

Norden och migrationen – samsyn över gränserna

Louise Dane, doktorand, Sverige

Stater har som utgångspunkt en rätt att bestämma vilka människor, utöver dess egna medborgare, som får – och inte får – befinna sig på statens territorium. Detta måste ses som en utgångspunkt för migrationslagstiftning i olika länder och därmed också för politiken på området. I en tid som präglas av åtstramningar av länders migrationslagstiftning och där samma lagstiftning riskerar att innebära kränkningar av mänskliga rättigheter blir rättstillämparen garanten för att internationella åtaganden efterlevs. Vid prövningen av migrationsrättsliga ärenden behöver rättstillämparen inte sällan genomföra proportionalitetsbedömningar där såväl individens intresse av att befinna sig i en viss stat som denna stats intresse av att reglera invandringen aktualiseras. Att stater har ett intresse av att reglera invandring är generellt något som sällan ifrågasätts. Vad syftar begreppet ”intresset av reglerad invandring” på och vad innebär det.

1. Inledande anmärkningar

Mänsklig förflyttning är en företeelse lika gammal som mänskligheten själv, men fenomenet är likväl en brännande fråga i vår tid. Den allmänna debatten om migration (och migranter) är just nu både i Sverige och de andra nordiska länderna intensiv och präglas av många skilda åsikter om vad som är – och inte är – bra för ett land. I debatten återfinns såväl ekonomiska teser som kulturella och säkerhetsmässiga argument. Oavsett om en person har inställningen att stater bör tillåta stor invandring eller tvärtom är det sällan själva systemet med reglerad invandring i sig som ifrågasätts.

Det finns migrationsrättsforskare som hävdar att det i dagens samhälle är otänkbart att något land skulle kunna (eller vilja) fungera utan att på något sätt reglera invandringen och därmed kunna kontrollera hur många och vilka som tillåts bosätta sig och vistas i landet.¹ Systemet med någon form av reglerad invandring är sannolikt vad vi har att förhålla oss till inom

¹ Se exempelvis Dauvergne, Catherine, Irregular Migration, State Sovereignty and the Rule of Law, s. 76, i Chetail, Vincent & Bauloz, Céline (red.), Research handbook on international law and migration, 2014.

överskådlig framtid. Min ambition med detta referat är således inte att ifrågasätta systemet och dess utgångspunkt i reglerad invandring i sig (även om en sådan diskussion också skulle vara mycket intressant!) utan istället att lyfta fram att det behövs en närmare analys av det idag gällande systemet och dess utgångspunkter.

I det följande ska jag därför utveckla min syn på intresset reglerad invandring, främst ur ett rättsligt perspektiv. Det är en rättspolitisk uppfattning som ska ventileras och av såväl utrymmesskäl som för att få till en spännande debatt har jag möjligen tillåtit mig själv att förenkla en smula och låta en del argument och exempel vara något tillspetsade.

Även om intresset av reglerad invandring kan anses vara en nationell fråga, finns det enligt min mening tydliga poänger med att föra en diskussion av detta slag på nordisk nivå.

Migrationsrätten må vara ett rättsområde där stater historiskt sett haft stort utrymme att utöva sin suveränitet. Som en konsekvens av regionala samarbeten och internationella överenskommelser har dock utrymmet för stater att fritt besluta om sin migrationspolitik minskat. Ett sådant exempel är förstås det nordiska samarbetet för att underlätta rörelse inom Norden och ett annat den fria rörligheten inom EU/EES. Trots samarbete de nordiska länderna emellan finns det skillnader mellan dessa stater på migrationsområdet: till exempel är alla länder inte medlemmar i EU, delar av migrationslagstiftningarna skiljer sig åt nationellt, länderna är mer eller mindre geografiskt (svår)tillgängliga för migranter osv. Jag vill dock påstå att på det stora hela är de nordiska staternas möjligheter att utforma migrationslagstiftning begränsad på liknande vis, detta då att vi är bundna av samma mänskliga rättighetsnormer. Dessutom är alla de nordiska länderna välfärdsstater som är uppbyggda liknande sätt och med liknande kulturella värderingar som grund vilket borde innebära att de ”värden” som den reglerade invandringen är tänkt att skydda är liknande länderna emellan. Dessa likheter medför att jämförelser kan göras mellan de nordiska staternas regleringar på annat vis än som är möjligt med länder där samhällskonstruktionen är en annan. Den geografiska närheten de (flesta) nordiska länderna emellan innebär dessutom att det finns ett intresse av att ha liknande lagstiftning eftersom rörelsen av migranter mellan länderna påverkas om/när länderna väljer allt för olika system.

