



Handelshögskolan
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Juridiska Institutionen
Juristprogrammet
Tillämpade studier, 30 hp
VT09

Rätten till familjeåterförening

- en jämförande analys av
familjeåterföreningsdirektivet och
rörlighetsdirektivet

Författare: Elin Widegren
Handledare: Thomas Erhag

Innehåll

1. INLEDNING	4
1.1 SYFTE OCH METOD.....	5
1.2 AVGRÄNSNINGAR	6
1.3 FÖRTYDLIGANDE DEFINITIONER	7
1.4 FRÅGESTÄLLNING	7
2. RÖRLIGHETSDIREKTIVET I UNIONSRÄTTEN	8
2.1 RÖRLIGHETSDIREKTIVET – EN ÖVERGRIPANDE BESKRIVNING	8
2.1.1 Rörlighetsdirektivets syfte	8
2.1.2 Personkrets som omfattas av rörlighetsdirektivet.....	9
2.1.3 Regler om missbruk av rättigheter i rörlighetsdirektivet.....	10
2.1.4 Skyldigheter för unionsmedborgare och deras familjemedlemmar.....	10
2.2 PRAXIS EU-DOMSTOLEN - UNIONSMEDBORGARENS FAMILJEÅTERFÖRENING.....	11
2.2.1 Vilken grund har rättigheterna för unionsmedborgarnas familjemedlemmar?	11
2.2.2 När kan unionsmedborgaren och familjemedlemmen åberopa unionsrätten?.....	12
2.2.3 Vilka familjemedlemmar skyddas?	13
2.2.4 Var och när skall familjerelationen ha inletts?	14
2.2.4.1 Rörlighetsdirektivet och frågan om var och när relationen har inletts	14
2.2.4.2 Något om kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna	15
2.2.5 Finns det några kvalitativa krav på familjemedlemmarnas relation?	16
2.3 MISSBRUK AV RÄTTIGHETER I UNIONSRÄTTEN.....	16
2.3.1 Missbruk av rättigheter – mål om unionsmedborgares familjeåterförening	17
2.4 KOMMISSIONENS RAPPORT OCH VÄGLEDNING	18
2.4.1 Grundläggande principer vid tolkning (och införlivande) av rörlighetsdirektivet	19
2.4.2 Definition av begreppen i artikel 35 rörlighetsdirektivet	19
2.4.3 Skenförhållanden	20
2.4.4 "Återvändarfallet"	21
2.4.5 Artikel 35 och krav på nödvändighet och proportionalitet	22
2.4.6 Bevisbördan och bevisföring	22
3. RÖRLIGHETSDIREKTIVET I SVENSK LAGSTIFTNING	23
3.1 RÖRLIGHETSDIREKTIVETS PÅVERKAN PÅ SVENSK RÄTT.....	23
3.2 PERSONKRETS SOM OMFATTAS.....	23
3.2.1 Vem kan vara referensperson?	23
3.2.2 Vem är familjemedlem?.....	24
3.2.3 Skyldigheter för EES-medborgare och deras familjemedlemmar	25
3.3 UPPEHÅLLSRÄTT I NATIONELL PRAXIS	26
3.3.1 Uppehållsrättens karaktär i svensk rätt.....	26
3.3.2 Metoder vid prövning av uppehållsrätt	27
3.3.2.1 Doktrinen om direkt effekt i nationell praxis.....	27
3.3.3 Beviskrav och placering av bevisbördan i mål om uppehållsrätt	28
3.3.4 Tolkning av begreppet "följer med eller i Sverige ansluter sig till"	29
3.3.5 Skenäktenskap	29
4. FAMILJEÅTERFÖRENINGSDIREKTIVET I UNIONSRÄTTEN	31
4.1 FAMILJEÅTERFÖRENINGSDIREKTIVET – EN ÖVERGRIPANDE BESKRIVNING	31
4.1.1 Familjeåterföreningsdirektivets syfte	31
4.1.2 Vilken grund har rätten till familjeåterförening i familjeåterföreningsdirektivet?	32
4.1.2.1 Familjeåterföreningsdirektivet och rätten till respekt för familjelivet	32
4.1.3 Personkrets som omfattas av familjeåterföreningsdirektivet.....	33
4.1.3.1 Vem kan vara referensperson?	33
4.1.3.2 Vem är familjemedlem?	34
4.1.4 Regler i familjeåterföreningsdirektivet om "missbruk av rättigheter"	34
4.2 NÅGOT OM EU-DOMSTOLENS JURISDIKTION.....	35
4.3 KOMMISSIONENS RAPPORT – FAMILJEÅTERFÖRENINGSDIREKTIVET	36

5. RÅDETS RESOLUTION OM SKENÄKTENSKAP	36
6. FAMILJEÅTERFÖRENINGSDIREKTIVET I SVENSK LAGSTIFTNING	37
6.1 FAMILJEÅTERFÖRENINGSDIREKTIVETS PÅVERKAN PÅ SVENSK RÄTT	37
6.2 PERSONKRETS SOM OMFATTAS.....	38
6.2.1 Vem kan vara referensperson?.....	38
6.2.2 Särskilt om referenspersoner som är skyddsbehövande i övrigt.....	39
6.2.3 Särskilt om referenspersoner som är svenska medborgare.....	40
6.2.4 Vem är familjemedlem?.....	41
6.3 NEKANDE AV RÄTTEN TILL FAMILJEÅTERFÖRENING ENLIGT 5 KAP UTL.....	41
6.3.1 Nekandegrunder i 5 kap 17 a § första stycket Utl.....	42
6.3.2 Nekandegrunder i 5 kap 17 a § andra stycket Utl.....	43
6.3.3 Övriga omständigheter av betydelse vid familjeåterförening enligt 5 kap 3 § Utl	43
6.4 BEGRÄNSNINGAR AV FAMILJEÅTERFÖRENING ENLIGT 5 KAP 3 § UTL I PRAXIS	44
6.4.1 Äktenskap	44
6.4.2 Beviskrav och placering av bevisbördan i mål om uppehållstillstånd.....	45
6.4.3 Bedömning av oriktiga och vilseledande uppgifter samt skenäktenskap.....	46
7. ANALYS.....	46
7.1 REFERENSPERSON.....	47
7.1.1 Referensperson - unionsrättslig nivå	47
7.1.1.1 Familjeåterföreningsdirektivet - referensperson	47
7.1.1.2 Rörlighetsdirektivet - referensperson	47
7.1.2 Referensperson – nationell nivå.....	48
7.1.2.1 Upphållstillstånd enligt 5 kap 3 § Utl - referensperson	48
7.1.2.2 Upphållsrätt enligt 3 a kap Utl – referensperson.....	49
7.2 FAMILJEMEDLEM.....	50
7.2.1 Familjemedlem - unionsrättslig nivå.....	50
7.2.2 Familjemedlem – nationell nivå.....	50
7.3 KVALITATIVA KRAV PÅ FAMILJERELATIONEN.....	51
7.3.1 Kvalitativa krav på familjerelationen - unionsrättslig nivå.....	51
7.3.1.1 Familjeåterföreningsdirektivet – kvalitativa krav på familjerelationen.....	51
7.3.1.2 Rörlighetsdirektivet - kvalitativa krav på familjerelationen.....	52
7.3.2 Kvalitativa krav på familjerelationen – nationell nivå	52
7.3.2.1 Upphållstillstånd enligt 5 kap 3 § Utl - kvalitativa krav på familjerelationen.....	52
7.3.2.2 Upphållsrätt enligt 3 a kap Utl – kvalitativa krav på familjerelationen	53
7.4 MISSBRUK AV RÄTTIGHETER OCH BEDRÄGERI	53
7.4.1 Missbruk av rättigheter och bedrägeri - unionsrättslig nivå.....	53
7.4.1.1 Familjeåterföreningsdirektivet - missbruk av rättigheter och bedrägeri	53
7.4.1.2 Rörlighetsdirektivet - missbruk av rättigheter och bedrägeri.....	54
7.4.2 Missbruk av rättigheter och bedrägeri – nationell nivå.....	55
7.4.2.1 Upphållstillstånd enligt 5 kap 3 § Utl - missbruk av rättigheter och bedrägeri.....	55
7.4.2.2 Upphållsrätt enligt 3 a kap Utl - missbruk av rättigheter och bedrägeri.....	56
8. SLUTSATS.....	57
8.1 RÄTTEN TILL FAMILJEÅTERFÖRENING I UNIONSRÄTTEN	57
8.2 RÄTTEN TILL FAMILJEÅTERFÖRENING I SVENSK RÄTT	59
8.3. SYNUNKTER PÅ INFÖRLIVANDET AV RÖRLIGHETSDIREKTIVET I SVENSK RÄTT	60
8.3.1 Synpunkter på Migrationsöverdomstolens tillämpning.....	60
8.3.2 Synpunkter på begränsningarna i personkretsen	62
9. KÄLLOR	63

1. Inledning

Rätten till familjeåterförening har ansetts utgöra en del av rätten till respekt för familjelivet enligt artikel 8 Europakonventionen (EKMR).¹ Ett skäl till att EU-domstolen (EUD) har tillerkänt rättigheter till *familjemedlemmar* har också varit att uppfylla kraven på respekt för familjelivet och EUD har i ett flertal mål om immigration betonat att medlemsstaterna är skyldiga att ta hänsyn till artikel 8 EKMR.² Rätten till respekt för familjelivet är dessutom en grundläggande rättighet enligt artikel 7 i Europeiska unionens stadga³ (EU:s stadga). Familjemedlemmars rätt att röra sig fritt och uppehålla sig i medlemsstaterna framgår dock inte uttryckligen av fördraget. Det unionsrättsliga skyddet för denna rätt härleds istället till rätten till bevarandet av familjens enhet - en rätt som har ansetts vara en grundläggande rättighet enligt medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner.⁴

Ett av rörlighetsdirektivets⁵ syften är att underlätta familjeåterförening för unionsmedborgare och principen om bevarande av familjens enhet nämns även i direktivet.⁶ Rörlighetsdirektivet har också inneburit att familjebegreppet har utvidgats och blivit enhetligt när det gäller rätten till familjeåterförening för familjemedlemmar till unionsmedborgare.⁷ Parallellt med utvecklingen vad gäller rättigheter för familjemedlemmar till unionsmedborgare har även en harmonisering skett vad gäller rättigheter för familjemedlemmar till tredjelandsmedborgare. Familjeåterföreningsdirektivet⁸ har införts i syfte att fastställa villkor för utövandet av rätten till familjeåterförening för tredjelandsmedborgare som vistas lagligen på medlemsstaternas territorium och är den första uppsättning EU-gemensamma åtgärder på området.⁹ Ett av familjeåterföreningsdirektivets syften är att betona vikten av en integrationspolitik som kan ge tredjelandsmedborgare rättigheter och skyldigheter som är jämförbara med EU-

¹ Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. *Wikrén G & Sandesjö H.*, Utlänningslagen – med kommentarer, åttonde upplagan, 2006, Norstedts Juridik, s. 183

² *Craig P. & De Búrca G*, EU law: text, cases and materials, fjärde upplagan, 2008, Oxford University press, s. 398-399

³ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

⁴ Sieps Rapportserien, Lokrantz Bernitz, H, Unionsmedborgarskapet och dess inverkan på den fria rörligheten för personer, Sieps 2006:7, 2006, Svenska institutet för europapolitiska studier, s. 28

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG

⁶ Se skäl 6 i rörlighetsdirektivet

⁷ Lokrantz Bernitz, s. 27 ff.

⁸ Rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening

⁹ Rapport från kommissionen till Rådet och Europaparlamentet om tillämpningen av Rådets direktiv 2003/86/EG om rätt till familjeåterförening, Bryssel den 8.10.2008, KOM(2008) 610 slutlig, s. 2

medborgarnas.¹⁰ Även i Stockholmsprogrammet anges att en målsättning i EU:s politik för perioden 2010-2014 är att lagligt bosatta tredjelandsmedborgare skall ges rättigheter som är jämförbara med unionsmedborgares rättigheter.¹¹

Emellertid regleras rätten till familjeåterförening för familjemedlemmar till unionsmedborgare av rörlighetsdirektivet och familjeåterförening för tredjelandsmedborgare av familjeåterföreningsdirektivet. Direktiven är dessutom antagna med stöd av kompetens från olika delar av fördraget. Familjeåterföreningsdirektivet hade sin grund i behörigheten i avdelning IV EG-fördraget¹² medan rörlighetsdirektivet baseras på artiklar som rör unionsmedborgarskap¹³ samt personell fri rörlighet.¹⁴

Gränserna mellan regleringarna för å ena sidan unionsmedborgare och å andra sidan tredjelandsmedborgare har emellertid suddats ut något genom rörlighetsdirektivets bestämmelser om rättigheter för familjemedlemmar. I rörlighetsdirektivet kan nämligen rättigheter åberopas oavsett om familjemedlemmen är unionsmedborgare eller inte.

1.1 Syfte och metod

Som jag har beskrivit ovan har rätten till familjeåterförening har status som en del av en grundläggande rättighet genom artikel 8 EKMR. På den unionsrättsliga nivån är emellertid denna rättighet styrd av olika direktiv. Rätten till familjeåterförening för familjemedlemmar till unionsmedborgare regleras i rörlighetsdirektivet medan familjeåterförening för familjemedlemmar till tredjelandsmedborgare styrs av familjeåterföreningsdirektivet. Genom att det finns en uppdelning av rätten till familjeåterförening i olika rättsakter tycks det finnas ett utrymme för att rättigheten kan göras avhängig vem som är subjektet för densamma. Således uppkommer frågan om rätten till familjeåterförening ser olika ut beroende på vem som gör gällande rättigheten. Syftet med uppsatsen är därför att jämföra rätten till familjeåterförening såsom den uttrycks i rörlighetsdirektivet respektive

¹⁰ EU:s webbplats, ”Familjeåterförening”, 6 februari 2009, (10 februari 2010), http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/133118_sv.htm

¹¹ The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting the citizens (Ett område av säkerhet och rättvisa i allmänhetens tjänst), antaget av det Europeiska rådet den 11 december 2009, s. 64

¹² Numera avdelning V, kapitel 2 Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF) och politikområdet som gäller gränskontroll, asyl och invandring. Förändringar har skett vad gäller regleringen av detta politikområde varför jag väljer att hänvisa till EGF istället för FEUF

¹³ Artikel 21 om unionsmedborgarskap, FEUF

¹⁴ Artikel 46 om fri rörlighet för arbetstagare, artikel 50 om etableringsfrihet samt artikel 59 om fri rörlighet för tjänster, FEUF

familjeåterföreningsdirektivet. Jag avser att se närmare på familjeåterförening i form av rätten till inresa och uppehåll för familjemedlemmar till å ena sidan unionsmedborgare och å andra sidan tredjelandsmedborgare. Jämförelsen kommer att ske dels på unionsrättslig nivå och dels på nationell nivå.

Genom jämförelsen på den unionsrättsliga nivån vill jag påvisa vilka skillnader som föreligger mellan familjeåterförening beroende på om referenspersonen är en unionsmedborgare eller tredjelandsmedborgare. Jämförelsen syftar dessutom till att klargöra vilka personer som - i egenskap av *familjemedlemmar* - skyddas av unionsrätten. Med andra ord är ett av uppsatsens syften att undersöka vad som utgör en skyddsvärd familj i unionsrätten. Vad gäller jämförelsen mellan genomförandet av direktivens bestämmelser i den nationella rätten är det främsta syftet att se hur den svenska lagstiftaren har valt att reglera rätten till familjeåterförening med de begränsningar (och möjligheter!) som finns i familjeåterföreningsdirektivet samt rörlighetsdirektivet.

1.2 Avgränsningar

Uppsatsen är begränsad till att enbart undersöka rätten till familjeåterförening för familjemedlemmar som är makar, sambor eller registrerade partners. Därmed utelämnar jag regleringen för övriga familjemedlemmar¹⁵ och jag kommer heller inte mer utförligt undersöka bestämmelser om rör personer som *avser* att ingå äktenskap eller inleda ett samboförhållande.¹⁶ Jämförelsen kommer dessutom att vara begränsad till de regler som rör familjebegreppet som sådant. Således kommer jag inte att, i detalj, beskriva andra förutsättningar för familjeåterförening, exempelvis krav på tillräckliga tillgångar. En annan begränsning rör rättigheterna i sig då jag enbart avser jämföra familjemedlemmars rätt till inresa och vistelse. Jag kommer därför inte ta upp frågan om övriga rättigheter som kan uppkomma *under* vistelsen såsom socialt bistånd med mera. Eftersom syftet med uppsatsen är att göra en jämförelse på både unionsrättslig såväl som nationell nivå är fokus i uppsatsen *begränsningarna* i rätten till familjeåterförening. Jag kommer att ge särskilt utrymme åt de regler som begränsar familjeåterförening genom att ifrågasätta familjen som sådan, exempelvis genom att göra gällande att det rör sig om ett skenförhållande.

¹⁵ Exempel på övriga familjemedlemmar är barn, se artikel 4. 1 (b)-(d) och 4.2 (b) familjeåterföreningsdirektivet och artikel 2.2 (c) rörlighetsdirektivet samt föräldrar, se artikel 4.2 (a) familjeåterföreningsdirektivet och artikel 2.2. (d) rörlighetsdirektivet

¹⁶ Se 5 kap 3 a § UtLL

1.3 Förtydligande definitioner

I uppsatsen använder jag mig av begreppet ”familjeåterförening” både när det gäller familjeåterföreningsdirektivet såväl som rörlighetsdirektivet. Min definition av ”familjeåterförening” återfinns i artikel 2 (d) familjeåterföreningsdirektivet och uttrycks där som rätten till inresa och vistelse i en medlemsstat för familjemedlemmar till en tredjelandsmedborgare som vistas lagligen i den medlemsstaten, för att upprätthålla familjeenheten, oavsett om familjebanden knutits före eller efter referenspersonens inresa samt artikel 3.1 i rörlighetsdirektivet om rätten för familjemedlemmar att följa med eller ansluta sig till unionsmedborgaren. Andra begrepp jag använder mig av i uppsatsen i syfte att förtydliga jämförelsen mellan direktiven samt för att uppnå enhetlighet i texten är ”referensperson” alternativt ”anknytningsperson”. Med dessa begrepp avser jag den person som i artikel 2 (c) familjeåterföreningsdirektivet¹⁷ benämns som ”referensperson” och som i artikel 3.1 rörlighetsdirektivet¹⁸ beskrivs som den unionsmedborgare som familjemedlemmar följer med eller ansluter sig till. Anknytningspersonen är således den person med vilken familjemedlemmarna vill återförenas med.

1.4 Frågeställning

Med hänsyn till de ovan beskrivna har jag valt att arbeta kring följande frågeställningar:

- a. Vilka skillnader finns det i unionsrätten när det gäller att begränsa rätten till familjeåterförening beroende på om referenspersonen är en unionsmedborgare och omfattas av rörlighetsdirektivet eller en tredjelandsmedborgare och omfattas av familjeåterföreningsdirektivet?
- b. Finns det några skillnader med hänsyn till att familjemedlemmen är make, sambo eller registrerad partner? Är vissa familjemedlemmar mer ”skyddsvärda” än andra?
- c. I vilken utsträckning tillåts medlemsstaterna att neka rättigheter *trots* att personen i fråga anses vara en ”familjemedlem” enligt definitionen i direktiven?
- d. Hur begränsar den svenska lagstiftaren rätten till familjeåterförening? Hur har dessa begränsningar tolkats vid nationell domstol?

¹⁷ Artikel 2 (c) familjeåterföreningsdirektivet lyder: *referensperson: en tredjelandsmedborgare som vistas lagligen i en medlemsstat och som ansöker om familjeåterförening, eller vars familjemedlemmar ansöker om familjeåterförening för att förenas med honom/henne*

¹⁸ Artikel 3.1 i rörlighetsdirektivet lyder: *Detta direktiv skall tillämpas på alla unionsmedborgare som reser till eller uppehåller sig i en annan medlemsstat än den de själva är medborgare i samt på de familjemedlemmar enligt definitionen i artikel 2.2 som följer med eller ansluter sig till unionsmedborgaren.*

2. Rörlighetsdirektivet i unionsrätten

2.1 Rörlighetsdirektivet – en övergripande beskrivning

2.1.1 Rörlighetsdirektivets syfte

I direktiv 2004/38/EG (rörlighetsdirektivet) samlas regler om rätten att resa in, vistas och stanna kvar i en annan medlemsstat för unionsmedborgare samt deras familjemedlemmar. Direktivet är tillämpligt på såväl ekonomiskt aktiva som icke-ekonomiskt aktiva unionsmedborgare.¹⁹ Tidigare fanns ett antal olika sekundärrättsliga instrument som reglerade rättigheter för familjemedlemmar till unionsmedborgare²⁰ och dessa var riktade mot olika kategorier av unionsmedborgare. Genom rörlighetsdirektivet förenklades, förtydligades samt samordnades det tidigare regelsystemet vilket inkluderade en kodifiering av befintlig rättspraxis på området.²¹ Av skäl 3 framgår även att rörlighetsdirektivet syftar till att förenkla och stärka unionsmedborgarnas rätt till fri rörlighet och uppehåll.

Ett syfte med direktivet är att underlätta familjeåterförening för unionsmedborgare. I rörlighetsdirektivet har familjebegreppet utvidgats samt blivit enhetligt. Tidigare skiftade nämligen familjebegreppet i betydelse, beroende på vilken kategori som unionsmedborgaren tillika anknytningspersonen tillhörde.²² Av skäl 11 framgår att unionsmedborgarnas rätt att uppehålla sig i en annan medlemsstat följer direkt av fördraget och att den inte är beroende av att ett uppehållstillstånd utfärdas. Detta återspeglas i bestämmelserna om att

¹⁹ Wikrén & Sandesjö, s. 106 samt artikel 3 i rörlighetsdirektivet

²⁰ Direktiven 64/221/EEG om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa, 68/360/EEG om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medlemsstaternas arbetstagare och deras familjer, 72/194/EEG om utvidgande av tillämpningsområdet för direktivet av den 25 februari 1964 om samordning av de särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa till att även omfatta arbetstagare som begagnar sig av rätten att stanna kvar inom en medlemsstats territorium efter att ha varit anställda i den staten, 73/148/EEG om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medborgare i medlemsstaterna i fråga om etablering och tillhandahållande av tjänster, 75/34/EEG om rätten för medborgare i en medlemsstat att stanna kvar inom en annan medlemsstats territorium efter att där ha drivit egen rörelse, 75/35/EEG om utvidgande av tillämpningsområdet för direktiv nr 64/221/EEG om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa till att även omfatta medborgare i en medlemsstat som begagnar sig av rätten att stanna kvar inom en annan medlemsstats territorium efter att ha verkat där som egna företagare, 90/364/EEG om rätt till bosättning, 90/365/EEG om rätt till bosättning för anställda och egna företagare som inte längre är yrkesverksamma och 93/96/EEG om rätt till bosättning för studerande. Rörlighetsdirektivet har även ändrat rådets förordning (EEG) nr 1612/68 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen.

