

Förlängning av arbetstillstånd

En studie om arbetskraftsmigrantens förfarande vid förlängning av
arbets- och uppehållstillstånd ur ett rättssäkerhetsperspektiv

SiDi Ruan

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH01

HT 2018

Handledare

Andreas Inghammar



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

Summary	2
Sammanfattning	3
Förkortningar	4
Inledning	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	7
1.3 Metod och material	7
1.4. Avgränsningar	9
1.5 Forskningsläget	10
1.6 Disposition	11
2. Bakgrundsinformation till undersökningen	12
2.1 Historisk bakgrund till arbetskraftsinvandring	12
2.2 Bakgrunden till ny utlänningslag	14
2.3 Rättssäkerhet	15
2.3.1 Formell Rättssäkerhet	16
2.3.2 Materiell Rättssäkerhet	18
3. Gällande rätt	20
3.1 Regler för arbetstillstånd	20
3.2 Gällande rätt vid förlängning av arbetstillstånd	21
3.2.1 Återkallelse av arbetstillstånd om villkoren inte är uppfyllda	22
3.2.2 Försörjningskrav	25
3.2.3 Lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor	29
3.2.4 Gemenskapsföreträdere	31
3.2.5 Arbetstillståndets giltighetstid	35
3.2.6 Arbetstillståndets koppling till arbetsgivare	39
4. Analys och diskussion om rättsskipningen med hänsyn till lagstiftarens motiv och rättssäkerhet	41
4.1 Rättstillämpningens förhållande till lagstiftarens ändamål	41
4.2 Rättstillämpningens rättssäkerhetsaspekt	44
4.2.1 Rättstillämpningens förhållande till formell rättssäkerhet	44
4.2.2 Rättstillämpningens förhållande till materiell rättssäkerhet	46
5.0 Sammanfattning och slutsatser	49
Käll- och litteraturförteckning	54

Summary

This thesis has been established due to the observations reported by the media concerning the subject of deportation of migrant worker in Sweden. According to the media, the reasons behind these deportations are due to insignificant errors made by the employers that contribute to the fail of fulfilling the conditions for granting the extension of work permit in accordance to swedish Alien Act. It has thereby aroused a great interest to investigate this issue and create a better understanding of this phenomenon in our society.

The historical background of migrant worker to Sweden introduced the research of this thesis. Following by investigating the legislative history about the background for the Alien Act that was reformed in 2008. The thesis has been investigating upon the established law is regarding extension of work permit. Investigation has been done in order to find out how the the rules are interrelated to enable an application of extension permit from within Sweden, and what conditions are required by the applicant in accordance to the law, legislative history and what has established as precedents through Migration Court of Appeal. This thesis has employed the method of legal dogmatics in order to find the established law and enable the analysis of the aspects of law and order within the law practice.

The purpose of this thesis is to determine the established law and to investigate the extent of the law practice of extension of work permit after the reform to be considered as unified with the purpose of the legislative body, then also to investigate upon the extent to regard the law practice to act within law and order with reference to the expectation of the society. In order to be able to investigate upon the extent of law and order in the law practice, the criteria for formal and material law and order by Peczenik has employed. The materials served for this investigation are cases from the Migration Court of Appeal.

The conclusion of this thesis is that the law practice is highly and has a strong aim to interpret the rules in accordance to the legislative body's purpose. With regard to the aspects of law and order of the practice of law, the conclusion is that there are lack of formal and material law and order according to Peczenik's criteria.

Sammanfattning

Denna uppsats har fått sin grogrund från medieuppmärksamhet kring utvisningar av arbetskraftsmigranter. Enligt medierna beror utvisningarna på små fel från arbetsgivarens sida som gör att de inte uppfyller kraven i Utlänningslagen för att få sina arbetstillstånd förlängda. Det har därav blivit av stort intresse att undersöka saken vidare för att få en klarhet i det som försiggår i vårt samhälle.

I uppsatsen har genomgång av historisk bakgrund av arbetskraftsinvandring till Sverige inlett undersökningen av arbetet. Följt av att utreda i förarbeten om bakgrunden till vår nuvarande utlänningslag som reformerades år 2008. I uppsatsen har det undersökts om vad gällande rätt är avseende en förlängning av ett uppehålls- och arbetstillstånd. Arbetet har behandlat hur reglerna kring en förlängning inifrån Sverige hänger ihop och förutsätter för den enskilde, utifrån vad som framgår i lagtext, förarbeten och vad som etablerats ur rättspraxis från Migrationsöverdomstolen. Uppsatsen har utgått från den rättsdogmatiska metoden vid fastställande av gällande rätt samt vid analys av rättssäkerhetsaspekterna i rättstillämpningen.

Uppsatsen har i syfte att fastställa gällande rätt samt utreda i vilken utsträckning rättstillämpningen av regelverket för förlängning av arbetstillstånd efter reformen kan anses vara i enlighet med lagstiftarens ändamål men också att fastställa i vilken utsträckningen motsvarar allmänna krav på rättssäkerhet. För att kunna utreda rättssäkerhetens utsträckning i rättstillämpningen har Peczeniks kriterier för formell- och materiell rättssäkerhet tillämpats. Som material för att undersöka rättstillämpningen har rättspraxis från Migrationsöverdomstolen använts.

I uppsatsens slutsats har det kommit fram till att rättstillämpningen är i hög grad och har strävan att tolka rättsreglerna till lagstiftarens ändamål. Vad gäller rättssäkerhetsaspekten av rättstillämpningen har uppsatsen kommit fram till att det råder brist i både formell- och materiell rättssäkerhet enligt Peczeniks kriterier.

Förkortningar

AMS	Arbetsmarknadsstyrelsen
AUT	Arbets-och uppehållstillstånd
Ds	Departementsserien
Delmi	Delegation för Migrationsstudier
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetet
EU	Europeiska unionen
KAKI	Kommittén för arbetskraftsinvandring
LAS	Lag om anställningsskydd (1982:80)
MiÖD	Migrationsöverdomstolen
Prop.	Proposition
PUT	Permanent uppehållstillstånd
RF	Regeringsformen
SOU	Statens Offentliga Utredningar
UAT	Upphålls- och arbetstillstånd
UtlF	Utlänningsförordning (2006:97)
UtlL	Utlänningslag (2005:716)

1. Inledning

1.1 Bakgrund

På senare tid har det varit mycket medieuppmärksamhet kring utvisningar av arbetskraftsinvandrare. Tayyab Shabab kom till Sverige 2013 från Pakistan för att studera. Drygt ett år efter fick han jobb som mjukvaruutvecklare på svenska teknikbolag.¹ Han liksom många andra IT-tekniker från tredjeland är mycket attraktiv för den svenska arbetsmarknaden. Som en av Sveriges mest skickliga IT-tekniker konstaterade Migrationsverket i samband med hans förlängning av arbetstillstånd i 2016 att han har haft 2 procent för lite i pensionsavsättning och bör utvisas. Fenomenet beskriver arbetskraftsmigranter som har kommit till Sverige för att arbeta som nu hotas eller blivit utvisade, de är bland andra högutbildade som ansågs vara nyckelpersoner på framgångsrika svenska företag.² De orsaker som har lett till utvisningar handlar oftast om obetydliga misstag som inte uppfyller kraven i Utlänningslagen. Ett annat fall som avspeglar rättstillämpningen är Arsen Khachatrayans fall från Armenien. Han har arbetat i Sverige i 6 år, och har etablerat sig med familj och barn. Våren 2018 fick han beskedet från Migrationsverket om att han ska utvisas då han har tjänat 1 krona och 90 ören för lite i timmen.³ Mediebevakningen, insatta jurister såväl som politiker kritiserar fenomenet och kritiserar rättstillämpningen av området och fördömer utvisningarna som orimliga och orättvisa.

Jurister från Centrum för rättvisa argumenterar för att arbetskraftsmigranternas utvisningar på grund av obetydliga misstag från arbetsgivarens sida är orimliga och borde åtgärdats

¹ Centrum för rättvisa: *Tayyab riskerar utvisning på grund av tidigare arbetsgivares misstag*, <http://centrumforrattvisa.se/nyheter/tayyab-riskerar-utvisning-pa-grund-av-tidigare-arbetsgivares-misstag/>, hämtad 17 okt 2018.

² SVT Nyheter: *Anställda på Spotify riskerar utvisning*, <https://www.svt.se/nyheter/lokalt/stockholm/anstallda-pa-spotify-riskerar-utvisning>, 11 sept 2018.

³ Expressen: *Arsen, 36, utvisas – fick för låg lön*, <https://www.expressen.se/nyheter/arsen-36-utvisas-fick-for-lag-lon/>, 11 sept 2018.

sedan länge.⁴ Juristerna menar på att "förvaltningsrätterna okritiskt upprätthöll Migrationsverkets felaktiga praxis och därmed brast i sitt uppdrag".⁵ I Migrationsverkets mening är detta lagen som tvingat till dessa "onyanserad bedömningar". Juristerna på Centrum för rättvisa hävdar då att de stränga tolkningarna inte berott på lagen utan på "en alltför långtgående tolkning av två domar från Migrationsöverdomstolen (MiÖD).⁶ De flesta regeringspartier och handelsorganisationer som Svensk Näringsliv, Stockholms Handelskammare och Företagarna är eniga om att förändring måste ske för att stoppa de orättvisa utvisningarna.⁷

I december 2017 kom det två nya prejudicerande domarna från Migrationsöverdomstolen om arbetstillstånd. Domarna i de båda fallen klargjorde att Migrationsverket inte haft fog att tolka reglerna på det onyanserade sättet och medfört att många som förlängt sina arbetstillstånd har fått avslag och utvisats från landet, och orsaken till deras utvisningar har berott på mindre fel från arbetsgivarens sida. I de två domarna⁸ kom Migrationsöverdomstolen fram till att huruvida en utlänning kan beviljas förlängt arbetstillstånd ska avgöras efter en helhetsbedömning.⁹ Trots den nya vägledande domen från MiÖD verkar inte utvisningarna av arbetskraftsinvandrare att upphöra, menar medierna på.¹⁰

⁴ Dagen Juridik: *Felaktig rättstillämpning eller korrekt tolkning av praxis? - jurister oense om "kompetensutvisningar"*, <http://www.dagensjuridik.se/2018/07/felaktig-rattstillampning-eller-korrekt-tolkning-av-praxis-jurister-oense-om-kompetensutvisn>, hämtad 12 sept 2018.

⁵ Svenska Dagbladet: *Osjälvständiga domstolar banade väg för utvisningar*, <https://www.svd.se/osjalvstandiga-domstolar-banade-vag-for-utvisningar>, hämtad 12 sept 2018.

⁶ Dagen Juridik: *Felaktig rättstillämpning eller korrekt tolkning av praxis? - jurister oense om "kompetensutvisningar"*, <http://www.dagensjuridik.se/2018/07/felaktig-rattstillampning-eller-korrekt-tolkning-av-praxis-jurister-oense-om-kompetensutvisn>, hämtad 12 sept 2018.

⁷ Entreprenör: *Kompetensutvisningarna är ett problem, säger remissinstanserna*, https://www.entreprenor.se/nyheter/kompetensutvisningarna/kompetensutvisningarna-ar-ett-problem-sager-remissinstanserna_688186.html, hämtad 13 sept 2018.

⁸ MIG 2017:24 & MIG 2017:25.

⁹ Dagen Juridik: *Så hjälper Migrationsöverdomstolens nya domar de utvisningshotade arbetskraftsinvandrarna*, <http://www.dagensjuridik.se/2018/01/sa-hjalper-migrationsoverdomstolens-nya-domar-de-utvisningshotade-arbetskraftsinvandrararna>, hämtad 13 sept 2018.

¹⁰ Entreprenör: *Kompetensutvisningarna fortsätter: "Det är inte värdigt Sverige"*, https://www.entreprenor.se/nyheter/kompetensutvisningarna/kompetensutvisningarna-fortsatter-det-ar-inte-vardigt-sverige_694911.html, hämtad 13 sept 2018.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att fastställa gällande rätt samt utreda i vilken utsträckning rättstillämpningen av regelverket för förlängning av arbetstillstånd i 2008 års reform kan anses vara i enlighet med lagstiftarens ändamål men också att fastställa i vilken utsträckningen motsvarar allmänna krav på rättssäkerhet.

För att uppfylla syftet med uppsatsen har dessa undersökningsfrågor utformats:

- Vad vill lagstiftaren uppnå med regelverket och hur är reglerna utformade och vilka är förutsättningarna för arbetskraftsmigrantens rätt till förlängning av arbetstillstånd?
- I vilken utsträckning uppfyller tillämpningen av reglerna lagstiftarens ändamål?
- Följaktligen, i vilken utsträckning kan tillämpningen av förlängning av arbetstillstånd anses vara rättssäker?

1.3 Metod och material

Den metod som denna uppsats avser att tillämpa vid fastställande av gällande rätt samt vid analys av rättssäkerheten i rättstillämpningen är den rättsdogmatiska metoden. Den rättsdogmatiska metoden är enligt Kleineman en komplicerad metod. Han förklarar vidare att det ofta är enklare att beskriva vad man faktiskt gör när man tillämpar metoden än att beskriva själva metoden. Den rättsdogmatiska metodens syfte är att söka svaren i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och den rättsdogmatisk orienterade litteraturen.¹¹ Man tillämpar principerna, systemet eller axiomet, för användandet av de allmänna rättskällorna, och vid tillämpningen beakta rättskällornas dignitet och auktoritet och orienterar sig i rättskällehierarkin för att fastställa gällande rätt. I Kleinemans mening är rättsdogmatiken som en "verktygslåda" för en jurist och utifrån dennes förmåga, kunskaper om lagen och dess karaktär utgör kvalitén av dennes analys.¹² Detta skall skiljas sig ifrån att rättsdogmatik är ett system i sig som kan användas för att framställa kritik av rättsläget och föreslå förändringar, alltså en *de lege ferenda*-mekanism.¹³

¹¹ Kleineman, 2018, s.21.

¹² Ibid. s.21-24.

¹³ Jareborg, 2005, s.4.

För att fastställa gällande rätt avses det i först hand att studera gällande lagrum som reglerar arbetstillstånd och förutsättningar för förlängning av arbetstillstånd. Därefter studeras förarbeten som är av relevans till reglerna samt att hitta lagstiftarens lagmotiv, nästa steg i förfarandet blir att studera de praxis som är prejudicerande inom området och slutligen gå igenom eventuella doktrin som behandlar området. Denna tillvägagång av rättskälle-orientering enligt den rättsdogmatiska metoden används även vid analysen av rättssäkerhet vid rättstillämpningen.

Uppsatsens syfte är även att utreda rättssäkerhetens utsträckning vid rättstillämpningen och därför är det viktigt att klargöra vad som avses med rättssäkerhet. En referensram krävs därav för att kunna utvärdera rättssäkerheten som behandlas i uppsatsen. Därmed kommer analysen att utgå från Peczeniks definition på rättssäkerhet i boken "Vad är rätt?". Rättssäkerhet enligt Peczenik består av formell och materiell rättssäkerhet.¹⁴ Formell rättssäkerhet uppnås när det råder förutsebarhet i rättsstatens rättsskipning genom att det medför kontrollbarhet och likhet inför lagen vid rättsliga prövningar. Enligt Peczenik är det flera av de grundläggande rättsprinciperna som är väsentliga för att formell rättssäkerhet ska kunna uppnås, närmare undersökning på rättsprinciperna finns på avsnitt 2.3.1.

I Peczeniks mening kan förutsebarhet inte ensam uppbära innebörden av rättssäkerhet i en demokratiskt rättsstat, det krävs att rättstillämpningen underkastar en fullständig rättssäkerhetsnorm som innebär att utövningen bör vara rimligt förutsebara med lagstöd och dessutom förenliga med ett hänsynstagande till andra etiska värden. Det är inkluderingen av etiska värden i rättstillämpningen som utgör materiell rättssäkerhet, vilket fullbordar rättsstatens rättssäkerhet, se avsnitt 2.3.2.

Urvalet av material som är intressant för denna analys är förarbeten till Utlänningslagen och förarbeten till lagändringar som tillkommit sedan år 2008, en av vikt att nämna är proposition 2007/08: 147 som ledde till 2008 års reformerade utlänningslag (2005:716). Rättsfall från Migrationsöverdomstolen är särskilt viktiga då de utgör själva rättstillämpningen för undersökningen och samtidigt har dessa fall en prejudicerande effekt över rättstillämpningen inom området. Därav har rättsfallen en stor vikt i att leda arbetet till att besvara syftets frågeställningar. Valet av prejudikatfall från överinstansen Migrationsöverdomstolen kommer att göras enligt följande: Från Sveriges domstolars

¹⁴ Peczenik, 1995, s.51.

databas¹⁵ med vägledande avgöranden från bland annat MiÖD. På databasen ska urvalet utgå från Migrationsöverdomstolen som instans, tid för avgörande ska vara från den 15 december 2008, den dag som den reformerade utlänningslagen trädde i kraft. Sedan i val av lagrum anges "6 kapitlet". Därav kommer det 14 rättsfall, sedan väljs det manuellt bort rättsfall som inte handlar om arbetstillstånd huvudsakligen.

Doktrin som behandlar just denna uppsats specifika område är begränsat, fast doktrin inom den allmänna rättsvetenskapen är väsentliga eftersom den bidrar denna analys med kunskapsverktyg, liksom doktrin om rättssäkerhet.

1.4. Avgränsningar

Den första avgränsningen i uppsatsen är att den endast berör arbetskraftsmigranter från tredje land, utanför Europeiska Unionen (EU), som vistas i Sverige på tillfälliga uppehålls- och arbetstillstånd. Den andra som avgränsas bort är behandling av arbetstillstånd som hänför perioden innan 2008 års reform. Sedan är arbetet avgränsat från problematiken kring förstagångsansökan och behandlar istället arbetskraftsmigranter som redan vistas i Sverige och ansöker om förlängt arbetstillstånd inifrån landet. Uppsatsen hanterar heller inte avslag från Migrationsverket där sökande har underlåtit att överklaga till överinstansen och blivit utvisade. Vidare hanterar uppsatsen heller inte sökande som sedan tidigare redan vistats i Sverige på andra grunder än för arbete, fast vid förlängning av fortsatt uppehållstillstånd anger arbete som grund, så kallad spårbyte. Likaså behandlar uppsatsen inte scenario där sökande avser att förlänga sitt arbetstillstånd och innan fattande av beslut yrkar en annan grund för uppehållstillstånd, ett spårbyte fast åt andra hållet. Uppsatsen behandlar inte arbetstillstånd som avser en utlännings som deltar i ett internationellt utbyte eller om det följer av ett internationellt avtal eller bilateral avtal med ett annat land enligt 6 kap. 2§ 4 stycket.

¹⁵ Sveriges Domstolar, *Rättsinfosök*: <http://www.rattsinfosok.dom.se/lagrummet/index.jsp>.

1.5 Forskningsläget

Under de senaste åren har en liten mängd forskning gjorts angående arbetstillstånd. Ett antal artiklar som berör olika aspekter av området har publicerats inom samhällsvetenskapliga disciplinen och inte inom den juridiska.

