Utvisning på grund av brott: En jämförelse av svensk och norsk rätt

Av docent Caroline Taube

I denna artikel[1] presenteras hur instansordningen i Sverige och Norge skiljer sig åt i utvisningsärenden, samt huvuddragen i reglerna om utvisning på grund av brott med utgångspunkt i objektiva och subjektiva villkor. Rättskälleanvändningen i rättspraxis med tonvikt på Europakonventionens praxis uppmärksammas liksom betydelsen av landinformation vid bedömningen av verkställighetshinder. Några av förslagen i SOU 2021:61 Utvisning på grund av brott — ett skärpt regelverk kommenteras helt kort i den avslutande diskussionen.

1 Inledning

Migration och utlänningsrätt är ett viktigt politikområde som har ständigt hög aktualitet. En korrekt tillämpning av migrationsrätten förutsätter hänsyn till såväl nationella som europarättsliga regler samt till ett särpräglat internationellt regelverk. En rad rättsområden tangeras såsom konstitutionell rätt och folkrätt med särskilt fokus på mänskliga fri- och rättigheter, men också familjerätt och internationell privaträtt, straffrätt, processrätt, förvaltningsrätt och förvaltningsprocessrätt.

Jag har haft förmånen att under ett drygt decennium arbeta med utlänningsrätt i två länder, först i Norge i 9 år vid Utlendingsnemnda (UNE) och därefter i Sverige vid Migrationsverkets förvaltningsprocessavdelning. Det har varit en upptäcktsfärd i ländernas konstitutionella system, förvaltning och modell för politisk styrning. Processformerna vid överklagande har olika karaktär. Sverige har som bekant en tvåpartsprocess i allmän domstol och allmän förvaltningsdomstol. I Norge har UNE ett utredningsansvar som är jämförbart med en svensk förvaltningsmyndighets i kombination med att vara ett domstolsliknande förvaltningsorgan, alltså en form för inkvisitorisk process. Vad gäller de materiella bedömningarna i asylärenden råder emellertid en utbredd samsyn, och det finns ett välfungerande samarbete mellan länderna för inhämtning av landinformation. Regelverk, praxis och myndighetsrutiner skiljer sig dock åt på flera viktiga punkter.

Inledningsvis kan följande observationer göras av några grundläggande olikheter:

Den första är att lagstiftaren och utlänningsmyndigheterna i Norge har strävat efter att hålla isär de olika invandringsgrunderna — asyl

[1] Jag tackar hovrättsrådet Eva Edwardsson, nemndleder Johan Berg och nemndleder Trine Grythe för värdefulla kommentarer under arbetet med denna artikel.

(flyktingar och skyddsbehövande), familjeinvandring, arbetsinvandring, studier etc. Ett viktigt mål har varit, och är, att skydda själva asylinstitutet och att genom strikt praxis skilja asyl- och skyddsärenden från ansökningsprocesser i andra typer av ärenden. För både familjeinvandring och arbetstillstånd krävs det således att uppehållstillstånd har beviljats innan inresa till Norge kan ske, även om det finns möjlighet för undantag.[2] I Sverige har det däremot i rättspraxis godtagits att en ansökan om uppehållstillstånd på grund av asyl har kunnat övergå till ett ärende om tillstånd på grund av familjeanknytning i samma rättsprocess, se MIG 2007:31.[3]

Lagstiftaren har år 2008 även infört en regel som tillåter ett s.k. ”spårbyte”, dvs. att en asylsökande utlänning under vissa förutsättningar kan få uppehållstillstånd för arbete efter att asylansökan har avslagits.[4] I MIG 2020:5 har Migrationsöverdomstolen dock slagit fast att denna bestämmelse inte bör omfatta den som har haft uppehållstillstånd för arbete och först efter avslag på sin ansökan om förlängt arbetstillstånd söker asyl. Det skulle skapa en ordning som leder till att asylsystemet utnyttjas för att få tillträde till arbetsmarknaden.[5] Något motsvarande finns inte i norsk rätt och med ett norskt perspektiv skulle det anses som problematiskt att införa en spårbytesregel eftersom en åtskillnad mellan asylinstitutet och arbetskraftsinvandring då inte upprätthålls. Det kan konstateras att utan en sådan strikt åtskillnad blir det en pedagogisk utmaning och ett politiskt problem att i den allmänna debatten kunna särskilja asyl och skyddsbehov från övriga invandringsgrunder.

En likhet mellan svensk och norsk rätt är att det görs en distinktion mellan olika uppehållstillstånd beroende på invandringsgrund och hur starka dessa tillstånd är. Samma rangordning gäller i båda länderna: Asyl renderar det starkaste uppehållstillståndet, därefter uppehållstillstånd på grund av familjeinvandring medan uppehållstillstånd för arbete och studier utgör de svagaste invandringsgrunderna. Olika krav gäller däremot i båda länderna för hur permanent uppehållstillstånd kan uppnås. Både invandringsgrunden och den utlänningsrättsliga statusen genom tillfälligt eller permanent uppehållstillstånd har betydelse vid bedömningen av utvisning på grund av brott.

Den andra iakttagelsen handlar om att Norge, i likhet med många länder i världen, beviljar tidsbegränsade uppehållstillstånd vid det första asylbeslutet. Huvudregeln är sedan december 2020 femåriga

[2] Lov 15 mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) § 56.
[3] MIG 2007:31, är känd som ”saken-domen” och har fått stor praktisk betydelse. För kritik och diskussion kring denna dom och senare praxis från Migrationsöverdomstolen, se Isa Cegrell Karlander *Officialprincipen i migrationsprocessen. Domstolens utredningsanvar*, Uppsala universitet, Uppsala 2021, s. 152–160
[4] Se utlänningslag (2005:716) (UtlL), 5 kap. 15 a §.
[5] Se MIG 2020:5.

uppehållstillstånd (tidigare tre år) enligt § 60 utlendingsloven även om de ofta görs ettåriga på grund av behovet av fortsatt ID-kontroll.[6] I Sverige har det däremot varit möjligt att bevilja permanent uppehållstillstånd vid det första asylbeslutet fram tills lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (tillfälliga lagen) i 4 § föreskrev att uppehållstillstånd istället ska vara treåriga för övriga skyddsbehövande under perioden 20 juli 2016–19 juli 2021.[7] Uppehållstillstånd ska som huvudregel vara tidsbegränsade i den nya utlänningslagstiftningen.[8]

Den tredje observationen är att beslut om uppehållstillstånd preskriberas i Sverige fyra år efter att det vunnit laga kraft, såvida det inte har förenats med ett återreseförbud med längre giltighetstid, 12 kap. 22 § UtlL.[9] I Norge finns det inte någon motsvarande preskriptionsregel. En preskriptionsregel har stor betydelse för hur effektivt myndigheterna kan genomföra avvisnings- och utvisningsbeslut och för en utlänningskontroll som sådan. I båda länderna väljer många utlänningar att gå under jorden efter avslag. I Norge kan de riskera att sändas ut ur landet oavsett hur länge efter avslaget som polisen söker upp dem eftersom beslutet förblir gällande. I Sverige förhindras detta av preskriptionsregeln som istället medför att det blir möjligt att påbörja en helt ny asylsökningsprocess efter att de fyra åren har utlöpt. I båda länderna finns säkerhetsventiler för att förhindra utsändelse genom möjligheten att åberopa nya omständigheter. I Norge sker det i form av s.k. omgjøringsanmodninger och eventuellt beslut om utsatt iverksetting, i Sverige i form av anmälan av verkställighetshinder och eventuellt beslut om inhibition.[10]

En rad ytterligare skillnader mellan regler och praktiska rutiner skulle kunna uppmärksammas. Som exempel kan i korthet nämnas *i.* hur omfattande rättshjälp som ges under asylansökningsprocessen (i Norge är huvudregeln att asylsökare tilldelas juridiskt biträde efter avslag i UDI, i Sverige ska offentligt biträde förordnas enligt vissa

[6] Se utlendingsloven § 38 femte ledd och utlendingsforskriften § 10-13.

[7] Se UtlL 5 kap. 1 §. I september 2013 beslutade Migrationsverket att bevilja permanenta uppehållstillstånd till alla flyktingar från inbördeskrigets Syrien eftersom konflikten inte bedömdes upphöra inom överskådlig tid. De som redan hade tillfälliga uppehållstillstånd i Sverige fick möjlighet att ansöka om permanenta uppehållstillstånd samt rätt att ansöka om familjeåterförening. Sverige blev därmed första land i EU att bevilja permanent uppehållstillstånd vid första asylbeslutet, till skillnad från de tidsbegränsade uppehållstillstånd, oftast ettåriga, som beviljades i övriga EU. Migrationsverkets rättsliga ställningstagande från 2013 är inte längre tillgängligt så därför hänvisas till Sveriges Radio, https://sverigesradio.se/artikel/5634316 (hämtad 2021-05-14) och FN:s regionala informationskontor för Västeuropa, https://unric.org/sv/naestan-haelften-av-alla-syrier-behoever-hjaelp/ (hämtad 2021-05-14).

[8] Se Dir. 2019:32 och SOU 2020:54 *En långsiktigt hållbar migrationspolitik*, prop. 2020/21:191 Ändrade regler i utlänningslagen och Socialförsäkringsutskottets betänkande 2020/21:SfU28.

[9] Se UtlL 12 kap. 22 §.

[10] Se Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 34 och utlendingsloven § 90 (jfr. utlendingsloven § 80), och UtlL 12 kap. 1–3a och 10–13a §§.

förutsättningar om det inte måste antas att behov saknas, dock alltid för barn som söker om skydd, se vidare 18 kap. 1–2 §§ UtlL), *ii.* kostnadsansvar för översättning av insända handlingar (i Norge får den enskilde själv ombesörja och bekosta detta, i Sverige översätter Migrationsverket "om det behövs"[11], *iii.* utresefristens längd (standardregeln är tre veckor i Norge, fyra i Sverige), *iv.* krav på studier i språk och samhällskunskap vid beviljade uppehållstillstånd (förutsättning för att få ekonomiskt stöd i Norge, inte i Sverige[12]) mm. Listan kan göras längre med enskilda exempel på hur beslut utformas i vissa ärendetyper, exempelvis genom information som ges eller utelämnas.[13]

Den fortsatta framställningen kommer att inriktas på några aspekter av utvisning på grund av brott och betydelsen av vilken instans som hanterar och fattar beslut i sådana ärenden. Bakgrunden till mitt val är senare års rättspraxis från Högsta domstolen (HD), bl.a. NJA 2019 s. 47 ”Utvisningsverkställighet I–III” och NJA 2019 s. 316 ”Utlänningens vistelsetid”. För mig som tidigare nemndleder (motsvarande domare) i UNE är HD:s rättspraxis och argumentation speciellt intressant eftersom jag har arbetat med denna typ av ärenden i en specialiserad instans. De frågeställningar som infinner sig handlar om hur förutsättningarna för utvisning på grund av brott ser ut i Sverige jämfört med Norge, vilken typ av instans som fattar beslut om utvisning, om rättskälleanvändningen i utvisningsärenden är likartad, och om argumentationen påverkas av om instansen är en allmän domstol eller specialdomstol. Syftet med denna artikel är att genom en komparativ framställning belysa dessa frågeställningar i svensk rätt.