²¹ Rapport från kommissionen till Europaparlamentet och Rådet om tillämpningen av direktiv 2004/38/EG om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, Bryssel den 10.12.2008, KOM(2008) 840 slutlig, s. 2

²² Prop. 2005/06:77, *Genomförande av EG-direktiven om unionsmedborgares rörlighet inom EU och om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares ställning*, s. 37

unionsmedborgare har en rätt till inresa på en annan medlemsstats territorium samt vistelse i upp till tre månader enbart med stöd av ett giltigt ID-kort.²³ För familjemedlemmar som inte är unionsmedborgare kan dock krav på pass och visering uppställas för inresa och vistelse.²⁴

Direktivet har antagits särskilt med beaktande av artikel 18²⁵, artikel 21²⁶ samt de personella frirörlighetsbestämmelserna artikel 46²⁷ artikel 50²⁸, samt artikel 59²⁹. Artikel 21 om unionsmedborgarskap ger varje EU-medborgare en primär och individuell rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom unionens territorium, om inte annat framgår av fördraget och i bestämmelserna om genomförande av fördraget. Rörlighetsdirektivet är ett exempel på sådana begränsningar och villkor.³⁰ Direktivet består till huvuddelen av tvingande miniminormer men innehåller även vissa fakultativa bestämmelser.³¹

2.1.2 Personkrets som omfattas av rörlighetsdirektivet

Av artikel 3.1. i rörlighetsdirektivet framgår att personkretsen som kan göra gällande rättigheter på grundval av direktivet är: *”alla unionsmedborgare som reser till eller uppehåller sig i en annan medlemsstat än den de själva är medborgare i samt på de familjemedlemmar enligt definitionen i artikel 2.2 som följer med eller ansluter sig till unionsmedborgaren.”*

Direktivet innehåller en definition av vilken personkrets som omfattas av begreppet ”familjemedlem”. När det gäller familjemedlemmar i parförhållanden är personkretsen make eller maka³² samt registrerad partner i det fall den mottagande medlemsstatens lagstiftning behandlar registrerade partnerskap som likvärdiga med äktenskap.³³ Sambor betraktas dock inte som familjemedlemmar som har rätt att ”följa med eller ansluta sig till” en unionsmedborgare. Emellertid anges i direktivet att medlemsstaterna skall underlätta inresa och uppehåll för ”den partner med vilken unionsmedborgaren har ett varaktigt vederbörligen bestyrkt förhållande”,³⁴ vilket har ansetts inkludera samboförhållanden.³⁵

²³ Artiklarna 5.1. samt 6.1 rörlighetsdirektivet

²⁴ Artiklarna 5.1-2 samt 6.2 rörlighetsdirektivet

²⁵ Artikeln uttrycker likabehandlingsprincipen, tidigare artikel 12 EGF

²⁶ Artikeln rör unionsmedborgarskap, tidigare artikel 18 EGF

²⁷ Artikeln rör fri rörlighet för arbetstagare, tidigare artikel 40 EGF

²⁸ Artikeln rör etableringsfrihet, tidigare artikel 44 EGF

²⁹ Artikeln rör fri rörlighet för tjänster, tidigare artikel 52 EGF

³⁰ KOM(2008) 840 slutlig, s. 2

³¹ Prop. 2005/06:77, s. 35

³² Artikel 2.2 (a) rörlighetsdirektivet

³³ Artikel 2.2 (b) rörlighetsdirektivet

³⁴ Artikel 3.2 (b) rörlighetsdirektivet

³⁵ Prop. 2005/06:77, s. 39

2.1.3 Regler om missbruk av rättigheter i rörlighetsdirektivet

I skäl 28 i rörlighetsdirektivet kan utläsas att medlemsstaterna bör ha rätt att vidta åtgärder för att skydda mot missbruk av rättigheter eller bedrägeri, särskilt skenäktenskap eller andra former av förhållanden som ingåtts endast i syfte att åtnjuta rätt att fritt röra sig och uppehålla sig. Artikel 35 i rörlighetsdirektivet, med rubriken ”missbruk av rättigheter”, stadgar följande: *”Medlemsstaterna får vidta nödvändiga åtgärder för att neka, avbryta eller dra tillbaka en rättighet enligt detta direktiv i händelse av missbruk av rättigheter eller bedrägeri, till exempel skenäktenskap. En sådan åtgärd skall vara proportionerlig och i enlighet med de rättssäkerhetsgarantier som föreskrivs i artiklarna 30 och 31”*³⁶

2.1.4 Skyldigheter för unionsmedborgare och deras familjemedlemmar

Som ovan beskrivits finns det en rätt till inresa eller vistelse enbart på grundval av att vara unionsmedborgare³⁷ och således är dessa rättigheter inte knutna till ett utfärdat tillstånd. När det gäller längre vistelser än tre månader får dock medlemsstaterna uppställa vissa villkor för rätt till uppehåll i medlemsstaten. Dessa krav är beroende på om unionsmedborgaren är ekonomiskt aktiv eller ekonomiskt inaktiv.³⁸ Dessutom medger rörlighetsdirektivet att medlemsstaterna inför bestämmelser som innebär vissa skyldigheter för unionsmedborgare samt dess familjemedlemmar. Ett exempel är artikel 8 där det framgår att medlemsstaterna *får* kräva att unionsmedborgare samt dess familjemedlemmar registrerar sig hos behöriga myndigheter, om det planerade uppehållet varar i över tre månader. För familjemedlemmar som *inte* är unionsmedborgare föreskrivs i artikel 9 att medlemsstaterna *skall* utfärda ett uppehållskort, om det planerade uppehållet överstiger tre månader. Den senare artikeln är sålunda obligatorisk. Vid ett utfärdande av uppehållskort anges i artikel 10.2 att medlemsstaterna skall begära in vissa bevishandlingar. Bevishandlingarna överensstämmer i stort med de som rör registrering av uppehållsrätt för unionsmedborgare, beskrivna i artikel 8.5.³⁹ En skillnad är att det vid registrering räcker att visa upp ID-kort medan det vid ett utfärdande av uppehållskort krävs ett giltigt pass. Trots att medlemsstaterna tillåts att ålägga proportionerliga och ickediskriminerande mot de personer som inte registrerar sin

³⁶ Artikel 30 rörlighetsdirektivet föreskriver krav på delgivning av varje beslut som innebär en begränsning av den fria rörligheten för unionsmedborgare och dess familjemedlemmar och i artikel 31 finns bestämmelser om tillgång till domstolsprövning och administrativ prövning.

³⁷ Artiklarna 5.1 och 6.1 rörlighetsdirektivet

³⁸ Se t.ex. artikel 7 rörlighetsdirektivet

³⁹ Artikel 8.5 definierar och begränsar vilka bevishandlingar som får begäras för registrering av uppehållsrätt och är följande: (a) identitetskort eller pass, (b) handling som bestyrker familjeanknytning eller ett registrerat partnerskap, (c) beviset om registrering för den unionsmedborgare som de följer med eller ansluter sig till, (f) bevis på att ett varaktigt förhållande med unionsmedborgaren föreligger.

uppehållsrätt⁴⁰ eller ansöker om uppehållskort,⁴¹ begränsas dess verkan av artikel 25.1 i direktivet. Där framgår nämligen att registrering och uppehållskort aldrig kan göras till ett villkor för utövande av en rättighet eftersom innehavet av rättigheterna kan styrkas på annat sätt.

2.2 Praxis EU-domstolen - unionsmedborgares familjeåterförening

Som framgår av skälen avser rörlighetsdirektivet att kodifiera tidigare praxis på området.⁴² Förutom mål som rör rörlighetsdirektivets bestämmelser kommer jag därför att beskriva ett antal mål från EUD som rör tolkningen av de rättsakter som har ändrats eller upphävts genom rörlighetsdirektivet. Även dessa rättsakter rör rätten till inresa och vistelse för familjemedlemmar till unionsmedborgare.⁴³ Inledningsvis beskrivs mål som är av allmän betydelse för tolkningen av vilka familjemedlemmar som skyddas genom rörlighetsdirektivet. Den andra delen rör mer specifikt artikel 35 i rörlighetsdirektivet, om missbruk av rättigheter.

2.2.1 Vilken grund har rättigheterna för unionsmedborgarnas familjemedlemmar?

I ett flertal mål har EUD diskuterat betydelsen av familjelivet inom ramen för unionsrätten och inom ramen för rätten till fri rörlighet. För det första har en viktig grund för att tillerkänna rättigheter till familjemedlemmar till unionsmedborgare varit att uppfylla krav på respekt för familjeliv enligt artikel 8 i EKMR.⁴⁴ Bestämmelsen motsvaras av artikel 7 i EU:s stadga som efter Lissabonfördragets⁴⁵ ikraftträdande har samma rättsliga värde som bestämmelserna i fördragen.⁴⁶ Craig & De Búrca uppmärksammar att EUD i ett flertal mål om immigration och rätten till ett familjeliv betonat att medlemsstaterna är skyldiga att ta hänsyn till artikel 8 EKMR. De hävdar även att domstolens tolkningar av rätten till familjeliv i ljuset av bland annat artikel 8 EKMR har inneburit att unionsrättens tillämpningsområde har vidgats.⁴⁷ I C-109/01 *Akrich* förklarade EUD att rätten till skydd för familjeliv i artikel 8 EKMR skall beaktas oavsett om unionsrättens frirörlighetsbestämmelser är tillämpliga eller inte. Det

⁴⁰ Artikel 8.2 rörlighetsdirektivet

⁴¹ Artikel 9.3 rörlighetsdirektivet

⁴² Skäl 3 rörlighetsdirektivet

⁴³ Se not 20 ovan

⁴⁴ Se bl.a. C-482/01 och 493/01 *Orfanopoulos* pp. 97-99, C-441/02 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 109 samt C-127/08 *Metock*, p. 79. Europadomstolens (ED) praxis i frågan om familjeåterförening kan kortfattat sägas ställa krav på familjeåterförening i en stat i det fall familjen inte kan återförenas i något annat land än det där återförening söks, *Wikrén & Sandesjö*, s. 183. Författarna hänvisar till målen *Gül mot Schweiz*, dom den 19 februari 1996 och *Sen*, dom den 21 december 2001.

⁴⁵ EU-fördraget samt Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt

⁴⁶ Artikel 6.1 EU-fördraget

⁴⁷ Craig & De Búrca, s. 398-399. För ett liknande resonemang, se *Common Market Law Review*, Spaventa E., *From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-)economic European constitution*, 2004, 41:743-773, s. 766 ff.

anfördes även att det kan utgöra ett intrång i artikel 8 EKMR att utestänga en person från ett land där hans eller hennes anhöriga bor. Dessutom tillerkändes skyddet för familjelivet status som en av unionsrättens grundläggande rättigheter.⁴⁸

För det andra påvisar EUD:s praxis att familjemedlemmars rättigheter sammanhänger med målsättningen att underlätta den fria rörligheten. EUD har nämligen uttalat att skyddet för unionsmedborgarnas familjeliv är viktigt för att avlägsna hindren för utövandet av de i fördraget skyddade grundläggande friheterna⁴⁹ och förklarat att det gynnar *unionsmedborgarens* möjligheter att utnyttja sin rätt till fri rörlighet om han eller hon får ha sin familj hos sig i den mottagande medlemsstaten.⁵⁰ Familjemedlemmar till unionsmedborgaren har därmed inte ansetts ha självständiga rättigheter⁵¹ i unionsrätten utan istället en härledd rätt genom dess familjeband till anknytningspersonen i hans eller hennes egenskap av att vara unionsmedborgare.⁵² Att grunden för familjemedlemmars rättigheter införts i detta syfte framgår även direkt av rörlighetsdirektivet då det i skäl 5 förklaras att familjemedlemmar bör ges rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorium i syfte att *unionsmedborgaren* skall kunna utöva dessa rättigheter.

2.2.2 När kan unionsmedborgaren och familjemedlemmen åberopa unionsrätten?

Huvudregeln är att unionsmedborgare som bor i sin ursprungsmedlemsstat inte kan åberopa unionsrättens regler om fri rörlighet. I ett sådant fall omfattas familjemedlemmar från tredjeland istället av nationella utlänningsrättsliga regler.⁵³ Rörlighetsdirektivets tillämpningsområde är även begränsat till de unionsmedborgare som reser till eller uppehåller sig i en annan medlemsstat än den de själva är medborgare i.⁵⁴ EUD har dock fastslagit att unionsrättens regler om fri rörlighet kan åberopas av en unionsmedborgare som återvänder till

⁴⁸ C-109/01 Akrich, pp. 58-60. Se även C-60/00 Carpenter, pp. 41-42

⁴⁹ Se t.ex. C-127/08 Metock, p. 56, C-157/03, kommissionen mot Spanien, p. 26, 60/00 Carpenter, p. 38, C-459/99 MRAX, p.53, C-356/98 Kaba, p. 20, C-308/89 Di Leo, p. 13

⁵⁰ C-10/05 Mattern och Cikotic, p. 25, C-291/05 Eind, p. 23 samt C-127/08 Metock, pp. 56-62. I Metock uttalade domstolen bl.a. att unionsmedborgarnas utövande av fördragets grundläggande friheter allvarligt skulle hindras om dessa inte fick rätt till ett *normalt familjeliv* i den mottagande medlemsstaten.

⁵¹ Emellertid stadgar rörlighetsdirektivet vissa självständiga rättigheter för familjemedlemmar vad gäller uppehållsrätt. Se t.ex. artikel 12 om bibehållen uppehållsrätt för familjemedlemmar om unionsmedborgaren avlider eller lämnar landet samt artikel 13 om bibehållen uppehållsrätt för familjemedlemmar vid äktenskapsskillnad, ogiltigförklaring av äktenskap eller upplösning av registrerat partnerskap.

⁵² C-10/05 Mattern och Cikotic, p. 25, C-291/05 Eind, pp. 35-37. Se även European Law Review, Currie S., Accelerated justice or a step too far? Residence rights of non-EU family members and the court's ruling in Metock, 2009, 34(2), 310-326, s. 310

⁵³ Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet om vägledning till ett bättre införlivande och en bättre tillämpning av direktiv 2004/38/EG om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, Bryssel den 2.7.2009, KOM(2009) 313 slutlig, s. 3

⁵⁴ Artikel 3.1 rörlighetsdirektivet

sin ursprungsmedlemsstat efter att ha varit bosatt i en annan medlemsstat.⁵⁵ Likaså omfattar unionsrätten en unionsmedborgare som utnyttjar sin rätt till fri rörlighet i en annan medlemsstat utan att vara bosatt där, exempelvis när personen tillhandahåller tjänster i den andra medlemsstaten.⁵⁶ I ett sådant fall kan även familjemedlemmen till unionsmedborgaren åberopa de unionsrättsliga rättigheterna.

2.2.3 Vilka familjemedlemmar skyddas?

Att det i direktivet görs en skillnad mellan makar, sambor samt registrerade partners kan förklaras genom den praxis som har utvecklats genom EUD:s avgöranden på området. Målet 59/85 Reed rörde sambors rätt att följa med en familjemedlem tillika unionsmedborgare till en annan medlemsstat vid en tolkning av förordning (EG) nr 1612/68 om migrerande arbetstagare. Domstolen anförde att sambor inte kunde jämföras med makar och därmed omfattades inte samborna av förordningens artikel 10 om familjemedlemmars rätt att bosätta sig tillsammans med en arbetstagare i värdstaten.⁵⁷ Emellertid tolkade domstolen även artikel 7.2 i förordningen, om likabehandling vad gäller bland annat sociala förmåner. Domstolen uttalade att möjligheten för en sambo att uppehålla sig tillsammans med sin partner i värdmedlemsstaten skulle betraktas som en sådan social förmån. Familjeåterförening med sambon ansågs kunna bidra till en ökad integration i värdlandet för arbetstagaren, som i sin tur skulle stärka arbetstagarens fria rörlighet.⁵⁸ Vidare förklarade EUD att icke-diskrimineringsprincipen innebar att sambor skulle behandlas på samma sätt oavsett nationalitet vad gäller exempelvis rätt till bosättning. Följaktligen skulle de stater som gav rättigheter till sambor om uppehåll i medlemsstaten till sina *egna* medborgare, ge motsvarande rättigheter till sambor från andra medlemsstater.⁵⁹

Vad gäller registrerade partnerskap finns det i rörlighetsdirektivet en ömsesidighetsprincip som innebär att partnerskap skall jämföras med äktenskap i det fall den mottagande staten behandlar registrerade partnerskap som likvärdiga med äktenskap.⁶⁰ EUD uttalade sig i frågan om registrerade partnerskap i målen C-122/99 och 125/99 P, D och Sverige mot Rådet och fastslog där att personer av samma kön varken likställs med fasta icke-äktenskapliga

⁵⁵ Avseende etableringsfrihet, se C-370/90 Singh, p. 21 och fri rörlighet för arbetstagare, se C-291/05 Eind, p. 32

⁵⁶ C-60/00 Carpenter, pp. 29-30

⁵⁷ Mål 59/85 Reed, pp. 15-16. Artikel 10 i förordning (EG) 1612/68 upphävdes genom rörlighetsdirektivet.

⁵⁸ Mål 59/85 Reed, p. 28

⁵⁹ Mål 59/85 Reed, p. 29

⁶⁰ Ny Juridik, Fritz M., Unionsmedborgarskapet och arbetskraftens fria rörlighet 2:04, 57-92, s. 68-69

förhållanden mellan personer av motsatt kön eller förhållanden mellan gifta personer.⁶¹

2.2.4 Var och när skall familjerelationen ha inletts?

När det gäller *var och när* relationen mellan familjemedlemmarna har uppstått har EUD i ett antal avgöranden besvarat frågor som rör hur tredjelandsmedborgare har tagit sig till medlemsstatens eller EU:s territorium. EUD:s tidigare praxis på området har beskrivits som något inkonsekvent.⁶² Å ena sidan fastslogs i målet C-459/99 MRAX att medlemsstaterna var hindrade att utvisa eller vägra att bevilja uppehållstillstånd till en tredjelandsmedborgare som är familjemedlem till en unionsmedborgare, enbart på grund av att hon eller han olagligen har rest in i medlemsstaten.⁶³ Å andra sidan uttalade EUD i C-109/01 Akrich att en tredjelandsmedborgare som gör gällande en rätt till inresa och bosättning i egenskap av familjemedlem till en unionsmedborgare, måste ha varit lagligen bosatt i en medlemsstat innan hon eller han flyttar till den andra medlemsstaten.⁶⁴ Sålunda skapade inte EU-rättigheterna en *rätt till inresa* till EU:s territorium.⁶⁵ Dock följde ett antal avgöranden där domstolen frångick kravet på tidigare laglig vistelse som villkor för att återopa unionsrätten.⁶⁶

2.2.4.1 Rörlighetsdirektivet och frågan om var och när relationen har inletts

I C-127/08 Metock gavs EUD möjlighet att klargöra rättsläget i frågan om hur och var relationen mellan familjemedlemmarna hade inletts samt om det kunde krävas tidigare laglig vistelse i en annan EU-stat för att familjemedlemmar till unionsmedborgare skall omfattas av unionsrätten. Målet rörde nämligen tolkningen av rörlighetsdirektivet. I målet hade det riktats beslut om nekande av uppehållskort och/eller utvisning mot ett antal tredjelandsmedborgare som var makar till unionsmedborgare. Avslagsbeslutet grundade sig i ett krav i irländsk lagstiftning på laglig vistelse i en annan medlemsstat före inresa till Irland som en

⁶¹ C-122/99 och 125/99, P, D och Sverige mot Rådet, pp. 33-41 samt pp. 50-52

⁶² Common Market Law Review, Costello C., *Metock*: Free movement and "normal family life" in the union, 2009, 46:587-609, s. 593 samt 595-596

⁶³ C-459/99 MRAX. Målet rörde tolkningen av direktiv 64/221/EEG om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa, 68/360/EEG om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medlemsstaternas arbetstagare och deras familjer, 73/148/EEG om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medborgare i medlemsstaterna i fråga om etablering och tillhandahållande av tjänster och förordning (EG) nr 2317/95 om fastställande av tredje länder vars medborgare måste ha visering när de passerar medlemsstaternas yttre gränser.

⁶⁴ C-109/01 Akrich. Målet rörde tolkning av den av rörlighetsdirektivet upphävda artikel 10 i förordning 1612/68

⁶⁵ C-109/01 Akrich, pp. 51-53. Avgörandet ledde till att t.ex. Danmark, Finland och Irland införde krav på tidigare laglig vistelse i en annan medlemsstat för tredjelandsmedborgare som återopade en rätt till inresa och vistelse i egenskap av familjemedlem till unionsmedborgare, KOM(2008) 840 slutlig, s. 4.

⁶⁶ C-1/05 Jia, p. 33. En begäran om förhandsavgörande från Utlänningsnämnden (Sverige) om tolkning av direktiv 73/148 om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medborgare i medlemsstaterna i fråga om etablering och tillhandahållande av tjänster. Se även C-157/03 Kommissionen mot Spanien samt C-291/05 Eind

förutsättning för att göra gällande rörlighetsdirektivets rättigheter. En fråga i målet var om rörlighetsdirektivet utgjorde hinder mot att uppställa det beskrivna kravet på laglig vistelse. EUD förklarade att den uppfattning som hade kommit till uttryck i det tidigare målet C-109/01 Akrich skulle frångås. Därmed fastslog EUD att rörlighetsdirektivet inte medgav ett nationellt krav på tidigare laglig vistelse. En tredjelandsmedborgare som vistades i landet skulle därmed kunna ta del av rättigheterna i rörlighetsdirektivet oavsett om hans eller hennes vistelse var laglig eller inte.⁶⁷ För det andra tolkade domstolen begreppet ”följa med eller ansluta sig till” i artikel 3.1 rörlighetsdirektivet. EUD anförde att direktivets bestämmelser skulle tillämpas på unionsmedborgares familjemedlemmar oberoende av var och när äktenskap har ingåtts och på vilket sätt tredjelandsmedborgare har rest in i den mottagande medlemsstaten.⁶⁸

I målet C-551/07 Sahin bekräftade EUD målet den tolkning av rörlighetsdirektivet som hade kommit till uttryck i Metock.⁶⁹ Sahin var en tredjelandsmedborgare gift med en tysk medborgare bosatt i Österrike. Han hade ansökt om asyl i Österrike men det fanns ännu inget lagakraftvunnet beslut i asylfrågan varför tredjelandsmedborgaren tilldelades ett tillfälligt uppehållstillstånd enligt nationell lagstiftning. Sahin hade även ansökt om permanent uppehållskort men nekats detta med hänvisning till bland annat att hans uppehållstillstånd var tillfälligt.⁷⁰ EUD förklarade att direktivet omfattade de familjemedlemmar som har kommit till den mottagande medlemsstaten oberoende av unionsmedborgaren och först när de kommit dit har blivit anhöriga till eller bildat familj med unionsmedborgaren. Vidare framhölls att det var utan betydelse att familjemedlemmen, vid tidpunkten då han eller hon får denna ställning eller bildar familj, tillfälligt vistas i den mottagande medlemsstaten enligt den lagstiftning som staten tillämpar i fråga om asylfrågor.⁷¹ Medlemsstaterna ansågs dessutom hindrade att vägra ett uppehållskort på grund av att den berörda tredjelandsmedborgaren endast har tillfällig rätt att vistas i den mottagande medlemsstaten.⁷²

2.2.4.2 Något om kompetensfördelningen mellan EU och medlemsstaterna

I anslutning till den första frågan i målet C-127/08 Metock - om rörlighetsdirektivet utgjorde hinder för att i nationell lagstiftning uppställa krav på laglig vistelse i en medlemsstat innan

⁶⁷ C-127/08 Metock, p. 58

⁶⁸ C-127/08 Metock, pp. 90-94

⁶⁹ Costello, s. 587

⁷⁰ C-551/07 Sahin, pp. 17-20

⁷¹ C-551/07 Sahin, p. 33

⁷² C-551/07 Sahin, pp. 39-40

inresa i en annan medlemsstat - uppkom frågan om kompetensfördelningen mellan medlemsstaterna och EU. Några medlemsstater hävdade nämligen att medlemsstaterna hade behörighet att besluta om frågor som rör tredjelandsmedborgares inresa i en medlemsstat från tredje land. EU:s behörighet var därför begränsad till fri rörlighet *inom* unionen.⁷³ Det anfördes att medlemsstaterna, med förbehåll för avdelning IV i den tredje delen av EGF, om bland annat visering, asyl och invandring, hade exklusiv kompetens att lagstifta om den första gången som tredjelandsmedborgare som är familjemedlemmar till en unionsmedborgare ges tillträde till EU:s territorium.⁷⁴ Därmed gav rörlighetsdirektivet medlemsstaterna utrymme att uppställa krav på att tredjelandsmedborgare som är makar till unionsmedborgare skall ha uppehållit sig lagligen i en annan medlemsstat innan inresa.⁷⁵ Emellertid förklarade EUD att medlemsstaterna inte hade exklusiv kompetens på området. En sådan kompetensfördelning skulle nämligen leda till att den fria rörligheten för unionsmedborgare riskerade att variera mellan medlemsstaterna vilket ansågs vara oförenligt med målsättningen att upprätta en inre marknad utan hinder för fri rörlighet för personer. Dessutom skulle resultatet av en sådan ordning bli paradoxalt eftersom familjemedlemmar till tredjelandsmedborgare, som omfattas av familjeåterföreningsdirektivet, skulle beviljas inresa medan makar till unionsmedborgare skulle nekas sådan inresa.⁷⁶

2.2.5 Finns det några kvalitativa krav på familjemedlemmarnas relation?

I målet 267/83 Diatta uttalade domstolen att det inte är tillåtet att ställa krav på ett gemensamt hem som ett villkor för att omfattas av rättigheterna i artikel 10 i förordning 1612/68 om familjemedlemmar till migrerande arbetstagare. Omständigheterna i målet var att en tredjelandsmedborgare, gift med en fransk medborgare som bodde och arbetade i Berlin, vägrades uppehållstillstånd av de tyska myndigheterna. Skälet var att makarna hade flyttat isär kort efter att de hade flyttat till Berlin. EUD anförde bland annat att rättigheterna i förordningen inte var beroende av villkor för hur eller var familjen bodde.⁷⁷

2.3 Missbruk av rättigheter i unionsrätten

I C-127/08 Metock påpekade domstolen att direktivet tillåter att medlemsstaterna kontrollerar invandring vid de yttre gränserna genom reglerna om nekad inresa och uppehåll med hänsyn

⁷³ C-127/08 Metock, p. 44

⁷⁴ C-127/08 Metock, p. 66

⁷⁵ C-127/08 Metock, pp. 45

⁷⁶ C-127/08 Metock, pp. 67 ff.

⁷⁷ Mål 267/83 Diatta, pp. 18-22

till allmän ordning, säkerhet eller hälsa⁷⁸ samt artikel 35 om missbruk av rättigheter och bedrägeri.⁷⁹ Artikel 35 i rörlighetsdirektivet har i doktrin ansetts vara en kodifiering av en princip om missbruk av rättigheter⁸⁰ och bestämmelsen har beskrivits som ett undantag från rättigheterna i direktivet snarare än som en definition av rättigheterna i sig.⁸¹

I doktrin⁸² har framhållits att ”missbruk av rättigheter” inte är ett enhetligt begrepp i unionsrätten samt att ett sådant missbruk kan ta sig olika former. Emellertid har det hävdats att det finns en doktrin⁸³ eller en princip om missbruk av rättigheter⁸⁴ som EUD tillämpar för att neka rättigheter i unionsrätten. Denna doktrin/princip tycks leda till slutsatsen att unionsrätten inte skall kunna användas i ett syfte som är bedrägligt eller ett syfte som utgör missbruk.⁸⁵ Bedömningen om huruvida något utgör missbruk måste ske med hänsyn till målsättningen med den unionsrättsliga regel som ”missbrukas”. Dessutom måste det beaktas hur ett åsidosättande av den rättighet i unionsrätten som missbrukas - genom en tillämpning av nationell rätt – påverkar unionsrättens effektivitet och dess enhetliga tillämpning i medlemsstaterna.⁸⁶ Sammanfattningsvis är den kontext som frågan om missbruk uppkommer av stor relevans för den bedömningen av huruvida rättigheterna har missbrukats.

2.3.1 Missbruk av rättigheter – mål om unionsmedborgares familjeåterförening

Som ovan beskrivits är den aktuella unionsrättsliga bestämmelsens innehåll och målsättningar av vikt vid bedömningen om det föreligger ett missbruk av rättigheter. Nedan redogörs därför för den praxis från EUD som rör rättigheter för familjemedlemmar till unionsmedborgare.

