



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Martin Askow

Exkluderad från skyddsstatus

- Ett straff för begånget brott eller en administrativ åtgärd?

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Karol Nowak

Termin för examen: Period 1, VT 2017

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
ORDFÖRKLARINGAR	5
1 INLEDNING	8
1.1 Problemformulering	10
1.2 Syfte	10
1.3 Frågeställning	11
1.4 Avgränsningar	12
1.5 Metod, perspektiv och material	12
1.6 Forskningsläge	13
1.7 Disposition	14
2 EXKLUSIONSREGLERNAS FRAMVÄXT	16
2.1 Inledning	16
2.2 Mellankrigstiden	16
2.2.1 Nationernas Förbund	16
2.2.2 Konvention angående flyktingars internationella status	17
2.3 Efterkrigstiden	17
2.3.1 United Nations Relief and Rehabilitation Agency	17
2.3.2 The International Refugee Organization	18
2.3.3 FN:s Flyktingkonvention	20
2.4 Kommentar	22
3 EXKLUSIONSREGLERNAS FUNKTION	24
3.1 Inledning	24
3.2 Internationell lagstiftning	24
3.2.1 FN:s Flyktingkonvention	24
3.2.2 EU-direktiv	24
3.3 Nationell lagstiftning	26
3.3.1 Utlänningslagen	26
3.3.2 Flyktingdefinitionen	26
3.3.3 Definitionen av alternativt skyddsbehövande	27

3.3.4	Bevisbördan och beviskravet	28
3.4	Exklusionsgrunderna	29
3.4.1	Exklusionsbestämmelsernas syfte	29
3.4.2	Exklusionsbestämmelserna	30
3.4.3	Bevisbörda och beviskrav	31
3.4.3.1	Migrationsöverdomstolen angående beviskravet	32
3.4.3.2	Migrationsöverdomstolen angående individuellt ansvar	33
3.4.3.3	Förhandsavgörande från EU-domstolen	36
3.4.4	Principen om non-refoulement och verkställighetshinder	38
3.5	Konsekvenserna av ett inkluderande	41
3.5.1	Den tillfälliga begränsningslagen	41
3.5.2	Rätten till uppehållstillstånd	41
3.5.3	Rätten till familjeåterförening	42
3.6	Konsekvenserna av ett exkluderande	44
3.7	Statistik angående exklusion	46
3.7.1	Statistik från Migrationsverket	47
3.7.2	Statistik från Krigsbrottskommissionen	48
3.8	Kommentar	49
4	ETT STRAFFRÄTTSLIGT FÖRFARANDE	51
4.1	Inledning	51
4.2	Straffteorier	51
4.3	Kort om särskild rättsverkan	52
4.4	Artikel 6 Europakonventionen	53
4.5	Engelkriterierna	54
4.5.1	Syftet med den straffrättsliga påföljden	55
4.6	Utvisning som straffrättslig påföljd	57
5	EXKLUSION SOM STRAFFRÄTTSLIG PÅFÖLJD	59
5.1	Ett exkluderande i ljuset av Engelkriterierna	59
5.2	Konsekvenserna av exklusion som ett straff	63
5.3	Slutsatser	63
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	66

Summary

This address the rules of asylum law that allows exclusion of certain persons in need of protection from taking part of the protection provided by national and international law. The purpose of this thesis has been to investigate whether an exclusion may be regarded as punishment for a committed crime in criminal law. If the exclusion procedure may be regarded as a criminal procedure, the legal guarantees, given to a person who is accused of a crime, should also be given to the person that is at risk of being excluded.

According to the exclusion rules in Chapter 4, The Aliens Act, a refugee, or an individual that is in need of subsidiary protection shall be excluded from protection if there is *serious reasons for considering* that the person is guilty of certain international offenses or other serious crimes. In the vast majority of situations, when an individual is excluded from the right to protection and there are no other grounds for the individual to receive a residence permit, expulsion can not be enforced due to the principle of non-refoulement.

An exclusion may, as applied in Sweden, result in a person in need of protection which falls outside the principle of non-refoulement being expelled to a country where he or she is at risk of being subjected to treatment which could in itself amount to persecution. An exclusion may also result in an individual losing the right to family reunification, which complicates or eliminates a family life.

Article 6 of the European Convention provides for the right to a fair trial for the accused of a crime. In a ruling by the European Court of Human Rights, the Court has set three criteria, the Engel criteria, to determine whether an individual is charged with a crime, thus determining whether it

is a criminal procedure in which Article 6 of the European Convention applies.

In view of an exclusion procedure in the light of the three English criteria, there is, in my opinion, scope for considering an exclusion procedure as a criminal procedure. Even in such cases where exclusion does not mean expulsion, nor does deprives or aggravates the individual from a family life, the consequences can be extremely negative. However, in an additional protocol to the abovementioned article, the European Court of Human Rights has stated that Article 6 does not apply to the exclusion of foreigners. The fact that the European Court of Human Rights actively chose to declare that Article 6 is not applicable in the cases concerning exclusion can, however, bear witness to the fact that the procedure contains many components that are part of a criminal procedure.

There is no clear answer to the essay's question. However, seeing an exclusion process in the light of the Engel criteria indicates that the exclusion procedure contains many components that are part of a criminal procedure.

The thesis also argues that the exclusion rules, as applied in Sweden today, have clear problems with fulfilling most of the objectives that the rules were intended to fulfill. Rather focusing on prosecuting the suspects who are in need of protection, instead of excluding them, would not mean a significant difference, since the objectives of the exclusion rules, to a large extent, are still not met. This would contribute to increased legal certainty and reduce the risk that an innocent in need of protection will be excluded and suffer from the consequences it brings.

Sammanfattning

Denna uppsats behandlar det regelverk inom asylrätten som gör det möjligt att exkludera vissa skyddsbehövande individer från att ta del av skyddet som nationell och internationell rätt erbjuder. Syftet med uppsatsen har varit att utreda huruvida ett exkluderande av en skyddsbehövande kan anses utgöra ett straff för ett begånget brott i straffrättslig mening. Om exklusionsförfarandet kan anses utgöra ett straffrättsligt förfarande bör de rättsliga garantier som ges till en person som står anklagad för ett brott även ges till den som riskerar att bli exkluderad.

Enligt exklusionsreglerna i 4 kap. utlänningslagen (2005:716) ska en skyddsbehövande individ exkluderas från att ta del av skyddet om det finns en *synnerlig anledning att anta* att personen gjort sig skyldig till vissa folkrättsbrott eller annan grov brottslighet. I de allra flesta situationer, då en skyddsbehövande individ exkluderats och det inte finns någon annan grund för individen att erhålla ett uppehållstillstånd, kan inte en utvisning verkställas på grund av principen om non-refoulement.

Ett exkluderande kan, som det tillämpas i Sverige, medföra att en skyddsbehövande individ, som faller utanför principen om non-refoulement, kan utvisas till ett land där denne riskerar att utsättas för skyddsgrundande behandling. Ett exkluderande kan även medföra att en individ går miste om rätten till familjeåterförening, vilket försvårar eller omöjliggör ett familjeliv.

I artikel 6 i Europakonventionen stadgas rätten till en rättvis rättegång för den som står anklagad för ett brott. I ett avgörande från Europadomstolen har domstolen ställt upp tre kriterier, Engelkriterierna, för att avgöra huruvida en individ står anklagad för ett brott och på så vis avgöra huruvida det rör sig om ett straffrättsligt förfarande där artikel 6 i Europakonventionen är tillämplig.

Vid ett betraktande av ett exklusionsförfarande i ljuset av de tre Engelkriterierna finns det, enligt min mening, utrymme för att betrakta ett exklusionsförfarande som ett straffrättsligt förfarande. Även i de fall då ett exkluderande inte innebär en utvisning och heller inte förbjuder individen från ett familjeliv så kan konsekvenserna vara extremt negativa.

Europadomstolen har dock, i ett tilläggsprotokoll till ovan nämnda artikel, förklarat att artikel 6 inte är tillämplig vid exkluderandet av utlänningar. Att Europadomstolen valt att förtydliga att artikel 6 inte är tillämplig vid exklusionsförfarande kan dock vittna om att förfarandet innehåller många komponenter som ingår i ett straffrättsligt förfarande.

Det går inte att ge något entydigt svar på uppsatsens frågeställning. Att se ett exklusionsförfarande i ljuset av Engelkriterierna vittnar dock om att exklusionsförfarandet innehåller många komponenter som ingår i ett straffrättsligt förfarande.

Uppsatsen påvisar även att exklusionsbestämmelserna, som de tillämpas i Sverige idag, har tydliga problem med att uppfylla de flesta av syften som reglerna var tilltänkta att uppfylla.

Att istället lägga fokus på att åtala och lagföra de misstänkta skyddsbehövande brottslingarna, istället för att exkludera dem, skulle enligt min mening inte innebära någon nämnvärd skillnad då syftena med exklusionsbestämmelserna, till stor del, ändå inte uppfylls. Det skulle bidra till en ökad rättssäkerhet och minska risken för att en oskyldig skyddsbehövande exkluderas och får lida av konsekvenserna som det medför.

Ordförklaringar

Asylprocedurdirektivet	RÅDETS DIREKTIV 2005/85/EG av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för beviljande eller återkallande av flyktingstatus
Den tillfälliga begränsningslagen	Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige
Familjeåterföreningsdirektivet	RÅDETS DIREKTIV 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening
Förvaltningsprocesslagen	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FN:s flyktingkonvention	1951 års konvention angående flyktingars rättsliga ställning och 1967 års tilläggsprotokoll
FN:s konvention mot tortyr	Konvention mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller besträffning

IRO	The International Refugee Organization
Skyddsgrundsdirektivet ¹	RÅDETS DIREKTIV 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet
Romstadgan	Romstadgan för internationella brottmålsdomstolen
UNHCR	Förenta nationernas flyktingkommissariat (United Nation's High Commissioner for Refugees)
UNHCR:s riktlinjer	UNHCR, Guidelines on International Protection No. 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, UN Doc. HCR/GIP/03/05 Sept. 4, 2003

¹ Det finns en senare omarbetad version av detta direktiv. I denna framställning används direktivet från 2004 då den praxis som framgår hänvisar till direktivet från 2004. I den senare versionen har inga ändringar gjorts som påverkar den här framställningen.

UNHCR:s handbok

UNHCR:s Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees.
HCR/1P/4/ENG/REV. 3
Geneva, 2011

UNRRA

United Nations Relief and Rehabilitation Agency

Utlänningslagen

Utlänningslag (2005:716)

1 Inledning

Den 1 december 2015 började jag arbeta som handläggare på en asylprövningsenhet på Migrationsverket. Arbetet består i huvudsak av att genomföra asylutredningar med de individer som sökt asyl i Sverige och att sedan upprätta och föredra beslut för beslutsfattare. Det dröjde inte länge innan jag kom i kontakt med exklusion. Att exkludera en flykting eller alternativt skyddsbehövande innebär kortfattat att om det finns *synnerlig anledning att anta* att han eller hon gjort sig skyldig till vissa typer av brott, så har individen inte rätt till skyddsstatus och de rättigheter som medföljer av denna. Ett exkluderande innebär inte per automatik att den berörda personen kommer att utvisas men under vissa omständigheter kan det innebära att en utvisning verkställs.

Det första ärendet där exklusion aktualiserades som jag var inblandad i gällde en man från Eritrea som, efter 14 år i militärtjänst, valt att desertera och fly landet. Hans berättelse var på inget sätt unik, hans livsöde återspeglas i en stor del av Eritreas diaspora som flytt landet. Eritrea, som även kallats för Afrikas Nordkorea, är en extremt repressiv stat vid Afrikas horn. Medborgarna tvingas genomgå nationaltjänst eller militärtjänst under en stor del av livet, i vissa fall under slavliknande förhållanden. Eritreas största landgräns är gentemot grannen Etiopien i nordväst som man tidvis utkämpat fullskaliga krig mot. Just nu råder ett tillstånd vad staterna beskriver som ”no war no peace”. Det är dock inget öppet krigstillstånd mellan länderna. Detta innebär att den långa landgränsen mellan länderna behöver vaktas. De eritreanska militärer som vaktar denna landgräns har inte bara i uppgift att skydda landet gentemot grannen Etiopen utan ska även gripa eritreanska civila medborgare som försöker fly från Eritrea in till grannlandet. De som grips fångslas och kan utsättas för tortyr och annan omänsklig behandling. Gripandena, fångslandena och tortyren begås vidsträckt som ett systematiskt övergrepp mot civilbefolkningen. Detta innebär att det utgör ett brott mot mänskligheten

så som det definieras i Romstadgan för Internationella brottsmålsdomstolen artikel 7 (hädanefter Romstadgan).

Efter en exklusionsutredning; en utredning som syftar till att utreda indikatorer som kan föranleda exklusion, stod det klart att mannen i fråga hade varit stationerad som gränsvakt under många års tid. Vid ett tillfälle hade mannen eskorterat ett civilt par som gripits då de försökte fly landet genom att korsa gränsen in till Etiopien. Mannen hade inte närvarat vid gripandet utan fick senare, tillsammans med den militära grupp han var del av, i uppdrag att eskortera paret ett par kilometer till ett annat militärläger. Mannen var under utförandet av uppdraget medveten om att paret med hög sannolikhet riskerade att fångslas och utsättas för olika typer av kroppsstraff. På frågan vad som hade hänt om han vägrat utföra eskorteringsordern svarade han att han med största sannolikhet skulle blivit fångslad och utsatt för disciplinära åtgärder i form av kroppsstraff.

Migrationsverkets fann att det fanns *synnerlig anledning att anta* att han gjort sig skyldig till brott mot mänskligheten i enlighet med artikel 7 i Romstadgan. Det individuella ansvaret kunde härledas till mannens eskortering av fångarna med insikt och kunskap om vad de riskerade att utsättas för. Migrationsverket fann dock att ansvarsfrihetsgrunden i Romstadgan artikel 31.1 d var tillämplig. Detta då mannen utförde eskorteringen av paret under tvång som utgjordes av ett överhängande hot om fara för allvarlig kroppsskada för honom själv. Mannen exkluderades således inte och erhöll flyktingstatusförklaring och permanent uppehållstillstånd.

Efter att arbetat i ett drygt år på Migrationsverket var det dags att ta tjänstledigt för att skriva detta examensarbete. Under arbetstiden hade det dykt upp många frågeställningar inom migrationsrätten och asylrättens område som skulle kunna bli föremål för en examensuppsats. Jag bestämde mig ändå för att skriva inom ämnet exklusion och närmare bestämt utreda syftet med exklusionsbestämmelserna och analysera

huruvida ett exkluderande, under vissa omständigheter, kan anses utgöra ett straff för ett begånget brott i straffrättslig mening.

