



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Axel Emilsson

Familjeåterföreningens miniminivåer: en undersökning av utlänningslagen och begränsningslagen

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Vladislava Stoyanova

Termin för examen: Period 1 HT2021

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte och frågeställning	6
1.2 Metod	7
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Nuvarande forskningsläge	8
1.5 Disposition	8
2 GRUNDLÄGGANDE BEGREPP	10
2.1 Flykting	10
2.2 Alternativt skyddsbehövande	11
2.3 Uppehållstillstånd på grund av skyddsbehov	12
2.4 Anknytningsperson	13
3 FAMILJEÅTERFÖRENING I EU-RÄTT OCH INTERNATIONELLA KONVENTIONER	14
3.1 Europakonventionen	14
3.2 Familjeåterföreningsdirektivet	20
4 FAMILJEÅTERFÖRENING I UTLÄNNINGSLAGEN FÖRE 2016:23	
4.1 Generella bestämmelser och krav	23
4.2 Försörjnings- och bostadskrav	24
5 FAMILJEÅTERFÖRENING I BEGRÄNSNINGSLAGEN	26
5.1 En anpassning till familjeåterföreningsdirektivets miniminivåer	26

5.2	Välgrundade utsikter i begränsningslagen	27
5.3	'Ventilen' som anpassning till EKMR-miniminivåer	31
5.4	Utvidgat försörjningskrav och bostadskrav	35
5.5	Begränsningarna mildras 2019 – 7 § tas bort	36
6	FAMILJEÅTERFÖRENING I UTLÄNNINGSLAGEN FRÅN 202138	
6.1	Temporära uppehållstillstånd nu norm	38
6.2	Försörjnings- och bostadskrav	40
7	ANALYS	42
7.1	Nådde begränsningslagen upp till minimikraven enligt EU-lag?	42
7.2	Gick begränsningslagen utöver kraven enligt EU-lag och internationella konventioner?	43
7.2.1	Biao mot Danmark – Europadomstolen mer villig att utvärdera länders mål med migrationslagstiftning?	44
7.2.2	M.A. mot Danmark – Europadomstolen ger alternativt skyddsbehövande vissa rättigheter men undviker frågan om diskriminering	46
8	SLUTSATS	50
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	52
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	54

Summary

This essay examines how the rules surrounding family reunification for refugees and persons with subsidiary protection have changed in Sweden since 2016, at first with the introduction of the so-called Temporary law and from 2021 with changes in the Swedish Aliens Act. The essay begins with defining important terms within migration law relating to family reunification. Then, the essay discusses how the right or possibility to family reunification has been defined in international conventions, with a focus on the European Convention on Human Rights, and in EU-law with a focus on the family reunification directive. After that, the essay will show how the right to family reunification was defined in the Aliens Act prior to the introduction of the Temporary Law, and how the right had been formed by EU law and international conventions. Then, the essay will explain how the Temporary Law limited the right to family reunification, which solutions were used to do this, problems that arose and how praxis from the Swedish Migration Court of Appeal solved these problems. After this, it will be discussed how family reunification has been defined in the Swedish Aliens Act after the expiration of the Temporary Law, with a discussion on to what extent there can be said to be a continuity in goals between the Temporary Law and the new Aliens Act. Finally, an analysis is made of the Temporary law's and the Aliens Act's solutions to reach the minimum requirements according to EU law and international conventions, and to what extent the laws have gone beyond the minimum requirements considering new cases from the European Court of Human Rights.

Sammanfattning

Uppsatsen undersöker hur reglerna kring familjeåterförening för flyktingar och alternativt skyddsbehövande har förändrats i Sverige sedan 2016, först med införandet av den så kallade begränsningslagen och från 2021 med ändringar i utlänningslagen. Uppsatsen inleds med att gå igenom grundläggande begrepp inom migrationsrätt som relaterar till familjeåterförening. Sedan diskuteras hur rätten eller möjligheten till familjeåterförening definierats i internationella konventioner, med fokus på Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna, och i EU-lag med fokus på familjeåterföreningsdirektivet. Efter detta så visar uppsatsen hur rätten till familjeåterförening definierades i utlänningslagen före införandet av begränsningslagen, och hur rätten formats av EU-lag och internationella konventioner. Efter detta beskrivs hur begränsningslagen begränsade rätten till familjeåterförening, vilka lösningar som användes för att göra detta, problem som uppstod och hur praxis från Migrationsöverdomstolen löste dessa problem. Sedan diskuteras hur familjeåterförening definierats i utlänningslagen från och med begränsningslagens utgång, med en diskussion om i vilken utsträckning det kan anses finnas en kontinuitet i målen mellan begränsningslagen och den nya utlänningslagen. Till sist görs en analys av begränsningslagens och den nya utlänningslagens lösningar för att uppnå minimikraven enligt EU-lag och internationella konventioner, och i vilken utsträckning lagarna gått utöver minimikraven i ljuset av nya rättsfall från Europadomstolen.

Förord

Tack till Vladislava Stoyanova för handledning och intressanta fördjupningskurser.

Tack till alla mina vänner, och ett särskilt tack till Zekria Alizada för inspiration, stöd och motivation under senare tiden i Lund.

Tack till hela familjen, och ett särskilt tack till Clara för precis allt: jag kan rekommendera alla som inte har en tvilling att skaffa en.

Förkortningar

Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
Familjeåterföreningsdirektivet	Rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening
Skyddsgrundsdirektivet	Rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet
UNHCR	FN:s flyktingkommissariat

1 Inledning

Både i Europeiska unionens stadga om grundläggande rättigheter och Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna kan en rätt till familjeliv utläsas i artikel 7 respektive artikel 8. För familjer som separeras när en eller flera av medlemmarna lämnar sitt ursprungsland för ett annat kan det i en europeisk kontext ibland föreligga en rätt till familjeåterförening, som ska säkra möjligheterna för dessa familjer att åtnjuta sin rätt till familjeliv. Som kommer visas i denna uppsats är inte rätten till familjeåterförening absolut, utan kan inskränkas med stöd i lag och gäller inte på samma sätt i alla länder i Europa eller EU för alla sorters migranter.

I Sverige var reglerna för familjeåterförening länge bland de generösaste i Europa, för att sedan ändras under 2016 med ett uttalat mål att bli så restriktiva som tillåtet enligt EU-lag och internationella konventioner. Detta gjordes genom införandet av en lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (hädanefter begränsningslagen), med restriktivare regler som skulle gälla framför Utlänningslagen under en begränsad period – först fram till 20 juli 2019, men senare förlängdes lagens giltighetstid till 19 juli 2021. När lagen förlängdes lättades vissa av restriktionerna.

20 juli 2021 genomfördes omfattande ändringar i utlänningslagen som till stor del förde in de begränsningar som funnits i begränsningslagen i utlänningslagen. En utgångspunkt för de nya formuleringarna i utlänningslagen var en fortsatt restriktiv reglering för anhöriginvandringen.¹

¹ Se bl.a. SOU 2020:54 s 250 och prop. 2020/21:191 s 82.

Dessa förändringar i Sveriges familjeåterföreningslagstiftning har beskrivits som dramatiska, och inför begränsningslagens införande så ifrågasatte flera remissinstanser om förändringarna var kompatibla med Sveriges internationella konventionsåtaganden och EU-lag.²

1.1 Syfte och frågeställning

Denna uppsats kommer undersöka möjligheterna för familjeåterförening i utlänningslagen före begränsningslagens införande, i begränsningslagen och i utlänningslagen efter begränsningslagens utgång och undersöka hur dessa regler förhåller sig till EU-rätt och internationella konventioner.

Denna uppsats kommer besvara följande frågor:

- Hur var möjligheterna till familjeåterförening definierade i svensk lag före begränsningslagen?
- Hur var möjligheterna till familjeåterförening definierade i begränsningslagen? Vilka lagtekniska lösningar användes för att nå målet att ha så restriktiva familjeåterföreningsmöjligheter som tillåtet enligt EU-rätt och internationella konventioner, hur väl konstruerade var dessa lösningar för detta mål, och levde lösningarna upp till kraven från EU-rätten och internationella konventioner?
- Hur är möjligheterna till familjeåterförening definierade i den gällande utlänningslagen? Vilka lagtekniska lösningar har använts för att nå det kvarstående målet, hur väl kan dessa lösningar sägas ha uppnått dessa mål och lever de upp till kraven från EU-rätten och internationella konventioner?

² Thornburn Sten (2019), s. 246.

1.2 Metod

I denna uppsats kommer en rättsdogmatisk metod användas för att avgöra hur familjeåterförening har definierats i svensk lag och vem som har fått tillgång till det under vilka förhållanden. Som Kleineman beskriver så kommer uppsatsen 'söka svaren i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och den rättsdogmatiskt orienterade litteraturen' för att hitta lösningen på ett rättsligt problem. Särskild vikt kommer läggas vid förarbeten och Europadomstolens praxis.³

Utöver detta kommer ett visst mått av komparativ metod användas i analys och slutsatser för att se hur svensk lag, under de två versioner av utlänningslagen och begränsningslagen som reglerat familjeåterförening för flyktingar och alternativt skyddsbehövande, relaterar till EU-lag och internationella konventioner.

1.3 Avgränsningar

I EU-lag så finns andra möjligheter för familjeåterförening formulerade i bland annat blåkortsdirektivet. Då denna uppsats ska fokusera på flyktingar och alternativt skyddsbehövande kommer endast familjeåterföreningsdirektivet och skyddsgrundsdirektivet behandlas.

Före 2016 fanns i utlänningslagen en tredje kategori av skyddsbehövande i svensk lag, övrigt skyddsbehövande, som inte kunde få uppehållstillstånd under begränsningslagen och nu har mönstrats ut som kategori i utlänningslagen. Då denna kategori inte längre existerar (och saknade motsvarighet i EU-lag) kommer den inte diskuteras i uppsatsen.

³ Nääv & Zamboni (2019), s. 21

1.4 Nuvarande forskningsläge

Till grund för uppsatsens delar om Europakonventionen och Familjeåterföreningsdirektivet användes till stor del boken 'The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law' av Cathryn Costello.

Angående utlänningslagen, begränsningslagen och deras samspel med internationella konventioner och EU-lag så har artiklarna 'Folkrättens roll i vägledande migrationsrättslig praxis' och 'Innebörden av "svenskt konventionsåtagande" – svårare att tolka än man tror', samt 'Proportionate or Panicky? On Developments in Swedish and Nordic Asylum Law in Light of the 2015 'Refugee Crisis'' av Rebecca Thornburn Stern legat till grund för inspiration och problematisering.

Till grund för en djupare förståelse av nyare fall från Europadomstolen har artiklarna 'Case Notes, The ECtHR's Judgment in *Biao v Denmark*: Non-Discrimination among Nationals and Family Reunification as Converging European Standards' av Sergio Carrera Nunez och 'M.A. v Denmark: is Denmark (still) a good-faith interpreter with legitimate aims?' av Helga Molbæk-Steensig använts.

1.5 Disposition

Uppsatsen kommer först introducera vissa grundläggande begrepp som återfinns i svensk migrationsrätt, EU-lag och internationella konventioner för att underlätta förståelsen för läsaren. Detta avsnitt visar också i vilken utsträckning vissa begrepp i utlänningslagen är hämtade ifrån eller liknar uttryck i EU-lag och internationella konventioner.

Uppsatsen kommer sedan beskriva hur möjligheterna till familjeåterförening är definierade i Europakonventionen och EU-lag, då särskilt familjeåterföreningsdirektivet och skyddsgrundsdirektivet. Särskild vikt kommer läggas vid Europadomstolens praxis.