I målet C-370/90 Singh uppkom frågan om ett eventuellt missbruk av rättigheter på grund av *kringgående* av nationell lagstiftning. Målet rörde en tredjelandsmedborgare, Singh, gift med en brittisk medborgare som återvände till Storbritannien efter att ha arbetat i Tyskland. I målet gjordes bland annat gällande att det fanns risk för bedrägerier kopplade till skenäktenskap i det fall en unionsmedborgare som återvänder till sin ursprungsmedlemsstat med sin make

⁷⁸ C-127/08, Metock, pp. 71 och 74

⁷⁹ C-127/08, Metock, p. 75

⁸⁰ Common Market Law Review, Sörensen K. E., Abuse of Rights in Community Law: A principle of Substance or Merely Rhetoric?, 2006, 43:426-459, s. 437-438

⁸¹ Costello, s. 609

⁸² Se bl.a. European Business Law Review, Kjellgren A., On the Border of Abuse : The Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and other Misuses of Community Law, 2000, s. 179-194 samt Sörensen.

⁸³ Kjellgren, s. 190 ff.

⁸⁴ Sörensen, s. 425 ff.

⁸⁵ Sörensen, s. 423 och Kjellgren, s. 190

⁸⁶ Kjellgren, s. 190

omfattades av unionsrättens tillämpningsområde. Frågan var därmed om Singh kunde göra gällande unionsrätten i egenskap av familjemedlem till en unionsmedborgare.⁸⁷ För det första anförde EUD att den situation där en medborgare återvänder till sin ursprungsmedlemsstat, efter att ha utnyttjat sin rätt till fri rörlighet, omfattas av unionsrättens tillämpningsområde.⁸⁸ För det andra uttalade domstolen att fördragets rättigheter om fri rörlighet inte skulle få full verkan i det fall en unionsmedborgare avhölls från att utöva dem på grund av hinder i ursprungslandet vad gäller makars rätt till inresa och uppehåll. Följaktligen skulle maken till en sådan ”återvändande” unionsmedborgare ges samma rätt till inresa och uppehåll som han eller hon skulle tillerkänts i en annan medlemsstat.⁸⁹ Avseende den risk för missbruk som hade åberopats i målet konstaterade EUD att personer inte kan åberopa fördragets rättigheter för att olagligt undandra sig tillämpningen av nationell lagstiftning samt att fördragets rättigheter inte utgjorde hinder för att medlemsstaten vidtar åtgärder i syfte att förhindra ett sådant missbruk.⁹⁰ Något sådant missbruk ansågs emellertid inte föreligga i det aktuella målet.

I målet C-109/01 Akrich beskrev EUD termen ”missbruk av rättigheter”, vad gäller migrerande arbetstagare och deras makar, genom att ange skenäktenskap som ingått i syfte att kringgå bestämmelser om inresa och uppehälle för medborgare i tredje land som ett exempel på ett sådant missbruk.⁹¹ Genom att hänvisa till situationen i målet C-370/90 Singh gav domstolen även exempel på situationer som *inte* utgjorde missbruk av rättigheter. Det klargjordes att om en arbetstagare från en medlemsstat reser in och uppehåller sig i en annan medlemsstat där han eller hon utför eller önskar utföra ett faktiskt och verkligt arbete, är *skälet* till att unionsmedborgaren har sökt arbete i den andra medlemsstaten utan betydelse.⁹²

2.4 Kommissionens rapport och vägledning

Kommissionen (KOM) utkom under år 2008 med en rapport⁹³ om rörlighetsdirektivet samt

⁸⁷ C-370/90, Singh, p. 14. I målet tolkades direktiv 73/148/EEG om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medborgare i medlemsstaterna i fråga om etablering och tillhandahållande av tjänster som upphävdes av rörlighetsdirektivet.

⁸⁸ C-370/90, Singh, p. 21

⁸⁹ C-370/90 Singh, p. 23

⁹⁰ C-370/90 Singh, p. 24

⁹¹ C-109/01 Akrich, p. 57

⁹² C-109/01 Akrich, p. 55. Domstolen hänvisade till mål 370/90 Singh, p. 24 samt mål 53/81, Levin, p. 23. Levin rörde nekandet av uppehållstillstånd för en familjemedlem, tillika tredjelandsmedborgare, gift med en brittisk medborgare bosatt i Nederländerna. EU-medborgarens deltidsarbete ansågs inte kvalificera henne som en arbetstagare i gemenskrättens mening och det hävdades, bl.a. att personen i fråga enbart hade sökt arbete i syfte att få uppehållstillstånd. EUD uttalade att syftet eller ändamålet med att arbetstagaren söker arbete är utan betydelse i det fall det arbete som utförs är en genuin och effektiv ekonomisk aktivitet.

⁹³ KOM(2008) 840 slutlig, se not 21 ovan

under år 2009 med en vägledning⁹⁴ riktad till medlemsstaterna vad gäller tillämpning av rörlighetsdirektivet. Rapporten är en genomgång av hur rörlighetsdirektivet har införlivats i nationell lagstiftning och hur lagstiftningen tillämpas i praktiken.⁹⁵ Syftet med vägledningen är att ge anvisningar till medlemsstaterna om tillämpningen av direktivet. I såväl rapporten som vägledningen använder sig KOM av EUD:s rättspraxis för att förtydliga rörlighetsdirektivets bestämmelser. Det betonas även att kommissionens åsikt såsom den kommer till uttryck i riktlinjerna är utan åsidosättande av EU-domstolens rättspraxis.⁹⁶ KOM:s rapport och vägledning rör rörlighetsdirektivet generellt men nedanstående sammanfattning kommer att vara begränsad till de delar som rör artikel 35 i rörlighetsdirektivet. Nämnvärt är att en av slutsatserna i rapporten var att medlemsstaternas införlivning av artikel 35 om missbruk av rättigheter var ”tämmligen nersläande”.⁹⁷

2.4.1 Grundläggande principer vid tolkning (och införlivande) av rörlighetsdirektivet

I inledningen till vägledningen fastslår KOM att unionsmedborgarnas fria rörlighet är en av den inre marknadens grundläggande friheter och en av EU:s grundstenar. Det anförs att rörlighetsdirektivet innebär att rätten till fri rörlighet och bosättning för EU:s medborgare och deras familjemedlemmar förenklas och stärks. KOM erinrar om att de grundläggande rättigheterna skall styra tolkningen av direktivet⁹⁸ och särskilt nämns rätten till skydd för privat- och familjeliv, icke-diskrimineringsprincipen, barns rättigheter samt rätten till ett effektivt rättsmedel, uttryckta i EKMR och EU:s stadga. Det konstateras att rätten till fri rörlighet inom EU inte är obegränsad och att lagarna i värdlandet måste följas för den som utnyttjar sig av den fria rörligheten.⁹⁹ Emellertid betonar KOM att undantag från principen om fri rörlighet måste tolkas restriktivt.¹⁰⁰

2.4.2 Definition av begreppen i artikel 35 rörlighetsdirektivet

Av artikel 35 rörlighetsdirektivet framgår att medlemsstaterna får vidta nödvändiga åtgärder i händelse av *missbruk av rättigheter eller bedrägeri*. KOM beskriver ”missbruk” som ett sådant konstruerat beteende som uteslutande sker i syfte att erhålla rättigheter kopplade till fri rörlighet samt uppehållsrätt enligt den unionsrättsliga lagstiftningen. Trots att personen genom

⁹⁴ KOM(2009) 313 slutlig, se not 53 ovan

⁹⁵ KOM(2008) 840 slutlig, s. 2

⁹⁶ KOM (2009) 313, slutlig, s. 2

⁹⁷ KOM (2009) 313, slutlig, s. 2

⁹⁸ KOM hänvisar till målen C-482/01 och C-493/01 Orfanopoulos och Oliveri, pp. 97-98 samt C-127/08 Metock, p. 79

⁹⁹ KOM (2009) 313, slutlig, s. 3

¹⁰⁰ KOM hänvisar till målen 139/85 Kempf, p. 13 och C-33/07 Jipa, p. 23. KOM (2009) 313 slutlig, s. 3.

sitt beteende formellt uppfyller kraven i unionsrätten, rör det sig om missbruk av rättigheter i det fall det leder till ett resultat som inte är förenligt med regelverkets ändamål.¹⁰¹ ”Bedrägeri” förklaras vara ett beteende som är bedrägligt eller vilseledande och som syftar till att fritt få röra sig samt uppehålla sig med stöd av direktivet¹⁰² och som under vissa förutsättningar kan innebära att rättigheterna enligt direktivet begränsas.¹⁰³

2.4.3 Skenförhållanden

Av artikel 35 rörlighetsdirektivet framgår att skenäktenskap är en sådan typ av missbruk/bedrägeri mot vilket medlemsstaterna kan vidta åtgärder för att bekämpa. Enligt KOM:s vägledning är skenäktenskap ett äktenskap som endast ingåtts i syfte att få rättigheter i direktivet avseende fri rörlighet och uppehåll som annars inte skulle ha kommit personen till del. Det betonas dock att omständigheten att ett äktenskap innebär fördelar i exempelvis invandringshänseende inte per se gör äktenskapet till ett skenäktenskap. Vidare föreslår KOM en analog tillämpning av definitionen ”skenäktenskap” så att även andra former av relationer som har ingåtts uteslutande i syfte att få tillgång till rättigheter kopplade till fri rörlighet och uppehåll omfattas av artikel 35.¹⁰⁴

I vägledningen till medlemsstaterna beskriver KOM för det första ett antal kriterier som staterna kan använda i syfte att fastställa att ett missbruk av rättigheter sannolikt *inte* föreligger. Något som talar emot att det rör sig om ett skenförhållande är exempelvis att ett par har haft en relation och/eller gemensamt hushåll under lång tid eller att äktenskapet har ingåtts för en lång tid sedan.¹⁰⁵ För det andra anför KOM att medlemsstaterna får ange ett antal vägledande kriterier som antyder en möjlig avsikt att missbruka direktivets rättigheter genom att ingå äktenskap uteslutande i syfte att kringgå nationell invandringslagstiftning. Omständigheter att beakta särskilt rör exempelvis parternas kännedom om varandra och förmåga att kommunicera samt tidpunkten för relationens inledande samt avslutande. Fler exempel är bevis för att pengar eller gåvor har överlämnats för att få äktenskapet till

¹⁰¹ Kommissionen hänvisar till målen C-110/99 Emsland-Stärke, pp. 52 ff. och C-212/97 Centros, p. 25. KOM (2009) 313 slutlig, s. 15.

¹⁰² Exempel anges vara urkundsförfalskning eller oriktig framställning av ett väsentligt sakförhållande vad gäller de villkor som är kopplade till uppehållsrätten.

¹⁰³ Kommissionen hänvisar till målen C-285/95 Kol, p. 29 och C-63/99 Gloszczuk, p.75. KOM(2009) 313 slutlig, s. 14-15.

¹⁰⁴ Exempel anges vara (registrerat) skenpartnerskap, falsk adoption eller om en unions medborgare utger sig för att vara far till ett barn från tredjeland i syfte att överföra medborgarskap och uppehållsrätt på barnet och modern. KOM(2009) 313 slutlig, s. 15

¹⁰⁵ KOM ger även följande exempel: att maken/makan från tredjeland inte skulle ha några problem att få uppehållsrätt på egen hand eller har redan lagenligt bott i EU-medborgarens medlemsstat tidigare eller att paret har redan ingått ett allvarlig långsiktig rättsligt/ekonomiskt åtagande med delat ansvar.

stånd¹⁰⁶ eller om det finns uppgifter som tyder på makarna har tidigare skenäktenskap eller andra former av missbruk och bedrägerier för att få uppehållsrätt bakom sig.¹⁰⁷

Slutligen förklarar KOM att dessa kriterier endast bör användas för att avgöra frågan om en utredning om missbruk av rättigheter skall initieras. Vidare anförs att det inte skall dras några automatiska slutledningar av resultaten samt att medlemsstaterna inte får förlita sig på en enda omständighet. Istället skall alla de omständigheter som uppkommer i ett ärende om missbruk av rättigheter sammanvägas.¹⁰⁸

2.4.4 "Återvändarfallet"

Avseende gränsen mellan å ena sidan utnyttjande av rättigheter och å andra sidan missbruk av unionsrätten när en unionsmedborgare återvänder till sin ursprungsmedlemsstat med en familjemedlem, anför KOM att det avgörande vid bedömningen bör vara om utövandet av unionsrättens rättigheter i en medlemsstat från vilken EU-medborgarna och deras familjemedlemmar flyttar var *verkligt* och *faktiskt*. Om utövandet av den fria rörligheten är verklig och faktisk är skälet till att utflyttning skedde i det första läget utan betydelse. Dessutom betonas det att bedömningen alltid skall göras från fall till fall. KOM anser dock att det rör sig om ett missbruk av rättigheter om en unionsmedborgare flyttar till en annan medlemsstat i det enda syftet att vid ett återvändande till ursprungsmedlemsstaten kunna göra gällande rörlighetsdirektivets rättigheter om familjeåterförening. I ett sådant fall har den nationella utlänningslagstiftningen kringgåts.¹⁰⁹

KOM anger ett antal kriterier som medlemsstaterna fastställa för att avgöra om uppehållet i den mottagande medlemsstaten var verkligt och faktiskt.¹¹⁰ Omständigheterna rör skälet till att EU-medborgaren flyttade,¹¹¹ hur verkligt och faktiskt uppehållet i den mottagande medlemsstaten är,¹¹² samt omständigheter vid återvändandet¹¹³ KOM betonar att det på

¹⁰⁶ KOM anför att undantaget är pengar eller gåvor som ges i hemgift i kulturer där detta är gängse.

¹⁰⁷ KOM(2009) 313 slutlig, s. 15-16

¹⁰⁸ KOM(2009) 313 slutlig, s. 16

¹⁰⁹ KOM(2009) 313 slutlig, s. 17

¹¹⁰ KOM (2009) 313 slutlig, s. 17-18

¹¹¹ KOM ger följande exempel: tidigare misslyckade försök att få uppehållstillstånd för make/maka från tredjeland enligt inhemsk lagstiftning, arbetserbjudande i den mottagande medlemsstaten, egenskap i vilken EU-medborgaren uppehåller sig i den mottagande medlemsstaten.

¹¹² KOM ger följande exempel planerad och faktisk bosättning i den mottagande medlemsstaten, försök att etablera sig i den mottagande medlemsstaten, bl.a. nationella registreringsformaliteter och anskaffning av bostad, inskrivning av barn i skolor.

¹¹³ KOM ger följande exempel: hemfärd omedelbart efter giftermål med en tredjelandsmedborgare i en annan medlemsstat

samma sätt som vid skenförhållanden inte skall dras några automatiska slutsatser av resultaten av en utredning om den beskrivna typen av handlingar samt att bedömningen ske genom ett sammanvägande av alla omständigheter som har uppkommit. Dessutom påpekas det att bedömningen av personernas beteende skall ske mot bakgrund av unionsrättens mål.¹¹⁴ Slutligen klargör KOM att en person som på ett medvetet sätt placerar sig i en situation som medför en rättighet inte i sig innebär att ett missbruk föreligger.¹¹⁵

2.4.5 Artikel 35 och krav på nödvändighet och proportionalitet

KOM beskriver artikel 35 som en bestämmelse vilken ger medlemsstaterna möjlighet att vidta åtgärder och/eller sanktioner för att förhindra missbruk och bedrägeri inom områden för personell fri rörlighet.¹¹⁶ Åtgärderna kan vidtas när som helst och kan bestå i en vägran att erkänna eller ett avbrytande eller ett tillbakadragande av rörlighetsdirektivets rättigheter.¹¹⁷ Det förklaras dock att åtgärder vidtagna med stöd av artikel 35 skall vara nödvändiga och vad gäller sanktioner,¹¹⁸ verkningfulla, icke-diskriminerande och proportionerliga samt i enlighet med direktivets rättssäkerhetsgarantier.¹¹⁹

KOM utvecklar vad medlemsstaterna har att iaktta när de vidtar åtgärder som kan kopplas till artikel 35, exempelvis vid skenäktenskap. Bland annat får inte åtgärderna som vidtas vara ägnade att avskräcka från ett utnyttjande av rätten till fri rörlighet. Åtgärderna får heller inte medföra att unionsrättens verkan undergrävs eller att det uppstår en diskriminering på grund av nationalitet. KOM förklarar att en utredning får ske när det finns en välgrundad misstanke om missbruk men det får inte röra sig om systematiska kontroller. Slutligen klargörs att principen om unionsrättens företräde medför att begreppet missbruk skall tolkas inom ramen för unionsrätten och därmed utan avseende på nationell invandringslagstiftning.¹²⁰

2.4.6 Bevisbörda och bevisföring

KOM förklarar att i det fall medlemsstaterna vill begränsa rörlighetsdirektivet, ligger bevisbördan på myndigheterna. När det gäller bevisningens beskaffenhet skall den vara övertygande och dessutom respektera de materiella skyddsklausuler som finns i direktivet. I

¹¹⁴ KOM (2009) 313 slutlig, s. 17-18

¹¹⁵ KOM hänvisar till målet C-212/97 Centros, p. 27. KOM (2009) 313 slutlig, s. 18.

¹¹⁶ KOM (2009) 313, slutlig, s. 14

¹¹⁷ KOM(2009) 313 slutlig, s. 18-19

¹¹⁸ KOM ger följande exempel på sanktioner: att inte utfärda en inresevisering eller uppehållskort, att avbryta giltigheten av ett uppehållskort eller att utvisa en person som erhållit rättigheter genom missbruk.

¹¹⁹ KOM hänvisar till målet C-127/08 Metock, pp. 74-75. KOM(2009) 313 slutlig, s. 14.

¹²⁰ KOM(2009) 313 slutlig, s. 15

fråga om bevisföringen anför KOM att den skall ske i överensstämmelse med nationell rätt under förutsättning att unionsrättens verkan inte undergrävs.¹²¹ Det betonas att de grundläggande rättigheterna¹²² skall beaktas vid utredningar som vidtas i syfte att utröna om missbruk eller bedrägeri föreligger.¹²³

3. Rörlighetsdirektivet i svensk lagstiftning

3.1 Rörlighetsdirektivets påverkan på svensk rätt

Huvuddelen av bestämmelserna som genomför rörlighetsdirektivet återfinns i 3 a kap (2005:716) utlänningslagen (UtlL) samt 3 a kap (2006:97) utlänningsförordningen (UtlF). Införlivandet av rörlighetsdirektivet innebär att det nya begreppet ”uppehållsrätt” införs svensk rätt.¹²⁴ Uppehållsrätt definieras i 3 a kap 1 § som en rätt för en EES-medborgare och deras familjemedlemmar att vistas i Sverige i mer än tre månader utan uppehållstillstånd.¹²⁵ Innan införlivandet av rörlighetsdirektivet krävdes att EES-medborgare hade uppehållstillstånd för vistelser i Sverige som översteg tre månader.¹²⁶ Att uppehållstillstånd för utlänningar krävs för vistelser över tre månader i landet är även en huvudregel i svensk utlänningsrätt. Införandet av reglerna om uppehållsrätt innebär således att EES-medborgare är undantagna från den beskrivna huvudregeln.¹²⁷ Bestämmelserna om uppehållsrätt tillämpas på EES-medborgare¹²⁸ och således inte enbart unionsmedborgare. Anledningen till att den svenska regleringen har en utvidgad personkrets i förhållande till rörlighetsdirektivet, är att rörlighetsdirektivet har blivit en del av EES-avtalet.¹²⁹

3.2 Personkrets som omfattas

3.2.1 Vem kan vara referensperson?

Personkretsen som kan göra gällande uppehållsrätt är EES-medborgare och deras familjemedlemmar.¹³⁰ ”EES-medborgare” skall förstås som en *utlänning* som är medborgare i

¹²¹ KOM hänvisar till målen C-110/99 Emsland-Stärke, p. 54 och C-215/03 Oulane, p. 56. KOM(2009) 313 slutlig, s. 17.

¹²² KOM nämner särskilt artiklarna 8 och 12 EKMR vilka motsvaras av artiklarna 7 och 9 i EU:s stadga.

¹²³ KOM (2009) 313, slutlig, s. 17

¹²⁴ Wikrén & Sandesjö, s. 106

¹²⁵ Reglerna i 3 a kap tillämpas därmed först efter tre månaders vistelse i landet och motsvaras därför av artikel 7 i rörlighetsdirektivet.

¹²⁶ Wikrén & Sandesjö, s. 108

¹²⁷ Prop. 2005/06:77, s. 33-34

¹²⁸ Utöver unionsmedborgare gäller reglerna därför även medborgare i Island, Norge och Liechtenstein.

¹²⁹ Prop. 2005/06:77, s. 39

¹³⁰ 3 a kap 1 § UtlL

en EES-stat¹³¹ och i förarbeten till den svenska regleringen anges att landets egna medborgare undantas från ordningen med uppehållsrätt.¹³² Av 3 a kap 3 § UtIL framgår att EES-medborgare har uppehållsrätt om de är (punkt 1) arbetstagare eller egenföretagare¹³³, (punkt 2) arbetssökande med verklig möjlighet att få en anställning,¹³⁴ (punkt 3) studerande inskriven på en erkänd utbildningsanstalt i Sverige om personen har tillräckliga tillgångar för sin och sina familjemedlemmars försörjning samt en heltäckande sjukförsäkring för sig och familjemedlemmarna som gäller i Sverige¹³⁵ eller (punkt 4) har tillräckliga tillgångar för sin och sina familjemedlemmars försörjning samt en heltäckande sjukförsäkring för sig och familjemedlemmarna som gäller i Sverige.¹³⁶

3.2.2 Vem är familjemedlem?

Grunden för familjemedlemmars uppehållsrätt i Sverige återfinns i 3 a kap 4 § UtIL. Av paragrafen framgår att familjemedlemmar till sådana EES-medborgare som anges i 3 a kap 3 § har uppehållsrätt.¹³⁷ Således är familjemedlemmens uppehållsrätt knuten till EES-medborgarens rättigheter. I 3 a kap 2 § UtIL¹³⁸ definieras vilka personer som är familjemedlemmar till EES-medborgare. Enligt bestämmelsen avses med begreppet familjemedlem en ”*utlänning som följer med eller i Sverige ansluter sig till en EES-medborgare*”. Bestämmelsen pekar även ut särskilda kategorier av familjemedlemmar. Avseende parförhållanden är den relevanta personkretsen make eller sambo till EES-medborgaren.¹³⁹ Eftersom registrerad partner jämställs med make¹⁴⁰ omfattas även registrerade partners av bestämmelsens tillämpningsområde. Det bör uppmärksammas att den svenska lagstiftaren valt att jämställa sambo med make eller registrerad partner¹⁴¹ trots att rörlighetsdirektivet inte uppställer detta krav.¹⁴² I motiven anges att ett utlämnande av sambo vad gäller reglerna om uppehållsrätt skulle kunna vara oförenligt med den unionsrättsliga principen om likabehandling eftersom en utlänning som är sambo till en svensk medborgare

¹³¹ 1 kap 3 b § andra stycket UtIL

¹³² SOU 2005:49, *Unionsmedborgares rörlighet inom EU*, s. 74 samt prop. 2005/06:77, s. 38

¹³³ Paragrafen motsvarar artikel 7.1 a rörlighetsdirektivet. Se Wikrén & Sandesjö, s. 111

¹³⁴ Se artikel 14.4 (b) rörlighetsdirektivet samt Wikrén & Sandesjö, s. 111-112. För överväganden se prop. 2005/06:77, s. 44 och s. 73

¹³⁵ Se artikel 7.1 (c) rörlighetsdirektivet samt Wikrén & Sandesjö, s. 112

¹³⁶ Se artikel 7.1 (b) rörlighetsdirektivet samt Wikrén & Sandesjö, s. 112

¹³⁷ Se artiklarna 3.1 samt 7.1 (d) rörlighetsdirektivet samt Wikrén & Sandesjö, s. 110

¹³⁸ Se artikel 2.2 rörlighetsdirektivet samt Wikrén & Sandesjö, s. 109

¹³⁹ 3 a kap 2 § första stycket första strecksatsen UtIL

¹⁴⁰ 3 kap. 1 § andra stycken lagen (1994:1117) om registrerad partner. Lagen upphävdes i april 2009. Numera gäller (1987:230) äktenskapsbalkens regler, se 1 kap 1 § ÄktB.

