
Juridiska institutionen
Examensarbete på juristprogrammet, HT17
30 högskolepoäng

Melody Elahi Shostari

Särskild utlänningskontroll

En undersökning av beviskrav och rätten till effektiv
domstolsprövning vid kvalificerade säkerhetsärenden



UNIVERSITY OF GOTHENBURG
SCHOOL OF BUSINESS, ECONOMICS AND LAW

Handledare: Sara Stendahl

*''Terrorismen kan inte lagstiftas bort.
Däremot kan det som kallas rättsstaten lätt förintås
genom ny lagstiftning'' (Träskman, 1986)*

Innehållsförteckning

FÖRKORTNINGSLISTA	1
1. INLEDNING	2
1.1 BAKGRUND.....	2
1.2 ÖVERGRIPANDE SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR	4
1.3 METOD	5
1.3.1 Den rättsdogmatiska metoden	5
1.3.2 Internationella rättskällor	5
1.3.3 Tolkning och tillvägagångssätt.....	7
1.4 TEORETISKA UTGÅNGSPUNKTER.....	9
1.5 DISPOSITION	12
2. UTGÅNGSPUNKTER FÖR ASYLRÄTTEN.....	14
2.1 INTRODUKTION.....	14
2.2 GRUNDERNA FÖR DEN INTERNATIONELLA ASYLRÄTTEN	14
2.2.1 Ett gemensamt europeiskt asylsystem	16
2.2.2 Unionens kompetens	18
2.3 ASYLRÄTTEN I SVERIGE	19
2.3.1 EU-rätten i den svenska asylrätten	19
2.3.2 Utgångspunkter för den svenska asylrätten	19
3. LAGEN OM SÄRSKILD UTLÄNNINGSKONTROLL	22
3.1 INTRODUKTION.....	22
3.2 BAKGRUND TILL DE SVENSKA TERRORLAGARNA	22
3.3 LAG OM SÄRSKILD UTLÄNNINGSKONTROLL TRÄDER IKRAFT	25
3.3.1 1 § lagen om särskild utlänningskontroll.....	26
3.3.2 Närmare om bevisuttrycket ’kan befaras’	27
3.3.3 Klassificering av vissa administrativa sanktioner	32
4. ÖVERKLAGANDE AV KVALIFICERADE SÄKERHETSÄRENDEN	34
4.1 INTRODUKTION.....	34
4.2 REGERINGEN SOM ÖVERPRÖVNINGSINSTANS.....	35
4.3 RÄTTEN TILL DOMSTOLSPRÖVNING I EUROPARÄTTEN	37
4.3.1 Asylprocedurdirektivet.....	38
4.3.2 Rätten till effektiv domstolsprövning enligt asylprocedurdirektivet.....	40
4.4 RÄTT TILL EFFEKTIV DOMSTOLSPRÖVNING FÖR KVALIFICERADE SÄKERHETSÄRENDEN.....	41
4.4.1 EU:s kompetens i frågor rörande medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla lag, ordning och den inre säkerheten	43
5. RESULTAT OCH SLUTSATSER.....	50
5.1 INTRODUKTION.....	50
5.2 OM BEVISKRAVET	50
5.3 OM RÄTTEN TILL EFFEKTIV DOMSTOLSPRÖVNING FÖR KVALIFICERADE SÄKERHETSÄRENDEN .	54
5.4 AVSLUTANDE REFLEKTIONER	58
KÄLLFÖRTECKNING.....	61

Förkortningslista

BrB	Brottsbalk (1962:700)
EG	Europeiska Gemenskapen
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska Unionen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
JK	Justitiekanslern
LSU	Lag (1991:572) om särskild utlänningskontroll
Prop.	Proposition
RegR	Regeringsrätten
RF	Regeringsformen (1974:152)
SOU	Statens offentliga utredning
UNHCR	FN:s högkommissarie för flyktingar
UtlL	Utlänningslagen (2005:716)

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Sedan början av millennieskiftet har den svenska Säkerhetspolisen uppmärksammat ökade indikationer som pekar på att Sverige i allt högre omfattning uppfattas som ett legitimt föremål för terrorattentat. Säkerhetspolisen skriver bl.a. i sin årsbok 2016 att det övervägande hotet från terrorism bedöms härledas från den pågående konflikten i Mellanöstern och lyfter härvid särskilt att de pådrivande konflikterna bakom terrorismen inte ser ut att närma sig en lösning i närtid.¹ Det anförda innebär att utvecklingen, i synnerhet sedan 2016 ställer höga anspråk på de svenska myndigheternas arbete och förmåga att effektivt kunna förhindra terrorattentat i Sverige. En central del i Säkerhetspolisens verksamhet utgörs härmed av det brottsförebyggande arbetet, i vilken prevention av terrorverksamhet inbegrips. Frågan om rättslig reglering avseende hanteringen av *befarad* terrorism är emellertid inte ett nytt fenomen. Trots en historiskt växlande hotbild har de särskilda spörsmålen som aktualiseras inom ramen för den rättsliga regleringen av en preventiv lagstiftning huvudsakligen bestått detsamma.

Redan år 1988 tillsattes en parlamentarisk kommitté i syfte att genomföra en översyn av de svenska terroristbestämmelserna och att därvid konstruera en lösning som kunde bemöta behovet av effektiva medel att bekämpa befarad terrorism.² Det rörde sig således om ett behov av att kunna ingripa mot vissa individers inträde och etablering i landet mot vilka det saknas konkreta bevis om begången eller planerad brottslighet. Det av kommittén framlagda slutbetänkandet, SOU 1989:104, lade grunden för den ärendegrupp som idag benämns *säkerhetsärenden*. Säkerhetsärenden regleras idag i två lagrum, 1 kap. 7 § Utlänningslag (2005:716) (UtlL) samt i Lag (1991:572) om särskild utlänningskontroll (LSU). I 1 kap. 7 § UtlL definieras säkerhetsärenden enligt följande

Säkerhetsärenden enligt denna lag är ärenden där Säkerhetspolisen av skäl som rör rikets säkerhet eller som annars har betydelse för allmän säkerhet förordar

- att en utlänning ska avvisas eller utvisas,
- att en utlännings ansökan om uppehållstillstånd eller arbetstillstånd ska avslås eller att en utlännings uppehållstillstånd eller arbetstillstånd ska återkallas,
- att en utlänning inte ska beviljas statusförklaring eller att en utlännings statusförklaring ska återkallas,
- att en utlänning inte ska beviljas resedokument, eller
- att en utlännings ansökan om ställning som varaktigt bosatt ska avslås eller att en utlännings ställning som varaktigt bosatt ska återkallas.

Ett ärende hos Migrationsverket om huruvida ny prövning ska beviljas enligt 12 kap. 19 eller 19 b § är ett säkerhetsärende om beslutet om avvisning eller utvisning har fattats i ett säkerhetsärende.

¹ Säkerhetspolisens årsbok, 2016, s. 32 f.

² Ribbing, 2000, s.124.

Vissa säkerhetsärenden har emellertid ansetts aktualisera särskilt allvarliga farhågor om terrorbrott varför en särskild kategori benämnd *kvalificerade säkerhetsärenden* handläggs enligt LSU i ett annorlunda förfarande som överprövas av regeringen. Lagen var tidigare subsidiär till bestämmelsen i UtIL men är numera alternativ. Klassificering av säkerhetsärenden är hänförlig till säkerhetspolisens ansvarsområde. 1 § LSU stadgar två situationer i vilka en utlänning får utvisas ur landet. En utlänning får således med stöd av LSU utvisas om det är särskilt påkallat av hänsyn till rikets säkerhet eller, det med hänsyn till vad som är känt om dennes tidigare verksamhet och övriga omständigheter kan befaras att han eller hon kommer begå eller medverka till terroristbrott enligt 2 § Lagen (2003:148) om straff för terroristbrott (terroristbrottslagen) eller försök, förberedelse eller stämpling till sådant brott. Förevarande slags brottspreventiva lagstiftning ställer obestriddligen höga krav på rättssäkerheten för den enskilde. Frågan kompliceras emellertid av att båda ärendegrupper präglas av ett brett ärendespektrum i vilka angelägenheten av säkerhetsfrågan kan uttryckas med varierad styrka och komplexitet.³ Det finns därför anledning att söka utreda de beviskrav som följer av 1 § LSU. Frågan är av särskilt intresse för den enskildes möjligheter att söka förutse de rättsliga följderna av ett förfarande enligt LSU, i synnerhet med tanke på den för den enskilde ingripande verkan som följer av ett utvisningsbeslut till följd av en terroristklassificering.

Vidare stadgas i 2 a § att beslut i anledning av kvalificerade säkerhetsärenden överklagas till regeringen. I samband med ikraftträdandet av asylprocedurdirektivet, Dir. 2005/85/EG, år 2005 uppstod frågan om tillgodoseende av rätten till effektiv domstolsprövning som följer av artikel 39.1 direktivet. Lagstiftaren konstruerade härvid en lösning vari ordinarie säkerhetsärenden enligt UtIL överklagas till migrationsdomstol medan kvalificerade säkerhetsärenden bedömdes inte omfattas av bestämmelsen i direktivet. Denna tolkning baserades på en beaktandesats i direktivet som föreskriver att direktivet i enlighet med artikel 64.1 EG-fördraget inte påverkar medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla landets lag och ordning samt att skydda den inre säkerheten.⁴ Lagstiftarens tolkning av dessa bestämmelser har som kommer framgå inte stått okritiserad. År 2013 antogs dessutom ett omarbetat asylprocedurdirektiv, Dir 2013/32/EU, vilken föreskriver samma tidigare rätt till effektiv domstolsprövning i artikel 46. Eftersom att förevarande ordning drabbar individer från tredjeländer, huvudsakligen innefattandes de länder från vilka terroristhotbilderna idag primärt anses härröra och med hänsyn till frågans känsliga politiska natur, kan lagstiftarens tolkning avseende tillämpligheten av rätten till domstolsprövning enligt direktivet analyseras.

Ambitionen att värna om asylrätten genom att bistå med skydd åt de som flyr från krig och förtryck samtidigt som globala och inhemska yttringar ställer krav på en effektivt verkande terrorbekämpning skildrar som framgått betydande rättsstatliga konflikter. Regeringens yttersta ansvar för rikets inre och yttre säkerhet - en fråga vars eftergivenhet för allmänna och politiska konjunkturen inte får bortses från - ställer i ljuset av den parallellt pågående flyktingkrisen vissa intresseavvägningar till sin spets. Avslutningsvis ska härvid de aktuella utmaningarna illustreras med två tragiska fall. Vi befinner oss ännu i efterdyningen av de fruktansvärda händelserna

³ Se prop. 2009/10:31, s. 237.

⁴ A. prop. s. 239.

i Stockholm den 7 april i år då en lastbil hänsynslöst mejade ner 19 människor på öppen gata. Gärningsmannen hade ansökt om uppehållstillstånd i Sverige 2014 men hade fått avslag och skulle följaktligen utvisas.⁵ Säkerhetspolisen har i efterhand uppgivit att personen sedan tidigare befunnit sig i säkerhetspolisens underrättelseregister men att det saknades tillräckliga uppgifter som belägg för ett ingripande.⁶ Härtill minns vi även de likväl tragiska avvisningarna av två egyptiska medborgare 2001. De två individerna hade sökt asyl i Sverige men hade av Säkerhetspolisen och regeringen klassificerats som påstådda säkerhetsrisker. De två individerna blev följaktligen återförda till Egypten där de senare utsattes för svåra kränkningar och tortyr.⁷ Det tidigare fallet belyser delvis intresset för ett friare och effektivare handlingsutrymme för myndigheterna medan det senare snarare belyser det motsatta och därtill, har använts för att kritisera en ordning vari ett icke-judiciellt organ som regeringen, tillåts genomföra förevarande slags juridiska bedömningar.⁸ I den kommande utredningen kommer det emellertid finnas anledning att återkomma till båda utgångspunkter.

