



JURIDICUM

## Den temporära lagen - en fråga om status och konventionskränkningar?

Jenny Gustavsson och Chloé Sjöström

VT 2017

RV600G Rättsvetenskaplig kandidatkurs med examensarbete (C-uppsats), 15 högskolepoäng

Examinator: Annina H Persson och Eleonor Kristoffersson

Handledare: Aisha Butt

# Sammanfattning

Denna studie avser undersöka om lagen om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (SFS 2016:752) (den temporära lagen) strider mot Sveriges internationella förpliktelser. För att undersöka detta kommer studien börja med att fastställa och analysera gällande rätt. Den 20 juli år 2016 trädde den temporära lagen i kraft. Lagen begränsar flertalet rättigheter som personer med skyddsbehov tidigare åtnjtit synonymt. En av dessa begränsade rättigheter är den om familjeåterförening. Då Sverige är juridiskt bundet till Europakonventionen och Barnkonventionen är syftet med denna studie att utreda och analysera huruvida den temporära lagen är förenlig med dessa rättighetsdokument. Framst fokuserar studien på Europakonventionens artikel 8, rätten till familjeliv- och privatliv, och artikel 14, rätten att inte diskrimineras, samt Barnkonventionens artikel 3, principen om barnets bästa. Europadomstolen har tolkat in rätten till familjeåterförening och principen om barnets bästa i konventionens artikel 8 samt flertalet gånger betonat medlemsstaternas skyldigheter avseende dessa. Denna studies analys utreder om begränsningarna av rätten till familjeåterförening som uttrycks i den temporära lagen, framförallt i ärenden som rör barn, är i linje med Sveriges internationella åtaganden. Särskiljningen av åtnjutandet av rättigheten beroende på statusförklaring centraliseras och problematiken i denna konkretiseras ur ett barnrättsperspektiv. Studien belyser de extensiva skyldigheter staten har under dessa konventioner, som även förankrats i praxis, och drar slutsatsen att även om lagen inte strider mot asylrätten *per se*, så är det ytterst tveksamt om begränsningarna är i linje med Sveriges skyldigheter under Barnkonventionen.

# Förkortningar

**Barnkonventionen** – FN:s konvention om barnets rättigheter

**Europadomstolen** – Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna

**Europakonventionen** – Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

**EU** – Europeiska unionen

**Familjeåterföreningsdirektivet** – EG-direktivet (2003/86/EG) om rätt till familjeåterförening

**Flyktingkonventionen** – 1951 års konvention om flyktingars rättsliga ställning

**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 internationell 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.

**Temporära lagen** - Lag om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (SFS 2016:752)

**UNHCR:S handbok** - FN:s flyktingkommissaries handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställandet av flyktingars rättsliga ställning

**UNICEF** – United Nations Children´s Fund

# Innehållsförteckning

<b>Sammanfattning</b>	<b>1</b>
<b>Förkortningar</b>	<b>2</b>
<b>1 Inledning</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Perspektiv och metod	8
1.5 Material	8
1.6 Forskningsläge	9
1.7 Disposition	9
<b>2 Skyddsstatus</b>	<b>11</b>
2.1 Temporära lagen – statusförklaring och uppehållstillstånd	11
2.2 Temporära lagen – statusförklaring och rätten till familjeåterförening	13
2.2.1 Bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter	14
2.2 13 § temporära lagen	14
2.3 Sammanfattande ord och analys – skyddsstatus och den temporära lagen	15
<b>3 Rätten till familjeåterförening</b>	<b>17</b>
3.1 Principen om familjens enhet	17
3.2 Familjeåterföreningsdirektivet	18
3.3 Migrationsverket om förslaget till den temporära lagen	19
3.4 Sammanfattande ord och analys av rätten till familjeåterförening	20
<b>4 Särskilt om beaktandet av barns rättigheter</b>	<b>22</b>
4.1 Barnkonventionen	22
4.1.1 Artikel 2 och 22 – Principen om icke-diskriminering	22
4.1.2 Artikel 3 – Principen om barnets bästa	22
4.1.3 Artikel 9 – Barns rätt att inte skiljas från sina föräldrar	23
4.1.4 Artikel 10 – Barns rätt till familjeåterförening	23
4.2 UNICEF om förslaget till den temporära lagen	24
4.3 Sammanfattande ord och analys av barns rättigheter	24
<b>5 Temporära lagen och Europakonventionen</b>	<b>27</b>
5.1 Europakonventionen	27
5.1.1 Artikel 1 Europakonventionen	27
5.1.2 Särskilt om Europakonventionens säregna karaktär	27
5.1.2.1 Margin of appreciation	28

5.1.2.2 Proportionalitetsprincipen	28
5.1.2.3 Positiva förpliktelser	28
5.1.2.4 MIG 2016:13	29
5.1.3 Artikel 8 Europakonventionen	29
5.1.4 Artikel 14 Europakonventionen	30
5.2 Europakonventionen i den temporära lagen	30
5.3 Sammanfattande ord och analys – den temporära lagen och Europakonventionen	32
5.3.1 Artikel 8 och den temporära lagen	32
5.3.2 Artikel 14 och den temporära lagen	33
<b>6 Praxis från Europadomstolen</b>	<b>35</b>
6.1 Europadomstolens roll i skyddet för de mänskliga rättigheterna	35
6.2 Vägledande avgöranden från Europadomstolen	35
6.2.1 Neulinger och Shuruk mot Schweiz	35
6.2.2 Osman mot Danmark	35
6.2.3 Berisha mot Schweiz	37
6.2.4 Mugenzi mot Frankrike	38
6.2.5 El Ghatet mot Schweiz	38
6.2.6 D.H med flera mot Tjeckien	39
6.3 Sammanfattande ord och analys – Europadomstolens praxis och den temporära lagen	40
6.3.1 Den temporära lagens förenlighet med Europadomstolens resonemang om artikel 8 och barnets bästa	40
6.3.2 Appliceringen av artikel 14 i kontrast till den temporära lagens särskiljning	42
<b>7 Analys och slutsats</b>	<b>43</b>
<b>Källförteckning</b>	<b>48</b>
<b>Bilaga 1</b>	<b>51</b>
Utlänningslagen	55

# 1 Inledning

”Asylpolitik är i många fall en avvägning mellan skyddet för mänskliga rättigheter och staters rätt att bestämma vem som får resa in och uppehålla sig inom deras territorium. När drastiska händelser i omvärlden inträffar kan stater behöva fatta kontroversiella beslut. Det är dock av allra högsta vikt att internationella förpliktelser till skydd för mänskliga rättigheter inte blir förbisedda av politiska skäl”

Elisabeth Axetorn

Ur den ondska som andra världskriget kom att representera, föddes flertalet väktare till värnandet av människors mest basala rättigheter. Världssamfundet förenades och generella rättighetsdokument skapades, för att garantera att det fruktansvärda aldrig skulle upprepas. De miljoner människor som tvingats fly sina hem under kriget uppmärksammades samt deras speciella behov av skydd. Resultatet av detta blev bildandet av Förenta Nationerna (FN), den allmänna förklaringen om de mänskliga rättigheterna och flyktingkonventionen.

Länken mellan mänskliga rättigheter och de speciella rättigheterna för människor på flykt, blir tämligen uppenbar när dess gemensamma start observeras. Flyktingars rättigheter är mänskliga rättigheter. De mänskliga rättigheterna ämnar bland annat skapa fundamentala rättigheter för att försäkra att händelserna från andra världskriget aldrig upprepas, medan flyktingrätten ämnar svara för när dessa rättigheter blivit kränkta och människor tvingats fly.<sup>1</sup> De olika regimerna är lika aktuella nu som när de skapades, ändock tycks stater snarare önska finna sätt att begränsa flyktingrätten än att förstärka dess beskydd. Nationellt antog den svenska regeringen en temporär lagstiftning vars syfte avsåg att göra just detta under år 2016. Dilemmat ligger i balansgången mellan dessa; hur långt kan en stat utöva sin suveränitet när det kommer till begränsandet av människors rättigheter?

## 1.1 Bakgrund

I FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna återfinns i artikel 14, rätten att söka asyl. Någon allmänt vedertagen definition av denna rättighet finns dock inte stadgad på internationell nivå, men begreppet asyl torde emellertid utgöra ”en varaktig fristad mot politisk förföljelse”.<sup>2</sup> På nationell nivå, i utlänningslagen (SFS 2005:716), förklaras begreppet i 1 kap. 3 § och avser ett uppehållstillstånd som en utlänning beviljas därför att denne är flykting eller alternativt skyddsbehövande.

Viktigt att ha i åtanke avseende rätten till asyl är att även om det finns en rättighet att ansöka, finns det ingen rättighet att få den beviljad. När en utlänning sökt asyl i Sverige och fått sin ansökan beviljad aktiveras flertalet andra rättigheter som utlänningen kan åtnjuta. En av dessa är rätten till familjeåterförening. Denna rättighet återfinns såväl i internationell rätt som i den nationella.

Då ansökningar om familjeåterförening med en anhörig som beviljats uppehållstillstånd i Sverige görs från hemlandet, kan detta förfarande anses utgöra en av få vägar till Sverige som inte inkluderar livsfarliga resor eller extrema prövningar. Att genom ett

---

<sup>1</sup> Moeckli s 516-517.

<sup>2</sup> Wikrén & Sandesjö s 31.

familjeåterföreningsförfarande få återförenas med en familjemedlem som erhållit skyddsstatus kan anses utgöra en av de få, numera existerande, lagliga vägar att migrera till Sverige på.

En principiell rätt till familjeåterförening för kärnfamiljen har funnits uttalad i nationell rätt sedan 1989 års utlänningslag.<sup>3</sup> Sverige förpliktas dock inte endast av nationella stadganden angående familjeåterförening, utan rätten återfinns även i flertalet internationella rättighetsdokument.<sup>4</sup> Majoriteten av dessa ålägger Sverige juridiska förpliktelser, att värna om principer som *familjens enhet* och *barnets bästa*, för att realisera utsatta människors rätt till sin familj.

Under 2015 var antalet asylsökande i Sverige rekordhögt. När året var slut kunde det konstateras att cirka 163 000 människor sökt asyl i Sverige.<sup>5</sup> Regeringen presenterade, till följd av detta, ett förslag på åtgärder som ämnade stävja antalet asylsökande då påfrestningarna på centrala samhällsfunktioner och framförallt asylsystemet ansågs vara för stora.<sup>6</sup> Det är några av dessa åtgärder, som idag konstituerar nationell lagstiftning, vars förenlighet med Sveriges internationella åtaganden kan komma att ifrågasättas.

Från och med 20 juli 2016 gäller, lagen om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (SFS 2016:752) (den temporära lagen). Lagen är tidsbegränsad och kommer att vara aktuell under tre års tid. Den temporära lagens bestämmelser gäller före utlänningslagen i de avseenden de avviker<sup>7</sup> och utgör därmed en stor skillnad gentemot Sveriges tidigare, mer generösa lagstiftning, angående uppehållstillstånd och familjeåterförening. Lagstiftaren anser att de nya stadgandena gör att Sverige lägger sig på en miniminivå i enlighet med EU-rättsliga samt andra internationella åtaganden.<sup>8</sup> Det som framförallt stadgas genom den temporära lagen är att alla människor som bedöms ha skyddsbehov, förutom kvotflyktingar, endast ska beviljas tidsbegränsade uppehållstillstånd. Lagen begränsar även möjligheten till familjeåterförening för skyddsbehövande med tidsbegränsade uppehållstillstånd. Detta omfattar alla skyddsbehövande som inte kommit till Sverige som kvotflyktingar. Vidare exkluderar den temporära lagen möjligheten att som övrigt skyddsbehövande beviljas uppehållstillstånd.<sup>9</sup>

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Studiens huvudsakliga syfte är att redogöra för och undersöka huruvida den temporära lagens bestämmelser är förenliga med rätten till familjeåterförening samt andra bakomliggande värden som sammankopplas med rättigheten. Studien kommer att fokusera på att utreda särskiljningen mellan de olika statusförklaringarna som föreligger i den temporära lagen och vilka konsekvenser dessa får för individers åtnjutande av rätten att återförenas med sin familj. Framst kommer konsekvenserna beaktas utifrån hur rättigheten skyddas av

<sup>3</sup> Prop. 1996/97:25 s. 111.

<sup>4</sup> Se Europakonventionen art. 8, FN:s allmänna konvention om de mänskliga rättigheterna osv.

<sup>5</sup> Migrationsverket, nästan 163 000 människor sökte asyl i Sverige 2015, 2016-01-01 (2017-04-07) <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Nyhetsarkiv/Nyhetsarkiv-2016/2016-01-01-Nastan-163-000-manniskor-sokte-asyl-i-Sverige-2015.html> .

<sup>6</sup> Prop. 2015/16:174 s 1.

<sup>7</sup> Prop. 2015/16:174 Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige s 22.

<sup>8</sup> Prop. 2015/16:174 Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige s 25.

<sup>9</sup> Prop. 2015/16:174 s 1.

Europakonventionen och Barnkonventionen. Studien avser därmed att redogöra för Sveriges internationella åtaganden avseende rätten till familjeåterförening samt hur dessa ter sig i kontrast till den temporära lagen. Studien kommer även ha ett barnrättsperspektiv, då barn ofta förekommer i familjeåterföreningsförfaranden.

För att uppnå sitt syfte ska studien huvudsakligen behandla följande frågeställningar:

1) Hur ställer sig begränsningen av rätten till familjeåterförening, stadgad i den temporära lagen, till rätten till familjeliv under artikel 8 EKMR?

1.2) Strider begränsningarna mot förpliktelserna Sverige har under Barnkonventionen?

2) Kan särskiljningen mellan statusförklaringar utgöra en kränkning av artikel 14?

För att besvara ovanstående frågeställningar bör nedanstående följdfrågor bemötas:

- Vad innebär den temporära lagens bestämmelser angående statusförklaring och uppehållstillstånd?

- Vilka begränsningar av rätten till familjeåterförening stadgas i den temporära lagen?

- Hur har rätten till familjeåterförening tidigare sett ut i nationell rätt?

- Vad innebär rätten till familjeåterförening?

- Hur ställer sig staters förpliktelser i förhållande till barn som rättighetsbärare?

- Vilka skyldigheter ålägger Barnkonventionen Sverige?

- Vilka krav ställer Europakonventionen på begränsningar av artikel 8 i konventionen?

- Hur har Europadomstolen applicerat principen om barnets bästa och staters begränsningar av de kvalificerade rättigheterna?

- Är särskiljningen mellan statusförklaringarna godtagbara ur ett diskrimineringsperspektiv?

### **1.3 Avgränsningar**

På grund av studiens primära fokus kommer inte utlänningslagens bestämmelser behandlas djupgående eller redovisas utförligt. Snarare, kommer studien belysa skillnader mellan utlänningslagen, den temporära lagen och Sveriges internationella åtaganden. Studien kommer inte heller ge en utförlig redogörelse av hela den temporära lagens bestämmelser utan begränsar sig till ett fåtal paragrafer av relevans för studies primära syfte och frågeställningar. Den temporära lagen finns bifogad i bilaga 1 i sin helhet, likväl som relevanta avsnitt ur utlänningslagen.

Avseende familjeåterförening är ett barnrättsperspektiv att föredra för att besvara studiens syfte och frågeställningar på ett tillfredsställande vis. Därför kommer EU-rätt samt internationell rätt att beröras, men i en ytterst begränsad utsträckning. Praxis från Europadomstolen likväl som andra internationella domstolar, med undantag för Europadomstolen, kommer att exkluderas helt.

Vidare begränsas studien till familjeåterföreningsdirektivets definition av familj. Studien behandlar inte begreppet mer djupgående än att konstatera att begreppet kärnfamilj vid en



restriktiv tolkning innefattar åtminstone make/maka samt minderåriga barn.<sup>10</sup> Frågan huruvida det finns en rätt till familjeåterförening för flick- eller pojkvän, sambos, adoptivbarn, HBTQ personer osv. kommer inte vidare utredas i denna studie. Denna avgränsning görs på grund av att konstellationen kärnfamilj är den typ av familj som utgör majoriteten av familjeåterföreningsärenden. Studien utesluter helt beaktande av ensamkommande flyktingbarn utan fokuserar istället på familjen som helhet. Denna studie kommer även förutsätta att det i en familj finns minderåriga barn för att möjliggöra applikationen av ett barnrättsperspektiv.

Avseende barn begränsar sig studien till den definition av barn som framgår av Barnkonventionens artikel 1: ”Ett barn är varje människa under 18 år”.<sup>11</sup> Det framgår även av 1 kap. 2 § utlänningslagen att ett barn är en person under arton år, även ur denna lags perspektiv. Eftersom att den temporära lagen inte avviker i detta hänseende är även denna definition gällande när det kommer till den temporära lagen.<sup>12</sup>

En utförlig analys av definitionerna om vem som är att anse som alternativt skyddsbehövande, övrigt skyddsbehövande eller flykting kommer i denna studie att till stor del uteslutas. Studien utgår i detta avseende huvudsakligen från definitionerna som ges i 4 kap. utlänningslagen.

#### **1.4 Perspektiv och metod**

Studien har huvudsakligen utgångspunkt i ett nationellt perspektiv. Hur Europakonventionens, Barnkonventionens samt till viss del EU rättsligt material förhåller sig till den nationella rätten granskas dock, på grund av att det är dessa bestämmelser som främst aktualiseras i förhållande till den temporära lagen. Studien använder en rättsdogmatisk metod för att uppnå sitt syfte och besvara ovan nämnda frågeställningar. En rättsdogmatisk metod har som utgångspunkt att fastställa gällande rätt genom de allmänt etablerade och accepterade rättskällorna. Rättskällorna utgörs huvudsakligen av lagstiftning, rättspraxis, förarbeten till lagar samt doktrin.<sup>13</sup> För att en utredning om vad som är gällande rätt samt hur flera rättskällor förhåller sig till varandra, ska kunna utföras, är därmed den rättsdogmatiska metoden bäst lämpad.

#### **1.5 Material**

Studien finner, som redan fastslagits, sin utgångspunkt i nationell lagstiftning. Eftersom den temporära lagen utgör en relativt ny lagstiftning och således saknar vägledande avgörande, kommer fokus finnas på förarbeten, SOU:er samt olika remissvar. Detta görs för att uppnå största möjliga förståelse av lagens tillämpning, tolkning och förenlighet med annan gällande rätt. Vidare kommer en del praxis från Migrationsöverdomstolen redovisas, bland annat ett av de få rättsfall som ankommit rörande den temporära lagen. Detta för att påvisa hur nationell domstol tolkat och tillämpat lagstiftning och principer.

Gällande Europakonventionens bestämmelser baseras studiens utredning framförallt på lagtexten och hur den teoretiskt ska appliceras, men stor vikt läggs även vid Europadomstolens praxis. Europadomstolen är enligt Europakonventionen behörig i frågor

---

<sup>10</sup> Familjeåterföreningsdirektivet förord (preamble) punkt 9.

<sup>11</sup> Barnkonventionen artikel 1.

<sup>12</sup> Prop. 2015/16:174 Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige s 22

<sup>13</sup> Korling och Zamboni s 21.

angående tolkning och tillämpning av konventionen.<sup>14</sup> Det betyder i förlängning att Europadomstolens praxis är vägledande och i många fall kanske även avgörande för medlemsstaternas tolkning av förenlighet med konventionen. Särskilt relevant för denna studie är huruvida Sveriges nationella lagstiftning är förenlig med tolkningen och tillämpningen av konventionens artikel 8 och 14.

I den aktuella studien är även Barnkonventionen av största vikt. Barnkonventionen är ratificerad i Sverige och är därmed ett juridiskt bindande rättighetsdokument. Avseende Barnkonventionen, utgår studien framförallt från konventionstexten men även i den tolkning relevanta organ gjort av denna text. Framförallt framhåller studien UNICEF:s granskning av den temporära lagen utifrån ett barnrättsperspektiv. Delvis betonas även barnkommitténs rapport om konventionens införlivande i nationell rätt, med anledning av att belysa och granska olika aspekter av förhållandet mellan nationell rätt och Barnkonventionen samt dess grundläggande principer. Hur principen om barnets bästa applicerats av Europadomstolen är också av stor betydelse i detta hänseende.

