den negerande formen att något ”inte kan anses strida mot barnets bästa” leder till att fokus direkt hamnar på om barnets situation i ursprungslandet är *tillräckligt* bra för att barnet (eller dess familjemedlem) ska kunna hänvisas dit utan att det strider mot konventionsåtaganden (steg 5 nedan) istället på att först utreda vad som faktiskt är barnets bästa (steg 2, som diskuteras i detta avsnitt). Som påpekats av såväl Lind och Lundberg som i utredningen om barnkonventionen som lag (och som lyfts fram i kapitel 7) kan det inte anses förenligt med barnkonventionens artikel 3 att fokusera på vad som kan anses vara en acceptabel lägsta nivå.¹⁹⁷⁰

En ordentlig bedömning av vad som är barnets bästa bör därför avslutas med att slå fast vad som i det enskilda fallet faktiskt konstateras vara barnets bästa – och varför. När detta gjorts är det dags att gå vidare till nästa steg; att identifiera vilka skäl staten har att neka vistelse.

13.5 Steg 3: Under vilka omständigheter får staten begränsa invandring?

Som tidigare konstaterats får rätten till familjeliv och privatliv inskränkas – men inte av vilka skäl som helst. För det första kräver inskränkningar lagstöd.

allmänna principerna rörande barns mänskliga rättigheter inom ramen för internationell migration, punkt 32 (c).

¹⁹⁶⁹ Lind, Jacob och Lundberg, Anna, Barn i migrationsprocessen, kartläggning som genomförs inom ramen för SOU 2016:19, tillgänglig via Riksarkivet (En version av rapporten finns även tillgänglig via <https://www.mah.se/upload/Forskningscentrum/MIM/Publications/160309%20Lundberg%20and%20Lind.pdf>).

¹⁹⁷⁰ Ibid, s. 94. och SOU 2016:19, s. 164 f.

För det andra krävs att inskränkningen görs av s.k. legitima skäl. Dessa krav följer, som tidigare konstaterats, av såväl Europakonventionen och EU-rätten som av barnkonventionen.

I kapitel 12 konstaterades att såväl Europadomstolen och EU-domstolen som Migrationsöverdomstolen konstaterat att statens intresse av *reglering av invandring* kan vara ett sådant s.k. legitimt intresse som kan åberopas för att inskränka rätten till respekt för familjeliv och privatliv. I samma kapitel konstaterades även att detta intresse i praxis ofta verkar fungera som ett slags samlingsintresse, ett intresse som i praktiken rymmer flera olika intressen. Att rätten till respekt för familjeliv och privatliv endast får inskränkas av anledningar som går att koppla till legitima skäl gör det viktigt att rättstillämparen tydligt identifierar vilka skäl – i det individuella fallet – som talar emot tillstånd. Dels för att kunna avgöra att det faktiskt handlar om legitima skäl vilket är avgörande för att inskränkningen i rättigheten *överhuvudtaget* kan vara tillåten.¹⁹⁷¹ Dels för att säkerställa att rättstillämparen agerar i linje med objektivitetsprincipen, dvs. inte väger in egna idéer och åsikter.¹⁹⁷²

Även om intresset av reglerad invandring är erkänt som ett intresse som *kan* vara legitimt är det svårt att göra en bedömning av om det faktiskt *är* legitimt i ett enskilt fall om inte innebörden av ”intresset av reglerad invandring” närmare preciseras. Dessutom är ett korrekt identifierande av *vilka* legitima skäl som faktiskt är aktuella i ett enskilt ärende viktigt för kunna tillmäta dessa skäl korrekt vikt vid proportionalitetsbedömningen i steg 5. Som konstaterades i kapitel 12 kan intresset av reglerad invandring tillmätas olika tung vikt vid proportionalitetsbedömningen (steg 5) beroende av vilka skäl som de facto är aktuella i det enskilda ärendet. Vid detta tredje steg bör rättstillämparen därför specificera vilka legitima skäl som – i det enskilda ärendet – talar emot att neka vistelserätt.

13.5.1 Legitima skäl

Vad som kan utgöra legitima skäl att inskränka rätten till familjeliv och privatliv enligt Europakonventionen har diskuterats närmare i avsnitt 4.5.2 men kan kort sammanfattas som att skälen måste gå att hänföra till ”statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välstånd eller [syfta] till

¹⁹⁷¹ Frågan om inskränkningen de facto *är* tillåten avgörs först i nästa steg, steg fem, av prövningen. Att inskränkningen görs i ett legitimt syfte är nämligen inte detsamma som att en inskränkning är tillåten. För att en inskränkning ska vara tillåten krävs dessutom att åtgärden är nödvändig i ett demokratiskt samhälle (proportionerlig). I detta fjärde steg handlar det dock enbart om att identifiera vilka legitima skäl som talar emot vistelserätt i det enskilda fallet.

¹⁹⁷² Jfr exempelvis Boe, Erik Magnus, *Forsvarlig förvaltning*, Universitetsförlaget, Oslo, 2018, s. 66 f.

förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter”.¹⁹⁷³

I barnkonventionen finns inte samma tydliga uppräkningslista av vad som kan utgöra legitima skäl för att begränsa ett barns rätt till familjeliv och privatliv eller för att besluta på ett vis som inte är barnets bästa. Istället får frågan om en inskränkning kan anses legitim avgöras utifrån hur de olika rättigheterna i barnkonventionen är formulerade.¹⁹⁷⁴

Även om de skäl som anförs i ett ärende vid en första anblick förefaller gå att koppla till ett legitimt skäl så kan de ändå vara otillåtna.

Europadomstolen uppställer t.ex. krav på att de skäl som anförs emot rätten till respekt för familjeliv och privatliv de facto ska ha en koppling till omständigheterna i det aktuella målet. Eftersom olika legitima syften kan tillmätas olika vikt vid en proportionalitetsbedömning menar domstolen att det är viktigt att tydligt identifiera rätt legitima skäl i ett enskilt ärende. Ett exempel på när domstolen fann att så inte var fallet är ett av de ovan refererade målen, *Berrehab mot Nederländerna*. I målet invände Europadomstolen mot att den nederländska regeringen anfört att en utvisning legitimerades av att den skedde i syfte att skydda allmän oordning.¹⁹⁷⁵ Europadomstolen menade att Nederländerna försökte åberopa legitima skäl med för svag koppling till de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet. Europadomstolen menade att då ärendet handlade om en person som varit lagligt bosatt, försörjt sig själv och som inte på något sätt betett sig brottsligt eller brutit mot migrationslagstiftningen så kunde det de facto inte vara en fråga om allmän ordning. Domstolen ansåg att utvisningen snarare kunde sägas ske i ett annat legitimt syfte; nämligen landets ekonomiska välbefinnande.¹⁹⁷⁶

Ytterligare en begränsning för hur stater får använda sig av legitima skäl utgörs av icke-diskrimineringsprinciper som artikel 14 i Europakonventionen och artikel 2 i barnkonventionen. Om anledningen till att en utländsk medborgare uppges vara oönskad är att denne begått brott eller anses utgöra en fara mot ordning och säkerhet finns en tydlig koppling till ett legitimt skäl. Men om de skäl som anförs istället hör samman med att vissa ”grupper” av ut-

¹⁹⁷³ För närmare information om de olika intressena se exempelvis Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth och Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Sjunde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2017, s. 347 ff.

¹⁹⁷⁴ Här kan t.ex. påminnas om att det finns mer specifika rättigheter i barnkonventionen än i Europakonventionen när det gäller familjeliv och privatliv (främst artikel 9 och 10).

¹⁹⁷⁵ *Berrehab mot Nederländerna* (dom den 21 juni 1988, appl. no. 10730/84), punkt 25.

¹⁹⁷⁶ *Ibid*, punkt 26.

ländska medborgare anses oönskade kommer rättstillämparen att behöva fundera över om inskränkningen är tillåten – även om den vid en första anblick skulle gå att koppla till ett legitimt skäl.¹⁹⁷⁷

Även om staten tillerkänts en relativt vid bedömningsmarginal¹⁹⁷⁸, dvs. utrymme att bedöma vilken typ av åtgärder som krävs, så finns således gränser för hur stater får bete sig.

13.5.2 Legitima skäl den svenska rättstillämparen är tänkt att beakta

Som påtalades i kapitel 2 ställer objektivitetsprincipen krav på att rättstillämpare stödjer sig på sakliga skäl, dvs. sådana hänsyn som enligt lagen ska tas, och inte blandar in egna idéer och åsikter.¹⁹⁷⁹ När rättstillämparen ska identifiera legitima skäl måste hen således utgå ifrån vad lagstiftaren avsett.

Till att börja med kan konstateras att orden ”intresset av reglerad invandring” inte uttryckligen framkommer av svensk utlänningslagstiftning. Att intresset av reglerad invandring får och ska beaktas vid bedömningen av om en nekad vistelserätt utgör ett otillåtet ingrepp i rätten till respekt för familjeliv och privatliv framkommer dock som tidigare konstaterats av såväl förarbeten som av praxis. Vad som ryms inom detta intresse är dock något svårare att identifiera. Varken i svensk utlänningslagstiftning eller i svenska förarbeten finns någon samlad översikt över vad lagstiftaren anser att rättstillämparen ska tillmäta vikt. Vad som finns är istället olika starka formuleringar i lagtext samt diverse förarbetsuttalanden som tillsammans möjligtvis kan ge viss ledning om lagstiftarens idé om vad som kan anses utgöra legitima skäl att, i en svensk rättslig kontext, neka vistelserätt. De uttalanden som finns i lagtext och förarbeten är dock inte gjorda i direkt samband med skrivningar om rättstillämpares skyldigheter enligt svenska konventionsåtaganden. Det är därför i dagsläget relativt svårt att bilda sig en tydlig uppfattning om vad lagstiftaren anser är legitima skäl att inskränka rätten till respekt för familjeliv och privatliv i migrationsärenden.

Trots att det inte tydligt finns angivet vilka legitima skäl en rättstillämpare ska beakta vid en intresseavvägning i ett ärende som rör barns rätt till respekt för

¹⁹⁷⁷ Som tagits upp i kapitel 3 har så tidigare varit fallet i Sverige. Då handlade det främst om romer och judar. På senare år har det främst varit muslimer som pekats ut som ”oönskade”, se exempelvis uttalanden från Ungerns premiärminister Viktor Orban: ”Hungary doesn’t want ‘Muslim invaders’”, <https://www.politico.eu/article/viktor-orban-hungary-doesnt-want-muslim-invaders/>, senast besökt 20 mars 2019.

¹⁹⁷⁸ Se främst avsnitt 4.5.3.1.

¹⁹⁷⁹ Jfr exempelvis Boe, Erik Magnus, *Forsvarlig förvaltning*, Universitetsförlaget, Oslo, 2018, s. 66 f.

familjeliv och privatliv i en migrationsrättslig kontext menar jag att det utifrån svensk lagstiftning, svenska förarbetsresonemang och svensk praxis¹⁹⁸⁰ går att skönja fyra olika linjer av skäl som förekommer kopplade till intresset av reglerad invandring; 1) skäl som rör allmän ordning och säkerhet, 2) skäl kopplade till *upprätthållandet* av den reglerade invandringen, 3) skäl som snarast tar sikte på statens ekonomiska resurser och antalet migranter samt 4) skäl kopplade till andras fri- och rättigheter.

De skäl som förekommer i svenska förarbeten och praxis får därmed anses stämma väl överens med den typ av skäl som förekommer i Europadomstolens praxis där statens intresse att reglera invandring har kopplats ihop med de legitima skälen; ”samhällsintresset av att upprätthålla allmän ordning och säkerhet”, ”landets ekonomiska välmående”, ”förebyggande av oordning eller brott” samt ”till skydd för andra personers fri- och rättigheter”.

¹⁹⁸⁰ I Migrationsöverdomstolens praxis förekommer orden ”reglerad invandring” i 17 av de prejudikat som meddelats sedan domstolens tillkomst år 2006. (senaste sökning 27 februari 2019) MIG 2006:8, MIG 2007:11, MIG 2007:31, MIG 2009:3, MIG 2009:2 (två mål avgjorda i samma ärende), MIG 2009:11, MIG 2011:23, MIG 2011:27, MIG 2014:12, MIG 2014:16, MIG 2015:4, MIG 2015:21, MIG 2016:6, MIG 2016:13, MIG 2018:4 samt MIG 2018:16. De 17 referaten rör sex olika frågor: 1) om undantag ska beviljas från huvudregeln att uppehållstillstånd ska ha sökts och beviljats före inresa i Sverige (MIG 2006:8, MIG 2007:11, MIG 2007:31, MIG 2009:2 I och II, MIG 2009:3, MIG 2011:23, MIG 2011:27), 2) om uppehållstillstånd kan beviljas pga. anknytning till Sverige (MIG 2015:4 samt MIG 2018:16) 3) om uppehållstillstånd ska beviljas ett vuxet barn (MIG 2015:21) 4) om bevislättnad kan beviljas avseende frågan om identitet i familjeåterföreningsärenden (MIG 2014:16, MIG 2016:6, MIG 2016:13, MIG 2018:4), 5) om fortsatt uppehållstillstånd kan beviljas när det äktenskap som medfört att uppehållstillstånd ursprungligen beviljades senare bedöms vara ett skenäkenskap (MIG 2014:12) samt 6) om uppehållsrätt kan grundas på ett civilrättsligt giltigt skenäkenskap (MIG 2009:11). Alla dessa mål utom MIG 2007:31 har behandlats ovan. MIG 2007:31 rörde den processuella frågan om en sökande ska ha ansetts ändra sin talan genom att först i migrationsdomstolen yrka uppehållstillstånd på grund av anknytning efter att hos Migrationsverket enbart ha ansökt om asyl. Migrationsöverdomstolen konstaterade att talan i ett sådant fall fortsatt avser samma sak, nämligen frågan om sökanden är berättigad till uppehållstillstånd i Sverige. I ett av referaten, MIG 2015:21, är det dock enbart det juridiska ombudet som tar upp intresset av reglerad invandring, Migrationsöverdomstolen återkopplar inte. Biträdet åberopade ”Inskränkningar i rätten till familjeliv får endast göras med hänsyn till vissa specifika offentliga intressen. Att upprätthålla en reglerad invandring kan vara ett sådant offentligt intresse. Familjelivet får dock inte utan vidare kränkas med hänsyn till Sveriges rätt att reglera invandringen, utan inskränkningen måste stå i proportion till det offentliga intresse som ska uppnås. Familjen har under överskådlig framtid ingen möjlighet till familjeliv i hemlandet. Migrationsverkets avslagsbeslut innebär en oproportionerlig inskränkning i hans och moderns rätt till familjeliv enligt Europakonventionens artikel 8.” Migrationsöverdomstolen konstaterade enbart att ”[f]amiljebegreppet i Europakonventionen omfattar i första hand kärnfamiljer men kan också tillämpas i andra situationer. Även vid denna bedömning krävs det, som framgår av redogörelsen ovan, att det mellan de anhöriga finns sådana ytterligare omständigheter som visar på ett beroendeförhållande, utöver de känslomässiga band som naturligt förekommer mellan nära anhöriga. Det bör också framhållas att Europakonventionen som regel inte anses förpliktiga konventionsstaterna att medge utlännningar inresa eller vistelse på dess territorium. Det kan därför inte anses strida mot artikel 8 i Europakonventionen att avslå AH:s ansökan om uppehållstillstånd i Sverige.”

Utifrån vad som framkommer av lag, förarbeten och praxis menar jag att nedanstående slutsatser kan dras om vad som kan behöva beaktas inom ramen för respektive underkategori till samlingsintresset av reglerad invandring.

13.5.2.1 Allmän ordning och säkerhet

En omständighet som det får anses stå klart att rättstillämpare behöver beakta är om det finns skäl som gör att det skulle kunna vara farligt att tillåta en person att vistas i Sverige.¹⁹⁸¹ Det kan handla om redan utförd brottslighet eller om att förebygga sådan. En viktig sak att påpeka här är att i Sverige hanteras utvisning pga. brott i de allmänna domstolarna och alltså inte inom förvaltningsdomstolarna som andra migrationsärenden. Med det sagt kan en förvaltningsmyndighet eller förvaltningsdomstol ändå behöva ta ställning till denna typ av skäl vid frågan om uppehållstillstånd ska beviljas eller inte.

När det handlar om att undersöka brottslighet kan påminnas om de av Europadomstolen framtagna *Boultif/Üner-kriterierna* som kan vara till hjälp för att närmare synliggöra exempelvis brottslighetens omfattning.¹⁹⁸²

13.5.2.2 Upprätthållande av den reglerade invandringen

En annan typ av skäl som kan behöva beaktas vid prövningen i ett enskilt fall är omständigheter kopplade till *upprätthållandet* av den reglerade invandringen.¹⁹⁸³ Här handlar det om att identifiera om/på vilket sätt en individ brustit

¹⁹⁸¹ Se exempelvis 5 kap. 17 § utlänningslagen.

¹⁹⁸² 1) Typ och omfattning av brottslighet sökanden gjort sig skyldig till 2) Hur lång tid som förflutit sedan brottsligheten och hur sökanden betett sig under denna period, 3) Hur länge sökanden vistats i landet från vilket hen riskerar att utvisas, 4) De olika berörda personernas nationaliteter, 5) Sökandens familjesituation, såsom äktenskapets längd och andra faktorer som kan vara till hjälp vid en bedömning av hur stark ett pars relation är, 6) Om maken/makan hade kännedom om brottsligheten vid den tidpunkt då hen inledde relationen, 7) Eventuella svårigheter som partnern sannolikt kommer att stöta på i det land som sökanden ska utvisas till, 8) Om det finns barn i relationen, och om så är fallet, hur gamla de är, 9) Barnets/barnens bästa och välbefinnande, särskilt allvaret i de svårigheter som sökandens barn sannolikt kommer att stöta på i det land som sökanden ska utvisas till, samt 10) Hur starka familjemedlemmarnas sociala, kulturella och släktmässiga band är till värdlandet respektive mottagarlandet, *Boultif mot Schweiz* (dom den 2 augusti 2001, appl. no. 54273/00) och *Üner mot Nederländerna* (dom den 18 oktober 2006, appl. no. 46410/99), se även *Maslov mot Österrike* (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03), punkt 82.

¹⁹⁸³ Av uttalanden i förarbeten framgår att regering och riksdag anser att kravet på uppehållstillstånd före inresan utgör ett viktigt led i *upprätthållandet av en reglerad invandring*. Se t.ex. prop. 1999/2000:43, s. 55 f. Att denna typ av skäl ryms inom intresset av reglerad invandring stöds av att Migrationsöverdomstolen i sin praxis talat om intresset av reglerad invandring i termer som ”statens intresse av att förebygga ordning och upprätthålla respekten för utlänningslagstiftningen” (MIG 2016:6, MIG 2016:13 och MIG 2018:4), ”samhällets intresse av att kunna kontrollera utlänningsars inresa och vistelse i landet” (MIG 2012:13 och MIG 2015:4) och intresset av ”upprätthållandet av en reglerad invandring” (Anges ibland även som intresset att ”upprätthålla reglerad invandring”, och förekommer bl.a. i MIG 2006:8, MIG 2011:23, MIG 2011:27, MIG 2014:12, MIG 2016:13, MIG 2018:4 och MIG 2018:16.) I Skr. 2008/09:33 s. 4 anges att ”[d]e migrationspolitiska målen har under den period som omfattas av denna skrivelse

i sin respekt för systemet. Exempel på skäl av detta slag är om en person vistats i landet utan tillstånd (ibland kallat illegal vistelse),¹⁹⁸⁴ att en person medvetet har missbrukat eller har försökt att missbruka regleringen eller att en person på något vis försökt kringgå regleringen.¹⁹⁸⁵ Rättstillämparen bör således beakta lagstiftarens vilja att skydda *systemet med reglerad invandring*.¹⁹⁸⁶

13.5.2.3 Statens resurser och antalet migranter

Ytterligare en typ av omständigheter som lyfts fram i förarbeten som något rättstillämparen i vissa fall bör beakta är omständigheter kopplade till statens ekonomiska resurser och antalet migranter. Den här kategorin av skäl är mindre tydlig och uttalandena som finns är gjorda i anslutning till specifika undantagsbestämmelser. Exempelvis uppmanas rättstillämpare (i anslutning till 5 kap. 6 § utlänningslagen) att göra bedömningar angående om det ”är rimligt att vård ges i Sverige”¹⁹⁸⁷ samt om ett beviljat ärende kan tänkas leda till att fler ärenden kommer att behöva beviljas.¹⁹⁸⁸ En liknande uppmaning om

varit att värna asylrätten i Sverige och internationellt, *att upprätthålla en reglerad invandring, att införa ökade möjligheter till arbetskraftsinvandring samt att öka harmoniseringen av asyl- och migrationspolitiken i EU [min kursivering]*”.

¹⁹⁸⁴ Det har poängterats i förarbeten att det är väsentligt att utlännningar som vistats illegalt i Sverige inte kommer i ett bättre läge än de som följer myndigheternas beslut, se exempelvis prop. 1999/2000:43, s. 61 och prop. 2009/10:137, s. 12. Se även MIG 2007:11, MIG 2007:59, MIG 2009:2, MIG 2011:27 för resonemang av detta slag.

¹⁹⁸⁵ Av prop. 1994/95:179, s. 42 f. framgår exempelvis att det är viktigt att *undvika ett kringgående av de principer som gäller*. I prop. 1979/80:96, s. 35 förs resonemang om missbruk pga. skenäktenskap. Se även MIG 2009:2, MIG 2009:11 samt MIG 2014:12.

¹⁹⁸⁶ Se t.ex. prop. 1999/2000:43, s. 55 f. samt bet. 1994/95:SfU16.

¹⁹⁸⁷ Prop. 2004/05:170, s. 190. Flera remissinstanser ansåg inte att det skulle anges direkt i lagen att ekonomiska åtaganden skulle beaktas vid bedömningen. Regeringen instämde i att detta slags hänsynstagande inte hörde hemma i lagtexten. I samma förarbeten lyfte regeringen dock att ”[e]n annan sak är att det måste vägas in om vård över huvud taget kan ges i Sverige i det enskilda fallet. Vården måste också förväntas leda till goda resultat genom en påtaglig och varaktig förbättring av utlänningsens hälsotillstånd, alternativt vara livsnödvändig. [...] För sjukdomar där det i Sverige finns tillgång till vård *kan de sammantagna ekonomiska konsekvenserna vara sådana att uppehållstillstånd bör vägras* [min kursivering]”, prop. 2004/05:170, s. 190. Denna syn förekommer även i vägledande beslut som meddelats av regeringen enligt tidigare lagstiftning, Vägledande beslut från regeringen beträffande humanitära skäl (se bl.a. Utlänningslagen – Vägledande beslut, reg. 21-94 och 23-94). Där anges att ”[d]e humanitära aspekterna måste vägas mot de ekonomiska åtaganden som kan bli en direkt eller indirekt följd av att tillstånd beviljas. *Särskilt måste beaktas de åtaganden utöver det enskilda fallet som kan bli följden av att tillstånd beviljas*. Sverige kan på många områden erbjuda en medicinsk vård på en högre nivå än många andra länder. Samtidigt är våra vårdresurser begränsade. Vi har inte möjlighet att i någon större utsträckning ta emot människor som söker sig hit från andra länder i huvudsakligt syfte att få bättre vård här än i hemlandet.” Regeringens uttalande i förarbetena vid införandet av bestämmelsen i 5 kap. 6 § om att ekonomiska hänsynstagande inte hörde hemma i lagtexten får därför förstås som att regeringen inte ansåg det lämpligt att detta övervägande lyftes fram direkt i lag. Däremot bör det förmodligen inte förstås som att regeringen tog avstånd från att rättstillämparen vid tillämpningen av lagen skulle beakta ekonomiska konsekvenser samt om ett beviljat ärende kunde tänkas leda till att fler ärenden skulle behöva beviljas, i enlighet med vad som skett i regeringens tidigare vägledande beslut.

¹⁹⁸⁸ Prop. 2004/05:170, s. 190.

att bibehålla en karaktär av undantagsbestämmelse finns även i förarbeten till 5 kap. 3 a § 3 st. utlänningslagen.¹⁹⁸⁹ I förarbeten anges att med synnerliga skäl avses ”ömmande och udda situationer”.¹⁹⁹⁰ Det anges inte närmare vad som avses med ömmande och udda varför det blir upp till rättstillämparen att fundera på detta. I förarbeten anges dock att bestämmelsen ska vara av undantagskaraktär.¹⁹⁹¹ Vid en samläsning av dessa uttalanden blir en möjlig slutsats att rättstillämparen ska tillämpa bestämmelsen på ett vis som inte innebär att den kommer att leda till uppehållstillstånd i allt för många ärenden. En möjlig slutsats utifrån dessa uttalanden är att rättstillämpare ska beakta att utländska medborgare vanligen inte anses ha någon rätt att bosätta sig i Sverige – förutom då villkoren enligt någon av bestämmelserna i utlänningslagen är uppfyllda – och att det således handlar om att göra ett undantag om tillstånd ändå beviljas och att det ligger i själva systemet med undantag att de inte blir regel. Ett tydligare resonemang kopplat till denna typ av skäl är att det i förarbeten till den tillfälliga lagen uttrycktes att syftet med lagstiftningen var att minska antalet asylsökande.¹⁹⁹² Detta syfte – att minska antalet asylsökande – har prövats som ett legitimt skäl av Migrationsöverdomstolen.¹⁹⁹³

13.5.2.4 Andras fri- och rättigheter

Utöver vad som redan sagts ovan om att det är viktigt att utreda om en person skulle kunna utgöra en fara för allmän ordning och säkerhet kan det ibland behöva beaktas om tillstånd bör nekas med hänsyn till andras fri- och rättigheter. Ett sådant skäl kan t.ex. vara att någon skulle kunna bli utsatt för våld eller annan allvarlig kränkning av sin frihet eller frid om uppehållstillstånd skulle beviljas.¹⁹⁹⁴ Om det t.ex. vid steg 2 framkommit att det *inte* är barnets bästa att leva tillsammans med en familjemedlem så kan detta lyftas fram som skäl som talar emot vistelse. Barnets bästa – och barnets rätt till privatliv – kan vara ett legitimt skäl att inte tillåta familjeliv om familjelivet skulle vara skadligt för barnet.¹⁹⁹⁵ Inskränkningen kan då hävdas ske i syfte att skydda barnets fri- och rättigheter. Ytterligare ett exempel som lyfts fram i svenska förarbeten

¹⁹⁸⁹ Se prop. 2004/05:170, s. 183 f. samt s. 277 f. och prop. 2013/14:217, s. 26.

¹⁹⁹⁰ Se prop. 2004/05:170, s. 277 f. och prop. 2013/14:217, s. 26.

¹⁹⁹¹ Prop. 2004/05:170, s. 183 f.

¹⁹⁹² Se prop. 2015/16:174, exempelvis s. 1

¹⁹⁹³ MIG 2018:20.

¹⁹⁹⁴ Jfr 5 kap. 17 § utlänningslagen. Se även MIG 2012:3.

¹⁹⁹⁵ ”The Court interprets private life to include the child’s moral and physical integrity. Consequently, serious breaches of the child’s integrity caused by parents or other carers might amount to a violation of Article 8 of the ECHR, and in extremely severe cases, to Article 3. Some of the cases mark an absolute limit – a “red line.” By crossing “the red line,” we move from protecting the child’s family life to protecting the individual child against a harmful development through serious breaches of the child’s integrity”. Se även Stang, Elisabeth Gording, The Child’s Right to Protection of Private Life and Family Life, i Mahmoudi, Said, Leviner, Pernilla, Kaldal, Anna och Lainpelto, Katrin (red.), *Child-Friendly Justice: A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of The Child [Elektronisk Resurs]*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, s. 269.

och som kan behöva beaktas är önskan att inte uppmuntra att ensamman barn sänds till Sverige för att fungera som anknytning för den övriga familjen.¹⁹⁹⁶

13.6 Steg 4: Vilka omständigheter talar *för* respektive *emot* att tillåta vistelse i Sverige?

När de olika samhällsintressen som är aktuella i målet undersökts utifrån omständigheterna i det enskilda fallet är det dags att sortera upp vad som identifierats i vad som talar *för* respektive *emot* att respektera rätten till familjeliv eller privatliv på så vis att vistelse i Sverige tillåts.

Vid identifieringen av omständigheter som talar för, respektive emot, tillstånd används vad som framkommit vid undersökningen i steg 1-3. Syftet med sorteringen är att underlätta den avvägning som kommer i nästa steg, det sista steget, där själva proportionalitetsavvägningen ska utföras.

Vid undersökningen av om familjeliv och/eller privatliv föreligger (som gjordes i steg 1) har förmodligen fler olika omständigheter identifierats, angående *i vilken utsträckning* det finns ett familjeliv och privatliv. Omständigheter så som vilka (om några) familjemedlemmar som finns i konventionsstaten respektive i hemlandet, hur starka band den/de berörda har till konventionsstaten respektive hemlandet, om och i så fall hur länge den/de berörda vistats i konventionsstaten bör vid detta fjärde steg sorteras upp i omständigheter som talar för respektive emot att vistelse beviljas. I sammanhanget kan påminnas om att det i svenska förarbeten och praxis framhålls att det är en grundprincip inom svensk migrationsrätt att i möjligaste mån hålla samman familjen (principen om familjens enhet).¹⁹⁹⁷ Det finns även förarbetsuttalanden om att det är ett starkt samhällsintresse att utlänningslagen tillämpas på ett humant sätt.¹⁹⁹⁸ Dessa uttalanden kan anses tala för att vistelse bör medges.