Efter detta kommer uppsatsen visa hur möjligheterna till familjeåterförening var definierade i utlänningslagen före begränsningslagens införande. Det kommer tydliggöras i vilken utsträckning lagen påverkades av familjeåterföreningsdirektivet och internationella konventioner.

Uppsatsen kommer sedan visa och diskutera förändringarna i möjligheterna för familjeåterförening för migranter som infördes med begränsningslagen år 2016. Implementeringen och de gradvisa förändringar av lagen kommer diskuteras, liksom de problem som uppstod med de internationella åtagandena för Sverige.

Sedan kommer familjeåterförening i den gällande utlänningslagen analyseras och diskuteras. Särskilt kommer uppsatsen analysera vad som behölls från begränsningslagen och varför lagstiftaren valt att göra så.

Till sist kommer uppsatsen analysera de bredare implikationerna av förändringarna i svensk migrationsrätt för familjeåterförening de senaste åren, och hur de förändringar som sker internationellt kan komma att påverka Sverige.

2 Grundläggande begrepp

2.1 Flykting

Begreppet flykting definieras i 4 kap 1 § i utlänningslagen som en utlänning som befinner sig utanför det land som utlänningen är medborgare i, därför att han eller hon känner en välgrundad fruktan för förföljelse på grund av ras, nationalitet, religiös eller politisk uppfattning eller på grund av kön, sexuell läggning eller annan tillhörighet till en viss samhällsgrupp, och inte kan, eller på grund av sin fruktan inte vill, begagna sig av detta lands skydd. Andra stycket i samma paragraf förklarar att det gäller vare sig det är landets myndigheter som förföljer den utsatte eller om myndigheterna inte kan erbjuda effektivt skydd från förföljelse, och tredje stycket förklarar att paragrafen även gäller statslösa.

Denna definition är i princip hämtad från artikel 1 (A) 2 i Genèvekonventionen (också kallad flyktingkonventionen), och infördes i svensk lag genom 1980 års utlänningslag med ett uttalat mål om internationell harmonisering.⁴ Genom skyddsgrundsdirektivet så infördes samma likadana definition i hela EU. I artikel 2 d) i skyddsgrundsdirektivet kan definitionen utläsas.

4 kap 2 b § innehåller undantag där en utlänning är utesluten från att anses som flykting om det finns synnerlig anledning att anta att den gjort sig skyldigt till brott mot freden, krigsförbrytelser eller brott mot mänskligheten, grova ickepolitiska brott eller gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser enligt Förenta nationernas stadga. Dessa undantag återfinns också i artikel 12 i skyddsgrundsdirektivet.

En flykting ska erhålla en flyktingstatusförklaring när den ansöker om uppehållstillstånd med åberopande av skyddsskäl om den uppfyller rekvisiten

⁴ Wikrén och Sandesjö (2017), s 169

ovan, enligt 4 kap 3 § i utlänningslagen. Andra stycket innehåller undantag om personen gjort sig skyldigt till synnerligen grovt brott och utgör fara för allmän ordning och säkerhet, eller bedrivit verksamhet som inneburit fara för rikets säkerhet och det finns anledning att anta att personen skulle fortsätta verksamheten här.

Begreppet kan beskrivas som snävt definierat: endast de förföljelsegrunder som nämnts ovan kan ligga till grund för en flyktingstatus, till exempel kan en välgrundad fruktan på grund av andra anledningar kan alltså inte leda till att flyktingstatus tilldelas en person. I en svensk kontext så tilldelas de allra flesta som ansöker om uppehållstillstånd på grund av skyddsbehov ett uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande, inte som flykting.⁵

2.2 Alternativt skyddsbehövande

Alternativt skyddsbehövande definieras i 4 kap 2 § i utlänningslagen som en utlänning som i andra fall än som avses i 1 § (alltså personer som inte uppfyller de rekvisit för att få en flyktingstatusförklaring som ställs upp i första paragrafen, skyddsgrundsdirektivet och flyktingkonventionen) befinner sig utanför det land som utlänningen är medborgare i därför att det antingen finns grundad anledning att anta att utlänningen vid ett återvändande till hemlandet skulle löpa risk att straffas med döden eller att utsättas för kroppsstraff, tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, eller som civilperson löpa en allvarlig och personlig risk att skadas på grund av urskillningslöst våld med anledning av en yttre eller inre väpnad konflikt, och utlänning inte kan, eller på grund av sådan risk som anses i paragrafen inte vill, begagna sig av hemlandets skydd. Liksom i 4 kap 1 § förklarar andra stycket att det gäller vare sig det är landets myndigheter som förföljer den utsatte eller om myndigheterna inte kan erbjuda effektivt

⁵ Se till exempel CommDH(2018)4 Report on Sweden: år 2016 så tilldelades 5% av sökande från Syrien flyktingstatus, medan 85% tilldelades status som alternativt skyddsbehövande.

skydd från förföljelse, och tredje stycket förklarar att paragrafen även gäller statslösa.

Denna definition är baserad på skyddsgrundsdirektivet, där artikel 15 beskriver när en person uppfyller rekvisiten för subsidiärt skydd. Där kan det utläsas att en person ska ges subsidiärt skydd när den riskerar att utsättas för allvarlig skada, vilket enligt punkt a) innebär dödsstraff eller avrättning, punkt b) tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning av en sökande i ursprungslandet, eller i punkt c) allvarligt och personligt hot mot en civilpersons liv eller lem på grund av urskillningslöst våld i situationer av internationell eller intern väpnad konflikt.

4 kap 2 c § beskriver när en utlänning är utesluten från att anses som alternativt skyddsbehövande, vilket är om det finns synnerlig anledning att anta att personen begått brott mot freden, krigsförbrytelser eller brott mot mänskligheten, gärningar som strider mot Förenta nationernas syften och grundsatser enligt Förenta nationernas stadga, annat grovt brott eller utgör en fara för rikets säkerhet. Dessa undantag motsvarar de som finns i artikel 17 i skyddsgrundsdirektivet.

2.3 Uppehållstillstånd på grund av skyddsbehov

Begreppet uppehållstillstånd definieras i 2 kap. 4 § i utlänningslagen som ett tillstånd att vistas i Sverige under en viss tid (tidsbegränsat uppehållstillstånd) eller utan tidsbegränsning (permanent uppehållstillstånd). Enligt 2 kap. 5 § ska en utlänning som vistas i Sverige mer än tre månader ska ha uppehållstillstånd, och enligt 2 kap. 6 § får regeringen meddela föreskrifter om att utlänningar ska ha uppehållstillstånd redan efter en kortare vistelsetid än så.

Enligt 5 kap. 1 § i utlänningslagen har flyktingar och alternativt skyddsbehövande som befinner sig i Sverige rätt till uppehållstillstånd. I

andra stycket finns undantag som motsvarar de som finns i 4 kap. 3 § andra stycket.

Före 2016 förelåg en ordning i Sverige där flyktingar och alternativt skyddsbehövande som praxis tilldelades permanenta uppehållstillstånd vid första ansökningstillfället. Då lydde tredje stycket i 5 kap. 1 § att ett uppehållstillstånd som beviljas enligt första stycket ska vara permanent eller gälla i minst tre år. I den nu gällande utlänningslagen så förklarar 5 kap. 1 a § i stället att ett uppehållstillstånd som beviljas en flykting enligt 1 § ska vara tidsbegränsat och gälla i tre år och varje nytt tidsbegränsat uppehållstillstånd som därefter beviljas ska gälla i två år, och att ett uppehållstillstånd som beviljats en alternativt skyddsbehövande enligt 1 § ska vara tidsbegränsat och gälla i tretton månader och varje nytt tidsbegränsat uppehållstillstånd som därefter beviljas ska gälla i två år.

2.4 Anknytningsperson

En anknytningsperson är en person som antingen är bosatt eller har uppehållstillstånd i Sverige, och som antingen ansöker om uppehållstillstånd på grund av anknytning för någon eller några i sin familj (eller någon som den avser inleda ett familjeförhållande med, som vid adoption eller ett äktenskap eller samboförhållande som kommer inledas), eller där en eller flera familjemedlemmar ansöker om uppehållstillstånd på grund av anknytning till personen.⁶

Motsvarande begrepp i EU-lag är referensperson, som används i familjeåterföreningsdirektivet, som kommer diskuteras mer ingående senare i uppsatsen.

⁶ Wikrén & Sandesjö (2017), s 270

3 Familjeåterförening i EU-rätt och internationella konventioner

3.1 Europakonventionen

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (hädanefter Europakonventionen) är en konvention för mänskliga rättigheter som ratificerades av Sverige 1952, men som införlivades i svensk lag 1:a januari 1995 genom lagen (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Med denna lag fick konventionen en särskild status bland internationella åtaganden för Sverige, då Sverige annars har ett dualistiskt förhållningssätt till internationell lag och inga andra konventioner hade införlivats på detta sätt (dock kom Barnkonventionen att införlivas år 2020).

Genom denna införlivning gäller Europakonventionen som svensk lag, och svensk rätt ska i allmänhet stå i överensstämmelse med konventionens krav. Svenska domstolar ska även döma i enlighet med konventionen. Rättspraxis från Europadomstolen ska följas för att avvikelse inte ska ske, då det 'är genom Europadomstolens praxis som konventionen får sitt egentliga innehåll'.⁷ Domstolens tolkning av Europakonventionen beskrivs av Ehrenkrona som dynamisk och förändras i takt med samhällsutvecklingen i Europarådets medlemsstater.

⁷ Ehrenkrona, Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, Karnov 2021-12-06.

Genom Europadomstolens praxis så har artikel 8 i vissa fall ansetts ge uttryck för att stater måste avbryta en avvísning eller på andra sätt inte splittra familjer i migrationsrättssammanhang. Artikel 8 lyder:

1. Var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.
2. Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välförhållanden eller till förebyggande av oordning eller brott eller till moral eller för andra personers fri- och rättigheter.

Som påpekas av Ehrenkrona så måste Europakonventionen förstås genom Europadomstolens praxis. Costello menar att Europadomstolen genom sin praxis försökt förena dels staters rätt till att kontrollera sin invandring, dels förpliktelser från mänskliga rättigheter, snarare än att hävda att förpliktelser från mänskliga rättigheter sätter gränser på länders rätt till kontrollerad invandring, på ett sätt som 'döljer snarare än visar hur invandringskontroll tynger ner både på migranter och de på insidan'.⁸

Staters rätt att kontrollera sin invandring tar sig uttryck i vad Costello kallar för statsantagandet, som är ett ställningstagande som Europadomstolen tagit i många fall som angår familjeåterförening och migration, där de anser att en 'stat har rätt till, som ett faktum av väletablerad internationell lag och som del av konventionsåtaganden, att kontrollera inresorna av utlänningar till dess territorium och deras vistelse där. Konventionen garanterar inte rätten för en utlänning att resa in i eller vistas i ett särskilt land'.⁹ Det kan alltså utläsas en stark presumtion i Europadomstolens praxis för att låta stater sätta sina egna krav för invandring och familjeåterförening: Costello menar att Europadomstolen har förutsatt att stater försöker uppnå ett legitimt mål när de nekar inträde till eller deporterar personer, och att artikel 8 bara skyddar

⁸ Costello (2016), s. 112.

⁹ Se *M.A v. Denmark* [GC], no. 6697/18, punkt 131, men se även *Omorgie and others v. Norway*, no 265/07, punkt 54, *Abzulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, no. 9124/80; 9473/81; 9474/81, punkt 67 och *Boujlifa v. France*, no. 25404/94, punkt 42.

makars rätt att leva med varandra i 'exceptionella fall'.¹⁰ Som kommer diskuteras senare i uppsatsen verkar domstolen på senare tid (sedan 2016) tagit små steg mot att utvärdera länders migrations- och familjeåterföreningslagstiftning på ett mindre teoretiskt plan, särskilt med fallen Biao mot Danmark och M.A. mot Danmark, men i all tidigare praxis finns en stark presumtion till fördel för staternas rätt att forma sin egen invandringspolitik och ta sina egna beslut angående familjeåterförening.