1.1 Problemformulering

De människor som flytt sina hem för att söka skydd i Sverige kommer till stor del från krig och konfliktdrabbade områden runt om i världen. Där krig och konflikter finns begås det ofta grova övergrepp i form av krigsförbrytelser, brott mot mänskligheten med mera. Ända sedan rätten att söka asyl tog formen av en grundläggande rättighet har stater funnit det nödvändigt att exkludera de individer som gjort sig skyldiga till krigsbrott, brott mot mänskligheten och annan grov brottslighet från rätten till skydd. Att utesluta en skyddsbehövande individ från rätten till skydd är en extremt ingripande åtgärd i den individens liv. Det kan i slutändan innebära att individen utvisas till sitt hemland där denne riskerar att utsättas för viss skyddsgrundande behandling eller att individen inte kan utvisas, på grund av risken för att utsättas för tortyr eller dödsstraff, och då blir kvar i Sverige på obestämd tid utan någon rätt familjeåterförening. Å andra sidan kan det uppfattas som stötande att krigsförbrytare och andra grova brottslingar skulle ha tillgång till internationellt skydd. Exklusionsbestämmelserna är till synes ett nödvändigt ont och utformandet och tillämpningen av dessa på ett rättssäkert vis utgör en svår balansgång. De ska vara tillräckligt effektiva för att kunna tillämpas och exkludera de som gjort sig skyldiga till de exkluderande gärningarna samtidigt som de måste vara tillräckligt rättssäkra för att inte leda till exkluderandet av en oskyldig skyddsbehövande och utsätta denne för de ingripande konsekvenserna som kan följa av ett exkluderande.

1.2 Syfte

Uppsatsens syfte är att utreda under vilka omständigheter en skyddsbehövande kan exkluderas från rätten till skydd i Sverige genom att

det finns *synnerlig anledning att anta* att personen gjort sig skyldig till någon av de brottsliga gärningarna som föranleder ett exkluderande enligt 4 kap. 2 b - c § utlänningslagen. Uppsatsen går vidare med att undersöka vad konsekvenserna av ett exkluderande från flyktingstatus eller alternativ skyddsstatus innebär i praktiken för den exkluderade individen för att sedan analysera huruvida konsekvenserna, under vissa omständigheter, kan betraktas som ett straff ur ett straffrättsligt perspektiv. Om ett exkluderande under vissa omständigheter kan utgöra straff ur ett straffrättsligt perspektiv så väcks ett antal nya frågeställningar angående vilka krav som bör ställas på det rättsliga förfarandet vid ett exklusion. Det står klart att varken FN, EU, Europadomstolen eller den svenska lagstiftningen har valt att betrakta ett exkluderande som ett straff ur ett straffrättsligt perspektiv för det begångna brottet i fråga. Det innebär dock inte att frågan lyfts för att utröna om ett straffrättsligt förfarande hade varit att föredra istället för ett administrativt förfarande som används idag.

1.3 Frågeställning

Den centrala frågeställningen för denna uppsats är huruvida ett exkluderande från flyktingstatus eller status som alternativt skyddsbehövande enligt 4 kap. 2 b - c § utlänningslagen kan anses utgöra ett straff för ett begånget brott ur ett straffrättsligt perspektiv.

För att kunna besvara huvudfrågeställning har följande två underfrågeställningar varit av central betydelse.

- Vilka rättsliga konsekvenser medför ett exkluderande från att anses vara flykting eller alternativt skyddsbehövande för den exkluderade individen?
- Vilka rättsliga åtgärder kan anses utgöra ett straff ur ett straffrättsligt perspektiv?

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen är avgränsad till att endast behandla exkluderande av flyktingar och alternativt skyddsbehövande. Det finns både andra skyddsgrunder och tillståndsgrunder på vilka en individ kan beviljas uppehållstillstånd i Sverige. Hur eventuella exklusionsgrunder är utformade och tillämpas här har det inte funnits utrymme för att behandla i denna uppsats.

Någon djupare definiering av de brott som kan leda till ett exkluderande av flyktingar eller alternativt skyddsbehövande har inte varit nödvändig att gå igenom i uppsatsen. Fokus har legat på de exklusionsgrunder som utgörs av någon form av brottslighet när det saknas en laga kraft vunnin brottmålsdom. Det finns möjligheter att exkludera alternativt skyddsbehövande, vägra ge flyktingstatus eller uppehållstillstånd till individer med hänsyn till rikets säkerhet. Dessa exklusionsgrunder har legat utanför ramen för denna uppsats. De finns även exklusionsgrunder som föranleds av att det finns en lagkraft vunnin brottmålsdom och även dessa grunder ligger utanför ramen för denna framställning.

De eventuella konsekvenserna av att betrakta ett exkluderande som ett straff ur ett straffrättsligt perspektiv har inte berörts ingående utan snarare bara uppmärksammats i analysdelen. Det har inte funnits utrymme i denna framställning att utreda samtliga konsekvenser av att betrakta ett exklusionsförfarande som ett straffrättsligt förfarande.

1.5 Metod, perspektiv och material

Huvudfrågan består av två underfrågor som var för sig berör två separata rättsområden; asylrätt och straffrätt. För att kunna besvara huvudfrågeställningen har uppsatsen tillämpat den traditionella rättsdogmatiska metoden. De källor som använts är nästan uteslutande de allmänt accepterade rättskällorna så som lagtext, förarbeten, rättspraxis

samt den juridiska doktrinen. Dokument och rättsutredningar från myndigheter har använts i begränsad utsträckning.

I bakgrundsavsnittet där exklusionsreglernas framväxt beskrivs har främst en källa använts, *The criminal refugee: The treatment of asylum seekers with a criminal background in international and domestic law* av Joseph Rikhof. Detta föranleds av två skäl. För det första saknas det, såvitt jag kunnat utröna, doktrin som utförligt behandlar exklusionsreglerna ur ett historiskt perspektiv. För det andra har det inte funnits anledning att inhämta information från andra källor vad gäller bakgrundsavsnittet då detta avsnitt inte har någon bärande betydelse för att besvara uppsatsens frågeställning,

Då det svenska asylsystem och exklusionsreglerna helt och hållet bygger på FN-konventioner och EU-direktiv har det varit nödvändigt att gå till internationella rättskällor, både vad gäller rättspraxis och doktrin.

Det svenska straffrättsliga systemet är nationellt. Införandet av Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (hädanefter Europakonventionen) i svensk lagstiftning har dock influerat den svenska straffrätten. Europadomstolen har vid åtskilliga tillfällen fått ta ställning till under vilka omständigheter man kan anse att någon står anklagad för ett brott. Det har därför varit nödvändigt att studera vad som kan utgöra ett straff enligt svensk rätt men även ta hänsyn till vad som kan utgöra en straffrättslig påföljd i enlighet med internationell rätt.

1.6 Forskningsläge

Det har skrivits åtskilliga böcker inom asylrättens område. Exklusion behandlas ofta, om det behandlas överhuvudtaget, tämligen flyktigt i den svenska doktrinen. Frågeställningen huruvida man kan betrakta ett

exkluderande som ett straff, ur ett straffrättsligt perspektiv, har, så vitt jag kunnat utröna, inte berörts. Detta kan delvis ha sin förklaring i att det står klart, enligt båda nationella och internationella rättskällor, att ett exklusionsförfarande inte är att betrakta som ett straffrättsligt förfarande i nuvarande rättstillämpning. När regelverket till Förenta Nationernas 1951 års konvention angående flyktingars rättsliga ställning (hädanefter FN:s flyktingkonvention) utarbetades var rättegångarna mot de största krigsförbrytarna efter andra världskriget färskt i minnet och staterna var överens om att krigsförbrytare inte skulle erhålla något skydd. Det fanns även en önskan hos staterna att kunna vägra brottslingar tillträde till sina territorier då de kunde utgöra fara för den allmänna ordningen och säkerheten.²

1.7 Disposition

Uppsatsen är indelad i fem avsnitt. I andra avsnittet redogörs för asylrättens framväxt med fokus på exklusionsreglerna. Denna redogörelse har hållits relativt kort och beskriver endast ett antal milstolpar som varit av stor vikt för utvecklingen av regelverket. Jag har ansett det vara nödvändigt att ha med en viss bakgrundshistorik för att påvisa att balansgången mellan rätten till att söka skydd och möjligheten för stater att exkludera en skyddsbehövande inte är något nytt fenomen utan har debatterats under en lång tid.

Avsnitt tre behandlar exklusionsreglernas utformning och hur de tillämpas i praktiken. I detta avsnitt har stort fokus lagts på att redogöra för vad konsekvenserna av ett exkluderande innebär för den exkluderade individen i praktiken. För att senare kunna besvara frågeställningen, huruvida ett exkluderande från skyddsstatus kan innebära ett straff ur ett straffrättsligt

² UNHCR:s *Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*. HCR/1P/4/ENG/REV. 3 Geneva, 2011, p. 148. (Hädanefter UNHCR:s handbok).

perspektiv, är det av stor vikt att först förstå skillnaden i praktiken av ett inkluderande jämfört med ett exkluderande från att erhålla skyddsstatus. Detta då konsekvensen av ett exkluderande har betydelse för huruvida konsekvensernas stränghet kan utgöra ett straff. Det har därför även funnits anledning att redogöra för hur införandet av Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (hädanefter den tillfälliga begränsningslagen) påverkat konsekvenserna av ett inkluderande som flykting och alternativt skyddsbehövande. Avsnittet är en deskriptiv skildring av asylrätten i allmänhet och exklusionsbestämmelserna i synnerhet. För att läsaren ska få en bild över hur frekvent bestämmelserna angående exklusion tillämpas i praktiken presenterar uppsatsen statistik från Migrationsverket och Krigsbrottskommissionen³.

I fjärde avsnittet behandlar uppsatsen frågan vad som krävs för att ”någon ska stå anklagad för ett brott”. Vad ett straff, ur ett straffrättsligt perspektiv, egentligen innebär och vad som kan utgöra ett straff behandlas även i detta avsnitt.

Det sista avsnittet består av analys och slutsatser. I analysdelen görs en jämförelse mellan ett exklusionsförfarande och ett straffrättsligt förfarande för att utröna vilka likheter det finns mellan dessa olika förfarande.

³ I Sverige ansvarar Krigsbrottskommissionen (numera Gruppen för utredning av krigsbrott.) för alla utredningar gällande folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser.

2 Exklusionsreglernas framväxt

2.1 Inledning

Människor har flytt sina hem sedan urminnes tider för att undkomma förföljelse och andra faror. Redan under 1600-talets första halva diskuterades rätten att söka skydd av bland annat författarna och filosoferna Franciscus de Vitoria, Hugo Grotius, Emerich de Vattel och Samuel Pufendorf.⁴ En frågeställning som än idag är aktuell är huruvida rätten att bli beviljad asyl även omfattar individer som gjort sig skyldiga till grov brottslighet. Grotius och Vattel var båda av uppfattningen att rätten till asyl inte är absolut och att grova brottslingar inte omfattas av rätten till asyl.⁵ Denna uppfattning återfinns än idag i de internationella instrument som asylrätten vilar på.

2.2 Mellankrigstiden

2.2.1 Nationernas Förbund

Efter första världskrigets slut befann sig ett stort antal människor på flykt. Nationernas Förbund, som grundades år 1920, sammankallade en konferens den 21 juni 1921 för att lösa frågan angående de 800,000 ryska efterkrigsflyktingar som befann sig på annat territorium.⁶ Dr. Fridtjof Nansen utsågs till ledare för att lösa frågan och det resulterade i att så kallade Nansenpass utfärdades till flyktingar. Giltighetstiden var ett år och kunde förlängas. Dokumentet gjorde det möjligt för innehavaren att lämna sin tillflyktsort för att sedan återvända eller bosätta sig i ett annat land.⁷

⁴ Rikhof, Joseph. *The criminal refugee: The treatment of asylum seekers with a criminal background in international and domestic law*. Volume 3., Republic of Letters Publishing, The Netherlands. / St.Louis, MO, 2012, s. 33.

⁵ Ibid., s. 34.

⁶ Ibid., s. 35.

⁷ Ibid., s. 36.

Kriterierna för att vara berättigad till ett sådant dokument såg ut på följande vis:

”Russian: Any person of Russian origin who does not enjoy or who no longer enjoys the protection of the Government of the Union of Socialist Soviet Republics and who has not acquired another nationality”⁸.

Denna lösning, med Nansenpass för att avgöra vem som är flykting, kom senare att tillämpas på först armeniska flyktingar för att sedan utvidgas och tillämpas på ett tiotal olika nationaliteter.⁹

2.2.2 Konvention angående flyktingars internationella status

Den 28 oktober 1933 antogs en ny konvention angående flyktingars internationella status. Flyktingbegreppet definierades inte här utan konventionen hänvisar till innehavare av Nansenpass. Konventionen gav dock flyktingar skydd från att bli utvisade eller återsändas förutom då ett uppehälle påverkade den nationella säkerheten eller allmänna ordningen i den aktuella staten. Man var överens om att undantagsreglerna endast skulle tillämpas i extrema fall och att en brottmålsdom inte per automatik skulle leda till ett exkluderande från flyktingskap för den dömda individen.¹⁰

2.3 Efterkrigstiden

2.3.1 United Nations Relief and Rehabilitation Agency

Under andra världskriget, år 1943, gick 44 allierade nationer ihop och skapade the United Nations Relief and Rehabilitation Agency (UNRRA).

⁸ Rikhof, s. 36.

⁹ Ibid., s. 36-37.

¹⁰ Ibid., s. 37.

Det skapades som ett temporärt organ vars mål var att assistera återvändande för människor som var medborgare i någon allierad stat.¹¹ I augusti 1945 antog UNRRA:s råd en resolution som lød:

”The Administration will not assist displaced persons who may be detained in the custody of the military or civilian authorities of any of the United Nations on charges of having collaborated with the enemy or having committed other crimes against the interest or nationals of the United Nations”¹².

Denna skrivelse kan ses som en föregångare till artikel 1 F FN:s flyktingkonvention.¹³ Resolutionen ändrades i maj 1946. Ändringen innebar att det istället räckte med att bli anklagad av militären för samarbete med fienden, istället för att behöva sitta i förvar för att det skulle vara möjligt att exkludera en individ från att vara berättigad till assistans från UNRRA. UNRRA:s verksamhet upphörde år 1947.¹⁴

2.3.2 The International Refugee Organization

Idén om att skapa en internationell flyktingorganisation diskuterades första gången i San Francisco den 7 maj 1945. Detta resulterade så småningom i att The International Refugee Organization (IRO) skapades.¹⁵ När IRO:s regler utarbetades var det inte bara flyktingdefinitionen som diskuterades flitigt bland nationerna. Frågan hur exklusionsbestämmelserna skulle utformas och vilka grupper bestämmelserna skulle omfatta var en fråga som diskuterades intensivt. Sovjetunionen introducerade ett utkast den 4 februari 1946 med följande lydelse:

¹¹ Rikhof, s. 38.