När det gäller vad som framkommit vid steg 2 – bedömningen av barnets bästa – kan till att börja med konstateras att vad som bedömts vara barnets bästa kan tala såväl för som emot att medge vistelse.¹⁹⁹⁹ Om det exempelvis konstaterats att en anhörig till barnet är farlig för barnet och att det därför inte kan anses

¹⁹⁹⁶ Prop. 1996/97:25, s. 247 ff. Här har poängterats att utgångspunkten i de fall där ett barn inte konstaterats ha skyddsbehov gentemot hemlandet är att barnen så snabbt som möjligt ska kunna återförenas med sina föräldrar i hemlandet.

¹⁹⁹⁷ Prop. 2005/06:72, s. 68 samt MIG 2011:11, MIG 2012:1, MIG 2015:8, MIG 2016:13, MIG 2018:4 och MIG 2018:20.

¹⁹⁹⁸ Prop. 1996/97:25, s. 246 och SOU 1996:115, s. 51.

¹⁹⁹⁹ Se angående detta även Josefsson, Jonathan, Children's Rights to Asylum in the Swedish Migration Court of Appeal, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 25, nr. 1 2017, exempelvis s. 95.

vara barnets bästa att bevilja vistelse kan det konstaterade barnets bästa anses vara något som talar emot tillstånd. Om barnets bästa däremot konstaterats vara att vistelse beviljas är barnets bästa en omständighet som talar för tillstånd. Det första steget vad gäller att sortera vad som framkommit vid steg 2 är således att identifiera om det konstaterade barnets bästa talar för eller emot att vistelse beviljas. Nästa steg är att undersöka om det framkommit omständigheter vid bedömningen som annars talar för eller emot att vistelse medges. Även om en barnets bästa-bedömning utföll på så vis att det vore bäst för barnet eller barnets familjemedlem/mar att få vistas i Sverige kan det nämligen finnas omständigheter som kan anses tala emot att bevilja vistelse. Det kan finnas skäl som möjligen inte tydligt talar emot vistelse men som kan innebära att det framstår som mindre ingripande att neka vistelse i Sverige. Sådana skäl kan t.ex. vara att ett barn *skulle kunna* leva i hemlandet tillsammans med sin familj – även om det inte vore barnets bästa. Att det finns ett annat möjligt land för familjen att bo i kan således vara ett skäl som talar emot att vistelse ska tillåtas i Sverige.

I steg 3 identifierades de skäl som staten får stödja sig på för att neka tillstånd i det enskilda fallet. De omständigheter som framkom här bör således anses tala emot att vistelse medges. Hur staten agerat är dock något som även kan anses tala för att vistelse medges. Som lyftes fram i tidigare kapitel har Europadomstolen exempelvis beaktat om en konventionsstat under lång tid tillåtit en irreguljär migrant att vistas på dess territorium eller om staten varit inkonsekvent i hur den bemött en migrant.²⁰⁰⁰

När samtliga rättsligt relevanta omständigheter identifierats som antingen talandes för eller emot att vistelse beviljas är det dags för det sista steget, själva proportionalitetsbedömningen, där rättstillämparen har att komma fram till om det är en tillåten – eller otillåten – inskränkning att neka vistelse.

13.7 Steg 5: Vilket eller vilka intressen ska anses väga tyngst i det enskilda fallet?

I avsnitten ovan i detta kapitel har diskuterats vad rättstillämpare kan beakta inom ramen för intresset av respekt för familjeliv och privatliv, intresset av barnets bästa samt intresset av reglerad invandring. Vid detta sista steg i bedömningen är frågan hur tungt de olika intressen som identifierats och utretts ska väga när de slutligen ställs mot varandra.

²⁰⁰⁰ Se exempelvis *Jeunesse mot Nederländerna* (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10), punkt 116, *Butt mot Norge* (dom den 4 december 2012, appl. no. 47017/09), särskilt punkt 83-84.

För att kunna genomföra detta avslutande steg är det således viktigt att samtliga ovanstående steg genomförts. Barnets bästa måste ha utretts ordentligt och de omständigheter som talar för respektive emot vistelse måste ha identifierats och synliggjorts. Om bara några, eller inga, av dessa steg gjorts ordentligt kommer inte en korrekt avvägning att kunna göras.

Utifrån svensk utlänningslagstiftning är det svårt att säga något mer generellt om hur tungt lagstiftaren tänkt sig att barns rätt till respekt för familjeliv och privatliv, barnets bästa och intresset av reglerad invandring ska väga i migrationsärenden. Av förarbeten framgår tydligt att den primära avvägningen mellan olika intressen ska ske vid utformningen av utlänningslagstiftningen, samtidigt konstateras att rättstillämparen måste göra en avvägning i det enskilda ärendet.²⁰⁰¹ I vissa av de mer specifika bestämmelser som lyfts fram i kapitel 9, 10 och 11 har lagstiftaren på olika vis signalerat direkt i lagtext hur tungt olika intressen ska väga genom att formulera bestämmelserna på ett vis där det framgår att de är undantagsbestämmelser och på så vis markerat att det krävs något särskilt för att intresset av reglerad invandring ska sättas åt sidan.²⁰⁰² I andra fall har (mer och mindre tydliga) signaler om vilken tyngd olika intressen ska tillmätas vid de olika bestämmelserna istället på olika vis lyfts fram i förarbeten.

Vad gäller prövningen i ett enskilt ärende vid frågan om en nekad rätt till vistelse innebär ett otillåtet ingrepp i rätten till respekt för privat- eller familjeliv finns inte några generella uttalanden direkt i utlänningslagen, varken om vilka intressen som ska beaktas eller hur tungt dessa ska väga.²⁰⁰³

Klart är dock att barnets bästa inte är tänkt att alltid trumfa alla motstående intressen. I samband med att 2005 års utlänningslag antogs behandlades flera riksdagsmotioner med innebörden att barnets bästa som regel skulle gå före samhällets intresse av att reglera invandringen.²⁰⁰⁴ När motionerna diskuterades i socialförsäkringsutskottet meddelade utskottet dock att man instämde i

²⁰⁰¹ Prop. 1996/97:25, s. 248.

²⁰⁰² Ett exempel är bestämmelsen om uppehållstillstånd pga. synnerligen eller särskilt ömmande omständigheter i 5 kap. 6 § utlänningslagen. Enligt förarbeten är bestämmelsen avsedd att vara en undantagsbestämmelse med snävt tillämpningsområde, vilket anses markeras genom användandet av uttrycken *synnerligen* respektive *särskilt* ömmande omständigheter, prop. 2004/05:170 s. 186. Bengt Lindell menar att uttryck som särskilda skäl eller synnerlig anledning i lagtext är en form av ”materiella markörer” som indikerar att vågskålen mellan olika intressen inte står vägrätt i utgångsläget, Lindell, Bengt, *Helhetsbedömningar och intresseavvägningar: en introduktion till användningen av multikriterieanalys och oskarp logik i en juridisk kontext*, Iustus, Uppsala, 2015, s. 60.

²⁰⁰³ I den tillfälliga lagen framkommer att beviljande av tillstånd med hänsyn till konventionsåtaganden ska anses som ett undantag och att betonandet av svenska konventionsåtaganden inte är tänkt att öka möjligheterna till uppehållstillstånd, se prop. 2015/16:174, s. 51.

²⁰⁰⁴ Motion 2004/05:Sf13 av Sven Brus m.fl. (kd) och Motion till riksdagen 2004/05:Sf34 av Mauricio Rojas m.fl. (fp, kd, c).

den av regeringen uttalade ståndpunkten att prövningen av barnets bästa inte får ges en så långtgående innebörd att det nästan blir till eget (utslagsgivande) kriterium för uppehållstillstånd att vara barn.²⁰⁰⁵

De formuleringar som förekommer i förarbeten pekar på att lagstiftarens utgångspunkt är att intresset av upprätthållande av reglerad invandring vanligen väger tyngre än barnets bästa i migrationsärenden, alternativt att utgångspunkten är att ett avslag på en ansökan om vistelse (av barnet och/eller familjemedlemmar) bedöms vara barnets bästa. Här kan nämnas att det i förarbeten anges att det bör vara avgörande ”i vilken grad barnet i sin *psykosociala utveckling* kan antas ta bestående skada av att flytta tillbaka till hemlandet”.²⁰⁰⁶ I samband med detta uttalande anges även att det i allmänhet inte kan anses allvarligt skada ett barn i dess psykosociala utveckling att följa med sina föräldrar till ett annat land, i synnerhet inte om det rör sig om familjens hemland²⁰⁰⁷ samt att regeringen tar avstånd från att barn regelmässigt ska anses ha det bäst i Sverige, oavsett språklig, kulturell och nationell bakgrund och tillhörighet.²⁰⁰⁸ Samtidigt betonas i förarbeten att en ”lång vistelse i Sverige kan leda till en förankring här som för barnet ökar fördelarna med att stanna kvar jämfört med att återvända till hemlandet”²⁰⁰⁹ samt att det för barn, som saknar nätverk i hemlandet, men som har fått ett nätverk i Sverige allvarligt skulle kunna äventyra barnets psykosociala utveckling om barnet skildes från detta nätverk.²⁰¹⁰

Det är något oklart om dessa förarbetsuttalanden tar sikte på att de aspekter som nämns, såsom barnets situation i hemlandet samt hur väl barnet etablerats, ska beaktas vid bedömningen av vad som *är* barnets bästa (steg 2 ovan) eller om det är uttalanden som tar sikte på utfallet av en bedömning, dvs. uttalanden som säger något om vilken vikt de olika intressena ska tillmätas vid *avvägningen* mellan barnets bästa och andra intressen, som en del av proportionalitetsbedömningen (den bedömning som utförs här i steg 5).

Enligt min mening är det sannolikt så att omständigheterna oftast behöver beaktas vid båda dessa steg av bedömningen – men på olika vis. Dels behöver de olika omständigheterna beaktas för att vid steg 2 nå en slutsats om vad som *är* barnets bästa. Dels behöver de beaktas här vid proportionalitetsbedömningen (steg 5) för att avgöra hur tungt de olika omständigheter som identifierats i målet ska väga.

²⁰⁰⁵ Socialförsäkringsutskottets betänkande 2004/05:SFU17. Regeringens uttalade ståndpunkt återfinns i Prop. 1996/97:25, s. 247.

²⁰⁰⁶ Prop. 1996/97:25, s. 249 f.

²⁰⁰⁷ Ibid, s. 249 f.

²⁰⁰⁸ Se t.ex. MIG 2010:6 och MIG 2015:4. Se även prop. 1996/97:25 s. 249 där uttalandet ursprungligen förekommer.

²⁰⁰⁹ Prop. 1996/97:25, s. 250.

²⁰¹⁰ Prop. 2013/14:216, s. 20.

Ponera exempelvis att vid bedömningen av barnets bästa i steg 2 fastslogs att barnets bästa vore att få vistas i Sverige. Samtidigt konstaterades att barnets familj befinner sig i hemlandet. Att familjen finns i hemlandet kan vid steg 4 – där skäl som talar för respektive emot att bevilja tillstånd att vistas i Sverige sorteras – identifieras som ett skäl som talar emot att bevilja vistelse. Vid steg 5 tillmäts sedan detta skäl vikt och tas in i bedömningen av om det är *proportionerligt* att utvisa barnet. Samtidigt ska det faktum att det konstaterats att det *bästa* för barnet är att tillåtas att stanna i Sverige även det tillmätas vikt. Här kan t.ex. vad barnet själv, eller olika professionella aktörer, uttryckt vara till hjälp för att bedöma vilken vikt barnets bästa ska ges. Barnets åsikter och vilja är således inte enbart viktigt för att bedöma vad som *är* barnets bästa (steg 2) utan även för att kunna bedöma hur starkt barnet önskar en lösning framför en annan vilket kan ha betydelse för vilken vikt som tillmäts barnets bästa i ett enskilt ärende (steg 5).²⁰¹¹

Även om lagstiftaren velat att intresset av reglerad invandring ska väga tungt så har signaler getts om att detta intresse kan tillmätas mindre tyngd när ett barn är berört av ett beslut än vad som är fallet när ett ärende enbart omfattar vuxna. Ett exempel på detta är att det framgår av förarbeten att den tyngd illegal vistelse ska tillmätas vid en proportionalitetsbedömning varierar mellan barn respektive vuxna.²⁰¹² Att så är fallet hänger förmodligen ihop med vad Jacqueline Babha påpekat; att det är svårare att upprätthålla förenklade idéer om legal/illegal migration när barn är berörda.²⁰¹³ När det gäller vuxna är resonemanget oftast att den vuxne själv försatt sig i situationen att vistas i Sverige utan tillstånd. När det gäller barn som vistats i Sverige utan tillstånd har det i förarbeten och praxis istället poängterats att barn kan ha bristande möjligheter att själva påverka sin situation.²⁰¹⁴ Detta då det vanligen är vårdnadshavarna som bestämmer var familjen ska bo. Att barns illegala vistelse ska tillmätas mindre tyngd än vuxnas blir särskilt intressant då konsekvensen av att ett barn beviljas uppehållstillstånd i Sverige pga. anknytning även blir att barnets förälder beviljas tillstånd.²⁰¹⁵ En risk med detta resultat är att önskan att utvisa föräldern färgar av sig på prövningen av barnets bästa. I denna typ

²⁰¹¹ Sandberg, Kristen. The Role of National Courts in Promoting Children's Rights, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 22, nr. 1 2014, s. 15.

²⁰¹² Se exempelvis prop. 2013/14:216, s. 20.

²⁰¹³ Bhabha, Jacqueline, Kanics, Jyothi och Senovilla Hernández, Daniel (red.), *Research Handbook on Child Migration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018, s. 2.

²⁰¹⁴ Prop. 2013/14:216 s. 20. Se även MIG 2011:27, ett ärende där illegal vistelse aktualiserades för en (numera) vuxen person. Här lyfte Migrationsöverdomstolen fram, som en förmildrande omständighet, att mannen rest in i Sverige som minderårig med sin mamma och att han innan vistelsen blev illegal anpassat sig i Sverige med kamrater, skola osv. utan att själv vara ansvarig för sin situation.

²⁰¹⁵ Prop. 2013/14:216, s. 21.

av ärenden blir det således särskilt viktigt att hålla isär steg 2 och steg 5 i prövningen.

Den kanske tydligaste ledning som har lämnats i förarbeten om vilken vikt barnets bästa ska tillmätas vid en avvägning är vad som ovan nämndes om att det uppgetts att det vid bedömningen av om uppehållstillstånd pga. humanitära skäl (numera synnerligen/särskilt ömmande omständigheter) ska beviljas bör vara *avgörande* ”i vilken grad barnet i sin *psykosociala utveckling* kan antas ta bestående skada av att flytta tillbaka till hemlandet [min kursivering]”. Inte ens detta ”tydligaste” svenska förarbetsuttalande ger dock egentligen någon klar ledning till rättstillämparen då det inte anges *vilken grad* av skada som krävs.²⁰¹⁶ Dessutom tar förarbetsuttalandet inte specifikt sikte på den bedömningen som ska ske enligt svenska konventionsåtaganden så som barnkonventionen och Europakonventionen.

Om blicken lyfts från utlänningslagen kan konstateras att det inte heller i barnkonventionen eller Europakonventionen (med tillhörande praxis) finns gott om tydliga uttalanden om vilken vikt barnets bästa ska tillmätas vid en avvägningssituation i ett enskilt ärende där rätten till respekt för privat- och familjeliv aktualiseras. Ett undantag är möjligtvis artikel 9.1 i barnkonventionen. Här anges att barn *endast* ska separeras från sina föräldrar om det är *nödvändigt* för barnets bästa. I artikeln finns således en vikt knuten till barnets bästa som enligt doktrin samt FN:s barnkommitté innebär att om ett barn inte kan leva tillsammans med sina föräldrar i något annat land än i konventionsstaten ska barnets bästa väga tyngre än motstående intressen av att vilja reglera invandring (se avsnitt 9.2).

Kärnan av denna bestämmelse verkar ha fått genomslag även i Europadomstolens praxis. Europadomstolen har exempelvis funnit att kränkningar av rätten till *familjeliv* enligt artikel 8 förelegat när det ansetts finnas ”oöverstigliga hinder” mot att en familj ska kunna leva tillsammans i ett annat land eller där det annars funnits ”exceptionella omständigheter” som talat för att familjen inte borde separeras. Även Migrationsöverdomstolens praxis ger uttryck för samma syn. I *MIG 2018:20* fann domstolen att ett nekande av familjeåterförening skulle leda till att en familj hölls separerad, vilket vore en kränkning av svenska konventionsåtaganden, då det inte var möjligt att hänvisa familjen till

²⁰¹⁶ Här måste dock poängteras att om nivån sätts ”för högt” på så vis att barnets bästa enbart kan väga tyngst om barnet annars riskerar att lida allvarlig skada i sin psykosociala utveckling så blir skillnaden svår att dra gentemot barns skyddsskäl (asyl). En riktigt allvarlig skada i ett barns psykosociala utveckling bör kunna ses som en form av allvarlig kränkning av barnets mänskliga rättigheter och ska då fångas upp redan som asylskäl. Om barnets bästa ska kunna vara tillräckligt för att leda till uppehållstillstånd även i andra fall än situationer som redan omfattas av skyddsgrunder (asyl) måste således en lägre grad av skada i den psykosociala utvecklingen vara tillräcklig.

att leva tillsammans någon annanstans i världen (familjen kom ifrån Syrien dit ingen vid tillfället ansågs kunna utvisas). I domskälen betonade överdomstolen att när en familjeåterförening i ursprungslandet inte är möjlig träder artikel 9 i kombination med artikel 10 i barnkonventionen in och bör vägleda värdlandets beslut om familjeåterförening.²⁰¹⁷

I andra fall än då familjer riskerar att tvingas leva åtskilda är det dock betydligt svårare att dra slutsatser angående vilket intresse som ska väga tyngst vid en proportionalitetsbedömning.

Utgångspunkten är dock, som nämnts många gånger tidigare, att – även när ett barn är berört och barnets bästa måste beaktas – så har staten en relativt vid bedömningsmarginal i migrationsärenden och som huvudregel rätt att reglera invandring och därmed möjlighet att neka vistelse. Europadomstolen har tydligt lyft fram att artikel 8 inte innebär en generell skyldighet för stater att respektera migranternas vilja att bosätta sig i landet. Samtidigt har domstolen betonat att statens skyldighet att tillåta vistelse kommer att variera beroende av de särskilda omständigheterna kopplade till de berörda individerna samt beroende av vilka legitima skäl staten kan åberopa emot att bevilja vistelse och vilken vikt dessa bör tillmätas.²⁰¹⁸ Trots att huvudregeln är att stater får bestämma om vistelse ska medges eller ej finns alltså undantag.

Vad gäller Europadomstolens praxis kan först konstateras att statens bedömningsmarginal är mindre i mål där lagligen bosatta migranter riskerar utvisning än i mål där det handlar om att avgöra om en eller flera migranter ska tillåtas bosätta sig i landet.

I sin praxis har Europadomstolen slagit fast att utrymmet för en stat att rättfärdiga en utvisning av ett lagligen bosatt barn som främst begått icke-våldsbrott är litet.²⁰¹⁹ Mycket allvarlig våldsam brottslighet kan dock innebära att en utvisning av en lagligen bosatt migrant är tillåten – även om brottsligheten utförts av ett barn.²⁰²⁰ I målet *Jakupovic mot Österrike*²⁰²¹ har domstolen dock

²⁰¹⁷ Migrationsöverdomstolen hänvisar till FN:s barnrättskommittés allmänna kommentar nr 6 (2005), punkt 83.

²⁰¹⁸ Jfr exempelvis *Gül mot Schweiz* (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94), punkt 38, *Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna* (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99), punkt 39 samt *Butt mot Norge* (dom den 4 december 2012, appl. no. 47017/09), punkt 70.

²⁰¹⁹ *Moustaquim mot Belgien* (dom den 18 februari 1991, appl. no. 12313/86), punkt 44, *Maslov mot Österrike* (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03), punkt 84, *Jakupovic mot Österrike* (dom den 6 februari 2003, appl. no. 36757/97), punkt 27.

²⁰²⁰ *Bouchelkia mot Frankrike* (dom den 29 januari 1997, no. 23078/93), punkt 65, *Hizir Kilic mot Danmark* (beslut den 22 januari 2007, appl. no. 20277/05) och *Ferhat Kilic mot Danmark* (beslut den 22 januari 2007, appl. no. 20730/05), *Maslov mot Österrike* (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03), punkt 85.

²⁰²¹ *Jakupovic mot Österrike* (dom den 6 februari 2003, appl. no. 36757/97).

specificerat att det krävs mycket starka skäl för att rättfärdiga en utvisning av en ung människa om barnet ska utvisas ensamt till ett land som nyligen upplevt en period av väpnad konflikt.²⁰²²

I mål där ett barn eller dennes familjemedlem/mar inte är lagligen bosatt/a i en konventionsstat, finns inte lika tydliga uttalanden från Europadomstolen. I sin praxis gällande familjeliv har domstolen dock uttalat att när personer inlett ett familjeliv trots att de varit medvetna om att någon av dem inte haft en trygg migrationsrättslig status i konventionsstaten – och då de därmed inte kunnat vara säkra på att de ska kunna leva tillsammans i denna stat – så kan en utvisning av en familjemedlem endast innebära en kränkning av artikel 8 om det föreligger ”exceptionella omständigheter”.²⁰²³ Kravet att det ska föreligga exceptionella omständigheter har även använts för att avgöra om en utvisning skulle innebära en kränkning av rätten till respekt för privatliv.²⁰²⁴

För att avgöra om situationen i ett enskilt ärende är sådan att exceptionella omständigheter föreligger och att det därmed skulle utgöra ett otillåtet ingrepp i rätten till respekt för familjeliv och privatliv att neka vistelserätt krävs en ordentlig analys av hur tungt de olika omständigheterna i just det aktuella fallet kan anses väga.

Europadomstolen har vid proportionalitetsbedömningen vridit och vänt på omständigheterna i det enskilda fallet och bl.a. beaktat; vilka personerna är som drabbats, vilken påverkan beslutet har på berörda barn, vilken ålder barnen har, familjesituation, möjlighet till kontakt med föräldrar, tidsaspekter (hur länge familjemedlemmarna kan förväntas tvingas leva isär och/eller hur länge barnet vistats i konventionsstaten), sociala band (i konventionsstaten respektive andra länder), svårigheter barnet kan möta i (föräldrarnas) hemland samt barnets rätt till utbildning.²⁰²⁵ Dessutom har domstolen beaktat vilken typ av åtgärd som vidtagits/ska vidtas (t.ex. om den har oåterkalleliga effekter), om staten kan vidta mindre långtgående åtgärder, vilka skäl som de facto varit aktuella samt även om det finns skyddsåtgärder som kan kompensera för den

²⁰²² Ibid, punkt 29. Domstolen betonar i domen att livssituationen i ett land som nyss befunnit sig i krig generellt sett är svårare än i andra länder och poängterar dessutom att en försvärande omständighet vid utvisning av barn är om det inte finns bevis för att några nära släktingar finns i landet.

²⁰²³ Se exempelvis *Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna* (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99), punkterna 38-39, *Darren Omoregie m.fl. mot Norge* (dom den 31 juli 2008, appl. no. 265/07), punkt 57. Jfr dock vad som sägs nedan om ett slags ”reasonable-ness”-test.

²⁰²⁴ Se exempelvis *Butt mot Norge* (dom den 4 december 2012, appl. no. 47017/09). Målet rör både rätten till familjeliv och privatliv.

²⁰²⁵ Dane, Louise, Europadomstolen och barnets bästa, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 2 (2015), s. 206 f.

rättighetsbegränsning åtgärden kan medföra.²⁰²⁶ Ytterligare en faktor som tillmätts vikt är om staten på något vis ”tolererat” att en person fortsatt att vistas i konventionsstaten trots beslut om avvísning/utvisning.²⁰²⁷

Europadomstolen har uttalat att de exceptionella omständigheterna kan vara hänförliga till barnets bästa.²⁰²⁸ Domstolens praxis är dock spretig när det gäller vad som kan *utgöra* ”exceptionella omständigheter”.²⁰²⁹ I några mål har domstolen dessutom inte pratat om exceptionella omständigheter utan snarare använt sig av ett slags ”rimlighetstest” (reasonableness test) för att avgöra om en åtgärd innebär en kränkning av artikel 8, ett test som möjligtvis öppnar för något lägre krav än att exceptionella omständigheter ska föreligga.²⁰³⁰

Europadomstolens praxis är även spretig vad gäller frågan om vilken vikt som ska tillmätas barnets bästa vid bedömningen av om en åtgärd innebär en kränkning av artikel 8. Europadomstolen har vid flera tillfällen uttalat att i samtliga fall som rör barn ska deras bästa vara av största vikt.²⁰³¹ I bl.a. *Mugenzi mot*

²⁰²⁶ Se exempelvis målet *Mugenzi mot Frankrike* (dom den 10 juli 2014, appl. no. 52701/09), punkt 44 där Europadomstolen sammanfattade att i mål som gäller såväl familjelivet som invandring varierar omfattningen av en stats skyldigheter beroende på den berörda personens särskilda situation och på allmänintresset. Vid bedömningen ska beaktas i vilken utsträckning det finns hinder för familjelivet, hur stark anknytning till konventionsstaten de berörda personerna har, om det finns oöverstigliga hinder för familjen att leva tillsammans i något annat land samt om det finns omständigheter kopplade till migrationskontroll eller överväganden kopplade till allmän ordning som talar emot att familjen ska få leva tillsammans i konventionsstaten.

²⁰²⁷ Se exempelvis *Jeunesse mot Nederländerna* (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10), punkt 116, *Butt mot Norge* (dom den 4 december 2012, appl. no. 47017/09), särskilt punkt 83-84.

²⁰²⁸ Se t.ex. *Kaplan m.fl. mot Norge* (dom den 24 juli 2014, appl. no. 32504/11), punkt 88.

²⁰²⁹ Se även Ciara Smyths analys gällande detta i Smyth, Ciara, *The jurisprudence of the European Court of Human Rights relevant to child migrants* i Bhabha, Jacqueline, Kanics, Jyothi och Senovilla Hernández, Daniel (red.), *Research handbook on child migration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018, s. 151.

²⁰³⁰ Rimlighetstestet används i *Sen mot Nederländerna* (dom den 21 december 2001, appl. no. 31465/96), *Tuquabo-Tekle m.fl. mot Nederländerna* (dom den 1 december 2005, appl. no. 60665/00), *Ebrahim och Ebrahim mot Nederländerna* (beslut den 18 mars 2003, appl. no. 59186/00), *Berisha mot Schweiz* (dom den 30 juli 2013, appl. no. 948/12). I *Paposhvili mot Belgien* (dom den 13 december 2016, appl. no. 41738/10) pratar domstolen om att för att avgöra om en kränkning av artikel 8 förelåg så ska bedömas om familjen till en utvisningshotad person ”could reasonably have been expected” att följa med tillbaka till hemlandet. Ciara Smyth menar att domstolen genom detta Grand Chamber-avgörande möjligtvis öppnar för att i större utsträckning börja använda detta reasonableness-test, men att det ännu är för tidigt att avgöra, se Smyth, Ciara, *The jurisprudence of the European Court of Human Rights relevant to child migrants* i Bhabha, Jacqueline, Kanics, Jyothi och Senovilla Hernández, Daniel (red.), *Research Handbook on Child Migration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018.

²⁰³¹ Se t ex *Jeunesse mot Nederländerna* (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10), punkt 118: ”On this particular point, the Court reiterates that there is a broad consensus, including in international law, in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests are of *paramount* importance [min kursivering]”, se även punkt 84 i *Nunez mot Norge* (dom den 28 juni 2011, appl. no. 55597/09): ”Reference is made in this context also to Article 3 of the UN Convention on the Rights of the Child, according to which the best interests of the child shall be a *primary consideration* in all actions taken by public authorities concerning

*Frankrike*²⁰³² uttalade domstolen att "[n]är det finns barn, skall de nationella myndigheterna vid prövningen av proportionaliteten till konventionens syften låta barnens bästa väga tyngst [min kursivering]".²⁰³³ I *Jeunesse mot Nederländerna*²⁰³⁴ formulerade Europadomstolen sig som så att barnets bästa inte ensamt kan vara utslagsgivande, men att detta intresse ändå måste ges betydande vikt (significant weight) vid den proportionalitetsbedömning som ska göras eftersom de nationella myndigheterna har i uppdrag att (säkerställa staternas skyldighet att) ge effektivt skydd och tillräcklig vikt åt barnets bästa.²⁰³⁵

Europadomstolen har även resonerat kring om barns migrationsärenden ska bedömas i ljuset av deras föräldrars agerande. Här menar domstolen att tunga migrationspolitiska skäl talar för att det kan vara svårt att helt skilja barns ärenden från deras föräldrars beteende vid proportionalitetsbedömningen.²⁰³⁶ Detta då domstolen menar att det annars skulle kunna vara svårt att undvika att föräldrar utnyttjar barnen för att ordna uppehållstillstånd åt sig själva och sina barn. Samtidigt har domstolen lyft fram att en bedömning måste göras utifrån omständigheterna i målet och att det vid proportionalitetsbedömningen kan finnas starka skäl emot att identifiera barn med hur deras föräldrar agerat.²⁰³⁷ Uttalandena får anses peka på att en bedömning måste göras där olika omständigheter i målet – så som om familjens vistelse tolererats av myndigheter, vad barnen känt till etc. – beaktas.

children [min kursivering]." samt *Neulinger och Shuruk mot Schweiz* (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07), p. 135. "The Court notes that there is currently a broad consensus – including in international law – in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount (see the numerous references in paragraphs 49–56 above, and in particular Article 24 § 2 of the European Union's Charter of Fundamental Rights). As indicated, for example, in the Charter, '[e]very child shall have the right to maintain on a regular basis a personal relationship and direct contact with both his or her parents, unless that is contrary to his or her interests' [min kursivering]." Se även Smyth, Ciara, The jurisprudence of the European Court of Human Rights relevant to child migrants i Bhabha, Jacqueline, Kanics, Jyothi och Senovilla Hernández, Daniel (red.), *Research Handbook on Child Migration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018 samt Dane, Louise, Europadomstolen och barnets bästa, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 2 2015.