1.2 Övergripande syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att undersöka den enskildes rättssäkerhet i det förfarande som aktualiseras vid kvalificerade säkerhetsärenden enligt 1 och 2 a §§ LSU.

Som framgått av det i bakgrunden anförda kommer inledningsvis inom ramen för syftet en granskning av 1 § LSU att genomföras. För att uppnå detta kommer följande frågeställning att söka besvaras

1. *Vilket tolkningsutrymme ges avseende beviskravet för att kunna utvisa en person med stöd av 1 § LSU?*

Härefter kommer uppsatsen med utgångspunkt i överklagande av kvalificerade säkerhetsärenden att analysera den av lagstiftaren anförda tolkningen om den bristande tillämpligheten av rätten till effektiv domstolsprövning i asylprocedurdirektivet. Frågan som härvid kommer att söka besvaras är följaktligen

2. *Har lagstiftaren avseende utformningen av överklagandereglererna för kvalificerade säkerhetsärenden gjort en rimlig tolkning av tillämpligheten av rätten till domstolsprövning enligt asylprocedurdirektivet?*

⁵ [Aftonbladet \[www.aftonbladet.se\]](http://www.aftonbladet.se) 2017-12-09.

⁶ [Aftonbladet \[www.aftonbladet.se\]](http://www.aftonbladet.se) 2017-12-09.

⁷ [Svenska Dagbladet \[www.svd.se\]](http://www.svd.se) 2017-12-09.

⁸ Se t.ex. Motion 2009/10:Sf4.

1.3 Metod

1.3.1 Den rättsdogmatiska metoden

Inledningsvis ska något kommenteras om dispositionen till förevarande avsnitt. Närmast följer en redogörelse för de grundläggande förutsättningarna för den rättsdogmatiska metod som jag har valt att utgå från i mitt arbete. Eftersom att ämnesområdet emellertid har en nära anknytning till internationell rätt följer här efter i *avsnitt 1.3.2* utgångspunkter för tolkning och hantering av internationella rättskällor. Avslutningsvis kommer jag att i *avsnitt 1.3.3* närmare utifrån respektive frågeställning redogöra för det metodologiska tillvägagångssättet för att besvara mina frågeställningar.

Den tillämpade metoden för bearbetning av material och tillika besvarandet av uppsatsens båda frågeställningar utgörs av den rättsdogmatiska metoden som beskriven av Sandgren.⁹ Karakteriserande för metoden är att den syftar till att beskriva och systematisera gällande rätt. Det senare momentet, systematiseringen, består i identifiering av hierarkisk rangordning och sambanden mellan olika rättskällor.¹⁰ Eftersom att metoden utmärks av sin kvalitativa utgångspunkt, i vilken tolkningar utifrån rättskällornas auktoritet utgör grunden för analysen, anses det i regel vedertaget att utgå från rättskällor som anses bära validitet. Som utgångspunkt tillämpar härmed rättsdogmatiken de traditionella rättskällorna som utgörs av lag, förarbeten, prejudikat och doktrin. De två senare källorna ska emellertid enligt bl.a. Sandgren tolkas så att även unionsrättsligt och europarättsligt material ska inbegripas.¹¹ De nämnda rättskällorna är predisponerat hierarkiskt ordnade enligt ovan nämnda ordning. I motsats till vad som ibland kan förefalla gällande med den rättsdogmatiska metoden, utesluts dock inte brukandet av andra källor i syfte att stärka analysen. Eftersom att källor av det senare slaget saknar samma förutbestämda värde som de traditionella rättskällorna torde emellertid deras tillförlitlighet och värde i sammanhanget särskilt beaktas. Häri inbegrips granskning av källans ursprung men även ett erforderligt och ändamålsenligt tillämpande av källan.¹²

1.3.2 Internationella rättskällor

Ett särskilt angeläget åliggande för världssamfundet har allt sedan slutet på kalla kriget utgjorts av att arbeta för att de mänskliga rättigheterna från den internationella övergripande nivån, inkorporeras i den konkreta och nationella nivån. Utvecklingen har stimulerat ett skifte från att tidigare närmast uteslutande låta förknippa mänskliga rättigheter med utrikespolitiska frågor till att idag låta prägla stora delar av den nationella lagstiftningen och rättstillämpningen.¹³

Det uppstår emellertid vissa svårigheter i samband med hantering av redan befintliga normativa ramverk i vilka mänskliga rättigheter ursprungligen inte varit en del. Inte sällan resulterar detta i att överväganden avseende mänskliga rättigheter hamnar i ingresser och således inte direkt i regelverken. Viss förbättring från det nu redogjorda kan emellertid påvisas i den europeiska

⁹ Sandgren, 2015.

¹⁰ A.a. s. 43.

¹¹ A.st.

¹² A.a. s. 34 f.

¹³ Lind & Namli, 2017, s. 99 ff.

utvecklingen. Europeiska unionen (EU) har ursprungligen sin grund i folkrätten, vilket ytterligare befästes genom domstolens dom den 5 februari 1963 i fallet *Van Gend en Loos*¹⁴, i vilket EU-domstolen fastställde att EU-rätten utgör en ny rättsordning inom folkrätten.¹⁵ Detta till trots kan framhållas att det ännu inte råder full enighet kring klassificeringen av EU:s rättsordning. I diskussionen finns såväl de som menar att den ska anses utgöra en del av folkrätten men likväl de som menar att den utgör en del av den nationella rätten, och slutligen de som förespråkar att den utgör en tredje kategori bestående av en kombination av de tidigare alternativen.¹⁶ En betydligt mindre omtvistad fråga är insikten om att den nationella rätten i allt högre grad influeras av internationell rätt, vilket torde ställa krav på rättstillämparens förmåga att identifiera och hantera olika rättsordningar.

Sedan Lissabonfördraget trädde i kraft har ett större fokus koncentrerats på att integrera mänskliga rättigheter i EU-lagstiftning, vilket ytterligare har påverkat det nationella lagstiftandet.¹⁷ Som exempel på detta kan nämnas *den europeiska säkerhetsagendan* vilken lagts fram av EU-kommissionen som ett resultat av terrordåden i Paris och består i en rad åtgärder i syfte att bekämpa terrorism. I agendan framhålls särskilt att respekt för grundläggande rättigheter, stärkt transparens och demokratisk kontroll ska utgöra grundläggande principer för säkerhetsarbetet. Denna förhållning har sedermera antagits av regeringen som avseende agendan framhållit att de ”välkomnar särskilt att respekt för grundläggande fri- och rättigheter är den första och främsta vägledande principen för säkerhetsagendan”¹⁸. Det kan således konstateras att utvecklingen främjat ett skifte avseende hantering av säkerhetspolitik och mänskliga rättigheter genom att det numera i högre omfattning erkänns att de två inte kan hanteras separat.¹⁹

Vid införlivanden av internationella överenskommelser har Sverige valt att tillämpa ett dualistiskt förfarande. Det innebär att dessa inte automatiskt utgör en del av den nationella rätten. Det fordras emellertid att traktat genom inkorporering eller transformering tas in i svensk rätt för att de ska bli direkt gällande. Avseende tolkning av internationella traktat är Wienkonventionen om traktaträtten vidare av betydelse. Konventionen ratificerades av Sverige 1974 och stadgar bland annat att en stat är förpliktad att inte agera i strid mot en traktats syfte och ändamål.²⁰ Vidare, kan nationell rätt inte åberopas i syfte att undandra sig konventionsförpliktelser.²¹ I artiklarna 31-33 följer en närmare anvisning för tolkning av traktat. Detta kommer således inte att utvecklas vidare i det följande då några sådana konflikter inte har aktualiserats inom ramen för förevarande uppsats.

Som påpekat av Ehrenkrona är det emellertid även väsentligt att skilja på folkrättsligt bindande konventionstolkningar som görs genom beslut och domar av internationella domstolar och på

¹⁴ Mål C-26/62, *Van Gend en Loos mot Nederländerna*.

¹⁵ Mål C-26/62, *Van Gend en Loos mot Nederländerna*.

¹⁶ Korling & Zamboni, 2013, s. 111.

¹⁷ Lind & Namli, 2017, s. 103 f.

¹⁸ Regeringskansliets faktapromemoria, 2014/15:FPM33.

¹⁹ Se Lind & Namli, 2017, s.106.

²⁰ Se artikel 18 Wienkonventionen om traktaträtten.

²¹ Artikel 27 Wienkonventionen om traktaträtten.

icke bindande rekommendationer som görs av andra organ.²² Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen), utgör ett sådant institut som är försett med egen domstol som har i uppgift att tolka och tillämpa traktaten. Domstolens avgöranden blir följaktligen bindande för medlemsstaterna vilket föranleder att domstolens praxis måste tillerkännas ett större värde. Flyktingkonventionen saknar däremot såväl särskilt inrättad domstol som övervakningsorgan. FN:s högkommissarie för flyktingar (UNHCR) torde dock här istället anses ha viss möjlighet att påtala brott mot konventionen. Avseende värdering av UNHCR:s uttalanden följer en vidare utveckling under nedanstående delavsnitt.

Den svenska asylrätten påverkas vidare av den Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna (Europakonventionen) och av EU-rätten. Europakonventionen utgör svensk lag. Detta framgår av 1 § Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. EU-rätten utfärdar rättsakter i form av förordningar, direktiv, beslut och rekommendationer. Den primära europarätten består härvid av de grundläggande fördragen, dvs. av Fördraget om den Europeiska unionen (Unionsfördraget), Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (Funktionsfördraget) och EU:s rättighetsstadga (Rättighetsstadgan). Hit räknas även till fördragen knutna protokoll och anslutningsförklaringar.²³ Till sekundärrätten hör den lagstiftning och rättsbildning i övrigt som härleds ur den lagstiftningskompetens som följer av EU-fördragen. Det utgörs således främst av förordningar, direktiv och beslut.²⁴ Medlemsstaterna är skyldiga att vidta de nödvändiga nationella lagstiftningsåtgärder som fordras för att genomföra EU:s bindande rättsakter.²⁵ Förordningar får i motsats till direktiv direkt effekt i Sverige. Direktiv kräver däremot införlivande i den nationella lagstiftningen. Det är upp till varje medlemsstat att vidta de åtgärder som fordras för att inom ramen för den nationella rättsordningen förverkliga det som föreskrivs i direktivet.²⁶ Vid konflikt mellan EU-rättsliga förpliktelser och nationella normer ska EU-rätten emellertid i enlighet med lojalitetsprincipen ges företräde. Likaså gäller för Europakonventionen, för vilken det finns en särskild grundlagsstadgad regel i 2 kap. 19 § Regeringsformen (RF) vilken föreskriver konventionens företrädesrätt.

1.3.3 Tolkning och tillvägagångssätt

Som ovan nämnt påfordrar de tillgängliga källorna olika omfattning av kritisk värdering. Vid användandet av de traditionellt erkända rättskällorna fordras som utgångspunkt ingen särskild problematisering av källans validitet. I den mån annat material än traditionella rättskällor brukas torde det dock föregås av en värdering av källans särskilda relevans i förhållande till uppsatsens uppställda syfte och frågeställning.²⁷

²² Ehrenkrona, SvJT 2015 s. 779.

²³ Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 28.

²⁴ A.st.

²⁵ Artikel 291.1 Funktionsfördraget.

²⁶ Det framgår av artikel 288.3 Funktionsfördraget att val av tillvägagångssätt för genomförande av direktiv överläts till respektive medlemsstat.

²⁷ Sandgren, 2015, s. 34 f.

