

# Regeln som splittrar

Om barnfamiljer och regeln om uppehållstillstånd före inresa  
utifrån internationella konventioner och svensk policy

# Abstract

Swedish migration law states that a person who wants to seek a residence permit based on family ties has to apply from the home country. This essay applies to cases when families that live in Sweden have to come apart when one parent has to return to the home country to seek a permit to which he or she is entitled.

The rule causes families unnecessary suffering. This essay analyzes the reasons behind the rule and argues that it is compatible neither with Swedish policy of children's rights and gender equality nor with the international conventions that have been ratified.

Furthermore, it is investigated whether the migration authorities act in compliance with the intentions behind the law. It is concluded that the Migration Board, despite their own critique of the rule, makes an unnecessarily restrictive interpretation. This results in a situation where no one takes responsibility for the consequences for the affected families. If the discrepancy between Sweden's engagements and its actions are to be overcome a solution must be found. This essay shows that either there must be a change of the law, or the Migration Board must acknowledge their authority to implement a more humane praxis.

*Nyckelord:* anhöriginvandring, familjeåterförening, utlänningslagen, barnets bästa, barnkonventionen, reglerad invandring, mänskliga rättigheter, handlingsutrymme, förvaltning, jämställdhet, policy, ämbetsmannatradition.

*Antal tecken:* 69 956

# Innehållsförteckning

<b>Förkortningar</b> .....	<b>4</b>
<b>1 Introduktion</b> .....	<b>1</b>
1.1 Inledning.....	1
1.2 Syfte .....	2
1.3 Avgränsningar .....	3
1.4 Metodologi .....	3
<b>2 Regels problematik</b> .....	<b>5</b>
2.1 Uppehållstillstånd före inresa.....	5
2.2 Familjer splittras.....	7
2.3 Orsaker till regeln.....	8
2.3.1 Reglerad invandring .....	8
2.3.2 Risk för skenrelationer .....	9
2.3.3 En effektiv beslutsprocess.....	9
2.4 Internationell rätt .....	9
2.4.1 FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna.....	10
2.4.2 Europakonventionen.....	10
2.4.3 Barnkonventionen .....	10
<b>3 Efterlevnaden av internationell rätt och svensk policy</b> .....	<b>12</b>
3.1 Konventionerna .....	12
3.2 Svensk policy .....	14
3.2.1 Principen om barnets bästa.....	15
3.2.2 Jämställdhet och pappors delaktighet.....	16
3.3 Brister i förarbetena och svaga argument.....	17
<b>4 Myndigheternas handlingsutrymme och tolkning av lagen</b> .....	<b>19</b>
4.1 Tillämpningen av lagen .....	19
4.2 Lagens tolkningsutrymme och myndigheternas ansvar .....	22
4.3 Att tala med kluven tunga .....	24
<b>5 Slutsatser</b> .....	<b>26</b>
<b>6 Referenser</b> .....	<b>27</b>

# Förkortningar

Barnkonventionen	Förenta Nationernas konvention om barnets rättigheter
Bet.	Betänkande
BO	Barnombudsmannen
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
Europakonventionen	Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FN	Förenta Nationerna
Prop.	Regeringens proposition
RF	Regeringsformen
Rskr.	Regeringens skrivelse
SOU	Statens offentliga utredningar
UM	Utrikesministeriet
UtlL	Utlänningslagen (2005:716, om inget annat anges)

# 1 Introduktion

## 1.1 Inledning

”Familjen är den naturliga och grundläggande enheten i samhället och har rätt till samhällets och statens skydd”. Detta slås fast i artikel 16 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna. För en del familjer i Sverige utgör staten dock snarare ett hot än ett skydd. Så är fallet för de familjer som påverkas av reglerna för anhöriginvandring vilka kräver att en ansökan om uppehållstillstånd lämnas in och beviljas före inresa till Sverige. Detta får konsekvenser för de barnfamiljer där den ena föräldern saknar uppehållstillstånd i Sverige. Han eller hon tvingas då lämna sin familj för att i utlandet ansöka om uppehållstillstånd. Resultatet blir att familjen splittras, ofta under en längre tid.

Kravet om uppehållstillstånd före inresa är en hörnsten i svensk migrationspolitik. Samtidigt betonar svensk lagstiftning och internationella överenskommelser att hänsyn till barnets bästa ska vara vägledande när myndigheter fattar beslut som rör barn. Barnets behov av en nära relation till båda sina föräldrar samt mäns och kvinnors jämbördiga ansvar som sådana är ytterligare starka policyvärden i Sverige. Dessa policyområden kan sägas höra till den samling normer och värderingar som präglar allmänhetens föreställningar om vad politiken bör åstadkomma.

Trots detta skiljs alltså barn och föräldrar åt som följd av reglerna i utlänningslagen. Det är om denna motsättning och hur den bäst kan förstås och hanteras som uppsatsen handlar. Jag ställer frågan: *Är regeln om uppehållstillstånd före inresa i enlighet med svensk policy och Sveriges åtaganden i internationella konventioner gällande barns och familjers rättigheter?* Och svaret jag kommer fram till är: Nej. Jag argumenterar för att regeln strider mot barnkonventionen och andemeningen i de mänskliga rättigheterna såväl som mot svensk policy.

Som en följd av denna slutsats ämnar jag utreda om det är i lagen eller i tillämpningen av denna som diskrepansen mellan Sveriges policy och åtaganden och Sveriges agerande uppstår. *Finns det handlingsutrymme för myndigheterna att med nuvarande lagstiftning tillämpa regeln i enlighet med de internationella konventionerna och de svenska policyvärdena?*

Uppsatsen består av tre delar varav den första redogör vad regeln innebär samt dess orsaker och konsekvenser. I den andra delen analyseras regelns legitimitet utifrån internationella konventioner och svensk policy. I detta kapitel ställs också de olika argumenten för och emot regeln mot varandra. I den sista delen utreds myndigheternas ansvar. Min ambition är inte att dra några generella slutsatser om förvaltningens roll i det svenska samhället, utan att specifikt se till de berörda myndigheternas handlingsutrymme i tillämpningen av regeln. Med denna kunskap i ryggen ämnar jag att dra en slutsats om var implementeringen av Sveriges åtaganden och policy fallerar och hur vi på bästa sätt kan komma tillrätta med detta problem.

## 1.2 Syfte

*”Where after all do universal human rights begin? In small places, close to home – so close and so small that they cannot be seen on any maps of the world [---] Unless these rights have meaning there, they have little meaning anywhere”*

Eleanor Roosevelt (UNHCHR 2008)

Denna uppsats handlar om mänskliga rättigheter i praktiken. På en hög abstraktionsnivå handlar problematiken om hur internationella konventioner tolkas och implementeras medan det på en lägre nivå – genom reglerna för anhöriginvandring – får direkt betydelse för enskilda personer och familjer.

Den ökade migrationen är en av globaliseringens tydligaste konsekvenser och kanske nationalstatens främsta utmaning. Nationsgränsernas betydelse minskar då människor allt oftare korsar dessa för att studera och arbeta utomlands eller då personer från olika länder träffas och blir förälskade. Samtidigt framstår de som mer betydelsefulla än någonsin då människor nekas tillstånd att leva i ett visst land och då familjer splittras som följd av staters försök att bevara sin suveränitet.

Paradoxen är att de mänskliga rättigheterna tillskriver individer en universell status med rättigheter bortom nationalstatens gränser, samtidigt som nationalstatens okränkbara suveränitet förstärker och återskapar gränserna (Soysal 1994:157). Gäller rätten till familj alla människor eller bara de som råkar vara födda i samma land?

Uppsatsens analys rör sig mellan två dimensioner: en moralisk och en juridisk. Utgångspunkt tas i de moraliska värden som Sverige säger sig stå för och som uttrycks i offentlig policy. De motstridande värdena i politikens målsättning måste problematiseras och vägas mot varandra. Här kommer även den juridiska aspekten in genom att vi förpliktigt oss till att respektera vissa grundläggande värden och tillgodose vissa rättigheter genom de internationella konventioner vi ratificerat.

Att granska om staten agerar i enlighet med de konventioner man ratificerat samt hur staten lever upp till de principer man nationellt och internationellt säger sig stå för är en uppgift av statsvetenskaplig relevans samtidigt som den är av allmänt intresse. Analyserna av problematiken med huvudregeln om uppehållstillstånd före inresa är få och det finns ett uppenbart behov av att utreda och uppmärksamma den. Min förhoppning är att genom att göra detta uppmuntra till vidare forskning och utredning av frågan.

Genom mitt engagemang i flyktingfrågor och mitt praktiska arbete med asylsökande och gömda flyktingar har jag kommit i kontakt med familjer som berörs av regeln i fråga. Till dessa personer står jag i stor tacksamhetsskuld för min inspiration och intellektuella övertygelse.

Ingenting är självklart eller objektivt givet. Detta gäller inte minst de lagar och regler som samhället vilar på. Ambitionen med denna uppsats är att undersöka regeln om uppehållstillstånd före inresa utifrån nya perspektiv och infallsvinklar samt visa att denna etablerade regel både kan och bör förändras. Som Lennart Lundquist uttrycker det: ”Det är människor som utformar samhället – och det är människor som har förmåga att förändra det” (1998:264).

## 1.3 Avgränsningar

Uppsatsen är avgränsad till att behandla anknytning som uppkommer då en person utan uppehållstillstånd får barn ihop med en i Sverige bosatt partner. Således riskerar uppsatsen att hamna i en diskurs där kärnfamiljen (mamma, pappa, barn) framhålls som den enda sammansättning en familj kan ha. I en del kulturer räknas kusiner, mor- och farföräldrar och personer som lever i samma hushåll som familj, men även om man ser till svenska förhållanden är kärnfamiljen på många sätt uppluckrad idag. Många par separerar och det är inte ovanligt att ett barn växer upp med två mammor eller pappor, styvföräldrar, halvsyskon eller ”plastsyskon”.

Analysen omfattar såväl personer som fortfarande befinner sig i sitt grundärende som personer som har ett lagakraftvunnet beslut om utvisning.<sup>1</sup> I utlänningslagen behandlas dessa i olika paragrafer. Jag menar dock att det utifrån ett barnrättsperspektiv inte har någon betydelse vilken legal status föräldern har – barnet har rätt till sina föräldrar oavsett.

Internationella konventioner har på grund av sin utbredda status och som återkommande referenspunkt i internationell politik en given utgångspunkt för uppsatsen, och jag ämnar därmed inte föra någon vidare diskussion om dess eventuella eurocentriska karaktär.

## 1.4 Metodologi

Metodologi har en avgörande betydelse för forskningsresultat. Vilken metodologi som är att föredra finns det olika åsikter om. Däremot råder det större enighet om att metod, material och resultat påverkar varandra och påverkas av problem och teori (se t.ex. Lundquist 1993:95).

Denna uppsats följer ingen av de traditionella statsvetenskapliga metodologimodellerna. Uppsatsens syfte är inte att undersöka *varför* det finns en diskrepans mellan Sveriges åtaganden och agerande utan snarare att *påvisa* denna diskrepans grundligt empiriskt. Därför tar jag inte utgångspunkt i någon specifik teori. Däremot tar jag stöd i vetenskaplig litteratur och tidigare forskning i ämnet i de avsnitt där denna har något att tillföra.