²⁰³² Europadomstolens dom i målet *Mugenzi mot Frankrike* (dom den 10 juli 2014, appl. no. 52701/09)

²⁰³³ *Ibid*, punkt 45. I domen hänvisar domstolen även till *Popov mot Frankrike* (dom den 19 januari 2012, appl. no. 39472/07 och 39474/07), punkt 139 samt till *Berisha mot Schweiz* (dom den 30 juli 2013, appl. no. 948/12), punkt 51.

²⁰³⁴ *Jeunesse mot Nederländerna* (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10).

²⁰³⁵ *Ibid*, punkt 109.

²⁰³⁶ *Butt mot Norge* (dom den 4 december 2012, appl. no. 47017/09), punkt 79.

²⁰³⁷ *Ibid*, punkt 86.

Att Europadomstolens praxis är inkonsekvent gör det svårt att dra några klara slutsatser om hur tungt olika faktorer generellt sett ska väga.²⁰³⁸ Jämförbara faktorer kan dyka upp både som argument för och emot att en kränkning har skett vilket enligt Thomas Spijkerboer beror på att domstolen formulerar fakta på ett vis som passar dess argumentation i det enskilda målet.²⁰³⁹

Några slutsatser går dock ändå att dra. En slutsats är att intresset av reglerad invandring kan komma att tillmätas olika vikt dels beroende på vad intresset konstaterats omfatta i det aktuella fallet, dels beroende av vilka skäl som vägs däremot.²⁰⁴⁰ Det är viktigt för rättstillämpare att vara uppmärksamma på att inte göra allt för generella bedömningar eller bedömningar som blir allt för ensidiga till förmån för något av de i målet aktuella intressena. Som påtalats av en domare i ett mål i Norges Högsta domstol (Høyesterett) får inte invandringens politiska överväganden ses som någon trollformel; principiellt är det de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet som ska tillmätas vikt.²⁰⁴¹

Tyngden i intresset av reglerad invandring bör således kopplas dels till vilka aspekter av intresset av reglerad invandring som är aktuella, dels till försvärande respektive förmildrande omständigheter kopplade till dessa faktorer. Ett illustrativt exempel är t.ex. att vikten som ska tillmätas eventuell brottslighet kan påverkas av när och hur denna brottslighet utförts. Europadomstolen har lyft att om brottsligheten inte är omfattande, ligger långt tillbaka i tiden och inte har upprepats så ska denna faktor inte tillmätas avgörande (significant) vikt.²⁰⁴² Samma typ av resonemang bör gå att applicera även på andra skäl kopplade till intresset av reglerad invandring.

Även intresset av barnets bästa kan tillåtas att väga olika tungt. Här spelar givetvis främst de olika scenarier som kan komma att utspela sig in, framförallt blir frågan om vilka konsekvenser de olika möjliga besluten kommer att få för ett barn viktig.

²⁰³⁸ Se exempelvis Spijkerboer, Thomas, Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion, *European Journal of Migration and Law*, vol. 11 nr. 3, 2009, s. 279 f. och Dane, Louise, Europadomstolen och barnets bästa, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 2 2015.

²⁰³⁹ Se t.ex. Spijkerboer, Thomas, Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion, *European Journal of Migration and Law*, vol. 11 nr. 3, 2009, s. 279 ff. En anledning till den spretiga praxis som återfinns i Europadomstolens migrationsärenden som lyfts fram av Thomas Spijkerboer är att domstolen måste hantera två "områden" med stora spänningar: dels frågan om mänskliga rättigheters karaktär, dels frågan om legitimiteten av reglerad invandring/migrationskontroll.

²⁰⁴⁰ Jfr Sandberg, Kristen. The Role of National Courts in Promoting Children's Rights, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 22, nr. 1 2014, s. 11.

²⁰⁴¹ "innvandringspolitiske hensyn" er ikke et trylleformular; prinsipielt er det de konkrete omstendigheter i det enkelte tilfellet som skal tillegges vekt", Rt. 2013 s. 449 avsnitt 139. Målet handlade om tre barn som fötts i Norge och som bott i landet under flera år. Målet hittades via Boe, Erik Magnus, *Forsvarlig forvaltning*, Universitetsforlaget, Oslo, 2018, s. 83 f.

²⁰⁴² *Butt mot Norge* (dom den 4 december 2012, appl. no. 47017/09), punkt 89.

Av vad som framkommit ovan blir det tydligt att det ofta är avgörande hur noga och på vilket vis en situation undersöks och tolkas. Även om det finns ett antal svenska förarbetsuttalanden som – i kombination med praxis – kan ge viss indikation på hur olika intressen kan viktas inom ramen för proportionalitetsbedömningen så har avvägningen i mångt och mycket lämnats upp till rättstillämpare.

Tydligt är dock att utrymmet för lagstiftaren att ge tydligare instruktioner om vad som ska anses vara legitima intressen (steg 3) finns och att det utifrån rättssäkerhetssynpunkt är något som borde ställas krav på – vilket kommer att lyftas närmare i avhandlingens avslutande kapitel (kapitel 14).

13.8 Krav på att motivera beslut

Om en beslutsmotivering innehåller relevanta och tillräckliga skäl kopplade till de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, redogör för en noggrann avvägning mellan de olika aktuella (legitima) intressena, reellt beaktar barnets bästa så bör konventionsstaten oftast anses ha efterlevt sina åtaganden.²⁰⁴³

Som framgått av såväl tidigare forskning som av praxisstudien i avhandlingen är motiveringar i migrationsrättsliga beslut och domar dessvärre ofta bristfälliga vad gäller såväl innebörden av barnets bästa som avvägningen mellan barnets bästa och andra samhällsintressen, såsom intresset av en reglerad invandring.²⁰⁴⁴ Möjligtvis är en delförklaring till bristande motiveringar i domar

²⁰⁴³ Stöd för denna slutsats återfinns i en studie av hur Europadomstolen hanterat barnets bästa, Dane, Louise, Europadomstolen och barnets bästa, Förvaltningsrättslig tidskrift, nr. 2 2015. I studien, som byggde på 57 domar rörande artikel 3 och artikel 8, drogs slutsatsen att domstolen oftast endast lade sig i resonemang om barnets bästa om domstolen var missnöjd med de avvägningar eller det arbete nationella myndigheter bedrivit. Fann domstolen däremot att ett tillfredsställande underlag fanns, att tillfredsställande åtgärder vidtagits eller att en tillfredsställande undersökning gjorts resonerade Europadomstolen generellt sett inte närmare kring vad som är bäst för ett barn. Se dock *Diamante and Pelliccioni mot San Marino* (dom den 27 september 2011, appl. no. 32250/08), punkt 183 där Europadomstolen lyfter fram just varför den är nöjd med det arbete som gjorts av de nationella myndigheterna.

²⁰⁴⁴ Angående detta påstående se tidigare undersökningar av hur svenska migrationsmyndigheter hanterar barnets bästa, däribland Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige: en rättsvetenskaplig undersökning*, Andra upplagan, Iustus, Uppsala, 2005, Nilsson, Eva, *Barn i rättens gränsländ: om barnperspektiv vid prövning om uppehållstillstånd*, Iustus, Diss. Umeå : Umeå universitet, Uppsala, 2007, Lundberg, Anna, *Principen om barnets bästa i asylprocessen - ett konstruktivt verktyg eller kejsarens nya kläder?*, Malmö Institute for Studies of Migration, Diversity and Welfare (MIM), Malmö, 2009, Lundberg, Anna, *Barns bästa som överordnad princip och rättslig praktik: en jämförande undersökning av asylbeslut i norsk och svensk utlänningsförvaltning*, *Juridisk tidskrift* 4 2011, s. 769-799, Hedlund, Daniel, *Drawing The Limits: Unaccompanied Minors in Swedish Asylum Policy and Procedure*, Department of Child and Youth Studies, Stockholms universitet, 2016, Josefsson, Jonathan, *Children at the*

och beslut i migrationsärenden en följd av en osäkerhet hos rättstillämparen. Som konstaterats har rättstillämparna idag ett relativt otydligt kommunicerat uppdrag i den typ av ärenden som granskas i avhandlingen. Det är inte helt främmande att tänka sig att rättstillämpare kan känna viss rädsla för att tydligt motivera hur man har gått till väga vid ett beslut om rättstillämparen upplever att det dels är oklart vad som får/ska beaktas inom ramen för intresset av reglerad invandring samt inom ramen för barnets bästa, dels upplever det otydligt hur tungt dessa intressen ska väga.

Vaga resonemang om att barnets bästa har beaktats, att barnets bästa inte har lett till en annan slutsats eller att det inte kan anses strida mot barnets bästa att besluta på så vis som gjorts kan dock inte anses uppfylla de krav på motivering som gällande rätt uppställer (se kapitel 2). En utebliven motivering kan inte accepteras av den anledningen att den är svår att åstadkomma. Snarare talar mycket för att det bör krävas *mer* av en motivering när de tillämpade bestämmelserna kan tolkas på olika sätt utan att det går att slå fast vad som är rätt och fel.²⁰⁴⁵ När det handlar om ingripande beslut som fattats av rättstillämpare som tilldelats ett betydande maktmandat är det självklart särskilt viktigt att de komplexa bedömningar som ligger till grund för beslutet öppet och ordentligt redovisas. I linje med principen om god förvaltning bör höga krav ställas på att rättstillämpare förklarar och motiverar avgöranden så att de framstår som förnuftiga och acceptabla.²⁰⁴⁶

Tydliga motiveringar är viktiga både för den enskilde som försöker förstå beslutet (och eventuellt överklaga det) och för att en högre instans eller en granskande instans (som Europadomstolen) ska kunna bedöma om avvägningen genomförts på ett acceptabelt vis, om en korrekt avvägning har genomförts. I mål som inte rör asylskäl eller där den sökande inte riskerar avvisning/utvisning finns som huvudregel ingen rätt enligt svensk lag att få ett offentligt biträde.²⁰⁴⁷ Detta innebär att en person som inte själv betalar för juridisk kompetens förväntas kunna sköta sitt ärende själv. Att då förstå varför ett beslut fattats är fundamentalt för att kunna bestrida det. Även de instanser som eventuellt ska granska beslutet/domen bör givetvis ha ett intresse av att veta hur

borders, Linköping University, Department of Thematic Studies, Diss. (sammanfattning) Linköping : Linköpings universitet, 2016, Lind, Jacob och Lundberg, Anna, Barn i migrationsprocessen, kartläggning som genomförts inom ramen för SOU 2016:19, tillgänglig via Riksarkivet (En version av rapporten finns även tillgänglig via <https://www.mah.se/upload/Forskningscentrum/MIM/Publications/160309%20Lundberg%20and%20Lind.pdf>).

²⁰⁴⁵ Jfr Fura, Elisabet och Svensson, Anneli, Motiveringsskyldigheten ur ett JO-perspektiv, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr 4 2015, s. 544.

²⁰⁴⁶ Se för samma åsikt Josefsson, Carl, Domstolarna och demokratin – Något om syftet med grundläggande rättigheter, europeiseringens konsekvenser och aktivismens baksida, *SvJT* 2015 s. 58.

²⁰⁴⁷ Se 18 kap. 1 § utlänningslagen.

rättstillämparen resonerat. Om inte annat för att kunna granska om rättstillämparen respekterat och agerat i linje med grundläggande offentlighetsrättsliga krav. I kapitel 2 framhölls att kravet på tydliga motiveringar kan ha en självvranssande effekt och kan innebära att kraven på objektivitet och proportionalitet bättre efterlevs.

Det är staten som har bevisbördan för att en ordentlig proportionalitetsbedömning gjorts.²⁰⁴⁸ En effekt av detta är att staten öppet måste redovisa för den enskilde vilka intressen som beaktats och varför myndigheten ansett att vissa intressen ansetts väga tyngre än andra i det aktuella ärendet.²⁰⁴⁹

Av Europadomstolens praxis framgår att även om utgångspunkten, i enlighet med subsidiaritetsprincipen, är att stater har det primära ansvaret för att se till att rättigheterna i konventionen förverkligas och upprätthålls så måste rättstillämparna se till att de presenterar de särskilda omständigheter som är specifika för det enskilda fallet. Det räcker därför inte att svepande hänvisa till exempelvis intresset av reglerad invandring eller barnets bästa. En tydlig motivering i det enskilda fallet krävs för att Europadomstolen ska kunna göra sin bedömning av om den aktuella åtgärden är tillåten eller ej utifrån de särskilda omständigheter som föreligger i det mål domstolen prövar. Europadomstolen undersöker nämligen bl.a. om beslutet baserats på en acceptabel bedömning av relevanta fakta.²⁰⁵⁰ Svepande och ytliga motiveringar är inte tillräckliga. Ett exempel är den fällande domen i *El Ghatet mot Schweiz* där Europadomstolen ansåg att en kränkning av artikel 8 skett då barnets bästa endast ytligt undersökts och då de nationella myndigheterna endast lagt en kort sammanfattning av barnets intressen till grund för sin bedömning.²⁰⁵¹ I flera andra mål har domstolen påtalat att en konventionsstat inte svepande kan åberopa nationell säkerhet (vilket som nämnts ovan är ett intresse som kan sorteras in under intresset av reglerad invandring) utan att motivera varför en specifik individ utgör ett hot mot säkerheten.²⁰⁵²

²⁰⁴⁸ Kindström Dahlin, Moa, *Psykiatrirätt: intressen, rättigheter och principer*, Jure, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2014, Stockholm, 2014, s. 65.

²⁰⁴⁹ Åhman, Karin, *Egendomsskyddet: äganderätten enligt artikel 1 första tilläggsprotokollet till den Europeiska konventionen om de mänskliga fri- och rättigheterna*, Iustus, Diss. Uppsala : Univ., Uppsala, 2000, s. 113 samt Åhman, Karin, *Europadomstolens principer i Marcusson, Lena (red.), Offentlighetsrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 41 f.

²⁰⁵⁰ "[T]he Court has to satisfy itself that the national authorities [...] based their decisions on an acceptable assessment of the relevant facts", se exempelvis *Gorzelik m.fl. mot Polen* (dom den 17 februari 2004, appl. no. 44158/98), punkt 96.

²⁰⁵¹ *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10)

²⁰⁵² *Al-Nashif mot Bulgarien* (dom den 20 juni 2002, appl. no. 50963/99), punkterna 126 och 128, *Lupsa mot Rumänien* (dom den 8 juni 2006, appl. no. 10337/04), punkterna 41–44; *C.G. m.fl. mot Bulgarien* (dom den 24 april 2008, appl. no. 1365/07), punkterna 46–47 och 49–50.

Oavsett vad rättstillämparen kommer fram till för slutsats i det enskilda fallet bör ett beslut eller en dom som konstaterats röra barns rätt till respekt för privat och/eller familjeliv (steg 1) därför tydligt redogöra för vad som prövats i respektive steg ovan, dvs:

1. Vad har ansetts vara barnets bästa i sammanhanget – inkl. en redovisning av de skäl som lett till denna slutsats (steg 2),
2. Vad har identifierats som statens legitima skäl att neka vistelse i det enskilda fallet (steg 3)
3. Vilka skäl talar *för* respektive *emot* att tillstånd beviljas (steg 4), samt
4. Varför har det beslut som nåtts fattats, dvs. vilket intresse gavs företräde vid proportionalitetsbedömningen (steg 5)

Ett beslut att inte tillåta ett barn/en familj att leva i Sverige *trots* att det konstaterade barnets bästa är att barnet/familjen tillåts leva här i landet bör formuleras på så vis att detta framgår. Ett exempel kan vara att tydligt skriva ut att barnets bästa (enligt steg 2) skulle vara att få leva i Sverige men pga. [tydligt redogjorda omständigheter, (steg 3+steg 4)] så fattas ändå ett beslut om att avslå denna önskan. En sådan formulering är mer korrekt än att uppge att beslutet ”inte strider mot barnets bästa” eftersom den faktiska situationen snarare är så att beslutet *de facto* går emot vad som *är* barnets bästa, men däremot inte strider mot *bestämmelsen* om barnets bästa eftersom denna bestämmelse ju under vissa förutsättningar tillåter att andra intressen väger tyngre än just barnets bästa.

Även beslut där barnets bästa inte aktualiseras bör vara tydliga. I dessa beslut kommer av naturliga skäl inte att redogöras för barnets bästa, däremot bör tydligt framgå vilka skäl som talar för att den sökande bör beviljas tillstånd, vilka skäl som talar däremot, hur avvägningen mellan dessa skäl utfaller och varför.

14 En svår intresseavvägning med förbättringspotential

14.1 Inledning

I kapitel 13 presenterades en modell i syfte att förbättra möjligheterna för rättstillämpare att utifrån gällande rätt fatta formellt och materiellt korrekta beslut. Det får dock konstateras att även om en svensk rättstillämpare gör så gott hen kan inom ramen för gällande rätt, så kvarstår problem med rättstillämpningen i relation till principerna om legalitet, objektivitet och proportionalitet samt vad gäller genomslaget för barns rättigheter. Främst handlar problemen om brister som rättstillämparen inte kan påverka på egen hand, så som otydliga regler och otillräcklig vägledning.

Som lyfts fram i avhandlingen är barnets bästa ett öppet koncept som inte trumfar alla andra intressen. Rätten till respekt för familjeliv och privatliv är en relativ rättighet som under vissa förutsättningar tillåter åtgärder som inskränker rättigheten. Europadomstolens praxis som kan fungera som ledning angående när det är tillåtet att inskränka rättigheten är spretig och går att tolka på olika vis. Vad barnkonventionens bestämmelser om familjeliv och privatliv egentligen ålägger konventionsstater för skyldigheter är inte heller entydigt.²⁰⁵³ Realiteten är att det är svårt både för lagstiftaren och rättstillämparen att dra klara slutsatser om vad som är tillåtet respektive otillåtet enligt svenska åtaganden.

Även om barnets bästa och rätten till respekt för privatliv och familjeliv är rättigheter som öppnar för olika tolkningar menar jag att det finns åtgärder som kan vidtas för att bidra till att stärka genomslaget för barns rättigheter samt för att öka rättssäkerheten i ärenden som rör barns rätt till familjeliv och privatliv. Med avstamp i den rättsvetenskapliga uppgiften att söka förbättra

²⁰⁵³ Jfr t.ex. vad som i avhandlingen konstaterats angående att barnkonventionens artikel 9 och 10 i vissa situationer kan innebära att en stat måste tillåta en familj att återförenas i Sverige med Grahn-Farley, Maria, Barnkonventionen: en kommentar, Upplaga 1, Studentlitteratur, Lund, 2019 där det anges att artikel 10 inte kan anses innebära en skyldighet att bevilja uppehållstillstånd, se s. 85.

rätten vill jag i detta avslutande kapitel ge ett antal sådana rekommendationer.²⁰⁵⁴

14.2 Rekommendationer

14.2.1 Säkerställ att barn kan få tillgång till sina rättigheter

Ansvar för att den svenska nationella rätten är i linje med konventionsåtaganden är i första hand lagstiftarens. Det är således lagstiftaren som har den primära skyldigheten att se till att åtaganden om mänskliga rättigheter, så som rätten till respekt för familjeliv och privatliv samt skyddet för barnets bästa och barns rättigheter i övrigt, får genomslag i praktiken.

I avhandlingen har flera exempel identifierats där svensk lagstiftning eller praxis har lett till att barn inte kan få sina rättigheter tillgodosedda. Ett sådant exempel är det krav på processbehörighet som idag uppställs i den svenska rätten och som innebär att barn som ansöker om familjeåterförening till en anknytningsperson i Sverige inte kan få sin ansökan prövad utan att en förälder eller legal ställföreträdare bekräftar ansökan.²⁰⁵⁵ Problemen med kravet på processbehörighet har uppmärksammats av Migrationsöverdomstolen som bett lagstiftaren om hjälp att lösa situationen.²⁰⁵⁶ Överdomstolens fråga om hjälp, som ställdes år 2009, har ännu inte lett till någon åtgärd från lagstiftaren.

Att barn på detta vis nekas prövning av sina rättigheter är svårförenligt med den effektivitetsprincip som utvecklats av Europadomstolen – att rättigheter inte får bli illusoriska utan måste kunna ha effekt. Det är dessutom svårt att se att en situation där det är omöjligt för barn att få sina rättigheter prövade är i linje med barnkonventionens syfte. Här bör således lagstiftaren ta sitt ansvar och se till att den nationella rätten inte uppställer hinder för att respektera barns rättigheter.

Ytterligare ett exempel som försvårar för barn att få tillgång till sina rättigheter är att rådande svensk praxis idag är att om en förälder gått med på att dennes barn får flytta till sin andra förälder – bosatt i Sverige – så anses barnets beroendeförhållande till den förälder som gett sitt medgivande ha upphört, vilket i praktiken omöjliggör för föräldern att få återförenas med barnet i Sverige. Att tillämpa en kategorisk syn där en förälder på detta vis, utan hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, anses ha brutit relationen med sitt barn är

²⁰⁵⁴ För en diskussion om rättsvetenskapens uppgifter se exempelvis Wahlgren, Peter, Syfte och nytta med rättsvetenskapliga arbeten, SvJT 2002 s. 293.

²⁰⁵⁵ Se MIG 2009:17.

²⁰⁵⁶ Ibid.

svårförenligt med såväl Europadomstolens praxis som med barnkonventionens artikel 9 och 10.²⁰⁵⁷ Dessutom kan konstateras att enligt det svenska sättet att bedöma beroendeförhållandet mellan ett barn och dess förälder så riskerar barnet att fråntas sin röst. Frågan om barnets behov av båda sina föräldrar avgörs helt utifrån ett beslut som fattats av dess ena förälder utan hänsyn till bl.a. barnets rätt till sina föräldrar, barnets bästa samt barnets åsikt och vilja.

Ännu ett exempel på en problematik i svensk praxis i relation till svenska konventionsåtaganden är den bevislätnadsregel gällande identitet som utvecklats av Migrationsöverdomstolen i familjeåterföreningsärenden (se avsnitt 10.5.3.1.3). Bevislätnaden tillåts enligt praxis enbart om ett barns föräldrar bott tillsammans i utlandet före det att anknytningspersonen kom till Sverige. Detta krav innebär att barn vars föräldrar träffats på annat vis inte ges möjlighet att leva tillsammans med båda sina föräldrar.²⁰⁵⁸ I dagsläget blir därmed inte barnets behov av sina föräldrar avgörande utan istället hur och när föräldrarna inledde sin relation. I dessa situationer har Migrationsöverdomstolen låtit barnets bästa stå tillbaka för en idé om att familjer som inlett ett familjeliv i en oklar migrationssituation (dvs. där minst en av dem inte haft en klar rätt att leva i Sverige) inte ska ha rätt till återförening.²⁰⁵⁹ Något som måste anses svårförenligt med barnkonventionens artikel 3, 9 och 10. Det är även tydligt att bevislätnadens konstruktion gör den omöjlig att använda för andra barn än biologiska barn. I ett av de fall där Migrationsöverdomstolen vidareutvecklat bevislätnaden, MIG 2016:13, beskrivs hur familjen vid ansökan även innehåller två fosterbarn. Dessa barn får dock ingen möjlighet att återförenas med resten av familjen. Även om anledningen till att enbart biologiska barn omfattas av bevislätnaden i grunden hänförs till en vilja att skydda barn är det oklart om ett strikt upprätthållande av detta krav kan anses vara i linje med barnkonventionens icke-diskrimineringsprincip (artikel 2).

Till skillnad från exemplet med processbehörigheten som kräver ingripande av lagstiftaren kan kraven som utvecklats i praxis justeras av rättstillämpare själva. Möjligen kan ikraftträdandet av barnkonventionen som lag bli en faktor som bidrar till att rättstillämparen i större utsträckning kommer att göra mer individualiserade bedömningar utifrån barnets situation. Eftersom ansvaret för att barns rättigheter får effektivt genomslag i nationell rätt i första hand ligger

²⁰⁵⁷ Vad gäller Europadomstolens praxis se exempelvis *Sen mot Nederländerna* (dom den 21 december 2001, appl. no. 31465/96), punkt 40, *I.A.A. m.fl. mot Förenade kungariket* (beslut den 8 mars 2016, appl. no. 25960/13), punkt 43, *Berisha mot Schweiz* (dom den 30 juli 2013, no. 948/12), punkt 54 samt *El Ghatet mot Schweiz* (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10), punkt 48, där domstolen på olika vis diskuterar kring föräldrars avsikt – om de menat att avsluta relationen till sitt barn eller inte.

²⁰⁵⁸ Jfr MIG 2016:6.

²⁰⁵⁹ Jfr Migrationsöverdomstolens uttalande i MIG 2016:6 om att familjer som inte kan anses ha haft "[n]ågra objektiva sett berättigade förväntningar på att de skulle kunna leva tillsammans som en familj här [i Sverige]" inte skulle ha rätt till återförening.

på lagstiftaren bör det ändå vara av intresse för lagstiftaren att följa upp de situationer som uppstått och fundera över hur de skulle kunna gå att hantera för att bättre säkerställa att barn får tillgång till sina rättigheter.

14.2.2 Se över och förtydliga utlänningslagstiftningen

Rättstillämpning förutsätter stöd i rättskällorna, detta gäller även för migrationsrätten. I Sverige regleras frågan om rätt till vistelse främst i utlänningslagen och den tillfälliga utlänningslagen. Dessa lagar uppställer olika regler och krav för när en person ska ges rätt att vistas i Sverige.

Det förefaller inte vara så att de migrationsrättsliga bedömningar som studerats i avhandlingen sker helt utan lagstöd. Vid en första anblick kan därmed det krav som finns om att lagstöd behövs för att få inskränka rätten till familjeliv och privatliv anses uppfyllt. Som nämndes redan i kapitel 1, och som fördjupades i kapitel 2, räcker det dock inte med att det finns en författning rättstillämparen kan stödja sig på, vissa krav ställs även på författningens kvalitet.²⁰⁶⁰ Stödet som används för att inskränka rättigheter ska vara tillgängligt och förutsebart för de berörda personerna, vilket innebär att det tillräckligt tydligt ska framgå när en åtgärd får vidtas.²⁰⁶¹ Dessutom måste en lag som ger utrymme för skönsmässig bedömning ge en indikation om hur långt detta utrymme sträcker sig.²⁰⁶² Det kan diskuteras om dessa krav idag uppfylls av den svenska lagstiftningen då ett problem som kunnat konstateras är att lagstödet är oprecist och riskerar att leda till grumlig – oförutsebar – rättstillämpning.

Utlänningslagen har under lång tid kritiserats för att vara svåröverskådlig och otydlig.²⁰⁶³ När 2005 års utlänningslag (den nu gällande ordinarie utlänningslagen) antogs föregicks den, som nämnts i kapitel 3, av två starkt kritiska vändor i Lagrådet där Lagrådet bl.a. menade att lagen inte var lämplig att använda i domstol om den inte stramades upp.²⁰⁶⁴ Enligt Lagrådet kunde tillämpningen

²⁰⁶⁰ Se *Rotaru mot Rumänien* (dom den 4 maj 2000, appl. no. 28341/95) punkt 52 samt *Konovalova mot Ryssland* (dom den 9 oktober 2014, appl. no. 37873/04), punkt 42.

²⁰⁶¹ Se *Konovalova mot Ryssland* (dom den 9 oktober 2014, appl. no. 37873/04), punkt 42.

²⁰⁶² I *Silver mot Förenade kungariket* (dom den 25 mars 1983, appl. no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 och 7136/75), punkterna 86-88.

²⁰⁶³ Se exempelvis Lagrådet, *Ny utlänningslag*, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-10-09, s. 4 f., Nilsson, Eva, *Barn i rättens gränsland: om barnperspektiv vid prövning om uppehållstillstånd*, Iustus, Diss. Umeå : Umeå universitet, Uppsala, 2007, exempelvis s. 70 ff. samt Norström, Eva, *I väntan på asyl: retorik och praktik i svensk flyktingpolitik*, Diss. Lund : Univ., 2004.

²⁰⁶⁴ Lagrådet, *Ny instans- och processordning i utlänningsärenden m.m.*, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2005-05-09, s. 3 ff.

endast bli rättssäker om utlänningslagen utformades på ett sådant vis att rättstillämpningen kunde bli enhetlig och förutsebar.²⁰⁶⁵

Till viss del kan otydligheten anses vara en konsekvens av att migrationsrätten idag inte kan styras av den inhemske lagstiftaren ensam. Regleringen av migration kompliceras av att lagstiftaren samtidigt måste förhålla sig till inhemsk rätt, EU-rätt och folkrätt. Den nu parallellt gällande tillfälliga utlänningslagen fick stark kritik av samtliga remissinstanser, bl.a. för att strida mot svenska åtaganden gällande mänskliga rättigheter. Lagstiftarens lösning blev dock inte att ändra de kritiserade bestämmelsernas utformning utan att tillfoga fler bestämmelser (med innebörden om att inte tillämpa de förstnämnda bestämmelserna i det fall en tillämpning skulle strida mot ett svenskt konventionsåtagande). Även om det går att ha viss förståelse för att det är svårt för lagstiftaren att säkerställa att svensk lagstiftning är i överensstämmelse med svenska åtaganden måste det påpekas att det är viktigt att lagstiftaren tar ansvar för att den inhemska lagstiftningen blir så tydligt utformad som möjligt så att den inte blir onödigt komplicerad. Som Dag Mattsson uttryckt det är en del i lagstiftarens uppgift att begränsa uppsplittringen av rättsordningen samt ”att motverka att domarmakten uppfattas som grundad på skiftande regler från olika håll som beror på domarens fria egna val”.²⁰⁶⁶

Utlänningslagstiftningens brister beror utöver de två nyss nämnda skälen enligt min bedömning även på att det framstår som något oklart vad den svenska lagstiftaren *vill* med det nationella regelverket. Möjligtvis är utlänningslagstiftningen vag av liknande anledningar som lett till att många internationella konventioner är vaga – att de bygger på kompromisser. 2005 års utlänningslag antogs av samtliga riksdagspartier gemensamt. Det går att fråga sig om partierna kunnat ensas om en samsyn om de varit tvungna att komma överens om t.ex. vad lagstiftningens syfte är eller vad ”intresset av reglerad invandring” egentligen innebär.