## 1.6 Forskningsläge

Som redan betonats så är den temporära lagen tämligen ny. Det saknas utförlig doktrin och forskning på området vilket leder till att det finns ett behov av att analysera lagen utifrån såväl ett status- och diskrimineringsperspektiv, som utifrån ett barnrättsperspektiv. Många gånger kan denna typ av analys återfinnas i förarbetena till en lag men i förarbetena till den temporära lagen uteblir en utförlig sådan. En anledning till detta skulle kunna vara att den temporära lagen stiftades och antogs relativt skyndsamt. Även om remissinstanserna bidrar till förståelsen för begränsningarnas konsekvenser uteblir ett konfirmerande av dessa analyser från regeringens sida. I och med Sveriges förändrade flyktingpolitik, lagstiftning och den massiva kritik som har framförts i samband med att den temporära lagen trädde i kraft, bör en sammanställning och utvärdering av kritiken vara av stor relevans för rättsläget. Denna studie avser bidra till den analys, som kan anses saknas i den temporära lagens förarbeten, främst i relation till Europakonventionen och Barnkonventionen. Detta görs främst för att problematisera de nuvarande begränsningarna och särskiljningarna som den temporära lagen utgör, samt för att konkretisera dess ytterst tveksamma konventionsenlighet.

## 1.7 Disposition

Studien är indelad i sex kapitel där varje kapitel avslutas med en kortfattad sammanfattning och analys av dess innehåll. Efter den aktuella studiens inledande del följer andra kapitlet som undersöker nationell rätt och utlänningslagen ställs i kontrast till den temporära lagens bestämmelser framförallt angående skyddsstatus. I uppsatsens tredje kapitel granskas rätten till familjeåterförening. I detta kapitel är principen om familjens enhet och familjeåterföreningsdirektivet centrala. En del av kapitlet behandlar även Migrationsverkets remissvar om förslaget till den temporära lagen. Detta belyses med syftet att framställa en betydande del av den kritik som förslaget mottagit. Kritiken är tämligen relevant då Migrationsverket är myndigheten som främst kommer arbeta med appliceringen av lagen i första hand. Det fjärde kapitlet redogör för vilka aspekter som måste bedömas vid familjeåterföreningsförfaranden när rättighetsbäraren är ett barn. Det faller sig då naturligt att detta kapitel beaktar samt undersöker Barnkonventionens stadganden. Likt föregående kapitel

---

<sup>14</sup> Europakonventionen artikel 32.

framförs även här en del av den kritik förslaget till den temporära lagen mottagit. Kritiken som förmedlas kommer främst från UNICEF, som särskilt granskat lagförslaget utifrån ett barnrättsperspektiv. Det femte kapitlet granskar den temporära lagens förhållande till Europakonventionen. De första delarna av kapitel fem redogör för relevanta artiklar utifrån uppsatsens syfte samt konventionens karaktär. Efter detta följer en analys av relevanta artiklar i konventionen, i förhållande till den temporära lagens bestämmelser. Studiens sjätte kapitel behandlar Europadomstolens praxis, som har stor betydelse för studiens syfte. Här redogörs för olika rättsfall för att klargöra hur olika principer samt artiklar har tolkats och tillämpats av domstolen. En analys av detta utifrån den temporära lagens stadganden avslutar kapitlet. Avslutningsvis, i studiens sjunde kapitel, presenteras en analys och en slutsats. Den avslutande delen avser sammanfatta studiens svar på ställda frågeställningar, samt konkludera den analys som behandlats genomgående.

## 2 Skyddsstatus

Fram till 24 november 2015 gavs tre olika statusförklaringar till människor som flytt till Sverige som bedömdes ha skyddsbehov. En individ som bedöms vara flykting erhåller en flyktingstatusförklaring. En utlänning anses vara flykting om dennes skyddsbehov är i linje med bestämmelserna i 4 kap. 1 § utlänningslagen. Detta är den äldsta formen av statusförklaring och härstammar från Sveriges undertecknande av Flyktingkonventionen. Denna status återfinns även i EU:s skyddsgrundsdirektiv tillsammans med skyddsstatusen alternativt skyddsbehövande. En alternativ skyddsstatusförklaring, får den som bedöms vara alternativt skyddsbehövande. En utlänning bedöms vara i sådant skyddsbehov om villkoren i 4 kap. 2 § utlänningslagen är tillfredsställda. Den tredje skyddsstatusen, övrigt skyddsbehövande, saknar internationella rötter och applicerades bara i Sverige. Definitionen av denna skyddsstatus återfinns i 4 kap. 2 a § utlänningslagen. Statusförklaring för de med övrigt skyddsbehov har dock upphört att appliceras i och med den lag som infördes 20 juli 2016.<sup>15</sup>

Individer som sökt uppehållstillstånd efter 24 november 2015 tilldelas endast tidsbegränsade uppehållstillstånd enligt 5 § i den temporära lagen.<sup>16</sup> Som flykting, ges tidsbegränsade uppehållstillstånd om tre år, medan individer som alternativt skyddsbehövande får uppehållstillstånd giltiga för tretton månader. Personer som sökt om uppehållstillstånd som flykting, alternativt skyddsbehövande eller övrigt skyddsbehövande innan 24 november 2015, erhöLL ett permanent sådant<sup>17</sup>.

Rätten för individer på flykt att återförenas med sina familjer beror idag på vilken statusförklaring personen erhåller. Med en flyktingstatusförklaring kan en persons familjemedlemmar ansöka om uppehållstillstånd för familjeåterförening. Har en individ bedömts som alternativt skyddsbehövande, är dock möjligheten till familjeåterförening mycket marginell.<sup>18</sup> Dessa numera olikartade möjligheter att åtnjuta rätten till sin familj, som aktualiserats genom den temporära lagen, har regeringen förkunnat är godtagbara, eftersom det generellt sätt föreligger skillnader i skyddsskäl mellan de olika statusförklaringarna. Flyktingars skyddsskäl, anses generellt vara mer långtgående än alternativt skyddsbehövande.<sup>19</sup>

### 2.1 Temporära lagen – statusförklaring och uppehållstillstånd

Det framgår av 5 § i den temporära lagen att en asylsökande som har rätt till skydd endast ska beviljas tidsbegränsat uppehållstillstånd i Sverige. I det omarbetade skyddsgrundsdirektivet stadgas att det till viss del medges kortare giltighetstider för tidsbegränsade uppehållstillstånd än vad utlänningslagen tidigare uttryckt.<sup>20</sup> I linje med de miniminivåer som skyddsgrundsdirektivet tillåter uttalar den temporära lagen att en flykting ska beviljas

<sup>15</sup> Se lag om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (SFS 2016:752) 3 – 4 §§.

<sup>16</sup> Brytdatumet 24 november 2015 är endast aktuell för asylsökande barn och familjer med minderåriga barn.

<sup>17</sup> Jämför utlänningslag (SFS 2005:716) och lag om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (SFS 2016:752).

<sup>18</sup> Migrationsverket, Familjeåterförening, 2017-02.23 (2017-03-29),

<https://www.migrationsverket.se/Privatpersoner/Skydd-och-asyl-i-Sverige/Efter-beslut/Om-du-far-stanna/Familjeaterforening.html>.

<sup>19</sup> Prop. 2015/16:174 s 43.

<sup>20</sup> Se skyddsgrundsdirektivet artikel 24.

uppehållstillstånd för tre år. Det kan sedan vara möjligt att förnya tillståndet om inte den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen kräver annat.<sup>21</sup> Om ”tvingande hänsyn till den nationella säkerheten eller allmänna ordningen”<sup>22</sup> kräver att tillståndet har en kortare giltighetstid än tre år, kan dock detta realiserats för individer som erhållit flyktingstatus. Den lägsta giltighetstiden för uppehållstillstånd för personer med skyddsbehov måste däremot vara minst ett år.<sup>23</sup>

Om en utlänning får alternativ skyddsstatusförklaring beviljas denne, i kontrast till de som erhåller flyktingstatusförklaring, uppehållstillstånd för tretton månader.<sup>24</sup> Det framgår av det omarbetade skyddsgrundsdirektivet att ett uppehållstillstånd för personer med alternativt skyddsbehov ska vara förnybart och gälla i minst ett år. För det fall det förnyas ska uppehållstillståndet gälla i minst två år, om inte nationella säkerheten eller den allmänna ordningen kräver annat.<sup>25</sup> Dessa miniminivåer överensstämmer med bestämmelserna i den temporära lagen.

Skyddsbehövande med övrig skyddsstatusförklaring, ska inte beviljas uppehållstillstånd överhuvudtaget, enligt 4 § i den temporära lagen. Detta följer av att lagstiftaren redan anser att skyddet inkluderas i reglerna om alternativt skyddsbehövande och att de båda reglerna därmed kan anses överlappa varandra.<sup>26</sup> Övrig skyddsstatusförklaring, saknar bakgrund i såväl EU-rätt som internationell rätt och för att anpassa Sveriges regler till en miniminivå, exkluderas den statusen helt i svensk rätt, under den tid den temporära lagen är aktuell.<sup>27</sup> I förarbetena till den temporära lagen refereras det återkommande till en miniminivå i internationell samt EU-rätt. Till viss del kan slutsatsen dras, att referens görs till skyddsgrundsdirektivets miniminivåer i detta hänseende. Särskilt vad, som konstituerar denna miniminivå, framkommer inte av förarbetena och en analys på hur denna nivå fastslagits uteblir.

Avseende giltighetstiden för uppehållstillstånd, har lagstiftaren tidigare konstaterat, att dessa alltid bör beviljas för minst ett års tid, för att försäkra att utlänningens rättigheter enligt annan lagstiftning säkerställs. Exempelvis krävs det att utlänningen vistas i Sverige under ett års tid för att kunna bli folkbokförd i landet och för att på så vis kunna tillgå bland annat etableringsinsatser och hälso-sjukvård.<sup>28</sup>

Anmärkningsvärt kan anses vara att den enda skyddsstatusen som lämnas oinskränkt i den temporära lagen är kvotflyktingar. De utlänningar som kommer till Sverige som kvotflyktingar kommer nämligen även fortsättningsvis att beviljas permanenta uppehållstillstånd.<sup>29</sup> I förlängningen innebär detta att rätten till familjeåterförening, där permanent uppehållstillstånd vanligtvis är en förutsättning, fortsätter åtnjutas av människor som kommer till Sverige som kvotflyktingar.

<sup>21</sup> Prop. 2015/16:174 Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige s 30.

<sup>22</sup> Lag om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (SFS 2016:752) 5 §.

<sup>23</sup> Prop. 2015/16:174 Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige s 30.

<sup>24</sup> Lag om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige 5 §.

<sup>25</sup> Skyddsgrundsdirektivet artikel 24.

<sup>26</sup> Prop. 2015/16:174 Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige s 25.

<sup>27</sup> Prop. 2015/16:174 Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige s 25.

<sup>28</sup> Prop. 2015/16:174 Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige s 30.

<sup>29</sup> Prop. 2015/16:174 Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige s 27.

## 2.2 Temporära lagen – statusförklaring och rätten till familjeåterförening

Enligt den temporära lagen, är en utlännings rätt till familjeåterförening, beroende på vilken skyddsstatus denne erhållit samt när denne ansökte om asyl. Brytdatumet är ur detta hänseende 24 november 2015. Om utläningen får flyktingstatusförklaring och beviljas uppehållstillstånd för tre år har individen möjlighet till familjeåterförening. I 6 § den temporära lagen fastställs att uppehållstillstånd *ska* beviljas en person som återropar anknytning till en flykting som beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd, om flyktingen bedöms ha välgrundade utsikter att beviljas ett permanent uppehållstillstånd.

Har utläningen däremot fått en alternativ skyddsstatusförklaring och beviljats uppehållstillstånd för tretton månader, kan denne endast i *exceptionella* undantagsfall få rätt till familjeåterförening. Det framgår av 7 § i den temporära lagen att uppehållstillstånd som regel inte ska beviljas en person, som återropar anknytning till någon som beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd, som alternativt skyddsbehövande.

I lagens förarbeten uttrycks att portalparagrafen i 1 kap. 10 § utlänningslagen som uttrycker principen om barnets bästa, ska beaktas i de beslut som rör barn.<sup>30</sup> Det framgår av den temporära lagens förarbeten att denna paragraf fortsatt ska tillämpas i relation till alla beslut och åtgärder som berör barn.<sup>31</sup>

Den temporära lagen uppställer även högre krav på utläningen som anknytningsperson, än utlänningslagen, för att familjeåterförening ska bli aktuellt, utöver kravet om status. Den temporära lagen framställer bland annat ökade krav på försörjning. I 9 § den temporära lagen stakas huvudregeln ut, vilken kräver att den som beviljats tidsbegränsat uppehållstillstånd måste kunna försörja sig själv och den familjemedlem som han eller hon vill återförenas med i Sverige. Det krävs även att anknytningspersonen har en bostad av tillräcklig storlek och standard, för sig själv och familjemedlemmen, att bo i.<sup>32</sup> Kravet om försörjning har tidigare varit betydligt lägre och kravet om bostad är inget som tidigare uttryckts i utlänningslagen.

Det är även av relevans att notera hur bestämmelserna i familjeåterföreningsdirektivet tolkas annorlunda än tidigare i och med den temporära lagen. I familjeåterföreningsdirektivet framgår det att när en anknytningsperson:

”har tillstånd att vistas i en medlemsstat på grundval av alternativa skyddsformer enligt internationella förpliktelser, nationell lagstiftning eller praxis i medlemsstaterna eller som har ansökt om uppehållstillstånd av denna anledning [...] [ska direktivet inte tillämpas].”<sup>33</sup>

Därmed anses direktivet inte vara tillämpligt gällande alternativt skyddsbehövande.<sup>34</sup> Detta innebär i förlängningen att rätten till familjeåterförening för individer med alternativ skyddsstatus, inte kan krävas med stöd i familjeåterföreningsdirektivet och därmed kraftigt

<sup>30</sup> Prop. 2015/16:174 s 79.

<sup>31</sup> Se Prop. 2015/16:174 s 22: den temporära lagens bestämmelser gäller före utlänningslagen i de avseenden de avviker, eftersom den inte avviker i detta hänseende går det att konstatera denna slutsats.

<sup>32</sup> Se lag om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige 9 §.

<sup>33</sup> Familjeåterföreningsdirektivet Artikel 3.2 (c).

<sup>34</sup> Prop. 2015/16:174 Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige s 42.

begränsas som konsekvens. Att Sverige tidigare beviljat familjeåterförening för alternativt skyddsbehövande tyder på en extensiv tolkning av direktivets minimivåer.

### 2.2.1 Bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter

Det framgår av 11 § i den temporära lagen att uppehållstillstånd endast får beviljas enligt 5 kap. 6 § utlänningslagen, bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter: "... om det skulle strida emot svenskt konventionsåtagande att avvisa eller utvisa utläningen."<sup>35</sup> Det framgår av bestämmelsen om synnerligen ömmande omständigheter, att barn får beviljas uppehållstillstånd om omständigheterna är särskilt ömmande.<sup>36</sup> Bestämmelsen ändrades avseende barn, i mitten av 2014, från "synnerligen ömmande" till "särskilt ömmande", eftersom barns omständigheter, inte ansågs behöva ha samma allvar och tyngd som vuxnas, vilket sedan länge redan varit etablerat i praxis och tillämpning. Regeringen poängterade dock att regelverket behövde justeras ytterligare för att förtydliga principen om barnets bästa och framhålla barnrättsperspektivet vid prövningen. Därför ändrades bestämmelsen för att förtydliga skillnaden mellan kraven vid ett barns prövning gentemot en vuxens.<sup>37</sup>

Förtydligandet av paragrafen och att det uttryckligen framgår att ärenden rörande barn inte kräver samma allvar, ansågs kunna möjliggöra att fler barn skulle omfattas av bestämmelsen och i förlängningen beviljas uppehållstillstånd.<sup>38</sup> Viktigt att poängtera är i detta avseende, att bestämmelsen appliceras först när övriga grunder för uppehållstillstånd prövats och inte kunnat anses som tillämpliga. Det är *samma* omständigheter som beaktas vid en prövning för vuxna som för barn; hälsotillstånd, anpassning till Sverige samt situation i hemlandet. Avgörande är den helhetsbedömning som görs i kontrast till omständigheterna, vilket leder till om ett uppehållstillstånd beviljas eller inte.<sup>39</sup> Skillnaden är således endast, att ett barns omständigheter måste vara mindre allvarliga än vuxnas för att falla in under kategorin som "särskilt ömmande". Detta sker i linje med principen om barnets bästa och för att denna ska beaktas på ett tillfredsställande vis.

### 2.2.2 13 § temporära lagen

I den temporära lagen presenteras en "säkerhetsventil" för de begränsningar som stadgats avseende familjeåterförening. 13 § i den temporära lagen uttrycker:

"Om uppehållstillstånd på grund av anknytning inte kan ges på någon annan grund, ska ett sådant tillstånd beviljas en utläning som inte befinner sig i Sverige om ett beslut att neka uppehållstillstånd skulle strida mot ett svenskt konventionsåtagande."

Paragrafen presenterar en möjlighet till familjeåterförening, där ett nekande till sådan, skulle stå i strid med ett svenskt konventionsåtagande. Den 13 § i temporära lagen är endast ämnad att tillämpas i undantagsfall, i situationer där det *krävs*, för att staten ska fortsätta leva upp till sina internationella åtaganden. Vid bedömningen av sådana undantagsfall och vare sig eventuella konventionskränkningar realiseras genom ett nekande beslut, ska framförallt Europakonventionen ligga för handen. Med stöd av artikel 8 i Europakonventionen kan

<sup>35</sup> Lag om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige 11 §.

<sup>36</sup> 5 kap. 6 § st 2. Utlänningslagen

<sup>37</sup> Prop. 2013/14:216 s 18 ff.

<sup>38</sup> Prop. 2013/14:216 s 17 ff.

<sup>39</sup> Prop. 2013/14:216 s 18.

uppehållstillstånd därav beviljas till en familjemedlem om ett nekande skulle leda till en kränkning av rätten till familjeliv, som artikeln skyddar. Säkerhetsventilen kan tillämpas likväl i förhållande till de som är i alternativt skyddsbehov som till de som erhållit flyktingstatus.<sup>40</sup> I förarbetena uttrycks lagstiftarens syfte, att genom denna paragraf ge möjlighet till en individuell prövning i varje enskilt fall.<sup>41</sup>

Remissinstanserna kritiserade starkt förslaget till paragrafen. Instanserna kritiserade hur regeringen misslyckats med sin uppgift, att garantera att Sveriges internationella förpliktelser avspeglas inom nationell rätt. Instanserna ställde sig även kritiska till att det kommer ta lång tid innan vägledande avgöranden från Migrationsöverdomstolen meddelas samt att giltighetstiden för den temporära lagen är förhållandevis kort, vilket kan leda till problem vid lagens tillämpning.<sup>42</sup>

Lagrådet lyfter även fram kritik om att det är svårt att veta var gränserna för Sveriges internationella förpliktelser går och när säkerhetsventilen ska aktualiseras. Regeringen anser, att den svenska lagstiftningen på området redan innan ett införande av den temporära lagen, innebär en tolkning av EU-rätt såväl som konventionsåtaganden. Därmed ansågs det att bestämmelsen inte utgör någon nyhet. Möjligen innebär bestämmelsen, att fler prövningar än tidigare kan behöva utföras, angående huruvida en situation kan utgöra en kränkning av konventionsåtagande. Regeringen anförde vidare att det alltid tar tid när en ny lagstiftning träder i kraft innan det finns vägledande avgöranden och att Migrationsverkets ”sedvanliga arbetssätt bör vara tillräckligt”<sup>43</sup>, för att på ett korrekt vis behandla situationer innan sådana avgöranden meddelas.<sup>44</sup>

### **2.3 Sammanfattande ord och analys – skyddsstatus och den temporära lagen**

Det kan konstateras, att den temporära lagen konstituerar stora begränsningar av flertalet rättigheter för människor på flykt som kommer till Sverige. I dessa begränsningar kan även en stor otrygghet utläsas, då individer som huvudregel inte ska beviljas varken permanent uppehållstillstånd eller familjeåterförening.

I linje med ovanstående avsnitt kan några initiala slutsatser dras. Dels, att vilken skyddsstatus en utlänning erhållit inte haft någon signifikant betydelse för att erhålla permanent uppehållstillstånd innan 24 november 2015. Dels, att individers rättigheter avseende familjeåterförening efter detta datum, är helt beroende på vilken skyddsstatus som beviljats. Genom att observera nuvarande och tidigare lagstiftning kan ett tydligt skifte mellan värderingar skönjas. Tidigare har Sverige inkluderat och tolkat internationella stadganden extensivt. Idag särskiljs människor på flykt och erhålls inte en särskild status, inskränks som huvudregel utlänningars fundamentala rättigheter.

När det kommer till den så kallade säkerhetsventil som 13 § i lagen ska utgöra, kan den

---

<sup>40</sup> Prop. 2015/16:174 s 79.

<sup>41</sup> Prop. 2015/16:174.

<sup>42</sup> Prop. 2015/16:174 s 51 f.

<sup>43</sup> Prop. 2015/16:174 s 53.

