



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Caroline Nilsson

Dublinförordningen och Ordre Public

- *en diskussion om undantag från
internationella förpliktelser*

Examensarbete
30 högskolepoäng

Bengt Lundell

Internationell rätt, Förvaltningsrätt, EG – rätt, Internationell
privaträtt

HT 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Presentation av ämnet	7
1.2 Syfte	8
1.3 Frågeställning	8
1.4 Disposition	8
1.5 Metod	9
1.6 Avgränsning	9
2 INTERNATIONELLA FÖRPLIKTELSE	10
2.1 Allmänt	10
2.2 Fullgörande av internationella förpliktelser	11
2.2.1 Reservationer	11
2.2.2 Förbudet att åberopa nationell rätt för att undgå fullgörelse	12
2.3 Ogiltighetsgrunder	12
2.4 Förbud mot överträdelse av jus cogens	12
2.5 Staters rättighet att vägra fullgörelse	13
2.5.1 Händelser som omöjliggör fullgörelse	13
2.5.2 Förändring av omständigheterna	13
2.6 Traktatsbrott	13
2.7 Slutsatser	14
3 ERKÄNNANDE AV FRÄMMANDE RÄTT	15
3.1 Allmänt	15
3.2 Konsekvenser för den svenska rättsordningen	16

3.3	Ordre public	16
3.3.1	Allmänt	16
3.3.2	Förekomst av ordre public i svensk rätt	17
3.4	Innehållet i ordre public	18
3.4.1	Offentlig rätt	18
3.4.2	Privaträttsliga värderingar	19
3.4.3	Internationella värderingar	19
3.4.4	Tillämpningen av svensk ordre public	20
3.5	Ordre public i offentlig rätt	20
3.6	Slutsatser	21
4	EG- RÄTTENS PÅVERKAN PÅ SVENSK RÄTT	22
4.1	Allmänt	22
4.2	Sveriges EU- medlemskap	23
4.3	EG- rättens företrädare	23
4.4	EG- rättens företrädare och skyddet för grundläggande fri- och rättigheter	24
4.5	Undantag från gemenskapsrätten	24
4.5.1	Allmänt	24
4.5.2	Undantag från den fria rörligheten för varor och tjänster	25
4.6	Allmän ordning	26
4.6.1	EG- domstolens riktlinjer för återopande av allmän ordning	26
4.7	EG- rätten och ordre public	27
4.8	Slutsatser	28
5	DUBLINFÖRORDNINGEN	29
5.1	Allmänt	29
5.1.1	Förordningens syfte	29
5.2	Dublinförordningens förhållande till internationell rätt	30
5.3	Dublinförordningens förhållande till svensk rätt	31
5.4	Kriterierna för bestämmande av ansvaret för asylsökningar	31
5.4.1	Familjekriterierna	31
5.4.2	Övriga kriterier	32
5.5	Undantag från Dublinförordningen	32
5.5.1	Humanitetsklausulen	32
5.5.2	Suveränitetsklausulen	33

5.6	Riktlinjer enligt svensk praxis för tillämpning av suveränitetsklausulen	33
5.6.1	Humanitära skäl	34
5.6.2	Betydelsen av det första ansökningslandets vårdmöjligheter	34
5.6.3	Betydelsen av det första asyllandets avslag på sökandens ansökan	35
5.6.4	Säkert land i Dublinförordningens mening	36
5.7	Slutsatser	36
6	ANALYS OCH SLUTSATSER	37
6.1	Generell analys	37
6.2	En lösning på den i Dublinförordningen aktualiserade problematiken?	38
6.3	De lege ferenda	41
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	42
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	44

Summary

This essay aims at examine the possibilities regarding derogations from commitments in a treaty. Apart from the survey of these rules the purpose is also to examine if it is possible to apply *ordre public* to the Council regulation establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the member states by a third- country national, also known as the Dublin regulation. According to Swedish practice, the exceptions in the regulation cannot be invoked to suspend a transfer back to the member state responsible of the application of asylum, when this member state is suspected not to fulfill the conditions of reception of applicants for asylum or a suspected breach of the prohibition against *non- refoulement* in the Geneva convention. Earlier this year, Greece was criticized for not following the provisions in the Dublin regulation.

Treaties concluded between states are ruled by the international public law. The law of treaties is codified in the *Vienna Convention on the law of treaties from 1969*. A state is sovereign and decides which kind of commitments it wants to make. A state who agrees in entering a treaty undertakes to follow the obligations in the agreement and the possibilities to derogate from the provisions are few. If it is permitted, a state can make reservations to obligations in the treaty. This must be done before the conclusion of the agreement. If a state does not fulfill their obligations for one reason or another, the other parties can choose to suspend or bring the treaty to an end. The European Union has developed its own rules in case of a breach of the obligations under the treaty.

When an agreement is concluded between persons with different nationalities they are ruled by the principles of international private law. According to this branch in law, foreign law can sometimes be applicable and should thus be applied by the national authorities and courts at the agreement. Exceptions from this rule could and should be invoked by Swedish authorities if applying the foreign law would be incompatible with the legal system in an obvious way. This is the definition of Swedish public policy. Public policy gives a state the right to refuse application of foreign law even when it should be applied according to the agreement, the law or a convention. The notion can also be invoked in agreements concluded by Swedish public authorities and foreign public organs.

The Swedish EU membership implies that parts of the Swedish sovereignty have been transferred to the bodies in the European Community. The EC- law's supremacy of the national law has been developed by the European court of Justice. Despite the strong presumption of the EC- law's supremacy, it is in some cases possible for a member state to make an exception in the field of the free movement of goods, people, capital and services. A derogation from the principle of the free market must be

proportionate, meaning that the national measure cannot intervene more in the free market than is necessary for at the same time protect the national provision. The European Court of Justice has established that the member state decides which national provisions are important to protect, but the court shall verify if the limitations in the free market is proportionate or if it is excessive. The member state must be able to motivate and give the court the details of its decision. The question if Swedish public policy can be invoked against the EC- law is uncertain.

The essay discusses if it is possible to apply the reasoning about public policy at the Dublin regulation and if so, how such reasoning would be received by EC- law. Some reflections de lege ferenda are also presented.

Sammanfattning

Uppsatsens syfte är att undersöka vilka möjligheter det finns att göra undantag från traktatsförpliktelser. Fokus kommer att ligga på begreppet *ordre public* med målsättningen att utreda om detta rättsinstitut skulle kunna appliceras på den EG- rättsliga förordningen om kriterier och mekanismer för fastställandet av ansvaret för en asylsökande som ges in i någon av EU:s medlemsstater, även kallad Dublinförordningen. Uppsatsen är inspirerad av den kritik som riktades mot Dublinförordningens bestämmelser om överföring när det i år uppstod tveksamheter om Greklands fullgörande av förpliktelserna enligt EG- rätten i sin mottagning och hantering av asylsökande. Svenska myndigheter har inte ansett att Dublinförordningens regler tillåter undantag då det finns tveksamheter i en annan medlemsstats tillämpning av förbudet mot *non- refoulement* samt dess behandling och mottagning av asylsökande, varför ledning får sökas i mer generella regler om undantag.

Folkrätten är det regelverk som reglerar ingåendet av traktater mellan stater. Traktaträtten är kodifierad i *Wienkonventionen om traktaträtten från 1969*. En stat som ingår en traktat förbinder sig att följa de förpliktelser som traktaten innehåller. Möjligheten att undgå att fullgöra sina förpliktelser är snäva. En stat är suverän och bestämmer själv vilka konventionsåtaganden den vill göra. I samband med förhandlingarna av en traktat kan en stat göra reservationer mot de bestämmelser som den inte vill bli bunden av om det är tillåtet att göra reservationer. Efter ett ingående av en traktat är utrymmet för att undslippa fullgörelse av förpliktelserna mycket litet. Då en stat inte följer sina förpliktelser av en eller annan orsak kan de andra traktatsanslutna staterna välja att suspendera avtalet eller att avsluta avtalet.

Avtal över nationsgränserna ingås också mellan privatpersoner och myndigheter. Vid konflikter i dessa avtal kan frågan om vilket lands lag som skall appliceras på tvisten uppkomma. Kriterier för vilken lag som skall väljas kan finnas inskriven i avtalet. Om inte får man söka ledning i lagar och konventioner som ingåtts för att reglera sådana frågor. Konsekvensen kan bli att en främmande stats rätt kan komma att tillämpas av svenska myndigheter. I detta sammanhang är *ordre public* ett relevant begrepp. Detta rättsinstitut ger en stat rätt att vägra tillämpning även då utländskt rätt enligt bestämmelserna skulle användas. I Sverige kan *ordre public* åberopas om tillämpningen av främmande rätt skulle vara ”uppenbart oförenlig med den svenska rättsordningen”.

Sveriges EG- medlemskap innebär att Sverige lämnat över delar av sin suveränitet till gemenskapsrätten. EG- rättens företräde framför nationell rätt har utvecklats i praxis. Trots den starka presumtionen för gemenskapsrättens företräde är det möjligt att göra undantag för en medlemsstat. Denna möjlighet är utvecklad på den fria rörlighetens område. Ett avsteg från gemenskapsrätten måste vara proportionerligt, vilket innebär

att åtgärden som tas för att skydda en nationell angelägenhet inte får vara mer ingripande än vad som är nödvändigt för att undanröja hotet. Domstolen menar att det är medlemsstaterna som får göra en bedömning av hur balansen mellan de grundläggande rättigheterna och principen om fri rörlighet skall upprätthållas, men det är domstolen som skall kontrollera om begränsningen är proportionerlig eller om den går utöver vad som är motiverat. Medlemsstaten måste kunna motivera och lägga fram detaljerade uppgifter för sitt beslut. Frågan om svensk *ordre public* kan åberopas gentemot EG- rättsliga beslut och bestämmelser är oviss.

Uppsatsen diskuterar om det är möjligt att applicera resonemanget om *ordre public* på Dublinförordningen och om en sådan argumentation i så fall skulle överensstämma med EG- rätten och bemötas av denna. Synpunkter runt de lege ferenda kommer också att presenteras.

Förord

Först och främst vill jag rikta ett stort tack till min familj som alltid trodde på att uppsatsen skulle bli klar även när inte jag trodde det. Tack Camilla för ditt sällskap på Malmö högskola, Lina för långluncherna på fredagarna och Emy för ditt charmiga skratt som alltid fick mig på bra humör.

Jag vill tacka min handledare Bengt Lundell för god handledning samt Mats Mannhammar, Magnus Bengtsson samt Oskar Ekblad på Migrationsverket i Malmö för att de tog sig tid att svara på mina frågor om Dublinförordningen.

Sist men inte minst vill jag tacka mig själv för att jag gjorde det!

Per aspera ad astra

Malmö, januari 2009.

Förkortningar

EG	Europeiska gemenskapen
EGF	EG- fördraget
EGT	Europeiska gemenskapernas (officiella) tidning
EKMR	Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna
EU	Europeiska unionen
EUF	Unionsfördraget
HD	Högsta domstolen
IKL	Lag 1964:528 om tillämplig lag beträffande internationella köp av lösa saker
IMF	Lag 1990:272 om internationella frågor rörande makars och sambors förmögenhetsförhållanden
IÄL	Lag 1904:26 om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap och förmynderskap
LIA	Lag 1971:796 om internationella rättsförhållanden rörande Adoption
MIG	Migrationsöverdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
Reg.	Regeringsbeslut
RF	Regeringsformen
SOU	Statens offentliga utredningar
UN	Utlänningsnämnden
WK	Wienkonventionen om traktaträtten

1 Inledning

1.1 Presentation av ämnet

Uppsatsen är inspirerad av de frågor som väckts runt bestämmelserna i Dublinförordningen. Första gången jag kom i kontakt med förordningen var under ett vikariat sommaren 2007 på Migrationsverkets Ansökningsenhet i Malmö. Förordningens fullständiga namn är *Rådets förordning (EG) nr 343/03 av den 18 februari 2003 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som har ansvaret för att pröva en asylansökan som en medborgare i ett tredje land har gett in i någon medlemsstat*. Förordningen gäller mellan EU:s medlemsstater, deltar gör även Norge, Island och Schweiz.¹

Regelverket innebär att en asylsökande, som redan tidigare har ansökt om asyl i en stat som är ansluten till förordningen, inte kan lämna in en ansökan i en annan stat. Kritik riktades under 2008 mot Grekland då det fanns misstankar om att landet inte skötte sina förpliktelser vad gällde mottagning och behandling av asylsökande.² Vissa länder, som Norge och Finland valde att göra ett generellt stopp i överföringarna medan Sverige endast gjorde ett tillfälligt stopp för överföringarna av ensamkommande flyktingbarn till Grekland.³

EU-kommissionen väckte talan mot Grekland i mars 2008 där kommissionen yrkar att EG-domstolen skall fastställa att Grekland inte har uppfyllt sina skyldigheter för att garantera att en prövning av de asylsökandes ansökningar i de fall då asylsökande har överförts tillbaka till Grekland från en annan medlemsstat (frågan har ännu inte varit föremål för utredning av EG-domstolen).⁴

Min utgångspunkt när jag började skriva uppsatsen var att utreda undantagsreglerna i Dublinförordningen, särskilt den så kallade suveränitetsklausulen i artikel 3.2, och om dessa kunde användas i situationer som den uppkomna där det fanns misstankar om att en medlemsstat brustit i sitt mottagningssystem samt om det fanns tveksamheter om huruvida principen om *non-refoulement* inte följdes. UNHCR uppmanade i sin rapport medlemsstaterna att använda suveränitetsklausulen för att stoppa överföringarna till Grekland.