¹⁴¹ Prop. 2005/06:77, s. 183

¹⁴² Se artikel 3.2. (b) rörlighetsdirektivet

troligen skulle kunna få uppehållstillstånd i Sverige enligt 5 kap. 3 § första stycket UtIL. Dessutom konstateras att direktivet tillåter gynnsammare bestämmelser.¹⁴³

Vad gäller begreppet ”följer med eller i Sverige ansluter sig till en EES-medborgare” i 3 a kap 2 § UtIL förklaras i det betänkande som föranledde lagstiftningen att det inte finns ett absolut krav på att familjemedlemmarna bor tillsammans för att ett ”anslutande” skall anses ha skett. Exempelvis skulle hänsyn tas till att arbetsmarknadsskäl kan leda till att makarna väljer att bosätta sig på olika orter och därför inte träffas oftare än ett par gånger i månaden. Dock ansågs det att i det fall två makar som har separerat definitivt och bosatt sig på olika orter i Sverige vars äktenskap består endast i formell mening ”*torde det ligga närmare till hands att anse att inte någon av dem har anslutit sig till den andra.*”¹⁴⁴ Sammanfattningsvis ansågs det kunna uppställas krav på en faktisk familjerelation med mer än endast sporadiska kontakter.¹⁴⁵

3.2.3 Skyldigheter för EES-medborgare och deras familjemedlemmar

Den svenska lagstiftaren har valt att införa regler om att EES-medborgarna samt deras familjemedlemmar är skyldiga att registrera sin uppehållsrätt samt, vad gäller familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare, ansöka om uppehållskort.¹⁴⁶ I 3 a kap UtIF anges vilka krav som Migrationsverket (MiV) får ställa vid prövning om registrering av uppehållsrätt för EES-medborgare eller utfärdande av uppehållskort för tredjelandsmedborgare som är familjemedlem. Exempel på handlingar som MiV får inkräva vid registrering av uppehållsrätt är giltigt pass eller ID-kort, handlingar som styrker familjeanknytning samt handlingar som styrker att den EES-medborgare från vilken uppehållsrätten härleds har uppehållsrätt.¹⁴⁷ Reglerna vid utfärdande av uppehållskort är snarlika med skillnaden att det krävs uppvisande av ett giltigt pass och således inte pass *eller* ID-kort.¹⁴⁸ Nämnvärt är att EES-medborgare - så länge de anses vara arbetssökande¹⁴⁹ eller är nordiska medborgare¹⁵⁰ - är undantagna från registreringskyldigheten.¹⁵¹

¹⁴³ Prop. 2005/06:77, s. 71. Se även mål 59/85 Reed där det fastslogs att de stater som ger rättigheter till sambor om uppehåll i medlemsstaten till sina *egna* medborgare, skall ge motsvarande rättigheter till sambor från andra medlemsstater. Se avsnitt 2.2.3 ovan

¹⁴⁴ SOU 2005:49, s. 119

¹⁴⁵ SOU 2005:49, s. 118-119

¹⁴⁶ Den relevanta bestämmelsen finns i 3 a kap 10 § UtIL och motsvaras av artiklarna 8, 9 rörlighetsdirektivet. Se Wikrén & Sandesjö, s. 119

¹⁴⁷ 3 a kap 8 a § UtIF

¹⁴⁸ 3 a kap 9 § UtIF

¹⁴⁹ För överväganden se prop. 2005/06:77, s. 110

¹⁵⁰ Medborgare i Danmark, Island, Finland och Norge var sedan tidigare undantagna från kraven på uppehållstillstånd för vistelse i Sverige, 2 kap 8 § UtIL. Det ansågs inte vara önskvärt att skärpa kraven. Se prop. 2005/06:77, s. 109-110

3.3 Uppehållsrätt i nationell praxis

Migrationsöverdomstolen (MiÖD) har i ett antal mål tolkat bestämmelserna om uppehållsrätt. I det följande kommer jag att ge en beskrivning av hur svenska domstolar har tillämpat bestämmelserna som införlivar rörlighetsdirektivet. Urvalet av mål syftar till att få kunskap om vilken karaktär uppehållsrätten har i nationell rätt. Vidare har jag valt att lyfta fram ett antal mål som visar vilken metod som domstolen använder sig av vid sin bedömning. Denna infallsvinkel är särskilt motiverad av att reglerna om uppehållsrätt utgör införlivandet av ett EU-direktiv. Slutligen beskriver jag ett antal mål om tolkning av 3 a kap 2 § och begreppet ”följer med eller i Sverige ansluter sig till en EES-medborgare” eftersom dessa mål mer konkret rör rätten till familjeåterförening.

3.3.1 Uppehållsrättens karaktär i svensk rätt

MiÖD har i UM 30-09¹⁵² klargjort skillnaden mellan uppehållsrätt och uppehållstillstånd. Det fastslogs nämligen att uppehållstillstånd och uppehållsrätt skall ses som två fristående och parallella system för rätten att vistas i landet. Domstolen förklarade att detta innebar att det inom ramen för en bedömning om uppehållstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter enligt 5 kap. 6 § UtL, inte fanns förutsättningar för att beakta huruvida uppehållsrätt föreligger. Det har även konstaterats att en person med uppehållsrätt kan söka uppehållstillstånd enligt nationell rätt¹⁵³ samt att EES-medborgare samt dess familjemedlemmar som inte har uppehållsrätt istället måste ha uppehållstillstånd.¹⁵⁴

I målet MIG 2007:56 klargjordes skillnaden mellan å ena sidan uppehållsrätt och å andra sidan registrering om uppehållsrätt respektive uppehållskort. MiÖD förklarade att uppehållsrätten inte förutsätter något föregående myndighetsbeslut, ansökan eller annan åtgärd samt att rättigheten består så länge villkoren är uppfyllda. Domstolen förklarade att registreringen och uppehållskortet endast är administrativa regleringar och att dessa inte utgör grunden för uppehållsrätten. Registreringen och uppehållskortet skall istället ses som bekräftelser på den uppehållsrätt som följer direkt av unionsrätten. Domstolen hänvisade i sammanhanget till förarbeten där det framgår att kravet på registrering och ansökan om uppehållskort är motiverat av möjligheten till individuell och generell utlänningskontroll.¹⁵⁵

¹⁵¹ 3 a kap 10 § tredje stycket UtL

¹⁵² UM 30-09, Migrationsöverdomstolens dom den 1 april 2009

¹⁵³ UM 30-09 samt MIG 2007:56. Se även prop. 2005/06:77, s. 58 och 71

¹⁵⁴ MIG 2007:56

¹⁵⁵ Prop. 2005/06:77, s. 187

Ett annat mål som rörde vilken ställning uppehållskort har vid bedömningen av uppehållsrätt är målet MIG 2008:34. En fråga i målet var om ett beslut att neka uppehållskort var överklagbart eller inte. MiÖD konstaterade att det i svensk rätt inte fanns något lagstöd för att ett beslut om uppehållskort var överklagbart. Vid sin bedömning utgick MiÖD från rörlighetsdirektivets regler om rätten till domstolsprövning vid beslut som begränsar unionsmedborgares och deras familjemedlemmars fria rörlighet.¹⁵⁶ Därmed prövades om ett nekande av uppehållskort är ett sådant beslut som begränsar den fria rörligheten. MiÖD anförde att eftersom uppehållsrätten följer direkt av gemenskapsrätten är ett uppehållskort i sig inte bärare av en rättighet utan istället ett bevismedel. Slutsatsen var att ett beslut att neka uppehållskort inte kunde anses utgöra en begränsning av den fria rörligheten. Därmed stod avsaknaden av möjlighet att överklaga ett sådant beslut inte i strid med unionsrätten.¹⁵⁷

3.3.2 Metoder vid prövning av uppehållsrätt

MIG 2007:53 påvisar hur en prövning av uppehållsrätt aktualiseras i mål om utvisning. Målet rörde ett utvisningsbeslut riktat mot en polsk medborgare, A, som avsåg att bosätta sig i Sverige. MiÖD konstaterade att i samband med att en EES-medborgare skall utvisas på grund av att MiV bedömer att personen inte har uppehållsrätt, träder de nationella reglerna in. Om personen inte bedöms ha uppehållsrätt krävs uppehållstillstånd enligt nationell rätt och den berörda personen skall därmed ha rätt att överklaga ett beslut om avlägsnande till domstol. För det andra förklarades att det vid prövningen av avlägsnandebeslutet åligger domstolen att även pröva om vederbörande har uppehållsrätt. MiÖD hänvisade även till artikel 31 i rörlighetsdirektivet där det framgår att alla beslut som begränsar den fria rörligheten för unionsmedborgare och deras familjemedlemmar skall kunna överprövas. Slutsatsen i målet var att ett beslut om utvisning av en EES-medborgare alltid skall föregås av en prövning av om utlänningen har uppehållsrätt. I MIG 2007:56 förklarades att domstolarna – inom ramen för prövningen om ett avlägsnandebeslut – har en *undersökningsplikt* vad gäller uppehållsrätt för både EES-medborgare samt dess familjemedlemmar. Domstolen är alltså skyldig att undersöka hur det förhåller sig med uppehållsrätten innan ett beslut om avlägsnande fattas.

3.3.2.1 Doktrinen om direkt effekt i nationell praxis

I MIG 2008:34 påvisas att MiÖD har tillerkänt bestämmelser i rörlighetsdirektivet direkt effekt. Sakomständigheterna i målet var att två makar som var tredjelandsmedborgare fick

¹⁵⁶ Se artikel 15.1 och artikel 31 rörlighetsdirektivet

¹⁵⁷ När det gäller uppehållskort betonades det i MIG 2007:56 att omständigheten att en utlänning saknar uppehållskort aldrig kan utgöra grund för ett beslut om avlägsnande.

avslag på sin ansökan om uppehållskort. De grundade sin uppehållsrätt i att de var ekonomiskt beroende föräldrar till sin son. Sonen var bosatt i Sverige och gift med en kvinna med svenskt och lettiskt medborgarskap. Tredjelandsmedborgarna hade sedan tidigare ett laga kraftvunnet avvisningsbeslut efter att de hade nekats asyl i Sverige. Efter ansökan om uppehållskort beslutade MiV att tills vidare avbryta verkställigheten av avvisningsbesluten. Migrationsverket avslag deras begäran om uppehållskort och angav att beslutet inte kunde överklagas. Förutom frågan om uppehållskortets överklagbarhet¹⁵⁸ uppkom även frågan om hur domstolen skall pröva uppehållsrätten i det fall denna fråga uppkommit efter ett beslut om avvisning vunnit laga kraft. MiÖD konstaterade att möjligheten till domstolsprövning efter ett lagakraftvunnet avlägsningsbeslut var begränsad till en prövning av verkställighetshinder enligt 12 kap. 19 § UtlL samt att en invändning om uppehållsrätt inte omfattades av denna bestämmelse. MiÖD förklarade att avsaknaden av en möjlighet till överprövning av frågan om uppehållsrätt inom ramen för den ordinära migrationsprocessen, inte var förenlig med rörlighetsdirektivet. MiÖD hänvisade till principen om unionsrättens företräde samt doktrinen om direkt effekt och bedömde att artikel 31¹⁵⁹ jämförd med artikel 15¹⁶⁰ rörlighetsdirektivet var direkt tillämpliga utan föregående implementering i svensk rätt. Således tillerkändes makarna en rätt till domstolsprövning avseende frågan om uppehållsrätt.

3.3.3 Beviskrav och placering av bevisbördan i mål om uppehållsrätt

Av praxis¹⁶¹ kan utläsas att det i likhet med att en person som ansöker om uppehållstillstånd måste visa att förutsättningarna för tillståndet är uppfyllda, åligger den som påstår sig ha uppehållsrätt att visa att villkoren för rättigheten är uppfyllda. MIG 2007:56 rörde en tredjelandsmedborgare som var sambo med en finsk medborgare bosatt i Sverige. Den finske medborgaren tillerkändes uppehållsrätt som arbetstagare men eftersom tredjelandsmedborgaren inte hade inkommit med ett giltigt hemlandspass ansågs det inte möjligt att registrera någon uppehållsrätt för honom. Migrationsverket utvisade därför tredjelandsmedborgaren med stöd av 8 kap 7 § UtlL. Kärnfrågan i målet kan sägas vara vilka beviskrav som kan ställas på en tredjelandsmedborgare som påstår sig ha uppehållsrätt. MiÖD anförde att samma beviskrav skall ställas både när en person reser in och ut i landet som när

¹⁵⁸ Se avsnitt 3.3.1 ovan

¹⁵⁹ MiÖD hänvisade till artikel 31.1 familjeåterföreningsdirektivet. Artikeln stadgar en rätt till överklagande eller omprövning av domstol eller administrativ myndighet för beslut mot personer med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.

¹⁶⁰ MiÖD hänvisade till artikel 15.1 familjeåterföreningsdirektivet där det framgår att förfarandena i artikel 31 skall tillämpas på alla beslut som begränsar unionsmedborgares och deras familjemedlemmars fria rörlighet.

¹⁶¹ Se MIG 2009:11 där det hänvisas till MIG 2007:56.

personen vistas i landet och hänvisade till att både rörlighetsdirektivet som svensk rätt ger möjlighet att kräva att bland annat ett giltigt pass visas upp för utfärdande av uppehållskort.¹⁶² Domstolen fastslog därför att tredjelandsmedborgare som är anhörig till en EES-medborgare med uppehållsrätt kan åläggas att visa upp ett giltigt pass för att styrka sin uppehållsrätt. MiÖD uttalade att ett uppvisande av ett identitetskort från tredjelandsmedborgarnas hemland inte var tillräckligt för att styrka uppehållsrätt enligt gemenskapsreglerna. Det förklarades även att den berörda personen skall ges möjlighet att styrka sin uppehållsrätt innan frågan om avlägsnande avgörs. Detta krav ansågs vara uppfyllt eftersom tredjelandsmedborgaren hade givits möjlighet att inkomma med ett giltigt pass. Således stod sig avlägsnandebeslutet.

3.3.4 Tolkning av begreppet ”följer med eller i Sverige ansluter sig till”

I MIG 2009:21 var familjemedlemmen en tredjelandsmedborgare gift med en dansk medborgare bosatt i Sverige. Paret hade gift sig efter att den danska medborgaren flyttat till Sverige och målet rörde bland annat innebörden av ”följer med eller i Sverige ansluter sig till” i 3 a kap 2 § UtIL. MiÖD beskrev grundförutsättningarna för uppehållsrätt för familjemedlemmar genom att hänvisa till C-127/08 Metock. Det konstaterades att rörlighetsdirektivets och därmed utlänningslagens bestämmelser om uppehållsrätt omfattar en tredjelandsmedborgare som ingår äktenskap med en unionsmedborgare som bor i Sverige, oberoende av när och var giftermålet ägde rum. Det var dessutom utan betydelse när och under vilka omständigheter tredjelandsmedborgaren reste in i den mottagande medlemsstaten. Även i MiÖD:s avgörande UM 3289-08,¹⁶³ som rörde två makar som gift sig efter EES-medborgarens inresa till Sverige, grundade MiÖD sin bedömning av 3 a kap 2 § UtIL på målet C-127/08 Metock. Motsvarande bedömning gjordes även av MiÖD i UM 5590-08¹⁶⁴ som handlade om ett samboförhållande vilket hade inletts efter inresa i Sverige. Nämnvärt är att MiÖD i UM 3289-08 förklarade att innebörden av begreppet ”följer med eller ansluter sig till” inte berördes särskilt i förarbeten till 3 a kap 2 § UtIL.¹⁶⁵

3.3.5 Skenäktenskap

MIG 2009:11 rörde dels tolkningen av ”följer med eller i Sverige ansluter sig till en EES-medborgare” i 3 a kap 2 § UtIL och dels frågan om skenäktenskap. I målet hade ett utvisningsbeslut riktats mot en tredjelandsmedborgare som var gift med en EES-medborgare

¹⁶² MiÖD hänvisade till artikel 10.2 (a) rörlighetsdirektivet och 3 a kap. 9 § UtIF.

¹⁶³ UM 3289-08, Migrationsöverdomstolens dom den 29 januari 2009

¹⁶⁴ UM 5590-08, Migrationsöverdomstolens dom den 19 januari 2010

¹⁶⁵ Se dock MIG 2009:11. MiÖD hänvisade till SOU 2005:49 för att definiera ”följer med eller ansluter sig till”.

bosatt i Sverige. MiV gjorde gällande att tredjelandsmedborgaren saknade uppehållsrätt eftersom de berörda parterna hade ingått ett skenäkenskap. MiÖD anförde för det första att den som påstår sig ha uppehållsrätt även har att visa att villkoren för detta är uppfyllda.¹⁶⁶ För det andra prövades frågan om uppehållsrätt mot 3 a kap 2 § UtIL och det förklarades att eftersom makarna hade gift sig först sedan tredjelandsmedborgaren kommit till Sverige, betraktades han som en sådan familjemedlem som *har anslutit sig till* en EES-medborgare. Begreppet ”ansluta sig till” tolkades med stöd av SOU 2005:49¹⁶⁷ där det framhålls att det inte nödvändigtvis krävs att de berörda parterna bor tillsammans men att det kan ställas krav på att de berörda parterna upprätthåller en faktisk familjerelation. MiÖD:s bedömning i det aktuella målet var att det var uppenbart makarna inte upprätthöll en sådan faktisk familjerelation. För det tredje betonade MiÖD att det - med hänsyn till att unionsrätten¹⁶⁸ inte får åberopas när det är fråga om missbruk eller bedrägeri - inte kan grundas någon uppehållsrätt på ett äktenskap som endast ingåtts i syfte att kringgå bestämmelserna om inresa och uppehälle för tredjelandsmedborgare. För det fjärde konstaterades att rättstillämpningen även stod i överensstämmelse med den svenska migrationspolitiska målsättningen om att upprätthålla en reglerad invandring.¹⁶⁹ Sammantaget fann MiÖD att familjemedlemmen till EES-medborgaren inte hade visat att han uppfyllde villkoren för uppehållsrätt. Det fanns därmed inte heller hinder för att utvisa honom.

I målet UM 5556-08¹⁷⁰ bedömde MiÖD en ansökan om uppehållstillstånd enligt 5 kap 3 § UtIL tillika uppehållsrätt enligt 3 a kap UtIL för en maka till en EES-medborgare. Fråga i målet var bland annat om äktenskapet hade ingåtts uteslutande i syfte att ge utlänningen rätt till uppehållstillstånd. MiÖD anförde att avgörande för *både* uppehållsrätten och uppehållstillståndet är att det föreligger ett civilrättsligt giltigt äktenskap och att detta inte hade ingåtts uteslutande i syfte att ge rätt till uppehållstillstånd. I ett sådant fall har MiV att göra det sannolikt att det rör sig om ett skenäkenskap. MiÖD hänvisade i det sammanhanget

¹⁶⁶ Se MIG 2007:56

¹⁶⁷ SOU 2005:49, s. 119

¹⁶⁸ MiÖD hänvisade till målen C-212/97 Centros som rörde frågan om missbruk av rättigheter genom kringgående av nationell bolagslagstiftning samt C-196/04 Cadbury Schweppes som rörde missbruk av rättigheter genom kringgående av nationell skattelagstiftning. Intressant i sammanhanget är att EUD i båda målen fann att missbruk av rättigheter inte förelåg. Se Centros, p. 27 samt Cadbury Schweppes, p. 38

¹⁶⁹ MiÖD hänvisade till Regeringens skrivelse Migration och asylpolitik, Skr. 2008/09:33 I skrivelsen beskrivs den svenska migrations- och asylpolitiken och statistiska uppgifter för perioden 2007-30 juni 2008 redovisas. Målsättningarna för år 2009 är att säkerställa en långsiktigt hållbar migrationspolitik som inom ramen för den reglerade invandringen värnar asylrätten, att underlätta rörlighet över gränser, att främja en behovsstyrd arbetskraftsinvandring, att tillvarata och beakta migrationens utvecklingseffekter samt att fördjupa det europeiska och internationella samarbetet.

¹⁷⁰ UM 5556-08, Migrationsöverdomstolens dom den 14 oktober 2009

till målen 2007:60, om bevisbördan vid ansökan om uppehållstillstånd enligt 5 kap 3 § UtlL samt MIG 2009:11 som rör om bevisbördans placering i mål om uppehållsrätt. Emellertid bedömde MiÖD att det inte fanns tillräcklig utredning om parternas äktenskap och visade därför målet åter till MiV för fortsatt handläggning. Således uttalade sig MiÖD inte närmare i frågan om skenäktenskap.

4. Familjeåterföreningsdirektivet i unionsrätten

4.1 Familjeåterföreningsdirektivet – en övergripande beskrivning

4.1.1 Familjeåterföreningsdirektivets syfte

Familjeåterföreningsdirektivet¹⁷¹ reglerar tredjelandsmedborgares rätt till familjeåterförening med familjemedlemmar som även de är tredjelandsmedborgare. Tredjelandsmedborgare definieras i direktivet¹⁷² som personer som inte är unionsmedborgare enligt artikel 21.1 i FEUF.¹⁷³ Direktivets syfte är att reglera de villkoren för utövandet av rätten till familjeåterförening för de tredjelandsmedborgare som vistas lagligen i medlemsstaterna.¹⁷⁴

Direktivet är ett minimidirektiv vilket innebär att medlemsstaterna kan anta eller bibehålla mer förmånliga bestämmelser, och består av både fakultativa och obligatoriska regler.¹⁷⁵ Av skälen framgår att direktivet har antagits särskilt med beaktande av artikel 79.¹⁷⁶ Familjeåterföreningsdirektivet är även den första uppsättning regler som rör tredjelandsmedborgares villkor vad gäller inresa och bosättning i EU.¹⁷⁷ Direktivet är emellertid inte tillämpligt i Danmark, Storbritannien eller Irland.¹⁷⁸

Familjeåterföreningsdirektivet ger en rätt till familjeåterförening genom att medlemsstaterna åläggs en korrelerande skyldighet att tillåta en sådan återförening.¹⁷⁹ Mer konkret föreskriver direktivet en skyldighet för medlemsstaterna att bevilja uppehållstillstånd till vissa av tredjelandsmedborgarens familjemedlemmar.¹⁸⁰ Något som bör nämnas i är att rätten till familjeåterförening är en rätt till inresa och vistelse i en medlemsstat för familjemedlemmar

¹⁷¹ Rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening

¹⁷² Artikel 2 (a) familjeåterföreningsdirektivet

¹⁷³ Tidigare artikel 17.1 EGF

¹⁷⁴ Wikrén & Sandesjö, s. 181

¹⁷⁵ Artikel 3.4-5 familjeåterföreningsdirektivet, Wikrén & Sandesjö, s. 182

¹⁷⁶ Artikeln rör den gemensamma invandringspolitiken, tidigare artikel 63.3 EGF.

¹⁷⁷ KOM(2008) 610 slutlig, s. 2

¹⁷⁸ KOM(2008) 610 slutlig, s. 2

¹⁷⁹ (2008) 610 slutlig, s. 3. KOM hänvisar till C-540/03 Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd, se avsnitt 4.1.2.1 nedan.

¹⁸⁰ Prop. 2005/06:77, s. 26

till en tredjelandsmedborgare som vistas lagligen i den medlemsstaten.¹⁸¹ Således handlar det om familjeåterförening i tredjelandsmedborgarens hemmedlemsstat. Vidare framgår av artikel 5.3 i direktivet att huvudregeln är att ansökan om familjeåterförening skall lämnas in och behandlas när familjemedlemmarna vistas *utanför* den medlemsstat på vars territorium referenspersonen vistas.

4.1.2 Vilken grund har rätten till familjeåterförening i familjeåterföreningsdirektivet?

I skälen anges att familjeåterförening är ett nödvändigt medel för att möjliggöra familjelivet.¹⁸² Det förklaras att familjeåterförening bidrar till social och kulturell stabilitet som underlättar tredjelandsmedborgarnas integrering i medlemsstaterna. Därigenom skall även fördragets målsättning om ekonomisk och social sammanhållning främjas. Rätten till familjeåterförening i familjeåterföreningsdirektivet har dessutom stöd i rättigheterna om respekt för familjelivet i EKMR samt rättigheterna i EU:s stadga.¹⁸³

4.1.2.1 Familjeåterföreningsdirektivet och rätten till respekt för familjelivet

Ett mål som illustrerar vilken inverkan EKMR samt EU:s stadga har för EUD:s tolkning av familjeåterföreningsdirektivet, är C-540/03 Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd. I målet hade Europaparlamentet begärt om ogiltighetsförklaring av vissa¹⁸⁴ av direktivets bestämmelser. Grunderna för talan var att bestämmelserna inte var förenliga med bland annat rätten till respekt för familjelivet i artikel 8 EKMR och artikel 7 i EU:s stadga. Trots att målet huvudsakligen rörde barns rättigheter uttalade domstolen även sig mer generellt i frågan om rätten till respekt för familjelivet. EUD hänvisade till avgörandena C-60/00 Carpenter samt C-109/01 Akrich¹⁸⁵ och anförde att rätten till respekt för familjelivet enligt artikel 8 EKMR är en grundläggande rättighet som skyddas i EU:s rättsordning. Vidare uttalade EUD att rätten för nära anhöriga att bo tillsammans medför såväl negativa som positiva skyldigheter för medlemsstaterna. Med negativ skyldighet avsågs att medlemsstaterna skall avhålla sig från att utvisa en person, och med positiv skyldighet att medlemsstaterna skall tillåta inresa och vistelse för en person på dess territorium.¹⁸⁶ Trots att rätten till familjeåterförening inte följer direkt av EKMR, förklarade domstolen att kan det vara oförenligt med artikel 8 EKMR att

¹⁸¹ Artikel 2 (d) familjeåterföreningsdirektivet

¹⁸² Skäl 4 familjeåterföreningsdirektivet

¹⁸³ Skäl 2 familjeåterföreningsdirektivet

¹⁸⁴ Ogiltigförklaringen avsåg artiklarna 4.1 och 4.6 om barns rätt till familjeåterförening och dessutom artikel 8 som tillåter medlemsstaterna att ställa upp krav på viss laglig vistelsetid för referenspersonen i medlemstaten.

¹⁸⁵ Se avsnitt 2.2.1 om grunden för rätten till familjeåterförening för unionsmedborgares familjemedlemmar.