Delegation för Migrationsstudier (Delmi) i uppdrag av 2015:s regeringen, publicerade 2015 en antologi med titeln “Arbetskraft från hela världen : hur blev det med 2008 års reform?”, detta i syfte att stärka arbetskraftsinvandrares ställning på arbetsmarknaden. Samlingen bestod av studier av 13 författare från olika forskningsdiscipliner. Antologin tar upp flera typer av arbetskraftsinvandring, från bärplockare till högutbildade dataspecialister. Enligt antologin blev 2008 års reform både hyllad och kritiserad. Flera författare till boken belyser om att gällande regelverk bidrar till att arbetskraftsmigranter kan hamna i ett beroendeförhållande som påverkar deras förhandlingsposition gentemot arbetsgivarna. Redaktörerna av samlingen är Catharina Calleman och Petra Herzfeld Olsson.¹⁶

Den närmsta forskningen som behandlar de juridiska aspekterna av arbetstillstånd undersöktes av Jenny Andersson på Lunds universitet 2014. Hon hade i sin magisteruppsats med titeln “Arbetskraftsmigrantens skilda förutsättningar för arbetstillstånd och anställningsvillkor” behandlat frågor kring arbetstillstånd. Hon analyserade i sitt arbete vilka likheter och skillnader det finns mellan de EU-rättsliga sektorsdirektiven, Blåkortsdirektivet, och det svenska regelverket för arbetstillstånd. Uppsatsen behandlar bland annat hur rätten till arbetstillstånd regleras i sektorsdirektivet och i svenskt regelverk och hur de rättsliga strukturerna för implementering och efterlevnad av arbetsvillkoren ser ut.¹⁷

¹⁶ Calleman, & P. Herzfeld Olsson (Red.), 2015, s. iii-vi.

¹⁷ Andersson, Jenny. Arbetskraftsmigrantens skilda förutsättning för arbetstillstånd och anställningsvillkor. Masteruppsats i Handelsrätt, Lunds Universitet. VT 2014, s.2.

1.6 Disposition

För att uppnå syftet med min uppsats att fastställa gällande rätt och utvärdera till vilken utsträckning rättstillämpningen av förlängning av arbetstillstånd kan anses vara rättssäkert, är angeläget att dela in arbetet i olika kapitlen. I det inledande kapitlet, som förblir kapitel 2, börjar därmed att beskriva den historiska bakgrunden till ämnet samt skälen och motiv till 2008 års reform av utlänningslagen. Slutligen i kapitlet ska det utredas vad rättsäkerhet innebär utifrån professorer som har expertis och forskat inom rättsäkerhet. Avsnittet kommer därmed att behandla vad som kännetecknar formellt och materiellt rättsäkerhet och relationen mellan förutsebarhet och rättsäkerhet. Mer specifikt kommer principer som kännetecknar formellt säkerhet att tas upp samt vad som kännetecknar materiell rättsäkerhet i en rättsstat. I nästkommande kapitel, kapitel 3, avses det att behandla fastställandet av gällande rätt med arbetstillståndsreglerna, detta utförs genom en granskning av rättskällorna (lagtext, förarbeten och praxis) utifrån rättskälleläran. Utifrån förutsättningarna för förlängning av arbetstillstånd kommer varje förutsättning och villkor att ställas upp utifrån vad lagen ger i uttryck, vad lagstiftaren har för motiv och vad reglerna har gett i uttryck i prejudikat. I kapitel 4 kommer en diskussion och analys av frågeställningar som uppkommit för att besvara uppsatsens syfte. Det avser då först att analysera huruvida rättstillämpningen utifrån det urvalet av rättsfall, tillgängligt vid uppsatsens gång, kan ge indikation på om rättstillämpningen är i enlighet med lagstiftarens ändamål. Därefter analyseras det vidare på till vilken utsträckning rättstillämpning kan anses vara formellt rättssäkert respektive materiellt rättssäkert utifrån aspekterna som tas upp i avsnittet om rättsäkerhet i kapitel 3. I uppsatsens sista kapitel kommer det att sammanfatta diskussionen och analysen och slutligen presentera undersökningens slutsats i att försöka svara på uppsatsens syfte.

2. Bakgrundsinformation till undersökningen

2.1 Historisk bakgrund till arbetskraftsinvandring

Den första arbetskraftsinvandringen i Sverige skedde så tidigt som på 1100 talet, det var då tyska köpmän och hantverkare som bosatte sig på Gotland och Öland. Tyskarna fortsatte tillströmningen till Sverige under 1200- och 1300 talen och då letade de sig till bland annat Stockholm och Uppsala.¹⁸ Ett hundratals judar invandrade till Sverige under 1780-talet. År 1870, det vill säga 90 år senare fick vi genom en ändring i grundlagen fullständiga medborgerliga rättigheter i Sverige.¹⁹ Perioden 1860-1905 rådde principen om fritt folkutbyte i Sverige som innebar att man inte behöver visa pass vid gränsen, söka tillstånd för att arbeta eller hyra bostad.²⁰ Innan första världskriget var immigranter till Sverige bland annat, engelska strejkbrytare, ryska sågfilare, judiska köpmän, amerikanska tiggare och galicier som rekryterades från utlandet till framförallt jordbruket.²¹ Den fria tillströmning av invandring till Sverige kom till en vändning vid 1900-talets början. Den nationella arbetsmarknaden började känna en konkurrens om arbetstillfällena. Invandringspolitiken blev alltmer restriktiv vid första världskrigets början. År 1914 infördes en utvisningslag som följdes sedan av vidareutveckling till en stiftande av Sveriges första utlänningslag år 1927.²² Efter andra världskriget började den svenska ekonomin att blomstra och den positiva utvecklingen höll sig fram till 1970-talet. Under denna period var efterfrågan på arbetskraftsinvandring under liknande utvecklingstrend.²³ Arbetskraftsmigranterna på den tiden bestod främst av nordiska medborgare men även övriga europeiska medborgare.²⁴

Den alltmer fria rörligheten inom nordens nordiska uppnådde ny milstolpe år 1954, där de nordiska länderna införde en gemensam arbetsmarknad där passfrihet slopats. Krav på arbetstillstånd rådde inom den stora arbetsmarknaden. Det rådde en öppen invandringspolitik perioden

¹⁸ Boguslaw, 2012, s 55.

¹⁹ a.a.

²⁰ a.a.

²¹ a.a.

²² Boguslaw,2012, s 55.

²³ Calleman, 2011, s 121.

²⁴ Ibid. s 70.

mellan 1954-1967, det var efterfrågan från arbetsgivarna som drev den omfattande tillströmningen av arbetskraftsmigranter. Arbetskraftsmigrantens rörlighet blev mycket friare under den perioden än den nuvarande perioden efter 2008 års reform. Arbetarna på den tiden var inte bundna till sina arbetsgivare som det är nu. De kunde hade rätt att byta arbetsplats som de ville inom samma yrke.²⁵

Under 1960-1970-talet kom det många finska arbetskraftsmigranter då lågkonjunktur härjade i hemlandet. År 1995 anslöt sig Sverige till EU och fri arbetskraftsmigration rådde inom Europeiska Ekonomiska Samarbetet (EES) området. Det medförde att Sverige började harmonisera de nationella lagstiftningarna till EU-rätten.²⁶ Reglering kring arbetstillstånd var vid 2000-talets början baserades på 1968- och 1984 års regleringar men det centrala ansvaret vilade på Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) som fattade beslut om arbetstillstånd. Tillståndet för att arbeta i Sverige skulle sökas av tredjelandsmedborgare innan inresa till landet. Nordiska medborgare var fria från att söka arbetstillstånd men unionsmedborgare behövde söka uppehållstillstånd för vistelse längre än tre månader. Unionsmedborgare var även berättigad att vistas i Sverige under tiden de sökte arbete.²⁷ Arbetskraftsinvandringen under 2000-talet var styrd av arbetsmarknadens behov i Sverige- arbetsgivarnas behov av rekrytering från tredje land skulle först tömma möjligheten i den inhemska arbetsmarknaden. AMS fick den avgörande rollen att avgöra ifall det föreligger behov som den inhemska marknaden inte kunde tillgodose, en s.k. arbetsmarknadsprövning.²⁸

Den 15 december år 2008 infördes en reform som berör arbetskraftsinvandringen till Sverige. De nya reglerna skulle generera ett effektivare och mer flexibelt system för att underlätta för arbetssökande utanför EU. Dessa nya regler finns i 6 kap. Utlänningslagen (2005:716). Syftet med de nya reglerna är enligt propositionen (2007/08:147) att underlätta rekryteringen av arbetskraft från tredjeland.²⁹ Den stora förändringen i reformen är bland annat att man har skiftat från marknadsbehov-driven rekrytering till arbetsgivarens

²⁵ Frank, D.2010, s.183.

²⁶ Boguslaw, 2012,s 70.

²⁷ Boguslaw, 2012,s 72-73.

²⁸ SOU 2005:50, s 206-207.

²⁹ Prop. 2007/08:147, s1.

bedömning av behov av att rekrytera från tredje land. På det viset ger det systemet arbetsgivarna bättre möjligheter till att rekrytera rätt kompetenser.³⁰

Det var ett stort steg för Sverige i slutet av 2008 när regelverket för arbetskraftsinvandring reformerades. Efter lagens inträdande har Sverige lyfts fram i positiva ordalag som världens mest öppna land både nationellt och internationellt. Reformens negativa sidor framhävs som bidragande till lönedumping, exploatering av arbetskraftsmigranter och rekrytering till yrken där det inte råder brist på arbetskraft.³¹

2.2 Bakgrunden till ny utlänningslag

Den före detta lagstiftning för arbetskraftsinvandring började tillämpas i samband med den nya Utlänningslagen (2005:716) som inträdde år 2006. Den nya utlänningslagen ersätter 1989 års utlänningslag. Man ville upphöra Utlänningsnämndens överprövning av Migrationsverkets beslut i utlännings- och medborgarskapsärenden och överföra funktionen till migrationsdomstolar och migrationsöverdomstol istället. Man ville därmed tillföra en ny instans- och processordning som införs för handläggning av denna lag.³²

Enligt den kommitté som den dåvarande regeringen redan tillsatte år 2004 vid namn Kommittén för arbetskraftsinvandring (KAKI) var huvuduppdraget att föreslå ett nytt regelverk för arbetskraftsinvandring från länder utanför EES och Schweiz. Förslaget skulle avspeglar den svenska befolkningsutvecklingen och arbetsmarknaden samt den internationella utblick som gjorts för att se hur andra länder hanterat arbetskraftsinvandringen. I förarbeten till den nya arbetskraftsinvandringsreformen uttrycks det i SOU 2006:87 att målet med arbetskraftsinvandring har i syfte att arbetstagaren, arbetsgivaren och samhället i stort skulle leda till ett positivt resultat.³³ KAKI menade på att med den demografiska utvecklingen med en alltmer åldrande befolkning som belastar de medborgare som förvärvsarbetar med ökad försörjningsbörda kan leda till strukturella

³⁰ Boguslaw, 2012, s 76-77.

³¹ Calleman, & P. Herzfeld Olsson (Red.), 2015, s iii.

³² Prop. 2004/05:170, s.1.

³³ prop. 2007/08:147, s.66.

konsekvenser på arbetsmarknaden och ekonomin. En åldrande befolkning är ett fenomen som genomskådar bland grannländerna i EU. KAKI ansåg att arbetskraftsinvandring skulle bidra till att vitalisera den svenska arbetsmarknaden och ekonomin. Därmed bör regelverket öppnas för att underlätta tillströmningen av arbetskraft från tredje land. Samtidigt bör en sådan reglering beakta och undvika att arbetskraftsinvandring skapar negativa effekter på arbetsmarknaden, liksom arbetskraftsinvandring skall inte konkurrera med arbetsökande som redan finns i landet.³⁴ Ett syfte med regleringen är att säkerställa att löner, försäkringsskydd, och övriga anställningsvillkor för personer med arbetstillstånd skall vara i nivå med dem som redan finns i Sverige. Därmed uttrycker KAKI vikten med principen om likabehandling för migrerande och bosatta arbetskraft.³⁵

2.3 Rättssäkerhet

Rättssäkerhet är ett begrepp som framträder i olika offentliga sammanhang, såväl som i det politiska och i den juridiska debatten. Termen rättssäkerhet är ett översättningslån från tyskan, liksom termen rättsstat. Enligt Frändberg betecknar termen ett begrepp som är inkluderat i rättsstatsbegreppet. Det Anglosaxiska begreppet "the rule of law" ligger nära i betydelse med vad rättssäkerhet är, och innebörden av båda begreppen är inte identisk som legalitetsbegreppet. Ordet rättssäkerhet används ibland för att belysa värdet av en rättsstat, med andra ord betecknande av rättsstatsvärde. Ordet används också för att beskriva samhällets tillstånd i frid och harmoni under vad som präglas av lagen och rättssystemet. Rättssäkerhet kan innebära att individen tillhandahålls ett visst skydd mot statens framfart, men kan även bestå i att staten upprätthåller och skyddar individens trygghet till liv och egendom. Bland jurister är det vanligt att använda begreppet rättssäkerhet för att beteckna det tillstånd där det i rättsliga situationer föreligger förutsebarhet.³⁶ I ett demokratiskt statsskick där det råder hög grad av förutsebarhet i rättssystemet, ger i sin tur hög grad av formell rättssäkerhet.³⁷

³⁴ prop. 2007/08:14, s.66.

³⁵ Ibid. s.67.

³⁶ Frändberg, 2001, s. 269 f.

³⁷ Peczenik, 1995, s.51.

2.3.1 Formell Rättssäkerhet

Rättsstat som beskrivs ovan har en natur som kännetecknas av att maktutövningen i hög grad subsumerar rättsreglerna. I sin tur präglas maktutövning i form av rättsskipning och rättstillämpning av domstolar och myndigheter av förutsebarhet och likhet inför lagen. Förutsebarhetskrav är enligt Peczenik ett väsentligt innehåll i rättssäkerhetsbegreppet. I en demokratisk rättsstat innebär förutsebarhet en av grundvärden. För att förutsebarhet ska råda krävs det att det finns stöd i rättsreglerna, ju exaktare och generella rättsreglerna är desto bättre rättsreglerna bidrar till idealet om likhet inför lagen. I ett rättssamhälle där det råder formell rättssäkerhet blir medborgarna skyddade av mot statens maktutövning. Den enskilde individen kan med rättssystemets förutsebarhet effektivare planera sitt liv ju lättare det är att förutse de rättsliga besluten. När dessa garantier råder i rättsstaten tyder det på att det råder formell rättssäkerhet i rättssystemet. Formell rättssäkerhet har således innebörden av att rättsliga beslut från myndigheter och domstolar i den s.k. rättsskipningen är förutsebara med stöd av rättsreglerna.³⁸ Den formella rättssäkerheten ger stark uttryck av förutsebarhet, kontrollerbarhet och likhet inför lagen.³⁹ Inom ramen för den formella rättssäkerheten präglas det av flera grundläggande rättsprinciper som lägger sig som fundament för att etablera förutsebarhet och den formella säkerhetens starka drag av rättspositivism. De principer som bär upp den formella rättssäkerheten och bidrar till förutsebarhet är legalitetsprincipen, objektiv-principen, likhetsprincipen, proportionalitetsprincipen, principen om rätt till domstolsprövning, principen om avgörande inom rimlig tid och offentlighetsprincipen.⁴⁰ För att behandla rättstillämpningen vid förlängning av arbetstillstånd anses det vara väsentligt att behandla nedanstående principer mer ingående.

För att det ska kunna råda förutsebarhet i en rättsstat krävs det i första hand att statens rättsskipning utgår från att det finns lagstöd i deras handlande, enligt s.k. Legalitetsprincipen. Handlade utan lagstöd utgör godtycklighet i rättstillämpningen och följaktligen skadar rättssäkerheten. Enligt 1 kap. 1 § Regeringsformen (RF) innebär legalitetsprincipen att rättsskipningen liksom myndigheter och domstolar måste ha stöd i lagen för att kunna ålägga den enskilde medborgaren något rättsligt åtgärd.

³⁸ Peczenik, 1995, s.89 f.f.

³⁹ SOU 2015:71, s.149.

⁴⁰ SOU 2015:71, s.149.

Legalitetsprincipen gäller som allmän rättsgrundsats i det svenska rättssystemet och i latin uttrycks principen ”nullum crimen sine lege” och ”nulla poena sine lege” som betyder inget brott utan lag, inget straff utan lag.⁴¹ Principen förutsätter att lagstiftningen ska vara klar och tydlig samt att lagarna är utformade att inte enbart gälla enskilda individer eller endast ha giltighet från fall till fall, rättsreglerna ska ha en allmän riktning som innebär att alla ska vara lika inför lagen, vilket befrämjar likhetsprincipen. Legalitetsprincipen motverkar godtycke i rättsskipningen vilket följer av förutsebarhet av rättsreglerna. Till skillnad från, om lagstiftaren lämnar stort utrymme i reglerna för flexibla bedömningar för den som tillämpar lagen ökar risken för minskad förutsebarhet och beslutfattandet blir godtyckligt.⁴²

Objektivitetsprincipen och likhetsprincipen som framgår av 1 kap. 9 § RF, medför kravet på att domstolar och förvaltningsmyndigheter ska beakta allas likhet inför lagen samt värna saklighet och opartiskhet. Objektivitetsprincipen motverkar rättstillämpare att vara jäviga och behandlar lika fall olika. Likhetsprincipen åsyftar att fall där de sakliga förutsättningarna är lika ska bedömas på samma sätt och inte att varje beslut ska vara lika.⁴³

Proportionalitetsprincipen betonar starkt att det ska råda balans mellan mål och medel. Med detta menas att rättsskipningens åtgärder inte ska gå utöver det som är nödvändigt med hänsyn till ändamålet. Proportionalitetsprincipen vid tillämpningen väger in olika intressen mot varandra, t.ex. Samhällets Krav på säkerhet kontra individens rätt till integritet. Proportionalitetsprincipen framgår i 1 kap. 8 § UtL som medger att lagen skall tillämpas så att en utlännings frihet inte begränsas mer än vad som är nödvändigt i varje enskilt fall.⁴⁴

Principen om rätt till domstolsprövning innebär att individen har rätt att få överprövning i domstol.⁴⁵

Principen om avgörande inom rimlig tid innebär att myndighetsbeslut under förutsättning att det inte påverkar kvaliteten att den enskilde ska få ett snabbt besked.⁴⁶ I proposition

⁴¹ Nationalencyklopedin, Legalitetsprincipen.

⁴² SOU 2015:71, s.71 f.

⁴³ a.a.

⁴⁴ MIG 2006:5.

⁴⁵ SOU 2015:71, s.71 f.

⁴⁶ a.a.

2016/17:180 om “En modern och rättssäker förvaltning” föreslår regeringen en ny förvaltningslag som ska bidra till att den enskildas rättssäkerhet stärks ytterligare. Regeringen har i förarbeten uttalat om att en handläggningstid på sex månader hos första instans anses som långsam handläggning. Därmed har lagstiftaren gjort det möjligt för den enskilde parten att påskynda processen efter sex månader genom att skriftligen begära myndigheten om att få ärendet avgjort inom fyra veckor.⁴⁷

Offentlighetsprincipen innebär rätten för allmänheten att få tillgång till allmänna handlingar och rätten att närvara vid domstolsförhandlingar och beslutande politiska sammanträden.⁴⁸

2.3.2 Materiell Rättssäkerhet

Vissa rättsteoretiska arbeten anser rättssäkerhet som identisk eller nästan identisk med förutsebarhet. Utifrån Peczeniks perspektiv på rättssäkerhet är förutsebarhet inte den enda väsentliga för rättstillämpningen. Samtidigt anses rättssäkerhet vara rättstillämpningens övergripande mål. Förutsebarhetskravet kan inte ensam uppbära innebörden av rättssäkerhet i en demokratisk rättsstat.⁴⁹ För att belysa behovet av både en materiell och formell aspekt av rättssäkerheten tar Peczenik upp följande exempel: “*Tyska judar under Hitlers välde kunde på grund av då gällande lagar lätt förutse att de skulle komma att förföljas, men det vore absurt att kalla en sådan förutsebarhet för rättssäkerhet.*”⁵⁰ Enligt Peczenik måste rättskipningens och myndighetsutövningens praxis underkasta en fullständig rättssäkerhetsnorm som innebär att utövningen bör vara rimligt förutsebara med lagstöd och förenliga med ett hänsynstagande till andra etiska värden. I Peczeniks mening kan rättssäkerhet inte vara oetisk och betonar därmed vikten av den materiella aspekt för att fullborda rättssäkerhets ändamålet.⁵¹ Med etiska värden åsyftar Peczenik i följande vidsträckt bemärkelse att ekonomiska, fördelningspolitiska, miljöpolitiska och andra rättspolitiska värderingar är etiska i den meningen, att de ytterst sett beror på vad som är gott

⁴⁷ Prop. 2016/17:180, s. 112 f.