<sup>44</sup> Prop. 2015/16:174 s 51 ff.



konstateras vara relativt knapphändigt analyserad. Det kan exempelvis, te sig något märkligt att Europakonventionen uttryckligen nämns samt att viss analys avseende denna, sker i den temporära lagens förarbeten, medan propositionen är nästintill stum om lagens påverkan på Sveriges förpliktelser under Barnkonventionen. Regeringen nämner visserligen att principen om barnets bästa och barnrättsperspektivet ska betonas, men någon vidare utveckling uteblir helt.<sup>45</sup> Det kan även anses vara mindre önskvärt, att denna paragraf ska tillämpas i undantagsfall, snarare än som huvudregel. Detta leder till, att individuella prövningar avseende familjeåterförening, endast sker på undantagsbasis. Vid familjeåterföreningsförfaranden som berör barn blir detta särskilt problematiskt, något som kommer att behandlas i kapitlet om barns rättigheter.

I förarbetena till den temporära lagen är det tämligen tydligt att förslaget till lagen inte är att föredra. Lagrådet ifrågasätter bland annat starkt det förslag som givits avseende 13 § i den temporära lagen. Lagrådet ställer sig även tämligen osäkert till förslagets lämplighet, då paragrafen i praktiken inte tillfredsställer syftet den ämnar möjliggöra. Regeringen anförde, att 13 § stiftades för att möjliggöra individuell prövning i familjeåterföreningsförfaranden. En förutsättning för att uppehållstillstånd ska ges enligt paragrafen är att den sökande inte befinner sig i Sverige.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> Se Prop. 2015/16:174 s 51.

<sup>46</sup> Prop. 2015/16:174 s 55.

## 3 Rätten till familjeåterförening

### 3.1 Principen om familjens enhet

”En grundprincip inom utlänningsrätten är att hålla samman kärnfamiljen, principen om familjens enhet.”<sup>47</sup> Skydd för att familjer på flykt inte ska splittras, har funnits utstakat i internationell rätt sedan 1950-talet. I Flyktingkonventionen formuleras principen om familjens enhet som sedan dess har utvecklats och givits vidare betydelse än den ursprungligen haft.<sup>48</sup> Denna utveckling sammanfattas i Migrationsöverdomstolens argumentation i MIG 2013:16. I sitt resonemang om principen om familjens enhet, börjar domstolen med att notera hur Flyktingkonventionen rekommenderat att flyktingfamiljens enhet ska bevaras, vilket staterna ska säkerställa. Skyddet för familjens enhet innebär att den som är nära anhörig till någon som är flykting, ska beviljas samma status för att motverka familjesplittringar. Detta beviljande av flyktingstatus sker normalt, även om den anhöriga inte själv uppfyller de villkor som flyktingbegreppet kräver.<sup>49</sup> I linje med det resonemang som förs i MIG 2013:16, vilket tidigare uttryckts i prop. 2005/06:72, blir det tämligen märkbart att Sverige tidigare haft en mer inkluderande syn på anhörighetsinvandring, än den som idag uttrycks.

Då principen om familjens enhet inte bokstavligen ingår i Flyktingkonventionens definition av flyktingbegreppet, sker den praktiska tillämpningen i enlighet med stadgandet av principen i UNHCR:s handbok.<sup>50</sup> I denna handbok fastställs även vilka familjemedlemmar som ska omfattas av principen och vid en restriktiv tolkning innefattas åtminstone make/maka och minderåriga barn. Likt principen om barnets bästa, ska principen om familjens enhet, verka för dem den ämnar skydda snarare än tvärtom.<sup>51</sup>

På EU-nivå berörs Sverige, av skyldigheter avseende principen om familjens enhet enligt artikel 23 i skyddsgrundsdirektivet. I artikeln fastställs miniminormer angående sammanhållning av familjer på flykt, vilket inkorporerats i nationell rätt i utlänningslagen. I förarbetena till inkorporeringen av skyddsgrundsdirektivet, prop. 2009/10:31 s 74, framkommer liknande stadgan som återfinns i UNHCR:s handbok. Det framgår att en anhörig till en flykting, generellt sätt, ska beviljas flyktingstatus, även om denne inte själv hade erhållit sådan status, i enlighet med principen om familjens enhet.<sup>52</sup> I ljuset av en sådan inkludering blir det extra tydligt att principen appliceras, för att hjälpa dem den ämnar skydda, snarare än det motsatta. Det kan även anses visa på, hur olika statusförklaringar tidigare varit tämligen obetydliga. För att hålla familjer samman, beviljas således familjemedlemmar flyktingförklaring, trots att skyddsskäl eventuellt saknas, för att bibehålla familjens enhet. Någon analys för hur den temporära lagen påverkar upprätthållandet av principen om familjens enhet saknas i dess förarbeten.

Europadomstolen har i praxis noterat att det råder en europeisk samt internationell konsensus om att flyktingar har ett större behov till ett förmånligare familjeåterföreningsförfarande än

<sup>47</sup> MIG 2015:18 s 3.

<sup>48</sup> Se *Reccomendation B of the Final Act* i Flyktingkonventionen.

<sup>49</sup> MIG 2013:14 s 4.

<sup>50</sup> Se punkterna 181-188, MIG 2013:16 s 4.

<sup>51</sup> MIG 2013:16 s 5.

<sup>52</sup> MIG 2013:16 s 4 f.

andra utlänningar. Domstolen hänvisar detta uttalande till familjeåterföreningsdirektivet.<sup>53</sup> I detta direktiv centraliseras inte rätten till familjeåterförening som att endast aktualiseras för individer som erhållit flyktingstatus, snarare talar direktivet om ”tredjelandsmedborgare”.<sup>54</sup> Relevant att notera, är därmed att samtliga tre statusförklaringar som tidigare återfunnits i nationell rätt, är att tolkas synonymt med flyktingbegreppet avseende rätten till familjeåterförening, så länge dessa är tredjelandsmedborgare.<sup>55</sup> Ur denna likställdhet bör det då betonas att innebörden var, att individer med skyddsbehov generellt sätt erhöll permanent uppehållstillstånd samt kunde åtnjuta rätten att återförenas med sin familj. Den internationella särskiljningen av skyddsstatus kan därmed noteras, inte varit märkbart synlig i nationella migrationsärenden innan den temporära lagens stiftande. Av remissinstanserna i lagrådsremissen påpekas, att det finns tendenser att regelverket inom EU-rätten går i linje med den nationella utveckling som uttrycker att flyktingar och alternativt skyddsbehövande bör ges en jämlik reglering,<sup>56</sup> något som nationell lagstiftning således tidigare återspeglat.

I nationell praxis har principen om familjens enhet otaliga gånger bekräftats. I ett avgörande om familjeåterförening där anknytningspersonen exkluderats från flyktingstatus, kom hans familjemedlemmar att inkluderas.<sup>57</sup> Utlänningsnämnden uttalade i UN 415-01, att principen om familjens enhet skall appliceras till förmån för de anhöriga snarare än tvärtom.<sup>58</sup>

Det är dock av vikt att poängtera att principen om familjens enhet inte ger familjemedlemmar någon absolut rättighet att beviljas flyktingstatus endast för att anknytningspersonen erhållit denna, även om det generellt sett varit så. I MIG 2015:18 formulerade Migrationsöverdomstolen sitt resonemang i linje med förarbetena till EU-direktiv och tidigare praxis. Domstolen uttalade att varje enskilt fall måste föregås av en individuell prövning av rekvisiten bakom flyktingbegreppet.<sup>59</sup> Det kan idag ifrågasättas om huvudregeln om tillfälliga uppehållstillstånd föregås av en individuell prövning.<sup>60</sup>

### 3.2 Familjeåterföreningsdirektivet

5 kap. 3 § i utlänningslagen behandlar uppehållstillstånd på grund av anknytning. Dessa stadganden grundar sig på familjeåterföreningsdirektivet. Direktivets syfte var att definiera villkor för rätten till familjeåterförening för tredjelandsmedborgare, som lagligen vistas i en medlemsstat. *Kärnfamiljen* innefattar direktivets obligatoriska bestämmelser om familjeåterförening och uttrycker därmed en miniminivå.<sup>61</sup> Vidare uttalar familjeåterföreningsdirektivet en princip som innebär, att tredjelandsmedborgare som i en medlemsstat har en permanent bosättning, *ska ha rätt* att återförenas med medlemmar av kärnfamiljen.<sup>62</sup>

---

<sup>53</sup> *Mugenzi mot Frankrike* para 54.

<sup>54</sup> Se prop. 2005/06:72 s 27 f.

<sup>55</sup> Se prop. 2005/06:72 s 28.

<sup>56</sup> Prop. 2015/16:174 Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige s 30.

<sup>57</sup> MIG 2013:16 s 5.

<sup>58</sup> MIG 2013:16 s 5.

<sup>59</sup> MIG 2015: 18 s 5.

<sup>60</sup> UNICEF, remissvar på utkastet till lagrådsremiss begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, s 2.

<sup>61</sup> Wikrén & Sandesjö s 234-235.

<sup>62</sup> Wikrén och Sandesjö s 238.

Familjeåterföreningsdirektivet stakar även ut villkor för när bestämmelserna får frångås och ansökan om uppehållstillstånd för familjeåterförening avslås. Dessa undantag innefattar att ansökningar får avslås med beaktande till säkerhet och hälsa eller allmän ordning.<sup>63</sup>

I familjeåterföreningsdirektivet uppställs också särskilda krav för att en anknytningsperson ska kunna åtnjuta rätten till familjeåterförening som stakas ut i direktivet. Anknytningspersonen, en tredjelandsmedborgare, som önskar återförenas med sin familj i medlemsstaten denne bor i, ska ”inneha ett uppehållstillstånd med en giltighetstid på minst ett år och ha välgrundade utsikter att få ett permanent sådant.”<sup>64</sup>

I propositionen till familjeåterföreningsdirektivet uttrycker regeringen att;

”Skyddsbehövande i övrigt likställs i princip med flyktingar i utlänningslagen och eftersom flyktingar kan vara anknytningsperson enligt direktivet finner regeringen att även skyddsbehövande i övrigt också fortsättningsvis skall kunna utgöra anknytningsperson.”<sup>65</sup>

### 3.3 Migrationsverket om förslaget till den temporära lagen

Migrationsverket ansåg i sitt remissvar till lagförslaget att lagen innehöll väsentliga brister. Verket uttryckte sig kritisk till att personer med i princip synonyma skyddsskäl i och med den temporära lagen, ska komma att prövas efter olika bestämmelser, som troligtvis kommer att leda till helt olika slutresultat.

Migrationsverket ansåg att även om den temporära lagen inte står i strid med asylrätten *per se*, konstituerar den en stor begränsning av flertalet rättigheter för människor på flykt. Verket betonade även att rätten till privat- och familjeliv i artikel 8 Europakonventionen kräver en proportionalitetsbedömning i varje enskilt fall för att en begränsning av en sådan frihetsrättighet ska vara godtagbar. Eftersom alternativt skyddsbehövande således inte har en rätt till familjeåterförening enligt den temporära lagen, medges inte en sådan bedömning av proportionalitet i det enskilda fallet.<sup>66</sup> Att varje enskilt ärende kräver en individuell prövning, har som tidigare betonats, fastställts i MIG 2015:18. Att detta mål behandlade frågan om flyktingstatus torde dock ej vara av relevans, eftersom skyddsstatusarna vid denna tid nationellt likställdes.

Migrationsverket ifrågasätter även det faktum att alternativt skyddsbehövande saknar rätt till anhöriginvandring. Detta ifrågasättande återkommer även när anknytningspersonen är ett barn. Myndigheten påpekar vidare att rätten till privat- och familjeliv enligt artikel 8 Europakonventionen och Barnkonventionen, särskilt bör beaktas angående denna

---

<sup>63</sup> Prop. 2005/06:72 s 26.

<sup>64</sup> Prop. 2005/06:72 s 26.

<sup>65</sup> Prop. 2005/06:72 s 28-29.

<sup>66</sup> Migrationsverket, remissvar på utkastet till lagrådsremiss begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, diarienummer 1.4.3-2016-26055 s 3.

bestämmelse.<sup>67</sup> Anmärkningsvärt ur detta avseende, är att lagförslaget helt saknar en analys om hur bestämmelserna ställer sig mot de åtaganden Sverige har, i relation till Barnkonventionen. Beaktande av även detta rättighetsdokument, torde utgöra väsentlig del, när begränsningen av en rättighet som i många fall berör barn aktualiseras. I den del av förarbetena som Europakonventionen nämns, måste analysen anses vara knapphändig och sakna

djup.

### 3.4 Sammanfattande ord och analys av rätten till familjeåterförening

Principen om familjens enhet återfinns i åtskilliga traktat och har bekräftats i otalig praxis från såväl nationella som internationella domstolar. Principen avser skydda familjers sammanhållning i särskilt utsatta situationer där splittringar är vanligt förekommande. Anmärkningsvärt, för att visa på principens långtgående natur att skydda sina objekt, kan anses vara det beslut där anknytningspersonen exkluderas flyktingstatus, men vars familjemedlemmar ändå kom att erhålla sådant skydd.

I relation till familjeåterföreningsdirektivet, kan det noteras att regeringen tidigare tolkat direktivet extensivt och likställt flyktingars rätt till familjeåterförening med skyddsbehövande i övrigt, för att *inkludera* även denna grupp. Det är således av särskild betydelse att betona hur regeringen valde att inkludera, snarare än särskilja rättigheter, på grund av statusförklaring när familjeåterföreningsdirektivet skulle inkorporeras. Dessa värderingar har dock frångåtts i och med den temporära lagen och stadgandena däri skiljer sig tämligen mycket från tidigare resonemang.

Avseende kraven som familjeåterföreningsdirektivet utställt för en anknytningsperson, kan dessa analyseras gentemot den temporära lagens stadganden. I enlighet med resonemanget direktivet för, om uppehållstillstånd om minst ett år och välgrundade utsikter att erhålla ett permanent tillstånd, som villkor för familjeåterförening, torde det därav vara möjligt för en individ med alternativt skyddsstatus, att konstituera anknytningsperson även under den temporära lagen, när omständigheterna kan likställas mot en flykting. Terminologin från familjeåterföreningsdirektivets rekvisit återfinns i 6 § den temporära lagen om anknytning till en flykting. Rekvisit som även kan uppfyllas av en individ med statusförklaringen alternativt skyddsbehövande.

Ponera att en person från Syrien flytt till Sverige och beviljats tidsbegränsat uppehållstillstånd om tretton månader enligt den temporära lagen. Utlänningen har därmed erhållit ett uppehållstillstånd om minst ett år vilket därmed tillfredsställer det första rekvisitet i familjeåterföreningsdirektivet. Det måste i en sådan situation även anses som rimligt att anta att konflikten i Syrien kommer pågå under en fortsatt lång tid. Därmed bör individen ha *välgrundade utsikter* att erhålla ett permanent uppehållstillstånd och uppfylla det andra utställda villkoret för att utgöra en anknytningsperson. För att konkludera kan därav en sådan person enligt familjeåterföreningsdirektivets krav, kunna utgöra en anknytningsperson, även enligt förutsättningarna i den temporära lagens stadganden. En utlänning i en sådan situation torde även kunna likställas med en flyktings *långtgående skyddsbehov* och därmed kan de två statusförklaringarnas skyddsbehov likställas. Den temporära lagen förnekar dock sådan möjlighet och det är först vid en eventuell förlängning av det tidsbegränsade

---

<sup>67</sup> Migrationsverket, remissvar på utkastet till lagrådsremiss begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, diarienummer 1.4.3-2016-26055 s 18.

uppehållstillståndet som en sådan prövning blir aktualiserad.

Avslutningsvis är några ord om Migrationsverkets remissvar på sin plats. Att majoriteten av de remissinstanser som granskat lagförslaget, inklusive lagrådet, ställt sig kritiska till förslaget om begränsningar av möjligheterna till uppehållstillstånd är relativt talande i sig. Att myndigheten som behandlar uppehållstillstånd och familjeåterförening delar denna uppfattning är dock anmärkningsvärt. Migrationsverket kritiserar starkt den särskiljning mellan skyddsstatusar som lagstiftaren föreslår, då skyddsskäl generellt sätt är likartade.

Det kan konstateras att, trots att myndigheten inte anser att den temporära lagen står i strid med asylrätten *per se*, så kritiseras ändå centrala element som förarbetena och i förlängning sedan lagen saknar. Utan dem är inskränkningarna inte helt godtagbara ur ett internationellt perspektiv. Dessa centrala delar utgör exempelvis den proportionalitetsbedömningen som begränsningar av artikel 8 i Europakonventionen kräver, en uttrycklig rätt till en individuell prövning i varje enskilt fall: centralt ur perspektivet om rättssäkerhet, samt särskilt beaktande av barns fundamentala rättigheter som uttrycks i Barnkonventionen. Att varje enskilt fall ska föregås av en individuell prövning, har även betonats av Europadomstolen, vilket blir särskilt tydligt i kapitlet om domstolens praxis, där avsaknaden av sådana prövningar, även kommer problematiseras.

## 4 Särskilt om beaktandet av barns rättigheter

### 4.1 Barnkonventionen

I de inledande orden (preamble) till FN:s barnkonvention benämns familjen som ”den grundläggande enheten i samhället och den naturliga miljön för dess medlemmar och särskilt viktigt för barnens utveckling och välfärd.”<sup>68</sup> Barnkonventionen är juridiskt bindande för Sverige och är en del av statens internationella åtaganden. Bestämmelserna däri appliceras på *alla* barn som befinner sig på Sveriges territorium. Barnkonventionen gör ingen särskiljning av barn beroende på nationalitet eller skyddsstatus, utan åtnjutandet av dess rättigheter ska inkludera samtliga barn som vistas i Sverige.<sup>69</sup>

#### 4.1.1 Artikel 2 och 22 – Principen om icke-diskriminering

Principen om icke-diskriminering, utgör en av Barnkonventionens fyra grundprinciper. Artikel 2 föreskriver att medlemsstaterna ska respektera och tillförsäkra att alla barn har samma rättigheter och är lika mycket värda; inget barn får diskrimineras. Detta generella diskrimineringsförbud ska genomsyra appliceringen av konventionens samtliga artiklar. Tillsammans med konventionens artikel 22 kan ett särskilt skydd mot diskriminering för asylsökande barn utläsas. Det framgår att medlemsstaterna: ”[...] ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ett barn som söker flyktingstatus eller anses som flykting [...] [erhåller lämpligt skydd för sina rättigheter].”<sup>70</sup> Då asylsökande barn anses utgöra en särskilt utsatt grupp föreligger ett mer extensivt skydd gentemot denna grupp av barn.<sup>71</sup> I enlighet med dessa artiklar kan det konstateras att migrantbarn inte ska särskiljas barn som är svenska medborgare, utan att rättigheterna i barnkonventionen ska tillgodoses alla barn synonymt.

#### 4.1.2 Artikel 3 – Principen om barnets bästa

I Barnkonventionens artikel 3 återfinns en av rättighetsdokumentets grundpelare: principen om barnets bästa. Principen innebär att ”vid alla åtgärder som rör barn skall barnets bästa komma i främsta rummet.”<sup>72</sup> Bakom principen om barnets bästa ligger två fundamentala idéer; dels, att barnperspektivet skall betonas i beslutsfattande, dels, att utgångspunkten om barn är sårbara och behöver skydd likväl som stöd.<sup>73</sup> År 1996 tillsatte regeringen en barnkommitté för att undersöka barnkonventionens införlivande i nationell rätt.<sup>74</sup> Avseende principen om barnets bästa och utlänningslagen, föreslog kommittén en portalparagraf där denna skulle uttryckas för att principen vid alla beslut ska beaktas.<sup>75</sup> Vidare kan det även betonas att en grundläggande svensk rättsprincip utgör att barnets bästa ska beaktas i *alla* situationer som rör barn, även i juridiska sammanhang.<sup>76</sup>

---

<sup>68</sup> SOU 1996:115 s 31.

<sup>69</sup> UNICEF, remissvar på utkastet till lagrådsremiss begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, s 1.

<sup>70</sup> Barnkonventionen artikel 22.

<sup>71</sup> SOU 2016:19 s 99 f.

<sup>72</sup> SOU 1996:115 s 29.

<sup>73</sup> SOU 1996:115 s 29.

<sup>74</sup> SOU 1996:115 s 6.

<sup>75</sup> SOU 1996:115 s 13.

<sup>76</sup> Prop. 2015/16:174 s 52.