Under hösten 2015 ökade synligheten av människor på flykt i världen, i Europa och i Norden. I flera, om inte alla, nordiska länder presenterades (och antogs) förslag för att på olika sätt inskränka existerande lagstiftning. I Sverige beslutades under år 2016 bl.a. om ID-krav för inresa från Danmark, tidsbegränsade uppehållstillstånd som huvudregel för människor med

konstaterat skyddsbehov samt kraftiga begränsningar av möjligheterna till familjeåterförening.

Oavsett vad lagstiftaren beslutar måste dock rättstillämparen beakta statens åtaganden utöver den nationella rätten. De överenskommelser om mänskliga rättigheter staten förbundit sig att följa utgör således i praktiken en slags gräns för vilket genomslag nationell lagstiftning kan få. Samtliga nordiska stater är parter till Europakonventionen om mänskliga rättigheter (Europakonventionen), vilken här får tjäna som exempel. Europakonventionen ställer upp såväl en rätt till respekt för familjeliv och privatliv (artikel 8) som ett förbud mot tortyr och inhuman behandling (artikel 3). Förbudet mot tortyr och inhuman behandling är absolut och om det finns en risk för sådan behandling är en utvisning ur landet inte tillåten. Rätten till respekt för familjeliv och privatliv tillåter att utvisningar sker eller att en ansökan om återförening i landet nekas – men enbart om sådana beslut bedöms vara proportionerliga. När domstolar och myndigheter som ska göra en proportionalitetsbedömning måste de olika intressen som är för handen i ärendet bedömas och vägas mot varandra. Rättstillämparen tvingas ta ställning till frågan om vad som ska prioriteras: individens rättighet eller statens intresse. Men vad är det som avgör om individens rätt till respekt för sitt privat- eller familjeliv ibland är viktigare än statens intresse av reglerad invandring?

Som presenterats ovan är min huvudtes att innebörden av uttrycket ”statens intresse av reglerad invandring” bör förtydligas för att rättstillämparen i praktiken ska kunna göra korrekta rättsliga (proportionalitets)bedömningar. Jag påstod ovan att det finns en ”intresseförvirring” kring begreppet och ska här direkt erkänna att detta påstående är färgat av den svenska rättsliga kontext jag verkar inom. Faktum är att innebörden av begreppet förefaller tydligare utvecklat i exempelvis den norska lagstiftningen. Oavsett hur det ligger till med den saken ser jag dock inte att det är ett hinder för att föra ett intressant nordiskt samtal i frågan.

Nedan kommer först de nordiska staternas möjlighet att reglera invandring att belysas översiktligt. Därefter övergår vi till referatets kärnfråga – den reglerade invandringen – och ser närmare på skillnaden på politiska och rättsliga intressen. Med hjälp av ett exempel från norsk rätt presenterar jag ett förslag på vad jag anser bör vara utgångspunkt för de rättsliga intressen som ska beaktas vid en proportionalitetsbedömning. Härfter berörs kort varför denna diskussion är intressant att föra gemensamt av de nordiska länderna innan referatet

slutligen (förhoppningsvis) knyts ihop genom en avslutande sammanfattning av vinsterna med en ökad tydlighet gällande intresset reglerad invandring.