¹ EGT, L 053, 27/02/2008, s. 0018-0018.

² Rapporter om brister i mottagningsvillkoren kom bland annat från FN:s flyktingorgan UNHCR. Se: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/txis/vtx/refworld/rwmain?docid=4805bde42>

³ Migrationsverkets Generaldirektörs riktlinjer avseende tillämpningen av Dublinförordningen i förhållande till Grekland, ärendenummer: 18630, se: <http://www.migrationsverket.se/lifos/dok.do?dtyp=&amnesord=grekland&sidStorlek=10&orderingsOrdning=-UDAT,-DOKN&mode=&currDokument=3>

⁴ Mål C-130/08.

Frågeställningen har aktualiserats i Migrationsöverdomstolen i UM 34-07 samt UM 2397-08. I det första fallet prövades aldrig frågan då instansen bedömde att det fanns brister i kommunikeringen mellan parterna. I det senaste fallet bedömde Migrationsöverdomstolen att undantagsbestämmelserna inte går att använda vid dessa fall.

1.2 Syfte

Uppsatsen fokuserar på det i den internationella privaträtten utarbetade rättsinstitutet *ordre public* men även på EG- rätten som i högsta grad är relevant i sammanhanget då Dublinförordningen är en gemenskapsrättslig rättsakt och Sverige är bunden av EG- rätten i och med sin anslutning till unionen. Syftet med uppsatsen är att undersöka om *ordre public* går att tillämpa på Dublinförordningen då det framförts kritik om att en medlemsstat misskött sina förpliktelser. Jag kommer även att redogöra för vilka folkrättsliga regler som gäller för att göra undantag från ingångna internationella förpliktelser.

Dublinförordningens regler om undantag, främst bestämmelsen i artikel 3.2, tillämpas olika i de olika medlemsstaterna. Syftet är också att gå igenom svensk praxis på området och att utreda vilka riktlinjer för artikeln som gäller i svensk rätt och vid vilka tillfällen artikeln kan användas.

1.3 Frågeställning

Min frågeställning i uppsatsen och som jag kommer att besvara i analysen kommer att vara följande:

- *Vilka regler är tillämpliga när en stat vill göra undantag från internationella förpliktelser?*
- *Är det möjligt att återropa ordre public vid tillämpningen av Dublinförordningen då det framförts kritik om att ett medlemsland misskött sina förpliktelser?*

1.4 Disposition

I min framställning kommer jag att börja med att utreda de folkrättsliga reglerna som gäller för undantag från konventionsförpliktelser och vilka kriterier som krävs för att bestämmelserna i en traktat inte skall vara tillämpliga.

Efter det behandlar jag *ordre public*- institutet i kapitel 3 och dess funktion och innehåll. I fjärde kapitlet beskriver jag EG- rättens speciella rättsordning och vad denna får för påverkan på svensk rätt och det utrymme som svensk rätt har att röra sig på då den vill göra undantag från EG- rätten. Målet med

detta avsnitt är att beröra de grundläggande elementen i EG- rätten som gör att medlemsstater är bundna av denna rättsordning, för att sedan mer ingående belysa vilka principer som gäller för att göra undantag från gemenskapsrätten.

I kapitel fem kommer jag sedan att gå igenom hur Dublinförordningens regler om undantag har tolkats i svensk praxis. I ett avslutande avsnitt kommer jag besvara min frågeställning samt presentera min analys och slutsatser.

1.5 Metod

Jag har använt mig av en rättsdogmatisk metod, vilket innebär att doktrin och rättspraxis har en framträdande roll för att belysa rättsläget. Jag har arbetat mycket med EG- rättsligt material, inte bara praxis, men också rättsakter och i den mån det finns, förarbeten. Vad gäller urvalet av rättsfall från EG- domstolen för att illustrera avvägningen mellan gemenskapsrätten och grundläggande nationella regler och *ordre public* är jag medveten om risken att min framställning eventuellt inte är heltäckande, då EG- domstolens praxis är mycket omfattande och svåröverskådlig. Delar av doktrinen som behandlar *ordre public* är ålderstigen, men jag har gjort bedömningen att de fortfarande är aktuella i de avsnitt där jag har använt dem. Svensk praxis som behandlar Dublinkonventionen har inte förlorat sin betydelse då bestämmelserna i konventionen övergick i förordningen.

1.6 Avgränsning

Uppsatsen syftar inte till att ge ett klart definierat svar på vad som skulle anses strida mot grunderna i den svenska rättsordningen (*ordre public*). Utredningen kring Dublinförordningen kretsar runt den svenska tillämpningen av reglerna om undantag, jag är dock medveten om att undantagsbestämmelserna har tolkats på andra sätt av andra medlemsstater. Det är inte heller en heltäckande utredning av Dublinförordningen eller dess regler eller eventuell kritik som har riktats mot innehållet eller tillämpningen av andra regler i förordningen.

2 Internationella förpliktelser

2.1 Allmänt

Överenskommelserna mellan stater går under olika namn. Några exempel är konventioner, traktat, protokoll och fördrag. Reglerna för ingåendet av en överenskommelse finns kodifierade i *Wienkonventionen om traktaträtten* från 1969 och gäller för överenskommelser mellan stater.⁵

De internationella överenskommelser som stater ingår sinsemellan är reglerade av folkrätten.⁶ Folkrätten är den rättsordning som reglerar dessa relationer mellan stater och internationella organisationer.⁷ Till skillnad från det interna läget i en stat där rättbildning huvudsakligen sker genom lagar och genom beslut av det nationella parlamentet, skapas ny rätt i det folkrättsliga systemet genom att stater ingår överenskommelser med varandra.⁸

En stat ingår avtal med andra stater och blir på så sätt bunden att fullgöra sina förpliktelser enligt överenskommelsen. Staterna bestämmer själva om de vill ansluta sig till traktaten och förhandlar med de andra staterna om innehållet. På så sätt utvecklar staterna folkrätten.⁹

Konventioner innehåller generella folkrättsliga regler. Det är vanligt att konventioner kodifierar redan gällande sedvanerätt. Konventioner kan även ha den funktionen att de skapar nya folkrättsliga principer. Om många stater ansluter sig till en traktat kan den stora anslutningen av stater påverka även de stater som inte samtyckt till att bli bundna av traktaten. Den stora uppslutningen kommer då att innebära att de nya reglerna anses som folkrätt, vilket innebär att även de stater som inte är anslutna kommer att påverkas av innehållet i sina relationer med andra stater.¹⁰

Sverige har genom sin anslutning till EG förbundit sig till att följa EG-fördraget gentemot de andra medlemsstaterna. Anslutningen till den europeiska gemenskapen har inneburit att svensk rätt också påverkas av den EG-rättsliga rättsordningen och dess principer på ett mer genomgripande plan, vilket kommer att behandlas i ett avsnitt längre fram i uppsatsen. Inom den europeiska gemenskapen (EG) har också samarbetet mellan staterna på myndighetsnivå fördjupats.¹¹ Detta märks bland annat på asylrättens område. Ett exempel är Dublinförordningen vars kriterier för vilken

⁵ SOU 1974:100, s. 33.

⁶ Bring, Eek, Hjerner, 1987, s. 227.

⁷ SOU 1974:100, s. 33

⁸ Bring, Eek, Hjerner, 1987, s. 227.

⁹ Bring, Eek och Hjerner, 1987, s. 12.

¹⁰ Svanberg, 2003, s. 25.

¹¹ SOU 1974:100, s. 36.

medlemsstat som är ansvarig för asylansökan kräver fördjupade administrativa kontakter för att fastställa ansvaret för asylansökan.¹²

2.2 Fullgörande av internationella förpliktelser

Ett åtagande enligt en konvention eller annan sorts överenskommelse innebär, enligt vad som är grunden för alla avtal, *pacta sunt servanda*, alltså att avtal skall hållas. En stat som godkänner en konvention förbinder sig att uppfylla de förpliktelser som överenskommelsen innehåller.

Bestämmelserna i traktaten kommer också gå före den nationella rätten på området som de reglerar. Konventionsförpliktelser skall tolkas enligt principen om *bona fides*, i god tro. Principerna finns återgivna i artikel 26 i WK.¹³

2.2.1 Reservationer

En stat kan före sitt ingående av en traktat förhandla och diskutera med de andra staterna om hur konventionstexten skall formuleras. I den mån det är möjligt kan staten under denna period, på vissa villkor, göra reservationer mot delar av traktatens bestämmelser om den anser att den inte kan godkänna delar av texten. Utrymmet för att göra reservationer är begränsat enligt Wienkonventionens artikel 19.¹⁴

Artikel 19 tillåter att reservationer görs så länge reservationen ifråga inte är förbjuden enligt traktaten, eller att reservationer är tillåtna, men inte den typen av reservationer ifråga. I de fall då en aktuell reservation inte omfattas av något av de ovanstående fallen är den ändå förbjuden om den strider mot traktatens ändamål och syfte.¹⁵

De reservationer som klart och tydligt är tillåtna enligt en traktat behöver inte godkännas av de andra anslutande staterna så länge inte ett godkännande av de andra staterna faktiskt krävs enligt konventionstexten.¹⁶

Reservationer är ett sätt att gardera sig mot bestämmelser som staten redan på förhand vet att den inte instämmer. Efter ett godkännande och anslutning till traktaten är ramarna för att göra undantag begränsade och detta kommer att behandlas i följande avsnitt.

¹² Se kapitel VI i *Rådets förordning (EG) nr 343/2003*.

¹³ Svanberg, 2003, s. 25.

¹⁴ Bring, Eek, Hjerner, 1987, s. 246.

¹⁵ *Wienkonventionen om traktaträtten*, artikel 19.

¹⁶ *Wienkonventionen om traktaträtten*, artikel 20.1

2.2.2 Förbudet att åberopa nationell rätt för att undgå fullgörelse

Enligt artikel 27 Wienkonventionen är inte statens nationella rätt ett giltigt skäl för att undgå fullgörande av traktaten. Denna regel har ett undantag i artikel 46. Nationell rätt kan med ett undantag motivera ogiltighet av en stats anslutning till en traktat. Möjligheten är begränsad till den omständigheten att en stat har ingått en traktat i strid med de nationella reglerna om behörighet för att ingå en traktat. Dessutom måste den här överträdelsen av dessa regler ha varit uppenbar samt att det rörde sig om en regel som var av ”grundläggande betydelse” i den nationella rätten.¹⁷

2.3 Ogiltighetsgrunder

Ogiltighetsgrunder som en stat kan åberopa för att inte bli bunden av en traktat behandlas i artiklarna 46 till 53 i Wienkonventionen. Grunderna för ogiltighet är att de nationella reglerna för ingående av traktater har åsidosatts av den tillträdande staten, fel, bedrägeri, korruption av en stats representant, tvång mot en representant, tvång mot en stat genom hot eller bruk av våld eller att en traktat ingås som strider mot en tvingande allmän folkrättslig princip, så kallad *jus cogens*.¹⁸

2.4 Förbud mot överträdelse av jus cogens

Förbudet mot traktater som strider mot redan existerande allmänna folkrättsliga principer finns i artikel 53 i Wienkonventionen. Enligt definitionen i artikeln är *jus cogens* en norm som är erkänd av statsamfundet och från vilken man inte kan göra avvikelser ifrån förutom med en annan folkrättslig norm av samma dignitet.

Man kan här prata om en internationell *ordre public* som innebär normer som är så fundamentala att de inte kan avtalas bort. Det är inte helt klarlagt vilka regler som ryms i begreppet *jus cogens*. Förarbetena till Wienkonventionen ger inte heller ett klart svar. Det är istället tänkt att praxis skall ge ledning om vad som ryms i detta begrepp.¹⁹ Det har dock framförts att handlingar som slavhandel, folkmord, sjöröveri och förbud mot våldshandlingar ska anses som *jus cogens*. Det fanns också diskussioner om att föra in mänskliga rättigheter, staters självständighet och deras jämbördighet under begreppet *jus cogens*. Om en ingången traktat strider mot *jus cogens* förlorar hela traktaten sin giltighet.²⁰

¹⁷ Wienkonventionen om traktaträtten, artikel 46.

¹⁸ Svanberg, 2003, s. 30-35.

¹⁹ Eek, Bring och Hjerner, 1987, s. 13.

²⁰ Prop. 1974:158, s. 56-58.

2.5 Staters rättighet att vägra fullgörelse

2.5.1 Händelser som omöjliggör fullgörelse

Enligt artikel 61 kan staten åberopa sin oförmåga att uppfylla överenskommelsen, till exempel att den vare sig har rättslig eller faktisk förmåga att fullgöra avtalet.

