

"Migrationsmyndigheternas konstitutionella dikeskörning - Europadomstolen blir första instans"

Publicerad 2014-06-13 09:32



DEBATT - av advokat Jan Södergren och jur.kand. Peter Lindahl, båda vid Lewis & Partners Advokatbyrå AB

Nog för att det smyger sig in godtycke i rättstillämpning lite varstans och lite närhelst. Migrationsmyndigheternas (det vill säga Migrationsverket och migrationsdomstolarna) godtycke i anslutning till tillämpning av bestämmelserna i Europakonventionen för mänskliga rättigheter i migrationsärenden framstår emellertid som särskilt iögonfallande.

Berättelsen nedan visar enligt oss att migrationsmyndigheterna inte regelmässigt tar hänsyn till konventionsrättigheterna vid den materiella prövningen av uppehållstillstånd, särskilt inte om konventionsrättigheterna skiljer sig från hur intern lag tolkas exempelvis enligt svenska förarbeten.

För att Europakonventionen skall tillerkännas betydelse verkar migrationsmyndigheterna kräva åtminstone ett uttalande av Europadomstolen i det konkreta fallet (oftast genom inhibitionsbeslut), trots att Europakonventionen sedan länge utgör svensk inhemsk lag. Å andra sidan kan migrationsmyndigheterna helt plötsligt ändra sig på ett sätt som får rättstillämpningen att framstå som höggradigt godtycklig.

Under alla förhållanden blir Europadomstolen i praktiken många gånger "första instans" att lägga konventionsaspekter på ett utvisningsärende. Detta strider mot Sveriges förpliktelse att i första hand *effektivt* hantera konventionsrättigheterna på det nationella planet och den så kallade subsidiaritetsprincipen och kan närmast beskrivas som en konstitutionell dikeskörning.

Denna kritik kräver exemplifiering och förklaringar. Därför vill vi utförligt berätta om "Saras" öde, som blev föremål för riksmédias intresse i bland annat Rapport den 1 februari 2014.

Sara föddes i Etiopien där hon, från det att hon var fyra år, levde med vad hon betraktade som sin biologiska far.

Sara kom till Sverige som tolvåring. Sara och "fadern" beviljades ett tidsbegränsat uppehållstillstånd på grund av att "fadern" var gift sig med en svensk kvinna.

Sedan sin ankomst till Sverige har Sara levt tillsammans med "fadern" och dennes fru samt fruns son från ett tidigare äktenskap, i vad Europadomstolen tveklöst skulle benämna som en "*de facto familj*" (se vidare nedan).

Sara fick på kort tid många vänner och hon lärde sig snabbt flytande svenska. Hon var duktig i skolan och hade ambitionen att bli läkare. Saras kontakt med hennes biologiska moder i Etiopien var redan före flytten till Sverige högst sporadiska och bortföll efter ankomsten till Sverige helt.

Allt detta var ostridigt i den svenska migrationsprocessen.

I samband med att Sara skulle folkbokföra sig i Sverige ville Skatteverket säkerställa att Sara var biologiskt barn till den man hon påstod var hennes far, varför de utförde ett DNA-test. Provsvaret utvisade att det inte förelåg något biologiskt band mellan de två. Detta förändrade inte familjekonstellationen, men det ändrade Saras förutsättningar i migrationsprocessen.

På grund av att Sara och "fadern" vid första ansökningstillfället endast beviljades ett tidsbegränsat uppehållstillstånd var de två tvungna att ansöka om en förlängning. "Fadern" fick naturligtvis ett förlängt uppehållstillstånd till följd av äktenskapet.

Eftersom "fadern" inte var Saras biologisk far hade Sara emellertid enligt svensk lag och praxis inte tillräckligt stark anknytning till Sverige varför Migrationsverket beslutade att avslå hennes ansökan om uppehållstillstånd samt beslutade att utvisa henne till Etiopien.

Men Europadomstolen har i stadig praxis sedan *Marckx mot Belgien-fallet* från 1979 framhållit att frågan om existensen av familjeliv, i den mening som avses med artikel 8 i Europakonventionen, "*is essentially a question of fact depending upon the real existence in practice of close personal ties*" - det vill säga frågan om personer lever i en familj skall inte i första hand avgöras på formella, utan på faktiska, grunder.

