

## LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2005-10-20

**Närvarande:** f.d. regeringsrådet Bengt-Åke Nilsson, regeringsrådet Stefan Ersson och justitierådet Lars Dahllöf.

### **Ny prövning i vissa utlänningsärenden**

Riksdagens socialförsäkringsutskott har den 13 oktober 2005 beslutat inhämta yttrande från Lagrådet över lagförslaget i motion 2005/06:Sf431.

Förslaget har inför Lagrådet föredragits av föredraganden i socialförsäkringsutskottet Kari Hasselberg, biträdd av kanslichefen Karin Laan och kanslirådet Ulrika Sandell.

Förslaget föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Det remitterade förslaget (lagförslag och författningskommentar, bil. 1 och 2 till riksdagsmotion 2005/06:Sf431) syftar till att, innan den nya utlänningslagen (2005:716), i det följande kallad 2005 års utlänningslag, träder i kraft den 31 mars 2006, få till stånd en ny prövning av frågan om uppehållstillstånd i fall där det sedan tidigare föreligger lagakraftvunna beslut om avvisning eller utvisning, vilka av olika skäl ännu inte verkställts.

Förslaget innebär bl.a. att under en övergångsperiod – från det planerade ikraftträdandet den 7 november 2005 till dess att 2005 års utlänningslag träder i kraft – avses mera generösa bestämmelser

gälla för erhållande av uppehållstillstånd vid prövning av den kategori av ärenden som angetts ovan än vad som är fallet enligt gällande lag, här kallad 1989 års utlänningslag, och även jämfört med 2005 års utlänningslag. Upphållstillstånd skall enligt förslaget kunna beviljas bl.a. om det är humanitärt angeläget. Vid bedömningen om det föreligger sådant skäl skall särskilt beaktas bl.a. om utlänningen har vistats lång tid i Sverige och om det föreligger risk för att barns hälsa och utveckling skadas om beslutet om avvisning eller utvisning verkställs.

Lagtekniskt har frågan lösts så att nu gällande bestämmelser om prövning i Utlänningsnämnden av ny ansökan om uppehållstillstånd ersätts med bestämmelser om ny prövning av Migrationsverket. Ny prövning sker efter ansökan eller genom att Migrationsverket självmant tar upp frågan. Prövning sker bara i en instans. Migrationsverkets beslut får alltså inte överklagas. Förslaget har utformats delvis efter mönster av bestämmelserna i 12 kap. 18 och 19 §§ i 2005 års utlänningslag om ny prövning av frågan om uppehållstillstånd på verkställighetsstadiet.

Hur många utlänningar i Sverige som kan komma att beröras av förslaget kan inte närmare anges. Det har under föredragningen uppgetts att det kan röra sig om ca 20 000 personer.

#### Beredningen av lagstiftningsärendet

Det remitterade förslaget bygger på ett utkast till lagrådsremiss som utarbetats i Utrikesdepartementet men som aldrig kom att remitteras till Lagrådet. Utkastet skickades ut till ett tiotal domstolar och förvaltningsmyndigheter, flertalet av dem med omfattande erfarenhet av tillämpning av utlänningslagstiftningen. Myndigheterna kallades till en hearing på Utrikesdepartementet kl. 10.00 dagen efter det att de fått

del av utkastet. Av anteckningar från hearingen och av skriftliga yttranden över utkastet som Kammarrätten i Stockholm och Utlänningsnämnden tillställt departementet i anslutning till hearingen framgår att myndigheterna inte ansåg sig ha haft möjlighet att på ett tillfredsställande sätt analysera och bedöma förslaget på den tid som stått till buds.

Bestämmelserna i 7 kap. 2 § regeringsformen om skyldighet att inhämta behövliga upplysningar och yttranden från berörda myndigheter och att vid behov bereda sammanslutningar och enskilda tillfälle att yttra sig gäller enligt ordalydelsen behandlingen av ett lagstiftningsärende i regeringen och omfattar alltså inte beredningen av ett lagstiftningsärende som väckts i riksdagen. Skälen för en sådan bestämmelse i fråga om regeringsärenden talar emellertid med samma styrka för att en motsvarande beredning bör ske i ett lagstiftningsärende som väckts i riksdagen. I detta fall har visserligen synpunkter inhämtats från ett antal remissinstanser, men för att en remissbehandling skall vara meningsfull måste remissinstanserna ges rimlig tid att överväga förslaget.