Min ambition har varit att så utförligt som utrymmet tillåter utreda regeln om uppehållstillstånd före inresa. Metoden för detta har varit att jämföra bestämmelsen med vad som sägs i internationella konventioner och svenska policydokument, analysera argumenten för och emot regeln samt undersöka hur den tillämpas. Det är denna metod jag tror bäst leder fram till en tillförlitlig slutsats.

---

<sup>1</sup> Att en person befinner sig i sitt grundärende innebär att den väntar på beslut från någon av de tre instanserna: Migrationsverket, migrationsdomstolen eller Migrationsöverdomstolen. Ett beslut om utvisning är lagakraftvunnet då det inte längre kan överklagas och beslutet börjat gälla.

Utöver de internationella konventionstexterna, policydokument och utlänningslagens relevanta paragrafer består materialet i huvudsak av lagförarbeten, EG-direktiv, domar från migrationsdomstolen och Migrationsöverdomstolen samt vägledande beslut från Migrationsverket. Alla dessa källor är relevanta för förståelsen av huvudregeln och hur denna tolkas. Materialet är vidare mycket tillförlitligt då validiteten i offentliga dokument och domar är svår att ifrågasätta.

Slutligen håller sig inte uppsatsen strikt till att vara empirisk, normativ eller konstruktiv. Studien är i huvudsak av kvalitativ, empirisk karaktär även om vissa normativa inslag återfinns. Jag delar Lundquists uppfattning om att det inte är meningsfullt att arbeta med empirisk teori som saknar grund i normer eller att arbeta med normativ teori utan att på något sätt betrakta det empiriska (1998:28). Eftersom jag i denna uppsats inte ifrågasätter de rättigheter som stadgas i de internationella konventionerna – dessa fungerar istället som norm – utan efterlevnaden av dessa, blir en logisk följd av konstaterandet att huvudregeln inte är förenlig med konventionerna att denna bör förändras. Jag undersöker vidare om det är i lagtexten eller i tillämpningen av denna som det brister och då jag har dragit en slutsats om detta kommer jag också säga något om hur situationen kan förändras. Således kommer mina slutsatser även innehålla en konstruktiv ansats. Jag vill dock understryka att jag inte ämnar presentera en färdig lösning på problemet utan snarare ser det konstruktiva som ett närmande mellan *är* och *bör* (Fernandez 2005:18, 20).

Med detta sagt vill jag framhålla att valet att inte utgå från någon klassisk statsvetenskaplig metodologimodell inte betyder att uppsatsen är ogenomtänkt eller mindre ”vetenskaplig”. Uppsatsen lever upp till intersubjektivitetens krav på öppenhet och ärlighet och analysen är systematiskt utförd. Jag menar att den klassiska statsvetenskapliga metodologin ska ses som en hjälp, inte ett tvång, och lutar mig tillbaka på Lundquists uppfattning om att statsvetenskaplig forskning bör bedömas efter hur den kan ”bidra till samhällsförändring” (1993:48).



## 2 Regels problematik

I detta kapitel redogör jag för grundproblematiken i uppsatsen. Vad innebär huvudregeln som uppsatsen syftar till att utreda och vilka konsekvenser har regeln för de individer den gäller? Vidare undersöker jag vilka argument som har framförts för regeln och vilka artiklar i undertecknade internationella konventioner som kan vara av intresse för dessa frågor.

### 2.1 Uppehållstillstånd före inresa

För snart två och ett halvt år sedan, den 31 mars 2006, upphörde den förra utlänningslagen att gälla och en ny trädde i kraft. Den nya utlänningslagen innebar stora förändringar inom en del områden, bland annat lades Utlänningsnämnden ner och ersattes av en ny instansordning. Vad gäller reglerna om anhöriga blev dessa betydligt utförligare i den nya lagen. En viktig förändring som gjordes var att kärnfamiljen (make, maka, registrerad partner, sambo och barn under 18 år) fick en principiell *rätt* till uppehållstillstånd i Sverige (2005:716 5 kap. 3§ UtlL).<sup>2</sup> I den tidigare lagen var det formulerat så att uppehållstillstånd *får* ges till dessa anhöriga (1989:529 2 kap. 4 § UtlL). Förändringen gjordes som följd av ett EG-direktiv om rätt till familjeåterförening (2003/86/EG) där det betonas att familjeåterförening bör gälla medlemmar i kärnfamiljen *under alla omständigheter*.<sup>3</sup>

En huvudregel när det gäller anhöriginvandring är att uppehållstillstånd ska sökas och beviljas före inresa (5 kap. 18 § första stycket UtlL). Denna regel gäller för anhöriga som levt tillsammans i hemlandet och som vill återförenas i Sverige efter att den som sökt asyl här har beviljats uppehållstillstånd samt för personer som träffats och inlett en relation i Sverige då den ena partnern saknar uppehållstillstånd. Det är i synnerhet i de senare fallen regeln blir problematisk.

För en asylsökande som nekas uppehållstillstånd på grund av skyddsskäl och som under tiden i Sverige gift sig, blivit sambo eller fått barn med någon som är bosatt här innebär regeln att personen måste lämna Sverige för att återropa anknytningen som skäl för uppehållstillstånd. Den nya anknytningen kan ha uppstått medan personen väntade på beslut på sin asylansökan eller efter att ett negativt beslut fattats och personen fortsatt att vistas i Sverige, på grund av att utvisningen

---

<sup>2</sup> Om det finns särskilda skäl som talar emot att uppehållstillstånd ska beviljas får en ansökan avslås. Dessa skäl finns angivna i 5 kap. 17-17b §§ UtlL och gäller rikets säkerhet, om personen som den sökande återoppar anknytning till redan är gift eller sambo med någon annan, om personerna inte har för avsikt att leva tillsammans i samma hushåll, äktenskap mellan minderåriga och skenrelationer. (Wikrén & Sandesjö 2006:224-229).

<sup>3</sup> Rätten till familjeåterförening som slogs fast i direktivet gällde make/maka och underåriga barn. Sverige valde att i implementeringen av denna regel likställa make/maka med registrerade partners och sambos.

inte har kunnat verkställas eller på grund av att han eller hon undanhållit sig från myndigheter och polis.

EG-direktivet om rätt till familjeåterförening medförde ingen förändring av huvudregeln om uppehållstillstånd före inresa, som återfinns i flera medlemsländer. Även om en person som är gift eller sambo med någon i exempelvis Sverige numera har rätt till uppehållstillstånd på grund av denna anknytning måste de alltså fortfarande ansöka om uppehållstillstånd från sitt hemland. Direktivet lämnade det öppet för medlemsstaterna att göra undantag från regeln i ”lämpliga fall” när familjemedlemmen redan befinner sig i det aktuella landet (2003/86/EG, art. 5 punkt 3). För Sveriges del innebar detta dock inte någon förändring eftersom denna möjlighet redan fanns i den tidigare utlänningslagen.

För en person som återoppar anknytning som skäl för uppehållstillstånd när han eller hon fortfarande väntar på beslut i sitt grundärende anger utlänningslagen (5 kap. 18 § punkt 5) att undantag från kravet att ansöka före inresa bland annat kan göras då den sökande har stark anknytning till en person som är bosatt i Sverige (anknytningsrekvisit) och det inte skäligen kan krävas att han eller hon reser till ett annat land för att lämna in ansökan där (”skälighetsrekvisit”, även kallat ”menrekvisit”). Enligt regeringen ska huvudvikten i denna bedömning ligga vid skälighetsrekvisitet (Prop. 1999/2000:43 s. 56f).

I lagens förarbeten anges flera exempel på när det inte kan anses skäligt att den sökande ska resa till ett annat land för att lämna in ansökan där.<sup>4</sup> Inget av exemplen tar dock upp situationen då anknytning till barn uppstår efter inresa. Riksdagens socialförsäkringsutskott betonade dock att de i förarbetena nämnda fallen endast utgör exempel och att det inte är rimligt att i förarbetena redogöra för alla möjliga undantag. Denna bedömning förväntas istället myndigheterna göra i de enskilda fallen (Bet. 1999/2000: SfU9 s. 25).

Om personen redan har ett lagakraftvunnet beslut om utvisning är den tidigare nämnda bestämmelsen om undantag inte längre tillämplig. För att få sina nya skäl utredda och bedömda efter ett lagakraftvunnet beslut om utvisning måste man ansöka om verkställighetshinder.<sup>5</sup> I den aktuella paragrafen (12 kap. 18 § UtIL) är det Migrationsverket som avgör om ärendet ska tas upp till ny prövning och beslutet kan inte överklagas. Detta innebär att Migrationsverket är ensamt ansvarig för praxisbildningen i tillämpningen av denna paragraf genom sina vägledande beslut.<sup>6</sup> Hittills har Migrationsverket inte fattat några vägledande beslut som gett

---

<sup>4</sup> Exempelen gäller bland annat fall där den sökande kan antas ha svårigheter att få pass eller utresetillstånd på grund av trakasserier från hemlandets myndigheter, då personen löper risk för mycket lång värnpliktstjänstgöring eller tjänstgöring under ovanligt stränga förhållanden, då han eller hon är dömd att avtjäna straff för ett brott som inte är straffbelagt i Sverige eller långt fängelsestraff för ett brott som i Sverige inte anses lika allvarligt, att det inte finns någon svensk utlandsrepresentation i landet och det är förenat med stora praktiska svårigheter och betydande kostnader att resa till något grannland för att lämna in ansökan där (Prop. 1999/2000:43 s. 57).

<sup>5</sup> Verkställighetshinder innebär att det finns omständigheter eller nya skäl till att en utvisning inte kan genomföras. Om det finns verkställighetshinder kan utvisningen skjutas upp eller så tas det beslut om uppehållstillstånd.

<sup>6</sup> Migrationsverkets vägledande beslut räknas inte som formell praxis. I praktiken har de dock stort inflytande eftersom de syftar till att ge myndighetens handläggare vägledning i tillämpningen av lagen. Besluten fattas oftast av Migrationsverkets generaldirektör, ibland tillsammans med myndighetens rättschef (Stern 2008:15, 102).

den sökande uppehållstillstånd genom att betrakta den omständigheten att den sökande blivit förälder som en form av verkställighetshinder.<sup>7</sup>

Vilket utrymme som finns i lagen och dess förarbeten att bevilja uppehållstillstånd till en nybliven förälder som efter ett lagakraftvunnet beslut om utvisning återoppar den nya anknytningen som skäl för uppehållstillstånd kommer jag att återkomma till och utreda närmare längre fram i uppsatsen.

## 2.2 Familjer splittras

Vilka konsekvenser får regeln om uppehållstillstånd före inresa för de personer som berörs av den? En person som vill återopa anknytning till partner och barn i Sverige ska enligt reglerna lämna Sverige och åka tillbaka till sitt hemland för att lämna in sin ansökan på en svensk ambassad där. Tillståndet måste inte sökas från hemlandet utan kan också sökas från något annat land utanför Sverige, men i praktiken är det ofta svårt då personen måste ha tillstånd att vistas i landet i väntan på beslutet. Det kan dessutom vara svårt att hitta någonstans att bo i väntan på beslutet och få ha de ekonomiska möjligheterna som krävs för detta.