En sådan oförmåga måste bero på en fysisk omständighet, till exempel om det rör sig om en traktat om fördelning av vattenresurser och att ett vattendrag torkar ut utan att staten har kunnat förhindra detta.²¹

2.5.2 Förändring av omständigheterna

En förändring av omständigheterna som förelåg när parterna ingick traktaten kan utgöra ett skäl för staten att slippa fullgöra sina förpliktelser enligt traktaten. Det räcker dock inte att förändringen är väsenligt och att den inte kunde förutses av parterna. Den måste även vara en nödvändig förutsättning för att parterna gick med på att bli bundna av traktaten samt att förändringen är så stor att den också förändrar omfattningen av förpliktelserna enligt traktaten. Enligt artikel 62 punkt 2 kan inte en part åberopa konsekvenserna av sitt eget brott för att slippa förpliktelserna.

2.6 Traktatsbrott

Enligt artikel 60 punkt 3 är ett åsidosättande av traktatsbestämmelserna ett traktatsbrott då en av parterna inte fullgör traktaten som den ska göra, eller om det är ett brott mot en bestämmelse som är nödvändig för fullgörandet av traktatens syfte.

För staten som drabbas av den andra statens brottsliga handlingar finns det olika möjligheter att avbryta traktaten. Ett åsidosättande av traktatsbestämmelser får olika konsekvenser beroende på om det rör sig om ett bilateralt eller en multilateralt traktat.²² När det gäller en traktat som ingås mellan två parter kan den part som inte begått brottet välja att avsluta eller suspendera traktaten enligt artikel 60 punkt 1. Parterna till en multilateralt traktat kan välja att suspendera delar eller hela traktaten mellan sig och parten som begått brottet eller mellan alla parter.²³

Wienkonventionens regler gäller inte om traktaten innehåller egna bestämmelser för hur brott mot förpliktelser skall beivras. Enligt EG- rätten kan till exempel en medlemsstat bli stämd av EU- kommissionen eller en annan medlemsstat i EG- domstolen.²⁴

²¹ Prop. 1974, s. 62.

²² Svanberg, 2003, s. 39.

²³ *Wienkonventionen om traktaträtten* Artikel 60 punkt 2.

²⁴ Se artikel 226-227 EGF.

Reglerna i en traktat som skyddar den humanitära rätten får inte suspenderas eller avslutas enligt artikel 60 punkt 5. En stat måste till exempel fortsätta att respektera en persons rättigheter enligt Genèvekonventionerna.²⁵

2.7 Slutsatser

Av framställningen ovan kan man konstatera att det egentligen inte finns något utrymme för att göra avsteg från ingångna internationella åtaganden om det inte rör sig om särskilt extrema fall, såsom att staten inte längre har förutsättningar för att uppfylla sina förpliktelser. Grunden för de snäva reglerna har med traktaternas rättsskapande funktion att göra. Situationen skulle vara ohållbar om internationella åtaganden kunde brytas hur enkelt som helst.

Av samma anledning är det inte heller möjligt att åberopa nationella regler som skäl för att inte fullfölja avtalet, förutom på den grunden att de inhemska reglerna om ingåendet av avtalet har åsidosatts. Efter ingåendet av en traktat finns det i princip inget utrymme för att vägra fullgörelse om det inte gäller sådana extrema fall där förutsättningarna helt har förändrats och det inte längre finns möjlighet för staten att fullfölja det som åligger den. En av reglerna är också att ingen redan befintlig och accepterad folkrättsnorm, så kallad jus cogens, får överträdas. Vägen att gå från att först konstatera att en stat inte fullgör sina förpliktelser till att åberopa traktatsbrott och att suspendera traktaten är lång. Det är troligt att många stater undviker att hamna i en sådan direkt konflikt med andra stater, varför medlet får anses som tamt.

Dessa regler är generella och gäller inte om traktaten innehåller regler för hur brott mot reglerna skall bemötas och beivras vilket till exempel är fallet inom den europeiska gemenskapen.

²⁵ Svanberg, 2003, s. 41.

3 Erkännande av främmande rätt

3.1 Allmänt

Som konstaterats ovan ger inte de folkrättsliga reglerna för traktater något utrymme för undantag för nationell rätt vid ett redan ingånget avtal. Internationella överenskommelser kan också ingås för att främja handel och samfärdsel mellan staterna utan att deras respektive lagar behöver harmoniseras. I dessa fall innehåller bestämmelserna föreskrifter för hur vilket lands lag som skall gälla vid avtal över nationsgränserna.

Andra stater har ingen rättighet att få sina regler eller beslut erkända av svenska myndigheter. Staten är suverän vilket innebär att den förfogar över makten över den offentliga rätten som att stifta lagar och se till att de blir verkställda. Suveräniteten innebär också att staten inte är underordnad andra stater. Förutom då det framgår av folkrättsliga förpliktelser, får inte en stat utöva makt på en annan stats territorium.²⁶

Gränsöverskridande avtal och överenskommelser kan ingås mellan privatpersoner. Dessa avtal regleras inte av folkrätten utan av den internationella privaträtten.²⁷ Däremot kan reglerna för avtalsförhållandet styras av konventioner som ingåtts med stöd av folkrättsliga regler. Om staternas lagar som reglerar det uppkomna avtalsförhållandet inte är likadana uppstår frågan vilket lands lag som skall gälla. Detta regleras i landets egna internationella privaträtt eller genom konventioner på området som ger ledning i vilket lands lag som skall tillämpas på avtalsförhållandet. I det första stadiet handlar det alltså inte om att lösa konflikten utan att hitta den tillämpliga lagen för att komma tillrätta med det uppkomna problemet. De internationellt privaträttsliga reglerna kan ibland innebära att utländsk rätt eller utländska domar och beslut kommer att erkännas i den egna staten.²⁸

Även förvaltningsmyndigheter kan ingå avtal med varandra. Här finns inte någon samlad rättslig reglering utan avtalen styrs av både folkrättsliga, offentligrättsliga och civilrättsliga bestämmelser.²⁹

Inom EG- rättens ramar är det vanligt med avtal mellan myndigheter.³⁰ Ett exempel finns i Dublinförordningens artikel 23 enligt vilken medlemsstaterna kan sluta bilaterala avtal om hur förordningens regler skall tillämpas i praktiken mellan länderna.

²⁶ Eek, Bring, Hjerner, 1987, s. 386.

²⁷ Bogdan, 2004, s. 21-22.

²⁸ Bogdan, 2004, s. 24-26.

²⁹ Persson, 2005, s. 17.

³⁰ Persson, 2005, s. 21.

Det är oklart vilka regler som reglerar avtal som ingås inom ramen för EG- och EU- rättsligt samarbete. Troligen regleras dessa avtal av både nationell och folkrättsliga regler, men att avtalen är möjliga på grund av de EG- och EU- rättsliga bestämmelserna. Vilhelm Persson menar i sin avhandling att de generella regler som gäller för avtal mellan myndigheter även kan användas på avtal ingångna inom det EG- och EU- rättsliga samarbetet.³¹

I och med att Sverige är anslutet till det EG- och EU- rättsliga samarbetet innebär det också att den EG- rättsliga rättsordningen påverkar den svenska rätten och att den svenska rätten får träda tillbaka för gemenskapsrätten.³² Detta kommer jag att behandla närmare i avsnitt 4.

3.2 Konsekvenser för den svenska rättsordningen

Gemensamt för dessa avtal är att svenska myndigheter kan ställas inför frågan huruvida främmande rätt skall tillämpas eller om ett beslut grundat på utländsk rätt skall erkännas i Sverige.

När det gäller avtal som faller under den internationella privaträtten är detta en vanlig och okontroversiell fråga som bygger på teorin att staterna själva bestämmer om de vill erkänna utländsk rätt och att det i så fall sker eftersom staten anser att det är den lämpligaste lösningen.³³ För samverkan mellan myndigheter är utrymmet för att tillämpa främmande rätt än mer begränsat eftersom myndigheter som huvudregel endast skall tillämpa den egna statens offentliga rätt.³⁴

Detta inleder till intressanta frågor när, om och till vilken gräns utländsk rätt och dess rättsverkningar skall accepteras i inhemska rättsordningen. I den fortsatta framställningen kommer jag att redogöra för *ordre public- institutet* som medför en begränsning av utländsk rätt i svensk förhållanden.

3.3 Ordre public

3.3.1 Allmänt

Ordre public är ett rättsinstitut som har sitt ursprung i den internationella privaträtten. *Ordre public* är franska och kan till svenska översättas till ungefär allmän eller offentlig ordning. Tillämpningen av *ordre public* fungerar som en säkerhetsventil för svenska domstolar när en regel i främmande rätt gör sig gällande enligt inhemsk lag eller en konvention och egentligen i sammanhanget skulle tillämpas, men där en sådan tillämpning

³¹ Persson, 2005, s. 23-24

³² Bernitz och Kjellgren, 2007, s. 1.

³³ Bogdan, 2004, s. 29.

³⁴ Persson, 2005, s. 232.

”skulle vara uppenbart oförenlig med grunderna för rättsordningen här i riket.”³⁵

Frågan om huruvida utländsk rätt skall erkännas av andra stater har diskuterats ända sedan människor från olika riken började ingå avtal mellan varandra över statsgränserna. Under 1200- och 1300- talen utvecklades principerna för den internationella privaträtten. Även om inte just benämningen *ordre public* fanns vid den tidpunkten, undersökte ändå domstolarna vid en tillämpning av främmande rätt, det konkreta innehållet i lagen. Om de vägrade att tillämpa den främmande rätten berodde det dock inte på att det, som idag, stred mot grundläggande rättsprinciper i rättsordningen, men att resultatet av tillämpningen inte skulle vara rättvis.³⁶

Under den holländska skolan som utvecklades under 1600- och 1700- talen utvecklades det som senare kom att kallas för *ordre public*. En av grundprinciperna i den holländska skolan var att tillämpa utländsk rätt så länge som den inte skadade den egna statens medborgare. Den utländska rätten tillämpades inte på grund av en skyldighet att göra det utan för att främja internationella kontakter och utbyte mellan länder. Denna teori kallades för *comitas gentium*, vilket betyder ungefär internationell hövlighet.³⁷

Teorin dominerade länge inom den internationella privaträtten och sågs nästan som en folkrättslig förpliktelse. Numera anser man dock att det inte är folkrättslig förpliktelse att erkänna utländsk rätt, förutom vad gäller internationella traktater. När en stat erkänner utländsk rätt gör de det istället för att det anses lämpligt i sammanhanget.³⁸

3.3.2 Förekomst av ordre public i svensk rätt

Ordre public- klausuler återfinns i de flesta svenska internationellt privaträttsliga lagarna. Ett exempel är IÄL 7:4 enligt vilken ”bestämmelse i främmande lag eller beslut som meddelats av myndighet i främmande stat får ej tillämpas, om det skulle vara uppenbart oförenligt med grunderna för rättsordningen här i riket”. Det är denna formulering som man hittar i svenska författningar istället för just begreppet *ordre public*.³⁹

Lagvalet kan också regleras i internationella konventioner. EG- rättsliga konventioner eller förordningar är vanliga i sammanhanget. Exempel på detta är Bryssel förordningarna I och II samt *Konventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser* (Romkonventionen).⁴⁰

³⁵ Bogdan, M, 2004, s. 73 – 74.

³⁶ Gihl, 1951, s. 479.

³⁷ Gilh, 1951, s. 479-480.

³⁸ Bogdan, 2004, s. 29.

³⁹ Se bland annat 20§ IMF, 6§ IKL och 6§LIA.

⁴⁰ Bogdan, 2004, s. 74.

En konvention kan förbjuda att *ordre public* åberopas. Så var fallet i Haagkonventionerna som Sverige var anslutna till.⁴¹ Att en *ordre public*-klausul inte finns angiven behöver dock inte innebära att den inte kan åberopas. Av svenska förarbeten framgår att ett förbehåll om *ordre public* inte behöver vara utskrivet i en konvention för att kunna åberopas.⁴² Däremot skall ett *ordre public*-förbehåll användas restriktivt och endast fungera som en säkerhetsventil när tillämplig utländsk lag skulle leda till, för svensk rättsordning, oacceptabla resultat.⁴³ På grund av institutets funktion som säkerhetsventil för den svenska rättsordningens grundläggande värderingar, skall *ordre public* tillämpas av rättstillämparen även då parterna inte har uppmärksammat förbehållet.⁴⁴

3.4 Innehållet i ordre public

Som namnet anger är *ordre public* något som vi kan uppfatta som allmän eller offentlig ordning. Det finns ingen enhetlig definition av begreppet i svensk rätt.⁴⁵ Detta har sin förklaring i att vad som anses som allmän ordning utvecklas i takt med samhällsutvecklingen och alltså skiftar beroende på vilken tid man befinner sig i.⁴⁶ Ordre public- klausulerna är istället utformade på ett generellt sätt vilket gör att det lämnas till domstolarna att tolka innebörden. De svenska *ordre public*- klausulerna är generellt utformade för att inte förlora sin tillämplighet⁴⁷

3.4.1 Offentlig rätt

Även om det är svårt att fastställa innebörden av *ordre public* finns det ändå områden varifrån man kan dra slutsatser om vilka sorters utländska regler, domar och beslut som inte skall tillämpas av svenska myndigheter. En sådan grupp är de utländska offentliga, straffrättsliga och skatterättsliga bestämmelserna. Dessa typer av bestämmelser skall inte accepteras av den anledningen att lagarna har till uppgift att endast verka inom den stat där de har stiftats. Att inte acceptera utländska beslut inom dessa rättsliga områden har alltså ingenting med att de skulle strida mot *ordre public* eftersom alla stater har relativt liknande regler inom dessa områden. De strider alltså inte i sig mot *ordre public*, men på grund av sin karaktär och statens suveränitet skall dem inte tillämpas av andra stater.⁴⁸

En främmande stats anspråk grundat på offentlig rätt behandlades i NJA 1961 s. 145. En bulgarisk medborgare hade deponerat ett belopp i Sverige. När pengarna skulle betalas ut till den bulgariske medborgaren krävde den bulgariska staten att Sverige skulle göra detta i enlighet med de bulgariska

⁴¹ Karlgren, 1970, s. 47.