2. Staters möjlighet att reglera invandring

Så gott som samtliga stater har idag på något vis reglerat möjligheterna för utlänningar att bosätta sig inom landets territorium. Dessa regler är vad vi kallar migrationsrätt. Rättsområdet har beskrivits som ”suveränitetens sista utpost”², vilket nog får anses vara en sanning med modifikation. Att stater har möjlighet att reglera invandring är en följd av att suveräna stater (som utgångspunkt) har en rätt att bestämma vilka människor, utöver dess egna medborgare, som får – och inte får – befinna sig på statens territorium. Statens suveränitet är dock på olika sätt kringskuren via internationella och regionala överenskommelser. De nordiska staternas suveränitet vad gäller migrationsrätt påverkas på så vis bland annat av FN:s flyktingkonvention, FN:s tortyrkonvention, FN:s barnkonvention och inte minst Europakonventionen och EU/EES-samarbetet. Den starkaste begränsningen av staters suveränitet på migrationsområdet är förmodligen principen om non-refoulement, vilken innebär ett förbud för en stat att utvisa en person till ett område där dennes liv eller frihet skulle hotas.³ Förbudet avser inte endast hemlandet utan innebär även ett förbud mot s.k. att återsända en person till ett område ifrån vilket hen inte är skyddad från att sändas vidare till ett annat område där dennes liv eller frihet skulle hotas, s.k. *chain refoulement*. Principen om non-refoulement beskrevs vid framtagandet av flyktingkonventionen som ”en exceptionell begränsning av en suverän stats rätt att återsända en utlänning till dennes ursprungsland” [min översättning].⁴ I flyktingkonventionen finns inte någon uttrycklig rätt till inresa. En sådan rätt framkommer dock indirekt via skyldigheten att i vissa fall ge skydd samt även genom konventionens förbud mot att straffa flyktingar som reser in i ett land utan tillstånd, dvs. i strid med migrationsrättsliga kontroller.⁵ Liknande krav finns även inom EU-rätten. Principen

² Fritt översatt från ”the last major redoubt of unfettered national sovereignty”, Martin, David A, *Effects of International Law on Migration Policy and Practice: The Uses of Hypocrisy*, *The International Migration Review* 23, nr. 3, 1989, s. 547.

³ Principen framkommer av artikel 33 i flyktingkonventionen men avser då endast flyktingar och tillåter via artikelns andra stycke även vissa inskränkningar. Enligt artikel 3 i Europakonventionen samt bl.a. via FN:s tortyrkonvention anses förbudet dock gälla alla människor, inte endast flyktingar. Principen anses dessutom utgöra sedvanerätt.

⁴ ”[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, para. 49.

⁵ Hathaway, James C., *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, s. 279-369. Se även artikel 31 samt artikel 33 i flyktingkonventionen.

om non-refoulement gäller inte endast när en migrant tagit sig fram till en stats gräns, utan även så fort migranten befinner sig inom statens jurisdiktion.⁶

När det gäller människor med skyddsbehov finns det således ett begränsat utrymme för stater att ”reglera bort” sitt ansvar – i vart fall så fort personen ”kommit fram” till statens territorium eller annars hamnat inom dess jurisdiktion. Samtidigt kan konstateras att vissa stater för att undkomma ansvar har vidtagit en rad mer eller mindre avancerade åtgärder i syfte att försöka hålla migranter borta från dess jurisdiktion; här kan som exempel nämnas de ID-kontroller som infördes av den svenska staten under början av år 2016.