Oavsett om den nyblivna föräldern åker tillbaka till hemlandet eller till något annat land där han eller hon ges möjlighet att lämna in sin ansökan så blir konsekvensen att familjen splittras och barnet tvingas att leva utan sin ena förälder under den tid det tar att få ärendet handlagt. Hur lång tid det tar varierar mycket mellan ambassaderna i olika länder. I praktiken tar det åtminstone ett halvår, ofta längre, och i flera länder finns handläggningstider på upp till ett och ett halvt år (Ringborg 2007).

I och med Sveriges skyldighet att ge flyktingar uppehållstillstånd måste man utgå från att myndigheterna gör en riktig bedömning av asylskälen. Detta är dock ingen garanti för att det inte kan komma att uppstå komplikationer för en person som återvänder till ett land som han eller hon av någon anledning flytt ifrån. Oron över vad som ska hända vid ett återvändande och över risken att personen inte kommer att kunna återvända till Sverige kan vara stor.

Vilka konsekvenser det får för en familj, i synnerhet för barn, att de tvingas leva åtskilda under en längre tid skiljer sig givetvis mellan olika familjer, men Barnombudsmannen Lena Nyberg<sup>8</sup> framhåller i en skrivelse till migrationsminister Tobias Billström att: ”Barn behöver träffa båda sina föräldrar frekvent så att relationen växer genom omhändertagande, tillsyn och uppfostran” (Nyberg 2008). Själva oron över vad som kommer att hända vid återvändandet kan i sig antas ha en negativ inverkan på barnet. Konsekvenserna för barn kommer att analyseras djupare längre fram i uppsatsen men redan här kan det konstaterats att många familjer utsätts för stort lidande och stark oro på grund av regeln att ansökan om

---

<sup>7</sup> I ett vägledande beslut beviljas en kvinna tillfälligt uppehållstillstånd på grund av verkställighetshinder med motiveringen att hennes graviditet var så långt framskriden att hon enligt flera flygbolagsregler inte skulle tillåtas flyga.

<sup>8</sup> I skrivande stund har en ny barnombudsman utsetts. Fredrik Malmberg tillträder posten 17 november i år.

uppehållstillstånd på grund av anknytning ska lämnas in utanför Sverige, trots att det är uppenbart att personen kommer att beviljas uppehållstillstånd.

## 2.3 Orsaker till regeln

I regeringens proposition om uppehållstillstånd på grund av anknytning (1999/2000:43) framkommer två huvudsakliga skäl till att bevara det principiella kravet på att uppehållstillstånd ska beviljas före inresan: intresset av reglerad invandring och risken för skenrelationer.<sup>9</sup>

### 2.3.1 Reglerad invandring

År 1968 lade regeringen fram de riktlinjer för utlänningspolitiken som brukar sägas vara starten för den reglerade invandringen i Sverige (Prop. 1968:142). Bland annat tog man i propositionen upp att invandringens omfattning måste bestämmas med hänsyn till möjligheterna till bostad, arbete, utbildning och sjukvård. De principiella övervägandena i propositionen styr i stort fortfarande svensk invandringspolitik (Prop. 1999/2000:43 s. 19). På regeringens hemsida hittar man just ”att upprätta en reglerad invandring” som en av fyra huvudsakliga målsättningar för svensk migrationspolitik (Regeringen 2008a).

Invandringsregleringen gäller till stor del anhöriga till personer som är bosatta i Sverige då den inte omfattar personer med skyddsbehov eftersom Sverige enligt internationella konventioner har skyldighet att ta emot dessa. När det gäller kravet på uppehållstillstånd före inresa har regering och riksdag vid flera tillfällen strukit under att detta är ett viktigt led i upprätthållandet av en reglerad invandring (Prop. 1999/2000:43 s. 55f). Att Sverige och andra länder successivt har begränsat rätten till familjeåterförening menar Johanna Schiratzki, professor i rättsvetenskap med fokus på barnets bästa, hänger samman med att detta, utöver asylrätten, blivit den vanligaste grunden för en utlänning att få uppehållstillstånd på sedan västvärldens behov av arbetskraftsinvandring minskat (2005a:77).

---

<sup>9</sup> Propositionen bygger till viss del på betänkandet Uppehållstillstånd på grund av anknytning (SOU 1997:152) vars uppdrag var att undersöka hur man kan undvika att utländska medborgare söker uppehållstillstånd i Sverige på grund av anknytning till någon som är bosatt här då det bedöms finnas en påtaglig risk att den som ansöker om tillstånd kommer att utsättas för kränkande behandling av den personen som lever i Sverige (Prop. 1999/2000:43 s. 67). Risken kan bedömas föreligga i fall där män upprepade gånger inlett förhållanden med utländska kvinnor som de sedan kränkt eller misshandlat. Det framgår dock inte av propositionen om regeringen ser någon koppling mellan risken för våld och regeln om att tillstånd på grund av anknytning ska sökas före inresa.

### 2.3.2 Risk för skenrelationer

Risken för att personer ska ingå förhållanden enbart för att på så sätt få rätt till uppehållstillstånd tas upp vid flera tillfällen i propositionen. Bland annat framhålls det att försök att kringgå de nya skärpta reglerna om arbetskraftsinvandring, främst genom skenäktenskap, under början av 70-talet ökade eftersom praxis vid den tiden innebar att tillstånd regelmässigt beviljades den som var gift med en i Sverige bosatt person utan någon närmare utredning (1999/2000:43 s. 19, 23).

Denna information ansåg regeringen i sin proposition styrka uppfattningen om att förhållanden ska seriositetsbedömas innan uppehållstillstånd beviljas. År 1981 infördes kravet att uppehållstillstånd på grund av anknytning ska ha beviljats före inresa. Denna regel ledde inledningsvis till en kraftig minskning av antalet beviljade uppehållstillstånd på grund av anknytning (Ibid:36).

Med dagens regler, anpassade efter EG-direktivet, liknar reglerna återigen 70-talets praxis. Kanske kan man anta att regeringen därför på nytt oroar sig över risken för skenförhållanden och därmed anser att kravet på uppehållstillstånd före inresan är ett effektivt sätt att motverka att reglerna om anhöriginvandring missbrukas för att uppehållstillstånd ska beviljas. I proposition 1999/2000:43 skriver regeringen: ”Man måste räkna med att även i fortsättningen åtskilliga som önskar att bosätta sig i Sverige kommer att åberopa anknytning till en person som är bosatt här, där förhållandet är en konstruktion som enbart kommit till för att hjälpa någon att få uppehållstillstånd” (Ibid:36).

### 2.3.3 En effektiv beslutsprocess

En möjlig orsak till regeln som inte nämns i propositionen men som Annette Bäcklund, ansvarig för den avdelning på Migrationsverket som arbetar med den här typen av ärenden, framhåller i en intervju i Dagens Nyheter är att lagstiftarna hade för avsikt med den nya lagen att alla skäl skulle prövas i grundärendet (Ringborg 2007). Att korta ner handläggningstiderna och effektivisera beslutsprocessen var ett av de huvudsakliga syftena med den nya lagen. I det gamla systemet hade stark kritik riktats mot att den utdragna asylprocessen innebar stort lidande för den sökande och att därför ansågs det vara viktigt att processen fick ett tydligare slut (Prop. 2004/05:170 s. 106). Möjligheten att ansöka om uppehållstillstånd på grund av anknytning efter ett definitivt avslag skulle kunna ses som en möjlighet att komma in i processen igen och på så sätt göra processen mer långdragen.

## 2.4 Internationell rätt

Rätten till familj konstitueras i FN:s allmänna förklaring om mänskliga rättigheter, Europakonventionen och Barnkonventionen. Även om internationella konventioner inte är bindande för domstolar och myndigheter om de inte är införlivade i den nationella lagstiftningen är de stater som undertecknat konventionerna skyldiga att se till att staten agerar i enlighet med dessa (Stern 2008:24).

Den internationella rätten är av högt politiskt värde och utgör en ständig referenspunkt i den internationella politiken. Konventionerna är utformade för att skydda den enskilda människan, oberoende av nationalitet, kön, religion eller annan bakgrund. I följande avsnitt lyfts de artiklar fram som är relevanta för den fortsatta analysen av regeln, när det gäller rätten till familj och barnets bästa.

#### 2.4.1 FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna

I artikel 16 punkt 1 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna deklarerar att: ”Fullvuxna män och kvinnor har rätt att utan någon inskränkning med avseende på ras, nationalitet eller religion ingå äktenskap och bilda familj”. Vidare fastslås i samma artikel punkt 3 att: ”Familjen är den naturliga och grundläggande enheten i samhället och har rätt till samhällets och statens skydd”. Det kan alltså konstateras att alla, med eller utan uppehållstillstånd, har rätt att bilda familj och att denna familj har rätt till skydd från samhället.

#### 2.4.2 Europakonventionen

Precis som FN:s förklaring om de mänskliga rättigheterna fastställer Europakonventionens artikel 12 punkt 1, giftasvuxna mäns och kvinnors rätt att ingå äktenskap och bilda familj. I Artikel 8 punkt 1 deklarerar att ”[v]ar och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens” och av större intresse för denna uppsats är kanske att punkt 2 i samma artikel uppger att: ”Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutandet av denna rättighet annat än med stöd av lag [...]”. De exempel som tas upp i fortsättningen av den artikeln gäller i de fall en sådan lag är nödvändig för statens eller den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande, förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa och moral eller för andra personers fri- och rättigheter.

EG-rätten har en starkare ställning i den nationella rätten än vad den offentliga internationella rätten (folkrätten) har eftersom den generellt sätt har företräde före den nationella rätten. Dessutom är Europakonventionen sedan 1995 inkorporerad i sin helhet i svensk lag så dess artiklar kan tillämpas direkt i en svensk domstol (Domstolsverket 2008).

#### 2.4.3 Barnkonventionen

Barnkonventionen är den internationella konvention som undertecknats av flest länder.<sup>10</sup> De stater som undertecknat konventionen erkänner att barnet ”för att kunna uppnå en fullständig och harmonisk utveckling av sin personlighet, bör

---

<sup>10</sup> Den har ratificerats av alla världens stater utom Somalia och USA (Regeringskansliet 2008).

växa upp i en familjemiljö, i en omgivning av lycka, kärlek och förståelse (Barnkonventionen, preambel).

Principen om barnets bästa återfinns i konventionens artikel 3 vilken gör gällande att barnets bästa ska komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barnet. Enligt artikel 2 ska konventionsstaterna ”respektera och tillförsäkra varje barn inom deras jurisdiktion de rättigheter som anges i konventionen utan åtskillnad av något slag, oavsett barnets eller dess föräldrars eller vårdnadshavares ras, hudfärg, kön, språk, religion, politiska eller annan åskådning, nationella, etniska eller sociala ursprung, egendom, handikapp, börd eller ställning i övrigt”.