Vid bedömningen av behovet av beredning i detta fall måste, enligt Lagrådets mening, också beaktas att utlänningslagstiftningen är ett förhållandevis komplicerat rättsområde och att en ordning med särskilda och mera generösa regler, som gäller endast tillfälligt och för vissa kategorier av ärenden om uppehållstillstånd, i sig inrymmer komplikationer i form av tolknings- och tillämpningssvårigheter som uppkommer genom skillnader mellan nu föreslagna lagändringar å ena sidan samt 1989 och 2005 års utlänningslagar å andra sidan.

Mot bakgrund av vad som anförts anser Lagrådet att den beredning som skett i ärendet – även om hänsyn tas till att det är angeläget med ett snabbt ikraftträdande – inte är godtagbar. Den bristfälliga

beredningen har, som kommer att framgå av det följande, fått till följd att för lagtolkning och tillämpning centrala frågor och begrepp inte fått en sådan analys och kommentar som enligt Lagrådets mening är nödvändiga för att skapa förutsättningar för en tillämpning som motsvarar grundläggande krav på enhetlighet och rättssäkerhet.

Lagrådet avstyrker därför att det remitterade förslaget på det nu föreliggande underlaget läggs till grund för lagstiftning.

### Förslaget till lag om ändring i utlänningslagen

2 kap.

5 b §

Bestämmelsen anger under vilka förutsättningar en ny ansökan om uppehållstillstånd får bifallas, när ansökningen görs av en utlänning som enligt ett lagakraftvunnet beslut skall avvisas eller utvisas. Syftet med de ändringar som nu föreslås har angetts vara att åstadkomma en tillfällig ordning för att vissa grupper som vistats i Sverige under lång tid skall ges nya och ökade möjligheter att få uppehållstillstånd.

Förslaget innebär bl.a., som framgått ovan, att två olika regelsystem kommer att gälla parallellt vid prövning av frågor om uppehållstillstånd.

Ett exempel kan belysa detta. Av två utlänningar med lika förutsättningar i fråga om vistelsetid i Sverige m.m. har den ene ett lagakraftvunnet beslut på avvisning, som ännu inte har verkställts, medan den andres ursprungliga ansökan om uppehållstillstånd, på grund av överklagande eller av annat skäl, ännu inte slutligt prövats när den

föreslagna lagen träder i kraft. Om den förstnämnde då ansöker om ny prövning av frågan om uppehållstillstånd enligt nu föreslagna 2 kap. 5 b § i 1989 års utlänningslag kommer hans ansökan att prövas enligt mer generösa regler än den andra ansökan, som skall prövas enligt allmänna regler i nämnda lag.

Det redovisade exemplet väcker frågan om en sådan ordning är förenlig med principen om att lika fall skall behandlas lika. Denna fråga har inte berörts i förslaget.

### *Nya omständigheter*

Paragrafen är utformad så att Migrationsverket får bevilja uppehållstillstånd i ett ärende om verkställighet av ett beslut om avvisning eller utvisning som vunnit laga kraft, om det kommer fram nya omständigheter i ärendet och om dessutom någon av de omständigheter som anges i punkterna 1 – 4 i paragrafens första stycke föreligger. Av detta torde följa att en utlänning med ett lagakraftvunnet beslut om avvisning eller utvisning alltid har rätt att få en ansökan enligt 2 kap. 5 b § om uppehållstillstånd prövad och vid ett avslag eller om ett tidsbegränsat uppehållstillstånd meddelats kunna återkomma med en eller flera nya ansökningar.