¹² Ibid., s. 38.

¹³ Zimmermann, Andreas, *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 protocol: a commentary*, Oxford University Press, 2011, s. 583.

¹⁴ Rikhof, s. 38.

¹⁵ Ibid., s. 38.

”Quislings, traitors and war criminals, as persons dishonored for the collaboration with the enemies of the United Nations in any form, should not be regarded as refugees who are entitled to get protection from the United Nations, and that quislings, traitors and war criminals who are still hiding, under the guise of refugees, should be immediately returned to their countries”¹⁶.

Huruvida politiska dissidenter skulle nekas assistans av IRO eller inte var en fråga som uppmärksammades där man även kunde se en tydlig skillnad mellan västerländska stater och öststaters uppfattning. Västerländska stater var av uppfattningen att politiska dissidenter skulle omfattas av IRO:s assistans medan östblocket menade att endast personer som ville återvända till sina hemländer skulle omfattas av skyddet och att de som inte ville återvända frivilligt per automatik kunde betraktas som quislingar, krigsförbrytare och förrädare.¹⁷ Detta resulterade i att följande begränsningar i IRO:s mandat infördes i samband med att IRO:s regelverk antogs. IRO:s skydd skulle inte omfatta personer som efter kriget:

”(a) have participated in any organization having as one purpose the overthrow by armed force of the country of their origin, being a Member of the United Nations; or the overthrow by armed force the Government of any other Member of the United Nations, or have participated in any terrorist organization;

(b) have become leaders of a movement hostile to the government of their country of origin being a Member of the United Nations

¹⁶ Rikshof, s. 38.

¹⁷ Ibid., s. 40-41.

*and sponsors of the movement encouraging refugees not to return to to their country of origin”.*¹⁸

Utöver de två ovan nämnda kategorier av individer skulle IRO:s assistans heller inte omfatta följande fyra kategorier:

- ”1. War criminals, quislings and traitors.*
- 2. any other person that can be shown:*
 - (a) to have assisted the enemy in persecuting civilian populations of the countries, Members of the United Nations; or*
 - (b) to have voluntarily assisted the enemy forces since the outbreak of the second world war in their operations against the United Nations*
- 3. Ordinary criminals who are extraditable by treaty”.*¹⁹

Det utarbetades även en manual där de olika brottsrubriceringarna definierades för att ge en mer enhetlig tolkning av begreppen.²⁰ IRO:s verksamhet upphörde den 1 januari 1951.²¹

2.3.3 FN:s Flyktingkonvention

Det enskilda mest grundläggande internationella instrumentet, vars regler både EU-rätten och den svenska lagstiftningen bygger på, är 1951 års konvention angående flyktingars ställning med 1967 års tilläggsprotokoll.²²

När FN:s flyktingkonvention antogs den 28 juli 1951 var den enligt artikel 1 endast tillämplig på händelser som utspelat sig i Europa innan den 1

¹⁸ Rikhof, s. 41.

¹⁹ Ibid., s. 42.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid., s. 51.

²² Diesen, Christian, Lagerqvist Veloz Roca, Annika, Lindblom Billing, Karolina, Seidlitz, Madelaine & Wilton Wahren, Alexandra. *Prövning av migrationsärenden – Bevis 8. 2:a upplagan.*, Norstedts juridik, Stockholm 2012, s. 21.

januari 1951. Flyktingdefinitionen var snarlik den som vi återfinner i utlänningslagen idag men med undantaget att den välgrundade fruktan som individen hyser på grund sin ras, religion, nationalitet, tillhörighet till viss samhällsgrupp eller politiska åskådning var tvungen att vara hänförlig till händelser som utspelat sig i Europa innan 1 januari år 1951.

Den 31 januari år 1967 i New York antogs ett tilläggsprotokoll angående flyktingars rättsliga ställning. Protokollet ratificerades av Sverige den 25 augusti 1967. Tilläggsprotokollet utvidgade flyktingdefinitionen till att omfatta alla individer som föll in under definitionen utan några tidsbegränsningar eller geografiska begränsningar. I ingressen till 1967 års tilläggsprotokoll framgår att syftet var att utvidga flyktingdefinitionen och inte begränsa tillämpningen av flyktingkonventionen i tid och rum. Bakgrunden var helt enkelt att det tillkommit nya flyktingsituationer i världen sedan år 1951 och man ville ge dem samma möjlighet att söka internationellt skydd.

Vid utformandet av FN:s flyktingkonvention utformades, i vanlig ordning, även exklusionsbestämmelser för att utesluta vissa individer från rätten att ta del av konventionens skydd. Reglerna om uteslutande från konventionens tillämplighet återfinns i artikel 1 F och fick följande lydelse:

Stadgandena i denna konvention äga icke tillämpning på den beträffande vilken föreligga allvarliga skäl att antaga att han,

- a) förövat brott mot freden, krigsförbrytelse eller brott mot mänskligheten, så som dessa brott blivit definierade i de internationella överenskommelser, som tillkommit för att meddela bestämmelser angående sådana brott; eller
- b) förövat grovt icke-politiskt brott utanför tillflyktslandet, innan han erhöll tillträde till detsamma såsom flykting; eller

c) gjort sig skyldig till gärningar, stridande mot Förenta Nationernas syften och grundsatser.

Både beviskravet och de exklusionsgrundande brotten och gärningarna är oförändrade sedan de infördes år 1951. De återfinns även i stort sett i oförändrad form i den nu gällande utlänningslagen i svensk rätt.

I FN:s flyktingkonvention infördes dock ett skyddsnet som är tillämpligt även då en individ är exkluderad från att ta del av konventionen skydd. I konventionens artikel 32 och 33 infördes ett förbud mot att utvisa en flykting då denna riskerar en viss behandling i mottagarlandet. Förbudet är en del av principen om non-refoulement och kommer att behandlas mer ingående i avsnitt 3.4.4 där även den svenska kodifieringen och tolkningen av principen tas upp.

2.4 Kommentar

Ända sedan asylrätten introducerades som en rättighet och stater ålades en skyldighet, att ge asyl, som korrelerar med rättigheten, att söka asyl, har det funnits en samstämmighet bland de fördragsslutande staterna att exklusionsgrunder är nödvändiga. Rätten att bli beviljad asyl har aldrig varit, är inte och kommer antagligen aldrig att bli en absolut rättighet. En absolut rättighet innebär att en stat inte kan göra avsteg från att tillämpa rättigheten. En stat kan heller inte inskränka rättigheten med nationell lagstiftning (se förbudet mot tortyr i avsnitt 3.4.4). Exklusionsgrundernas karaktär har skiftat med tiden och har till stor del präglats av de två världskrigen som utspelade sig under 1900-talet. Exklusionsbestämmelserna var till en början formulerade på ett svävande sätt med stort tolkningsutrymme och utan något egentligt beviskrav för att individen ska falla in under någon grund. Dagens regler har preciserats då de brottsrubriker som ingår i exklusionsgrunderna blivit definierade i både nationella och internationella straffrättsliga och folkrättsliga instrument

och ett tydligare beviskrav föreskrivs för att en skyddsbehövande individ ska kunna exkluderas. Flyktingdefinitionen utvidgades år 1967 då tidsmässiga och geografiska begränsningar togs bort. Principen om non-refoulement har påverkats något av antagandet av nya traktat för mänskliga rättigheter. Utöver det så är flyktingdefinitionen, de exklusionsgrundande bestämmelserna och principen om non-refoulement i all väsentlighet oförändrade sedan år 1951.

3 Exklusionsreglernas funktion

3.1 Inledning

Asylreglerna i både den svenska utlänningslagen och EU:s direktiv vilar till stor del på FN:s Flyktingkonvention. Flyktingdefinitionen samt exklusionsbestämmelserna är snarlika i dessa tre instrument. I detta avsnitt ligger fokus främst på tillämpningen och konsekvenserna av den svenska lagstiftningen. Det har dock varit nödvändigt att till viss del redogöra för hur de internationella instrumenten är utformade samt praxis från EU-domstolen då dessa har direkt inflytande på hur det svenska regelverket är utformat, tolkas och tillämpas i svensk rätt.

3.2 Internationell lagstiftning

3.2.1 FN:s Flyktingkonvention

Som nämnts ovan är FN:s flyktingkonvention och 1967 års tilläggsprotokoll det mest grundläggande instrument inom asylrätten. Konventionen, när den antogs år 1951, lade grunden för hur asylrätten skulle komma att utformas och tillämpas än idag.

3.2.2 EU-direktiv

Det finns åtskilliga direktiv från EU som reglerar olika aspekter av migrationsrätten inom medlemsstaterna. Vissa av direktiven har stor betydelse för den svenska tillämpningen av asylrätten och exklusionsbestämmelserna medan andra direktiv inte påverkar dessa frågor alls.

Implementerandet av olika EU-direktiv har medfört att utlänningslagen har fått en något krånglig struktur. Grundproblemet har varit att den svenska utlänningslagen har haft uppehållstillståndet som ett centralt begrepp medan EU-direktivens regelverk kretsat kring statusförklaringen.

RÅDETS DIREKTIV 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet (fortsättningsvis skyddsgrundsdirektivet) är ett centralt direktiv. Direktivets syfte var att harmonisera medlemsstaternas tillämpning av asylrätten, genom att fastställa vilka kriterier som ska tas hänsyn till vid bedömning om en tredjelandsmedborgare är att betrakta som skyddsbehövande. Direktivet innehåller även regler angående exklusion för att få en enhetlig tillämpning av exklusionsförfarandet medlemsstaterna emellan.²³

RÅDETS DIREKTIV 2005/85/EG av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för beviljande eller återkallande av flyktingstatus (fortsättningsvis asylprocedurdirektivet) är av mer praktisk natur. Det innehåller miniminormer för hur medlemsstaterna ska tillämpa asylförfarandet. Bland annat regler angående handläggningen av ett asylärende vad gäller beviljande och återkallelse av skyddsstatus men även rätten till rättshjälp, personlig intervju och tillgång till domstolsprövning.²⁴

RÅDETS DIREKTIV 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening (fortsättningsvis familjeåterföreningsdirektivet) syftar

²³ Diesen m.fl., s. 28.

²⁴ Ibid., s. 29.

kortfattat till att harmonisera de regler som kontrollerar under vilka villkor rätten till familjeåterförening kan åtnjutas av en tredjelandsmedborgare.²⁵

3.3 Nationell lagstiftning

3.3.1 Utlänningslagen

Utlänningslagen är den centrala lagstiftningen som tillämpas i svensk rätt. Lagen är blandning av nationell lagstiftning samtidigt som alla EU-direktiv som rör migrationsrätt införlivats i denna lag. Utlänningslagen innehåller, förutom asyl och exklusionsbestämmelser, en mängd bestämmelser som bland annat reglerar anhöriginvandring, utvisning och avvisning av utlänningar och olika typer av tvångsåtgärder som kan användas.

Sverige har tillhandahållit mer generösa regler för asylsökande och deras anhöriga. Därför har införlivandet av EU-direktiven inte inneburit något utvidgande av rättigheterna gentemot en asylsökande från Sveriges sida. Direktiven har dock varit av stor betydelse vid införandet av den tillfälliga begränsningslag som infördes under år 2015 då målet med denna lag var att lägga den svenska asylrätten på EU:s miniminivå (se avsnitt 3.5.1).

3.3.2 Flyktingdefinitionen

En flykting enligt definitionen i utlänningslagens 4 kap. 1 § är en utlänning som befinner sig utanför landet där han eller hon är medborgare på grund av att han eller hon känner en välgrundad fruktan för förföljelse på grund av sin ras, nationalitet, religiös eller politisk uppfattning eller på grund av kön, sexuell läggning eller annan tillhörighet till en viss samhällsgrupp och inte kan, eller på grund av sin fruktan inte vill, begagna sig av detta lands skydd.

²⁵ Diesen m.fl., s 27.

Det spelar ingen roll huruvida det är landets myndigheter som är ansvariga för att utlänningen riskerar förföljelse eller om förföljelsen utgår från enskilda och utlänningen inte kan antas bli erbjuden ett effektivt myndighetsskydd som inte är av tillfällig natur.

Vad gäller statslösa utlänningar, det vill säga människor som inte har något medborgarskap, prövas skyddsbehovet gentemot det land där den statslösa har haft sin vanliga vistelseort.

Den 1 januari 2010 när EU:s skyddsgrundsdirektiv införlivades i utlänningslagen infördes bland annat ett fjärde stycke i 4 kap. 1 § som hänvisar till exklusionsgrunderna i 4 kap. 2 b § utlänningslagen.²⁶ Mer om denna paragraf i avsnitt 3 som behandlar exklusionsgrunderna.

3.3.3 Definitionen av alternativt skyddsbehövande

Definitionen av vem som är alternativt skyddsbehövande återfinns i 4 kap. 2 § utlänningslagen. Enligt ovan lagrum måste det vara en utlänning som befinner sig utanför det land där han eller hon är medborgare i på grund av att,

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

²⁶ Wikrén, Gerhard, Sandesjö, Håkan. *Utlänningslagen med kommentar*. 10:e upplagan., Norstedts juridik, Stockholm 2014, s. 135.

Beviskravet för att anses vara alternativt skyddsbehövande är högre än vad som krävs för att anses som flykting. Istället för att göra sitt skyddsbehov *sannolikt* behöver en alternativt skyddsbehövande påvisa att det finns *grundad anledning att anta* att skyddsbehovet föreligger.