Enligt denna och senare praxis talar man om begreppet *de facto familjeband* (*de facto family ties*). När det föreligger *de facto familjeband* aktualiseras således rätten till respekt för familjelivet i artikel 8, i synnerhet i migrationsrättsliga hänseenden. Enkelt uttryckt kan staterna inte utvisa en icke-medborgare som i praktiken lever i en traditionell familjekonstellation *enbart* av den anledningen att det saknas formella blodsband.

Det kan tilläggas att det nödvändigtvis inte ens krävs en familjekonstellation eller att den utvisningshotade sammanbor med "anknytningspersonerna". Även andra sociala relationer kan efter en konventionsbedömning medföra sådan anknytning till vistelseslandet, att en utvisning kommer i konflikt med artikel 8 (men då provas det snarare under begreppet *privatliv*).

Artikel 8 i konventionen ger således ett vidare skydd mot utvisningar än det internt svenska anknytningsbegreppet. Det inhemska rättsläget är således i detta hänseendet konventionsrättsligt dysfunktionellt.

Saras utvisningsbeslut vann laga kraft och blev verkställbart i juni år 2012. Då var Sara bara 16 och ett halvt annat år gammal. Emellertid verkställs (i regel) inte utvisningsbeslut när det gäller ett barn under 18 år och det inte finns någon vuxen som kan ta emot barnet i destinationslandet.

Varken Sara eller Migrationsverket lyckades ta reda på var Saras biologiska mor befann sig och Sara har inga andra kända släktingar i Etiopien. Sara tvingades därför leva i Sverige i ett slags limbo, inte illegalt men inte heller med uppehållstillstånd, i avvaktan på hennes artonårsdag och den stundande verkställigheten.

Sara anhängiggjorde då en talan i Europadomstolen. Europadomstolens svenska handläggare återkom och uppmanade Sara att vända sig till det nationella systemet, eftersom "fadern" vid tiden för anhängiggörandet fått permanent uppehållstillstånd.

Det enda sättet att få saken prövad igen nationellt var att anmäla hinder för verkställighet, det vill säga genom en så kallad VUT. Att den omständigheten att Saras "far" fått permanent uppehållstillstånd skulle förändra Migrationsverkets bedömning var emellertid föga troligt (Europadomstolen hade nog inte det svenska systemet helt klart för sig när den uppmanade Sara att göra en ny ansökan).

Sara begärde också att Migrationsverket skulle besluta att hennes utvisningsbeslut inte fick verkställas innan Migrationsverket tagit ställning till den nya omständigheten.

Europadomstolen meddelade beslut om att Saras mål skulle kommuniceras den svenska staten den 30 augusti 2013, utan att avvakta utgången av den VUT som Sara gjort till Migrationsverket. Det är i sammanhanget värt att nämna att Europadomstolen avvisar cirka 95 % av ansökningarna utan att någon kommunikation överhuvudtaget sker med den aktuella staten. Detta säger en hel del om digniteten av de 5 % av ansökningarna som passerar "nålsögat" och där den berörda staten ändå föreläggs att inkomma med svaromål.

Åter till det nationella systemet. Saras begäran om inhibition hos Migrationsverket avslogs med vändande fax medelst stämpeljuridik. Den 27 september 2013 avlog Migrationsverket Saras VUT i sak. Att "fadern" nu hade permanent uppehållstillstånd var inte en "ny" omständighet, enligt Migrationsverket (frågan om vad som utgör en "ny omständighet" i migrationsärendet utgör ett kapitel för sig).

Migrationsverket anförde vidare följande: "[Att Sara] för närvarande har ett pågående ärende i European Court of Human Rights [sic] gentemot svenska staten påverkar i nuläget inte Migrationsverkets inställning". Migrationsverket framhöll också att det inte kan sätta sig över migrationsdomstolarnas beslut och domar.

Nu närmade sig Saras 18-årsdag och den förestående utvisningen. Sara kallades till ett återvändandesamtal som hölls i januari 2014, fyra dagar före det att Sara fyllde 18 år. Saras gode man, som också deltog vid "samtalet", förfasades över att Sara skulle skickas till Addis Abeba utan något som helst kontaktnät.

Addis Abeba är en av de mest våldsbenägna städerna i världen. Kvinnor och barn anses vara i en särskilt utsatt situation och löper stor risk att utsättas för övergrepp. Prostitution och människohandel är vanligt förekommande.

