

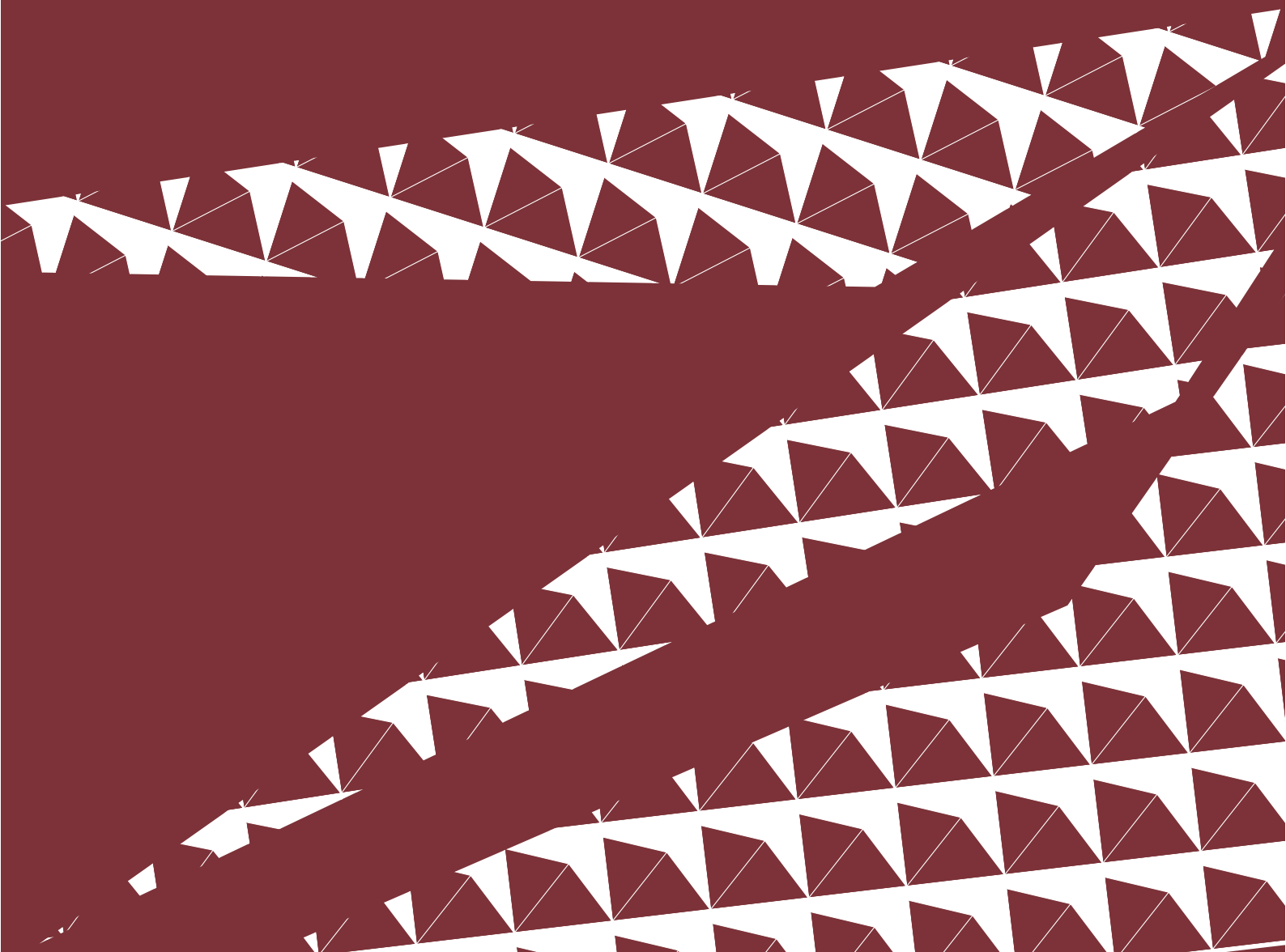
rapport från



Flyktinggruppernas
Riksråd
FARR

familjeåterförening utan dokument

svensk politik och europarätt



Innehåll

1. Bakgrund.....	2
1.1 Historik.....	2
2. Substantiella skäl för familjeåterförening.....	7
2.1 Familjeåterförening som en flyktinfälla	7
2.2 Integration.....	8
2.3 Nyttan av krav på dokument från de som inte kan skaffa dem.....	8
3. Europarätt.....	12
3.1 Praxis i andra europeiska länder	12
3.2 Europakonventionen och Europadomstolen.....	15
3.3 EUs gränskodex	19
3.4 Familjeåterföreningsdirektivet	20
3.5 Slutsats om Europarätt.....	24
4. Vad lagstiftaren måste göra	26

1. Bakgrund

Det är meningen att den här texten ska samla och sammanfatta anledningarna till varför den svenska lagstiftningen behöver förändras när det gäller krav på dokument vid familjeåterförening. Huvudspåret i texten vill visa på varför den uppkomna svenska praxisen är fel, både moraliskt och juridiskt. Det är alltså ett inlägg i den aktuella svenska debatten rörande familjeåterförening och dokument, men kan också vara av intresse för personer som vill försöka ta ärenden till Europadomstolen, eller vill diskutera frågan med EU-kommisionen/domstolen.

För en familj som vill återförenas i Sverige kan det uppkomma krav på olika sorters dokument. Det kan handla om pass eller andra dokument som styrker identitet. Det kan vara vigselbevis, hyreskontrakt som visar samboende, adoptionspapper, födelsebevis, dödsbevis, vårdnadsbeslut, läkarintyg osv. Vad som gör ett dokument tillräckligt är en fråga utan något riktigt bra svar. Dokumentet ska förstås helst visa det faktum man vill att det ska visa. I praktiken gör inte migrationsverket normalt sett inte något för att verifiera dokument förutom att titta på det som direkt framgår av själva dokumentet. Det vill säga att verket kan översätta ett dokument, se om informationen ser ut att vara som det borde och läsa landinformation som i bästa fall kan säga något om hur pålitliga dokument av den aktuella typen är. Däremot förekommer det näst intill aldrig att Migrationsverket till exempel tar kontakt med utgivaren av dokumentet för att försöka verifiera att allt står rätt till. Det betyder att från Migrationsverkets perspektiv är ett bra dokument ett papper som i sig visar ett förhållande.

Den här rapporten tar upp dokument och familjeåterförening från olika perspektiv, även om frågorna runt identitet oftast är i fokus. Eftersom området är omfattande har den mer karaktären av en förstudie än en fullständig rapport. Den är skriven av Terje Holmgren, utom avsnittet om integration som huvudsakligen är skrivet av Frida Jonsson.

1.1 Historik

En person från ett land, med Somalia som främsta exempel, där det inte gick att skaffa bra dokument kunde fram till för ett par år sedan få uppehållstillstånd i Sverige som anhörig till någon vid ungefär samma omständigheter som någon från ett annat land. När det gäller identitet och dokument som styrker identitet var frågan uppe för diskussion i mitten av nittiotalet (proposition 1996/97:25 Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv, avsnitt 12.7 och 14.5), men det togs inget beslut om att införa några hårda krav.

Senare under nittiotalet tillsattes en utredning, Kommittén om ny instans- och processordning i utlänningsärenden, som tog fram ett förslag till en ny processordning för utlänningsärenden. Processordningen kom att skjutas på några år, men ett par sidospår från utredningen kom att bli lag i och med proposition 1997/98:36; "Återkallelse av uppehållstillstånd" och proposition 1999/2000:43; "Uppehållstillstånd på grund av anknytning". På ett par ställen i dessa propositioner hävdas i förbigående att styrkt identitet självklart är ett krav i anknytningsärenden, vilket alltså inte var fallet när det skrevs. Den första förekomsten i en svensk proposition ser ut som följer.

Skälen för regeringens bedömning: Det är av flera skäl mycket angeläget att identiteten i största möjliga utsträckning kan klarläggas för dem som beviljas uppehållstillstånd i Sverige. Problemet med oklar identitet gäller i huvudsak asylsökande, eftersom tillstånd i princip inte beviljas på grund av anknytning för den som inte kan styrka sin identitet.

Ur proposition 1997/98:36 "Återkallelse av uppehållstillstånd"

Det fanns ingen diskussion runt frågan då. Skrivningen i den första propositionen uppmärksammades inte av någon remissinstans. I den senare propositionen finns en liknande skrivning. Den är till skillnad från den förra texten mer oklart formulerad när det gäller om författarna hävdar att det redan finns ett krav på styrkt identitet, eller om det ska finnas ett sådant krav framöver. DO (vad jag kan se) reagerar som enda remissinstans på skrivningarna i den andra propositionen. Socialförsäkringsutskottet behandlar propositionen i "Betänkande 1999/2000:SfU9 Uppehållstillstånd på grund av anknytning", där Vänsterpartiet genom Gudrun Schyman m.fl. motionerar mot formuleringen om klarlagd identitet med motiveringen att hela grupper skulle komma att diskrimineras då de kommer från ett land som medför att de inte skulle komma att kunna styrka sin identitet. Utskottet avstyrkte motionen och tog här ställning för regeringens proposition.

Det fanns ingen debatt och skrivningarna i propositionerna försvarades aldrig vad på något sätt som syns nu. Senare har det på liknande sätt påpekats i förbigående i flera propositioner att styrkt identitet är ett krav, proposition 2005/06:72 Genomförande av EG-direktivet om rätt till familjeåterförening samt vissa frågor om handläggning och DNA-analys vid familjeåterförening och prop 2009/10:137 Åtgärder mot familjeseparation inom migrationsområdet, s. 17.

Den svenska praxisen började förändras i och med att det började krävas formella företrädare för barn utan biologiska föräldrar, MIG 2009:17 (UM 6854-08). I den domen tar Migrationsöverdomstolen ställningen att barn behöver en legal företrädare i en domstol och det görs en ovanlig passning till politiker då domstolen menar att det åligger dem att ge möjlighet att göra undantag. Det gick alltså inte längre för somaliska barn utan föräldrar att få en ansökan från utlandet om uppehållstillstånd på anknytning prövad i Sverige. Men även barn som kommer från ställen där det är svårt att ordna vårdnadsbeslut drabbas. Till exempel alla de som inte kan ordna beslut för att de befinner sig på flykt och inte har tillgång till myndigheter där de befinner sig.

Det kom senare att finnas olika uppfattningar på migrationsdomstolarna om vad som skulle gälla angående företräderskap. Dels gjordes försök att utmana Migrationsöverdomstolens beslut, vilket alla slogs ned av Migrationsöverdomstolen, UM 5766-09, UM 7141-09, UM 8111/12-09. Dels fick en uppfattning fäste på en del ställen på migrationsdomstolarna att alla barn behövde visa dokument som visar vem som får företräda dem. Och att det behövde vara ett dokument som visar vem som legalt är företrädaren enligt en relevant myndighet, det vill säga att det inte skulle räcka att visa ett biologiskt föräldraskap. Migrationsverket ansåg fram till våren 2011 att en person som uppgav sig vara ett barns biologiska förälder skulle få företräda barnet, åtminstone tills det framgår något annat.