3.3.4 Bevisbördan och beviskravet

Bevisbördan för att en asylsökande uppfyller kriterierna och därmed har rätt till flyktingstatusförklaring eller status som alternativt skyddsbehövande vilar på den sökande.²⁷ I Prop. 1996/97:25 framhåller regeringen att det är UNHCR:s handbok som är vägledande när det gäller att fastställa beviskravet. Det framgår vidare att det inte är möjligt att ålägga den asylsökande ett allt för högt beviskrav. Beviskravet för flyktingar har därför bestämts till att den sökande ska göra sina asylskäl sannolika.²⁸ Att beviskravet satts lågt har sin grund i att det är generellt svårt att ”bevisa” att någonting kommer att inträffa i framtiden, i detta fall skulle bevisbördan innefatta att den sökande, vid ett återvändande till sitt hemland, kommer att utsättas för förföljelse som är hänförlig till en flyktinggrund i utlänningslagen 4 kap. 1 § utlänningslagen. Av migrationsdomstolens praxis och UNHCR:s handbok framhålls vidare att en sökande ofta inte har tillgång till skriftlig eller annan bevisning för sina påståenden. Därför tillämpas även principen om tvivelsmålets fördel (benefit of the doubt) vid bedömningen av en asylberättelse.²⁹

Man kan dock ha i åtanke att även då bevisbördan är placerad på den asylsökande har Migrationsverket en långtgående utredningsskyldighet i asylärenden som följer av officialprincipen. Även då det inte finns något direkt lagstöd för detta då förvaltningsprocesslagens 8 §, där utredningsansvaret regleras, riktar sig åt förvaltningsdomstolarna och inte förvaltningsmyndigheter, så framgår det av förarbetena att

²⁷ UNHCR:s handbok, p. 195.

²⁸ Prop. 1996/97:25 s. 96-98.

²⁹ UNHCR:s handbok, p. 204.

officialprincipen är en allmän förvaltningsrättslig grundsats som även ska tillämpas av förvaltningsmyndigheter oberoende om uttryckligt lagstöd förekommer.³⁰ Av förarbetena framgår det att utredningsskyldighetens omfattning är beroende av karaktären på ärendet samt hur starkt skyddsbehovet är. Då asylärenden är en speciell ärendekategori där ett skyddsbehov kan föreligga har myndigheten en långtgående utredningsskyldighet att uppfylla.³¹

3.4 Exklusionsgrunderna

3.4.1 Exklusionsbestämmelsernas syfte

Exklusionsbestämmelserna har flera olika syften att uppfylla. Det första är av principiell natur och innebär att den som har begått någon av de exklusionsgrundande gärningarna helt enkelt inte förtjänar att ta del av det skydd som erbjuds en flykting.³² Reglerna ska även motverka att en individ undgår juridiskt ansvar för sina gärningar genom att gömma sig bakom en flyktingstatusförklaring i ett annat land. Ett exkluderande ska vidare skydda invånarna i mottagarlandet från de brott som skulle kunna begås i framtiden av de exkluderade brottslingarna samt bidra till att upprätthålla nationell säkerhet i mottagarlandet.³³ Huruvida den svenska tillämpningen av exklusionsbestämmelserna bidrar till att uppfylla dessa syften eller inte kommer att diskuteras i uppsatsens sista avsnitt.

³⁰ Prop. 2004/05:170 s. 154-155.

³¹ Ibid., s. 155.

³² UNHCR, Guidelines on International Protection No. 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees, UN Doc. HCR/GIP/03/05 (Sept. 4, 2003), p. 2. Fortsättningsvis UNHCR:s riktlinjer.

³³ Zimmerman, s. 583

3.4.2 Exklusionsbestämmelserna

Av 4 kap. 2 b § framgår det att en utlänning är utesluten från att anses vara flykting om det finns *synnerlig anledningen att anta* att utlänningen gjort sig skyldig till:

1. Brott mot freden, krigsförbrytelser eller brott mot mänskligheten så som dessa identifieras i de internationella instrument som har upprättats för att beivra sådana brott,
2. ett grovt icke-politiskt brott utanför Sverige innan han eller hon kom hit, eller
3. gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser enligt inledningen och artiklarna 1 och 2 i Förenta nationernas stadga.

Det som anges i första stycket gäller även en utlänning som har anstiftat eller på annat sätt deltagit i förövandet av de brott eller gärningar som där nämns.

Paragrafen riktar sig till exkluderandet av *flyktingar*. Den är alltså endast tillämplig då en utlänning redan inkluderats och uppfyller kriterierna för att anses vara flykting. Det är inte möjligt att exkludera en utlänning som inte först har inkluderats som flykting. Det är heller inte möjligt att underlåta att exkludera en flykting som uppfyller kraven i 4 kap. 2 b §. Föreligger det *synnerlig anledning att anta* att en flykting har begått något av de ovan nämnda brott eller gärningar så ska flyktingen exkluderas från att anses vara flykting.

Alternativt skyddsbehövande är, enligt 4 kap. 2 c § utlänningslagen, exkluderade från att anses vara alternativt skyddsbehövande under samma förutsättningar som flyktingar i 4 kap. 2 b § utlänningslagen. Det har även tillkommit två ytterligare grunder då en alternativt skyddsbehövande individ ska exkluderas. Det är när det finns *synnerlig anledning att anta* att individen har gjort sig skyldig till ett grovt brott, oberoende av motivet för

brottet och platsen för utförande, eller ifall individen utgör en fara för rikets säkerhet.

3.4.3 Bevisbörda och beviskrav

Enligt samma princip som ålägger den asylsökande bevisbördan för sina asylskäl åläggs staten som påstår att flyktingen ska exkluderas bevisbördan för att exklusionsbestämmelserna är tillämpliga. Beviskravet i utlänningslagen har bestämts till att det ska finnas *synnerligen anledning att anta* att en individ gjort sig skyldig till någon av de gärningar som räknas upp. Det är samma beviskrav som ställs upp i den svenska versionen av skyddsgrundsdirektivet artikel 12.2. I den engelska versionen av skyddsgrundsdirektivet samt FN:s flyktingkonvention artikel 1 F används beviskravet *serious reasons for considering*, vilket i en översättning till svenska betyder *allvarliga skäl att anta*.³⁴ Varför lagstiftaren valt att ändra ordalydelsen i beviskravet framgår inte av förarbetena till lagen. Det framgår däremot att UNHCR:s handbok paragraf 147-163 ska vara vägledande i tillämpningen och tolkningen av exklusionsbestämmelserna.³⁵ UNHCR:s handbok föreskriver att det är upp till de enskilda staterna att avgöra när exklusionsbestämmelserna är tillämpliga så länge beviskravet minst uppgår till *serious reasons for considering*. Vi kan därför utgå från att lagstiftarens ambition är att den svenska översättningen av beviskravet ska tolkas på samma vis, eller strängare, än det i flyktingkonventionen och skyddsgrundsdirektivet trots att ordalydelsen inte är den samma. Att så är fallet framgår även från svensk praxis.³⁶

I förarbetena framhåller regeringen att, mot bakgrund av de allvarliga konsekvenserna som ett exkluderande innebär för individen, skall bestämmelserna tolkas restriktivt. Det ska vidare föreligga en faktisk

³⁴ Wikrén, Gerhard, Sandesjö, Håkan, s. 183.

³⁵ prop. 2009/10:31 s. 261.

³⁶ MIG 2012:14.

omständighet som påtagligt visar att man med fog kan anta att utlänningen har begått någon av gärningarna.³⁷ I den svenska doktrin framgår det bland annat att formulering ”allvarliga skäl” påvisar att beviskravet bör ställas högt och att det är en allmänt accepterad uppfattning att det i princip krävs samma grad av bevisning som för att väcka åtal i enlighet med internationell standard.³⁸ Denna uppfattning framgick även av Migrationsverkets rättsligt ställningstagande från den 12 januari 2011 gällande exklusion från bl.a. flyktingskap. Det framgick att kravet på bevisningen kunde jämföras med den som krävs för bedömningen att *skälig misstanke* finns för brott enligt svensk nationell rätt och att bevisningen ska vara sådan som krävs för åtal enligt internationell rätt.³⁹ Detta skulle innebära att varje gång en flykting eller en alternativ skyddsbehövande exkluderas från att erhålla respektive status borde en åklagare kunna väcka åtal för de begångna brotten med samma bevisning som underlag. Det rättsliga ställningstagandet upphävdes dock den 15 september 2015 med anledning av att Migrationsöverdomstolen i MIG 2011:24 och MIG 2012:14 uttalat sig om hur beviskravet och individuellt ansvar ska tolkas.

3.4.3.1 Migrationsöverdomstolen angående beviskravet

Fallet, MIG 2012:14, gällde en man från Irak som sökte asyl i Sverige tillsammans med sin son år 2008. Kortfattat hade mannen varit medlem i Baathpartiet som var styrande under Saddam Husseins regim i Irak. Migrationsöverdomstolen fann slutligen att mannen, och hans son, är att betrakta som flyktingar i enlighet med 4 kap. 1 § utlänningslagen samt att förutsättningarna för exklusion enligt 4 kap. 2 b § utlänningslagen inte förelåg.

³⁷ prop. 2009/10:31 s. 261.

³⁸ Wikrén, Gerhard, Sandesjö, Håkan, s. 183.

³⁹ MIG 2012:14.

Domstolen gör dock, med vägledning av internationella rättskällor, en del viktiga klargöranden angående tillämpningen av exklusionsbestämmelserna.

Av rättsfallet framgår att det svenska beviskravet *synnerlig anledning att anta* ska tolkas i överensstämmelse med de beviskrav som framgår av skyddsgrundsdirektivet samt FN:s flyktingkonvention. Migrationsöverdomstolen slår även fast att det inte är nödvändigt att den asylsökande individen som står inför ett exkluderande är dömd för brottet i fråga och att det inte krävs samma styrka i bevisningen för ett exkluderande som för en fällande dom i ett brottsmål. Domstolen framhåller dock att det är viktigt att beviskravet ställs tillräckligt högt mot bakgrund av det grundläggande syftet med FN:s flyktingkonvention och motsvarande nationell lagstiftning, nämligen att tillförsäkra ett skydd åt de som är utsatta för förföljelse. Domstolen framhåller även att bevislätnadsregeln (*benefit of the doubt*) är tillämplig till den asylsökandes fördel vid bedömningen om exklusion. Detta förutsätter dock att den asylsökande har gjort ett ärligt försök att styrka sin berättelse och att dennes allmänna trovärdighet inte ifrågasätts.

3.4.3.2 Migrationsöverdomstolen angående individuellt ansvar

Detta avgörande, MIG 2011:24, gällde en man från Irak som sökte asyl i Sverige under 2007. Mannens skyddsskäl grundade sig kortfattat i att han arbetat inom Saddam Husseins säkerhetstjänst under en lång tid och därför riskerade han förföljelse, hänförlig till 4 kap. 1 § utlänningslagen, från såväl milisgrupper som myndighetspersoner. Han uppfyllde därför rekvisiten som flykting. Domstolen fann även att mannen, vid ett återvändande till Irak, riskerade att utsättas för sådan behandling som beskrivs i 4 kap. 2 § utlänningslagen.

Mannen hade under sina 23 år i säkerhetstjänsten uppnått graden av överstelöjtnant. Han hade en chefsposition på en avdelning som utförde arbete med att kartlägga oppositionella gruppers aktivitet, såväl politiska som religiösa. Enligt mannens egna uppgifter hade han bland annat haft i arbetsuppgift att samla in information om politiskt oliktankande individer och om personer som var medlemmar i religiösa grupper. Informationen har han sedan lämnat vidare till andra myndighetspersoner, som i sin tur har utfört förhör med dessa individer. Mannen hade även vid vissa tillfällen själv deltagit i att hämta personer till förhör.

Av den landinformation som Migrationsverket lagt till grund för beslutet framgick det att avrättningar och tortyr tillämpades systematiskt av den irakiska regimen. Det framgick vidare att tortyren användes både för att få fram information och som bestraffning. De som riskerade utsättas för denna behandling var främst politiska fångar misstänkta för att vara i opposition gentemot staten eller personer som hade haft kontakt med oppositionen i Irak eller utomlands. Anhängare till olika shiamuslimska ledare riskerade även att utsättas för tortyr.

Mot bakgrund av den landinformation som presenterades stod det klart för Migrationsöverdomstolen att det begicks gärningar som faller in under definitionen av brott mot mänskligheten av den irakiska regimen under den tid som mannen var verksam inom säkerhetstjänsten. Frågan som Migrationsöverdomstolen hade att besvara var huruvida mannen kunde åläggas ett individuellt ansvar, i utlänningslagens mening, för de brott som begåtts av den irakiska regimen.

För att besvara denna fråga tar Migrationsöverdomstolen avstamp i de internationella rättskällorna som ligger till grund för den svenska lagstiftningen. Enligt UNHCR:s riktlinjer punkt 18 framgår att ett individuellt ansvar allmänt kan härledas ur den omständigheten att individen personligen begått den kriminella handlingen eller i väsentlig mån medverkat till att den kriminella handlingen utförts. I det sistnämnda

fallet krävs att individen måste ha varit medveten om att dennes handlande, eller underlåtenhet att handla, kommer att underlätta att den kriminella handlingen begås. Individen måste alltså inte fysiskt begå den kriminella handlingen för att kunna åläggas ett individuellt ansvar för den begångna handlingen. Enligt punkt 19 i UNHCR:s riktlinjer kan inte enbart omständigheten att en individ varit en högre medlem i en repressiv statsmakt eller annan organisation som begår olagliga våldsamheter innebära att ett individuellt ansvar kan åläggas för de begångna handlingarna. En ansvarspresumtion kan dock uppstå när en individ förblir medlem i en statsmakt som uppenbart utför handlingar som faller innanför tillämpningsområdet av artikel 1 F i FN:s flyktingkonvention

Domstolen tar även vägledning av första frågan som EU-domstolen besvarade i ett förhandsavgörande (se avsnitt 3.4.3.3). Förhandsavgörandet gällde mer specifikt exklusion då det föranleddes av ett grovt icke-politiskt brott och gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser enligt inledningen och artiklarna 1 och 2 i Förenta nationernas stadga. Migrationsdomstolen menade dock att de uttalanden som EU-domstolen gjorde var tillämpliga oavsett vilket sorts brott eller gärning som låg till grund för exkluderandet.

Mot bakgrund av ovan fann Migrationsöverdomstolen att mannen kunde åläggas ett individuellt ansvar för de brott mot mänskligheten som den irakiska regimen begick under Saddam Husseins styre. Han var därför exkluderad från att erhålla flyktingstatus enligt 4 kap. 2 b § utlänningslagen. Han var även exkluderad från att erhålla status som alternativt skyddsbehövande i enlighet med 4 kap. 2 c § utlänningslagen. Det fanns heller inte någon annan skyddsgrund som mannen kunde beviljas uppehållstillstånd på. Domstolen konstaterade dock, mot bakgrund av den behandling som mannen riskerade utsättas för vid ett återvändande till Irak, att det förelåg ett absolut verkställighetshinder enligt 12 kap 1 § utlänningslagen (se avsnitt 3.4.3). Verkställighetshindret var enligt domstolen att betrakta som tillfälligt och mannen beviljades ett

uppehållstillstånd med stöd av 5 kap. 11 § utlänningslagen med en giltighetstid på ett år.