Vissa begränsningar är nödvändiga. Utvisning på grund av brott kan brytas ner i olika typer av brott och omständigheter. Fokus i denna artikel är på den ”vanliga” brottslighet som åsyftas i de allmänna bestämmelserna om utvisning i respektive lands utlänningslagstiftning, och som regleras främst i brottsbalken (BrB) respektive lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven). Brott mot själva utlänningslagstiftningen, t.ex. illegalt uppehåll eller att ge vilseledande upplysningar i ett ärende uppmärksammas helt kort. Det som

[11] Se förvaltningslagen (2017:900) 13 § och Migrationsverket SR 18/2020 (2020-04-24), Rättsligt ställningstagande angående lämplighetsprövning av tolkar och översättare i Migrationsverkets ärenden.

[12] Här kan nämnas att frågan om kunskap i språk och samhällskunskap för svenskt medborgarskap är under utredning, se Dir. 2019:70 och delbetänkandet SOU 2021:2 *Krav på kunskaper i svenska och samhällskunskap för svenskt medborgarskap.*

[13] Det är närmast ogörligt att ge konkreta exempel utan en genomgång av ett större material. En fråga som jag särskilt lade märke till i mitt arbete är dock formuleringar som kan finnas med i ärenden som rör asyl som ges till minderåriga flickor som riskerar könsstympning i hemlandet. I UNE var det närmast rutin att tydligt förklara att könsstympning är straffbart och att det kan medföra återkallelse av uppehållstillstånd och utvisning för de föräldrar som ändå tillåter eller möjliggör ett sådant ingrepp. Sådan information förefaller inte ges rutinmässigt i Migrationsverkets beslut i dessa ärenden.

däremot inte kommer att behandlas är ärenden som gäller rikets säkerhet och terroristbrott i Sverige respektive ”grunnleggende nasjonale interesser eller utenrikspolitiske hensyn” i Norge. Skälet är att dessa bygger på material som inte är offentligt, och att de i båda länderna hanteras i en avvikande processordning med ett starkt politiskt inslag.[14] Vidare uppmärksammas inte EU- och EES-medborgares brott mot allmän ordning eller säkerhet eftersom det skulle bli alltför omfattande.[15]

2 Terminologi och rättskällor

Som i alla komparativa sammanhang bör några inledande förklaringar ges angående terminologiska skillnader för att undvika missförstånd. Vidare bör det sägas något om den grundläggande systematiken hos lagstiftningen i de två länderna, förhållandet till ytterligare rättskällor såsom EU:s regelverk på migrationsområdet och den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna från 1950 (Europakonventionen). Tillgängligheten av rättspraxis uppmärksammas till sist.

Termen *utvisning* används i både svensk och norsk rätt men bara med delvis samma betydelse. Enligt norsk rätt är ”utvisning” uteslutande en benämning för den administrativa reaktion som kan följa av att en person bryter mot utlendingsloven eller har blivit dömd för brott som kan medföra fängelsestraff och därför ska lämna landet.[16] Den svenska termen används däremot både när en person döms för brott som kan leda till fängelse och därför måste lämna landet[17], när en person som saknar pass eller tillstånd blir förpliktigad att lämna landet[18], och i samband med beslut om avslag eller avvisning av en ansökan om uppehållstillstånd eller återkallande av tillstånd och utlänningen som befinner sig i Sverige måste lämna landet.[19] Processuellt hanteras den tredje situationen i norsk rätt genom två beslut, dels genom ett vanligt beslut om avslag på en ansökan av t.ex. asyl,

[14] Utlänningsärenden som omfattar hänsyn till rikets säkerhet eller som rör terroristbrott avgörs av regeringen i sista instans efter att MiÖD har avgivit yttrande, se lag (1991:572) om särskild utlänningskontroll §§ 1 och 3. I Norge är det politiska inslaget i ärenden som gäller grundläggande nationella intressen eller utrikespolitiska hänsyn uttalat i och med att departementet kan instruera i dessa ärenden, se utlendingslovens §§ 126–129 och ifråga om domstolsprövningen i § 132, jfr § 79 fjerde ledd. Genom att ersätta de tidigare använda begreppen ”rikets sikkerhet” respektive ”tvingende samfunnsmessige hensyn” med begreppet ”grunnleggende nasjonale hensyn” i 2008 års utlendingslov utvidgades departementets instruktionsrätt, se vidare Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s. 386.

[15] Mot bakgrund av de förpliktelser som följer av EU-medlemskapet respektive EES-avtalet och EFTA-konventionen för Norges del regleras denna kategori separat från s.k. tredjelandsmedborgare, dvs. utlänningar från länderna utanför EU/EES.

[16] Se utlendingsloven §§ 66–68.

[17] Se UtlL 8a kap.

[18] Se UtlL 8 kap. 6 §.

[19] Se UtlL 8 kap. 16 §.

familjeinvandring eller arbetstillstånd, dels genom ett tilläggsbeslut som gäller plikten att lämna landet (s.k. ”forlatvedtak”). Forlatvedtaket är en förutsättning för att ett avslag ska kunna verkställas, dvs. att en uttransportering ska kunna genomföras. Om plikten att lämna landet inte respekteras inom angiven frist kan det leda till ett senare ärende om utvisning som en reaktion på ett brott mot utlendingsloven, varpå det fattas ett separat beslut om utvisning tillsammans med ännu ett forlatvedtak.[20]

Utvisning måste skiljas från begreppet *avvisning*. I UtlL kan beslut om avvisning fattas beträffande tredjelandsmedborgare, alltså personer som inte är medborgare i ett EU- eller EES-land, inom tre månader från ankomst/inresa till Sverige eller om utlänningen t.ex. saknar pass eller visum vid inresan till Sverige.[21] Vidare avser begreppet avvisning situationen när EES-medborgare vägras inresa på grund av hänsyn till allmän ordning och säkerhet.[22] Motsvarande term i norsk rätt för dessa situationer är *bortvisning,* se utlendingsloven § 17. Termen ”avvisning” finns dock också i norsk rätt men som en allmän förvaltningsrättslig term som avser beslut när t.ex. ett överklagande har lämnats in till fel forum, för sent eller av andra skäl inte kan behandlas av en klagoinstans.[23] Motsvarande betydelse för ”avvisning” används allmänt i svensk processrätt, förvaltningsrätt och förvaltningsprocessrätt.

Bland övriga begreppspar i detta sammanhang som kan vara värda att nämna i de två ländernas utlänningslagstiftning finns *inhibition — utsatt iverksetting, verkställighet — uttransportering, återreseforbud — innreiseforbud.* Deras närmare innebörd behöver inte förklaras närmare.

Vad gäller utlänningslagstiftningens systematik i respektive land är situationen i Norge okomplicerad eftersom det finns en enhetlig lag (utlendingsloven) med tillhörande förordningar (”forskrifter”, dvs. förordningar meddelade av regeringen), särskilt ”Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her” (utlendingsforskriften). I övrigt används forskrifter för utfyllnad av de regler i utlendingsloven som innehåller bemyndigande för regeringen, och är särskilt uttalat när det gäller att styra arbetskraftsinvandringen där det finns ett behov av flexibilitet.[24] De stora migrantströmmarna 2015 hanterades genom några smärre justeringar i utlendingsloven utan att dess grundläggande systematik ändrades. Den mest betydelsefulla ändringen var att departementets instruktionsrätt utvidgades maximalt, en lagändring som gällde i två år. Gränsen för departementets

[20] Se utlendingsloven § 66 annet ledd bokstav a.
[21] Se UtlL 8 kap. 2–3 §§.
[22] Se UtlL 8 kap. 11–14 §§.
[23] Se forvaltningsloven §§ 31 och 34.
[24] Se Ot.prp.nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s. 172–173.

instruktionsrätt gick vid utlänningsmyndigheternas kompetens att avgöra enskilda beslut och som förblev oändrad.[25]

I Sverige kompletteras UtlL av lag (1991:572) om särskild utlänningskontroll som gäller ärenden där utvisning är särskilt påkallat av hänsyn till rikets säkerhet eller fara för terroristbrott. Efter 2015 års migrantvåg har UtlL delvis ersatts och kompletterats med tillfällig lagstiftning, lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (tillfälliga lagen) samt lag (2017:353) om uppehållstillstånd för studerande på gymnasial nivå (gymnasielagen), med påföljande ändringar. Den svenska utlänningslagstiftningen är med dess olika beståndsdelar svår att överblicka och komplicerad att tillämpa, något som också Lagrådet varnade för under beredningen av tillfälliga lagen och gymnasielagen.[26] Ett omfattande utredningsarbete har påbörjats och är ännu inte slutfört, både den migrationspolitiska utredning som har sett över hela utlänningslagstiftningen, en utredning som arbetat med arbetskraftsinvandring, en särskild utredning för översyn av regelverket för utlänningsärenden med säkerhetsaspekter och en utredning om skärpta regler för utvisning på grund av brott.[27]

Ifråga om förhållandet till internationella regler anges det uttryckligen i norsk rätt att utlendingsloven ska tillämpas i ”samsvar” med internationella regler som Norge är bundet av när de har till syfte att stärka individens ställning, se utlendingsloven § 3. Regeln innebär att de folkrättsliga förpliktelserna har en omedelbar internrättslig verkan.[28] Någon motsvarande allmän bestämmelse finns inte i UtlL. Likväl bygger svensk utlänningsrätt, liksom den norska, på samma internationella rättskällor, främst FN:s flyktingkonvention från 1951 (Flyktingkonventionen), Romstadgan för Internationella brottmålsdomstolen (Romstadgan), EU:s regelverk på asylområdet (för Norges del genom EES-avtalet och Schengenregelverket) samt diverse avtal mellan de nordiska länderna. Vidare är båda länderna bundna av Europakonventionen, som utöver inkorporering genom vanlig lag[29]

[25] Prop. 16 L (2015–2016) s. 9 och lov nr. 94/2015. Utlendingsloven § 76 annet ledd hade följande lydelse från den 20 november 2015: «Departementets alminnelige instruksjonsadgang gir ikke adgang til å instruere om avgjørelsen av enkeltsaker». Bestämmelsen har därefter åter den lydelse som gällde innan 2015 års migrantvåg: «Departementets alminnelige instruksjonsadgang gir ikke adgang til å instruere om avgjørelsen av enkeltsaker. Departementet kan heller ikke instruere Utlendingsnemnda om lovtolkning eller skjønnsutøvelse. Departementet kan instruere om prioritering av saker.»

[26] Se Lagrådets yttranden 2017-02-17 och 2018-03-28.

[27] SOU 2020:16 *Ett effektivare regelverk för utlänningsärenden med säkerhetsaspekter*, SOU 2020:54 *Den framtida migrationspolitiken*, SOU 2021:5 *Ett förbättrat system för arbetskraftinvandring* och SOU 2021:61 *Utvisning på grund av brott — ett skärpt regelverk.*

[28] Ot.prp.nr.75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s. 46.