I mars 2011 tog Migrationsöverdomstolen avdelning 02, vilken alltså inte är ansvarigt för prejudicerande mål, ett beslut (UM 9536-10) om att avvisa ett ärende på grund av att det inte var visat att det fanns någon som fick företräda barnet. I ärendet fanns en man som uppgav sig vara barnets far och som uppgav sig vara villig att genomgå en DNA-analys för att fastställa faderskapet. Migrationsverket tolkade beslutet så att även om det hade funnits en DNA-analys så skulle inte Migrationsöverdomstolen ha ansett att det hade räckt för att visa företräderskap (Lifos 24986), varför verket sedan kom att avvisa en mängd ansökningar från barn under 2011.

Innan dess avlogs många barns ansökningar om uppehållstillstånd av migrationsverket och migrationsdomstolar av en annan anledning kopplad till vårdnadshavare. Enligt 5 kap 17 § andra stycket UtIL behöver ett barn med två vårdnadshavare tillstånd från båda för att få uppehållstillstånd på anknytning, vilket är en regel som infördes i och med implementeringen av familjeåterföreningsdirektivet (proposition 2005/06:72). Bakgrunden till regeln är en önskan om att förhindra att barn förs ur landet mot den ena vårdnadshavarens vilja. Problemet har varit hur ärenden ska hanteras där det uppges finnas endast en vårdnadshavare. Praxisen blev att det fanns en presumption att inga barn där det finns en biologisk förälder som är vårdnadshavare är ensam vårdnadshavare.

Alltså, att ett ensamt vårdnadshavarskap behövde styrkas, genom ett beslut om ensamt vårdnadsskap, eller bevis för att den andra föräldern är död eller saknad. I praktiken var det inte möjligt för stora grupper av ensamstående föräldrar att uppfylla de kraven och en mängd barn vägrades familjeåterförening med sin enda kvarvarande förälder i Sverige. Migrationsöverdomstolen har aldrig prövat frågan om tillstånd från en andra vårdnadshavare.

Sent 2009 slogs det fast att det krävdes ett pass för att en person skulle kunna få ett tillfälligt uppehållstillstånd (i praktiken här nya relationer). I och med att enbart Migrationsverket kan ge någon ett främlingspass kunde inte domstolar längre ge tillfälliga uppehållstillstånd till personer utan pass och beslut i sådana ärenden kunde inte längre överprövas i substans. Det var dock ett större problem än så då Somaliska vigselbevis i stor utsträckning slutade att godtas, vilket gjorde att gifta par utan barn började att få sina relationer prövade som om de var nya, för att sedan eventuellt få tillfälliga uppehållstillstånd. Med beslut som i praktiken alltså inte gick att överklaga. Vad de somaliska vigselbevis skulle i förlängningen ha kommit att få för status är svårt att säga. Migrationsöverdomstolen hade till exempel vid flera tillfällen godtagit somaliska vigselbevis, MIG 2009:25 (UM8477-08) och UM 1014-09.

Situationen ändrades dock ganska snabbt då Migrationsverket i ett rättsligt ställningstagande i mars 2010 (RCI 03/2010, finns inte längre i Lifos) bestämde sig för att införa en ny praxis som krävde styrkt identitet för att ge uppehållstillstånd i något familjeåterföreningsärende. Migrationsverket hänvisade till ett par domar från Migrationsöverdomstolen (UM 8296-09 och UM 1014-09) som motiv för sin praxisändring, men domarna i fråga handlar om pass och säger inget direkt om identitet och det rättsliga ställningstagandet använder inte heller domarna utöver en allmän hänvisning i inledningen. Däremot har personal från Migrationsverket senare starkt framhållit domarna från Migrationsöverdomstolen som något som tvingade fram Migrationsverkets praxisändring. På vilket sätt är minst sagt oklart. Delvis kan det handla om att Migrationsverket utgick från skillnaden som finns i krav på pass för tillfälliga och permanenta uppehållstillstånd, vilket det rättsliga ställningstagandet hänvisar till i avsnitt 2.3. I praktiken kommer det att ligga mycket nära olika krav på styrkt identitet i de två fallen och Migrationsverket ansåg i ställningstagandet att det inte kan finnas något som motiverar ett lägre identitetskrav vid permanenta uppehållstillstånd jämfört med tillfälliga. Det skulle i så fall vara något märkligt resonerat av Migrationsverket, eftersom passkravet vid tillfälliga uppehållstillstånd i första hand lär handla om att personen i fråga ska kunna lämna landet när uppehållstillståndet går ut och inte alls har så mycket med identitet att göra. Det framgår om inte annat av att ett tillfälligt uppehållstillstånd inte får ges med längre giltighetstid än passets. De nämnda domarna och resonemangen i det rättsliga ställningstagandet har dock ingen betydelse i den nuvarande diskussionen runt identitetskrav.

Efter det fick nästan inga somaliska medborgare uppehållstillstånd på grund av anknytning i första instans. Dessutom började Migrationsverket samtidigt (RCI 03/2010) kräva styrkt identitet för att ge någon utanför landet ett främlingspass, vilket gjorde att de som trots allt under det närmsta nästan två åren fick uppehållstillstånd av domstolar inte hade något lagligt sätt att ta sig till Sverige på.

I maj 2011 kom en dom från Migrationsöverdomstolen i ett ärende rörande ett äktenskap där makarna inte samlevt utomlands och som nekats uppehållstillstånd på grund av att identiteten inte kunde styrkas. Domstolen går igenom omnämmanden om identitet i förarbeten och EUs gränskodex och kommer fram till att det måste anses finnas en svensk regel som kräver styrkt identitet. Migrationsverket (RCI 16/2011, finns inte längre i Lifos) och i många fall migrationsdomstolarna tolkade domen som att den sa att kravet faktiskt gäller absolut i alla familjeåterföreningsärenden. Domen är något svårtolkad då resonemangen görs utan att det talas om varför just de skulle vara de relevanta resonemangen och under vilka omständigheter de är avgörande. När resultatet av domen redovisas görs dock en tydlig avgränsning till ärenden då tillfälliga uppehållstillstånd är

aktuella.

Det finns som tidigare anförts ingen uttrycklig bestämmelse som anger att den som ansöker om uppehållstillstånd på grund av anknytning måste klarlägga sin identitet. Att så är fallet framgår dock dels genom de förarbetsuttalanden som redovisats i det föregående, dels indirekt genom den i 2 kap. 1 § utlänningslagen upptagna huvudregeln att den som reser in i eller vistas i Sverige ska ha pass. Det finns således, när det gäller den grund för uppehållstillstånd som nu är i fråga, dvs. anknytning enligt 5 kap. 3 § första stycket 1 utlänningslagen, alternativt 5 kap. 3 a § första stycket 1 samma lag, ett krav på att sökandens identitet ska vara klarlagd när han eller hon söker från hemlandet eller något annat land och det endast kan bli fråga om att bevilja ett tidsbegränsat uppehållstillstånd.

MIG 2011:11 (UM 8325-10)

Domstolen framhåller även, på samma sätt som tidigare om företrädare, att domstolen inte kan göra undantag utan att det är en politisk fråga.

Nästa viktiga dom från Migrationsöverdomstolen, MIG 2012:1 (UM10897-10) kom i januari 2012. I den fick ett irakiskt barn och hennes mor uppehållstillstånd på fadern/maken. En DNA-analys var gjord. Domen motiverades till stor del med barnets bästa och Europakonventionen och en proportionarlitetsbedömning av Europa-rättslig typ gjordes (jämför med avsnittet nedan). Barnet fick uppehållstillstånd först och modern fick i sin tur på barnet. I den mån svensk lag ska vara förenlig med Europakonventionen så alltså domstolen att svenska politiker inte fick införa generella krav på styrkt identitet vid familjeåterförening. Domstolen konstaterade dessutom snabbt att det finns en presumption för att biologiska föräldrar får företräda sina minderåriga barn och domstolen passade på att i efterhand förtydliga tidigare beslut när den konstaterade att den inte ansåg sig ha befogenhet att föranstalta om DNA-analys för andra ändamål än för att avgöra frågan om en anknytning finns som kan ge uppehållstillstånd. Det vill säga domstolen ansåg sig inte ha befogenhet att föranstalta om en analys för att faställa identitet eller företräderskap.

Migrationsverket gjorde sin tolkning av domen i det rättsliga ställningstagandet från februari 2012, RCI 07/2012 (Lifos 26987). Biologiska barnfamiljer som sammanbott och som klarar en DNA-analys får uppehållstillstånd om det inte finns speciella omständigheter som talar emot. Observera att kravet här på sammanboende även med barnet inte motsvaras av nuvarande lagparagrafer. Tillstånd från en andra vårdnadshavare ska inte krävas när det enbart verkar finnas en vårdnadshavare och det inte går att visa detta med dokument. Ett hävdad biologiskt föräldraskap räcker för att få företräda ett barn tills det finns anledning att tro att det inte stämmer. Och slutligen krävs styrkt identitet för alla andra typer av anknytning.

Det är svårt att säga hur migrationsdomstolarna tolkar den nya situationen. Än så länge verkar det finnas delade meningar mellan olika personer på migrationsdomstolarna om företräderskap för barn utan DNA-analys och när det krävs tillstånd från en andra vårdnadshavare.

I slutet på mars kom en dom från Migrationsöverdomstolen (UM 409-11) som i sig inte är så viktig, men är tillräckligt intressant, eller möjligen ironisk, för att nämnas. I den säger domstolen att en somalisk medborgare, enligt tidigare bedömningar av svenska myndigheter kom han från norra (och därmed den lugna delen av) Somalia, får söka uppehållstillstånd på anknytning från Sverige och alltså inte behöver åka till Etiopien eller något liknande land för att söka. Anledningen till bedömningen verkade vara att frågan om främlingspass tillhör Migrationsverket. Lämnar han landet är det stor risk att han inte kan ta sig tillbaka. Alltså, i princip får han söka från Sverige för att de svenska reglerna runt främlingspass ser ut som de gör.

Utfästelser att hantera frågan politiskt gjordes under 2011 i och med den migrationspolitiska överenskommelsen

mellan regeringspartierna och miljöpartiet. I mars 2011 gjordes en utfästelse att något skulle göras åt problemet i och med ramöverenskommelsen.