⁴⁸ a.a.

⁴⁹ Peczenik, 1995, s. 89 ff.

⁵⁰ Ibid. s. 97.

⁵¹ Peczenik, 1995, s. 92 ff.

för människor.⁵² Liknande lydelse återfinns på Sveriges Advokatsamfundets rättssäkerhetsprogram, enligt Peczenik, som innehåller ett försök på att identifiera de övriga komponenter av rättssäkerhetsbegreppet utöver förutsebarheten. Därav kom man fram till att rättssäkerhet föreligger när vissa livsvärden skyddas mot statsmaktens ingripande i form av regler och lagar och garanterar förutsebarhet för medborgarna. De livsvärden som åsyftas är livet, kroppslig integritet, personlig rörelsefrihet, yttrandefrihet, förenings- och församlingsfrihet m.m.⁵³ Den materiella rättssäkerheten avser rättstillämpningen och innefattar enligt Peczenik fem komponenter:

- 1) beslut
- 2) som innebär rättsskipning eller myndighetsutövning är
- 3) i hög grad förutsebara
- 4) på grund av rättsnormerna och samtidigt
- 5) i hög grad etiskt godtagbara⁵⁴

Vad som avses etisk godtagbart har Peczenik som nämnt ovan att de ytterst sett beror på vad som är gott för människor.⁵⁵ Lotta Vahlne Westerhälls perspektiv på materiell rättssäkerhet är utvecklat utifrån ett välfärdsstatligt krav.⁵⁶ Välfärdsstaten har i sin orientering att tillfredställa den enskildes behov och intressen och att hen ska få ett skydd baserat på materiell likhet. Välfärdsstaten bygger på ett rättsligt tänkande, men är samtidigt väldigt mån om etiska principer såsom människovärdesprincipen, autonomi- och självbestämmande- principerna, godhetsprincipen, behovsprincipen och nyttoprincipen.⁵⁷ Liksom Peczenik betonar vikten av att i det moderna samhället förväntar sig folk i allmänhet att rättsskipningen optimerar avvägningen mellan den på lagen baserade förutsebarheten och andra etiska värden.⁵⁸ Enligt Peczeniks mening är lagtolkning en *“kompromiss mellan två postulat. Det första kräver att rättssäkerhet garanteras... Det andra ...kräver att tolkningen anpassas till de härskande föreställningar om rättvisa, moral, billighet, rimlighet och andra livets krav”*⁵⁹ Det kan därmed anses att beslutsfattare i rättsskipningen har ett socialt

⁵² Peczenik, 1995, s. 93 ff.

⁵³ Ibid. s. 92.

⁵⁴ Peczenik, 1995, s. 94.

⁵⁵ a.a.

⁵⁶ Vahlne Westerhäll, 2002, s. 52.

⁵⁷ a.a.

⁵⁸ Peczenik, 1995, s. 100.

⁵⁹ Ibid. s.91.

ansvarstagande som samhället har skapat och förväntar sig.⁶⁰ Den materiella rättssäkerheten finns stöd i 1 kap. 2 § RF som bl.a. stadgar att den offentliga makten ska utövas med respekt för alla människors lika värde och för den enskilda människans frihet och värdighet.

61

3. Gällande rätt

I detta kapitel avses det att utreda och fastställa vad gällande är avseende förlängning av arbetstillstånd. Avsnittet kommer först att gå in på generelle regler för arbetstillstånd, sedan gå in på lagrum och regler som tillgodoser möjligheten till förlängning. Därefter kommer utredning av gällande rätt att utgöra kärnan i avsnittet, detta utförs utifrån rättskällevärdet att identifiera de förutsättningar som uttrycks bokstavligen i lagen, vad som framgår i förarbeten som avser lagstiftarens motiv och slutligen vad som rättstillämpningen i detta område utronas i rättskipningens praxis i form av Migrationsverkets beslut, migrationsdomstolens avgörande och och vad Migrationsöverdomstolens anser som gällande rätt och fått prejudicerande effekt.

3.1 Regler för arbetstillstånd

I Utlänningslagens 6 kapitel behandlas arbetstillstånd huvudsakligen, samt 5 kapitlet i utlänningsförordningen (UtlF) är också avsedd för arbetstillstånd.⁶² I Utlänningslagens första paragraf uttrycks det att arbetstillstånd skall vara tidsbegränsad och det får avse ett visst slag av arbete och uppfyller de övriga villkor som behövs. Samt att arbetstillstånd inte avser utlänningslagens som har permanent uppehållstillstånd. Migrationsverket är enligt 6 kap. 5 § UtlL den beslutande myndigheten för arbetstillstånd. I 6 kap. 2 a § UtlL specificerar lagen om att arbetstillstånd inte får beviljas längre än två år eller längre än vad den erbjudna anställningstiden avser. Andra stycket samma paragraf medger lagen att arbetstillstånd enligt 2 § får ha en sammanlagd tid som inte överskrider fyra år i normala fall, men om det finns särskilda skäl kan den sammanlagda tiden vara upp till sex år. I tredje stycket samma paragraf kräver lagen att arbetstillståndet skall knytas till en viss arbetsgivare och avse ett

⁶⁰ Peczenik, 1995, s. 100.

⁶¹ SOU 2015:71, s.150-151.

⁶² Calleman, 2011, s 127.

visst slag av arbete under de två första åren. Därefter är det endast krav på att tillståndet ska vara knutet till ett visst slag av arbete.⁶³

Enligt nuvarande ordning får arbetskraftsmigranter vända sig till Migrationsverket vid ansökan om förlängning av arbetstillstånd. Enligt 6 kap. 4§ UtlL ska ansökan om arbetstillstånd och beviljande av arbetstillstånd ske innan man har rest in i Sverige, med andra ord får man inte göra ansökan om arbetstillstånd när man redan befinner sig i Sverige, detta i enlighet med huvudregeln. Lagrummet hänvisar vidare till undantagsregler som finns på 5 kap. 18 § andra och tredje styckena, 18 och 19 §§ som avser omständigheter som gör det möjligt för sökande att undantas från huvudregeln. Förlängning av arbetstillstånd är en sådan omständighet som ingår i 5 kap. 18 § som undantag.⁶⁴

De regler som tagits upp ovan gäller vägvisning och krav kring ett innehavande av arbetstillstånd. För att få ett arbetstillstånd beviljat behöver den sökande styrka att hen har fått anställningserbjudande som kommer att uppfylla de grundläggande villkoren som framgår i 6 kap. 2 § UtlL, samt att reglerna ovan har följts och kommer att beaktas i efterlevnad. Eftersom förutsättningar för att få ett tidsbegränsat arbetstillstånd är detsamma som vid förlängning av arbetstillstånd. Det som skiljer sig är att vid första ansökan behöver man styrka att villkoren och förutsättningarna kommer att följas, medans vid förlängning behöver man även styrka att villkoren och förutsättningarna har varit uppfyllda.⁶⁵ Vidare kommer en mer utförlig utredning av förutsättningarna och villkoren för arbetstillstånd att behandlas.

3.2 Gällande rätt vid förlängning av arbetstillstånd

Som nämnt ovan gällande förlängning av arbetstillstånd framgår det av undantagsregeln i 5 kap. 18 § andra stycke punkt 7 att förlängning av arbetstillstånd utgör undantag från huvudregeln om att uppehålls- och arbetstillstånd skall ansökas och beviljas innan inresa. Undantagsregeln anger att ansökan kan göras inifrån som avser: "*en ansökan om*

⁶³ 6 kap. 2a § UtlL.

⁶⁴ 5 kap. 18 § UtlL.

⁶⁵ MIG 2015:11.

uppehållstillstånd avser förlängning av ett tidsbegränsat uppehållstillstånd som med stöd av 5 kap. 10 § har beviljats en utlänning i fall som avses i 6 kap.2§ första stycket”.

Det stöd som ges i 5 kap. 10 § innebär att ett tidsbegränsat uppehållstillstånd får beviljas personer från tredje land som vill vistas i Sverige för arbete, studier, besök eller för att bedriva näringsverksamhet. Att undantaget berättigar personer som förlänger arbetstillstånd inifrån landet, kräver det fortfarande att villkoren i 6 kap. 2§ UtIL skall uppfyllas, på samma sätt som om ansökningsförfarande som skulle avsett en ny ansökan gjord innan inresa.⁶⁶ Reglerna som nämnts är i enlighet med lagstiftarens mening i prop. (2007/08:147), en ansökan om förlängning av arbetstillstånd får sökas inifrån Sverige och att ansökan skall göras innan den aktuella tillståndet löper ut. Vid förlängningen skall en ny prövning av “om de grundläggande villkoren för arbetstillstånd fortfarande är uppfyllda”.⁶⁷

I detta avsnitt behandlas därmed de regler och lagar som utformar tillämpningen av förlängning av arbetstillstånd, särskilt behandlande av förutsättningar och villkor som är avgörande för att få beviljat fortsatt arbetstillstånd. Behandlingen av villkor och förutsättningar kommer att utgå ifrån lagstiftarens mening i prop. 2007/08:147 om förutsättningar för arbetstillstånd, där lagstiftaren har urskilt grundläggande villkor mot övriga förutsättningar, så att de grundläggande villkoren gestaltas som en egen förutsättning. Avsnittet avser därmed att först presentera bestämmelserna om återkallande av arbetstillstånd, sedan behandla de grundläggande villkoren och slutligen behandla de övriga förutsättningarna.

3.2.1 Återkallelse av arbetstillstånd om villkoren inte är uppfyllda

I proposition 2013/14: 227 för lagändring om “Åtgärder mot missbruk av reglerna för arbetskraftsinvandring”, föreslår regeringen att “ett uppehåll- och arbetstillstånd (UAT) för arbete ska återkallas för en utlänning som har beviljats arbetstillstånd på grund av ett erbjudande om arbete, om förutsättningarna för arbetstillståndet av något annat skäl än att anställningen har upphört inte längre är uppfyllda.”⁶⁸ Förslaget om den nya obligatoriska

⁶⁶ Prop. 2007/08:147, s 29.

⁶⁷ A.a. s 28-29.

⁶⁸ Prop. 2013/14:227, s.16.

regeln som medför att utlänningar ska utvisas när villkoren inte uppfylls, trädde i kraft den 1 augusti 2014 i Utlänningslagens 7 kapitel 7 e §. Lagstiftaren har i förarbeten till denna lagändring uttalat sig om att det är viktigt att det ska finnas möjlighet för att återkalla ett arbetstillstånd, när förutsättningar för arbetstillstånd inte längre är uppfyllda. Detta är viktigt för att ta hänsyn till upprätthållandet av legitimiteten för systemet för arbetskraftsinvandring.⁶⁹ Lagstiftaren har i författningskommentaren till prop. 2016/17:212 vid avsnitt om gällande rätt, uttalat om; oavsett anledning till varför de faktiska anställningsvillkoren till arbetstagaren är sämre än vad som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom branschen, ska konsekvensen leda till återkallelse av tillstånd. Däremot i situationer som de faktiska anställningsvillkoren inte motsvarar vad som angavs i ansökan men är i nivå med kollektivavtal eller branschpraxis och anställningen uppfyller försörjningskravet, ska återkallelse inte aktualiseras.⁷⁰ Lagrummet med den strikta regeln om utvisning av arbetskraftsmigranter fick ett tillägg, som tredje stycket till 7 kap. 7 e § UtL.⁷¹ Lagstiftaren vill göra det möjligt att avstå från att återkalla ett arbetstillstånd om arbetsgivaren utan att Migrationsverket har vidtagit någon åtgärd har avhjälpt brister i anställningsvillkoren som annars skulle leda till återkallelse. Lagändringen trädde i kraft den 1 december 2017 och förarbeten bakom lagändringen är prop.2016/17:212.⁷² Som skäl till ändringen anger lagstiftaren att det är viktigt att upprätthålla legitimiteten för systemet för arbetskraftsinvandring, liksom skyddande av individer från att bli utnyttjade och motverka osund konkurrens mellan näringsidkare, som lönedumpningar. Samtidigt ska man ta hänsyn till de brister som råder i det enskilda fallet där arbetsgivaren inte uppsåtligen vill kringgå regelverket, därmed inte heller drabbar regelverkets legitimitet. Regeringen tar upp den obligatoriska återkallelse bestämmelsen i 7 kap. 7 e § UtL, i prop. 2013/14:227 om att arbetstillstånd skall återkallas om villkoren inte längre är uppfyllda utan att ta hänsyn till vilket villkor och oavsett anledning som föranlett bristen.⁷³ I propositionen anges *“att vid en avvägning mellan vikten att värna det svenska systemet för arbetskraftsinvandring och de konsekvenser som en återkallelse kan få i det enskilda fallet bör det inte finnas utrymme för en mer diskretionär prövning av om uppehållstillståndet ska återkallas när förutsättningarna inte längre är uppfyllda. Utgångspunkten bör vara att återkallelsen ska*

⁶⁹ Prop. 2013/14:227, s.18.

⁷⁰ Prop. 2016/17:212, s.6-7.

⁷¹ Se prop. 2016/17, s.1 f.

⁷² Prop. 2016/17:212, s.1.

⁷³ Ibid. s.8.

ske.”⁷⁴ Vidare menar regeringen att den strikta bestämmelsen i prop. 2013/14:227 har skapat grund för MiÖD att i MIG 2015:11 funnit stöd i den obligatoriska bestämmelsen att medge prejudikat för motsvarande förhållningssätt till underinstanserna. Detta innebär att återkallelse av arbetstillstånd skall aktualiseras när det vid prövning av förlängning av arbetstillstånd visar avvikelser från villkoren, det är oavsett vilka villkor som inte uppfylls eller omständighet som föranlett.⁷⁵ Regeringen i den senare propositionen anser att det finns rimlighet i att ha som huvudregel att ett tillstånd skall återkallas när villkoren inte är uppfyllda, men betonar att det bör samtidigt finnas möjlighet att avstå från att återkalla ett arbetstillstånd vid prövningen.⁷⁶ Regeringen menar i prop. 2016/17: 212 om att återkallelse av arbetstillstånd, att den obligatoriska bestämmelsen framstår som en väl långtgående konsekvens för arbetskraftsmigranten och arbetsgivaren. Man bör ha överseende för arbetsgivarens misstag som inte är av avsikt att kringgå reglerna, utan handlar exempelvis om administrativa fel eller bristande i kunskap om vilken nivå som gäller inom branschen.⁷⁷ Motverkande av oseriösa arbetsgivare ska inte drabba seriösa arbetsgivare och sina anställda. I lagstiftarens mening kan återkallande av arbetstillstånd i sådana fall där det handlar om oavsiktliga misstag *“kan ge orimliga konsekvenser i det enskilda fallet vilket både drabbar individer och legitimiteten för regelverket som sådant.”*⁷⁸ Det bör således vara möjligt för Migrationsverket att avstå från att återkalla ett uppehållstillstånd i vissa fall även om villkoren under en period av tillståndstiden inte har varit uppfyllda. I lagstiftarens mening bör proportionaliteten i det här hänseendet stärkas. Åsyftade att man ska motverka utnyttjande av arbetskraft från tredje land samtidigt som man ska minska risken för att mindre och oavsiktliga fel resulterar i oproportionerliga konsekvenser. Lagstiftaren menar på att *“detta kommer både samhället och individen till gagn.”*⁷⁹ På så vis blir Sverige till ett bättre land att arbetskraftsinvandra till.⁸⁰

I prop. 2016/17:212 avslutar lagstiftaren sitt resonemang med att det kan förekomma situationer när en seriös arbetsgivare blir medveten om att misstag har begåtts först efter påpekande från Migrationsverket, sådan situation bör rimligen kunna avstå från en

⁷⁴ Prop. 2013/14:227, s.18.

⁷⁵ Prop. 2016/17:212, s.8.

⁷⁶ a.a. s.8.

⁷⁷ Ibid. s.8 f.

⁷⁸ Prop. 2016/17:212, s.9.

⁷⁹ Prop. 2016/17:212, s.8.

⁸⁰ Ibid. s.10.

återkallelse av arbetstillstånd. Lagstiftaren tar därför upp att en utredning kommer inom kort att få i uppdrag att lämna förslag som stärker proportionaliteten och säkerställer att en arbetskraftsinvandrare inte ska utvisas på grund av att arbetsgivaren utan uppsåt begått mindre eller obetydliga fel, även om felet upptäcks efter det att tillståndstiden löpt ut eller om Migrationsverket uppmärksammat det.⁸¹

3.2.2 Försörjningskrav

I prop. 2007/08:147 anger regeringen att vid förlängningen av arbetstillstånd skall en ny prövning av "om de grundläggande villkoren för arbetstillstånd fortfarande är uppfyllda". Av regeringen benämnda "grundläggande villkor" är vad som stiftades i 6 kap. 2 § stycke 1-2 i Utlänningslagen, som lyder enligt lagstiftaren:

*"Tidsbegränsade arbetstillstånd ska kunna beviljas en utlänning som har ett erbjudande om en anställning som han eller hon kan försörja sig på. De erbjudna anställningsvillkoren får inte vara sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Principen om gemenskaps-företräde ska respekteras."*⁸²

Den lagtext som instiftades enligt lagstiftaren följs i första och andra stycket i 2§ 6 kapitlet, och lyder:

"Arbetstillstånd får ges till en utlänning som erbjudits en anställning, om

- 1. anställningen gör det möjligt för honom eller henne att försörja sig, och*
- 2. lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor inte är sämre än de villkor som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen.*

Arbetstillstånd enligt första stycket får endast ges om rekryteringsförfarandet är förenligt med Sveriges åtaganden inom Europeiska unionen" 6 kap. 2 § 1st. UtLL

I lagrummets första stycke punkt ställs den första rekvisiten att den som söker skall ha erbjudits en anställning, därefter skall den erbjudna anställningen göra det möjligt för den

⁸¹ Prop. 2016/17:212, s.11.

⁸² Prop. 2007/08:147, s 26.

sökande att kunna försörja sig på, en så kallad försörjningskrav som rekvisit. Kravet på att anställning ska erbjuda den anställde tillräcklig med inkomst för att denne ska kunna försörja sig på, lagrummet specificerar inga miniminivå på vad man ska tjäna för att uppfylla kravet eller hur man ska styrka att man erbjuds tillräcklig med ersättning för tjänsten.

I lagstiftarens mening i proposition 2007/08:147 ställs försörjningskrav som en förutsättning med anledning av att arbetstagarens arbetstid ska vara av sådan omfattning att denne kan få tillräcklig med försörjning under vistelsen i Sverige. Kravet ställs endast mot arbetstagaren och inga krav på medsökande. Skälet till att lagstiftaren vill ställa försörjningskrav på arbetssökande från tredje land är att undvika att lörens- och arbetstidens omfattning är så låga att denne behöver försörjningsstöd enligt 4 kap. 1 § Socialtjänstlagen (2001:453) för att täcka kostnaderna för bl.a. boende och uppehälle.⁸³ Försörjningsstödet enligt 4 kap. 1 § SoL avser stöd som går till individer i samhället som inte kan tillgodose sig själv försörjning har rätt till bistånd av socialnämnden för sin försörjning.⁸⁴ I denna del av propositionens författningskommentarer uttalar regeringen om att det är arbetstiden som i första hand ska ställas krav på för att säkra utlänningens försörjning. Vidare förmedlar regeringen om "att utlänningen kan försörja sig på anställningen ställer dock inte tillräckliga krav på lönesättningen och saknar helt betydelse för anställningsvillkoren i övrigt."⁸⁵

Lagstiftaren har inte angivit något schablonbelopp på försörjningskravet. Migrationsverket är det myndighet som får fatta beslut om arbetstillstånd enligt 6 kap. 5 § UtL. Enligt Migrationsverket är 13 000 kr före skatt den lägsta lönen i månaden för att anses uppnå försörjningskravet. Enligt Calleman har detta schablonbelopp följt med från tidigare lagstiftning: "*Denna summa har länge varit oförändrad och har funnits åtminstone sedan AMS riktlinjer för arbetstillstånd publicerades 2005.*"⁸⁶

I MIG 2015:11 nedan handlar om ett fall efter lagändringen om den obligatoriska bestämmelsen om återkallelse i 7 kap. 7 e § UtL. Fallet handlar om försörjningskrav men utifrån detta prejudikatfall har MiÖD gjort det gällande att vid förlängning av arbetstillstånd ska villkoren under tidigare tillståndsperioder vara uppfyllda. I ett tidigare rättsfall från

⁸³ Prop. 2007/08:147, s. 27.