Ett första led i ett rättsdogmatiskt angripande av uppsatsens första frågeställning är härmed att identifiera de källor som torde vara av relevans för att besvara den uppställda frågan. Bland de svenska relevanta rättskällorna tillgås primärt lagtexten i 1 § LSU. Förarbetena till såväl LSU, som tidigare terrorlagar får en särskild funktion för tolkning av de värden och överväganden som ligger till grund för förfarandet. Svensk rätt är ur ett internationellt perspektiv relativt säregnet i frågan om den vägledande betydelsen som tillmäts förarbeten. Eftersom att det kring förfarandet för kvalificerade säkerhetsärenden i regel råder sträng sekretess blir mina möjligheter att med hjälp av beslutsmotiveringar och domskäl undersöka de avvägningar som beslutsmyndigheten gör starkt begränsade. Detta är å ena sidan en omständighet som i sig kan anses vara av intresse för rättssäkerhetsfrågan, men som mer konkret innebär att förarbeten kommer få en mer omfattande betydelse för att analysera de avvägningar som torde ligga till grund för att utvisa en person med stöd i 1 § LSU.

Eftersom att tillgängligheten av praxis och domskäl är begränsad fyller således doktrin en betydande funktion med vilket möjlighet ges att jämföra, systematisera och slutligen analysera frågan om beviskravet som ställs mot den asylsökande. Genom förmågan att tillhandahålla en mindre fragmentarisk beskrivning av rättsläget än vad som motsvaras av t.ex. lagtext och lagförarbeten, kan doktrin anses utgöra en rättskälla med särskilda egenskaper.²⁸ Vidare kan något sägas om den något omtvistade uppfattningen om doktrinen förmåga att kritisera mer auktoritativa rättskällor. Med doktrinen ges en särskild möjlighet att överblicka rättsläget och att däri jämföra utfallen i olika avgöranden för att därigenom belysa inkonsekvent rättstillämpning.²⁹ Sammantaget utgör doktrinen med sin förmåga att såväl sammanfatta rättsläget och tillika kritisera brister, ett betydande värde för rättsutvecklingen och tillika för besvarandet av uppsatsens första frågeställning.

Eftersom att den svenska asylrätten huvudsakligen grundar sig på internationella överenskommelser och EU-direktiv måste en utredning av förevarande slag även beakta de metod- och tolkningsverktyg som följer av dessa. Sverige har skrivit under flyktingkonventionen³⁰, vilken tillsammans med 1976 års tilläggsprotokoll utgör grund för EU:s asylrättsliga lagstiftning. Konventionen är emellertid inte inkorporerad i svensk lag, men har däremot delvis transformerats i utlänningslagen. Vid tolkning av Flyktingkonventionen aktualiseras den ovan nämnda Wienkonventionen om traktaträtten. Eftersom att flyktingkonventionen emellertid inte står i fokus i förevarande uppsats, och att tolkning av Europarätten, som kommer framgå, delvis aktualiserar ett annorlunda förfarande för tolkning³¹, kommer det inte finnas anledning att närmare kommentera de metodologiska utgångspunkterna för tolkning av konventioner.

UNHCR har som ovan nämnt en särskild ställning avseende flyktingkonventionen som i övrigt saknar särskilt inrättad domstol eller övervakningsorgan. Högkommisariatet bär mandat att verka för att människor som ska anses vara flyktingar tillförsäkras det skydd som konventionen stadgar. De besitter därmed särskilda sakkunskaper i förevarande slags frågor. För tolkning av

²⁸ Korling & Zamboni, 2013, s. 33.

²⁹ A.a. s. 34.

³⁰ SÖ 1954:55 och SÖ 1967:45.

³¹ Se diskussionen under avsnitt 4.4.1.

konventionen är således den av UNHCR upprättade handboken om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning förvisso inte en primär eller traditionell rättskälla, men torde ändå kunna tillmätas ett praktiskt värde för tolkning av konventionens artiklar och ändamål. Migrationsöverdomstolen har här till i avgörande MIG 2006:1 anfört att handboken, jämte andra av UNHCR presenterade slutsatser rörande asylförfarandet får anses vara viktiga rättskällor i ärenden som rör flyktingskap.

Frågan om Europarättslig metod aktualiseras särskilt inom ramen för besvarandet av uppsatsens andra frågeställning. Härvid får utöver förarbetena till lagtexten, asylprocedurdirektivet samt Funktionsfördraget (f.d. EG-fördraget) särskild betydelse för analysen. Förarbetena, med utskottsbetänkanden och remissyttranden inkluderade, torde bistå med ett grundläggande och allsidigt underlag, av vilka en i vart fall grundläggande inblick i de olika tolkningsalternativen kan ges. För den mer ingående analytiska utredningen torde emellertid större vikt läggas vid tolkning av direktivet och primärt de europarättsliga instrument ur vilka direktivets kompetens härleds. För denna process torde doktrin och författningskommentarer till europarättens rättsakter få en särskild funktion för utredningen i frågan om tolkning av fördragstexterna och dessas ändamål.

Avslutningsvis finner jag utifrån asylrättens internationellt präglade normsystem, likt Sandgren inte några hinder mot att inom ramen för uppsatsen tillämpa vissa sekundära rättskällor. Detta förutsätter givetvis att varje källas relevans (validitet), tillförlitlighet³², autencitet och kvalitet särskilt värderas.³³ Avgörande är därmed att materialet värderas och tillämpas i enlighet med de för källan gällande förutsättningarna. Detsamma gäller således för den teoretiska utgångspunkt jag valt att tillämpa inom ramen för uppsatsen. Den rättssäkerhetsteoretiska grunden utgör en för uppsatsens ändamål betydande roll. Jämförelsen och värderingen mellan olika värden som präglar processen måste enligt min bedömning likaså anses utgöra en del av det metodiska tillvägagångssättet för uppsatsen. Förevarande synsätt gentemot rättsligt erkända värderingar, likt rättssäkerheten, inom ramen för den rättsdogmatiska metoden finner även stöd hos Sandgren. Det bör emellertid brukas med viss försiktighet då det inte får förväxlas med uttryck för författarens egna värderingar.³⁴ Ramarna för den rättssäkerhetsteoretiska utgångspunkten kommer att utvecklas vidare i det följande avsnittet.

1.4 Teoretiska utgångspunkter

Rättssäkerheten framhålls ofta som en grundläggande förutsättning för den demokratiska rättsstaten. Begreppet är ett återkommande fenomen inom såväl den praktiska som den rättsvetenskapliga juridiska verksamheten. Detta till trots är tolkningarna kring begreppets faktiska innebörd vidsträckta, vilket i viss mån även torde skildras i det följande. I den rättsvetenskapliga debatten kring rättssäkerheten framgår emellertid att två ideal, förutsebarheten och legaliteten samt därigenom den enskildes skydd mot godtycklig rättstillämpning alltid förefaller gällande.

³² I detta fall avser det särskilt källans ursprung.

³³ Se Sandgren, 2015, s. 35.

³⁴ Jfr. A.a. s. 45.

Den enskilde ska med andra ord ha möjlighet att med i förväg tillhandahålla och identifierbara normer förutse utfallet av rättsliga beslut.³⁵

En ansats till att vidare systematisera begreppet görs av professor i allmän rättslära, Aleksander Peczenik. Peczeniks rättssäkerhetsbegrepp centrerar kring sambandet mellan den rättsliga dimensionen och den moraliska. Han sammanfattar rättssäkerhet som att det ska röra sig om rättsliga beslut och regler vilka i hög grad anses förutsebara och etiskt godtagbara.³⁶ Att beslut ska anses etiskt godtagbara ansluter till Peczeniks resonemang kring den materiella rättssäkerheten. En formell rättssäkerhet bygger å ena sidan på den klassiska föreställningen kring tydligt formulerade och förutsägbara regler. Avgörande för den formella rättssäkerheten är att inslag av godtycke och tillfälligheter i största möjliga mån avlägsnas från processen genom att de rättsliga besluten bär förankring i generella rättsregler. En sådan ordning innebär dock, menar Peczenik, att ett icke demokratiskt statsklick kan anses tillerkänna sina medborgare rättssäkerhet, förutsatt att statsmakten följer sin egen lagstiftning. Den *materiella* rättssäkerheten ställer emellertid vissa vidare anspråk på maktavaren eftersom att den uppstår vid sammanvägningen av de formella rättssäkerhetsvärdena och *andra etiska värden*, vilka sammantaget leder till att beslutet inte bara uppfattas som lagligt utan även *rättvist*.³⁷ Av detta följer att besluten som fattas, för att uppfylla kraven på rättvisa ska vara grundade på värden som anses ”gott för människor”.³⁸

Förhållandet mellan förutsebarheten och den etiska godtagbarheten av rättsregler och beslut är dock inte statiskt. Peczenik menar att en ökad förutsebarhet i vissa fall kan motivera en minskning av utrymmet för etiska värden och det omvända. Det avgörande bör i dessa fall vara att det föregås av en rimlig avvägning mellan de två idealen. Dessa avvägningar präglas i sin tur av *värderingar*. Det innebär följaktligen att ett lagbud genom olika etiska värderingar kan tolkas på olika sätt, antingen på grund av att det är mångtydigt, eller på grund av att det är vagt.³⁹ Det anförda får sammantaget till följd att en tillämpning som endast baseras på lagens lydelse blott föranleder en formell tillämpning av lagen, utan vidare tolkning och hänsyn till det enskilda beslutets förankring till rättvisa. Även det motsatta kan emellertid göras gällande. Inte sällan konstrueras lagar avsiktligt diffusa och vaga i syfte att stimulera en effektivare rättstillämpning, vilket utmanar förutsebarheten i det enskilda fallet. En yttersta säkring för att motverka att förtroendet för rätten urholkas kan möjligtvis ses i *legitimitetskravet*. Peczenik menar att det finns ett starkt samband mellan legitimiteten och rättssäkerheten. Genom att den demokratiska rättsstaten präglas av öppenhet, vilket i sin tur möjliggör kontroll vidhålls legitimiteten. Rättssubjekten ges då möjlighet att kontrollera att beslut som de i och för sig inte finner rättvisa, har en rättslig förankring och på sådant sätt upprätthålls rättens legitimitet.⁴⁰

³⁵ Se Zila, 1990, s. 284.

³⁶ Peczenik, 1986, s. 32.

³⁷ Peczenik, 1995, s. 12.

³⁸ A.st. Det kan här förtydligas att Peczenik tilldelar ordet ”etisk” en extensiv innebörd, innefattandes såväl ekonomiska fördelningspolitiska, miljöpolitiska och övriga rättspolitiska värderingar. Avgörande är således i Peczeniks mening, att ”det ytterst sett beror på vad som är gott för människor”.

³⁹ Peczenik, 1986, s. 32 f.

⁴⁰ Peczenik, 1995, s. 16 samt s. 49

Professor i allmän rättslära, Åke Frändberg kritiserar denna modell, särskilt avseende det som Peczenik kallar för den materiella rättssäkerheten och menar att den typ av avvägning som uppkommer vid konflikt mellan olika moraliska värden resulterar i att andra värden, likt likhet inför lagen och den enskildes trygghet gentemot staten, blir formella moraliska värden eftersom att de vid en avvägning kan vägas bort.⁴¹ Han menar vidare att Peczeniks indelning i formell och materiell rättssäkerhet ger uttryck för att de värden som inbegrips i den formella dimensionen av rättssäkerheten är av lägre dignitet än de materiella värdena.

Frändberg förespråkar istället ett betraktelsesätt av rättssäkerhet som huvudsakligen bygger på legal förutsebarhet. Även Frändberg uppmärksammar emellertid de många ideal och värden som ideligen förknippas med rättssäkerheten och vidare, den konflikt som kan uppstå då vissa värden försvagas när andra värden önskas gagnas. Han menar dock att detta inte åtgärdas genom att kategorisera olika värden som mer eller mindre formella än andra. Inte heller ska begreppet få sin innebörd anpassad efter den allmänna uppfattningen bland medborgarna. Tvärtom är det angeläget att begreppet istället har en tydligt preciserad innebörd att förhålla sig till. ”Klarhet och precision måste gå före konformitet”, menar han.⁴² För att undvika att begreppet får en innebörd som präglas av en sammangyttring av olika, ofta kolliderande värden bör det således centreras kring rättens legala förutsebarhet.

