

Den reglerade invandringen och barnets bästa

Redan 1997 infördes en lagstadgad skyldighet att beakta principen om barnets bästa i svenska migrationsärenden. Upprepade studier har visat brister i genomslaget för barns rättigheter på migrationsområdet. Den första januari 2020 blev barnkonventionen svensk lag, en åtgärd som enligt lagstiftaren innebär bl.a. ett förtydligande av att rättstillämpare ska beakta de rättigheter som följer av barnkonventionen vid avvägningar och bedömningar som görs i samtliga ärenden som rör barn.

Denna Policy Brief är baserad på avhandlingen *Den reglerade invandringen och barnets bästa* författad av Louise Dane. Den diskuterar barnets bästa och rätten till respekt för privat- och familjeliv och sätter dessa begrepp i relation till statens rätt att reglera invandring. Åtgärderna skulle kunna bidra till ett stärkt genomslag för barns rättigheter och ökad rättssäkerhet i migrationsärenden som rör barns rätt till privat- och familjeliv.

Den reglerade invandringen och mänskliga rättigheter

Endast svenska medborgare har en absolut rätt att vistas i Sverige. Utländska medborgare och statslösa personer behöver därför någon form av lagligt stöd för att få vistas i landet. Samtidigt finns det ingen rättighet att fritt välja var i världen man vill vistas och bo. Stater har en rätt att reglera invandringen till sitt territorium. Denna rätt att

bestämma, s.k. statssoveränitet, är dock inte absolut. Statssoveräniteten i migrationsärenden begränsas bl.a. av en stats åtaganden om mänskliga rättigheter. Rätten till respekt för privat- och familjeliv och principen om barnets bästa är exempel på sådana rättigheter.

När Migrationsverket och migrationsdomstolarna prövar utländska medborgares rätt att få vistas i Sverige kan de olika intressen som ska skyddas av migrationsrät-

ten, dvs. intresset att reglera invandring och intresset att skydda mänskliga rättigheter, komma i konflikt med varandra. För att nå ett beslut i en sådan konfliktsituation behöver svåra avvägningar ofta göras. Om det är otydligt hur dessa avvägningar ska göras finns en risk att människors rättigheter inte respekteras. Men risken är även att en otydlig reglering och tillämpning leder till att människors förväntningar på möjligheten att beviljas ett tillstånd inte motsvarar verkligheten. Eftersom en otydlig migrationspolitik kan leda till situationer där både samhället och den sökande utsätts för stora påfrestningar är det viktigt att tydliggöra lagstiftning och rättstillämpning där reglerad invandring ställs mot mänskliga rättigheter.

Rätten till respekt för privat- och familjeliv och principen om barnets bästa

En stats möjlighet att reglera invandring kan begränsas av rätten till respekt för familjeliv och privatliv. Rättigheten finns stadgad i bl.a. Europakonventionen, barnkonventionen och EU:s rättighetsstadga. Begränsningar av rätten till familjeliv och privatliv är endast tillåtna om en stat kan visa att åtgärden görs med stöd av lag, utifrån juridiskt godtagbara skäl (s.k. legitima intressen) samt om staten kan visa att åtgärden är skälig och väl avvägd – proportionerlig. En konsekvens av rätten till familje- och privatliv är därför att en myndighet i varje enskilt ärende där dessa skäl anges behöver pröva om det är tillåtet att neka tillstånd.

Vid bedömningen av om ett nekat tillstånd är proportionerligt (en s.k. proportionalitetsbedömning) är principen om barnets bästa en viktig faktor att beakta. Ett migrationsärende där ett barn berörs aktualiserar nämligen det särskilda rättighetsskydd som utvecklats genom t.ex. FN:s barnkonvention. Det utökade rättighetsskyddet för barn ställer bl.a. krav på att så fort ett beslut rör ett barn så ska barnets bästa bedömas och beaktas (se t.ex. barnkonventionens artikel 3). För att kunna avgöra

om barnets bästa är att vistas i sitt (eller föräldrarnas) hemland eller i Sverige, utreds och bedöms barnets egna åsikter, vilja samt barnets tillgång till rättigheterna enligt barnkonventionen. Dessutom konsulteras vetenskap om vad som är bra för barn. Principen om barnets bästa innebär dock inte att ett beslut som motsvarar barnets bästa måste fattas. Faktum är att principen om barnets bästa kan tillåta att andra intressen, som exempelvis intresset att reglera invandring, ges företräde. Vad som är barnets bästa måste emellertid beaktas – och tillmätas korrekt vikt – vid proportionalitetsbedömningen.