⁸⁴ 4 kap. 1 § SoL.

⁸⁵ Prop. 2007/08: 147, s. 27.

⁸⁶ Calleman & Herzfeld Olsson(Red) ,2015, s.17, s.35.

Migrationsdomstolen som belyser lagändringens effekt är mål med beteckningen UM-8860-14, där konstaterade domaren att sökande som hade brist under sin första tillståndsperiod har varit känt och godkänt av Migrationsverket. I Migrationsdomstolens mening fanns det inte skäl att avslå hans permanent uppehållstillstånd på grund av att sökande inte uppfyller minimikravet på försörjning under en tidigare period.⁸⁷ Medans i MIG 2015:20 som hade liknande omständigheter som UM-8860-14, där fastställde MiÖD domen, kort efter MIG 2015:11, att avslå hans förlängningsansökan. Tidigare i fallet fick arbetstagaren förläning av sitt arbetstillstånd vid första tillfället trots att han haft lön under försörjningskravet. Av samma natur som Migrationsdomstolens fall fick han avslag vid det andra förlängningen. Migrationsverket konstaterade i detta fall att han under samtliga av sina tillståndsperioder haft inkomst understigande försörjningskravet och därmed avslaget. Arbetstagaren i fallet överklagade till högsta instansen och beviljades till slut prövningstillstånd av MiÖD. Där blev fallet hänvisade till MIG 2015:11 med den strikta tillämpningen och menade på att förutsättningarna för arbetstillstånd inte varit uppfyllda under tidigare perioder och därmed avslogs hans förlängningsansökan.⁸⁸

Migrationsöverdomstolens mål MIG 2015:11 hade arbetstagaren ansökt för första gången om uppehålls- och arbetstillstånd (UAT) den 6 september 2010 för att arbeta som aktivitetsledare. Den anställningserbjudande som låg till grund för hennes ansökan var en tillsvidareanställning med en omfattning på 80 procent. Heltidslönen före skatt var 18 750kr i månaden, vilket innebar en deltidslön på 15 000kr för vederbörande. Migrationsverket fattade beslut i ärendet den 1 april 2011 att bevilja arbetstagaren UAT för tiden 1 april 2011- 1 april 2013.

När det var dags den 24 mars 2013 ansökte arbetstagaren om förlängning av sitt UAT. Det nya anställningserbjudandet avsåg en fortsatt tjänst på 19 000kr i månaden för heltidsarbete, och 15 200kr i månaden för arbetstagaren 80 procents tjänstgöring. Av de kontrolluppgifter som inlämnades i samband med förlängningen framkom att vederbörande har haft en genomsnittlig lön för 2011 (11 541 kr) och 2012 (12 000 kr), samt att hennes lönebesked för januari och februari 2013 redovisat bruttolöner på 12 000kr, vilket understigit försörjningskravet på 13 000kr. I januari 2014 påpekade Migrationsverket att arbetstagande lön inte uppnådde försörjningskravet. Arbetstagaren besvarade Migrationsverket och förklarade att hon under 2012 hade jobbat mindre för att lära sig bättre svenska och att hon inte använt sig av försörjningsstöd, därmed de facto uppfyllt försörjningskravet. Samt att hennes arbetsgivare hade åtgärdat bristerna för januari och februari 2013 genom retroaktiv lön.

Migrationsverket beslutade den 21 mars 2014 att avslå arbetstagarens UAT med skäl att hon inte uppfyllt försörjningskravet under 2012. Sedan upphävde migrationsdomstolen i dom den 4 juli 2014 Migrationsverkets beslut och beviljade arbetstagaren UAT. Domstolen ansåg att den brist som funnits hade åtgärdats.

Migrationsverket yrkade till Migrationsöverdomstolen (MiÖD) att fastställa verkets beslut. Verket anförde att anställningsvillkoren måste varit uppfyllda under hela tillståndsperioden och det är först i samband med förlängningsansökan som det kan kontrolleras om anställningsvillkoren varit uppfyllda under tidigare perioder och för kommande perioder. I detta fallet hade lönen inte varit i enlighet med anställningsvillkoren och ska därmed avslås.

⁸⁷ Migrationsdomstolens mål, UM-8860-14.

⁸⁸ MIG 2015:20.

Arbetstagaren vidhåller vad hon hade anfört till migrationsdomstolen och tillade att det inte fanns anledning att misstänka att hennes anställning inte varit seriös eller att arbetsgivaren i framtiden inte skulle ha i avsikt att inte uppfylla lagens krav.

MiÖD biföll Migrationsverkets överklagan och fastställde verkets beslut den 27 mars 2015. Skälet till beslutet övervägde MiÖD betydelsen av bedömningen av om hennes förlängningsansökan kan beviljas trots att arbetstagarens faktiska lön har avvikit under en del av hennes tidigare period. MiÖD menade på att lagrummet 6 kap. 2 § Utlänningslagen (2005:716) som behandlar förutsättningar för arbetstillstånd är "fakultativ" vilket innebär att sökande inte har ett ovillkorligt rätt till att erhålla arbetstillstånd, och en bedömning måste göras vid varje enskilt fall om en ansökan skall beviljas. Domarna hänvisade sedan till lagstiftaren som i förarbeten hade uttalat om "att vid en avvägning mellan vikten att värna det svenska systemet för arbetskraftsinvandring och de konsekvenser som en återkallelse kan få i det enskilda fallet bör det inte finnas utrymme för en mer diskretionär prövning av om uppehållstillståndet ska återkallas när förutsättningarna inte längre är uppfyllda. Utgångspunkten bör vara att återkallelsen ska ske"⁸⁹ MiÖD betonade att Migrationsverket har fått uppdraget att vid prövningen motverka förekomsten av oseriösa arbetsgivare och skenavtal. Domstolen hänvisade vidare till den obligatoriska regeln i 7 kap. 7 e § Util som uttryckte att om förutsättningar för arbetstillstånd inte varit uppfyllda annat skäl än att anställningen upphör skall leda till återkallelse av UAT. MiÖD bedömde att lagstiftarens strikta bestämmelser om återkallelser i 7 kap. 7 e § innebär att det inte skall göras en bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet. Sedan vidareutvecklade MiÖD att enligt lagstiftarens uttryck, att strikt tillämpning av återkallelse av tillstånd ska ske, bedömde domstolen att ett motsvarande förhållningssätt borde gälla vid prövningen av om ett tillstånd skall förlängas. Därmed konstaterade MiÖD att en förlängningsansökan bör därför inte beviljas om det framkommer att förutsättningarna för arbetstillståndet inte varit uppfyllda under den tidigare perioden. Migrationsöverdomstolen uttalade sig i denna domen att:

*"En förlängning av ett arbetstillstånd kan inte beviljas om förutsättningarna för arbetstillståndet inte har varit uppfyllda under den tidigare tillståndperioden. Kravet på att utläningen ska kunna försörja sig på anställningen innebär att inkomsten måste uppgå till ett visst schablonmässigt bestämt belopp."*⁹⁰

I den lydelsen ger domarna en bakåtsyftande bedömning av om förutsättningarna för arbetstillstånd har varit uppfyllda bakåt i tiden. Den tolkning Migrationsverket ska tillämpa utifrån domarna är att varje avvikelser från anställningsvillkor, gäller även anställningsvillkor kollektivavtal eller praxis, skall leda till avslag.

Vid en senare dom från MiÖD, MIG 2018:12, som också behandlar försörjningskravet, konstaterade domarna att det fanns förutsättning att avstå från att återkalla arbetstagarens arbetstillstånd som inte varit uppfyllt under tidigare tillståndstid. MiÖD gjorde en hänvisning till bestämmelsen om helhetsbedömning som etablerats i MIG 2017:24 och MIG 2017:25. Mer om fallen presenteras längre fram i uppsatsen.

Migrationsöverdomstolens mål MIG 2018:12 hade arbetstagare i målet haft UAT i Sverige i fyra år och ansökte om förlängning innan tillståndet skulle löpa ut i december 2015. Han hade i augusti och november 2013 och november 2014 haft månadslöner som understigit schablonbeloppet på 13 000 kr. Arbetstagaren arbetade som isoleringsmontör, han hade inget yrkesbevis och arbetsgivaren hade kollektivavtal. Skälet till perioder med understigande schablonbelopp hade han som svar meddelat att han för juli 2013 fick ett löneförskott inklusive semesterlön för 25 semesterdagar på 59 293 kr, vilket resulterade i lägre utbetalningar avseende augusti och november 2013. För november 2014 fick han ingen lön, eftersom han tog obetald tjänstledighet för att hantera en personlig angelägenhet. Han hävdar vidare att hans genomsnittliga månadslön har aldrig varit lägre än 24 698 kr.

Migrationsverket avslag den 5 augusti 2016 arbetstagarens ansökan om förlängning med stöd av MIG 2015:11 som "innebär att den sökande måste visa att förutsättningarna för arbetstillstånd har varit uppfyllda under tidigare tillståndstider och att det i princip inte finns något utrymme att acceptera att förutsättningarna inte har varit uppfyllda vid något tillfälle". I arbetstagarens fall hade han under de tre aktuella månaderna inte

⁸⁹ MIG 2015:11.

⁹⁰ MIG 2015:11.

levt upp till försörjningskravet. Migrationsverket yrkade sedan MiÖD att arbetstagaren inte uppfyllt sin bevisbörda gällande redovisning av semesterförmåner enligt lag.

I MiÖD dom lyfte domstolen fram vikten av bestämmelser från de tidigare praxis om bakåtsyftande bedömning och framåtsyftande bedömning. Med hänvisning till tidigare praxis MIG 2017:24 och MIG 2017:25 som uttalat om att vid en bakåtsyftande bedömning av anställningsvillkoren i 6 kap. 2 § UtL är uppfyllda inte går att bedöma villkoren månad för månad, istället skall en helhetsbedömning av anställningsvillkoren göras. Med stöd till bestämmelserna anser MiÖD att arbetstagarens lön som under stigit försörjningskravet tre månader utav fyra år och i kombination med godtagbar skäl att kravet i 6 kap. 2 § första stycket om försörjningskrav för de tidigare tillståndsperioderna har varit uppfyllt.

Vidare resonerade MiÖD kring arbetstagarens förutsättningar att uppfylla kravet i 6 kap. 2 § stycket 2 i UtL om lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor inte får vara sämre än de villkor som följer av Svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. MiÖD hänvisade till prop. 2007/08:147 om vid prövning av om anställningsvillkoren inte är sämre än de villkor som följer bl.a. Svenska kollektivavtal är arbetstagarorganisationernas yttrande av stor betydelse.⁹¹ I målet har det framgått att yttrande från facket uttalat om att arbetstagarens villkor inte varit sämre än gällande kollektivavtal. Sedan bedömde domstolen att semesterförmåner som arbetstagaren brutit i att redovisa på ett tydligt sätt visar vilka semesterförmåner som han haft, att det berott på administrativt fel från arbetsgivarens sida. Beträffande Migrationsverkets påpekande om arbetstagarens faktiska lön inte överensstämmer med de angivna i anställningserbjudandet, bedömer MiÖD att om det finns godtagbara förklaringar till avvikelserna och om lönen och övriga anställningsvillkor fortfarande är i nivå med bl.a. kollektivavtal anser Migrationsöverdomstolen att uppehålls- och arbetstillstånd ändå ska kunna beviljas. MiÖD beslutade därmed att bevilja arbetstagen PUT.

3.2.3 Lönen, försäkringsskyddet och övriga anställningsvillkor

Vidare i 6 kap. 2 § första stycket andra punkt är villkoret att "lönen, försäkringsskyddet och övriga villkor inte är sämre än vad som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen". Lagen betonar att förutsättning för att få arbetstillstånd krävs att samtliga villkor i allmänhet och lönevillkor och försäkringsvillkor i synnerhet inte får vara sämre än kollektivavtal eller praxis i Sveriges respektive yrken och branscher.

Regeringen uttalar i propositionen att det nya systemet får inte underlätta för oseriösa arbetsgivare att hitta arbetskraft från tredje land som erbjuds anställningsvillkor som är sämre än villkor som erbjuds för personer som redan är bosatta i Sverige. Man vill undvika med den nya regleringen att arbetskraftsinvandringen skall kunna tränga undan arbetskraft som redan finns i Sverige. Vidare anser regeringen att en vägledning i detta hänseende kan svenska kollektivavtal och praxis inom svenska yrken och bransch kan tjäna som referens. Därmed får arbetstagarorganisationerna en viktig roll i det nya systemet.⁹²

I SOU 2006:87, grunden till denna lags proposition, resonerade kommittén att syftet med regleringen är att säkerställa principen om likabehandling av anställningsvillkoren för arbetskraft som migrerar hit och arbetskraft som är bosatta här. I kommitténs utredning

⁹¹ Prop. 2007/08:147, s. 37.

⁹² Prop. 2007/08: 147, s. 66-67.

framkommer ståndpunkten att det är samhällets uppgift att prioritera och bereda arbete för dem som redan är i Sverige eller EU/EES.⁹³

I Migrationsdomstolens mål MIG 2017:25 och MIG 2017:24 nedan har domarna etablerat en principen om helhetsbedömning vid prövning av villkoren i 6 kap. 2§ UtL. Samt att domarna i målen har gjort uttalande om att vid en helhetsbedömning av anställningsvillkoren och villkoren inte bedöms vara sämre än vad som gäller för motsvarande arbetstagare bosatta i Sverige bör villkoren således kunna godtas. En tydliggörande för rättstillämpningen av principen om likabehandling.⁹⁴

I Migrationsöverdomstolens mål MIG 2017:25 hade arbetstagare sitt första UAT i två år från 31 juli 2013 som pizzabagare och ansökte förlängt arbetstillstånd juni 2015. Han fick avslag för sin förlängningsansökan av Migrationsverket som grundat sitt beslut på att arbetstagaren under ett års tid haft lön som understigit kollektivavtalsnivå. Av de lönebesked som arbetstagaren redovisade, konstaterade Migrationsverket att perioden från december 2014 t.o.m. april 2015 hade arbetstagaren tjänat 20 529 kr för lite i förhållande till kollektivavtalsenliga lön om 20 989 kr. Arbetstagarens och arbetsgivarens förklaring till avvikelserna var att det hade skett ett misstag och att bristen redan var åtgärdad månaden efter med retroaktiv utbetalning på mellanskillnaden för hela perioden som lönen hade avvikit. I Migrationsverkets beslut om avslag hade verket sitt huvudsakliga grund i uttalande från MIG 2015:11 om att en förlängningsansökan inte kan beviljas om det framkommer att förutsättningarna för arbetstillståndet inte varit uppfyllda under den tidigare tillståndsperioden. Verket menade på att den period som arbetstagarens lön varit lägre än kollektivavtalet i branschen innebär att villkoren varit sämre än kollektivavtal eller praxis inom yrket och branschen. Förutsättning för fortsatt arbetstillstånd var därmed inte uppfyllt och tillståndet skulle till följd av detta avslås. Arbetstagaren överklagade till Migrationsdomstolen som vidhöll Migrationsverkets beslut varpå arbetstagaren överklagade vidare till MiÖD. Som svar till överklagandet grundade Migrationsverket sitt ställningstagande bl.a. efter lagstiftaren i prop. 2007/08:147 s.7, att de erbjudna anställningsvillkoren enligt 6 kap. 2 § UtL inte får vara sämre än de som gäller för arbetstagare i Sverige. Lönenivå enligt kollektivavtal var enligt Migrationsverket vad som krävs för att uppfylla lagstiftarens syfte med att villkoren inte får vara sämre än de som gäller för arbetstagare i Sverige. Vidare anförde verket även att det saknas utrymme i lag, förarbeten samt MiÖDs praxis i MIG 2015:11 och MIG 2015:20 för att göra en proportionalitetsbedömning vid prövning av förutsättning för arbetstillstånd.⁹⁵

Den fråga som var aktuell för MiÖD var om arbetstagaren kan beviljas förlängt UAT när hans lön, under en del av den tidigare tillståndsperioden understigit kollektivavtalsenlig lön. MiÖD började sitt resonemang med att bekräfta att bestämmelserna i 6 kap. 2 § UtL är fakultativ som innebär att det inte finns någon ovillkorlig rätt för en utländsk medborgare att få ett arbetstillstånd. MiÖD menar därav i enlighet med MIG 2015:11 om att det måste göras en bedömning i varje enskilt fall av om en ansökan kan beviljas. Den bedömning som behöver göras är om villkoren för tillståndet enligt 6 kap. 2 § UtL är uppfyllda. MiÖD menade på att utformningen i bestämmelsen innebär att prövningen ska ta *“sikte på den anställning som tillståndet avser, dvs, det rör sig om en framåtsyftande bedömning.”*⁹⁶ Samtidigt ska det vid prövning av en förlängning av arbetstillstånd även göras en bedömning av om förutsättningarna för arbetstillståndet avseende den tidigare tillståndsperioden varit uppfyllda, en bakåtsyftande bedömning. Detta görs följaktligen av den bakåtsyftande bedömningen som etablerats i MIG 2015:11. I MiÖD mening var *“kravet på att de erbjudna anställningsvillkoren inte får vara sämre än vad som gäller för arbetstagare bosatta i Sverige har tillkommit för att motverka missbruk av reglerna och utnyttjande av utländsk arbetskraft.”*⁹⁷ Utformningen av bestämmelserna är enligt MiÖDs uppfattning att det behöver göras en helhetsbedömning av samtliga

⁹³ SOU 2006:87, s. 119.

⁹⁴ MIG 2014:24 och MIG 2017:25.

⁹⁵ MIG 2017:25, s. 7-8.

⁹⁶ MIG 2017:25, s.11.