¹⁸⁶ C-540/03, Europaparlamentet mot Rådet, p. 52

utestänga en person från ett land där hans eller hennes familjemedlemmar bor.¹⁸⁷

Sammantaget ansåg dock inte EUD att Europaparlamentet hade fog för sin talan om ogiltighet. Emellertid betonades att skyddet för de grundläggande rättsprinciperna i unionens rättsordning är bindande för medlemsstaterna när de genomför unionsrättsliga bestämmelser och att staterna är skyldiga att i möjligaste mån tillämpa bestämmelserna i enlighet med dessa krav. Dessutom erinrades är medlemsstaterna skyldiga att tillämpa direktivets regler i enlighet med de krav som följer av skyddet för mänskliga rättigheter¹⁸⁸ och framförallt vad gäller skydd för familjelivet och skyldigheten att sätta barnets bästa i det främsta rummet.¹⁸⁹

4.1.3 Personkrets som omfattas av familjeåterföreningsdirektivet

4.1.3.1 Vem kan vara referensperson?

Artikel 3.1 är en obligatorisk bestämmelse som reglerar de grundläggande förutsättningarna för att någon skall betraktas som en referensperson enligt familjeåterföreningsdirektivet. Av artikeln framgår att referenspersonen skall vara (1) en tredjelandsmedborgare (2) som vistas lagligen i en medlemsstat; (3) och innehar ett uppehållstillstånd som gäller under minst ett år samt (4) har välgrundade utsikter att få ett varaktigt uppehållstillstånd. Direktivet innehåller även ytterligare begränsningar avseende vem¹⁹⁰ som kan anses vara referensperson. Dessa bestämmelser är fakultativa och rör krav på exempelvis bostad¹⁹¹, sjukförsäkring,¹⁹² samt tillräckliga försörjningsmedel.¹⁹³ Medlen är tillräckliga om familjen klarar sig utan hjälp från systemet för socialt bistånd i den berörda medlemsstaten.¹⁹⁴ Medlemsstaterna tillåts även att kräva att integrationsåtgärder i enlighet med nationell lagstiftning följs,¹⁹⁵ samt att ställa upp krav på två års laglig vistelse i medlemsstaten som förutsättning för att någon skall anses utgöra referensperson med rätt till familjeåterförening. Vid beaktande av medlemsstatens

¹⁸⁷ C-540/03, Europaparlamentet mot Rådet, p. 53. Domstolen hänvisade till målen C-60/00 Carpenter samt C-109/01 Akrich. EUD gick även igenom Europadomstolens (ED) praxis i fråga om artikel 8 EKMR och rätten till familjeåterförening, se pp. 54 ff.

¹⁸⁸ C-540, Europaparlamentet mot Rådet pp. 104-105

¹⁸⁹ KOM(2008) 610 slutlig, s. 3.

¹⁹⁰ Direktivet innehåller en särreglering för flyktingar som är referenspersoner, se artiklarna 9-12.

¹⁹¹ Artikel 7.1 (a) familjeåterföreningsdirektivet

¹⁹² Artikel 7.1 (b) familjeåterföreningsdirektivet. Försäkringen skall omfatta både referenspersonen och familjemedlemmarna.

¹⁹³ Artikel 7.1 (c) familjeåterföreningsdirektivet

¹⁹⁴ I prop. 2009/10:77 *Försörjningskrav vid anhöriginvandring* föreslås att det uppställs ett försörjningskrav som villkor för att uppehållstillstånd ska beviljas en utlänning på grund av anknytning till en person i Sverige. Försörjningskravet innebär att anknytningspersonen ska kunna försörja sig och ha en bostad av tillräcklig storlek och standard för sig och utlänningen. Lagändringarna föreslås träda i kraft den 15 april 2010.

¹⁹⁵ Artikel 7.2 familjeåterföreningsdirektivet

mottagningskapacitet kan kravet på laglig vistelse utsträckas till tre år.¹⁹⁶

Direktiven undantar vissa kategorier från direktivets tillämpningsområde genom att ange att de inte kan vara referenspersoner. Kategorierna är unionsmedborgare,¹⁹⁷ personer som har ansökt om flyktingstatus men ännu inte fått ett slutligt beslut,¹⁹⁸ eller som vistas i en medlemsstat på grund av regler om tillfälligt skydd¹⁹⁹ samt personer med uppehållstillstånd på grund av alternativa skyddsformer enligt internationella förpliktelser, nationell lagstiftning eller praxis i medlemsstaterna.²⁰⁰

4.1.3.2 Vem är familjemedlem?

Vilka familjemedlemmar som omfattas av direktivet framgår av artikel 4 i familjeåterföreningsdirektivet. Av de obligatoriska reglerna rörande personkretsen som omfattas av direktivet kan av artikel 4.1. utläsas att familjeåterförening *skall* tillåtas för medlemmar av kärnfamiljen. Avseende parförhållanden omfattar direktivets obligatoriska regler referenspersonens make eller make.²⁰¹ Av artikel 4.2. framgår att medlemsstaterna *får* betrakta familjemedlemmar ogift partner, det vill säga sambo eller registrerad partner, som familjemedlemmar med rättigheter enligt familjeåterföreningsdirektivet.

4.1.4 Regler i familjeåterföreningsdirektivet om "missbruk av rättigheter"

Artikel 16 i familjeåterföreningsdirektivet är en fakultativ bestämmelse som beskriver i vilka situationer som medlemsstaterna *får* avslå en ansökan om inresa och vistelse för familjeåterförening, återkalla ett uppehållstillstånd eller avslå en ansökan om att förnya uppehållstillståndet. Av artikel 16.1. kan utläsas att skäl för att begränsa rätten till familjeåterförening är: *om* referenspersonen och dennes familjemedlemmar inte eller inte

¹⁹⁶ Artikel 8 familjeåterföreningsdirektivet

¹⁹⁷ Se artikel 2 (c) e.c. samt artikel 3.3 familjeåterföreningsdirektivet där det framgår att familjemedlemmar till unionsmedborgare inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

¹⁹⁸ Artikel 3.2 (a) familjeåterföreningsdirektivet

¹⁹⁹ Artikel 3.2 (b) familjeåterföreningsdirektivet

²⁰⁰ Artikel 3.2 (c) familjeåterföreningsdirektivet

²⁰¹ Personkretsen i artikel 4.1 i familjeåterföreningsdirektivet är följande: (a) Referenspersonens make/maka; b) Underåriga barn till referenspersonen och dennes make/maka, inbegripet barn som har adopterats i enlighet med ett beslut som har fattats av den berörda medlemsstatens behöriga myndighet eller ett beslut som är automatiskt verkställbart enligt den medlemsstatens internationella förpliktelser, eller som måste erkännas enligt internationella förpliktelser; c) Underåriga barn, inbegripet adopterade barn, till referenspersonen om denne har vårdnaden och barnen är beroende av honom/henne för sin försörjning. Medlemsstaterna får tillåta familjeåterförening för barn som står under gemensam vårdnad, under förutsättning att den andra vårdnadshavaren har lämnat sitt medgivande; d) Underåriga barn, inbegripet adopterade barn, till maken/makan om denne har vårdnaden och barnen är beroende av honom/henne för sin försörjning. Medlemsstaterna får tillåta familjeåterförening för barn som står under gemensam vårdnad, under förutsättning att den andra vårdnadshavaren har lämnat sitt medgivande.

längre lever som gifta eller har ett fullständigt familjeliv²⁰² eller *om* det kan konstateras att referenspersonen eller dennes ogifta partner är gift med eller har ett varaktigt förhållande med en annan person.²⁰³ Ytterligare skäl att neka eller undandra rättigheter enligt direktivet återfinns i artikel 16.2. Nekande av rättigheter får ske i det fall det är fastställt: *att* falska eller vilseledande uppgifter eller falska eller förfalskade handlingar har använts eller att tillstånd har erhållits genom vilseledande eller på andra olagliga sätt²⁰⁴ eller *att* ett äktenskap eller partnerskap har ingåtts eller en adoption har utförts uteslutande för att ge den berörda personen möjlighet att resa in och vistas i en medlemsstat.²⁰⁵

Artikel 17 föreskriver att medlemsstaterna skall ta hänsyn till vissa omständigheter vid ett negativt beslut i fråga om rätten till familjeåterförening. De omständigheter som skall beaktas är dels arten och stabiliteten av den berörda personens familjeband samt varaktigheten av vistelsen i medlemsstaten och dels familjemässig, kulturell eller social anknytning till ursprungslandet. I artikel 18 föreskrivs dessutom att referenspersonen och/eller dennes familjemedlemmar skall ha rätt att ansöka om rättslig prövning.

4.2 Något om EU-domstolens jurisdiktion

Det finns ännu inga avgöranden från EUD som rör tolkningen av artikel 16 i familjeåterföreningsdirektivet. EUD:s jurisdiktion vad gäller att besvara begäran om förhandsavgöranden var tidigare begränsad enligt artikel 68.1 EGF²⁰⁶ eftersom direktiv är en rättsakt som omfattas av avdelning IV i EGF.²⁰⁷ I och med det nya fördraget²⁰⁸ som trädde i kraft under år 2009, upphävdes artikel 68. Numera har EUD jurisdiktion även vad gäller begäran om förhandsavgörande avseende familjeåterföreningsdirektivet.²⁰⁹

²⁰² Artikel 16.1 (b) familjeåterföreningsdirektivet

²⁰³ Artikel 16.1 (c) Se även artikel 4.4 i direktivet - en obligatorisk bestämmelse som föreskriver en skyldighet för medlemsstaterna att vägra uppehållstillstånd vid månggifte där referenspersonen redan bor tillsammans med en make/maka på medlemsstatens territorium och familjeåterförening begärs av en ytterligare make/maka.

²⁰⁴ Artikel 16.2 (a) familjeåterföreningsdirektivet

²⁰⁵ Artikel 16.2 (b) familjeåterföreningsdirektivet

²⁰⁶ Artikel 68.1 EGF har följande lydelse: *Artikel 234 skall tillämpas på denna avdelning under följande förhållanden och på följande villkor: om en fråga om tolkningen av denna avdelning eller om giltigheten eller tolkningen av rättsakter som beslutats av gemenskapens institutioner på grundval av denna avdelning uppkommer i ett mål vid en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, skall den nationella domstolen, om den anser att ett beslut i frågan är nödvändigt för att döma i saken, begära att domstolen meddelar ett förhandsavgörande.*

²⁰⁷ Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén, regionskommittén samt EG-domstolen om anpassning av de särskilda bestämmelserna i artikel 68 i EG-fördraget om domstolens behörighet, för att åstadkomma ett verksamt rättsligt skydd, KOM(2006) 346 slutlig, s. 6

²⁰⁸ EU-fördraget samt Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt

²⁰⁹ Se artikel 267 FEUF, *Chalmers D. & Monti G*, European Union Law: text and materials - updating supplement, 2008, Cambridge University press, s. 76

4.3 Kommissionens rapport – familjeåterföreningsdirektivet

Under år 2008 utkom kommissionen med en rapport om tillämpningen av familjeåterföreningsdirektivet.²¹⁰ När det gäller utnyttjande av reglerna om familjeåterförening med det enda syftet att erhålla uppehållstillstånd, noterade KOM att alla medlemsstater hade regler som förhindrade ett sådant beteende.²¹¹ KOM konstaterade att direktivet endast innehåller ett fåtal bindande bestämmelser vilket medförde att medlemsstaterna har ett stort handlingsutrymme. Således ansågs direktivet ha begränsade effekter för harmoniseringen på familjeåterföreningsområdet.²¹²

5. Rådets resolution om skenäktenskap

Rådet antog år 1997 en resolution²¹³ om de åtgärder som bör vidtas för att bekämpa skenäktenskap.²¹⁴ För det första konstateras att skenäktenskap är ett sätt att kringgå reglerna om inresa och bosättning för *tredjelandsmedborgare*.²¹⁵ För det andra framgår att i det fall det finns omständigheter som talar för att det rör sig om ett skenäktenskap skall uppehållstillstånd inte beviljas förrän de behöriga myndigheterna har kontrollerat att så inte är fallet.²¹⁶ Dessutom skall ett uppehållstillstånd som har beviljats trots att detta skett på grund av ett skenäktenskap, skall uppehållstillståndet vanligtvis dras in, återkallas eller inte förnyas.²¹⁷ För det tredje beskrivs omständigheter som talar för att det rör sig om ett skenäktenskap samt på vilket sätt uppgifterna om dessa omständigheter har framkommit.²¹⁸ Omständigheter som talar för ett skenäktenskap är *att* makarna inte lever tillsammans eller på ett lämpligt sätt tar det ansvar som följer av äktenskapet, *att* de inte har träffat varandra före äktenskapet *att* de inte talar ett språk som båda förstår eller *att* de kommer med olika uppgifter om viktiga personliga

²¹⁰ Rapport från kommissionen till Rådet och Europaparlamentet om tillämpningen av Rådets

direktiv 2003/86/EG om rätt till familjeåterförening, Bryssel den 8.10.2008, KOM (2008) 610 slutlig

²¹¹ KOM riktade viss kritik mot de medlemsstater som hade infört en systematisk användning av artikel 16.4. om skenförhållanden då en sådan typ av reglering innebär att en generell misstanke uttrycks. KOM (2008) 610 slutlig, s. 10

²¹² KOM (2008) 610 slutlig, s. 15

²¹³ Rådets resolution av den 4 december 1997 om de åtgärder som bör vidtas för att bekämpa skenäktenskap

²¹⁴ Av intresse är att generaladvokaten i C-109/01 Akrich hänvisade till rådets resolution vid en diskussion om kringgående av nationell invandringslagstiftning, se p. 142. På nationell nivå har MiÖD använt resolutionen för att tolka familjeåterföreningsdirektivet och begreppet ”skenäktenskap”, se MIG 2009:25 och den omnämns även i förarbeten till genomförandestämmelser avseende familjeåterföreningsdirektivet, prop. 2005/06:72, *Genomförande av EG-direktivet om rätt till familjeåterförening samt vissa frågor om handläggning och DNA-analys vid familjeåterförening*, s. 25

²¹⁵ Rådets resolution av den 4 december 1997. Se definitionen av skenäktenskap, artikel 1

²¹⁶ Rådets resolution av den 4 december 1997, artikel 3

²¹⁷ Rådets resolution av den 4 december 1997, artikel 4

²¹⁸ Rådets resolution av den 4 december 1997, artikel 2

förhållanden. Andra omständigheter som talar för att äktenskapet har ingåtts för skens skull är att ett penningbelopp utbetalts för att äktenskap skall ingås²¹⁹ eller att det finns uppgifter som tyder på att någon eller båda makarna har tidigare skenäktenskap eller oegentligheter vid tidigare vistelser.

6. Familjeåterföreningsdirektivet i svensk lagstiftning

6.1 Familjeåterföreningsdirektivets påverkan på svensk rätt

En förändring i svensk rätt som sammanhänger med familjeåterföreningsdirektivet är att familjeåterförening numera betraktas som en rättighet eftersom det av 5 kap 3 § första stycket 1 UtL framgår att uppehållstillstånd för makar och sambor *skall* ges. I tidigare lagstiftning föreskrevs nämligen att uppehållstillstånd, i motsvarande situation, *får* ges.²²⁰ Ändringen av bestämmelsens utformning skedde i syfte att uppnå förenlighet med familjeåterföreningsdirektivet.²²¹ Lagstiftningen är uppbyggd på ett sådant sätt att 5 kap 3 § stadgar en (prima facie) *rätt* till uppehållstillstånd²²² för de ovan beskrivna kategorierna som kan göras gällande såvida inte 5 kap 17-17 b §§ UtL är tillämpliga.²²³

De svenska begränsningsreglerna är fakultativa (för de nationella domstolarna) och utgör ett införlivande av de begränsningarna i rätten till familjeåterförening som familjeåterföreningsdirektivet medger.²²⁴ I förarbeten påpekas att det inte finns utrymme att - utöver familjeåterföreningsdirektivets begränsningsregler - uppställa ytterligare krav i nationell lagstiftning som inskränker rätten till familjeåterförening.²²⁵ Direktivets begränsningar av rätten till uppehållstillstånd på grund av anknytning är införlivade genom 5 kap. 17-17 b §§ UtL.²²⁶ En annan förändring som föranletts av familjeåterföreningsdirektivet är att den så kallade seriositetsprövningen och prövning om särskilda skäl mot att tillstånd ges, har tagits bort.²²⁷ Seriositetsprövningen kvarstår dock som ett villkor för uppehållstillstånd på grund av

²¹⁹ Det anges att undantaget är pengar eller gåvor som ges i hemgift i kulturer där detta är gängse.

²²⁰ Se dock prop. 1996/97:25, *Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv*, s. 111. I motiven till den tidigare lagstiftningen uttrycktes en principiell rätt till familjeåterförening för familjemedlemmar inom kärnfamiljen. Denna uppfattning återspeglades även i praxis, se Wikrén & Sandesjö, s. 183

²²¹ Se Wikrén & Sandesjö, s. 182-183, prop. 2005/06:72, 31

²²² Vad gäller makars familjeåterförening skall uppehållstillståndet vara tidsbegränsat vid första beslutstillfället i det fall makarna inte har stadigvarande sammanbott utomlands, se 5 kap 8 § UtL. Upphållstillståndet som utfärdas skall vara giltigt i minst ett år, se 5 kap 3 § fjärde stycket UtL.

²²³ Se avsnitt 6.3 nedan

²²⁴ Prop. 2005/06:72, s. 36 ff. samt MIG 2007:19

²²⁵ Prop. 2005/06:72, s. 31

²²⁶ MIG 2007:19

²²⁷ Wikrén & Sandesjö, s. 183

anknytning för de personer som *avser* att ingå äktenskap eller inleda ett samboförhållande.²²⁸ Denna kategori omfattas dock inte av tillämpningsområdet för 5 kap 3 § UtIL.

6.2 Personkrets som omfattas

6.2.1 Vem kan vara referensperson?

Den nationellrättsliga grunden för att bevilja uppehållstillstånd på grundval av familjeåterföreningsdirektivets bestämmelser finns i 5 kap 3 §. Trots att de unionsrättsliga reglerna endast är tillämpliga i det fall anknytningspersonen är tredjelandsmedborgare,²²⁹ har den svenske lagstiftaren valt en reglering som inte är knuten till referenspersonens nationalitet. Alla personer som är bosatta eller har uppehållstillstånd för bosättning i Sverige, oavsett medborgarskap, kan nämligen vara referenspersoner vid ansökan om uppehållstillstånd för familjeåterförening enligt 5 kap 3 § UtIL.²³⁰ Syftet med att införa samma regler för uppehållstillstånd på grund av anknytning för alla som är bosatta i Sverige är enligt motiven att uppnå en enhetlig, ändamålsenlig samt icke-diskriminerande lagstiftning.²³¹ I motiven anfördes emellertid att ett undantag till den enhetliga regleringen är att nordiska medborgare inte behöver ha uppehållstillstånd för att anses vara referenspersoner vid en tillämpning av 5 kap 3 § UtIL. Dessa personer behöver nämligen inte ha uppehållstillstånd för att vistas i Sverige.²³²

På samma sätt som i familjeåterföreningsdirektivet kan inte personer som definieras som asylsökande eller som vistas i Sverige med stöd av bestämmelserna om tillfälligt skydd enligt kap 21 UtIL vara referenspersoner i den mening som avses i 5 kap 3 § UtIL.²³³ Dessa kategorier anses nämligen inte vara *bosatta* i Sverige.²³⁴ I motiven till 5 kap 3 § UtIL uppmärksammades att kategorin "skyddsbehövande i övrigt"²³⁵ i svensk utlänningsrätt omfattades av artikel 3.2. (c) i direktivet. Artikeln anger att personer som vistas i en

²²⁸ Prop. 2005/06:77, s. 32 samt Wikrén & Sandesjö, s. 189. Upphållstillstånd på grund av anknytning för dessa personer styrs inte av familjeåterföreningsdirektivet. Regler för denna kategori finns i 5 kap 3 a § första stycket 1 UtIL och uppehållstillstånd är villkorat av att förhållandet bedöms som seriöst i en så kallad seriositetsprövning. Då 5 kap 3 a § UtIL varken utgör ett införlivande av familjeåterföreningsdirektivet eller rör *återförening* av familjer (i egentlig mening) har jag valt att inte gå in närmare på bestämmelserna.

²²⁹ Artikel 3.3 familjeåterföreningsdirektivet

²³⁰ Prop. 2005/06:72, s. 28 samt Wikrén & Sandesjö, s. 182. Även statslösa personer kan vara referenspersoner.

²³¹ Prop. 2005/06:72, s. 28

²³² Se prop. 2005/06:72, s. 28. Nämnvärt att att EES-medborgare med uppehållsrätt, på samma sätt som nordiska medborgare, är undantagna från krav på uppehållstillstånd, se 2 kap 8 § UtIL.

²³³ Se artikel 3.2 (a) och (b) familjeåterföreningsdirektivet

²³⁴ Wikrén & Sandesjö, s. 182

²³⁵ Definitionen av skyddsbehövande i övrigt och förutsättningen för tilldelande av uppehållstillstånd fanns tidigare i 4 kap 1 § och 5 kap 1 § UtIL.

medlemsstat på grund av alternativa skyddsformer inte kan vara referenspersoner. Emellertid betraktas skyddsbehövande i övrigt som referenspersoner vid en tillämpning av 5 kap 3 § UtIL.²³⁶ Nämnvärt är att kategorin ”skyddsbehövande i övrigt” nu har ersatts av kategorierna alternativt skyddsbehövande samt övriga skyddsbehövande.²³⁷ Syftet med införandet av de nya kategorierna är att anpassa utlänningslagens regler till det unionsrättsliga skyddsgrundsdirektivet.²³⁸

I förarbeten anges att ett krav för att ett villkor för att personer som inte är svenska eller nordiska medborgare skall kvalificera sig som referensperson är ett innehav av ett permanent uppehållstillstånd.²³⁹ Emellertid förklarade MiÖD i MIG 2007:29 att person som innehar ett tidsbegränsat uppehållstillstånd kan vara referensperson. Målet rörde familjeåterförening mellan två makar som var tredjelandsmedborgare. Med hänvisning till familjeåterföreningsdirektivet²⁴⁰ förklarades att en person med ett tidsbegränsat uppehållstillstånd som är giltigt under mer än ett år och där det finns välgrundade utsikter att ett permanent uppehållstillstånd beviljas, kan vara referensperson vid en tillämpning av 5 kap 3 1 UtIL. Således krävs inte att referenspersonen har ett permanent uppehållstillstånd för att omfattas av bestämmelsen.

6.2.2 Särskilt om referenspersoner som är skyddsbehövande i övrigt

I förarbeten framhålls att personer med status som skyddsbehövande i övrigt” skall kunna utgöra referenspersoner vid en tillämpning av reglerna om uppehållstillstånd på grund av anknytning i 5 kap 3 § UtIL. Bakgrunden var att denna kategori likställs med flyktingar i utlänningslagen. Det ansågs inte önskvärt att flyktingar - som omfattas av familjeåterföreningsdirektivets rättigheter - men inte skyddsbehövande i övrigt skulle

²³⁶ Se avsnitt 6.2.2 nedan.

²³⁷ Kategorin alternativt skyddsbehövande, 4 kap 2 § UtIL omfattas av skyddsgrundsdirektivets bestämmelser medan övriga skyddsbehövande, 4 kap 2 a § UtIL inte omfattas. Se prop. 2009/10:31, *Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet*, s. 115 ff.

²³⁸ Rådets direktiv 2004/83/EG om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet. Artikel 23 i skyddsgrundsdirektivet ålägger medlemsstaterna att se till att familjen hålls samlad. I förarbeten till införlivandebestämmelserna anges dock att direktivets bestämmelser om sammanhållning av familjen inte föranledde några författningsändringar. Reglerna i 5 kap UtIL bedömdes som tillräckliga. Se prop. 2009/10:31, s. 145 ff.

²³⁹ Prop. 2005/06:72, s. 28 och 41

²⁴⁰ Av artikel 3.1 familjeåterföreningsdirektivet framgår att direktivet är tillämpligt om referenspersonen har ett uppehållstillstånd som är giltigt under minst ett år och ha välgrundade utsikter att få ett permanent uppehållstillstånd.

betraktas som referenspersoner enligt 5 kap 3 § UtIL.²⁴¹

MiÖD har i målet MIG 2009:25 närmare fastslagit vilka regler som gäller för kategorin skyddsbehövande i övrigt. Bakgrund i målet var att en tredjelandsmedborgare ansökte om uppehållstillstånd på grund av anknytning till sin maka. Maken hade beviljats uppehållstillstånd i Sverige som skyddsbehövande i övrigt. Maken saknade giltigt pass vilket föranledde Migrationsdomstolen (MiD) att bedöma de svenska kraven på pass och reglerna om främlingspass. Dessa regler ansågs vara oförenliga med familjeåterföreningsdirektivet och MiD tillerkände därför artikel 18 i direktivet direkt effekt. Maken tilldelades uppehållstillstånd genom att MiD åsidosatte nationell rätt i fråga om bland annat krav på pass. MiÖD anförde emellertid att artikel 3.2 (c)²⁴² i familjeåterföreningsdirektivet innebar att direktivet inte var tillämpligt när anknytningspersonen beviljats uppehållstillstånd i Sverige såsom skyddsbehövande i övrigt. MiÖD förklarade att det inte var möjligt att tillämpa familjeåterföreningsdirektivet direkt (såsom MiD hade gjort). Med hänsyn till att familjeåterföreningsdirektivet föreskriver miniminormer uttalade domstolen att det istället fanns möjlighet att betrakta kategorin skyddsbehövande i övrigt som anknytningspersoner enligt svensk rätt. Vad gäller den faktiska prövningen av frågan om uppehållstillstånd bedömde MiÖD emellertid att äktenskapet ingåtts uteslutande i syfte att ge rätt till uppehållstillstånd och följaktligen avslogs makens begäran om uppehållstillstånd.²⁴³

6.2.3 Särskilt om referenspersoner som är svenska medborgare

I målet MIG 2007:36 var referenspersonen en svensk medborgare som inte var bosatt i Sverige. I målet förklarade MiÖD att familjeåterföreningsdirektivet inte var tillämpligt²⁴⁴ när referenspersonen är svensk medborgare. Domstolen hänvisade dels till direktivets definition av referensperson,²⁴⁵ där det framgår att hon eller han skall vara tredjelandsmedborgare och dels till att direktivet undantar familjemedlemmar till unionsmedborgare.²⁴⁶ MiÖD anförde emellertid att det av förarbetena till 5 kap 3 § UtIL framgår att samma regler för uppehållstillstånd på grund av anknytning bör gälla oavsett referenspersonens medborgarskap. Således ansågs en svensk medborgare kunna vara referensperson enligt 5 kap 3 § UtIL. Vad

²⁴¹ Prop. 2005/06:72, s. 28-29

²⁴² Enligt artikel 3.2 (c) kan inte en person som vistas i en medlemsstat inom EU med stöd av alternativa skyddsformer vara referensperson i direktivets mening.