Frändberg framhåller att begreppet rättssäkerhet ofta används för att beskriva både individens skydd gentemot statsmakten och för att beskriva rättsordningens förmåga att upprätthålla trygghet. Det Frändberg emellertid menar är att det senare idealet, snarare handlar om *rättstrygghet*.⁴³ Som en konsekvens av att dessa två i själva verket olika begrepp sammanblandas, uppstår emellertid många konflikter. Detta beror på att en åtgärd som är syftad till att stärka rättssäkerheten likväl kan försvaga (kränka) rättstryggheten, och tvärtom. I detta sammanhang anför Frändberg ett av Peczenik känt anförda exempel med judarna i det nazistiska Tyskland. Frändberg framhåller emellertid att rättssäkerheten (med utgångspunkt i legal förutsebarhet) är oberoende av *innehållet* i rättsreglerna. Dessa kan således vara absurda. I den omfattning det tyranniska särbehandlandet av judarna baserades på lagar, kan man säga att det förelåg en rättssäkerhet. Däremot saknades i detta exempel *rättstrygghet*, innebärandes skydd mot statlig våldsanvändning.⁴⁴ Frändberg menar att, att påstå att rättssäkerhet inte föreligger i detta fall är ”som att försöka trola bort otrevliga värdekonflikter”.⁴⁵ Men, framhåller emellertid att offrandet av det ena värdet kan resultera i att det andra värdet kränks *även om* det upprätthålls. För att återanknyta till exemplet innebär förevarande resonemang att offrandet av rättstryggheten i det nazistiska Tyskland förvisso *kränkte* rättssäkerheten, för ”Vad var rättssäkerheten värd för en jude i det nazistiska Tyskland?”, trots att den per definition upprätthölls.⁴⁶

⁴¹ Frändberg, 2000-01, s. 270.

⁴² A.a. s. 285.

⁴³ Frändberg, 2005, s. 283 f.

⁴⁴ A.a. s. 286 f.

⁴⁵ Frändberg, 2000-01, s. 273.

⁴⁶ Frändberg, 2005, s. 287.

Att rättssäkerhetsbegreppet bör centreras kring förutsebarheten innebär i Frändbergs mening att rättsliga frågor ska besvaras med klara, tydliga och pålitliga svar för den enskilde. Detta förutsätter emellertid ett antal premisser. Det måste företrädesvis finnas tydliga och adekvata regler. Reglerna ska vidare vara lättillgängliga för rättssubjekten och slutligen ska reglerna tillämpas på ett lojalt och regelrätt vis. Man ska med andra ord kunna förlita sig på reglerna.⁴⁷

Den omständighet att reglerna avseende en viss fråga präglas av vaghet ska av rättstillämparen, för att säkra rättssäkerheten hanteras genom att beslutet istället grundas på andra rättsliga fenomen vari förutsebarhet kan tryggas. Frändberg menar emellertid att en teleologisk tolkning där ledning söks i förarbeten inte är rättssäkert då det ges utrymme för olika tolkning. Istället bör i första hand klassisk bokstavstolkning, i meningen att rättstillämparen ska avstå från analogier, extensioner och reduktioner anses bidra till rättssäkerheten. *Lagen* utgör alltså den mest grundläggande rättssäkerhetsgarantin.⁴⁸

Slutligen, för att återanknyta till det inledningsvis nämnda begreppet *rättsstat*, vill jag framlyfta det av Frändberg benämnda *rättsstatens paradox*. Paradoxen består av motsägelsen som uppstår genom att staten ges i uppdrag att via rättsordningen tillförsäkra den enskilde skydd mot statens missbruk av rättsordningen. För att balansera denna paradox präglas emellertid rättsordningen av *maktodelningsläran*. Genom att fördela makten över olika organ, mellan vilka det även råder kontroll, förhindras makten från att missbrukas.⁴⁹

1.5 Disposition

Den följande framställningen kommer inledningsvis i *kapitel 2* att redogöra för det centrala asylrättsliga regelverket. Syftet med detta kapitel är således inte att fördjupa läsaren i den asylrättsliga lagstiftningen utan att för läsaren skapa en grundläggande förståelse för vissa av de värden och principer som i den fortsatta framställningen kommer vägas mot statens ansvar för att värna om rikets inre- och yttre säkerhet. Häri följer emellertid även en fördjupad redogörelse för det europeiska asylsystemet, där inbegripet grunderna för unionens kompetens i frågan. *Avsnitt 2.2* är därmed av särskild betydelse för den kommande utredningen avseende frågeställning 2 om rätten till effektiv domstolsprövning enligt Asylprocedurdirektivet. Inom ramen för den bevisrättsliga frågan 1 kommer utgångspunkterna för de bevisrättsliga kraven i asylrätten att ges under *avsnitt 2.3*.

I *kapitel 3* presenteras LSU särskilt i förhållande till beviskravsfrågan i uppsatsens första frågeställning. För att närmare kunna utreda och i förlängningen analysera den bevisrättsliga frågan fordras dock en historisk granskning av lagens tillkomst. Av denna anledning följer inledningsvis en granskning av relevanta förarbeten till den terrorlagstiftning som har legat till grund för LSU. Efter denna redogörelse, från *avsnitt 3.3* kommer jag att utifrån LSU och dess 1 § närmare utreda beviskravet som följer av bestämmelsen. Till stöd för denna del av utredningen har jag dels den historiska granskningen av föregångarna till lagstiftningen, dels doktrin med

⁴⁷ Frändberg, 2000-01, s. 274 f.

⁴⁸ Frändberg, 2005, s. 289-291.

⁴⁹ A.a. s. 253 f.

vilket jag kan söka systematisera och värdera bevisuttrycket som följer av bestämmelsen i förhållande till andra existerande bevisuttryck. Eftersom att förfarandet enligt LSU omfattas av strikt sekretess (se härvid nedan avsnitt 3.1) saknas möjlighet att genom domskäl söka granska hur beviskravet värderas i praktiken. Därav får ledning sökas i doktrin. Det kommer i detta sammanhang även finnas anledning att söka ledning i andra processformer än den förvaltningsrättsliga. Att granskningen av fråga 1 fordrar att vittgående ledning hämtas från analoga resonemang i andra processformer kan läsaren med fördel redan nu begrunda ur ett rättssäkerhetsperspektiv för den enskilde – saken kommer således också att kommenteras i det slutliga *kapitel 5*. Innan dess ska dock frågan två utredas.

I *kapitel 4* utreds frågan 2 om tolkningen avseende tillämpligheten av rätten till effektiv domstolsprövning i asylprocedurdirektivet i förhållande till LSU. Kapitlet inleds i *avsnitt 4.1-4.2* med en redogörelse för hur överklagandeprocessen ser ut för kvalificerade säkerhetsärenden. Detta avsnitt är dels avsett att introducera läsaren för den svenska rättsliga konstruktionen av överklagande av förevarande ärenden, men också att därigenom utgöra en inledande ansats till att synliggöra de rättssäkerhetsfrågor som görs gällande då regeringen utgör överprövningsinstans. Här efter följer en något allmän beskrivning av rätten till domstolsprövning i europarätten innan den fortsatta fördjupade utredningen av artikel 46 asylprocedurdirektivet följer. Den översiktliga redogörelsen för rätten till domstolsprövning i europarätten finner jag väsentlig för att ge läsaren en kontext som följaktligen kan bidra till att bredda den fortsatta förståelsen för innebörden av rätten till domstolsprövning som följer av asylprocedurdirektivet för den enskilde. Jag vill även ytterligare framhålla att de framlagda grunderna i *avsnitt 2.2* är av särskild betydelse för förståelsen av de kommande resonemangen hänförliga till *kapitel 4* då vi i förevarande kapitel kommer att fördjupa oss i de bestämmelser som legat till grund för lagstiftarens tolkning avseende den bristande tillämpligheten av artikel 46 (tidigare 39.1). En väsentlig del av förevarande fråga är således anknuten till frågan om omfattningen av unionens, respektive medlemsstaternas kompetens.

I *kapitel 5* diskuteras resultat och slutsatser avseende respektive frågeställning. I samband med detta kommer jag att återanknyta till de i *avsnitt 1.4* redogjorda teoretiska utgångspunkterna för att föra en diskussion utifrån det för uppsatsen övergripande syftet att undersöka den enskildes rättssäkerhet inom ramen för de två utredda frågeställningarna. Kapitlet kommer avslutningsvis att avrundas med ett avsnitt för avslutande reflektioner, i vilket jag tillåter mig själv att dels kommentera vissa likheter mellan resultatet av frågorna 1 och 2 men även att lite mer övergripande kommentera rättssäkerhetsfrågan inom ramen för LSU.

2. Utgångspunkter för asylrätten

2.1 Introduktion

Asyl, vilket är ett begrepp liktydigt med fristad, utgör en mänsklig rättighet. Till denna rättighet finns för alla stater som skrivit under FN:s flyktingkonvention en skyldighet att tillförsäkra att flyktingar som avser söka skydd har möjlighet till detta.⁵⁰ I det närmast följande kommer läsaren ges en översiktlig redogörelse för de asyrlättsliga utgångspunkterna. Av särskild betydelse för förevarande uppsats är grunderna för det gemensamma europeiska asylsystemet och de rättsliga grunderna för dennas kompetens. Den kommande framställningen är således av vikt för den senare tolkningen av de för frågeställning 2 relevanta rättsliga instrumenten.

2.2 Grunderna för den internationella asylrätten

Flyktingkonventionen, vilken även går under benämningen Genèvekonventionen, utgör tillsammans med 1967 års tilläggsprotokoll grund för såväl den EU-rättsliga som den svenska asyrlättsliga lagstiftningen. Konventionen tillhandahåller definiering av vem som ska anses utgöra flykting och som således ska tillerkännas internationellt skydd. Härutöver stadgas vilka rättigheter som skall tillfalla flyktingar samt de till dessa korrelerande skyldigheter som åläggs konventionsstaterna.⁵¹

I Konventionens första artikel A definieras uttrycket flykting som en person som

i anledning av välgrundad fruktan för förföljelse på grund av sin ras, religion, nationalitet, tillhörighet till viss samhällsgrupp eller politiska åskådning befinner sig utanför det land, vari han är medborgare, samt är ur stånd att eller på grund av sådan fruktan, som nyss sagts, icke önskar att begagna sig av sagda lands skydd eller den som utan att vara medborgare i något land, till följd av händelser som förut sagts befinner sig utanför det land, vari han tidigare haft sin vanliga vistelseort, samt är ur stånd att eller på grund av sådan frukta, som nyss sagts, icke önskar återvända dit.

Som flykting räknas således den som till följd av att den riskerar förföljelse befinner sig utanför sitt hemland och som inte åtnjuter eller önskar åtnjuta sitt hemlands skydd. Men konventionen ställer likväl krav på de skyddssökande flyktingarna. I konventionens andra artikel stadgas att varje flykting är skyldig att rätta sig efter de lagar och föreskrifter som gäller i tillflyktslandet. Artikeln måste emellertid läsas tillsammans med artikel 1 C och vidare D-F vilka stadgar i vilka fall flyktingskap är uteslutet. Av särskilt intresse är artikel 1 F vilken stadgar att flyktingskap är uteslutet för den mot vilken det föreligger allvarliga skäl att antaga har begått brott mot freden, krigsförbrytelser eller brott mot mänskligheten, artikel 1 F (a), vidare utesluts personer vilka kan antagas ha begått grovt icke-politiskt brott utanför tillflyktslandet artikel 1 F (b). Avseende det första här nämnda undantaget är avsikten med bestämmelsen att utesluta krigsförbrytare och brottslingar som kan utgöra fara för den allmänna ordningen och säkerheten. Bedömningen av klausulens tillämplighet erfordrar att det kan anses finnas allvarliga skäl att överväga om någon av de i klausulen angivna gärningarna har begåtts av den asylsökande. Det

⁵⁰ Seidlitz, 2014, s. 11.