När principen om barnets bästa tillämpas, kan detta anses utgöra två steg. Först utreds vad som konstituerar barnets bästa. Sedan görs en avvägning av det som identifierats som bäst för barnet mot det rättsligt relevanta intresset i det aktuella fallet. I det första steget, när bedömningen görs avseende vad som är barnets bästa, utgör forskning samt tillförlitlig erfarenhet och kunskap en betydande del. Det beaktas vad som generellt sätt i dessa källor utgjort barnets bästa, men bedömningen är i slutänden individuell, då det som är bäst för ett barn inte nödvändigtvis utgör det bästa för ett annat. Således ska det i steg ett identifieras vad som är bäst för det enskilda barnet i det aktuella fallet samt vilken betydelse ett beslut skulle ha för barnet. I nästa steg kan det anses att barnets bästa appliceras som en rättsprincip, då steg två innebär en avvägning mellan intressen. Denna avvägning är i första hand rättslig och sker mellan det intresse som identifierades i steg ett, med andra konkurrerande intressen.<sup>77</sup>

#### 4.1.3 Artikel 9 – Barns rätt att inte skiljas från sina föräldrar

Den naturliga länken mellan Barnkonventionens principer om *barnets bästa* och *rätten till familjeåterförening* kan anses vara konventionens artikel 9. Artikeln handlar om barns åtskiljande från sina föräldrar och hur konventionsstaterna ska säkerställa, att detta inte sker om det inte är i barnets bästa. Denna artikel kan därav anses skydda principen om familjens enhet.

#### 4.1.4 Artikel 10 – Barns rätt till familjeåterförening

Beträffande barns rätt till att återförenas med sin familj, om splittringar sker, återfinns denna i artikel 10 i barnkonventionen. Här stadgas även att ansökningar om familjeåterförening ska behandlas ”på ett positivt, humant och snabbt sätt”.<sup>78</sup> Nationellt har det dock betonats, att det vid sådana ansökningar inte ska fungera som någon typ av trumf-kort, att vara ett barn. Det har också uttryckts att principerna om barnets bästa inte ska vara så pass långtgående att en individ kan erhålla uppehållstillstånd *endast* för att denne är ett barn.<sup>79</sup>

En av de utgångspunkter som Barnkommittén särskilt betonade i sin rapport, var vikten av möjligheten att överklaga beslut. Kommittén ville ”starkt betona att ett självklart rättssäkerhetskrav är möjligheten att kunna överklaga beslut.”<sup>80</sup> Stöd för detta uttalande finner Barnkommittén i asylärendens prekära karaktär och den enorma betydelse ett negativt beslut kan ha för individen.<sup>81</sup>

I MIG 2017:1 fastställde Migrationsöverdomstolen att de tidsbegränsade uppehållstillstånden, som *endast* beviljas för asylsökande efter 24 november 2015, inte kan överklagas. När det kommer till familjer med minderåriga familjemedlemmar är detta särskilt problematiskt ur ett barnrättsperspektiv. Migrationsöverdomstolen menade att uppehållstillstånden i sig inte kan överklagas men att skyddsstatusen kunde utgöra föremål för överklagan.<sup>82</sup> I praktiken innebär dock detta att om en person erhåller en alternativ skyddsstatus, utan omständigheter som krävs för att förklaras som flykting, kommer denna inte kunna få utgöra anknytningsperson

<sup>77</sup> Förvaltningsrättslig tidskrift, Louise Dane, Europadomstolen och barnets bästa, 2015 (2017-04-03) Häfte nr 2, <https://louisedane.files.wordpress.com/2014/08/dane-europadomstolen-och-barnets-bc3a4sta.pdf> s193 f.

<sup>78</sup> Barnkonventionen artikel 10.

<sup>79</sup> Prop. 1996/97:25 s 247.

<sup>80</sup> SOU 1996:115 s 52.

<sup>81</sup> SOU 1996:115 s. 52.

<sup>82</sup> Se MIG 2017:1 s 1 f.



för att återförenas med sin familj. Inte bara kan rättssäkerheten i detta ifrågasättas, utan det står även i strid med flertalet artiklar i Barnkonventionen. Det kan ifrågasättas om barnets bästa är att hållas åtskild från sin familj och att endast beviljas temporärt uppehållstillstånd. Portalparagrafen som utgör 1 kap. 10 § utlänningslagen benämns inte som en av de bestämmelser som ska frångås i och med den temporära lagen. I förlängningen torde detta därav innebära, att principen om barnets bästa ska genomsyra alla beslut som rör barn, även de beslut som fattas med stöd av den temporära lagen. Detta uttrycks även till viss del i förhållande till lagens 13 §. Rädda Barnen kritiserade dock det resonemang som där förs, då det ansågs vara otillräckligt. Organisationen menade att det inte kunde anses vara tillfredsställande att bara uttrycka att portalparagrafen är tillämplig, särskilt inte när den idag inte ens används såsom lagstiftaren främst avsett.<sup>83</sup>

## 4.2 UNICEF om förslaget till den temporära lagen

UNICEF Sverige utförde en granskning ur ett barnrättsperspektiv av förslaget till den temporära lagen. I synnerhet bemöttes regeringens förslag angående familjeåterförening, tidsbegränsade uppehållstillstånd och särskilt ömmande omständigheter. På samtliga områden avstyrkte UNICEF regeringens förslag.<sup>84</sup>

Avseende regeringens förslag om familjeåterförening betonar UNICEF att de inskränkningar som föreslås i relation till rättigheten står i *direkt* strid till både Barnkonventionen och andra internationella åtaganden. Att förslaget även särskiljer barns rättigheter beroende på status, anses som både diskriminerande och oproportionerligt. UNICEF poängterar även barns fundamentala rätt till att återförenas med sina föräldrar och hur ett försvårande av åtnjutandet av denna rätt, inte är förenligt med Barnkonventionen. Denna rättighet är aktuell för *samtliga* barn och kan inte särskiljas beroende på statusförklaring.<sup>85</sup>

Angående tidsbegränsade uppehållstillstånd anser UNICEF att dessa inte bör ges till barnfamiljer då detta skulle strida mot principen om barnets bästa. Vidare betonas även hur det i relation till resonemanget om kvotflyktingar, inte bör vara varken rimligt eller proportionerligt, att inte bevilja ensamkommande barn och barnfamiljer permanent uppehållstillstånd. UNICEF ställer sig djupt frågande till den föreslagna huvudregeln att barnfamiljer ska beviljas tillfälliga uppehållstillstånd, då konsekvenserna kan komma att innebära allvarliga kränkningar av barns fundamentala rättigheter. Slutligen noterar UNICEF, den diskriminerande natur särskiljningen mellan barn som är kvotflyktingar och barn med annan status, konstituerar.<sup>86</sup>

## 4.3 Sammanfattande ord och analys av barns rättigheter

I Barnkonventionen stadgas generella rättigheter som utan åtskillnad ska kunna åtnjutas alla barn som uppehåller sig på Sveriges territorium. Barnkonventionen stadgar extensiva

---

<sup>83</sup> Prop. 2015/16:174 s 50.

<sup>84</sup> UNICEF, remissvar på utkastet till lagrådsremiss begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, s 1-4.

<sup>85</sup> UNICEF, remissvar på utkastet till lagrådsremiss begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, s 2.

<sup>86</sup> UNICEF, remissvar på utkastet till lagrådsremiss begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, s 1-2.

skyldigheter för staten gentemot barn. När det kommer till familjer med minderåriga medlemmar, är det av särskild vikt att vid familjeåterföreningsförfaranden beakta barnens bästa samt principen om familjens enhet. Det är även av största vikt att rättigheterna inte erbjuds på ett diskriminerande vis, vilket principen om icke-diskriminering fastslår. Som denna studie inledningsvis noterade, utgör gruppen kvotflyktingar den enda grupp vars rättigheter bevaras intakta i och med den temporära lagen. UNICEF kritiserade i sitt remissvar, särskiljandet av barns rätt till familjeåterförening och permanent uppehållstillstånd beroende på skyddsstatus. Kvotflyktingar, flyktingar och alternativt skyddsbehövande barn ska oavsett status säkerställas de rättigheter Barnkonventionen stadgar. Detta ska göras på ett icke-diskriminerande vis. Att barn beroende på status har olika rättigheter, är således högst diskriminerande och kan även konstateras vara extra allvarligt då det handlar om kränkningar gentemot minderåriga.

Det är anmärkningsvärt att det nationellt betonats, att barn inte kan spela något typ av trumf-kort vid familjeåterföreningsförfarande bara för att de är barn. Detta kan anses vara särskilt motsägelsefullt då det föreligger internationell konsensus om att barn är mer ömtåliga och i större behov av skydd än vuxna, samt att barn därför åtnjuter ett mer långtgående skydd för sina rättigheter. Ett sådant uttalande kan anses degradera det extensiva beskydd som ska appliceras på barn och står tämligen uttryckligen i strid med Sveriges åtaganden under Barnkonventionen. ”Trumf-kort” resonemanget blir om möjligt, ännu mer intressant i relation till Europadomstolens argumentation i fallet *El Ghatet*, som nedan behandlas i kapitlet om Europadomstolens praxis.

Barnkonventionens, kanske mest grundläggande princip, om beaktandet av barnets bästa, ter sig tämligen bristfällig i den temporära lagen. Om principen, som lagstiftaren indikerar, ska genomsyra alla beslut angående barn, torde en individuell prövning under 13 § temporära lagen alltid realiseras vid familjeåterföreningsförfaranden som berör barn. Då det som ovan konstaterats, finns en utgångspunkt, i att barns bästa är att vara tillsammans med sina föräldrar, kan den nya huvudregel som förnekar sådan möjlighet påstås stå i strid med barnkonventionen. För att undvika kränkningar av barns rättigheter borde därför uppehållstillstånd och rätt till familjeåterförening enligt undantagsventilen i 13 § temporära lagen utgöra huvudregeln i alla familjeåterföreningsförfaranden som inkluderar barn, inte tvärtom. Detta bör göras för att säkerställa att barns särskilda rättigheter realiseras.

Tidigare betonade lagstiftaren, i bestämmelsen om synnerligen/särskilt ömmande omständigheter, att en omformulering av lagtexten var nödvändig för att tydligt uttrycka barns särskilda ställning. I denna omformulering betonades barns lägre krav om allvaret i omständigheter jämfört med hur dessa ser ut för vuxna. Lagstiftaren ansåg att betoningen behövde uttryckas bokstavligen, inte endast implicit. I den temporära lagen har detta resonemang helt exkluderats och barns särställning uteslutits.

Som rättsprincip, kräver barnets bästa, att en tudelad avvägning sker vid åtgärder som rör barn. Vid den avvägning som krävs vid principens applicering kan det anses vara tämligen uppenbart att familjeåterförening i majoriteten av fall är det som konstituerar barnets bästa. Främst, då familjeåterförening innebär att barnet då får vara tillsammans med sina föräldrar. I majoriteten av fallen kan det också förutsättas, att föräldrarna inte är att anse som olämpliga. Skulle dock sådana omständigheter föreligga ska barnen självfallet inte återförenas med sina föräldrar. Barnets bästa i sådana fall, konstituerar snarare det motsatta.

Ändock, i majoriteten av fall, när det konstaterats att barnets bästa är att återförenas med sin familj ska en avvägning göras emot det juridiskt relevanta intresset som talar emot sådan återförening. Ur detta perspektiv kan det juridiska intresset anses vara, statens önskan att minska invandringen och ge vissa centrala samhällsfunktioner andrum. Vilket intresse väger då tyngst? Då utlänningslagens portalparagraf inte berörts av den temporära lagens begränsningar, finns det fortsatt en skyldighet att vid samtliga beslut som rör barn, sätta barnets bästa i främsta rummet. Förpliktelserna finns stadgade både nationellt i utlänningslagen samt på internationell nivå i Barnkonventionen. Om principen ska beaktas vid alla beslut, ska utgöra utgångspunkten vid alla åtgärder och att detta konstituerar en familjeåterförening; kan det bli tämligen svårt för statens med sitt intresse att minska invandringen att vinna en sådan avvägning. Proportionaliteten i statens önskan att uppnå ett andrum skulle, väga tyngre än barns rätt till sina föräldrar är svår att beakta som rimlig. Extra tydligt blir ett sådant resonemang i kapitlet om Europadomstolens applicering av principen och den tyngd domstolen ålagt den.

## 5 Temporära lagen och Europakonventionen

I den femte och sjätte delen av denna studie kommer Europakonventionen samt Europadomstolens praxis ställas gentemot den temporära lagen. Syftet i denna del är att belysa artikel 8 och 14 i konventionen. Detta görs för att sedan kunna beakta hur artiklarna kommer till uttryck i den temporära lagen samt för att kunna analysera dem gentemot varandra. I nästa steg kommer relevant praxis från Europadomstolen presenteras och analyseras i kontrast av den temporära lagens stadganden och förarbeten. Primärt kommer dock några ord spenderas på Europakonventionen som traktat och dess speciella karaktär.

### 5.1 Europakonventionen

Sedan år 1995 är Europakonventionen svensk lag.<sup>87</sup> Därmed följer att lagar som tillkommer eller exempelvis beslutsfattande av myndigheter, måste utföras i ljuset av, och med respekt för, de fri- och rättigheter som skyddas i konventionen.<sup>88</sup>

#### 5.1.1 Artikel 1 Europakonventionen

Det framgår av Europakonventionens första artikel att varje fördragsslutande stat ska, till var och en som befinner sig under statens jurisdiktion, garantera de fri- och rättigheter som anges i första avdelningen i konventionen.<sup>89</sup> Fri- och rättigheterna ska således säkerställas till *alla* individer som befinner sig under medlemsstatens jurisdiktion. Med var och en, avses statens egna medborgare, såväl som personer som bor eller vistas i staten. Att befinna sig under statens jurisdiktion innebär huvudsakligen att befinna sig på statens territorium. En person med alternativ skyddsstatus eller flyktingstatus, som bor eller befinner sig på Sveriges territorium, omfattas därmed av Europakonventionens tillämplighetsområde. Även om denna vistelse är tidsbegränsad, har individer som vistas i Sverige rätt att få konventionens rättigheter säkerställda.<sup>90</sup>

#### 5.1.2 Särskilt om Europakonventionens säregna karaktär

Europakonventionen innehåller oerhört generella bestämmelser och kan därmed bli föremål för varierande tolkningar. I och med de allmänt utformade bestämmelserna är det av stor vikt att klargöra vilka principer som ska vara ledande vid tolkning av Europakonventionen. Det är av yttersta vikt att konventionen ses i sin helhet så att bestämmelsernas innebörd blir rimliga och att tolkning utförs på ett sådant vis att konflikt mellan olika bestämmelser inte uppstår.<sup>91</sup> Europakonventionen är menad till att etablera en miniminivå för skyddet av de mänskliga rättigheterna som ska vara synonym för alla medlemsstater. Således blir konsekvensen att konventionens skydd inte får underskridas av någon av medlemsstaterna. Det krävs därför att begrepp i konventionen ges en så kallad *autonom tolkning* som är helt oberoende av vad konceptet har för innebörd i medlemsstaternas rättssystem.<sup>92</sup>

---

<sup>87</sup> Se Lag (SFS 1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

<sup>88</sup> Se Regeringsform (SFS 1974:152) 2 kap. 19 §.

<sup>89</sup> Europakonventionen artikel 1.

<sup>90</sup> Danelius s 41.

<sup>91</sup> Danelius s 50.

<sup>92</sup> Danelius s 51.

### 5.1.2.1 Margin of appreciation

Europadomstolens uppgift är att kontrollera att konventionen respekteras av medlemsstaterna. När det kommer till frågor om tillämpning av nationell rätt, bevisning samt oriktigt materiellt avgörande från en nationell domstol, anser sig Europadomstolen sällan behörig att pröva frågan. Frågor av denna karaktär, anser Europadomstolen oftast, att de nationella domstolarna är bättre lämpade att utföra samt att även realisera den avvägning som krävs för att komma till ett konventionsenligt avgörande. Därav åtnjuter medlemsstaterna en så kallad bedömningsmarginal, (*margin of appreciation*) (MoA). I Europakonventionens artiklar 8-11 skyddas en mängd olika rättigheter. Då artiklarna 8-11 konstituerar kvalificerade rättigheter får dock dessa begränsas. Emellertid ställs särskilda krav på vilka inskränkningar som kan anses vara konventionsenliga. De kvalificerade rättigheterna får endast inskränkas om det kan anses *nödvändigt i ett demokratiskt samhälle* för att tillgodose ett *skyddat intresse*. Det är framförallt vid bedömningen huruvida en inskränkning är nödvändig som de nationella domstolarna åtnjuter en MoA. Beroende på arten av det skyddade intresset kan omfattningen av MoA variera; angående frågor centrala för den enskilda staten såsom nationell säkerhet, allmän ordning eller vid frågor om allmän moral anses staterna åtnjuta en bred MoA.

### 5.1.2.2 Proportionalitetsprincipen

En majoritet av konventionsenliga åtgärder kan endast godtas om de är proportionerliga. Detta innebär att vid en avvägning ska åtgärderna stå i ett rimligt förhållande till intresset de är avsedda att tillgodose. Artiklarna 8-11 i konventionen tillåts begränsas endast om de är *nödvändigt* för att skydda ett viktigt och godtagbart intresse. Proportionalitetsprincipen ska tillämpas vid en bedömning av, om det intresse som anges är nödvändigt att skydda. Det krävs således en avvägning mellan hur stor en inskränkning i den enskildes rätt är och förhållandet till medlemsstatens behov att tillgodose det skyddade intresset. Endast om dessa faktorer står i ett rimligt förhållande, *i proportion*, till varandra kan en inskränkning *anses nödvändig i ett demokratiskt samhälle*.<sup>93</sup>

### 5.1.2.3 Positiva förpliktelser

Mänskliga rättigheter konstituerar framförallt ett skydd för den enskilde mot ingrepp av staten avseende vissa grundläggande garantier.<sup>94</sup> I linje med ett sådant resonemang innehåller flertalet av artiklarna i Europakonventionen ett förbud för staten, att ingripa i den enskilda människans rättigheter. Exempelvis ska staten inte ingripa i människors rätt till privat- eller familjeliv. Staten har därmed en negativ skyldighet, vilket innebär att staten *inte* ska ingripa eller vidta några åtgärder som inskränker dessa rättigheter. Staten har dock även positiva förpliktelser kopplade till dessa negativa skyldigheter; åtgärder för att tillgodose att den enskilde tillfredsställande kan åtnjuta sina rättigheter, åtgärder att förhindra att en kränkning aktualiseras genom lagregler osv. Exempelvis angående rätten till liv enligt konventionens artikel 2, har staten en positiv förpliktelse att utreda ett dödsfall som skett under oklara omständigheter.<sup>95</sup> Negativa förpliktelser kan således innebära att staten ska avböja från att ingripa, medan positiva förpliktelser är aktiva åtgärder för att möjliggöra åtnjutandet av de i konventionen skyddade rättigheterna.

<sup>93</sup> Danelius s 53.

<sup>94</sup> Moeckli s 97.

<sup>95</sup> Danelius s 53 f.

#### 5.1.2.4 MIG 2016:13

Migrationsöverdomstolen noterade Europakonventionens betydelse för ärenden där familjeåterförening behandlas i MIG 2016:13. Domstolen noterar hur en familjeåterförening, ur en anknytningspersons perspektiv, kan komma att inkluderas i tillämpningsområdet av artikel 8. Trots att Europakonventionen inte förpliktar sina medlemsstater att bevilja utlänningar inresa till, eller vistelse på, sina territorier kan dock beslut tagna av staten, leda till familjesplittningar vilket då kan aktivera statens skyldigheter under konventionen. Vidare betonar domstolen hur en inskränkning av artikel 8 kräver en avvägning mellan konkurrerande intressen; individens och statens. Statens intresse att reglera invandringen måste konstitueras en nödvändig begränsning av individens rätt till familjeliv. Detta innebär att ”den inskränkning i en anknytningspersons rättighet som uppstår om de anhöriga vägras uppehållstillstånd, och därför inte kan bosätta sig här, måste stå i rimlig proportion till intresset av att upprätthålla reglerad invandring”.<sup>96</sup>

#### 5.1.3 Artikel 8 Europakonventionen

I artikel 8 i Europakonventionen framgår att:

”var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens. En offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutandet av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.”<sup>97</sup>

I artikel 8 Europakonventionen kan rätten till familjeåterförening anses vara intolkad i rätten till familjeliv. Europadomstolen har genom praxis stadgat att en rätt till familjeåterförening endast berättigas om det saknas möjlighet för familjen att återförenas i något annat land än det land där familjeåterförening söks.<sup>98</sup>

Vidare har Europadomstolen betonat att rätten till familjeåterförening är av särskild vikt för skyddsbehövande. Domstolen har understrukit att ansökningar om familjeåterförening ska behandlas snabbt, positivt och humant,<sup>99</sup> vilket återspeglar kraven Barnkonventionen ställer på sådana ansökningar. Angående detta har Europadomstolen använt begreppet ”skyddsbehövande” och inte ”flyktingar”. Detta val av terminologi torde ses som en acceptans till en extensiv tolkning av det särskilda behovet av familjeåterförening, att inte endast ges till flyktingar utan samtliga utlänningar med ett skyddsbehov. Det kan eventuellt till och med anses att Europadomstolen närmar sig en utveckling som är mer inkluderande avseende familjeåterförening, vilket skulle frångå tidigare betoning på flyktingars särskilda rätt.