Utöver det absoluta utvisningsförbudet har den ”rättighetskultur” som växt sig allt starkare de senaste årtiondena ökat skyldigheterna för stater när det gäller hur de ska behandla migranter.⁷ Den framväxande internationella ordningen kring mänskliga rättigheter ger (vanligen) rättigheter till alla människor utan åtskillnad och skyddar därmed migranter oavsett nationalitet – och ibland även oaktat legal status. Folkrätten medför begränsningar av hur staterna tillåts lagstifta om migration, men kan även verka begränsande när (antagen) nationell lagstiftning ska tillämpas. Lagstiftaren (politiker) stiftar ibland lagar som riskerar att strida mot folkrätten men det innebär inte att tillämparen kan strunta i de internationella åtagandena. Vid tillämpningen av lagstiftningen måste även internationella förpliktelser beaktas. Genom att t.ex. beakta att det finns folkrättsliga bestämmelser som ger även migranter rätt till skydd för familjeliv har tillämparen, mer eller mindre avsiktligt, motverkat restriktiv politik exempelvis när det gäller möjligheten till familjeåterförening. Rättstillämparen har på så sätt ”tvingat” stater att fortsätta ta emot migranter även då politiska ”nollvisioner” vad gäller migration uttryckts och antagits. Som en konsekvens av staters åtaganden vad gäller mänskliga rättigheter tvingas politiker således ibland att acceptera invandring de försökt reglera bort.

Sammanfattningsvis kan John Torpeys parafra av Marx användas för att förklara staters suveränitet i migrationsfrågor: ”Stater skapar sina egna system, men de kan inte göra precis

⁶ Se exempelvis Gammeltoft-Hansen, Thomas, *Extraterritorial Migration Control and the Reach of Human Rights*, s. 116, i Chetail, Vincent & Bauloz, Céline (red.), *Research handbook on international law and migration*, 2014. Se även Hathaway, James C. *The rights of refugees under international law*. Cambridge University Press, 2005, s. 160 ff samt Goodwin-Gill, Guy S., Jane McAdam, and Jane McAdam. *The refugee in international law*. Vol. 12. Oxford: Clarendon Press, 1996.

⁷ Miller, David, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2016, s. 5.

som de vill; systemen skapas inte utifrån omständigheter staterna själva valt, men utifrån omständigheter direkt funna, givna och överförda från utsidan”.⁸

3. Staters intresse av reglerad invandring

Att lagstiftning finns till för att skydda vissa intressen är inte speciellt för migrationsrätten, men kanske är frågan vilka intressen migrationsrätten är satt att skydda intressant för att närmare förstå innebörden av ”statens intresse av en reglerad invandring”. Även om viss migrationskontroll kan ha förekommit tidigare så brukar det anföras att reglering av invandring började att uppkomma i slutet av 1800-talet – och då endast i vissa stater och endast gällande vissa grupper. Att försöka kontrollera migration blev först intressant när antalet människor som anlände ökade eller när de nyanlända ansågs oönskade av anledningar kopplade till ekonomi, moral eller ras⁹ eller en kombination av dessa. I Europa startade den ”nya eran av migrationskontroll” med att Förenade kungariket införde kontroller för att hindra främst judar från Östeuropa samt kinesiska sjömän från att invandra. Under första världskriget accepterades lagarna som krigslagstiftning. Efter krigets slut behölls regleringen, vilket då motiverades av den ekonomiska depressionen 1929, för att så småningom bli vad som idag anses som standard.¹⁰ På den vägen blev system med pass och visum normen för att korsa gränser.

I Sverige antogs först 1968 riktlinjer beträffande den samlade svenska invandringpolitiken.¹¹ I dessa förarbeten uttalades att Sverige har en skyldighet att ta emot flyktingar men att övrig invandring måste regleras utifrån hänsyn till situationen på arbetsmarknaden och till våra möjligheter att erbjuda bostäder, utbildning, sjuk- och hälsovård och social omvårdnad i övrigt.¹² Det 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

⁸ Torpey, John C., *The invention of the passport: surveillance, citizenship and the state*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 3, ”To paraphrase Marx, states make their own policy, ’but they do not make it just as they please; they do not make it under circumstances chosen by themselves, but under circumstances directly found, given, and transmitted’ from the outside”. En parafraas på Karl Marx uttalande ”Men make their own history, but they do not make it as they please; they do not make it under self-selected circumstances, but under circumstances existing already, given and transmitted from the past”, vilket återfinns i Marx, Karl & Engels, Friedrich, *The 18th Brumaire of Louis Bonaparte* [Elektronisk resurs], Electric Book Co., London, 2001, s. 7.