Det är osäkert hur medveten Sara själv var om dessa förhållanden i Addis Abeba. Hon hade tillräckligt med ångest av det blotta faktum att hon skulle skiljas från sin familj; en stegrande ångest hon hade levt med under ett och ett halv år.

Den 29 januari 2014 beställde Migrationsverket en flygbiljett i Saras namn till Addis Abeba. Utresedatum var satt till den 7 februari. Saras enda hopp stod nu till Europadomstolen.

Utsikten att Europadomstolen skulle uppmana Sverige att frysa verkställigheten i avvaktan på dess slutliga prövning var emellertid inte särskilt stor. Normalt sker detta enbart när det är sannolikt att personen i fråga riskerar att avrättas eller utsättas för tortyr, omänsklig eller förnedrande behandling, det vill säga när det anförts sannolika skäl för överträdelser av artiklarna 2 eller 3 i Europakonventionen.

Sara kunde emellertid främst åberopa familjeskäl under artikel 8 som grund för det påstådda konventionsbrottet.

Så kom ändå det förlösande inhibitionsbeslutet från Europadomstolen den 31 januari 2014 (två dagar efter flygbiljetten beställts). Sverige uppmanades att frysa utvisningen och erinrades om att det skulle utgöra ett särskilt obstruktionsbrott (artikel 34 sista meningen) om uppmaningen inte efterkoms. Med anledning av detta meddelade även Migrationsverket ett par dagar senare ett formellt inhibitionsbeslut.

Nu kunde man väl tänka att de svenska migrationsmyndigheterna inte längre skulle vara involverade i Saras ärende, utan att de skulle överlämna åt Europadomstolen att slutligt pröva om utvisningen skulle komma i konflikt med rätten till familjeliv. Men icke då. Drygt två veckor efter Europadomstolens interimistiska beslut, beviljade Migrationsverket Sara ett permanent uppehållstillstånd helt från en klarblå himmel (det vill säga *ex officio*); alltså samma Migrationsverk som blott ett halvår tidigare sagt att man inte kan sätta sig över migrationsdomstolarnas domar och som blott veckor tidigare hade kallat Sara till återvändarsamtal samt enbart 19 dagar efter det att Migrationsverket beställt flygbiljetten till Addis Abeba.

För att Migrationsverket lagligen skall kunna ta ett sådant beslut, måste Migrationsverket åtminstone få det att framstå som att det tillkommit "nya" beaktansvärda omständigheter. Vad anför Verket då som nya omständigheter?

Jo, att nu hade Sara fyllt 18 år och hade vistats här så länge att hon hade anknytning till Sverige, det vill säga i princip samma skäl som man nyss anfört som grund för att verkställa utvisningen!

Migrationsverket uttalade också explicit att en utvisning skulle strida mot artikel 8 i Europakonventionen, vilket är att betrakta som ett *erkännande* av ett konventionsbrott (se strax nedan om betydelsen av ett *erkännande*).

Man kan möjligen *prima facie* tycka att det var förtjänstfullt av Migrationsverket att hux flux meddela uppehållstillstånd. Bättre sent än aldrig! Det torde emellertid vara uppenbart för var och en att det egentliga skälet för Migrationsverkets beslut var att Europadomstolen givit en indikation om att Sverige riskerade att bli fällt i Europadomstolen.

En fällande dom skulle sannolikt öka trycket på migrationsmyndigheterna att i högre utsträckning tillerkänna Europadomstolens domar (även från andra länder) prejudikatverkan.

Det är här som det framstår som att Migrationsverket har vinlagt sig om att följa de Europarättsliga *procedurreglerna* till punkt och pricka. Enligt artikel 37 i konventionen skall Europadomstolen (som huvudregel) nämligen avskriva ett mål om "*frågan har lösts*" (p. 1 b).

Genom att bevilja ett uppehållstillstånd kan Sverige åtminstone med visst fog hävda att ärendet fått sin slutliga lösning på nationell nivå. På begäran av klaganden kan emellertid Europadomstolen, enligt samma bestämmelse, trots att sakfrågan är löst, ändå fortsätta prövningen, om "*respekten för de mänskliga rättigheterna...så kräver.*"

Det är sannolikt med anledning av det sistnämnda som Migrationsverket *erkände* överträdelsen. Enligt en särskild konventionsrättslig doktrin - *loss of the standing as a victim* - krävs nämligen också att staten explicit *erkänner* den aktuella kränkningen, för att klaganden skall "förlora" sin klagorätt (till följd av att saken har lösts nationellt).