⁴² Prop. 1968:132, s. 53.

⁴³ NJA 1986 s. 690.

⁴⁴ Bogdan, 2004, s. 74.

⁴⁵ Bogdan, 2004, s. 77.

⁴⁶ Gilh, 1951, s. 501.

⁴⁷ Bogdan, 2004, s. 77-78.

⁴⁸ Blom, J, 2003, s. 378

reglerna på området. HD menade i sitt domslut att den bulgariska statens krav var grundade på offentligrättsliga regler och att en sådan talan inte kunde tas upp till prövningen i en svensk domstol.⁴⁹

Som redan har konstaterats ovan kan inte främmande stater räkna med att få sina offentligrättsliga krav erkända och tillmötesgångna i en annan stat. Ibland är det dock inte uppenbart att det är en främmande stat som åberopar sina egna intressen utan det kan vara så att käranden är ett privat rättssubjekt som grundar sin talan på en offentligrättslig reglering.⁵⁰ Även i dessa fall skall svenska myndigheter avvisa talan.⁵¹

3.4.2 Privaträttsliga värderingar

En annan källa av regler som påverkar *ordre public* är regler för äktenskapsingående, arvsregler och erkännande av adoption. Alla dessa krav från utländsk rätt som inte stämmer överens med den nationella rätten kan dock inte avvisas. Samarbetet mellan staterna och den internationella privaträtten skulle då förlora sin mening. Istället är det meningen att *ordre public*- institutet i detta fall skall användas som en säkerhetsventil och i undantagsfall om konsekvenserna för den nationella rättsordningen skulle vara oacceptabla.⁵²

3.4.3 Internationella värderingar

Statens vilja att upprätthålla värderingar som har sitt ursprung i den internationella rätten och sedvanerätten, kan också ses som en källa till *ordre public*. Detta är speciellt framträdande på de mänskliga rättigheternas område.⁵³ I mål C-7/98 *Krombach mot Bamberski* hänvisade EG- domstolen till EKMR när det gällde innehållet i *ordre public*- klausulen i *Konventionen om domstols behörighet och verkställighet av domar på privaträttsens område*.⁵⁴ Domstolen menade i sitt avgörande att normerna som finns formulerade i EKMR får användas av konventionsstaterna för att definiera *ordre public*- förbehållet i konventionen.⁵⁵

I svensk rätt är det enligt Michael Bogdan inte troligt att utländsk rätt skulle tillämpas eller erkännas om den strider mot Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna eftersom denna konvention kan anses som en del av den svenska rättsordningen genom hänvisningen i RF 2:23. En kränkning av dessa regler skulle strida mot svensk *ordre public*.⁵⁶ HD har å andra sidan i

⁴⁹ NJA 1961 s. 145.

⁵⁰ Blom, J, 2003, s. 385-386.

⁵¹ Bogdan, M, 2004, s. 85-86

⁵² Blom, J, 2003, s 388.

⁵³ Blom, J, 2003, s. 395-397.

⁵⁴ Numera är reglerna kodifierade i *Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttsens område*.

⁵⁵ Mål C-7/98 *Krombach mot Bamberski*.

⁵⁶ Bogdan, M, 2004, s. 79.

NJA 1998 s. 817 diskuterat kränkningen av Europakonventionen och oförenligheten med svensk *ordre public* som två olika vägransgrunder.⁵⁷

3.4.4 Tillämpningen av svensk *ordre public*

En stat kan, som konstaterats ovan, inte räkna med att få sin egen rätt tillgodosedd på en annan stats territorium. Trots detta används *ordre public* försiktigt i Sverige på grund av det skulle vara känsligt i relationerna med andra stater att inte tillämpa en utländsk regel. Att en svensk myndighet inte tillämpar en utländsk regel eller inte erkänner ett beslut baserat på främmande rätt, innebär inte i sig att svenska myndigheter underkänner det utländska rättssystemet i sin helhet. Att säga att en tillämpning av en utländsk regel strider mot svensk *ordre public* innebär snarare att tillämpningen av regeln skulle få oacceptabla konsekvenser för den svenska rättsordningen. Vid andra tillfällen och i andra situationer kan det mycket väl tänka sig att den främmande rättsordningens regel istället skulle tillämpas av svensk rätt.⁵⁸

3.5 Ordre public i offentlig rätt

Ordre public är ett institut som är utformat inom den internationella privaträtten. Det är också så att utländska offentliga beslut av främmande stat inte anses vara tillämpliga i svensk rätt, inte på grund av att de strider mot svensk *ordre public* men att de redan till sin natur som offentlighetslagar och beslut inte skall erkännas av svenska myndigheter då svenska myndigheter inte har någon skyldighet att göra detta. Frågan om *ordre public* kan tillämpas mellan myndigheter i deras samarbetsavtal har diskuterats av Vilhelm Persson i hans doktorsavhandling *Rättsliga ramar vid gränsöverskridande samarbete – förvaltningsmyndigheters internationella avtalsförhållanden*.

I den internationella privaträtten och avtal mellan privatpersoner handlar det främst om att välja vilket lands lag som skall tillämpas på avtalsförhållandet. I samarbete mellan myndigheter över nationsgränserna handlar det istället främst om att myndigheter överlåter en del av sin beslutanderätt. Vilhelm Persson menar att vid en jämförelse kan, en överlåtelse av en del av beslutanderätten och en lagvalsregel, innebära samma resultat, nämligen att myndigheten kan bli tvungen att erkänna eller tillämpa främmande lag.⁵⁹

Vilhelm Persson menar vidare att det är bör vara en rimlig utväg för myndigheter att åberopa *ordre public* i sina kontakter med utländska myndigheter vid samarbetsavtal om konsekvenserna av att erkännande av beslut eller utländsk lag skulle strida mot den svenska rättsordningen. Möjligheten att åberopa *ordre public* skall anses finnas även då en ordre

⁵⁷ Se HD:s domskäl NJA 1998 s. 817.

⁵⁸ Bogdan, 2004, s. 75-77.

⁵⁹ Persson, 2005, s. 310.

public- klausul inte uttryckligen finns med i avtalet.⁶⁰ Åberopandet av *ordre public* av en myndighet ses som en legitim grund för att vägra samverka med andra myndigheter och *ordre public* borde också gå att åberopa om en främmande myndighet inte respekterar folkrätten.⁶¹

3.6 Slutsatser

Ordre public är ett rättsinstitut utvecklat inom den internationella privaträtten. Institutet kan åberopas då ett främmande lands lag eller beslut, som egentligen skulle vinna tillämpning i Sverige, skulle vara uppenbart oförenligt med den svenska rättsordningen. Även vid avtal mellan förvaltningsmyndigheter i olika länder är det en möjlig åberopande grund för att vägra tillämpning. Enligt svensk rätt är det möjligt att åberopa *ordre public* även då det inte finns ett uttalat sådant förbehåll i avtalet eller lagtexten. Innehållet i *ordre public* är svårt att definiera då det förändras i takt med tiden och samhällsutvecklingen.

⁶⁰ Persson, 2005, s. 244.

⁶¹ Persson, 2005, s. 48-49.

4 EG- rättens påverkan på svensk rätt

4.1 Allmänt

I sammanhanget är det relevant att diskutera EG- rätten och dess påverkan på den nationella rätten eftersom Dublinsystemet är kodifierat i en EG- förordning och att asylrätten numera tillhör gemenskapsrätten.

De områden som omfattas av gemenskapsrätten är i huvudsak sådana ämnen som i Sverige kategoriseras som förvaltningsrätt, till exempel jordbruksfrågor, fiskerifrågor, miljöregleringar och bestämmelser om transport.⁶² Det är i gemenskapsrätten som EU- institutionerna har normgivningsmakt och där EG- domstolen har jurisdiktionsmakt över frågor som berör dessa områden.⁶³

Förordningar är direkt gällande i medlemsstaterna enligt artikel 249.2 EGF. Stora delar av gemenskapsrätten är reglerad av förordningar. En förordning skall inte inkorporeras i den svenska rätten utan har direkt giltighet och kan åberopas av enskilda. Ett område som är reglerat av en förordning signalerar att medlemsstaterna inte själva skall lagstifta på området eftersom det anses till fullo reglerad av gemenskapsrätten.⁶⁴

I takt med att gemenskapsrättens område har utvidgats, har även konventionerna på dessa områden omarbetats till förordningar. Exempel på detta är Dublinkonventionen och Brysselkonventionen som numera är förordningar.

Inom andra områden, som den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken är samarbetet mellanstatligt, vilket innebär att medlemsstaterna måste vara överens för att ett beslut skall kunna fattas. Frågor som visa, invandring och asylfrågor blev en del av EU- samarbetet i samband med ikraftträdandet av *Maastrichtfördraget* 1993. Inom dessa samarbetsområden användes konventioner som beslutsform vid samarbetet mellan medlemsstaterna. För att ett sådant dokument skall träda ikraft krävs att medlemsstaterna ratificerar den som ett vanligt internationellt traktat. Det är Rådet som utarbetar konventionerna. Detta innebär att konventionen endast gäller mellan de stater som har ratificerat den och de är underkastade de folkrättsliga reglerna för ingående av traktater och är ett folkrättsligt instrument.⁶⁵

⁶² Vogel, 1995, s. 249.

⁶³ Bernitz och Kjellgren, 2007, s. 23-24.

⁶⁴ Bernitz och Kjellgren, 2007 s. 29.

⁶⁵ Bernitz och Kjellgren, 2007, s. 192.

Genom *Amsterdamfördraget* från 1997 samlades frågorna om visa, asyl och invandring under kapitel IV och artiklarna 61 till 69 i EGF. Dessa områden räknas alltså numera som gemenskapsrätt.⁶⁶

4.2 Sveriges EU- medlemskap

Gemenskapsrätten är på samma gång en egen rättsordning som är skild från den nationella samtidigt som den också är en del av den nationella rätten och medlemsstaterna är förpliktade att tillämpa de gemenskapsrättsliga bestämmelserna på ett korrekt och lojalt sätt.⁶⁷

Lojalitetsprincipen är en av gemenskapens viktigaste principer och återfinns i artikel 10 EGF. Den innebär att medlemsstaterna skall fullgöra sina förpliktelser enligt EG- fördraget och avstå från handlingar som skulle kunna riskera syftena med fördraget inte uppnås. Lojalitetsprincipen gäller för alla myndigheter, statliga verk och domstolar i deras tillämpning och utövning av EG- rätten.⁶⁸

Genom rättspraxis har gemenskapsrätten vuxit fram till att bli ett rättssystem som är överordnat till nationella. Detta innebär inte bara förpliktelser för medlemsstaterna utan skapar även rättigheter för enskilda.⁶⁹ Sveriges tillträde till EU gjordes genom en särskild lag, den så kallade EU- lagen, enligt vilken EG- rätten gäller fullt ut i Sverige.⁷⁰

4.3 EG- rättens företräde

Den europeiska gemenskapen är en egen juridisk person med egna institutioner och organ som har befogenhet att företräda medlemsstaterna på de områden där dessa har överlämnat sin suveränitet till gemenskapen. EG är en egen rättsordning som är skild från både den nationella och den folkrättsliga. Gemenskapens bestämmelser ger upphov till rättigheter och skyldigheter för medlemsstaternas medborgare. Konsekvenserna av detta är att EG- rätten har företräde framför nationell rätt då bestämmelserna måste tillämpas enhetligt för att garantera samma rättigheter och skyldigheter för alla. Dessa principer slås fast i rättsfallen *Costa mot ENEL* och *Van Gend en Loos*.⁷¹

EG- domstolen har även mer ingående klargjort vad detta företräde innebär i praktiken för medlemsstaterna och deras domstolar. I målet *Internationale Handelsgesellschaft* fastslog domstolen även att gemenskapsrätten går före

⁶⁶ Cartou m.fl., 2004, s. 62-66.

⁶⁷ Bernitz och Kjellgren, 2007, s. 70-71.

⁶⁸ Bernitz och Kjellgren, 2007, s. 102-103.

⁶⁹ Bernitz och Kjellgren, 2007, s. 70-71.

⁷⁰ Karnov kommentar till SFS 1994:1500 med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, 2 §.