Ett tydligt helhetsgrepp gällande den svenska utlänningslagstiftningen verkar saknas. Svensk utlänningslagstiftning präglas av vad som ansetts politiskt gångbart för stunden, vilket gör att regelverket inte alltid förefaller föregås av tydliga konsekvensanalyser.²⁰⁶⁷ Som nämnts i kapitel 3 har den svenska lagstiftaren många gånger dessutom infört olika typer av kompletterande beslut

²⁰⁶⁵ Ibid, s. 3.

²⁰⁶⁶ Mattsson, Dag, Domarnas makt – domarrollen i ett nytt rättsligt landskap, SvJT 2014 s. 594.

²⁰⁶⁷ Se t.ex. den rapport från 2017 där Riksrevisionen granskade 26 migrationspolitiska propositioner mellan åren 2004 och 2015. I rapporten påpekar Riksrevisionen att konsekvensanalyserna inför dessa förslag brustit bl.a. genom att det saknats ekonomiska analyser, trovärdiga skattningar av antalet asylsökande samt beskrivningar av hur förslagen påverkar människor,

och regler i syfte att komma till rätta med situationer som uppstått. Som ett exempel på detta kan nämnas att en konsekvens av den tillfälliga lagen är att två olika (omstridda) s.k. gymnasielagar antagits i syfte att hantera de effekter som uppkommit för unga människor till följd av den tillfälliga lagen.

Mängden migrationsrättsliga regler verkar samtidigt öka konstant. Ideliga förändringar och kompletteringar har lett till en lagmassa som är svårhanterlig och komplicerad, något som inte minst visades under sommaren 2018 då flera svenska migrationsdomstolar underkände en av gymnasielagarna. Lagstiftaren röstade igenom lagstiftningen trots att lagen fått massiv kritik av flera remissinstanser, bl.a. pga. sin komplicerade utformning. Lagrådet menade att ”gränsen här har nåtts för vad som är acceptabelt i fråga om hur lagstiftning kan utformas”.²⁰⁶⁸ När lagen senare började gälla underkändes den av domare i två av landets fyra migrationsdomstolar. En grupp domare vid Migrationsdomstolen i Malmö valde att inte tillämpa lagen av anledningen att lagstiftningen inte ansågs uppfylla grundlagskraven på beredning. En annan grupp domare vid Migrationsdomstolen i Stockholm menade att lagen stred mot EU-rätt. Migrationsöverdomstolen beslutade slutligt att lagen varken stred mot grundlag eller EU-rätt och därför gick att tillämpa. Möjligtvis sätter konflikten ändå fingret på att rättstillämpare börjar tappa tålamodet med lagstiftningens utformning. Otydlig lagstiftning gör onekligen livet svårare för rättstillämparen.

Dagens utlänningslagstiftning är både omfattande och otydlig vilket är olyckligt utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv. Vagheten, som i delar kan vara förstäligen utifrån ett politiskt perspektiv, är problematisk juridiskt då den riskerar att leda till att lika fall behandlas olika. Ett fortsatt infogande av nya bestämmelser och nya parallellt gällande lagstiftningar riskerar att ytterligare förvirra såväl den enskilde som rättstillämparen om vad som egentligen gäller. Utlänningslagen skulle må bra av att ses över och förtydligas.

14.2.3 Uttala att en intresseavvägning sker

Ett specifikt förtydligande som lagstiftaren skulle kunna göra i utlänningslagstiftningen är att synliggöra den typ av intresseavvägningar som undersöks i avhandlingen. Det skulle t.ex. gå att direkt låta det framgå av utlänningslagstiftningen att rättstillämparen i vissa situationer har till uppgift att göra avvägningar mellan olika intressen såsom *samhällsintresset att respektera rätten*

myndigheter, kommuner och landsting, se Konsekvensanalyser inför migrationspolitiska beslut (RiR 2017:25), tillgänglig via https://www.riksrevisionen.se/download/18.78ae827d1605526e94b2dac8/1518435494951/RiR_2017_25_MIGRATIONSPOLITIK_ANPASSAD.PDF.

²⁰⁶⁸ Lagrådet, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2018-03-28, s. 3.

till familjeliv og privatliv, samhällsintresset att särskilt skydda barns rättigheter samt samhällsintresset att reglera invandring. För att förstå att denna typ av interesseavvægingar sker krævs idag att en person studerar praxis. Denna brist bör ses i ljuset av Europadomstolens krav på att begrænsningar av mænskliga rättigheter ska vara tydeligt fastlagda i lag og att det tillrækkligt tydeligt ska framgå av en rättighetsinskrænkande fœrfattning nâr en åtgærd får vidtas så att berœrda personer kan fœrutse konsekvenserna og dærmед själva kan reglera sitt beteende.²⁰⁶⁹

En mœjligheit är att infœra konkreta skrivelser om interesseavvægingar, en annan är att infœra ett målsætningsstadgande liknande det som bl.a. den norska respektive islændska utlænningslagen inleds med. I dessa lænders lagar poængteras att syftet med lagen är att reglera og kontrollera invandring samt tidigt rettssækerheit fœr utlænningslæger sækerstælls og internationella fœrpliktelser respekteras.²⁰⁷⁰ På detta vis fœrtydligas att lagstiftningen syftar till att tillgodose flera samhällsintressen. Som tidigare konstaterats framhålls intresset att respektera retten till familjeliv og privatliv, intresset att särskilt skydda barns rättigheter samt intresset att reglera invandring idag som intressen av olika grad i svensk praxis. Endast ett av dem – intresset av reglerad invandring – framhålls vanligen som just ett samhällsinteresse, de andra två intressena beskrivs i den migrationsrættsliga konteksten istället oftast som intressen en individ har. Som næmndes i kapitel 12 är det viktig att poængtera att æven skyddandet av migranters rättigheter är ett samhällsinteresse. Genom att ge tydeligere signaler om att *samtliga* dessa tre intressen är just samhällsintressen skulle lagstiftaren dels kunna visa på att avvægingar mellom olika intressen sker inom ramen fœr lagstiftningen, dels kunne komma tillrætte med den risk som idag finns att interesseavvægingen blir fœrutbestæmd till den enskildes nackdel.

²⁰⁶⁹ Se eksempelvis *Rotaru mot Rumænien* (dom den 4 maj 2000, appl. no. 28341/95) punkt 52 samt *Konovalova mot Ryssland* (dom den 9 oktober 2014, appl. no. 37873/04), punkt 42.

²⁰⁷⁰ Islændska utlænningslagen: Lœg um útlendinga, Lœg nr. 80 16. júní 2016: “2. gr. Tilgangur og markmið. Tilgangur laga þessara er að kveða á um réttarstöðu og tryggja réttarœryggi útlendinga sem koma til landsins eða fara frá því, sækja um dvalarleyfi eða dveljast hér á landi samkvæmt lœgunum. Enn fremur er það tilgangur laga þessara að veita heimild til eftirlits með komu útlendinga til landsins, dvöl útlendinga hér og fœr þeirra úr landi. Lœg þessi veita grundvöll fyrir alþjóðlegri vernd erlendra ríkisborgara og ríkisfangslausra einstaklinga sem eiga þann rétt samkvæmt alþjóðlegum skuldbindingum íslenskra stjórnvalda. Markmið laga þessara er að tryggja mannúðlega og skilvirka meðferð stjórnvalda í málefnum útlendinga hér á landi.” samt den Norske utlænningslagen: Utlendingsloven, LOV-2008-05-15-35, kapitel 1 § 1. ”Lovens formål: Loven skal gi grunnlag for regulering av og kontroll med inn- og utreise, og utlendingers opphold i riket, i samsvar med norsk innvandringspolitikk og internasjonale forpliktelser. Loven skal legge til rette for lovlig bevegelse over landegrensene, og ivareta rettssikkerheten til utlendinger som reiser inn i eller ut av riket, som oppholder seg her, eller som søker en tillatelse etter loven. Loven skal gi grunnlag for vern for utlendinger som har krav på beskyttelse etter alminnelig folkerett eller internasjonale avtaler som Norge er bundet av.”

14.2.4 Ge vägledning till rättstillämparen

Lagstiftaren har som nämnts ovan ett ansvar att se till att de mänskliga rättigheter som staten har att skydda får genomslag på ett förutsebart och tydligt sätt. Detta rättsliga skydd kan ges på olika vis – genom mer precist utformade regler eller genom regler som ger utrymme för tolkning. Till viss del begränsas lagstiftarens möjligheter att utforma tydliga regler av att såväl barnets bästa som rätten till familjeliv och privatliv ställer krav på att en prövning görs utifrån omständigheterna i det enskilda fallet, rättigheterna kräver på så vis ett utrymme för tolkning.

Av avhandlingen framkommer att rätten till respekt för familjeliv och privatliv är en rättighet som är relativt obestämd i sin utformning. Denna öppenhet har lett till att rättigheten kunnat ”tolkas om” och utvecklats på ett vis som gett ökat skydd för migranter, men öppenheten har även lett till att det är något oklart vad som är en tillåten respektive otillåten inskränkning. Ovan har också framkommit att även vad som är att anse som barnets bästa och vilken vikt barnets bästa ska tillmätas är relativt obestämt. Samtidigt har konstaterats att stater har en s.k. bedömningsmarginal, dvs. ett utrymme för den svenska lagstiftaren att argumentera för vilka åtgärder som krävs inom den nationella kontexten. Här finns således möjlighet för lagstiftaren att utforma tydliga argument för när rätten till respekt för familjeliv och privatliv får inskränkas. Detta kan vara ett sätt att tydliggöra och anpassa EU-rätten och Europakonventionen till en svensk kontext. I den utredning som gjordes inför Europakonventionens inkorporering framhöll utredarna att det i första hand är lagstiftarens uppgift att avgöra innebörden och gränserna för det betydande tolkningsutrymme som konventionens vaga regler medför.²⁰⁷¹

Jag menar att det finns kritik att rikta mot hur den nationella lagstiftaren valt att förvalta sin bedömningsmarginal. Den svenska lagstiftaren har varit sparsam med vägledning om vad som utgör relevanta skäl att neka vistelserätt. I kapitel 13 konstaterades att det idag är svårt för en rättstillämpare att få grepp om vad lagstiftaren menar ska beaktas vid en bedömning av om en inskränkning av rätten till privatliv och familjeliv är tillåten. Rättstillämparen har således getts ett stort skönsmässigt utrymme att göra intresseavvägningar mellan rätten till familjeliv och privatliv, barnets bästa samt intresset av reglerad invandring samtidigt som ledningen från lagstiftaren om vad dessa intressen innebär samt vilken vikt de ska tillmätas är sparsam. Detta är problematiskt av skäl kopplade till såväl legalitetsprincipen som objektivitetsprincipen och proportionalitetsprincipen. Som tidigare betonats krävs inte bara att det finns lagstöd för att göra inskränkningar i rättigheter, dessutom krävs att detta

²⁰⁷¹ SOU 1993:40, del B, s. 126.

lagstöd uppnår viss kvalitet på så vis att lagen ska vara tillgänglig och förutsebar.²⁰⁷² I brist på tydlig ledning kan det dessutom vara svårt för rättstillämpare att korrekt identifiera sakliga skäl att beakta vilket kan leda till att osakliga skäl beaktas eller att de skäl som beaktas tillmäts felaktig vikt vid proportionalitetsbedömningen.

För att en korrekt bedömning utifrån rätten till respekt för privatliv och familjeliv ska kunna göras anser jag inte att det är lämpligt att närmare specificera vilka aspekter av en individs liv som ska kunna beaktas. Även om det kan ha positiva effekter på myndigheters effektivitet samt för förutsebarheten att använda sig av exempelvis checklistor så finns en risk att denna typ av listor riskerar att göra om *rättstillämpning* till *ärendehantering* på så vis att likformig tillämpning ges företräde framför materiell likhet inför lagen.²⁰⁷³ Eftersom rättstillämparen måste tillåtas beakta de särskilda omständigheterna i ett individuellt ärende anser jag att bedömningen av vad som utgör såväl familjeliv, privatliv som vad som är barnets bästa bör hållas öppen (steg 1-2 enligt den modell som introducerades i kapitel 13).

Vad som däremot bör vara möjligt att förtydliga är vad lagstiftaren menar är legitima skäl att neka en person rätt till respekt för familjeliv och privatliv. En gemensam utgångspunkt gällande detta skulle underlätta för prövningen av om en inskränkning görs i ett legitimt syfte. En gemensam utgångspunkt skulle även underlätta jämförelser av olika fall.

14.2.4.1 Tydliggör innebörden av det rättsliga intresset av reglerad invandring

Som konstaterats i avhandlingen används begreppet ”intresset av reglerad invandring” i svensk rätt. Det är inte helt klart vad begreppet syftar på i en rättslig kontext och vilken vikt det ska tillmätas vid en intressekonflikt med exempelvis vad som vore bäst för barnet. Viss ledning finns i och för sig att finna i förarbeten men det rör sig om flera olika uttalanden i flera olika sammanhang, vilket gör det svårt att skaffa sig en överblick av vad lagstiftaren tänkt sig att rättstillämparen ska väga in i det enskilda fallet.

Otydligheten försvårar för rättstillämparen att veta om denne agerar i linje med lagstiftarens vilja. Att ge rättstillämpare i uppdrag att tillämpa flexibla normer med vag ledning på ett mycket politiskt omdiskuterat område är vanskligt av flera anledningar. Bland annat för att det finns en risk att lika fall

²⁰⁷² Se exempelvis *Rotaru mot Rumänien* (dom den 4 maj 2000, appl. no. 28341/95) punkt 52 samt *Konovalova mot Ryssland* (dom den 9 oktober 2014, appl. no. 37873/04), punkt 42.

²⁰⁷³ Vahlne Westerhäll, Lotta, *Den starka statens fall? En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950–2000*, Stockholm, 2002, s. 583.

behandlas olika då enskilda rättstillämpare hamnar i en situation där deras personliga preferenser – stor eller liten invandring – kan avgöra hur en avvägning utfaller. I dagsläget riskerar utgången i ett enskilt ärende att bli beroende av vad rättstillämparen själv väljer att lägga in i det luddiga begreppet ”intresset av reglerad invandring” och hur detta viktas. Som en konsekvens av otydligheten kan därför en mängd olika – inbördes motstridiga – utfall rymmas inom ramen för samma lagstiftning.²⁰⁷⁴ Bristen på vägledning riskerar således att leda till såväl en risk för osaklighet i rättstillämpningen som till brister i förutsebarhet.

I det system som i dagsläget används avgörs migrationsmål i andra instans vanligen av en juristdomare och tre politiskt tillsatta nämndemän. Som tidigare påtalats är frågan om migration en fråga där starka politiska åsikter förekommer. I Sverige finns idag partier som är mer och mindre tydliga med sitt motstånd till invandring. Samtidigt finns även partier som är tydliga med att de förespråkar en mer öppen inställning till invandring. Det tåls att fundera på vad detta kan få för konsekvenser för tilltroendet till rättsväsendet om de bestämmelser som ska tillämpas är (allt för) öppna för hur den enskilde rättstillämparen ser på en viss politisk fråga. I sammanhanget bör påminnas om att det inte bör få förekomma tvivel om att förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar agerar sakligt och opartiskt.²⁰⁷⁵

Utifrån ett rättssäkerhetsperspektiv får det dock anses stå klart att ett tydliggörande av det rättsliga intresset av reglerad invandring – vad som är tänkt att beaktas inom ramen för ett avgörande – behövs för att nå en mer förutsebar rättstillämpning med mindre risk för att enskilda rättstillämpares personliga åsikter färgar utfallet av en bedömning. Att identifiera vad som faktiskt utgör sakliga skäl att beakta är alltid viktigt men framstår om möjligt som ännu viktigare när frågan som ska prövas är så politiskt känslig som migrationsfrågan.

²⁰⁷⁴ Ett exempel på detta är resonemangen i MIG 2015:4. Även om enbart Migrationsöverdomstolens slutsats är vägledande så illustrerar skillnaderna i migrationsdomstolens och Migrationsöverdomstolens resonemang och utfall väl det utrymme för att argumentera som lämnats till rättstillämparen. Inget av utfallen – trots att de är helt olika – kan idag sägas vara oförenliga med den sparsamma ledning som finns. Kanske synliggörs detta tydligast via de ärenden som når medieljustet. I ”medieärenden” verkar utfallet inte sällan ändras till det motsatta efter att situationen lyfts fram i ljustet. Vid en ny prövning leder då samma omständigheter till ett helt annat utfall. Vad som synliggörs i medieärenden – att flera olika utfall är möjliga enligt gällande lagstiftning – gäller dock även i de ärenden som inte når media. Se angående betydelsen av media i migrationsärenden exempelvis Daniel Hedlund, Ann-Christin Cederborg och Mauro Zamboni (2016) *The art of the (im)possible: legislators' experiences of the lawmaking process when reforming migration law, The Theory and Practice of Legislation*, vol. 4, nr. 1 2016, 45-63. Se även Josefsson, Jonathan, *Children at the borders*, Linköping University, Department of Thematic Studies, Diss. (sammanfattning) Linköping : Linköpings universitet, 2016.

²⁰⁷⁵ Se exempelvis Thomas Bull, Objektivitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentliga grättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 121.

Lagstiftaren borde kunna förtydliga vad som ingår i intresset av reglerad invandring – och framförallt förtydliga vilka aspekter rättstillämpare ska beakta som skäl talandes mot att besluta i enlighet med rätten till respekt för familjeliv och privatliv vid en intresseavvägning (steg 3 enligt den modell som introducerades i kapitel 13). Det bör rimligen gå att identifiera vilka faktorer lagstiftaren generellt menar kan inrymmas i det rättsliga intresset av reglerad invandring, även om samtliga faktorer inte nödvändigtvis aktualiseras i varje enskilt fall och även om intresset kan väga olika tungt i olika enskilda fall beroende på övriga omständigheter i det särskilda fallet.

I sammanhanget kan det vara intressant att uppmärksamma den norska lagstiftningen som innehåller en bestämmelse som mer direkt ger uttryck för vad ”intresset av reglerad invandring” (på norska: invandringsregulerende hensyn) kan avse och således vad rättstillämparen ska beakta.²⁰⁷⁶ Direkt i bestämmelsen lyfts fyra exempel på överväganden som kan beaktas inom ramen för detta intresse, nämligen:²⁰⁷⁷

- a) eventuella konsekvenser för omfattningen av ansökningar på liknande grunder,
- b) konsekvenser för samhället,
- c) överväganden kopplade till kontroll samt
- d) överväganden kopplade till upprätthållandet av/respekt för lagens andra regler [min översättning].

Punkterna c och d kan anses motsvara vad som i kapitel 13 uttryckts som skäl kopplade till allmän ordning och säkerhet, skäl kopplade till *upprätthållande* av en reglerad invandring samt skäl kopplade till andras fri- och rättigheter medan punkterna a och b är mer politiska avvägningar kopplade till statens resurser och antalet migranter.

14.2.4.2 Fundera på om rättstillämpare bör ta politiska beslut

Vid en översyn av vad som menas med det rättsliga intresset av reglerad invandring menar jag att det vore särskilt intressant att fundera på om det är

²⁰⁷⁶ 5 kap. 38 § utlendingsloven, LOV-2008-05-15-35. Bestämmelsen liknar den svenska om synnerligen/särskilt ömmande omständigheter i utlänningslagens 5 kap. 6 § och innebär möjlighet att bevilja en person uppehållstillstånd pga. humanitära skäl så som exempelvis lång vistelsetid i landet. I sammanhanget bör poängteras att det norska systemet för prövningar av migrationsärenden skiljer sig något åt från det svenska. I Norge utgörs såväl första som andra instans av förvaltningsmyndigheter. Det finns dock en möjlighet att därefter klaga på ett beslut som då kan prövas i ett ordinarie domstolsförfarande där högsta instans utgörs av Norges Høyesterett (dvs. Högsta domstolen).

²⁰⁷⁷ På norska: a) mulige konsekvenser for omfanget av søknader på liknende grunnlag, b) de samfunnsmessige konsekvensene, c) hensynet til kontroll, og d) hensynet til respekten for lovens øvrige regler, se 5 kap. 38 § utlendingsloven, LOV-2008-05-15-35.

lämpligt och önskvärt att rättstillämpare ska göra närmast politiska avvägningar. I tidigare delar i avhandlingen (främst kapitel 13) har lyfts fram att det går att läsa förarbeten (och praxis) på så vis att rättstillämpare inom ramen för intresset av reglerad invandring idag ska beakta denna typ av aspekter.

Kanske är detta en rest från den tidigare ordningen när prövningen av migrationsärenden i sista hand avgjordes av regeringen. Fram till dess att prövningen av migrationsärenden flyttades till domstolar 1 mars 2006 var prövningen i betydligt högre grad politisk. Under denna tid kunde regeringen utveckla och förändra allmänna riktlinjer och praxis, genom såväl föreskrifter som genom beslut i enskilda ärenden.²⁰⁷⁸ Praxis utvecklades således under visst samspel mellan regeringen och de handläggande myndigheterna. Att så var fallet ansågs sammanhånga med sakfrågornas karaktär och deras ibland politiska betydelse samt att tillämpningen av lagstiftningen krävde överväganden och bedömningar som inte enbart kunde ske på rättslig grund.²⁰⁷⁹

Tanken bakom att flytta beslutsfattandet från politiken till juridiken var som nämnts ovan (avsnitt 3.6.2.1) att skapa ett mer rättssäkert system som människor skulle känna mer tilltro till.²⁰⁸⁰ Som belystes i samma avsnitt menade Lagrådet dock att om prövningen skulle flyttas till domstolar så behövde lagstiftningen stramas upp ”så att den legala grunden för domstolsprövning förstärks och preciseras och därmed även förutsättningar skapas för en rimligt enhetlig och förutsebar praxis byggd på vägledande domstolsavgöranden”.²⁰⁸¹ Några större materiella ändringar skedde dock inte utan lagstiftningen klubades igenom (se avsnitt 3.6.2.1).

Beslutet att göra prövningen mer juridisk än politisk kan ses som en form av ”politisk problemdumpning”²⁰⁸², innebärandes att ansvaret för att göra svåra avvägningar och prioriteringar lämnas till rättstillämparen, trots att dessa avvägningar i grunden är just politiska. Rebecca Thorburn Stern har, i min mening helt korrekt, ifrågasatt om det verkligen är lämpligt att *rättstillämparen*

²⁰⁷⁸ Lagrådet, Ny utlänningslag, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-10-09, s. 8. Att regeringen ibland valde att ”styra” myndigheter genom beslut i enskilda ärenden har dock kritiserats ur rättssäkerhetssynpunkt, se Strömberg, Håkan, Formerna för ändring av praxis i utlänningsärenden, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 1 1990.

²⁰⁷⁹ Lagrådet, Ny utlänningslag, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-10-09, s. 9 f.

²⁰⁸⁰ Se Prop. 2004/05:170.

²⁰⁸¹ Lagrådet, Ny utlänningslag, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-10-09, s. 10.

²⁰⁸² Se för begreppet politisk problemdumpning Leviner, Pernilla, Våra barn och andras ungar – om solidaritet och (o)likabehandling av barn i det svenska välfärdssystemet, i Erhag, Thomas, Leviner, Pernilla och Lind, Anna-Sara (red.), *Socialrätt under omvandling: om solidaritet och välfärdsstatens gränser*, Första upplagan, 2018. Se även Leviner, Pernilla, Barnkonventionen som svensk lag – en diskussion om utmaningar och möjligheter för att förverkliga barns rättigheter, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 2 2018.

åläggs ansvar för vad som i grunden är migrationspolitiska överväganden:

”Att rättstillämparen inte har mandat att göra sådana i grunden politiska avvägningar tycks inte ha besvärat lagstiftaren nämnvärt, och det finns anledning att fråga sig i vems intresse det är att dessa lämplighets- och skälighetsbedömningar är upp till rättstillämparen istället för de folkvalda. Svåra och etiskt problematiska beslut blir inte mindre politiska, eller lättare att fatta, smälta eller försvara, för att de fått en kapp av juridik. Att det i grund och botten handlar om människors rättigheter och människors värdighet kontra statens intressen går inte att komma ifrån. Så mycket viktigare då att rättstillämpningen är konsekvent, transparent och i största möjliga mån baserad på ett rättighetsperspektiv.”²⁰⁸³

Att politiker gör avvägningar exempelvis om hur många eller få personer som är ”lagom stor invandring” är inte särskilt märkligt. Politiker väljs genom demokratiska val för att utföra denna typ av svåra avvägningar. Men kan det samma sägas om rättstillämpare? Är det lämpligt att dessa tar ställning till hur många eller få personer som bör beviljas möjlighet att vistas i Sverige?

Om den svenska rättstillämparen, likt den norska, är tänkt att inte enbart göra rättsliga avvägningar utan även mer politiska sådana menar jag att den norska modellen (som nämndes ovan) där det tydligt lyfts fram att politiska avvägningar ska ske är att föredra för att främja rättssäkerheten på området. Som Bengt Lindell påpekat krävs för att en myndighet ska kunna göra en helhetsbedömning eller en intresseavvägning ”att den åtminstone har en eller flera målsättningar mot vilka bedömningen görs. Det får naturligtvis gärna också finnas riktlinjer för bedömningen. Saknas målsättningar och riktlinjer kommer bedömningen ske i ett vakuum. De rättsliga kraven på likabehandling och förutsebarhet kommer i så fall inte att bli tillgodosedda vilket är oacceptabelt vid statlig maktutövning.”²⁰⁸⁴

Slutligen kan nämnas att frågan om vilken typ av processform som bäst lämpar sig för migrationsmål bör vara en del av en diskussion om rättstillämpare ska göra politiska avvägningar. Det finns flera olika möjliga alternativ till det system som idag används; en rent politisk process, en specialdomstol, en specialdomstol där vissa beslut hanteras i samarbete med politiker, alternativt ett system som det vi har idag, men med ”mer renodlat juridisk lagstiftning”. Flera av dessa alternativ har tidigare varit uppe till diskussion, men har som beskrevs i kapitel 3, inte närmare analyserats.

²⁰⁸³ Hela detta stycke, Stern, Rebecca, Hur bedöms ett skyddsbehov? Om gränsdragning, konsekvens och förutsägbarhet i svensk asylpraxis, SvJT 2012 s. 299.

²⁰⁸⁴ Lindell, Bengt, *Helhetsbedömningar och intresseavvägningar: en introduktion till användningen av multikriterieanalys och oskarp logik i en juridisk kontext*, Iustus, Uppsala, 2015, s. 19.

Till syvende och sist handlar frågan om politiska avvägningar inom ramen för migrationsrättsliga processer om vem är det som ska utöva makten att bestämma om den reglerade invandringen och vem ska ställas till svars demokratiskt för detta: lagstiftaren eller rättstillämparen – eller båda?

14.2.4.3 Tydliggör vilken vikt olika intressen är tänkta att ha

En sista rekommendation gällande tydligare vägledning handlar om vilken *tyngd* olika intressen vanligen är tänkta att ha. Brist på sådan ledning från lagstiftaren öppnar nämligen även det upp för en rättstillämpning där lika fall behandlas olika eftersom utfallet beror på hur rättstillämparen i det enskilda ärendet uppfattar att lagstiftaren velat lägga tyngden.

Jag är inte den första att framföra önskemål om förtydliganden angående vilken tyngd olika intressen bör tillmätas. Redan 1996, i samband med att den svenska barnkommittén presenterade sin delutredning om barnkonventionen och utlänningslagen, framhölls i ett särskilt yttrande från dåvarande barnombudsmannen Louise Sylwander och f.d. justitierådet Tor Sverne att det enligt deras mening dels var nödvändigt att identifiera (till barnets bästa) motstående samhällsintressen, dels att det behövdes riktlinjer som anger vilken tyngd sådana samhällsintressen bör tillmätas.²⁰⁸⁵ Sylwander och Sverne menade att ”[d]essa intresseavvägningar är av sådan principiell betydelse att det måste ankomma på regering och riksdag att ta ställning till i vilken utsträckning andra intressen kan sättas framför barnets.”²⁰⁸⁶

Det bör nämnas att vilken tyngd ett intresse anses ha inte nödvändigtvis är något bestående. Intresset av reglerad invandring är ett intresse vars vikt kan tillåtas att variera beroende av vilka politiska signaler lagstiftaren för tillfället vill ge. Detsamma kan sägas för barnets bästa. Tyngden den svenska lagstiftaren velat tillmäta barnets bästa varierar – dels mellan olika rättsområden,²⁰⁸⁷ dels inom migrationsrätten i sig.²⁰⁸⁸

²⁰⁸⁵ Finns återgivet i Barnkommitténs betänkande, SOU 1996:115 på s. 129-134, just denna passus återfinns på s. 130.

²⁰⁸⁶ Ibid.

²⁰⁸⁷ Jfr hur barnets bästa implementerats i olika svenska lagar: i Föräldrabalken (1949:381) anges att barnets bästa ska vara avgörande (6 kap. 2 a §), detsamma gäller vid beslut enligt lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga (1 § 5 st.), i socialtjänstlagen (2001:453) anges att barnets bästa ska vara avgörande vid beslut eller andra åtgärder som rör vård- eller behandlingsinsatser för barn samt särskilt beaktas vid samtliga andra åtgärder som rör barn (1 kap. 2 §), enligt skollagen (2010:800) ska barnets bästa vara utgångspunkt (1 kap. 10 §).