⁹⁷ a.a.

anställningsvillkor i detta fall för att kunna bedöma om dessa inte är sämre än vad som följer av kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen. Om anställningsvillkoren i helhetsbedömningen inte bedöms vara sämre än vad som gäller för motsvarande arbetstagare bosatta i Sverige bör villkoren således kunna godtas. I MiÖD helhetsbedömning generaliserade domstolen förekommande scenario på arbetsmarknaden, liksom *“att anställningsvillkoren kan komma att ändras under en tillståndsperiod t.ex. till följd av avtalsförhandlingar mellan arbetsmarknadens parter. Ibland genomförs sådana ändringar retroaktivt. För vissa arbetstagare är det möjligt att ingå enskilda överenskommelser med arbetsgivaren om anställningsvillkor rörande t.ex. semester och pensionsinbetalningar.”*⁹⁸ Med det resonemanget ansåg domstolen *“att det vid den bakåtsyftande bedömningen av om anställningsvillkoren är uppfyllda inte går att bedöma villkoren månad för månad. Vid prövningen bör det i stället göras en bedömning av anställningsvillkoren under hela tillståndsperioden i förhållande till kollektivavtal eller praxis inom yrket eller branschen”*.⁹⁹

Slutligen i MiÖDs dom den 13 december 2017 konstaterades att arbetstagaren i en helhetsbedömning utifrån omständigheterna att han under en period haft lön som understigit kollektivavtalsenlig nivå men av arbetsgivarens initiativ har bristen åtgärdats retroaktivt. Av den omständighet fann MiÖD i en helhetsbedömning att arbetstagaren hade uppfyllt villkoren för arbetstillstånd.¹⁰⁰

I MiÖDs mål MIG 2017:24 hade arbetstagaren haft UAT i Sverige sedan 17 februari 2012, och sökte 8 januari 2016 om PUT. Migrationsverket avslag den 21 oktober 2016 hans ansökan och konstaterade att han under sitt första tillståndsperiod saknade erforderlig försäkringsskydd och därmed var förutsättningarna enligt 6 kap. 2 § UtL inte uppfyllda. Arbetstagaren yrkade att han redan fått retroaktiv premiebetalning till sitt pensionssparande och därmed har bristen blivit åtgärdad. MiÖD ogillade Migrationsverkets beslut och beviljade arbetstagaren den 13 december 2017 PUT. I målet tillämpade domarna principen helhetsbedömning där samtliga villkor i 6 kap. 2 § UtL sammanvägs för att göra det gällande om villkoren varit i linje med kollektivavtalet eller praxis inom branschen. I det hänseendet menade MiÖD att som exempel kan ett något sämre försäkringsskydd kompenseras med av en högre lön och tvärt om. Det avgörande var så länge som de villkor som erbjuds vid en helhetsbedömning inte kan anses vara sämre än vad som är brukligt inom yrket eller branschen borde det godtas. MiÖD gjorde i december 2017 det också gällande att bedömningen av om villkoren enligt 6 kap. 2 § UtL är uppfyllda är framåtsyftande, därmed skall det i bedömningen vägas in om det kan förväntas av arbetsgivaren framöver kommer att uppfylla kraven. MiÖD höll med de tidigare domen i MIG 2015:11 och MIG 2015:20 om att även det ska göras en bakåtsyftande bedömning av om förutsättningarna för tillståndet har varit uppfyllda under den tidigare tillståndsperioden. Domarna menade att både framåtsyftande som den bakåtsyftande prövning av villkoren ska göras genom en helhetsbedömning av samtliga anställningsvillkor för att avgöra mot lagtexten i 6 kap. 2 § UtL.¹⁰¹ MiÖD har i domen även uttalat *“om möjligheten för arbetsgivare som inte är anslutna till kollektivavtal att erbjuda anställningsvillkor som avviker från kollektivavtal så länge de motsvarar vad som erbjuds enligt praxis inom yrket eller branschen.”*¹⁰² Eftersom det inte framkommit omständigheter att ifrågasätta arbetsgivarens seriositet fann MiÖD därmed att arbetstagaren i fallet hade förutsättningar för att beviljas permanent uppehållstillstånd.

3.2.4 Gemenskapsföretråde

I 6 kap. 2 § andra stycket UtL ställs det ett krav på att gemenskapsföretråde ska respekteras vid ansökningsförfarandet. Med det avser att rekryteringsförfarandet ska vara förenligt med åtaganden som Sverige har gjort inom EU. Företrädet är en del av förutsättningarna för att

⁹⁸ MIG 2017:25, s. 12.

⁹⁹ a.a.

¹⁰⁰ MIG 2017:25.

¹⁰¹ Dagen Juridik: *“Så hjälper Migrationsöverdomstolens nya domar de utvisningshotade arbetskraftsinvandrarerna”*, <http://www.dagensjuridik.se/2018/01/sa-hjalper-migrationsoverdomstolens-nya-domar-de-utvisningshotade-arbetskraftsinvandrarerna>, hämtad 14 sept 2018.

¹⁰² MIG 2017:24.

arbetstillstånd ska kunna beviljas. Det framgår inte i lagtext hur ett sådant rekryteringsförfarande ska ske.

Lagstiftarens motiv med gemenskapsföreträdet är att leva upp till de åtagande som Sverige har gentemot EU. Företrädet innebär att medborgare i EU eller tredjelandsmedborgare som är bosatta inom EU/EES territorium och Schweiz ska ha företräde till vakanta arbetstillfällen. Denna princip är baserad på en resolution som statschefer från EU-länder antog år 1994.¹⁰³ Enligt lagstiftaren måste, för att gemenskapsföreträdet ska kunna respekteras, personer inom gemenskapen och i Schweiz få kännedom om lediga tjänster på den svenska marknaden. Exempelvis kan rekryteringsförfarandet inledas med att arbetsgivaren kontaktar Arbetsförmedlingen om en ledig tjänst för utannonsering. När den lediga tjänsten utannonseras på Arbetsförmedlingens platsbank blir annonsen också tillgänglig på Eures, som är europeiska internetbaserad platsportal. Följaktligen blir tjänster lagda på arbetsförmedlingen tillgängliga för medborgare eller bosatta inom gemenskapen. Arbetsgivaren har också möjligheten att begära Arbetsförmedlingen om aktiva förmedlingsinsatser som innebär att förmedlingen ska kartlägga utbudet av tillgängliga arbetskraft inom EU/EES. Lagstiftarens mening är om dessa åtgärder vidtas bör Migrationsverket typiskt sett kunna bedöma om att gemenskapsföreträdet har respekterats. Det ska inte heller vara hinder för arbetsgivaren att välja andra rekryterings åtgärder, det avgörande är att det ska vara underlag för att göra det möjligt att bedöma gemenskapsföreträdet har iakttagits. Om gemenskapsföreträdet inte iakttagits eller går det inte att bedöma utifrån underlaget ska inte något arbetstillstånd meddelas.¹⁰⁴

Tiden som tjänsten ska utannonseras för att anses ha respekterat gemenskapsföreträdet saknar hänvisning av lagstiftaren. Enligt Arbetsförmedlingens tidigare praxis, då arbetsmarknadsprövning var aktuell, var tio dagar enligt deras riktlinje för att bedöma om det rådde brist i yrket och därav tillåta arbetsgivaren anställa från tredjeland.¹⁰⁵ I en senare proposition, prop. 2013/14:227, angående åtgärder mot missbruk av reglerna för arbetskraftsinvandring framkommer det dock i avsnittet om nuvarande ordning att det krävs att den lediga tjänsten ska ha utannonseras i Sverige och EU i minst tio dagar.¹⁰⁶

¹⁰³ Prop. 2007/08:147, s. 21.

¹⁰⁴ Prop. 2007/08:147, s. 36.

¹⁰⁵ Prop. 2007/08:147, s. 17.

¹⁰⁶ Prop. 2013/14:227, s.8.

Nedan presenteras tre prejudikat som vägleder vad som gäller vid utfärdande av att visa respekten för gemenskapsföretråde. I MIG 2015:6 gjorde domarna det gällande med stöd av lagstiftarens uttalande i prop. 2013/14:227 om att annonsering ska göra det möjligt för Sverige och EU i minst tio dagar, alltså inte tio arbetsdagar.¹⁰⁷ Vidare i MIG 2017:2 handlade det om när annonsering anses som avslutad eller avbruten vid ett rekryteringsförfarande. MiÖD fastställde då att det är tidpunkten som arbetstagaren med anställningserbjudande från arbetsgivaren och ansöker om UAT med det, som tidpunkten för tjänsten att anses som vara upptagen och således avbruten.¹⁰⁸ I det slutliga fallet MIG 2018:2 handlar om huruvida annonsering för tjänst aktuell för begränsad krets annonseras på portal riktad mot kretsen fast tillgänglig för Sverige och gemenskapen kan anses respektera gemenskapsföreträdet. MiÖD fastställde i målet att det inte ska vara krav på att en ledig tjänst ska utannonseras via Arbetsförmedlingen, utan målet är att tjänsten ska vara tillgänglig för personer inom gemenskapen. Därmed innebär det att varje tjänst som utannonseras inte behöver vara genom kanaler som riktar sig till samtliga personer inom gemenskapen.¹⁰⁹

Migrationsöverdomstolens mål MIG 2015:6 hade arbetstagaren i juli 2014 ansökt om UAT för att arbeta som kock i Sverige. Migrationsverket avslog den 8 september 2014 arbetstagarens ansökan och anförde att annonseringen som legat till grund för arbetstagarens ansökan utannonserades 8 maj till den 18 maj 2014, vilket utgjorde endast 7 arbetsdagar. Då tjänsten inte varit tillgänglig för EU /EES i tio arbetsdagar ansåg Migrationsverket att gemenskapsföretråde inte iakttagits. I övrigt uppfyllde arbetstagarens anställningsvillkor de övriga kraven i 6 kap. 2 § UtLL.

Arbetstagaren överklagade Migrationsverkets beslut och migrationsdomstolen biföll överklagandet och anförde som skäl i sin dom att någon minsta tid för utannonsering är inte reglerad i någon författning eller föreskrift med stöd i författning. I Ds 2007:27 framgår det att annonsering ska vara i minst tio arbetsdagar. I prop. 2013/14: 227 finns uttalande om att utannonseringen ska vara i minst tio dagar. Migrationsdomstolen menar på att förarbetena ger uttryck för viss otydlighet avseende hur länge utannonseringen måste ske. Därmed bedömde domstolen att kravet på gemenskapsföretråde i fallet får anses vara uppfyllt.

Migrationsverket överklagade migrationsdomstolens beslut och MiÖD meddelade prövningstillstånd.

MiÖD resonerade kring de motiv gällande detta i förarbeten och kom fram till att "de nu aktuella bestämmelserna infördes berördes frågan först i en departementsskrivelse där det angavs att anställningen bör vara utannonserad i minst tio arbetsdagar (Ds 2007:27 s. 24)."¹¹⁰ MiÖD fann i prop. 2007/08:147 att det anfördes under redogörelsen för den dåvarande ordningen att enligt Arbetsförmedlingens praxis ska platsen ha varit annonserad i tio dagar. I övrigt tog propositionen inte upp något annat om annonseringstiden. Dock i en senare proposition angående åtgärder mot missbruk av reglerna för arbetskraftsinvandring förekommer det uttalande om att den lediga tjänsten ska ha utannonserats i Sverige och EU i minst tio dagar.¹¹¹ Utifrån de propositionsuttalande bedömde MiÖD att den tjänst som varit utannonserad från och med den 8 maj 2014 till och med den 18 maj 2014 att kravet på gemenskapsföretråde varit uppfyllt. Eftersom övriga förutsättningar för

¹⁰⁷ MIG 2015:6.

¹⁰⁸ MIG 2017:2.

¹⁰⁹ MIG 2018:2.

¹¹⁰ MIG 2015:6 s. 4.

¹¹¹ prop. 2013/14:227, s. 8.

arbetstillstånd också är uppfyllda anser MiÖD att migrationsdomstolen haft fog för sitt beslut att bevilja UAT. Migrationsverkets överklagan avslog därmed.

Migrationsöverdomstolens mål MIG 2017:2 arbetstagaren från Ukraina och har under ett flertal tidigare år beviljats tidsbegränsade UAT för arbete hos ett skogsbolag. Han lämnade in en ny ansökan om UAT för arbete som skogsarbetare hos samma bolag för perioden 1 mars 2016 t.o.m. den 30 november 2016. Bolaget hade sedan 26 oktober 2015 annonserat om tjänsten på Arbetsförmedlingens platsbank och därefter erbjudit arbetstagaren anställningen. Migrationsverket avslog arbetstagarens ansökan den 20 januari 2016 och som skäl anförde verket att rekryteringsförfarandet hade inte respekterat gemenskapsföreträdet. Verket menade på att arbetstagarens ansökan inkom den 28 oktober 2015 och annonsen som bolaget la ut den 26 oktober 2015 hade således inte annonserats i tio dagar. Arbetstagaren överklagade Migrationsverkets beslut och Migrationsdomstolen meddelade i dom den 7 mars 2016 att ändra Migrationsverkets beslut och beviljade arbetstagaren UAT t.o.m. 30 nov 2016. Som skäl resonerade migrationsdomstolen b.l.a. företrädesrätten till återanställning enligt 25 § lagen om anställningsskydd (1982:80) (LAS). Företrädesrätten innebär att arbetsgivaren har skyldighet att erbjuda den befintlig anställd nytt arbete innan någon annan kan anställas. Ett krav på annonsering kan därmed inte anses föreligga. Migrationsverket överklagade till MiÖD och anförde att arbetstillstånd enligt 6 kap. 2§ första stycket UtIL får beviljas under förutsättning att rekryteringsförfarandet är förenligt med Sveriges åtaganden inom EU. Det innebär att gemenskapsföreträdet måste respekteras. Migrationsverket menade på att arbetstagaren inte är bosatt inom EU och tillhör inte den reguljära arbetsmarknaden. Arbetstagaren söker nytt arbetstillstånd förs säsongarbete hos samma arbetsgivare och bör anses som ny anställning för varje tillfälle.

Som svar till Migrationsverkets överklagande anförde arbetstagaren att ansökan som skickades in till Migrationsverket innan tio dagars annonsering hade passerats innebär inte per automatik att gemenskapsföreträdet åsidosatts och att rekryteringsprocessen omedelbart brustit. Bolagets annonsering varade till t.o.m 31 januari 2016 och har därmed inte avbrutit efter arbetstagarens ansökan.

MiÖD ansåg att Migrationsverkets bedömning var korrekt att avslå arbetstagarens ansökan om UAT. Migrationsdomstolens dom ska därför upphävas och Migrationsverkets beslut fastställas. MiÖD har i denna dom fastställt följande beträffande företrädesrätt och gemenskapsföreträdare: Reglerna om företrädesrätt enligt LAS kan inte aktualiseras för en utlännning innan ett UAT beviljats. För att ett UAT ska kunna beviljas krävs att gemenskapsföreträdet i 6 kap. 2§ andra stycket UtIL ha respekterats.

MiÖD i detta fall har uttryckt likheter med en tidigare praxis MIG 2016:5 i bedömningen om hur gemenskapsföreträdet skall anses vara respekterad. I de båda målen ansåg domstolarna att *“det är omständigheterna vid tidpunkten för prövning eller vid ansökningstillfället som ska ligga till grund för bedömningen måste bero på vad ansökan gäller och vilka omständigheter som är föremål för prövning”*¹¹². MiÖD anser därmed när arbetsgivaren lämnat anställningserbjudande till sökande som denne ansöker om UAT med blir därmed tjänsten i annonseringen upptagen och således avbruten. MiÖD fastslog därmed att det är omständigheterna vid ansökningstillfället som bör läggas till grund för bedömningen av om gemenskapsföreträdet har respekterats.

Migrationsöverdomstolens mål MIG 2028:2 hade arbetstagaren ansökte i december 2016 om UAT för arbete som universitetslektor i Sverige. Annonseringen för tjänsten gjordes bl.a. på EURAXESS (en speciell databas för bl.a. rekrytering av forskare). Utannonseringen av tjänsten hade funnits sedan december 2015 och var tillgänglig till 19 januari 2016. Migrationsverket avslog arbetstagarens ansökan samma månad som ansökan kom in. Avslaget grundade Migrationsverket på att gemenskapsföreträdet inte hade iakttagits då utannonseringen inte skedde på den europeiska internetbaserade platsportalen Eures. Migrationsverket menade på att vid rekrytering måste arbetsgivaren utannonsera tjänsten på så sätt att det når ut till sökande i EU/EES-området. För att uppnå det ändamålet används i regel Eures. När svenska arbetsgivare annonserar på Arbetsförmedlingen läggs annonsen automatisk ut på Eures. I migrationsdomstolen fick arbetstagaren beviljad UAT då domstolen bedömde att rekryteringsförfarandet hade nåtts ut till sökande inom EU/EES-området. Migrationsverket överklagade migrationsdomstolens beslut och yrkade att MiÖD skulle upphäva migrationsdomstolens beslut och fastställa Migrationsverkets beslut. Till sin talan anförde verket för att gemenskapsföreträdet ska kunna respekteras måste samtliga personer bosatta inom EU/EES och i Schweiz få

¹¹² MiÖD DOM UM 1963-16, s.7.

kännedom om vakanser på den svenska arbetsmarknaden. Annonsen på EURAXESS var i Migrationsverkets mening inte tillräcklig då den i första hand endast riktar sig till europeiska forskare. MiÖD tog upp fallet och konstaterade att syftet med gemenskapsföreträdet är att personer i Sverige och EU/EES och i Schweiz ska ha företräde till befintliga arbetstillfällen. MiÖD ansåg att det fanns det inget krav på att en ledig tjänst ska utannonseras via Arbetsförmedlingen, utan målet är att tjänsten ska vara tillgänglig för personer inom gemenskapen. Vidare i resonemanget uttryckte MiÖD att "det inte kan krävas att varje tjänst utannonseras genom kanaler som riktar sig till samtliga personer i EU/EES och i Schweiz."¹¹³ Det ansågs inte heller vara proportionerligt att kräva att en tjänst som endast vara aktuell till en begränsad krets av personer måste utannonseras genom kanaler som riktar sig till samtliga personer inom gemenskapen. Slutligen bedömde MiÖD att rekrytering av Universitetslektor via EURAXESS hade kommit till den aktuella sökgruppen till rätta. Därmed hade gemenskapsföreträdet respekterat i det fallet och Migrationsverkets överklagan avslogs.

3.2.5 Arbetstillståndets giltighetstid

I 6 kap. 2 a § regleras arbetstillståndets giltighetstid och krav på bindande till arbetsgivare. I lagtext uttrycks det i första stycket att "*arbetstillstånd enligt 2 § första stycket inte får ges längre tid än två år. Det får heller inte avse längre tid än anställningstiden.*"¹¹⁴

I det andra stycket anges att: "*den sammanlagda tillståndstiden för arbetstillstånd enligt 2 § första stycke får vara högst fyra år. Om det finns särskilda får dock den sammanlagda tillståndstiden vara högst sex år.*"¹¹⁵

Av första stycket följer att ett arbetstillstånd som längst får vara två år eller så länge som anställningstiden. Om arbetstagaren vill fortsätta jobba längre får hen förlänga sitt med genom att en ny prövning görs mot de grundläggande villkoren.¹¹⁶

Med andra stycket innebär det att ett tidsbegränsat arbetstillstånd kan förlängas flera tillfällen, dock att den sammanlagda tiden enligt huvudregeln får vara högst fyra år, om det föreligger särskilda skäl högst sex år. Enligt regeringen till prop. 2007/08: 147 avser ett tidsbegränsat arbetstillstånd inte vara längre än två år, samt inte längre än den erbjudna/överenskomna anställningstiden. I förarbeten uttalar sig regeringen med kritik om det tidigare systemet för arbetstillståndets giltighetstid. I det initialt ges för längst 18 månader och kan då förlängas med sex månader i taget som max får uppgå till 24 månader. Efter en sammanlagd tillståndstid på 24 månader får utlänningen inte beviljas ytterligare förlängning. Arbetstagaren ska då lämna landet oavsett om ett erbjudande om fortsatt anställning finns eller inte. Regeringen anser i den tidigare praxis etablera en otillfredsställande ordning och åsyftar att den svenska arbetsmarknaden gynnas av längre tillståndstider. Med längre

¹¹³ Migrationsöverdomstolens referat MIG 2018:2.

¹¹⁴ 6 kap. 2 a § 1 st. UtLL.

¹¹⁵ 6 kap. 2 a § 2 st UtLL.