⁷¹ Bernitz och Kjellgren, 2007, s. 72-73.

alla typer av nationella rätt oavsett om det rör sig om lagar av mindre rang eller medlemsstatens konstitution.⁷²

Simmenthal- målet utgör ytterligare en markering för gemenskapsrättens företräde. I detta mål konstaterade domstolen att gemenskapsrättens reglering på området signalerar att medlemsstaten inte längre skall lagstifta på området utan lämna regleringen till EG:s organ. Detta innebär att även om medlemsstaten senare lagstiftar i frågan är det ändå de tidigare EG-rättsliga regleringarna som gäller på området. De nationella domstolarna har en skyldighet att tillämpa de tillämpliga EG- rättsliga reglerna.⁷³

4.4 EG- rättens företräde och skyddet för grundläggande fri- och rättigheter

Trots principen om gemenskapsrättens företräde har den inte alltid varit självklar, särskilt inte hos länder med en stark konstitutionell tradition och skydd för fri- och rättigheter. Den tyska författningsdomstolen vägrade till exempel att erkänna gemenskapsrättens företräde och menade att de hade rätt att bedöma om gemenskapsrätten som EG:s institutioner hade skapat låg inom den kompetens som de hade fått genom EG- fördraget. Om så inte var fallet behövde inte Tyskland följa beslutet.

För garantera gemenskapsrättens företräde garanterar numera också gemenskapen Europakonventionen. Den finns inskriven i fördraget i artikel 6.2 EUF. I och med detta är frågan inte längre lika aktuell även om kompetensgränserna ännu inte är helt klargjorda.⁷⁴

EU:s egen rättighetsstadga har ännu inte blivit juridiskt bindande men den är erkänd av gemenskapens institutioner. I stadgan skyddas samma rättigheter som i EKMR, men även några tillägg har gjorts från inspiration för EG-rättens egna utvecklade normer.⁷⁵ Trots avsaknaden av den juridiska bindningen har EG- domstolen i några rättsfall redan hänvisat till rättighetsstadgan.⁷⁶

4.5 Undantag från gemenskapsrätten

4.5.1 Allmänt

Trots gemenskapsrättens starka ställning och förbudet att avvika från dess regleringar så finns det dock tillfällen när detta är möjligt.⁷⁷

⁷² Mål 11/70.

⁷³ Mål 106/77.

⁷⁴ Bernitz och Kjellgren, 2007, s. 75-77.

⁷⁵ Bernitz och Kjellgren, 2007, s. 124.

⁷⁶ Se avsnitt 4.7.2.

⁷⁷ Bernitz och Kjellgren, 2007, s. 236.

Det område där denna praxis är utvecklad är på området för de fyra friheterna som är det grundläggande syftet med EG. Dessa fyra friheter är personer, varor, kapital och tjänster.⁷⁸

4.5.2 Undantag från den fria rörligheten för varor och tjänster

Huvudregeln är att inte ha några hinder för den gemensamma marknaden men enligt artikel 30 EGF finns det möjlighet att införa begränsningar för import, export och transitering av varor ”med hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt.”

I artikel 46 angående tjänster, hittar man en liknande formulering. Inskränkande åtgärder för den fria rörligheten för tjänster kan göras med hänsyn till allmän ordning, säkerhet samt hälsa.

Artiklarnas undantagsbestämmelser och deras räckvidd har utvecklats i praxis. Enligt EG- domstolens motivering i ett mål 113/80, kommissionen mot Irland är undantaget i artikel 30 (tidigare artikel 36) ”ett undantag från den grundläggande principen att alla hinder för den fria rörligheten för varor mellan medlemsstaterna skall avvecklas; den måste därför tolkas restriktivt”. De nationella domstolarna kan inte läsa in skyddsvärda syften som inte står uttryckligen i artikeln. Andra grundläggande principer som slagits fast i rättspraxis är att det är medlemsstaten som har bevisbördan för att undantaget är nödvändigt.⁷⁹ Undantagen får inte heller göras av ekonomiska skäl.⁸⁰

Ytterligare ett krav på inskränkande åtgärder är att medlemsstaterna skall välja den som innebär minst ingrepp i den fria rörligheten. Detta är ett utslag av proportionalitetsprincipen, som är en grundläggande princip inom gemenskapsrätten. Den återfinns i artikel 5.3 EGF.⁸¹

Det valda ingreppet i den fria rörligheten skall alltid tolkas i ljuset av gemenskapsrätten för att störningarna på den gemensamma marknaden skall bli så lindriga som möjligt. Om området redan anses fullt ut harmoniserat får inte medlemsstaten vidtaga några åtgärder på området eftersom den gemenskapsrättsliga lagstiftningen redan har tagit hänsyn till de skyddsvärda intressena.⁸²

⁷⁸ Artikel 3.1 c EGF.

⁷⁹ Mål 227/82

⁸⁰ Mål 95/81

⁸¹ Cartou m.fl., 2004, s. 224-225.

⁸² Bernitz och Kjellgren, 2007, s. 236-237.

4.6 Allmän ordning

Jag ska i den fortsatta framställningen belysa mer ingående EG- domstolens avvägningar i fyra rättsfall och hur domstolen har diskuterat räckvidden för medlemsstaternas argument för att åberopa undantaget för allmän ordning.

4.6.1 EG- domstolens riktlinjer för åberopande av allmän ordning

EG- domstolen har vid flera tillfällen ställts inför uppgiften att ta ställning till medlemsstaternas argument för åberopandet av allmän ordning då de gjort inskränkningar i den fria rörligheten. Den fria rörligheten är en grundläggande princip på samma sätt som de rättigheter som medlemsstaterna åberopar för att inskränka den fria rörligheten. En balans måste alltså uppnås mellan dessa båda principer.⁸³

Domstolen har konstaterat att det är medlemsstaterna som får göra en bedömning av hur balansen mellan de grundläggande rättigheterna och principen om fri rörlighet skall upprätthållas. Däremot har EG- domstolen kompetens att kontrollera om begränsningen är proportionerlig eller om den går utöver vad som är motiverat.⁸⁴

Grundläggande rättigheter som till exempel att skydda den mänskliga värdigheten är precis som den fria rörligheten skyddad i gemenskapsrätten. Att skydda ett sådant intresse är alltså en godtagbar inskränkning i den fria rörligheten för tjänster, så länge som den är proportionerlig och den nationella myndigheten inte förbjuder mer än vad som behövs för att uppnå syftet.⁸⁵

I målen C-112/00 och 36/02 har domstolen konstaterat att inskränkningar för att skydda yttrandefriheten och den mänskliga värdigheten är tillåtna. De svenska fackliga stridsåtgärderna har också granskats av EG- domstolen i målet 342/05. Utstationeringsdirektivet 96/71 angav miniminivåer för anställningsvillkor. Svenska fackliga organisationer försökte, genom att vidtaga fackliga stridsåtgärder, förmå det lettiska företaget som byggde en skola i Vaxholm, att förbättra villkoren för de anställda så att de kom upp i en svensk lönenivå. Frågan i EG- domstolen handlade om stridsåtgärdernas förenlighet med gemenskapsrätten om de används för att få ett utländskt företag att teckna kollektivavtal och erbjuda sina anställda högre löner.

Om en inskränkande åtgärd skall vara tillåten måste den ha ett legitimt intresse samt ett legitimt ändamål och kunna motiveras av tvingande hänsyn till den allmänna ordningen, hälsan eller säkerheten. En sådan åtgärd får inte heller vara mer ingripande i friheten att tillhandahålla tjänster än vad som behövs för att uppnå syftet att skydda allmänintresset.

⁸³ Se EG- domstolens resonemang ibland annat C-112/00, C-36/02 och C-341/05.

⁸⁴ C-341/05, punkt 2.

⁸⁵ C-36/02.

Domstolen konstaterade att fackliga stridsåtgärder är skyddad genom både inhemsk lag och praxis samt genom EG- rätten då den finns angiven i den Europeiska rättighetsstadgans artikel 28. Dessa rättigheter, inklusive stridsåtgärderna, motiverar undantag från de skyldigheter som gemenskapsrätten innebär.

Däremot menade domstolen att dessa undantag måste vägas mot de friheter som fördraget också skyddar. Rättigheten kan på grund av detta komma att begränsas. Domstolen menade att skyddet för de grundläggande rättigheterna visserligen utgjorde ”ett legitimt intresse som i princip motiverar inskränkningar i de skyldigheter som följer av gemenskapsrätten, även sådana som följer av en i fördraget garanterad grundläggande frihet. Utövandet av dessa rättigheter undgår emellertid inte tillämpningsområdet för bestämmelserna i fördraget och måste ske i samklang med de krav som följer av de i fördraget skyddade rättigheterna och i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen.”⁸⁶

Domstolen konstaterade att de svenska stridsåtgärderna var alltför långtgående för att motivera ett avsteg från gemenskapsrätten i detta fall.

4.7 EG- rätten och ordre public

Då Sverige har gett upp sin suveränitet på vissa områden och EG- rättens starka företrädesrätt framför den nationella rätten, uppstår frågan om hur ett åberopande av svensk *ordre public* skulle tas emot av gemenskapsrätten.

Vilhelm Persson menar i sin avhandling att möjligheten att åberopa *ordre public* emot EG- rätt finns i tysk rätt men att den är mycket liten. Det är inte troligt att Sverige skulle kunna stödja sig på *ordre public* i EG- och EU- rättsliga sammanhang, trots att EG- rätten tillåter begränsningar i den fria rörligheten på grund av nationella regler. Han menar att det inte är särskilt troligt att det skulle kunna gå att åberopa *ordre public* i ett sådant sammanhang. Frågeställningen har inte aktualiserats i svensk praxis eller doktrin.⁸⁷

Ett fall där frågan diskuteras är mål C-319/06, där, precis som i fallet Laval, tveksamheter uppstod tveksamheter i medlemsstatens tillämpning av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare. Enligt direktivets artikel 3.10 finns det en möjlighet att göra undantag från direktivet med åberopande av *ordre public* under förutsättning att ett sådant undantag görs i enlighet med fördraget. Storhertigdömet Luxemburg hade gjort en tolkning av denna bestämmelse som EU- kommissionen inte godkände och staten blev instämnd i EG- domstolen.

⁸⁶ Mål C-341/05, punkt 3.

⁸⁷ Persson, 2005, s. 310.

Domstolen fastslog att det är upp till medlemsstaterna att bestämma innehållet i *ordre public* men uttrycket får inte tolkas helt fritt utan skall kunna kontrolleras av gemenskapens organ. Det hot som medlemsstaterna vill undanröja genom att åberopa *ordre public* måste vara verkligt och tillräckligt och påverka ett grundläggande samhällsintresse. I samband med tillämpningen av *ordre public* måste medlemsstaten även kunna motivera att den avvägning som den har gjort är lämplig och proportionerlig. Den skall också kunna lägga fram detaljerade uppgifter till stöd för sitt beslut.⁸⁸

Domstolen konstaterade att ett åberopande *ordre public* är ett undantag från principen om fri rörlighet och att undantag måste bedömas restriktivt. De nationella bestämmelser som medlemsstaten bedömer att den inte kan göra avsteg ifrån måste vara ”så avgörande för skyddet av den politiska, ekonomiska eller sociala ordningen i den berörda medlemsstaten att denna har bedömt att det är nödvändigt att föreskriva att de skall gälla för alla personer som befinner sig inom denna medlemsstats territorium och för alla rättsförhållanden inom denna medlemsstat.”⁸⁹

Av denna dom framgår att ett åberopande av *ordre public* måste vara väl underbyggt och att de intressen som medlemsstaten skall skydda måste vara av sådan betydelse att gemenskapens regler måste ge vika.

4.8 Slutsatser

Medlemsstaten har rätt att göra undantag i den fria rörligheten för att skydda sina allmänintressen. Detta godkänns av EG- domstolen så länge som allmänintresset är legitimt och den valda åtgärden är proportionerlig. Gemenskapsrätten erkänner grundläggande rättigheter på samma gång som den klargör att den fria rörligheten också är en grundläggande princip och att man måste sträva efter en balans mellan dessa.

Mål C-319/06 ger riktlinjer för EG- rättens syn på rättsinstitutet *ordre public* och erkänner det också som en möjlig åberopandegrund. Frågan är vilken betydelse avgörandet har för åberopandet av *ordre public* mot EG- rätten i andra situationer. I mål C-319/06 var *ordre public*- förbehållet utskrivet i direktivet och på så sätt sanktionerat av gemenskapen som en legitim inskränkning. Däremot kvarstår frågan om huruvida en medlemsstat skulle kunna åberopa institutet när det inte finns stöd i någon EG- rättslig reglering.

⁸⁸ Mål C-319/06, punkt 49-51. För liknande resonemang se även de förenade målen C-369/96 och C-376/96 samt C-54/99.

⁸⁹ Mål C-319/06, punkt 29-30.

5 Dublinförordningen

5.1 Allmänt

I kapitel IV i EGF anges de åtgärder som skall genomföras efter att *Amsterdamfördraget* trätt i kraft. Enligt artikel 63 skall Rådet besluta om kriterier och mekanismer för vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva asylansökningar som ges in i någon av EU- staterna. I fördraget uttalas också att reglerna om asyl och invandring skall antas i enlighet med *Genèvekonventionen av den 28 juli 1951 och protokollet av den 31 januari 1967 om flyktingars rättsliga ställning* samt andra relevanta fördrag.