²⁰⁸⁸ År 2005 infördes t.ex. en tillfällig ordning (den s.k. amnestilagen) som gav ökade möjligheter att bevilja uppehållstillstånd enligt ansökningar gjorda under en kort period, 7 november 2005 fram till 31 mars 2006, 2005/06:SfU5. I lagens förarbeten lyftes att ”[d]e grupper som genom den nya lagstiftningen ges nya och ökade möjligheter att få uppehållstillstånd är främst

För att kunna göra proportionalitetsavvägningar på ett så objektivt vis som möjligt krävs dock att rättstillämparen vet vad lagstiftaren (för närvarande) tänkt sig att olika intressen ska väga. I avhandlingen framkommer att intresset av reglerad invandring kan ta sikte på flera olika faktorer. Det skulle vara hjälpsamt att veta hur lagstiftaren ser på hur tungt dessa olika faktorer generellt sett ska anses väga. En förlängning av ett tydliggörande av vad som avses med det rättsliga intresset av reglerad invandring skulle därmed kunna vara att resonera kring hur tungt de olika – identifierade – faktorerna generellt sett ska anses väga. Anser lagstiftaren exempelvis att allmän ordning och säkerhet vanligen ska vara ett tyngre vägande skäl än andra skäl eller inte? Ett förtydligande av vilken tyngd olika delintressen är tänka att ha blir kanske särskilt viktigt om rättstillämparen är tänkt att göra mer politiska avvägningar. När är t.ex. de ekonomiska konsekvenserna så stora att vistelse bör nekas? Och när är de acceptabla?

14.2.5 Fortsatt forskning

Migrationsrätten rymmer många svåra avvägningar. Det är svårt att utforma ett regelverk och det är svårt att tillämpa detsamma. Att ett regelverk blir mer förutsebart innebär inte heller automatiskt att det leder till mer korrekta beslut. För att avgöra vad som fungerar bättre, och vad som fungerar sämre krävs undersökningar av olika slag. Här spelar rättsvetenskapen en viktig roll.

Rättsvetenskapens huvuduppgifter kan beskrivas som att försöka *förstå, förklara och förbättra* rätten.²⁰⁸⁹ Genom att undersöka, analysera och systematisera rätten kan rättsvetaren hjälpa till att förstå och förklara rätten. Härigenom kan brister identifieras och förslag kan tas fram i syfte att förbättra rätten. Till skillnad mot lagstiftaren behöver rättsvetenskapen inte förhålla sig till vad som kan anses vara politiskt gångbart och till skillnad mot rättstillämparen måste rättsvetenskapen inte heller – under tidspress – hitta en lösning i varje enskilt ärende.

dels vissa barnfamiljer, dels personer vars avlägsnandebeslut på grund av förhållandena i motagarländerna inte bedömts kunna verkställas med tvång. *De hänsyn som normalt skall tas till intresset av att upprätthålla en reglerad invandring skall inte göras i samma utsträckning*” [min kursivering], 2005/06:SfU5, s. 21. Dock betonades att det vid en prövning särskilt skulle beaktas om utlänningen gjort sig skyldig till brottslighet eller brottslighet i förening med annan misskötsamhet samt att uppehållstillstånd borde få vägras av säkerhetsskäl, 2005/06:SfU5, s. 2. På samma vis framhölls 2010, när bestämmelserna senast ändrades för att ge ökad möjlighet till familjesammanhållning, att det faktum att ett barn riskerar att utsättas för en familjeseparation, med särskilt fokus på de konsekvenser som separationen kan få för barnet, skulle tillmätas *större betydelse nu än enligt tidigare gällande* ordning, prop. 2009/10:137, s. 22.

²⁰⁸⁹ Jfr exempelvis Wahlgren, Peter, Syfte och nytta med rättsvetenskapliga arbeten, SvJT 2002 s. 293.

Rättsvetaren kan utan tidspress och utan att behöva tänka på att bli omvald ägna sig åt att vrida och vända på de lösningar som valts av lagstiftare och rättstillämpare och fundera över om inte andra lösningsalternativ skulle kunna vara bättre. Därmed kan rättsvetenskapen på sitt sätt bidra till en ökad rättssäkerhet.

En fråga som vore intressant att undersöka (förslagsvis inom ramarna för ett tvärvetenskapligt projekt) är vilka förutsättningar migrationsmyndigheterna har att fatta korrekta beslut.²⁰⁹⁰ Som konstaterats ställer migrationsrätten höga krav på insikt i flera parallella rättsordningar. Här vore det intressant att undersöka i vilken utsträckning praktiserande jurister ges tid och möjlighet att följa med i utveckling av praxis, att diskutera med medarbetare eller att på andra vis få tillräckliga kunskaper och rimliga möjligheter att utföra sitt arbete. Frågor som skulle kunna undersökas närmare är bl.a. hur migrationsmyndigheterna organiseras, kompetensnivå (och vidareutbildningsmöjligheter) hos personal, arbetsrutiner (inkl. krav på effektivitet) samt vilken vägledning som finns för handläggningen.

Den typ av intresseavvägningar som behandlas i denna avhandling är inte enkla. Fortsatta undersökningar av materiell riktighet är viktiga eftersom de kan ha potential att förbättra möjligheterna att uppfylla kraven på god förvaltning.²⁰⁹¹ Förhoppningsvis kan vi se fram emot tydligare motiverade beslut vilket kan underlätta denna typ av forskning. När maktutövning sker på det vis som beskrivits i denna avhandling är det särskilt viktigt att följa upp och kontrollera *hur* den makten används.

²⁰⁹⁰ Jag har i denna del inspirerats av Lena Marcussons tankar i artikeln ”Förvaltningsrättens rättssäkerhetstänkande” i Förvaltningsrättslig tidskrift nr 3 2010, se särskilt s. 253. Marcusson lyfter bl.a. att en viktig fråga är hur omprövning hanteras inom myndigheten. Hon menar att högre krav på kompetens hos den som ska utföra omprövningen kan leda till en högre grad av säkerhet för att omprövningen motsvarar högt ställda krav på förutsebarhet, enhetlighet och konsekvens, även om ärendena i första omgången kanske hanteras alltför rutinmässigt.

²⁰⁹¹ Marcusson, Lena, God förvaltning – en rättslig princip? i Marcusson, Lena (red.), *God förvaltning: ideal och praktik*, Iustus, Uppsala, 2006, s. 27.

14.3 Slutord

Få människor ifrågasätter idag att Sverige ska ha en reglerad invandring. Utformningen av migrationspolitiken och migrationsrättslig lagstiftning är frågor som tvingar lagstiftaren att fatta svåra beslut och ta ställning till många olika frågeställningar såsom förutsättningarna för en rättvis och demokratisk politisk gemenskap, mänskliga rättigheters karaktär och vilka skyldigheter som följer av dessa samt hur långt de egna medborgarnas intressen och rättvisa bör prioriteras och favoriseras (framför främlingar).²⁰⁹² Jacqueline Babha har uttryckt det som att lagstiftare slits ”mellan sympati och fientlighet, mellan en önskan att skydda och påtryckningar att straffa” när migrationsrättsliga regler ska tas fram.²⁰⁹³

Balanserande av olika intressen är ofrånkomligt inom juridiken, på många vis kanske till och med juridikens kärna. Intresseavvägningarna i sig är dessutom ofrånkomliga så länge svenska konventionsåtaganden ska respekteras. Att intresseavvägningar görs, och kommer att behöva göras, såväl när migrationspolitiken utformas och lagstiftning tas fram som när lagstiftningen tillämpas är ett faktum. Utmaningen ligger i hur dessa avvägningar görs. Enligt min mening uppkommer problem genom att de intresseavvägningar som sker vid såväl utformning som tillämpning av det migrationsrättsliga regelverket idag i allt för stor utsträckning görs i det dolda.

Även om migrationsrätt är tätt kopplat till politiskt känsliga och omstridda frågor som hur mycket eller lite invandring som bör tillåtas så är lagstiftning och rättstillämpning på området dock fortfarande tänkt att utövas på ett rättssäkert vis, i enlighet med offentlighetsprinciper. Kraven på legalitet, objektivitet och proportionalitet ska därmed respekteras vilket innebär att regelverk ska vara tydliga, förutsebara, icke-diskriminerande och väl avvägda samt att rättstillämpningen ska vara saklig och objektiv utan att rättsföljderna blir allt för ingripande.

Som framgått finns i dagsläget flera utmaningar kopplade till dessa ambitioner. Lagstiftaren har lämnat stort utrymme till rättstillämpare att göra intresseavvägningar mellan intresset av reglerad invandring, intresset av familjeliv och privatliv samt intresset av barnets bästa. Innebörden av både begreppet barnets bästa och begreppet intresset av reglerad invandring har lämnats relativt öppna, vilket medför en risk för att rättstillämpares egna subjektiva värderingar kan spela in i intresseavvägningen. Samtidigt har upprepade studier

²⁰⁹² Miller, David, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2016, s. 165.

²⁰⁹³ “torn between sympathy and hostility, between a concern to protect and a pressure to punish”, Bhabha, Jacqueline, *Child Migration and Human Rights in a Global Age*, Princeton, USA, Princeton University Press, 2014, s. 281.

visat att motiveringar kring vad som beaktats – och hur detta gjorts – är bristfälliga eller helt saknas i beslut och domar där intresseavvägningar mellan barnets bästa och intresset av reglerad invandring utförs. Uteblivna eller bristande motiveringar försvårar effektiv kontroll av förvaltningen och kan dessutom leda till onödiga förtroendebuster eftersom det kan skapa tvivel kring om myndigheter agerat sakligt och opartiskt även i fall där makten de facto utövats på ett korrekt vis.²⁰⁹⁴

När det inte är tydligt hur lagstiftningen är konstruerad finns en risk att kritik riktas mot rättstillämparen och tillämpningen i ett enskilt beslut även om beslutet är ett av många som fattats i linje med gällande rätt. Sådan kritik – som främst borde riktas *mot* lagstiftaren – kan då istället, pga. otydligheten, t.o.m. komma *ifrån* lagstiftaren. Lagstiftaren kan då undgå kritik för lagstiftningens utformning och i förlängningen slippa att ta ansvar för situationer som lagstiftningen, snarare än tillämparen, skapat.

Min bedömning är därför att det av flera skäl är viktigt att synliggöra – och tydliggöra – de migrationsrättsliga intresseavvägningar som sker, i såväl lagstiftning som i beslut.

Att lagstiftaren tydliggör innebörden av de intressen som ska beaktas är till hjälp för rättstillämparen eftersom det underlättar att veta mer om de intressen som ska balanseras. Även tydlighet från rättstillämparen har flera positiva effekter. Dels på så vis att det kan undanröja tvivel om saklighet, dels på så vis att det kan göra utfallet enklare att förstå. Nog får det anses bättre att som enskild få ett tydligt motiverat beslut där det framgår att rättstillämparen förvisso fastslår att det vore bäst för ditt barn att leva tillsammans med dig, men att ansökan pga. skälen x, y, z ändå avslås, än att ta emot ett beslut om att ditt barn och du inte får leva tillsammans med motiveringen att det ”inte kan anses strida mot barnets bästa”. Även om utfallet är detsamma så ger det förra beslutet dig möjlighet att bestrida de faktiska skälen medan det senare kan uppfattas som att rättstillämparen helt enkelt inte kan ha förstått er situation.

Tydlighet i lagstiftningens utformning samt i praxis kan dessutom innebära att människors förväntningar på möjligheten att beviljas ett tillstånd blir mer realistiska. Det kan i sin tur leda till att svenska myndigheter slipper ta ställning till ansökningar som inte når upp till kraven för tillstånd.

²⁰⁹⁴ Thomas Bull, Objektivitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 121 samt Marcusson, Lena, God förvaltning – en rättslig princip? i Marcusson, Lena (red.), *God förvaltning: ideal och praktik*, Iustus, Uppsala, 2006, s. 21.

Genom att de intressen som ligger bakom utlänningslagstiftningen och de intressen som är tänkta att beaktas inom ramen för lagstiftningen hålls otydliga blir de svåra att granska och i förlängningen därför även svåra att ifrågasätta.²⁰⁹⁵ Som Stephen E. Gottlieb konstaterat blir intressen mäktigare genom att inte nämnas vid namn. När syftet bakom lagstiftningen är outtalat och när konstruktionen av lagstiftningen är oklar och vag blir det således svårt att nå en diskussion där vi på allvar kan diskutera vilka intressen som faktiskt ställs emot varandra och hur tungt dessa bör väga. Utan en sådan diskussion kommer vi därför inte heller på djupet åt frågor som hur lagstiftningen och tillämpningen *bör* utformas och om det system vi har faktiskt motsvarar det system vi *vill* ha.

²⁰⁹⁵ Min fria översättning. Originalcitaten lyder "The United States Supreme Court does not tame interests when it stops writing about them; it merely hides them, making them even more powerful because, as hidden, they are not subject to scrutiny.", Gottlieb, Stephen E., The Paradox of Balancing Significant Interests, *Hastings Law Journal*, vol. 45, nr. 4 1994, s. 828.

15 Summary

States, generally, have the *right to control immigration*, and may wish to do so for several reasons. However, this right is not absolute but sometimes constricted by law. For example, in some situations a decision not to let a foreign citizen stay in, or enter, a country will be in conflict with the human *right to respect for private and family life* – a right regulated by numerous treaties, eg., the UN Convention of the Rights of the Child [CRC] (articles 9, 10 and 16), the European Convention on Human Rights [ECHR] (article 8) and the EU Charter of Fundamental Rights (articles 7 and 24.3).

For an interference with the exercise of the right to private and family life to be justified, it must be based on law, have a legitimate aim and be necessary in a democratic society. In other words, such interferences need to be proportional in relation to the legitimate aims they seek to pursue. When children are affected by an action – whether undertaken by public or private social welfare institutions, courts of law, administrative authorities or legislative bodies – *the best interests of the child* shall be a primary consideration (see eg. article 3.1 CRC and article 24.2 the EU Charter of Fundamental Rights).

Through analysing the CRC, the ECHR, EU law, Swedish migration legislation and case law this thesis investigates how the principle of the best interests of the child and the right to private and family life relate to the societal interest of controlling immigration in a Swedish context.

The aim of the thesis is to contribute to more predictable and transparent legislation and decision-making. Therefore, particular attention in the thesis is paid to the requirements imposed on legislators and legal practitioners by the public law principles of legality, objectivity and proportionality and the obligation to justify decisions and judgments. Hence, after an introductory chapter, chapter 1, the thesis starts with a chapter introducing these concepts, chapter 2. This chapter is followed by chapters 3-6, which chart the development and foundations of Swedish migration law including requirements arising from EU and public international law. Chapters 7-11 provide a closer look at the specific requirements concerning the best interests of the child and the right to respect for private and family life. The main conclusion of these chapters (presented in chapter 12) is that even though it is clear that the outcome

of a proportionality assessment is determined by the specific circumstances in the individual case it remains unclear *which* circumstances Swedish legal practitioners can and should consider, as well as what weight can be attributed to the circumstances considered.

The balancing of interests is a difficult task that is sensitive to nuances. The research conducted shows that the best interests of the child, the right to respect for private and family life and the interest of controlling immigration are all open to different interpretations. In this thesis it is argued that unlike the best interest of the child and the right to respect for private and family life – which both, to a certain extent, need to be “open concepts” the interest of immigration control should be clearly defined. The legal practitioners have a duty to be objective and to only restrict rights due to legitimate aims. In order to determine whether factors attributed to the “interest of immigration control” are in fact legitimate interests and in order to prevent the possibility that different legal practitioners consider different factors, it is necessary for the legal practitioners to know what the legislators want them to consider. However, this thesis shows that the “interest of immigration control” is particularly ambiguous due to a lack of a more precise definition.

Through an analysis of preparatory works and case law four types of circumstances that the Swedish lawmaker *appears* to suggest that legal practitioners consider within this interest are identified; (a) public order and security, (b) maintenance and enforcement of immigration control, (c) national economic well-being (including number of migrants), and (d) protection of the rights and freedoms of others.

The lack of clear guidance is problematic, particularly in light of the principles of legality, objectivity and proportionality, as the outcomes of cases depend on what the individual legal practitioners choose to consider. Vague guidance on what constitutes relevant circumstances may also contribute to the problem of poorly formulated decisions as has been repeatedly identified in previous Swedish migration law research.

In order to increase the probability of legal practitioners rendering more legally correct decisions – on the basis of applicable law – the following five-step model is presented in chapter 13: 1) identifying private and/or family life, 2) identifying the child's best interests, 3) identifying the underlying motivations linked to the interest of immigration control (4) listing the arguments *for* and *against* granting residence in Sweden and (5) determining which interests that should prevail.

Even if Swedish legal practitioners do as well as they can within the framework of applicable law, problems still remain in relation to the principles of

legality, objectivity and proportionality as well as concerning the effective impact of children's rights. The problems are however mainly due to deficiencies that the legal practitioners cannot correct by themselves, such as insufficient guidance and (procedural) requirements preventing children from getting access to their rights.

There are however measures that can be taken to contribute to strengthening children's rights and increasing adherence to the rule of law in migration cases concerning children's right to private and family life. The thesis concludes with chapter 14 where a number of recommendations, aimed mainly at the Swedish legislator, are presented, namely:

- to review the (procedural) requirements for children and their family members applying for family reunification to ensure that children's rights are not theoretical or illusory but practical and effective
- to review and clarify the Swedish Aliens Act, for example by
 - clearly stating that the law exists both in order to protect the right to control immigration and to protect (migrants) human rights, and possibly also by
 - clearly stating that a balancing of interests sometimes occurs when the law is applied
- to provide further guidance to the legal practitioners by clarifying the meaning of the *legal* interest of immigration control, including considering whether legal practitioners should indeed make political decisions (eg. if it is the will of the legislator that the legal practitioners make more general decisions concerning what is an acceptable number of migrants to allow into the country)
- to clarify the legislator's intent as to what weight that can be attributed to different factors, especially different factors that fall under the category of the "interest of controlling immigration"

Finally, further research is recommended.

Källförteckning

Litteratur

- Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable - A Treatise on Legal Justification*, Reidel, Dordrecht, 1987
- Abram, Eliahu Frank, The Child's Right to Family Unity in International Immigration Law, *Law & Policy*, vol. 17, nr. 4 1995, s. 397-439
- Alston, Philip (red.), *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994
- Alston, Philip och Gilmour Walsh, Bridget, *The Best Interests of The Child: Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values*, Innocenti Studies, 1996
- Alston, Philip, The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 8, nr. 1 1994, s. 1-25
- Anderson, David och Cian C. Murphy, *The Charter of Fundamental Rights: History and Prospects in Post-Lisbon Europe*, EUI Working Paper LAW, 2011/08
- Andersson, Hans E., Spänningen mellan Barnkonventionen och den reglerade invandringen i Andersson, Hans E. (red.), *Mellan det förflutna och framtiden: asylsökande barns välfärd, hälsa och välbefinnande*, Centrum för Europaforskning, Göteborgs universitet (CERGU), Göteborg, 2010, s. 39-62
- International Conventions and the Regulation of Migration: The Convention on the Rights of the Child and Sweden, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 20, nr 1 2012, s. 122-140
- Andersson, Lars M och Kvist Geverts, Karin (red.), *En problematisk relation?: Flyktingpolitik och judiska flyktingar i Sverige 1920-1950*, Uppsala: Historiska institutionen, Uppsala universitet, 2008
- Andersson, Simon, Påföljdsbestämning vid oklar ålder, *Juridisk tidskrift*, nr 3 2016-17, s. 712-721
- Andersson, Simon, Diesen, Christian, Lagerqvist Veloz Roca, Annika, Seidlitz, Madelaine & Wilton Wahren, Alexandra, *Bevis 8. Prövning av migrationsärenden*, Tredje upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2018
- Arendt, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*, Harcourt Brace Jovanovich, New York, 1973
- Arestis, George, *Fundamental rights in the EU: Three Years after Lisbon, the Luxembourg Perspective*, Research Papers in Law (Cooperative Research Paper) 2/2013, College of Europe, Belgium, 2013

- Axberger, Hans-Gunnar, Rättigheter (del I av II) Sverige, EKMR och EU:s rättighetsstadga, *SvJT* 2018, s. 759-786
- Rättigheter (del II av II) Sverige och MR, *SvJT* 2018, s. 849-875
- Axetorn, Elisabeth, *Familjeåterförening för barn: en utredning av svensk rätts förenlighet med internationell rätt*, Examensarbete Stockholms universitet, 2016
- Azoulai, Loïc och De Vries, Karin (red.), *EU Migration Law: Legal Complexities and Political Rationales* [Elektronisk resurs], Oxford, 2014
- Bates, Ed, The Birth of the European Convention on Human Rights and the European Court of Human Rights, i Christoffersen, Jonas. och Madsen, Mikael Rask. (red.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics* [Elektronisk resurs], Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 17-42
- Bates, Edward, *The Evolution of the European Convention on Human Rights* [Elektronisk resurs], Oxford University Press, Oxford, 2010
- Becker, Ulrich och Ehlers, Dirk (red.), *European Fundamental Rights and Freedoms* [Elektronisk resurs], de Gruyter Recht, Berlin, 2007
- Bengtsson, Bertil, *Grundlagen och fastighetsrätten*, Nerenius & Santérus, Stockholm, 1996
- Bernerì, Chiara, *Family Reunification in the EU: The Movement and Residence Rights of Third Country National Family Members of EU Citizens* [Elektronisk resurs], Hart Publishing Limited, 2017
- Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Sjätte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2018
- *Introduktion till EU*, Sjätte upplagan, Stockholm, 2018
- Bernitz, Ulf, EU: s nya rättighetsstadga – hur kommer den att tillämpas, *Europarättslig tidskrift* – tio år, 2008, s. 73-84.
- Besselink, Leonard F.M., The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 8, nr 1, 2001, s. 68-80.
- Bhabha, Jacqueline, More Than Their Share of Sorrows: International Migration Law and the Rights of Children, *Saint Louis University Public Law Review*, vol. 22, 2003, s. 253–274
- *Child Migration and Human Rights in a Global Age* [Elektronisk resurs], Princeton, USA, Princeton University Press, 2014
- Bhabha, Jacqueline, Kanics, Jyothi och Senovilla Hernández, Daniel (red.), *Research Handbook on Child Migration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018
- Biondi, Andrea, Eeckhout, Piet och Ripley, Stefanie. (red.), *EU Law after Lisbon* [Elektronisk resurs], Oxford University Press, Oxford, 2012
- Blake, Conway, *Normative Instruments in International Human Rights Law: Locating the General Comment*, Center for Human Rights and Global Justice Working Paper Number 17, 2008

- Boe, Erik Magnus, *Forsvarlig förvaltning*, Universitetsforlaget, Oslo, 2018
- Boeles, Pieter och Bruins, Marianne, Case Reports of the European Court of Human Rights, *European Journal of Migration and Law*, vol. 8, nr. 3/4 2006, s. 357-377
- Boeles, Pieter, Heijer, Maarten den, Lodder, Gerrie, Wouters, Kees, *European Migration Law*, Andra upplagan, Intersentia, Cambridge, 2014
- Boguslaw, Julia, *Svensk invandringspolitik under 500 år: 1512 - 2012*, Studentlitteratur, Lund, 2012
- Bowring, Bill, The Russian Federation, Protocol No.14 (and 14bis), and the Battle for the Soul of the ECHR, *Goettingen Journal of International Law*, vol. 2, nr. 2 2010, s. 589-618
- Brems, Eva, Procedural protection – An examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights, i Brems, Eva & Gerards, Janneke (red.), *Shaping Rights in the ECHR: the Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* [Elektronisk resurs], Cambridge University Press, Cambridge, 2014
- Bring, Ove, Mahmoudi, Said och Wrangé, Pål, *Sverige och folkrätten*, Femte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2014
- Brochmann, Grete, Scandinavia. Governing Immigration in Advanced Welfare States, i Orrenius, Pia M., Martin, Philip L., och Hollifield, James F., *Controlling Immigration: A Global Perspective* [Elektronisk resurs], Tredje upplagan, Stanford, California: Stanford University Press; 2014, s. 281-301
- Bruun, Niklas och Wilhelmsson, Thomas, Rätten, moralen och det juridiska paradigmet, *SvJT* 1983, s. 701-713
- Bueren, Geraldine van, *The International Law on the Rights of the Child*, Nijhoff, Dordrecht, 1998
- Bull, Thomas, Rättighetsskyddet i Högsta förvaltningsdomstolen, *SvJT* 2017 s. 216-244
- Objektivitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentlighetsprinciper*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 97-132
- Bull, Thomas och Sterzel, Fredrik, *Regeringsformen – en kommentar*, Tredje upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2015
- Cameron, Iain, Den svenske domaren och internationella normer – några reflektioner, i Wersäll, Fredrik, Hirschfeldt, Johan, Eka, Anders, Fura, Elisabet och Modéer, Kjell Å. (red.), *Svea hovrätt 400 år*, Norstedts juridik, Stockholm, 2014, s. 503-512
- *An introduction to the European Convention on Human Rights*, Åttonde upplagan, Iustus, Uppsala, 2018
- Castles, Stephen, Haas, Hein de & Miller, Mark J., *The age of migration: international population movements in the modern world*, Femte upplagan, The Guilford Press, New York, 2014

- Chatty, Meriam, *Migranternas medborgarskap: EU: s medborgarskapande från Romförhandlingarna till idag*, Diss, Statsvetenskapliga institutionen, Örebro universitet, 2015
- Chetail, Vincent, The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research Handbook on International Law and Migration* [Elektronisk resurs], 1st ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, s. 1-72
- Christoffersen, Jonas och Madsen, Mikael Rask. (red.), *The European Court of Human Rights Between Law and Politics* [Elektronisk resurs], Oxford University Press, Oxford, 2011
- Cohen-Jonathan, Gérard, Respect for Private and Family Life, i Macdonald, Ronald St. J., Matscher, Franz och Petzold, Herbert (red.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, s. 405-444
- Crafoord, Clarence, Inhemsk gottgörelse för kränkningar av Europakonventionen, *Europarättslig tidskrift*, nr 4 2001, s. 519-547
- Craig, Paul och De Búrca, Gráinne, *EU law: Text, Cases, and Materials*, Sjätte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2015
- Craig, Paul, *EU Administrative Law*, Tredje upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2018
- Czaika, Mathias och De Haas, Hein, The globalization of migration: Has the world become more migratory?, *International Migration Review*, vol. 48, nr. 2 2014, s. 283-323
- Daly, Aoife, *Children, Autonomy and the Courts: Beyond the Right to Be Heard*, Brill Nijhoff, Leiden, 2018
- Dane, Louise, Europadomstolen och barnets bästa, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 2 2015, s. 193-224
- Reflektioner kring barnkonventionens ökade betydelse för rätten att få leva tillsammans med sin familj i Molin, Erica och Lundblad, Anna (red.), *Festskrift till Anders Sundquist: Migrationsrättens utveckling*, Rådgivningsbyrån för asylsökande och flyktingar, 2019, s. 41-49
- Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Femte upplagan., Norstedts juridik, Stockholm, 2015
- Dauvergne, Catherine, Irregular Migration, State Sovereignty and the Rule of Law, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research Handbook on International Law and Migration* [Elektronisk resurs], 1st ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014. s. 75-92
- Dembour, Marie-Bénédicte, *When Humans become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint* [Elektronisk resurs], Oxford University Press, Oxford, 2015

- Derlén, Mattias och Lindholm Johan, Three Ideas: The Scope of EU Law Protecting Against Discrimination, i Derlén, Mattias och Lindholm, Johan, (red.), *Festskrift till Pär Hallström = Volume in honor of Pär Hallström*, Iustus, Uppsala, 2012
- Detrick, Sharon, Doek, Jaap och Cantwell, Nigel (red.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child: a Guide to the "Travaux préparatoires"*, Nijhoff, Dordrecht, 1992
- Doek, Jaap, Article 9: The Right Not to Be Separated from His or Her Parents, i Andre, Alen, Vande Lanotte, Johan, Verhellen, Eugene, Ang, Fiona, Berghmans, Eva och Verheyde, Mieke (red.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child* (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006
- Drane, Martha, Street Children as Unaccompanied Minors with Specialized Needs: Deserving Recognition as a Particular Social Group, *New England Law Review*, vol. 44, nr. 4 2009, s. 909-934
- Drogge, Erik, Utlänningsnämnden, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr 4 1938, s. 235-244
- Drywood, Eleanor, Giving with one hand, taking with the other: fundamental rights, children and the family reunification decision, *European Law Review*, vol. 32, nr. 3 2007, s. 396-407
- Duchêne, Francois, *Jean Monnet. The First Statesman of Interdependence*, New York and London: Norton, 1994
- Duroselle, Jean-Baptiste, General de Gaulle's Europe and Jean Monnet's Europe, *The World Today*, vol. 22, no. 1 1966, s. 1-13
- Eastmond, Marita och Ascher, Henry, In the Best Interest of the Child? The Politics of Vulnerability and Negotiations for Asylum in Sweden, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, vol 37, nr 8, 2011
- Eeckhout, Piet, The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question, *Common Market Law Review*, vol. 39, nr. 5 2002, s. 945-994
- Eekelaar, John, The Importance of Thinking that Children Have Rights, *International Journal of the Law and the Family*, vol 6, nr 1 1992, s. 221-235
- The Interests of the Child and the Child's Wishes: The Role of Dynamic Self-Determinism, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 8, nr. 1 1994, s. 42-61
- Eekelaar, John och Tobin, John, Article 3. The Best Interests of the Child i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 73-107
- Ehrenkrona, Carl Henrik, Folkrättsliga hinder mot utvisning enligt utlänningslagen (1989:529) m. m., *SvJT* 1999, s. 1-16
- Rättssäkerhetsbegreppet och Europakonventionen, *SvJT* 2008, s. 38-49
- Sveriges internationella avtal och dessas genomförande i svensk lagstiftning – några reflexioner, *SvJT* 2015 s. 779-790
- Eka, Anders, Domstolarna i samhället, i Wersäll, Fredrik, Hirschfeldt, Johan, Eka, Anders, Fura, Elisabet och Modéer, Kjell Å. (red.), *Svea hovrätt 400 år, Norstedts juridik*, Stockholm, 2014, s. 369-395

- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Pauli, Mikael, *Rättegång, femte häftet*, Åttonde upplagan, Norstedt, Stockholm, 2011
- Essen, Ulrik von, *Förvaltningsprocesslagen m.m.: en kommentar*, version den 14 februari 2019, Zeteo
- Essen, Ulrik von, Bohlin, Alf och Warnling Conradson, Wiweka, *Förvaltningsrättens grunder*, Tredje upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2018
- Farmer, Alice, Finding a New Balance: Bringing Together Children's Rights Law and Migration Policy for Effective Advocacy for Migrant Children, i Bhabha, Jacqueline, Kanics, Jyothi och Senovilla Hernández, Daniel (red.), *Research Handbook on Child Migration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018, s. 173-186
- Feijen, Liv, *Humanitarian Considerations And Immigration Control In Europe: Is Residence Permit On Humanitarian Grounds And Act Of Sympathy Or A Legal Entitlement?*, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva, 2016
- Feller, Erika, Türk, Volker och Nicholson, Frances (red), *Refugee Protection in International Law – UNHCR's Global Consultations on International Protection* [Elektronisk resurs], Cambridge University Press, Cambridge, 2003
- Fohlin, Märta, *Särskild anknytning: en undersökning för att utröna vad som kan anses vara ömmande och udda omständigheter*, Examensarbete Stockholms universitet, 2015
- Folkelius, Kristina och Noll, Gregor, Affirmative Exclusion - Sex, Gender, Persecution and the Reformed Swedish Aliens Act, *International Journal of Refugee Law*, vol. 10, no. 4 1998, s. 607-636
- Frändberg, Åke, Om rättssäkerhet, *Juridisk tidskrift*, nr 2 2000/01, s. 269-280
— *Rättsordningens idé. En antologi i allmän rättslära*. Juridiska fakultetens skriftserie nr 96, Uppsala 2005
- Freeman Michael, *Article 3: The Best Interests of the Child*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007
- Fura, Elisabet och Svensson, Anneli, Motiveringsskyldigheten ur ett JO-perspektiv, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 4 2015, s. 539-549
- Fyfe, David Patrick Maxwell, *Political Adventure: the Memoirs of the Earl of Kilmuir*, Weidenfeld och Nicolson, London, 1964
- Galetta, Diana-Urania, Hofmann, Herwig C.H., Puigpelat, Oriol Mir och Ziller, Jacques, *The General Principles of EU Administrative Procedure – an Indepth Analysis*, Rivista Italiana Di Diritto Pubblico Comunitario, Anno XXV Fasc. 5-2015
- Gammeltoft-Hansen, Thomas, Extraterritorial Migration Control and the Reach of Human Rights, i Chetail, Vincent och Bauloz, Céline (red.), *Research Handbook on International Law and Migration* [Elektronisk resurs], 1st ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2014, s. 113-131

- Goodwin-Gill, Guy S, *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford University Press, Oxford, 1978
- Unaccompanied Refugee Minors: The Role and Place of International Law in the Pursuit of Durable Solutions, *International Journal of Children's Rights*, vol. 3, nr. 3, 1995, s. 405–416
- Goodwin-Gill, Guy S och McAdam, Jane, *The Refugee in International Law*, Tredje upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2007
- Gottlieb, Stephen E., The Paradox of Balancing Significant Interests, *Hastings Law Journal*, vol. 45, nr. 4 1994, s. 825-866
- Grahn-Farley, Maria, Fördragskonform tolkning av MR-traktat, *SvJT* 2018 s. 450-463
- *Barnkonventionen: en kommentar*, Upplaga 1, Studentlitteratur, Lund, 2019
- Groenendijk, Kees, Family Reunification as a Right under Community Law, *European Journal of Migration and Law*, vol. 8, nr. 2 2006, s. 215-230
- Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Sociologiska institutionen, Univ., Diss. Göteborg : Univ., Lund, 2002
- Gustavsson, Jakob, *The politics of foreign policy change, Explaining the Swedish Re-orientation on EC Membership*, Lund Univ. Press, Diss. Lund : Univ.,Lund, 1998
- Hammar, Tomas, *Sverige åt svenskarna: Invandringsspolitik, utlänningskontroll och asylrätt 1900-1932*, Diss. Stockholm : Univ., 1964
- Hammarberg, Thomas The principle of the Best Interests of the Child – What it means and what it demands from adults, i Willems, Jan C. M. (red.), *Children's Rights and Human Development: A Multidisciplinary Reader*, Intersentia, Antwerp, 2010, s. 581-592
- Harbo, Tor-Inge, The Function of the Proportionality Principle in EU Law, *European Law Journal*, vol. 16, nr. 2 2010, s. 158-185
- Hathaway, James C. och Foster, Michelle, *The Law of Refugee Status* [Elektronisk resurs], Andra upplagan, Cambridge University Press, Cambridge, 2014
- Hathaway, James C., *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005
- Hedlund, Daniel, *Drawing The Limits: Unaccompanied Minors in Swedish Asylum Policy and Procedure*, Department of Child and Youth Studies, Stockholms universitet, 2016
- Hedlund, Daniel, Cederborg, Ann-Christin och Zamboni, Mauro, The art of the (im)possible: legislators' experiences of the lawmaking process when reforming migration law, *The Theory and Practice of Legislation*, vol. 4, nr. 1 2016, 45-63
- Helmus, Ingrid, Proportionalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentlighetsprinciper*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 133-168
- Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Andra upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2011

- Hodgkin, Rachel och Newell, Peter, *Implementation handbook for the Convention on the Rights of the Child: prepared for UNICEF*, Tredje upplagan, UNICEF, New York, 2007
- Hughes, Kirsty, The Child's Right to Privacy and Article 8 European Convention on Human Rights, i Freeman, Michael D. A. (red.), *Law and Childhood Studies: Current Legal Issues Volume 14* [Elektronisk resurs], Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 456-486
- James, Allison och Prout, Alan (red.), *Constructing and Reconstructing Childhood: Contemporary Issues in the Sociological Study of Childhood*, Andra upplagan, Routledge, London, 2007
- Jansson-Keshavarz, Sofi och Lundberg, Anna, Migrationsverket ändrar på lagens innehåll för att ensamkommande barn inte ska beviljas uppehållstillstånd i Sverige, *Juridisk tidskrift*, nr 4 2018/19, s. 1012-1019
- Jastram, Kate och Newland, Kathleen, Family Unity and Refugee Protection, i Feller, Erika., Türk, Volker och Nicholson, Frances. (red.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection* [Elektronisk resurs], Cambridge University Press, Cambridge, 2003, s. 555-603
- Johannesson, Livia, *In courts we trust: administrative justice in Swedish migration courts*, Department of Political Science, Stockholm University, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, Stockholm, 2017
- Jones, Erik., Menon, Anand och Weatherill, Stephen (red.), *The Oxford Handbook of the European Union* [Elektronisk resurs], Oxford University Press, Oxford, 2012
- Joppke, Christian, Why Liberal States Accept Unwanted Immigration, *World Politics*, vol. 50, nr. 2, 1998, s. 266-293
- Josefsson, Carl, Domstolarna och demokratin – Något om syftet med grundläggande rättigheter, europeiseringens konsekvenser och aktivismens baksida, *SvJT* 2015 s. 40-71
- Josefsson, Jonathan, *Children at the borders*, Linköping University, Department of Thematic Studies, Diss. Linköping : Linköpings universitet, 2016
- Children's Rights to Asylum in the Swedish Migration Court of Appeal, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 25, nr. 1 2017, s. 85-113
- Kaeding, Michael., Pollak, Johannes och Schmidt, Paul. (red.), *The Future of Europe Views from the Capitals*, Springer International Publishing, 2019
- Kaldal, Anna, *Parallella processer: en rättsvetenskaplig studie av riskbedömningar i vårdnads- och LVU-mål*, Jure Förlag, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2010
- Kaldal, Anna och Farkhooy, Rebecca, *Hur ska barn i Sverige få upprättelse när deras rättigheter kränkts? För- och nackdelar med en ratificering av barnkonventionens tilläggsprotokoll om individuell klagorätt*, UNICEF, Sverige 2017
- Kalverboer, Margrite, Daan Beltman, Carla van Os, and Elianne Zijlstra, The Best Interests of the Child in Cases of Migration, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 25, nr. 1 2017, s. 114-139

- Karageorgiou, Eleni, *Rethinking Solidarity In European Asylum Law: A Critical Reading of the Key Concept in Contemporary Refugee Policy*, Faculty of Law, Lund University, Diss. Lund : Lunds universitet, 2018, Lund, 2018
- Kempees, Peter, "Legitimate aims" in the case-law of the European Court of Human Rights, i Mahoney, Paul (red.), *Protecting Human Rights: The European Perspective: Studies in the Memory of Rolv Ryssdal*, Heyman, Köln, 2000, s. 659-675
- Kilkelly, Ursula, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate, Aldershot, 1999
- Kindström Dahlin, Moa, *Psykiatrirätt: intressen, rättigheter och principer*, Jure, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2014, Stockholm, 2014
- Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod, i Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 21-46
- Koivisto, Ida, From moral rules to individual rights – and beyond? The institutionalization of good administration in Finland and in Europe, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 1 2018, s. 71-90
- Kostakopoulou, Dora, Ideas, Norms and European Citizenship: Explaining Institutional Change, *Modern Law Review*, vol. 68, nr. 2 2005, s. 233-267
- Lagerqvist Veloz Roca, Annika, *Gränsöverskridande: en förvaltningsrättslig knäckfråga*, Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Stockholm, 2011
- Lambert, Héléne, The European Court of Human Rights and the right of refugees and other persons in need of protection to family reunion, *International Journal of Refugee Law*, vol. 11, nr. 3 1999, s. 427-450
- Langrognet, Fabrice, The Best Interests of the Child in French Deportation Case Law, *Human Rights Law Review*, vol. 18, no. 3 2018, s. 567-592
- Lavin, Rune, Lagrådet och den offentliga rätten 2009–2011, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr 2 2012, s. 149-184
- Lebeck, Carl, *EU-stadgan om grundläggande rättigheter*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2016
- *Legalitetsprincipen i förvaltningsrätten*, Norstedts juridik, Stockholm, 2018
- Letsas, George, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* [Elektronisk resurs], Oxford, 2007
- Levine, Paul A., *From Indifference to Activism: Swedish Diplomacy and the Holocaust, 1938-1944*, Univ., Diss. Uppsala : Univ., Uppsala, 1996
- Leviner, Pernilla, Barnkonventionen som svensk lag – en diskussion om utmaningar och möjligheter för att förverkliga barns rättigheter, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 2 2018, s. 287-311
- Våra barn och andras ungar – om solidaritet och (o)likabehandling av barn i det svenska välfärdssystemet, i Erhag, Thomas, Leviner, Pernilla och Lind, Anna-Sara (red.), *Socialrätt under omvandling: om solidaritet och välfärdsstatens gränser*, 2018, s. 94-131

- Lind, Anna-Sara, EU-medborgarnas sociala rättigheter, i Bernitz, Ulf, Oxelheim, Lars och Persson, Thomas (red.), *Välfärdsgapet: EU:s sociala utmaning*, Santérus, Stockholm, 2015, s. 23-50
- Lind, Jacob och Lundberg, Anna, *Barn i migrationsprocessen*, kartläggning som genomförts inom ramen för SOU 2016:19 (tillgänglig via Riksarkivet. En version av rapporten finns även tillgänglig via <https://www.mah.se/upload/Forskningscentrum/MIM/Publications/160309%20Lundberg%20and%20Lind.pdf>)
- Technologies of Displacement and Children's Right to Asylum in Sweden, *Human Rights Review*, vol. 18 nr. 2, 2017, s. 189-208
- Lindblom, Per Henrik, *Miljöprocess, del 1*, Iustus, Uppsala, 2001
- Lindell, Bengt, *Helhetsbedömningar och intresseavvägningar: en introduktion till användningen av multikriterieanalys och oskarp logik i en juridisk kontext*, 1. uppl., Iustus, Uppsala, 2015
- Lindencrona, Gustaf, De nya bestämmelserna om tillsyn över utlännningar, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 1 1941, s. 25-31
- Loescher, Gil., *Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis* [Elektronisk resurs], Oxford University Press, 1993
- Lundberg, Anna, *Principen om barnets bästa i asylprocessen - ett konstruktivt verktyg eller kejsarens nya kläder?*, Malmö Institute for Studies of Migration, Diversity and Welfare (MIM), Malmö, 2009
- Barns bästa som överordnad princip och rättslig praktik: en jämförande undersökning av asylbeslut i norsk och svensk utlänningsförvaltning, *Juridisk tidskrift*, nr 4 2011, s. 769-799
- The Best Interests of the Child Principle in Swedish Asylum Cases – the Marginalization of Children's rights, *Human Rights in Practice*, vol. 2, nr 1, 2011, s. 49-70
- Macznik, Jonatan, *Från fri folkförflyttning till restriktiv skyddslagstiftning – en rätts-historisk studie av motiven bakom utlänningslagstiftningen under 1920-och 1930-talen*, examensarbete, Lunds universitet, 2014
- Mahmoudi, Said, Leviner, Pernilla, Kaldal, Anna och Lainpelto, Katrin (red.), *Child-Friendly Justice: A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of the Child*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015
- Mannelqvist, Ruth, Asplund, Ida och Enqvist, Lena, Rättssäkerhet i välfärden: tre exempel från rättsvetenskaplig forskning, i Örjan Edström, Johan Lindholm och Ruth Mannelqvist (ed.), *Jubileumsskrift till Juridiska institutionen 40 år*, Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet, 2017, s. 235-244
- Marcusson, Lena, God förvaltning – en rättslig princip? i Marcusson, Lena (red.), *God förvaltning: ideal och praktik*, Iustus, Uppsala, 2006, s. 9-29
- Förvaltningsrättens rättssäkerhetstänkande, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr. 3 2010, s. 241-254
- Mattsson, Dag, Domarnas makt – domarrollen i ett nytt rättsligt landskap, *SvJT* 2014 s. 587-596

- McHarg, Aileen, Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems And Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, *The Modern Law Review*, vol. 62, nr. 5 1999, s. 671-696
- McLean, Edward B., Roscoe Pound's Theory of Interests and the Furtherance of Western Civilization, *Il Politico*, vol. 41, nr. 1 1976, s. 5-34
- Merrills, John Graham, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Andra upplagan, Manchester University Press, Manchester, 1995
- Michael, James, *Privacy and Human Rights: An International and Comparative Study, with Special Reference to Developments in Information Technology*, Dartmouth, Aldershot, 1994
- Miller, David, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2016
- Morano-Foadi, Sonia och Vickers, Lucy (red.), *Fundamental Rights In The EU: A Matter For Two Courts* [Elektronisk Resurs], Hart, Oxford, 2015
- Moravcsik, Andrew, *The Choice for Europe: Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, Routledge, London, 1999
- The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe, *International Organization*, vol. 54, nr. 2 2000, s. 217-252
- Moreham, Nicole A., The right to respect for private life in the European convention on human rights: a re-examination, *European Human Rights Law Review*, vol. 44, nr. 1 2008, s. 44 -79
- Narin Tezcan/Idriz , Family reunification under the standstill clauses of EU-Turkey Association law: Genc, *Common Market Law Review*, vol. 54, nr. 1 2017, s. 263–280
- Nilsson, Eva, *Barn i rättens gränsland: om barnperspektiv vid prövning om uppehållstillstånd*, Iustus, Diss. Umeå : Umeå universitet, Uppsala, 2007
- Noll, Gregor, *Negotiating Asylum: The EU Aquis, Extraterritorial Protection and the Common Market of Deflection*, Martinus Nijhoff, Diss. Lund : Univ., The Hague, 2000
- Why human rights fail to protect undocumented migrants, *European Journal of Migration and Law*, vol. 12, nr. 2, 2010, 241-272
- Junk science? Four arguments against the radiological age assessment of unaccompanied minors seeking asylum, *International Journal of Refugee Law* vol. 28, no. 2, 2016, s. 234-250
- Norström, Eva, *I väntan på asyl: retorik och praktik i svensk flyktingpolitik*, Diss. Lund : Univ., 2004
- Nowak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Andra upplagan, Engel, Kehl, 2005
- Nyström, Viktoria, *Handbok för offentliga biträden i asylprocessen*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014

- Orchard, Phil, *Right to Flee : Refugees, States, and the Construction of International Cooperation*, Cambridge University Press, Cambridge [Elektronisk resurs], 2014
- Ottosson, Lisa, *Utan given hemvist: barnperspektiv i den svenska asylprocessen*, Barn- och ungdomsvetenskapliga institutionen, Stockholms universitet, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2016, Stockholm, 2016
- Paju, Jaan, *Suveränitetserosion?: om EU-rättens påverkan på nationella sociala trygghetsmodeller; särskilt Sverige*, Ragulka, Visby, 2015
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritze, Stockholm, 1995
- Pedro, Guilherme Marques, *The Flying Dutchman Asymmetry: Migration rights in question*, Konferensbidrag till The Ontario Legal Philosophy Graduate Conference, McMaster University, 2016
- Peers, Steve och Rogers, Nicola (red.), *EU Immigration and Asylum Law: Text and Commentary* [Elektronisk Resurs], 1 uppl., Brill, Leiden, 2006
- Peers, Steve, Garlick, Madeline, Moreno-Lax, Violeta och Guild, Elspeth, *EU Immigration and Asylum Law: (Text And Commentary). Vol. 3, EU Asylum Law*, [Elektronisk resurs], Andra upplagan, 2015
- Peers, Steve, Hervey, Tamara, Kenner, Jeff och Ward, Angela (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Hart Pub Ltd, Oxford, 2014
- Peers, Steve, *EU Justice and Home Affairs Law: EU Immigration and Asylum Law. Vol. 1.*, Oxford University Press, 2016
- Persson, Vilhelm, Obehövlig kommunikation och beslutsmotivering, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 3 2018, s. 499-516
- Peter Olivecrona, *Om rättigheternas gränser – Tillämplighet på nationell nivå för Europeiska Unionens stadga om de grundläggande rättigheterna*, Examensarbete, Umeå universitet, 2013
- Pobjoy, Jason M., The Best Interest of the Child Principle as an Independent Source of International Protection, *International och Comparative Law Quarterly*, 2015, 64(2), s. 327-363
- *The Child in International Refugee Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017
 - Article 10. The Right to Family Reunification, i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 343-369
 - Article 22. Refugee Children, i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 818-855
- Popovic, Aleksandra och Noll, Gregor, Flyktingstatus – en marginaliserad resurs i svensk asylrätt, *Juridisk Tidskrift*, nr 4 2006, s. 834-865

- Pound, Roscoe, The Call for a Realist Jurisprudence, *Harvard Law Review*, vol. 44, nr. 5 1931, 697-711
- A Survey of Social Interests, *Harvard Law Review*, vol. 57, no. 1, 1943, s. 1–39
- *Jurisprudence, Vol. 3*, part 4: The Scope and Subject Matter of Law, West Publ. Co., St. Paul, Minn., 1959
- Rainey, Bernadette, Wicks, Elizabeth och Ovey, Clare, *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Sjunde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2017
- Ratcovich, Martin, *International Law and the Rescue of Refugees at Sea*, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2019
- Reichel, Jane, *God förvaltning i EU och i Sverige*, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, Stockholm, 2006
- Rättsliga begränsningar av myndigheters fria skön – från ett EU-rättsligt och svenskt perspektiv, *Upphandlingsrättslig tidskrift* nr 4 2015, 338-361
- EU-rättslig metod, i Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 109-142
- Europeiska principer för god förvaltning och 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 423-441
- Reimers, David M., *Unwelcome Strangers: American Identity and the Turn Against Immigration*, Columbia University Press, New York, 1998
- Reynaert, Didier, Bouverne-De Bie, Maria, och Vandevelde, Stijn, Between ‘believers’ and ‘opponents’: Critical discussions on children’s rights, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 20, nr. 1 2012, s. 155-168
- Ribbing, Michaela, *Förvaltningsprocessen och rättegångsbalken*, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2018, Stockholm, 2018
- Roagna, Ivana, *Protecting the Right to Respect for Private and Family Life under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Human Rights Handbooks, Strasbourg, 2012
- Rosén, Annika, *Är detta seriöst?: en studie av anhöriginvandring till Sverige*, Socialhögskolan, Lunds universitet, Diss. Lund : Lunds universitet, 2010, Lund, 2010
- Ruhs, Martin och Martin, Philip, Numbers vs. Rights: Trade-Offs and Guest Worker Programs, *International Migration Review*, vol. 42 nr. 1 2008, s. 249-265
- Ruin, Olof, *I välfärdsstatens tjänst: Tage Erlander 1946-1969*, Tiden, Stockholm, 1986
- Sandberg, Kristen, The Role of National Courts in Promoting Children’s Rights, *The International Journal of Children's Rights*, vol. 22, nr. 1 2014, s. 1-20
- Sandesjö, Håkan, *Barnrättsperspektivet i asylprocessen*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013
- Sarimento, Daniel, Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europé, *Common Market Law Review*, vol. 50 nr. 5, 2013, s. 1267–1304

- Schapiro, Leonard. S, The European Court of Human Rights, *University of Western Australia Annual Law Review*, vol. 2, nr. 1 1951, s. 65-79
- Schiratzki, Johanna, *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige: en rättsvetenskaplig undersökning*, Juridiska fakulteten, Univ., Stockholm, 2000
- *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige: en rättsvetenskaplig undersökning*, Andra upplagan, Iustus, Uppsala, 2005
 - The Best Interests of the Child in the Swedish Aliens Act, *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 14, nr. 3 2000, s. 206-225
- Seidlitz, Madelaine, Asylrätt: en praktisk introduktion, Upplaga 2, Norstedts juridik, Stockholm, 2019
- Simpson, A. W. Brian., *Human Rights and the End of Empire: Britain and the Genesis of the European Convention* [Elektronisk resurs], Oxford University Press, Oxford, 2004
- Singer, Anna, *Barnets bästa: om barns rättsliga ställning i familj och samhälle*, Sjunde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2019
- Sjöberg, Lennart, Bedömningars ofullkomligheter en fara för rättssäkerheten, *Juridisk Tidskrift*, 1998-99, nr 4., s. 928-947
- Skåntorp, Gustav, *Omständigheter som förändras: särskilt i ärenden om uppehållstillstånd*, Examensarbete vid Stockholms universitet, 2017
- Smyth, Ciara Mary, *The Common European Asylum System and the Rights of the Child: An Exploration of Meaning and Compliance*, Diss, Uitgeverij Boxpress:'s-Hertogenbosch, 2013
- The Jurisprudence of the European Court of Human Rights Relevant to Child Migrants, i Bhabha, Jacqueline, Kanics, Jyothi och Senovilla Hernández, Daniel (red.), *Research Handbook on Child Migration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2018, s. 140-153
- Spijkerboer, Thomas, Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion, *European Journal of Migration and Law*, vol. 11 nr. 3, 2009, s. 271-293
- Stang, Elisabeth Gording, The Child's Right to Protection of Private Life and Family Life, i Mahmoudi, Said, Leviner, Pernilla, Kaldal, Anna och Lainpelto, Katrin (red.), *Child-Friendly Justice: A Quarter of a Century of the UN Convention on the Rights of The Child* [Elektronisk Resurs], Brill Nijhoff, Leiden, 2015, s. 256-270
- Stelkens, Ulrich och Andrijauskaitė, Agnė, *Added Value of the Council of Europe to Administrative Law: The Development of Pan-European General Principles of Good Administration by the Council of Europe and Their Impact on the Administrative Law of Its Member States*, FÖV Discussion Paper No. 86, 2017
- Stern, Rebecca, Rätten till deltagande enligt FN: s Barnkonvention, *Nordic Journal of Human Rights*, vol. 25, nr. 1, 2007, s. 17-28
- *Ny utlänningslag under lupp*, Svenska Röda korset, Stockholm, 2008
 - Hur bedöms ett skyddsbehov? Om gränsdragning, konsekvens och förutsägbarhet i svensk asylpraxis, *SvJT* 2012 s. 282-299

- Sterzel, Fredrik, Legalitetsprincipen, i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 75-96
- Ström Melin, Annika, *Europas svaga hjärta: från Haag 1948 till Budapest 2014*, Första upplagan, Dialogos, Stockholm, 2014
- Strömberg, Håkan, Formerna för ändring av praxis i utlänningsärenden, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 1 1990, s. 1-4
- Svanberg, Ingvar och Tydén, Mattias, *Tusen år av invandring: en svensk kulturhistoria*, Tredje upplagan, Dialogos, Stockholm, 2005
- Théry, Irène, "The Interests Of The Child" and the Regulation of the Post-Divorce Family, i Smart, Carol och Sevenhuijsen, Selma (red.), *Child Custody and the Politics of Gender*, Routledge, London, 1989, s. 78-99
- Thorburn Stern, Rebecca och Wikström, Hanna, *Migrationsrätt: skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*, Liber, Stockholm, 2016
- *Implementing article 12 of the UN Convention on the Rights of the Child: Participation, Power and Attitudes*, Brill Nijhoff, Leiden, 2017
 - Vem får del av kakan? Om migranter, rättigheter och solidaritet, i Erhag, Thomas, Leviner, Pernilla och Lind, Anna-Sara (red.), *Socialrätt under omvandling: om solidaritet och välfärdsstatens gränser*, 2018, s. 192-223
 - Om barn som migranter och som barn, i Helander, Karin & Leviner, Pernilla (red.), *Barn, migration och integration i en utmanande tid*, Ragulka press, Visby, 2019, s. 159-171
- Thym, Daniel, Respect for Private and Family Life Under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, nr. 1 2008, s. 87-112
- Tobin, John, Article 4. A State's General Obligation of Implementation i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 108-158
- Tobin, John och Cashmore, Judy, Article 9. The Right Not to be Separated from Parents i Tobin, John (red.), *The UN Convention on the Rights of the Child: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 307-342
- Vahlne Westerhäll, Lotta, *Den starka statens fall? En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950–2000*, Stockholm, 2002
- Tvång, proportionalitet och likhet vid öppen psykiatrisk tvångsvård – Är lagstiftningen om öppen psykiatrisk tvångsvård rättssäker?, *Juridisk tidskrift*, nr 4 2012/13, s. 827-844
- Van Walsum, Sarah, Comment on the Sen Case. How Wide is the Margin of Appreciation Regarding the Admission of Children for Purposes of Family Reunification?, *European Journal of Migration and Law*, vol. 4, nr 4 2002, s. 511-520
- Vandenhoele, Wouter, Desmet, Ellen, Reynaert, Dider, och Lembrechts, Sara (red.), *Routledge International Handbook of Children's Rights Studies* [Elektronisk resurs], Routledge, New York, 2015

- Wadensjö, Eskil, Commentary – Sweden and Scandinavia, i Orrenius, Pia M., Martin, Philip L., och Hollifield, James F., *Controlling Immigration: A Global Perspective* [Elektronisk resurs], Tredje upplagan, Stanford, California: Stanford University Press; 2014, s. 302-307
- Wahlgren, Peter, Syfte och nytta med rättsvetenskapliga arbeten, *SvJT* 2002 s. 293-303
- Ward, Angela, Remedies under the EU Charter of Fundamental Rights, *Europarättslig tidskrift*, nr 1 2016, s. 15-28
- Warren, Samuel D. och Brandeis, Louis D., The Right to Privacy, *Harvard Law Review*, vol. 4, nr. 5. 1890, s. 193-220
- Weber, Albrecht, The European Charter of Fundamental Rights, *Europarättslig tidskrift*, nr 3 2000, s. 447-453
- Weiler, Joseph HH, The Transformation of Europe, *Yale Law Journal*, vol. 100, nr. 8, 1991, s. 2403-2483
- Weiler, Joseph H.H., och Lockhart, Nicolas J.S., Taking Rights Seriously: the European Court of Justice and its Fundamental Rights Jurisprudence – Part I, *Common Market Law Review*, vol. 32, nr 1, 1995, s. 51-94
- Wenander, Henrik, *Fri rörlighet i Norden: nordiska gränshinder i rättslig belysning*, Juristförlaget, Lund, 2014
- Proportionalitetsprincipen i 2017 års förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr. 3 2018, s. 443-456
 - Varför offentlig rätt?, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 1 2019, s. 97-109
- Wexler, Laura P, Street Children and US Immigration Law: What Should Be Done, *Cornell International Law Journal*, vol. 41, nr. 2 2008, s. 545-576
- Wiesbrock, Anja, The Right to Family Reunification of Third-Country Nationals under EU Law – is the Directive 2003/86/EC in Compliance with the ECHR?, *Human Rights & International Legal Discourse*, vol. 2, nr. 2 2011, s. 138-165
- Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer*, version den 1 oktober 2018 (upplaga 11B), Zeteo
- Wilhelmsson, Thomas, Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna läroarna, *Retfärd*, nr 33 1986
- Winder, Robert, *Bloody foreigners: The Story of Immigration to Britain*, Little, Brown, London, 2004
- Zermatten, Jean, The Best Interests of the Child Principle: Literal Analysis and Function, *International Journal of Children's Rights*, vol 18, nr. 4 2010, s. 483-499
- Zetterquist, Ola, The Charter of Fundamental Rights and the European Res Publica, i Di Federico, Giacomo (red), *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Springer, Netherlands, 2010, s. 3-14
- Zila, Josef, Om rättssäkerhet, *SvJT* 1990, s. 284-305
- Zimmerman, Andreas, Dörschner, Jonas och Machts, Felix (red), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011

Åhman, Karin, *Egendomsskyddet: äganderätten enligt artikel 1 första tilläggsprotokollet till den Europeiska konventionen om de mänskliga fri- och rättigheterna*, Iustus, Diss. Uppsala : Univ., Uppsala, 2000

- Europadomstolens principer i Marcusson, Lena (red.), *Offentligrättsliga principer*, Tredje upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2017, s. 19-48
- Legalitetsprincipen i en ny förvaltningslag, *Förvaltningsrättslig tidskrift* nr. 3 2018, s. 457-464

Österdahl, Inger, Räddaren i nöden? Den afrikanska stadgan för människans och folkens rättigheter, *SvJT* 1993, s. 134-169

- Normprövning ur ett EKMR-perspektiv, *SvJT* 2007 s. 882-896

Offentligt tryck och material från internationella organisationer

Sverige

Riksdagsskrivelser

Rskr. 1951:251

Rskr. 1996/97:80

Rskr. 1989/90:350

Rskr. 1998/99:171

Rskr. 1994/95:214

Rskr. 2003/04:253

Rskr. 1995/96:90

Rskr. 2005/06:10

Riksdagsprotokoll

Riksdagens protokoll 1989/90:46

Riksdagens protokoll 1994/95:43

Riksdagens protokoll 1991/92:4

Riksdagens protokoll 2015/16:62

Riksdagens protokoll 1991/92:49

Riksdagens protokoll 2017/18:131

Utskottsbetänkanden

Konstitutionsutskottets
betänkande nr 26 år 1973

med anledning av propositionen
1973:90 med förslag till ny regerings-
form och ny riksdagsordning m. m.