¹¹⁶ Wikrén, Sandesjö, 2017, s.399.

tillståndstid möjliggörs det för den enskilde arbetstagaren att få bättre möjlighet att planera sin vistelse. På det sättet kan systemet bli mer attraktivt för arbetstagare att söka sig till Sverige. Längre tillståndstider har i fördelen med att kunna bistå med kontinuitet för arbetstagaren, arbetsgivaren och dess verksamhet i helhet, som i sin tur gynnas av stabilitet. Regeringen uttryckte i författningskommentaren att arbetstillstånd inte längre är att avse kortare tillståndsp perioder för att uppnå ändamålet med att täcka tillfällig brist på arbetskraft. Regeringens inställning är att till en början bör arbetstillståndet beviljas för kortare tid, men att tillståndet senare ska kunna övergå till ett permanent tillstånd på grund av arbete i Sverige. Lagstiftarens motiv med att göra det möjligt för arbetstagaren efter upprepade tidsbegränsade tillståndsp perioder ska leda till ett permanent uppehållstillstånd. Motivet bekräftas i lagtextens 2 a § andra stycket om arbetstillståndet sammanlagda längd om fyra år i normalfallet, och 3 § andra stycket som medger permanent uppehållstillstånd med hänvisning till berörda regeln i 5 kap. 5 § UtIL. Av 5 kap. 5§ framgår det att ett permanent uppehållstillstånd får beviljas en utlänning som i sammanlagt 4 år under de senaste sju åren har haft uppehållstillstånd för arbete.¹¹⁷ Enligt lagstiftarens mening har arbetstagare från tredjeland genom arbete visat sig bidra till samhällsutvecklingen och fått en stark koppling till Sverige. Sammanvägning av dessa skäl bör tredjelands medborgaren berättiga ett permanent uppehållstillstånd, med reservation på skäl som talar emot enligt 5 kap. 17 § om sökande som gjort sig skyldig till bland annat brottslighet, våldsamhet eller annan hot mot allmän ordning och säkerhet.¹¹⁸

Regeringens resonemang är i enlighet med vad kommittén KAKI inledde i SOU 2006:87 att samhället i stort skall leda till ett positivt resultat. På grund av att med den demografiska utvecklingen med en alltmer åldrande befolkning som belastar de medborgare som förvärvsarbetar med ökad försörjningsbörda kan det leda till strukturella konsekvenser på arbetsmarknaden och ekonomin. KAKI ansåg att arbetskraftsinvandring skulle bidra till att vitalisera den svenska arbetsmarknaden och ekonomin. Därmed bör regelverket öppnas upp för att underlätta tillströmningen av arbetskraft från tredje land.¹¹⁹

I MIG 2017:18 ansåg MiÖD att det fanns särskilda skäl för arbetstagaren som varit arbetslös i 11 månader att bevilja ytterligare UAT för arbete utöver de 4 åren. MiÖD

¹¹⁷ Wikrén, Sandesjö, 2017, s.399-400.

¹¹⁸ Prop. 2007/08: 147, s. 29.

¹¹⁹ SOU 2006:87, s.63.

bedömde i fallet utifrån lagstiftarens uttryck i förarbeten att det inte ska vara skillnad på flera korta perioder av arbetslöshet som exemplifieras i förarbeten eller en längre sammanhängande arbetslöshet, i bedömningen om huruvida det föreligger särskilda skäl.¹²⁰ I MIG 2014:18 kom MiÖD fram till att om en arbetstagare har varit utan anställning i längre än tre månader samt att Migrationsverket inte har agerat i att återkalla tillståndet, fram till arbetstagaren lämnar in en nyansökan om förlängt arbetstillståndet, ska fråga om återkallelse således inte tas upp i prövningen.¹²¹

Migrationsöverdomstolens mål MIG 2017:18 arbetstagaren hade tidigare ett uppehållstillstånd för studier i Sverige från 2005 till 2008. Fick därefter ett beviljat arbetstillstånd i två år från 20 april 2010 till 19 april 2012, tillståndet avsåg arbete som marknadsundersökare/analytiker och var knutet till arbetsgivaren. Innan tillståndet skulle löpa ut ansökte arbetstagaren om förlängning av UAT, denna gång hos en annan arbetsgivare fast samma slag av arbete. I Migrationsverkets utredning kom det fram att arbetstagaren hade varit blivit uppsagd på grund av arbetsbrist och varit arbetslös i 11 månader under tillståndsperioden. Mot den bakgrunden avslag Migrationsverket arbetstagarens ansökan och den 22 februari 2013 lämnade arbetstagaren Sverige. Den 20 mars 2013 beviljades han ett nytt UAT i två år för samma tjänst hos den nya arbetsgivaren, det nya tillståndet sträckte sig till 20 mars 2015. Innan det andra arbetstillståndet löpte ut ansökte arbetstagaren om permanent uppehållstillstånd (PUT), i andra hand förlängt UAT för samma anställning. Denna gång dröjde det över ett års tills Migrationsverket fattade beslut i hans ärende. Den 3 juni 2016 avslag Migrationsverket arbetstagarens ansökan om PUT samt förlängt UAT. Som skäl angav verket i huvudsak att arbetstagaren redan beviljats UAT i fyra år och att det inte fanns särskilda skäl enligt 6 kap. 2§ UtIL att bevilja ytterligare perioder. Ett PUT kunde inte heller beviljas då verket bedömde att de 11 månader som arbetstagaren hade varit arbetslös kvalificerade inte honom sådan anknytning till Sverige genom arbete som krävs för att bevilja ett permanent uppehållsrätt i Sverige. Migrationsdomstolen ogillade Migrationsverkets beslut och bedömde att det fanns särskilda skäl att bevilja ytterligare arbetstillstånd. Migrationsdomstolen hade i sin bedömning beaktat den tid som arbetstagaren haft anknytning till den svenska arbetsmarknaden, utan och senare med tillstånd, samt att arbetsgivaren hade medgett att arbetstagaren var svår att ersätta. Migrationsdomstolen hade även i sitt resonemang ansett att i det aktuella fallet hade likheter med exemplifieringar i förarbeten som handlar om flera korta arbetslöshet, och i det aktuella fallet handlade om en längre sammanhängande arbetslöshet. När MiÖD avgjorde ärendet lyfte domarna fram kraven på den framåtsyftande och bakåtsyftande bedömningen vid prövning av förlängning av arbetstillstånd. Den framåtsyftande delen hänförde till att förutsättningarna i 6 kap. 2§ UtIL ska uppfyllas för den kommande tillståndsperioden, medans den bakåtsyftande bedömningen innebar att pröva om förutsättningarna för arbetstillståndet avseende tidigare period har varit uppfyllda. Den bakåtsyftande praxisen etablerades i MIG 2015:11. MiÖD påpekade i sitt avgörande att Migrationsverket enbart gjort den bakåtsyftande bedömningen i att arbetstagarens anställning hade upphört under hans första tillståndsperiod och därefter hamnat i arbetslöshet medförde att det inte fanns särskilda skäl att bevilja hans ansökan om förlängt arbetstillstånd. I MiÖD bedömning fanns det särskilda skäl för att bevilja honom fortsatt arbetstillstånd. Som särskilda skäl hänvisade MiÖD till lagstiftaren i förarbeten där regeringen hade uttalat sig om två exempel på situationer där särskilda skäl kan anses finnas för att bevilja arbetstillstånd i längre än fyra år. Det ena exemplet gällde personer som inte hade avsikt att bosätta sig permanent i Sverige utan behövde extra tid för att slutföra pågående arbetsuppgift. Det andra exemplet hade regeringen uttalat sig om en situation där en utlänning som haft arbetstillstånd i fyra år, men som på grund av flera korta arbetslöshetsperioder under denna tid stått utanför arbetsmarknaden på ett sådant sätt att permanent uppehållstillstånd inte kan påräknas. I det aktuella fallet handlade det om att arbetstagaren hade haft en sammanhängande arbetslöshet i elva månader och inte flera korta arbetslöshetsperioder. MiÖD konstaterade att den situation som lagstiftaren uttalade sig om i förarbeten endast var en exemplifiering för när särskilda skäl kan anses finnas. Samtidigt fann MiÖD regeringens uttalande i proposition 2013/14:213 om "att det bör införas en mer flexibel lösning som möjliggör en bedömning utifrån förhållandena i det enskilda fallet."¹²² Vidare resonerade MiÖD lagstiftarens syfte i

¹²⁰ MIG 2017:18.

¹²¹ MIG 2014:18.

¹²² Prop.2013/14:227, s.28 f.

förarbeten (prop. 2013/14:227) om en förlängd kvalificeringsperiod för PUT av arbetsmarknadsskäl, samt ett förslag om att den sammanlagda tillståndstiden för arbetstillstånd får vara längre än fyra år om det finns särskilda skäl. Detta innebar att arbetstagare som periodvis stått utanför arbetsmarknaden gavs ökade möjligheter att kvalificera sig för ett PUT. I MiÖDs mening om kvalificering av PUT skulle det inte utgöras någon skillnad på flera korta perioder av arbetslöshet eller en längre sammanhängande arbetslöshet i bedömningen. Vikten skulle läggas på att bedöma om förutsättningar för arbetstillstånd skulle vara uppfyllda för att tillståndet skulle beviljas. Alltså en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet måste göras för att bevilja det sökta tillståndet. Mot den bakgrunden fann MiÖD att det fanns särskilda skäl för att arbetstagaren ska kunna ges ny möjlighet att kvalificera sig för ett PUT och därmed beviljades han ett förlängt tidsbegränsad arbetstillstånd utöver de fyra åren.

Migrationsöverdomstolens mål MIG 2014:18 arbetstagaren i detta mål hade fått beviljat arbets- och uppehållstillstånd (AUT) i Sverige den 22 september 2010 till 14 juni 2012. Innan tillståndstiden löpte ut ansökte han om förlängt AUT. Hans anställning hos den tillståndsgrundande arbetsgivaren avslutades 27 januari 2012 i samband med arbetsgivarens konkurs. Migrationsverket avslog den 10 april 2013 arbetstagarens ansökan om AUT och meddelade samtidigt om utvisning. Det skäl som Migrationsverket anförde var att personer med uppehållstillstånd för arbete som blivit uppsagd eller sagt upp sig själv från den tillståndsgrundande arbetsgivaren krävdes att personen skulle hitta ett nytt arbete i upp till tre månader. Migrationsverket menade på att i arbetstagarens fall hade 3 månader redan passerats då han lämnade in ansökan avseende den nya anställningen. Därmed ansåg Migrationsverket att ansökan inte kunde anses som förlängningsansökan på grund av förseningen. Samt att han verket ansåg att han saknade synnerliga skäl för att pröva ansökan som nytt efter inresan. Arbetstagaren kunde därför inte beviljas UAT med stöd av 5 kap. 10 § och 6 kap. 2 § utlänningslagen (2005:716). Till följd av beslutet överklagade arbetstagaren till migrationsdomstolen, och den 10 september 2013 upphävde domstolen Migrationsverkets beslut. Migrationsdomstolen delade inte Migrationsverkets resonemang kring avslaget och anförde att det lagrum som verket tillämpat 7 kap. 3 första stycket 2 utlänningslagen är följden att 3 månadsregeln inte följts att få tillståndet återkallat. Då migrationsverket inte fattat ett sådant beslut vid prövningen menar domstolen på att bestämmelsen i 5 kap. 18 § andra stycket utlänningslagen som är tillämplig. Vilket innebär att hans förlängningsansökan ska prövas om den gjorts före tillståndstidens utgång. Därmed borde Migrationsverket ha prövat ansökan i sak. Migrationsverket överklagade migrationsdomstolens beslut och yrkade till Migrationsöverdomstolen att "kravet på att en utlänning ansöker om nytt arbetstillstånd inom tre månader från det att den tidigare tillståndsgrundande anställningen upphört är av väsentlig betydelse för att upprätthålla kravet på arbetstillstånd för utlänningar som arbetar i Sverige." I verkets mening är ansökan som kommer in inom tremånadersfristen att ses som en förlängningsansökan enligt 5 kap. 18 § andra stycket 6 UtL. som är en undantagsregel för att man har synnerliga skäl att undantas ifrån huvudregeln om att ansökan skall vara gjord och beviljad innan inresa.¹²³ Ansökningar som kommer in efter tremånadersfristen skall betraktas som en ny ansökan och 5 kap. 18§ första stycket UtL blir tillämplig, vilket medger att ansökan om uppehållstillstånd i Sverige ska ha ansökt om och beviljats ett sådant tillstånd innan före inresan i landet. Lagrummet anger att huvudregeln för nyansökan inte får prövas inifrån landet och arbetstagaren får lämna landet för att lämna in ansökan utifrån. Med hänvisning till lagrummet ovan hävdar Migrationsverket ansökan får lämna in ny ansökan utanför Sverige.

Frågan för MiÖD att utreda var huruvida Migrationsverket har gjort det korrekt att anse AMs ansökan som kommit in mer än tre månader efter att den anställning som var grunden för hans tidigare tillstånd upphörts, fast inom tidsramen för förlängningsansökan. MiÖD resonerade kring gällande i regelverket och förarbeten och kom fram till följande:

Enligt lagstiftaren i de fall det anställningsförhållande som ansökan avsåg upphör under den pågående tillståndsperioden bör utlänningen kunna söka nytt arbete. I det fall arbetstagaren fått ett erbjudande om en ny anställning bör han eller hon kunna beviljas ett arbetstillstånd för den anställningen trots att ansökan görs inifrån landet. Enligt regeringens uttalande i Prop. 2005/06:147 bestämdes en tidsfrist på tre månader för en utlänning att söka ett nytt arbete efter anställningen upphört. Om utlänningen inte ger in en ansökan inom tre månader efter anställningen upphörde, kan uppehållstillståndet återkallas. Migrationsöverdomstolen hänvisade till förarbeten där lagstiftaren gjort det möjligt för Migrationsverket att återkalla en utlännings uppehållstillstånd när denne vistas i Sverige längre än tre månader efter att den tillståndsgrundande anställningen upphört. Motivet är att motverka att en utlänning på arbetstillstånd kan vistas i landet utan att ha sin försörjning ordnad.

¹²³ Utlänningslag (2005:716) (2013).

Det saknas dock i förarbeten om huruvida en utlänning som befunnit sig i Sverige längre än tre månader tills inlämnande av ansökan om förlängt UAT inte kan få bifall en sådan ansökan inifrån landet. Samt att inte framgår i någon författningsbestämmelse att den s.k. tremånadersfristen ska beaktas vid bedömningen av om UAT får bifallas när utlänningen är kvar i landet.

Mot denna bakgrund finner MiÖD att det inte finns erforderligt lagstöd att följa Migrationsverket resonemang. Domstolen konstaterade i domen att det saknades en regel motsvarande regler för EU-blåkort, särskilt uppehålls- och arbetstillstånd för högkvalificerad anställning, som innehåller bestämmelser som innebär EU-Blåkort kopplat till viss anställning inte får förlängas om utlänningen inte anmält att en tidigare anställning upphört (6 a kap. 6 och 9 §§ UtIL). En sådan reglering saknas för nu aktuellt UAT. MiÖD ansåg därmed att migrationsverkets beslut att avslå arbetstagarens ansökan på angiven grund var alltså inte korrekt. Migrationsverkets överklagande ogillades och avslog således.

3.2.6 Arbetstillståndets koppling till arbetsgivare

Tredje stycket i 2 a § anger arbetstillstånd som uppfyllt de grundläggande villkoren i 2 § *“ska knytas till en viss arbetsgivare och avse ett visst slag av arbete. Efter en sammanlagd tillståndstid om två år ska tillståndet knytas endast till ett visst slag av arbete.”*¹²⁴

Enligt vad som framgår av lagtexten innebär att arbetstagaren under de två första åren med arbetstillstånd är begränsad med att endast ha anställning hos en arbetsgivare och utföra ett slag av arbete. Efter två år kan arbetstagaren välja att ha anställning hos en annan arbetsgivare trots att hen fortfarande är begränsad till samma slag av arbete.

Regeringens motiv med bestämmelserna i tredje stycket om koppling till en viss arbetsgivare och till ett visst slag av arbete, ligger i linje med ändamålet om arbetstillstånd beviljas för att avhjälpa en enskild arbetsgivares svårighet att rekrytera. Att arbetstillståndet är begränsat till viss slag av arbete hänförs till att det är mot en viss anställning som villkoren för arbetstillstånd prövats. Detta leder till en nackdel för arbetstagaren då hen hamnar i en position som blir beroende av anställningen. I det förhållande att arbetstagaren och arbetsgivaren inte kommer överens och fråga om uppsägning skulle tas upp från oberoende sida, avses det med bestämmelserna att arbetstagaren ska lämna landet. Lagstiftaren vill motverka denna effekt genom att berättiga arbetstagaren att ha tre månader på sig att söka nytt arbete under vistelsen i Sverige som arbetslös. Med den lösningen anser regeringen i förarbeten att arbetstillståndet *“inte medför ett för starkt beroendeförhållande mellan arbetstagare och arbetsgivare”*¹²⁵ när tillståndet fortsätter vara knuten till visst slag av arbete och en viss arbetsgivare.

¹²⁴ 6 kap. 2 a § 3 st UtIL.

¹²⁵ Prop. 2007/08:147, s.31.

Det framgår i propositionen att enligt den tidigare ordningen var det inte möjligt att efter inresan i Sverige återkalla ett UAT för en utlänning, även om hen förlorat sitt arbete under tillståndstiden. Regeringen anser inte att det är rimligt att en utlänning som beviljats UAT på grund av ett erbjuden arbete, blir av med arbetet och ska ha rätt att vistas i Sverige under en längre tid utan att ha försörjningen ordnad. Detta resonemang är i linje med regeringens resonemang bakom försörjningskravet enligt 6 kap. 2 § första stycket. Regeringen finner att tiden på tre månader från arbetstagarens tidigare anställning upphörde bör vara en rimlig tidsram att finna ett annat arbete. Det ges också möjlighet för arbetstagaren att söka annat slag av arbete inom dessa tre månaderna. Arbetstagaren bör dock istället ansöka om arbetstillstånd för den nya anställningen och får den prövad samtidigt som hen vistas i landet. Enligt lagstiftarens mening ska arbetstillstånd kunna återkallas om omständigheter enligt ovan inte varit rådande för arbetstagarens fall.¹²⁶

I MiÖDs mål nedan handlar om vikten av att ett tidsbegränsat arbetstillstånd under de första två åren måste knytas till arbetsgivare. Kopplingen till en viss arbetsgivare måste tydlig framgå i arbetstagarens beslut.¹²⁷

Migrationsöverdomstolens mål MIG 2016:10 arbetstagaren i målet fick avslag från Migrationsverket i sin ansökan om förlängning av arbetstillstånd, hennes tidigare tillstånd avsåg en tid om åtta månader. Skälet till Migrationsverkets avslag berodde på att arbetstagaren inte bevisat att annonsering har skett i enlighet med gemenskapsföreträdet enligt 6 kap. 2 § andra stycket UtL. Därefter fick arbetstagaren överklaga till Migrationsdomstolen och tillförde underlaget som bevisade arbetsgivarens annonsering i enlighet med kravet om gemenskapsföreträde. Migrationsdomstolen upphävde Migrationsverkets beslut och beviljade vederbörande UAT under två år räknat från den dag domen vunnit laga kraft. I domslutet angav domstolen vidare att ”Migrationsverket utfärdar bevis om uppehålls- och arbetstillstånd och vidtar även i övrigt de åtgärder som föranleds av denna dom”.

Migrationsverket var inte nöjd med migrationsdomstolens dom och överklagade domen vidare till MiÖD. Verket anförde att migrationsdomstolen hade beviljat ett arbetstillstånd utan att utforma tillståndet i enlighet med vad som anges i 6 kap. 2 a § tredje stycket UtL om att arbetstagarens tillstånd skall knytas till arbetsgivaren och viss slag av arbete. Migrationsöverdomstolen konstaterade att migrationsdomstolen inte hade utformat tillståndet i enlighet med 6 kap. 2 a § tredje stycket utlänningslagen. MiÖD och uttalade att migrationsdomstolen inte haft fog för att underlåta att uttryckligen knyta tillståndet till en viss arbetsgivare och ett visst slag av arbete. Slutligen angav MiÖD i domen att inget hinder skulle föreligga för instansen i det aktuella målet läka den brist i migrationsdomstolens avgörande och beviljar den sökandes arbetstillstånd samt ange att det ska knytas till den arbetsgivare och avse det slag av arbete som den sökande hade beviljats arbetstillstånd för.