---

<sup>96</sup> MIG 2016:13 s 4.

<sup>97</sup> Europakonventionen artikel 8.

<sup>98</sup> Se *Gül mot Schweiz* dom den 19 februari 1996, *Sen mot Nederländerna* dom den 21 november 2001 och Wikrén och Sandesjö s 238.

<sup>99</sup> MIG 2016:13 s 2.

#### 5.1.4 Artikel 14 Europakonventionen

Rätten att åtnjuta de fri- och rättigheter som Europakonventionen stadgar skall ske utan diskriminering vilket konventionens artikel 14 vittnar om. I artikel 14 fastställs att ”åtnjutandet av de fri- och rättigheterna som anges i denna konvention skall säkerställas utan någon åtskillnad såsom på grund av kön, ras, hudfärg [...] eller ställning i övrig”. Denna artikel uttrycker ett förbud mot diskriminering och fastställer principen om att lika fall ska behandlas lika. Det är dock viktigt att ha i åtanke att artikeln inte uttalar ett generellt förbud mot diskriminering utan endast avseende åtnjutandet av de fri- och rättigheter som konventionen stadgar.<sup>100</sup>

Nyckelorden i artikel 14 är begreppen ”lika fall” och ”objektiv grund”: ”För att en skillnad i behandling av jämförbara fall ska vara diskriminering, förutsätts att skillnaden inte har en objektiv och godtagbar grund”.<sup>101</sup> Lika fall, innebär att de personer som jämförs skall befinna sig i en analog situation. För att denna olikhet ska konstituera diskriminering, krävs även att särskiljningen saknar förankring i objektivt godtagbara grunder.<sup>102</sup> Europadomstolen har förtydligat sitt resonemang angående lika fall och objektiva grunder i det så kallade *belgiska språkmålet*. Domstolen avsåg fastställa kriterier att applicera vid avgörandet om diskriminering skett och uttalade att:

”likabehandlingsprincipen är kränkt om åtskillnaden inte har en objektiv och godtagbar grund. Huruvida en sådan grund är för handen måste bedömas med hänsyn till en åtgärds syften och verkningar och med beaktande av de principer som normalt tillämpas i demokratiska samhällen. En olikhet i behandlingen vid utövandet av en i konventionen garanterad rättighet måste inte endast ha ett legitimt ändamål utan artikel 14 är också kränkt, om det klart framgår att det inte finns några rimliga proportioner mellan de medel som används och de mål man vill uppnå.”<sup>103</sup>

Rätten som artikel 14 stadgar, är ingen fristående rättighet utan måste, som sagt, sammankopplas med en annan artikel i konventionen.<sup>104</sup> När det kommer till familjeåterförening kan det därav vara av intresse att sammankoppla artikel 14 med artikel 8 för att säkerställa att diskrimineringsförbudet aktualiseras vid åtnjutandet av rätten till familjeliv.

## 5.2 Europakonventionen i den temporära lagen

I förarbetena till den temporära lagen blir det tämligen tydligt hur svårbedömd lagens förenlighet med Europakonventionen är. Konventionsenligheten bakom inskränkningen av artikel 8 ifrågasätts av flertalet remissinstanser, som även betonar att en sådan begränsning kräver att en ”individuell prövning av rätten till familjeåterförening ska göras i varje enskilt

---

<sup>100</sup> Danelius s 517.

<sup>101</sup> Danelius s 520.

<sup>102</sup> Danelius s 519-520.

<sup>103</sup> Danelius s 520.

<sup>104</sup> Leach s 399.

fall.”<sup>105</sup> Vidare uttalade majoriteten av remissinstanserna, att de saknade analys för hur begränsningarna till familjeåterförening står i relation till både EU-rätten och Europakonventionen. Remissinstanserna betonade även att ”alternativt skyddsbehövande har samma behov av familjeåterförening som flyktingar.”<sup>106</sup> Vilket kan anses återspegla Europakonventionens förändrade fokus; från att särskilt betonat flyktingars behov till att tala om *skyddsbehövandes* särskilda behov.

Med beaktande av vad remissinstanserna ansåg om alternativt skyddsbehövande och flyktingars likställda behov till familjeåterförening kan den temporära lagens särskiljning utgöra en kränkning av artikel 14 Europakonventionen. Om analoga situationer, liknande fall, ska behandlas lika och personer med olika skyddsstatusar likställs, torde en olikhet i behandling utgöra en kränkning av diskrimineringsförbudet. Denna olikhet skulle kunna rättfärdigas genom en objektivt godtagbar grund. Regeringen uttrycker genomgående att den temporära lagens syfte är att reglera invandringen och ge Sverige andrum<sup>107</sup>, frågan blir då om detta kan konstituera en objektivt godtagbar grund?

I förarbetena till den temporära lagen diskuteras Europadomstolens praxis avseende medlemsstaternas positiva förpliktelser att möjliggöra familjeåterförening på sitt territorium. Det poängteras hur rätten till familjeliv inte är absolut och att staten har stora möjligheter att inskränka på rättigheten. Argumentationen som används för att stötta en sådan föreslagen inskränkning är i huvudsak två; å ena sidan att lagen endast gäller under tre år, å andra sidan att det nationella asylsystemet samt andra centrala samhällsfunktioner utsatts för stora påfrestningar. I enlighet med dessa syften anför regeringen det som konventionsenligt att begränsa rätten till familjeliv under den begränsade tid lagen är aktuell.<sup>108</sup>

I relation till diskrimineringsförbudet i Europakonventionens artikel 14, noterar regeringen skillnaden som görs mellan flyktingar och alternativt skyddsbehövande, avseende rätten till familjeåterförening. Det anmärks hur den temporära lagen beviljar flyktingar större rätt till familjeåterförening, än alternativt skyddsbehövande. Regeringen menar att ”flyktingar har i allmänhet skyddsskäl som varar under en längre tid än alternativt skyddsbehövande eftersom de har individuella skyddsskäl”.<sup>109</sup> Därför anser regeringen att skillnaden i behandling inte är diskriminerande.<sup>110</sup> Det hade varit önskvärt att regeringen motiverat särskiljningen av skyddsstatusar mer extensivt, än det som presenteras i förarbetena. Att så inte görs, öppnar dock upp för ett större utrymme för tolkning av potentiella konventionskränkningar, med stöd av Europadomstolens tidigare avgöranden, något som kommer belysas nedan.

Trots att regeringen ansett att den temporära lagen inte konstituerar konventionskränkningar utesluter den dock inte möjligheten att det i undantagsfall kan komma att ske sådana. Främst pekar då regeringen på den fördröjning av åtnjutandet avseende rätten till familjeliv, som kan komma att aktualiseras för individer. Denna fördröjning skulle kunna stå i strid med Sveriges internationella konventionstaganden. Därav kom regeringen att föreslå 13 § i den temporära

---

<sup>105</sup> Prop. 2015/16:174 s 41.

<sup>106</sup> Prop. 2015/16:174 s 43.

<sup>107</sup> Se prop. 2015/16:174 s 43.

<sup>108</sup> Prop. 2015/16:174 s 43.

<sup>109</sup> Prop. 2015/16:174 s 43.

<sup>110</sup> Prop. 2015/16:174 s 43.



### 5.3 Sammanfattande ord och analys - den temporära lagen och Europakonventionen

I brist på utförlig analys beträffande den temporära lagens förenlighet med Europakonventionen kan det vara relevant att granska hur konventionen får begränsas samt om inskränkningarna som den temporära lagen utgör är konventionsenliga. Då principen om barnets bästa inte uttryckligen finns stadgad i konventionen, kommer den att i detta skede bortses från. Kvar blir då frågan om hur begränsningen, för vuxnas rätt till familjeliv i artikel 8 och den temporära lagens förenlighet med diskrimineringsförbudet i artikel 14 ter sig.

#### 5.3.1 Artikel 8 och den temporära lagen

Då artikel 8 utgör en av Europakonventionens kvalificerade rättigheter, får dessa begränsas om denna inskränkning uppfyller särskilda villkor. Philip Leach<sup>112</sup> presenterar ett fem stegs test för att avgöra om en inskränkning av de kvalificerade rättigheterna utgör en konventionskränkning. Först ska det prövas om rättigheten som åberopas faller inom tillämpningsområdet för den artikel som hänvisas till. Vidare ska det prövas om åtnjutandet av den åberopade rättigheten har begränsats. Tredje prövningen ser till om inskränkningen varit lagstadgad. I nästa steg prövas om inskränkningen utgjort ett av de godtagbara syftena som artikelns andra punkt godkänner och till sist görs bedömningen om inskränkningen varit nödvändig i ett demokratiskt samhälle.<sup>113</sup>

I relation till testets tre första steg måste det anses att kriterierna som presenteras är uppfyllda. Rätten till familjeåterförening finns intolkad i artikel 8, rättigheten begränsas genom att familjeåterförening endast realiserar i undantagsfall och inskränkningen är stadgad i lag genom den temporära lagen. Vid beaktande av fjärde stegets kriterium kan det i den temporära lagens förarbeten identifieras att statens syfte med begränsningarna är att minska invandringen till Sverige. Detta syfte kan, med en extensiv tolkning, anses falla under flertalet av de stadgade godtagbara syftena i artikel 8.2 Europakonventionen; såsom ”förebyggandet av oordning” eller med referens till ”den allmänna säkerheten”. Vid beaktandet av testets femte och sista krav, appliceras flertalet prövningar i avgörandet om inskränkningen är nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Dels, ska ett pressande socialt behov (pressing social need) finnas, och dels, ska inskränkningen vara proportionerligt med det godtagbara syftet den ämnar tillgodose. Nödvändigheten ska vara större, än vad som kan konstitueras som önskvärt, skäligt eller praktiskt. När Europadomstolen bedömer om en inskränkning möter dessa kriterier, läggs särskilt beaktande vid, om det finns alternativa lösningar som inte utgör ett lika stort begränsande av individens rättigheter, eller om inskränkningen är det enda sättet att uppnå det nödvändiga syftet. Till denna bedömning tillkommer även beaktandet av statens MoA.<sup>114</sup>

När syftet till den temporära lagen betraktas, är det tydligt att regeringen identifierar ett

---

<sup>111</sup> Prop 2015/16:174 s 43.

<sup>112</sup> Philip Leach är professor i mänskliga rättigheter, advokat och ansvarig för European Human Rights Advocacy Centre.

<sup>113</sup> Leach s 310-313.

<sup>114</sup> Leach s 313.

pressande socialt behov att begränsa invandringen till Sverige, då centrala samhällsfunktioner satts under hård press. Är denna nödvändighet mer långtgående än vad som i detta läge kan anses önskvärt och praktiskt? Svaret är jakande. Tillfälliga begränsningar av kvalificerade rättigheter till följd av stor påverkan på centrala samhällsfunktioner måste *definitivt* kunna beskrivas som nödvändigt snarare än praktiskt och önskvärt.

Artikel 8 i Europakonventionen föreskriver inga absoluta rättigheter och det kan vara skäligt att under en tid begränsa dessa, för att upprätthålla den allmänna ordningen, vilket i förlängningen betyder att begränsningen av rätten till familjeliv är proportionerlig till syftet den ämnar uppnå. I relation till statens MoA är det troligt att anta att Europadomstolen, i linje med Leachs resonemang<sup>115</sup>, hade förkunnat att regeringen, är det mest kompetenta organet att själv avgöra nödvändigheten av inskränkningen och lämnat det upp till staten att bedöma begränsningen. Ur detta perspektiv är det svårt att se hur svenska statens lagstadgade inskränkning av artikel 8 skulle kunna komma att utgöra en konventionskränkning. Det finns dock en viktig del som i detta resonemang utelämnats. I familjer finns ofta minderåriga barn med mer långtgående rättigheter än vad de vuxna åtnjuter. I avsnittet om Europadomstolens praxis ska därför denna aspekt vidare utvecklas.

### 5.3.2 Artikel 14 och den temporära lagen

Flyktingar och alternativt skyddsbehövande behandlas olika i och med den temporära lagen. Lagstiftaren har själv noterat detta och rättfärdigat särskiljningen med olikheten mellan de två grupperna avseende skyddsbehov. Flertalet remissinstanser har kritiserat att lagen garanterar olika rättigheter till människor med likställda behov till skydd. I den temporära lagens förarbeten tillägnas en mening, till att förklara hur detta förfarande inte utgör diskriminering. Då tillräckligheten i detta starkt kan ifrågasättas, är det intressant att göra en djupdykning i särskiljningen, i kontrast till det diskrimineringsförbud som Europakonventionens artikel 14 stadgar.

Som ovan fastställt är nyckelbegreppen bakom diskrimineringsförbudet, ”lika fall” och ”objektiv grund”. Philip Leach har inkorporerat dessa i ett tudelat test för att avgöra om diskriminering skett. Leach menar att en person har utsatts för diskriminering om; (1) denne behandlats olikt en annan person i en liknande situation på en förbjuden grund, samt, (2) om det inte finns någon skälig eller objektiv förklaring till skillnaden i behandling.<sup>116</sup> Om detta test appliceras på gruppen alternativt skyddsbehövande, vars rättigheter under konventionens artikel 8 begränsats, kan flertalet observationer göras. Alternativt skyddsbehövande behandlas annorlunda, sämre, än flyktingar på den skyddade grunden ”annan status” uttryckt i artikel 14 och de båda skyddsbehövande grupperna befinner sig i en analog situation. En olikhet i behandling har identifierats, dels av regeringen själv i förarbetena samt bekräftats i kritiken från flertalet remissinstanser. Första steget i testet är därmed uppfyllt. I nästa steg kan det noteras att regeringen formulerat sin förklaring till skillnaden i behandling, med att gruppernas skyddsbehov är olika långtgående. Europadomstolen har i sin bedömning om diskriminering, tidigare uttryckt att sådana grupper som domstolen fastställt som extra utsatta, åtnjuter ett vidare skydd mot diskriminering.<sup>117</sup> Människor på flykt har ansetts utgöra en

---

<sup>115</sup> Se Leach s 313.

<sup>116</sup> Leach s 402.

<sup>117</sup> Se Leach s 403.

För att ett syfte till skillnad i behandling ska vara godtagbart, ska det vara objektivt och proportionerligt. I fallet *Koua Poirrez mot Frankrike* ansåg Europadomstolen att syftet bakom skillnaden i behandling var oacceptabel, då det till stor del baserats på det faktum att den klagande inte var av fransk nationalitet. Den klagande hade även en funktionsnedsättning, vilket utgör ännu en grupp som ska åtnjuta ett mer långtgående skydd mot diskriminering.<sup>119</sup> I relation till begränsningen av rätten till familjeliv för alternativt skyddsbehövande, kan liknande logik appliceras. De individer som bedöms som alternativt skyddsbehövande har ingen rätt till familjeåterförening endast för att de är just alternativt skyddsbehövande. Som tidigare argumenterats för, vilket också stöds av Migrationsverkets remissvar, är olika långtgående skyddsskäl ingen realitet och därmed inte ett godtagbart syfte. Att alternativt skyddsbehövande, befinner sig i en analog situation med individer som erhåller statusen flykting, är redan konstaterat av flertalet kompetenta organ.<sup>120</sup> I förlängningen behandlas den särskilt utsatta gruppen alltså sämre, endast på grund av den status de beviljats. En sådan stor skillnad i behandling mellan två särskilt utsatta grupper som kan beaktas som synonyma, kan inte anses vara objektivt godtagbar. Inte heller kan en sådan skillnad beaktas som proportionerlig. Med syftet bakom olikheten i behandling i åtanke, torde en begränsning av *samtliga individer* med ett skyddsbehov konstituera en mer acceptabel begränsning ur ett diskrimineringsperspektiv. Detta hade även stått i proportion till det större syftet om att minska invandringen. Att göra en särskiljning av människor på flykt enbart på grund av status, kan dock inte utgöra ett undantag till diskrimineringsförbudet.

Särskilt allvarlig blir diskrimineringen om den görs i förhållande till minderåriga. Dels för att de är barn, dels för att de är migranter och därmed inkluderas i två särskilt utsatta grupper, vars rättigheter särskilt ska skyddas. Som UNICEF betonade, är det oproportionerligt att särskilja barn och åtnjutandet av deras rättigheter, endast på grund av statusförklaring. Alla barn ska åtnjuta likartat skydd för sina rättigheter. Artiklarna 2 och 22 i Barnkonventionen ska särskilt beaktas avseende barn som är asylsökande och dessa artiklar betonar även vikten av diskrimineringsförbudet. När det kommer till diskrimineringen mellan barn med olika status, kan det starkt ifrågasättas om sådan särskiljning någonsin kan komma att utgöra ett godtagbart syfte.

---

<sup>118</sup> Se t.ex. *M.S.S mot Belgien och Grekland* para 251, *A mot Storbritannien* para 22-27.

<sup>119</sup> *Koua Poirrez mot Frankrike* para 38 ff.

<sup>120</sup> Se t.ex. prop. 2015/16:174 s 41 f.

## 6 Praxis från Europadomstolen

### 6.1 Europadomstolens roll i skyddet för de mänskliga rättigheterna

Europadomstolens huvudsakliga uppgift är, att pröva om kränkningar av de rättigheter som konventionen skyddar skett. Främst prövas om kränkningar ägt rum när nationella myndigheter utövat sin makt, för att i nästa steg avgöra om kränkningen varit godtagbar eller inte.<sup>121</sup> Det kan i linje med detta resonemang framhållas, att Europadomstolen är medlemsstaternas främsta övervakare för att säkerställa att Sverige och de andra konventionsstaterna respekterar de mänskliga rättigheter, som kommer till uttryck i konventionen.<sup>122</sup>

### 6.2 Vägledande avgöranden från Europadomstolen

Då regeringen diskuterar den temporära lagens enlighet med Europakonventionen, är det av intresse att notera en liten del av den praxis som inte berördes i lagens förarbeten. Den nya särskiljning som lagstiftaren stadgat mellan olika skyddsstatusar, vilket saknar utförlig analys gentemot Europakonventionens diskrimineringsförbud, är i relation till domstolens resonemang på området av särskilt intresse. Avseende artikel 8 i migrationsmål har Europadomstolen relativt enhetlig praxis, avseende medlemsstaternas skyldigheter om en inskränkning av rätten till familjeliv.

#### 6.2.1 Neulinger och Shuruk mot Schweiz

Europadomstolen levererade ett avgörande i ett mål rörande vårdnad i juli 2010. Även om ämnet i sig inte är relevant för studien som ligger för handen, diskuterade domstolen inskränkningar av artikel 8 Europakonventionen samt viktiga bakomliggande värden. Resonemanget är därmed applicerbart på studiens huvudsakliga tema.

Europadomstolen betonade hur det är i varje barns bästa att växa upp i en miljö som tillåter barnet regelbunden kontakt med båda sina föräldrar.<sup>123</sup> Domstolen noterade även den breda konsensus som råder till stöd för att barnets bästa, är av största vikt vid alla beslut som rör barn. Denna konsensus avseende principen om barnets bästa, bekräftar Europadomstolen och återfinns även i internationell rätt.<sup>124</sup>

Vidare redovisar domstolen de olika element som principen om barnets bästa konstituerar. Principen dikterar att ett barns band till sin familj måste upprätthållas förutom i de fall familjen har bevisat sig vara olämplig. Familjeband kan därmed endast kapas, vid *särskilt exceptionella omständigheter* och allt måste göras för att bevara relationer inom familjen, samt när och om det är lämpligt, att återuppbygga familjen.<sup>125</sup>

#### 6.2.2 Osman mot Danmark

---

<sup>121</sup> Se artikel 41 Europakonventionen.

<sup>122</sup> Förvaltningsrättslig tidskrift, Louise Dane, Europadomstolen och barnets bästa, 2015 (2017-04-03) Häfte nr 2, <https://louisedane.files.wordpress.com/2014/08/dane-europadomstolen-och-barnets-bc3a4sta.pdf> s 195.

<sup>123</sup> *Neulinger och Shuruk mot Schweiz* para107

<sup>124</sup> *Neulinger och Shuruk mot Schweiz* para135.

<sup>125</sup> *Neulinger och Shuruk mot Schweiz* para136.