Praxisavgöranden i anhöriginvandringsärenden har fått stora konsekvenser för vissa grupper. Med utgångspunkt i principen om barnets bästa och rätten till familjeåterförening ska en lösning hittas på problematiken med kravet på pass och styrkt identitet i familjeåterföreningsfall.

2011-03-03, Ramöverenskommelse mellan regeringen och Miljöpartiet de gröna om migrationspolitik

I september sattes ett datum till 1 juli 2012 från när ny lagstiftning på området skulle gälla. Förhandlingarna som följde gav inget påtagligt resultat och under våren 2012 övergavs de med hänvisning till den nya praxisen målet med ny lagstiftning från 1 juli och frågan har skjutits på framtiden.

Migrationsministern har framhållit dels att de problemen är lösta i och med den nya praxisen och dels, ungefär, att det skulle vara olyckligt om politiker i detalj talade om vilka identitetskrav som ska gälla för olika grupper då det skulle riskera att innebära en stelbent praxis och att det är bättre om en praxis får utvecklas genom prejudicerande domar. Detta verkar han mena gäller både för identitets- och företrädar- problemen.

Det har förhoppningsvis framgått av den här historieskrivningen att svenska politiker måste ha ansetts redan tagit beslut om för vilka styrkt identitet ska krävas (i princip alla) och att i den mån reglerna i dag är flexibla beror det på Europakonventionen som ju ska att gälla i vilket fall. Dessutom har ingen, vad vi känner till, framfört någon anledning att tro på att det kommer att ske någon utveckling av praxis när det gäller företrädare för barn utan föräldrar. Problemen med dokument vid familjeåterförening är alltså fortfarande ett problem som bör få en politisk lösning.

2. Substantiella skäl för familjeåterförening

2.1 Familjeåterförening som en flyktinfälla

Flyktingfälla är ett ord jag lånar av Sanna Vestin (utan att fråga) som en gång skrev en bok med den titeln. När det handlar om personer som fått asyl och vill återförena familjen passar ordet bra, för personer i den situationen kan verkligen fastna i en fälla utan några enkla sätt att ta sig loss.

Det finns olika anledningar till att flykt splittrar familjer. Här är några typiska exempel på hur det kan gå till när enbart en del av familjen hamnar i Sverige eller Europa i övrigt, detta utan någon ambition att vara uttömmande eller antyda att detta är bästa möjliga uppdelning.

1. En akut händelse gör att hela familjen måste fly omedelbart. Det går inte att hålla samman familjen, kanske för att alla inte var hemma samtidigt när det akuta inträffade, och familjen är sedan splittrad. En eller flera personer tar sig sedan till Europa. Alternativt befinner sig familjen redan på flykt när något inträffar som gör att familjen inte kan hålla samman.
2. En medlem i familjen hamnar under någon form av hot och familjen väljer att skicka iväg den personen till Europa. Alternativt skickar familjen iväg ett barn för att det ska vara på ett tryggt ställe.
3. Situationen i hemlandet i allmänhet (eller för familjen i synnerhet) är sådan att det inte längre går att stanna. Det är orimligt för hela familjen att försöka fly till Europa (ekonomiskt och säkerhetsmässigt), så familjen väljer att dela på sig. En del tar sig till Europa och en del stannar i ett grannland och väntar på att kunna återförenas.

I vilket fall vet familjen ofta på förhand väldigt lite om vilka regler som gäller för familjeåterförening, eller för den delen ens vilket land de i slutändan kommer att hamna i.

Punkt 3 ovan är på ett sätt udda eftersom splittringen inte drivs av konflikter i hemlandet, utan av politiska beslut i Europa. Någorlunda humana regler ska gälla när någon söker asyl, men nästan inga legala vägar ges för människor att ta sig till Europa där en ansökan kan göras. Dessutom har en hel del gjorts för att de illegala vägar som finns ska kosta ekonomiskt eller vara farliga och krävande fysiskt. En av följderna är att familjer splittras.

I förlängningen blir en inskränkning av rätten till familjeåterförening också en inskränkning av rätten till att söka asyl. Personer med felaktiga uppfattningar om vilka möjligheter som finns när det gäller senare möjligheter till familjeåterförening hamnar i en fälla när de söker och får uppehållstillstånd som flyktingar eller skyddsbehövande. Är möjligheterna mycket sämre för viktiga familjemedlemmar än vad den sökande trodde innan så är chansen stor att de aldrig skulle sökt asyl i Sverige om de visste hur det faktiskt låg till. När de väl har sökt och fått asyl så uppkommer istället det svåra valet. Ska man återvända och ta hand om sin familj och i så fall förmodligen befinna sig i en sämre situation än innan flykten, bortslösad tid och pengar och ingen möjlighet att prova någon annanstans inom EU? Eller ska delar av familjen få klara sig själv?

Detta är alltså viktigt att förstå detta; har Sverige regler så att personer kan få uppehållstillstånd för att de behöver skydd medan deras nära familjer sedan inte har möjlighet att följa efter, så innebär det att det hade varit bättre för många av dem i denna grupp som fått asyl i Sverige om de överhuvudtaget aldrig tagit sig hit. Detta är en situation som inte är acceptabel.

2.2 Integration

Den 1 december 2010 trädde lagen om etableringsinsatser för vissa nyanlända i kraft med avsikten att påskynda nyanlända invandrares etablering i arbets- och samhällslivet. Arbetsförmedlingen tog över det samordnande ansvaret för flyktingmottagandet från kommunerna, som tidigare haft detta uppdrag. Nyanlända antas genom den nya reformen ges bättre förutsättningar att så snabbt som möjligt lära sig svenska, komma i arbete och klara sin egen försörjning. Det görs tydligt att en god integration i huvudsak handlar om att förkorta vägen till ett arbete. Men som vanligt när det gäller nya reformer tenderar politiker att bortse från individen i ett helhetsperspektiv med betydligt fler behov än ett arbete i Sverige. Möjligheter till arbete och arbetsförberedande insatser är visserligen av stor betydelse för individens delaktighet och integration i samhället men kan på långa vägar inte ensamt utgöra individens hela grundfundament och trygghet. Många nyanlända personer har efter Arbetsförmedlingen övertagande vittnat om att de känner sig utelämnade och ensamma då behovet av övrig information och vägledning uteblir och att allt fler praktiska frågor i vardagen hopar sig.

I den nya reformen är det ingen som tar ansvar för de psykosociala frågorna. Arbetsförmedlingen har själva påtalat denna brist och påbörjat ett arbete med att ta fram lokala avtal med kommunerna som ska leda till tydligare ansvarsfördelning, men det finns fortfarande mycket att göra. Arbetsförmedlingen har i tidigare återrapporteringar påpekat att de nyanlända, framförallt tidigt i etableringsprocessen, ofta är i behov av en hel del praktiskt stöd som de själva eller etableringslotsarna ej har resurser, tid och möjligheter att tillgodose. Andra utvecklingsområden för Arbetsförmedlingen handlar om att alla nyanlända ska få ta del av alla nödvändiga insatser så som samhällsorientering och svenska för invandrare, SFI. Regeringen menar att man ska alltid vara ödmjuk när större reformer genomförs och hänvisar till kommande utredningar som ska göras av reformen under december 2012.

Rätten till den egna familjen är en viktig, om inte den viktigaste, grundförutsättningen för att överhuvudtaget kunna tala om en god integration och ett värdigt psykosocialt liv i Sverige. Ur en integrativ aspekt är familjeåterförening avgörande för hur väl individen kan ta sig an nya utmaningar i ett nytt land såsom ett språk, utbildning eller ett arbete. De familjer och individer som idag nekas familjeåterförening förväntas ändå klara av att integrera sig i Sverige samtidigt som familjekatastrofen ska hanteras. Om lagen om etableringsinsatser för vissa nyanlända ska uppnå de goda integrativa resultat som regeringen förväntar sig måste de psykosociala frågorna hanteras och ges företräde, vilket tyvärr inte sker idag.

2.3 Nyttan av krav på dokument från de som inte kan skaffa dem

Det finns en del praktiska skäl (vi återkommer senare till mer rena juridiska skäl, alltså krav som kommer utifrån) som har framhållits som orsaker för varför det är viktigt att kräva goda dokument vid familjeåterförening även för grupper som inte har någon möjlighet att skaffa sådana. Vi tar här styrkt identitet som exempel.

Samhället har ett intresse av att motverka olaglig invandring och människohandel samt förebygga alla typer av hot mot medlemsstaternas inre säkerhet, allmänna ordning, folkhälsa och internationella förbindelser. Syftet med att ställa höga krav på bevisning för utlänningsuppgifter om sin identitet är att kunna kontrollera dennes inresa och vistelse i Sverige och motiveras utifrån något eller några av ovan nämnda intressen.

MIG 2012:1 (UM10897-10)

Orsakerna till att det är viktigt att kräva styrkt identitet vid familjeåterförening, även när det inte är möjligt, handlar alltså till stor del om säkerhet och brott. Det brukar inte motiveras mer utförligt än så här, vilket är ett stort problem. Både juridiskt och politiskt ska det ske en avvägning mellan olika intressen, samhällets intresse av säkerhet och ordning mot familjens och samhällets intresse av att familjen kan återförenas. Varför familjeåterförening är viktigt sägs det mycket om, men om inte de motsatta intresserna förklaras mer utförligt än med orden ordning och säkerhet så är det omöjligt att göra en avvägning. Låt oss därför försöka titta lite

närmare på den frågan.

En slående omständighet är att det på det stora hela taget inte verkar finnas någon säkerhets eller vandelkontroll av personer som söker om uppehållstillstånd på anknytning och som inte tidigare vistats i landet. I den mån det är sant att det förhåller sig så är det mycket viktigt, eftersom om det inte görs kontroller av personer oavsett om de kan styrka sin identitet eller inte så kan det rimligen inte vara ett stort säkerhetsproblem om personer får uppehållstillstånd på anknytning utan att kunna styrka identiteten.

Det är naturligt att det är så eftersom migrationsverket inte initierar någon utredning utan anledning och om personen inte vistats i Sverige tidigare kommer det knappast att finnas någon sådan anledning eftersom det knappast kommer att finnas någon sådan i ansökningsblanketerna eller intervjuerna som är fokuserade på anknytningsfrågan. Säkerhetsärenden, det vill säga ärenden som Migrationsverket ber Säkerhetspolisen (SÄPO) att utreda, följer ovanstående mönster.

Vid de samtal utredningen haft med Säkerhetspolisen (SÄPO) framkom tydligt att SÄPO bedömer att vårt utredningsuppdrag och våra förslag inte får några negativa konsekvenser när det gäller polisens möjligheter att uppmärksamma ärenden som kan röra rikets säkerhet. Det kommer nästan aldrig fram sådana uppgifter i anknytningsärenden som direkt ger SÄPO anledning att agera. S.k. säkerhetsärenden uppmärksammas vanligen på annat sätt vilket i och för sig inte utesluter att uppgifter i Migrationsverkets anknytningsutredningar kan vara av intresse i ett senare skede.