En första förutsättning för bifall till en ansökan är att det kommer fram nya omständigheter i ett verkställighetsärende. Eftersom en av de omständigheter som särskilt skall beaktas vid bedömningen om det är humanitärt angeläget att bevilja uppehållstillstånd är att utlänningen har vistats i Sverige under lång tid (för barn vistelsetid) kan frågan ställas om enbart det förhållandet att någon tid förflutit från det att beslutet om avvisning eller utvisning vann laga kraft är en sådan ny omständighet som, tillsammans med någon av de övriga förutsätt-

ningar som anges i 2 kap. 5 b §, ger Migrationsverket möjlighet att bevilja uppehållstillstånd.

Om det skall vara en förutsättning för att ge uppehållstillstånd att nya omständigheter kommit fram ges, enligt Lagrådets mening, ett sådant utrymme för tillfälligheter vid tillämpningen att det kan bli svårt att leva upp till krav på enhetlighet och likabehandling.

#### *Migrationsverkets ex officio prövning*

Enligt den föreslagna lydelsen får Migrationsverket, utan att en ansökan gjorts, företa en prövning enligt 2 kap. 5 b §. Migrationsverkets rätt enligt förslaget att på eget initiativ agera då det framkommer nya omständigheter har sin motsvarighet i 12 kap. 18 § i 2005 års utlänningslag. Enligt 12 kap. 17 § i den lagen (jfr 8 kap. 13 § i gällande lag) skall annan verkställande myndighet än Migrationsverket underätta verket, om myndigheten finner att den inte kan verkställa ett beslut om avvisning eller utvisning. Detsamma gäller då utläningen hos den verkställande myndigheten åberopar hinder mot verkställighet. Till skillnad mot gällande ordning avses en sådan underrättelse om verkställighetshinder kunna föranleda en prövning av om uppehållstillstånd skall beviljas. Huruvida verket förväntas att aktivt efterforska om sådant verkställighetshinder föreligger, t.ex. genom att införa rutiner som innebär att en prövning alltid kommer att företas så snart som ett beslut om avvisning inte kunnat verkställas inom viss tid, framgår inte.

#### *De nya punkterna 2 och 3*

De i punkterna 2 och 3 angivna fallen då uppehållstillstånd får beviljas är hämtade från 12 kap. 18 § i 2005 års utlänningslag. Medan punkten 2 i förslaget överensstämmer helt med 12 kap. 18 § första

stycket 2, överensstämmer punkten 3 bara delvis med 12 kap. 18 § första stycket 3. I punkten 3 i förslaget behandlas endast fallet att det finns medicinska hinder mot att verkställa beslutet. Motsvarande punkt i 2005 års utlänningslag innehåller också "eller annan särskild anledning att beslutet inte bör verkställas". I författningskommentaren har denna skillnad inte kommenterats. Detta bör enligt Lagrådets mening ske för att klargöra om man här avser att begränsa räckvidden av verkställighetshindret, jämfört med vad som kommer att gälla enligt 2005 års utlänningslag.

#### *Det nya humanitetskriteriet*

Punkten 4 i förslaget motsvarar närmast punkten 2 i gällande lydelse av 2 kap. 5 b §. I förslaget har dock kriteriet "det annars skulle strida mot humanitetens krav" ändrats till "det annars skulle vara humanitärt angeläget". Det kan inte anses framgå klart av ordalydelsen i vad mån den nya lydelsen leder till en generösare tillämpning vad gäller möjligheterna att få uppehållstillstånd. I författningskommentaren anges dock att ändringen innebär att Utlänningsnämndens praxis beträffande tillämpningen av 2 kap. 5 b § inte längre kommer att gälla samt att det nya begreppet "får en mer vidsträckt betydelse och i synnerhet skall de hänsyn som normalt skall tas till intresset av att upprätthålla en reglerad invandring inte beaktas i samma utsträckning". Av uttalandet kan slutsatsen dras att vad som eftersträvas är en mer generös tillämpning än den nuvarande. I ett nytt andra stycke i paragrafen anges också vad som särskilt skall beaktas vid bedömningen av om det finns sådana omständigheter som avses i punkt 4.