Vikten av tydlig lagstiftning och väl motiverade beslut

En tydlig slutsats är att proportionerliga inskränkningar i rätten till respekt för familjeliv och privatliv är tillåtna enligt internationella åtaganden som Sverige åtagit sig att följa, t.ex. Europakonventionen och barnkonventionen. Generella slutsatser om när ingrepp i rätten till respekt för privat- eller familjeliv är oproportionerliga är svåra att dra. Stater har nämligen ett relativt stort utrymme att själva bedöma vilka åtgärder som krävs i ärenden som rör invandring. Ett beslut som innebär en omöjlighet för en familj att leva tillsammans någonstans i världen kan dock inte anses proportionerligt, eftersom rättigheten då helt skärs av. I övrigt är proportionalitetsbedömningen i det enskilda fallet avgörande. Om andra intressen än reglerad invandring väger tyngst vid en sådan avvägning bryts presumtionen om att en stat har rätt att reglera invandring. Att identifiera och synliggöra vilka mer specifika omständigheter som är aktuella i ett enskilt ärende är således avgörande. Såväl intresset av reglerad invandring som barnets bästa kan och bör tillmätas olika tyngd vid proportionalitetsbedömningen beroende av vilka skäl som faktiskt är aktuella.

Som nämnts ovan får staten endast åberopa legitima skäl för att begränsa en rättighet. Intresset av reglerad

invandring kan utgöra legitima skäl för att avslå en ansökan i ett migrationsärende. Europadomstolen har dock betonat att det är de faktiska skälen i ett enskilt ärende – inte hur skälen formuleras – som är avgörande för om skälen är legitima. Samtidigt visar en analys av svenska förarbeten och praxis att ”intresset av reglerad invandring” idag fungerar som ett opreciserat samlingsintresse. Begreppet används för flera i grunden olika intressen: a) andras fri- och rättigheter, b) allmän ordning och säkerhet, c) upprätthållandet av själva systemet med reglerad invandring samt d) skäl kopplade till statens resurser och antalet migranter.

Stort utrymme har lämnats till rättstillämparen att göra intresseavvägningar mellan intresset av reglerad invandring, intresset av familjeliv och privatliv samt intresset av barnets bästa enligt de omständigheter som framkommit i det individuella ärendet. Samtidigt saknas idag tydlig vägledning i vilka omständigheter den svenska rättstillämparen kan och bör beakta och hur tungt olika omständigheter ska väga.

Att tydlig vägledning saknas är ett rättssäkerhetsproblem. Otydligheten riskerar att leda till brister i likabehandling då utfallet i ett ärende blir beroende av vad den enskilde rättstillämparen väljer att beakta, problem med förutsebarhet samt till att individers grundläggande mänskliga rättigheter kränks. Otydlig vägledning om vad som utgör rättsligt relevanta omständigheter kan dessutom vara en bidragande faktor till det problem med bristfälligt formulerade beslut som konstaterats i tidigare forskning. Bristande motiveringar försvårar effektiv kontroll av förvaltningen och kan dessutom leda till onödiga förtroendebuster eftersom det kan skapa tvivel kring om myndigheter agerat sakligt och opartiskt. En otydlig migrationspolitik kan på så vis leda både till en ökad mängd ansökningar, som trots att de inte når upp till kraven för tillstånd måste hanteras av svenska myndigheter, och till stort lidande för den enskilde.

Rekommendationer

Av flera skäl är det viktigt att synliggöra – och tydliggöra – de migrationsrättsliga intresseavvägningar som sker, i såväl lagstiftning som beslut. Här ges förslag på tre åtgärder som kan vidtas för att öka rättssäkerheten i ärenden som rör barns rätt till familjeliv och privatliv.