Angående barnets rätt till sina föräldrar stadgar artikel 9 punkt 1 att: ”Konventionsstaterna skall säkerställa att ett barn inte skiljs från sina föräldrar mot deras vilja utom i de fall då behöriga myndigheter, som är underställda rättslig överprövning, i enlighet med tillämplig lag och tillämpliga förfaranden, finner att ett sådant åtskiljande är nödvändigt för barnets bästa [---]”. De exempel som nämns i artikeln då ett åtskiljande kan anses vara för barnets bästa handlar om övergrepp eller vanvård mot barnet eller då föräldrarna bosatt sig på olika orter och ett beslut måste tas om barnets vistelseort.

En relevant artikel för reglerna gällande anhöriginvandring är artikel 10 punkt 1. Enligt den ska ”ansökningar från ett barn eller dess föräldrar om att resa in i eller lämna en konventionsstat för familjeåterförening behandlas på ett positivt, humant och snabbt sätt av konventionsstaterna”. Vidare slås det fast i artikeln att de undertecknande staterna ska ”säkerställa att framställandet av en sådan begäran inte medför negativa följder för de sökande och medlemmar av deras familj.”

I utlänningslagens första kapitel har en särskild paragraf skrivits in som anger att det i fall som rör barn särskilt ska beaktas vad hänsynen till barnets hälsa och utveckling samt barnets bästa i övrigt kräver (1 kap. 10 § UtL). I och med detta har principerna i barnkonventionen fått en viktig ställning i utlänningsrätten.

## 3 Efterlevnaden av internationell rätt och svensk policy

Vi har nu sett vilka argument som framförts för den nuvarande huvudregeln om uppehållstillstånd före inresa, vad som stadgas i den internationella rätten samt vad regeln får för konsekvenser för dem som berörs av den. I detta kapitel kommer argumenten ställas mot varandra för att se vilka som väger tyngst. Kan regeln om uppehållstillstånd anses vara i enlighet med de konventioner Sverige har ratificerat? Vidare kommer regeln att ställas mot svensk policy rörande principen om barnets bästa och jämställdhet, två centrala värden inom svensk politik som är vägledande i svensk lagstiftning i övrigt.

### 3.1 Konventionerna

En person som är bosatt i Sverige har rätt att bilda familj med vilken myndig person som helst, även med någon utan uppehållstillstånd. En person som gifter sig eller blir sambo med någon som är bosatt i Sverige har vidare en principiell rätt till uppehållstillstånd här. Sverige kan på så sätt anses leva upp till de internationella konventioner som man ratificerat om rätten till familj. Att svensk lag indirekt tvingar föräldrar att lämna sina barn genom att kräva att ansökan om uppehållstillstånd ska lämnas in i ett land utanför Sverige kan dock anses strida mot *andemeningen* i konventionernas artiklar om rätten till familj, i synnerhet barnkonventionens artikel 9 punkt 1 som föreskriver att staterna ska säkerställa att barn inte skiljs från sina föräldrar. De exempel som lyfts fram i barnkonventionen om när ett sådant åtskiljande är nödvändigt för barnets bästa kan inte rimligtvis tolkas som att ett åtskiljande som syftar till att upprätthålla en regel om att uppehållstillstånd ska beviljas före inresa är i enlighet med artikeln.

Vidare kan det ifrågasättas om huvudregeln kan anses vara förenlig med Europakonventionens förbud för myndigheter att inskränka rätten till familjeliv. Artikel 8 punkt 2 radar upp flera exempel på undantag från detta förbud men det enda exemplet som kan anses ge stöd för huvudregeln i svensk rätt om att ansökan om uppehållstillstånd ska lämnas in före inresa är det som gäller landets ekonomiska välstånd. Som tidigare nämnts menar regeringen i sin målsättning om en reglerad invandring att omfattningen av denna måste bestämmas med hänsyn till de ekonomiska möjligheter vi har att ta emot nyanlända. Det finns en allmän upp-



fattning om att en mer generös flyktingpolitik skulle leda till en väsentligt ökad invandring med allvarliga ekonomiska konsekvenser som följd.<sup>11</sup>

De förändringar som gjordes i utlänningslagen som en följd av EG-direktivet om rätt till familjeåterförening och som innebar att kärnfamiljen fick en principiell rätt till uppehållstillstånd gör att argumentet om en reglerad invandring förlorar relevans vad gäller anhöriginvandring inom kärnfamiljen. Det är inte längre en fråga för bedömning om en person i kärnfamiljen ska få uppehållstillstånd i Sverige eller inte, utan en rättighet.<sup>12</sup> Således kan Sverige inte sätta stopp för anhöriginvandringen även om man anser att landets ekonomiska välbefinnande hotas av denna.<sup>13</sup>

Man skulle förvisso kunna argumentera för att man ”avskräcker” vissa personer från att söka uppehållstillstånd på grund av anknytning genom att göra processen mer omständlig. Ett sådant antagande bygger då på uppfattningen att personer utan uppehållstillstånd skulle välja att skaffa barn med personer som är bosatta i Sverige enbart för att på så sätt få uppehållstillstånd och slippa lämna Sverige för att lämna in ansökan samt att dessa personer genom strängare regler kommer att undvika att skaffa barn.

Detta antagande kan framstå som cyniskt och det bör tas med i beräkningen att personer redan med dagens regler väljer att skaffa barn ihop, samt att det snarare stärker incitamenten för den person som saknar uppehållstillstånd att ordna ett sådant om ett barn kommer med i bilden. Vilka intentioner som ligger bakom ett beslut om att skaffa barn kan det bara spekuleras i. Det väsentliga i detta sammanhang är att ett barn, oavsett vilka anledningar föräldrarna har haft, inte kan belastas för ett beslut som det inte själv varit delaktig i – ett barn i en familj där den ena föräldern saknar uppehållstillstånd har lika stort behov av och samma rätt till sina föräldrar som alla andra barn.

Barnkonventionen stadgar att ansökningar från ett barn eller dess förälder om att resa in i eller lämna en konventionsstat ska behandlas på ett positivt, humant och snabbt sätt (artikel 10 punkt 1). Att det skulle vara positivt och humant att skilja föräldrar och barn åt under en längre tid kan starkt ifrågasättas och med handläggningstider på upp till ett och ett halvt år kan man knappast heller påstå att ansökningarna behandlas på ett snabbt sätt.

Kravet på att uppehållstillstånd ska sökas och beviljas före inresa kan inte sägas *uppenbart* strida mot de internationella konventioner som Sverige ratificerat. Sverige är inte heller ensamt land att ställa detta krav. Däremot är det tydligt att det inte heller är helt enkelt att påstå motsatsen – att Sverige lever upp till det man genom konventionerna åtagit sig. Trots oklarheterna kring tolkningen av konventionerna framhåller riksdagen att familjer med barn inte generellt kan undantas från bestämmelserna om uppehållstillstånd före inresan (1999/2000:SfU9 s. 25). Det skydd som staten ska erbjuda familjer garanteras alltså endast fullt ut då hela familjen har uppehållstillstånd i Sverige. Innan dess agerar Sverige utifrån be-

---

<sup>11</sup> Detta är dock i sig är ett omstritt ämne. Många menar att en ökad invandring är nödvändig för den ekonomiska utvecklingen, se exempelvis Philippe Legrains ”Immigrants: Your Country Needs Them” (2007).

<sup>12</sup> Rätten kan dock i vissa fall nekas på grund av tidigare nämnda skäl.

<sup>13</sup> Däremot kan Sverige vidta andra åtgärder genom att ställa villkor för denna rätt. Ett exempel på detta är det förslag om försörjningskrav vid anhöriginvandring som i skrivande stund utreds.

stämmelser som kan anses strida mot själva andemeningen i de artiklar som konstruerats just för att skydda familjen.

## 3.2 Svensk policy

I EG-direktivet om rätt till familjeåterförening framhåller Europeiska Rådet att ”rätten till familjeåterförening bör utövas i överensstämmelse med de värden och principer som medlemsstaterna erkänner, i synnerhet beträffande kvinnors och barns rättigheter” (2003/86/EG preambel). Dessa värden är också centrala i svensk policy och hör till de allmänt vedertagna i svensk politik.

I skrivelsen ”Barnpolitiken – en politik för barnets rättigheter” (Rskr. 2007/08:111) framhåller regeringen att Sverige är ett föregångsland internationellt och en inspirationskälla för andra länder i arbetet med att säkerställa barnets rättigheter (Rskr. 2007/08:111 s. 19). Skrivelsen gäller inriktning och prioriteringar för barnpolitiken under de kommande åren och redogör för hur regeringen avser att stärka barnkonventionens genomslag i samhället. Genomförandet av barnkonventionen framhålls även på regeringens hemsida som barnpolitikens främsta syfte (Regeringen 2008b).

Jämställdhet mellan kvinnor och män kom i början av 1970-talet att betraktas som en särskild fråga att innefatta i det välfärdspolitiska projektet. Målet om jämställdhet är baserat på en av det moderna demokratiska samhällets grundrättigheter – lika rättigheter mellan könen. Målet är generellt och har allt mer kommit att handla om praktik och delaktighet för båda könen på livets alla områden (Svensson 2005:221, 227).

I skriften ”Dear Child – on men, children and gender equality in Sweden”, utgiven av Svenska Institutet, framhålls barns behov av nära relationer till sina pappor (2003: passim). Skriften, som är översatt till flera olika språk och delas ut på konferenser runt om i världen, berättar också om det svenska föräldraförsäkrings-systemet med pappamånader som en del av arbetet för jämställdhet. Samtidigt framhåller regeringen att ”[f]örutsättningarna för både kvinnor och män att ta ett aktivt och jämlikt ansvar för föräldraskapet bör förbättras” (2007/08:111 s. 24).

I det tidigare nämnda policydokumentet om regeringens barnpolitik framhålls att föräldrarna i regel är de viktigaste personerna i ett barns liv. ”Samhällets uppgift är att garantera, stödja och, vid behov, komplettera eller ersätta föräldrarnas insatser så att barnets rättigheter och intressen tillvaratas under barnets hela uppväxt” (Rskr. 2007/08:111 s. 21). I skrivelsen betonas vikten av att *båda* föräldrarna är delaktiga i barnets uppväxt och tar ansvar för barnet eftersom ”[d]et är inom familjen som barnets trygghet och känsla av sammanhang grundläggs” (Ibid: 24).

Hur ser då implementeringen av den policy som finns gällande barns rättigheter och jämställdhet ut i regleringen av huvudregeln om uppehållstillstånd före inresa som anges i utlänningslagen?

### 3.2.1 Principen om barnets bästa

”Barnets bästa ska vara ledstjärna vid alla beslut”, understryker regeringen i skrivelsen om barnpolitiken (Rskr. 2007/08:111 s. 5) och enligt portalbestämmelsen i barnkonventionens artikel 3 ska barnets bästa komma i främsta rummet vid alla åtgärder som rör barn. Sverige har tagit på sig ett internationellt åtagande att följa denna bestämmelse genom ratificeringen av konventionen. Genom införlivandet av principen i utlänningslagen (1 kap. 10 §) är principen också bindande i svensk lag.<sup>14</sup> Principen om barnets bästa framhålls alltså i såväl lagstiftningen som i regeringens policydokument, men kan det anses vara förenligt med barnets bästa att barn separeras från sin ena förälder under en längre tid som en följd av huvudregeln om uppehållstillstånd före inresa?