¹²⁶ Prop. 2007/08:147, s.33.

¹²⁷ MIG 2016:10.

4. Analys och diskussion om rättsskipningen med hänsyn till lagstiftarens motiv och rättssäkerhet

4.1 Rättstillämpningens förhållande till lagstiftarens ändamål

Målet med arbetskraftsinvandring är enligt lagstiftaren i prop. 2007/08: 147 att det ska leda till ett positivt resultat för såväl för arbetstagaren, arbetsgivaren och samhället i stort. Den dåvarande regeringen insåg med dess tillsatta kommitté att med den demografiska utvecklingen med en alltmer åldrande befolkning som belastar de medborgare som förvärvsarbetar med ökad försörjningsbörda kan leda till strukturella konsekvenser på arbetsmarknaden och ekonomin. KAKI ansåg att arbetskraftsinvandring skulle bidra till att vitalisera den svenska arbetsmarknaden och ekonomin. Därmed skulle regler för att underlätta för tillströmningen av arbetskraft från tredje land vara välkomnande. Men samtidigt ville man undvika att systemet skulle leda till negativa effekter på arbetsmarknaden, liksom arbetskraftsinvandring skall inte konkurrera med arbetsökande som redan finns i landet. Därmed anser lagstiftaren att det är viktigt med principen om likabehandling för migrerande och bosatta arbetskraft. Som innebär att syftet med reglerna är att löner och övriga anställningsvillkor ska vara lika, oavsett om man är arbetskraftsinvandrare eller bosatt arbetstagare.¹²⁸ Med utgångspunkter som ovan leder det till att bakom varje rättsregel kan man finna att motiven korrelerar med de övergripande ändamålen. Följaktligen bör dessa motiv även återspeglas i rättstillämpningens praktik.

I de mål som behandlas inom migrationsrättens högsta instans Migrationsöverdomstolen är det uteslutande att rättstillämparen ständigt söker i förarbeten efter lagstiftarens motiv för att tyda en regel för sin bedömning. Huruvida överinstansen har tolkat lagstiftaren med rätt, med hänsyn till ändamålet eller om tolkningarna har varit för långtgående och överträffat

¹²⁸ Se avsnitt 2.2.

lagstiftarens ändamål, avses att utreda vidare. Utifrån de rättsfall som uppsatsen har behandlat, i de mål som har handlat om gemenskapsföreträdare får man fått intrycket av att MiÖD har haft det svårt att hitta konkreta uttalanden i förarbeten för att bedöma om gemenskapsföreträdet har respekterats. I fallet MIG 2018:2 om universitetslektorn som fått sin tjänst via EURAXESS, ansåg Migrationsverket att kravet på gemenskapsföreträdet inte var uppfyllt då tjänsten inte publicerades på Eures för att göra den tillgänglig för alla i gemenskapen. Enligt MiÖD och migrationsdomstolen var tjänsten på annan plattform än Eures i det fallet, kunnat bidra med bättre effektivitet i att nå ut till den rätta sökgruppen inom gemenskapen.¹²⁹ Vid bedömningen om hur länge en annons ska varit publicerad och när en annonsering ska anses som avslutad framgår inte heller tydligt i förarbeten enligt MiÖD i MIG 2015:6 respektive 2017:2. MiÖD har i prop. 2013/14:227 funnit att lagstiftaren har nämnt 10 dagar, inte 10 arbetsdagar, i annonsering utan resonemang och därmed bokstavs tolkat bestämmelsen till 10 dagar.¹³⁰ Medans i MIG 2017:2 om när en annons ska anses avslutad, har MiÖD på grund av att det saknats uttalanden och annan anvisning i förarbeten om hur en annonsering ska anses avslutad, gjorde MiÖD en bedömning utifrån omständigheter som var föremål för prövning, en bedömning för att uppnå lagstiftarens ändamål i det enskilda fallet.¹³¹

I MIG 2017:18 var det tydligt att MiÖD hade övervägt att tolka lagstiftarens exemplifiering bokstavligen i förarbeten. Istället hade MiÖD i det fallet utgått från lagstiftarens syfte i regeringens uttalande i proposition 2013/14:213 om “att det bör införas en mer flexibel lösning som möjliggör en bedömning utifrån förhållandena i det enskilda fallet.”¹³² Således fann MiÖD i förarbeten att lagstiftaren åsyftat att arbetstagare som periodvis stått utanför arbetsmarknaden gavs ökade möjligheter att kvalificera sig för ett PUT. Därmed har MiÖD tolkat lagstiftaren till ändamålet med att ge ökad möjlighet till att kvalificering av PUT.¹³³

Mer om MiÖDs tolkning av lagstiftarens motiv återfinns i det kända domen MIG 2015:11 som gjort det gällande att de grundförutsättningar som anges i 6 kap. 2 § Util, ska vara uppfyllda under samtliga tidigare tillståndsp perioder, en prejudikat som lämnat spår i många

¹²⁹ MIG 2018:2.

¹³⁰ MIG 2015:6.

¹³¹ MIG 2017:2.

¹³² Prop.2013/14:227, s.28 f.

¹³³ MIG 2017:18.

mål i rättstillämpningen därefter. I målet hade domarna tolkat lagstiftarens motiv i prop. 2007/08:147 och prop. 2013/14:227 och fann i lagstiftarens uttalande i den senare propositionen att den obligatoriska regeln i 7 kap. 7 e § UtIL om oavsett anledning till varför de faktiska anställningsvillkoren till arbetstagaren är sämre än vad som följer av svenska kollektivavtal eller praxis inom branschen, ska konsekvensen leda till återkallelse av tillstånd.¹³⁴ Som lagstiftaren hade uttryckt i förarbeten om att det inte ska finnas diskretionär prövning angående återkallelsen, samt att det inte ska göras en bedömning av omständigheter i det enskilda fallet vid prövning.¹³⁵ Därav har MiÖD tolkat lagstiftarens uttalanden strikt och rättspositivistiskt. Trots att målet handlat om försörjningskrav har MiÖD i domen extensivt omfattat att ett motsvarande förhållningssätt bör gälla vid prövning av även andra förutsättningarna i 6 kap 2 § UtIL vid förlängning av arbetstillstånd.¹³⁶ Den obligatoriska regeln som uttrycktes i prop. 2013/14:227 och prejudicerats av MIG 2015:11 anser lagstiftaren i prop. 2016/17:212 att framstå som väl långtgående konsekvens för arbetstagaren och arbetsgivaren och därmed föreslår lagändring. Lagstiftaren anser att samhället och individen skulle tjäna på ett system som motverkar oseriösa aktörer och minska risken för att mindre och oavsiktliga fel resulterar i oproportionerliga konsekvenser.¹³⁷ På samma spår har MiÖD i målen MIG 2017:24 och MIG 2017:25 kommit fram till att likabehandlings kravet i 6 kap. 2 § första stycket UtIL om att anställningsvillkor inte får vara sämre än vad som gäller för en arbetstagare bosatt i Sverige, detta i syfte att motverka missbruk av reglerna och utnyttjande av arbetskraft. MiÖD menade på för att uppnå lagstiftarens syfte med bestämmelsen måste en helhetsbedömning göras av samtliga anställningsvillkor för att kunna bedöma om anställningsvillkoren är sämre än en annan bosatt i landet.¹³⁸

Det är anmärkningsvärt att notera att inga andra mål hos MiÖD har prövat anställningsvillkoren efter likabehandlingsprincipen annat än utifrån kollektivavtal, det var först i MIG 2017:24 och MIG 2017:25 som överinstansen hade betonat om att villkoren inte får vara sämre än vad som gäller för en arbetstagare bosatt i Sverige, åsyftade villkor som kunde vara sämre än kollektivavtal men inte sämre än praxis inom yrket eller branschen var

¹³⁴ Se avsnitt 3.2.1.

¹³⁵ MIG 2015:11.

¹³⁶ Se avsnitt 3.2.1.

¹³⁷ a.a.

¹³⁸ MIG 2017:24 och MIG 2017:25.

godtagbart. MiÖD menade på att kollektivavtalsenliga villkor inte var kända eller tillgängliga för alla, och därmed inte heller aktuella för alla i branschen.¹³⁹

4.2 Rättstillämpningens rättssäkerhetsaspekt

4.2.1 Rättstillämpningens förhållande till formell rättssäkerhet

I förhållande till den formella rättssäkerhetsaspekten får vi jämföra rättstillämpningen handlande med hänsyn till de principer som bidrar till förutsebarhet och i sin tur formell rättssäkerhet.¹⁴⁰ Till att börja med kan det nämnas att de rättsfall som denna uppsats behandlar har det inte framkommit eller råder tvekan på att följande principer inom formell rättssäkerhet inte har rådit i rättstillämpningen. Åsytande offentlighetsprincipen, principen om rätt till domstolsprövning, objektivprincipen och likhetsprincipen.¹⁴¹

Vad gäller legalitetsprincipen, har rättspraxis från MiÖD som behandlats i denna uppsats inte påträffats av att rättstillämparna har fattat beslut utan lagligt stöd, förutom att det kan vara fall där under instansens handläggning påträffats att fatta beslut utan lagligt stöd enligt MiÖD. Liksom i målet MIG 2014:18 där MiÖD i domen uttalat sig om att Migrationsverket inte haft erforderligt lagstöd i sitt resonemang om tremånadsfristen.¹⁴² MiÖD rättstillämpningen kan kännetecknas av innehavande av stark legalitet, ”nulla poena sine lege”¹⁴³ som betyder inget straff utan lag, medans i underinstanserna kan tolkning av rättsregler och bestämmelse avvika och leda till felaktiga beslut, som i sin tur får rättas till av överinstansen, vilket överensstämmer med ett robust rättsordning och rättsdogmatiska metoden.

Proportionalitets aspekten i fråga om förlängning av arbetstillstånd har inte tagits upp av MiÖD i rättsfallen. I MIG 2015:11 har domarna hänvisat till lagstiftaren i prop. 2013/14:227 227 som uttalat om en avvägning mellan vikten att värna systemet för arbetskraftsinvandring och de konsekvenser som en återkallelse leder till i det enskilda

¹³⁹ Se avsnitt 3.2.1.

¹⁴⁰ Se avsnitt 2.3.

¹⁴¹ Se avsnitt 3.2.1.

¹⁴² MIG 2014:18.

¹⁴³ Nationalencyklopedin, Legalitetsprincipen.

fallet, utgångspunkten är att tillståndet ska återkallas när villkoren inte är uppnådda, oberoende på avvikelens omständighet eller villkor som inte uppfylls.¹⁴⁴ Därmed kan det antas att bestämmelsen medför att proportionalitet inte är aktuellt i det enskilda fallet vid prövning av förlängt arbetstillstånd då inga orsakande omständighet som leder till avvikelse ska beaktas. Av det som framgår av lagstiftaren enligt MiÖD kan det antydast som att proportionalitetsprincipen inte har varit en beaktande faktor vid prövning om arbetstillstånd, vid annat fall är det lagstiftningen som angivit möjligheten till att avstå från principen. Proportionalitetsprincipen uttrycktes sedan av lagstiftaren i den senare propositionen prop. 2016/17:212. Där påpekade lagstiftaren att den obligatoriska bestämmelsen etablerad av den tidigare propositionen och MIG 2015:11 anses vara en väl långtgående konsekvens för de berörda parterna. Lagstiftaren uttrycker i förarbeten att proportionaliteten i det här hänseendet bör stärkas.¹⁴⁵

Beträffande principen om avgörande inom rimlig tid har en undersökning gjord bland de tio rättsfall som behandlats i uppsatsen. Undersökningen innebär att utifrån varje rättsfallsreferat utläsa hur lång handläggningstiden det har tagit för varje sökande tills Migrationsverket som den första instans fattar ett beslut i deras ärende. Resultaten varierar mellan knappt en i MIG 2018:2 till ca. 18 månader i MIG 2016:10. Utav dessa tio fall har åtta av fallen dröjt längre än 6 månader för ett beslut från Migrationsverket. I genomsnitt har det tagit 9.2 månader för att få ett beslut från Migrationsverket. Enligt lagstiftarens uttalande i prop. 2016/17:180 får handläggningstid på sex månader hos den första instans anses som långsam handläggningstid av en myndighet. Med hänvisning till lagstiftaren i prop. 2016/17:180 bör dessa handläggningstider anses vara för långsamma och drabbar den enskildes rättssäkerhet.¹⁴⁶

Vidare för att förutsebarhet ska kunna råda krävs det att rättsreglerna är tydlig utformade.¹⁴⁷ I det hänseendet är det att bekräfta att regelverket för förlängning av arbetstillstånd är i hög grad tydlig utformad från lagstiftaren sida. Det finns tydliga hänvisningar i lagarna om hur en förlängning av arbetstillstånd ska gå till.¹⁴⁸ Däremot har det påträffats i MIG 2015:6 att

¹⁴⁴ Se avsnitt 3.2.1.

¹⁴⁵ Se avsnitt 3.2.1.

¹⁴⁶ Se avsnitt 2.3.1.

¹⁴⁷ Se avsnitt 2.3.1.

¹⁴⁸ Se avsnitt 3.1.

det inte framkommer tydligt av lagstiftaren om hur gemenskapsföreträdet ska anses som respekterad.¹⁴⁹ Samt gällande försörjningskravet har lagstiftaren inte angivit ett schablonbelopp på 13 000 kr i månaden, utan ett schablonbelopp som följt med från tidigare lagstiftning.¹⁵⁰ Detta har MiÖD i sina domar fått fastställa, och därmed blivit tydliga. I de förhållanden som beskrivs i MIG 2017:24 där arbetstagaren vid sin första ansökan om förlängt arbetstillstånd, trots brist i försäkringsvillkor under den första perioden, beviljades han förlängt tillstånd av Migrationsverket utan ingripande. På grund av den bristen i den första tillståndsperioden angrepp verket arbetstagaren när denne ansöker om förlängt på nytt som kan leda till ett permanent tillstånd.¹⁵¹ Samma omständighet med brist i arbetstagarens första tillståndsperiod rådde i MIG 2015:11 och MIG 2015:20 och Migrationsverket gjorde ingripande vid den andra förlängningen.¹⁵² Av de omständigheter som rådde i de fallen kan man ifrågasätta om Migrationsverkets handlande kan bidra till att den enskilde kan med rättssystemets förutsebarhet effektivare planera sitt liv genom maktutövningens rättsliga beslut i förhållande till Peczeniks förutsebarhetskrav.¹⁵³

4.2.2 Rättstillämpningens förhållande till materiell rättssäkerhet

Enligt Peczenik uppnås den materiell rättssäkerhet i rättstillämpningen när beslut som innebär att rättsskipningen eller myndighetsutövning är i hög grad förutsebara på grund av rättsnormerna och samtidigt är i hög grad etiskt godtagbara.¹⁵⁴ I det hänseendet i förhållande till de rättspraxis som behandlats i uppsatsen är att konstatera, liksom diskussionen om formell rättssäkerhet ovan, att de beslut som MiÖD har bedömt är i relativ hög grad förutsebara med stöd av regler för förlängning av arbetstillstånd, vilka är i relativ hög grad tydliga. Det är i linje med den starka legaliteten enligt ovan. För att utreda huruvida rättstillämpningen kan anses vara materiell rättssäkerhet är det enligt Peczenik att det dessutom krävs att rättstillämpningens beslut är i hög grad etiskt godtagbara. Vad som är etiskt godtagbart menar Peczenik på att det ytterst sett beror på vad som är gott för

¹⁴⁹ MIG 2015:6.

¹⁵⁰ Se avsnitt 3.2.2.

¹⁵¹ MIG 2017:24.

¹⁵² MIG 2015:11.

¹⁵³ Se avsnitt 2.3.1.

¹⁵⁴ Se avsnitt 2.3.2.

människor. På liknande uttryck har Westerhälls definierat den materiella rättssäkerheten; att det är viktigt för välfärdssamhället som bygger på rättsligt tänkande, samtidigt ska tillgodose medborgarna med etiska skydd som är bland annat människovärde- och självbestämmande-principen.¹⁵⁵

Utifrån de rättspraxis som behandlats har det sällan påträffats att domarna specifikt i sina domar uttryckt att avgörandena hade motiverats med hänsyn till vad som är gott för människan eller människovärdet.¹⁵⁶ Vad som är etisk godtagbart innebär inte att alla beslut ska utgå ifrån vad som är bäst för arbetstagaren, det bör vara en kompromiss mellan vad lagstiftaren har som ändamål med lagstiftningen, att målet med arbetskraftsinvandring för arbetstagaren, arbetsgivaren och samhället i stort skall leda till ett positivt resultat.¹⁵⁷ Samt att individens frihet inte begränsas mer än vad som är nödvändigt i varje enskilt fall, enligt proportionalitetsprincipen i 1 kap. 8 § UtL.¹⁵⁸ Liksom Peczeniks uttryckt om att lagtolkning är en kompromiss mellan att rättssäkerhet ska garanteras och samtidigt anpassas till de aktuella föreställningar om rättvisa, moral, rimlighet, billighet och andra livets krav.¹⁵⁹

Som lagstiftaren i prop. 2016/17:212 uttrycker att det är viktigt att upprätthålla legitimiteten för systemet för arbetskraftsinvandring och motverka oseriösa arbetsgivare. Samt i lagtext, 7 kap. 7 e § UtL, och förarbeten uttryckt att ingen annan omständighet än att anställningen har upphörts är godtagbart skäl till att avstå från återkallelse när anställningsvillkoren inte är uppfyllda och att det inte bör finnas en mer diskretionär prövning av omständigheterna.¹⁶⁰ Av den framställda motiveringen av lagstiftaren, gav det stöd till MiÖD i MIG 2015:11 att i hög grad rättspositivism kunnat tolkat lagstiftarens ändamål i prop. 2013/14:227 strikt, utan eget initiativ att motivera sitt beslut till några etiska värden. Således har MiÖD i Peczeniks mening inte gjort en kompromiss i sin lagtolkning. I målet hade MiÖD även gjort det gällande för rättstillämpningen vid prövning att återkalla arbetstillstånd när villkoren inte varit uppfyllda oavsett anledning än den som anges i lagtext, därmed begränsat möjligheten för rättstillämpningen att i sina prövningar tar hänsyn till etiska värden.¹⁶¹

I MIG 2017:24 och MIG 2017:25 hade MiÖD tillämpat helhetsbedömning som medförde större flexibilitet i prövningen, vilket innebar att domarna menade på att i en

¹⁵⁵ Se avsnitt 2.3.2.

¹⁵⁶ Se avsnitt 3.2; 2.3.2.

¹⁵⁷ Se avsnitt 2.2.

¹⁵⁸ Se avsnitt 2.3.1.

¹⁵⁹ Se avsnitt 2.3.2.

¹⁶⁰ Se avsnitt 3.2.1.