[29] Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) § 2 nr. 1 (vedlegg 1), lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

har införts i det konstitutionella ramverket på olika sätt. I den norska Grunnloven § 92 anges att "Statens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt i denne grunnlov og i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter". Denna formulering anger en bredare förpliktelse för staten än den svenska motsvarigheten RF 2:19 som endast riktar sig till lagstiftaren genom att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av Europakonventionen. Till sist ska nämnas FN:s barnkonvention från 1989 som inkorporerats och trädde ikraft i norsk rätt år 2003 och i svensk rätt 2020.[30]

Det finns en grundläggande olikhet ifråga om tillgängligheten av den rättspraxis som uppmärksammas i denna artikel och som beror på de beslutande instansernas olika karaktär. I Sverige finns således publicerade domar från allmänna domstolar liksom migrationsdomstolarna att tillgå. UNE:s utvisningsbeslut föreligger i form av sammandrag som är offentligt tillgängliga på UNEs hemsida, www.une.no. Utvisningsbeslut som har blivit föremål för domstolsprövning är däremot tillgängliga i dess helhet i samma utsträckning som övriga domar från allmän domstol på Lovdata.no.

3 Instansordning

3.1 Balans mellan politisk styrning och oberoende domstolsprövning

Valet av instansordning för hantering av utlänningsärenden har genomgått en betydande utveckling under senaste decennierna till fördel för en process som betonar den enskildes rättssäkerhet. Att det i både Norge och Sverige är en statlig förvaltningsmyndighet, Utlendingsdirektoratet (UDI) respektive Migrationsverket, som fattar beslut i första instans är en självklar utgångspunkt. Processen i vissa ärenden inleds dock genom utredningar och beslut vid utlandsmyndigheter eller polismyndigheter, men dessa kommer inte att uppmärksammas vidare här utan fokus är på överklaganden av beslut från Migrationsverket och UDI. Den vidare hanteringen av överklaganden kan förklaras utifrån existerande institutionella strukturer och önskemål om grad av politisk styrning. Instansordningen blir därför ett uttryck för hur ett känsligt politikområde kan balanseras mellan politisk kontroll och rättssäkerhet för den enskilde genom ett förfarande i en oberoende rättslig instans.

I Sverige var den s.k. Utlänningsnämnden, en förvaltningsmyndighet med domstolsliknande uppgifter, överklagandeinstans med regeringen som högsta instans i vissa ärenden fram tills migrationsdomstolarna infördes år 2006. Fyra förvaltningsrätter är idag migrationsdomstolar medan Kammarrätten i Stockholm fungerar som Migrationsöverdomstol (MiÖD) och utgör sista instans. Skälen till att lagstiftaren valde denna ordning var enligt förarbetena i huvud-

[30] Se menneskerettsloven § 2 nr. 4 (vedlegg 8), samt lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter.

sak dels ett önskemål om tvåpartsprocess med möjlighet till muntlig förhandling för att öka tilliten till de överprövande instanserna, dels ett önskemål om en skyndsam och rättssäker asylprocess eftersom en utdragen asylprocess är destruktiv för den enskilde och medför stora kostnader för samhället.[31]

I Norge inrättades UNE år 2001 som överklagandeinstans för beslut fattade av UDI, varmed den tidigare ordningen där det var Justitiedepartementets uppgift att hantera och besluta i överklagandeärenden upphörde. UNE uppvisar likheter med den tidigare svenska Utlänningsnämnden och kan beskrivas som en hybrid i sfären mellan den dömande och den verkställande makten. UNE är ett domstolsliknande förvaltningsorgan där processen huvudsakligen är skriftlig men med möjlighet för muntliga inslag genom s.k. nemndmöten med en inkvisitorisk processform. UNE:s beslut är inte offentliga men nemndmötebeslut samt för praxis representativa beslut fattade med annan beslutsform[32] görs som redan nämnts allmänt tillgängliga i form av sammandrag.

Trots sin status som förvaltningsorgan ska UNE fungera som ett oberoende och domstolsliknande organ. För att garantera oberoendet har UNE:s nemndledere i egenskap av självständiga beslutsfattare en position jämförbar med ordinarie domares i domstol. Nemndledarna ska uppfylla samma formella krav som domare och utnämns av ”Kongen i statsråd” (dvs. kungen och regeringen, den högsta beslutsformen för den verkställande makten).[33] Nemndledarna utses sedan 2012 tills vidare, ett anställningsskydd som har införts för att stärka deras oberoende ställning jämfört med de tidsbegränsade anställningsperioder som gällde tidigare.[34] Därtill kan inte UNE instrueras i enskilda avgöranden eller ifråga om lovtolkning eller ”skønnsutøvelse” (dvs. skönsmässiga bedömningar), däremot hur ärenden ska prioriteras.[35] Som nämnts ovan utvidgades departementets instruktionsrätt perioden 2015–2017. Det som inte om-

[31] Se SOU 2004:74 *Utlänningslagstiftningen i ett domstolsperspektiv*, prop. 2004/05:170 Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden, s. 105 ff.

[32] I UNE finns fyra beslutsformer: sekretariatet, nemndleder efter förberedelse av sekretariatet («NL alene»), nemndmöte med eller utan personlig närvaro för den klagande samt stornemnd, se utlendingsloven § 78.

[33] Se utlendingsloven § 77 tredje ledd.

[34] Vid etableringen av UNE 2001 utnämndes nemndledarna för en period av fyra år som kunde förlängas med ytterligare en fyraårsperiod, och från år 2005 till en period på åtta år utan möjlighet till förlängning. Tanken var ursprungligen att få en jämn förnyelse av nemndledere och på så vis bygga upp allmän tillit till UNE samt säkra en ”faglig nyorientering”. Denna konstruktion ansågs inte tillfredsställande varken av praktiska eller principiella skäl, dels för att den försvårade rekryteringen i jämförelse med fasta anställningar i liknande positioner, dels för att den inte kunde tillgodose nemndledarnas oberoende ställning. Mot denna bakgrund infördes från 2012 tillsvidareanställningar, se Prop. 51 L (2011–2012) Endringer i utlendingsloven (avvikling av åremålsordninga for nemndleiarar i Utlendingsnemnda og rett til representant for einslige, mindreårige asylsøkjarar) s. 7, och NOU 2017:8 *Særdomstoler på nye områder?* s. 272.

[35] Se utlendingsloven § 76 annet ledd och § 77 første och tredje ledd.

fattades och alltså förblev orört av instruktionsrätten var utlänningsmyndigheternas kompetens att avgöra enskilda ärenden. Detta underströk betydelsen av nemndledarnas status som oberoende beslutsfattare.[36] UNE åtnjuter i och med detta en oavhängig ställning och uppfyller kriterierna för ”tribunal” i ett EU-rättsligt sammanhang med dess krav på rätten till ett effektivt rättsmedel i olika delar av asylprocessen.[37]

Giltigheten av UNE:s beslut kan bli föremål för prövning i allmän domstol där Oslo tingrett fungerar som exklusiv instans (”verneting”) i ärenden enligt utlendingsloven. Oslo tingretts beslut kan i sin tur överprövas av ytterligare två instanser i enlighet med civilprocessrättsliga regler, närmare bestämt Borgarting lagmannsrett och Høyesterett.[38] För att få en uppfattning av överprövningens omfattning så visar tillgänglig statistik från 2020 att UNE behandlade totalt 5 285 ärenden (varav 821 utvisningsärenden), och att antalet ”rettssaker” (ärenden som blev föremål för domstolsprövning) i alla ärendetyper där UNE fick rättskraftiga domar uppgick till 81 (varav 34 domar från tingretten).[39] Även om antalet domar från tingretten nästan halverades jämfört med 2019 så visar talen att UNE i praktiken fungerar som slutinstans. Inte desto mindre är möjligheten till domstolsprövning viktig av rättssäkerhetsskäl och för utvecklingen av UNE:s praxis så att den håller en god kvalitet och att t.ex. beslutsskälen (”begrunnelsen”) är tillräckligt utförliga.

Utvecklingen i rättspraxis indikerar att domstolarna fullt ut kan pröva alla sidor av UNE:s beslut, också de delar som handlar om förvaltningens skönsmässiga bedömning. Här har dock viktiga nyanser utvecklats beroende på vilken bestämmelse i utlendingsloven som det är fråga om. Høyesterett har understrukit att det finns skäl att vara återhållsam vid prövingen av frågeställningar som det underliggande organet har betydande erfarenhet av och särskild kunskap om såsom bedömningar som bygger på landkunskap, t.ex. huruvida internflykt enligt utlendingsloven § 28 femte stycket är orimlig.[40] Skälet är att förvaltningsorganet (UNE) har specialkunskap på sakområdet vilket i kombination med dess erfarenhet och överblick genom en stor mängd ärenden ger bättre förutsättningar för likabehandling, något som domstolarna inte har möjlighet till genom

[36] Se ovan not 25. I utlendingsloven föreskrivs de ytterligare situationer då departementet kan instruera och omfattar dels att gynnande beslut från UDI ska prövas av UNE (§ 76 tredje ledd), dels hur ärenden som rör grundläggande nationella intressen eller utrikespolitiska hänsyn ska beslutas (§ 128).

[37] Se direktiv 2013/32 (asylprocedurdirektivet) artikel 46 och förordning 604/2013 (Dublinförordningen) artikel 27.

[38] Se utlendingsloven § 79 och lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tister (tvisteloven).

[39] Utlendingsnemnda UNE, Årsrapport 2020 s. 10 och 14, tillgänglig på www.une.no, samt https://www.une.no/aktuelt/arkiv/2021/une-rettssaker-2020/ (hämtad 2021-02-24).

[40] Rt. 2015 s. 1388 p. 247.

enstaka ärenden.[41] När det gäller förvaltningens möjlighet att bevilja uppehållstillstånd av humanitära skäl ska enligt utlendingsloven § 38 göras en skillnad mellan kan-bestämmelser som innebär ett fritt förvaltningsskön (bl.a. invandringsreglerande hänsyn) och den ska-bestämmelse som anger att barnets bästa ska vara ett grundläggande hänsyn. Hänsynen till barnets bästa innebär att domstolsprövningen omfattar en kontroll av att just barnets bästa har blivit bedömd på ett försvarligt vis och vägts mot eventuella motstående hänsyn, att denna bedömning är motiverad och framgår av beslutet, men inte en överprövning av förvaltningens konkreta skönsmässiga bedömning enligt § 38 för övrigt.[42] I ärenden som gäller utvisning på grund av brott har domstolarna däremot kompetens att pröva alla sidor av beslutet fullt ut, dvs. både ”rettsanvendelsen” (om rättsreglerna — norska och internationella — är korrekt uppfattade och använda), proportionalitetsbedömningen enligt utlendingsloven § 70 och förenligheten med internationella förpliktelser.[43]

Konstruktionen i utlendingsloven med instruktionsmöjlighet för departementet reflekterar den norska förvaltningsmodellen med myndigheter direkt underställda departementet och det ansvariga statsrådet. I Norge tillämpas alltså ministerstyre. Ett oberoende UNE och ett UDI som kan styras i större utsträckning har ansetts balanserat för att kombinera möjligheten till politisk styrning av utlänningsområdet, behovet av flexibilitet och en domstolsliknande överprövningsinstans som inger tillit. En bibehållen politisk kontroll ger departementet möjlighet att instruera och ingripa medan det politiska ansvaret för ett statsråd blir tydligt. Denna mix av intressen har funnits som ett uttalat mål i decennier och har upprätthållits under de diskussioner om eventuell reform av instansordningen som har förekommit.[44] Frågan om att införa förvaltningsdomstolar har därtill avvisats såsom främmande för norsk rättstradition eftersom många förvaltningsrättsliga frågeställningar är av skönsmässig karaktär och därför sorterar under den utövande makten. Den utövande makten ska i sin tur kunna bli föremål för rättslig kontroll vid de vanliga domstolarna och med Høyesterett som högsta instans enligt Grl. § 88.[45] Det är mot denna bakgrund som den något svårtillgängliga rättspraxisen om omfattningen av domstolarnas prövning av förvaltnings-

[41] Ibid.
[42] Rt. 2012 s. 1985 p. 141–150, se också Rt. 2012 s. 2039 p. 40 och Rt. 2009 s. 1261 p. 75–77.
[43] Rt 2015 s. 93 p. 43, och däri angiven praxis, Rt. 2005 s 229 p. 34, Rt. 2009 s. 534 p. 46 och Rt. 2013 s. 449 p. 103. Se Toril Marie Øie och Magnus Matningsdal ”Overprøving av forvaltningsvedtak i Norge” i Kari Kuusiniemi, Outi Suviranta och Veli-Pekka Viljanen (red.) *Juhlajulkaisu Pekka Vihervuori 1950 – 25/8 – 2020,* Nord print Ab, Helsingfors, s. 450–452.
[44] Se NOU 2017:8 *Særdomstoler på nye områder?* s. 268–276, se också NOU 2010:12 *Ny klageordning for utlendingssaker.*
[45] Se t.ex. Eivind Smith *Konstitusjonelt demokrati,* 2. utgave Fagbokförlaget Bergen 2012, s. 305–312 och Eckhoff & Smith *Forvaltningsrett* 9. utgave Universitetsforlaget Oslo 2009, s. 539 ff.