Frågan utreds inte i proposition 1999/2000:43 om uppehållstillstånd på grund av anknytning. Barnkonventionen och principen om barnets bästa nämns inte med ett ord i propositionen, detta trots kravet på att barnkonsekvensanalyser ska göras vid alla statliga beslut som rör barn (Rskr. 2007/08:111 s. 6).

Barnombudsmannen Lena Nyberg, vars uppgift är att driva på genomförandet och bevaka efterlevnaden av barnkonventionen, framför i en skrivelse till migrationsminister Tobias Billström att det inte är rimligt att föräldrar tvingas lämna sina barn, i synnerhet spädbarn, och resa till sitt hemland eller annat land för att ansöka om uppehållstillstånd på grund av anknytning därifrån (Nyberg 2008). Hon påpekar att ”det är oacceptabelt att skilja små barn från föräldrar på grund av onödiga regler och krångel” och uppmanar regeringen att hitta en snabb lösning (Ibid.).

Principen om barnets bästa betraktas vanligen som ett öppet koncept som ska leda till den bästa möjliga lösningen för varje enskilt barn, men hur detta på ett mer konkret sätt kan fastställas finns det inga tydliga bestämmelser för (Schiratzki 2005a:52). Den svenska Barnkommittén framför att det i huvudsak finns två sätt att avgöra vad som är barnets bästa: det subjektiva och det objektiva. Det förstnämnda innebär att det berörda barnet själv tillåts ge uttryck för sin uppfattning om vad som är dess bästa medan det andra bygger på vetenskap och beprövad erfarenhet (SOU 1997:116 s. 134). Inom forskningen har påtalats att barnets bästa måste sättas i den kontext där begreppet är aktuellt (Hollander et al. 2000:2).

För att förstå innebörden av barnets bästa kommer jag således utgå från tre dimensioner av principen i följande analys: (1) barnets egen upplevelse av vad som är barnets bästa, (2) kunskaper och beprövad erfarenhet om vad som är bra för barn samt (3) sammanhanget eller kontexten där barnets bästa ska fastställas.

Den första dimensionen, barnets egen upplevelse om vad som är barnets bästa, är svår att dra några slutsatser om i detta fall då det gäller spädbarn. Barnet kan inte muntligt uttrycka sina tankar och känslor.

I den andra, så kallade objektiva, dimensionen utgår man från vedertagna kunskaper inom bland annat psykologi i bedömningen av vad som är bra för barn. ”[F]orskningen visar att anknytning och samspel mellan föräldrar och små barn är

---

<sup>14</sup> I implementeringen av barnkonventionen har hänsyn till principen om barnets bästa även införts i Föräldrabalken, Socialtjänstlagen samt Lag 1990:52 med särskilda bestämmelser om vård av unga (Schiratzki 2005b:30)

livsavgörande för barnets utveckling”, konstaterar Lena Nyberg i skrivelsen till Tobias Billström (Nyberg 2008). Vidare framhåller hon att spädbarn inte är beroende av vuxna enbart för sin fysiska överlevnad utan även för sin psykiska hälsa och utveckling: ”De positiva erfarenheter och förväntningar som barnet utvecklar under spädbarnsperioden, om det möts av en trygg och bekräftande förälder, får effekter genom hela livet” (Ibid.). Samma uppfattning ger regeringen uttryck för: ”En trygg anknytning till föräldrarna under barnets första levnadsår är en avgörande förutsättning för god psykisk hälsa senare i livet” (Rskr. 2007/08:111 s. 29).

I förarbetena till reglerna om vårdnad, boende och umgänge framgår att längre avbrott i kontakten med föräldrarna i regel medför en mycket stor påfrestning för barnet. Sådana avbrott kan få barnet att känna sig varaktigt övergivet och därmed finns det risk för att barnets trygghetskänsla blir störd i grunden (BO 2003:01). Framförallt när det gäller spädbarn, som ännu inte har en tydlig inre minnesbild av föräldrarna, har experter inom barnpsykiatrien konstaterat att en relativt tät kontakt med föräldern är nödvändig för att bilden av föräldern inte ska försvagas (Ibid.). Forskningen talar alltså emot en separation av förälder och barn. Det bör tilläggas här att de resultat som forskningen presenterat om spädbarns behov av sina föräldrar bör tillmätas stor tyngd då barnets egen upplevelse, enligt den första dimensionen, i dessa fall inte kan fastställas.

Den sista dimensionen innebär att principen om barnets bästa måste ses i den kontext där det ska fastställas, i detta fall asylprocessen. Denna dimension innefattar samhällets syn på barn. I samband med införandet av portalparagrafen om barnets bästa i utlänningslagen framhöll regeringen bland annat att de grundläggande behov som ska beaktas vid tolkningen av barnets bästa är barnets behov av ett stabilt och tryggt förhållande till båda sina föräldrar (Prop. 1996/97:25 s. 246). Vidare återfinns samhällets syn på barn inte minst i barnkonventionen och i de tidigare nämnda policydokumenten. Dessa har dock redan analyserats.

Schiratzki argumenterar för att barnets bästa är ett öppet koncept vars främsta funktion är att möjliggöra för rätten att beakta alla aspekter som rör det enskilda barnet (2005a:35). Det kan inte, enligt någon av dimensionerna, anses vara den bästa lösningen för ett barn att tvingas leva åtskilt från sin ena förälder under en längre tid för att han eller hon ska ansöka om uppehållstillstånd från ett land utanför Sverige. Det kan således konstateras att kravet på uppehållstillstånd före inresa strider mot principen om barnets bästa.

### 3.2.2 Jämställdhet och pappors delaktighet

I familjerättslagstiftning framhålls barnets behov av en nära och god kontakt med båda föräldrarna (Föräldrabalken 6 kap. 2 a §). Detta perspektiv framhålls dock inte i reglerna för anhöriginvandring i utlänningslagen. Det är därför intressant att se om synen på barnets rätt till båda föräldrarna och föräldrarnas lika ansvar, som genomsyrar svensk familjepolitik och familjerättslagstiftning i övrigt, avspeglas i beslut om undantag från huvudregeln om uppehållstillstånd före inresa eller inte.

Migrationsöverdomstolen har fattat beslut i två ärenden där den sökande först sökt uppehållstillstånd på andra grunder men efter någon tid också åberopat familjeanknytning som skäl för uppehållstillstånd efter inresa i landet. Besluten ska ge

vägledning i bedömningen av när undantag från huvudregeln ska beviljas så att den sökande slipper åka till något annat land och lämna in ansökan där.

Det ena beslutet gällde en man från Gambia som åberopade anknytning till sin gravida sambo och deras gemensamma son (UM 249-06). Det andra beslutet gällde en kvinna från Filippinerna som var gift och väntade barn med en man i Sverige (UM 317-06). Mannens överklagan avslogs och kvinnans beviljades.

Eftersom det är två enskilda ärenden kan man inte dra några självklara slutsatser av att jämföra besluten. I kvinnans fall tolkades lagen generöst då man beviljade henne undantag från huvudregeln även om ingen av de omständigheter som nämns i förarbetena om när undantag kan beviljas fanns i ärendet. I mannens fall var illegal vistelsetid i Sverige samt anknytning till en minderårig son i Gambia två skäl till att neka mannen undantag från huvudregeln.<sup>15</sup>

I de domar som jag haft tillgång till från Migrationsdomstolen<sup>16</sup> har undantag från huvudregeln beviljats i samtliga beslut, för män såväl som för kvinnor. I Migrationsverkets vägledande beslut gällande undantag från huvudregeln som en form av verkställighetshinder, alltså efter ett lagakraftvunnet beslut om utvisning, ges uttryck för en annan syn på betydelsen av barnets relation till pappan.

I ett av de vägledande besluten nekades en iransk man, som tidigare fått avslag på sin asylansökan, med en svensk sambo och en son på sex månader undantag från regeln om uppehållstillstånd före inresa och mannen tvingades återvända till Iran för att lämna in sin ansökan där. I beslutet skriver Migrationsverket att ”ett spädbarn inte rimligen kan vara utan den dagliga omvårdnad som endast modern genom amning kan tillgodose. Ett sådant beroendeförhållande kan inte anses föreligga mellan barnet och fadern” (2007-03-26).

I Röda Korsets utvärdering av den nya utlänningslagen konstateras att Migrationsverket har ”tillämpat en mycket konservativ syn på relationen mellan moder, fader och det unga barnet i och med att anknytningen mellan far och barn inte anses vara lika betydelsefull som relationen mellan mor och barn” (Stern 2008:112). Migrationsverket visar i detta beslut en oförståelse för barns rätt att skapa en relation till båda sina föräldrar och för vilken betydelse detta har för barnets trygghet och utveckling. Verkets uppfattning går emot det synsätt som annars genomsyrar svensk familjepolitik och som återfinns i familjerättslagstiftning.

### 3.3 Brister i förarbetena och svaga argument

I regeringens diskussioner i samband med införandet av portalparagrafen om barnets bästa i utlänningslagen var en av utgångspunkterna att barnets bästa inte generellt ska väga tyngre än samhällsintresset att reglera invandringen (Schiratzki 2005b:32).

---

<sup>15</sup> I förarbetena anges att vid prövningen av om det skäligen kan krävas att den sökande ska återvända till sitt hemland för att lämna in ansökan ska omständigheter som illegal vistelsetid, oklar identitet samt eventuell anknytning i hemlandet beaktas (Prop. 1999/2000:43 s. 58f).

<sup>16</sup> UM-2585-07, UM-1133-06, UM-564-08 och UM-751-07. Domarna har jag hittat efter sökningar i Lifos.

En reglerad invandring kommer alltid att innebära att det finns personer som inte får leva i Sverige. En person som är gift eller sambo med någon som är bosatt i Sverige har emellertid, som tidigare nämnts, numera en principiell rätt till uppehållstillstånd i Sverige. Praxis på området konstaterar dessutom att anknytningen till Sverige ska betraktas som stark då den är att betrakta som tillståndsgrundande (UM 2457-07). Upprätthållandet av en reglerad invandring har således kommit att bli ett inaktuellt argument som förlorat sin relevans för i synnerhet barnfamiljer.

Regeringens framförda argument för det principiella kravet på att uppehållstillstånd ska sökas och beviljas före inresa framstår därmed som svaga. Inte heller det tänkbara argumentet att ärendeprocessen förlängs om man tillåter personer som har eller väntar barn ihop med någon i Sverige att söka uppehållstillstånd härifrån kan anses väga särskilt tungt i och med att det trots allt måste betraktas som en undantagssituation att ett barn kommer med i bilden.

Regeringen har inte utvärderat vilka konsekvenser huvudregeln får för de berörda barnen eller om regeln kan anses strida mot principen om barnets bästa. Barnombudsmannen däremot, som har en nyckelroll i arbetet med att förverkliga barnkonventionen i Sverige och till uppgift att bistå regeringen med underlag om vilka brister och utvecklingsbehov som finns (Rskr. 2007/08:111 s. 8, 12), påpekar att bestämmelsen strider mot denna konvention (Nyberg 2008). Schiratzki konstaterar att regeringen samtidigt som den beslutade att införa portalparagrafen om barnets bästa i utlänningslagen också begränsade rätten till uppehållstillstånd på grund av anknytning (2005a:79). Detta ger intryck av att ”barnets bästa införts i lagstiftningen, inte endast som ett led i implementeringen av barnkonventionen, utan också för att förmå allmänheten att godta begränsningar i de resurser som skall komma barn och deras familjer till del” (Ibid.).