I M.A mot Danmark sammanfattar Europadomstolen sin egen praxis om familjeåterförening i paragraferna 134 och 135. I 134 radar domstolen upp fyra omständigheter som generellt talar *mot* att familjeåterförening ska tillåtas:

- i. Att familjelivet skapats under tiden de involverade var medvetna om att immigrationsstatusen av en av dem var sådan att långvarigt familjeliv i värdstaten från början skulle vara osäkert. Domstolen har upprepat den här principen i flera fall, men formulerar den tydligast i Abdulaziz, Cabales och Balkandali mot Förenade Kungariket: där menade domstolen att det faktum att personerna i fråga fick status som bosatta i Förenade Kungariket som ogifta, och sedan gifte sig med utlänningar, innebar att det inte förelåg en plikt enligt artikel 8 för staterna att acceptera bosättning för deras makar.¹¹
- ii. Att personen som efterfrågar familjeåterförening har begränsade kopplingar till värdslandet, vilket antyds vara fallet när han eller hon bara bott där en kortare tid eller bott där illegalt. Domstolen skriver här att det än så länge inte funnits några fall där domstolen funnit att det förelåg en skyldighet för en medlemsstat i Europarådet att ge familjeåterförening till en utlänning som endast fått ett temporärt uppehållstillstånd, för att återförenas med en utlänning som inte kommit in i landet – detta kan dock anses ha

¹⁰ Costello (2016), s. 122 och s. 127.

¹¹ Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, no. 9124/80; 9473/81; 9474/81, punkt 68.

ändrats något genom domen M.A. mot Danmark, som kommer diskuteras senare i uppsatsen.

- iii. Att det inte förelåg några oöverkomliga hinder för familjeliv i ursprungslandet för personen som efterfrågade familjeåterförening. Till exempel ansåg domstolen i fallet Gül mot Schweiz att det inte förelåg en rätt för ansökarens två söner att återförenas med honom i Schweiz, och att Schweiz inte misslyckats med att fullfölja sina skyldigheter enligt artikel 8, då det inte 'strikt talat' förelåg några hinder för familjen att återförenas i Turkiet, trots en 'mycket svår familjesituation från en mänsklig synpunkt'.¹²
- iv. Att personen som efterfrågade familjeförening inte kunde visa att han eller hon har tillräcklig självständig och varande inkomst, vilket inte innebär välfärdsbidrag, för att ha råd med grundläggande levnadskostnader för sig själv och sina familjemedlemmar. I fallet Haydarie mot Nederländerna (som förvisso är från 2005 och därför så gammalt att det rör en situation som idag skulle hanteras av familjeåterföreningsdirektivet) ansåg domstolen att det faktum att ansökaren inte sökt några jobb under en femårsperiod innan ansökan för familjeåterförening innebar att artikel 8 inte brutits mot när familjeåterförening avslogs.¹³

I paragraf 135 radar domstolen upp fem omständigheter som generellt talar för att det föreligger en positiv skyldighet för en medlemsstat att ge en ansökare familjeåterförening:

- i. Att personen som ansöker om familjeåterförening har fått en permanent status i värdlandet eller har starka band med det landet. Domstolen refererar här till bland annat Butt mot Norge, där domstolen lade vikt vid de två sökandes starka band till Norge.¹⁴
- ii. Att familjeliv redan förelåg när ansökaren fick en permanent status i värdlandet.

¹² Gül v. Switzerland, no. 23218/94, punkt 42 f.

¹³ Se Haydarie v. The Netherlands, no. 8876/04, näst sista och sista paragrafen.

¹⁴ Butt v. Norway, no. 47017/09, punkt 76.

- iii. Att både personen som ansöker om familjeåterförening och familjemedlemmen som den vill återförenas med redan befann sig i värdlandet.
- iv. Att barn är inblandade, eftersom deras intressen måste ges betydande vikt. I *Jeunesse mot Nederländerna* lade domstolen vikt vid faktumet att barnens intressen bäst togs i beaktande genom att inte utvisa deras mor till Surinam.¹⁵ På ett liknande sätt ansåg domstolen i *Nunez mot Norge* att en separation på två år mellan mor och barn var oproportionerlig med tanke på barnens låga ålder.¹⁶
- v. Att det förelåg oöverkomliga eller mycket stora hinder mot att familjen skulle kunna bo i ursprungslandet för personen som ansöker om familjeåterförening. Sådana ansågs föreligga i till exempel *Tuquabo-Tekle* och andra mot Nederländerna, då det ansågs svårt för ansökaren att återvända till Eritrea på grund av inbördeskrig där.¹⁷

Som kan utläsas i dessa paragrafer krävs mycket för att det ska föreligga en skyldighet för en stat att ge familjeåterförening enligt Europakonventionen. Costello menar att till exempel *Nunez mot Norge* visar att det finns en vilja från domstolen att se till att barns bästa blir taget i beaktande, men att det i andra fall ofta är svårt för sökande att visa att de inte kan etablera familjeliv på annan plats och att det därför är en accepterad standardposition för stater att avslå familjemedlemmars inträde i landet, utan att stater behöver ge något individuellt rättfärdigande för detta.¹⁸

Som kommer diskuteras senare i uppsatsen kan det argumenteras för att de två fallen *Biao mot Danmark* och *M.A. mot Danmark* pekar mot en viss förändring i domstolens praxis, eller åtminstone ett klagörande om att rätten till familjeliv kan föreligga i fler fall än de snäva avgränsningar som nämnts

¹⁵ *Jeunesse v. The Netherlands*, no. 12738/10, punkt 119 f.

¹⁶ *Nunez v. Norway*, no. 55597/09, punkt 84 f.

¹⁷ *Tuquabo-Tekle and others v. The Netherlands*, no. 60665/00, punkt 47.

¹⁸ Costello (2016) s. 128 f.

ovan. Då dessa fall avgjordes 24 maj 2016 respektive 9 juli 2021, alltså nästan samtidigt som först begränsningslagen och sedan de nya reglerna i utlänningslagen trädde i effekt, så kommer uppsatsen diskutera dessa fall senare, i samband med att reglerna om familjeåterförening i begränsningslagen och den nya utlänningslagen har klargjorts.

3.2 Familjeåterföreningsdirektivet

EU-reglerna om familjeåterförening finns i familjeåterföreningsdirektivet, som antogs den 22 september 2003 och som låg till grund för utformningen av reglerna för familjeåterförening i utlänningslagen som infördes 30 april 2006.

Direktivet fastställer enligt art. 1 villkoren för utövandet av rätten till familjeåterförening för tredjelandsmedborgare (som definieras som personer som inte är unionsmedborgare) som vistas lagligen på medlemsstaternas territorier. Referensperson definieras i artikel 1 c) som den tredjelandsmedborgare som lagligen vistas i en medlemsstat och som ansöker om familjeåterförening eller vars familjemedlemmar ansöker om familjeåterförening för att förenas med.

Enligt art. 3 punkt 1 ska direktivet tillämpas när referenspersonen innehar ett uppehållstillstånd med en giltighetstid på minst ett år och har välgrundade utsikter att få ett varaktigt uppehållstillstånd.

Direktivet är enligt art 3 punkt 2 b) inte tillämpligt när referenspersonen har tillstånd att vistas i en medlemsstat med stöd av ett tillfälligt skydd eller väntar på beslut om sådan ställning och enligt c) inte tillämpligt på referenspersoner som har tillstånd att vistas i en medlemsstat på grundval av alternativa skyddsformer enligt internationella förpliktelser, nationell lagstiftning eller praxis i medlemsstaterna. Detta innebär att direktivet i en svensk kontext inte är tillämpligt på alternativt skyddsbehövande: rättigheterna från detta direktiv tillfaller bara de med flyktingstatus.

Enligt art. 4 punkt 1 ska medlemsstaterna tillåta inresa och vistelse för referenspersonens maka och underåriga barn. Vissa undantag finns för polygama äktenskap och tvångsäktenskap i punkt 4 och 5.

Artikel 6, 7 och 8 innehåller villkor för utövandet av rätten till familjeåterförening. Artikel 6 låter stater avslå ansökan om inresa och

vistelse, och återkalla uppehållstillstånd, för en familjemedlem av hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa. Artikel 7 låter stater ställa villkor där referenspersoner måste kunna påvisa att de har en bostad av normal storlek och som uppfyller medlemsstatens allmänna bestämmelser om säkerhet och sanitära förhållanden i 1 a), sjukförsäkring i b) och stabila och regelbundna försörjningsmedel i c). Punkt 2 låter medlemsstater kräva att tredjelandsmedborgare 'följer integrationsåtgärderna i enlighet med nationell lagstiftning'.

EU-domstolen har påpekat i fallet *Chakroun* (C-578/08) att kravet om försörjningsmedel ska tolkas strikt: EU-ländernas manövreringsmarginal ska inte låta dem använda detta krav på ett sätt som underminerar direktivets syfte, vilket är att främja familjeåterförening, och det faktum att en person som skulle ha råd att ta hand om sin familj får inte nekas familjeåterföring för att den har rätt till vissa individuellt bestämda bidrag eller skatteåterbäring.¹⁹ På ett liknande sätt menade EU-domstolen i fallet *K och A* (C-153/14) att integrationskravet inte får införlivas på ett sådant sätt att det försvårar familjeåterförening, utan målet 'måste vara att underlätta integrationen i medlemsstaterna av de personer som utövar sin rätt till familjeåterförening, och inte att välja ut de personer som kan utöva denna rätt. Särskilt personliga omständigheter såsom ålder, utbildningsnivå, ekonomisk situation och hälsa hos den berörda referenspersonens familjemedlemmar ska vidare beaktas'.²⁰

Artikel 8 ger medlemsstaterna en rätt att kräva att referenspersonen skall ha vistats lagligen på deras territorium under en period av högst två år innan han eller hon kan få återförenas med sina familjemedlemmar. Andra stycket ger en möjlighet för stater att införa en väntetid på högst tre år, om medlemsstatens gällande lagstiftning på området beaktade medlemsstatens mottagskapacitet när direktivet infördes. Detta andra stycke lades till efter

¹⁹ C-578/08 *Chakroun*, EU:C:2010:117 punkt 43 och 52.

²⁰ C-153/14 *K and A*, EU:C:2015:453 punkt 56–58.

förhandlingar då Österrike hade sådana väntetider på grund av ett kvotsystem och är inte tillämpligt på Sverige.²¹

Direktivet innehåller artiklar som specifikt gäller för flyktingar i art. 9–12. Flykting definieras i art. 2 b) som de som beviljats flyktingstatus enligt flyktingkonventionen. Enligt punkt 8 i ingressen bör situationen för flyktingar ges särskild uppmärksamhet och deras rätt till familjeåterförening bör regleras av förmånligare villkor. Artikel 10 ger flyktingar något förmånligare bestämmelser angående vem som räknas till kärnfamiljen. Artikel 12 undantar flyktingar från kraven i artikel 7, givet att familjeåterförening inte är möjlig i ett tredje land dit referenspersonen och dess familjemedlem har särskild anknytning och ansökan om familjeåterförening inte lämnas in inom tre månader efter att flyktingstatus beviljas. Punkt 2 i artikel 12 undantar även flyktingar från väntetiden i artikel 8.

²¹ Costello (2016) s. 144.

4 Familjeåterförening i utlänningslagen före 2016

4.1 Generella bestämmelser och krav

Före 2016 fanns artiklarna i utlänningslagen som angick familjeåterförening i huvudsak i 5 kap. 3 och 3a §§, med undantag stipulerade i 3b-3e §§ och 16–17 b §§.