ärenden, och i synnerhet utlänningsärenden, bör förstås, eftersom den reflekterar en hårfin balansgång mellan utövande och dömande makt.

Det kan konstateras att den svenska modellen vid en jämförelse närmast framstår som en motpol. Lagstiftaren har istället valt att frånhända sig möjligheten till politisk styrning av det utlänningsrättsliga området i stor utsträckning genom att inrätta oberoende migrationsdomstolar. Migrationsverket har en framskjuten ställning som självständig expertmyndighet och regeringen undgår mesta möjliga hantering av belastande utlänningsärenden med påföljande politiskt ansvar. Detta är ett politiskt val i linje med den svenska förvaltningsmodellen, även om det inte direkt har motiverats utifrån frågan om eventuell grad av politisk styrning utan med argument om förbättrad rättssäkerhet och en mer skyndsam process.

3.2 Specialdomstolar: landkunskap och bevisbedömning

Migrationsdomstolarna i Sverige och UNE i Norge är specialdomstolar. Det finns flera skäl för att inrätta en specialdomstol på utlänningsrättens område. Det första är att det är enklare att uppnå en enhetlig rättstillämpning och säkra likabehandling vid hanteringen av en stor mängd ärenden vid en specialinstans. UNE är både en specialiserad och centraliserad instans, och därtill är Oslo tingrett exklusivt forum för överprövningen i allmän domstol, liksom Borgarting lagmannsrett och Høyesterett. Sverige har valt att ha fyra migrationsdomstolar och en Migrationsöverdomstol som högsta och sista instans för att utarbeta enhetlig praxis.

Det andra skälet är att rättsområdet kräver fördjupad kunskap om andra länder vad gäller bland annat konstitutionella och andra rättsliga förhållanden (t.ex. straffrätt, processrätt och familjerätt), religion och sociala förhållanden, kulturella traditioner och aktuell politisk utveckling mm. Utan en fördjupad, relevant och uppdaterad landkunskap är det svårt att uppnå ett korrekt beslutsfattande i utlänningsärenden i allmänhet och asylärenden i synnerhet.

Ett tredje skäl som är tätt förknippat med frågan om landkunskap är de särskilda utmaningar som uppkommer vid bevisvärderingen i utlänningsärenden. Den inledande och helt centrala frågan är hur en utlännings identitet ska fastställas, både medborgarskap, namn och ålder, och alltså en bedömning av bland annat personens ID-dokumentation.[46] Medborgarskapet och åldern är avgörande för den fortsatta bedömningen av både asylskäl och verkställighetshinder, och det blir relevant att känna till hur en främmande stats administrativa och rättsliga traditioner och strukturer samt den inrikespolitiska situationen påverkar förvaltningens faktiska funktionssätt. Om det

[46] För svensk rätt hänvisas här till NJA 2016 s. 719, ”Flyktingpojkens ålder”, där åldersfrågan behandlas ur ett straffrättsligt perspektiv men inte utifrån utlänningsrättsliga utgångspunkter.

t.ex. råder utbredd korruption påverkar det tillförlitligheten till skriftlig dokumentation, och därmed hur utländska dokument ska betraktas och vilket bevisvärde de kan tillmätas. ID-dokument och intyg kan bli föremål för forensisk granskning i både Sverige och Norge, och utöver det kompletteras bedömningen mot bakgrund av kunskap om ett visst land och hur t.ex. dokumentsituationen ser ut just där. Som exempel kan nämnas hur inbördeskriget i Syrien har påverkat den tidigare väl fungerande folkbokföringen negativt så att det är svagare kontroll och mer utbredda förfalskningar, Irak med många års inbördes konflikter och omfattande korruption i statsapparaten, och slutligen Somalia med så svaga samhällsstrukturer att det inte har funnits en fungerande folkbokföring på decennier. För just Somalia blir därför andra faktorer avgörande för att kunna bedöma identiteten och således skyddsbehovet, såsom klantillhörighet och hemort.

Mot denna bakgrund bistås utlänningsmyndigheter och specialdomstolar på migrationsområdet av särskilda organ med genomarbetad landinformation. Förutom landinformation som utarbetas av internationella organ såsom t.ex. EUs asylbyrå EASO, FN, Europarådet, oberoende forskningscentra osv, har de flesta länder egna specialiserade enheter som tar fram landinformation i skriftlig form för sin utlänningsförvaltning.[47] Dessa specialiserade rapporter har en betydligt mer fördjupad karaktär än vad rapporter från många länders utrikesdepartement normalt uppvisar eftersom de främst syftar till att ge en allmän bakgrundsorientering om andra länder.[48] I tillägg används ofta rapporter från NGO:s såsom Human Rights Watch och Amnesty mm som stödinformation. Vid arbetet med ett migrationsärende är det min erfarenhet att landinformation gärna inhämtas från flera källor för att få ett så korrekt och uppdaterat underlag som möjligt för den landproblematik som är aktuell. I enstaka fall kan det i tillägg till landrapporter också röra sig om landinformation som framkommer i avgöranden i andra länders domstolar eller internationella domstolar, eller hur en viss problematik har bedömts.[49]

Det finns väl inarbetade metoder för hur landinformation för bedömning av asylärenden bör inhämtas, hanteras och dokumenteras för att de rapporter som sedan föreligger ska vara balanserade, bygga

[47] Asylprocedurdirektivet (2013/32) artikel 10 3. b) och 4 anger de krav som ställs på prövningen vid asylärenden beträffande tillgången till exakt och aktuell information.

[48] Detta är mitt intryck från både norsk och svensk rapportering från UD som är allmänt tillgänglig. Vad gäller rapporter som inte är allmänt tillgängliga blir bedömningen en annan, och sådana rapporter kan läsas internt i utlänningsförvaltningen men inte användas som öppna källor i skriftliga beslut. Detta var tillfället i Norge.

[49] Jag tänker speciellt på en dom från en högre domstol i London med omfattande landinformation om situationen i Sri Lanka under en period då det inte fanns annan uppdaterad information i skriftlig form att tillgå.

på ett brett källunderlag och ha en hög tillförlitlighet.[50] I Norge är det ”Utlendingsforvaltningens fagenhet for landinformasjon” (Landinfo) som utför detta uppdrag medan det i Sverige är ”Lifos — Center för landinformation och landanalys inom migrationsområdet” (Lifos) som har motsvarande funktion. Lifos sorterar organisatoriskt under Migrationsverket och är enligt hemsidan ”Migrationsverkets expertorgan för rätts- och landinformation”. Vidare är Lifos Migrationsverkets databas och innehåller både information om förhållanden i andra länder, domar från MiÖD, Europadomstolen och EU-domstolen, och uttalanden som ska styra Migrationsverkets egna bedömningar i migrationsärenden genom s.k. rättsliga ställningstaganden. Lifos databas är i första hand till för Migrationsverkets egen personal men allmänheten har ändå tillgång till de delar av Lifos material som är öppet.[51]

Landinfo inrättades år 2005 och har en delvis avvikande organisatorisk status jämfört med Lifos eftersom Landinfo hör till UDI endast administrativt. Ett viktigt skäl till att Landinfo behövdes var för att uppnå likhet i bedömningen av landinformation. UDI och UNE hade på den tiden landrådgivare som kunde göra olika bedömningar vilket ansågs problematiskt ur ett likabehandlings- och rättssäkerhetsperspektiv.[52] Det poängteras att Landinfo är ”en faglig uavhengig enhet” vars uppdrag är att utarbeta information om samhällsförhållanden och mänskliga rättigheter i länder som UDI, UNE och Justitiedepartementet behöver kunskap om. Varken departementet, UDI eller UNE kan instruera Landinfo i dess bedömningar av landrelaterade frågor, däremot kan UDI ge instruktioner om administrativa förhållanden och prioritering av saker. Den information som Landinfo utarbetar ger inte uttryck för hur norska myndigheter uppfattar de förhållanden och länder som undersöks, och anger inte heller en uppfattning om hur praxis bör vara i utlänningsärendena.[53]

Den norska modellen framstår som fördelaktig eftersom Landinfos uppdrag som ”uavhengig enhet” inte innebär en styrning av beslutsfattandet i enskilda utlänningsärenden utan endast tillhandahållande av genomarbetad landinformation till utlänningsmyndigheterna. Som en konsekvens av denna obundenhet kan Landinfo:s landexperter auktoritativt uttala sig i nemndmöten i UNE genom att avge muntliga yttranden och svara på frågor från både den klagande och nämnden.

[50] På www.landinfo.no/kilder-og-metode anges bland annat Common EU Guidelines for processing Country of Origin Information (2008), EU Common Guidelines on (Joint) Fact Finding Missions (2010) och EASO Country of Origin Information (COI) report methodology (2019).

[51] Se https://lifos.migrationsverket.se. Rättsliga ställningstaganden utgör Migrationsverkets uttalanden om hur en författning bör tolkas och bygger därtill på relevant och uppdaterad landinformation. De beslutas av chefen för rättsavdelningen och är styrande för medarbetarna i verket.

[52] St. meld. nr. 21 (2003-2004) *Styringsforhold på utlendingsfeltet.*

[53] Se www.landinfo.no.

Därtill inkallas dessa landexperter inte sällan som sakkunniga vittnen i utlänningsmål mot staten (representerat av UNE) vid allmän domstol där också Landinfo:s skriftliga rapporter används frekvent.[54] Landinfo utgör därmed en resurs för hela rättssektorn på ett sätt som Lifos saknar förutsättningar för, både på grund av sin organisatoriska tillhörighet till Migrationsverket och sitt uppdrag att tillhandahålla rättslig styrning för bedömningen av ärenden.