²⁴³ Se 5 kap 17 a § första stycket punkten 2 UtIL

²⁴⁴ Av intresse är att MiÖD i MIG 2007:36 använde familjeåterföreningsdirektivet vid tolkning av vilka krav som kan uppställas på referenspersonens bosättning i landet där återförening söks, trots att direktivet inte ansågs tillämpligt.

²⁴⁵ Artikel 2 (d) familjeåterföreningsdirektivet

²⁴⁶ Artikel 3.3 familjeåterföreningsdirektivet

gäller frågan om krav på bosättning för en i utlandet bosatt referensperson som är svensk medborgare, anfördes att det för en tillämpning av 5 kap 3 § UtlL fordras att han eller hon har manifesterat en konkret avsikt att bosätta sig i Sverige.

6.2.4 Vem är familjemedlem?

När det gäller den personkrets som kan *tilldelas* uppehållstillstånd på grund av anknytning går den svenska lagstiftningen längre än vad direktivets obligatoriska regler föreskriver. 5 kap 3 § första stycket 1 stadgar att make, registrerad partner samt sambo ska ges uppehållstillstånd. I motiven uppmärksammas att familjeåterförningsdirektivet inte uppställer krav på att sambor och registrerade partners likställs med makar vad gäller rätten till familjeåterförning. Emellertid ansågs att de dåvarande bestämmelserna - där sambor²⁴⁷ likställdes med makar vid frågan om uppehållstillstånd på grund av anknytning - fortsättningsvis borde gälla. Motsvarande rättighet för registrerade partners infördes med hänvisning till att dessa jämställs med makar enligt lagen om registrerat partnerskap.²⁴⁸ I förarbetena konstaterades dessutom att direktivet inte utgör hinder för en sådan mer utvidgad familjedefinition.²⁴⁹

6.3 Nekande av rätten till familjeåterförning enligt 5 kap UtlL

Den relevanta bestämmelsen för att neka familjeåterförning återfinns i 5 kap 17 a § UtlL och har följande lydelse: ”*Uppehållstillstånd får vägras i sådana fall som avses i 3 § om*

- 1. oriktiga uppgifter medvetet lämnats eller omständigheter medvetet förtigits som är av betydelse för att få uppehållstillståndet,*
- 2. en utlänning adopterats eller ett äktenskap ingåtts eller ett samboförhållande inletts uteslutande i syfte att ge utlänningen rätt till uppehållstillstånd, eller*
- 3. om utlänningen utgör ett hot mot allmän ordning och säkerhet.*

Uppehållstillstånd får vägras även i sådana fall som avses i 3 § första stycket 1 eller 2 b, om

- 1. makarna eller samborna inte lever tillsammans eller inte har sådan avsikt,*
- 2. den person till vilken anknytning åberopas eller utlänningen som sökt uppehållstillstånd är gift eller sambo med någon annan, eller*
- 3. någon av makarna eller samborna är under 18 år.*

Vid bedömningen av om uppehållstillstånd bör vägras skall hänsyn tas till utlänningens övriga levnadsomständigheter och familjeförhållanden. SFS 2006:220”

²⁴⁷ Vem som är att betrakta som sambo följer av 1 § sambolagen (2003:376)

²⁴⁸ 3 kap. 1 § andra stycket i lagen (1994:1117) om registrerat partnerskap.

²⁴⁹ Prop. 2005/06:72, s. 32

6.3.1 Nekandegrunder i 5 kap 17 a § första stycket UtIL

5 kap 17 a § första stycket punkten 1 avser att införliva artikel 16.2 (a) i direktivet och rör avslag på ansökan om familjeåterförening på grund av lämnandet av falska och/eller vilseledande uppgifter. I förarbeten framhålls att exempel på vilseledande uppgifter är ålder eller familjerättslig status²⁵⁰ samt att det inte spelar någon roll om det är sökanden eller anknytningspersonen som lämnar oriktiga uppgifter eller förtiger omständigheter som är av betydelse för att få uppehållstillstånd.²⁵¹ Av tidigare praxis framgår att en utlänning som har beviljats uppehållstillstånd genom falska uppgifter inte kan utgöra en anknytningsperson även om den sökande är gift, sambo eller minderårigt barn till den i Sverige bosatte utlänningen.²⁵²

5 kap 17 a § första stycket punkten 2 genomför direktivets artikel 16.2 (b) och rör därmed skenförhållanden. Av motiven till lagstiftningen framgår att utgångspunkten vid bedömningen om vad som utgör ett skenäktenskap är att det föreligger ett civilrättsligt giltigt äktenskap men att äktenskapet har ingåtts i ett annat syfte än att makarna skall leva tillsammans som gifta. För att neka uppehållstillstånd med hänvisning till att det rör sig om ett skenäktenskap skall äktenskapet ha ingåtts uteslutande för att den ena parten skall få ett uppehållstillstånd i Sverige. I propositionen förklaras att det kan handla om att en utländsk medborgare, genom detta förfarande, försöker kringgå utlänningslagens bestämmelser i syfte att få uppehållstillstånd. I det fall Migrationsverket misstänker att ett äktenskap är för skens skull bör en fördjupad utredning göras för att klarlägga om det rör sig om ett sådant förhållande. Utredningen skall ske på samma sätt som den tidigare seriositetsprövningen och därmed omfatta exempelvis förhållandets uppkomst och parternas kännedom om varandra.²⁵³ I det fall frågan om skenäktenskap uppkommer ligger bevisbördan på staten. I förarbeten betonas vidare att det är vad som framkommer i EU-domstolens praxis som slutligen avgör vad som är ett skenäktenskap. I motiven konstateras dock att vilseledande uppgifter samt skenförhållanden kan medföra att ansökan om uppehållstillstånd avslås med hänvisning till att förutsättningarna för sådant tillstånd *i sig* brister. De begränsningsregler för uppehållstillstånd som föreskrivs 5 kap 17 a § infördes därmed i förtydligande syfte.²⁵⁴

²⁵⁰ Prop. 2005/06:72, s. 39

²⁵¹ Prop. 2005/06:72, s. 87

²⁵² Utlänningslagen – Vägledande beslut, UN 492-05

²⁵³ Se not 228 ovan

²⁵⁴ Prop. 2005/06:72, s. 39-40

6.3.2 Nekandegrunder i 5 kap 17 a § andra stycket UtL

Genom 5 kap 17 a § andra stycket punkten 1 införlivas familjeåterföreningsdirektivets artikel 16.1 (b) som rör krav på ett ”fullständigt familjeliv”. Av 5 kap 17 a § andra stycket framgår att ett villkor för uppehållstillstånd som kan uppställas är att personerna har en avsikt att bo ihop. I förarbeten förklaras att bestämmelsen kodifierar tidigare praxis. Den är riktad mot makar och sambor som visserligen har sammanlevt men som inte avser att leva tillsammans efter ett beslut om uppehållstillstånd har meddelats. Trots att makarna fortfarande formellt är gifta kan en make som inte lever tillsammans med referenspersonen inte kunna grunda någon rätt till uppehållstillstånd. Samma villkor gäller för sambor.²⁵⁵

5 kap 17 a § andra stycket punkten 2 motsvarar familjeåterföreningsdirektivets artikel 16.1 (c). Bestämmelsen tar sikte på situationer där anknytningspersonen redan sammanbor med en person eller om den sökande familjemedlemmen redan är gift eller sambo med någon annan. I en sådan situation får ansökan om uppehållstillstånd för familjeåterförening avslås. Enligt motiven bör dock ett nekandebeslut inte enbart grundas på anknytningspersonens samt den ansökande familjemedlemmens civilstånd och/eller sammanlevnad med en annan person. Exempelvis kan orsaken till att äktenskapet består vara svårigheter att få igenom äktenskapsskillnad. Dock skall uppehållstillstånd alltid vägras om anknytningspersonen är gift med en annan person *och* sammanlever med den personen i Sverige.²⁵⁶

6.3.3 Övriga omständigheter av betydelse vid familjeåterförening enligt 5 kap 3 § UtL

5 kap 3 § sista stycket UtL anger att en faktor att ta hänsyn till vid bedömningen av uppehållstillstånd på grund av anknytning är tredjelandsmedborgarens ”*övriga levnadsomständigheter och familjeförhållanden*”. Stycket infördes för att införliva artikel 17 i familjeåterföreningsdirektivet. I den nämnda artikeln föreskrivs att det inför ett beslut om avslag på en ansökan om familjeåterförening skall tas hänsyn till arten och stabiliteten av den berörda personens familjeband, varaktigheten av vistelsen i medlemsstaten samt förekomsten av familjemässig, kulturell eller social anknytning till ursprungslandet.²⁵⁷

En ytterligare begränsning till en *faktisk* familjeåterförening är den starka huvudregeln i svensk rätt om att uppehållstillstånd skall sökas när personen befinner sig utanför Sverige. Det

²⁵⁵ Prop. 2005/06:72, s. 39. Kravet på sammanlevnad för sambor infördes i förtydligande syfte och det påpekades att en förutsättning för att vara sambo i sambolagens mening är att personerna bor ihop.

²⁵⁶ 5 kap 17 b § UtL införlivar artikel 4.4 rörlighetsdirektivet. Se Wikrén & Sandesjö s, 228

²⁵⁷ Prop. 2005/06:72, s. 43

framgår av 5 kap 18 § UtIL att en utlänning som vill ha uppehållstillstånd i Sverige skall ha ansökt om och beviljats tillstånd före inresan i landet. Bestämmelsen speglar artikel 5.3 i familjeåterföreningsdirektivet. Det finns möjlighet till undantag från huvudregeln i 5 kap 18 § andra stycket UtIL men tolkningen i praxis kan beskrivas som restriktiv.²⁵⁸ När det gäller ansökan om uppehållstillstånd för personer med uppehållsrätt i egenskap av familjemedlemmar till EES-medborgare, finns det i 4 kap 17 § UtIF²⁵⁹ ett undantag från huvudregeln i 5 kap 18 § UtIL. Undantaget i utlänningsförordningen innebär att ansökan om uppehållstillstånd för en familjemedlem till en EES-medborgare skall prövas trots att den sökande vistas i Sverige.

6.4 Begränsningar av familjeåterförening enligt 5 kap 3 § UtIL i praxis

6.4.1 Äktenskap

När det gäller verkan av ett äktenskap för frågan om uppehållstillstånd för familjeåterförening är MIG 2007:19 av intresse. Målet rörde en utländsk kvinna med en i Sverige bosatt make som ansökte om uppehållstillstånd på grund av anknytning. Migrationsverket gjorde bland annat gällande att det rörde sig om ett skenäktenskap samt att oriktiga uppgifter som varit av betydelse för att få uppehållstillståndet medvetet hade lämnats. Domstolen anförde att ett civilrättsligt giltigt äktenskap vid tidpunkten för ansökan om familjeåterförening föranleder en presumtion för att uppehållstillstånd skall ges.

I MIG 2007:38 diskuterade domstolen verkan av ett äktenskap mot bakgrund av artikel 16.1 b) i familjeåterföreningsdirektivet. Av artikeln framgår att en ansökan om familjeåterförening får avslås om makar inte lever tillsammans som gifta eller inte har ett fullständigt familjeliv. Domstolen konstaterade att det i tidigare (nationell) praxis hade fastslagits att den omständighet att ett äktenskap inte är formellt upplöst saknar självständig betydelse för när sammanlevnaden har upphört. Trots att en grundprincip inom utlänningsrätten är att kärnfamiljen skall hållas samman, anförde domstolen att bedömningen av vem som anses ingå i en kärnfamilj inte enbart beror på om ett äktenskap består eller inte. Domstolens slutsats i målet var att en ansökan om familjeåterförening får avslås trots att äktenskapet inte är formellt upplöst om det kan konstateras att makarna inte lever tillsammans som gifta eller inte har en

²⁵⁸ Se MIG 2007:11 samt MIG 2007:59 samt Migrationsverket, Dokument Lifos 20183, "Tre nya domar från Migrationsöverdomstolen bekräftar att huvudregeln i 5 kap 18 § första stycket utlänningslagen ska tillämpas", Lifos - Migrationsverkets landinformation, 2009-02-23, (2010-02-10) <http://www.migrationsverket.se/lifos>

²⁵⁹ Övriga undantag till 5 kap 18 § UtIL är familjemedlemmar till schweiziska medborgare samt tredjelandsmedborgare med ställning som varaktigt bosatt i en annan medlemsstat.

sådan avsikt.

6.4.2 Beviskrav och placering av bevisbördan i mål om uppehållstillstånd

I MIG 2007:19²⁶⁰ ges vägledning i fråga om fördelningen av bevisbördan i mål om familjeåterförening och detta särskilt när vid ett åberopande om att makar har ingått skenäktenskap. MiÖD konstaterade att familjeåterföreningsdirektivet föreskriver att medlemsstaterna är skyldiga att bevilja uppehållstillstånd för make till anknytningspersoner, att rätt till familjeåterförening för makar förutsätter ett civilrättsligt giltigt äktenskap i Sverige samt att införlivandet av direktivet innebär att makar har en rätt till uppehållstillstånd. I målet framhölls dock att rätten till uppehållstillstånd för makar med ett civilrättsligt giltigt äktenskap inte är absolut. Presumtionen kan brytas genom att någon av grunderna för att begränsa familjeåterföreningsdirektivets rättigheter är uppfyllda. För att kunna tillämpa begränsningarna av rätten till familjeåterförening måste dock omständigheterna vara av viss betydelse. När det gäller åberopande av grunden om skenäktenskap anförde MiÖD för det första att omständigheterna skall vara fastställda och bedömas utifrån objektiva grunder. För det andra ligger bevisbördan för att de ska vara fråga om ett skenäktenskap på staten. För det tredje hänvisade domstolen till förarbeten där det framgår att vid misstanke om att det rör sig om ett skenäktenskap, skall göras en fördjupad utredning som på samma sätt som vid en seriositetsprövning skall innefatta förhållandets uppkomst och parternas kännedom om varandra.²⁶¹ Den ovan beskrivna placeringen av bevisbördan har även bekräftats i senare mål.²⁶²

I MIG 2007:60 utvecklades resonemanget kring skenäktenskap och bevisbördans placering och tyngd. Domstolen anförde att ett civilrättsligt giltigt äktenskap medför en presumtion för uppehållstillstånd för en sökande med en i Sverige bosatt make/maka. En sökande behöver därför inte – utöver ett civilrättsligt giltigt vigselbevis - åberopa ytterligare omständigheter för att visa att äktenskapet framstår som seriöst. För att bryta presumtionen måste Migrationsverket visa på en eller flera konkreta omständigheter som typiskt sett är ägnade att ifrågasätta syftet med äktenskapet. Bedömningen skall alltså göras utifrån objektiva grunder. För att domstolen skall finna att det rör sig om ett skenäktenskap måste Migrationsverket göra det *sannolikt att* äktenskapet ingåtts uteslutande i syfte att uppehållstillstånd skall ges.

I MIG 2008:18 anfördes att det visserligen föreligger en presumtion för uppehållstillstånd i

²⁶⁰ Se avsnitt 6.4.1 ovan

²⁶¹ Prop. 2005/06:72 s. 39 f., jfr även prop. 1999/2000:43, *Upphållstillstånd på grund av anknytning* s. 39 f

²⁶² Se t.ex. MIG 2007:60, MIG 2009:25, MIG 2009:28

det fall det föreligger ett civilrättsligt giltigt äktenskap men det påpekades att det åligger sökanden att styrka att ett giltigt äktenskap föreligger genom skriftliga bevis för familjebandet, t.ex. vigselbevis. Det framhölls att enbart en uppgift i folkbokföringsregistret om att parterna är gifta inte är avgörande för bedömningen om ett civilrättsligt giltigt äktenskap föreligger. Trots att dessa uppgifter väger tungt ansåg MiÖD att även andra omständigheter som framkommit måste vägas in i bedömningen om äktenskapets giltighet.

6.4.3 Bedömning av oriktiga och vilseledande uppgifter samt skenäktenskap

MIG 2007:19 rörde även frågan om lämnandet av oriktiga eller vilseledande uppgifter. I målet hade det uppdagats att referenspersonen gift sig med sökanden under år 2004 men varit sambo med en annan person i Sverige mellan år 2002 – 2006. MiÖD anförde att referenspersonen hade lämnat oriktiga uppgifter och förtigit omständigheter om sin familjerättsliga status som var av betydelse för frågan om hustruns uppehållstillstånd. Domstolen tillade att ett samboförhållande med en annan person än hans hustru under tiden för handläggningen av ärendet om familjeåterförening även var en sådan omständighet som typiskt sett väcker tvivel om äktenskapets syfte och makarnas avsikt att leva tillsammans.

Omständigheter av betydelse för bedömningen om skenäktenskap har varit makarnas kännedom om varandras förhållanden, att de talar ett gemensamt språk, att de lämnat samstämmiga uppgifter om bland annat förhållandets uppkomst.²⁶³ MiÖD har inte ansett att den omständigheten att sökanden har visat ett starkt intresse av att få uppehållstillstånd i Sverige inte är tillräckligt för att ifrågasätta äktenskapets giltighet. Domstolen har även uttalat att det är vanligt förekommande att en person som vistats länge i ett land också inleder ett förhållande med någon bosatt i samma land.²⁶⁴

7. Analys

Syftet med analysen är att utreda skillnader i direktivens regler om familjeåterförening som beror vem som är anknytningsperson respektive familjemedlem. Analysen av de svenska genomförandebestämmelserna av direktiven syftar till att klargöra rättsläget i svensk rätt vad gäller rätten till familjeåterförening. Jag har i förtydligande syfte valt att separera de unionsrättsliga reglerna från de nationella införlivandebestämmelserna genom att behandla dem under olika rubriker. Inledningsvis kommer jag att gå igenom de grundläggande reglerna

²⁶³ Se MIG 2007:19, MIG 2007:60, UM 8477-08, Migrationsöverdomstolens dom den 15 september 2009

²⁶⁴ MIG 2007:60

om vilken personkrets som omfattas av bestämmelserna om familjeåterförening, det vill säga, vilka personer som betraktas som referenspersoner respektive familjemedlemmar. Den andra delen av analysen rör begränsningar i rätten till familjeåterförening med hänvisning till att familjelivet inte uppfyller vissa krav. Jag väljer att benämna dessa krav "Kvalitativa krav på familjerelationen". Avslutningsvis går jag igenom de regler som rör missbruk av rättigheter (i vid bemärkelse) det vill säga skenäktenskap, lämnandet av oriktiga uppgifter med mera. Den avslutande delen av analysen benämns "Missbruk av rättigheter och bedrägeri".

7.1 Referensperson

7.1.1 Referensperson - unionsrättslig nivå

7.1.1.1 Familjeåterföreningsdirektivet - referensperson

Enligt familjeåterföreningsdirektivets obligatoriska bestämmelser är den personkrets som kan utgöra referenspersoner begränsad till tredjelandsmedborgare²⁶⁵ som innehar ett uppehållstillstånd i en medlemsstat med en giltighetstid på minst ett år och som har välgrundade utsikter att få ett varaktigt uppehållstillstånd.²⁶⁶ Det finns dock undantag för personer som har en viss status enligt den nationella utlänningslagstiftningen, exempelvis asylsökande samt personer som tillåts vistas i landet på grund av alternativa skyddsformer.²⁶⁷ Dessa personer kan alltså inte göra gällande rätten till familjeåterförening. Vidare får medlemsstaterna uppställa ytterligare krav vad gäller exempelvis referenspersonens försörjningsmöjligheter, bostad, och vistelse.²⁶⁸ Sammanfattningsvis kan sägas att omfattningen av rätten till familjeåterförening i familjeåterföreningsdirektivet är påverkad av nationella migrationspolitiska överväganden och skyddet för den sociala välfärden.

7.1.1.2 Rörlighetsdirektivet - referensperson

Enligt rörlighetsdirektivet skall referenspersonen vara en unionsmedborgare. Därmed avgränsas direktivets tillämpningsområde utifrån nationalitet/medborgarskap.²⁶⁹ Unionsmedborgarskapet ger, i sig, en rätt till inresa och tre månaders vistelse i en annan medlemsstat.²⁷⁰ När det gäller längre vistelser skiljer sig reglerna åt beroende på om

²⁶⁵ Artiklarna 2 (c) samt 3.3 familjeåterföreningsdirektivet

²⁶⁶ Artikel 3.1 familjeåterföreningsdirektivet

²⁶⁷ Artikel 3.2 familjeåterföreningsdirektivet

²⁶⁸ Artikel 7 familjeåterföreningsdirektivet. Vidare medger artikel 8 i familjeåterföreningsdirektivet att krav på viss vistelsetid i medlemsstaten för referenspersonen uppställs med hänvisning till medlemsstaternas mottagningskapacitet

²⁶⁹ Artiklarna 2.1 och 3.1 rörlighetsdirektivet

²⁷⁰ Artikel 5.1 och 6.1 rörlighetsdirektivet

unionsmedborgaren är ekonomiskt aktiv eller ekonomiskt inaktiv.²⁷¹ Av skäl 10²⁷² i rörlighetsdirektivet framgår att skyddet för medlemsstaternas sociala biståndssystem är grunden för att medlemsstaterna tillåts att uppställa villkor för uppehållsrätten. Något annat som begränsar rätten till familjeåterförening genom tillerkännandet av uppehållsrätt är att direktivet endast tillämpas på de unionsmedborgare som ”reser till eller uppehåller sig i en annan medlemsstat än den de själva är medborgare i”.²⁷³ Jag vill dock uppmärksamma den praxis som har utvecklats på området för familjeåterförening i unionsmedborgarens ursprungsmedlemsstat.²⁷⁴ EUD har bland annat förklarat att unionsrätten skall tillämpas på familjemedlemmar till unionsmedborgare som återvänder till sin ursprungsmedlemsstat efter att ha utfört tjänster²⁷⁵, eller efter att ha arbetat²⁷⁶ i en annan medlemsstat samt unionsmedborgare som är bosatta i ursprungsmedlemsstaten men som utför tjänster i en annan medlemsstat.²⁷⁷ KOM har i sin vägledning vad gäller tillämpningen av rörlighetsdirektivet även bekräftat att reglerna om fri rörlighet kan åberopas av dessa ”återvändande” EU-medborgare.²⁷⁸ Sammanfattningsvis kan sägas att en viktig faktor för familjeåterförening när det gäller referenspersonens ställning är i *om* och i så fall *på vilket sätt* den fria rörligheten över gränserna har utnyttjats.²⁷⁹

7.1.2 Referensperson – nationell nivå

7.1.2.1 Upphållstillstånd enligt 5 kap 3 § UtL - referensperson

De svenska reglerna om vem som betraktas som referensperson går längre än familjeåterföreningsdirektivet eftersom 5 kap 3 § första stycket är neutral vad gäller såväl medborgarskap som status i övrigt. Dessutom har domstolen förklarat att personer med såväl permanent som tidsbegränsat uppehållstillstånd omfattas av bestämmelsen.²⁸⁰ MiÖD har emellertid gjort en distinktion mellan de kategorier som omfattas av rörlighetsdirektivets bestämmelser samt de personer som uttryckligen undantas. Domstolen har härvid förklarat att

²⁷¹ Artikel 3.1 rörlighetsdirektivet

²⁷² Se skäl 11. Även skäl 16 och 21 behandlar medlemsstaternas skydd för det sociala biståndssystemet.

²⁷³ Artikel 7 rörlighetsdirektivet

²⁷⁴ Se avsnitt 2.2.2 ovan

²⁷⁵ C-370/90 Singh

²⁷⁶ C-391/05 Eind

²⁷⁷ C-60/00 Carpenter

²⁷⁸ KOM(2009) 313 slutlig, s. 3 samt 14

²⁷⁹ Frågan blir därmed var gränsen skall dras för unionsrättens tillämpningsområde. Foster föreslår (med viss försiktighet) att en unionsmedborgare som återvänder till sin ursprungsmedlemsstat efter att ha mottagit tjänster kan göra gällande unionsrätten. Resultatet är att familjemedlemmar till unionsmedborgaren har rätt att bosätta sig med denne samt få samma förmåner som medborgarna i den medlemsstaten se *Foster, N.*, Foster on EU-law, 2006, Oxford University Press, s. 392-393

²⁸⁰ MIG 2007:29. I målet frångick MiÖD förarbetsuttalanden (prop. 2005/06:72, s. 28 och 41) om att personer med tidsbegränsat uppehållstillstånd inte kunde vara referenspersoner enligt 5 kap 3 § UtL.

svenska medborgare²⁸¹ samt skyddsbehövande i övrigt²⁸² inte omfattas av direktivets tillämpningsområde i egenskap av referenspersoner. Följden har varit att dessa personer har ansetts förhindrade att åberopa direktivets bestämmelser (i vart fall med direkt effekt).²⁸³ Dessa kategorier har istället givits ställning som referenspersoner genom en tillämpning av *svensk rätt*. Följaktligen har det svenska införlivandet av familjeåterföreningsdirektivet resulterat i att domstolarna, vid en tillämpning av 5 kap 3 UtL, använder sig av olika rättsliga verktyg beroende på referenspersonens nationalitet. Ytterligare exempel på ett särskiljande på grund av nationalitet är att det inte krävs att nordiska medborgare har uppehållstillstånd för att utgöra referenspersoner.²⁸⁴ Dessutom påverkar referenspersonens nationalitet familjemedlemmarnas möjlighet att bo tillsammans under tiden för handläggningen av ansökan om familjeåterförening. När ansökan om familjeåterförening rör familjemedlem till en EES-medborgare gäller nämligen inte huvudregeln om att uppehållstillstånd skall ha beviljats före inresa i Sverige.²⁸⁵ Därmed är rätten till familjeåterförening beroende av familjemedlemmarnas medborgarskap även i svensk rätt.