SOU 2005:14 Effektivare handläggning av anknytningsärenden, s. 110

Det är svårt att komma åt relevanta uppgifter om säkerhetsärenden, men se följande URL för mer om säkerhetsärenden och styrkt identitet <http://www.flyktingbloggen.org/2012/01/familjeaterforening-brott-och-pass/> .

En styrkt identitet kan alltså möjligen vara av intresse senare vid någon eventuell brottsutredning. Exakt hur den är bra att ha då är förstås för oss fortfarande en öppen fråga och i vilket fall är det en mycket svag anledning till att neka uppehållstillstånd för att en person kan vara något svårare att utreda än de flesta andra om det skulle hända något i framtiden.

Migrationsverket för delvis statistik över på vilka grunder de avslår ärenden, vilken ger ett visst stöd för bilden av att ansökningar om uppehållstillstånd på anknytning sällan avslås av vandel eller säkerhetsskäl för personer som inte vistats i Sverige.

Förekomsten av grundutredningsbeslut för avslagsbeslut i ansökningsärenden 2011

AVSÄNDANDE MYNDIGHET	BESLUTS-GRUNDER FINNS	ANDEL %	BESLUTS-GRUNDER FINNS INTE	ANDEL %	Totalt	ANDEL %
MIGRATIONSVERKET	402	26%	1174	74%	1576	100%
UTLANDSMYNDIGHET	1372	12%	10229	88%	11601	100%
Totalt	1774	13%	11403	87%	13177	100%

BESLUTSGRUNDER	MIGRATIONS- VERKET	UTLANDS- MYNDIGHET	TOTALT
EJ TILLRÄCKLIGA HÖGSKOLEPOÄNG	1		1
FLER ÄN TVÅ GRUNDER	5	2	7
FÖRSÖRJNINGSKRAVET EJ UPPFYLLT	4	198	202
HAR EJ PUT		1	1
HEMVIS + ÖVRIGT	1		1
HEMVISVILLKORET EJ UPPFYLLT	2		2
OKLAR IDENTITET	3	283	286
PASS SAKNAS	4	35	39
POLITISK FLYKTING		1	1
SAMLAD BEDÖMNING	48	139	187
VANDEL + ÖVRIGT	3	2	5
VANDELSVILLKORET EJ UPPFYLLT		1	1
ÅBEROPAT VÅLD EJ TILLRÄCKLIGT -ANDRA SKÅL PRÖVADE	11		11
ÅBEROPAT VÅLD EJ TILLRÄCKLIGT-EJ ANDRA SKÅL	2		2
ÅBEROPAT VÅLD EJ TROVÅRDIGT-ANDRA SKÅL PRÖVADE	3		3
ÅLDER + IDENTITET		2	2
ÅLDER + ÖVRIGT		2	2
ÅLDERSVILLKORET EJ UPPFYLLT		1	1
ÖVRIGT	314	579	893
ÖVRIGT + OKLAR IDENTITET	1	126	127
TOTALT	402	1372	1774

Andelen negativa beslut av Migrationsverket 2011 som det finns statistik på beslutsgrunderna över, samt vilka grunderna är i dessa fall. Data är sorterad efter om ansökan är lämnad i Sverige eller inte och utlämnad av Migrationsverket på förfrågan. Året är valt av Migrationsverket.

I en klar majoritet av fallen antecknas inte beslutsgrunden, så vi får vara lite försiktiga. Vi kan dock se att avslagen på grund av tveksam vandel är ovanliga. Det var dock inte huvudpoängen med att titta på den här statistiken. I hälften av fallen som nekades med hänvisning till vandel skedde ansökan i Sverige, trots att det vanliga är att ansökan ska göras utanför landet. Poängen är att personer som nekas uppehållstillstånd på grund av vandel, nekas på grund av vad de gjort i Sverige. I synnerhet nekas de inte på grund av vad de gjort i länder som Somalia, Afghanistan eller Irak, vilket är frågor som i praktiken inte kommer att behandlas i ansökningen.

Vi har alltså tre personer som registrerades som att de nekades uppehållstillstånd på anknytning 2011 av Migrationsverket med hänvisning till vandel och som sökte på en ambassad. En av bosniskt, av av tunisiskt och en av okänt medborgarskap. Att de inte söker från Sverige betyder inte att de inte vistats i Sverige. Tvärtom är det så att en betydande andel av ansökningarna som görs av personer som vistats i Sverige görs från en ambasad utomlands. Det är alltså troligt att de tre personerna alla hade vistats i Sverige och att vi alltså tillslut inte har några, eller i alla fall ytterst få fall då frågan om styrkt identitet rimligen kan ha haft något med frågan om vandel att göra. Det går inte att komma längre med det aktuella materialet, men i den mån det finns skäl för att kräva styrkt identitet i anknytningsärenden som har med säkerhet eller brottsbekämpning att göra, så är det upp till den som hävdar de skälen att motivera deras existens.

Det finns också en annan poäng som är värd att göra nytta av att kräva styrkt identitet. Fokus ligger ofta på att det är orättvist att kräva styrkt identitet av någon som inte har någon möjlighet att styrka den, vilket förstås är sant. Men det är också så att en del av nyttan med att kunna styrka sin identitet uppkommer samtidigt som det finns system som gör det enkelt för personer att styrka den. Låt oss ta somalier och australiensare som exempel. Det faktum att somalierna som grupp inte kan skaffa goda dokument medan australiensarna kan, innebär knappast i sig att den somaliska gruppen som helhet skulle vara mindre lämplig än den australiensiska att ge uppehållstillstånd till. Styrker en australiensare inte sin identitet är det rimligt att fråga sig varför. Men om en somalisk medborgare inte styrker sin identitet säger det ingenting om den personen eftersom inga somalier kan göra det. Det är alltså inte enbart en rättvisefråga. Att behandla en somalisk och australiensisk medborgare som



inte styrker sina identiteter olika är också rationellt ur säkerhets och brottsbekämpningssynpunkt.

Slutligen måste det också nämnas att för stora delar av de grupper som kan få uppehållstillstånd på anknytning i Sverige är det absurt att överhuvudtaget prata om vandel eller brottsbekämpning. Dels för att många av de aktuella personerna är barn, men vi ska inte heller glömma den mindre, men viktiga, gruppen av personer som kan få uppehållstillstånd på grund av att det finns ett speciellt beroendeförhållande och som ofta består av mycket utsatta individer.

3. Europarätt

Svensk lagstiftning förväntas följa olika internationella åtaganden och konventioner. Viktigast i praktiken är Europakonventionen och EU-rätt, om inte annat för att yttre aktörer där kan komma in och vända upp och ned på svensk reglering och att Europa- och EU- domstolarna ibland ges större tyngd i svenska domstolar än svenska riksdagsbeslut.

Migrationsverket och Migrationsöverdomstolen har använt sig av EUs gränskodex för att rättfärdiga krav på styrkt identitet. Europadomstolen har tolkat Europakonventionen så att det finns en stark rättighet för familjer att återförenas i vissa situationer, vilket Migrationsöverdomstolen använde sig av i vintras. Och EUs familjeåterföreningsdirektiv innehåller instruktioner som ska följas vid lagstiftning på området. Avsnitten ovan som tittade på skadan och nyttan av dokumentkrav vid familjeåterförening är också relevant för Europarätten. Anledningen är att den europarättsliga proportionalitetsprincipen, som säger att rättigheter för individer bara kan inskränkas så länge det negativa utfallet för individen står i proportion till nyttan samhället får av inskränkningen, leder till att en avvägning ska ske även juridiskt och inte bara politiskt.

3.1 Praxis i andra europeiska länder

Det är intressant att titta på hur praxisen ser ut i andra europeiska länder när det gäller dokumentkrav. Dels för att det är relevant för att tolka juridiska texter, men också för att förstå det politiska sammanhanget. Söker man snabbt information på sökmotorer runt familjeåterförening så rör sig diskussionen i Europa vanligen runt ekonomiska frågor och de träffar som kommer upp som har med identitet att göra handlar i första hand om Sverige och i någon mån om en senare diskussion i Finland. På samma sätt har FARR snabbt frågat runt med ungefär samma resultat.

En sådan sökning i sig är inte så övertygande och en ordentlig utredning tar tid och arbete. Vi väljer därför en mellanväg och tittar på statistik över uppehållstillstånd till somaliska medborgare i olika europeiska länder. Om vi utgår från de länder som från 2008 till 2010 har gett uppehållstillstånd åt somaliska medborgare i åtminstone någon omfattning (låt oss säga minst hundra uppehållstillstånd åtminstone ett av åren), så har Belgien, Danmark, Tyskland, Irland, Frankrike, Finland, Sverige och Storbritanien haft en så pass hög andel familjeåterförening att de för stora grupper inte kan ha haft något krav på styrkt identitet i svensk mening. Italien, Ungern, Malta, Nederländerna och Österrike har däremot haft en väldigt låg andel familjeåterföreningar i förhållande till totala antalet nya uppehållstillstånd. Dessutom återförenades andra familjemedlemmar än makar och barn i Irland, Italien, Finland, Sverige och Norge (för en del länder saknas här data). Med tanke på att data inte här finns för Storbritannien, så verkar det troligt att inte något land hade Migrationsverkets nuvarande praxis.

Inget land hade en så hög andel av familjeåterföreningar till totala antalet uppehållstillstånd som Sverige. För att kunna tolka datan är det viktigt att komma ihåg att det finns viktiga begränsningar i rätten till familjeåterförening på många ställen i Europa som inte finns i Sverige. Dels kan det handla om typen av uppehållstillstånd personen i Europa har och om det är tillåtet att ansöka om familjeåterförening med ett sådant uppehållstillstånd. Dels kan det vara ekonomisk krav som ligger som ett villkor för familjeåterförening och hur utredningar görs. Vi tar Nederländerna som ett exempel på ett viktigt land med ett betydande antal uppehållstillstånd som ges till Somaliska medborgare och i förhållande till det en mycket låg andel uppehållstillstånd för familjeåterförening.