3.3 Skillnader mellan instansernas jurisdiktion

Omfattningen av Migrationsverkets/migrationsdomstolarnas respektive UDIs/UNEs jurisdiktion i utlänningsrättsliga ärenden är i stort sett identisk men med ett viktigt undantag: Beslut om utvisning på grund av brott.

I Sverige avgörs utvisningsfrågan i allmän domstol i samband med brottmålet, UtlL 8 a kap. 6 §.[55] Det är vanligtvis åklagare som yrkar på utvisning eller annars domstolen som ex officio ska pröva frågan. Domstolen avgör därmed brottmålet och frågan om utvisning samtidigt. Enligt BrB 29 kap. 5 § första stycket 6 ska domstolen vid straffmätningen i skälig omfattning beakta det men som förorsakas den tilltalade vid en utvisning ur riket. Själva utvisningen vägs därmed in och påverkar fängelsestraffets längd men är trots det inte ett straff utan är klassificerad som en särskild rättsverkan av brottet. Om det inte skulle visa sig möjligt att verkställa utvisningen kan domstolen ändra utvisningsbeslutet och istället förlänga det utmätta fängelsestraffet. I dessa ärenden kopplas Migrationsverket in genom att på den allmänna domstolens förfrågan avge yttranden om själva ärendet och relevant landinformation (se vidare avsnitt 4.3).[56]

I Norge hanterar UDI och UNE alla utlänningsrättsliga ärenden, också utvisning på grund av brott. Det ska understrykas att det då är fråga om att fatta beslut om själva utvisningen. Huruvida brott har begåtts framgår av underlag från polismyndighet eller dom från domstol. Själva utvisningsärendet förbereds av polisen och ett utvisningsbeslut förutsätter att strafföreläggande eller fällande dom föreligger. Detta betyder att domstolen inte tar hänsyn till en eventuell

[54] Som illustration för detta resonemang visar en genomgång av domar publicerade på Lovdata från Borgarting lagmannsrett (klagoinstans till Oslo tingrett, jfr utlendingsloven § 79) under perioden 1 november 2020 till 25 januari 2021, att landexperter från Landinfo inkallades som vittnen i 6 av 11 ärenden enligt utlendingsloven (av domstolens totalt 220 publicerade avgöranden). Skriftlig information från Landinfo användes i ännu större utsträckning i dessa mål.

[55] Ordningen med allmän domstol som beslutar om utvisning går tillbaka till 1954 års utlänningslag då allmän domstol i samband med brottmål kunde besluta om förvisning, men vars rättsliga natur var oklar med tanke på vilka tvångsmedel enligt rättegångsbalken (RB) som kunde användas. Med 1980 års utlänningslag justerades reglerna i RB och utvisning på grund av brott etablerades som en särskild rättsverkan av brottet och inte som ett straff i RB:s mening. Se vidare Gerhard Wikrén och Håkan Sandesjö *Utlänningslagen med kommentarer*, tolfte upplagan, Norstedts juridik Stockholm 2020, s. 635 f.

[56] Se t.ex. RH 2020:14.

utvisning vid själva straffmätningen, och att brottmålet skiljs tydligt från utvisningen såsom en administrativ påföljd och inte ett straff för brottet.

Som skäl för att välja denna instansordning uttalades i förarbetena till utlendingsloven bland annat att en behandling i de specialiserade förvaltningsorganen är bäst för att säkra rättssäkerhet, förutsebarhet och likabehandling i utvisningsärenden. Därtill ansågs utvisningsärenden bli föremål för en mer självständig bedömning i UDI och UNE än när de avgörs av samma aktörer som i brottmålet. Dessa förvaltningsorgan har den erfarenhet och kompetens som krävs för att bedöma förhållandena i andra länder, t.ex. om en person kan riskera allvarliga övergrepp vid retur. Vidare uttalades att det är fördelaktigt med en proportionalitetsbedömning i en efterföljande process av hänsyn till bl.a. den utvisades barn och en samlad bedömning av eventuellt flera olika grunder för utvisning. Angående specifikt avtjänandet av långvariga fängelsestraff och tidpunkten för verkställighet av utvisningen, uttalade departementet att en samlad behandling i domstol kunde leda till en omotiverad straffrabatt vid utvisningsbeslut som inte kan verkställas, alternativt att skyddsbehov som hindrar utvisning vid tidpunkten för domen i brottmålet kan ha fallit bort efter avtjänat fängelsestraff. Slutligen uttalades att processordningen med förvaltningsbeslut i utvisningsärendet skulle medföra processekonomiska fördelar, och att rättssäkerheten tillgodoses genom möjligheten till domstolsprövning av förvaltningens proportionalitetsbedömning.[57]

4 Förutsättningar för utvisning på grund av brott

Reglerna om utvisning på grund av brott i de två ländernas respektive utlänningslag visar upp betydande skillnader vad gäller systematik, detaljeringsgrad och materiellt innehåll. En översiktlig genomgång av gällande rätt presenteras utifrån de tre moment som ingår i bedömningen, det vill säga objektiva krav för utvisning, subjektiva villkor hänförliga till personen som utvisas, samt hänsyn som kan hindra verkställighet av utvisningsbeslutet.

4.1 Objektiva villkor: utlänningens rättsliga status och brottets allvar

En första utgångspunkt vid utvisning på grund av brott är vilken rättslig status en person har, dvs. om en utlänning alls har uppehållstillstånd, om uppehållstillståndet är tidsbegränsat eller permanent, eller om utlänningen är medborgare i ett EU- eller EES-land. Personens status och medborgarskap är avgörande för om och under vilka förutsättningar utvisning alls kan beslutas. Denna systematik är utgångspunkt för den norska lagstiftningen där varje utlänningsrättslig status regleras separat och detaljerat vad gäller brott, straff-

[57] Se Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s. 294.

värde och alternativa grunder för utvisning.[58] De svenska reglerna om utvisning på grund av brott innehåller en motsvarande uppdelning i personkategorier baserade på utlänningsrättslig status, dvs. utlänningar utan uppehållstillstånd eller med tillfälligt uppehållstillstånd, med permanent uppehållstillstånd samt EES-medborgare, men innehåller i övrigt mer öppna formuleringar vad gäller brottets allvar och straffvärde.[59]

En väsentlig skillnad mellan svensk och norsk rätt rör förutsättningarna för utvisning av unga personer. I UtlL uppställs ett förbud mot att utvisa utlänningar som kom till Sverige före 15 års ålder och som hade vistats i riket sedan minst fem år när åtal väcktes.[60] Någon motsvarande åldersgräns finns inte i norsk rätt, däremot är utlänningar som är födda i Norge och haft fast bostad där utan avbrott skyddade mot utvisning.[61] Stortinget har dock uttalat att det inte finns ett absolut skydd mot utvisning, inte heller för personer som kom till Norge som mycket unga och som senare har begått mycket allvarliga brott.[62] Betydelsen av ung ålder och gränsdragningar i sådana ärenden diskuteras närmare i avsnitt 4.2.

Vad gäller brottens allvar och straffvärde visar de två ländernas lagstiftning upp olika formuleringstekniker och förhållningssätt. I UtlL 8 a kap. 1 § första stycket anges att utvisning får ske om utlänningen ”döms för ett brott som kan leda till fängelse”, och att utvisning också får ske om en domstol undanröjer en villkorlig dom eller skyddstillsyn som utlänningen dömts till och dömer till en annan påföljd. För att utvisning ska få ske vid svårare påföljd än böter föreskrivs att ”gärningen är av sådant slag och övriga omständigheter är sådana att det kan antas att utlänningen kommer att göra sig skyldig till fortsatt brottslighet” eller att ”brottet med hänsyn till den skada, fara eller kränkning som det har inneburit för enskilda eller allmänna intressen är så allvarligt att utlänningen inte bör få stanna kvar”. I förarbetena nämns som exempel att sådan särskilt allvarlig brottslighet kan vara brott mot person som mord eller dråp, brott som innefattar svåra integritetskränkningar, organiserad brottslighet där gärningsmannen systematiskt skaffar sig ekonomisk vinning på enskildas eller samhällets bekostnad samt brottslighet som medför stora skadeeffekter, t.ex. grovt narkotikabrott och grov narkotikasmuggling.[63] Det svenska regelverkets kortfattade och öppna formuleringar framträder vidare för utlänning med permanent uppehållstillstånd sedan fyra år och som kan utvisas om det föreligger ”synner-

[58] Se utlendingsloven §§ 66–68 och §§ 122–123.
[59] Se UtlL 8 a kap. 1, 2 andra stycket, 3 och 5 §§.
[60] Se UtlL 8 a kap. 3 § andra stycket.
[61] Se utlendingsloven § 69.
[62] Se Ot. prp. nr. 75 (2006–2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s. 293. Från UNE:s praxis kan nämnas DUF 1988 003060509-10 där frågan om ett absolut skydd mot utvisning ställdes på sin spets och inte ansågs föreligga.
[63] Prop. 1979/80:96 s. 63.

liga skäl".[64] För utlänningar som har flyktingstatus, tillfälligt skydd enligt UtlL 21 kap. eller tillfälligt skydd i egenskap av tribunalvittnen krävs att brottet ska vara "synnerligen grovt och skulle medföra allvarlig fara för allmän ordning och säkerhet", eller att utlänningen i Sverige eller utomlands har "bedrivit verksamhet som inneburit fara för rikets säkerhet" som det finns anledning att anta skulle fortsätta i riket.[65]

Utvisningen påverkar straffmätningen i brottmålet på så vis att det ska tas hänsyn till det men som en tilltalad förorsakas genom utvisning ur riket, och om särskilda skäl påkallar det får rätten döma till lindrigare straff än vad som är föreskrivet för brottet, se BrB 29 kap. 5 § första stycket 6. Enligt förarbetena anses en utvisning regelmässigt medföra men, medan det i rättspraxis har ansetts att den som saknar närmare anknytning till riket inte kan anses lida men som kan påverka straffmätningen.[66] I det fall utlänningen har anknytning till Sverige betyder det att fängelsestraffet sätts ned om det beslutas om utvisning, och att fängelsestraffet förlängs om utvisningen upphävs.[67]

I jämförelse med de öppna och kortfattade formuleringarna i svensk rätt är utlendingslovens §§ 66–68 omfattande och innehåller fler detaljerade och alternativa grunder för utvisning. Alla de tre paragraferna innehåller en allmän kan-regel liknande den svenska. Således föreskrivs att en utlänning utan uppehållstillstånd kan utvisas om han eller hon i Norge har dömts för brott som kan leda till fängelse. En utlänning som har tillfälligt uppehållstillstånd kan utvisas om han eller hon för mindre än ett år sedan har dömts för brott som kan leda till fängelse i mer en ett år. För utvisning av en utlänning med permanent uppehållstillstånd krävs att denne för mindre än ett år sedan har dömts för brott som kan leda till fängelse i två år eller mer. Därtill kommer ett alternativ i form av en uppräkning av specifika bestämmelser i straffeloven som om de överträds kan medföra utvisning, och brottet måste vara allvarligare och leda till ett strängare straff ju starkare uppehållstillstånd och utlänningsrättslig status utlänningen har.[68] Vidare anges att en utlänning kan utvisas om han eller hon för mindre än fem år sedan har avtjänat eller dömts till fängelsestraff utomlands för en gärning för vilken norsk lagstiftning föreskriver att fängelsestraff kan följa, och även för detta fall gäller att fängelsestraffet måste vara längre ju starkare uppehållstillstånd utlänningen har i Norge.[69] Vissa speciella situationer regleras också i §§ 66–68, t.ex. utvisning av utlänningar som har uteslutits från flyktingstatus eller som har begått allvarliga trafikbrott som skapat

[64] UtlL 8 a kap. 3 § första stycket.
[65] Se UtlL 8 a kap. 2 § andra–tredje stycket.
[66] Se prop. 1987/88:120 s. 92, och NJA 1995 s. 448, NJA 2001 s. 500, NJA 2018 s. 150 och NJA 2019 s. 47 III.
[67] Se t. ex. NJA 2019 s. 47 I–II, NJA 2019 s. 316 och NJA 2019 s. 544.
[68] Se utlendingsloven § 66 første ledd c, § 67 første ledd c och § 68 første ledd b.
[69] Jfr utlendingsloven § 66 første ledd b, § 67 første ledd a, och § 68 første ledd a.

särskild stor fara andra trafikanter, men dessa uppmärksammas inte här.