⁹ Översatt från engelskans racial vilket används av David Miller i boken *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2016.

¹⁰ För mer om den historiska utvecklingen av migrationskontroller se exempelvis Chetail, Vincent & Bauoz, Céline (red.), *Research handbook on international law and migration*, 2014 samt Miller, David, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2016.

¹¹ Prop. 1968:142, SU 1968:405. Vissa grundläggande regler för arbetskraftsinvandringen utfärdades emellertid redan under 1966-1967.

¹² Prop. 1968:142 samt prop. 1999/2000:43 19 f.

utlänningar skulle kunna leva på samma standardnivå¹³ som den inhemska befolkningen. Även i senare förarbeten återkommer beskrivningen av en reglerad invandring som ”en invandring anpassad till främst arbetsmarknadsläget och tillgången till bostäder”.¹⁴

De nordiska länderna är alla starka välfärdsstater och har som sådana 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.¹⁵ Länder som ignorerar krav på likabehandling tenderar att ha ett högre antal migranter (high numbers–low rights policies), medan länder som de nordiska, där likabehandling mellan medborgare och andra bosatta personer anses viktig tenderar att ha färre migranter (high rights–low numbers policies).¹⁶

Staters vilja att skapa ett rättighetssystem där migranter likabehandlas med medborgarna väcker komplexa frågor som involverar en rad ekonomiska såväl som icke-ekonomiska överväganden. Till exempel kan stater som ser jämlikhet och/eller respekt för mänskliga rättigheter som viktiga komponenter av sin nationella identitet vara ovilliga att begränsa migranternas rättigheter. Att begränsa migranternas rättigheter kan i förlängningen dessutom leda till betydande samhällskostnader i och med att en konsekvensen kan bli framväxten av en slags ”andra klassens invånare”, något som inte anses höra hemma i en välfärdsstat. Samtidigt är politik som uppfattas som kostsam av väljarkåren sällan populär.¹⁷

De första begränsningarna av migration runt om i världen var som nämnts främst kopplade till att stater ville stänga människor ute pga. deras ursprung eller beteende.¹⁸ Även i de ursprungliga svenska utlänningslagarna angavs liknande syften. Numera utvecklas sällan syftet med reglerad invandring i svenska förarbeten. Enligt migrationsrättsforskaren Catherine Dauvergne lever dock de ursprungliga syftena kvar ännu idag. Hon menar nämligen att som outtalad utgångspunkt till dagens migrationsreglering ligger ett antagande om att i det fall migrationen reglerades mindre så skulle de välmående liberala demokratierna i det globala

¹³ 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.

¹⁴ Prop. 1981/82:146, s. 49.

¹⁵ 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. 285.

¹⁶ Ruhs, Martin, and Martin, Philip, Numbers vs. Rights: Trade-Offs and Guest Worker Programs, *International Migration Review* 42.1 (2008): 249-265, s. 261.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Chetail, Vincent, *The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Law Foundations of International Migration Law*, s. 32 f., i Chetail, Vincent & Bauloz, Céline (red.), *Research handbook on international law and migration*, 2014.

nord översvämmas av människor från ”fattigare, sjukare och brunare regioner i världen”.¹⁹ Uttalandet kan verka något hårt, men fångar väl in de olika skäl som brukar lyftas som anledning till behovet av en reglerad invandring; nämligen ekonomiska, ”kulturella”²⁰, säkerhetsmässiga och närmast rasistiska skäl.