3.4.3.3 Förhandsavgörande från EU-domstolen

En stor del av tolkningen av exklusionsbestämmelsernas tillämpning kommer från EU-nivå. Ett centralt förhandsavgörande som bland annat till stor del ligger till grund för de två domarna ovan är EU-domstolens dom den 9 november 2010 i de förenade målen B och D, C-57/09 och C-101/09 (stora avdelningen), 2010-11-09. Det var en nationell domstol i Tyskland som ställde följande fyra frågor till EU-domstolen.

1. Om en person har tillhört en terroristorganisation, medför det per automatik att denna person ska uteslutas från att anses vara flykting enligt skyddsgrundsdirektivet artikel 12.2?
2. För att utesluta en utlänning som flykting enligt skyddsgrundsdirektivet, krävs det enligt skyddsgrundsdirektivet att den berörda personen fortsätter att utgöra en fara för den mottagande medlemsstaten?
3. Krävs det en proportionalitetsbedömning i det enskilda fallet för att fatta ett beslut att inte bevilja flyktingstatus i det enskilda fallet?
4. Medger skyddsgrundsdirektivet att medlemsstaterna i enlighet med nationell rätt får bevilja rätt till asyl till en person som inte kan ges flyktingstatus enligt skyddsgrundsdirektivet?

Den första frågan besvarades nekande av domstolen. Ett medlemskap i en terroriststämplad organisation föranleder inte ett uteslutande per automatik. Förenklat anför domstolen att den berörda personen måste kunna göras delvis personligen ansvarig för de brott eller gärningar som terroristorganisationen begått. Man ska bland annat beakta personens faktiska roll vid utförandet av handlingarna, vilken position vederbörande haft inom organisationen och den grad av kännedom denne haft, eller

borde haft, angående organisationens verksamhet. Man ska även ta hänsyn de eventuella påtryckningar som personen kan ha varit utsatt för och andra faktorer som kan ha påverkat personens handlande. Om en beslutsfattande myndighet kan konstatera att personen haft en framträdande position i en organisation som tillämpar terroristmetoder kan myndigheten förutsätta att denna person har ett individuellt ansvar för handlingar som begåtts av organisationen under den relevanta tidsperioden. Det måste dock fortfarande göras en prövning av samtliga relevanta omständigheter för att ta ett beslut att exkludera en individ från flyktingstatus i enlighet med artikel 12.2 b eller c i skyddsgrundsdirektivet. Domstolen slår fast att terroristattacker som utgörs av våld som riktas mot civila människor är att betrakta som grova icke-politiska brott oavsett om det ligger ett politiskt syfte bakom det.

När det kommer till den andra frågan uttalar domstolen att det inte är nödvändigt att individen utgör en fara för staten vid bedömningen om exklusionsbestämmelserna är tillämpliga. Domstolen uttalar att det följer av ordalydelsen i såväl artikel 1 F i FN:s flyktingkonvention som artikel 12.2 i skyddsgrundsdirektivet. Domstolen avslutar denna fråga med att understryka att syftet med ett exkluderande är att utgöra sanktioner för det tidigare begångna brottet.

Den tredje frågan besvarar domstolen nekande. Någon proportionalitetsbedömning i det enskilda fallet behöver inte göras. Som frågan är ställd, och besvarad, måste den förstås som att den proportionalitetsbedömningen, som enligt EU-domstolen inte behöver göras, skulle stå mellan allvarligheten i den exklusionsgrundande handling och konsekvenserna av ett exkluderande för den enskilda individen. EU-domstolen avslutar med att erinra om att ett exkluderande av en individ från att erhålla flyktingstatus enligt artikel 12.2 skyddsgrundsdirektivet inte innebär ett beslut om att verkställa en utvisning till ursprungslandet. Det är föremål för ett separat beslut.

Som svar på den fjärde frågan framhåller EU-domstolen att medlemsstaterna är fria att ge skydd åt individer som exkluderats från att erhålla flyktingstatus i enlighet med 12.2 skyddsgrundsdirektivet. Denna skyddsform får dock inte gå att förväxla med en skyddsstatus i skyddsgrundsdirektivet.

3.4.4 Principen om non-refoulement och verkställighetshinder

Principen om non-refoulement är en allmänt accepterad rättsprincip som utgör internationell sedvanerätt. Principen innebär således en förpliktelse för alla stater gentemot alla människor oavsett om staten är fördragsslutande i något dokument där principen regleras eller inte.⁴⁰ Principen finns kodifierad i en mängd olika internationella instrument som exempelvis i EU:s skyddsgrundsdirektiv och FN:s flyktingkonvention. Principen får stor betydelse när ett exkluderande från att anses vara flykting eller alternativt skyddsbehövande sker.

Av artikel 33 i FN:s flyktingkonvention framgår att fördragsslutande stat inte får utvisa eller avvisa flykting till gränsen mot område där hans liv eller frihet skulle hotas på grund av hans ras, religion, nationalitet, tillhörighet till viss samhällsgrupp eller politiska åskådning. Det finns dock undantag som är tillämpligt i två situationer. Enligt artikel 33.2 FN:s flyktingkonvention får undantag göras när det föreligger skälig anledning att betrakta flyktingen som en fara för asyllandet. Det går också att göra avsteg från förbudet mot avvisning och utvisning när flyktingen, genom en lagakraftvunnen dom, har gjort sig skyldigt till ett synnerligen grovt brott och utgör en samhällsfara för asyllandet. Detta undantag måste dock tillämpas restriktivt, med beaktande av proportionalitetsprincipen, där refoulement torde utgöra ett sista alternativ för att säkerställa, eller minska risken, att flyktingen inte utgör en fara för sitt tillflyktsland. Vid ett tillämpande av något av undantagen är det dock viktigt att beakta andra

⁴⁰ Diesen m.fl., s. 142.

konventionsåtagande som exempelvis FN:s konvention mot tortyr och Europakonventionen.⁴¹

I artikel 3 i FN:s konvention mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning återfinns ännu ett uttryck för principen om non-refoulement. Artikeln föreskriver ett förbud mot återsändande eller utlämnande av en individ till ett land där det finns välgrundade skäl att tro att personen kommer bli utsatt för tortyr. Förbudet gäller även när individen riskerar att skickas vidare till ett tredje land där samma risk för att bli utsatt för tortyr föreligger (chain-refoulement).⁴² Till skillnad från förbudet mot non-refoulement i FN:s flyktingkonvention artikel 33 så föreligger det inga undantag i FN:s konvention mot tortyr artikel 3.⁴³ Förbudet mot tortyr är alltså absolut och det finns inte under några omständigheter en möjlighet för stater att göra undantag från det.

I svensk lagstiftning har principen om non-refoulement kodifierats i 12 kap. 1-3 § utlänningslagen. Av 12 kap. 1 § utlänningslagen framgår ett absolut förbud mot verkställighet av avvisning och utvisning. Detta verkställighetshinder är tillämpligt då det föreligger *skälig anledning att anta* att utläningen där skulle vara i fara att straffas med döden eller att utsättas för kroppsstraff, tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning. Förbudet gäller även gentemot att avvisa eller utvisa en utlänning till ett land där han eller hon inte är skyddad från att skickas vidare till ett land där denne riskerar ovan nämnda behandling. Detta hinder är absolut och det finns inga undantag från att tillämpa verkställighetshindret till skillnad från de undantag som finns till verkställighetshindren i 12 kap. 2-3 §. Att detta hinder har fått karaktären av ett absolut förbud kan spåras till både FN:s konvention mot tortyr artikel 3 och förbudet mot tortyr i Europakonventionens artikel 3. Där det framgår att ingen får utsättas för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning. Detta förbud är alltså absolut och

⁴¹ Diesen m.fl., s. 142.

⁴² Ibid., s. 143.

⁴³ Ibid.

Europadomstolen har inte godtagit att någon intresseavvägning gentemot nationell säkerhet görs i utvisningsbeslut där detta verkställighetshinder aktualiseras.⁴⁴

I 12 kap. 2 § utlänningslagen finns ett förbud mot att verkställa en utlännning till ett land där denne riskerar att utsättas för förföljelse. Utlänning får heller inte verkställas till ett land där denne inte är skyddad från att skickas vidare till ett land där denne riskerar förföljelse. Förföljelse enligt denna paragraf ska tolkas på samma vis som förföljelse enligt 4 kap. 1 § utlänningslagen.⁴⁵ Det finns dock två undantag till detta förbud som är till tillämpliga då förföljelsen, som utlänningen riskerar vid en utvisning till landet i fråga, inte innebär en fara för utlänningens liv eller annars är av särskilt svår art. Det första undantaget är tillämpligt då det inte går att verkställa utvisningen till något annat land och utlänningen genom ett synnerligen grovt brott har visat att det skulle vara förenat med allvarlig fara för allmän ordning och säkerhet att låta utlänningen stanna i Sverige. Det går även att göra undantag från verkställighetshindret i 12 kap. 2 § om utlänningen har bedrivit sådan verksamhet som inneburit fara för rikets säkerhet och det finns anledning att anta att utlänningen skulle fortsätta verksamheten här i landet och det inte finns möjlighet att sända utlänningen till något annat land.

Av 12 kap. 3 § utlänningslagen framgår att utvisning av alternativt skyddsbehövande som avses i 4 kap. 2 § första stycket, i fall av väpnad konflikt, inte får verkställas om det finns synnerliga skäl emot det.

⁴⁴ Wikrén, Gerhard, Sandesjö, Håkan., s. 585.

⁴⁵ Ibid., s. 587.

3.5 Konsekvenserna av ett inkluderande

3.5.1 Den tillfälliga begränsningslagen

Tisdagen den 21 juni 2016 fattade Sveriges Riksdag ett beslut om att anta en tillfällig lag med syftet att begränsa möjligheterna för en utlänning att få uppehållstillstånd i Sverige. Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige trädde i kraft den 20 juli 2016 och ska gälla i tre år.⁴⁶ Enligt förarbetena till lagen hade antalet asylsökande under år 2015 varit rekordhøgt och medfört stora påfrestningar på det svenska asylsystemet och det hade även medfört stor belastning på andra centrala samhällsfunktioner. De föreslogs därför att det svenska asylsystemet skulle anpassas till EU:s miniminivå så länge det inte bryter mot något av Sveriges konventionsåtagande.⁴⁷ De begränsningar som infördes i och med att den tillfälliga lagen trädde i kraft påverkar inte flyktingbedömningen eller exklusionsgrunderna överhuvudtaget. Lagen begränsar möjligheterna för en skyddsbehövande att få ett permanent uppehållstillstånd. Tidigare har huvudregeln i 5 kap. 1 § utlänningslagen varit att både flyktingar och alternativt skyddsbehövande beviljas permanenta uppehållstillstånd. Den tillfälliga begränsningslagen inskränker även möjligheten för anhöriginvandring och familjeåterförening.

3.5.2 Rätten till uppehållstillstånd

Som nämnts i avsnitt 3.5.1 erhöll, som huvudregel, en flykting ett permanent uppehållstillstånd innan den tillfälliga begränsningslagen trädde i kraft och efter i-kraft-trädandet får en flykting enligt 5 § i den tillfälliga begränsningslagen ett uppehållstillstånd som är tidsbegränsat till tre år. Uppهållstillstånd för alternativt skyddsbehövande ändrades även från att, enligt huvudregeln, erhålla permanenta uppehållstillstånd till att istället

⁴⁶ Prop. 2015/16:174 s. 1.

⁴⁷ Ibid.

enligt 5 § i den tillfälliga begränsningslagen erhålla tillfälliga uppehållstillstånd som är tidsbegränsade till tretton månader.

3.5.3 Rätten till familjeåterförening

En vanlig uppfattning om anhöriginvandring är att det är den skyddsbehövande personen i Sverige som ansöker om att uppehållstillstånd för sina anhöriga. I själva verket är det den anhöriga som ansöker om uppehållstillstånd på grund av anknytning och uppger då personen i Sverige som anknytningsperson.

Reglerna om anhöriginvandring och familjeåterförening påverkas även av den tillfälliga begränsningslagen. Det är av stor betydelse vilken skyddsstatus individen erhållit för möjligheterna till familjeåterförening.

De svenska reglerna grundar sig på EU:s familjeåterföreningsdirektiv. Innan den tillfälliga lagen trädde i kraft har Sverige haft mer generösa regler angående anhöriginvandring och familjeåterförening än vad familjeåterföreningsdirektivet förespråkar. I arbetet med utformningen av den nya tillfälliga begränsningslagen var syftet att anpassa hela asylsystemet efter EU:s miniminivå, vilket innebär att även familjeåterföreningen skulle anpassas efter EU:s miniminivå.⁴⁸

Huvudregeln i 5 kap. 3 § utlänningslagen, innan den tillfälliga lagen trädde i kraft, förespråkade kortfattat att uppehållstillstånd ske ges till make, sambo och ogifta barn till någon som bosatt eller som har beviljats uppehållstillstånd för bosättning i Sverige. Det har dock funnits ett försörjningskrav som ställer krav på att anknytningspersonen; den som utläningen åberopar anknytning till, ska kunna försörja sig och ha en bostad av tillräcklig storlek och standard för sig själv och utläningen enligt 5 kap. 3 b § utlänningslagen. Detta försörjningskrav har dock enligt 5 kap. 3 c § utlänningslagen inte varit tillämpligt då anknytningspersonen

⁴⁸ Prop. 2015/16:174 s. 39.

beviljats uppehållstillstånd som flykting, alternativt skyddsbehövande eller senare erhållit status som flykting eller alternativt skyddsbehövande.

I den tillfälliga begränsningslagen har möjligheterna för skyddsbehövande att återförenas med sin familj minskats. Enligt 6 § i den tillfälliga lagen ska ett uppehållstillstånd på grund av anknytning enligt 5 kap. 3 § första stycket 1 eller 2 utlänningslagen, om personen som utläningen åberopar anknytning till är en flykting som har beviljats uppehållstillstånd som har tidsbegränsats enligt 5 §, beviljas om flyktingen bedöms ha välgrundade utsikter för att beviljas ett permanent uppehållstillstånd. I propositionen framgår det att en flykting vars uppehållstillstånd har tidsbegränsats enligt den tillfälliga begränsningslagen torde i regel anses ha välgrundade utsikter att senare erhålla ett permanent uppehållstillstånd. Detta då skyddsskäl ofta kvarstår under en längre tid och att begränsningen av möjligheten att få permanent uppehållstillstånd kommer att upphöra när den tillfälliga lagen upphör att gälla den 19 juli 2019.⁴⁹

Enligt familjeåterföreningsdirektivet artikel 3.2 ska direktivet inte tillämpas då anknytningspersonen uppehållstillstånd är grundat på någon av de alternativa skyddsformerna. Detta innebär att direktivet inte är tillämpligt då anknytningspersonen har en status som alternativt skyddsbehövande. Eftersom införandet av den svenska begränsningslagens syfte är att anpassa det svenska asylsystemet efter EU:s miniminivåer har därför möjligheten för en alternativt skyddsbehövande att vara anknytningsperson i princip tagits bort helt.⁵⁰

Enligt 7 § i den tillfälliga begränsningslagen ska uppehållstillstånd enligt 5 kap 3 § första stycke 1-4 eller 3 a § utlänningslagen inte beviljas om den personen som utläningen åberopar som anknytningsperson är en alternativt skyddsbehövande som har beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 5 § tillfälliga begränsningslagen. Det finns dock

⁴⁹ Prop. 2015/16:174 s. 39.