Det följer av instansordningen och instansernas jurisdiktion i det norska systemet att en eventuell utvisning inte påverkar själva straffmätningen — den allmänna domstolens straffmätning i brottmålet avgörs först, separat, och utan avseende på något senare utvisningsbeslut av utlänningsmyndigheterna. Till skillnad från i svensk rätt blir det tydligt att en utvisning utgör en administrativ reaktion på ett utdömt straff för ett brott och inte kan sammanblandas med straffet för själva brottet.[70]

I båda länderna skiljs mellan brott mot själva utlänningslagstiftningen, t.ex. illegalt uppehåll som följd av avslag på en ansökan om uppehållstillstånd och där utresefristen inte har respekterats, och vanlig brottslighet enligt straffeloven respektive BrB.[71] En observation här är att den norska lagstiftningen specifikt anger att det kan leda till utvisning att uppge vilseledande upplysningar i ett ärende enligt utlendingsloven.[72] Motsvarande handlande i Sverige regleras inte som en egen utvisningsgrund i UtlL 8 a kap. utan i UtlL 20 kap. om bestämmelser om straff mm. Det anges i UtlL 20 kap. 6 § att lämnande av oriktig uppgift eller underlåtenhet att tala om förhållande av betydelse kan leda till böter eller fängelsestraff. En konsekvens av att ge vilseledande uppgifter i ett ärende är att det i båda länderna utgör grund för att återkalla uppehållstillstånd (norska ”tilbakekall”).[73] Detta kan medföra att också medborgarskap återkallas enligt norsk rätt, något som däremot inte är tillåtet enligt den svenska regeringsformen (RF) 2 kap. 7 §.[74] Här kan för övrigt uppmärksammas att statsborgerloven numera tillåter dubbelt medborgarskap i Norge sedan den 1 januari 2020. Förutom hänsyn till en mer globaliserad vardag för enskilda som har anknytning till flera länder har möjligheten att kunna frånta norskt medborgarskap vid brott eller av hänsyn till grundläggande nationella intressen[75] och terror-

[70] Se Ot. prp. nr. 75 (2006–2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) s. 288.
[71] Se utlendingsloven § 66 første ledd a och UtlL 20 kap. 1–2 §§.
[72] Se utlendingsloven § 66 første ledd a.
[73] Se utlendingsloven § 63 respektive UtlL 7 kap.
[74] I SOU 2021:54 *Ändrade regler i medborgarskapslagen*, s. 171 ff föreslås ett krav på att förvärv av medborgarskap genom anmälan inte ska kunna ske för utlänning som bedöms utgöra ett hot mot rikets säkerhet eller allmän säkerhet. Frågan om att återkalla svenskt medborgarskap när det har tilldelats på felaktiga grunder har tidigare varit föremål för utredning i SOU 2006:2 *Omprövning av medborgarskap*.
[75] Lov om endringer i statsborgerloven mv. (tap av statsborgerskap ved straffbare forhold) § 26 a hänvisar till brott enligt straffelovens kap. 16–18 som har ett straffvärde på sex års fängelse. Se också Innst. 173 L (2017–2018) Prop. 146 L (2016–2017) Endringer i statsborgerloven mv. (tap av statsborgerskap ved straffbare forhold eller av hensyn til grunnleggende nasjonale interesser) och NOU 2015:4 Tap av norsk statsborgerskap.

handlingar eller liknande[76] angetts som viktiga skäl för att frångå principen om ett medborgarskap. Det kan därmed konstateras att genom att öppna för dubbelt medborgarskap så har det alltså blivit lättare att frånta medborgarskap.

4.2 Subjektiva villkor: omständigheter hänförliga till utlänningens person

Om de objektiva villkoren för utvisning är uppfyllda är nästa steg att undersöka de subjektiva villkoren för utvisning, dvs. omständigheter hänförliga till utlänningens person, livssituation och eventuell familj. De personliga omständigheterna ska, i kombination med utlänningens vistelsetid och utlänningsrättsliga status, vägas mot det begångna brottet. Återreseförbudets längd är ett viktigt moment att beakta i den sammanvägda bedömningen.

I UtlL regleras detta i 8 a kap. 2 §. Bestämmelsen anger att när en domstol överväger utvisning så ska den ta hänsyn till utlänningens anknytning till det svenska samhället. Domstolen ska särskilt beakta utlänningens levnadsomständigheter, om utlänningen har barn i riket och barnets behov av kontakt med utlänningen och hur den kan påverkas av en utvisning, utlänningens övriga familjeförhållanden och hur länge utlänningen har vistats i Sverige. De skrivningar som gäller hänsyn till barn bygger på motsvarande bestämmelse i den tidigare utlänningslagen (8 kap. 11 § första stycket) och som tillkom genom en ändring 2004. I förarbetena hänvisades till Sveriges åtaganden enligt FN:s barnkonvention och att principen om barnets bästa som uttrycks i en av UtlLs portalparagrafer (nuvarande 1 kap. 10 §) skulle få ett bättre genomslag i utvisningsärenden, något som därefter har kommit till tydligt uttryck på olika sätt i rättspraxis, särskilt genom den utredningsskyldighet som domstolen har i dessa ärenden.[77]

I 8 a kap. 3 § preciseras att det krävs synnerliga skäl för att utvisa en utlänning enligt 1 § och som har vistats i Sverige med permanent uppehållstillstånd sedan minst fyra år när åtal väcktes, eller om vederbörande då varit bosatt i Sverige sedan minst fem år. Kravet på ”synnerliga skäl” innebär som nämnts i avsnitt 4.2 att det måste vara fråga om mer allvarlig brottslighet med högre straffvärde ju längre vistelsetid och starkare anknytning som utlänningen har till Sverige. I NJA 2009 s. 300 ”28 år i Sverige” ansågs en vistelsetid över 25 år inte utgöra synnerliga skäl för utvisning vid brottslighet med 6 år och 6 månaders straffvärde. I NJA 2019 s. 316 ”Utlänningens vistelsetid” ansågs en vistelsetid på åtta och ett halvt år som så lång vistelsetid att synnerliga skäl för utvisning inte förelåg. Två justitieråd var dock skiljaktiga på denna punkt och ansåg att tiden inte var ”avsevärt lång”

[76] Prop. 111 L (2017–2018) Endringer i statsborgerloven (avvikling av prinsippet om ett statsborgerskap) där det även hänvisas till Europarådets konvention om medborgarskap (1997) artikel 7 nr. 3, och Innst. 74 L (2018–2019).

[77] Se prop. 2003/04:113 Stärkt barnperspektiv i mål om utvisning på grund av brott och NJA 2005 s. 283, och mer om bakgrunden i Wikrén och Sandesjö op. cit. s. 622–624.

och vidare att brottets allvar och dess integritetskränkande karaktär utgjorde att tungt skäl för utvisning.[78]

Motsvarande regel i norsk rätt föreskriver ett krav på "forholdsmessighet", dvs proportionalitet, i utlendingsloven § 70. En utlänning kan inte utvisas om det med hänsyn till brottets allvar och utlänningens anknytning till Norge är en oproportionerlig åtgärd gentemot utlänningen själv eller utlänningens närmaste familjemedlemmar. Vidare anges att om barn berörs så ska barnets bästa vara ett grundläggande hänsyn vid bedömningen, en skrivning om barns behov som är tydligt influerad av FN:s barnkonvention artikel 3 och som ska enligt menneskerettsloven § 3 ges företräde vid konflikt.[79] Barnkonventionen ges ytterligare tyngd i utlendingslovens allmänna bestämmelser som anger att den ska tillämpas i samsvar med internationella regler som Norge är bundet av när de har till syfte att stärka individens ställning, se utlendingsloven § 3.

Betydelsen av dessa hänsyn och avvägningen mellan dem och det brott som ligger till grund för utvisningen konkretiseras i varje enskilt fall utifrån föreliggande omständigheter. Till skillnad från den svenska regleringen anges alltså inte ett visst antal år i själva utvisningsbestämmelserna för vad som kan utgöra utgångspunkten för vad som kan utgöra en lång vistelsetid.

I norsk rättspraxis tar bedömningen av utlänningens anknytning till riket utgångspunkt i antal år i riket med uppehållstillstånd, vid vilken ålder utlänningen kom till riket, eventuell skolgång och kunskaper i norska, arbetslivserfarenhet och andra aktiviteter som visar på integrering i det norska samhället. Motsatt beaktas även utlänningens fortsatta anknytning till hemlandet i form av språkkunskaper, skolgång, arbetslivserfarenhet, familj och släkt där och vid vilken ålder utlänningen lämnade sitt hemland. Utlänningens familjeförhållanden och speciellt egna barn är en omständighet som tillmäts en egen betydelse för proportionalitetsbedömningen och som påverkar återreseförbudets längd.[80]

Denna utförliga konkretisering av omständigheter hänförliga till utlänningens person och hur de kan balanseras mot brottets allvar och utlänningens närmaste familj är väl utvecklad i Europadomstolens praxis beträffande artikel 8 angående rätten till skydd för privat- och familjeliv. I domen *Boultif mot Schweiz* formulerades en rad kriterier som ska beaktas vid bedömningen av om en utvisning är proportionerlig i förhållande till rätten till familjeliv: brottets art och allvar, längden på utlänningens uppehåll i det utvisande landet, den tid som har gått sedan brottet begicks och utlänningens uppförande

[78] NJA 2019 s. 316. För en översikt över tidigare praxis hänvisas till Wikrén och Sandesjö op. cit. s. 630f.
[79] Ot.prp. nr.75 (2006–2007) s. 53–55 och 292. Barnkonventionen är inkorporerad i norsk rätt genom menneskerettsloven § 2 nr. 4.
[80] Bland viktiga avgöranden från Høyesterett kan nämnas t.ex. Rt. 2015 s. 93 och HR-2019-2286-A.

under denna period, medborgarskapet för de involverade familjemedlemmarna, utlänningens familjesituation som t.ex. äktenskapets längd och om makarna har ett genuint familjeliv, om maken kände till brottet när relationen inleddes, om makarna har barn och barnens ålder, samt vilka svårigheter som skulle kunna tillstöta för maken i den utvisade utlänningens hemland även om detta inte i sig kan hindra en utvisning.[81] I storkammaravgörandet *Üner mot Nederländerna* utvecklades Boultif-kriterierna genom att explicit ange att barnets bästa och välbefinnande ska beaktas, särskilt de svårigheter som barn till en utvisad skulle kunna möta i den utvisades hemland, och att även soliditeten i de sociala, kulturella och familjemässiga banden till mottagarlandet ska ingå i bedömningen, speciellt om utlänningen har tillbringat största delen av sin barndom och haft sin skolgång i mottagarlandet.[82] Kontakt med det ursprungliga hemlandet genom familjeband och besök samt språkkunskaper är andra faktorer som vägs in i bedömningen.[83]