Rådets förordning (EG) nr 343/2003 av den 18 februari 2003 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som har ansvaret för att pröva en asylansökan som en medborgare i tredje land har gett in i någon medlemsstat brukar också kallas för Dublinförordningen efter sin föregångare Dublinkonventionen som undertecknades i Dublin den 15 juni 1990 och trädde i kraft den 1 september 1997.⁹⁰ Förordningen är det nu gällande regelverket för att avgöra vilken medlemsstat som är ansvarig för att pröva en asylansökan. Genom att göra ett land ansvarigt för att pröva en asylansökan vill EU undvika situationen att asylsökande flyttas runt mellan medlemsstaterna utan att få sin ansökan prövad och att sökande som fått avslag i ett land reser till en annan medlemsstat för att ansöka där.⁹¹ Dublinförordningens bestämmelser är i stort sett desamma som i Dublinkonventionen.⁹² Detta innebär att praxis som hänvisar till Dublinkonventionen även i frågor som gäller tolkningen av förordningen.⁹³

5.1.1 Förordningens syfte

Den gemensamma asylpolitiken är ett av unionens delmål. För att garantera ett område av frihet, säkerhet och rättvisa även för de personer som söker skydd där, har Rådet antagit bestämmelserna i Dublinförordningen för att bestämma vem som har ansvaret för asylansökningarna som ges in i någon av unionens medlemsstater. Reglerna i förordningen skall göra processen att bestämma ansvaret snabbare så att ansökningarna snabbare kan behandlas i de materiella frågorna i den ansvariga staten.⁹⁴ Målet är också att hålla ihop familjer så länge som detta är förenligt med förordningens övriga syften.⁹⁵

⁹⁰ Guild, 2004, s. 172.

⁹¹ <http://europa.eu/scadplus/leg/sv/lvb/l33153.htm> 2008-10-29 kl. 13:20.

⁹² En ändring som har gjorts är att tidsfristen för att bestämma vilken medlemsstat som är ansvarig då en tredjelands medborgare olagligt tagit sig in på unionens område, har förlängts från sex till tolv månader. Se Walker, 2005, s. 75.

⁹³ Wikrén och Sandesjö, 2006, s. 175.

⁹⁴ *Rådets förordning 343/2003*, stycke 4 i ingressen, beaktandemeningen oräknad.

⁹⁵ *Rådets förordning 343/2003*, stycke 6 i ingressen, beaktandemeningen oräknad.

Målet med förordningen är att dessutom att garantera de asylsökande ett system för att avgöra deras flyktingstatus, att förebygga missbruk av asylförfarandet, det vill säga att stoppa situationen att en asylsökande tar sig till nästa medlemsstat för att ansöka om asyl där efter ett avslag i en annan medlemsstat.⁹⁶ För att uppnå dessa mål så är förordningen baserad på två principer, nämligen att slå samman asylsystemet och att ett beslut taget i en medlemsstat också gäller för de andra medlemsstaterna. Detta innebär att en asylsökande som har fått nej i en medlemsstat inte kan åka till nästa för att göra en ansökan där.⁹⁷

En harmonisering av ländernas mottagningsvillkor måste också ske för att garantera likvärdiga mottagningsvillkor för asylsökande oavsett vilket medlemsland de söker asyl i. Olika villkor för asylsökande skulle kunna innebära att ett land blir mer attraktivt att söka asyl i och detta skulle i sin tur betunga dessa medlemsstater.⁹⁸ För att undvika en sådan utveckling skall rådet, enligt artikel 63 besluta om att införa miniminormer för mottagning av asylsökande.

5.2 Dublinförordningens förhållande till internationell rätt

Dublinförordningen antogs i enlighet med *Genèvekonventionen* och skall följa förbudet mot *non-refoulement*, alltså principen om att personer inte får skickas tillbaka till förföljelse.⁹⁹ Principen innebär även att en person inte får överföras till en stat där hon riskerar att sedan skickas tillbaka till hemlandet. Det finns däremot inga hinder mot att sända personen till ett säkert tredje land.¹⁰⁰ EU:s medlemsstater anses alla vara säkra tredje länder som respekterar principen om *non-refoulement*.¹⁰¹ Förordningen tar inte bort medlemsstaternas förpliktelser enligt sina andra internationella åtaganden vad gäller behandlingen av personer som berörs av denna förordning.¹⁰²

Förordningen har dock kritiserats för att bryta mot internationella konventioner som *Genèvekonventionen från 1951 om flyktingars rättsliga ställning* och *Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*.¹⁰³

⁹⁶ Walker, Neil, 2005, s. 74.

⁹⁷ Guild, 2004, s. 172.

⁹⁸ EGT C 304 E, 30.10.2001, s. 192.

⁹⁹ Rådets förordning 343/2003, stycke 2 i ingressen, beaktandemeningen oräknad.

¹⁰⁰ Wikrén, Sandesjö, 2006, s. 50-51.

¹⁰¹ Rådets förordning 343/2003, stycke 2 i ingressen, beaktandemeningen oräknad.

¹⁰² Rådets förordning 343/2003, stycke 12 i ingressen, beaktandemeningen oräknad.

¹⁰³ Peers och Roger (red.), 2006, s. 229.

5.3 Dublinförordningens förhållande till svensk rätt

Dublinförordningen är en EG- förordningen vilket innebär att den är bindande och direkt tillämplig i svensk rätt. Enligt artikel 249 EGF skall ”*en förordning ha (...) allmän giltighet. Den skall till alla delar vara bindande och direkt tillämplig i varje medlemsstat.*” Den skall inte transformeras eller inkorporeras i den nationella rättsordningen utan gäller direkt som den är. Medlemsstaterna skall undvika att lagstifta på ett område som redan reglerats av en förordning med tanke på att gemenskapsrätten har företräde framför nationell lagstiftning.¹⁰⁴

5.4 Kriterierna för bestämmande av ansvaret för asylansökningar

Systemet i Dublinförordningen bygger på att man genom kriterier utreder vilket land som är ansvarigt och sedan, om det visar sig att det är en annan stat som än ansvarig än den där den sökande befinner sig, i så fall överför personen till den ansvariga staten.¹⁰⁵ Enligt artikel 3.1 Dublinförordningen skall medlemsstaterna fastställa vilket land som är ansvarigt för en tredjelandsmedborgare enligt kriterierna i Dublinförordningen.¹⁰⁶

5.4.1 Familjekriterierna

Enligt förordningens artikel 6 blir en stat ansvarig för en minderårigs asylansökan om en medlem av den minderåriges familj uppehåller sig på laglig väg i en medlemsstat. Om det inte finns en familjemedlem prövas asylansökan i den stat där den har lämnats in. En familjemedlem till en asylsökande som redan uppehåller sig i en medlemsstat och som fått flyktingstatus kommer att få sin ansökan prövad i samma stat om personerna godtar detta, enligt artikel 7. Om en familjemedlem redan vistas i en medlemsstat utan att dennes ansökan har behandlats i sak, skall den nya ansökan också behandlas i den staten enligt artikel 8. Artikel 14 förstärker ytterligare viljan att hålla ihop familjer. Om flera familjemedlemmar samtidigt lämnar in asylansökningar samtidigt eller i vart fall till varandra nära i tiden i samma medlemsstat så att staten kan avgöra ansvaret för ansökningarna i ett samlat förfarande, kan denna stat ta över ansvaret för alla ansökningar om det skulle visa sig att tillämpningen av kriterierna i denna förordning skulle leda till att de separeras.

¹⁰⁴ Bernitz och Kjellgren, 2007, s. 73 – 74.

¹⁰⁵ Peers och Rogers (red), 2006, s. 222.

¹⁰⁶ Rådets förordning 343/2003, stycke 6 – 7 i ingressen, beaktandemeningen oräknad.

5.4.2 Övriga kriterier

Om det inte finns en familjeanknytning avgörs ansvaret genom att utreda om den asylsökande har ett giltigt uppehållstillstånd i någon av medlemsstaterna, i så fall är det den staten som ska pröva ansökan (artikel 9). Enligt samma artikel är även en giltig visering från något av medlemsländerna något som innebär ansvar för asylansökan av det land som utfärdat viseringen. De personer som tar sig in illegalt till unionen får sin asylansökan behandlad av den stat där inresan ägde rum enligt artikel 10. I artikel 12 finner man att personer som lämnar in en asylansökan på ett internationellt transitområde på en flygplats i en medlemsstat kommer att behandlas av denna medlemsstat.

5.5 Undantag från Dublinförordningen

Det finns möjlighet för en medlemsstat att ta över ansvaret för en asylansökan även då den inte ansvarig enligt kriterierna i förordningen. Det första undantaget återfinns i artikel 3.2 och kallas också för suveränitetsklausulen och det andra undantaget finns i artikel 15 och kallas för humanitetsklausulen.

Före antagandet av Dublinförordningen fanns det diskussioner om att föra in en klausul enligt vilken en medlemsstat skulle kunna begära ett tillfälligt avbrott i överföring eller mottagning av asylsökande på grund av svårigheter beroende på fundamentala förändringar i den situation som förordningen är baserad på. Något exempel på vilken sorts situation det skulle kunna röra sig om ges inte.¹⁰⁷ Bestämmelsen togs inte med i förordningen.

5.5.1 Humanitetsklausulen

Humanitetsklausulen återfinns i artikel 15. Enligt denna bestämmelse får en medlemsstat ta över ansvaret för en asylansökan för att sammanföra familjemedlemmar och andra släktingar fastän de vid en strikt tillämpning av förordningen egentligen skulle vara separerade.¹⁰⁸ Klausulen gäller för familjemedlemmar¹⁰⁹ eller andra släktingar i beroendeställning. Sammanföringen skall kunna motiveras av humanitära skäl, särskilda familjeskäl eller på grund av kulturella omständigheter. Personerna som beslutet kommer att angå måste ge sitt godkännande till detta. Faktorer som

¹⁰⁷ Council doc. 11139/02, 18 July 2002, s. 5.

¹⁰⁸ KOM/2007/0299 slutlig/ Kommissionens rapport till Europaparlamentet och Rådet om utvärdering av Dublinsystemet.

¹⁰⁹ Som familjemedlemmar i förordningens mening räknas make, maka, ogifta partner i ett varaktigt förhållande om lagstiftningen eller sedvanan i den berörda medlemsstaten behandlar ogifta par som jämställda med gifta par i sin utlänningslag. Underåriga barn till sådana par som avses ovan samt att barnen är ogifta och i beroendeställning, oavsett om de är födda inom eller utanför äktenskap eller är adopterade enligt nationell lagstiftning. Vidare räknas även moder, fader och vårdnadshavaren om sökanden eller flyktingen är underårig eller ogift. Artikel 2.i – iii.

kan vara avgörande i detta fall är att den berörda personen är beroende av den andres hjälp på grund av graviditet eller nyfött barn, en svår sjukdom, allvarligt funktionshinder eller hög ålder. Att göra en sammanföring baserat på denna artikel kräver vidare att familjebanden fanns redan i ursprungslandet. När det gäller underåriga barn som kommer utan vårdnadshavare, skall medlemsstaterna om möjligt sammanföra barnet med familjemedlemmar eller släktingar under förutsättning att detta inte strider mot barnets bästa.

5.5.2 Suveränitetsklausulen

Artikel 3.2 tillåter en medlemsstat, trots att den inte är ansvarig enligt kriterierna i förordningen, att ändå ta över ansvaret för prövningen av en asylansökan. Artikeln kan åberopas av medlemsstaten av rent humanitära skäl eller av andra praktiska skäl. Den är tänkt att fungera som en bredare bestämmelse som inte enbart skall täcka upp humanitära skäl, som redan omfattas av humanitetsklausulen. Att göra undantag av humanitära skäl är artikeln främsta syfte. I en utvärdering av Dublinsystemet från 2007 konstaterade EU - kommissionen att medlemsstaterna tillämpar suveränitetsklausulen på olika sätt. Det saknas gemensamma riktlinjer för en enhetlig tillämpning.¹¹⁰ Svenska förarbeten vid anslutningen till Dublinkonventionen ger inte heller någon ledning till vid vilka situationer suveränitetsklausulen skall användas.¹¹¹

Suveränitetsklausulen är den klausul som är mest intressant i mitt arbete på grund av den allmänt hållna formuleringen. I den fortsatta framställningen skall jag utreda på vilket sätt den har tolkats i svensk rätt.

5.6 Riktlinjer enligt svensk praxis för tillämpning av suveränitetsklausulen

Då det saknas gemensamma riktlinjer för hur undantaget i 3.2 skall tillämpas utarbetar varje medlemsstat sin egen praxis på området. Riktlinjer mellan två medlemsländer på mellanstatlig nivå förekommer också. Suveränitetsklausulen tillämpas restriktivt. Den används då någon av familjeartiklarna inte är tillämpliga men då det finns starka band som gör att familjen skall sammanföras, till exempel vid samboförhållanden då kvinnan är gravid eller det finns ett nyfött barn med i bilden. Det andra stora användningsområdet är då sökanden är allvarligt sjuk, psykiskt eller fysiskt och en överföring riskerar sökandens hälsa. Artikeln har vidare använts då vare sig hälsotillståndet eller familjeanknytningen i sig motiverat ett undantag, men då en kombination av dessa båda faktorer utgör skäl för att göra undantag.¹¹² Det går inte att ställa upp generella föreskrifter för att

¹¹⁰ KOM/2007/0299 slutlig/ Rapport från Kommissionen till Europaparlamentet och Rådet om utvärdering av Dublinsystemet.

¹¹¹ Prop. 1996/97:87, s. 11.