5 kap. 3 § angav villkoren för när uppehållstillstånd *skulle* ges till ansökaren (om den hade en anknytningsperson i Sverige) eller dess familjemedlemmar (om ansökaren själv var anknytningspersonen) och berörde kärnfamiljen, alltså makar eller sambo och barn. 3 a § angav villkoren för när uppehållstillstånd *fick* ges till ansökare eller dess familjemedlemmar och berörde andra familjemedlemmar och personer som hade för avsikt att ingå äktenskap eller inleda ett samboförhållande med anknytningspersonen.

Begreppet anknytningsperson innebar en större grupp än referensperson, som är motsvarande begrepp i familjeåterföreningsdirektivet. Skyddsbehövande i övrigt, som senare delades upp i grupperna alternativt skyddsbehövande och övrigt skyddsbehövande i och med införandet av skyddsgrundsdirektivet, ansågs likställda med flyktingar och kunde därmed utgöra anknytningspersoner.²² Det krävdes 'i regel' att anknytningspersonen hade ett permanent uppehållstillstånd, men undantag kunde göras för fall som berörde 5 kap. 3 §.²³

5 kap. 3 § var baserat på de krav som finns i familjeåterföreningsdirektivet. Förutom de undantag som ställdes upp i 17 a och 17 b §§ så förelåg här en rätt till familjeåterförening, vilket var i linje med de krav som ställts upp i familjeåterföreningsdirektivet, dock här tillgängliga även för alternativt skyddsbehövande. 17 a § angav situationer där uppehållstillstånd *fick* vägras:

²² Wikrén och Sandesjö (2017), s 271

²³ Wikrén och Sandesjö (2017), s 270

dessa var om oriktiga uppgifter medvetet lämnats vid ansökan, om det var fråga om skenäktenskap eller liknande, om utlänningen utgjorde hot mot allmän säkerhet eller om någon av makarna eller samborna var under 18 år. 17 b § angav att uppehållstillstånd för en make, sambo eller barn till anknytningspersonen och person som denna är gift eller sambo med (men inte den person som anknytningspersonen är gift med i Sverige) *skulle* vägras om anknytningspersonen är gift med en annan person och sammanlever med denna person i Sverige. Denna bestämmelse grundades på artikel 4.4 i familjeåterföreningsdirektivet och hade som syfte att motverka månggifte.

5 kap 3 a § innehöll bestämmelser som inte styrdes av familjeåterföreningsdirektivet och var baserad på tidigare svensk lagstiftning och praxis. Till skillnad från i 3 § så gjordes här en seriositetsbedömning när det kommer till makar och sambos, och det ställs vissa krav på familjemedlemmar för att de ska kunna återförenas. I punkt 2 kan utläsas att det krävs att en nära anhörig på ett annat sätt än det som avses i 3 § (alltså inte förälder eller barn) måste ha ingått i samma hushåll som anknytningspersonen, och att det måste ha funnits ett särskilt beroendeförhållande mellan släktingarna som fanns redan i hemlandet. Tredje stycket innehåller även en bestämmelse där synnerliga skäl kan tillåta att en anhörig till en flykting eller annan skyddsbehövande kan få uppehållstillstånd.

4.2 Försörjnings- och bostadskrav

Sverige hade länge inget försörjningskrav för anknytningspersoner, även om det är tillåtet att ställa ett sådant enligt artikel 7(1)(c) i familjeåterföreningsdirektivet. När försörjningskrav infördes 2010 som 5 kap. 3 § b, där det gick att läsa att uppehållstillstånd på grund av anknytning endast fick beviljas om anknytningspersonen kunde försörja sig själv och hade en bostad av tillräcklig storlek och standard för sig själv och utlänningen, så begränsades detta krav kraftigt genom 3 c, d och e: flera grupper var undantagna men mest noterbart både flyktingar och alternativt skyddsbehövande, vilket innebar att endast övrigt skyddsbehövande

omfattades av bestämmelsen. I praktiken fick försörjningskravet mycket litet genomslag. Enligt Migrationsverket avslogs runt 200 ansökningar per år under 2011–2012 på grund av försörjningskravet.²⁴

²⁴ Skr. 2013/14:73, s. 39.

5 Familjeåterförening i begränsningslagen

5.1 En anpassning till familjeåterföreningsdirektivets miniminivåer

Den 20 juli 2016 trädde lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige i kraft. Enligt 1 § i den lagen ska bestämmelserna i den lagen tillämpas framför bestämmelser i Utlänningslagen om de avviker.

Enligt lagstiftaren var målet med begränsningslagen att skapa ett 'andrum' för svenskt flyktingmottagande och få fler asylsökande att välja att söka asyl i andra medlemsstater genom att tillfälligt anpassa det svenska migrationsregelverket till miniminivån enligt EU-rätten och internationella konventioner.²⁵

På familjeåterföreningens område innebar detta att den svenska lagen endast skulle tillåta familjeåterförening i den utsträckning familjeåterföreningsdirektivet krävde det. Eftersom direktivet inte är tillämpligt på andra än flyktingar så begränsades möjligheterna för de som inte gavs den statusen att ansöka om familjeåterförening. Vid införandet av begränsningslagen innebar 6 § att endast flyktingar, med 'välgrundade utsikter' att beviljas ett permanent uppehållstillstånd, kunde utgöra anknytningspersoner. Därtill skulle uppehållstillstånd enligt 3 a § inte beviljas, förutom om det skulle bryta mot Sveriges konventionsåtaganden att göra så, vilket kommer diskuteras senare.

Den mest omfattande begränsningen fanns i 7 §, där det gick att utläsa att uppehållstillstånd enligt 5 kap 3 § första stycket 1–4 (alltså alla bestämmelser

²⁵ Prop. 2015/16:174 s. 37.

angående kärnfamiljen, så länge inte familjen anländer samtidigt enligt punkt 5) eller 3 a § inte skulle beviljas om anknytningspersonen var alternativt skyddsbehövande med ett tidsbegränsat uppehållstillstånd. Tidsbegränsade uppehållstillstånd blev norm i och med begränsningslagen, så i praktiken innebar detta att alternativt skyddsbehövande inte kunde ansöka om familjeåterförening under tiden lagen var i kraft. Det enda undantag som fanns från denna regel var om anknytningspersonen fått sin ansökan om uppehållstillstånd registrerad före 24 november 2015: detta var den dag då regeringen presenterade sin nya flyktingpolitik, och därför ansågs det rimligt att låta de som ansökt om uppehållstillstånd innan denna omvändning i politiken använda samma regler som flyktingar i 6 § (som fortfarande innebar att 3 a § inte skulle tillämpas).

5.2 Välgrundade utsikter i begränsningslagen

I 6 § i begränsningslagen så gick det att utläsa att ett uppehållstillstånd på grund av anknytning enligt 5 kap. 3 § 1 st 1 eller 2 i utlänningslagen skulle beviljas om den person som utläningen åberopar anknytning till var en flykting med ett tidsbegränsat uppehållstillstånd som bedömts ha välgrundade utsikter att beviljas ett permanent uppehållstillstånd. Begreppet välgrundade utsikter är hämtat från artikel 3(1) i familjeåterföreningsdirektivet (dock där som välgrundade utsikter att få ett *varaktigt* uppehållstillstånd), och eftersom det tidigare var norm att ge permanenta uppehållstillstånd i Sverige så var det inte ett rekvisit som behövde avgöras förutom i mycket speciella fall. Regeringen menade i propositionen till begränsningslagen att flyktingar i regel kommer anses ha välgrundade utsikter att ha permanenta uppehållstillstånd, då skyddsskälerna som regel skulle kvarstå under en längre tid och begränsningarna av möjligheterna att få permanent uppehållstillstånd skulle upphöra i samband med den tidsbegränsade lagen.²⁶

²⁶ Prop. 2015/16:174, s. 39.

Regeringen refererade i propositionen till begränsningslagen till fallet MIG 2007:29 för att mena att en flykting kunde vara anknytningsperson enligt 5 kap 3 § utlänningslagen och att uppehållstillstånd på grund av anknytning kan beviljas till kärnfamiljen trots att anknytningspersonen inte beviljats permanent uppehållstillstånd.²⁷ I det fallet ansåg migrationsdomstolen i Göteborg (migrationsöverdomstolen skrev ingen egen argumentation utan gjorde samma bedömning som migrationsdomstolen och avslog migrationsverkets överklagande) att familjeåterföreningsdirektivet, som då införlivats bara några månader tidigare i Sverige, gav B möjlighet att vara anknytningsperson även om hon inte hade permanent uppehållstillstånd. Dock så argumenterade domstolen inte speciellt utförande om vad 'välgrundade utsikter' innebar: de menade bara att eftersom B är folkbokförd i Sverige, fått uppehållstillstånd enligt EES-avtalet och inget framkommit i målet som ger anledning att tro att hon kommer lämna landet så måste det således föreligga välgrundade utsikter för henne att få permanent uppehållstillstånd. Migrationsverket argumenterade inte heller utförligt runt begreppet.

Utförligare beskrivning av vad begreppet innebar (i en svensk kontext) fanns inte att tillgå förrän MIG 2018:19 från oktober 2018. I detta fall ansåg Migrationsverket att AI, som kommit till Sverige från Syrien och sökte asyl 2 oktober 2015 (alltså tidigt nog för att omfattas av undantaget i 7 § 2 st och därmed kunna utgöra en anknytningsperson även som alternativt skyddsbehövande) och beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande i november 2016 på tretton månader, som sedan förlängdes till 23 december 2019, inte kunde utgöra anknytningsperson för sin maka och son HH och KI när de ansökte om uppehållstillstånd på grund av anknytning i december 2016 då han inte bedömdes ha välgrundade utsikter att beviljas permanent uppehållstillstånd. Migrationsverket menade att han saknade individuella skyddsskäl och behovet av skydd var beroende av situationen i Syrien när det tidsbegränsade uppehållstillståndet och den

²⁷ Prop 2015/16:174, s. 39.

tillfälliga lagen upphört att gälla: de verkade alltså mena att en bedömning om AI hade välgrundade utsikter kunde göras först 2019 när AI kunde få permanent uppehållstillstånd och prövas enligt utlänningslagen.