En blick på norsk rättspraxis visar att Europadomstolens avgöranden används som en rättskälla vilket bland annat har sin förklaring i att de norska utvisningsreglerna är strängare än de svenska. Det är speciellt tydligt i mål som rör utvisning av unga personer och hur gränsdragningen ska göras i dessa fall. Mot bakgrund av att det i norsk rätt inte finns ett absolut skydd mot utvisning av utlänningar som kom till Norge som barn är detta en återkommande frågeställning som även har blivit föremål för överprövning vid Europadomstolen.[84] Generellt har Europadomstolen uttalat att medlemsstaterna har en vid handlingsfrihet i sin utlänningskontroll, om än under Europadomstolen överinseende. Detta betyder att det i Europadomstolen praxis inte uppställs en åldersgräns eller ett absolut skydd mot utvisning av personer som invandrat som mycket unga eller till och med är födda i mottagarlandet. Faktorer som ska vägas in i bedömningen är vid vilken ålder personen kom till mottagarlandet, om brotten begicks som minderårig eller i vuxen ålder, brottets karaktär och allvarlighetsgrad och faran för återfall, om det finns ett inslag av samhälleligt ansvar för ungdomens utveckling under uppväxten, t.ex. om sociala myndigheter har varit involverade och omhändertagit ungdomen, hur länge efter ankomst till mottagarlandet som brotten begicks, om ungdomen gått i skola i mottagarlandet etc. Praxis är omfattande[85] men har inte uppmärksammats så mycket av svenska

[81] Boultif mot Schweiz (54273/00) 2 november 2001, § 48.
[82] Üner mot Nederländerna (46410/99) 18 oktober 2006, §§ 57–58.
[83] Kaya mot Tyskland (31753/02) 28 juni 2007, § 65.
[84] Se Rt. 2005 s. 238, Rt. 2009 s. 546 och Rt. 2015 s. 93, och från Europadomstolen Nunez mot Norge (55597/09) 28 juni 2011, Antwi m.fl. mot Norge (26940/10) 14 februari 2012, Butt mot Norge (47017/09) 4 december 2012 och Kaplan mot Norge (32504/11) 24 juli 2014.
[85] Utöver de tre domarna i fotnot 81–83 bör nämnas Maslov mot Österrike (1638/03) 23 juni 2008, Onur mot Storbritannien (27319/07) 17 februari 2009, A.W. Khan mot Storbritannien (47486/06) 12 januari 2010, Mutlag mot Tyskland

jurister eftersom denna problematik inte har varit aktuell på grund av UtlL 8 a kap. 3 § andra stycket som anger att en utlänning som kom till Sverige före fyllda 15 år och hade vistats i riket sedan minst fem år när åtal väcktes, inte får utvisas.

Även om Sverige alltså inte har ett regelverk som är lika strängt som Norges så finns det skäl att fundera över hur bedömningen av de subjektiva elementen kan utvecklas i svensk rättspraxis. HD hänvisar sällan till Europadomstolens praxis som rättskälla vid avvägningen i utvisningsärenden. I NJA 2019 s. 316 ”Utlänningens vistelstid” skulle särskilt de skiljaktiga kunnat ha haft starkare argument genom att hänvisa till Europadomstolens praxis. Det gäller både de olika omständigheterna hänförliga till utlänningens person och betydelsen av att han begick brotten som vuxen. Även den måttstock som framkommer i Europadomstolens praxis för vilka tidsrymder som betraktas som ”lång vistelsetid” är relevant, och handlar om perioder på 15–20 år.[86] Vad gäller majoritetens argumentation i samma mål hade det blivit tämligen uppenbart att både avsaknaden av familjeanknytning i Sverige har betydelse för bedömningen, och att skrivningen att utlänningen föreföll ”inriktad på en framtid i Sverige” (se domens p. 27) inte kan tjäna som ett eget argument för anknytning.

Det sista momentet i bedömningen av subjektiva villkor handlar om hur längden på det påföljande återreseförbudet ska bestämmas. I Europadomstolens praxis är återreseförbudets längd betydelsefull för att en annars sträng bedömning ändå ska kunna anses proportionerlig.[87] Brottets allvar och art som omständigheterna kring utlänningens privata situation, och särskilt om den utvisade har barn, är viktiga faktorer. EU:s återvändandedirektiv 2008/115 artikel 11 har tydliggjort riktlinjerna för längden på utvisningen och återreseförbudet och är inarbetade i utlendingsforskriftens § 14-2 annet ledd. För norskt vidkommande medförde inarbetningen av direktivet en justering av UNE:s praxis så att återreseförbudens varaktighet generellt förkortades och att det för t.ex. utvisade som har barn som regel ska beslutas ett återreseförbud på två år, såvida det inte handlar om mycket grova brott som föranleder ett längre återreseförbud.

4.3 Verkställighetshinder: skydd mot utsändning

Det tredje moment som måste avgöras vid en utvisning är om det föreligger en risk för den utvisade personen att återvända till sitt

(40601/05) 25 mars 2010, Emre mot Schweiz (5056/10) 11 oktober 2011, Balogun mot Storbritannien (60286/09) 10 april 2012, A.H. Khan mot Storbritannien (6222/10) 20 december 2012, och från senare tid t.ex. Azerkane mot Nederländerna (3138/16) 2 juni 2020, Khan mot Danmark (26957/19) 12 januari 2021, och Munir Johana mot Danmark (56803/18) 12 januari 2021.

[86] Se t.ex. Onur mot Storbritannien (27319/07) 17 februari 2009, Mutlag mot Tyskland (40601/05) 25 mars 2010, A.H.Khan mot Storbritannien (6222/10) 20 december 2011.

[87] Se Maslov mot Österrike (1638/03) 23 juni 2008 § 98 och från nyare praxis t.ex. Azerkane mot Nederländerna (3138/16) 2 juni 2020 §§ 82–83.

hemland eller medborgarskapsland. Det krävs alltså ett ställningstagande om personen faktiskt kan återvända, dvs. om det föreligger ett verkställighetshinder eller ej, eller med den norska termen om det föreligger ett ”absolutt vern mot utsendelse”.[88] Internationella förpliktelser som anger förbud mot utsändning finns i Flyktingkonventionens artikel 33.1, FN:s antitortyrkonvention artikel 3 och Europakonventionen art. 3 vars extraterritoriella verkan är oundviklig.[89]

I huvuddrag omfattar bedömningen av verkställighetshinder både individuella omständigheter beträffande utlänningens person och den generella situationen i det land till vilket verkställigheten ska ske. En asylliknande bedömning och principen om non-refoulement aktualiseras alltså också i mål om utvisning på grund av brott. De individuella skyddsskäl som kan finnas handlar om de grunder som anges i Flyktingkonventionens artikel 1 A (förföljelse pga. av t.ex. etnisk eller religiös tillhörighet) eller om personen löper en risk för dödsstraff i hemlandet för eventuellt tidigare begånget brott i hemlandet eller det brott som utlänningen dömts för i det utvisande landet, eller riskerar tortyr eller förnedrande behandling eller bestraffning. Det kan också föreligga medicinska skäl eller starka humanitära skäl. Generella hinder kan handla om säkerhetssituationen i hemlandet i form av t.ex. en väpnad inre eller yttre konflikt, en miljökatastrof eller eventuellt en pandemi. Hindret kan vara temporärt eller av mer bestående natur. Därtill kan det även finnas särskilda hinder såsom inreseförbud för statslösa eller vissa nationaliteter, eller praktiska skäl som omöjliggör en verkställighet till hemlandet.

Prövningen baseras på både landinformation och bevis som den utvisade personen åberopar. I den norska ordningen är denna bedömning oproblematisk eftersom utvisningsärenden ingår i UNEs jurisdiktion och alltså behandlas av en specialinstans som besitter landkunskap och erfarenhet av de asylliknande frågeställningar som uppkommer vid verkställigheten. I den svenska instans- och processordningen där allmän domstol ska genomföra dessa asylliknande bedömningar saknas denna kompetens och det blir istället aktuellt med inhämtande av underlag från Migrationsverket i dess egenskap av expertmyndighet. Det finns inte någon tvingande regel om detta i UtlL, men UtlF anger i 7 kap. 10 § att domstolen ska inhämta yttrande från Migrationsverket om det mot bakgrund av utlänningens egna uppgifter kan antas finnas hinder mot framtida verkställighet av en utvisning.

HD har i NJA 2019 s. 47 ”Utvisningsverkställighet I-III” emellertid preciserat att allmän domstol *ska* inhämta yttrande i ärenden om verkställighet av utvisning på grund av brott, och vidare att en förutsättning för att domstolen ska kunna lägga yttrandet till grund är

[88] UtlL 8 a kap. 4 § jfr 12 kap. 1–3 a och 19b §§, och utlendingsloven § 73.
[89] Chahal mot Storbritannien (22414/93) 15 november 1996, §§ 74, 79–80.

att Migrationsverket dels haft kännedom om de omständigheter som är relevanta för verkställighetsfrågan, dels att verkets bedömning är tydligt motiverad. Om yttrandet brister i dessa avseenden bör domstolen inhämta ett kompletterande yttrande.[90] I NJA 2019 s. 47 III var HDs uttalande särskilt betydelsefullt eftersom den utvisade personen anförde individuella skäl för verkställighetshinder och det brott han dömts för i Sverige var av politisk karaktär och medförde en individuell hotbild mot honom i hemlandet. HovR hade med utgångspunkt i en egen bedömning av landinformationen, två rapporter från svenska UD, ansett att det förelåg hinder mot verkställighet och därmed frångått Migrationsverkets yttrande. Utan att själv ha djupare insikt i HovRs underlag i ärendet kan dess förhållningssätt framstå som problematiskt — utlänningen var från Gaza, ett geopolitiskt område med ständigt fluktuerande oro och där förutsättningarna för inresa är speciellt komplicerade. Det är just vid en bedömning av detta slag som instansordningen och inslaget av specialisering blir relevant eftersom det ofta krävs ingående landkunskap av ett slag som allmänna domstolar inte har. Det finns därför goda skäl för den ordning som HD har formulerat i NJA 2019 s. 47 I–III och att Migrationsverket bistår vid dessa bedömningar genom att avge yttrande.

Det finns andra typer av mål där landinformation också är av stor betydelse, nämligen i mål om utlämning enligt lag (1957:668) om utlämning för brott (utlämningslagen).[91] Det är regeringen som fattar beslut men HD som prövar ärendet om den som ska utlämnas inte samtycker till utlämningen. Den bestämmelse som främst är relevant för detta sammanhang är utlämningslagen 7 § som i huvudsak korresponderar med Flyktingkonventionens art. 1 A (2) och principen om non-refoulement, samt med UtlL 4 kap. 1 §, även om en fullständig överensstämmelse inte har varit avsikten.[92] De frågeställningar som oftast uppkommer är om den som begärs utlämnad riskerar att utsättas för tortyr eller dödsstraff eller riskerar att inte få en rättvis rättegång.[93] Det har i HD:s praxis uttryckts att HD utöver själva utlämningslagen även ska pröva om Europakonventionens artikel 3 och 6 utgör ett hinder mot utlämning, en normutfyllnad för att hantera uppkomsten av det lagliga hinder mot utlämning som uppstått med Europakonventionen.[94] HD utför i utlämningsärendena omfattande

[90] NJA 2019 s. 47 I–III p. 21–23.