I fallet *Osman mot Danmark* behandlade Europadomstolen frågan om den klagandes rätt under artikel 8, att återfå uppehållstillstånd i Danmark, efter att ha spenderat några år i Kenya. Även om målet i stora delar inte utgjorde endast ett fall om familjeåterförening, belystes viktiga resonemang av domstolen, vilka är relevanta i sammanhanget. Resonemanget Europadomstolen förde, behandlar principen om barnets bästa, vikten av barnets ålder samt anknytning till det land där familjeåterförening åberopades, vilket är tämligen relevant för den aktuella studien.

Den klagande var född i Somalia, men hade endast spenderat sina första år där, då familjen senare valde att flytta till Kenya. Även i Kenya bodde den klagande endast några år, innan familjen sökte och beviljades asyl i Danmark. Den klagande var sju år gammal när familjen bosatte sig där och hon gick i dansk skola under sju års tid.<sup>126</sup> Då föräldrarna inte ansåg vissa delar av den klagandes uppförande som lämpligt valde pappan att ta med henne tillbaka till Kenya, för att där ta om hand om äldre släktingar. Den klagande var då femton år gammal. Två år senare kontaktade den klagande den danska ambassaden och ansökte om uppehållstillstånd, för att få återförenas med sin mamma och sina syskon i Danmark.<sup>127</sup>

De danska myndigheterna nekade den klagandes ansökan att återförenas med sin familj på flera grunder. Dels för att den klagande inte kontaktat behöriga myndigheter och förnyat sitt uppehållstillstånd i tid och dels för att den klagande var för gammal för att åtnjuta rätten till familjeåterförening, enligt nationell lagstiftning. Inom dansk rätt sträckte sig rätten till familjeåterförening endast till barn under femton år.<sup>128</sup>

Den klagande ansåg att de danska myndigheterna kränkt hennes rättigheter under artikel 8, när de avslog hennes ansökan om förnyat uppehållstillstånd för att återförenas med sin familj.<sup>129</sup> Den klagande belyste det faktum, att hon växt upp i Danmark, talade språket, hade gått i dansk skola och att hennes närmsta familj bodde i landet.<sup>130</sup> Följaktligen ansåg sig Europadomstolen skyldig att undersöka, om de nationella myndigheternas avslag av den klagandes uppehållstillstånd, utgjort ett ingripande i den klagandes rätt till respekt för hennes privat- och familjeliv eller eventuellt påvisat en underlåtenhet av staten i de positiva förpliktelser konventionen kräver.<sup>131</sup>

Domstolen noterade att den klagande fortfarande varit minderårig, när hon först ansökt om att återförenas med sin familj, även om hon nått myndighetsålder, när högsta instans nekat hennes ansökan. Domstolen poängterade vidare sin egen praxis på området och unga vuxnas rätt till ett förhållande med sina föräldrar och andra nära familjemedlemmar, vilket konstituerade familjeliv, under artikel 8. Oberoende av existensen av familjeliv, menade dock domstolen, att utvisningen av en etablerad migrant, konstituerade ett ingrepp i hans eller hennes rätt till privatliv. I förlängningen menade således domstolen, att myndigheternas agerande både inskränkt den klagandes privatliv och familjeliv.<sup>132</sup>

---

<sup>126</sup> *Osman mot Danmark* para 1-10.

<sup>127</sup> *Osman mot Danmark* para 10-12.

<sup>128</sup> *Osman mot Danmark* para 14.

<sup>129</sup> *Osman mot Danmark* para 42.

<sup>130</sup> *Osman mot Danmark* para 45.

<sup>131</sup> *Osman mot Danmark* para 53.

<sup>132</sup> *Osman mot Danmark* para 55 f.

Den stora frågan för Europadomstolen att undersöka var därav om nekandet av uppehållstillstånd varit ”nödvändigt i ett demokratiskt samhälle” eller om de danska myndigheter haft en plikt att bevilja den klagande uppehållstillstånd. När domstolen startade sin bedömning noterades således den klagandes förhållande till Danmark; att hon spenderat den formande delen av sin barndom i landet, att hon pratade danska, att hon gått i dansk skola i många år samt att hennes föräldrar och syskon bodde i landet. Domstolen ansåg i linje med dessa noteringar, att den klagande hade sociala, kulturella och familjära band till Danmark.<sup>133</sup>

Europadomstolen upprepade att det krävs allvarliga skäl för att rättfärdiga en utvisning av en etablerad migrant som lagligt spenderat större delen av sin barndom och ungdom i värdlandet. Den klagande nekades heller inte uppehållstillstånd på grund av brott utan för att hon inte förnyat sitt tillstånd i tid och domstolen noterade än en gång den klagandes starka band till Danmark.<sup>134</sup> Domstolen poängterade barns rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv och att detta inte ska avfärdas lättvindigt.<sup>135</sup>

I sitt avgörande fann Europadomstolen att Danmark kränkt den klagandes rätt under artikel 8 då den klagandes intressen inte tillräckligt har tagits i beaktande av myndigheterna. När den klagande nekades uppehållstillstånd uppnåddes ingen rimlig avvägning mellan de konkurrerande intressena, den klagandes och statens, vilket domstolen uttryckte utgjorde en konventionskränkning.<sup>136</sup>

### 6.2.3 Berisha mot Schweiz

Under år 2013 i *Berisha mot Schweiz* behandlade Europadomstolen ett fall där tre barn från Kosovo ansökt om återförening med deras föräldrar som var bosatta i Schweiz. I målet upprepade domstolen vikten av principen om barnets bästa och stor vikt lades vid beaktandet av Barnkonventionen. Domstolen noterade vidare, att det råder en bred konsensus, både inom den europeiska sfären och inom internationell rätt; att barnets bästa måste vara av avgörande betydelse vid alla beslut som rör barn. För det aktuella ändamålet poängterade domstolen, att när ett familjeåterföreningsförfarande ligger för handen, bör särskild uppmärksamhet ägnas åt barnets ålder, situationen i barnets hemland samt i vilken utsträckning barnet är beroende av sina föräldrar.<sup>137</sup>

Majoriteten av domstolen i målet, fyra av sju domare, ansåg att en kränkning av artikel 8 inte skett genom att neka familjeåterförening. Detta på grund av att artikel 8, inte garanterar en rätt till att välja den mest lämpliga platsen att utveckla familjelivet på.<sup>138</sup> Emellertid ansåg dock tre skiljaktiga domare något annat. De uttalade i sin skiljaktiga mening, att barn inte kan hållas ansvariga för sina föräldrars felaktiga beteende, vilket syftade till att de ankommit till landet på olaglig väg, eftersom detta skulle strida mot principen av barnets bästa. De ansåg vidare att avvägningen mellan de konkurrerande intressena rörande det yngsta barnet, som var sju år vid tiden för ansökan, inte kunde ha ansetts träffa en rimlig balans. En avvägning

<sup>133</sup> *Osman mot Danmark* para 59 f.

<sup>134</sup> *Osman mot Danmark* para 65.

<sup>135</sup> *Osman mot Danmark* para 69.

<sup>136</sup> *Osman mot Danmark* para 76 f.

<sup>137</sup> *Berisha mot Schweiz* para 51.

<sup>138</sup> *Berisha mot Schweiz* para 61.

mellan den sökandes intresse till familjeåterförening och statens intresse att kontrollera invandring, ansågs därför inte vara godtagbar. Mot denna bakgrund ansåg domarna, att en kränkning av artikel 8, hade skett gentemot åtminstone det yngsta barnet.<sup>139</sup>

#### 6.2.4 Mugenzi mot Frankrike

När det kommer till migrationsfall som berör barn har Europadomstolen i fallet *Mugenzi mot Frankrike* särskilt uttalat att barnets bästa, vid en proportionalitetsbedömning av konventionsenliga syften, ska väga tyngst.<sup>140</sup>

I målet *Mugenzi mot Frankrike*, från 2014, prövade Europadomstolen om Frankrikes handlande i den klagandes familjeåterföreningsförfarande, inneburit en konventionskränkning. Domstolen erinrade sig om de grundläggande rättigheterna hos människor på flykt avseende familjens sammanhållning och familjeåterförening samt hur dessa utgör betydande del för individer som flytt. För att på nytt uppta ett normalt liv, är åtnjutandet av dessa rättigheter essentiella.<sup>141</sup> Europadomstolen poängterar sin subsidiära natur och betonar att det inte är domstolens arbetsuppgift att pröva den klagandes ansökning om familjeåterförening. Däremot, är det domstolens arbetsuppgift, att utreda om nationella myndigheter vid sin tolkning och tillämpning av relevant lagstiftning, tillvaratagit de garantier som återfinns i artikel 8 av konventionen, som den klagande har rätt till.<sup>142</sup>

I sin bedömning av nationella myndigheters förfarande, med statens bedömningsmarginal i åtanke, ansåg domstolen, att hänsyn till den klagandes specifika situation inte tillräckligt beaktats. Vidare ansågs att familjeåterföreningsförfarandet inte skett i linje med de garantier om snabbhet, smidighet och effektivitet som fordras, för att skyddet för den klagandes rätt till familjeliv under artikel 8, ska säkerställas. Avslutningsvis fastställde domstolen att staten underlåtit sig att träffa en rimlig balans mellan de konkurrerande intressena: den klagandes intresse att återförenas med sin familj och statens intresse att kontrollera invandringen. Därmed fann Europadomstolen, att Frankrike kränkt den klagandes rätt under artikel 8.<sup>143</sup>

Ur Europadomstolens avgörande i *Mugenzi mot Frankrike*, kan särskilda krav för nationella myndigheters inskränkningar av rätten till familjeåterförening under artikel 8 utläsas. Att poängtera, är domstolens betoning av en proportionalitetsbedömning, vilket inkluderar avvägningen mellan konkurrerande intressen. Men främst den primära bedömningen av barnets bästa. Villkoren för inskränkningar av rätt till familjeåterförening kräver att en individuell bedömning sker i varje enskilt fall samt att principen av barnets bästa är central i en sådan bedömning och beaktas primärt.

#### 6.2.5 El Ghatet mot Schweiz

I november år 2016 utfärdade Europadomstolen ett avgörande i målet *El Ghatet mot Schweiz*. Avgörandet behandlade den nationella bedömningen av principen om barnets bästa i ett fall om familjeåterförening. Europadomstolen fann en kränkning av artikel 8, då den nationella

---

<sup>139</sup> *Berisha mot Schweiz* skiljaktig mening domare Jociené och Karakas para 1-4.

<sup>140</sup> *Mugenzi mot Frankrike* para 45.

<sup>141</sup> *Mugenzi mot Frankrike* para 54.

<sup>142</sup> *Mugenzi mot Frankrike* para 52.

<sup>143</sup> *Mugenzi mot Frankrike* para 62.

domstolen inte tillräckligt utrett barnets bästa.<sup>144</sup> I sitt resonemang noterade domstolen den breda konsensus som i internationell rätt finns, rörande principen om barnets bästa och hur denna ska vara dominerande rörande alla beslut om barn. Med denna princip i åtanke lägger Europadomstolen därför störst vikt, vid minderåriga barns omständigheter, när det kommer till migrationsfall och ålägger nationella domstolar att göra detsamma. Barnets bästa måste finnas centralt och bör väga särskild tungt vid sådana bedömningar.<sup>145</sup>

Vidare menade Europadomstolen att ett otillräckligt resonemang till ett beslut med en frånvarande balans av intressen skulle kunna utgöra en kränkning av artikel 8.<sup>146</sup> De nationella domstolarna i det aktuella fallet hade presenterat en tämligen komprimerad och kortfattad argumentation som grund till domslutet som *El Ghatet* grundad sin klagan på. Detta ansåg Europadomstolen, indikerade att barnets bästa inte varit en central del i domstolarnas resonemang och avvägning mellan intressen vilket går emot Schweiz' konventionsåtaganden.<sup>147</sup>

Till Europadomstolens domslut anförde domare Serghide en sammanfallande mening. Även om Serghide var enig med majoriteten var det vissa delar av konventionskränkningen som behövde förtydligas. Det är i Serghides mening att schweiziska domstolar brutit mot principen om *the rule of law*<sup>148</sup>, genom att fastställa det domslut som senare hamnade hos Europadomstolen. När det kommer till avvägningen mellan konkurrerande intressen, kräver principen om *the rule of law*, att en sådan är genomtänkt och utförlig, speciellt i fall som rör barn och deras välfärd. Utan en sådan balans, menar Serghide, att en rättvis, effektiv och lagenlig applicering av proportionalitetsprincipen, är svår att garantera.<sup>149</sup>

Fortsättningsvis betonar domare Serghide, principen om barnets bästa och hur denna, i enlighet med Barnkonventionens artikel 3, måste spela en primär roll i alla beslut rörande barn. Vidare noterar Serghide hur det kan vara svårt att vinna en avvägning avseende en migrationsrestriktion, då barnets bästa och dennes rätt till sin familj väger mycket tungt å andra sidan.<sup>150</sup> Domare Serghide uttrycker att:

“It should be noted that the State has an inherent positive obligation to determine and protect the welfare of children in ensuring effective respect for their family life under Article 8 § 1 of the Convention. This obligation takes priority over any other obligation, since, as mentioned above, the welfare of the child is a primary consideration.”<sup>151</sup>

#### 6.2.6 D.H med flera mot Tjeckien

I fallet D.H med flera mot Tjeckien behandlades frågan om diskriminering och särskiljning mellan barn. Europadomstolen bekräftade än en gång, vikten av diskrimineringsförbudet i

<sup>144</sup> *El Ghatet mot Schweiz* para 53-54.

<sup>145</sup> *El Ghatet mot Schweiz* para 46.

<sup>146</sup> *El Ghatet mot Schweiz* para 47.

<sup>147</sup> *El Ghatet mot Schweiz* para 53.

<sup>148</sup> En exakt översättning av begreppet är svåruppnåelig. Dock torde en ungefärlig definition av rule of law betyda ”rättsstat” och the principle of the rule of law kan anses betyda rättsstatsprinciper.

<sup>149</sup> Domare Serghide i *El Ghatet mot Schweiz* s 16.

<sup>150</sup> Domare Serghide i *El Ghatet mot Schweiz* s 17.

<sup>151</sup> Domare Serghide i *El Ghatet mot Schweiz* s 17.



konventionens artikel 14. Domstolen konstaterade, att en allmän åtgärd som har oproportionerligt skadliga effekter på en särskild grupp, kan anses diskriminerande trots att åtgärden inte är särskilt riktad till den gruppen och att diskriminering potentiellt strider mot konventionen kan bero på en faktisk situation.<sup>152</sup>

När det kommer till bevisbördan inom detta område, har domstolen fastställt, att när den klagande visat på en skillnad i behandling, skiftar bevisbördan till regeringen för att visa att denna var motiverad/godtagbar. Avseende skillnaden i effekten av en allmän åtgärd eller en faktisk situation, har domstolen tidigare förlitat sig på statistik, för att påvisa en skillnad i behandling mellan grupper som befinner sig i en analog situation. Med beaktande av att familjeåterförening i huvudregel endast gäller flyktingar och att alternativt skyddsbehövande endast beviljas återförening i undantagsfall, bör statistiken visa på att flyktingar beviljas anknytning med sin familj, medan alternativt skyddsbehövande nekas sådan anknytning.<sup>153</sup> Domstolen poängterar innebörden av indirekt diskriminering och uttalar att även om avsikten bakom en åtgärd inte varit att diskriminera, kan effekterna fortfarande vara av diskriminerande art och att detta ändock konstituerar diskriminering.<sup>154</sup> Även om fallet D.H med flera mot Tjeckien behandlade diskriminering på grund av etnicitet, är det viktigt att understryka att domstolen lade särskilt stor vikt vid att romerna var en speciellt sårbar grupp. Vedertaget i Europadomstolens praxis angående utsatta grupper är såväl barn som asylsökande.<sup>155</sup>

## 6.3 Sammanfattande ord och analys - Europadomstolens praxis och den temporära lagen

### 6.3.1 Den temporära lagens förenlighet med Europadomstolens resonemang om artikel 8 och barnets bästa

I de fall som presenterats ovan har domstolen i samtliga fall konstaterat och bekräftat att principen om barnets bästa alltid är av största vikt vid beslut som rör barn. Trots att principen inte uttryckligen finns stadgad i konventionen, applicerar domstolen principen frekvent, då dess tillämplighet har internationell konsensus. Det är dock inte endast principen om barnets bästa som observerats av Europadomstolen, utan fler principer stadgade i Barnkonventionen återkommer i domstolens resonemang.<sup>156</sup> Om Europadomstolen anser sig vara bunden till Barnkonventionens bestämmelser kan det ifrågasättas att svenska staten bortser från den.

Som det ser ut idag saknas nationell praxis där den temporära lagen prövats mot rätten till familjeåterförening. Det som dock kan utläsas av förarbetena till lagen, visar tydligt hur beaktandet av barnets bästa, som en potentiell inskränkning av artikel 8, helt saknas. I linje med det resonemang Europadomstolen för, avseende nationella myndigheters utredning, syns även här, att ett barnperspektiv måste vara centralt vid en bedömning om inskränkningar av rättigheter under konventionen. Domstolen har till och med dragit resonemanget så långt, att även om åtgärden inte utgjort en konventionskränkning, kan den ändock vara oacceptabel, om barnets bästa inte tillräckligt utretts.

<sup>152</sup> D.H med flera mot Tjeckien para 175.

<sup>153</sup> Migrationsverket för inte statistik över statusförklaringarna som anknytningspersoner har.

<sup>154</sup> D.H med flera mot Tjeckien para 177 – 181.

<sup>155</sup> Se t.ex. M.S.S mot Belgien och Grekland para 251, A mot Storbritannien para 22-27.

<sup>156</sup> Se exempelvis principen om familjens enhet som är synlig i Neulinger och Shuruk mot Schweiz.

Den temporära lagen, ger alternativt skyddsbehövande som huvudregel, en marginell rätt till familjeåterförening. Denna typ av argumentation kan ifrågasättas angående barnfamiljer och med beaktande av allmänt vedertagna principer om barns särskilda och mer långtgående rättigheter. I konsekvens tillåter ett sådant uteslutande en exkludering av beaktandet av principen om barnets bästa, vilket står i direkt strid med Barnkonventionens mest grundläggande princip, om beaktandet av barnets bästa, i främsta rummet.

Ovanstående praxis från Europadomstolen visar tämligen tydligt på den extensiva skyldighet konventionsstaterna har, i relation till principen om barnets bästa, vid familjeåterföreningsförfarande för barnfamiljer. Ändock är dessa förpliktelser tämligen förbisedda i den temporära lagens förarbeten. I kontrast till detta är det dock relevant att bedöma, hur lagstiftarens notering om att barnets bästa och ett barnrättsperspektiv ska finnas, ställer sig emot de faktiska avgöranden som Europadomstolen gjort.

I sitt avgörande i målet *Osman mot Danmark*, belyser domstolen flertalet intressanta perspektiv, för en analys i ljuset av medlemsstaters förpliktelser i kontrast till den temporära lagens bestämmelser. Domstolen lade stor vikt vid den klagandes band till Danmark och hur hon spenderat den "formande delen" av sin barndom där samt att staten genom att neka henne uppehållstillstånd, kränkte den klagandes rättigheter under artikel 8. Vilken skyldighet placerar detta avgörande på konventionsstaten Sverige? När barn som huvudregel endast beviljas temporära uppehållstillstånd för bland annat tre år, är den stora frågan om staten i linje med Europadomstolens argumentation i *Osman mot Danmark* verkligen kan avvisa dessa barn efter att deras uppehållstillstånd gått ut.

Ponera att ett barn, sju år gammalt, flytt till Sverige och beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd om tre år. Detta innebär att barnet kommer spendera sina tre första skolår i svensk skola. Barnet kommer lära sig att läsa och skriva det svenska språket och hinna gå tre årskurser, innan det tidsbegränsade uppehållstillståndet löper ut. Finns det något som förmar ett barn så mycket som att gå i skolan? De första tre åren av skolgång skulle kunna, i linje med Europadomstolens resonemang, utgöra en formande del i ett barns liv. En del som i förlängningen skulle leda till, att barnet knyter sociala, kulturella och familjära band till Sverige. Barnet skulle vid det här laget tala språket, vara integrerat i den svenska skolan samt vara familjär med de sociala och kulturella traditionerna som hör Sverige till.