När HH och KI överklagade till Migrationsöverdomstolen medgav Migrationsverket bifall till överklagandet. Migrationsverket anförde att 'ju kortare tid som återstår innan begränsningarna av möjligheterna att beviljas permanent uppehållstillstånd upphör, desto troligare är det att personen därefter kommer ges ett permanent uppehållstillstånd, förutsatt att skyddsbehovet kvarstår' och att den som deklarerats som alternativt skyddsbehövande med stöd av 4 kap. 2 § första stycket 1 första ledet i utlänningslagen (att utlänningspersonen vid ett återvändande till hemlandet skulle löpa risk att straffas med döden eller att utsättas för kroppsstraff, tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning) 'bör det normalt innebära att denna kan anses ha välgrundad utsikt att få permanent uppehållstillstånd'. Däremot menade Migrationsverket att ett skyddsbehov baserat på andra ledet (att som civilperson löpa en allvarlig och personlig risk att skadas på grund av urskillningslöst våld med anledning av en yttre eller inre väpnad konflikt) normalt sett inte kan förutsättas vara så varaktigt att det därmed innebär att det i sig finns en välgrundad utsikt att få permanent uppehållstillstånd. Därför menade Migrationsverket att bedömningen av om AI har välgrundade utsikter att beviljas ett permanent uppehållstillstånd ska göras utifrån situationen i Syrien efter den 20 juli 2019, och att 'mot bakgrund av aktuell landinformation bedöms AI:s skyddsbehov inte ha upphört vid den tidpunkten' och han bedöms i nuläget ha välgrundade utsikter att beviljas permanent uppehållstillstånd och kunde alltså vara anknytningsperson.²⁸

Parterna var alltså samstämmiga, men Migrationsöverdomstolen gav ändå en utförlig bedömning i fallet, till stor del fokuserad på att förklara vad välgrundade utsikter faktiskt innebär. Domstolen påpekade att det inte preciseras i familjeåterföreningsdirektivet vad som avses med välgrundade

²⁸ MIG 2018:19 s. 2.

utsikter, inte heller i förarbetena, och i och med att det inte var särskilt relevant för svenska förhållanden i samband med genomförandet av familjeåterföreningsdirektivet så definierade lagstiftaren inte heller begreppet närmare då. Utöver detta så pekade domstolen på att det saknades avgöranden från EU-domstolen där begreppet har tolkats i mål om familjeåterförening. Migrationsöverdomstolen valde att hämta tolkning av begreppet från Kommissionens meddelande till rådet och Europaparlamentet av den 3 april 2014 om riktlinjer för tillämpningen av direktiv 2003/86/EG om rätt till familjeåterförening (COM[2014] 2010 final), där det bland annat går att utläsa att begreppet 'välgrundade utsikter' inte förutsätter att alla krav som ställs för att få ett permanent uppehållstillstånd måste vara uppfyllda när bedömningen görs, bara att de troligen kommer uppfyllas, och att en bedömning ska göras från fall till fall med hänsyn till individuella omständigheter som till exempel vilken sorts uppehållstillstånd som utfärdats och administrativa rutiner. Migrationsöverdomstolen menade också att begreppet 'reasonable prospects' som är den engelska lydelsen av begreppet 'ger uttryck för ett något lägre krav än den svenska översättningen och ligger närmare den tolkning som kommissionen gör'.

Migrationsöverdomstolen gjorde sedan bedömningen, baserat bland annat på landinformation från Migrationsverket och UNCHR, att säkerhetsläget i Syrien var på den nivå att alla och envar som återvänder till Syrien 'löper en individuell risk för skyddsgrundande behandling i strid mot artikel 3 EMKR' och att denna situation inte skulle upphöra inom en överskådlig framtid. Därmed kunde AI utgöra anknytningsperson enligt 7 § i begränsningslagen. Migrationsöverdomstolens dom gav begreppet välgrundade utsikter mer innehåll jämfört med den sparsmakade bedömning som Migrationsverket (först) gjorde av AI:s situation. Det faktum att ingen landinformation användes som grund för det första beslutet, samt att viss vikt verkade läggas vid att begränsningslagen snart skulle upphöra (innan den förlängdes), verkar tyda på att det inte gjordes en utförlig individuell bedömning av AI:s fall. Det kan också anses viktigt att Migrationsöverdomstolen lade vikt vid att begreppet ska förstås som om det utifrån *nuvarande* omständigheter är troligt

att ett permanent uppehållstillstånd senare kommer beviljas: Migrationsverkets första bedömning verkade mena att en bedömning inte kunde göras eftersom det inte var känt hur omständigheterna skulle vara när begränsningslagen skulle träda ur kraft. Därmed blev det tydligt att begreppet innebar att en individuell prövning, baserat på omständigheterna som de är när ansökan görs, måste göras och att det inte bara kan skjutas på framtiden med referens till att en lag är temporär.

Sammanfattningsvis kan det sägas att begreppet inte innebar något problem i de allra flesta ansökningars fall, då flyktingar i regel ansågs ha välgrundade utsikter och bara en viss andel alternativt skyddsbehövande (de som ansökt om familjeförening före 24 november 2015, och av dem bara de som inte ansågs ha individuella skyddsskäl) skulle behöva få sin situation bedömd på det sätt som AI fick. Dessutom måste det poängteras att Migrationsverket verkade ha insett sitt misstag i AI:s fall då de biföll hans överklagan till Migrationsöverdomstolen. Trots detta så kan det definitivt anses vara ett problem ur ett rättssäkerhetsperspektiv att det saknades en tydlig definition av ett centralt begrepp i begränsningslagen tills två år in i den då tre års planerade livslängden av lagen.

5.3 'Ventilen' som anpassning till EKMR-miniminivåer

Lösningen för att anpassa reglerna om familjeåterförening till internationella konventioners miniminivå blev 13 § i begränsningslagen, som lydde att om uppehållstillstånd på grund av anknytning inte kan ges på någon annan grund, ska ett sådant tillstånd beviljas en utlänning som inte befinner sig i Sverige om ett beslut att neka uppehållstillstånd skulle strida mot ett svenskt konventionsåtagande.

Paragrafen nämnde inte Europakonventionen, men i propositionen menade regeringen att 'det i första hand [är] Europakonventionen och barnkonventionen som aktualiseras när det gäller frågor om

uppehållstillstånd'.²⁹ Regeringen menade att endast 'införlivade' konventioner ska bli aktuella vid användandet av 13 §. Ordet införlivade användes troligen eftersom Europakonventionen och barnkonventionen (då) inte inkorporerats i svensk lag på samma sätt: Europakonventionen är som tidigare nämnts inkorporerat som svensk lag, medan barnkonventionen inte var det men enligt regeringen skulle beaktas vid en prövning i fall som rör barn eftersom principen om barnets bästa står att utläsa i portalparagrafen i 1 kap. 10 § Utlänningslagen.³⁰

Denna lösning fick tidigt kritik. Lagrådet menade i sin remiss att det i 'befintlig svensk lagstiftningstradition saknas närliggande förebilder till bestämmelser utformade på det nu aktuella sättet' och pekade på att det skulle kunna bli svårt för de asylsökande, Migrationsverket och migrationsdomstolarna att avgöra i enskilda fall huruvida den miniminivå som slagits fast ska tillämpas eller om säkerhetsventilen ska aktualiseras.³¹ Regeringen menade, trots att de kunde 'förstå oron', att eftersom myndigheter och domstolar redan idag måste förhålla sig till både EU-rätt och konventionsåtaganden när de tolkar utlänningslagen, att 13 § inte skulle innebära någon helt ny uppgift för tillämparna, och att det är angeläget att det framgår tydligt i lagtexten att 'svensk rätt nu anpassas, förutom till miniminivåerna enligt EU-rätten, också till miniminivån enligt svenska konventionsåtaganden' och att det genom 13 § blir 'tydligt att den tidsbegränsade lagen och dess tillämpning inte strider mot svenska konventionsåtaganden eller EU-rätten'.³²

I det enda fall från Migrationsöverdomstolen som togs upp till högsta instans angående 13 §, MIG 2018:20, så ansågs det bryta mot svenska konventionsåtaganden att inte låta familjen till en åttaårig syrisk pojke återförenas med honom i Sverige. I fallet hade pojken (KA) kommit till Sverige med sin morbror och dennes familj i mars 2017, och fått ett

²⁹ Prop 2015/16:174 s 51

³⁰ Prop. 2015/16:174 s 52

³¹ Lagrådet, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2016-04-20, s 11

³² Prop 2015:16:174 s 53

tidsbegränsat uppehållstillstånd som alternativt skyddsbehövande till april 2018 som sedan förlängdes till april 2020. KA:s föräldrar och bror ansökte om uppehållstillstånd på grund av anknytning till KA i juli 2017, och Migrationsverket avslog dessa ansökningar i november 2017.

Migrationsverket anförde som skäl dels att uppehållstillstånd på grund av anknytning inte kunde beviljas på grund av anknytning då KA ansökte om asyl efter 24 november 2015, och att det inte visats 'sådana tvingande omständigheter som gör att familjeåterföreningen inte kan anstå under några år' då KA bodde med släktingar i Sverige som kunde ta hand om honom. Då den tillfälliga lagen endast skulle gälla under en begränsad period - notera att vid det här tillfället så skulle lagen fortfarande upphöra 29 juli 2019 – ansåg Migrationsverket också att det inte stred mot vare sig Europakonventionen eller principen om barnets bästa att neka uppehållstillstånd.

Migrationsöverdomstolen valde att ta både Europakonventionen och Barnkonventionen i beaktande i fallet. Migrationsöverdomstolen lyfte fram flera fall för att exemplifiera Europadomstolens praxis som grund för påståendet att artikel 8 inte medför en övergripande skyldighet för en stat att respektera immigranternas val av bosättningsland och att tillåta familjeåterförening på sina territorier, men även fallet Nunez mot Norge där situationen påminner om den som KA är i: modern till två barn som var sju och nio år gamla blev utvisad och fick ett återreseförbud på två år på grund av tidigare illegal vistelse i Norge. I det fallet ansåg Europadomstolen att två års separation var en oskäligt lång tid att separera familjen med tanke på barnens mycket låga ålder.³³

Migrationsöverdomstolen pekade på bland annat den långa separationstiden som skulle föreligga om KA:s familj inte skulle kunna beviljas uppehållstillstånd före 19 juli 2019 och Nunez mot Norge för att finna att 'den inskränkning av rätten till respekt för familjeliv som det innebär att i detta fall

³³ MIG 2018:20 s. 6 f.

neka klagandena uppehållstillstånd inte står i rimlig proportion till regeringens angivna syfte att under en tid begränsa antalet asylsökande' och menade att det stod i strid mot artikel 8 i Europakonventionen och artikel 3, 9 och 10 i barnkonventionen att neka KA:s föräldrar och bror uppehållstillstånd i Sverige. Migrationsöverdomstolen beviljade därefter tidsbegränsade uppehållstillstånd till dem på 13 månader räknat från dagen för domen.³⁴

Fallet verkar peka på att 13 § i begränsningslagen var en fungerande lösning i viss utsträckning. Migrationsöverdomstolens argumentation runt Europakonventionen och Europadomstolens praxis verkar utförlig och övervägandena liknar på vissa sätt de som görs av Europadomstolen – avvägningen mellan statens och sökandens intressen påminner om Europadomstolens sätt att döma. Samtidigt måste det poängteras att själva rättsprocessen, som inleddes i juli 2017 och avslutades 13 november 2018, i sig innebar en separation på ett år för KA och hans familj (och om en väljer att räkna in handläggningstiden på Migrationsverket, en separation på ett och ett halvt år). Särskilt i fall som berör barn kan det ifrågasättas om en så lång tid är rimlig, eller om de i sig innebär ett problem för rätten till familjeliv.

³⁴ MIG 2018:20 s. 7.

5.4 Utvidgat försörjningskrav och bostadskrav

I propositionen till begränsningslagen menade Regeringen att huvudregeln om försörjningskrav i utlänningslagen var 'försedd med så många undantag att de fall då försörjningskrav ställs upp i själva verket kan sägas höra till undantagen'³⁵ och att reglerna nu skulle anpassas till miniminivån enligt EU-rätten och internationella konventioner. Detta gjordes genom att anpassa försörjningskravet till reglerna som återfinns i familjeåterföreningsdirektivets artikel 7(1)c.

9 § i begränsningslagen lydte att uppehållstillstånd enligt 5 kap 3 eller 3 a § i utlänningslagen endast får beviljas om den person som utlänningen åberopar anknytning till kan försörja sig och utlänningen har en bostad av tillräcklig storlek och standard för sig och utlänningen. 9 § 2 st lydte att Regeringen eller myndighet som regeringen bestämmer kan med stöd av 8 kap 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om försörjningsförmåga och bostad av tillräcklig storlek och standard.

10 § i begränsningslagen innehöll undantagen, som var färre än i utlänningslagen. 10 § 1 st lydte att försörjningskravet i 9 § inte gäller om den sökande är ett barn, 2 st att försörjningskravet inte gäller om den sökande är ett barn som fötts i Sverige och den som barnet åberopar anknytning till är förälder till barnet och sammanbor med barnet i Sverige.