Reason for permit	Total	Total	Total	Family reasons	Family reasons	Family reasons	Spouse joining	Child joining	Other family member
							a non EU citizen	a non EU citizen	a non EU citizen
	2008	2009	2010	2008	2009	2010	2010	2010	2010
Belgium	155	147	284	44	57	79	16	39	0
Bulgaria	10	3	0	1	0	0	:	:	:
Czech Republic	9	2	4	0	0	0	0	0	0
Denmark	36	87	100	26	55	62	13	39	0
Germany (including fo	91	134	288	23	28	51	6	35	0
Estonia	0	0	0	0	0	0	:	:	:
Ireland	136	215	139	50	56	56	8	22	23
Greece	0	0	1	0	0	0	0	0	0
Spain	21	9	43	1	2	1	:	:	:
France	77	135	179	13	22	15	:	:	:
Italy	6,855	2,566	392	38	34	77	21	25	13
Cyprus	9	5	4	0	0	2	:	:	:
Latvia	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Lithuania	0	0	0	0	0	0	:	:	:
Hungary	108	113	43	1	0	0	0	0	0
Malta	1,119	1,447	92	0	0	0	0	0	0
Netherlands	2,007	3,975	3,633	36	60	38	:	:	:
Austria	2	207	275	2	3	0	:	:	:
Poland	8	12	7	2	4	5	5	0	0
Portugal	18	1	0	0	0	0	0	0	0
Romania	8	4	1	0	0	1	0	0	0
Slovenia	0	0	4	0	0	0	:	:	:
Slovakia	2	0	20	0	0	0	0	0	0
Finland	701	1,093	1,344	529	512	510	69	242	151
Sweden	5,603	9,380	6,915	3,998	5,267	1,503	665	823	15
United Kingdom	2,282	2,768	2,631	1,070	1,304	1,154	:	:	:
Norway	1,498	1,717	2,218	1,186	1,096	750	94	623	33

Antal förstagångs-uppehållstillstånd för somaliska medborgare totalt och för anknytning i olika europeiska länder 2008-2010, samt för familjeåterförening för makar, barn eller annan familjemedlem till icke EU medborgare 2010. Eurostat.

För att göra ett försök att ta reda på varför andelen familjeåterförening i Nederländerna för Somaliska medborgare var så låg, skickades en fråga en stor Nederländsk asylrättsorganisation. Svaret nedan (2012-04-27) lyckas inte riktigt svara på frågan och det kanske är så att delvis beror skillnaden på att familjer kan få uppehållstillstånd på andra grunder, eller något liknande som gör statistiken svår att jämföra. Hur det än förhåller sig med det är svaret på frågan intressant.

Dear Terje Holmgren,

Since 2009 there is a new policy for family reunification meant to restrict the coming of Somalian family members. It is said by the government Somalians committed a lot of fraud. They letted come too many foster children who weren't part of the family according the Dutch government.

Since then the policy changed (for all nationalities, but especially applied on somalian refugees) in the sense that the authorities do first held an interview - also with biological children - to see if they in fact belong to the family and if they do so they are getting a DNA test.

If in the interviews there are only some differences between the different family members they say there is no family tie and they reject the case. They apply this strict policy above all in Somalian cases. So the simple biological tie is not enough anymore. There are also cases in which really small children are being interviewed. The main scope is to reject the applications.

The Dutch government called the 80% that cases were rejected very successful. The percentage can be higher due to the fact that most refugees do first apply for an advice to safeguard the three months requisite (the application should be done within three months after the date of issue of the asylum permit for the alien in the Netherlands, so that the more favourable conditions are applicable). The fact is they are almost all rejected due to the fact that in this advice procedure no investigation (interview, DNA) will be done. For that an application at the embassy must be done by the family member.

I hope the information is helpful for you. If you have more questions let me know.

Best regards,

[...]

Senior consultant Kenniscentrum

En intressant passage är följande.

Children staying behind

A Somali woman 'Shamsa' has been granted asylum in the Netherlands. She wants to be reunited with her foster children who are left behind in the country of origin. The children A, B and C (11, 12 and 13 years old) are the biological children of her brother, but all their lives they lived with their father and Shamsa in one household. Their biological mother stayed also there for some time. She suffered from psychological problems and she committed suicide. In 2008 the family got robbed at home by six men. Shamsa and her sister were raped by the attackers. The brother of Shamsa, the biological father of the children, got killed. The children were hiding underneath the bed whereupon the rape occurred.

After Shamsa received her asylum permit in the Netherlands, the children went with their grandmother to the Dutch embassy in Sudan to apply for family reunification with their aunt. The children wandered around the Dutch embassy. The application for family reunification of the children was rejected, because the family relationship was not found to be likely. The conversation with the children were interpreted by two interpreters; one was interpreting from English to Arabic and the other interpreted from Arabic to standard Somali. The interview was very confusing for these children.

The children found it difficult to talk about the murder of their father and could not talk about the various traumatic events. The Dutch government thought this was implausible. In the decision the government did not take into account the young age of these children, the traumatic nature of the attack, the general conditions of war in Somalia and the following interacting events: the loss of their mother, the journey to the Dutch embassy, the illness of their grandmother and the terrible living conditions in Khartoum.

Ur ett brev från Nederländska Rädda Barnen till Europeiska kommissionen (EU-kommissionen) 2012-02-29, som ett svar på kommissionens grönbok om familjeåterförening.

Ovanstående från Nederländska Rädda barnen demonstrerar på ett bra sätt flera saker. Dels hur barnens skäl att få uppehållstillstånd i Nederländerna utreddes i sak och att det inte var pass eller andra dokument som var anledningen till att de nekades uppehållstillstånd. Dels visar stycket hur viktigt det är att det finns möjligheter för barn att kunna återförenas med andra än sina biologiska föräldrar. Till slut demonstrerar texten också hur liknande ärenden ställer krav på utredningar och beslutsfattare. Krav som i allmänhet klaras betydligt sämre i familjeåterföreningsärenden än i asylärenden även av svenska myndigheter, något som hade borde varit i fokus

för en diskussion om vi sluppit de senaste årens dokumentdebatt.

3.2 Europakonventionen och Europadomstolen

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) består av korta artiklar som fylls ut med innehåll genom de domar Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen) avkunnar. Hur konventionen ska tolkas blir alltså både tydligare och förändras allteftersom tiden går. Sverige (inklusive domstolar, myndigheter och lagstiftare) ska följa konventionen som den tolkas av Europadomstolen. Konventionen är svensk lag. Men den har också stark indirekt verkan på Sverige på så sätt att EU-rätt ska följa konventionen och EU-domstolen (som ju är den instans som ska tolka unionsrätten) har också varit noga med att respektera Europadomstolens praxis. Observera alltså att konventionen direkt sätter gränser för vilka tolkningar av EU-rätt som ska vara möjliga, vilket är relevant för oss i senare.

Det är konventionens åttonde artikel och hur den kommer att tolkas av Europadomstolen som är relevant för oss.

ARTICLE 1

The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.

Sektion 1 består av artikel 2 – 18.

ARTICLE 8

- 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.*
- 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.*

En prövning av om det skett ett brott mot artikel 8 täcker in ett antal steg. Först måste artikeln vara tillämplig genom att (i vårt fall) det finns ett familjeliv som genom en myndighet blivit inskränkt. För att detta inte ska innebära ett brott mot artikeln måste det ha skett med stöd av lag, ha ett legitimt syfte, samt tillslut vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. Det är alltså nödvändigt för oss att ta en snabb titt på dessa delar separat.

Referenser till domar och beslut från Europadomstolen som återfinns i följande två skrifter kommer inte i de flesta fall ges explicit i den här texten.

En användbar sammanfattning runt artikel 8 med referenser till relevanta domar och beslut av Europadomstolen fram till 2001 finns i *The right to respect for private and family life, A guide to the implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights, Ursula Kilkelly, Human rights handbooks, No. 1,*

<http://echr.coe.int/NR/rdonlyres/77A6BD48-CD95-4CFF-BAB4-ECB974C5BD15/0/DG2ENHRHAND012003.pdf>

Domar och beslut fram till och med 2006 som utvecklar vilka relationer som täcks av begreppet familjeliv finns i *Key case-law issues, THE CONCEPTS OF "PRIVATE AND FAMILY LIFE"*, http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/F6DC7D2E-1668-491E-817A-D0E29F094E14/0/COURT_n1883413_v1_Key_caselaw_issues__Art_8__The_Concepts_of_Private_and_Family_Life.pdf

Familjeliv. Vilka relationer som räknas som familjeliv för oss är inte uppenbart. När ärendet inte handlar om sådant som deportation eller migration har begreppet familjeliv kommit att kunna inbegripa någorlunda mycket. För migrationsärenden är kanske begreppet snävare. Nedan följer ett citat från en av EU-domstolens generaladvokater.

Även om artikel 8 i Europakonventionen endast garanterar utövandet av rätten till respekt för ett "befintligt" familjeliv och även om det, inom det specifika området för inresa, uppehåll och utvisning av utlänningar, har slagits fast att familjen ska begränsas till "kärnfamiljen",⁽³⁹⁾ har dock Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna i allmänhet gjort en vidsträckt tolkning av familjeliv.

Förslag till avgörande av generaladvokat Yves Bot, 27 mars 2012, mål c-83/11, § 75, EU-domstolen.

Det mål generaladvokaten refererar till, Slivenko mot Lettland § 94, ger inte riktigt täckning för tolkningen att bara kärnfamilj ingår i familjeliv i migrationsärenden, även om begreppet kärnfamilj i sig är möjligt att tolka på flera sätt.

94. In the Convention case-law relating to expulsion and extradition measures, the main emphasis has consistently been placed on the "family life" aspect, which has been interpreted as encompassing the effective "family life" established in the territory of a Contracting State by aliens lawfully resident there, it being understood that "family life" in this sense is normally limited to the core family (see, mutatis mutandis, Marckx v. Belgium, judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 21, § 45; see also, X v. Germany, no. 3110/67, Commission decision of 19 July 1968, Collection of decisions 27, pp. 77-96). The Court has, however, also held that the Convention includes no right, as such, to establish one's family life in a particular country (see, inter alia, Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, p. 34, § 68; Gül v. Switzerland, judgment of 19 February 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-I, pp. 174-75, § 38; and Boultif v. Switzerland, no. 54273/00, § 39, ECHR 2001-IX).

Europadomstolens dom 9 oktober 2003 i Slivenko mot Lettland § 94

Det aktuella ärendet handlade delvis om äldre föräldrar till vuxet barn, vilket alltså inte ansågs utgöra familjeliv. Däremot antydde det senare (§ 97) att relationen kunde utgjort familjeliv om föräldrarna varit beroende av sitt barn. Det som gör tolkningen av begreppet familjeliv svår är att den påstådda inskränkningen av begreppet familjeliv till kärnfamiljen (i vid mening) i migrationsärenden inte verkar återfinnas i fler domar. Begreppet familjeliv är alltså svårbedömt i migrationsärenden. Tillslut spelar det förmodligen mindre roll om inskränkningen i uppehållsrätt i första hand placeras under begreppet familjeliv eller under prövningen av vad som är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle (nedan). I praktiken blir nog skillnaden om det i ett enskilt fall görs en prövning av om en inskränkning har stöd i lag eller inte (se nedan).