Att utvisa ett barn som spenderat tre år i Sverige vid en sådan formande ålder, med syftet att kontrollera invandringen, ter sig sannerligen tveksamt i relation till Europakonventionens artikel 8. Om principen om barnets bästa ska beaktas vid beslut som rör barn, måste barnets bästa först identifieras. Angående ett barn som spenderat tre år i Sverige från åldern sju till tio år kan barnets anknytning till Sverige beaktas som djupgående. Barnets bästa, torde därav utgöra fortsatt vistelse i Sverige, förmånligast på en permanent basis. Vid principens andra del måste en avvägning göras gentemot det rättsligt relevanta intresset, vilket i detta fall kan identifieras som statens önskan att kontrollera invandringen. Med stöd av domare Serghide's argumentation i fallet *El Ghatet mot Schweiz*, kan det således anses bli tämligen problematiskt, för att inte säga svårt, för staten att vinna en sådan avvägning, vilket i förlängningen innebär att Sverige måste bevilja barnet permanent uppehållstillstånd, för att inte stå i strid med sina internationella åtaganden.

Det är i relation till detta även relevant att upprepa Europadomstolens resonemang i fallet. För

att rättfärdiga en utvisning av en etablerad migrant krävs allvarliga skäl. Särskilt när utlänningen lagligt spenderat formande delar av sin barndom i landet.

I *Mugenzi mot Frankrike* betonade domstolen att nationella myndigheter inte särskilt beaktat den klagandes situation samt att en proportionalitetsbedömning saknades när rätten till familjeliv i artikel 8 inskränktes. Att den temporära lagen endast tillåter, att rätten till familjeåterförening prövas i undantagsfall, kan anses te sig tämligen problematiskt i kontrast till detta. Särskilt när huvudregeln är att endast bevilja temporära uppehållstillstånd med marginell rätt till familjeåterförening, vilket påverkar barnets bästa, som ansetts vara tillsammans med föräldrarna. I relation till domstolens resonemang i *Mugenzi mot Frankrike*, borde 13 § i den temporära lagen alltid tillämpas vid beslut som involverar barn och familjeåterförening borde beviljas för att säkerställa att artikel 8 i Europakonventionen inte kränks. Undantagsregeln torde snarare, i linje med detta, utgöra huvudregeln.

Som domare Serghide betonade i sin sammanfallande mening, kräver principen om *the rule of law* att proportionalitetsbedömningens avvägning mellan intressen, måste vara särskilt utförlig i beslut som rör barn. Dels står den allmänt vedertagna huvudregeln som den temporära lagen presenterar i detta hänseende, i direkt strid med sådant resonemang. Dels saknas en utförlig analys av stadgandenas påverkan av förpliktelserna gentemot barn, vilket kan anses påvisa en avsaknad av avvägning mellan statens och barn på flykts intressen. Särskilt anmärkningsvärt är Serghides resonemang om statens utsikter att vinna en sådan avvägning, vilket återigen bekräftar domstolens långtgående syn på hur principen om barnets bästa är primär.

### 6.3.2 Appliceringen av artikel 14 i kontrast till den temporära lagens särskiljning

*D.H med flera mot Tjeckien* är kanske ett av vår tids mest uppmärksammade fall om diskriminering. Å ena sidan för att målet behandlade särskiljningen av barn, å andra sidan för att barnen också var av romsk härkomst. Romer, har enligt Europadomstolen, ansetts utgöra en särskilt utsatt grupp, precis som alternativt skyddsbehövande barn, vilket konstaterades i kapitel sex. Individerna tillhör alltså inte en, utan två särskilt utsatta grupper. I målet om de romska barnen betonar domstolen även vikten av, att konventionsstater heller icke gör sig skyldiga till indirekt diskriminering. Detta innebär att även om det inte varit lagstiftarens avsikt, att diskriminera barn som erhållit status som alternativt skyddsbehövande, så har det ändå blivit effekten av den stiftade lagen. Appliceras således domstolens resonemang i *D.H med flera mot Tjeckien*, på skillnaden mellan statusförklaring, i och med den temporära lagen, finns således stor risk att diskriminering, direkt eller indirekt, skulle kunna konstateras.

## 7 Analys och slutsats

Syftet med denna studie har varit att analysera hur den temporära lagen står i förhållandet till två av de rättighetsdokument som Sverige är bundna till. I fokus, har Europakonventionens artikel 8 och 14 samt Barnkonventionen, varit. Perspektivet för analysen har varit den om rätten till familjeåterförening framförallt i ärenden som berör barn. Analysen har främst centraliserats i den särskiljningen mellan människor med olika statusförklaringar som den temporära lagen utgjort, samt konkretiserat problematiken i denna ur ett barnrättsperspektiv.

Syftet bakom den temporära lagen har ansetts vara att minska trycket på centrala samhällsfunktioner, men frågeställningen blir då; hur uppfyller tidsbegränsade uppehållstillstånd det syftet? Individer med statusförklaringen, flykting, beviljas uppehållstillstånd om tre år, alternativt skyddsbehövande, om tretton månader. I förlängningen måste det anses som tämligen troligt, att majoriteten av de som erhållit uppehållstillstånd för tretton månader, kommer att få sitt tillstånd förlängt. Konsekvensen av detta kommer då bli, att större delen av de temporära uppehållstillstånd som beviljades de asylsökande som kom till Sverige under år 2015, kommer att behöva omprövas senare.

Eftersom den temporära lagen endast är tidsbegränsad, är det tämligen svårt att se på situationen som något annat än en förskjutning av svårigheterna. Kommer utlänningslagen, som den ser ut idag, bli tillämplig i sin helhet år 2019, så kommer permanenta uppehållstillstånd återigen beviljas, likväl som familjeåterförening för *alla* skyddsbehövande. Är det proportionerligt att under tre år förvägra människor på flykt, chansen att återuppbygga sina liv på en stadigvarande basis med sin familj, för att Sverige år 2019, kommer vara i samma läge? Den här studien konkluderar att åtgärderna inte är proportionerliga med det bakomliggande syftet.

Den centrala samhällsfunktionen som regeringen särskilt betonat behöver lättnad är Migrationsverket, en myndighet som i och med den temporära lagen, inte endast behöver arbeta under extrem arbetsbelastning, utan som även måste lära sig ett nytt regelverk samt göra prövningar långt utöver vad som tidigare krävts. Ger detta myndigheten andrum? Att öka arbetsbördan ytterligare i en redan hårt pressad situation? Den här studien drar slutsatsen att åtgärderna inte leder till andrum för Migrationsverket utan snarare det motsatta.

Principen om familjens enhet har varit etablerad på en internationell nivå sedan mitten av förra århundradet. I kölvattnet av andra världskriget gick världssamfundet samman, för att säkerställa att människor som behöver fly, har rätten att göra det. Att särskilt beskydda familjer på flykt, ansågs som en viktig enhet att värna om, vilket ledde till principens stiftande. Principen ska idag verka för objekten den ämnar skydda; familjer som splittrats eller som riskerar att splittras. Att verka för familjens enhet, överlappar med rätten till familjeåterförening, då det ena leder till det andra. Den temporära lagens stadganden, kan anses ha exkluderat ett beaktande av, principen om familjens enhet. Om stater ska säkerställa att familjer på flykt hålls samman, är det tämligen svårt att se hur detta tillfredsställs i den temporära lagen som denna studie genomgående visat.

Europadomstolen har noterat i sin praxis, att människor på flykt ska åtnjuta ett förmånligare familjeåterföreningsförfarande än andra utlänningar, då de har ett större behov av detta. Att ett förmånligt familjeåterföreningsförfarande inte konstituerar marginella rättigheter att återförenas med sin familj, är tämligen uppenbart. Principen om familjens enhet ämnar

skydda kärnfamiljens sammanhållning och motverka splittringar för familjer på flykt. Den temporära lagens förenlighet med principen om familjens enhet är osäker, främst då den inte tycks säkerställa familjens sammanhållning för individer som flytt till Sverige.

Sverige är i linje med sina internationella åtaganden, förpliktade att beakta rätten till familjeåterförening. Rättigheten återfinns i flertalet internationella rättighetsdokument såväl som i EU-direktiv samt i utlänningslagen. När den temporära lagen, trots massiv kritik, trädde i kraft i mitten av år 2016, begränsades möjligheten att åtnjuta denna rättighet kraftigt. Rätten att återförenas med sin familj blev således villkorad. Lagen separerar och särskiljer människor som tidigare befunnit sig i likställda situationer och rätten till rättigheter blev en fråga om statusförklaring.

Innan den temporära lagen realiserades, fanns det visserligen tre skilda statusförklaringar för skyddsbehövande, men, dessa hade en likställdhet i praktiken. Särskilt tydligt blir denna likställdhet i resonemanget om införlivandet av familjeåterföreningsdirektivet och den extensiva tolkning som applicerades, för att inkludera snarare än exkludera. Syftet bakom dagens särskiljning, argumenteras vara en skillnad av, skyddsskäl och att dessa är olika långtgående. Detta resonemang kan anses vara något av en nyhet och stå i kontrast till tidigare perspektiv som den svenska regeringen haft. Det är dock ur detta hänseende viktigt att än en gång poängtera, att svenska staten har en principiell rätt till sin suveränitet. Rätten att söka asyl innebär inte automatiskt att sådan kommer beviljas och en godkänd asylansökan är nödvändig för att rätten till familjeåterförening ska aktiveras.

Det som kan anses bli problematiskt, är när människor som Sverige bedömer har skyddsbehov, nu inte behandlas likartat. Är det möjligt att beakta flykt från politisk förföljelse som mer allvarligt eller långtgående än flykt från krig? Det är tydligt att Sverige tidigare ansett att en sådan bedömning inte varit vare sig lämpligt eller nödvändigt samt att människor på flykt bör behandlas likställt oberoende av skyddsskäl. Detta kan utläsas av tidigare resonemang kring begreppen samt hur dessa applicerats i domstol. Den här uppsatsen konkluderar att godtagbarheten i olikheten i behandling utifrån ett diskrimineringsperspektiv är ytterst tveksam.

Innan den temporära lagen trädde i kraft, var familjeåterförening en rättighet, som kunde åtnjutas likställt mellan individer med olika skyddsstatus. I den temporära lagen har flyktingar en faktiskt rätt till att återförenas med sin familj, medan alternativt skyddsbehövande, åtnjuter en marginell sådan. Människor som bedöms ha ett alternativt skyddsbehov, kan i särskilda undantagsfall få rätt till familjeåterförening, om nekandet till sådant skulle stå i strid med något av Sveriges internationella åtaganden. Denna möjlighet kan realiseras med stöd av 13 § i den temporära lagen. Bedömningen av vilken konsekvensen ett nekande till familjeåterförening skulle ha och hur detta ställer sig gentemot Sveriges internationella åtaganden, ska göras av Migrationsverket.

Regeringen har i första hand uttryckligen nämnt att Europakonventionen ska beaktas vid bedömningar under 13 § i den temporära lagen. Denna studie drar dock slutsatsen att ett beaktande av Barnkonventionen också är av största vikt. Exempelvis, vid en bedömning av hur ett nekande till familjeåterförening står, gentemot svenska konventionsåtaganden. Ett barnrättsperspektiv, kan ur beaktandet av Europadomstolens praxis, te sig extra viktigt. Domstolen har återkommande betonat vikten av ett beaktande av principen om barnets bästa och hur denna ska appliceras främst vid beslut som berör barn. Precis hur extensivt som

Europadomstolen bedömer att principen bör beaktas, blir särskilt tydligt i fallet *Mugenzi mot Frankrike* där domstolen egentligen inte bedömde att statens beslut var felaktigt, men att en konventionskränkning ändå skett, då en djupgående analys av barnets situation inte realiserats.

I den temporära lagens förarbeten uttrycks det hur barn inte kan använda sig av det faktum, att de är barn, som något slags trumfkort, för att åtnjuta ett bredare skydd för sina rättigheter. Av Barnkonventionens stadganden kan dock snarare det motsatta utläsas. Barn ska åtnjuta ett bredare skydd för sina rättigheter och barnets bästa ska alltid beaktas främst, i alla beslut som rör barn. Detta blir tämligen uppenbart när principen appliceras av Europadomstolen, vars konvention inte ens uttryckligen skyddar principen. Resonemanget om att inte använda sin barndom som trumfkort, kan även ställas emot domare Serghides analys, om statens möjlighet att vinna en avvägning mellan sitt eget intresse och barnets. Serghide betonade den enorma svårigheten för staten att, konventionsenligt, kunna dra slutsatsen att intresset att kontrollera invandringen skulle kunna väga tyngre än barnets bästa vid en avvägning. Proportionaliteten i att kränka barnets bästa, till fördel för minskad invandring utgör ett tämligen svårt vunnit argument.

Vid familjeåterföreningsförfarande som berör barn, kan slutsatsen dras, att Europadomstolen, Barnkonventionen, Utlänningslagen och Familjeåterföreningsdirektivet, anser att barnets bästa ska väga tyngst. Även om den temporära lagen inte uttryckligen fastställer att barnets bästa inte ska beaktas, så görs heller inte någon analys av hur begränsningarna ställer sig gentemot barns särskilda rättigheter och Sveriges förpliktelser under Barnkonventionen. Det som tidigare ansetts vara av stor vikt: att uttryckligen poängtera i lagtexten att barnets bästa ska beaktas<sup>157</sup>, samt att barn har lägre krav på omständigheter<sup>158</sup>, skyddas inte särskilt av den temporära lagen. Avsaknaden av resonemang och analys skulle peka på att ett barnrättsperspektiv uteblivit vid stiftandet av den temporära lagen, trots att flertalet remissinstanser belyst nödvändigheten av just detta. Konsekvensen kan anses bli, att barnrättsperspektiv även kommer utebli i tillämpningen av lagen, vilket skulle konstituera en kränkning av barns rättigheter. I förlängningen skulle även en sådan tillämpning stå i strid med Europadomstolens vägledande avgöranden, om hur principen om barnets bästa alltid ska beaktas primärt.

Även stadgat av Europadomstolens praxis, är att barnets ålder och anknytning till Sverige särskilt ska beaktas vid avgörandet om vad som konstituerar barnets bästa. De tidsbegränsade uppehållstillstånden som den temporära lagen beviljar, möjliggör för majoriteten av barnen, att under temporära lagens aktualisering, spendera tre år i Sverige. För barn i en formlig ålder kan tre år bedömas vara en lång tid, under vilken djupa band knyts till Sverige. Att utvisa ett sådant barn skulle därmed stå i strid med principen om barnets bästa, i linje med Europadomstolens resonemang i fallet *Osman mot Danmark*. Om barnen troligtvis ändå i slutändan kommer beviljas permanenta uppehållstillstånd, då annat skulle stå i strid med Sveriges internationella åtaganden gentemot Europakonventionen, torde det saknas hinder för att sådant skulle beviljas från första början. Permanenta uppehållstillstånd för barn på flykt med möjligheten att återförenas med sin familj, om så krävs, måste sannerligen anses utgöra barns bästa i majoriteten av de aktuella fallen.

---

<sup>157</sup> Se portalparagrafen i 1 kap. 10 § utlänningslagen.

<sup>158</sup> Se kapitel 2.2.1 ”Bestämmelserna om synnerligen ömmande omständigheter”.

Som Europadomstolen fastslog i *Mugenzi mot Frankrike* och bekräftade i *El Ghatet mot Schweiz* så kan konventionskränkningar uppstå om barnets bästa inte utretts på ett tillfredsställande vis samt om principen inte applicerats främst vid åtgärder som rör barn. Genomgående, visar ovanstående praxis från Europadomstolen, medlemsstaternas extensiva skyldigheter gentemot barn samt hur staterna i migrationsfall kan få det tämligen svårt att vinna en avvägning. I *D.H m.fl. mot Tjeckien* belyste även domstolen den allvarliga kränkningen som diskrimineringen av barn utgör.

I kontrast till konsekvenserna som den temporära lagen har för barn, kan slutsatsen dras att konventionskränkningar troligtvis snarare kommer aktualiseras än utebli. Med en huvudregel som tilldelar människor på flykt tidsbegränsade uppehållstillstånd, uteblir en prövning för om detta konstituerar barns bästa. Barns rätt till familjeåterförening separeras beroende på status. Om statusen alternativt skyddsbehövande erhålls nekas barns rätt till familjeåterförening. I särskilda undantagsfall kan 13 § komma att tillämpas på mål som berör familjeåterföreningsförfaranden, om bedömningen gjorts att ett nekande av sådan rätt skulle kunna komma att vara tvivelaktig i kontrast till Sveriges konventionsåtaganden. Hur denna bedömning uttrycker sig i praktiken är dock inte uppenbar.

De ingrepp på barns rättigheter som den temporära lagen utgör står i direkt strid med flertalet av Barnkonventionens bestämmelser. Dels kan inte artikel 3, om barnets bästa anses vara tillfredsställd, en slutsats som kan dras med stöd av de krav som Europadomstolen ställt på konventionsstaterna genom praxis. Dels står den i strid med artikel 9, om barns rätt att inte skiljas från sina föräldrar och artikel 10, om barns rätt till familjeåterförening. Begränsningar av barns rätt till sin familj har ansetts godtagbara i de fall de konstituerar barnets bästa, när föräldrarna är direkt olämpliga. Detta är dock inte anledningen till att Sverige begränsar rättigheten, utan för att ge staten ”andrum”. Både en individuell bedömning och en godtagbar begränsning saknas. Artiklarna 2 och 22 fastställer att migrantbarn ska ha ett särskilt skydd mot diskriminering. Ändock behandlas barn i analoga situationer olikartat, på en av Europakonventionen förbjuden grund, ”annan status”. Åtnjutandet av rättigheter är inte likställt mellan migrantbarn i Sverige och med stöd av UNICEFs resonemang kan slutsatsen dras att detta inte proportionerligt. Denna studie drar även slutsatsen, i relation till 13 § och barn i familjeåterföreningsförfaranden, att om denna tillämpas som huvudregel med Europakonventionens artikel 8 och principen om barnets bästa i åtanke, istället för i undantagsfall, är chansen större att konventionskränkningar undviks.

För att sammanställa svaren på de frågeställningar som studien löpande besvarat är det av relevans att upprepa dem:

- 1) Hur ställer sig begränsningen av rätten till familjeåterförening, stadgad i den temporära lagen, till rätten till familjeliv under artikel 8 EKMR?
- 1.2) Strider begränsningarna mot förpliktelserna Sverige har under Barnkonventionen?
- 2) Kan särskiljningen mellan statusförklaringar utgöra en kränkning av artikel 14?

Begränsning av rätten till familjeåterförening kan anses varit förenlig med Europakonventionen om den inte hade applicerats på beslut rörande barn. Rätten till familjeåterförening faller under artikel 8 och är därav en kvalificerad rättighet som kan begränsas. Däremot måste åtgärder som rör barn beslutas med barnets bästa i främsta rummet, vilket fastställts av praxis från Europadomstolen i linje med stadgandena i Barnkonventionen. Om 13 § i den temporära lagen hade tillämpats som huvudregel på barnfamiljers familjeåterföreningsförfaranden, hade begränsningen troligtvis inte utgjort en konventionskränkning. Vid en sådan applicering hade det barnrättsperspektiv som

Barnkonventionen föreskriver tillämpats och alternativt skyddsbehövande, torde därav i praktiken åtnjutt samma rätt till familjeåterförening som flyktingar.

Begränsningen av rätten till familjeåterförening som den temporära lagen omfattar står i strid med Barnkonventionen då den helt saknar hänsyn till principen om barnets bästa. I linje med den praxis som presenterats från Europadomstolen, kan slutsatsen dras att Europakonventionens artikel 8, om rätten till privat- och familjeliv, och Barnkonventionens artikel 3, om barnets bästa, ska beaktas tillsammans i beslut rörande familjeåterföreningsförfarande där barn är involverade. I linje med Europadomstolens praxis, kan slutsatsen dras att en avsaknad av djupgående analys av barnets bästa står i strid med Sveriges internationella konventionsåtaganden. Domare Serghides resonemang utgör ytterligare stöd för sådan slutsats, då stater önskan att kontrollera invandringen, inte kan anses utväga intresset om barnets bästa. Sverige är juridiskt bundna av Barnkonventionen och ett misslyckande att beakta de värden som däri skyddas, torde utgöra en konventionskränkning.

Då särskiljningen mellan åtnjutandet av rättigheter för de olika statusförklaringarna motiverats med endast en mening, kan den anses vara otillräcklig. Regeringen har inte tillräckligt styrkt den särskiljning som presenterats, vilket leder till att analoga situationer behandlas olika. Även om syftena bakom lagen kan anses vara legitima, är medlen oproportionerliga, ur ett diskrimineringsperspektiv. Att denna typ av särskiljning även appliceras på barn, utgör en ännu större kränkning, då barn inte tillhör endast en, utan två, särskilt utsatta grupper, som ska åtnjuta ett speciellt långtgående skydd mot diskriminering.