⁵⁰ Ibid., s. 42.

undantag som är tillämpligt då anknytningspersonen fick sin asylansökan registrerad hos Migrationsverket den 24 december 2015 eller tidigare. Då kan ansökan beviljas i samma utsträckning som uppehållstillstånd ska beviljas enligt 6 § första stycket den tillfälliga lagen för den som åberopar anknytning till en flykting.

Sammanfattningsvis har en individ som beviljats uppehållstillstånd som flykting en rätt att återförenas med sin kärnfamilj. Detta gäller oavsett om flyktingen beviljats ett permanent eller tidsbegränsat uppehållstillstånd.

För en individ som beviljats uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande får asylansökningsdatumet en kritisk betydelse för rätten till familjeåterförening. Då anknytningspersonen fått sin asylansökan registrerad hos Migrationsverket 24 november 2015 eller tidigare och sedan beviljats status som alternativt skyddsbehövande kan denne beviljas familjeåterförening med sin make/maka, barn, sambo eller förälder.

3.6 Konsekvenserna av ett exkluderande

Av förarbetena till lagstiftningen framgår det att en individ som exkluderas från flyktingskap inte är exkluderad från att erhålla uppehållstillstånd i Sverige på en annan grund.⁵¹ Det framgår dock av 4 kap. § 2 c 1 punkt utlänningslagen att en individ som exkluderats från flyktingskap enligt 4 kap. § 2 b första stycket punkt 1 eller 3 utlänningslagen även ska exkluderas från att erhålla status som alternativ skyddsbehövande. Detta medför att den som exkluderats från att erhålla en flyktingstatusförklaring per automatik även är exkluderad från att erhålla status som alternativ skyddsbehövande då alla grunder för att exkludera en individ från flyktingskap även är tillämpliga på att exkludera en individ från status som alternativt skyddsbehövande.

⁵¹ Prop. 2009/10:31 s. 261.

Det finns alltså ingen möjlighet för en exkluderad flykting att erhålla någon skyddsstatus överhuvudtaget. Det finns dock inget hinder mot att bevilja en exkluderad flykting ett uppehållstillstånd på någon annan grund, exempelvis familjanknytning eller arbetstillstånd.

Efter att en flykting exkluderats från flyktingskap och det inte föreligger en annan grund för att bevilja uppehållstillstånd meddelas ett utvisningsbeslut. Eftersom det är utvisning av individer som, innan de exkluderades, inkluderats som flyktingar och alternativt skyddsbehövande föreligger det ofta ett verkställighetshinder enligt 12 kap. 1 - 3 § utlänningslagen som går att härleda till principen om non-refoulement. Detta medför att en exkluderad skyddsbehövande, som inte går att verkställa på grund av principen om non-refoulement, i regel beviljas ett tidsbegränsat uppehållstillstånd på ett år med stöd av 5 kap. 11 § utlänningslagen. Detta resulterar i sin tur i att en exkluderad flykting eller alternativt skyddsbehövande som erhållit ett tidsbegränsat uppehållstillstånd fritt kan resa till andra länder och återvända till Sverige eftersom det inte är möjligt att neka en individ med giltigt uppehållstillstånd att resa in eller ut ur Sverige.⁵² Vidare har exkluderade flyktingar som erhållit uppehållstillstånd enligt 5 kap. 11 § utlänningslagen rätt till samma förmåner och rättigheter som en individ som beviljats uppehållstillstånd som flykting eller erhållit en annan skyddsstatus.⁵³

Migrationsverket har i en rättsutredning undersökt möjligheten att, istället för att bevilja ett tillfälligt uppehållstillstånd, meddela anstånd eller inhibition med verkställigheten av utvisningsbeslutet. Enligt denna rättsutredning finns det inget hinder i varken internationell eller nationell lagstiftning som hindrar detta.⁵⁴ I andra länder har ett förfarande som bygger på en tolererad vistelse tillämpats. Vilken innebär att ett

⁵² Migrationsverket. *Rättsutredning om de rättsliga förutsättningarna för anstånd med verkställighet alternativt inhibition i säkerhets- och uteslutandeärende enligt utlänningslagen*. Dokumentnummer 1.3.4-2017-10733. 2017-01-18. s. 2.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Migrationsverket. Dokumentnummer 1.3.4-2017-10733. 2017-01-18. s. 7.

utvisningsbeslut meddelas, det verkställs dock inte på grund av principen om non-refoulement. Individens erhåller dock inte något uppehållstillstånd och får på så vis en mer begränsad rörlighet.⁵⁵

Så som lagstiftningen tillämpas i Sverige idag kan man sammanfatta konsekvenserna av ett exkluderande enligt följande.

När en exkluderad skyddsbehövande inte uppfyller kraven för att erhålla uppehållstillstånd på någon annan grund och det inte föreligger något verkställighetshinder enligt 12 kap. 1-3 § utlänningslagen så utvisas individen. Det är dock sällan som ett verkställighetshinder inte föreligger i dessa situationer. Då ett verkställighetshinder föreligger beviljas individen ett tidsbegränsat uppehållstillstånd med giltighetstid på ett år enligt 5 kap. 11 § utlänningslagen. Då uppehållstillståndet löper ut behöver individen återigen ansöka om uppehållstillstånd på grund av verkställighetshinder för att legalisera sin vistelse i Sverige. Då prövas om verkställighetshindret fortfarande föreligger.

Det resulterar i att den exkluderade individen kan resa fritt in och ut ur Sverige under tiden som denna har ett uppehållstillstånd. Det innebär även att en exkluderad individ inte har någon rätt till familjeåterförening, då denna rättighet är direkt sammankopplad med till statusen som flykting eller alternativt skyddsbehövande.

3.7 Statistik angående exklusion

Enligt förordning (2007:996) med instruktioner för Migrationsverket har Migrationsverket en skyldighet att anmäla alla misstänkta folkrättsbrott till Polismyndighet eller åklagare för vidare handläggning och ett eventuellt straffrättsligt förfarande för att beivra de misstänkta brotten. Detta framgår av 2 § punkt 17 i ovan nämnda förordning.

⁵⁵ Migrationsverket. Dokumentnummer 1.3.4-2017-10733. 2017-01-18. s. 2.

Den 1 juli 2014 trädde Lag (2014:406) om straff för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser i kraft i Sverige. Enligt förarbete till lagen infördes lagen bland annat för att dessa brott skulle kunna lagföras i Sverige i minst samma utsträckning som vid den Internationella brottmålsdomstolen.⁵⁶

3.7.1 Statistik från Migrationsverket

Antalet asylansökningar har skiftat kraftigt under de föregående tre åren. År 2014 registrerade Migrationsverket 81 301 asylansökningar och fattade beslut i 55 501 ärenden. År 2015 registrerades 162 877 ansökningar och Migrationsverket avgjorde 58 802 ärenden. Under år 2016 registrerade Migrationsverket 28 939 ansökningar om asyl och avgjorde under samma år 111 979 asylärenden. Bifallsfrekvensen har, under dessa tre år, legat på en någorlunda jämn siffra. År 2014, 2015 och 2016 var bifallsfrekvensen 59 %, 55 % respektive 60 %.⁵⁷

Av Migrationsverkets årsredovisning för år 2014 framgår det att det inte förts någon exakt statistik över antalet beslut som fattats där en asylsökande individ exkluderats från att anses vara flykting eller alternativt skyddsbehövande.⁵⁸ Det framgår dock, vid en manuell samanställning, att det rör sig om ett 20-tal ärenden. Under samma år har Migrationsverket gjort 13 anmälningar om misstänkta brott till Krigsbrottskommissionen.

Under år 2015 gjorde Migrationsverket 18 anmälningar om misstänkta folkrättsbrott till krigsbrottskommissionen. I april 2015 infördes även ett handläggningssystem som möjliggjorde för Migrationsverket att föra en exakt statistik över antalet individer som exkluderats från att anses vara flyktingar eller alternativt skyddsbehövande på grund av att det funnits

⁵⁶ prop. 2013/14:146 s. 1.

⁵⁷ Migrationsverket. *Årsredovisning 2016*, s. 24.

⁵⁸ Migrationsverket. *Årsredovisning 2014*, s. 30.

synnerlig anledning att anta att han eller hon har gjort sig skyldig till folkrättsbrott eller andra grova brott eller utgör ett hot mot rikets säkerhet. Från april månad till december månad 2015 exkluderades 21 stycken asylsökande.⁵⁹

År 2016 fattade Migrationsverket 68 stycken beslut där den asylsökande exkluderades från att anses vara flykting eller alternativt skyddsbehövande. Samma år gjorde Migrationsverket 43 anmälningar om misstänkta folkrättsbrott till krigsbrottskommissionen.⁶⁰

Statistiken redovisar endast för beslut som är fattade av Migrationsverket. Hur många av dessa exklusionsbeslut som överklagats och sedan ändrats i högre instans framgår inte. I årsredovisningen från år 2014 framhålls det att, eftersom det innan exkluderandet klarlagts att det finns ett skyddsbehov, i det flesta fall föreligger ett verkställighetshinder enligt 12 kap. utlänningslagen.⁶¹ Det finns dock ingen statistik att tillgå som visar hur många exkluderade individer som får uppehållstillstånd på en annan grund och hur många som utvisas. Statistiken har även slagit samman exkluderandet av flyktingar och alternativt skyddsbehövande vilket medför att den redovisade statistiken omfattar alternativt skyddsbehövande som gjort sig skyldig till ett grovt brott i Sverige eller utgör en fara för rikets säkerhet. Det kan även vara så att statistiken omfattar flyktingar som inkluderats men som senare vägrats flyktingstatusförklaring enligt någon av grunderna i 4 kap. 3 § utlänningslagen.

3.7.2 Statistik från Krigsbrottskommissionen

Enligt statistik från krigsbrottskommissionen så mottog de, under år 2014, tre stycken anmälningar om misstänkta folkrättsbrott. Under år 2015 mottog de 38 anmälningar och under 2016 mottog de 68 stycken anmälningar angående misstänkta folkrättsbrott. Från den 1 januari 2017

⁵⁹ Migrationsverket. *Årsredovisning 2015*. s. 64.

⁶⁰ Migrationsverket. *Årsredovisning 2016*. s. 71.

⁶¹ Migrationsverket. *Årsredovisning 2014*. s. 198.

fram till den 4 maj 2017 har krigsbrottskommissionen mottagit 30 stycken anmälningar angående misstänkta folkrättsbrott.⁶²

Sedan Lag (2014:406) om straff för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser trädde i kraft den 1 juli 2014 har endast ett åtal väckts med stöd av denna lag.⁶³

3.8 Kommentar

Innebörden av beviskravet *synnerlig anledning att anta*, är något oklar. Det har tidigare, i svensk rätt, jämförts med straffrättsens beviskrav *skäligen misstänkt* och att bevisningen skulle motsvara den krävs för åtal enligt internationell straffrätt. Detta är uppenbart en jämförelse som inte längre tillämpas. Beviskravet ska istället ges den innebörd som upphovspersonerna, FN i detta fall, hade för avsikt att den skulle ges. Exakt vad FN hade för avsikt med beviskravet är dock svårt att fastställa. Det uppenbara är dock att beviskravet inte ska ställas lika högt som det som används vid straffrättsliga förfaranden.

Statistiken i 3.7.2 vittnar även om att beviskravet *synnerlig anledning att anta*, i den svenska tillämpningen, givits en innebörd som ligger långt från beviskravet *bortom rimligt tvivel* som uppställs för en fällande dom i ett straffrättsligt förfarande. Under år 2014, 2015 och 2016 har Migrationsverket, enligt sina årsredovisningar, exkluderat cirka 75 individer där en anmälan för misstänkt folkrättsbrott även gjorts till Krigsbrottskommissionen. Samtidigt har det, enligt statistik från Krigsbrottskommissionen, endast väckts åtal en gång i enlighet med den svenska strafflagen för folkrättsbrott. Statistiken verkar dock inte vara exakt. Exempelvis redovisar Migrationsverket att de, under år 2014, gjort 13 anmälningar till Krigsbrottskommissionen samtidigt som krigsbrottskommissionen redovisar att de mottagit tre stycken

⁶² Statistik begärd av krigsbrottskommissionen, finns ej publicerad.

⁶³ Statistik begärd av krigsbrottskommissionen, finns ej publicerad.

anmälningar. Det är alltså med reservation för att det finns felaktigheter i statistiken som jag valt att presentera den. Trots de uppenbara felaktigheterna anser jag att statistiken, i och med diskrepansen mellan exkluderade individer där anmälan angående misstänkt folkrättsbrott gjorts och antalet väckta åtal, vittnar om en stor skillnad i innebörden av de båda beviskraven.

Konsekvenserna av ett inkluderande, i jämförelse med konsekvenserna av ett exkluderande, är skiftande beroende på den enskilda individen. Ett uteslutande av en skyddsbehövande kan, under vissa omständigheter, leda till verkställande av en utvisning.

I situationen då en alternativt skyddsbehövande exkluderas men samtidigt erhåller ett uppehållstillstånd enligt 5 kap. 11 § på grund av verkställighetshinder blir konsekvenserna knappt kännbara. Om den alternativt skyddsbehövande omfattades av den tillfälliga lagen går individen endast miste om en månads tid på sitt uppehållstillstånd till följd av exkluderandet. Om den alternativt skyddsbehövande dessutom inte hade rätt till familjeåterförening, till följd av ansökningsdatumet på asylansökan, så blir heller inte konsekvensen; att gå miste om rätten till familjeåterförening, kännbar för den exkluderade. Detsamma gäller även då individen inte har någon familj att återförenas med.

Vad gäller rätten till familjeåterförening måste tydliggöras att en exkluderad individ är fortfarande fri att återvända till sin familj i hemlandet eller bosätta sig i ett annat land med sin familj. Det är även fullt möjligt för familjen att på eget bevåg ta sig till Sverige och söka uppehållstillstånd.