⁵¹ A.a. s. 17.

fordras sålunda inga formella bevis för tidigare åtal mot den sökande. Därmed anmodas de fördragsslutande staterna i vilka den asylsökande begär flyktingstatus att tillämpa uteslutandeklausulerna restriktivt.⁵² Den senare nämnda uteslutandeklausulen, 1 F (b) om så kallade ordinarie brott, avser bland annat att medverka till att det genomförs en korrekt bedömning av huruvida det misstänkta brottet utgjort ett politiskt brott eller om det rört sig om flera mindre grova brott.⁵³ Med grovt brott avses i klausulen gärningar för vilka dödsstraff eller annars mycket stränga straff är föreskrivna.⁵⁴ För att det ska anses föreligga ett politiskt brott ser man i första hand till brottets art och syfte. Det innebär att gärningen ska ha begåtts med ett ”genuint politiskt motiv och inte bara av personliga skäl eller för personlig vinnings skull”. Därtill torde det finnas ett ”nära och direkt orsakssamband” mellan brottet och det politiska ändamålet. Det kan också sammanfattas i att den politiska aspekten av brottet ska anses vara övervägande.⁵⁵

Ett väsentligt undantag för mottagarlandets möjligheter att återsända en flykting enligt ovan utgörs emellertid av principen om non-refoulement. Principen är sedvanerättsligt bindande och omfattar alla individer, oavsett om personen har begått ett kriminellt eller politiskt brott. En person som utgör en säkerhetsrisk, eller som begått ett synnerligen allvarligt brott kan därmed inte med tvång återsändas till ett land där personen riskerar tortyr, kroppsbestraffning, dödsstraff eller andra allvarliga kränkningar av personens mänskliga rättigheter.

Förbudet återfinns även i flertalet internationella överenskommelser, däribland flyktingkonventionen. Principen som uttryckt i flyktingkonventionen tillåter emellertid i artikel 33.2 undantag från non-refoulement i två situationer. Undantaget ska tolkas restriktivt men kan sålunda tillämpas för att återsända personer då det föreligger skälig anledning att betrakta flyktingen som en fara för mottagarlandets säkerhet eller då flyktingen genom lagakraftvunnen dom har dömts för ett synnerligen grovt brott och utgör en samhällsfara för asyllandet. Eftersom att principen i sin sedvanerättsliga form, samt det i FN:s tortyrkonvention angivna förbudet⁵⁶ återfinns utan motsvarande undantag finns det dock skäl att i förekommande fall inte endast betrakta artikeln i flyktingkonventionen.

UNHCR har i sin handbok även ett antal rekommendationer avseende grundläggande krav vilka syftar till att säkra att sökanden får en rättssäker asylprövning.⁵⁷ De uppställer här sju rättssäkerhetsgarantier vilka inledningsvis motsvaras av kunskapskrav om internationella förpliktelser och principen om non refoulement hos tjänstemän. Vidare innefattas en rätt för den asylsökande att få erforderlig information om förfarandet som tillämpas och att det finns en särskild myndighet som ansvarar för asylutredning och beslutsfattande i första instans. Sökanden ska även ges erforderligt stöd och tillgång till tolk för att kunna presentera sitt fall. Slutligen ska sökande som erkänns som flykting få information om detta tillsammans med ett intyg om flyktingstatus.

⁵² UNHCR:s handbok, 2001, p.147-149.

⁵³ A.a. p.151.

⁵⁴ A.a. p.155.

⁵⁵ A.a. p.152.

⁵⁶ Artikel 3, FN:s tortyrkonvention.

⁵⁷ UNHCR:s handbok, 2001, artikel 192.

Om flyktingskap inte tillerkänns ska sökanden istället ges möjlighet att överklaga beslutet med rätt att stanna i landet fram till att beslut meddelas i överklagandet.

2.2.1 Ett gemensamt europeiskt asylsystem

Sverige är sedan 1995 medlem i den Europeiska unionen (EU). Av medlemskapet följer bl.a. en gemensam lagstiftning avseende asylprövningen. Nedan följer en redogörelse för den gemensamma lagstiftningen och dennas påverkan på den nationella asyrlättsliga lagstiftningen i Sverige.

Beslut som utfärdas av EU görs huvudsakligen i form av direktiv eller förordningar. Som ovan nämnt är förordningar direkt tillämpliga och bindande i sin helhet. Direktiv lämnar dock beslut om lämpligt förfarande för införlivande åt respektive medlemsstat.⁵⁸ Inledningsvis torde framhållas att EU:s asylsystem utgör ett miniminormsystem, innebärandes att medlemsstaterna är fria att tillämpa lagstiftning som är förmånligare än vad som förordas av EU-rätten. Däremot äger EU-rätten företräde framför våra nationella lagar vilket innebär att företräde vid en eventuell konflikt måste ges till den EU-rättsliga bestämmelsen. Principen fick genomslag i domstolens dom den 15 juli 1964 *Costa mot ENEL* i vilken EU-domstolen förklarade att medlemsstaterna i samband med ikraftträdandet av Romfördraget medgett att inskränka vissa suveräna rättigheter.⁵⁹ Ikraftträdandet av romfördraget blev således början på EU:s överstatliga karaktär och en ny gemensam rättsordning vilken medlemsstaterna är skyldiga att integrera med sina nationella rättsordningar.⁶⁰ Numera finns principen även uttryckt i förklaring nr. 17 om företräde i Lissabonfördragets slutakt. Medlemsstaterna är således förpliktade att tillämpa och ge effekt åt EU:s regler.

Till grund för EU:s arbete ligger huvudsakligen Unionsfördraget, Funktionsfördraget och Lissabonfördraget. I Lissabonfördraget stadgas bl.a. att alla EU:s medlemsstater ska ansluta till Europakonventionen. Det var tillika i samband med att Lissabonfördraget trädde i kraft i december 2009 som stadgan för de grundläggande rättigheterna blev juridiskt bindande.⁶¹ Stadgan förordar i artikel 18 att rätten till asyl ska garanteras med iakttagande av reglerna i Genevekonventionen (flyktingkonventionen) och 1967 års protokoll om flyktingars rättsliga ställning samt i enlighet med Unions- och Funktionsfördraget. Unionsfördragets reglering tar huvudsakligen sikte på EU:s grundläggande bestämmelser så som bestämmelser rörande unionens värden och målsättningar samt den institutionella strukturen. Härtill reglerar Unionsfördraget unionens gemensamma utrikes- och säkerhetspolitik. Funktionsfördraget reglerar den mer specialiserade normeringen för EU:s verksamhet. Bland annat återfinns regler kring EU:s kompetens inom olika frågor. Till detta finner vi emellertid anledning att återkomma nedan.

⁵⁸ Se kapitel 1.4.2 ovan.

⁵⁹ Mål C-6/64, *Costa mot ENEL*, s. 585.

⁶⁰ Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 77 f.

⁶¹ Seidlitz, 2014, s. 25.

En gemensam EU-rätt upprättades emellertid redan i samband med att Amsterdamfördraget trädde i kraft den 1 maj 1999.⁶² Syftet med det gemensamma systemet är att harmonisera både regelverk och politik. Härvid blev således även asyl- och migrationsfrågan en del av EU-rätten. Frågorna ligger inom samarbetsområdet *frihet, säkerhet och rättvisa*, ett område vilket har utvecklats genom tre historiska etapper med start i Tammeforsprogrammet (1999-2004) då stats- och regeringscheferna i Europeiska rådet i oktober 1999 samlades i ett EU-toppmöte i Tammefors.⁶³ Parterna enades härvid om att upprätta en gemensam europeisk asylordning i syfte att främja en inre marknad med fri rörlighet för personer.⁶⁴ Utvecklingen av det gemensamma området för frihet, säkerhet och rättvisa har därefter vidareutvecklats genom Haagprogrammet (2004-2009) och Stockholmsprogrammet (2010-2014).

Genom Amsterdamfördraget enades medlemsstaterna vidare om att upprätta det gemensamma europeiska asylsystemet med respekt för- och tillika grundat på - FN:s flyktingkonvention och dess tillhörande protokoll. Som ett led i detta arbete upprättades inom ramen för Amsterdamfördraget fem väsentliga rättsakter med miniminormer i syfte att harmonisera medlemsstaternas asyllagstiftning. Dessa utgjordes av Dublinkonventionen (senare Dublinförordningen), Mottagandedirektivet, Skyddsgrundsdirektivet, Direktivet om tillfälligt skydd och Asylprocedurdirektivet, av vilka den sistnämnda är av särskilt intresse för förevarande utredning.⁶⁵

Reglerna avseende området för frihet, säkerhet och rättvisa fastställs numera i avdelning V Funktionsfördraget. Det övergripande syftet med harmoniseringen kan illustreras med artikel 78.1 samt 78.2 Funktionsfördraget, av vilka det framgår att

1. Unionen ska utforma en gemensam politik avseende asyl, subsidiärt skydd och tillfälligt skydd i syfte att erbjuda en lämplig status till alla tredjelandsmedborgare som har behov av internationellt skydd och att säkerställa principen om ”non-refoulement”. Denna politik ska överensstämma med Genèvekonventionen av den 28 juli 1951, med protokollet av den 31 januari 1967 om flyktingars rättsliga ställning och med andra tillämpliga fördrag.
2. Vid tillämpning av punkt 1 ska Europaparlamentet och rådet i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet besluta om åtgärder om ett gemensamt europeiskt asylsystem som omfattar
 - a) en enhetlig asylstatus för tredjelandsmedborgare som ska gälla i hela unionen,
 - b) en enhetlig status för subsidiärt skydd för de tredjelandsmedborgare som, utan att beviljas europeisk asyl, har behov av internationellt skydd,
 - c) ett gemensamt system, i händelse av en massiv tillströmning, för tillfälligt skydd för fördrivna personer,
 - d) gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla enhetlig asylstatus eller subsidiärt skydd,
 - e) kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som har ansvaret för att pröva en ansökan om asyl eller subsidiärt skydd,

⁶² Seidlitz, 2014, s. 29.

⁶³ A.st.

⁶⁴ Allgårdh & Norberg, 2004, s. 386.

⁶⁵ Seidlitz, 2014, s. 29.

f) normer för mottagande av personer som söker asyl eller subsidiärt skydd, g) partnerskap och samarbete med tredjeländer för att hantera flöden av personer som söker asyl eller subsidiärt eller tillfälligt skydd.

2.2.2 Unionens kompetens

Unionens maktbefogenheter varierar mellan olika områden. Dess kompetens att fatta för medlemsstaterna bindande beslut är således beroende av aktuellt sakområde. En grundläggande princip är emellertid att unionens befogenheter härleds från medlemsstaterna vilka har accepterat att inskränka den nationella suveräniteten till fördel för ett europeiskt överstatligt organ. Detta framgår således även av artikel 1.1 i Unionsfördraget vilken förklarar att medlemsstaterna genom fördraget upprättar en union som av medlemsstaterna tilldelas befogenheter att verka för att deras gemensamma mål uppnås. Det rör sig således om en *tilldelad* kompetens. Detta utvecklas vidare i artikel 5.1 och 5.2 av vilka det framgår att unionens befogenheter styrs av principen om tilldelade befogenheter och vidare, att unionen därmed endast ska handla inom ramen för dessa befogenheter som tilldelats den genom fördragen. Det redogjorda brukar sammanfattas i att unionen saknar s.k. *kompetens-kompetens*, innebärandes att den saknar befogenhet att själv expandera sin kompetens.⁶⁶ Kompetensen som unionen kan besitta inom olika sakområden brukar indelas i tre kategorier,

1. *EU:s exklusiva kompetens*,
2. *EU:s delade kompetens med medlemsstaterna*, samt
3. *EU:s kompetens att endast vidta åtgärder i syfte att stödja, samordna eller komplettera*.