¹¹² Muntliga uppgifter från Mats Mannhammar på Migrationsverkets Dublinenhet i Malmö 2008-09-22.

avgöra detta, utan en individuell bedömning måste göras i varje enskilt fall.¹¹³ De avgöranden som berör Dublinkonventionen är giltiga även när det gäller frågor som rör Dublinförordningen.¹¹⁴

5.6.1 Humanitära skäl

I enlighet med gemenskapens riktlinjer för suveränitetsklausulen har svenska myndigheter använt artikeln för att göra undantag av humanitära skäl. I de senare avgörandena från svenska myndigheter har utrymmet för att göra undantag av humanitära skäl skärpts. Enligt Migrationsdomstolens praxis krävs starka humanitära skäl och det skall framstå som *”stötande ur ett humanitärt perspektiv att fullfölja överföringen”* för att suveränitetsklausulen skall kunna tillämpas.¹¹⁵

Vad som skall ses som starka humanitära skäl varierar från fall till fall. I MIG 2007:8 åberopade en kvinna om asyl i Sverige. Kvinnan hade ansökt om asyl i Danmark vilket gjorde att hon på grund av Dublinförordningen skulle överföras dit. Kvinnan anförde att det förelåg särskilt ömmande omständigheter för att hennes och hennes dotters ansökningar skulle prövas i Sverige istället eftersom både hon och dottern hade utsatts för psykisk och fysisk misshandel av maken och fadern i Danmark.

Migrationsöverdomstolen menade att möjligheterna att göra undantag är mycket begränsade då de länder som är anslutna till Dublinkonventionen¹¹⁶ har likartade förutsättningar att tillgodose människors behov och rättigheter. Domstolen ansåg att det inte fanns några skäl till att ta över prövningen av sökandens asylansökan eftersom det ansågs att Danmark på lika goda grunder kunde ta tillvara hennes rätt. I MIG 2007:32 var frågan om det faktum att sökanden skulle kunna ha beviljats uppehållstillstånd med stöd av nationella bestämmelser om anknytning eller synnerligen ömmande omständigheter är inte tillräckligt humanitära skäl.¹¹⁷

5.6.2 Betydelsen av det första ansökningslandets vårdmöjligheter

Det är möjligt att göra undantag från Dublinförordningen på grund av sökandens hälsotillstånd. Undantag är dock inte möjliga om det första ansökningslandet kan ge samma vård till sökanden som svensk sjukvård.¹¹⁸ Däremot skall en bedömning av de möjliga konsekvenserna av en överföring till en annan medlemsstat göras för att utreda om en överföring

¹¹³ UN 362-99.

¹¹⁴ MIG 2007:8.

¹¹⁵ MIG 2007:32.

¹¹⁶ Sökanden ansökte om asyl före Danmarks anslutning till Dublinförordningen och därför var det fortfarande Dublinkonventionens bestämmelser som gällde i detta fall.

¹¹⁷ MIG 2007:8.

¹¹⁸ UN 348-98.

skulle vara förenad med sådana risker att det strider mot humanitetens krav att överföra sökanden.¹¹⁹

I ett principbeslut från Utlänningsnämnden 1998 konstaterades att konventionen ger en möjlighet att avstå från överföring till första asyllandet av humanitära skäl men att utrymmet för att göra undantag är begränsat då de länder som anslutit sig till konventionen *"har likartade förutsättningar att tillgodose människors behov och rättigheter"*.¹²⁰ I detta mål hade en familj ansökt om asyl i Sverige efter att tidigare ha ansökt om asyl i Tyskland. Det faktum att tyska myndigheter hade gjort bedömningen att de skulle utvisas tillbaka till Kosovo och att ett av barnen var i behov av en operation bedömdes inte vara humanitära skäl av sådan omfattning att det var olämpligt att överföra familjen till Tyskland.

I det senare avgörandet UN 362-99 förtydligades möjligheterna för undantag ytterligare. Den asylsökande anförde medicinska skäl för att få sin ansökan prövad i Sverige istället för i Finland som var första asyllandet. Utlänningsnämnden konstaterade att Sverige enligt Dublinkonventionen är oförhindrat att prova en asylansökan men utrymmet för att göra avsteg är begränsat. Detta kan vara fallet då personen ifråga är i behov av lämplig sjukhusvård och att sådan vård inte finns att tillgå i det första asyllandet. Utlänningsnämnden betonade att möjligheterna att få lämplig sjukvård eller andra sociala förmåner i en konventionsstat inte motiverar ett avsteg från tillämpningen av Dublinkonventionen.¹²¹

5.6.3 Betydelsen av det första asyllandets avslag på sökandens ansökan

I ett vägledande regeringsbeslut klargörs frågan om när avsteg från konventionens regler ytterligare. Detta fall är intressant ur den aspekten att Sverige gjorde en annan bedömning av sökandens möjlighet att få skydd i sitt hemland än vad tyska myndigheter hade gjort. Sökanden hade fått avslag på sin asylansökan i Tyskland och skulle skickas tillbaka. Enligt svenska regler fanns det grund för att bevilja sökanden uppehållstillstånd i Sverige med hänvisning till regeringens bedömning av situationen i sökandens hemland, Bosnien- Hercegovina.

Frågan var huruvida ett avsteg från Dublinkonventionen skulle göras och i så fall på vilken grund. Regeringen konstaterade att en överföring från Sverige till Tyskland inte skulle bryta mot Sveriges åtaganden enligt artikel 33 om non- refoulement i Genèvekonventionen då Tyskland också var ansluten till denna konvention. Ett negativt beslut i en stat som är ansluten till Genèvekonventionen kan alltså inte föranleda ett undantag från Dublinkonventionen. Däremot ansåg regeringen att det kan finnas andra skäl

¹¹⁹ UN 362-99.

¹²⁰ UN 348-98.

¹²¹ Se även reg. 95-02.

till varför ett undantag är motiverat. Regeringen framhöll att sådana undantag bara var berättigade i speciella situationer.

Vikten av att respektera och fullfölja Daytonöverkommelsen var här avgörande för att Sverige valde att ta över ansvaret för prövningen av asylansökan och inte Tysklands negativa beslut.¹²²

5.6.4 Säkert land i Dublinförordningens mening

Frågan om suveränitetsklausulen är tillämplig för det fall att en annan medlemsstat inte längre kan ses som ett säkert tredje land har avgjorts i Migrationsöverdomstolen. Sökanden klagade på Migrationsverkets beslut att överföra honom till Grekland och menade att landet uppvisade brister i sin mottagning av asylsökande och därför inte kunde garantera en rättvis och säker bedömning av asylansökan. Sökanden menade att Grekland inte kunde ses ett säkert land i Dublinförordningens mening.¹²³

Migrationsöverdomstolen fastslog i sin dom att det får ses som självklart att alla medlemsstater eftersträvar att uppfylla de krav som ställs på dem i unionen. Domstolen menade också att när kritik riktas mot en medlemsstat om att den inte uppfyller kraven så ligger ansvaret på EU:s institutioner att ta tag i situationen och inte medlemsstaterna själva.¹²⁴

5.7 Slutsatser

Enligt svensk praxis skall suveränitetsklausulen användas då det föreligger starka humanitära skäl och stötande ur ett humanitärt perspektiv att fullfölja en överföring för att göra undantag från Dublinförordningens regler om ansvar för asylansökningar. Svårigheten är att veta vad som utgör starka humanitära skäl då bedömningen varierar från fall till fall. Klart är i varje fall att undantag inte beviljas då sökanden har möjligheten att få likartad vård i landet dit överföringen skall ske. Ett avslag på en asylansökan i en medlemsstat, som precis som Sverige är ansluten till Genèvekonventionen om flyktingars rättsliga ställning, föranleder inte att undantag görs även om Sverige bedömt att sökandens hemland inte är säkert. I och med Migrationsöverdomstolens ställningstagande i UM 2397-08 får det också anses uteslutet att suveränitetsklausulen skulle kunna användas då det finns misstankar om att en medlemsstat bryter mot principen om *non-refoulement* och därför inte längre kan ses som ett säkert land i Dublinförordningens mening.

¹²² Reg. 93-00.

¹²³ UM 2397-08.

¹²⁴ UM 2397-08.

6 Analys och slutsatser

6.1 Generell analys

Syftet med detta examensarbete har varit att ta reda på vilka möjligheter till undantag som finns för en stat att göra avsteg från avtalsförpliktelser men också att mer ingående titta på begreppet *ordre public*, och om det kan appliceras på den uppkomna situationen där det finns misstanke om brister i Greklands mottagning av asylsökande. Jag har även undersökt de folkrättsliga reglerna, det svenska rättsinstitutet *ordre public* samt de EG-rättsliga ställningstaganden i frågan när det gäller att göra undantag från EG-rätten för nationell rätt.

- *Vilka regler är tillämpliga när en stat vill göra undantag från internationella förpliktelser?*

Avtal som ingås mellan stater regleras av folkrätten. Enligt Wienkonventionen är ramarna för att göra undantag snäva. Huvudregeln är att avtal skall hållas. Att åberopa nationell rätt för att undslippa fullgörande är inte möjligt. Detta är naturligt eftersom folkrätten skapar ny rätt eller kodifierar redan väl förankrad sedvanerätt.

Reglerna erbjuder ett alternativ för stater att göra reservationer mot olika bestämmelser, om det inte är förbjudet, före ett ingående av en traktat. Reservationer erbjuder dock en mycket begränsad lösning. För det första anser jag att det skulle vara en omöjlig uppgift att utreda och förutse de konsekvenser som skulle kunna uppstå i en framtida praktiserande av konventionsbestämmelserna. En reservation är i detta fall ett trubbigt instrument. För det andra är det dessutom inte säkert att en reservation kommer att gynna relationerna till de andra konventionsstaterna, eftersom reservationer också begränsar konventionen eller traktatens effektivitet.

Då EG är en egen rättsordning skild från den folkrättsliga såväl som den nationella, har den egna mekanismer för vilka undantag som får göras och hur eventuella traktatsbrott skall bemötas och beivras, varför de folkrättsliga reglerna som har redovisats inte gäller.

Ordre public är ett rättsinstitut som fungerar som en säkerhetsventil för länder att inte behöva tillämpa främmande rätt. Det är en fördel att förbehållet inte behöver vara sanktionerat i en konvention för att vara tillämpligt eftersom det då alltid kan åberopas enligt svensk rätt. Att begreppet inte är definierat är också en fördel eftersom innehållet växlar med tiden, men detta är också dess svaghet eftersom det inte ger någon klar ledning om vad som ingår i *ordre public*. Institutet kan användas inte bara i privaträttsliga sammanhang men även i samarbetsavtal mellan myndigheter. Det är beklagligt att frågan om *ordre publics* räckvidd i EG- och EU-rättsliga sammanhang inte diskuterats. Med tanke på att samarbetet mellan

myndigheter är vanligt inom gemenskapsrätten är det konstigt att frågan inte har aktualiserats mer.

EG- rätten är en egen rättsordning med en stark presumtion att den går före den nationella rätten. För avsteg från gemenskapsrätten krävs det ett legitimt syfte, samt att åtgärderna är proportionerliga. Även när medlemsstaterna gör avsteg från principen om den fria rörligheten för att värna om grundläggande rättigheter skall en sådan avvägning göras. Medlemsstaterna har inte sista ordet i en sådan avvägning, vilket till en början kan tyckas stötande, men med tanke på att EG- rätten har erkänt EKMR och antagit den i EUF, får det ändå anses som att grundläggande rättigheter är skyddade på den vägen. Det visar på att medlemsstaternas suveränitet även på detta område är begränsat.

Mål 319/06 Kommissionen mot Luxemburg, väcker intressanta frågor kring *ordre publics* utrymme i EG- rättsliga sammanhang. I fallet var *ordre public*- förbehållet tydligt nedtecknat i direktivet vilket gjorde att medlemsstaten hade stöd för att återropa rättsinstitutet. Frågan är hur EG- rätten skulle ställa sig till ett återopande av *ordre public* utan ett stöd i en EG- rättslig rättsakt. Frågan är relevant för mitt resonemang i avsnitt 6.2 i denna uppsats. Då det inte vad jag vet finns några riktlinjer för att lösa detta problem är det svårt att besvara den. Då *ordre public*- institutet värnar om grundläggande värderingar i den svenska rättsordningen antar jag, med tanke på EG – rättens starka ställning, att ett *ordre public*- resonemang skulle behandlas på samma sätt som när medlemsstater i övriga fall återopar andra grundläggande intressen, som i till exempel OMEGA och Schmidberger. En avvägning skulle då göras mellan åtgärden och vilken påverkan på den fria rörligheten detta skulle få.

Så vitt jag vet finns det inget fall där EG- domstolen har tagit ställning till medlemsstaternas inskränkningar i gemenskapsrättsliga asylregler. Det är alltså svårt att veta vad utfallet i en sådan situation skulle bli. Ett resonemang kring syftet med asylreglerna och vilket sätt syftet skulle påverkas av en medlemsstats inskränkningar och att försöka att upprätthålla en balans mellan dessa intressen.