Tredje stycket innehöll undantag som var baserade på artikel 12 i familjeåterföreningsdirektivet. Första punkten lydte att om den person som utlänningen åberopar anknytning till har beviljats uppehållstillstånd som flykting eller alternativt skyddsbehövande eller förklarats vara sådan så gäller försörjningskravet endast om ansökan om uppehållstillstånd görs senare än tre månader efter att den person som utlänningen åberopar anknytning till har beviljats uppehållstillstånd eller förklarats vara flykting eller alternativt

³⁵ Prop 2015/16:174 s. 46.

skyddsbehövande. Andra punkten och tredje punkten innehöll två situationer där försörjningskrav får ställas även om ansökan görs inom tre månader. Andra punkten lydte att kravet endast gäller om familjeåterförening är möjlig i ett land utanför EU som familjen har särskild anknytning till, och punkt tre att kravet endast gäller om utlänningen och den person som utlänningen återoppar anknytning till inte har sammanbott utomlands en längre tid och det inte heller på annat sätt står klart att förhållandet är väl etablerat.

Lagen föreskrev inte närmare hur stor inkomst och bostad behövde vara, utan detta baserades på föreskrifter från Migrationsverket och avgöranden från migrationsdomstolarna. Värt att nämna i sammanhanget är att Europadomstolen tagit upp ett mål angående försörjnings- och bostadskravet, vilket kommunicerades den 25 september 2018. Ansökaren, som är en person från Syrien som tilldelats flyktingstatus, menar att Sverige brutit mot artikel 8 när de avslag hans fru och fem barns ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning till honom med motiveringen att han inte når upp till försörjnings- och bostadskraven. Målet är ännu inte avgjort.³⁶

5.5 Begränsningarna mildras 2019 – 7 § tas bort

När giltighetstiden för begränsningslagen förlängdes den 20 juli 2019, så att den gällde till 19 juli 2021, togs 7 § bort. Regeringen anförde i propositionen till lagändringen att 'läget nu inte [är] lika ansträngt som när den tillfälliga lagen infördes' och att 'begränsningarna av möjligheten för alternativt skyddsbehövande att återförenas med sin familj riskerar därför vid en förlängning av den tillfälliga lagens giltighetstid att strida mot Europakonventionen i fler fall än tidigare'.³⁷ Regeringen ansåg nu att 'en återinförd familjeåterförening för alternativt skyddsbehövande är humanitärt önskvärd och kommer att underlätta integrationen', och även om 'begränsningen i den tillfälliga lagen bör fortsätta att gälla i så stor utsträckning som möjligt' fanns nu 'starka skäl att lätta på begränsningarna

³⁶ Dabo v. Sweden, no. 12510/18 (communicated case).

³⁷ Prop 2018/19:128 s. 42.

när det gäller möjligheten för alternativt skyddsbehövande att återförenas med sin familj.³⁸

Migrationsverket efterfrågade förtydligande av vilka omständigheter som ska vägas in i en bedömning om en anknytningsperson har välgrundade utsikter att beviljas ett permanent uppehållstillstånd, men i propositionen så valde regeringen att endast peka på MIG 2018:19 som exempel på där Migrationsöverdomstolen gett vägledning för hur rekvisitet ska tolkas. Det gavs alltså inte heller här någon utförligare förklaring från lagstiftaren om hur bedömningen ska göras utan snarare blev den praxis som etablerats i MIG 2018:19 kodifierad.³⁹

Efter detta så fick alltså alternativt skyddsbehövande möjlighet att ansöka om familjeåterförening på samma villkor som flyktingar, vilket gick utöver vad Sverige var tvungna till enligt dess konventionsåtaganden, då varken familjeåterföreningsdirektivet eller Europakonventionen kräver detta. Som senare ska behandlas i den här uppsatsen så kan det dock vara så att lagstiftaren trodde att det skulle krävas enligt Sveriges konventionsåtaganden att låta flyktingar och alternativt skyddsbehövande ansöka om familjeåterförening på lika villkor, så målet att hålla det svenska migrationsregelverket på en miniminivå kan ha kvarstått.

³⁸ Prop 2018/19:128 s. 42.

³⁹ Prop 2018/19:128 s. 42.

6 Familjeåterförening i utlänningslagen från 2021

Begränsningslagen upphörde att gälla 20 juli 2021, och i samband med detta infördes ändringar i utlänningslagen som nu blev lagen som reglerade familjeåterförening igen.

6.1 Temporära uppehållstillstånd nu norm

Den nya utlänningslagen innebär att 'den tidigare huvudregeln att en skyddsbehövande normalt skulle beviljas permanent uppehållstillstånd har övergetts', då uppehållstillstånd för både flyktingar och alternativt skyddsbehövande enligt 5 kap. 1 a § nu ska vara tidsbegränsade vid det första beslutstillfället om det inte är fråga om så kallade kvotflyktingar.⁴⁰ För att nå upp till de krav som ställs i familjeåterföreningsdirektivet, där flyktingar har rätt till familjeåterförening med kärnfamiljen, så har ett tredje stycke lagts till i 5 kap. 3 § där det kan utläsas att uppehållstillstånd enligt första stycket 1-2 (alltså för make eller sambo till någon som är bosatt eller som har beviljats uppehållstillstånd för bosättning i Sverige, och för barn till förälder som är bosatt i eller har beviljats uppehållstillstånd för bosättning i Sverige eller är gift eller sambo med någon som är det) även ska beviljas om anknytningspersonen har beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 1 eller 6 § (6 § behandlar uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter) eller enligt 12 kap. 18 § (som behandlar vissa verkställighetshinder) och har välgrundade utsikter att beviljas uppehållstillstånd under en längre tid.

Likt vid införandet av begränsningslagen så påpekade Regeringen i propositionen till den nya utlänningslagen att flyktingar i normalfallet ska anses ha välgrundade utsikter att beviljas uppehållstillstånd under en längre

⁴⁰ Se Wikrén och Sandesjö, Utlänningslagen (7 dec. 2021, version 12B, JUNO, kommentaren till 5 kap. 1 §)

tid, men att en individuell bedömning ska göras i varje enskilt fall.⁴¹ Vad gäller alternativt skyddsbehövande menade regeringen att MIG 2018:19 gav vägledning för hur rekvisitet välgrundade utsikter skulle bedömas i begränsningslagen och att bedömningen ska göras utifrån hur troligt det är att skyddsbehovet kvarstår vid den tidpunkt då han eller hon kan ansöka om ett permanent uppehållstillstånd, dvs. tidigast efter tre år, där både individuella skyddsskäl och landinformation ska beaktas.⁴²

I 5 kap. 3 a § infördes ett fjärde stycke som klargjorde att uppehållstillstånd enligt första stycket 1 a (där uppehållstillstånd får ges till en utlänning som har för avsikt att ingå äktenskap eller inleda ett samboförhållande med en person som är bosatt eller som har beviljats uppehållstillstånd för bosättning i Sverige, om förhållandet framstår som seriöst och inte särskilda skäl talar emot), 3 (där uppehållstillstånd får ges till en utlänning som är förälder och vårdnadshavare för samt sammanbor med ett barn som är bosatt i Sverige), 4 (där uppehållstillstånd får ges till en utlänning som ska utöva umgänge, som inte är av begränsad omfattning, med ett barn som är bosatt i Sverige), och tredje stycket 2 (där det vid synnerliga skäl får ges uppehållstillstånd till en utlänning som är anhörig till en utlänning som är flykting eller alternativt skyddsbehövande), *inte* får beviljas om anknytningspersonen har beviljats ett tidsbegränsat uppehållstillstånd enligt 1 eller 6 § eller enligt 12 kap. 18 §. När vissa remissinstanser påpekade att undantagen för första stycket 3 och 4 skulle kunna bryta mot principen om barnets bästa och Sveriges konventionsåtaganden menade Regeringen att situationer där ett nekande av föräldrar skulle kunna innebära ett sådant brott har en 'ventil' i tredje stycket 3, där det får ges uppehållstillstånd till en utlänning som har särskild anknytning till Sverige om det finns synnerliga skäl, och gjorde här en parafraisering av statsantagandet när de menade att 'en förälder varken enigt nationell eller internationell praxis har en ovillkorlig rätt att komma till ett

⁴¹ Prop. 2020/21:191, s. 83 f.

⁴² Prop. 2020/21:191, s. 85.

land för att återförenas med sitt barn där'.⁴³ Här kan ett spår av 13 § i begränsningslagen synas, även om formuleringen är annorlunda.

6.2 Försörjnings- och bostadskrav

Försörjnings- och bostadskraven återfinns nu i 5 kap. 3 b till f §§, med huvudregeln i 3 b och resten av paragraferna som undantag.

I paragraf 3 b § kan utläsas att uppehållstillstånd på grund av anknytning till en person enligt 3 eller 3 a § endast får beviljas om anknytningspersonen kan försörja sig och utlänningen samt har en bostad av tillräcklig storlek och standard för sig själv och utlänningen. Detta gäller dock inte vid prövning av en ansökan om fortsatt uppehållstillstånd.

Undantagen i 5 kap 3 c § visar att kraven i 3b inte gäller om anknytningspersonen är ett barn. Undantaget i andra stycket för makar och sambor gäller bara om anknytningspersonen är medborgare i Sverige, annan EES-stat eller Schweiz, och gäller därför inte för flyktingar eller alternativt skyddsbehövande. De får i stället se till undantagen i 5 kap. 3 d §, där det som i 10 § 3 st i begränsningslagen fanns undantag som motsvarade de som återfanns i artikel 12 i familjeåterföreningsdirektivet. Så kallade kvotflyktingar undantas här också från försörjningskravet.

Till sist ger 5 kap. 3 e § ett undantag om utlänningen är ett barn som har fötts i Sverige och anknytningspersonen är förälder till barnet och sammanbor i Sverige, och 5 kap. 3 f § ger en möjlighet att få undantag från kraven av särskilda skäl. I propositionen menar regeringen att till exempel hög ålder eller varaktig funktionsnedsättning skulle kunna utgöra sådana skäl. Regeringen menar också att bestämmelsen ger en möjlighet att göra undantag 'om det i ett enskilt fall bedöms stå i strid med Sveriges konventionsåtaganden att uppställa ett försörjningskrav'.⁴⁴

⁴³ Prop. 2020/21:191, s. 90 f.

⁴⁴ Prop. 2020/21:191, s. 112.

Det kan alltså sägas att försörjnings- och bostadskraven i utlänningslagen är utformade på i princip samma sätt som i begränsningslagen. Även här kvarstår idéerna om att närma sig de minimikrav som ställs av EU-lag och internationella konventioner.

7 Analys

7.1 Nådde begränsningslagen upp till minimikraven enligt EU-lag?

Även om begränsningslagen numera inte är gällande så kan det finnas anledning att analysera lagen och om den når upp till de minimikrav som ställs enligt EU-lag och Sveriges internationella konventionsåtaganden. Som Thornburn Stern påpekar har det hänt förr att Sverige ändrat sina lagar inom migrationsrätt under vad regeringar beskriver som 'kriser' och 'exceptionella omständigheter',⁴⁵ och det kan därför finnas anledning att tro att liknande lösningar som begränsningslagen kan presenteras i framtiden, så länge inte EU-lag helt tar över på detta område.