¹⁶¹ Se avsnitt 3.2.1.

helhetsbedömning skulle omständigheter i det enskilda fallet bedömas mot likabehandlingsprincipen och förutsättningarna i 6 kap. 2 § UtL. MiÖD fann det nämligen rimligt att i prövning skulle beakta det faktiska förhållanden som kan uppkomma för arbetsmarknadens parter som utgör avvikelser från de erbjudna anställningsvillkoren fast inte är betydande i en helhetsbedömning, där förhållandet i hela tillståndsperioden helhetsbedöms istället för bedömning månad för månad mot kollektivavtalsenliga villkor eller praxis inom yrket eller branschen.¹⁶² I en sådan helhetsbedömning där oseriösa arbetsgivare inte varit bidragande till avvikelsen, utan handlat oavsiktligt bör bristerna kunna godtas utan att drabba arbetskraftsinvandringssystemets legitimitet.¹⁶³ Den bedömningen som MiÖD har gjort i dessa fallen kan få intryck av domarnas initiativ av Peczeniks etiska lagtolkning med beaktande av rättvisa, moral, rimlighet, billighet och andra livets krav.¹⁶⁴ Liksom lagstiftaren i prop. 2016/17: 212 anser att den obligatoriska bestämmelsen om återkallelse framstår som en väl långtgående konsekvens för arbetskraftsmigranten och arbetsgivaren, i enlighet med ovan om proportionalitetsprincipen. Antydande att rättstillämpningen efter lagändringen i 2014 med den allt för långtgående konsekvens som individer i samhället lider av, kan anses oproportionerligt och därmed i hög grad oetiskt godtagbart. Kännetecknen på att det råder brist i materiell rättssäkerhet i rättstillämpningen vid förlängning av arbetstillstånd kan bekräftas i regeringens uttalande i prop. 2016/17:212 om att de oavsiktliga misstagen *“kan ge orimliga konsekvenser i det enskilda fallet vilket både drabbar individer och legitimiteten för regelverket som sådant.”*¹⁶⁵ Samt att lagstiftaren senare uttryckt om att proportionalitet i den aktuella ordningen bör stärkas för att göra det möjligt att motverka oegentligheter i systemet samtidigt som man minskar risken för oproportionerliga konsekvenser. Enligt lagstiftaren skulle detta leda till att både samhället och individen att tjäna på och på så vis blir Sverige ett bättre land att arbetskraftsinvandra till. Enligt regeringens uttal är det en ny utredning som kommer att sammansättas för att stärka proportionaliteten ytterligare i rättstillämpningen.¹⁶⁶ Av det lagstiftaren har kommit i uttryck enligt ovan är det att betrakta lagstiftarens intention att göra rättstillämpningen vid förlängning av arbetstillstånd mer materiellt rättssäkert.

¹⁶² MIG 2017:24; MIG 2017:25.

¹⁶³ Se avsnitt 3.2.1.

¹⁶⁴ Se avsnitt 2.3.2.

¹⁶⁵ Prop. 2016/17:212 s.9.

¹⁶⁶ Se avsnitt 3.2.1.

5.0 Sammanfattning och slutsatser

Uppsatsen har behandlat vad lagstiftaren har uttalat sig om i prop. 2007/08:147 om ändamålet med de nya reglerna för arbetskraftsinvandring i 2008 års reform. Enligt lagstiftaren är målet med arbetskraftsinvandring att involverade parter, liksom arbetstagaren, arbetsgivaren och samhället i stort, ska uppnå ett positivt resultat. Skälet till detta är att arbetskraftsinvandring behövs för att bemöta den demografiska utvecklingen med en alltmer åldrande befolkning som belastar medborgare i förvärvs åldern med ökad försörjningsbörda. Lagstiftaren menade på att arbetskraftsinvandring skulle underlätta och vitalisera för den svenska arbetsmarknaden och ekonomin som i sin tur kan upprätthålla samhällsfunktionerna, liksom välfärdssystemet. Rättsreglerna skulle därav underlätta för arbetskraft att migrera till Sverige. Men samtidigt vill lagstiftaren med reglerna undvika de negativa effekter på arbetsmarknaden och anser därmed att ett syfte med regleringen är att värna principen om likabehandling.¹⁶⁷ Vad gäller rättstillämpningens förhållande till lagstiftarens ändamål kan uppsatsen summera att MiÖD har i sina prejudikatfall i uteslutande omfattning sökt och tolkat lagstiftarens ändamål med rättsreglerna. Vilket tyder på att överinstansen har i utgångspunkt att bedöma utifrån lagstiftarens ändamål. I MIG 2017:24 och MIG 2017:25 hade MiÖD i sin tillämpning beaktat lagstiftarens syfte med likabehandlingsprincipen fullständigt med principen om helhetsbedömning. I helhetsbedömningen beaktade man arbetstagarens samtliga villkor under tillståndstiden för att bedöma om villkoren är sämre än någon annans, som är bosatt i Sverige.¹⁶⁸ Sedan i MIG 2015:11 genereras frågan om huruvida man ska betrakta den extensiva tolkningen i fallet som ändamålsenlig, med hänsyn till lagstiftarens uttalande i prop. 2013/14:227, eller om det är mer angeläget att betrakta den strikta tolkningen som motverkande till lagstiftarens egentliga syfte med att reglerna ska underlätta för tillströmningen av arbetskraft.¹⁶⁹ Vad som kan tolkas att vara lagstiftarens motiv med arbetskraftsinvandring kan hänvisas till uttalande i prop. 2016/17: 212, om att göra Sverige till ett bättre land att arbetskraftsinvandra till.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Se avsnitt 4.1.

¹⁶⁸ Se avsnitt 4.2.1.

¹⁶⁹ a.a.

¹⁷⁰ 4.2.2.

Rättstillämpningens förhållande till den formella rättssäkerheten har i denna uppsats kommit fram till att legalitetsprincipen är stark präglad hos MiÖD, men svårare att garantera för underinstanserna. Proportionalitetsprincipen hade inte nämnts eller verkat vara aktuell i MiÖDs prövningar innan år 2017. Principen kan dessutom betraktas som förhindrad av uttalande i prop. 2013/14:227 i kombination med MiÖDs tolkningen i MIG 2015:11. Proportionalitet blev först uppmärksammas av lagstiftarens påpekande i prop. 2016/17:212 om att proportionalitet bör stärkas vid rättstillämpningen.¹⁷¹

Vad gäller principen om avgörande inom rimlig tid har utredningen i uppsatsen kommit fram till att i genomsnitt tar det 9.2 månader för att få ett förlängningsärende avgjort hos första instansen Migrationsverket. I lagstiftarens mening i prop. 2016/17: 180 är handläggningstid för en svensk myndighet som överskrider sex månader att betraktas som långsam handläggningstid och således kan drabba den enskildes rättssäkerhet. De övriga principerna anses av utredningen att innefatta i rättstillämpningen då det inte förekommit i rättspraxisen om annat.¹⁷²

Vad gäller förutsebarhet, är rättsreglerna att anse som i hög grad tydligt utformade och bidrar till hög grad förutsebarhet. I de fall där rättstillämpningen har sökt och inte funnit tydliga anvisningar i lagstiftningen eller av lagstiftarens motiv, har domarna gjort det gällande för underinstansernas rättstillämpning genom att ha fastställt bland annat lägsta lönenivå och tid för annonsering avseende uppfyllande av de grundläggande villkoren. En annan aspekt av förutsebarhet i rättstillämpningen är Migrationsverkets handlande i att inte reagera på brister som funnits vid tidigare prövning, där verket haft chansen att angripa och borde agerat, men hade avstått. Istället agerade Migrationsverket på bristen när arbetstagaren kommit långt i sin kvalificeringen till ett PUT, vilket kan bidra till ovisshet för den enskilde under etableringen i Sverige, således kan agerandet ha begränsat arbetstagarens förutsebarhet i rättstillämpningen.¹⁷³

För att finna materiell rättssäkerhet i rättstillämpningen krävs det enligt Peczenik att rättsskipningen eller myndighetsutövning är i hög grad förutsebara på grund av rättsnormerna och samtidigt är i hög grad etisk godtagbara.¹⁷⁴ Förutsebarhet har kunnat

¹⁷¹ Se avsnitt 4.2.1.

¹⁷² a.a.

¹⁷³ a.a.

¹⁷⁴ Se avsnitt 4.2.2.

anses föreligga starkt hos MiÖD med stöd av de tydliga rättsreglerna samt att domarnas handlande i hög grad kännetecknas av legalitet.¹⁷⁵ Förutom att förutsebarhetskravet ska vara i hög grad, krävs det även att besluten i rättstillämpningen också i hög grad är etisk godtagbara.¹⁷⁶ Liksom vad som utmynnat i det tidigare diskussionsavsnittet är att rättstillämpningen utifrån deras uttryck, inte kunnat hävda att deras avgöranden hade motiverats med hänsyn till vad som är gott för människan eller människovärdet.¹⁷⁷ Av den anledningen kan det anses att prop. 2013/14:227 och MIG 2015:11, framstår som bidragande faktor till de väl långtgående konsekvenser för arbetskraftsmigranter och arbetsgivare, utifrån en proportionalitets aspekt. Den strikta tolkningen har medfört att rättstillämpningen efter lagändringen i 2014 och MIG 2015:11 förhindrats att beakta vad som är etisk godtagbart i sina prövningar.¹⁷⁸

Den materiella rättssäkerheten kan kännetecknas av MiÖDs princip om helhetsbedömning i MIG 2017:24 och MIG 2017:25, som medförde större flexibilitet i prövningen. I MiÖD prövning hade domarna tagit hänsyn till omständigheter som avspeglar de faktiska förhållanden på arbetsmarknaden, på det viset efterliknar tillämpningen Peczeniks etiska lagtolkning med beaktande av rättvisa, moral, rimlighet, billighet och andra livets krav. Samma anda som lagstiftaren uttrycker sig i prop. 2016/17: 212 att den obligatoriska bestämmelsen om återkallelse framstår som en väl långtgående konsekvens för de drabbade parter och brist på proportionalitet, som i sin tur kan betraktas som i hög grad etiskt icke godtagbart. Den materiella rättssäkerhetsaspekten i det här avseendet om förlängning av arbetstillstånd kan anses som relativ svag. Med det påståendet åsyftas den frånvarande av etisk godtagbarhet i MiÖD prövningar fram till 2017. Detta med stöd av lagstiftarens uttalande i prop. 2016/17:212 som åsyftar att den obligatoriska bestämmelsen i 7 kap. 7 e § Util och den strikta tolkningen i MIG 2015:11 som medfört orimliga konsekvenser och drabbar individer oproportionerligt. Därav lagstiftaren medger att åtgärd behöver vidtas, samt att utredning kommer att sammanställas för att stärka proportionaliteten i rättstillämpningen ytterligare.¹⁷⁹

¹⁷⁵ Se avsnitt 4.2.1; 4.2.2.

¹⁷⁶ Se avsnitt 3.2.2.

¹⁷⁷ Se avsnitt 4.2.2.

¹⁷⁸ a.a.

¹⁷⁹ Se avsnitt 4.2.2.

Slutsatsen i denna uppsats är att lagstiftaren kan antydvas att vilja uppnå en tillströmning av arbetskraftsinvandring med målsättningen att involverade parter som, arbetstagare, arbetsgivare och samhället i stort ska leda till positiv resultat. Skälet till det är att bemöta den åldrande befolkningen i Sverige med lagstiftningen.¹⁸⁰ Arbetskraftsinvandringen skulle avlasta de förvärvsarbetande medborgares försörjningsbörda och sedan upprätthållande av arbetsmarknaden och ekonomin. Principen om likabehandling är ett syfte lagstiftaren vill uppnå med regelverket för att utländsk arbetskraft inte ska konkurrera med inhemska arbetskraft, samt att motverka oseriösa arbetsgivare att missbruka reglerna och utnyttjande av arbetskraft.¹⁸¹

Vad gäller rättstillämpningens förhållande till lagstiftarens ändamål, har uppsatsens utredning kommit fram till att MiÖD i sina domar uteslutande har sökt och tolkat lagstiftarens motiv med rättsreglerna. I MIG 2017:24 och MIG 2017:25 har MiÖD tolkat en rättsregel till fullständighet vilket leder till ifrågasättande varför MiÖD inte i de andra fallen har gjort likadant, liksom tolkning av likabehandlingsprincipen. Sedan är det svårt att avgöra om MIG 2015:11s tolkning av den obligatoriska regeln ska anses som ändamålsenlig eller motverkande till lagstiftarens egentliga syfte med att reglerna ska underlätta för tillströmningen av arbetskraft.¹⁸² Utifrån dessa omständigheter och MiÖD ständiga tolkning efter lagstiftarens ändamål, är det att betrakta att tillämpningen av reglerna i förhållande till lagstiftarens ändamål har en stark korrelation.

Den formella rättssäkerheten i rättstillämpningen är utifrån uppsatsen utredning att bedömas vara förhållandevis låg. Utifrån de principer som utgör formell rättssäkerhet utöver förutsebarhet, enligt Peczenik, är legalitetsprincipen och förutsebarhet på grund av tydliga rättsregler som har starkast prägel i rättstillämpning vad gäller förlängning av arbetstillstånd. Det som är bidragande till att det är lågt med formell rättssäkerhet är framförallt proportionalitetsprincipen som knappt uttrycks i MiÖDs mål och dessutom verkar vara inskränkt av uttalande i prop. 2013/14:227 i kombination med MiÖDs tolkningen i MIG 2015:11. Sedan är handläggningstiden på 9.2 månader som överskrider sex månader att betraktas som långsam handläggningstid och således kan drabba den enskildes rättssäkerhet, enligt lagstiftaren.¹⁸³

¹⁸⁰ Se avsnitt 4.1.

¹⁸¹ a.a.

¹⁸² a.a.

¹⁸³ Se avsnitt 4.2.1.

Slutligen har uppsatsens undersökning även kommit fram till att den materiella rättssäkerheten efter MIG 2015:11 att betraktas som obefintlig med de strikta bestämmelserna om återkallelse och därav agera som hinder att göra en proportionerlig bedömning och beaktande av etisk godtagbarhet i prövning. Den materiella rättssäkerheten kännetecknades sedan i MIG 2017:24s och MIG 017:25s helhetsbedömning. Domarnas hänsynstagande av omständigheter i prövningarna efterliknar Peczeniks etiska kompromiss.¹⁸⁴ Mer materiell rättssäkerhet medförde i rättstillämpningen efter prop. 2016/17:212 som föreslog möjligheten till att avstå från återkallelse av arbetstillstånd. Den materiella rättssäkerheten i rättstillämpningen kan betraktas som varit obefintlig från en tidigare period, till att nu att betraktas som i all högre grad ges möjlighet till att tillämpa i rättstillämpningen avseende förlängning av arbetstillstånd.

Avslutningsvis avses det att hålla med lagstiftaren i prop. 2016/17:212 om att proportionalitet bör stärkas för att göra det möjligt att motverka oegentligheter i systemet samtidigt som man minskar risken för oproportionerliga konsekvenser.¹⁸⁵ Med nya lagändringar som tar hänsyn till proportionalitet, rimlighet för individen och vad som kommer samhället i stort till gagn, kan det anses att rättstillämpningen inom arbetstillstånd, särskilt vid förlängning, är på goda vägar mot att bli allt mer materiellt rättssäkert och har kommit en bit på vägen. För det kommer att leda till att både samhället och individen att få nytta av och tjäna på, således blir Sverige ett bättre land att arbetskraftsinvandra till.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Se avsnitt 4.2.2.

¹⁸⁵ a.a.

¹⁸⁶ Se avsnitt 4.2.2.

Käll- och litteraturförteckning

Tryckta källor

Sverige

Ds 2015:37 *Genomförande av det omarbetade asylprocedurdirektivet.*

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

Prop. 2007/08:147 *Nya regler för arbetskraftsinvandring.*

Prop. 2013/14:227 *Åtgärder mot missbruk av reglerna för arbetskraftsinvandring.*

Prop. 2016/17:180 *En modern och rättssäker förvaltning – ny förvaltningslag.*

Prop. 2016/17:212 *Möjlighet att avstå från återkallelse av uppehållstillstånd när arbetsgivaren självmant har avhjälpt brister.*

SOU 2005:50 *Arbetskraftsinvandring till Sverige-befolkningsutveckling, arbetsmarknad i förändring, internationell utblick.*

SOU 2015:71 *Barns och ungas rätt vid tvångsvård: Förslag till ny LVU..*

Litteratur

Böcker

Boguslaw, Julia: *Svensk Invandringspolitik under 500 år: 1512-2012*, Stockholm Universitet, Stockholm, 2012.

Kleineman, Jan: 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur AB, Lund, 2018.

Peczenik, Aleksander: *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stockholm, 1995.

Vahlne Westerhäll, Lotta: *Den starka statens fall? En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950–2000*, 2002.

Wikrén Gerhard och Sandesjö Håkan: *Utlänningslagen*, Wolters Kluwer Sverige AB, Stockholm, 2017.

Artiklar

Andersson, Jenny. *Arbetskraftsmigrantens skilda förutsättning för arbetstillstånd och anställningsvillkor. Masteruppsats i Handelsrätt*, Lunds Universitet. VT 2014. s.2.

Calleman, & P. Herzfeld Olsson (Red.), *Arbetskraft från hela världen. Hur blev det med 2008 års reform?*. Stockholm: Delmi (Delegationen för migrationsforskning), 2015, s iii-vi.

Calleman, Catharina, "Arbetskraftsmigration, arbetsgivarmakt och mänskliga rättigheter", i Madell, Tom (red.), *Utblick och inblick: vänbok till Claes Sandgren, Iustus*, Uppsala, 2011, s 121.

Frank, D, Från statligt formad invandring till företagsdriven invandring – en jämförande studie av 2008 års regler för arbetskraftsinvandring till Sverige. I L. Berggren, M. Greiff, J. Johansson, J. Svanberg, & M. Thor (Red.), *Samhällshistoria i fokus: En festskrift till Lars Olsson om arbete, migration och kultur* Big Bad Books, 2010.

Frändberg, Åke: 'Om rättssäkerhet' *Juridisk Tidsskrift vid Stockholms Universitet* nr 2 2000/01 s. 269–280.

Jareborg, Nils: 'Rättsdogmatik som vetenskap' *Svensk Juristtidning* 2004 s. 1–10.

Olsen, Lena: 'Rättsvetenskapliga perspektiv' *Svensk Juristtidning* 2004 s. 105–145.

Sandgren, Claes: 'Är rättsdogmatiken dogmatisk?' *Tidsskrift for Rettsvittenskap* 2005 s. 648–656.

Zila, Josef: 'Om rättssäkerhet' *Svensk Juristtidning* 1990 s. 284–305 [Cit. Zila, SvJT (1990)].

Elektroniska källor

Centrum för rättvisa: *Tayyab riskerar utvisning på grund av tidigare arbetsgivares misstag*, <http://centrumforrattvisa.se/nyheter/tayyab-riskerar-utvisning-pa-grund-av-tidigare-arbetsgivares-misstag/>, hämtad 17 okt 2018.

Dagen Juridik: *Felaktig rättstillämpning eller korrekt tolkning av praxis? - jurister oense om "kompetensutvisningar"*, <http://www.dagensjuridik.se/2018/07/felaktig-rattstillampning-eller-korrekt-tolkning-av-praxis-jurister-oense-om-kompetensutvisn>, hämtad 12 sept 2018.

Dagen Juridik: *Så hjälper Migrationsöverdomstolens nya domar de utvisningshotade arbetskraftsinvandrarerna,*

<http://www.dagensjuridik.se/2018/01/sa-hjalper-migrationsoverdomstolens-nya-domar-de-utvisningshotade-arbetskraftsinvandrarerna>, hämtad 13 sept 2018.

Entreprenör: *Kompetensutvisningarna är ett problem, säger remissinstanserna,*

https://www.entreprenor.se/nyheter/kompetensutvisningarna/kompetensutvisningarna-ar-ett-problem-sager-remissinstanserna_688186.html, hämtad 13 sept 2018.

Entreprenör: *Kompetensutvisningarna fortsätter: "Det är inte värdigt Sverige",*

https://www.entreprenor.se/nyheter/kompetensutvisningarna/kompetensutvisningarna-fortsatter-det-ar-inte-vardigt-sverige_694911.html, hämtad 13 sept 2018.

Expressen: *Arsen, 36, utvisas – fick för låg lön,*

<https://www.expressen.se/nyheter/arsen-36-utvisas-fick-for-lag-lon/>, 11 sept 2018.

Svenska Dagbladet: *Osjälvständiga domstolar banade väg för utvisningar,*

<https://www.svd.se/osjalvstandiga-domstolar-banade-vag-for-utvisningar>, hämtad 12 sept 2018.

SVT Nyheter: *Anställda på Spotify riskerar utvisning,*

<https://www.svt.se/nyheter/lokalt/stockholm/anstallda-pa-spotify-riskerar-utvisning>, 11 sept 2018.