Artiklarna 2-6 Funktionsfördraget redogör närmare specificerat för unionens kompetens inom olika områden. Till den *exklusiva* befogenheten hör tullunionen, EU:s konkurrensregelverk för den inre marknaden, den monetära politiken för euron, bevarandet av havets biologiska resurser och slutligen den gemensamma handelspolitiken.⁶⁷ Frågor som hänförs till EU:s exklusiva kompetens har således helt överförts från medlemsstaterna till EU:s befattning. Den *delade* befogenheten med medlemsstaterna omfattar bl.a. den inre marknaden, ekonomisk, social och territoriell sammanhållning samt området med frihet, säkerhet och rättvisa (till vilket asyl- och migrationsrätten hör).⁶⁸ EU:s delade befogenhet samverkar med unionens s.k. *spärrverkan*. Det innebär att medlemsstaterna endast kan göra anspråk på frågor över vilka EU inte redan utövar sin befogenhet.⁶⁹ Medlemsstaterna kan således endast anta nationell lagstiftning i den mån EU inte utnyttjar sin kompetens. Slutligen hänförs EU:s *stödjande, samordnande eller kompletterande* befogenheter bl.a. till hälsoskydd, kultur och utbildning.⁷⁰

⁶⁶ Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 25.

⁶⁷ Artikel 3.1, Funktionsfördraget.

⁶⁸ Se artikel 4, Funktionsfördraget.

⁶⁹ Artikel 2.2, Funktionsfördraget.

⁷⁰ Se artiklarna 5-6 och vidare artiklarna 165-169, Funktionsfördraget. Det bör här även tilläggas att artiklarna 2-6 Funktionsfördraget avseende unionens kompetens inte utgör en absolut katalog. I artikel 352 regleras EU:s s.k. *restkompetens* med vilken rådet under vissa förutsättningar med enhällighet och Europaparlamentets godkännande kan anta lämpliga bestämmelser även på områden EU saknar befogenhet.

2.3 Asylrätten i Sverige

2.3.1 EU-rätten i den svenska asylrätten

Av Lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen (EU-lagen) framgår att EU-rätten gäller fullt ut i Sverige. Fördragen är således införlivade med svensk rätt och därtill även sekundärrätten genom EU-lagen. Detta inbegriper de principer som utvecklas av domstolen. Det redogjorda innebär, i motsats till det ovan framhållna om Sveriges dualistiska förfarande, att Sverige i själva verket tillämpar ett monistiskt system i förhållande till EU-rätten.⁷¹ Bernitz och Kjellgren framhåller vidare att det av 3 § EU-lagen framgår att fördragen och övriga i 4 och 5 §§ angivna instrument markerar gränserna för EU:s kompetens och vidare, att beslut fattade inom EU ska tolkas och tillämpas enhetligt och med beaktande av de principer som utvecklats av EU-domstolen för att beslut fattade av EU ska få samma rättsliga verkan i alla medlemsstater.⁷²

2.3.2 Utgångspunkter för den svenska asylrätten

Officialprincipen, legalitetsprincipen, likhetsprincipen och objektivitetsprincipen, samtliga principer som ofta förknippas med rättssäkerhet utgör betydande värden i processen för det asylrättsliga beslutsfattandet.⁷³ År 2005 genomfördes en större reform av den svenska migrationsrätten vilken resulterade i bland annat en ny utlänningslag⁷⁴ och en ny instans- och processordning. Syftet med denna reform var att göra asylprocessen till en tvåinstansprövning och att därigenom stärka rättssäkerheten och insynen för den enskilde i processen.⁷⁵

I juli 2016 genomfördes som en följd av flyktingkrisen 2015 ytterligare en revidering av den svenska asyllagstiftningen i samband med att en tillfällig lagstiftning, Lag (2916:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige, trädde i kraft. Syftet med begränsningslagen sägs i propositionen vara att med hänvisning till de stora påfrestningar krisen har inneburit för det svenska asylsystemet begränsa möjligheterna till uppehållstillstånd. Därtill uttrycks även en ambition om att samtidigt förbättra kapaciteten i mottagandet av asylsökande.⁷⁶ Regeringen uttryckte även i detta sammanhang att den kraftiga invandringen innebär ett allvarligt hot mot den allmänna ordningen och säkerheten. Reformen innebar därmed att regelverket anpassades till den miniminivå som följer av internationella konventionsåtaganden och EU-rätten.⁷⁷ Den nya lagen begränsar bland annat uppehållstillståndet som följer av flyktingstatus till tre år. Alternativt skyddsbehövande får vidare tillstånd omfattande 13 månader och kategorin övriga skyddsbehövande är under begränsningslagens giltighet helt borttagen. Likaså har möjligheterna att få uppehållstillstånd på grund av ömmande omständigheter begränsats. För att beviljas uppehållstillstånd ska asylsökanden bedömas vara flykting enligt flyktingkonventionen eller som alternativt skyddsbehövande enligt EU:s skyddsgrundsdirektiv. Det

⁷¹ Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 218.

⁷² A.a. s. 217.

⁷³ Seidlitz, 2015, s. 45-46.

⁷⁴ Utlänningslag (2005:716).

⁷⁵ Prop. 2004/05:170, s. 105.

⁷⁶ Jfr. Prop. 2015/16:174, s. 1 och s. 21.

⁷⁷ Jfr. A.prop. s. 69.

kommer härvid inte att genomföras en vidare uttömmande redogörelse för de olika asylskälen som återfinns i utlänningslagen.

2.3.2.1 Något om beviskrav och bevisbördan i asylmål

Bevisteorin för den förvaltningsrättsliga processen saknar i hög grad samma metodologiska grund som genom bl.a. praxis och doktrin har utvecklats och finns till förfogande i den allmänna processen. En orsak till detta torde vara att förvaltningsrätten är sprungen ur en administrativ tradition, vilken har närmare förankring till politiskt beslutsfattande än rent dömmande.⁷⁸ En annan orsak torde utgöras av att förvaltningsprocessliga beslut ofta utgörs av framtidsbedömningar. En allmän bevisrättslig princip utgörs emellertid av att den som åberopar en viss omständighet är den som bär på bevisbördan. Bevisbördan uttrycker således ingenting om styrkan på bevisningen. Inom förvaltningsprocessrätten utgör den allmänna bevisrättsliga principen att den som ansöker om en förmån bär på bevisbördan för att de krav som fordras av lagen är uppfyllda. Det åligger därför som utgångspunkt den enskilde asylsökanden att bistå med relevant information. Bevisbördan ligger därmed initialt på den sökande. Däremot bär den beslutande myndigheten *gemensamt* med den sökande på *utredningsbördan*, innebärandes att parterna gemensamt bär på en skyldighet att anskaffa och värdera all relevant information.⁷⁹

Beviskravet uttrycker måttet styrka på den bevisning som erfordras för att bevisbördan ska anses uppfylld. I den allmänna processen utgörs bevisprövningen vanligtvis av att man söker utreda vad som har hänt i det förflutna. Inom förvaltningsprocessen laboreras som nämnt i högre grad med framtidsprognoser och riskkalkyler. Det innebär att man ofta får tillämpa en annorlunda metod vid bevisvärderingen i förvaltningsrättsliga spörsmål än i den allmänna processen.⁸⁰ Med detta tillkommer att bevisvärderingen och dess tillhörande beslutsunderlag inte uppnår samma nivå av styrka och säkerhet som i den allmänna processen. Diesen framhåller härvid att denna omständighet föranleder att beviskravet i förvaltningsmål, särskilt ärenden i vilka beslutsunderlaget baseras på prognoser, ligger på en lägre nivå än i allmän domstol.⁸¹

Det allmänna beviskravet i förvaltningsmål har av vissa författare framhållits utgöras av *sannolika skäl*. Asylprövningen har inte erhållit någon generell lindring från detta beviskrav. Det är därmed som utgångspunkt *sannolika skäl* den asylsökande har att förhålla sig till.⁸² Däremot appliceras den allmänna rättsgrundsatsen *tvivelmålets fördel* vid asylprövningen. Det innebär att sökanden ska ges tvivelmålets fördel avseende vissa uppgifter för vilka det i övrigt kan brista i bevisningen, förutsatt att sökanden anses trovärdig och i övrigt har lämnat sammanhängande, rimliga uppgifter vilka inte heller strider mot allmänt kända fakta.⁸³ Principen om tvivelmålets

⁷⁸ Jfr. Diesen, 2003, s. 13.

⁷⁹ UNHCR:s handbok, artikel 195-196 och Seidlitz, 2014, s. 76.

⁸⁰ Diesen, 2003, s. 97.

⁸¹ A.st.

⁸² A.a. s. 109. Jag vill i detta sammanhang särskilt framhålla att doktrin inte är fullt överens i denna fråga. Von Essen pekar härvid på att det saknas stöd för ett sådant resonemang i såväl FPL som LAFD och även i praxis, Von Essen, 2016, s. 39 f.

⁸³ Seidlitz, 2014, s.76

fördel får emellertid ses i ljuset av Migrationsverkets långtgående utredningsskyldighet. Eftersom att asylprövningar aktualiserar frågan om ett skyddsbehov bör utredningsskyldigheten ges särskild hänsyn. Det sagda innebär dock att det finns ett mindre utrymme för att tillämpa tvivelmålets fördel i det fallet myndigheten har uppfyllt sin utredningsbörda.⁸⁴

Den nya instansordningen i migrationsmål hade likt nämnt till syfte att stärka transparensen och rättssäkerheten för den enskilde. I samband med denna reform har även möjligheterna för bevisprövning enligt den allmänna processens principer fått en ökad betydelse, vilken kan anses ha stärkt den enskildes möjligheter till en opartisk och rättssäker prövning av sin sak. Det är dock ännu huvudsakligen i högre instans som tvåpartsprocessen får betydande genomslag, detta gäller särskilt då som av Diesen uppmärksammat, det råder stor inkoherens bland de lägre instansernas tillämpning. Det stora genomslaget avseende den enskildes rättssäkerhet i samband med den nya ordningen påvisas således som utgångspunkt primärt vid överklagande av beslut.⁸⁵

⁸⁴ Diesen, 2003, s. 110.

⁸⁵ Diesen, 2012, s. 273 ff.

3. Lagen om särskild utlänningskontroll

3.1 Introduktion

Frågan om utvisning enligt LSU initieras som utgångspunkt av Säkerhetspolisen och avgörs med Migrationsverket som första instans, 2 § 1 st. LSU. Av betydelse är att om utläningen innan eller under handläggningen av ärendet har ansökt om uppehållstillstånd, statusförklaring, resedokument eller ställning som varaktigt bosatt ska dessa ansökningar handläggas tillsammans enligt LSU, 2 § 3 st. Migrationsverket har emellertid även en skyldighet att vid eventuell tillämplighet av lagen anmäla ärendet till Säkerhetspolisen. Genom denna remiss får Säkerhetspolisen i uppdrag att utifrån den särskilda information som Säkerhetspolisen för förevarande typ av ärenden besitter, göra en bedömning av huruvida utläningen kan utgöra ett säkerhetshot. Säkerhetspolisens utredning avslutas med ett yttrande till Migrationsverket, i vilket deras bedömning redogörs.⁸⁶ Migrationsverkets beslut överklagas till skillnad från ordinära utlänningsärenden till regeringen som dock är skyldiga att inhämta yttrande från Migrationsöverdomstolen innan påbörjandet av ärendets handläggning. Migrationsöverdomstolens uppgift består sedermera i att kalla till muntlig förhandling och att genomföra en särskild granskning av ärendet så att det inte föreligger några verkställighetshinder, 3 §. Om Migrationsöverdomstolen finner att det föreligger sådana hinder mot att verkställa ett beslut om utvisning är regeringen bunden av Migrationsöverdomstolens yttrande och det ska följaktligen anses föreligga verkställighetshinder. I detta fall kan regeringen fatta beslut om inhibition och att bevilja ett tidsbegränsat uppehållstillstånd, 10 §. Därtill möjliggörs genom lagen beslut om vissa särskilda tvångs- och kontrollåtgärder i 14-22 §§.