Vad gäller familjeåterföreningsdirektivet så måste det först igen påpekas att det är ett minimidirektiv, som också bara är applicerbart på en del av de migranter som kommer till Sverige.⁴⁶ Till sin konstruktion är direktivet enkelt att uppfylla och kraven är lågt ställda. Även om direktivet, som Costello påpekar, visserligen ger en *rätt* till familjeåterförening (för kärnfamiljen) till de som faller under det så har det också satt upp en 'legalt förhandlad friktion mellan en rättighetsbaserad inställning till familjeåterförening och en inställning som sätter familjers val om migration under olika policymål som definieras under den breda, oklara rubriken migrationskontroll'.⁴⁷ Familjeåterföreningsdirektivet tillåter en rad inskränkningar på denna rätt, dock så begränsas de i viss del för flyktingar. De inskränkningar som tillåts har Sverige numera infört i princip rakt av.

⁴⁵ Thornburn Stern (2019), s. 259–261.

⁴⁶ Se till exempel statistik från Migrationsverket:

<https://www.migrationsverket.se/download/18.2b2a286016dabb81a1854ef/1614956082418/Beviljade%20uppeh%C3%A5llstillst%C3%A5nd%202009-2020.pdf>: under perioden 2009 till 2016 blev fler migranter tilldelade status som alternativt skyddsbehövande än flykting, särskilt under 2016 då 48 355 blev tilldelade en status som alternativt skyddsbehövande, 17 913 personer som flyktingar och 1889 personer som kvotflyktingar. Efter 2016 har dock antalet personer som blivit tilldelade status som alternativt skyddsbehövande sjunkit i en mycket snabbare takt än flyktingstatus och kvotflyktingstatus.

⁴⁷ Costello (2016), s. 139.

De begränsningar på uppehållstillstånd på grund av anknytning som fördes in i begränsningslagen var i princip hämtade från familjeåterföreningsdirektivet. 10 § i begränsningslagen innehåller precis de undantag som ställs upp i artikel 10 till 12 i familjeåterföreningsdirektivet. Det faktum att familjeåterföreningsdirektivets krav är så låga och klart formulerade gör att det kan sägas ganska säkert att begränsningslagen nådde upp till dessa krav – de frågetecknen som fanns kring begreppet välgrundade utsikter blev inget problem för flyktingar, som ansågs som regel ha sådana utsikter, och Sveriges bostads- och försörjningskrav låg fortfarande över de nivåer som EU-domstolen och EU-kommissionen menar skulle kunna innebära problem.⁴⁸

7.2 Gick begränsningslagen utöver kraven enligt EU-lag och internationella konventioner?

Vad gäller kraven enligt Europakonventionen finns det möjlighet till en mer intressant diskussion. Som diskuterats ovan så måste artiklarna i Europakonventionen ses i ljuset av Europadomstolens praxis. Dock har det påpekats att domstolen ibland drar sig för att göra tydliga uttalanden om hur den dömer, för att inte bindas av sin egen tidigare praxis: Spijkerboer menar att domstolen har en närmast 'anti-formell' attityd, som den anammat för att kunna bedöma varje fall enskilt, vilket därför 'minimerar prejudikatsvärdet av dess domar'.⁴⁹ Vad som behövs för att uppfylla artikel 8 kan därför ändras snabbt genom nya domar från Europadomstolen.

Eftersom familjeåterföreningsdirektivet inte är tillämpligt på alternativt skyddsbehövande så är Europakonventionen det främsta skydd de har för rätten till familjeåterförening. Två nyare fall, Biao mot Danmark från 2016 och M.A. mot Danmark från 2021 kan sägas visa en ny syn på

⁴⁸ Se till exempel Europeiska Kommissionens rapport COM(2019) 162 final s 7 f., där det påpekas att några stater har en lägsta referensinkomst som är högre än den månatliga miniinkomst eller det existensminimum som gäller i landet.

⁴⁹ Spijkerboer (2009), s 291

familjeåterförening och rättigheter för alternativt skyddsbehövande från Europadomstolen och innebär ett steg framåt för möjligheterna för familjeåterförening för alternativt skyddsbehövande – men kanske inte så långt framåt som vissa trodde.

7.2.1 Biao mot Danmark – Europadomstolen mer villig att utvärdera länders mål med migrationslagstiftning?

Fallet Biao mot Danmark berörde en dansk medborgare, som fötts i Togo 1971 men blivit dansk medborgare 2002, som ansökte om familjeåterförening med sin fru från Ghana men blev nekad då dansk lag hade ett kopplingskrav, där båda de gifta måste ha en starkare samlad koppling till Danmark än ett annat land för att få familjeåterförening. Ett undantag fanns i en så kallad 28-års-regel, som innebar att kopplingskravet inte gällde för de som haft danskt medborgarskap i 28 år. Ansökaren menade att detta krav bröt mot artikel 14 om förbud mot diskriminering och artikel 8.

När Biao mot Danmark först avgjordes i den andra sektionen av Europadomstolen valde domstolen att se 28-års-regeln som ett legitimt sätt att uppnå ett mål, och refererade till argumentationen i Abdulaziz mot Förenade Kungariket där diskriminering på etnisk grund inte ansågs föreligga. Även om 28-års-regeln innebar att möjligheten till familjeåterförening blev 'nästan teoretisk' så menade domstolen att den inte ska 'abstrakt utvärdera' länders lagstiftning.⁵⁰ Costello anklagade domstolen för att använda en 'dubbel legal fiktion genom att bara undersöka [regelns] effekt på paret i fråga och bara år 2004'.⁵¹ Carrera menade att domstolen undvek att 'utvärdera *legitimiteten av målet* av den danska lagstiftningen. Den undersökte i stället *proportionaliteten* av den danska lagen'.⁵²

⁵⁰ Biao v. Denmark, no. 38590/10, punkt 90, 91, 103, 106 och 107

⁵¹ Costello (2016) s. 120.

⁵² Carrera (2016), s. 870.

När fallet togs upp till högsta kammaren 2016 fann dock Europadomstolen att 28-års-regeln innebar diskriminering enligt artikel 14, läst i samband med artikel 8. Europadomstolen menade att Danmark inte lyckats visa tillräckligt 'att det förelåg övertygande eller väldigt tyngande anledningar som inte var relaterade till etniskt ursprung för att rättfärdiga den indirekt diskriminerande effekten av 28-års-regeln'.⁵³ Nunez menade att det skett en förskjutning av bevisbördan. Domstolen valde nu att följa den standard om indirekt diskriminering som etablerats i D.H och andra mot Tjeckien: när en ansökare visat att det finns olika behandling så är det upp till regeringen att visa att det är rättfärdigt.⁵⁴ Domstolen menade att Danmarks regering inte lyckats visa detta: domstolen ansåg att införandet av 28-års-regeln hade grundats på 'något spekulativa argument'⁵⁵ och Danmark hade inte hade lyckats visa vad de praktiska effekterna av 28-års-regeln blev då statistik inte lämnats till domstolen trots att det efterfrågats.⁵⁶

Biao mot Danmark kan sägas innebära ett steg i väg från statsantagandet som domstolen tidigare använt i familjeåterföreningsmål. Stater måste nu rättfärdiga sin familjeåterföreningspolitik och visa att den inte är diskriminerande (utan exceptionella anledningar), åtminstone när det kommer till medborgare. Dock menar Nunez att domen 'lämnar orört principen om att artikel 8 i EKMR inte kan anses tvinga stater att respektera en familjs val av land att bo i eller att tillåta familjeåterförening' och att domen lämnar flera frågor om artikel 8 obesvarade, särskilt när det kommer till familjeliv, och att det är 'beklagligt att domstolen inte tog möjligheten att ta en ny ställning mot denna standard och återbesöka sin tidigare jurisprudens i linje med andra existerande europeiska standarder, som de som nu ges genom EU:s legala system'.⁵⁷

⁵³ Biao v. Denmark [GC], no.38590/10, punkt 138.

⁵⁴ Carrera (2016), s. 872: se också Biao v. Denmark [GC], no.38590/10, punkt 92.

⁵⁵ Biao v. Denmark [GC], no.38590/10, punkt 125.

⁵⁶ Biao v. Denmark [GC], no.38590/10, punkt 44 och 109–111.

⁵⁷ Carrera (2016), s. 884.

7.2.2 M.A. mot Danmark – Europadomstolen ger alternativt skyddsbehövande vissa rättigheter men undviker frågan om diskriminering

I målet M.A mot Danmark menade Europadomstolen att Danmark inte nått en rättvis balans mellan å ena sidan ansökarens, som var en syrisk man som fått status som temporärt skyddsbehövande i Danmark, intresse av att bli återförenad med sin fru i Danmark och å andra sidan samhällets intresse att ha en kontrollerad invandring för att skydda landets ekonomiska välmående, säkerställa effektiv integration för de som fått skydd och upprätthålla social sammanhållning när de inte lät ansökaren återförenas med sin fru tills efter en vänteperiod på tre år, och att de därför brutit mot artikel 8.⁵⁸

Domstolen menade att den aldrig tidigare behövt ta ställning till huruvida införandet av en vänteperiod för att få familjeåterförening för personer som har alternativ eller temporär skyddsstatus är kompatibelt med artikel 8 i Europakonventionen.⁵⁹ Domstolen återupprepar statsantagandet och antagandet att migrationskontroll är ett legitimt mål som kan ge stater rätt att ingripa i rätten till respekt för familjeliv, samt att migrationskontroll kan rättfärdigas genom att det hjälper ett lands ekonomiska välmående.⁶⁰ Dessutom menade domstolen, genom att undersöka EU-lag och sina egna domar, att det saknas internationellt konsensus angående vänteperioder för familjeåterförening.⁶¹ Med referens till detta så menar domstolen att stater har rätt till en bred *margin of appreciation* (ungefär bedömningsmarginal, en term som Europadomstolen använder för att beskriva när stater har rätt att ha nationell lagstiftning som avviker från europeisk konsensus på grund av traditioner eller andra förutsättningar⁶²) när det kommer till att införa väntetider för familjeåterförening, men också att denna marginal inte kan vara

⁵⁸ M.A v. Denmark [GC], no. 6697/18, punkt 194.

⁵⁹ M.A v. Denmark [GC], no. 6697/18, punkt 130.

⁶⁰ M.A v. Denmark [GC], no. 6697/18, punkt 142.

⁶¹ M.A v. Denmark [GC], no. 6697/18, punkt 160.

⁶² Se till exempel 'Normprövning ur ett EKMRperspektiv' Inger Österdahl, SvJT 2007 s. 887.

obegränsad och måste undersökas i ljuset av proportionaliteten till ingreppet.⁶³

Domstolen gjorde bedömningen att de inte behövde 'ifrågasätta argumenten' bakom en vänteperiod på två år, då det finns stöd för en sådan i familjeåterföreningsdirektivet (de möjligheter som finns för en vänteperiod för tre år i direktivet gäller endast speciella fall, som tidigare påpekats), men att en väntetid som är längre än så innebär att de 'oöverkomliga hinder' som förelåg för att åtnjuta familjeliv i hemlandet blir 'progressivt viktigare' i avgörandet om ingreppet är rättvist och balanserat.⁶⁴ Domstolen pekade på flera faktorer som de såg som problematiska med den danska lagstiftningen: det faktum att det saknades verkliga möjligheter för individuell prövning under de tre åren, att Danmark förlängde vänteperioden från ett till tre år 2016 och att den danska regeringen inte valde att undersöka möjligheterna att lätta på restriktionerna när antalet asylsökande föll kraftigt under 2016 och 2017.⁶⁵

Det kan alltså sägas att domstolen här klargör att även de som har subsidiärt eller temporärt skydd kan anses ha en rätt till familjeåterförening, åtminstone under vissa omständigheter. Domstolen framhöll också vikten av en individuell bedömning, och tog avstånd från (åtminstone långa) väntetider. I en svensk kontext så kan det påpekas, som domstolen också gjorde, att begränsningslagen innebar en *de facto* vänteperiod på tre år för alternativt skyddsbehövande för familjeåterförening, tills 7 § togs bort 2019.⁶⁶ Det kan såklart påpekas att ventilerna i 13 § skulle kunna anses vara tillräcklig för att skydda de som 'verkligt' hade rätt till familjeåterförening enligt Europakonventionen, men M.A. mot Danmark innebär antagligen att liknande lösningar som 7 § i begränsningslagen inte skulle tillåtas i fortsättningen – åtminstone inte utan mycket bra argument från en svensk regering om varför sådana ingrepp skulle vara nödvändiga.