6.2 En lösning på den i Dublinförordningen aktualiserade problematiken?

Enligt svensk praxis kan man konstatera att artikel 3.2 inte kan återopas för att göra undantag då en medlemsstat brister i sina förpliktelser. Att svenska myndigheter inte tillämpat klausulen av några andra orsaker än just de humanitära har säkerligen att göra med det politiskt känsliga i att genom en sådan tillämpning indirekt framföra kritik mot en annan medlemsstats system och förvaltning. Inom EU- samarbetet är inte heller de nationella domstolarnas uppgift att utreda frågan om fördragsbrott utan det faller på

EG- domstolens lott. Som vi har sett innebär inte en tillämpning av *ordre public* att den främmande rättsordningen på något sätt underkänns och det vore inte heller fallet i en situation som ligger framför oss nu. Jag kommer i detta avsnitt att undersöka om *ordre public* skulle kunna användas och resonemang kring hur EG- rätten i så fall skulle bemöta en sådan argumentation.

- *Är det möjligt att åberopa ordre public vid tillämpningen av Dublinförordningen då det framförts kritik om att ett medlemsland misskött sina förpliktelser?*

För att kunna utreda om *ordre public* skulle vara tillämpligt måste man titta på förordningens karaktär och funktion.

För det första kan man konstatera att det inte är en förordning för att fastställa vilket lands lag som skall gälla i en konflikt mellan två länder. Det är inte heller en förordning som reglerar ett element inom den internationella privaträtten. Förordningen är istället ett regelverk för att kunna fastställa vilken medlemsstat som är ansvarigt för att pröva en asylansökan som lämnas in i unionen. Reglerna innebär att de beslut som fattas i ett asylärende i en medlemsstat sedan gäller i övriga unionen. En asylansökan som lämnas in i Sverige av en person kommer inte att prövas i sak om det visar sig att ett annat land är ansvarigt för ansökan. Detta är naturligt med tanke på förordningens regler och Sveriges anslutning till EG och EU vilket innebär att Sverige har gett upp sin suveränitet på detta område. Av detta drar jag slutsatsen att svenska myndigheter godtar och erkänner utländska förvaltningsbeslut eftersom detta beslut sedan gäller i hela unionen. Indirekt skulle man kunna säga att Sverige, genom att överföra asylsökande till den medlemsstat som är ansvarig, erkänner de andra medlemsstaternas förvaltningsbeslut. Jag är medveten om att detta kanske är en långsökt tolkning då det inte finns mycket material på detta område om förvaltningsmyndigheter. Jag anser i varje fall att det är en trolig tolkning då förordningen innebär samverkan mellan migrationsmyndigheterna.

För det andra finns det inte heller något *ordre public*- förbehåll i förordningen. Detta är i sig inte ett problem ur svensk synvinkel sett eftersom *ordre public* ändå kan åberopas. Det finns inte heller något som förbjuder användningen av *ordre public*. Det är intressant att diskutera huruvida suveränitetsklausulens generella formulering skulle kunna innehålla något slags förbehåll av sådant slag. Då det inte finns några gemensamma riktlinjer för när klausulen skall tillämpas ser jag inget hinder för att man inte skulle kunna åberopa *ordre public* åtminstone i teorin. Enligt svensk praxis är det däremot uteslutet att använda suveränitetsklausulen annat än vid starka humanitära skäl vilket starkt talar emot att en sådan argumentation skulle ha någon framgång. Svenska myndigheter har aldrig gjort undantag på grund av ett annat lands avslag på sökandens asylansökan. Det faktum att Dublinreglerna är kodifierade i en

förordning gör också att utrymmet för medlemsstaterna att agera fritt är mycket snävt.

Att åberopa *ordre public* är alltså en möjlighet, åtminstone i teorin. Frågan blir dock att utreda om det skulle vara uppenbart oförenligt med den svenska rättsordningen att överföra asylsökande tillbaka till en medlemsstat som eventuellt inte längre kan ses som ett säkert land. Att argumentera för att principen om *non-refoulement* och EKMR skulle ingå i en svensk *ordre public* är inte helt oproblematiskt. I svensk praxis har EKMR setts som en självständig grund och inte en del av *ordre public*. Det är troligt att anta att de övriga internationella instrument som Sverige har anslutit sig till också skall ses som självständiga grunder vid en sådan prövning, som till exempel förbudet mot *non-refoulement*.

Det faktum att EG- institutionerna garanterar rättigheterna i EKMR talar också emot att en sådan argumentation skulle ha framgång. Principen om *non-refoulement* är även, som MIG har konstaterat i UM 2397-08, en av grundtankarna som Dublinförordningen bygger på, vilket gör att jag inte heller tror att man kan basera en argumentation om *ordre public* på den principen. Att hävda att de andra medlemsstaterna inte följer denna princip, tror jag inte är något som svenska myndigheter är villiga att göra, med tanke på det politiskt känsliga i ett sådant uttalande.

Om man, som jag visat på ovan, ändå skulle hävda att det är möjligt att åberopa *ordre public* och skulle kunna visa att en överföring tillbaka till en annan medlemsstat i en liknande situation som den i Greklandsfallet, är uppenbart oförenlig med den svenska rättsordningen återstår trots det frågan hur detta skulle överensstämma med EG- rätten. Det är tveksamt hur EG- rätten behandlar just begreppet *ordre public*. Detta är en fråga som inte har diskuterats i svensk rätt. Enligt tysk rätt skulle det vara möjligt att åsidosätta ett utländskt myndighetsbeslut, men att det är tveksamt om man kan åsidosätta ett beslut från någon av EG:s institutioner genom att åberopa *ordre public*. Ett åberopande av *ordre public* skulle i så fall åsidosätta gemenskapsrätten genom att inte följa Dublinförordningens regler om ansvarighetsregler. Enligt suveränitetsklausulen får visserligen en medlemsstat ta över ansvaret för en asylsökande, men utrymmet för att göra detta har bedömts snävt i praxis.

Det finns inget givet svar på hur EU:s institutioner och EG- domstolen skulle bemöta en medlemsstat som skulle göra undantag i ett fall som Greklandssituationen. Under arbetet med uppsatsen har jag inte stött på något sådant fall. Enligt domarna i mål där nationella undantag har behandlats kan man dra slutsatsen att utrymmet för att åberopa nationella regler är snävt. Jag är medveten om att dessa domar gäller på området för varor och tjänster vilket gör det svårt att veta vilka ställningstagande EG- domstolen skulle göra med tanke på att asylområdet handlar om människor som riskerar förföljelse.

På området för fri rörlighet för varor och tjänster har undantag behandlats restriktivt. För det första måste det finnas ett legitimt intresse som skall skyddas. De åtgärder som medlemsstaten tar får inte heller gå utöver vad som krävs för att ändamålet skall uppfyllas. I domarna i Laval-målet och Luxemburg-målet klargjorde domstolen att den fria rörligheten kan begränsas till viss del för att stå tillbaka för grundläggande rättigheter som är skyddade i den nationella rättsordningen, men grundläggande rättigheter kan också ibland begränsas med hänsyn till den fria rörligheten. Syftet med Dublin-förordningens regler är att snabbt avgöra vilken stat som är ansvarig för asylansökan. Systemet bygger också på att medlemsstaterna erbjuder vissa minimivillkor i mottagningen för att inte en medlemsstat skall ta emot ett stort antal asylsökande medan en del stater inte tar emot några alls. Ett åsidosättande av Dublin-förordningens regler med ett generellt stopp för alla överföringar till en medlemsstat skulle innebära en rubbning i denna balans. Undantaget skulle för det första syfta till att skydda ett legitimt intresse i den nationella rätten samt att testa proportionen av denna åtgärd mot principen om gemenskapsrättens företräde. Som vi sett i Luxemburg-målet får inte en medlemsstat ensidigt bestämma räckvidden för ett sådant undantag och det måste röra sig om ett hot som är verkligt och allvarligt och påverkar ett grundläggande samhällsintresse.

Min slutsats är alltså att det finns utrymme för att åberopa *ordre public* men att utgången av ett sådant åberopande är mycket osäker och jag vågar säga nästan omöjlig på grund av de många fallgropar och frågetecknen på vägen. Denna uppsats har varit ett försök att hitta en lösning på den fråga som många ställde sig efter uppmärksamheten runt Greklands mottagning och behandling av asylsökande.

6.3 De lege ferenda

Jag tycker att det är beklagligt att ett lands beslut att inte pröva en asylansökan gäller i hela unionen. I alla fall så länge som medlemsländernas övriga asylregler om vilka kriterier som gäller för att få asyl inte är harmoniserade. Givetvis är det känsligt, och antagligen inte en svensk myndighets uppgift att kontrollera om en annan medlemsstat inte följer sina förpliktelser. Men om Sverige inte tar hänsyn till vad som händer med människorna som de överför tillbaka till ett land där principen om *non-refoulement* inte respekteras, kommer rättigheter och principer bara att vara vackra ord på ett papper.

Jag anser att det vore önskvärt med någon form av säkerhetsventil i förordningen då man aldrig kan förutse alla eventualiteter. Det behöver inte vara Grekland som är boven i dramat, man kan faktiskt tänka sig att det skulle inträffa nationella katastrofer av olika slag som gör att medlemsstater inte klarar av att ta emot eller erbjuda asylsökande det rättighetsskydd som de behöver och har rätt till.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur:

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, tredje upplagan, Nordstedts Juridik AB, Vällingby, 2007.

Bogdan, Michael, *svensk internationell privat- och processrätt*, sjätte upplagan, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2006.

Cartou, Louis, Clergerie, Jean- Louis, Gruber, Annie och Rambaud, Patrick, *L'union européenne*, Dalloz, 2004.

Eek, Hilding, Bring, Ove och Hjerner, Lars, *Folkrätten*, fjärde upplagan, Nordstedts, Kristianstad, 1987.

Gihl, Torsten, *Den internationella privaträttens historia och allmänna principer*, Kungl. Boktryckeriet P. A. Nordstedt & Söner, Stockholm, 1951.

Guild, Elspeth, *The Legal Elements of European Identity- EU Citizenship and Migration Law*, Kluwer Law International, Nederländerna, 2004.

Karlgren, Hjalmar, *Kortfattad lärobok i internationell privat- och processrätt*, fjärde upplagan, Gleerups, 1970.

Peers, Steve och Roger, Nicola (red.), *EU immigration and asylum law- text and commentary*, Martinus Nijhoff Publisher Leiden Boston, 2006.

Persson, Vilhelm, *Rättsliga ramar för gränsöverskridande samarbete, Förvaltningsmyndigheters internationella avtalsförhållanden*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2005.

Svanberg, Katinka, *Introduktion till traktaträtten, en lärobok i traktatsrätt*, tredje upplagan, Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms Universitet, Stockholm, 2003.

Walker, Neil (editor), *Europe's area of freedom, security and justice*, Oxford University Press, 2005.

Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer*, åttonde upplagan, Nordstedts Juridik AB, Stockholm, 2006.

Offentligt tryck:

Prop. 1968:132

Prop. 1974:158

Prop. 1996/97:87

SOU 1974:100

Artiklar:

Blom, Joost, "Public policy in private law and its evolution in time", *Netherlands International Law Review*, s. 373-399, 2003.

Vogel, Hans- Heinrich, "Förvaltningslagen, EG:s förvaltningsrätt och EG:s "allmänna rättsprinciper", *Förvaltningsrättslig tidskrift*, 1995, s. 249.

EG – tryck:

EGT C 304 E, 30.10.2001, s. 192.

EGT L 053, 27/02/2008, s. 0018.

Council doc. 11139/02, 18 July 2002.

KOM/2007/0299.

Övriga källor:

<http://www.migrationsverket.se/lifos/dok.do?dtyp=&amnesord=grekland&sidStorlek=10&sorteringsOrdning=-UDAT,-DOKN&mode=&currDokument=3>

(Generaldirektörens riktlinjer avseende tillämpningen av Dublinförordningen i förhållande till Grekland, ärendenummer: 18630)

<http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?docid=4805bde42>
2008-12-10, kl. 10:00.

<http://europa.eu/scadplus/leg/sv/lvb/133153.htm> 2008-10-29 kl. 13:20.

Muntliga uppgifter från Mats Mannhammar, beslutsfattare på Migrationsverkets Dublinenhet i Malmö.

Rättsfallsförteckning

Svensk praxis:

NJA 1961 s. 145
NJA 1986 s. 690
NJA 1998 s. 817

Reg. 93-00
Reg. 95-02

UN 348-98
UN 362-99
MIG 2007:8
MIG 2007:32
UM 2397-08

Domar från EG- domstolen:

26/62 Van Gend en Loos mot Nederlandse Administratie der Belastingen
(REG 1963, s. 1; svensk specialutgåva, volym 1)

6/64 Costa mot ENEL (REG 1964, s. 585; svensk specialutgåva, volym 1)

11/70 Internationale Handelsgesellschaft mot Einfuhr- und Vorratsstelle
Getreide (REG 1970, s. 1161; svensk specialutgåva, volym1)

106/77 Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal (REG
1978, s. 629; svensk specialutgåva, volym 4)

91/81 Kommissionen mot Italien

227/82 Leendert van Bennekom

C-7/98 Krombach mot Bamberski

C-36/02 Omega Spielhallen

C-341/05 Laval un Partneri Ltd mot Svenska byggnadsarbetarförbundet

C-319/06 Kommissionen mot Luxembourg

C-130/08 Kommissionen mot Grekland, talan väckt den 31 mars 2008