När stater utformar sin reglering övervägs om få eller många migranter ska släppas in, hur dessa ska väljas ut (exv. baserat på kunskap eller ursprung) samt vilka rättigheter migranterna ska ges efter att ha ”släppts in”. Vid utformningen av regelverket beaktas olika politiska mål så som att maximera ekonomisk tillväxt, minimera skatteutgifter, upprätthålla social sammanhållning och nationell säkerhet, och/eller att uppfylla internationella överenskommelser om mänskliga rättigheter samt upprätthålla en viss miniminivå av rättigheter för alla arbetstagare och invånare.²¹ Samtidigt styrs politisk utveckling till stor del av vad som uppfattas gångbart hos den allmänna opinionen, dvs. vad som gör politiker/politiska partier ”valbara”. Undersökningar av vilka de starkast drivande faktorerna för opinionens inställning är har pekat på att det inte är faktorer kopplade till ekonomi utan istället till synen att det är viktigt att upprätthålla en tydlig nationell identitet med ett språk, en religion och en uppställning av traditioner.²²

Allt det som nu nämnts hör samman med politiska avvägningar kopplade till hur en reglerad invandring bör utformas. Att fundera över hur migrationslagstiftningen bäst ska utformas tvingar politiker att fatta svåra val. Frågorna rymmer en rad avväganden så som t.ex. sociala och kulturella förutsättningar för en rättvis och demokratisk politisk gemenskap, om mänskliga rättigheters natur och vilka skyldigheter som följer av dessa samt om hur långt vår moral låter oss prioritera – och favorisera – intressen och rättvisa för våra egna medborgares räkning (över främlingars).²³ Den politiska sidan av intresset av reglerad invandring baseras således inte på ett enkelt, särskilt identifierbart, intresse utan består av ett komplext nät av

¹⁹ Citatet i original: "[T]he prosperous liberal democracies of the Global North would be overrun, and under the sovereignty emasculating influence of human rights, would be helpless to do anything about it. The spectre of an influx from poorer, sicker, browner, regions of the world has become the unspoken backdrop to contemporary regulatory development.", Dauvergne, Catherine, *Irregular Migration, State Sovereignty and the Rule of Law*, s. 83, i Chetail, Vincent & Bauloz, Céline (red.), *Research handbook on international law and migration*, 2014. Se även Joppke, Christian, 'Why liberal states accept unwanted immigration', *World politics* (Print), 1998(50):2, s. 266-293, 1998.

²⁰ Här används ordet ”kulturella” i bred mening och syftar till att inkludera även religion, traditioner, ursprung.

²¹ Ruhs, Martin, and Martin, Philip, Numbers vs. Rights: Trade-Offs and Guest Worker Programs, *International Migration Review* 42.1 (2008): 249-265, s. 253.

²² Se Ivarsflaten, Elisabeth. "Threatened by diversity: Why restrictive asylum and immigration policies appeal to western Europeans." *Journal of Elections, Public Opinion & Parties*, 2005, Vol. 15, nr 1, s. 42.

²³ Miller, David, *Strangers in Our Midst: The Political Philosophy of Immigration*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2016, s. 165.

skäl. Frågan är dessutom om denna politiska del av intresset av reglerad invandring snarare borde kallas för statens intresse att *begränsa* invandring eftersom det i praktiken är det regleringen syftar till. Oavsett handlar den politiska sidan av intresset enligt min mening om val och avvägningar som behöver göras inför eller senast i samband med utformningen av lagstiftningen eftersom utfallet av avvägningarna kommer att avgöra hur lagstiftningen ska se ut.

Vid vissa typer av uppehållstillstånd sker inte någon egentlig prövning av olika intressen. Uppfyller en person rekvisiten för att anses som flykting ska ett uppehållstillstånd beviljas. Som nämnts ovan finns det dock situationer där en person i enlighet med exempelvis rätten till respekt för sitt privatliv kan ha rätt till uppehållstillstånd – om det inte skulle anses proportionerligt för staten att neka sådant tillstånd. En proportionalitetsavvägning mellan en individs intresse av att få uppehålla sig i ett visst land och samhällsintresset att reglera invandringen sker, i vart fall i Sverige, inom ramen för utlänningslagstiftningen. Det vore enligt min mening märkligt om samma (politiska) intressen som ligger bakom lagstiftningen på nytt ska aktualiseras vid (den juridiska) avvägningen som sker inom ramen för lagstiftningen. Min tes här är således att det bör handla om något annat än att väga in politiska överväganden när en individs intressen ska vägas mot samhällsintresset av reglerad invandring. Jag skulle här vilja lyfta fram något som vid dessa avvägningar ibland istället uttrycks som intresset av *upprätthållandet* av den reglerade invandringen. Det är min uppfattning att det snarast är detta intresse som ska aktualiseras vid rättsliga (proportionalitets)bedömningar i enskilda fall.