⁶³ M.A v. Danmark [GC], no. 6697/18, punkt 161 f.

⁶⁴ M.A v. Danmark [GC], no. 6697/18, punkt 162 f.

⁶⁵ M.A v. Danmark [GC], no. 6697/18, punkt 190 och punkt 192–193.

⁶⁶ M.A v. Danmark [GC], no. 6697/18, punkt 69.

Dock så är M.A. mot Danmark kanske mer intressant i vad Europadomstolen valde att *inte* göra, vilket är att göra någon form av argumentation runt diskriminering. Domstolen valde i stället att mena att eftersom den funnit att artikel 8 brutits emot fanns det ingen anledning att separat undersöka ansökarens klagomål under artikel 14 läst tillsammans med artikel 8.⁶⁷ Detta gick emot vad flera svenska remissinstanser, däribland Lunds universitet,⁶⁸ trodde att Europadomstolen skulle göra. Migrationskommittén, som skrev den SOU som låg till grund för propositionen till förändringarna i utlänningslagen 2021, menade att M.A. mot Danmark skulle kunna innebära att det inte 'över huvud taget är möjligt att ha mer begränsande regler för alternativt skyddsbehövande jämfört med flyktingar utan att det utgör diskriminering enligt artikel 14 i Europakonventionen' när det gäller vem som kan vara anknytningsperson.⁶⁹ Att domstolen valde att bara undersöka vad som hänt i det specifika fallet, och den här gången inte undersöka om det innebär diskriminering mellan flyktingar och alternativt skyddsbehövande att ha olika regler angående familjeåterförening, kan ses som att domstolen återigen valde att döma försiktigt. Molbæk-Steensig menade att domen är 'extremt försiktigt skriven' och att de praktiska effekterna av domen i Danmark med största sannolikhet kommer bli små: den danska regeringen kommer sänka väntetiden för familjeåterförening till två år, men inte 'ändra dess avskräcknings-approach till flyktinglag [...] eller [utvärdera] visheten eller implikationerna för mänskliga rättigheter av korttidsasyl eller ansträngningarna för att sända tillbaka flyktingar till Syrien redan 2021'.⁷⁰

Detta innebär att begränsningslagen efter 2019 och den gällande utlänningslagen går utöver vad som krävs som en miniminivå enligt svenska konventionsåtaganden: stater i Europarådet måste inte ha samma regler för familjeåterförening för flyktingar och alternativt skyddsbehövande. Dock kan det sägas att det från ett folkrättsperspektiv fortfarande kan ses som önskvärt

⁶⁷ M.A v. Denmark [GC], no. 6697/18, punkt 196.

⁶⁸ Remiss: Försörjningskrav vid anhöriginvandring, Dnr V 2021/1558, s 1 f.

⁶⁹ SOU 2020:54, s 256.

⁷⁰ 'M.A. v Denmark: Is Denmark (still) a good-faith interpreter with legitimate aims?', <https://strasbourgobservers.com/2021/09/21/m-a-v-denmark-is-denmark-still-a-good-faith-interpreter-with-legitimate-aims/>, (Artikel av Helga Molbæk-Steensig) (besökt 2021-12-15)

att reglerna för familjeåterförening är samma för flyktingar och alternativt skyddsbehövande. Europarådets parlamentariska församling menade i ett uttalande från 2018 att de ser med oro på att flera staters nationella lag inte tillåter familjeåterförening för familjemedlemmar till individer som fått alternativ eller temporär skyddsstatus, och menar att sådana skyddsstatusar inte ska få bli 'alternativa flyktingsstatusar' med färre rättigheter.⁷¹ Även UNHCR ställde sig bakom detta uttalande i M.A. mot Danmark.⁷²

⁷¹ PACE – Resolution 2243 (2018), punkt 6.

⁷² M.A v. Denmark [GC], no. 6697/18, punkt 110.

8 Slutsats

För att sammanfatta så kan det sägas att den svenska lagstiftningen om familjeåterförening nu går utöver vad som krävs enligt EU-lag och internationella konventioner, men det bör påpekas att detta kan vara ett misstag. Lagstiftaren verkar ha trott att Europadomstolens praxis skulle leda till att det inte skulle tillåtas att ha olika regler för flyktingar och alternativt skyddsbehövande när det kommer till familjeåterförening. Detta hade inflytande på utformningen av de nya reglerna i utlänningslagen. Dock valde domstolen att i fallet M.A. mot Danmark att inte utvärdera huruvida Danmarks regler om en vänteperiod för alternativt skyddsbehövande innan familjeåterförening skulle tillåtas utgjorde indirekt diskriminering, på det sätt som 28-års-regeln ansågs utgöra indirekt diskriminering i Biao mot Danmark.

Sveriges regler om familjeåterförening och alternativt skyddsbehövande låg före 2016 långt över miniminivåerna som krävdes av familjeåterföreningsdirektivet och Europakonventionen. Detta ansågs vara önskvärt av lagtekniska och politiska skäl. När begränsningslagen infördes så uppstod vissa problem hur begrepp från familjeåterföreningsdirektivet skulle tolkas, till störst del för alternativt skyddsbehövande. Dessa problem har sedan ansetts lösta av lagstiftaren genom praxis från Migrationsöverdomstolen. När Migrationsöverdomstolen dömde i MIG 2018:19 så använde de sig till viss del av argumentation från den Europeiska Kommissionen, så det kan argumenteras för att EU-lag hade inflytande över hur begränsningslagen skulle tolkas. Den ovanliga lagtekniska lösningen med en 'ventil' i 13 § i begränsningslagen ansågs också vara tillräcklig, men övergavs inför införandet av de nya reglerna i utlänningslagen 2021. De regler om synnerliga skäl som finns som undantag för familjeåterförening och undantag från försörjnings- och bostadskrav kan dock anses vara något liknande och presenteras med liknande argument i propositionen.

Ambitionen att fortsätta ha så restriktiv familjeåterförening som är tillåtet måste anses ha kvarstått i den nya utlänningslagen, då de regler som införts fortsatt använder de begränsningar som tillåts enligt familjeåterföreningsdirektivet och Europadomstolens praxis. Många formuleringar är i princip hämtade från familjeåterföreningsdirektivet. Med tanke på att familjeåterföreningsdirektivet utgör ett minimidirektiv så tyder också detta på att ambitionen om att närma sig en miniminivå kvarstår.

Europarådet och UNHCR verkar på senare tid ha uppmärksammat risker i Europa med att alternativt skyddsbehövandes rättigheter urholkas i relation till de som ges till flyktingar. Europadomstolens praxis har på senare tid pekat mot att en viss rätt till familjeåterförening, åtminstone inom en rimlig tidsram, föreligger även för alternativt skyddsbehövande och menat på att diskriminering kan föreligga när regler för familjeåterförening är olika utan att det är tydligt motiverat. Denna praxis har dock visats i den här uppsatsen innebära försiktiga steg framåt och det är fortsatt tillåtet att ha olika regler för familjeåterförening för flyktingar och alternativt skyddsbehövande, som Sverige har. Dessutom så har domstolen visat en vilja att inte ifrågasätta länders migrationspolitisk, utan att generellt se restriktioner på familjeåterförening som ett legitimt politiskt och ekonomiskt mål. Biao mot Danmark får anses utgöra ett undantag.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Costello, Cathryn (2016), *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*. 1 uppl., Oxford University Press.

Carrera Nunez, Sergio (2016), 'Case Notes, The ECtHR's Judgment in *Biao v Denmark*: Non-Discrimination among Nationals and Family Reunification as Converging European Standards'. *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol 23 nr 5, s 865–889.

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (2018), *Juridisk Metodlära*. 2 uppl., Studentlitteratur AB, Lund.

Spijkerboer, Thomas (2009), 'Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion'. *European Journal of Migration and Law*, vol 11 nr 3, s 271–293.

Thornburn Stern, Rebecca (2019), 'Proportionate or Panicky? On Developments in Swedish and Nordic Asylum Law in Light of the 2015 'Refugee Crisis'', i: Karageorgiou, Eleni och Stoyanova, Vladislava, *The New Asylum and Transit Countries in Europe During and in the Aftermath of the 2015/2016 Crisis*. Brill Academic Publishers s 233–262.

Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan (2017), *Utlänningslagen med kommentarer*. 11 uppl. Wolters Kluwer.

Molbæk-Steensig, Helga (2021), *M.A. v Denmark: is Denmark (still) a good-faith interpreter with legitimate aims?* Tillgänglig på <https://strasbourgobservers.com/2021/09/21/m-a-v-denmark-is-denmark-still-a-good-faith-interpreter-with-legitimate-aims/> (besökt 2021-12-16)

Österdahl, Inger (2007) 'Normprövning ur ett EKMRperspektiv' *SvJT* s. 882–896

Offentligt tryck

Svenskt

Utredningsbetänkanden

SOU 2020:54 En långsiktigt hållbar migrationspolitik.

Propositioner och skrivelser

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

Prop. 2018/19:128 Förlängning av lagen om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige.

Prop. 2020/21:191 Ändrade regler i utlänningslagen.

Skr. 2013/14:73 Migration och asylpolitik.

Remissvar

Dnr V 2021/1558 Remiss: Försörjningskrav vid anhöriginvandring.

Internationellt

Europarådets kommissionär för mänskliga rättigheter

Report by Nils Muižnieks, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, following his visit to Sweden from 2 to 6 October 2017, CommDH(2018)4, Strasbourg 16 februari 2018.

Europarådets parlamentariska församling

Family Reunification of refugees and migrants in the Council of Europe member States, resolution 2243 (2018).

Europeiska kommissionen

Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the Implementation of Directive 2003/86/EC on the right to family reunification, COM (2019) 162 final.

Meddelande från Kommissionen till Rådet och Europaparlamentet om Riktlinjer för tillämpningen av direktiv 2003/86/EG om rätt till familjeåterförening, COM (2014) 210 final.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

C-153/14 *Minister Van Buitenlandse Zaken mot K och A*, EU:C:2015:453

C-578/08 *Rimou Chakroun mot Minister van Buitenlandse Zaken*,
EU:C:2010:117

Europadomstolen

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, no. 9214/80;
9473/81; 9474/81, 28 maj 1985.

Biao v. Denmark, no. 38590/10, 25 mars 2014.

Biao v. Denmark [GC], no.38590/10, 24 maj 2016.

Boujlifa v. France, no. 25404/94, 21 oktober 1997.

Butt v. Norway, no. 47017/09, 4 december 2012.

Darren Omoregie and others v. Norway, no 265/07, 31 juli 2008.

Dabo v. Sweden, no. 12510/18, Kommunicerat den 25 september 2018

Gül v. Switzerland, no. 23218/94, 19 februari 1996.

Haydarie v. The Netherlands, no. 8876/04, 20 oktober 2005.

Jeunesse v. The Netherlands, no. 12738/10, 3 oktober 2014.

M.A. v Denmark, no 6697/18, 9 juli 2021.

Nunez v Norway, no. 55597/09, 28 juni 2011.

Tuquabo-Tekle and others v. The Netherlands, no. 60665/00, 1 december
2005.

Migrationsöverdomstolen

MIG 2018:19

MIG 2018:20