7.1.2.2 Upphållsrätt enligt 3 a kap UtL – referensperson

De nationella bestämmelserna om uppehållsrätt gäller enbart *utlänningar* som är EES-medborgare samt deras familjemedlemmar.²⁸⁶ Således kan inte familjemedlemmar till *svenska medborgare* göra gällande en härledd uppehållsrätt. För att uppfylla villkoren för uppehållsrätt ställs dessutom olika krav beroende på om personen är arbetstagar/egen företagare, arbetsökande, studerande eller arbetslös.²⁸⁷ Sammanfattningsvis synes viktiga faktorer för referenspersonens uppehållsrätt vara vilken nationalitet personen har och om personen är ekonomisk aktiv eller inte.

²⁸¹ MIG 2007:36. I målet hänvisas till artikel 2 (d) definitionen av referensperson som tredjelandsmedborgare samt artikel 3.3 familjeåterföreningsdirektivet där det framgår att unionsmedborgare undantas från direktivets tillämpningsområde.

²⁸² Se MIG 2009:25. I målet hänvisas till den obligatoriska bestämmelsen artikel 3.2 (c) familjeåterföreningsdirektivet och rör personer som vistas i landet på grundval av alternativa skyddsformer. I svensk rätt är numera skyddsbehövande i övrigt av de två kategorierna alternativt skyddsbehövande” samt ”övriga skyddsbehövande”, se avsnitt 6.2.1 samt 6.2.2 ovan.

²⁸³ Se MIG 2009:25

²⁸⁴ Se prop. 2005/06:72, s. 28 samt 2 kap 8 § UtL om att medborgare i Danmark, Finland, Island eller Norge undantas från kravet på uppehållstillstånd för inresa och vistelse.

²⁸⁵ 4 kap 17 § UtIF om att familjemedlemmar till EES-medborgare enligt definitionen i 3 a kap 2 § UtL undantas från huvudregeln i 5 kap 18 § UtL. Se avsnitt 6.3.3 ovan.

²⁸⁶ Se 1 kap 3 b § andra stycket samt 3 a kap 1 § UtL. I förarbeten till den svenska regleringen anges att landets egna medborgare undantas från ordningen med uppehållsrätt, SOU 2005:49, *Unionsmedborgares rörlighet inom EU*, s. 74 samt prop. 2005/06:77, s. 38

²⁸⁷ 3 a kap 3, 4 §§ UtL

7.2 Familjemedlem

7.2.1 Familjemedlem - unionsrättslig nivå

Familjeåterföreningsdirektivets *obligatoriska* regler om familjeåterförening i parförhållanden är begränsade till makar.²⁸⁸ Medlemsstaterna får även tillåta inresa och vistelse för registrerade partners och sambor.²⁸⁹ Rörlighetsdirektivets familjebegrepp är vidare och föreskriver bland annat en ömsesidighetsprincip vad gäller rätten att följa med eller ansluta sig till en registrerad partner.²⁹⁰ Emellertid innehåller rörlighetsdirektivet ingen rätt att ”följa med eller ansluta sig till” *sambo* som är unionsmedborgare.²⁹¹ Direktivens utformning kan även sägas återspegla EUD:s praxis på området familjemedlemmars rättigheter.²⁹² Något annat av intresse är att rörlighetsdirektivet gör skillnad mellan de krav som medlemsstaterna skall/får uppställa beroende på om familjemedlemmen är unionsmedborgare eller tredjelandsmedborgare.²⁹³ Sammantaget ger reglerna i familjeåterföreningsdirektivet och rörlighetsdirektivet de medlemsstater som har ett snävt familjebegrepp ett stort manöverutrymme avseende begränsningar av rätten till familjeåterförening.

7.2.2 Familjemedlem - nationell nivå

Den svenska regleringen om uppehållstillstånd på grund av anknytning stadgar att såväl makar, registrerade partners samt sambor kan göra gällande rätten till familjeåterförening.²⁹⁴ Den svenska lagstiftningen ger en starkare rätt till familjeåterförening än den som återfinns i familjeåterföreningsdirektivets obligatoriska bestämmelser. Samma definition av familjemedlemmar i 5 kap 3 § UtL om uppehållstillstånd på grund av anknytning gäller även vid familjeåterförening med stöd av reglerna i enligt 3 a kap UtL om uppehållsrätt. Som framgår av förarbeten har reglerna om å ena sidan uppehållstillstånd på grund av anknytning och å andra sidan uppehållsrätt på grund av ställning som familjemedlem, påverkat varandra på grund av EU-rättsliga hänsyn.²⁹⁵ Exempelvis var det delvis med hänsyn till att sambor till svenska medborgare kunde ges uppehållstillstånd på grund av anknytning i 5 kap 3 § UtL som sambor jämfördes med makar i 3 a kap om uppehållsrätt. Det ansågs nämligen att den

²⁸⁸ Artikel 4.1 (a) familjeåterföreningsdirektivet

²⁸⁹ Artikel 4.3 familjeåterföreningsdirektivet

²⁹⁰ Artikel 2.2 (b) rörlighetsdirektivet

²⁹¹ Artikel 3.2 (b) rörlighetsdirektivet

²⁹² Se avsnitt 2.2.3 ovan och målen 59/85 Reed om sambor samt C-122/99 och 125/99 P, D och Sverige mot Rådet om registrerade partners

²⁹³ Exempel på särskilda krav för tredjelandsmedborgare är artiklarna 4.1, 5.1 och 6.2 om krav på pass samt artiklarna 9 och 10 om krav på uppehållskort istället för registrering.

²⁹⁴ 5 kap 3 § första stycket 1 UtL

²⁹⁵ Se avsnitt 3.2.2 ovan

unionsrättsliga principen om likabehandling krävde enhetlighet i regleringen. Sammanfattningsvis är personkretsen av familjemedlemmar som kan göra gällande rätten till familjeåterförening – vad avser parförhållanden - densamma oavsett om personen i fråga är en EES-medborgare eller tredjelandsmedborgare.

Det svenska införlivandet av rörlighetsdirektivet innebär dock att det görs skillnad mellan familjemedlemmar som är unionsmedborgare respektive de som är tredjelandsmedborgare vad gäller de *skyldigheter* som åläggs familjemedlemmarna. Exempel är distinktionen mellan å ena sidan registrering av uppehållsrätt²⁹⁶ och å andra sidan uppehållskort.²⁹⁷ Dessutom finns ett krav på uppvisande av pass vid utfärdandet av uppehållskort²⁹⁸ men inte motsvarande krav vid registrering.²⁹⁹ Vad gäller registrering och uppehållskort har MiÖD fastslagit att dessa inte utgör rättighetsbärande handlingar samt att en avsaknad av exempelvis uppehållskort inte kan läggas till grund för ett beslut om avlägsnande. För att tillerkännas uppehållsrätt har det dock uppställts villkor på att en tredjelandsmedborgare visar upp ett giltigt pass. Till skillnad från unionsmedborgare har det alltså inte ansetts vara tillräckligt att visa upp en giltig ID-handling från hemlandet.³⁰⁰ Grunden till skillnaden i regleringen vad gäller registrering och uppehållskort i svensk rätt är att rörlighetsdirektivets bestämmelser gör denna distinktion.³⁰¹ Direktivets regler om uppehållskort är dessutom tvingande för medlemsstaterna medan bestämmelserna om registrering av uppehållsrätt är fakultativa. I de svenska reglerna familjeåterförening och uppehållsrätt finns det således en skillnad mellan de villkor som kan uppställas för uppehållsrätt som grundar sig i familjemedlemmarnas nationalitet.

7.3 Kvalitativa krav på familjereaktionen

7.3.1 Kvalitativa krav på familjereaktionen - unionsrättslig nivå

7.3.1.1 Familjeåterföreningsdirektivet – kvalitativa krav på familjereaktionen

I familjeåterföreningsdirektivet finns regler som begränsar rätten till familjeåterförening med hänvisning till att de berörda parternas relation inte uppfyller vissa krav. Bland annat uppställs krav på att makarna skall leva tillsammans som gifta samt ha ett fullständigt familjeliv.³⁰²

Dessutom finns regler som begränsar rätten till familjeåterförening vid polygama relationer.³⁰³

Sammantaget finns ett antal regler i familjeåterföreningsdirektivet som begränsar rätten till

²⁹⁶ 3 a kap 10 § första stycket UtL

²⁹⁷ 3 a kap 10 § andra stycket UtL

²⁹⁸ 3 a kap 9 § UtIF

²⁹⁹ 3 a kap 8 a § UtIF

³⁰⁰ MIG 2007:56

³⁰¹ Artikel 8 om registrering av uppehållsrätt samt artikel 9 om uppehållskort i rörlighetsdirektivet.

³⁰² Artikel 16.1 (b) familjeåterföreningsdirektivet

familjeåterförening med hänvisning till att familjerelationen inte anses vara av den beskaffenheten att de berörda parterna utgör en ”familj” i direktivets mening.

7.3.1.2 Rörlighetsdirektivet - kvalitativa krav på familjerelationen

Rörlighetsdirektivet innehåller inte några specifika bestämmelser som begränsar i rätten till familjeåterförening med hänvisning till hur familjen har bildats eller vilka förhållanden som råder mellan familjemedlemmarna. Emellertid har EUD uttalat sig i frågan om gränserna för att personer skall omfattas av unionsrätten i egenskap av familjemedlemmar till unionsmedborgare. Exempelvis har begreppet ”följa med eller ansluta sig till” tolkats extensivt. EUD har uttalat att direktivet skall tillämpas oberoende av var och när äktenskap har ingåtts och på vilket sätt tredjelandsmedborgare har rest in i den mottagande medlemsstaten.³⁰⁴ Det är dessutom utan betydelse att familjemedlemmen blivit anhöriga till eller bildat familj med unionsmedborgaren först efter att unionsmedborgaren har anlänt till den mottagande medlemsstaten.³⁰⁵ Medlemsstaterna kan heller inte kräva sammanlevnad för att makar från tredjeland skall tillerkännas uppehållsrätt i egenskap av familjemedlem till EU-medborgare³⁰⁶ och detta bekräftas även i kommissionens vägledning till medlemsstaterna.³⁰⁷ Likaså har EUD ansett att medlemsstaterna är förhindrade att uppställa krav på att familjemedlemmen skall ha vistats lagligen i en annan medlemsstat innan ankomsten till mottagarlandet.³⁰⁸ Medlemsstaterna kan heller inte utvisa eller vägra att bevilja uppehållstillstånd enbart av det skälet att familjemedlemmen har vistats olagligt i landet.³⁰⁹ För att summera ter sig rätten till familjeåterförening enligt rörlighetsdirektivet – till skillnad från motsvarande rätt enligt familjeåterföreningsdirektivet - inte vara villkorad av att familjen har en specifik typ av relation.

7.3.2 Kvalitativa krav på familjerelationen - nationell nivå

7.3.2.1 Upphållstillstånd enligt 5 kap 3 § UtL - kvalitativa krav på familjerelationen

I svensk rätt har bestämmelser som motsvarar artikel 16.1 familjeåterföreningsdirektivet införts i 5 kap 17 a § andra stycket UtL. Det handlar om krav på att paret skall leva tillsammans eller ha för avsikt att leva tillsammans samt att de inte är gift eller sambo med

³⁰³ Artiklarna 4.4 samt 16.1 (c) familjeåterföreningsdirektivet

³⁰⁴ C-127/08 Metock

³⁰⁵ C-551/07 Sahin

³⁰⁶ Mål 267/83 Diatta

³⁰⁷ KOM(2009) 313 slutlig, s. 16

³⁰⁸ C-127/08 Metock samt C-551/07 Sahin

³⁰⁹ C-459/99 MRAX

någon annan.³¹⁰ I praxis har domstolen bland annat ansett att ett äktenskap inte behöver vara formellt upplöst om det kan konstateras att makarna inte lever tillsammans som gifta eller inte har en sådan avsikt.³¹¹ Sammanfattningsvis kan konstateras att samtliga fakultativa regler om begränsning av rätten till familjeåterförening på grund av hur parternas familjeliv tar sig i uttryck, har implementerats i svensk lagstiftning.

7.3.2.2 Uppehållsrätt enligt 3 a kap UtlL – kvalitativa krav på familjerelationen

I bestämmelserna om uppehållsrätt finns ingen regel som uttryckligen begränsar familjemedlemmars rättigheter med hänsyn till relationens karaktär. Emellertid synes 3 a kap 2 § UtlL - där det framgår att kapitlets rättigheter gäller för familjemedlemmar som "följer med eller i Sverige ansluter sig till" en EES-medborgare - ha fungerat som en sådan begränsningsregel. I MIG 2009:11 avslogs en begäran om familjeåterförening på den grund att makarna inte ansågs upprätthålla en faktisk familjerelation. En sådan faktisk familjerelation ansågs vara en förutsättning för att en make skulle anses ha "anslutit sig till" den andra maken. Jag anser emellertid att MiÖD:s avgöranden i fråga om tolkningen av begreppet är något oklara.³¹² Å ena sidan tolkades "följer med eller i Sverige ansluter sig till" med hjälp av förarbeten i målet MIG 2009:11.³¹³ Å andra sidan var tolkningsverktyget i MIG 2009:21 samt UM 3289-08 ett avgörande från EUD. Det bör dock poängteras att frågorna i målen skilde sig åt. MIG 2009:11 rörde frågan om skenäktenskap medan fråga i MIG 2009:21 samt UM 3289-08 var om en person var att betrakta som familjemedlem till en EES-medborgare, trots att förhållandet inletts och äktenskapet ingåtts efter inresa till Sverige.

7.4 Missbruk av rättigheter och bedrägeri

7.4.1 Missbruk av rättigheter och bedrägeri - unionsrättslig nivå

7.4.1.1 Familjeåterföreningsdirektivet - missbruk av rättigheter och bedrägeri

Av artikel 16.2 (a) och (b) familjeåterföreningsdirektivet framgår att familjeåterförening får avslås i det fall falska eller vilseledande uppgifter har använts samt om parterna har ingått ett skenäktenskap. Dessa begrepp i familjeåterföreningsdirektivet har emellertid ännu inte tolkats av EUD. I syfte att förstå innebörden av begreppen torde rådets resolution om åtgärder som bör vidtas för att bekämpa skenäktenskap vara av intresse. Resolutionens definition av skenäktenskap är densamma som definitionen i familjeåterföreningsdirektivet och det

³¹⁰ 5 kap 17 a § andra stycket 1 och 2 UtlL

³¹¹ MIG 2007:38

³¹² Se avsnitt 3.3.4 ovan

³¹³ Se SOU 2005:49, s. 118-119

framgår dessutom att resolutionen avser äktenskap med *tredjelandsmedborgare*. Av resolutionen framgår bland annat att särlevnad, skilda uppgifter om personliga förhållanden samt att pengar har betalats för att äktenskapet skall ingås, utgör omständigheter som talar för ett skenäktenskap.³¹⁴ När det gäller regler till skydd för rätten till familjeåterförening innebär artikel 17 - där det bland annat framgår att familjebanden i medlemsstaten och vistelsetiden i landet skall beaktas vid ett avslagsbeslut - att medlemsstaternas möjligheter att dra in rättigheter enligt direktivet blir något begränsat. Emellertid framhåller KOM att medlemsstaternas handlingsutrymme fortfarande är stort då direktivet innehåller få obligatoriska regler.³¹⁵ Sammanfattningsvis verkar medlemsstaterna ha haft ett stort manöverutrymme vid införlivandet av familjeåterföreningsdirektivets regler om skenäktenskap och vilseledande uppgifter. Detta måste, enligt min mening, ses i ljuset av den tidigare begränsningen i EUD:s jurisdiktion³¹⁶ vad gäller att besvara begäran om förhandsavgöranden från de nationella domstolarna. Lissabonfördraget har emellertid upphävt den beskrivna begränsningen i EUD:s jurisdiktion.³¹⁷

7.4.1.2 Rörlighetsdirektivet - missbruk av rättigheter och bedrägeri

Av artikel 35 i rörlighetsdirektivet framgår att medlemsstaterna har möjlighet att vidta nödvändiga åtgärder för att begränsa rättigheterna i direktivet med hänvisning till att missbruk av rättigheter eller bedrägeri föreligger och ett exempel anges vara skenäktenskap. Till skillnad från familjeåterföreningsdirektivet uppställs alltså krav på ”nödvändighet” för att vidta åtgärder vid misstanke om skenäktenskap. Vidare har EUD:s praxis³¹⁸ om missbruk av rättigheter vad gäller familjemedlemmar till unionsmedborgare, visat på ett mer extensivt missbruksbegrepp än det som uttrycks i familjeåterföreningsdirektivet. Exempelvis har doktrinen om missbruk av rättigheter inte enbart tillämpats i mål om skenförhållanden samt vid lämnandet av oriktiga uppgifter utan även i de så kallade kringgåendefallen. Det handlar här om mål om kringgående av nationell lagstiftning genom att personer återvänder till sin ursprungsmedlemsstat i syfte att omfattas av unionsrätten.³¹⁹

En annan skillnad mellan direktiven är att begreppet missbruk av rättigheter alltid måste ses i

³¹⁴ Rådets resolution av den 4 december 1997, artikel 2

³¹⁵ KOM (2008) 610 slutlig, s. 15

³¹⁶ Se artikel 68.1 EGF

³¹⁷ Se artikel 267 FEUF, *Chalmers D. & Monti G*, European Union Law: text and materials - updating supplement, 2008, Cambridge University press, s. 76 samt avsnitt 4.2 ovan.

³¹⁸ Se avsnitt 2.3.1. ovan

³¹⁹ C-370/90 Singh, C-109/01 Akrich

ljuset av den unionsrättsliga rättighet som aktualiseras och frågan om missbruk måste bedömas med beaktande av flertalet omständigheter.³²⁰ I KOM:s vägledning betonas att åtgärder som vidtas för att bekämpa missbruk inte får avskräcka utnyttjandet av den fria rörligheten, att de inte får undergräva unionsrättens verkan samt att begreppet missbruk skall tolkas utifrån unionsrätten och utan avseende på nationell invandringslagstiftning.³²¹ Dessutom uppställs bland annat krav avseende bevisning samt överprövning.³²² Sammanfattningsvis kan sägas att det element av fri rörlighet som aktualiseras i rörlighetsdirektivet innebär att medlemsstaternas manöverutrymme minskas, exempelvis genom kravet på nödvändighet och proportionalitet vid en tillämpning av artikel 35 rörlighetsdirektivet. Vidare är min uppfattning att artikel 35 ställer höga krav på de nationella domstolarna. Dessa skall utifrån *unionsrätten* dels bedöma frågan om missbruk föreligger och dels avgöra om de åtgärder som vidtas är proportionerliga.

Avslutningsvis bör nämnas något om begreppet ”*skenäktenskap*”. Utifrån en jämförelse mellan rådets resolution om åtgärder för att bekämpa skenäktenskap och KOM:s vägledning i fråga om rörlighetsdirektivets kan sägas att de omständigheter som anses utgöra tecken på att det rör sig om ett skenäktenskap är mer eller mindre identiska.³²³

7.4.2 Missbruk av rättigheter och bedrägeri – nationell nivå

7.4.2.1 Uppehållstillstånd enligt 5 kap 3 § UtlL - missbruk av rättigheter och bedrägeri

Den svenska motsvarigheten till familjeåterföreningsdirektivets regler om oriktiga uppgifter samt skenäktenskap finns i 5 kap 17 a § första stycket. I förarbeten till lagstiftningen framgår att bevisbördan ligger på staten i det fall frågan om skenäktenskap aktualiseras.³²⁴ MiÖD har även förklarat bevisbördans placering vid mål om familjeåterförening genom tilldelande av uppehållstillstånd, i det fall det åberopas att ett skenäktenskap föreligger. I ett mål om uppehållstillstånd på grund av anknytning har den som ansöker om familjeåterförening att visa att han eller hon uppfyller de grundläggande förutsättningarna, exempelvis att det föreligger ett civilrättsligt giltigt äktenskap. I ett sådant fall föreligger en presumtion för

³²⁰ Se avsnitt 2.3 ovan.

³²¹ KOM(2009) 313 slutlig, s. 15

³²² KOM(2009) 313 slutlig, s. 17

³²³ Rådets resolution om bekämpande av skenäktenskap för tredjelandsmedborgare, se avsnitt 5 jämfört med beskrivningen av skenförhållanden enligt KOM:s vägledning till medlemsstaterna KOM (2009) 313 vid en tillämpning av rörlighetsdirektivet i, se avsnitt 2.4.3.

³²⁴ Prop. 2005/06:72, s. 39

uppehållstillstånd.³²⁵ Presumtionen kan brytas om MiV lägger fram bevisning som gör det sannolikt att äktenskapet ingåtts uteslutande i syfte att uppehållstillstånd skall ges.³²⁶ MiÖD har använt sig av den ovan beskrivna resolutionen från Rådet³²⁷ för att bedöma vilka omständigheter som talar för att det rör sig om ett skenäktenskap.³²⁸ Således finns det en tydlig bevisbörderegeln i mål om familjeåterförening enligt 5 kap 3 § UtL där utgångspunkten är att det föreligger en rätt till familjeåterförening. Avseende makar innebär bevisbörderegeln att det räcker det att visa på ett civilrättsligt giltigt äktenskap för att omfattas av denna rättighet. Bevisbördan går sedan över till MiV som måste visa att begränsningsreglerna är tillämpliga.

7.4.2.2 Upphållsrätt enligt 3 a kap UtL - missbruk av rättigheter och bedrägeri

Sverige har ännu inte infört någon nationell bestämmelse för att införliva artikel 35 i rörlighetsdirektivet, om missbruk av rättigheter såsom skenäktenskap. I MIG 2009:11 förklarade dock MiÖD att en make inte kan grunda någon uppehållsrätt på ett skenäktenskap. I målet bedömdes frågan om skenäktenskap genom en tolkning av 3 a kap 2 § UtL och innebörden av begreppet ”följer med eller i Sverige ansluter sig till”.³²⁹ Utgångspunkten för bedömningen var således inte artikel 35 i rörlighetsdirektivet. I sin bedömning var MiÖD:s ”verktyg” dels förarbeten, dels mål från EU-domstolen om missbruk av rättigheter och slutligen de nationella migrationspolitiska målsättningarna. Såsom jag uppfattar MIG 2009:11, anses familjemedlemmen inte ha ”följt med” eller ”anslutit sig till” EES-medborgaren enligt 3 a kap 2 § UtL i det fall familjrelationen är fiktiv. Därmed begränsas rätten till familjeåterförening på grund av skenäktenskap genom att *villkoren* för uppehållsrätt inte anses vara uppfyllda. I målet erinrar MiÖD även om att det är den som påstår sig ha uppehållsrätt som har att visa att villkoren för detsamma är uppfyllda. Eftersom personen som gör gällande uppehållsrätt har bevisbördan för att villkoren är uppfyllda, synes han eller hon även ha att visa att det inte föreligger ett skenäktenskap. Denna placering av bevisbördan i mål om skenäktenskap skiljer sig därmed från den rättspraxis som har utvecklats vad gäller

³²⁵ MIG 2007:19, MIG 2007:60, MIG 2008:18, MIG 2009:25 samt MIG 2009:28

³²⁶ MIG 2007:60

³²⁷ Rådets resolution av den 4 december 1997

³²⁸ MIG 2009:25

³²⁹ Se emellertid UM 6038-06, dom den 15 december 2008, Länsrätten i Stockholms län, Migrationsdomstolen. Målet rörde uppehållsrätt för en make där MiV ansåg att det rörde sig om ett skenäktenskap. MiD erinrade om att möjligheten neka en rättighet, t.ex. vid skenäktenskap i artikel 35 rörlighetsdirektivet inte hade utnyttjats i utlänningslagen. Det ansågs därför inte möjligt att fränkänna uppehållsrätt på grund av skenäktenskap.

rätt till familjeåterförening enligt 5 kap 3 § första stycket UtlL.³³⁰

Emellertid påvisar målet UM 5556-08, en dom från MiÖD, en mer enhetlig uppfattning vad gäller ordningen med uppehållsrätt respektive uppehållsrätt i fråga om bevisbördans placering vid ett åberopande av skenäktenskap. I målet anfördes att det avgörande för både uppehållsrätt och uppehållstillstånd för make till en EES-medborgare är att det föreligger ett civilrättsligt giltigt äktenskap som inte har ingåtts uteslutande i syfte att ge rätt till uppehållstillstånd. MiÖD förklarade även att MiV har bevisbördan för att ett sådant skenäktenskap föreligger. MiÖD prövade dock inte frågan om skenäktenskap utan istället visade målet åter till MiV. Således ger målet inte någon mer omfattande vägledning avseende den faktiska bedömningen av skenäktenskap i ett mål om uppehållsrätt.