Ett betydande problem med den valda tekniken, genom vilken hittillsvarande praxis ersätts med ett antal uppräknade omständigheter som särskilt skall beaktas, är att ledning kommer att saknas beträffande övriga omständigheter som enligt hittillsvarande praxis brukat

beaktas vid bedömningen utifrån humanitetskriteriet, t.ex. anhörigan-knytningen. För att motverka problem i samband med tillämpningen bör en genomgång av hittillsvarande praxis göras och de ändringar av tillämpningen som avses bli följden av den ändrade lydelsen av 2 kap. 5 b § tydligt anges.

Vidare bör klargöras vad innebörden är av att – som sägs i förslaget – intresset av att upprätthålla en reglerad invandring inte skall beaktas i samma utsträckning. Skall detta intresse ändå beaktas i någon mån?

#### *Vistelsetiden*

Beträffande den omständigheten att utlänningen har vistats i Sverige under lång tid uttalas i författningskommentaren att någon exakt vistelsetid inte kan anges samt att den långa tiden skall vägas samman med andra omständigheter. Det sägs vidare att det exempelvis kan ha betydelse för bedömningen om utlänningen medverkat till att hans eller hennes identitet blir klarlagd. Vilka andra individuella faktorer som skall inverka på hur lång vistelsetid som krävs för att ett uppehållstillstånd skall få beviljas, anges dock inte. Inte heller anges vilken betydelse som skall tillmätas det förhållandet att en utlänning hållit sig gömd och vägrat medverka till verkställighet av ett beslut om avvisning eller utvisning. Enligt praxis har vuxna personer endast i sällsynta undantagsfall beviljats uppehållstillstånd av humanitära skäl på den grund att sökanden fått en särskild anknytning till landet och då oftast i förening med andra skäl. Någon ändrad ordning i detta avseende synes inte heller bli följden av ikraftträdandet av 2005 års utlänningslag. I prop. 2004/05:170, Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden, anges (s. 191) att den anpassning i Sverige som bör ha betydelse normalt endast är sådan som uppkommit under laglig vistelse här och att detta i princip avser



vistelsen från dagen för asylansökan fram till dess frågan slutligt prövats. Med hänsyn till att den tillfälliga ordning som föreslås bli införd skiljer sig från såväl dagens ordning som den som avses gälla enligt 2005 års lag måste de frågor som nu har berörts klargöras.

Som berörda myndigheter har anmärkt kan det i praktiken vara svårt att avgöra om en utlänning vistats i Sverige hela den uppgivna tiden. I författningskommentaren uttalas att utlänningen har bevisbördan i detta avseende. Eftersom vistelsetiden getts en så central betydelse för möjligheten att få uppehållstillstånd enligt den tillfälliga ordningen, måste denna fråga belysas, bl.a. genom en diskussion om vilken bevisning som kan anses tillräcklig.

#### *Vandelsprövningen*

I den föreslagna lydelsen av 2 kap. 5 b § har införts ett nytt tredje stycke enligt vilket uppehållstillstånd får vägras bl.a. om det behövs med hänsyn till rikets säkerhet. I ett nytt fjärde stycke har angetts att vid prövning av en fråga om uppehållstillstånd enligt första stycket punkterna 2–4, skall det beaktas om utlänningen kan förväntas föra en hederlig vandel.

Enligt författningskommentaren har bestämmelsen en motsvarighet i 2 kap. 4 § sista stycket i gällande lag. I kommentaren anges vidare att vid vandelsprövningen skall tas fasta på främst om utlänningen har begått eller kan befaras begå brott. Detta överensstämmer med vad som sagts i kommentaren till 5 kap. 17 § i 2005 års utlänningslag. I det nu föreliggande förslaget har alltså lagtext från 1989 års utlänningslag kopplats samman med motiven för motsvarande bestämmelse i 2005 års lag, trots att författningsbestämmelserna inte överensstämmer. Det måste klargöras vilken ordning som avses bli införd.