4. Det norska exemplet

Detta referat handlar som framgått om att intresset av reglerad invandring är otydligt. Faktum är att i svensk lagstiftning måste det till och med sägas vara osynligt. I den svenska utlänningslagstiftningen framkommer inte att proportionalitetsbedömningar ska göras på så vis att individens rättigheter kan inskränkas för att statens intresse av reglerad invandring går före. Att så ska ske framgår istället av förarbeten och praxis. I den norska utlänningslagstiftningen anges däremot uttryckligen att vid bedömningen av om uppehållstillstånd på grund av humanitära skäl²⁴ ska beviljas så kan vikt fästas vid intresset av en reglerad invandring (innvandringsregulerende hensyn). Bestämmelsen går dock längre än att endast uttryckligen

²⁴ På norska ”opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket”, se 5 kap. 38 § Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven), LOV-2008-05-15-35.

lyfta att en sådan intresseavvägning kan göras, den lyfter även fram fyra exempel på överväganden som kan beaktas inom ramen för detta intresse, nämligen:

- a) eventuella konsekvenser för omfattningen av ansökningar på liknande grunder,
- b) konsekvenser för samhället,
- c) överväganden kopplade till kontroll och
- d) överväganden kopplade till upprätthållandet av/respekt för lagens andra regler [min översättning].²⁵

Punkterna c och d ligger i linje med vad jag ovan refererat till som intresset av *upprätthållande* av en reglerad invandring. Enligt min mening är dock punkterna a och b politiska avväganden som hör hemma vid framtagandet av lagstiftning, inte vid tillämpningen.

5. Varför diskutera reglerad invandring ur ett nordiskt perspektiv?

Även om de nordiska staterna till viss del är fria att själva utforma sina migrationsrättsliga lagstiftningar och även om det i dagsläget finns skillnader dem emellan menar jag att det finns flera skäl att föra en diskussion om innebörden av reglerad invandring ur ett nordiskt ”gemensamt” perspektiv. Som nämnts ovan är våra samhällen nordiska välfärdsstater, de är konstruerade på liknande vis och står inför liknande utmaningar. Kanske är vi därför särskilt lämpade att prata med varandra när det kommer till avvägningar av varför och hur invandringen bör regleras. Med tanke på att konsekvenser uppstår för övriga nordiska länder baserat på hur någon av staterna formulerar och reglerar sin migrationspolitik vore det rimligt att våra politiker för en gemensam diskussion om de politiska aspekterna av reglerad invandring. Såväl tolkning av existerande regler som införande av nya regler kan påverka viljan och möjligheten, för migranter men även för nordiska medborgare, att röra sig *mellan* våra nordiska länder. Här kan som exempel nämnas att vi under senare tid frångått den fria rörlighet som länge präglat våra länder. Rörligheten mellan de nordiska länderna har försvårats via exempelvis det krav på ID-handlingar som ställts upp för att få resa mellan Sverige och Danmark. Staters beteende när det gäller utvecklande av migrationsreglering kan inte endast förklaras genom att se till stater isolerat och enskilt. Vi lever i en era av globalisering där faktorer så som mellanstatliga förhållanden – i form av så väl konkurrens

²⁵ 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.

som samarbete – har stor inverkan på staters möjligheter att utforma sin migrationsrätt.²⁶ Migration är såväl ett gemensamt intresse som en gemensam utmaning och går inte att hantera av en stat enskilt.