Ärenden enligt LSU ska enligt 5 § LSU, vilken hänvisar till 1 kap. 13 § UtIL handläggas skyndsamt. Kravet på skyndsamt handläggning innebär att kvalificerade säkerhetsärenden i förhållande till övriga ärenden ska prioriteras och handläggas så fort som möjligt. Vid säkerhetsärenden råder därtill kvalificerad sekretess i enlighet med 10 kap. 3 § 1 st. 2 och 3 men. samt 37 kap. 1 § 2 st. Offentlighets- och sekretesslag (2009:400), (OSL). Även partsinsynen kan med stöd i 10 kap. 3 § 1 st. 2 men. OSL åsidosättas om det med hänsyn till allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att handlingen inte lämnas ut. Det får dock i detta sammanhang noteras att samma bestämmelse i tredje meningen förordar att myndigheten i sådana fall i nödvändig omfattning på annat sätt ska lämna parten information om materialets innehåll om det behövs för att parten ska kunna ta till vara sin rätt och det kan ske utan allvarlig skada för det intresse som sekretessen ämnar skydda.

3.2 Bakgrund till de svenska terrorlagarna

När lagen om särskild utlänningskontroll trädde i kraft år 1991, utgjorde den ett led i reformen av den tidigare terrorlagstiftningen och klassificerades därmed som en renodlad terrorlagstiftning. Idag anses emellertid lagen ha en särskild anknytning till asylförfarandet, varför den inte längre anses utgöra en utpräglad terrorlagstiftning i samma benämning som dess föregångare.⁸⁷

⁸⁶ Säkerhetspolisens årsbok 2015, s. 38.

⁸⁷ Ribbing, 2008, s. 114.

I det närmast följande kommer inledningsvis en historisk redogörelse för lagens utveckling att göras. Detta är av intresse för undersökningen av den bevisrättsliga frågan, särskilt avseende grunderna för hur lagstiftaren har motiverat den nuvarande lydelsen i 1 § LSU.

Mot bakgrund av mordet på en dåvarande jugoslavisk ambassadör år 1971 och flygplanskapningen på Bulltofta året därpå tillsattes under 1971 Kommissionen för förebyggande av vissa våldsbrott med internationell bakgrund (i det följande kallat terroristkommissionen). Terroristkommissionen utgav samma år en rapport med förslag till ny lagstiftning vilket sedermera följdes upp av en proposition för en särskild terrorlagstiftning av regeringen.⁸⁸ Lagen (1973:162) om särskilda åtgärder till förebyggande av vissa våldsdåd med internationell bakgrund antogs år 1973 och blev därmed den första särskilda svenska lagstiftningen som avsåg att förebygga terrorism från utländska medborgare. I samband med lagens tillkomst aktualiserades frågan om användningen av begreppet *presumtiv terrorist*. Med begreppet åsyftades utländska medborgare vilka kunde misstänkas tillhöra terroristgrupper som tidigare visat att de systematiskt för politiska ändamål brukar våld utanför det aktuella hemlandet. Klassificeringen av vilka politiska grupper som skulle anses omfattas av lagens tillämpning bestämdes av regeringen.⁸⁹

Den rättsstatliga konflikt som kan uppstå vid konstruktionen av ett effektivt skydd mot terrorvåld och samtidigt söka tillgodose den enskildes personliga integritet, rörelsefrihet och åsiktsfrihet uppmärksammades av flera parter i propositionen till lagen.⁹⁰ Terroristkommissionen identifierade emellertid ett behov av regler som möjliggör av- och utvisning av utlänningar som ger skäl att anta riskerar begå politiska terrordåd. Samtidigt vidhöll kommissionen att förevarande typ av regler, om de görs för extensiva riskerar att även drabba laglydiga invandrare. Häri framfördes även att bedömningarna kan innebära stora praktiska utmaningar avseende vilka som med fog kan betecknas som terrorister. Härvid kan man inte heller, menade terroristkommissionen, ställa krav på vidare kvalificerad bevisning eftersom att sådana krav skulle motverka funktionen av en effektiv preventiv lagstiftning.⁹¹ Vid en avvägning mellan den enskildes demokratiska rättigheter och den allmänna säkerheten anförde därmed även JK att omständigheterna kräver att den förstnämnda får stå tillbaka.⁹² Detta understöddes vidare av terroristkommissionen som särskilt underströk behovet av att polis och övriga myndigheter bereds erforderliga befogenheter för att kunna bemöta den välorganiserade och effektiva verksamhet som bedrivs av terroristerna.⁹³

1975 följdes lagen upp av ändringar som innebar att 1973 års terroristlag av lagtekniska skäl inkorporerades i utlänningslagen. Skälen till detta uppgavs vara att bestämmelserna endast avsåg utlänningar och följaktligen bestod av ett förfarande i nära anknytning till utlänningslagen.⁹⁴ Ytterligare ändringar genomfördes 1982 då polismyndighetens begränsade rätt att besluta om

⁸⁸ Ds Ju 1972:35 och prop. 1973:37.

⁸⁹ Ribbing, 2008, s. 120.

⁹⁰ Se exempelvis Prop. 1973:37, s.11-12 och 17.

⁹¹ A.a. s. 83.

⁹² A.a. s. 12-13.

⁹³ A.a. s. 75-76.

⁹⁴ Prop. 1975/76:18, s. 163.

avvisning i terroristärenden upphörde till förmån för regeringen som istället gavs ensam beslutanderätt för dessa ärenden. Sex år efter att bestämmelserna inkorporerats i utlänningslagstiftningen fann man emellertid att motsättningarna mellan handläggningen av asylärenden och terroristärenden gjorde att bestämmelserna blev ineffektiva, varför de på nytt torde föras in under olika lagar. Terroristbestämmelserna bröts således återigen ut från utlänningslagen till en egen lag.

Idag består de svenska terrorlagarna huvudsakligen av tre lagar. Den primära lagstiftningen utgörs av den tidigare nämnda terroristbrottslagen och kompletteras av rekryterings- och finansieringslagen.⁹⁵ Härtill finns de för säkerhetsärenden särskilda bestämmelserna dels i 1 kap. 7 § UtIL samt i LSU, till vilka vi återkommer i det nästkommande avsnittet. Det kan dock här tilläggas att 1 § p. 2 LSU hänvisar till terroristbrottslagens definition av terroristbrott. Terroristbrottslagens konstruktion har emellertid inte stått okritiserad. Det har av bland andra Sveriges Advokatsamfund anförts att den inte är tillräckligt preciserad i förhållande till annan brottslighet. Därtill har framhållits att lagen är svårhanterlig.⁹⁶ Dessa frågor kommer att bli föremål för diskussion i följande kapitel.

Det torde här framhållas att det i sammanhang i vilka terrorlagstiftning diskuteras, ofta förekommer hänvisningar till ”rikets inre eller yttre säkerhet”.⁹⁷ Begreppet saknar dock en allmängiltig definition. Detsamma gäller begreppet ”politisk terrorism”, vilket tvärtom inte sällan avgörs av den rådande politiska uppfattningen i det aktuella territoriet.⁹⁸ Dessa definitionsproblem har orsakat svårigheter för de internationella samarbeten som avser konstruera effektiva åtgärder mot terrorismen och det politiska våldet.⁹⁹ Även terroristbegreppet har emellertid länge saknat en universell definition, vilket ställer höga krav på förutsebarheten och tydligheten vid tillämpning av de författningar som aktualiseras vid terrorism. Det kan tilläggas att de rekvisit som ofta återfinns i bestämmelserna är vaga i sin begreppsform och att det saknas omfattande rättspraxis på området. Omständigheterna är således sådana att de å ena sidan ställer höga krav på en effektiv och flexibel terrorlagstiftning samtidigt som den personliga integriteten och rättssäkerheten för den enskilde måste säkerställas på ett betryggande sätt.

I samband med Europeiska unionens rambeslut om bekämpande av terrorism erhöll vi emellertid den första internationella överenskommelsen som definierar terroristbrott. Rambeslutet föreskriver i artikel 1.1 punkterna a-i vilka handlingar som ska kunna betraktas som terroristbrott och utvecklar vidare, att handlingarna i fråga därtill måste ha begåtts uppsåtligt och genom sin art eller sitt sammanhang ska kunna allvarligt skada ett land eller en internationell organisation. Därtill ska det vara styrkt att gärningen begåtts i syfte att injaga allvarlig fruktan hos en befolkning, otillbörligen tvinga offentliga organ eller en internationell organisation att utföra

⁹⁵ Lag (2010:299) om straff för offentlig uppmaning, rekrytering och utbildning avseende terroristbrott och annan särskilt allvarlig brottslighet samt Lag (2002:44) om straff för finansiering av särskilt allvarlig brottslighet i vissa fall.

⁹⁶ Ds. Ju. 2002:35.

⁹⁷ Se till exempel 1 § p.1 LSU.

⁹⁸ Ribbing, 2008, s. 114-115.

⁹⁹ A.a. s. 117.

eller att avstå från att utföra en viss handling, eller att allvarligt destabilisera eller förstöra de grundläggande politiska, konstitutionella, ekonomiska eller sociala strukturerna i ett land eller i en internationell organisation. I detta sammanhang framhålls även i artikel 1.2 att rambeslutet inte ska kunna föranleda att medlemsstaternas skyldighet att respektera de grundläggande rättigheterna och de grundläggande rättsprinciperna i enlighet med artikel 6 i Unionsfördraget. Rambeslutet antogs den 13 juni 2002 av rådet för rättsliga och inrikes frågor. Med anledning av utvecklingen av terrorverksamhet i världen har det uppmärksammats ett behov av att ytterligare tillnärma rekvisiten för terroristbrott och tillika för brott med anknytning till terroristbrott eller terroristverksamhet.¹⁰⁰ Den 15 mars 2017 utkom ett nytt direktiv om bekämpande av terrorism som ersätter rambeslutet från 2002.¹⁰¹ Enligt artikel 28 i direktivet ska alla medlemsstater ha införlivat direktivet senast den 8 september 2018. Sverige har som ambition att erforderliga lagändringar i anledning av direktivet ska träda i kraft den 1 september 2018.¹⁰²

3.3 Lag om särskild utlänningskontroll träder ikraft

1988 tillsattes återigen en parlamentarisk kommitté på uppdrag att se över regelverket kring av- och utvisning av utlänningar som kan befaras medverka i terroristhandlingar inom svenskt territorium. Uppdraget var regeringens svar till den kritik som riktats mot den svenska terrorlagstiftningen avseende såväl effektiviteten som rättssäkerheten av lagen och resulterade i slutbetänkandet SOU 1989:104, vilken ligger till grund för LSU.

I 1973 års terroristlag genomfördes bedömningen av presumtiva terrorister utifrån det så kallade *organisationsrekvisitet*, vilket innebar att sökandens grupp- eller organisationstillhörighet var avgörande för bedömningen. I 1976 års reform kompletterades organisationsrekvisitet med ett *personligt rekvisit* med vilken bedömningen hänfördes till omständigheter relaterade till individen i fråga och huruvida denna kunde anses farlig. Frågan om det kan anses föreligga fara för att han eller hon själv medverkar till en sådan handling tillkom således som ett led i bedömningen.¹⁰³ Trots detta komplement orsakade organisationsrekvisitet särskilda tillämpningssvårigheter och riskerna för att hela rörelser istället för enskilda individer felaktigt stämplades som terroristorganisationer ansågs överhängande. Det uppmärksammades vidare en risk för att det personliga rekvisitet hamnade i skymundan då utlänningsens grupp- eller organisationstillhörighet fick en avgörande, närmast utslagsgivande betydelse. Organisationsrekvisitet förutsatte vidare att de nationella myndigheterna besatt särskilda kunskaper om vilka politiska organisationer som bedrev de internationella terrordåden. Det fordrades inte heller att det kunde visas att utlänningsen faktiskt tillhörde en sådan organisation. Avgörande var således att personen kunde *antas* verka för en sådan grupp eller organisation som avsågs.¹⁰⁴ Utfallet av detta blev att det personliga rekvisitet slutligen ensamt ansågs erforderligt.