1. Strukturerade intresseavvägningar och tydligt motiverade beslut

Den enskilde och allmänheten måste ges möjlighet att förstå beslut i enskilda ärenden. I syfte att säkerställa att migrationsrättsliga intresseavvägningar genomförs på ett rättssäkert vis föreslås en modell bestående av fem steg. En prövning enligt modellen är möjlig att utföra redan idag – utan att lagen ändras. De steg som föreslås är: 1) identifiera privat- och/eller familjeliv 2) identifiera barnets bästa 3) identifiera skäl kopplade till intresset av reglerad invandring 4) sortera vad som talar för respektive emot att tillåta vistelse i Sverige 5) avgör vilket/vilka intressen som väger tyngst i ärendet. I linje med myndigheters och domstolars motiveringsskyldighet rekommenderas att samtliga dessa steg tydligt ska framgå av beslut respektive domar.

2. Lyft fram intresseavvägningen i lagstiftningen

Rättighetsbegränsningar ska ske med stöd av tydligt och precist formulerad lag för att enskilda i någon mån ska kunna förstå och förutse hur ett beslut kommer att bli. Utlänningslagen har under lång tid kritiserats för att vara svåröverskådlig och otydlig. Idag krävs en genomgång av praxis för att förstå vilka intresseavvägningar som görs i varje individuellt migrationsrättsligt ärende – intresseavvägningen framgår nämligen inte direkt av lagstiftningen. En rekommendation är att utlänningslagen, i klartext, uttalar att en intresseavvägning ska ske. En möjlighet är att låta det framgå direkt av lagen när rättstillämparen ska göra avvägningar mellan olika intressen. En annan möj-

lighet är att införa en inledande bestämmelse som anger syfte och målsättning med lagstiftningen, liknande det som bl.a. den norska respektive isländska utlänningslagen inleds med. I dessa länders lagar poängteras att syftet med lagen är att reglera och kontrollera invandring samtidigt som rättssäkerhet för utlänningar säkerställs och internationella förpliktelser respekteras. På detta vis förtydligas att lagstiftningen syftar till att tillgodose flera samhällsintressen.

3. Tydliggör innebörden av det rättsliga intresset av reglerad invandring

Rättstillämparen har en skyldighet att agera sakligt och objektivt vilket innebär att den endast får begränsa rättigheter baserat på godtagbara (legitima) intressen. För att kunna respektera denna skyldighet krävs att rättstillämparen vet vad som ska – och får – beaktas. Barnets bästa, rätten till respekt för privat- och familjeliv och intresset att reglera invandring är alla tre begrepp som är öppna för olika tolkningar. Barnets bästa och rätten till respekt för familjeliv och privatliv behöver vara ”öppna koncept”

för att möjliggöra att de särskilda omständigheterna i en individs liv kan beaktas. Däremot bör det rättsliga ”intresset av reglerad invandring” tydligt definieras. Utöver att tydliggöra vad som avses med det rättsliga intresset av reglerad invandring bör ledning ges i hur tungt de olika – identifierade – faktorerna generellt sett ska anses väga. Det bör även övervägas om det är lämpligt och önskvärt att rättstillämpare gör politiska avvägningar som att beakta skäl kopplade till statens resurser och antalet migranter. Det kan vara särskilt svårt för en enskild rättstillämpare att dra gränsen mellan när de ekonomiska konsekvenserna är så stora att vistelse bör nekas och när de ekonomiska kostnaderna är acceptabla.

För mer information och tidigare undersökningar om intresseavvägningen se *Dane, Louise, Den reglerade invandringen och barnets bästa: barns rätt till familjeliv och privatliv enligt barnkonventionen, Europakonventionen, EU-rätten och svensk utlänningslagstiftning*, Juridiska institutionen, Stockholms universitet, Diss. Stockholm: Stockholms Universitet, 2019.



Louise Dane
Den reglerade invandringen och barnets bästa
Delmi Policy Brief 2020:5
www.delmi.se



STATENS OFFENTLIGA
UTREDNINGAR
Delegationen för
Migrationsstudier
Ju 2013:17