Vad gäller de rättsliga intressena så är samtliga nordiska stater bundna av ett flertal internationella överenskommelser om mänskliga rättigheter. Däribland barnkonventionen och Europakonventionen. I praktiken innebär det att rättstillämpare i de nordiska staterna ställs inför liknande rättsliga utmaningar. Som ett exempel kan nämnas att rättstillämpare i samtliga nordiska stater måste ta ställning till den rättsliga proportionalitetsbedömning som måste ske enligt Europakonventionens artikel 8 – oavsett hur politikerna lagstiftat nationellt.²⁷ Även om prövningen av migrationsärenden till viss del organiserats på olika vis i de nordiska staterna bör det även rättsligt finnas fördelar med en gemensam nordisk diskussion avseende intresset reglerad invandring.

6. Sammanfattning och avslutande ord

Att ta fram lagstiftning är politikernas ansvar. Att tillämpa lagstiftning är dock rättstillämparens uppgift. Det är inte svårt att konstatera att migrationsrätten är ett område där juridik och politik är nära sammanflätade. Kanske går det inte att komma ifrån att de rättsliga bedömningarna till viss del även blir politiska, men det kan vara värt att i vart fall göra ett försök. Rättstillämpare bör inte fatta politiska beslut, och politiker bör inte maskera politik som juridik. Som Rebecca Thornburn Stern påpekat blir inte svåra och etiskt problematiska beslut mindre politiska, eller lättare att fatta, smälta eller försvara, för att de fått en kapp av juridik.²⁸

Oaktat det, enligt min mening, problematiska med den norska bestämmelse som presenterades ovan – att den ber rättstillämparen göra politiska överväganden – är konstruktionen med tydliga exempel på vad som kan beaktas inom ramen för intresset av en reglerad invandring vid en rättslig bedömning något jag gärna skulle se den svenska lagstiftaren ta efter.

Vinsterna med den sortens tydlighet är nämligen enligt min mening flera: dels bör det bli enklare för rättstillämparen att genomföra en proportionalitetsbedömning om vad som ska beaktas är tydligare preciserat, vilket i sin tur bör leda till ökad rättssäkerhet. Dels finns det

²⁶ 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. 455.

²⁷ Förutsatt att staten fortsatt är bunden av Europakonventionen.

²⁸ Stern, Rebecca, Hur bedöms ett skyddsbehov? Om gränsdragning, konsekvens och förutsägbarhet i svensk asylpraxis, SvJT 2012 s. 282, s. 299.

pedagogiska vinster i form av att det blir tydligare för de personer som berörs av besluten varför beslutet blev som det blev. I tillägg till detta bör tydligheten dessutom leda till att allmänheten får en ökad förståelse för hur migrationsrätten är konstruerad. Med tanke på att jag själv valt referatämnet må jag möjligen vara något partisk, men nog förefaller diskussionen om intresset reglerad invandring såväl spännande, intressant – och faktiskt nödvändig?

7. Teser

- *Huvudtes: Innebörden av "statens intresse av reglerad invandring" bör förtydligas för att rättsliga bedömningar korrekt ska kunna genomföras.*
- *Statens intresse av reglerad invandring syftar i realiteten på två delvis olika intressen:
1) de politiska intressen som används för att motivera en reglerad invandring, samt
2) de rättsliga intressen som rättstillämparen har att förhålla sig till när lagen ska tolkas och tillämpas.*
- *Politiska intressen av reglerad invandring – kanske snarare intresset av att begränsa invandring – bör speglas i själva utformningen av – och möjligen portal/målstadganden i – utlänningslagstiftningen medan det rättsliga intresset av reglerad invandring – som ska beaktas vid proportionalitetsbedömningar – snarare är intresset av upprätthållandet av den reglerade invandringen, dvs. respekten för systemet.*
- *Det finns vinster i att föra en gemensam nordisk diskussion om vad intresset av reglerad invandring innebär*