4 Ett straffrättsligt förfarande

4.1 Inledning

Vad som kan utgöra en straffrättslig påföljd för ett begånget brott är inte en enkel fråga att besvara. Att dra en rak gräns mellan en straffrättslig påföljd och en administrativ eller disciplinär åtgärd är i princip omöjligt. Vilka olika påföljder som kan betraktas som straffrättsliga respektive administrativa har behandlats såväl i nationell praxis som i rättsfall från Europadomstolen. Då Europakonventionen är gällande rätt i Sverige har den svenska praxisen präglats av avgöranden från Europadomstolen.

I föregående avsnitt har exklusionsförfarandet beskrivits. Huvudelement i ett exklusionsförfarande är att det föreligger en brottsmisstanke. Om denna misstanke utmynnar i att den föreligger *synnerlig anledning att anta* att brottet begåtts så får det vissa följder för brottslingen. Den direkta påföljden innebär att individen inte kan erhålla status som flykting eller alternativ skyddsbehövande. På grund av övriga omständigheter och egenskaper hos individen kan detta i sin tur innebära att individen utvisas. Det kan även innebära att individen förlorar rätten till ett familjeliv.

Detta avsnitt syftar till att utreda vilka omständigheter som krävs för att anse att en person står anklagad för ett brott och vilka påföljder som kan utgöra straffrättsliga påföljder. Avsnittet behandlar även kortfattat vilka straffteorier som ligger till grund för straffrätten. Detta är frågor som behöver besvaras för att sedan, i sista avsnittet, kunna analysera huruvida ett exklusionsförfarande innehåller samma eller liknande komponenter som ett straffrättsligt förfarande.

4.2 Straffteorier

Syftet med ett straff enligt straffrätten kan skifta och det finns flera olika teorier. Vedergällningsgrundsatsen bygger på idén om att brottslingen

ådragit sig en skuld som ska sonas genom att brottslingen utsätts för något ont som svarar mot det brottslingen gjort mot sitt offer. Det är en gammal teori som kom till uttryck i gamla testamentet under föreskriften ”öga för öga tand, för tand”.⁶⁴

Preventionsteorierna är de som är mest dominerande idag. Det finns allmänprevention som bygger på att man straffar en brottsling för att avskräcka andra individer från att begå brott.⁶⁵ Individualprevention innebär att straffets syfte är att förhindra att brottslingen begår nya brott. Detta uppfylls främst genom att avskräcka, fängsla eller genom att behandla brottslingen.⁶⁶

4.3 Kort om särskild rättsverkan

Särskild rättsverkan av ett brott är ett samlingsbegrepp för olika rättsliga påföljder som kan användas som påföljd då ett brott har begåtts. Rättsverkningarna kan ha skiftande karaktär. Det finns ingen uttömmande uppräknning i brottsbalken och de flesta sanktionerna återfinns i andra författningar.⁶⁷ Den särskilda rättsverkan kan även i vissa fall beslutas av myndighet och den behöver heller inte vara konsekvensen av att ett brott har begåtts.⁶⁸ En utvisning kan ske i avsaknad av att ett brott har begåtts och ett körkort kan återkallas av hälsoskäl. Både en utvisning och en körkortsåterkallelse kan även ske till följd av att ett brott har begåtts.⁶⁹

⁶⁴ Dahlström m.fl., s. 460

⁶⁵ Ibid., s. 461.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Jareborg, Nils, Zila, Josef. *Straffrättens påföljdslära*. 4:e upplagan., Norstedts juridik, Stockholm 2014. s. 54.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Dahlström m.fl., s. 536

4.4 Artikel 6 Europakonventionen

Sedan år 1995 är Europakonventionen svensk lag. Den infördes genom antagandet av Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Artikel 6 i Europakonventionen stadgar rätten till en rättvis rättegång för den som står anklagad för ett brott. Artikel 6 har följande lydelse:

Artikel 6 - Rätt till en rättvis rättegång

1. Var och en skall, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott, vara berättigad till en rättvis och offentlig förhandling inom skälig tid och inför en oavhängig och opartisk domstol, som upprättats enligt lag. Domen skall avkunnas offentligt, men pressen och allmänheten får utestängas från förhandlingen eller en del därav av hänsyn till den allmänna moralen, den allmänna ordningen eller den nationella säkerheten i ett demokratiskt samhälle, eller då minderårigas intressen eller skyddet för parternas privatliv så kräver eller, i den mån domstolen finner det strängt nödvändigt, under särskilda omständigheter när offentlighet skulle skada rättvisans intresse.

2. Var och en som blivit anklagad för brott skall betraktas som oskyldig till dess hans skuld lagligen fastställts.

3. Var och en som blivit anklagad för brott har följande minimirättigheter

a) att utan dröjsmål, på ett språk som han förstår och i detalj, underrättas om innebörden av och grunden för anklagelsen mot honom,

b) att få tillräcklig tid och möjlighet att förbereda sitt försvar,

c) att försvara sig personligen eller genom rättegångsbiträde som han själv utsett eller att, när han saknar tillräckliga medel för att betala ett

rättegångsbiträde, erhålla ett sådant utan kostnad, om rättvisans intresse så fordrar,

d) att förhöra eller låta förhöra vittnen som åberopas mot honom samt att själv få vittnen inkallade och förhörda under samma förhållanden som vittnen åberopade mot honom,

e) att utan kostnad bistås av tolk, om han inte förstår eller talar det språk som begagnas i domstolen.

European Court of Human Rights gav år 2014 ut riktlinjer som var mer detaljerade angående hur artikel 6 i Europakonventionen ska tillämpas och tolkas.⁷⁰ Av dessa riktlinjer framgår att förfarandet angående utslutning av en utlänning inte omfattas av artikel 6 i Europakonventionen.⁷¹

4.5 Engelkriterierna

Som framgår ovan har Europadomstolen valt att uttryckligen undanta exkluderandet av utlänningar från tillämpningen av artikel 6 i Europakonventionen. Oberoende av detta är det väsentligt att redogöra för vad som kan utgöra ett straffrättsligt förfarande i ljuset av artikel 6 i Europakonventionen. Detta för att sedan kunna klargöra vad som, enligt Europakonventionen artikel 6 och nationell rätt, är grundläggande för att betrakta ett förfarande som straffrättsligt för att sedan kunna jämföra detta med ett exklusionsförfarande för att avgöra huruvida de olika förfarandena innehåller samma komponenter.

I målet Engel m.fl. mot Nederländerna, dom den 8 juni år 1976, har Europadomstolen utarbetat tre kriterier som kan användas för att avgöra

⁷⁰ European Court of Human Rights, Guide on article 6 of the convention – right to a fair trial.

⁷¹ Ibid., s.10.

huruvida ett förfarande är att betrakta som straffrättsligt eller som ett förfarande avseende administrativa eller disciplinära åtgärder.

1. Som utgångspunkt ska man se till den rättsliga kvalificeringen av överträdelsen enligt den nationella lagstiftningen. Denna första punkt har dock ingen avgörande betydelse för avgörandet om artikel 6 i Europakonventionen är tillämplig på förfarandet. Hur överträdelsen och förfarandet kvalificeras i den nationella lagstiftningen ska ses i ljuset av rättstillämpningen hos övriga fördragsslutande stater.
2. I det andra kriteriet, som även ska tillmätas större betydelse än det första kriteriet, ska man se till överträdelsens art och natur.
3. Det tredje och sista kriteriet i Engelkriterierna går ut på att man ska ta hänsyn till strängheten och naturen av påföljden för överträdelsen.

4.5.1 Syftet med den straffrättsliga påföljden

Vid beaktande av det tredje Engelkriteriet angående strängheten och naturen av påföljden har Europadomstolen även uttalat att hänsyn tas till syftet med den eventuella påföljden.⁷² Europadomstolen har vidare framhållit att något utmärkande för en straffrättslig påföljd är att det primära syftet med påföljden är att den ska bestraffa den aktuella handling samt avskräcka från att utföra handlingen.⁷³

Europadomstolens avgörande, den 13 december 2005 i målet Nilsson mot Sverige, gällde en man som gripits misstänkt för rattfylleri och olovligkörning. Mannen erhöll sitt körkort cirka en månad efter gripande.

⁷² Europadomstolens avgörande, den 13 december 2005 i målet Nilsson mot Sverige.

⁷³ Europadomstolens dom den 9 oktober 2003 i målet Ezech och Connors mot Förenade Konungariket p. 102.

Han dömdes senare för olovlig körning och rattfylleri i tingsrätten. Efter att domen vann laga kraft beslutade länsstyrelsen att dra in mannens körkort under 18 månader med hänvisning till tingsrättens brottmålsdom. Mannen klagade, utan framgång, hela vägen till Europadomstolen och menade att återkallelsen av hans körkort innebar att han blev bestraffad för samma gärning två gånger vilket strider mot artikel 4 i protokoll nr 7 till konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Artikel 4 stadgar följande rättighet:

Artikel 4 - Rätt att inte bli lagförd eller straffad två gånger

1. Ingen får lagföras eller straffas på nytt i en brottmålsrättegång i samma stat för ett brott för vilket han redan blivit slutligt frikänd eller dömd i enlighet med lagen och rättegångsordningen i denna stat.
2. Bestämmelserna i föregående punkt skall inte utgöra hinder mot att målet tas upp på nytt i enlighet med lagen och rättegångsordningen i den berörda staten, om det föreligger bevis om nya eller nyuppdagade omständigheter eller om ett grovt fel har begåtts i det tidigare rättegångsförfarandet, vilket kan ha påverkat utgången i målet.

Europadomstolens första fråga att ta ställning till var huruvida återkallelseförfarandet kunde anses vara av brottmålskaraktär i den bemärkelse som avses i artikel 4 protokoll nr 7. Domstolen tog vägledning av Engelkriterierna för att avgöra frågan. Domstolen noterade att överträdelsen och återkallandet hade gjorts med cirka nio månaders mellanrum varpå ett förebyggande och avskräckande syfte för att skydda andra vägtrafikanter inte kunnat vara den enda avsikten med återkallelsen utan bestraffning torde också ha utgjort ett syfte. En körkortsåterkallelse har i svensk rätt betraktas som en förvaltningsåtgärd för att främja trafiksäkerheten. Europadomstolen fann att en körkortsåterkallelse till följd av en fällande dom, som i nuvarande fall, innebar en fråga om brottmål i den bemärkelse som avses i artikel 4 i protokoll nr 7. Domstolen fann att endast strängheten i att återkalla körkortet under 18 månader gjorde att

återkallelsen var att betrakta som en brottspåföljd. Det i sig utgjorde dock inte att mannen kunde anses ha blivit lagförd och straffad två gånger. Även då olika påföljder utdömdes av två olika myndigheter fanns det ett tillräckligt nära samband mellan dem i både sak och tid för att anse att återkallelsen var en del av det straff som enligt svensk lag följer på grund av de överträdelser som mannen gjort.

4.6 Utvisning som straffrättslig påföljd

Utvisning som en straffrättslig påföljd används, under vissa omständigheter, som en särskild rättsverkan i den svenska straffrätten. Enligt 8 a kap. 1 § i utlänningslagen är förutsättningarna för att en utvisning ska bli aktuell som påföljd vid ett brott att det är en icke-svensk medborgare som har begått ett brott som förväntas ge ett hårdare straff än böter. Detta gäller dock inte EES-medborgare och deras familjemedlemmar.

Det är endast domstolen som handlägger brottmålet som kan fatta beslut om utvisning som påföljd för brottet i fråga. Domstolarna är även fria att ta upp frågan angående utvisning ex officio, det vill säga utan att en åklagare yrkar på utvisning som straffrättslig påföljd. Det tas dock sällan upp av domstolen ex officio i praktiken.⁷⁴

En dom som innefattar en utvisning som påföljd är att betrakta som ett men för den som utvisas. Det är därför möjligt för domstolen, enligt 29 kap. 5 § Brottsbalken (1962:700) att beakta utvisningen som ett men vid straffmätningen för att ge ett kortare fängelsestraff. En utvisning ur Sverige är dock bara att betrakta som ett men då den utvisade har en anknytning till Sverige. Om en individ helt saknar anknytning till Sverige kan inte utvisningen anses utgöra ett sådant men som kan beaktas straffmätningen.

⁷⁴ Åklagarmyndigheten. *Utvisning på grund av brott – En handledning för åklagare*. RättsPM 3013:5. 2013, s. 6.

Den omständighet att en tredjelandsmedborgare som utvisas ur ett EU-land registreras på SIS-spärlista⁷⁵ kan även det utgöra ett men. Då måste även utlänningens anknytning till övriga Schengenstater beaktas vid straffmätningen.⁷⁶

⁷⁵ I Schengen Information System (SIS) finns en spärlista. Där kan medlemsländerna registrera personer som de inte vill ska få resa in i Schengenområdet. En orsak till registreringen kan vara att personen begått grova brott eller att personen av- eller utvisats med förbud att resa in igen under en viss tid.

⁷⁶ Åklagarmyndigheten. RättsPM 3013:5. 2013, s. 25.

5 Exklusion som straffrättslig påföljd

Nästan alla möjligheter som erbjuds en stat att exkludera en flykting eller alternativt skyddsbehövande har sin grund i att någon typ av brottslighet har begåtts. Ett exkluderande är en direkt konsekvens av att det befarats att ett brott har begåtts. De efterföljande och slutliga konsekvenserna för den exkluderade skiftar dock beroende på den exkluderade individens personliga egenskaper.

Det har i de två föregående avsnitten redogjorts för hur ett exklusionsförfarande utförs respektive vad som är signifikant för att ett förfarande ska betraktas som straffrättsligt. I detta avsnitt kommer de två olika förfarandena att jämföras för att utröna huruvida de innehåller samma komponenter.

5.1 Ett exkluderande i ljuset av Engelkriterierna

Om man ser exkluderandet av en skyddsbehövande individ utifrån Engelkriterierna som Europadomstolen ställt upp anser jag att det är möjligt att betrakta en exklusion som ett straffrättsligt förfarande. Det är dock beroende av vad den konkreta påföljden slutligen resulterar i för den exkluderade individen.

Om man börjar med att se till det första kriteriet som Europadomstolen ställt upp ska hänsyn tas till den nationella benämningen på överträdelsen för att avgöra i vilken kategori förfarandet hamnar. I det aktuella sammanhanget rör det sig om ytterst allvarliga överträdelser, nämligen brott mot mänskligheten, krigsförbrytelser och annan extremt allvarlig brottslighet. Det rör sig dock inte om något straffrättsligt förfarande. Ett exkluderande enligt utlänningslagen är snarare att betrakta som en administrativ åtgärd där en individ helt enkelt får avslag av staten på en ansökan på grund av att denne individ besitter vissa egenskaper. I detta fall

att det finns en *synnerlig anledning att anta* att individen begått ett brott som föranleder ett exkluderande. Sverige är heller inte ensamt om att behandla exklusion som ett administrativt förfarande. FN, EU och Europadomstolen är alla överens om att exkluderandet av utlänningar inte kräver att det föregås av ett straffrättsligt förfarande.