Genom att fastställa gällande rätt kan denna studie konstatera att även om den temporära lagen kanske inte kan anses bryta mot asylrätten *per se* finns det andra internationella åtaganden vars säkerställande riskeras. När lagen ska revideras är det därför av största vikt att en analys avseende Sveriges förpliktelser, under Europakonventionen och Barnkonventionen, utförligt görs så att särskilt utsatta människors rättigheter inte kränks.



# Källförteckning

## Lagstiftning

Barnkonventionen: FN:s konvention om barnets rättigheter,

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

FN:s allmänna konvention om de mänskliga rättigheterna

Regeringsform (SFS 1974:152)

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

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

*Reccomendation B of the Final Act* i 1951 års konvention om flyktingars rättsliga ställning (Flyktingkonventionen)

Regeringsform (SFS 1974:152)

Utlänningslag (SFS 2005:716)

## Offentligt tryck

Regeringens proposition 1996/97:25 *Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv*

Regeringens proposition 2005/06:72 *Genomförande av EG-direktivet om rätt till familjeåterförening samt vissa frågor om handläggning och DNA-analys vid familjeåterförening*

Regeringens proposition 2013/14:216 *Särskilt ömmande omständigheter*

Regeringens proposition 2015/16:174 *Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige*

Rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening

SOU 1996:115 *Barnkonventionen och utlänningslagen*

SOU 2016:19 *Barnkonventionen blir svensk lag*

Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationell 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

## Nationell domstol

MIG 2013:14

MIG 2013:16

MIG 2015: 18

MIG 2016:13

MIG 2017:1

### **Europadomstolen**

*A mot Storbritanien*, 23 september 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-VI

*Berisha mot Schweiz*, no. 948/12, 30 juli 2013

*D.H. med flera mot Tjeckien* [GC], no. 57325/00, ECHR 2007-IV

*El Ghatet mot Schweiz*, no. 56971/10, 8 november 2016

*Gül mot Schweiz*, 19 februari 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I

*Koua Poirrez mot Frankrike*, no. 40892/98, ECHR 2003-X

*M.S.S. mot Belgien och Grekland* [GC], no. 30696/09, ECHR 2011

*Mugenzi mot Frankrike*, no. 52701/09, 10 juli 2014

*Neulinger och Shuruk mot Schweiz*[GC], no. 41615/07, ECHR 2010

*Osman mot Danmark*, no. 38058/09, 14 juni 2011

*Sen mot nederländerna*, no. 31465/96, 21 december 2001

### **Litteratur**

Danelius H, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, 4:1 uppl. Nordstedts juridik AB 2012 (cit: Danelius)

Korling F och Zamboni M, *Juridisk metodlära*, 1:5 uppl. Studentlitteratur AB 2013 (cit: Korling och Zamboni)

Leach P, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 3 uppl. Oxford University Press 2011 (cit: Leach)

Moeckli D mfl, *International human rights law*, 2 uppl. Oxford University Press 2014 (cit: Moeckli)

Wikrén G och Sandesjö H, *Utlänningslagen med kommentarer*, 10:1 uppl. Nordstedts Juridik AB 2014 (cit: Wikrén och Sandesjö)

### **Internetkällor**

Migrationsverket, 20 juli 2016: Ny lag som påverkar asylsökande och deras familjer, 2016-07-20 (2017-03-24), <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Nya-lagar-2016/Nyheter/2016-07-20-20-juli-2016-Ny-lag-som-paverkar-asylsokande-och-deras-familjer.html>

Migrationsverket, Skyddsstatus, 2017-03-27 (2017-03-29) <https://www.migrationsverket.se/Privatpersoner/Skydd-och-asyl-i-Sverige/Efter-beslut/Om-du-far-stanna/Skyddsstatus.html>

Migrationsverket, Familjeåterförening, 2017-02.23 (2017-03-29), <https://www.migrationsverket.se/Privatpersoner/Skydd-och-asyl-i-Sverige/Efter-beslut/Om-du-far-stanna/Familjeaterforening.html>

Migrationsverket, nästan 163 000 människor sökte asyl i Sverige 2015, 2016-01-01 (2017-04-07) <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Nyhetsarkiv/Nyhetsarkiv-2016/2016-01-01-Nastan-163-000-manniskor-sokte-asyl-i-Sverige-2015.html>

Förvaltningsrättslig tidskrift, Louise Dane, Europadomstolen och barnets bästa, 2015 (2017-04-03) Häfte nr 2, <https://louisedane.files.wordpress.com/2014/08/dane-europadomstolen-och-barnets-bc3a4sta.pdf>

### **Övrigt**

Migrationsverket, remissvar på utkastet till lagrådsremiss begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, diarienummer 1.4.3-2016-26055

UNHCR Handbok: FN:s flyktingkommissaries handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställandet av flyktingars rättsliga ställning

UNICEF, remissvar på utkastet till lagrådsremiss begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige

# Bilaga 1

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

Utkom från trycket den 30 juni 2016 och utfärdad den 22 juni 2016.

### Allmänna bestämmelser

#### 1 §

I denna lag finns bestämmelser om uppehållstillstånd. Av 1 kap. 1 a § utlänningslagen (2005:716) framgår att denna lag ska tillämpas framför utlänningslagen i den utsträckning som lagens bestämmelser avviker från utlänningslagen.

#### 2 §

De uttryck som används i denna lag har samma betydelse som i utlänningslagen (2005:716).

### Statusförklaring

#### 3 §

Bestämmelsen om övrig skyddsstatusförklaring i 4 kap. 3 a § andra stycket utlänningslagen (2005:716) ska inte tillämpas.

### Uppehållstillstånd som skyddsbehövande

#### 4 §

Uppehållstillstånd enligt 5 kap. 1 § utlänningslagen (2005:716) ska inte beviljas en utlänning som är övrig skyddsbehövande.

#### 5 §

Ett uppehållstillstånd som beviljas en flykting eller en alternativt skyddsbehövande enligt 5 kap. 1 § utlänningslagen (2005:716) ska, i stället för vad som anges i tredje stycket den paragrafen, vara tidsbegränsat.

Om utlänningen är flykting ska uppehållstillståndet gälla i tre år, om inte tvingande hänsyn till den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen kräver en kortare giltighetstid. Giltighetstiden får dock inte vara kortare än ett år. Om ett nytt uppehållstillstånd beviljas en flykting som har beviljats ett uppehållstillstånd som har tidsbegränsats enligt första stycket på kortare tid än tre år ska, om inte annat följer av 17 eller 18 §, även det nya tillståndet vara tidsbegränsat. Det nya tillståndet ska gälla i tretton månader.

Om utlänningen är alternativt skyddsbehövande ska uppehållstillståndet gälla i tretton månader. Om ett nytt uppehållstillstånd beviljas en alternativt skyddsbehövande som har beviljats ett uppehållstillstånd som har tidsbegränsats enligt första stycket ska, om inte annat följer av 17 eller 18 §, även det nya tillståndet vara tidsbegränsat. Det nya tillståndet ska gälla i två år, om inte tvingande

hänsyn till den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen kräver en kortare giltighetstid. Giltighetstiden får dock inte vara kortare än ett år.

### **Uppehållstillstånd på grund av anknytning**

#### 6 §

Uppehållstillstånd enligt 5 kap. 3 § första stycket 1 eller 2 utlänningslagen (2005:716) ska, om den person som utläningen åberopar anknytning till är en flykting som har beviljats ett uppehållstillstånd som har tidsbegränsats enligt 5 §, beviljas om flyktingen bedöms ha välgrundade utsikter att beviljas ett permanent uppehållstillstånd. Vid tillämpning av 5 kap. 17 a § andra stycket utlänningslagen får uppehållstillstånd enligt 5 kap. 3 § första stycket 1 eller 2 b samma lag vägras om någon av makarna eller samborna är under 21 år.

Uppehållstillstånd enligt 5 kap. 3 a § utlänningslagen ska inte beviljas om den person som utläningen åberopar anknytning till är en flykting som har beviljats ett uppehållstillstånd som har tidsbegränsats enligt 5 §.

#### 7 §

Uppehållstillstånd enligt 5 kap. 3 § första stycket 1–4 eller 3 a § utlänningslagen (2005:716) ska inte beviljas om den person som utläningen åberopar anknytning till är en alternativt skyddsbehövande som har beviljats ett uppehållstillstånd som har tidsbegränsats enligt 5 §.

Om den som utläningen åberopar anknytning till fick sin ansökan om uppehållstillstånd registrerad hos Migrationsverket med registreringsdatum den 24 november 2015 eller tidigare ska dock uppehållstillstånd beviljas

1. enligt 5 kap. 3 § första stycket 4 utlänningslagen, och

2. i samma utsträckning som uppehållstillstånd ska beviljas enligt 6 § första stycket för den som åberopar anknytning till en flykting.

#### 8 §

Ett uppehållstillstånd som beviljas enligt 5 kap. 3 § första stycket 1–4 utlänningslagen (2005:716) på grund av anknytning till en flykting eller en alternativt skyddsbehövande som har beviljats ett uppehållstillstånd som har tidsbegränsats enligt 5 § ska, i stället för vad som anges i 5 kap. 3 § tredje stycket och 8 § utlänningslagen, gälla för samma tid som uppehållstillståndet för den person som det åberopas anknytning till.

#### 9 §

I stället för vad som anges i 5 kap. 3 b § utlänningslagen (2005:716) gäller att uppehållstillstånd enligt 5 kap. 3 eller 3 a § samma lag får beviljas endast om den person som utläningen åberopar anknytning till kan försörja sig och utläningen samt har en bostad av tillräcklig storlek och standard för sig och utläningen. Detta gäller dock inte vid prövning av en ansökan om fortsatt uppehållstillstånd.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om försörjningsförmåga och bostad av tillräcklig storlek och standard.

#### 10 §

Kraven i 9 § gäller inte om den person som utläningen åberopar anknytning till är ett barn.

Om den person som utlänningen åberopar anknytning till har beviljats uppehållstillstånd som flykting eller alternativt skyddsbehövande eller förklarats vara flykting eller alternativt skyddsbehövande gäller kraven i 9 § endast om

1. ansökan om uppehållstillstånd görs senare än tre månader efter att den person som utlänningen åberopar anknytning till har beviljats uppehållstillstånd som flykting eller alternativt skyddsbehövande eller förklarats vara flykting eller alternativt skyddsbehövande,
2. familjeåterförening är möjlig i ett land utanför EU som familjen har en särskild anknytning till, eller
3. utlänningen och den person som utlänningen åberopar anknytning till inte har sammanbott utomlands en längre tid och det inte heller på annat sätt står klart att förhållandet är väl etablerat.

### **Uppehållstillstånd på grund av Sveriges internationella åtaganden**

#### 11 §

Uppehållstillstånd enligt 5 kap. 6 § utlänningslagen (2005:716) får endast beviljas om det skulle strida mot ett svenskt konventionsåtagande att avvisa eller utvisa utlänningen.

#### 12 §

Ett uppehållstillstånd som beviljas enligt 5 kap. 6 § utlänningslagen (2005:716) ska vara tidsbegränsat och gälla i tretton månader. Om ett nytt uppehållstillstånd beviljas ska, om inte annat följer av 17 eller 18 §, även det nya tillståndet vara tidsbegränsat och gälla i två år.

#### 13 §

Om uppehållstillstånd på grund av anknytning inte kan ges på någon annan grund, ska ett sådant tillstånd beviljas en utlänning som inte befinner sig i Sverige om ett beslut att neka uppehållstillstånd skulle strida mot ett svenskt konventionsåtagande.

#### 14 §

Ett uppehållstillstånd som beviljas enligt 13 § ska vara tidsbegränsat och gälla i tretton månader. Om ett nytt uppehållstillstånd beviljas ska även det nya tillståndet vara tidsbegränsat och gälla i två år. Vid ansökan om förlängning av uppehållstillståndet gäller inte kravet i 13 § på att utlänningen inte får befinna sig i Sverige.

### **Uppehållstillstånd vid hinder mot verkställighet**

#### 15 §

Ett uppehållstillstånd som beviljas en utlänning enligt 12 kap. 18 § första stycket utlänningslagen (2005:716) ska vara tidsbegränsat och gälla i tretton månader. Om ett nytt uppehållstillstånd beviljas ska, om inte annat följer av 17 eller 18 §, även det nya tillståndet vara tidsbegränsat och gälla i tretton månader.

#### 16 §

Migrationsverket ska inte bevilja ny prövning enligt 12 kap. 19 § första stycket eller 19 b § första stycket utlänningslagen (2005:716) om de omständigheter som utlänningen åberopar till stöd för att ny prövning ska beviljas endast är sådana omständigheter som kan ligga till grund för skyddsbehov enligt 4 kap. 2 a § utlänningslagen. SFS 2016:1242

## **Permanent uppehållstillstånd**

### 17 §

En arbetsgivare som anställer en utlänning som har beviljats ett uppehållstillstånd som har tidsbegränsats enligt 5, 12 eller 15 § ska senast månaden efter den kalendermånad då anställningen påbörjades underrätta Skatteverket om anställningen.

En utlänning som har haft ett uppehållstillstånd som har tidsbegränsats enligt 5, 12 eller 15 § ska när tiden för det tidsbegränsade tillståndet har löpt ut beviljas ett permanent uppehållstillstånd om han eller hon har en anställning som har anmälts enligt första stycket och som gör det möjligt för honom eller henne att försörja sig och lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor inte är sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Detsamma ska gälla för en utlänning som kan försörja sig genom inkomster från näringsverksamhet.

Uppehållstillstånd enligt andra stycket får beviljas en utlänning som inte har fyllt 25 år endast om han eller hon har fullföljt gymnasieutbildning eller motsvarande.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om försörjningsförmåga och om underrättelse till Skatteverket.

### 18 §

Ett utländskt barn som ska beviljas ett uppehållstillstånd som ska tidsbegränsas enligt 5, 12 eller 15 § får ges ett permanent uppehållstillstånd om 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.

## **När ansökan om uppehållstillstånd ska vara gjord**

### 19 §

Det som föreskrivs i 5 kap. 18 § första stycket utlänningslagen (2005:716) gäller inte för en utlänning som ansöker om förlängning av ett uppehållstillstånd som har tidsbegränsats enligt 8 eller 14 § eller ansöker om permanent uppehållstillstånd enligt 17 §.

1. Denna lag träder i kraft den 20 juli 2016.
2. Lagen tillämpas inte vid prövning av en ansökan om uppehållstillstånd från ett barn eller en vuxen som ingår i samma familj som ett barn om barnets ansökan har registrerats hos Migrationsverket med registreringsdatum den 24 november 2015 eller tidigare. Lagen tillämpas dock om utlänningen vid Migrationsverkets prövning inte längre vistas i Sverige eller inte längre är ett barn eller ingår i samma familj som ett barn.
3. 9 och 10 §§ tillämpas inte om ansökan om uppehållstillstånd har registrerats senast dagen för ikraftträdandet.
4. Lagen ska inte tillämpas när en domstol prövar ett överklagande av ett beslut som har fattats endast med stöd av utlänningslagen (2005:716).
5. Lagen gäller till och med den 19 juli 2019.

# Utlänningslag (SFS 2005:716)

## 1 kap. Lagens innehåll, vissa definitioner och allmänna bestämmelser.

### Barn

2 § Med barn avses i denna lag en person som är under 18 år.

### Asyl

3 § Med asyl avses i denna lag ett uppehållstillstånd som beviljas en utlänning därför att han eller hon är flykting eller alternativt skyddsbehövande. *Lag (2009:1542)*.

10 § I fall som rör ett barn skall särskilt beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver.

## 4 kap. Flyktingar och andra skyddsbehövande

### Definitioner

1 § Med flykting avses i denna lag en utlänning som

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

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

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

Av 2 b § följer att en utlänning som omfattas av denna paragraf i vissa fall är utesluten från att anses som flykting. *Lag (2014:1400)*.

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

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

Första stycket gäller oberoende av om det är landets myndigheter som är ansvariga för att utlänningen löper sådan risk som avses där eller om utlänningen löper sådan risk genom handlingar från enskilda och inte kan antas bli erbjuden ett effektivt skydd som inte är av tillfällig natur. Vid bedömningen av



om skydd erbjuds beaktas endast skydd som ges av staten eller av parter eller organisationer som kontrollerar hela eller en betydande del av statens territorium.

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

Av 2 c § följer att en utlänning som omfattas av denna paragraf i vissa fall är utesluten från att anses som alternativt skyddsbehövande. *Lag (2014:1400)*.

**2 a §** Med övrig skyddsbehövande avses i denna lag en utlänning som i andra fall än som avses i 1 och 2 §§ befinner sig utanför det land som utlänningen är medborgare i, därför att han eller hon

1. behöver skydd på grund av en yttre eller inre väpnad konflikt eller på grund av andra svåra motsättningar i hemlandet känner välgrundad fruktan att utsättas för allvarliga övergrepp, eller
2. inte kan återvända till sitt hemland på grund av en miljökatastrof.

Första stycket 1 gäller oberoende av om det är landets myndigheter som är ansvariga för att utlänningen löper sådan risk som avses där eller om utlänningen löper sådan risk genom handlingar från enskilda och inte kan antas bli erbjuden ett effektivt skydd som inte är av tillfällig natur. Vid bedömningen av om skydd erbjuds beaktas endast skydd som ges av staten eller av parter eller organisationer som kontrollerar hela eller en betydande del av statens territorium.

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

Av 2 c § följer att en utlänning som omfattas av denna paragraf i vissa fall är utesluten från att anses som övrig skyddsbehövande. *Lag (2014:1400)*.

## **5 kap. Uppehållstillstånd**

### **Uppehållstillstånd på grund av anknytning**

**3 §** Uppehållstillstånd ska, om inte annat följer av 17-17 b §§, ges till

1. en utlänning som är make eller sambo till någon som är bosatt eller som har beviljats uppehållstillstånd för bosättning i Sverige,
2. ett utländskt barn som är ogift och
  - a) har en förälder som är bosatt i eller har beviljats uppehållstillstånd för bosättning i Sverige, eller
  - b) har en förälder som är gift eller sambo med någon som är bosatt i eller har beviljats uppehållstillstånd för bosättning i Sverige,
3. ett utländskt barn som är ogift och som har adopterats eller som avses bli adopterat av någon som vid tidpunkten för adoptionsbeslutet var och fortfarande är bosatt i eller har beviljats uppehållstillstånd för bosättning i Sverige, om barnet inte omfattas av 2 och om adoptionsbeslutet
  - har meddelats eller avses komma att meddelas av svensk domstol,
  - gäller i Sverige enligt lagen (1971:796) om internationella rättsförhållanden rörande adoption, eller
  - gäller i Sverige enligt lagen (1997:191) med anledning av Sveriges tillträde till Haagkonventionen om skydd av barn och samarbete vid internationella adoptioner,
4. en utlänning som är förälder till ett ogift utländskt barn som är flykting eller annan skyddsbehövande, om barnet 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, och

5. en utlänning som är förälder till ett ogift utländskt barn som är flykting eller annan skyddsbehövande, eller en annan vuxen person som får anses ha trätt i föräldrarnas ställe, om utlänningen befinner sig i Sverige och beslutet om hans eller hennes asylansökan fattas i samband med beslutet om barnets asylansökan.

När en ansökan om uppehållstillstånd grundas på ett beslut om adoption som har meddelats av svensk domstol, ska den anknytning som har uppkommit genom beslutet godtas i ärendet om uppehållstillstånd.

Upphållstillstånd enligt denna paragraf ska gälla minst ett år. Upphållstillstånd som beviljas ett ogift barn enligt första stycket 2 b ska gälla för samma tid som föräldrarnas uppehållstillstånd. Om ett nytt tidsbegränsat uppehållstillstånd beviljas en utlänning som med stöd av första stycket 1, 2, 4 eller 5 har beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd på grund av anknytning till en skyddsbehövande, ska det nya tillståndet gälla i minst två år, om inte tvingande hänsyn till den nationella säkerheten eller den allmänna ordningen kräver en kortare giltighetstid.

Under perioden 20 juli 2016-19 juli 2019 gäller de begränsningar i första och tredje styckena som framgår av 6 § första stycket samt 7 och 8 §§ lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige. *Lag (2016:753)*.

### **Upphållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter**

**6 §** Om uppehållstillstånd inte kan ges på annan grund, får tillstånd beviljas en utlänning om det vid en samlad bedömning av utlänningens situation finns sådana synnerligen ömmande omständigheter att han eller hon bör tillåtas stanna i Sverige. Vid bedömningen ska utlänningens hälsotillstånd, anpassning till Sverige och situation i hemlandet särskilt beaktas.

För barn får uppehållstillstånd enligt första stycket beviljas om omständigheterna är särskilt ömmande.

Under perioden 20 juli 2016-19 juli 2019 gäller de avvikelser från första och andra styckena som framgår av 11 och 12 §§ lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige. *Lag (2016:753)*.