Eftersom 2 kap. 5 b § fjärde stycket avses bli tillämpligt vid en prövning enligt första stycket punkterna 2–4, bör det följa omedelbart efter bestämmelserna som sammanhänger med tillämpningen av dessa punkter, dvs. byta plats med det föreslagna tredje stycket.

6 kap.

9 §

Genom paragrafen regleras vilken myndighet som i olika skeden av ett utlänningsärende är handläggande myndighet, dvs. närmare bestämt vilken ansvarsfördelning som gäller mellan en polismyndighet, Migrationsverket och Utlänningsnämnden i frågor om förvar och uppsikt.

Av den föreslagna paragrafens andra stycke c) kan man få intrycket att Migrationsverket i samband med en prövning enligt 2 kap. 5 b § skall återta även själva verkställighetsfrågan från polismyndigheten, trots att den frågan tidigare överlämnats dit.

Vid föredragningen inför Lagrådet har upplysts att avsikten i motionen är att Migrationsverket vid en prövning enligt 2 kap. 5 b § skall ta över som handläggande myndighet för alla frågor utom frågan om verkställighet. Den frågan avses ligga kvar hos polismyndigheten i de fall den tidigare överlämnats dit men, enligt 8 kap. 10 § fjärde stycket i förslaget, där vila i avvaktan på att ärendet blivit slutligt avgjort av Migrationsverket. Detta gäller oavsett om ett ärende enligt 2 kap. 5 b § tagits upp efter ansökan eller på initiativ av Migrationsverket.

Enligt Lagrådets bedömning måste ansvarsfördelningen mellan Migrationsverket och polismyndigheten klargöras i förslaget.

Lagrådet noterar vidare att det i den föreslagna paragrafen, näst sista stycket, finns en hänvisning till 8 kap. 10 § *andra* stycket utlänningslagen. Hänvisningen skall rätteligen avse *första* stycket i nämnda paragraf.

7 kap.

3 §

I paragrafen föreslås att ett beslut av Migrationsverket om avslag på en *ansökan* enligt 2 kap. 5 b § inte skall få överklagas.

Av 7 kap. 1 § utlänningslagen följer, som framgår av kommentaren, att inte heller ett beslut att inte ge uppehållstillstånd i ett ärende som Migrationsverket tagit upp ex officio får överklagas. Detsamma gäller om Migrationsverket har beviljat endast ett tidsbegränsat uppehållstillstånd i ett ärende enligt 2 kap. 5 b §. Avsikten torde inte heller vara att beslut om att avvisa en sådan ansökan skall kunna överklagas. Däremot skall beslut som rör offentligt biträde kunna överklagas.

Eftersom bestämmelserna som rör rätten att överklaga beslut i ett ärende enligt 2 kap. 5 b § är svårtillgängliga bör frågan om rätt att överklaga sådana beslut klargöras.

Övergångsbestämmelser

Förslagen till lagändringar avses träda i kraft den 7 november 2005.

Enligt övergångsbestämmelserna punkten 2 skall ansökningar enligt 2 kap. 5 b § som finns hos Utlänningsnämnden, men som inte avgjorts när lagen träder i kraft, överlämnas till Migrationsverket.

Vidare skall enligt övergångsbestämmelserna punkten 3 ansökningar som kommit in till Migrationsverket, men som inte avgjorts före den 31 mars 2006, handläggas enligt 2 kap. 5 b § i dess lydelse den 7 november 2005 samt äldre föreskrifter i övrigt.

Avsikten torde vara att bestämmelsen skall avse endast ansökningar enligt 2 kap. 5 b § och inte också andra ansökningar om uppehållstillstånd. Detta bör klargöras genom att bestämmelsen uttryckligen begränsas till att avse ansökningar enligt 2 kap. 5 b § utlänningslagen.

Vidare bör enligt Lagrådets mening den sist nämnda övergångsbestämmelsen (punkten 3) inte tas in i förslaget till ändring i 1989 års utlänningslag utan i stället införas genom en ändring i övergångsbestämmelserna till 2005 års utlänningslag.