I det andra kriteriet, som även ska tillmätas större vikt än det första, ska man ta hänsyn till överträdelsens art och natur. Som nämnts ovan rör det sig om extremt allvarliga överträdelser. Ett exkluderande föranleds alltid av att ett oerhört grovt brott har begåtts där, enligt både svensk och internationell strafflag, långa fängelsestraff förskrivits som påföljd. Enligt min mening är det uppenbart att exklusionsförfarandet uppfyller detta kriterium.

I det tredje och sista kriteriet ska hänsyn tas till påföljdens natur och stränghet samt vilket syfte påföljden har. De mest ingripande och negativa påföljderna av ett exkluderande som kan bli aktuella för en individ är att en utvisning verkställs eller att rätten till familjeåterförening försvinner. Det är detta kriteriet som blir avgörande för huruvida ett exklusionsförfarande, under vissa omständigheter, kan betraktas som ett straffrättsligt förfarande.

Angående strängheten och naturen i påföljden, anser jag, att påföljden kvalificerar sig, i den meningen att den är tillräckligt sträng, i de fall en utvisning kan verkställas till följd av ett exklusionsförfarande. I de fall en utvisning utgör en påföljd av ett brott, i ett straffrättsligt förfarande, ska domstolen ta hänsyn till den utvisades anknytning till Sverige för att avgöra huruvida en utvisning kan utgöra ett men. En asylsökande har i de flesta fall endast varit i Sverige under en begränsad tid och har därför svårt att införskaffa sig någon anknytning i den bemärkelsen. Den omständigheten att en utvisning sker till ett land där personen riskerar att utsättas för viss typ av skyddsgrundande behandling utgör dock, enligt min mening, att utvisningen kan innebära men för den utvisade.

Huruvida den omständigheten att rätten till familjeåterförening går förlorad uppfyller kravet på stränghet är beroende på den exkluderade individens familjesituation. I de fall den exkluderade inte har någon familj att återförenas med påverkar det inte individen. I de fall den exkluderade individen har små barn i hemlandet, eller någonstans, som denna inte kan återförenas med till följd av att exkluderandet kan förlusten av familjeåterförening, enligt min mening, uppfylla kravet på stränghet enligt det tredje kriteriet. Exkluderandet innebär inte ett förbud för den exkluderade mot att återvända till sin familj eller att familjen kommer till Sverige och söker uppehållstillstånd. Trots detta menar jag att åtgärden i praktiken kan innebära en så pass negativ konsekvens att den torde kunna uppfylla kravet på stränghet i tredje Engelkriteriet. Detta bör även ses mot bakgrund av att Europadomstolen uttalat att ett återkallande av ett körkort under 18 månader till följd av brottmålsdom uppfyllde kravet på stränghet för att utgöra en brottspåföljd. Den tredje och minst ingripande konsekvensen av ett exkluderande, som även sker i den största majoritet av fall, är att den exkluderade individen inte kan utvisas till följd av principen om non-refoulement. Detta innebär att de exkluderade erhåller ett tidsbegränsat uppehållstillstånd på ett år i väntan på att verkställighetshindret ska upphöra. Även detta är en extremt negativ åtgärd för den exkluderade. Det bör enligt min mening vara möjligt att även betrakta denna åtgärd som en påföljd för det begångna brottet i straffrättslig mening. Då åtgärden är oerhört negativ för individen bör den kunna uppfylla kravet på stränghet.

Vid avgörandet huruvida en påföljd är att betrakta som straffrättslig eller inte ska man även ta hänsyn till syftet. Enligt Europadomstolen är en påföljd som bestraffar och avskräcker karaktäristisk för straffrättsliga påföljder.

Som vi sett har exklusionsbestämmelserna flera syften att uppfylla. De har bland annat till syfte att skydda medborgarna i mottagarlandet från den

brottslighet individen skulle kunna begå i framtiden. Detta uppfylls inte då de exkluderade individerna, i de allra flesta fall, erhåller ett uppehållstillstånd och stannar helt lagligt i Sverige. I de få fall en utvisning kan verkställas så uppfylls syftet. Detta skulle kunna likställas med individualprevention då utvisningen i vart fall förhindrar individen från att fortsätta begå brott i Sverige (se avsnitt 4.2).

Reglerna ska även bidra till att den exkluderade individen inte undgår straffrättsligt ansvar för begångna gärningar. Detta syfte uppfylls inte heller. En skyddsstatusförklaring innebär inte att individen erhåller någon immunitet mot ett straffrättsligt åtal. Det är möjligt att åtala en flykting eller alternativt skyddsbehövande både i Sverige och internationellt. Det är bara principen om non-refoulement som sätter stopp vid ett eventuellt utlämnande av en skyddsbehövande till en annan stat, och denna princip är även tillämplig då individen inte erhållit någon skyddsstatus. Det finns även ett förfarande i skyddsgrundsdirektivet artikel 14 och 19 som föreskriver att en flyktingstatus och alternativ skyddsstatus ska återkallas om det i efterhand står klart att exklusion borde förelegat.

Exklusionsbestämmelserna ska vidare säkerställa att de individer som begått något av de exklusionsgrundande brotten inte kan ta del av skyddet då denna individ helt enkelt inte förtjänar att ta del av skyddet. Detta syfte uppehålls delvis, då konsekvenserna är tillräckligt negativa, och det går även att härleda till vedergällningsgrundsatsen (se avsnitt 4.2).

Det är riktigt, som EU-domstolen framhåller, att ett beslut om att exkludera en individ från att erhålla flyktingstatus i sig inte är ett utvisningsbeslut eller beslut om att frånta rätten till familjeåterförening. Jag menar dock att den eventuella konsekvensen står i direkt samband med exkluderandet. Konsekvensen borde därför beaktas när det beslutas om exklusion.

5.2 Konsekvenserna av exklusion som ett straff

Att betrakta exklusion som ett straff ur ett straffrättsligt perspektiv medför konsekvenser. Det är främst rättsäkerheten av förfarandet som kan ifrågasättas då detta inte tar hänsyn till straffrättsliga principer i dagens tillämpning. Så som tillämpningen sker i Sverige idag finns det dock många likheter med ett straffrättsligt förfarande med vissa rättsliga garantier. Exempelvis har en individ som riskerar ett exkluderande alltid rätt till ett offentligt biträde. Rätten till tolk ges även som föreskrivet i artikel 6 Europakonventionen.

Den rättsliga garanti som skulle påverkat förfarandet mest, om man betraktar det som straffrättsligt, är det faktum att bevisbördan helt och hållet hade legat på staten. Individen hade inte haft någon skyldighet att göra ett ärligt försök att styrka sin berättelse för att ta del av principen om (*benefit of the doubt*). Beviskravet hade även varit *bortom rimligt tvivel* istället för *synnerlig anledning att anta*.⁷⁷ Detta hade oundvikligt lett till att färre individer hade uteslutits. Om man valt att tillämpa ett straffrättsligt förfarande istället för det administrativa hade dock exklusion som påföljd inte varit tillräckligt. Om man kan ställa det bortom rimligt tvivel att gärning är begången ska den även straffas så som det är föreskrivet i strafflagstiftningen.

5.3 Slutsatser

Asylsystemet, samt exklusionsbestämmelserna skapades under en tidsperiod då andra världskriget låg färskt i minnet och tanken på att ge misstänkta krigsförbrytare några som helst förmåner kanske var ännu mer otänkbart då än nu. Då reglerna angående exklusion, i all väsentlighet, förblivit oförändrade under de senaste 65 åren kan man tänka sig att rättsäkerheten som utvecklats i demokratiska rättsstater sprungit ifrån

⁷⁷ Se NJA 1980 s. 725 angående beviskravet *bortom rimligt tvivel*

exklusionsreglerna. Om regelverket skapats idag är det möjligt att ett exkluderande av skyddsbehövande inte undantagits kravet på rättsäkerhet som ställs upp i ett straffrättsligt förfarande, i synnerhet då konsekvenserna för individen blir som mest ingripande och leder till en utvisning eller avsevärt försvårar individens möjligheter till ett familjeliv.

Det är svårt att ge ett generellt svar frågan om ett exkluderande är att betrakta som ett straff ur ett straffrättsligt perspektiv. Då konsekvenserna är så vitt skilda från fall till fall måste man göra en bedömning i det enskilda fallet för att avgöra om konsekvenserna är så ingripande att det lämpar sig bättre med ett straffrättsligt förfarande innan man ålägger skuld på individen för det begångna brottet.

Ett exklusionsförfarande innehåller, enligt min mening, alltför många komponenter som återfinns i ett straffrättsligt förfarande. Det borde således vara mer lämpligt att beivra brottsmisstankarna i ett straffrättsligt förfarande, med den rättsäkerhet som föreskrivs där, för att avgöra huruvida individen är skyldig eller inte. Det går i vart fall att argumentera för att tillämpa exklusionsreglerna mer restriktivt.

Det är möjligt för Sverige att ställa beviskravet högre än det görs vid tillämpningen idag. UNHCR har uttalat att det är upp till staterna där den skyddsbehövande söker asyl att fastställa när exklusionsbestämmelserna är tillämpliga. Det ska dock minst föreligga *serious reasons for considering* för att exklusionsgrunderna ska kunna tillämpas. Om Sverige som ensam stat hade börjat tillämpa exklusionsförfarandet ännu mer restriktivt än övriga stater skulle det kunna medföra oönskade konsekvenser. Det skulle kunna resultera i att fler skyddsbehövande som begått något exklusionsgrundande brott väljer att söka sig till Sverige på grund av en mer fördelaktig behandling. En ändring av regelverket på internationell nivå är därför, enligt mig, mer önskvärd.

Det är även möjligt för enskilda stater att införa nationella skyddsgrunder för skyddsbehövande som faller utanför tillämpningen av EU:s skyddsgrundsdirektiv, så länge skyddsstatusen inte är förväxlingsbar med de som återfinns i direktivet. Det hade alltså varit möjligt för Sverige att införa en skyddsgrund för exkluderade individer som ger samma rätt till uppehållstillstånd och familjeåterförening som de hade erhållit om de inte blivit exkluderade. En sådan lösning kan även den ge den oönskade effekten av att fler skyddsbehövande som begått något av de exkluderande brotten väljer att söka sig till Sverige i hopp om att få en mer fördelaktig prövning av asylansökan i jämförelse med andra stater.

Huruvida man kan likställa ett exklusionsförfarande med ett straffrättsligt förfarande är en svår fråga att svara på. Huruvida man *bör* göra det är ännu svårare att svara på. Det finns en mängd faktorer att ta hänsyn till. Jag är dock av uppfattningen att om en förändring bör ske, så bör den ske på internationell nivå. Oavsett om man väljer att tillämpa exklusionsförfarandet mer restriktivt eller inte bör de exklusionsgrundande brotten beivras i ett straffrättsligt förfarande i så stor utsträckning som möjligt.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Dahlström, Mats, Strand, Anette, Westerlund, Gösta. *Brott & Påföljder*. 5:e upplagan., Bruun Juridik AB, Stockholm 2014.

Diesen, Christian, Lagerqvist Veloz Roca, Annika, Lindblom Billing, Karolina, Seidlitz, Madelaine & Wilton Wahren, Alexandra. *Prövning av migrationsärenden – Bevis 8*. 2:a upplagan., Norstedts juridik, Stockholm 2012.

Jareborg, Nils, Zila, Josef. *Straffrättens påföljdslära*. 4:e upplagan., Norstedts juridik, Stockholm 2014.

Rikhof, Joseph. *The criminal refugee: The treatment of asylum seekers with a criminal background in international and domestic law*. Volume 3., Republic of Letters Publishing, The Netherlands. / St.Louis, MO, 2012.

Zimmermann, Andreas, *The 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 protocol: a commentary*, Oxford University Press, 2011.

Wikrén, Gerhard, Sandesjö, Håkan. *Utlänningslagen med kommentar*. 10:e upplagan., Norstedts juridik, Stockholm 2014.

Förarbeten

Prop. 2004/05:170 *Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden*.

Prop. 2009/10:31 *Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och*

asylprocedurdirektivet.

Prop. 2013/14:146 *Straffansvar för folkmord, brott mot mänskligheten och krigsförbrytelser.*

Prop. 2015/16:174 *Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.*

Material utgivet av FN

UNHCR:s *Handbook and guidelines on procedures and criteria for determining refugee status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees.* HCR/1P/4/ENG/REV. 3 Geneva, 2011.

UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, UN Doc. HCR/GIP/03/05, Sept. 4, 2003.

Material utgivet av Europadomstolen

European Court of Human Rights, *Guide on article 6 of the convention – right to a fair trial.* 2014.

Material utgivet av myndigheter

Migrationsverket. *Rättsutredning om de rättsliga förutsättningarna för anstånd med verkställighet alternativt inhibition i säkerhets- och utslutandeärende enligt utlänningslagen.* Dokumentnummer 1.3.4-2017-10733. 2017-01-18.

Migrationsverket. *Årsredovisning 2014.* Diarienummer: 1.3.2-2015-7891.

Migrationsverket. *Årsredovisning 2015*. Diarienummer: 1.3.2-2016-25149.

Migrationsverket. *Årsredovisning 2016*. Diarienummer: 1.3.2-2017-20000.

Åklagarmyndigheten. *Utvisning på grund av brott – En handledning för åklagare*. RättsPM 3013:5. 2013.

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från Migrationsöverdomstolen

Migrationsöverdomstolens avgörande den 25 april 2012 (mål nr UM 286-10 och 287-10), MIG 2012:14, 2012-04-25.

Migrationsöverdomstolens avgörande den 9 november 2011 (mål nr UM 3891-10), MIG 2011:24, 2011-11-09.

Förhandsavgörande från EU-domstolen

EU-domstolens dom den 9 november 2010 i de förenade målen B och D, C-57/09 och C-101/09 (stora avdelningen), 2010-11-09.

Rättsfall från Europadomstolen

Europadomstolens avgörande, den 13 december 2005 i målet Nilsson mot Sverige.

Ezeh och Connors mot Storbritannien (nr. 39665/98; 40086/98), dom den 9 oktober år 2003.

Engel m. fl. mot Nederländerna (nr. 5100/71), dom den 8 juni år 1976.