Inte heller svensk policy gällande jämställdhet och pappors roll nämns i förarbetena. Det ter sig märkligt att vikten av båda föräldrarnas delaktighet, som bland annat ligger till grund för den könsneutrala föräldraförsäkringen, inte anses viktig för barn med utländska föräldrar. Regeln om uppehållstillstånd före inresa är kanske just en sådan fråga som regeringen bör prioritera då de framhåller att förutsättningarna för kvinnor och män att ta ett aktivt och jämlikt ansvar för föräldraskapet bör förbättras.

Det framstår som en tydlig slutsats att svensk policy gällande barnets bästa och pappors delaktighet i föräldraskapet inte är implementerad i reglerna gällande anhöriginvandring. Regeringen framhåller att det är ett prioriterat område för barnpolitiken att ta reda på brister och följa upp tillämpning av lagstiftning som rör barn samt vid behov uppmärksamma områden där deras rättigheter behöver stärkas ytterligare (Rskr. 2007/08:111 s. 5f). Barnkonventionen medger förvisso att barnets bästa får begränsas för andra intressen än barnets, men genom betoningen av detta i utlänningslagen blir resultatet att det definitionsmässigt är utländska – inte svenska – barns bästa som får stå tillbaka (Schiratzki, 2005a:182).

För att bestämmelserna gällande föräldrars anknytning till Sverige ska vara förenliga med de åtaganden Sverige har tagit på sig, genom undertecknandet av internationella konventioner, samt de värden Sverige säger sig driva nationellt och internationellt, framstår en lagändring som innebär att ansökan om anknytning behandlas från Sverige när den sökande har eller väntar barn med en i Sverige bosatt partner som nödvändig.

## 4 Myndigheternas handlingsutrymme och tolkning av lagen

Så som bestämmelserna tillämpas idag bör de enligt vad som tidigare anförts förändras. Men hade lagstiftarna för avsikt att lagen skulle tillämpas så som den gör idag? Hur har lagen tolkats i Migrationsöverdomstolens praxisbeslut och hur har dessa i sin tur använts som underlag för Migrationsverkets vägledande beslut? Riksdagens socialförsäkringsutskott underströk särskilt att det är upp till myndigheterna att i varje enskilt fall bedöma om undantag ska beviljas eller inte (Bet. 1999/2000: SfU9 s. 25). Vilka möjligheter finns att redan nu tillämpa möjligheten till undantag mer generöst?

Generaldirektören Dan Eliasson menar att Migrationsverket har flyttat fram sina positioner så långt lagen ger utrymme för i denna fråga (Ringborg 2007). Vidare menar han att ”Migrationsverket varken kan, får eller ska gå utanför det mandat riksdagen har gett oss” (Eliasson 2008a). Men är det inte också riktigt att tjänstemän i stort sett alltid har ett tolkningsutrymme att förhålla sig till? Vilket ansvar kan Migrationsverket anses ha för de policies och bestämmelser som de är involverade i? Dessa frågor ska jag studera närmare i denna sista del av uppsatsen.

### 4.1 Tillämpningen av lagen

Som tidigare nämnts anger utlänningslagen att undantag från huvudregeln om uppehållstillstånd före inresa ska kunna göras om den sökande ”har stark anknytning till en person som är bosatt i Sverige och det inte skäligen kan krävas att utlänningsen återvänder till ett annat land för att ge in ansökan där” (5 kap. 18 § punkt 5 UtL).

Kravet att den sökande ska ha stark anknytning till en person i Sverige betraktas i de flesta fall som uppfyllt i och med att personer som har eller väntar ett barn tillsammans vanligtvis är gifta eller sambos och därmed har en tillståndsgrundad anknytning.<sup>17</sup> Regeringen betonade dock i förarbetena att de inte kunde ställa sig bakom något förslag om att införa ett generellt undantag från kravet att uppehållstillstånd ska ha beviljats före inresan för dem som har stark anknytning till Sveri-

---

<sup>17</sup> En förälder som inte är gift eller sambo med barnets andra förälder har ingen principiell rätt till uppehållstillstånd i Sverige på grund av anknytningen till sitt barn. Upphållstillstånd kan dock beviljas om föräldrarna har för avsikt att gifta sig eller bo ihop i Sverige (5 kap. 3 a § UtL) eller för att föräldern ska kunna utöva umgänge med sitt barn (5 kap. 3 § första stycket 7 UtL). För att uppehållstillstånd ska beviljas krävs att umgänget inte är av begränsad omfattning (Migrationsverket, 2006 kap 10.10).

ge (Prop. 1999/2000:43 s. 56). Vad som kvarstår är alltså att bedöma om det skäligen kan krävas att den sökande ska lämna Sverige för att ge ansökan och vänta på besked i ett annat land innan han eller hon kan återvända till Sverige. Vid denna prövning ska en rad omständigheter beaktas, så som illegal vistelse, oklar identitet, anknytning i hemlandet, förväntade handläggningstider och eventuella svårigheter i samband med ansökan eller att lämna landet (Ibid. s. 58f).

I den tidigare nämnda domen från Migrationsöverdomstolen gällande den gravida kvinnan från Filippinerna skriver nämnden att ”det principiella kravet på att ett uppehållstillstånd skall ha utverkats före inresan i Sverige och dess betydelse för att upprätthålla en reglerad invandring bör vägas mot de olägenheter som kan uppstå för de berörda enskilda parterna” (UM 317-06). Även om det inte fanns något i kvinnans ärende som överensstämde med de i lagförarbetena nämnda exemplen som kan motivera undantag från huvudregeln, så fann överdomstolen att ”det skulle innebära beaktansvärda olägenheter” för paret om kvinnan skulle behöva lämna Sverige för att lämna in en ansökan om uppehållstillstånd som hon är berättigad till genom sitt äktenskap. Undantag från regeln beviljades därför.

I den andra domen från Migrationsöverdomstolen som gällde en man vars fru väntade deras andra gemensamma barn avlog domstolen deras begäran om undantag (UM 249-06). Nämnden ansåg att det var skäligt att kräva att mannen skulle åka tillbaka och ansöka om uppehållstillstånd från sitt hemland eftersom han hade vistats i Sverige utan tillstånd under en längre tid samt hade en minderårig son i sitt hemland. Båda dessa faktorer togs i förarbetena upp som omständigheter som ska beaktas i prövningen av skälighetsrekvisitet (Prop. 1999/2000:43 s. 58f). Vidare konstaterade domstolen att en sammanlagd handläggningstid på sex månader inte kan anses vara anmärkningsvärt lång.

När migrationsdomstolarna har tagit ställning till liknande fall, då den sökande åberopar anknytning till make/maka/sambo och gemensamt barn, har de beslutat att bevilja undantag från regeln om uppehållstillstånd före inresa.<sup>18</sup> Detta även i fall då det inte varit fråga om anmärkningsvärt långa handläggningstider (UM 1133-06, UM 2585-07), då den sökande vistats illegalt i Sverige under en längre tid (UM 2585-07) och då den sökande har begått brottsliga handlingar som ligger långt tillbaka i tiden (UM 564-08). Familjeförhållandena har ändå ansetts vara sådana att det bedömts vara oskäligt att kräva att den sökande ska skiljas från sin familj för att resa till hemlandet och lämna in ansökan om uppehållstillstånd där.

Om anknytning åberopas efter ett lagkraftvunnet beslut om utvisning är det bestämmelserna om verkställighetshinder som ska tillämpas. Det är alltså inte längre fråga om det skäligen kan krävas att utlänningen ansöker från ett annat land, utan istället om det finns hinder mot att verkställa det lagkraftvunna beslutet. I 12 kap. 18 § första stycket punkt 3 UtL finns ett visst utrymme att ta hänsyn till familjanknytning om ”det kommer fram nya omständigheter som innebär att det finns [...] *annan särskild anledning* att beslutet inte bör verkställas” [min kursivering]. I förarbetena beskrivs de situationer som kan medföra ett beslut om

---

<sup>18</sup> Samtliga beslut från migrationsdomstolen som jag granskat (UM 1133-06, UM 2585-07, UM 751-07 och UM 564-08) är fattade efter de båda praxisbildande domarna från Migrationsöverdomstolen.



verkställighetshinder dock som rena undantagssituationer (Wikrén & Sandesjö 2006:422).

Det är bara Migrationsverket som kan fatta beslut enligt 12 kap. 18 § UtL och det har därmed ensamt ansvar över praxisbildningen vad det gäller tillämpningen av denna paragraf. Utrymmet att bevilja undantag från huvudregeln med hänsyn till att familjeanknytning uppstått är obestridligen avsevärt mer begränsat än i den paragraf som är tillämplig i grundärenden.

Dan Eliasson tillmäter Migrationsöverdomstolens domar stor vikt i tolkningen av bestämmelserna och har bland annat tolkat deras bedömning att sex månaders handläggningstid inte kan räknas som avsevärt lång som att handläggningstid som överstiger sex månader ska betraktas som avsevärd. En sådan handläggningstid kan alltså innebära att undantag beviljas, under förutsättning att inga andra omständigheter talar emot detta (Migrationsverket 2007). Verket gör dock skillnad mellan personer som befinner sig i sitt grundärende och personer med ett lagakraftvunnet utvisningsbeslut, vilket innebär att sexmånadersgränsen generellt sett inte gäller i ärenden om verkställighetshinder. Eliasson understryker att den som har ett lagakraftvunnet beslut inte får hamna i ett mer gynnsamt läge än den som åberopar anknytning före ett sådant (Eliasson 2008b:3).

När Migrationsverket fattat sina vägledande beslut har de haft samma praxisdomar att ta hänsyn till som migrationsdomstolen. De båda myndigheternas resonemang och tolkningar skiljer sig dock åt.<sup>19</sup>

I två vägledande beslut rörande prövning av verkställighetshinder där den sökande (i båda fallen män) åberopar anknytning till ett nyföddt barn med kvinna bosatt i Sverige beslutar Migrationsverket att männen ska lämna Sverige för att ge in ansökan i hemlandet (2007-03-26 och 2007-12-04). I det fall som inte berörts tidigare, då avslaget motiverades med att moderns amning är det enda ett barn inte rimligen kan vara utan, avslogs den sökandes begäran, trots att han vid ett återvändande riskerade att tvingas göra militärtjänst i två år.<sup>20</sup> Migrationsverket menar att han på grund av sitt utvisningsbeslut var väl medveten när han gifte sig och skaffade barn om sin skyldighet att lämna landet samt att de två åren i militärtjänst inte kan anses vara tillräckligt lång tid för att bevilja undantag så att han kan lämna in ansökan i Sverige. I ett tredje vägledande beslut (2007-03-27) beviljades en kvinna tillfälligt uppehållstillstånd därför att hennes graviditet var så långt framskriden att hon inte tilläts flyga enligt flera flygbolags bestämmelser.