Socialutskottets betänkande
1989/90:SoU28

Godkännande av FN-konventionen om
barnets rättigheter

Socialförsäkringsutskottets
betänkande 1994/95:SFU16

Ändringar i utlänningslagen

Utrikesutskottets
betänkande 1994/95:UU12

Reformering av övervakningssystemet
enligt Europakonventionen

Konstitutionsutskottets
betänkande 1995/96:KU30

Granskning av statsrådets tjänsteutöv-
ning och regeringsärendenas handlägg-
ning

Socialutskottets betänkande 1995/96:SoU4	Barn och ungdom
Socialförsäkringsutskottets betänkande 1996/97:SFU05	Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv m.m.
Socialförsäkringsutskottets be- tänkande 1997/98:SfU7	Återkallelse av uppehållstillstånd
Socialutskottets betänkande 1998/99:SoU6	Strategi för att förverkliga FN:s kon- vention om barnets rättigheter i Sve- rige m.m.
Socialförsäkringsutskottets betänkande 1999/2000:SfU9	Upphållstillstånd på grund av anknyt- ning
Socialförsäkringsutskottets be- tänkande 2003/04:SFU18	Stärkt barnperspektiv i mål om utvis- ning på grundav brott
Socialförsäkringsutskottets be- tänkande 2005/06:SfU5	Ny prövning av avvisnings- och utvis- ningsbeslut
Socialförsäkringsutskottets be- tänkande 2004/05:SFU17	Ny instans- och processordning i utlän- nings- och medborgarskapsärenden
Socialförsäkringsutskottets be- tänkande 2016/17:SfU19	Kompletteringar av den tillfälliga la- gen för uppehållstillstånd rörande stu- dier på gymnasienivå
Finansutskottets betänkande 2017/18:FiU49	Extra ändringsbudget för 2018 - Ny möjlighet till uppehållstillstånd

Motioner

Motion 1981/82:668	Åtgärder till stöd för vissa utländska barn, Birgitta Dahl m.fl.
Motion 1985/86:347	Invandrapolitiken (prop 1985/86:98), Rune Backlund m. fl. (c)
Motion 1985/86:Sf509	Flyktingpolitiken, Margareta Palmqvist m. fl. (s)
Motion 1985/86:Sf519	Flyktingpolitiken, Bengt Westerberg m. fl. (fp)
Motion 1986/87:Sf516	Flyktingpolitiken, Bengt Westerberg m. fl. (fp)
Motion 1987/88:Sf534	Om generösare invandrar- och flyktingpolitik, Bengt Westerberg m. fl. (fp)
Motion 1987/88:Sf541	Om flyktingpolitiken, Alf Svensson (c)
Motion 1989/90:Sf615	Flykting- och invandrapolitiken, Inger Schörling m.fl. (mp)
Motion 1990/91:Sf627	Flykting- och invandrapolitiken, Inger Schörling m.fl. (mp)
Motion 1990/91:Sf638	Flyktingpolitiken, Lars Werner m.fl. (v)
Motion 2004/05:Sf13	Med anledning av skr. 2004/05:47 Migration och asylpolitik, Sven Brus m.fl. (kd)

Propositioner och regeringens skrivelser

Prop. 1927:198	Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om utlännings rätt att här i riket vistas
Prop. 1951:165	Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen angående godkännande av Sveriges anslutning till Europarådets konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Prop. 1954:41	Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till utlänningslag
Prop. 1968:142	Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen angående riktlinjer för utlänningspolitiken m. m.
Prop. 1973:90	Kungl. Maj:ts proposition med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m. m.
Prop. 1975:26	Regeringens proposition om riktlinjer för invandrar- och minoritetspolitiken m. m.
Prop. 1975/76:18	Regeringens proposition om ändring i utlänningslagen (1954:193) m.m
Prop. 1979/80:96	Förslag till ny utlänningslag, m. m.
Prop. 1981/82:146	Om ändring i utlänningslagen (1980:376), m.m.
Prop. 1983/84:144	Om invandrings- och flyktingpolitiken
Prop. 1988/89:86	Förslag till utlänningslag m.m.
Prop. 1989/90:107	Om godkännande av FN-konventionen om barnets rättigheter
Prop. 1990/91:195	Om aktiv flykting- och immigrationspolitik m.m.
Prop. 1991/92:30	Om en särskild nämnd för utlänningsärenden
Prop. 1993/94:51	Överföring och mottagande av flyktingar från f.d. Jugoslavien m.m.
Prop. 1993/94:117	Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor
Prop. 1993/94:150	Förslag till slutlig reglering av statsbudgeten för budgetåret 1994/95, m.m.
Prop. 1993/94:159	Utvisning på grund av brott
Prop. 1994/95:19	Sveriges medlemskap i Europeiska unionen
Prop. 1994/95:115	Reformering av övervakningssystemet enligt Europakonventionen
Prop. 1994/95:179	Ändringar i utlänningslagen (1989:529)
Prop. 1996/97:25	Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv
Prop. 1997/98:178	Medborgarskap och identitet

Prop. 1997/98:182	Strategi för att förverkliga FN:s konvention om barnets rättigheter i Sverige
Prop. 1997/98:36	Återkallelse av uppehållstillstånd
Prop. 1999/2000:43	Upphållstillstånd på grund av anknytning
Prop. 2003/04:113	Stärkt barnperspektiv i mål om utvisning på grund av brott
Prop. 2004/05:167	Ändringsprotokoll till Europakonventionen - en effektivare Europadomstol
Prop. 2004/05:170	Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden
Prop. 2005/06:72	Genomförande av EG-direktivet om rätt till familjeåterförening samt vissa frågor om handläggning och DNA-analys vid familjeåterförening
Prop. 2007/08:147	Nya regler för arbetskraftsinvandring
Prop. 2009/10:137	Åtgärder mot familjeseparation inom migrationsområdet
Prop. 2011/12:60	Genomförande av återvändandedirektivet
Prop. 2012/13:109	Hälso- och sjukvård till personer som vistas i Sverige utan tillstånd
Prop. 2012/13:151	Överflyttning av vissa utlänningsärenden till den ordinarie migrationsprocessen m.m.
Prop. 2012/13:58	Utbildning för barn som vistas i landet utan tillstånd
Prop. 2013/14:216	Särskilt ömmande omständigheter
Prop. 2013/14:217	Enklare regler om uppehållstillstånd för vissa vårdnadshavare som sammanbor med barn i Sverige
Prop. 2013/14:81	Uppföljning av rörlighetsdirektivets genomförande
Prop. 2015/16:174	Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige
Prop. 2015/16:18	Ändringsprotokoll nr 15 – Nya regler för att öka Europadomstolens effektivitet
Prop. 2016/17:133	Kompletteringar av den tillfälliga lagen för uppehållstillstånd rörande studier på gymnasienivå
Prop. 2016/17:180	En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag
Prop. 2016/17:212	Möjlighet att avstå från återkallelse av uppehållstillstånd när arbetsgivaren självmant har avhjälpt brister
Prop. 2017/18:186	Inkorporering av FN:s konvention om barnets rättigheter
Prop. 2017/18:252	Extra ändringsbudget för 2018 – Ny möjlighet till uppehållstillstånd
Prop. 2018/19:128	Förlängning av lagen om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige

Regeringens förordningsmotiv 1991:8

Regeringens förordningsmotiv 1992:6

Regeringens förordningsmotiv 1994:1

Skr. 1989/90:68

Om invandrar- och flyktingpolitiken

Skr. 1999/2000:137

Barn – här och nu. Redogörelse för barnpolitiken i Sverige med utgångspunkt i FN:s konvention om barnets rättigheter

Skr. 2008/09:33

Migration och asylpolitik

Skr. 2013/14:91

Åtgärder för att stärka barnets rättigheter och uppväxtvillkor i Sverige

Kommittédirektiv

Dir. 2013:35

Översyn av barnets rättigheter i svensk rätt

Dir. 2015:17

Tilläggsdirektiv till Barnrättighetsutredningen

Statens offentliga utredningar (SOU)

SOU 1936:53

Utredning angående revision av bestämmelserna om utlännings rätt att här i riket vistas och därmed sammanhängande spörsmål

SOU 1945:1

Betänkande med förslag till utlänningslag och lag angående omhändertagande av utlänning i anstalt eller förläggning

SOU 1946:36

Parlamentariska undersökningskommissionen angående flyktingärenden och säkerhetstjänst

SOU 1956:45

Slutbetänkande (betänkande nr 12 avgivet av nordiska parlamentariska kommittén för friare samfärdsel m.m.)

SOU 1967:18

Invandringen problematik och handläggning: Utlänningsutredningens betänkande

SOU 1979:64

Ny utlänningslag Utlänningslagkommitténs betänkande

SOU 1982:49

Invandringspolitiken delbetänkande (bakgrund)

SOU 1983:29

Invandringspolitiken delbetänkande (förslag)

SOU 1990:79

Utlänningsnämnd, betänkande av asylprövningskommittén

SOU 1993:40

Fri- och rättighetsfrågor del B Inkorporering av Europakonventionen

SOU 1993:120

Uppehållstillstånd och avvisning vilken betydelse skall en utlännings vandel tillmätas? (delbetänkande)

SOU 1994:54

Utvärdering av praxis i asylärenden

SOU 1995:75	Svensk flyktingpolitik i globalt perspektiv betänkande
SOU 1996:115	Barnkonventionen och utlänningslagen
SOU 1997:116	Barnets bästa i främsta rummet FN:s konvention om barnets rättigheter förverkligas i Sverige
SOU 1997:152	Uppehållstillstånd på grund av anknytning
SOU 1999:16	Ökad rättssäkerhet i asylärenden
SOU 2005:50	Arbetskraftsinvandring till Sverige - befolkningsutveckling, arbetsmarknad i förändring, internationell utblick
SOU 2006:6	Skyddsgrundsdirektivet och svensk rätt
SOU 2006:87	Arbetskraftsinvandring till Sverige - förslag och konsekvenser
SOU 2010:29	En ny förvaltningslag
SOU 2016:6	Framtid sökes – Slutredovisning från den nationella samordnaren för utsatta EU-medborgare
SOU 2016:19	Barnkonventionen blir svensk lag

Departementsserien

Ds 2002:41 Barnperspektivet i mål om utvisning på grund av brott

Lagrådet

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 1996-09-16

Ny utlänningslag, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2002-10-09

Ny instans- och processordning i utlänningsärenden m.m., Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2005-05-09

Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2016-04-20

Ny möjlighet till uppehållstillstånd, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2018-03-28

Myndighetspublikationer

Brottsförebyggande rådet (Brå), Barnets bästa? Domstolarnas bedömningar i ärenden där föräldrar riskerar utvisning, 2006

Migrationsverket, Asylsökande till Sverige 1984–1999, tillgänglig via <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Statistik/Asyl.html>

— Översikter och statistik från tidigare år, Översikter och tidsserier, Asylsökande till Sverige 2000–2018, tillgänglig via <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Statistik/Asyl.html>

— Yttrande gällande departementspromemorian Åtgärder mot familjeseparation inom migrationsområdet (Ds 2009:39), 20 oktober 2009, Dnr 122-2009-26163

- Statistik månad för månad 2015, Inkomna ansökningar om asyl, tillgänglig via <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Statistik/Over-sikter-och-statistik-fran-tidigare-ar/2015.html>
- Handbok för migrationsärenden, uppdaterad: 2017-12-13

Riksrevisionen, Konsekvensanalyser inför migrationspolitiska beslut (RiR 2017:25), tillgänglig via https://www.riksrevisionen.se/download/18.78ae827d1605526e94b2dac8/1518435494951/RiR_2017_25_MI-GRATIONSPOLITIK_ANPASSAD.PDF

Sociala meddelanden utgivna av Kungliga Socialstyrelsen, 1938, Nr 11, Flyktingarna i Sverige (Digitaliserad av Statistiska centralbyrån, SCB, 2009)

Europeiska unionen

Europeiska rådet

Europeiska rådet i Bryssel den 23–24 mars 2006, Ordförandeskapets slutsatser, 7775/1/06 REV 1

European Council meeting at Cologne, 3/4 June 1999, Conclusions of the Presidency, Annex IV

Europaparlamentet

Resolution om förklaring om grundläggande rättigheter och friheter, EGT C 120, 16.5.1989, s. 51.

European Parliament resolution of 30 May 2018 on the annual report on the functioning of the Schengen area (2017/2256(INI)), tillgänglig via <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&language=EN&reference=P8-TA-2018-0228>, senast använd 22 augusti 2018.

EU-kommissionen

EU-kommissionens vägledning till ett bättre införlivande och en bättre tillämpning av rörlighetsdirektivet (2004/38/EG), KOM(2009) 313 slutlig, Bryssel den 2.7.2009

Förslag till Rådets direktiv om rätt till familjeåterförening, KOM(1999) 638 slutlig (framlagt av kommissionen den 1 december 1999)

Grönbok om rätt till familjeåterförening för tredjelandsmedborgare som är bosatta i Europeiska unionen (direktiv 2003/86/EG), KOM/2011/0735, 15 november 2011

Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet och Rådet om vägledning till ett bättre införlivande och en bättre tillämpning av direktiv 2004/38/EG om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier (Text av betydelse för EES), KOM(2009) 313 slutlig, Bryssel den 2 juli 2009

Meddelande från Kommissionen till Rådet och Europaparlamentet, Riktlinjer för tillämpningen av direktiv 2003/86/EG om rätt till familjeåterförening, KOM(2014) 210 slutlig, Bryssel den 3 april 2014

Meddelande från Kommissionen, Mot en EU-strategi för barnets rättigheter, KOM(2006) 367 slutlig, Bryssel den 4 juli 2006

Pressmeddelande, Kommissionen föreslår olika handlingsalternativ för att reformera det gemensamma asylsystemet och ta fram säkra och lagliga sätt att resa till Europa, Bryssel den 6 april 2016, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1246_sv.htm.

Strategiska mål 2005–2009, Europe 2010: Ett partnerskap för Europas förnyelse, välstånd, solidaritet och säkerhet, KOM(2005) 12 slutlig av den 26 januari 2005

Utvidgningen – övergångsbestämmelser, se <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=466&langId=sv>. Senast använd 24 maj 2018

Ändrat förslag till Rådets direktiv om rätt till familjeåterförening, KOM(2000) 624 slutlig (framlagt av kommissionen den 10 oktober 2000)

Ändrat förslag till rådets direktiv om rätt till familjeåterförening, KOM (2002) 225 slutlig (framlagt av kommissionen den 2 maj 2002)

Övrigt EU-rättsligt material

Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna, 2007/c 303/02, EUT C 303, 14.12.2007, s. 17–35

EU-domstolens yttrande 2/13 (plenium), 18 december 2014, EU:C:2014:2454

Europarådet

Europarådet, Collected edition of the "Travaux préparatoires" of the European convention on human rights. Vol. 1, Preparatory commission of the Council of Europe, committee of ministers, consultative assembly, 11 May - 8 September 1949, Nijhoff, The Hague, 1975

— Collected edition of the "Travaux préparatoires" of the European convention on human rights. Vol. 4, Committee of experts - committee of ministers, conference of senior officials, 30 March-June 1950, Nijhoff, The Hague, 1977

Förenta nationerna

FN:s barnrättskommitté

Allmänna kommentarer

Allmän kommentar nr 5 (2003) om allmänna åtgärder för genomförandet av konventionen om barnets rättigheter (artikel 4, 42 och 44.6)

Allmän kommentar nr 6 (2005) om behandlingen av ensamkommande barn och barn som har skilts från föräldrarna utanför ursprungslandet

Allmän kommentar nr 7 (2005) om genomförandet av barnets rättigheter under tidig barndom

Allmänna kommentar nr 12 (2009) om barnets rätt att bli hörd

Allmän kommentar nr 13 (2011) om barnets rätt till frihet från alla former av våld

Allmän kommentar nr 14 (2013) om barnets rätt att få sitt bästa satt i främsta rummet

Gemensam allmän kommentar nr 3 (2017) av FN:s kommitté för skydd av migrantarbetare och deras familjers rättigheter och nr 22 (2017) av FN:s barnrättskommitté om de allmänna principerna rörande barns mänskliga rättigheter inom ramen för internationell migration

Gemensam allmän kommentar nr 4 (2017) av FN:s kommitté för skydd av migrantarbetare och deras familjers rättigheter och nr 23 (2017) av FN:s barnrättskommitté om staternas skyldigheter rörande barns mänskliga rättigheter inom ramen för internationell migration i ursprungs-, transit-, destinations- och återvändandeländer

Sammanfattande slutsatser och rekommendationer

CRC/C/15/Add.79	Concluding observations on the initial periodic report of Australia
CRC/C/BEL/CO/3-4	Concluding observations on the combined third and fourth periodic reports of Belgium
CRC/C/COK/CO/1	Concluding observations on the initial periodic report of Cook Islands
CRC/C/15/Add.90	Concluding observations on the initial periodic report of Japan
CRC/C/15/Add.231	Concluding observations on the second periodic report of Japan,
CRC/C/JPN/CO/3	Concluding observations on the third periodic report of Japan
CRC/C/LIE/CO/2	Concluding observations on the second periodic report of Liechtenstein
CRC/C/15/Add.159	Concluding observations on the initial periodic report of Mauritania
CRC/C/15/Add.71	Concluding observations on the initial periodic report of New Zealand
CRC/C/NZL/CO/5	Concluding observations on the fifth periodic report of New Zealand
CRC/C/15/Add.23	Concluding observations on the initial periodic report of Norway

CRC/C/15/Add.126	Concluding observations on the second periodic report of Norway
CRC/C/15/Add.263	Concluding observations on the third periodic report of Norway
CRC/C/SGP/CO/2-3	Concluding observations on the consolidated second and third periodic report of Singapore
CRC/C/SWE/CO/5	Concluding observations on the fifth periodic report of Sweden
CRC/C/CHE/CO/2-4	Concluding observations on the combined second to fourth periodic reports of Switzerland
CRC/C/GBR/CO/5	Concluding observations on the fifth periodic report of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland

Övrigt

Day of General Discussion, The Rights of All Children in the Context of International Migration, Background Paper, augusti 2012

FN:s kommitté för mänskliga rättigheter (MR-kommittén)

Allmän kommentar nr. 19: Article 23 (The Family) Protection of the Family, the Right to Marriage and Equality of the Spouses

Allmän kommentar nr. 17: Article 24 (Rights of the Child)

Guidelines on measures of reparation under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/158, 30 november 2016

Ad Hoc Committee on Statelessness and Related Problems

UN Doc. E/AC.32/SR.20

Reports of the Working Group on a Draft Convention on the Rights of the Child

E/CN.4/1989/48

E/CN.4/1989/48

E/CN.4/L.1575

E/CN.4/SR.1438

E/CN.4/ NGO/244

E/CN.4/L.1468

E/CN.4/1989/48

E/CN.4/1985/SR.53/Add.1

E/CN.4/L.1575

E/CN.4/1988/SR.56

E/CN.4/1984/71

E/CN.4/1989/SR.54

UNICEF

Protecting the World's Children: Impact of the Convention on the Rights of the Child in Diverse Legal Systems [Elektronisk resurs], Cambridge University Press, Cambridge, 2007

Handbok om Barnkonventionen, 1. Uppl, Stockholm, 2008

UNHCR

Annual Tripartite Consultations on Resettlement Geneva, 20-21 June 2001, Background Note for the Agenda Item: Family Reunification in the Context of Resettlement and Integration

Comments on the Amended Proposal of the European Commission for a Council Directive on the Right to Family Reunification (COM(2002) 225 final, 2 May 2002)

Conclusions Adopted by the Executive Committee on the International Protection of Refugees, December 2009, 1975 – 2009 (Conclusion No. 1 – 109)

Guidelines on International Protection No. 2: "Membership of a Particular Social Group" Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, 2002

Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 2009

Guidelines on Assessing and Determining the Best Interests of the Child, 2018, tillgänglig via: <https://www.refworld.org/docid/5c18d7254.html>

Handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning

Resettlement Handbook, 2011

RSD Procedural Standards -- Processing Claims Based on the Right to Family Unity, 2016

United Nations High Commissioner for Human Rights

Legislative history of the Convention on the Rights of the Child, 2007, part I

Legislative history of the Convention on the Rights of the Child, 2007, part II

Övrigt offentligt tryck och internationellt material

Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2017). International Migration Report 2017: Highlights(ST/ESA/SER.A/404)

ECRE, Comments from the European Council on Refugees and Exiles (Ecre) on the European Commission Proposal for a Council Directive on the Right to Family Reunification, ST 7984 2000 INIT, 20 april 2000

Federal Republic of Germany, Replies of Germany to the list of issues in relation to the third and fourth periodic reports of Germany, 1 November 2013, CRC/C/DEU/Q/3-4/Add.1

Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons, 25 July 1951, del IV., rekommendation B

Government of the United Kingdom, Consideration of reports submitted by States parties under article 44 of the Convention Fifth periodic reports of States parties due in 2014 United Kingdom, CRC/C/GBR/5

- House of Lords House of Commons Joint Committee on Human Rights The UK's compliance with the UN Convention on the Rights of the Child Eighth Report of Session 2014–15, HL Paper 144
- International Committee of the Red Cross, Commentary to the Additional Protocols of the Geneva Conventions of 1949, citerad i Secretariat of the Inter-Governmental Consultations, Report on Family Reunification
- International Organisation for Migration (IOM), World Migration Report 2018
- Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Remiss: Barnkonventionen blir svensk lag (SOU 2016:19), Dnr SU FV-1.1.3-1237-16, 10 oktober 2016
- Permanent Representation of the Polish People's Republic to the United Nations in Geneva, Note verbale dated 5 October 1979 addressed to the Division of Human Rights, E/ CN.4/1349
- Pressmeddelande Arbetsmarknadsdepartementet, Nr 31, 1988-12-28
- Pressmeddelande Arbetsmarknadsdepartementet, Nr 8, 1989-05-31
- Remissvar till tillfälliga lagen, publicerade på <https://www.regeringen.se/remisser/2016/02/remiss-av-begransningar-av-mojligheten-att-fa-uppehallstillstand-i-sverige/>
- Reservations, Declarations and Objections Relating to the Convention on the Rights of the Child, 7 December 1999, CRC/C/2/Rev.8
- Treaty Series No. 17 (2008) Fourth Supplementary List of Ratifications, Accessions, Withdrawals, Etc., FOR 2008, Cm 7699, Presented to Parliament by the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs by Command of Her Majesty September 2009
- UD 2003:02, Utredningen om översyn av utlänningslagstiftningen
- UD, Sveriges rättsliga åtaganden på MR-området i internationellt perspektiv, 1999
- UNHCR:s regionala representation för Nordeuropa, UNICEF Sverige och Migrationsverket, Barnets rättigheter i asylprocessen – sammanställning av stöddokument för handläggning och prövning av barns asylskäl, 2014

Rättsfall m.m.

Svenska domstolar och kontrollorgan

Högsta domstolen

NJA 1992 s. 615

NJA 1996 s. 365

NJA 1997 s. 172

NJA 2005 s. 283

NJA 2005 s. 805

NJA 2006 s. 40

NJA 2006 s. 388

NJA 2007 s. 425

NJA 2009 s. 300

NJA 2012 s. 1038

NJA 2013 s. 502

NJA 2014 s. 415

Opublicerade avgöranden

B 4150-18 (Utvisning och familjevåld), dom meddelad den 19 juni 2019

B 5931-18 (Utlänningsens vistelsetid), dom meddelad den 24 april 2019

Högsta förvaltningsdomstolen (tidigare Regeringsrätten)

RÅ 1996:40

HFD 2012 ref. 12

HFD 2015 ref. 16

Opublicerade avgöranden

Regeringsrättens beslut i mål nr 136-10 meddelat i Stockholm den 17 februari 2010

Migrationsöverdomstolen

MIG 2006:1	MIG 2007:54
MIG 2006:4	MIG 2007:56
MIG 2006:8	MIG 2007:57
MIG 2007:1	MIG 2007:59
MIG 2007:2	MIG 2007:60
MIG 2007:5	MIG 2008:1
MIG 2007:7	MIG 2008:2
MIG 2007:8	MIG 2008:3
MIG 2007:11	MIG 2008:10
MIG 2007:14	MIG 2008:11
MIG 2007:15	MIG 2008:13
MIG 2007:17	MIG 2008:16
MIG 2007:18	MIG 2008:18
MIG 2007:19	MIG 2008:19
MIG 2007:29	MIG 2008:26
MIG 2007:30	MIG 2008:29
MIG 2007:31	MIG 2008:30
MIG 2007:32	MIG 2008:31
MIG 2007:33	MIG 2008:33
MIG 2007:34	MIG 2008:37
MIG 2007:36	MIG 2008:41
MIG 2007:38	MIG 2008:43
MIG 2007:43	MIG 2009:1
MIG 2007:45	MIG 2009:2
MIG 2007:46	MIG 2009:3

MIG 2009:4	MIG 2013:5
MIG 2009:8	MIG 2013:14
MIG 2009:9	MIG 2013:16
MIG 2009:11	MIG 2013:17
MIG 2009:12	MIG 2013:18
MIG 2009:14	MIG 2013:23
MIG 2009:17	MIG 2014:3
MIG 2009:21	MIG 2014:5
MIG 2009:22	MIG 2014:6
MIG 2009:23	MIG 2014:7
MIG 2009:29	MIG 2014:8
MIG 2009:31	MIG 2014:9
MIG 2009:33	MIG 2014:12
MIG 2009:37	MIG 2014:14
MIG 2010:2	MIG 2014:16
MIG 2010:4	MIG 2015:3
MIG 2010:6	MIG 2015:4
MIG 2010:10	MIG 2015:8
MIG 2010:17	MIG 2015:11
MIG 2010:18	MIG 2015:18
MIG 2011:11	MIG 2015:21
MIG 2011:16	MIG 2015:23
MIG 2011:17	MIG 2015:27
MIG 2011:23	MIG 2016:6
MIG 2011:25	MIG 2016:7
MIG 2011:27	MIG 2016:9
MIG 2012:1	MIG 2016:13
MIG 2012:3	MIG 2016:16
MIG 2012:4	MIG 2016:18
MIG 2012:5	MIG 2016:26
MIG 2012:6	MIG 2017:4
MIG 2012:13	MIG 2017:6
MIG 2012:14	MIG 2017:13
MIG 2012:15	MIG 2017:16
MIG 2012:21	MIG 2017:17

MIG 2017:20	MIG 2018:17
MIG 2017:24	MIG 2018:18
MIG 2017:25	MIG 2018:19
MIG 2018:4	MIG 2018:20
MIG 2018:6	MIG 2019:12
MIG 2018:16	

Opublicerade avgöranden

Migrationsöverdomstolens dom den 30 maj 2007 i mål nr UM 745-06

Migrationsöverdomstolens avgörande den 18 december 2007 i mål nr UM 2082-07

Migrationsöverdomstolens dom den 22 april 2008 i mål nr UM 4198-07

Migrationsöverdomstolens dom den 17 mars 2011 i mål UM 9536-10

Domar och beslut från andra svenska instanser

Förvaltningsrätten i Malmö, dom den 1 oktober 2014 i mål UM 3466-14

Förvaltningsrätten i Malmö, dom den 7 mars 2016 i mål UM 5416-15

JO-beslut 14 mars 2002, dnr 1245-2000

Regeringsbeslut 93-00

Regeringsbeslut 95-02

Regeringsbeslut 21-94

Regeringsbeslut 23-94

Utlänningsnämnden avgörande UN 348-98

Utlänningsnämnden avgörande UN 362-99

Utlänningsnämndens avgörande UN 389-00

EU-domstolen

C-26/62	NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mot Nederländska skatteförvaltningen, EU:C:1963:1
C-6/64	Flaminio Costa mot E.N.E.L, EU:C:1964:66
C-29/69	Erich Stauder mot staden Ulm – Sozialamt, EU:C:1969:57
C-11/70	Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, EU:C:1970:114
C-26/74	Roquette Frères mot kommissionen, EU:C:1976:69
C-41/74	Yvonne van Duyn mot Home Office, EU:C:1974:133
C-36/75	Roland Rutili mot Ministre de l'intérieur, EU:C:1975:137