Normalt sett innebär familjeliv följande som sammanfattar referenssamlingarna ovan. Både den faktiska relationens utseende och släktskap kommer att ha betydelse för om det finns familjeliv. För biologiska föräldrar till (ungefär) minderåriga krävs det exceptionella omständigheter för att det inte ska vara fråga om familjeliv. Däremot innebär inte normalt en förälder-barn relation familjeliv när föräldern är gammal och barnet vuxet om det inte finns ett speciellt beroendeförhållande, åtminstone inte när det handlar om migration. Lagg märke till hur inskränkningen i familjeliv för migrationsärenden här är uttryckt i minimala termer och återfinns inte när det handlar om andra typer av släktskapsrelationer. Syskon, både barn och vuxna, kan ha en relation som utgör familjeliv. Andra släktskapsrelationer (som en moster) kan tillsammans med en speciellt tät kontakt utgöra familjeliv. Vuxna barn som fortfarande lever med familjen kan innebära familjeliv. Adoptivbarn och gifta innebär ofta familjeliv. I det senare fallet beror det på relationen, men det är till exempel inte alldeles nödvändigt att bo ihop. Samboskap duger. En förlovning innebär däremot inte familjeliv. Viktigt för oss är att fosterbarns-relationer kan innebära familjeliv. I det sista fallet måste vi lägga märke till att det står i handboken ovan att det kan utgöra familjeliv, fast referensen handboken ger till ett gammalt beslut ger inget stöd för det påståendet. Nyligen finns dock *Moretti and Benedetti v. Italy*, no. 16318/07, 27 April 2010, där en relation mellan

ett fosterbarn och en fostermor utgör familjeliv, i skrivande stund finns domen enbart på franska. Nyligen tas det också ställning för att ett sammanboende samkönat par kan utgöra familjeliv, *Schalk and Kopf v. Austria*, no. 30141/04, 24 June 2010.

I den mån vårat mål är fällande domar i Europadomstolen ligger nog det svåraste här. Vilka bevis krävs för att relationen är den angivna? I Sverige görs en principiell skillnad mellan asyl och familjeåterföreningsärenden när det gäller bevisvärdering. Det är svårt att se varför Europadomstolen skulle välja att göra en sådan kategorisk skillnad och jag tror att de i viss mån skulle anpassa nivån efter omständigheterna i ärendet. Det är dock svårt att inte vara väldigt spekulativ här.

Stöd av lag. Det innebär att den omstridda åtgärden ska ha stöd i nationell lag och inte till exempel enbart av en praxis, samt att lagen ska vara någorlunda förutsebar i sina konsekvenser. Det är alltså väldigt tveksamt om den nuvarande svenska praxisen på området, där nationell lagstiftning skulle utgöras av några omnämmanden i förbifarten i förarbeten samt möjligen en krystad tolkning av EUs gränskodex, kan sägas leva upp till det aktuella kravet.

Legitimt syfte. Åtgärden måste ha som syfte något av det som räknas upp under punkt 2 i paragrafen. Att hänvisa till ekonomi, nationell säkerhet eller brottsbekämpning är alltså legitimt. I praktiken kommer anledningen staten hävdar här att få stå. Det är inte här, utan under nästa punkt, som de intressanta frågeställningarna finns.

Nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. För att en åtgärd av en myndighet här ska anses som nödvändig i ett demokratiskt samhälle ska inskränkningen av rätten till familjeliv stå i proportion till den förväntade nyttan för samhället. I den mån Sverige vill hävda att det är nödvändigt att inskränka familjeåterförening på grund av säkerhetsskäl eller brottsbekämpning, blir alltså det tidigare avsnittet om nyttan av att kräva dokument även juridiskt relevant. Slutsatsen var att det är svårt att se någon substans i påståenden om att absoluta krav på styrkt identitet skulle ge stora fördelar säkerhetsmässigt eller för brottsbekämpning. De flesta andra länder brukar lägga fokus på ekonomiska skäl till att begränsa rätten till familjeåterförening.

Det följer inte ur konventionen någon generell rätt för en familj att välja vilket land de ska leva i. Domstolen har förklarat vad som är relevant för om nekad familjeåterförening medför konventionsbrott i fall som rör makar och i fall som rör föräldrar och biologiska barn. För makar är relevanta omständigheter ifall det finns hinder mot att bosätta sig på något annat rimligt ställe (i hemlandet) samt om makarna kände till svårigheterna med att få leva tillsammans innan de ingick äktenskap, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, judgment of 28 May 1985*. För barn är det relevant om familjelivet kan fortsätta som förut, det vill säga hur barnets situation är, *Ahmut v. the Netherlands, judgment of 28 Nov. 1996*, samt om det finns förhinder för föräldrarna att flytta till barnet, *Gul v. Switzerland, judgment of 19 Feb. 1996*.

I vilket fall är en central fråga om familjen kan återförenas på något annat rimligt ställe. För familjer med medlemmar som har uppehållstillstånd på grund av att de behöver skydd så finns det normalt sådana hinder. Och för familjer som kommer från ett land som Somalia finns oftast sådana hinder oavsett vilken grund familjemedlemmar har fått uppehållstillstånd på.

The Court notes in this context, however, that due consideration should be given to cases where a parent has achieved settled status in a country and wants to be reunited with her or his children who, for the time being, have been left behind in their country of origin, and that it may be unreasonable to force the parent to choose between giving up the position which she/he has acquired in the country of settlement or to renounce the mutual enjoyment by parent and child of each other's company which constitutes a fundamental element of family life (Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom judgment of 28 May 1985, Series A no. 94, p. 34, § 68). The issue must therefore be examined not only from the point of view of immigration and residence, but also with regard to the mutual interests of the applicants.

Beslut om prövning, Jamal och Nassma Adnane mot Nederländerna, 6 November 2001

49. *The Court has indeed previously rejected cases involving failed applications for family reunion and complaints under Article 8 where the children concerned had in the meantime reached an age where they were presumably not as much in need of care as young children and increasingly able to fend for themselves. In cases of this nature, the Court has also examined whether the children had grown up in the cultural and linguistic environment of their country of origin, whether they had other relatives there, and whether it could be expected of the parents to return to that country (see, for instance, Benamar v. the Netherlands (dec.), no. 43786/04, 5 April 2005; I.M. v. the Netherlands (dec.), no. 41266/98, 25 March 2003; and Chandra and Others v. the Netherlands (dec.), no. 53102/99, 13 May 2003).*

50. *In the present case the Court notes that the applicants have not alleged that Mehret, who undoubtedly has strong cultural and linguistic links with Eritrea, could no longer be looked after by the relatives who have been doing so ever since her mother left. They have, nevertheless, argued that Mehret's age – rather than making her less dependent on her mother – made it even more pertinent for her to be allowed to join her family in the Netherlands. This was because, in accordance with Eritrean custom, Mehret's grandmother had taken her out of school, and Mehret had also reached an age where she could be married off (see paragraph 13 above). Although Mrs Tuquabo-Tekle disagreed with the choices made for Mehret, she was unable to do anything about them as long as her daughter was living in Eritrea. The Court agrees with the Government that the applicants' arguments in this context do not, by themselves, warrant the conclusion that the State is under a positive obligation to allow Mehret to reside in the Netherlands. Even so – and bearing in mind that she was, after all, still a minor – the Court accepts in the particular circumstances of the present case that Mehret's age at the time the application for family reunion was lodged is not an element which should lead it to assess the case differently from that of Şen.*

51. *The Court would, moreover, add that, although not in itself decisive, it is noteworthy that when Mrs Tuquabo-Tekle successfully sought leave from the Norwegian authorities to be reunited with her daughter in Norway, Mehret was much the same age as Sinem Şen was when her parents lodged such an application with the Netherlands authorities (see paragraph 9 above).*

52. *Having regard to the above, the Court finds that the respondent State has failed to strike a fair balance between the applicants' interests on the one hand and its own interest in controlling immigration on the other.*

Accordingly, there has been a violation of Article 8 of the Convention.

Tuquabo-Tekle m.fl. mot Nederländerna, dom 1 dec. 2005.

3.3 EUs gränskodex

Eus gränskodex, en förordning som alltså gäller som lag i Sverigige, har använts som argument av Migrationsverket och i någon mån Migrationsöverdomstolen för varför det ska finnas krav på styrkt identitet. Kodexen innehåller instruktioner för vad som ska ske när någon passerar in i EU genom de yttre gränserna. Bland annat ska resehandlingar och personens identitet kontrolleras. Det finns flera anledningar till varför gränskodexen inte är något bra skäl till att kräva styrkt identitet vid familjeåterförening. Till att börja med är Europakonventionen och Europadomstolen överordnade kodexen, speciellt i den meningen att EU-domstolen i mån av konflikt nästan säkert skulle välja att upprätthålla konventionen och Europadomstolen. Men också av anledningar som är interna för tolkningen av kodexen.

Identitet är ett begrepp med skiftande innebörder och kodexen är skriven för att klargöra hur gränspassager ska

gå till, inte vilka krav som ska ställas för att personer ska kunna få uppehållstillstånd. När kodexen specificerar att identiteten ska kontrolleras ligger det alltså nära till hands att tolka det som att det vid en gränspassage ska kontrolleras om personen som passerar gränsen är densamma som personen som fått resehandlingarna utställda på sig, samt om handlingarna är äkta och om personen står på en spärrlista. Den tolkningen Migrationsverket vill göra, att detta innebär att personen ska styrka födelsedata för att kunna få uppehållstillstånd, är något helt annat och skulle vara en reglering som inte uppenbarligen hör hemma i ett dokument som behandlar gränspassager. Dessutom innebär inte ett krav på personalen vid inpassage att personen nödvändigtvis ska förbjudas inträde ifall kraven inte kan uppfyllas.

I kodexen är det implicit på så sätt att förutom att den ställer upp regler för vad personalen måste göra vid passagen så ställer den även upp regler för vilka grunderna får vara för att neka inpassage vid kortare vistelser (reglerna för längre vistelser/uppehållstillstånd berörs inte i kodexen). Det vill säga, att personal ska kontrollera någons pass innebär i sig inte att det är självklart vilket beslut som ska tas om det inte finns något pass att kontrollera.

3.4 Familjeåterföreningsdirektivet

Om vi förenklar något kan vi säga att familjeåterföreningsdirektivet ska reglera lagstiftningen i unionens länder för ärenden då referenspersonen inte är medborgare. Dessutom är det inte tillämpligt då personen har uppehållstillstånd av skyddsskäl, men inte en flyktingförklaring. Anledningen är att de med en flyktingförklaring särbehandlas, vilket från början var meningen skulle gälla alla som har uppehållstillstånd av skyddsskäl. Då reglerna för att tillhöra en sådan grupp var väldigt varierande i unionen vid direktivets tillkomst valde man dock tillslut att inte göra direktivet tillämpligt på gruppen, med ambitionen att senare skriva in dem på samma villkor som för de med flyktingförklaring. Att de som har uppehållstillstånd för att de är skyddsbehövande lämnas utanför direktivet innebär alltså på sätt och vis ett ställningstagande för att de i många fall inte bör behandlas enligt samma regler som de som har uppehållstillstånd av andra anledningar.