I en analys av det rådande rättsläget i fall där Migrationsverket ska pröva verkställighetshinder för föräldrar understödjer Eliasson verkets praxis genom att referera till det fall där Migrationsöverdomstolen avslag ansökan om undantag. De specifika omständigheterna i ärendet då mannen vistats i Sverige illegalt under en längre tid och, kanske ännu viktigare, hade anknytning till hemlandet genom en minderårig nämns inte (Eliasson 2008b: 3).

---

<sup>19</sup> Det bör än en gång framhållas att migrationsdomstolen har att besluta i samma typ av ärenden och med samma lagrum som Migrationsöverdomstolen medan Migrationsverket endast kan hämta vägledning från dessa domar i sin tolkning av det lagrum som gäller för verkställighetshinder, alltså efter ett lagakraftvunnet beslut.

<sup>20</sup> Detta beslut fattades efter att Migrationsöverdomstolen slagit fast att sex månaders handläggningstid inte betraktas som anmärkningsvärt lång och efter att Migrationsverket gått ut med egna riktlinjer om att handläggningstid över sex månader ska betraktas som anmärkningsvärd.

Om Migrationsverket istället för att grunda sin tolkning av bestämmelserna på en dom i ett fall där specifika omständigheter talade emot att undantag skulle beviljas, hämtade vägledning i Migrationsöverdomstolens andra dom där inga särskilda omständigheter förelåg och bestämmelserna om undantag tillämpades generöst, skulle tolkningen inte vara lika restriktiv.<sup>21</sup>

Det är riktigt att utrymmet att bevilja uppehållstillstånd på grund av anknytning, utan krav på utresa, är mycket begränsat i 12 kap. 18 § UtIL men Migrationsverkets tolkning av bestämmelserna framstår som onödigt restriktiva, utan konkret stöd i Migrationsöverdomstolens praxis. Att en person får barn i verkställighetsstadiet måste betraktas som en undantagssituation och det skulle således kunna finnas en laglig möjlighet för Migrationsverket att införa en humanare praxis vid beslut enligt 12 kap. 18 § som tillåter att ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning behandlas i Sverige när det finns barn i ett seriöst förhållande. En sådan bedömning skulle inte medföra att den som har ett lagakraftvunnet beslut hamnar i ett gynnsammare läge än den som återoppar anknytning och fortfarande befinner sig i sitt grundärende.

## 4.2 Lagens tolkningsutrymme och myndigheternas ansvar

Vilket ansvar kan förvaltningen anses ha i tillämpningen av bestämmelserna och vilket utrymme har tjänstemän att agera? Svensk grundlag är tydlig: myndigheterna är till för att genomföra av riksdag och regering beslutade lagar och förordningar. Vidare ska detta göras under iakttagande av principerna om saklighet och opartiskhet (1 kap. 9 § RF). En annan viktig princip i svensk lagstiftning gällande myndigheter är förbudet mot ministerstyre. Statsråd får inte styra över hur en myndighet ska tillämpa en lag eller besluta i ett enskilt ärende som rör myndighetsutövning; ”Om regeringen tycker att myndighetens tillämpning av en lag är felaktig, får regeringen i stället föreslå förändringar i den lagen” (Regeringen 2008c). Det svenska dualistiska systemet innebär alltså att förvaltningen, i form av enskilda myndigheter, lyder under regeringen men leds av opolitiska ämbetsmän (Premfors et al. 2003:244).

När Dan Eliasson vidhåller att hans uppgift som generaldirektör för Migrationsverket är att ”genomföra folkviljan enligt de lagar som riksdagen har beslutat om” (Eliasson 2007a) gör han följaktligen det med starkt stöd. Lennart Lundquist, professor i statsvetenskap med inriktning på förvaltning, framhåller dock att ”[d]et är vid implementeringen som förvaltningen avgör vad resultatet av de politiska besluten ska bli” (Lundquist 1998:25). Förvaltningen anses ha stor roll i den politiska processens alla stadier eftersom det oftast är ämbetsmän som initierar, bere-

---

<sup>21</sup> Observera att Migrationsöverdomstolens avgöranden ska följas i väsentligt liknande fall. Med detta avses fall där de väsentliga egenskaperna hos det aktuella fallet är desamma som de skäl som var de viktigaste i praxisbeslutet (Stern 2008:19).

der, implementerar och utvärderar de politiska besluten (Ibid.). ”Although the executive, legislature, and judiciary dominate in setting some of the most important policies, the bureaucracy predominates over a larger number, including some of the highest importance”, konstaterar statsvetarna Lindblom och Woodhouse (1993:59).

Dan Eliasson har kritiserat regeln offentligt och framfört att han ”tycker det är omodernt och onödigt formalistiskt att tvinga föräldrar att skiljas från sitt barn [...] för att ansöka om ett uppehållstillstånd som man är berättigad till” (Ringborg 2007). Migrationsminister Tobias Billström har i riksdagen framfört att han bedömer den nuvarande bestämmelsen om undantag vara tillräckligt flexibel för att göra skäliga undantag (Billström 2008). Det handlingsutrymme som betonades redan i förarbetena har alltså påtalats på nytt.

Migrationsverket ska beakta Migrationsöverdomstolens beslut i sin tillämpning av lagen. ”Det är tydligt (...) att Migrationsverket i sina vägledande beslut vinnlägger sig om att följa Migrationsöverdomstolens praxis när sådan finns att tillgå”, konstaterar Rebecca Stern i Röda Korsets utvärdering av den nya utlänningslagen (2008: 114). Samtidigt som detta är positivt för tydligheten och enhetligheten i rättstillämpningen, menar Röda Korset att Migrationsverket i vissa fall tycks ha ”tolkat rekvisiten alltför strikt utan att ha konkret stöd för detta i förarbeten och prejudikat” (Ibid.). Exempel på detta, menar jag, är de vägledande beslut som gäller verkställighetshinder för föräldrar till barn i Sverige. Eftersom beslut enligt denna paragraf inte kan överklagas har inga fall kommit upp i någon av överinstanserna och de har därför inte tagit ställning till denna lagparagraf. I domstolarnas beslut i grundärenden kan man dock utläsa en annan, mindre restriktiv tolkning av lagen och dess förarbeten. Visserligen utgår man från olika lagrum men den restriktiva bedömning Migrationsverket gör tycks alltså inte ha stöd i de resonemang som förs av migrationsdomstolarna.

Eliasson framhåller att han ”vill föra den gamla fina ämbetsmannatraditionen vidare” (Forsberg 2007). I Max Webers klassiska organisationsteori framhålls att ämbetsmannen måste lyda även om han själv anser att innehållet i de beslut han verkställer strider mot god moral och mot hans professionella föreställningar om hur verksamheten bör bedrivas om den överordnade, trots invändningar från ämbetsmannen, insisterar på att ordern ska verkställas (Lundquist 1998:112). Varken regering, riksdag eller Migrationsverkets överordnade domstolar har insisterat på att föräldrar till nyfödda barn i Sverige inte ska undantas från huvudregeln om uppehållstillstånd före inresa. Tvärtom har de påtalat respektive tillämpat det handlingsutrymme som nämns i förarbetena.

Många lagar och förordningar är allmänt formulerade och lämnar därför betydande tolkningsutrymme för de tjänstemän som skall tillämpa dem (Premfors et al. 2003:110). I Röda Korsets utvärdering konstateras att migrationsmyndigheternas tolkning av utlänningslagen oftast är strikt trogen lagtexten och de resonemang som förs i förarbetena (Stern 2008: 128). Lundquist menar att ämbetsmännen just på grund av sin professionella kompetens ska ha stort handlingsutrymme för att kunna precisera förvaltningsstyrelsen på ett riktigt sätt (Lundquist 1998:240). Dan Eliasson utelämnar, och närmast förnekar, i sina uttalanden att det finns ett tolkningsutrymme att förhålla sig till. Han kritiserar regeln, men samtidigt lägger han över hela ansvaret för denna på politikerna. Eftersom Migrations-

verket är ensamt ansvariga för tillämpningen i paragrafen 12:18 om verkställighetshinder har de getts ett större handlingsutrymme men också ett större ansvar i dessa ärenden. Röda Korset framhåller att det finns en risk i att oklarheter runt detta handlingsutrymme kan leda till godtyckliga bedömningar och till en osäker rättstillämpning (Stern 2008:126f).

Tjänstemannens uppgift framstår inte riktigt som så okomplicerad som Dan Eliasson framställer den. ”Sökandet efter den korrekta balansen mellan å ena sidan medkänsla och flexibilitet och å andra sidan opartiskhet och strikt regel tillämpning har kallats den offentliga verksamhetens dialektik” (Lundquist 1998:123). I Lundquists diskussion om förvaltningen betonar han att denna på grund av sin centrala position utgör såväl ett negativt hot som en positiv möjlighet för demokratin (ibid:11). Genom att se till att ämbetsmännen fungerar som ”demokratins väktare”, som tar moraliskt ansvar för de policier de är involverade i och slår vakt om de offentliga värdena, menar han att man kan ta tillvara på den positiva potentialen för förvaltningen (Ibid:11, 237).

### 4.3 Att tala med kluven tunga

Att Migrationsverkets uppgift och generaldirektörens ansvar är att följa lagstiftningen och den praxis som Migrationsöverdomstolen kommit med verkar närmast upprepas som ett mantra av Dan Eliasson<sup>22</sup>. Samtidigt hävdar Lundquist att ämbetsmän är de enda som kan reagera i tid mot sådant som är fel och ont (1998:271) och att de därför har ett mer omfattande ansvar, som ”demokratins väktare”. Eliasson har i offentliga sammanhang kritiserat regeln om uppehållstillstånd före inresa. Således kan han anses ha levt upp till skyldigheten att förmedla sin kunskap och sina idéer om förhållandena i samhället till politikerna som många påpekar att en ämbetsman har. Samtidigt finns det ett handlingsutrymme i undantagsbestämmelsen som vid flera tillfällen påtalats men som Eliasson inte utnyttjat för att undanta nyblivna föräldrar till barn i Sverige från regeln.

Migrationsverket ska följa lagen men de ska också tolka den. I en genomgång av beslut och domar kan det konstateras att Migrationsverket har gjort en betydligt mer restriktiv tolkning av förarbetena i beslut gällande verkställighetshinder än vad dess överinstanser har gjort i beslut i grundärenden. Möjligheten att beviljas undantag från huvudregeln skiljer sig betydligt beroende på om personen befinner sig i sitt grundärende eller har ett lagakraftvunnet beslut, riktlinjen om sex månaders handläggningstid är inte minst ett talande exempel. Med hänsyn till barnkonventionens artikel 2, som tydligt framhåller att alla barn ska åtnjuta samma rättigheter oavsett sin egen eller föräldrarnas bakgrund bör det inte ha någon betydelse vilken legal status föräldern har – asylsökande eller ”papperslös”.