C-33/76	Rewe mot Landwirtschaftskammer für das Saarland, EU:C:1976:188
C-45/76	Comet BV mot Produktschap voor Siergewassen, EU:C:1976:191
C-30/77	Regina mot Pierre Bouchereau, EU:C:1977:172
C-106/77	Amministrazione delle finanze dello Stato mot Simmenthal, EU:C:1978:49
C-158/80	Rewe mot Hauptzollamt Kiel, EU:C:1981:163
C-35/82 och C-36/82	Elestina Esselina Christina Morson mot Staat der Nederlanden och Hoofd van de Plaatselijke Politie in de zin van de Vreemdelingenwet; Sewradjie Jhanjan mot Staat der Nederlanden, EU:C:1982:368
C-42/82	Kommissionen mot Frankrike, EU:C:1983:88
C-327/82	Ekro BV Vee- en Vleeshandel mot Produktschap voor Vee en Vlees, EU:C:1984:11
C-14/83	von Colson och Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen, C:1984:153
C-59/85	Nederländska staten mot Ann Florence Reed, EU:C:1986:157
C-314/85	Foto-Frost mot Hauptzollamt Lübeck-Ost, EU:C:1987:452
C-316/85	Centre public d'aide sociale de Courcelles mot Marie-Christine Lebon, EU:C:1987:302
C-269/90	Technische Universität München mot Hauptzollamt München-Mitte, EU:C:1991:438
C-370/90	The Queen mot Immigration Appeal Tribunal och Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department, EU:C:1992:296
C-434/93	Ahmet Bozkurt mot Staatssecretaris van Justitie, EU:C:1995:168
C-64/96 och C-65/96	Land Nordrhein-Westfalen mot Kari Uecker och Vera Jacquet mot Land Nordrhein-Westfalen, EU:C:1997:285
C-292/97	Kjell Karlsson m.fl., EU:C:2000:202
C-340/97	Ömer Nazli, Caglar Nazli och Melike Nazli mot Stadt Nürnberg, EU:C:2000:77
C-37/98	The Queen mot Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnasir Savas, EU:C:2000:224
C-224/98	Marie-Nathalie D'Hoop mot Office national de l'emploi, EU:C:2002:432
C-184/99	Grzelczyk mot Centre public d'aide social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, EU:C:2001:458
C-413/99	Baumbast och R mot Secretary of State for the Home Department, EU:C:2002:493

- C-60/00 Mary Carpenter mot Secretary of State for the Home Department, EU:C:2002:434
- C-109/01 Secretary of State for the Home Department mot Hacene Akrich, EU:C:2003:491. C-459/99 Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie ASBL (MRAX) mot Belgiska staten, EU:C:2002:461
- C-482/01 och C-493/01 Georgios Orfanopoulos m.fl. och Raffaele Oliveri mot Land Baden-Württemberg, EU:C:2004:262
- C-148/02 Carlos Garcia Avello mot Belgiska staten, EU:C:2003:539
- C-200/02 Kunqian Catherine Zhu och Man Lavette Chen mot Secretary of State for the Home Department, EU:C:2004:639
- C-371/02 Björnekulla Fruktindustrier AB mot Procordia Food AB, EU:C:2004:275
- C-441/02 Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland, EU:C:2006:253
- C-456/02 Michel Trojani mot Centre Public D'Aide Sociale de Bruxelles, EU:C:2004:488
- C-209/03 The Queen, på begäran av Dany Bidar mot London Borough of Ealing och Secretary of State for Education and Skills, EU:C:2005:169
- C-540/03 Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd, EU:C:2006:429,
- C-291/05 Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie mot R. N. G. Eind, EU:C:2007:771
- C-50/06 Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna, EU:C:2007:325
- C-212/06 Gouvernement de la Communauté française française och Gouvernement wallon mot Gouvernement flamand, EU:C:2008:178
- C-242/06 Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie mot T. Sahin, EU:C:2009:554
- C-349/06 Murat Polat mot Stadt Rüsselsheim, EU:C:2007:581
- C-33/07 Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București mot Gheorghe Jipa., EU:C:2008:396
- C-57/07 Europeiska kommissionen mot Storhertigdömet Luxemburg, EU:C:2007:765
- C-98/07 Nordania Finans A/S och BG Factoring A/S mot Skatteministeriet, EU:C:2008:144
- C-523/07 A, EU:C:2009:225
- C-551/07 Deniz Sahin mot Bundesminister für Inneres, EU:C:2008:755

- C-127/08 Blaise Baheten Metock m.fl. mot Minister for Justice, Equality and Law Reform, EU:C:2008:449
- C-135/08 Janko Rottman mot Freistaat Bayern, EU:C:2010:104
- C-310/08 London Borough of Harrow mot Nimco Hassan Ibrahim och Secretary of State for the Home Department, EU:C:2010:80
- C-480/08 Maria Teixeira mot London Borough of Lambeth och Secretary of State for the Home Department, EU:C:2010:83
- C-578/08 Rhimou Chakroun mot Minister van Buitenlandse Zaken, EU:C:2010:11
- C-34/09 Gerardo Ruiz Zambrano mot Office national de l'emploi (ONEm), EU:C:2011:124
- C-145/09 Land Baden-Württemberg mot Panagiotis Tsakouridis, EU:C:2010:708
- C-279/09 DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH mot Bundesrepublik Deutschland, EU:C:2010:811.
- C-297/10 Sabine Hennigs mot Eisenbahn-Bundesamt och C-298/10, Land Berlin mot Alexander Mai, EU:C:2011:560
- C-355/10 Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd, EU:C:2012:516
- C-411/10 och C-493/10 N. S. mot Secretary of State for the Home Department och M. E. m.fl. mot Refugee Applications Commissioner och Minister for Justice, Equality and Law Reform, EU:C:2011:865
- C-617/10 Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson, EU:C:2013:280
- C-40/11 Yoshikazu Iida mot Stadt Ulm, EU:C:2012:691
- C-83/11 Secretary of State for the Home Department mot Muhammad Sazzadur Rahman m.fl., EU:C:2012:519
- C-256/11 Murat Dereci m.fl. mot Bundesministerium für Inneres, EU:C:2011:734
- C-356/11 och C-357/11 O., S. mot Maahanmuuttovirasto och Maahanmuuttovirasto mot L, EU:C:2012:776
- C-648/11 The Queen, på begäran av MA m.fl. mot Secretary of State for the Home Department, EU:C:2013:367
- C-86/12 Adzo Domenyo Alokpa m.fl. mot Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration, EU:C:2013:645
- C-87/12 Kreshnik Ymeraga m.fl. mot Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration, EU:C:2013:291
- C-225/12 C. Demir mot Staatssecretaris van Justitie, EU:C:2013:725

C-233/12	Simone Gardella mot Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), EU:C:2013:449
C-293/12 och C-594/12	Digital Rights Ireland Ltd mot Minister for Communications, Marine and Natural Resources m.fl. och Kärntner Landesregierung m.fl., EU:C:2014:238
C-456/12	O mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel och Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel mot B, EU:C:2014:135
C-457/12	S. mot Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel och Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel mot G, EU:C:2014:136
C-604/12	H. N. mot Minister for Justice, Equality and Law Reform m.fl., EU:C:2014:302
C-138/13	Naime Dogan mot Bundesrepublik Deutschland, EU:C:2014:2066
C-338/13	Marjan Noorzia mot Bundesministerin für Inneres, EU:C:2014:2092
C-153/14	Minister van Buitenlandse Zaken mot K och A, EU:C:2015:453
C-165/14	Alfredo Rendón Marín mot Administración del Estado, EU:C:2016:675
C-304/14	Secretary of State for the Home Department mot CS, EU:C:2016:674
C-419/14	WebMindLicenses kft mot Nemzeti Adó- és Vámhivatal Kiemelt Adó- és Vám Főigazgatóság, EU:C:2015:832
C-558/14	Mimoun Khachab mot Subdelegación de Gobierno en Álava, EU:C:2016:285
C-561/14	Caner Genc mot Integrationsministeriet, EU:C:2016:247
C-115/15	Secretary of State for the Home Department mot NA, EU:C:2016:487
C-133/15	H.C. Chavez-Vilchez m.fl. mot Raad van bestuur van de Sociale verzekeringsbank m.fl., EU:C:2017:354
C-601/15	J. N. mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, EU:C:2016:84
C-550/16	A och S mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, EU:C:2018:248
C-673/16	Relu Adrian Coman m.fl. mot Inspectoratul General pentru Imigrări och Ministerul Afacerilor Interne, EU:C:2018:385
C-380/17	K, B mot Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, EU:C:2018:877

Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna och Europarådets kommission för de mänskliga rättigheterna

Europadomstolen

- A.A. mot Förenade kungariket (dom den 20 september 2011, appl. no 8000/08)
- A.H. Khan mot Förenade kungariket (dom den 20 december 2011, appl. no. 6222/10)
- Abdolkhani och Karimnia mot Turkiet (dom den 22 september 2009, appl. no. 30471/08)
- Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Förenade kungariket (dom den 28 maj 1985, appl. no. 9214/80, 9473/81 och 9474/81)
- Ahmut mot Nederländerna (dom den 28 november 1996, appl. no. 21702/93)
- Airey mot Irland (dom den 9 oktober 1979, appl. no. 6289/73)
- Ajayi m.fl. mot Förenade kungariket (dom den 22 juni 1999, appl. no. 27663/95)
- Al-Nashif mot Bulgarien (dom den 20 juni 2002, appl. no. 50963/99)
- Al-Skeini m.fl. mot Förenade kungariket (dom den 7 juli 2011, appl. no. 55721/07)
- Alilouch El Abasse mot Nederländerna från den 6 januari 1992 (domen är opublicerad)
- Antwi m.fl. mot Norge (dom den 14 februari 2012, appl. no. 26940/10)
- Baghli mot Frankrike (dom den 30 november 1999, appl. no. 34374/97)
- Bah mot Förenade kungariket (dom den 27 september 2011, appl. no. 56328/07)
- Bajsultanov mot Österrike (dom den 12 juni 2012, appl. no. 54131/10)
- Banković m.fl. mot Belgien m.fl. (beslut den 12 december 2001, appl. no. 52207/99)
- Beldjoudi mot Frankrike (dom den 26 mars 1992, appl. no. 12083/86)
- Benhebba mot Frankrike (dom den 10 juli 2003, appl. no 53441/99)
- Berisha mot Schweiz (dom den 30 juli 2013, appl. no. 948/12)
- Berrehab mot Nederländerna (dom den 21 juni 1988, appl. no. 10730/84)
- Biao mot Danmark (dom den 24 maj 2016, appl. no 38590/10)
- Bibi mot Förenade kungariket (beslut den 29 juni 1992, appl. no. 19628/92)
- Bouchelkia mot Frankrike (dom den 29 januari 1997, appl. no. 23078/93)
- Boujlifa mot Belgien (dom den 21 oktober 1997, 122/1996/741/940)
- Boultif mot Schweiz (dom den 2 augusti 2001, appl. no. 54273/00)
- Butt mot Norge (dom den 4 december 2012, appl. no. 47017/09)
- C mot Belgien (dom den 7 augusti 1996, appl. no 21794/93)
- C.G. m.fl. mot Bulgarien (dom den 24 april 2008, appl. no. 1365/07)
- Chair och JB mot Tyskland (dom den 6 december 2007, appl. no. 69735/01)
- Chandra m.fl. mot Nederländerna (dom den 13 maj 2003, appl. no. 53102/99)
- Christine Goodwin mot Förenade kungariket (dom den 11 juli 2002, appl. no. 28957/95)
- Ciliz mot Nederländerna (dom den 11 juli 2000, appl. no 29192/95)
- Dalia mot Frankrike (19 februari 1998, 154/1996/773/974)

Darren Omoregie m.fl. mot Norge (dom den 31 juli 2008, appl. no. 265/07)
De Souza Ribeiro mot Frankrike (dom den 13 december 2012, appl. no. 22689/07)
Diamante and Pelliccioni mot San Marino (dom den 27 september 2011, appl. no. 32250/08)
Digrytė Klibavičienė mot Litauen (dom den 21 oktober 2014, appl. no. 34911/06)
Dremlyuga mot Lettland (beslut den 29 april 2003, appl. no. 66729/01)
Ebrahim och Ebrahim mot Nederländerna (beslut den 18 mars 2003, appl. no. 59186/00)
Ejimson mot Tyskland (dom den 1 mars 2018, appl. no. 58681/12)
El Boujaïdi mot Frankrike (dom den 26 september 1997 123/1996/742/941)
El Ghatet mot Schweiz (dom den 8 november 2016, appl. no. 56971/10)
Emonet m.fl. mot Schweiz (dom den 13 december 2007, appl. no. 39051/03)
Emre mot Schweiz (dom den 22 maj 2008, appl. no. 42034/04)
Ezzouhdi mot Frankrike (dom den 13 februari 2001, appl. no. 47160/99)
Ferhat Kilic mot Danmark (beslut den 22 januari 2007, appl. no. 20730/05)
Georgiadis mot Grekland (dom den 29 maj 1997, appl. no. 21522/93)
Gorzelik m.fl. mot Polen (dom den 17 februari 2004, appl. no. 44158/98)
Gül mot Schweiz (dom den 19 februari 1996, appl. no. 23218/94)
Hadjianastassiou mot Grekland (dom den 16 december 1992, appl. no. 12945/87)
Handyside mot Förenade kungariket (dom den 7 december 1976, appl. no. 5493/72)
Hatton m.fl. mot Förenade kungariket (dom den 2 oktober 2001, appl. no. 36022/97)
Hizir Kilic mot Danmark (beslut den 22 januari 2007, appl. no. 20277/05)
Hode och Abdi mot Förenade kungariket (dom den 6 november 2012, appl. no. 22341/09)
Hokkanen mot Finland (dom den 23 september 1994, appl. no. 19823/92)
I mot Förenade kungariket (dom den 11 juli 2002, appl. no. 25680/94)
I.A.A. m.fl. mot Förenade kungariket (beslut den 8 mars 2016, appl. no. 25960/13)
I.M. mot Nederländerna (beslut den 25 mars 2003, appl. no. 41266/98)
Jakupovic mot Österrike (dom den 6 februari 2003, appl. no. 36757/97)
Jeunesse mot Nederländerna (dom den 3 oktober 2014, appl. no. 12738/10)
K.R.S. mot Förenade kungariket (dom den 2 december 2008, appl. no. 32733/08)
Kaftailova mot Lettland (dom den 7 december 2007, appl. no. 59643/00)
Kanagaratnam m.fl. mot Belgien (dom den 13 december 2011, appl. no. 15297/09)
Kaplan m.fl. mot Norge (dom den 24 juli 2014, appl. no. 32504/11)
Kaya mot Tyskland (dom den 28 juni 2007, appl. no. 31753/02)
Keles mot Tyskland (dom den 27 oktober 2005, appl. no. 32231/02)
Klass m.fl. mot Tyskland (dom den 6 september 1978, appl. no. 5029/71)
Konovalova mot Ryssland (dom den 9 oktober 2014, appl. no. 37873/04)
Konstatinov mot Nederländerna (dom den 26 april 2007, appl. no. 16351/03)
Latifa Benamar m.fl. mot Nederländerna (beslut den 5 april 2005, appl. no. 43786/04)

Liu mot Ryssland (dom den 26 juli 2011, appl. no. 29157/09)
Lupsa mot Rumänien (dom den 8 juni 2006, appl. no. 10337/04)
Maaouia mot Frankrike (dom den 5 oktober 2000, appl. no. 39652/98)
Madsen mot Danmark (beslut den 7 november 2002, appl. no. 58341/00)
Maslov mot Österrike (dom den 23 juni 2008, appl. no. 1638/03)
Maumousseau och Washington mot Frankrike (dom den 6 december 2007, appl. no. 39388/05)
Mawaka mot Nederländerna (dom den 1 juni 2010, appl. no. 29031/04)
McMichael mot Förenade kungariket (dom den 24 februari 1995, appl. no. 16424/90)
Mehemi mot Frankrike (dom den 26 september 1997, 85/1996/704/896)
Mendizabal mot Frankrike (dom den 17 januari 2006, appl. no. 51431/99)
Mitchell mot Förenade kungariket (dom den 24 november 1998, appl. no. 40447/98)
Moskal mot Polen (dom den 15 september 2009, appl. no. 10373/05)
Moustaquim mot Belgien (dom den 18 februari 1991, appl. no. 12313/86)
Mubilanzila Mayeka och Kaniki Mitunga mot Belgien (dom den 12 oktober 2006, appl. no. 13178/03)
Mugenzi mot Frankrike (dom den 10 juli 2014, appl. no. 52701/09)
Muskhadzhiyeva mot Belgien (dom den 19 januari 2010, appl. no. 41442/07)
Mustafa och Armağan Akin mot Turkiet (dom den 6 april 2010, appl. no. 4694/03)
Mutlag mot Tyskland (dom den 25 mars 2010, appl. no. 40601/05)
Nasri mot Frankrike (dom den 13 juli 1995, appl. no. 19465/92)
Neulinger och Shuruk mot Schweiz (dom den 6 juli 2010, appl. no. 41615/07)
Niemiets mot Tyskland (dom den 16 december 1992, appl. no. 13710/88)
Nnyanzi mot Förenade kungariket (dom den 8 april 2008, appl. no. 21878/06)
Novruk m.fl. mot Ryssland (dom den 15 mars 2016, appl. no. 31039/11, 48511/11, 76810/12, 14618/13 och 13817/14)
Nunez mot Norge (dom den 28 juni 2011, appl. no. 55597/09)
Osman mot Danmark (dom den 14 juni 2011, appl. no. 38058/09)
Pajić mot Kroatien (dom den 23 februari 2016, appl. no. 68453/13)
Paposhvili mot Belgien (dom den 13 december 2016, appl. no. 41738/10)
Paradiso och Campanelli mot Italien (dom den 24 januari 2017, appl. no. 25358/12)
Partidul Comunistilor (Nepeceristi) och Ungureanu mot Rumänien (dom den 2 februari 2005, appl. no. 46626/99)
Popov mot Frankrike (dom den 19 januari 2012, appl. no. 39472/07 och 39474/07)
Priya mot Danmark (beslut om avvisning den 6 juli 2006, appl. no. 13594/03)
Radovanovic mot Österrike (dom den 22 april 2004, appl. no. 42703/98)
Rahimi mot Grekland (dom den 5 april 2011, appl. no. 8687/08)
Refah Partisi (The Welfare Party) m.fl. mot Turkiet (dom den 13 februari 2003, appl. no. 41340/98, 41342/98, 41343/98 och 41344/98)

Rodrigues da Silva och Hoogkamer mot Nederländerna (dom den 31 januari 2006, appl. no. 50435/99)

Rotaru mot Rumänien (dom den 4 maj 2000, appl. no. 28341/95)

Ruiz Torija mot Spanien (dom den 9 december 1994, appl. no. 18390/91)

S.J. mot Belgien (dom den 27 februari 2014, appl. no. 70055/10)

Saadi mot Italien (dom den 28 februari 2008, appl. no. 37201/06)

Samsonnikov mot Estland (dom den 3 juli 2012, appl. no. 52178/10)

Savasci mot Tyskland (beslut den 19 mars 2013, appl. no 45971/08)

Scozzari och Giunta mot Italien (dom den 13 juli 2000, appl. nos. 39221/98 och 41963/98)

Selmouni mot Frankrike (dom den 28 juli 1999, appl. no. 25803/94)

Sen mot Nederländerna (dom den 21 december 2001, appl. no. 31465/96)

Senchishak mot Finland (dom den 18 november 2014, appl. no. 5049/12)

Senigo Longue m.fl. mot Frankrike (dom den 10 juli 2014, appl. no. 19113/09)

Shevanova mot Lettland (dom den 7 december 2007, appl. no. 58822/00)

Sidiropoulos m.fl. mot Grekland (dom den 10 juli 1998, appl. no. 26695/95)

Silver mot Förenade kungariket (dom den 25 mars 1983, appl. no. 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75 och 7136/75)

Sisojeva mot Lettland (dom den 15 januari 2007, appl. no. 60654/00)

Slivenko mot Lettland (dom den 9 oktober 2003 , appl. no. 48321/99)

Sunday Times mot Förenade kungariket (dom den 26 april 1979, appl. no. 6538/74)

T.I. mot Förenade kungariket (beslut den 7 mars 2000, appl. no. 43844/98)

Tanda-Muzinga mot Frankrike (dom den 10 juli 2014, appl. no. 2260/10)

Tarakhel mot Schweiz (dom den 4 november 2014, appl. no. 29217/12)

Todorova mot Italien (dom den 13 januari 2009, appl. no. 33932/06)

Tuquabo-Tekle m.fl. mot Nederländerna (dom den 1 december 2005, appl. no. 60665/00)

Tyrer mot Förenade kungariket (dom den 25 april 1978, app. no. 5856/72)

Udeh mot Schweiz (dom den 16 april 2013, appl., no. 12020/09)

Wretlund mot Sverige (beslut den 9 mars 2004, appl. no. 46210/99)

X and Y mot Nederländerna (dom den 26 mars 1985, appl. no. 8978/80)

X mot Lettland (dom den 26 november 2013, appl. no. 27853/09)

X, Y och Z mot Förenade kungariket (dom den 22 april 1997, appl. no. 21830/93)

Y mot Ryssland (4 december 2008, appl. no. 20113/07)

Yildiz mot Österrike (31 oktober 2002, appl. no. 37295/97)

Yilmaz mot Tyskland (dom den 17 april 2003, appl. no. 52853/99)

Üner mot Nederländerna (dom den 18 oktober 2006, appl. no. 46410/99)

Z.H. och R.H. mot Schweiz (dom den 8 december 2015, appl. no. 60119/12)

Europakommissionen

X och Y mot Schweiz (beslut den 14 juli 1977, appl. no. 7289/75 och 7349/76)

X mot Belgien och Nederländerna (beslut den 10 juli 1975, appl. no. 6482/74)

X mot Frankrike (beslut den 5 oktober 1982, appl. no. 9993/82)

X mot Island (beslut den 18 maj 1976, appl. no. 6825/74)

Internationella domstolen

North Sea Continental Shelf (Förbundsrepubliken Tyskland mot Danmark), dom den 20 februari 1969, I.C.J. Reports 1969, s. 43

Asylum (Colombia mot Peru), dom den 20 november 1950, I.C.J. Reports 1950, s. 277

Inter-American Court of Human Rights

Atala Riffo mot Chile, 2012, punkt 177

FN:s kommitté för mänskliga rättigheter (MR-kommittén)

Coeriel och Aurik mot Nederländerna, CCPR/C/52/D/453/1991, Communication No. 453/1991, 31 oktober 1994

E.L.K. mot Nederländerna, 12 maj 2015, CCPR/C/113/D/2050/2011

Domar och beslut från utländska domstolar

District Court, E.D. New York, Beharry mot Reno, 2002, 183 F.Supp. 2d 584 (E.D.N.Y.), s. 600 f.

England and Wales High Court, Entick mot Carrington, EWHC KB J98 95 ER 807, dom den 2 november 1765

Norges Høyesterett, Rt-2013-449

Övrigt material

A right to family reunification for persons granted international protection? The Strasbourg case-law, state sovereignty and EU harmonisation, 2016, tillgänglig via <http://eumigrationlawblog.eu/a-right-to-family-reunification-for-persons-under-international-protection-the-strasbourg-case-law-state-sovereignty-and-eu-harmonisation-2/>, senast använd 12 januari 2018

Cameron, David, Free movement within Europe needs to be less free, Financial Times, <https://www.ft.com/content/add36222-56be-11e3-ab12-00144feabdc0>, publicerad 26 november 2013, senast använd 31 maj 2018

- Cameron pins Brexit on EU failure to grant UK brake on migration”, Financial Times, <https://www.ft.com/content/3901dd48-3cee-11e6-9f2c-36b487ebd80a>, publicerad 29 juni 2016, senast använd 31 maj 2018.
- Cameron: I'd withdraw from human rights convention 'to keep UK safe', The Guardian, söndag 29 september 2013, tillgänglig via: <https://www.theguardian.com/politics/2013/sep/29/david-cameron-human-rights-convention>, senast använd 22 augusti 2018.
- Circular Dispatch to H.M. Representatives in European Capitals, January 13, 1852, State Papers, 42, 1852-1853
- Denis, 6, ska utvisas ensam till Ukraina, <https://www.aftonbladet.se/nyheter/a/jP2QO9/sexarige-denis-ska-utvisas-ensam-till-ukraina>, publicerad 16 oktober 2018, senast använd 3 juli 2019
- Efter tio år i Sverige: Hinoks familj utvisas, <https://www.st.nu/efter-tio-ar-i-sverige-hinoks-familj-utvisas>, publicerad 15 januari 2013, senast använd 3 juli 2019
- Fortsatt gränskontroll vid inre gräns, <https://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2019/05/fortsatt-granskontroll-vid-inre-grans/>, publicerad 9 maj 2019, senast använd 5 augusti 2019
- Historien om när Sverige gick från TUT till PUT som huvudregel för skyddsbehövande – eller: konsten att nu gå bakåt i historien..., <https://louisedane.wordpress.com/2015/10/17/historien-om-nar-sverige-gick-fran-tut-till-put-som-huvudregel-for-skyddsbehovande-eller-konsten-att-ga-bakat-i-historien/>, publicerad 17 oktober 2015, senast använd 5 augusti 2019
- Kapiten, 9, är född i Sverige – men ska ändå utvisas, <https://www.aftonbladet.se/nyheter/a/1nrWoQ/kapiten-9-ar-fodd-i-sverige--men-ska-anda-utvisas>, publicerad 5 juni 2019, senast använd 3 juli 2019
- Moderaterna, <http://www.moderat.se/migration-och-integration>, text publicerad 2 december 2015, senast använd 10 augusti 2016
- Orban, Viktor: ”Hungary doesn’t want ‘Muslim invaders’”, <https://www.politico.eu/article/viktor-orban-hungary-doesnt-want-muslim-invaders/>, senast besökt 20 mars 2019
- Regeringen beslutar att tillfälligt återinföra gränskontroll vid inre gräns, <https://www.regeringen.se/artiklar/2015/11/regeringen-beslutar-att-tillfalligt-aterinfora-granskontroll-vid-inre-grans/>, publicerad 12 november 2015, senast använd 5 augusti 2019
- Regeringen föreslår åtgärder för att skapa andrum för svenskt flyktingmottagande”, <https://www.regeringen.se/artiklar/2015/11/regeringen-foreslar-atgarder-for-att-skapa-andrum-for-svenskt-flyktingmottagande/>, publicerad 24 november 2015, senast använd 5 augusti 2019
- Susanna Alakoski, En flykting korsar vårt spår – och förändrar oss, Dagens Nyheter, publicerad 19 mars 2016, senast använd 5 augusti 2019
- Sveriges kristna råd om påskuppropet, <https://www.skr.org/vart-arbete/migration-och-integration/opinion-migration/>, senast använd 5 augusti 2019

- Table of pending cases before the Committee on the Rights of the Child, <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRC/TablePendingCases.pdf>, senast använd 17 juli 2019
- Tal av Tage Erlander vid svenska metallindustriarbetareförbundets kongress 20-25 augusti 1961. Talet finns återgivet i Utrikesfrågor. Offentliga dokument m.m. rörande viktigare svenska utrikespolitiska frågor 1961. Utrikesdepartementet.
- Tvååriga Haddile riskerar utvisning, <https://www.expressen.se/kvallsposten/tvaariga-haddile-riskerar-utvisning/>, publicerad 22 september 2012, senast använd 3 juli 2019
- Unga Österspelare ska utvisas – efter elva år, <https://www.expressen.se/kvallsposten/sport/unga-osterspelare-ska-utvisas--efter-elva-ar/>, publicerad 9 juni 2014, senast använd 3 juli 2019
- Åhammar, Magnus, "Ska luddigt formulerade målsättningar ha samma domstolskydd som grundläggande rättigheter?", se <http://www.dagensjuridik.se/2019/01/ska-luddigt-formulerade-malsattningar-ha-samma-domstols-skydd-som-grundlaggande-rattigheter>, publicerad 24 januari 2019, senast använd 1 mars 2019
- Åkesson, Jimmie, Låt folket rösta – EU har blivit ett monster, Aftonbladet, <https://www.aftonbladet.se/debatt/a/8dexA/lat-folket-rosta--eu-har-blivit-ett-monster>, publicerad 8 februari 2017
- Ödesdagen närmar sig för nordkoreanska familjen Park, <https://www.svt.se/nyheter/lokalt/smaland/nordkoreanska-familjen-kallad-till-atervandandesamtal>, publicerad 24 april 2019, senast använd 3 juli 2019

Stater har som utgångspunkt en rätt att reglera invandring och därmed rätt att bestämma vilka människor, utöver dess egna medborgare, som får – och inte får – befinna sig på statens territorium. Samtidigt är rätten att få sitt privat- och familjeliv respekterat en mänsklig rättighet. Om ett barn berörs av ett beslut måste dessutom barnets bästa noga utredas och beaktas. I avhandlingen analyseras relationen mellan barnets bästa, rätten att få sitt privat- och familjeliv respekterat och statens rätt att reglera invandring.

Avhandlingen behandlar betydelsen av principen om barnets bästa i migrationsärenden samt vad barnkonventionen, Europakonventionen, EU-rätten och utlänningslagstiftningen stadgar om rätt till vistelse i Sverige pga. familjeband eller lång vistelsetid. Dessutom ges en översikt av migrationsrättens utveckling och grunder. Särskild vikt i avhandlingen läggs vid de juridiska krav om legalitet, objektivitet och proportionalitet samt skyldigheten att motivera beslut som ställs i migrationsärenden.

Avhandlingen riktar sig till lagstiftare, rättstillämpare och andra som vill veta mer om de svåra intresseavvägningar som uppkommer när barnets bästa, rätten till familjeliv och privatliv samt intresset att reglera invandring krockar.



Louise Dane

är jurist och verksam som forskare och lärare vid Juridiska institutionen, Stockholms universitet. Boken är hennes doktorsavhandling.

ISBN 978-91-7797-769-8

Juridiska institutionen



**Stockholms
universitet**