Direktivet är delvis ett minimidirektiv, det vill säga att det ofta tillåter generösare regler. Det som är relevant för oss här är att det innehåller en uppräkningsrelationer som ska/kan ge uppehållstillstånd, en uppräkningsrelationer av vad som ska vara med i en ansökan, samt en lättnad för personer med en flyktingförklaring.

De släktskapsrelationer som ska ge uppehållstillstånd är i princip de som finns i en kärnfamilj, makar och (ungefär) minderåriga barn inklusive adopterade barn. Länder får ge uppehållstillstånd till andra föräldra-barn relationer när det finns ett beroendeförhållande, samt till en ogift partner. Är referenspersonen en flykting får landet ge uppehållstillstånd till även andra beroende släktingar och är referenspersonen dessutom minderårig finns det ännu fler möjligheter.

Dessutom anger direktivet alltså vad som ska ingå i en ansökan (5.2), vilket inbegriper skriftliga bevis för sådant som familjerelationen och eventuella villkor som följer av direktivet är uppfyllda, samt resedokument. Att något ska ingå i en ansökan innebär inte, på samma sätt som ovan i gränskodexen där det står vad som ska kontrolleras vid yttre gränspassage, att en ansökan nödvändigtvis måste avslås om det inte finns med (16.1 a), däremot kan det normalt sett knappast strida mot direktivet att neka om dokumenten saknas. Migrationsöverdomstolen gjorde ungefär samma bedömning i UM 1014-09 där dokumentet i fråga var pass (resehandling). Man bör komma ihåg här att direktivet inte direkt talar om styrkt identitet utan om pass och att svenska ställningstaganden om hur de hänger ihop inte har någon relevans för hur direktivet ska tolkas.

Om vi för en sekund överger frågan om pass och identitet och istället tittar på vårdnadshavare och företräderskap

så finns det relevanta delar av direktivet. Till att börja med kan vi notera att dokument som styrker företräderskap inte står med bland de dokument som står uppräknade som de som ska ingå i en ansökan. Dessutom är både varianten att en ansökan lämnas in av personen som vill ha uppehållstillstånd och varianten att ansökan lämnas in av det vi brukar kalla för referenspersonen, explicit tillåtna. I det senare fallet uppkommer inte problem med att skaffa dokument som visar företräderskap. Det verkar följa av direktivet att sådana dokument inte fyller någon viktig funktion, att det i vilket fall inte kan vara fel att inte ha krav på sådana och att det är oklart om det (map direktivet) är fel att kräva visat företräderskap för minderåriga som inte befinner sig i unionen.

Det finns en viktig punkt i direktivet när det gäller vårdnadshavare. Ett barn med två vårdnadshavare ska ha tillstånd från båda för att få uppehållstillstånd för familjeåterförening. Motsvarande reglering har funnits sedan tidigare i flera unionsländer och kom även med i direktivet och implementerades senare även i Sverige. Det finns inget mer i direktivet eller i svenska förarbeten som underlättar en tolkning av regeln. I Sverige valde Migrationsverket så småningom att anta att barn har två vårdnadshavare och ett påstående om att någon är ensam vårdnadshavare måste alltid styrkas med dokument. Åtminstone migrationsdomstolarna har på det stora hela upprätthållit den tolkningen och Migrationsöverdomstolen har aldrig prövat frågan. I och med domen från Migrationsöverdomstolen den artonde januari har Migrationsverket ändrat sin praxis så att dokument inte ska krävas då sådana inte kan skaffas.

För personer som fått en flyktingförklaring ska det enligt direktivet gälla vissa lättnader. Dels eftersom flyktingar inte kan förväntas återförenas med sin familj i ursprungslandet och dels för att en flykting ofta inte har samma möjligheter som andra att till exempel styrka med dokument. Den för oss mest centrala artikeln i direktivet lyder så som följer.

Artikel 11

1. Vad gäller inlämnandet och prövningen av ansökan skall artikel 5 tillämpas, med förbehåll för punkt 2 i den här artikeln.

2. Om en flykting inte kan styrka sina familjeband med offentliga handlingar, skall medlemsstaten beakta andra bevis för att sådana band föreligger enligt nationell lagstiftning. Ett beslut om avslag på ansökan får inte uteslutande bygga på avsaknad av skriftlig bevisning.

Den är besvärlig att tolka då den kan läsas på två sätt. Antingen som att det inte får krävas av en flykting vid en familjeåterförening att en relation måste kunna styrkas med dokument, alternativt att det av en flykting i en familjeåterförening inte får krävas att några förhållanden måste styrkas med dokument. Den senare tolkningen stämmer bättre ihop med det korta motivet för regeln vi nämnde ovan. Och när Kommissionen skrev det ursprungliga förslaget som senare blev direktivet framgick det i kommentarerna att det var denna tolkning som tänktes.

Refugees and persons enjoying subsidiary protection have often had to flee their country in such conditions that they do not have all the documents needed for processing their application; they should not be penalised, but the rules should be relaxed to accept other forms of proof (testimony, photographs, correspondence, separate interviews with the applicant and the family member applied for, etc.).

COM(1999) 638

Förslaget till direktiv skrevs om och ändrades, men formuleringen i det som blev 11.2 förblev nästan oförändrad. Poängen här är inte att kommissionens ursprungliga motiv är viktiga, vilket de inte ska vara, utan att de hjälper till

att tolka texten när den innehåller flera möjliga syftningar.

Den senare, mer omfattande, tolkningen av punkt 11.2 skulle förstås ha stora konsekvenser för hur svensk lag och praxis får se ut. Fast även den första tolkningen skulle bli relevant för vår diskussion. Låt oss till exempel ta fallet med ett barn som inte har kvar sina biologiska föräldrar. Söker barnet på anknytning till en vuxen som har en flyktingförklaring kan alltså inte ansökan avslås bara för att de inte kan uppvisa ett dokument som säger att barnet är adopterat av flyktingen, eller för att det inte finns dokument som visar att en informell fosterfamilj har tagit hand om barnet. Vilket inte i sig hindrar att det kan finnas andra grunder att neka barnet på, men det begränsar möjliga motiv till beslut.

RÅDETS DIREKTIV 2003/86/EG

av den 22 september 2003

om rätt till familjeåterförening

...

(4) Familjeåterförening är ett nödvändigt medel för att möjliggöra familjelivet. Familjeåterförening bidrar till att skapa en social och kulturell stabilitet som underlättar tredjeland-medborgarnas integrering i medlemsstaterna, som även främjar den ekonomiska och sociala sammanhållningen, vilket är ett av gemenskapens grundläggande mål enligt fördraget.

...

(8) Situationen för flyktingar bör ges särskild uppmärksamhet med anledning av de skäl som tvingat dem att fly från sitt land och hindrar dem från att leva ett normalt familjeliv där. Deras rätt till familjeåterförening bör därför regleras av förmånligare villkor.

...

Artikel 3

1. Detta direktiv skall tillämpas när referenspersonen innehar ett uppehållstillstånd med en giltighetstid på minst ett år som utfärdats av en medlemsstat och har välgrundade utsikter att få ett varaktigt uppehållstillstånd, om hans eller hennes familjemedlemmar är tredjeland-medborgare, oberoende av deras rättsliga ställning.

2. Detta direktiv skall inte tillämpas när referenspersonen

a) ansöker om att beviljas flyktingstatus och vars ansökan ännu inte har lett till ett slutligt beslut,

b) har tillstånd att vistas i en medlemsstat med stöd av ett tillfälligt skydd eller som ansöker om tillstånd att vistas i medlemsstaten i avvaktan på ett beslut om sin ställning,

c) har tillstånd att vistas i en medlemsstat på grundval av alternativa skyddsformer enligt internationella förpliktelser, nationell lagstiftning eller praxis i medlemsstaterna, eller

som har ansökt om uppehållstillstånd av denna anledning och som avvaktar ett beslut om sin ställning.

...

5. Detta direktiv skall inte påverka medlemsstaternas möjligheter att anta eller behålla förmånligare bestämmelser.

...

Artikel 4

1. Medlemsstaterna skall, enligt detta direktiv och med iakttagande av villkoren i kapitel IV och i artikel 16, tillåta inresa och vistelse för följande familjemedlemmar:

a) Referenspersonens make/maka.

b) Underåriga barn till referenspersonen och dennes make/maka, inbegripet barn som har adopterats i enlighet med ett beslut som har fattats av den berörda medlemsstatens behöriga myndighet eller ett beslut som är automatiskt verkställbart enligt den medlemsstatens internationella förpliktelser, eller som måste erkännas enligt internationella

förpliktelser.

c) Underåriga barn, inbegripet adopterade barn, till referenspersonen om denne har vårdnaden och barnen är

beroende av honom/henne för sin försörjning. Medlemsstaterna får tillåta familjeåterförening för barn som står under gemensam vårdnad, under förutsättning att den andra vårdnadshavaren har lämnat sitt medgivande.

d) Underåriga barn, inbegripet adopterade barn, till maken/makan om denne har vårdnaden och barnen är beroende av honom/henne för sin försörjning. Medlemsstaterna får tillåta familjeåterförening för barn som står under gemensam vårdnad, under förutsättning att den andra vårdnadshavaren har lämnat sitt medgivande.

...

2. Medlemsstaterna får i lag eller annan författning, enligt detta direktiv och med iakttagande av villkoren i kapitel IV, tillåta inresa och vistelse för följande familjemedlemmar:

a) Släktingar i rakt uppstigande led av första graden till referenspersonen eller dennes make/maka, om släktingarna är beroende av referenspersonen eller dennes make/maka för sin försörjning och saknar annat nödvändigt familjemässigt stöd i ursprungslandet.

b) Ogifta myndiga barn till referenspersonen eller dennes make/maka, om barnen av hälsoskäl bevisligen inte kan försörja sig själva.

3. Medlemsstaterna får i lag eller annan författning, enligt detta direktiv och med iakttagande av villkoren i kapitel IV, tillåta inresa och vistelse för en ogift partner som är tredjelandsmedborgare och som har ett vederbörligen styrkt varaktigt förhållande med referenspersonen eller för en tredjelandsmedborgare som har familjeband med referenspersonen i form av ett registrerat partnerskap enligt artikel 5.2 samt för ogifta underåriga barn, även adopterade barn, samt ogifta myndiga barn som av hälsoskäl bevisligen inte kan försörja sig själva, till dessa personer.