Här uppfattar Migrationsverket, för ovanlighetens skull, således tämligen djupa och raffinerade detaljkunskaper om processuella regler gällande förfarandet i Europadomstolen. Det är till och med imponerande. Myndigheter som inte själva processar i Europadomstolen (det är normalt enbart en viss enhet på UD som gör det) har nästan aldrig anledning att detaljstudera Europadomstolens procedurreglar.

Effekten av en sådan rättstillämpning som har beskrivits ovan, blir i praktiken att de svenska migrationsmyndigheterna inte självständigt tillämpar konventionsrättsliga aspekter på ett ärende, förrän det i ett enskilt ärende kommit en tydlig markering från Europadomstolen om att det sannolikt föreligger ett konventionsbrott^[1].

Följden av detta blir i sin tur att Europadomstolen tvingas att som "första instans" anlägga konventionsaspekter på svenska migrationsärenden.

Det finns upprepade exempel på detta *modis operandi* från de svenska migrationsmyndigheterna.

Ett sådant är Migrationsverket agerande i det likaledes medialt uppmärksammade fallet *Ganna*. Den svårt demente 91 åriga *Ganna Shyzhevsk*a utvisades av migrationsmyndigheterna trots att hennes ombud med fog hävdades att Ganna till följd av hennes hälsotillstånd och bristande vårdmöjligheter skulle utsättas för omänskligt och förnedrande behandling i strid med artikel 3 i konventionen, om utvisningen till Ukraina verkställdes. Detta fick hon emellertid inte gehör för vid den nationella materiella prövningen.

I oktober 2011 meddelade Europadomstolen inhibition. Efter att skriftväxlingen i Europadomstolen var avslutad och målet skulle tas till avgörande, beviljade Migrationsverket hux flux Ganna permanent uppehållstillstånd. Även i detta mål tvingades Europadomstolen i praktiken agera som första instans avseende de konventionsrättsliga aspekterna.

Det *modus operandi* som vi således anser oss ha noterat hos de svenska migrationsmyndigheterna, uppvisar inte enbart en bristande respekt för de mänskliga rättigheterna. Att rätta sig efter de krav som ställs enligt konventionen först efter en klar indikation från Europadomstolen och då enbart i det enskilda fallet, strider helt uppenbart mot den så kallade subsidiaritetsprincipen. Denna stipulerar att det i första hand ankommer på staterna att effektivt skydda konventionsrättigheterna på det nationella planet, främst genom artikel 1 i konventionen som säger att det ankommer på staterna att skydda rättigheterna inom dess jurisdiktion.

Den förutvarande svenska domaren i Europadomstolen Elisabet Fura (numera chefs-JO) uttryckte subsidiaritetsprincipen väl en gång i tidskriften *Advokaten* (Nr. 8, 2008, *Vem kan rädda Europadomstolen?*) Hon uttalade att det "*räcker inte att studera de domar som gäller Sverige. Domar avseende andra länder är också relevanta för Sverige och respekten för mänskliga rättigheter kräver att eventuella brister och tillkortakommanden skall hanteras så fort de blir kända. Det duger inte att vänta på en fällande dom från Strasbourg mot den egna staten för att agera.*"

Det skall tilläggas att det föreligger flera utvisningsbeslut där bland annat institutet de facto familjeband har förbigåtts med tystnad från Migrationsmyndigheternas sida. Det är värt att följa huruvida migrationsmyndigheterna fortsätter på den inslagna vägen.

Under tiden vidhåller Sara sin talan i Europadomstolen. Det finns nämligen ytterligare ett krav för att en klaganden skall förlora sin offerstatus till följd av att frågan har fått sin lösning nationellt (som inte Migrationsmyndigheterna har befogenhet över), nämligen att klaganden - *in appropriate cases* - också skall kompenseras på ett adekvat sätt.

Sara har framförallt begärt ersättning för sina rättegångskostnader hon onödigtvis åsamkats såväl nationellt som inför Europadomstolen samt krävt ideellt skadestånd för det lidande hon fått utstå under processens gång.

Men framförallt vidhåller hon talan i Europadomstolen, för att respekten för mänskliga rättigheter så kräver.

Jan Södergren var ombud för Sara inför Europadomstolen och vid den avslutande VUT:en. Han biträdde även av Peter Lindahl.