[91] Se t.ex. NJA 2009 s. 280 (politiskt brott/folkmord, etnicitet, Rwanda), NJA 2009 s. 557 (politiska brott, Turkiet), NJA 2020 s. 426 (sexuell läggning, Iran). NJA 2002 s. 624 verkar vara första gången som Europakonventionen artikel 3 nämns av HD i utlämningssammanhang. Se också NJA 1991 s. 572 med yttrande från Invandrarverket och vittnesförklaring från flyktingkonsulent, NJA 1990 s. 484 (kapning av luftfartyg från Sovjetunionen)

[92] Hänvisningar till tidigare förarbeten ges i NJA 2020 s. 426 p. 8–10.

[93] Se lag (1957:668) om utlämning för brott §§ 6–7 och t.ex. NJA 2008 s. 608, NJA 2009 s. 280, NJA 2014 s. 413, NJA 2017 s. 975 och NJA 2019 s. 611.

[94] Dag Victor ”Svenska domstolars hantering av Europakonventionen” i SvJT 2013 s. 367–368.

egna analyser av landinformation och praxis från Europadomstolen, t.ex. i NJA 2019 s. 611 avseende utlämning till Kina. Domarna från Europadomstolen innehåller omfattande utredningar, flera gånger med ett komparativt material om hur olika länders domstolar behandlar utlämningsärenden till ett visst land.[95] Det finns alltså paralleller mellan utlämningsärenden och verkställighetsfrågan i ärenden om utvisning på grund av brott eftersom båda förutsätter kunskaper om andra länders rättssystem och annan landinformation av relevans.

Om det föreligger ett verkställighetshinder kan utlänningen alltså inte utvisas, och som regel ges ett uppehållstillstånd i både Norge och Sverige. Enligt utlendingsloven § 74 ska det vara ett tillfälligt (dvs. tidsbegränsat) tillstånd som kan utformas på olika sätt, t.ex. genom att ge eller inte ge rätt till att arbeta, och som kan förlängas flera gånger. Förutsättningarna i svensk rätt är mer komplicerade ur ett processuellt hänseende eftersom den allmänna domstolen redan vid utdömandet av ett fängelsestraffet måste ta ställning till verkställighetshindret vid en framtida frigivning som kanske ligger flera år fram i tiden. Om det är möjligt att förutse att verkställighetshindret är bestående redan vid brottmålet blir konsekvensen att utlänningen inte utvisas och istället får ett längre fängelsestraff. Om det inte anses föreligga ett verkställighetshinder, utlänningen utvisas och i ett senare skede åberopar verkställighetshinder, gäller däremot att utlänningen under bestämda förutsättningar får ansöka hos Migrationsverket om upphävande av utvisningsbeslutet efter att det vunnit laga kraft. Dessa ärenden benämns s.k. nådeärenden och regleras utförligt i UtlL 12 kap. 16 a–d §§ men behandlas inte vidare här av utrymmesskäl.

5 Diskussion och avslutande synpunkter

Genomgången visar betydande skillnader mellan svensk och norsk rätt. Jag kan kort konstatera att mina egna observationer och de kritiska tankar som presenteras nedan har stöd i SOU 2021:61 *Utvisning på grund av brott — ett skärpt regelverk* som presenterades sent i juni 2021 då jag närmade mig slutet av arbetet med denna artikel.

En första observation handlar om formuleringar och graden av precision i bestämmelserna om utvisning. Särskilt tydligt framträder olikheterna vid de formella förutsättningarna för utvisning, dvs. hur brott och straffvärdet anges. UtlL framstår som oprecis med formuleringar som ”brott som kan leda till fängelse” (UtlL 8 a kap. 1 §), ”synnerligen grovt brott” (2 §) jämfört med norsk rätt som istället anger alternativ med både allmänt bestämda straframar, t.ex. ”fengselstraff i mer enn ett år” (utlendingsloven § 67 første ledd b) och enskilda brottsbestämmelser som vid överträdelse utgör grund för utvisning, t.ex. § 231 annet ledd straffeloven, ”uaktsam narkotikaover-

[95] Se Soering mot Storbritannien (14038/88) 7 juli 1989, Ahorugeze mot Sverige (37075/09) 27 oktober 2011 som föregicks av NJA 2009 s. 280, och Othman mot Storbritannien (8139/09) 17 januari 2012 §§ 258–259.

tredelse" (§§ 67 och 68). Resultatet av denna lagstiftningsteknik är att de svenska bestämmelserna trots förarbetsuttalanden kan framstå som mer komplicerade att tillämpa än de norska. En enhetlig praxis kan vara svårare att uppnå, och detta försvåras ytterligare av att prövningen av utvisningsärenden är decentraliserad till alla allmänna domstolar. Den norska instansordningen med en specialiserad instans och en stor mängd ärenden ger därför bättre förutsättningar för en enhetlig praxis.

Det faktum att allmän domstol vid straffmätningen dessutom ska ta hänsyn till ett eventuellt men på grund av utvisningen enligt strafflindringsgrunderna i BrB 29 kap. 5 § första stycket 6 och därmed kan förkorta det utmätta straffet, bidrar knappast till ytterligare klarhet i var de formella gränserna går. Det kan dessutom ha en olycklig signaleffekt och uppfattas som både orättvist och stötande för allmänhetens rättskänsla där accepten för juridiska nyanser och begrepp inte är lika utvecklad som hos utbildade jurister. Mot bakgrund av detta moment framstår instansordningen i Norge med helt separata processer som fördelaktig på ett principiellt plan eftersom utvisningen som sådan inte sammankopplas med straffmätningen i brottmålet. I SOU 2021:61 föreslås att BrB 29 kap. 5 § första stycket 6 tas bort vilket får anses som en viktig åtgärd.

Skillnaden i jurisdiktion och instansordningen som sådan har annars ingen betydelse för hur själva utvisningen betraktas rättsligt i Sverige (särskild rättsverkan av brott) och Norge (administrativ sanktion). Detta är i linje med Europakonventionens systematik där Europadomstolen har uttalat att utvisning är att betrakta som en administrativ reaktion vid utlänningskontroll som har en brottsförebyggande effekt, men inte anses som ett straff enligt artikel 6. Om däremot ett fängelsestraff helt skulle ersättas av en längre utvisning skulle bedömningen av reaktionen bli en annan.[96]

Vad gäller formulering av hur de subjektiva omständigheterna ska viktas mot brottet så anges det ett uttryckligt krav på proportionalitet i utlendingsloven § 70. I UtlL 8 a kap. 2 § uttrycks däremot inte detta explicit och med samma tydliga struktur, och därtill sätts en gräns genom kravet på "synnerliga skäl" (UtlL 8 a kap. 3 §) för att utvisning ska kunna beslutas om utlänningen har mer än fyra års vistelsetid i riket. I svensk rättspraxis görs i praktiken en form för proportionalitetsbedömning även om den är inte lika utförlig som i norsk rättspraxis. Att kravet på "synnerliga skäl" föreslås borttaget i SOU 2021:61 liksom att vistelsetiden istället blir ett moment i proportionalitetsbedömningen kan förväntas bringa en högre grad av tydlighet i utvisningsbeslut. De kommer att byggas upp på en mer renodlad bedömning av formella förutsättningar mot vilken de subjektiva om-

[96] Maaouia mot Frankrike (39652/98) 5 oktober 2000, § 39, och Gurguchiani mot Spanien (16012/06) 5 december 2009, §§ 40, 47–48.

ständigheter måste vägas och där det finns ett uttalat krav på proportionalitet.

I proportionalitetsavvägningen är rättskälleanvändningen väldigt olika eftersom norska domstolar aktivt använder sig av Europakonventionens praxis för ledning och stöd i argumentationen medan detta inte är fallet i Sverige. En förklaring till detta är att de norska utvisningsreglerna är betydligt strängare och ligger närmare ytterkanten för vad som ryms inom Europakonventionens ramar. Det gäller särskilt ifråga om utvisning av personer som kom till Norge som barn eller mycket unga och som har begått brott i ung ålder, dvs. före fyllda 18 år. Här kan konstateras att det i SOU 2021:61 föreslås en skärpning av de svenska bestämmelserna vilket kommer att föranleda en motsvarande gränsdragningsproblematik som i norsk rätt. Det bör kunna förväntas en utveckling av rättspraxis på basis av Europakonventionens artikel 8 som får en särskild betydelse i avsaknad av ett skydd för familjelivet i RF 2 kap.

Användningen av Europadomstolens praxis som rättskälla i norska domstolar kan annars ses som en naturlig följd av såväl inkorporeringen av Europakonventionen som stadgandet i utlendingsloven § 3 om att den ska tillämpas i samklang med internationella förpliktelser. Även Grunnlovens § 92 pålägger statens myndigheter att respektera mänskliga rättigheter i enlighet med internationella traktater som Norge är bunden av, och alltså en helt annan och bredare förpliktelse än RF 2:19 som vänder sig till lagstiftaren. Domskälen i norska domar tenderar också i övrigt att vara mycket omfattande. Det bör understrykas att det handlar om en annan tradition i sättet att strukturera och formulera domskäl, och med domslut där det i Høyesterett voteras individuellt i tur och ordning. I jämförelse är domar i Sverige generellt kortare och av tradition mer formellt utformade. Avsaknaden av att hänvisa till Europadomstolens praxis kan leda till att svenska domstolar formulerar nya kriterier som inte alls korresponderar med vad som följer av Europakonventionen. Detta är naturligtvis en frihet som de högsta instanserna har men särskilt kriteriet att vara ”inriktad på en vistelse i Sverige” borde ha satts i relation till Europakonventionen. Kriteriet är uppseendeväckande förmånligt för den enskilde och i ett sammanhang där det allmännas intresse av att utvisa en brottsdömd person framstår som starkt.

Frågan om instansordningens betydelse med allmän domstol eller specialdomstol som fattar beslut om utvisning förefaller vara av störst relevans vid bedömningen av verkställighetshinder. Det är på denna punkt som landkunskap krävs för att göra korrekta bedömningar, och fördelen med en specialinstans som UNE där den nödvändiga kompetensen finns i huset är uppenbar. Det tillvägagångssätt som HD har formulerat i NJA 2019 s. 47 I–III med ett krav på yttrande från Migrationsverket är en kompenserande åtgärd för att höja kvaliteten i

domstolarnas bedömning i verkställighetsfrågan. För rättsområdet i stort skulle det dock kunna vara fördelaktigt om Lifos utvecklades genom att ges en organisatoriskt mer självständig ställning så att landkunskap kunde komma flera rättsliga aktörer till del på motsvarande sätt som norska Landinfo. Egenvärdet av en hög grad av oavhängighet också ifråga om landinformation ska inte underskattas i processer som rör utlänningsärenden där Migrationsverket själv är part.