...

Artikel 5

1. Medlemsstaterna skall avgöra om en ansökan till de behöriga myndigheterna i den berörda medlemsstaten om inresa och vistelse för familjeåterförening skall lämnas in av referenspersonen eller av dennes familjemedlemmar.

2. Ansökan skall åtföljas av skriftliga bevis för familjebanden och för att villkoren i artiklarna 4 och 6 och, i förekommande fall, artiklarna 7 och 8 är uppfyllda, samt bestyrkta kopior av familjemedlemmarnas resehandlingar. Om det är lämpligt för att styrka familjebanden, får medlemsstaterna hålla samtal med referenspersonen och dennes familjemedlemmar och göra de utredningar som bedöms nödvändiga.

Vid prövningen av en ansökan avseende referenspersonens ogifta partner skall medlemsstaterna vid bedömningen av om det finns ett varaktigt förhållande beakta omständigheter som att det finns ett gemensamt barn, ett tidigare samboende, ett registrerat partnerskap eller andra tillförlitliga bevis.

...

Familjeåterförening för flyktingar

...

Artikel 10

1. Artikel 4 skall tillämpas på definitionen av familjemedlemmar, med undantag av artikel 4.1 tredje stycket som inte skall tillämpas på barn till flyktingar.

2. Medlemsstaterna får tillåta familjeåterförening för andra familjemedlemmar än de som anges i artikel 4, om de är beroende av flyktingen för sin försörjning.

3. Om en flykting är underårig utan medföljande vuxen

...

b) får medlemsstaterna tillåta inresa och vistelse i familjeåterföreningssyfte för hans eller hennes legala vårdnadshavare eller varje annan familjemedlem, om flyktingen inte har några släktingar i rakt uppstigande led eller om de inte går att spåra.

Artikel 11

1. Vad gäller inlämnandet och prövningen av ansökan skall artikel 5 tillämpas, med förbehåll för punkt 2 i den här artikeln.

2. Om en flykting inte kan styrka sina familjeband med offentliga handlingar, skall medlemsstaten beakta andra bevis för att sådana band föreligger enligt nationell lagstiftning. Ett beslut om avslag på ansökan får inte uteslutande bygga på avsaknad av skriftlig bevisning.

...

Artikel 13

1. Så snart ansökan om inresa för familjeåterförening har godkänts, skall den berörda medlemsstaten ge familjemedlemmarna tillstånd till inresa. Den berörda medlemsstaten skall därvid på alla sätt underlätta för dessa personer att erhålla de viseringar som krävs.

...

Artikel 16

1. Medlemsstaterna får avslå en ansökan om inresa och vistelse för familjeåterförening eller, i förekommande fall, återkalla ett uppehållstillstånd eller avslå en ansökan om förnyelse av uppehållstillstånd för en familjemedlem i följande fall:

a) Om villkoren i detta direktiv inte är uppfyllda eller inte längre är uppfyllda.

...

3.5 Slutsats om Europarätt

Miniminormerna som följer av Europakonventionen står i uppenbar konflikt med miniminormerna som följer av familjeåterföreningsdirektivet. Direktivet utdelar på det stora hela taget rätt till familjeåterförening utifrån släktskap (kärnfamilj) med utökade rättigheter för de med flyktingstatus, medan Europakonventionen på det stora hela utdelar rätt till familjeåterförening utifrån familjens omständigheter. Svensk lagstiftning bör följa båda och i den mån som Europakonventionen påbjuder återförening när direktivet förefaller förbjuda det, ska konventionen gå före.

Direkt efter att direktivet gick igenom försökte parlamentet att utmana det som i princip var rådets direktiv i EU-domstolen genom att hävda att det stred mot Europakonventionen på några punkter. EU-domstolen höll inte med parlamentet och direktivet fick stå som det var. Delvis för att domstolen ansåg att det gick att göra tolkningar av direktivet i nationell lagstiftning som även skulle vara konform mot konventionen. Domstolen var av åsikten (dom i mål C-540/03) att de regler i direktivet som var under diskussion vid tillfället måste tolkas så att de tillät en proportionalitetsbedömning av alla relevanta aspekter i det aktuella ärendet.

Som vi såg tidigare kan en mängd olika relationer komma att utgöra familj i Europadomstolens uttolkning av konventionen, möjligen med tillägget att det kan krävas beroendeförhållanden i migrationsärenden. Om vi antar för ett visst fall att relationen är den uppgivna och familjeåterförening inte är möjligt på något rimligt alternativt ställe, så ska en proportionalitetsbedömning göras där intresset för individen att få återförenas med sin familj ställs mot det allmännas eventuella intresse av att förhindra en återförening i Sverige. Två saker är viktiga att lägga märke till.

Dels kommer inte resultatet av en sådan bedömning bara att bero på vilken typ av relation som finns. Till exempel, det kan inte bli så att alla biologiska barn bedöms ska återförenas med sina familjer medan alla informella fosterbarn bedöms ska nekas återförening.

Dels så skulle förmodligen en stor andel familjer av varierande utseende som kommer från konfliktområden faktiskt klara proportionalitetsbedömningen och få återförenas i Sverige. Detta för att de inte har alternativa platser att återförenas på och inte har en familjesituation det är rimligt att tycka kan fortgå.

Alltså, av Europakonventionen följer att familjeåterförening inte automatiskt kan nekas hela grupper som inte kan skaffa dokument med hänvisning att de inte kan styrka identitet eller företräderskap eller dylikt, om personerna i fråga inte har någon annanstans att återförenas. Den svåra frågan som finns kvar är då var Europadomstolen skulle lägga nivån för att visa den uppgivna familjerelationen.

Men tursamt nog behöver vi inte veta hur Europadomstolen skulle bedömma detta för att kunna dra skarpa slutsatser om den nuvarande svenska lagstiftningen och praxisen på området är förenlig med Europeisk rätt. Låt oss göra en minimal tolkning av EU-rätt. Familjeåterföreningsdirektivets elfte artikel om speciella rättigheter för de med flyktingförklaring var något svårtolkad, men den säger åtminstone att för någon med flyktingförklaring får inte familjeåterförening nekas enbart för att det inte finns dokument som kan styrka familjerelationen. Det ska alltså tas hänsyn till annan bevisning, vilket innebär att en bevislättning har ställts upp.

För en flykting säger Europakonventionen åtminstone att svenska regler inte får neka familjeåterförening enbart för att sådant som identitet och dylikt inte kan styrkas, medan familjeåterföreningsdirektivet åtminstone säger att familjeåterförening inte får nekas enbart för att familjerelationen inte kan styrkas med dokument. Slutsatsen blir då att för en flykting får svenska regler inte neka familjeåterförening enbart med hänvisning till att någon omständighet inte kan styrkas med dokument, oavsett vilken omständighet vi pratar om. Det skulle vara svårt att särbehandla flyktingar från andra skyddsbehövande.

Därmed finns en miniminivå, enligt europarätt tvingande, som den nuvarande svenska praxisen inte klarar.

4. Vad lagstiftaren måste göra

Som vi såg tidigare verkar det inte finnas någon konsensus i den svenska processen om vad som gäller, och i praktiken ligger praxisen långt från vad som bör vara en Europarättslig miniminivå. Vad värre är innebär det också att en mängd väldigt grymma beslut som splittrar familjer tas. Det finns visserligen ingen bra anledning att tro att den svenska praxisen skulle komma att ligga still där den är idag, men om historien lärt oss något bör det nog vara att åt vilket håll och i vilken takt det juridiska systemet tvingar fram förändringar i praxis är det inte lätt att sja om. Den svenska lagstiftaren skapade viktiga delar av problemen från början genom sitt märkliga agerande på slutet av nittiotalet och har fram till nu inte gjort något för att läka skadorna som uppkommit, utan istället helt abdikerat i dessa frågor. Det kan vara läge att påminna om Europakonventionens krav på att inskränkningar i rätten till familjeliv ska ha stöd i nationell lag.

Det finns en sak som det är värt att lyfta fram som speciellt viktig. Att se till att alla barn kan söka uppehållstillstånd på anknytning till Sverige och faktiskt få sina substantiella skäl bedömda. Det är inte enbart för de tragiska beslut som tas, utan också för att det här är helt klart vad det svenska juridiska systemet har kommit fram till. Det finns inga ursäkter för den svenska lagstiftaren om den väljer att inte hantera den frågan. Skriv lagen sådan att alla barn kan söka uppehållstillstånd i Sverige på anknytning, antingen genom att ansökan görs av det som idag är referenspersonen i Sverige, eller på annat sätt. 5 kap.17 § UtlL kan sedan skrivas om så att tillstånd från vårdnadshavare behövs i den mån det finns anledning att tro att de existerar. Som en isolerad åtgärd skulle detta i nuläget endast kunna ge ett litet antal uppehållstillstånd i Sverige, men det är en förutsättning för att komma vidare, politiskt eller juridiskt, för många barnärenden.

Vidare behöver det göras explicit att det under vissa omständigheter inte ska finnas ett krav på styrkt identitet vid familjeåterförening. En rimlig utgångspunkt kan vara att det överhuvudtaget inte ska finnas ett krav på styrkt identitet för grupper som inte har någon rimlig möjlighet att göra detta. I den mån det ska göras inskränkningar måste de som vill göra inskränkningarna förklara på vilket sätt detta är bra och visa att det faktiskt är så. Det hänvisas till exempel ibland kort till säkerhet och brottsbekämpning när det gäller krav på styrkt identitet. Som syns ovan har vi här försökt att titta på om det finns någon anledning att tro på att krav på styrkt identitet för grupper som inte har möjlighet till detta ger någon säkerhetsvinst och knappt hittat någonting. Dessutom, om inte vinsten med identitetskrav görs tydligare än handviftningar går det inte att göra en avvägning mellan den vinsten och vinsten med att låta familjer återförenas i Sverige.

Vi har sett ovan att det finns juridiska skäl till varför inte Sverige får neka familjeåterförening i en mängd situationer. Det är en både rättslig och moralisk miniminivå som Sverige måste klara. Ska det trots allt finnas begränsningar i rätten att få återförenas i Sverige i gruppen som inte kan styrka sin identitet måste regler skrivas som både klarar av att producera beslut på rätt sida om den situationsspecifika proportionerlighetsbedömning som Europadomstolen skulle göra och som dessutom det är praktiskt rimligt att Svenska myndigheter klarar av att hantera i en stor mängd ärenden.

Slutligen är det svårt att se vad vinsten skulle vara med att främlingspass är exklusivt Migrationsverkets fråga. Rätten att få resa över en gräns hänger intimt ihop med rätten att få uppehålla sig på ett territorium och en myndighet eller domstol måste ha beslutanderätt över båda eller ingetdera.