---

<sup>22</sup> Se t.ex. Brattberg, Lisbeth, ”Irakier kan avvisas till Bagdad”, *Dagens Nyheter* 2007-07-05; Forsberg, Bengt, ”Dan Eliasson: ’Rätt ska vara rätt’”, *Advokaten*, nr 7 årgång 73 och Eliasson, Dan, ”Migrationsverket tillämpar den lag riksdagen stiftar”, *Aftonbladet* 2008-02-05.

Migrationsverkets tolkning av lagen är oftast strikt trogen lagtexten. Men utlänningslagens regler är inte utförliga eller precist formulerade (Stern 2008:128). Det framstår därför som en paradox att myndighetens generaldirektör uppträder som att det inte finns något handlingsutrymme att ta ställning till. Även med en tydlig lagstiftning och en bra organisation krävs ämbetsmän som förstår, kan och vill genomföra en policy. Annars uppnår makthavarna ändå inte sina goda syften (Lundquist 1998:11).

## 5 Slutsatser

Gränsen mellan politik och juridik är inte alltid uppenbar, i synnerhet inte när det gäller utlänningsrätt. Den nya instansordningen, som infördes med den nya utlänningslagen, innebar en maktförflyttning från regeringen till domstolarna. På så sätt menade man att rättssäkerheten skulle förbättras.

Politikerna kan dock inte avskrivas från sitt ansvar eftersom makten att stifta lagar ligger hos riksdagen. Detta innebär att det alltid kommer att ligga politiska ställningstaganden bakom de lagar som beslutas. Intresset av en reglerad invandring är precis ett sådant ställningstagande som ligger till grund för utlänningslagen och dess regel om uppehållstillstånd före inresa. Men det finns också andra värden som Sverige har förpliktigt sig till genom internationella konventioner. I avvägningen mellan dessa intressen när det gäller reglerna för anhöriginvandring måste principen om barnets bästa och rätten till familj anses väga tyngst.

Som denna uppsats visat finns inga argument som motiverar att dessa grundläggande rättigheter åsidosätts. Frågan står inte i konflikt med några politiska ställningstaganden, åtminstone inte med några uttalade sådana. Regeln strider tvärtom mot svensk policy för barn- och jämställdhetspolitik. En person som söker uppehållstillstånd på grund av anknytning till en partner som han eller hon bor ihop med eller är gift med i Sverige har numera rätt till uppehållstillstånd. Att en förälder till ett nyfött barn ska tvingas lämna Sverige för att kunna återropa denna rätt kan inte ses som acceptabelt.

Frågan är om lagen ska ändras eller om den redan ger utrymme att undanta barnfamiljer från regeln om uppehållstillstånd före inresa. I Dan Eliassons resonemang framstår lagen som något som ska *följas* snarare än *tolkas*. Riksdag och regering har både i lagens förarbeten och i bemötandet av kritiken mot regeln betonat att det finns ett handlingsutrymme i undantagsbestämmelsen som myndigheterna förväntas ta hänsyn till i. Genom att inte beakta detta handlingsutrymme närmast avsäger sig Migrationsverket det ansvar som har lagts på dem, i synnerhet genom paragraf 12:18. Från verkets sida menar man att det är politikernas uppgift att ändra eller förtydliga lagen om denna får konsekvenser som inte var avsedda. Resultatet av detta blir en slags ansvarsmässig rundgång där ingen ser sig som skyldig att ta itu med problemet. Under tiden fortsätter familjer att splittras och utsättas för onödigt lidande.

Förverkligandet av konventioner och policyvärden är en ständigt pågående process. När det gäller den undersökta regeln står det klart att den strider mot dessa och att regeln eller tillämpningen av denna måste ses över. En lagändring skulle innebära en tydlig och generell förändring och framstår därmed som mer effektiv. I väntan på att ett sådant förslag går igenom finns handlingsutrymme för Migrationsverket att införa en mer human praxis, som tillåter föräldrar att ansöka om uppehållstillstånd härifrån så att de slipper skiljas från sina barn i Sverige.

## 6 Referenser

### Litteratur, artiklar och skrivelser

- BO, 2003, Barnombudsmannen informerar, BI 2003:01, *Barnets bästa i rättsprocessen*
- Billström, Tobias, 2008. ”Svar på fråga 2007/08:1261 av Statsrådet Tobias Billström”, Riksdagen 2008-05-23.
- Eliasson, 2008b. Brev till Michael Williams 2008-05-06. Diarienummer: 33-2008-12607
- Fernández, Christian 2005, *Medborgarskap efter nationalstaten - ett konstruktivt förslag*. Göteborg: Lunds universitet.
- Hollander, Anna; Jacobsson, Maritha; Sjöström, Stefan, 2000. ”Röster i rätten”, *Kulturella perspektiv*, nr 2, s. 35-40.
- Lindblom, Charles E; Woodhouse, Edward J, 1993, *The Policy-Making Process*. Tredje upplagan. New Jersey: Prentice Hall.
- Lundqvist, Lennart, 1993, *Det vetenskapliga studiet av politik*. Lund: Studentlitteratur.
- Lundquist, Lennart, 1998. *Demokratins väktare*. Lund: Studentlitteratur.
- Migrationsverket, 2006, *Utlänningshandboken*. (internt arbetsmaterial)
- Nyberg, Lena (Barnombudsmannen), 2008. *Föräldrar tvingas lämna sina spädbarn för att ansöka om uppehållstillstånd*. Diarienummer: 9.2:0018/08, 2008-01-11.
- Premfors, Rune; Ehn, Peter; Haldén, Eva; Sundström, Göran, 2003, *Demokrati & byråkrati*. Lund: Studentlitteratur.
- Schiratzki, Johanna, 2005a. *Barnets bästa i ett mångkulturellt Sverige – en rättsvetenskaplig undersökning*. Andra upplagan. Stockholm: Iustus Förlag.
- Schiratzki, Johanna, 2005b. *Barnrättens grunder*. Andra upplagan. Lund: Studentlitteratur.
- Soysal, Yasemin Nuhoglu, 1994. *Limits of citizenship- migrants and postnational membership in Europe*. USA: Chicago University Press.
- Stern, Rebecca, 2008, *Ny utlänningslag under lupp*. Svenska Röda Korset
- Svenska Institutet, 2004, *Dear Child – on men, children and gender equality in Sweden*.
- Svensson, Eva-Maria, 2005, “Ökad målstyrning och ny kunskap inom jämställdhetsområdet”, i Rothstein Bo; Westerhäll, Lotta Vahlne (red.), *Bortom den starka statens politik*, s. 221-250. Stockholm: SNS Förlag.
- Wikrén, Gerhard; Sandesjö, Håkan, 2006. *Utlänningslagen med kommentarer*. Åttonde upplagan. Stockholm: Nordstedts Juridik.

## **Pressklipp**

- Eliasson, Dan, 2008a. ”Migrationsverket tillämpar den lag som riksdagen stiftar”, *Aftonbladet* 2008-02-05.
- Forsberg, Björn, 2007. ”Dan Eliasson: ’Rätt ska vara rätt’”, *Advokaten*, Årgång 73 Nr 7.
- Ringborg, Maria, 2007. ”Migrationsverket: ’Lagen måste ändras’”, *Dagens Nyheter* 2007-11-02.

## **Offentligt tryck (svenskt och europeiskt)**

- Bet. 1999/2000: SfU9 Socialförsäkringsutskottets betänkande, *Uppehållstillstånd på grund av anknytning*. Stockholm.
- Prop. 1999/2000:43, 20 januari 2000. *Uppehållstillstånd på grund av anknytning*. Stockholm.
- Prop. 2004/05:170, 26 maj 2005. *Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden*. Stockholm
- Prop. 1996/97:25, 20 september 1996. *Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv*. Stockholm.
- Rskr. 2007/08:111, 13 mars 2008. *Barnpolitiken – en politik för barnets rättigheter*. Stockholm.
- SOU 1997:152. *Uppehållstillstånd på grund av anknytning*. Stockholm.
- SOU 1997:116, 20 augusti 1997. *Barnets Bästa i främsta rummet. FN:s konvention om barns rättigheter i Sverige*. Stockholm.

## **Domar och vägledande beslut**

- UM 317-06, 2006-11-02, Migrationsöverdomstolen, Kammarrätten i Stockholm.
- UM 249-06, 2007-03-21, Migrationsöverdomstolen, Kammarrätten i Stockholm.
- UM 2457-07, 2008-06-12, Migrationsöverdomstolen, Kammarrätten i Stockholm.
- UM-1133-06, 2007-07-04, Migrationsdomstolen, Länsrätten i Skåne län.
- UM-751-07, 2008-02-22, Migrationsdomstolen, Länsrätten i Skåne län.
- UM-2585-07, 2008-04-02, Migrationsdomstolen, Länsrätten i Skåne län.
- UM-564-08, 2008-06-24, Migrationsdomstolen, Länsrätten i Skåne län.
- Vägledande beslut 2007-03-26, Ärende om hinder mot verkställighet av avvisningsbeslut. Migrationsverket.
- Vägledande beslut 2007-03-27, Ärende om hinder mot verkställighet av avvisningsbeslut. Migrationsverket.
- Vägledande beslut 2007-12-04, Ärende om hinder mot verkställighet av avvisningsbeslut. Migrationsverket.

## **Lagtext och konventioner**

- Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.
- Europeiska Rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 *om rätt till familjeåterförening*. Europeiska unionens officiella tidning nr L 251, 03/10/2003 s.12-18.
- FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna antagen av FN:s generalförsamling 10 december 1948



FN:s konvention om barnets rättigheter antagen av FN:s generalförsamling den 20 november 1989

Föräldrabalk (1949:381)

Regeringsformen (SFS 1974:152)

Utlänningslag (1989:529)

Utlänningslag (2005:716)

### **Internet**

Domstolsverket 2008, ”Europadomstolen för mänskliga rättigheter”,  
[http://www.domstol.se/templates/DV\\_InfoPage\\_\\_\\_891.aspx](http://www.domstol.se/templates/DV_InfoPage___891.aspx). 3 juli 2008.

Lifos, [www.migrationsverket.se/lifos](http://www.migrationsverket.se/lifos) (databas för domar och beslut)

Migrationsverket 2007, ”Viss möjlighet för föräldrar att söka uppehållstillstånd i Sverige”, <http://www.migrationsverket.se/index.jsp?news/getArticle.do?ldid=10&id=26661&view=1>. 20 maj 2008.

### **Regeringen**

2008a, ”Migrations- och asylpolitik”, <http://www.regeringen.se/sb/d/9685>. 29 maj 2008.

2008b, ”Mål och prioriteringar för barnpolitiken” <http://regeringen.se/sb/d/1919/a/100759>. 17 juni 2008.

2008c, ”Så styrs statliga myndigheter”, <http://regeringen.se/sb/d/2462/a/13475>. 13 juli 2008.

Regeringskansliet 2008, ”FN:s barnkonvention”, [http://www.manskligarattigheter.gov.se/extra/pod/?id=9&module\\_instance=3&action=pod\\_show](http://www.manskligarattigheter.gov.se/extra/pod/?id=9&module_instance=3&action=pod_show). 18 juni 2008.

UNHCHR (United Nations High Commissioner for Human Rights) 2008, “The Universal Declaration of Human Rights”, <http://www.unhchr.ch/udhr/miscinfo/carta.htm>. 14 maj 2008.