8. Slutsats

8.1 Rätten till familjeåterförening i unionsrätten

Med hänsyn till vad som har framkommit i analysen kan konstateras att den unionsrättsliga rätten till familjeåterförening inte ser likadan ut för alla som gör gällande den. Den mest påtagliga skillnaden är att det finns en distinktion mellan tredjelandsmedborgare och unionsmedborgare. Grunden för rätten till familjeåterförening för familjemedlemmar till tredjelandsmedborgare finns nämligen i familjeåterföreningsdirektivet³³¹ medan motsvarande rätt för familjemedlemmar till unionsmedborgare istället regleras i rörlighetsdirektivet.³³²

Förutom att grunden för rätten till familjeåterförening för tredjelandsmedborgare respektive unionsmedborgare återfinns i skilda direktiv, finns det även skillnader mellan direktiven vad gäller de *villkor* som kan uppställas för rätten till familjeåterförening. Exempel på sådana olikheter är att familjeåterföreningsdirektivet, i en större utsträckning än i rörlighetsdirektivet, tillåter medlemsstaterna att ställa upp villkor för att någon skall kvalificera sig som referensperson.³³³ Dessutom medger familjeåterföreningsdirektivet att medlemsstaterna begränsar rätten till familjeåterförening med hänvisning till att familjemedlemmarnas relation

³³⁰ Se t.ex. MIG 2007:60 där MiÖD förklarar att MiV har bevisbördan för att äktenskapet ingåtts uteslutande i syfte att uppehållstillstånd skall ges.

³³¹ Artiklarna 2 (c) samt 3.3 familjeåterföreningsdirektivet

³³² Artiklarna 2.1 och 3.1 rörlighetsdirektivet

³³³ Exempel på strängare krav på referenspersonen i familjeåterföreningsdirektivet än i rörlighetsdirektivet är att artikel 3 föreskriver att referenspersonen skall inneha ett uppehållstillstånd med en giltighetstid på minst ett år samt välgrundade utsikter att få ett varaktigt uppehållstillstånd. Se även de fakultativa artiklarna 7 och 8 familjeåterföreningsdirektivet som medger krav på bostad, integrationsåtgärder och viss vistelsetid i landet.

inte uppnår vissa kvalitativa krav. Dessa krav framgår även direkt av direktivtexten.³³⁴ Rörlighetsdirektivet innehåller inte sådana precisa krav på familjemedlemmarnas relation. När det gäller unionsmedborgares familjeåterförening synes det istället ha varit upp till EUD att bedöma om en familjerelation är av en sådan karaktär att den skyddas av unionsrätten.³³⁵ I rörlighetsdirektivet tillämpas dessutom olika regler beroende på om familjemedlemmen är unionsmedborgare eller tredjelandsmedborgare.³³⁶ Särregleringarna medför att villkoren för uppehållsrätt är mer omfattande för familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare än för familjemedlemmar som är unionsmedborgare. Således är familjemedlemmarnas nationalitet en omständighet som påverkar omfattningen av den unionsrättsliga rätten till familjeåterförening.

Det finns även ett antal likheter mellan direktiven i jämförelsen. Jag har utifrån en analys av dessa likheter kommit fram till att det, utöver nationalitet, finns ytterligare två (huvudsakliga) faktorer som avgör omfattningen av rätten till familjeåterförening. För det första finns en distinktion mellan å ena sidan makar och å andra sidan registrerade partners och sambor. Båda direktiven i jämförelsen visar att makar har en särställning. Det är nämligen obligatoriskt för medlemsstaterna att tillåta familjeåterförening för makar.³³⁷ För sambor och registrerade partners består direktivens rätt till familjeåterförening istället i fakultativa bestämmelser³³⁸ eller bestämmelser som är avhängiga medlemsstatens nationella familjerättsliga lagstiftning.³³⁹ Rätten till familjeåterförening för olikkönade personer som är gifta är således starkare än för andra familjer. För det andra finns en skillnad som jag anser vara kopplad till skyddet för det sociala biståndssystemet eller med andra ord, skyddet för den sociala välfärden. I familjeåterföreningsdirektivet finns exempelvis en fakultativ bestämmelse som medger att medlemsstaterna begränsar rätten till familjeåterförening genom att uppställa krav på tillräckliga försörjningsmedel. Dessa medel anses vara tillräckliga om familjemedlemmarna inte behöver hjälp från systemet för socialt bistånd i

³³⁴ Kraven rör både familjemedlemmarnas relation, artikel 16.1 (b) om krav på ett ”fullständigt familjeliv” såväl som deras relationer med andra personer, artiklarna 4.4 samt 16.1 (c) familjeåterföreningsdirektivet.

³³⁵ Se t.ex. målet 267/83 Diatta om att det inte kan uppställas krav på en gemensam permanent bostad för att göra gällande rättigheter som familjemedlem enligt förordning 1612/68.

³³⁶ Exempel på särskilda krav för tredjelandsmedborgare är artiklarna 4.1, 5.1 samt 6.2 om krav på pass samt artiklarna 9 och 10 om krav på uppehållskort istället för registrering.

³³⁷ Artiklarna 2.2 (a) samt 3.1 rörlighetsdirektivet samt artikel 4.1 (a) familjeåterföreningsdirektivet

³³⁸ Artikel 3.2 (b) rörlighetsdirektivet om sambor samt artikel 4.3 familjeåterföreningsdirektivet om sambor och registrerade partners

³³⁹ Artikel 2.2 (b) rörlighetsdirektivet om registrerade partnerskap

medlemsstaten.³⁴⁰ I rörlighetsdirektivet är uppehållsrätt som överstiger tre månader beroende av om personen är ekonomiskt aktiv eller inte, och det är på grund av att ekonomiskt inaktiva personer inte skall bli en belastning för det sociala biståndssystemet som medlemsstaterna får villkora uppehållsrätten med ett krav på tillräckliga tillgångar.³⁴¹

Sammanfattningsvis kan sägas att trots att rätten till familjeåterförening utgör en del av rätten till respekt för familjelivet enligt EKMR och har status som en grundläggande rättighet i EU:s rättsordning, är denna rätt varken universell eller absolut. Rätten till familjeåterförening synes istället kunna vägas mot andra intressen såsom medlemsstaternas möjligheter att kontrollera invandringen, att slå vakt om den nationella definierade familjebegreppet samt att skydda den sociala välfärden.

8.2 Rätten till familjeåterförening i svensk rätt

Rätten till familjeåterförening - såsom den framgår av reglerna om uppehållstillstånd på grund av anknytning i 5 kap 3 § UtIL samt uppehållsrätt för medföljande eller anslutande familjemedlem i 3 a kap UtIL - skiljer sig från motsvarande rättighet i familjeåterföreningsdirektivet och rörlighetsdirektivet. Den svenska lagstiftningen går längre än vad direktivens obligatoriska regler föreskriver genom att likställa samkönade par samt sambor med makar³⁴² samt genom att rätten till uppehållstillstånd på grund av anknytning är neutral i förhållande till referenspersonens nationalitet.³⁴³

Emellertid finns det differentieringar i rätten till familjeåterförening i de svenska bestämmelserna om uppehållsrätt för familjemedlemmar samt uppehållstillstånd enligt 5 kap 3 § UtIL. I likhet med rörlighetsdirektivet innebär regleringen av uppehållsrätt i svensk rätt att det ställs hårdare krav på de familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare än på de familjemedlemmar som är unionsmedborgare.³⁴⁴ Dessutom är premisserna för att tillerkännas

³⁴⁰ Artikel 7.1 (c) familjeåterföreningsdirektivet om krav på tillräckliga tillgångar. Se även 7.1 (a) om krav på bostad samt 7.1 (b) om krav på heltäckande sjukförsäkring.

³⁴¹ Artikel 7.1 (b) rörlighetsdirektivet. Artikeln föreskriver även krav på heltäckande sjukförsäkring.

³⁴² Dessa kategorier likställs med makar både vid en tillämpning av reglerna om uppehållstillstånd på grund av anknytning som vid uppehållsrätt för familjemedlem. Se 3 kap 5 § UtIL samt 3 a kap 2 § UtIL.

³⁴³ 5 kap 3 § samt 3 a kap 2 § UtIL

³⁴⁴ Särregleringar för familjemedlemmar som är tredjelandsmedborgare är exempelvis uppehållskort istället för registrering av uppehållsrätt, se 3 a kap 10 § första och andra stycket UtIL samt krav på pass vid utfärdande av uppehållskort, 3 a kap 9 § UtIF. Se även MIG 2007:56 där ett giltigt pass ansågs vara en förutsättning för att tillerkänna uppehållsrätt för familjemedlem som är tredjelandsmedborgare.

uppehållsrätt olika beroende på om referenspersonen är ekonomiskt aktiv eller inte.³⁴⁵ Vidare har det vid en tillämpning av reglerna om uppehållstillstånd enligt 5 kap 3 UtIL utvecklats en praxis som synes innebära att MiÖD i vissa fall tillämpar unionsrätt och i vissa fall svensk rätt. Det avgörande för vilken ”rätt” som tillämpas har varit om personen omfattas av familjeåterföreningsdirektivet eller inte.³⁴⁶ Följaktligen bedöms rätten till familjeåterförening enligt 5 kap 3 § UtIL på olika sätt beroende på om referenspersonen är svensk medborgare eller tredjelandsmedborgare.³⁴⁷ Min slutsats efter att ha undersökt de svenska införlivandebestämmelserna av direktiven i jämförelsen, är att rätten till familjeåterförening i svensk rätt är mer omfattande än i direktiven. Detta gäller särskilt för sambor och registrerade partners. Emellertid återspeglas de grunder för differentiering av rätten till familjeåterförening som återfinns i direktiven, det vill säga nationalitet och skydd för den sociala välfärden, i den svenska lagstiftningen. Således finns det även i svensk rätt olikheter när det gäller förutsättningarna för rätten till familjeåterförening som grundar sig i *vem* som åberopar rättigheten.

Utifrån analysen av direktiven samt praxis från EUD har jag summerat rätten till familjeåterförening enligt familjeåterföreningsdirektivet samt rörlighetsdirektivet genom en kategorisering som finns i bilaga 1. Även vad gäller den svenska ordningen har jag utifrån lagstiftning, förarbeten samt praxis gjort en indelning i olika kategorier av familjer i bilaga 2.

8.3. Synpunkter på införlivandet av rörlighetsdirektivet i svensk rätt

I rapporten över medlemsstaternas tillämpning av rörlighetsdirektivet påpekar KOM att det finns ett antal brister i medlemsstaternas införlivande av direktivet.³⁴⁸ Jag vill därför uppmärksamma två delar i det svenska införlivandet av rörlighetsdirektivet som jag anser ger upphov till frågan om direktivet har blivit korrekt implementerat i svensk rätt.

8.3.1 Synpunkter på Migrationsöverdomstolens tillämpning

Ett problem är enligt min mening de svenska domstolarnas utrymme att tillämpa bestämmelser i rörlighetsdirektivet utan stöd i nationell lagstiftning. I målen MIG 2009:11 samt UM 5556-08 uttalade sig MiÖD i frågan om skenäktenskap vid en bedömning av

³⁴⁵ 3 a kap 3 § UtIL om krav på tillräckliga tillgångar samt heltäckande sjukförsäkring för de EES-medborgare som inte är arbetstagare, egenföretagare eller arbetssökande med en verklig möjlighet att få anställning.

³⁴⁶ Se MIG 2009:25 om skyddsbehövande i övrigt samt MIG 2007:36 om svenska medborgare, se avsnitten 6.2.2 samt 6.2.3 ovan

³⁴⁷ MIG 2007:36. MiÖD förklarade att en svensk medborgare inte omfattas av familjeåterföreningsdirektivet.

³⁴⁸ KOM 2008 (840) slutlig, s. 3

uppehållsrätt. Sverige har emellertid inte infört någon bestämmelse som motsvarar artikel 35 i rörlighetsdirektivet om missbruk av rättigheter, såsom skenäktenskap.³⁴⁹ I MIG 2009:11³⁵⁰ fastslog MiÖD att uppehållsrätt inte kan tillerkännas familjemedlemmar om grunden för familjerelationen är ett skenäktenskap. Familjemedlemmarna anses i ett sådant fall inte ha ”följt med” eller ”anslutit sig till” EES-medborgaren enligt 3 a kap 2 § UtlL. Därmed begränsas rätten till familjeåterförening genom att *villkoren* för uppehållsrätt inte anses vara uppfyllda i det fall det föreligger ett skenäktenskap. I målet erinrade MiÖD även om att det är den som påstår sig ha uppehållsrätt som har att visa att villkoren är uppfyllda. Eftersom personen som gör gällande uppehållsrätt har bevisbördan för att villkoren är uppfyllda, torde han eller hon även ha att visa att det *inte* föreligger ett skenäktenskap. Något som jag har uppmärksammat är att de ovan nämnda avgörandena inte innehåller en diskussion³⁵¹ om den praxis som har utvecklats vid EUD om direktivkonform tolkning och EU-rättens indirekta effekt.³⁵² EUD har uttalat att nationella domstolar är skyldiga att tolka nationell rätt i ljuset av unionsrätten, vilket inkluderar icke i tid införda eller felaktigt genomförda direktivbestämmelser. Emellertid har EUD dragit en gräns för den direktivkonforma tolkningen. Tolkningsmetoden får bland annat inte medföra att den nationella domstolen ålägger en enskild en skyldighet som föreskrivs i ett icke-införlivat direktiv.³⁵³ På grund av dessa begränsningar i de nationella domstolarnas möjligheter till direktivkonform tolkning, anser jag att MiÖD i MIG 2009:11 borde ha hänskjutit målet till EUD genom en begäran om förhandsavgörande. Jag anser att det fanns skäl att begära vägledning i frågan om det är förenligt med unionsrätten att begränsa rättigheter enligt rörlighetsdirektivet med hänvisning till att det rör sig om ett skenäktenskap, i det fall den artikel i direktivet som medger en sådan begränsning inte är införlivad i svensk rätt. För det fall svaret är jakande är en relevant följdfråga om den metod för att begränsa rättigheten som tillämpades i MIG 2009:11, som synes innebära att ett konstaterande av ett skenäktenskap medför att den som påstår sig ha

³⁴⁹ Nämnvärt är att MiÖD i MIG 2009:11 inte uttryckligen nämnde artikel 35 i rörlighetsdirektivet.

³⁵⁰ Se avsnitt 3.3.5 ovan

³⁵¹ Emellertid uppmärksammade underinstansen i MIG 2009:11, mål nr UM 4541-07, dom den 27 oktober 2008, länsrätten i Stockholms län, Migrationsdomstolen, att rörlighetsdirektivet inte kan vara direkt tillämpligt om det är till den enskildes nackdel. Emellertid förklarade MiD att uppehållsrätten måste baseras på en familjerelation samt att uppehållsrätten endast kvarstår så länge villkoren är uppfyllda. MiD uttalade därvid att uppehållsrätten, i sig, kräver en faktisk och bestående familjerelation och inte en fiktiv relation som endast består i formell mening.

³⁵² Craig & De Búrca, s. 287 ff. samt Hettne, J, Rättsprinciper som styrmedel – allmänna rättsprinciper i EU:s domstol, 2008, Norstedts Juridik, s. 204 ff.

³⁵³ C-168/95 Arcaro, p. 42 samt Hettne, s. 205-206. EUD har dock uttalat att det inte krävs att direktivet införlivas genom lagstiftningsåtgärder i det fall den rättsliga situationen som följer av de nationella åtgärderna för införlivande är tillräckligt klar och tydlig för att enskilda skall få kännedom om omfattningen av deras rättigheter och skyldigheter. Se t.ex. C-456/03, kommissionen mot Italien, p. 51, C-428/04 kommissionen mot Österrike, p. 99 samt C-321/05 Kofoed, pp. 37 ff.

uppehållsrätt inte anses ha fullgjort sin bevisbörda, är förenlig med unionsrätten.³⁵⁴

8.3.2 Synpunkter på begränsningarna i personkretsen

Den andra delen av det svenska införlivandet som jag vill belysa rör de svenska reglerna om personkretsen som kan göra gällande uppehållsrätt i egenskap av referenspersoner. Av lagtext³⁵⁵ samt förarbeten³⁵⁶ framgår att svenska medborgare faller utanför tillämpningsområdet för reglerna om uppehållsrätt. Således kan inte familjemedlemmar till svenska medborgare göra gällande de härledda rättigheterna i 3 a kap UtIL. Det finns dock unionsrättslig praxis som ger stöd för att rätten till familjeåterförening genom tillerkännandet av uppehållsrätt, även skall omfatta familjemedlemmar till unionsmedborgare som återvänder till sin ursprungsmedlemsstat.³⁵⁷ Frågan är således om det är förenligt med unionsrätten att en (utländsk) familjemedlem till en svensk medborgare, där den senare har återvänt till Sverige efter att exempelvis ha arbetat i en annan medlemsstat, inte kan åberopa rörlighetsdirektivets rätt till familjeåterförening i 3 a kap UtIL.

³⁵⁴ I vägledningen till medlemsstaterna avseende rörlighetsdirektivet betonar KOM att bevisbördan ligger hos myndigheterna i de medlemsstater som vill begränsa rättigheterna i direktivet. Vidare skall bedömningen av ett missbruk av rättigheter ske inom ramen för unionsrätten och utan avseende på nationell invandringslagstiftning. Se KOM (2009) 313, slutlig, s. 15 och 17

³⁵⁵ 1 kap 3 b § andra stycket UtIL jämförd med 3 a kap 1 § UtIL

³⁵⁶ SOU 2005:49, s. 74 samt prop. 2005/06:77, s. 38

³⁵⁷ Se avsnitt 2.2.2 ovan

9. Källor

Konventioner

Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950.

EU-rätt

Förordningar

Rådets förordning (EEG) nr 1612/68 av den 15 oktober 1968 om arbetskraftens fria rörlighet inom gemenskapen

Förordning (EG) nr 2317/95 om fastställande av tredje länder vars medborgare måste ha visering när de passerar medlemsstaternas yttre gränser

Direktiv

Rådets direktiv 64/221/EEG av den 25 februari 1964 om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa

Rådets direktiv 68/360/EEG av den 15 oktober 1968 om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medlemsstaternas arbetstagare och deras familjer

Rådets direktiv 72/194/EEG av den 18 maj 1972 om utvidgande av tillämpningsområdet för direktivet av den 25 februari 1964 om samordning av de särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa till att även omfatta arbetstagare som begagnar sig av rätten att stanna kvar inom en medlemsstats territorium efter att ha varit anställda i den staten

Rådets direktiv 73/148/EEG av den 21 maj 1973 om avskaffande av restriktioner för rörlighet och bosättning inom gemenskapen för medborgare i medlemsstaterna i fråga om etablering och tillhandahållande av tjänster

Rådets direktiv 75/34/EEG av den 17 december 1974 om rätten för medborgare i en medlemsstat att stanna kvar inom en annan medlemsstats territorium efter att där ha drivit egen rörelse

Rådets direktiv 75/35/EEG av den 17 december 1974 om utvidgande av tillämpningsområdet för direktiv nr 64/221/EEG om samordningen av särskilda åtgärder som gäller utländska medborgares rörlighet och bosättning och som är berättigade med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa till att även omfatta medborgare i en medlemsstat som begagnar sig av

rätten att stanna kvar inom en annan medlemsstats territorium efter att ha verkat där som egna företagare

Rådets direktiv 90/364/EEG av den 28 juni 1990 om rätt till bosättning

Rådets direktiv 90/365/EEG av den 28 juni 1990 om rätt till bosättning för anställda och egna företagare som inte längre är yrkesverksamma

Rådets direktiv 93/96/EEG av den 29 oktober 1993 om rätt till bosättning för studerande

Rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/38/EG om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier och om ändring av förordning (EEG) nr 1612/68 och om upphävande av direktiven 64/221/EEG, 68/360/EEG, 72/194/EEG, 73/148/EEG, 75/34/EEG, 75/35/EEG, 90/364/EEG, 90/365/EEG och 93/96/EEG

Rådets direktiv 2004/83/EG om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet

Meddelanden och rapporter från kommissionen

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén, regionskommittén samt EG-domstolen om anpassning av de särskilda bestämmelserna i artikel 68 i EG-fördraget om domstolens behörighet, för att åstadkomma ett verksamt rättsligt skydd, KOM(2006) 346 slutlig

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet om vägledning till ett bättre införlivande och en bättre tillämpning av direktiv 2004/38/EG om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, Bryssel den 2.7.2009, KOM(2009) 313 slutlig

Rapport från kommissionen till Europaparlamentet och Rådet om tillämpningen av direktiv 2004/38/EG om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, Bryssel den 10.12.2008, KOM(2008) 840 slutlig

Rapport från kommissionen till Rådet och Europaparlamentet om tillämpningen av Rådets direktiv 2003/86/EG om rätt till familjeåterförening, Bryssel den 8.10.2008, KOM (2008) 610

slutlig

Övrigt

Rådets resolution av den 4 december 1997 om de åtgärder som bör vidtas för att bekämpa skenäktenskap

The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting the citizens (Ett område med frihet, säkerhet och rättvisa i allmänhetens tjänst), antaget av det Europeiska rådet den 11 december 2009

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1995/96:25, *Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv*

Prop. 1999/2000:43, *Upphållstillstånd på grund av anknytning*

Prop. 2005/06:72, *Genomförande av EG-direktivet om rätt till familjeåterförening samt vissa frågor om handläggning och DNA-analys vid familjeåterförening*

Prop. 2005/06:77, *Genomförande av EG-direktiven om unionsmedborgares rörlighet inom EU och om varaktigt bosatta tredjelandsmedborgares ställning*

Prop. 2009/10:31, *Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet*

Prop. 2009/10:77 *Försörjningskrav vid anhöriginvandring*

Övrigt

SOU 2005:49, *Unionsmedborgares rörlighet inom EU*

Regeringens skrivelse 2008/09:33, *Migration och asylpolitik*

Rättspraxis

Europadomstolen

Gül mot Schweiz, dom den 19 februari 1996

Sen, dom den 21 december 2001

EU-domstolen

Mål 53/81, *Levin*

Mål 267/83 *Diatta*

Mål 59/85 *Reed*

Mål 139/85 *Kempf*

C-308/89, *Di Leo*

C-370/90 Singh
C-168/95 Arcaro
C-285/95 Kol
C-212/97 Centros
C-356/98 Kaba
C-63/99 Gloszczuk
C-110/99 Emsland-Stärke
C-122/99 och 125/99 P, D och Sverige mot Rådet
C-459/99 MRAX
C-60/00 Carpenter
C-109/01 Akrich, EU-domstolens dom samt generaladvokat Leendert A. Geelhoeds förslag till avgörande
C-482/01 och 493/01 Orfanopoulos och Oliveri
C-441/02 Kommissionen mot Tyskland
C-157/03 Kommissionen mot Spanien
C-215/03 Oulane
C-456/03, Kommissionen mot Italien
C-540/03 Europaparlamentet mot Europeiska unionens råd
C-196/04 Cadbury Schweppes
C-428/04 Kommissionen mot Österrike
C-1/05 Jia
C-10/05 Mattern och Cikotic
C-291/05 Eind
C-321/05 Kofoed
C-33/07 Jipa
C-551/07 Sahin
C-127/08 Metock

Migrationsöverdomstolen

MIG 2007:11

MIG 2007:19

MIG 2007:29

MIG 2007:36

MIG 2007:38

MIG 2007:53
MIG 2007:56
MIG 2007:59
MIG 2007:60
MIG 2008:18
MIG 2008:34
MIG 2009:11
MIG 2009:21
MIG 2009:25
MIG 2009:28

Icke-refererade mål

UM 3289-08, dom den 29 januari 2009
UM 5556-08, dom den 14 oktober 2009
UM 5590-08, dom den 19 januari 2010
UM 8477-08, dom den 15 september 2009
UM 30-09, dom den 1 april 2009

Utlänningsnämnden

Vägledande beslut, UN 492-05

Migrationsdomstolarna

UM 6038-06, dom den 15 december 2008, länsrätten i Stockholms län, Migrationsdomstolen
UM 4541-07, dom 27 oktober 2008, länsrätten i Stockholms län, Migrationsdomstolen

Litteratur

Chalmers D. & Monti G., European Union Law: text and materials - updating supplement, 2008, Cambridge University press

Craig P. & De Búrca G., EU-law: text, cases and materials, fjärde upplagan, 2008, Oxford University press

Foster N., Foster on EU-law, 2006, Oxford University Press

Hettne, J., Rättsprinciper som styrmedel – allmänna rättsprinciper i EU:s domstol, 2008, Norstedts Juridik

Wikrén G. & Sandesjö H., Utlänningslagen – med kommentarer, åttonde upplagan, 2006, Norstedts Juridik

Artiklar

Common Market Law Review, Costello C., *Metock*: Free movement and "normal family life" in the union, 2009, 46:587-609

Common Market Law Review, Spaventa E., From *Gebhard* to *Carpenter*: Towards a (non-)economic European constitution, 2004, 41:743-773

Common Market Law Review, Sörensen K. E., Abuse of Rights in Community Law: A principle of Substance or Merely Rhetoric?, 2006, 43:426-459

European Business law review, Kjellgren A., On the Border of Abuse : The Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and other Misuses of Community Law, 2000, s. 179-194

European Law Review, Currie S., Accelerated justice or a step too far? Residence rights of non-EU family members and the court's ruling in *Metock*, 2009, 34(2), 310-326

Ny Juridik, Fritz M., Unionsmedborgarskapet och arbetskraftens fria rörlighet 2:04, 57-92

Sieps Rapportserien, Unionsmedborgarskapet och dess inverkan på den fria rörligheten för personer, Lokrantz Bernitz, H, Sieps 2006:7, 2006, Svenska institutet för europapolitiska studier

Internetkällor

EU:s webbplats, "Familjeåterförening", 6 februari 2009, (10 februari 2010)

http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/free_movement_of_persons_asylum_immigration/l33118_sv.htm

Migrationsverket, "Tre nya domar från Migrationsöverdomstolen bekräftar att huvudregeln i 5 kap 18 § första stycket utlänningslagen ska tillämpas", Dokument Lifos 20183, Lifos -

Migrationsverkets landinformation, 23 februari 2009, (10 februari 2010)

<http://www.migrationsverket.se/lifos>