¹⁰⁰ Se skälen till Europaparlamentets och rådets direktiv 2017/541/EU, punkten 6.

¹⁰¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2017/541/EU.

¹⁰² SOU 2017:72, s. 363.

¹⁰³ Se Prop. 1990/91:118 s. 109.

¹⁰⁴ Prop. 1990/91:118 s. 32.

Det fordrades således enligt 1 § att,

”En utlänning som inte avvisas eller utvisas enligt utlänningslagen (1989:529), får utvisas ur landet enligt denna lag, om det

behövs av hänsyn till rikets säkerhet, eller

med hänsyn till vad som är känt om utlänningens tidigare verksamhet och övriga omständigheter kan befaras att han kommer att begå eller medverka till brottslig gärning som innefattar våld, hot eller tvång för politiska syften.”¹⁰⁵

Ett andra led i konstruktionen av den nya lagen var frågan om *precisering* av det personliga rekvisitet. I förarbetena framhålls betydelsen av att på ett rättssäkert sätt säkerställa att grunderna för ett avlägsnande är erforderligt preciserade. Ambitionen för utformningen av rekvisitetet var således tvådelad. Å ena sidan önskades en effektivt tillämpbar lagstiftning, vilket talade för en allmänt utformad bestämmelse. Å andra sidan innebär en stämpling av en utlänning som potentiell terrorist en inte obetydlig belastning för den terroristutpekade, varför tillämpningen av en sådan åtgärd endast torde tillåtas om stämplingen kan göras på goda grunder.¹⁰⁶

3.3.1 1 § lagen om särskild utlänningskontroll

Lagen reglerar idag två situationer i vilka en utlänning med stöd av 1 § kan utvisas från riket. Av 1 § LSU framgår således att

En utlänning får utvisas ur landet enligt denna lag, om det

1. är särskilt påkallat av hänsyn till rikets säkerhet, eller
2. med hänsyn till vad som är känt om utlänningens tidigare verksamhet och övriga omständigheter kan befaras att han eller hon kommer att begå eller medverka till terroristbrott enligt [2 §](#) lagen (2003:148) om straff för terroristbrott eller försök, förberedelse eller stämpling till sådant brott.

Den första punkten i bestämmelsen ovan befäster att det här i motsats till den särskilda regeln i 1 kap 7 § UtIL endast är så kallade *kvalificerade* säkerhetsärenden som kan aktualiseras vid tillämpning av denna punkt. Att det ska vara *särskilt* påkallat av hänsyn till rikets säkerhet utgör vidare en skärpning av lagen i förhållande till dess äldre lydelse. Utgångspunkten är därmed att utlänningen *ska* utvisas, i de fall det anses särskilt påkallat med hänsyn till rikets säkerhet i enlighet med punkten 1. Detta ska även omfatta asylsökande vilka uppfyller kriterierna för flyktingskap eller annan skyddsbehövande.¹⁰⁷ Punktens huvudsakliga tillämpningsområde avsåg ursprungligen fall där brott mot rikets yttre eller inre säkerhet kunde befaras. I propositionen lyftes härvid spioneri fram som exemplifiering.¹⁰⁸ Vidare framhålls som exempel på omständigheter som talar för att bestämmelsen kan tillämpas ärenden i vilka den asylsökande har starka

¹⁰⁵ Jfr. lydelsen i 3 § SFS 1989:530.

¹⁰⁶ Prop. 1990/91:118 s. 35.

¹⁰⁷ Prop. 2009/10:31, s. 290.

¹⁰⁸ Prop 1990/91:118 s. 77

kopplingar till organisationer som utövar våld och annan brottslighet för att uppnå politiska syften.¹⁰⁹

Eftersom att utgångspunkten enligt punkten 1 är att utvisning ska ske, föreligger närmast en presumtion för utvisning då det anses särskilt påkallat med hänsyn till rikets säkerhet. Det kan i detta sammanhang finns anledning att se till artikel 6.2 Europakonventionen vilken stadgar att var och en som står anklagad för ett brott ska betraktas oskyldig till dess att hans eller hennes skuld lagligen har fastställts. Artikeln ger således uttryck för den s.k. oskuldspresumtionen. Inom ramen för denna bestämmelse har Europadomstolen funnit anledning att pröva utrymmet för användning av faktiska och rättsliga presumtioner för bedömning av de omständigheter under vilka en person kan antas ha begått en gärning utan krav på uppsåt eller oaktsamhet. Avgörande har ansetts vara att staterna gör erforderliga avvägningar mellan det allmännas intresse och den misstänktes rätt att försvara sig.¹¹⁰ Hänvisning till proportionalitetsbedömning gjordes även i domstolens beslut den 19 oktober 2004 i målet *Falk mot Nederländerna* i vilken domstolen vidare förtydligade att en avvägning mellan den misstänkta gärningen och den misstänktes rättigheter måste föregå bedömningar som laborerar med förevarande slag av presumtioner. Starka skäl talar således för att eftergift av kravet på uppsåt i mål avseende allvarliga brott inte är förenligt med Europakonventionen och dess principer.¹¹¹ Eftersom att förfarandet enligt LSU emellertid anses omfattas av det asylrättsliga området och det således inte är frågan om att sökanden står anklagad för ett begånget brott, finns artikel 6.2 Europakonventionen inte tillämplig. Det finns dock visst utrymme att ifrågasätta förevarande typ av utpräglade avgränsningar mellan rättsområden som lagstiftaren här har gjort. Det kommer emellertid finnas anledning att återkomma till frågan i den kommande diskussionen varför det tills vidare lämnas härvid.

3.3.2 Närmare om bevisuttrycket ”kan befaras”

Punkten 2 i bestämmelsen reviderades senast i samband med inkorporeringen av det ovan nämnda Europeiska unionens rambeslut om bekämpande av terrorism. Ändringen innebar att bestämmelsen numera hänvisar till 2 § lagen (2003:148) om straff för terroristbrott eller försök, förberedelse eller stämpling till sådant brott vilken i sin tur är baserad på definitionen i rambeslutet. Rambeslutet gjorde bedömningen av de handlingar som anges i artikel 1.1 punkterna a-i anhängig den omständighet att de s.k. kvalificerade objektiva och subjektiva rekvisit som anges i inledningen av artikeln är uppfyllda. Detta innebär som nämnt att handlingen objektivt sett genom sin art eller sitt sammanhang måste kunna allvarligt skada ett land eller en internationell organisation. För subjektivt täckning krävs vidare att gärningspersonen har begått handlingen med direkt uppsåt att injaga allvarlig fruktan hos en befolkning, eller otillbörligen tvinga offentliga organ eller en internationell organisation att utföra eller avstå från att utföra en handling, eller att allvarligt destabilisera eller förstöra de grundläggande politiska, konstitutionella,

¹⁰⁹ Prop. 2009/10:31 s. 290.

¹¹⁰ Se t.ex. domstolens dom den 7 oktober 1988 i målet *Salabiaku mot Frankrike*, p. 28, Series A nr. 141-A, jfr. dock med domen den 23 juli 2002 i målet *Janosevic mot Sverige*, p. 100-101, ECHR 2002-VIII.

¹¹¹ Victor, 2013, s. 374.

ekonomiska eller sociala strukturerna i ett land eller i en internationell organisation. Det anförda innebar inga ändringar av *beviskravet* i paragrafen. Avsikten med lagen är att med hänsyn till vad som är känt om utlänningsens tidigare verksamhet och övriga omständigheter bedöma huruvida utläningen *kan befaras* begå ett i paragrafen avsett brott. Syftet är därmed inte att klassificera begångna brott. Av denna anledning erfordras det heller inte att konkreta bevis om brott presenteras.¹¹² I propositionen konkluderas detta med följande sats, ”Det krävs inte att det föreligger konkreta bevis om ett visst brott. Om så är fallet, skall utredning av detta brott ske enligt sedvanliga straffprocessuella regler”.¹¹³ Den brottspreventiva funktionen av lagen förefaller således ha utgjort en väsentlig faktor för distinktionen av lagens tillämpningsområde från den sedvanliga straffrätträtten och dess tillhörande rättssäkerhetsgarantier för den enskilde.

För att inte urholka asylrätten har det emellertid liksom ovan anført funnits en ambition om att precisera bestämmelserna för utvisning av potentiella terrorister. I förarbetena framgår därför att ett sådant beslut endast ska fattas på *goda grunder*. Detta begrepp, som kan anses ge uttryck för ett visst beviskrav, förekommer redan i förarbetena till den första terroristlagen i vilka man dessutom uttryckte en än snävare bedömning hänförlig till att man endast på *mycket* goda grunder skulle antaga att en person skulle komma att medverka till vissa våldsdåd.¹¹⁴ Frågan om vad som torde vägas in i bedömningen avseende *goda grunder* utvecklas dock inte i förarbetena. Något som däremot alltjämt har lyfts fram i anledning av lagens brottsförebyggande beskaffenhet är de praktiska svårigheterna i att närmare ange vad som krävs för att en person ska anses omfattas av lagen.¹¹⁵ Svenska avdelningen av Internationella juristkommissionen anförde härvid att det med hänsyn till de ingripande konsekvenserna för den enskilde måste finnas möjlighet för sökanden att förutse sin rättsliga status och position. I anledning av detta tillstyrktes att det i vart fall bör krävas att det föreligger *sannolika skäl* för att personen kommer begå sådana handlingar.¹¹⁶ I specialmotiveringen till bestämmelsen framförs emellertid den motsatta uppfattningen att ”det inte är nödvändigt att detta kan beläggas eller göras sannolikt”.¹¹⁷

Frågan om förtydligande av rekvisiten har emellertid varit ett återkommande föremål för diskussion. I anledning av ett motionsyrkande av Bodil Ceballos (mp) vari en precisering av regelverket för bedömning och definiering av kvalificerade säkerhetsärenden föreslås¹¹⁸ vidhöll justitiekottet att en sådan precisering inte är påkallad då säkerhetsbedömningen måste göras utifrån de särskilda förhållandena i det enskilda fallet.¹¹⁹ I detta sammanhang är det emellertid av intresse att särskilt lyfta följande utdrag ur slutbetänkandet i anledning av den nya instans- och processordningen år 1999,

Företrädare för Säkerhetspolisen har för kommittén redogjort för handläggningen av ärenden enligt lagen om särskild utlänningskontroll. Därvid framkom att säkerhetspolisen

¹¹² Prop. 2002/03:38, s. 96.

¹¹³ Prop. 2002/03:38, s. 96.

¹¹⁴ Flyghed, 2000, s. 141.

¹¹⁵ Se exempelvis departementschefens anförande i prop. 1973:37 s. 97.

¹¹⁶ Prop. 1990/91:118 s. 111.

¹¹⁷ A.prop. s. 77.

¹¹⁸ Motion 2009/10:Sf5.

¹¹⁹ 2009/10:JuU2y, s. 3.

mycket ofta hade för motparten hemliga kontakter med beslutsmyndigheten i ärendet innan man officiellt anhängiggjorde ärendet. Vid dessa kontakter diskuterades vilken bevisning som krävdes för att yrkandet om avlägsnande skulle bifallas. Säkerhetspolisen ansåg detta vara en smidig och praktisk handläggning som man var angelägen att behålla.¹²⁰

Det anförda pekar således på en inställning grundad i att precisering av rekvisiten i lagstiftningen inte är nödvändigt, men även som framgår av citatet ovan, att det funnits en uppfattning kring att den närmare preciseringen av vad som krävs i det enskilda fallet kan diskuteras mellan myndigheterna under handläggningen. Uttalandet väcker särskilda farhågor i frågan om de rättssäkerhetsgarantier som ska tillerkännas den enskilde, särskilt avseende legaliteten och förutsebarheten av besluten.

Det kan samtidigt även konstateras att frågan om vem som med tillräcklig styrka kan anses utgöra en potentiell terrorist enligt LSU förefaller vara prekär. De två punkterna i 1 § ger därtill uttryck för olika misstankegrader. Som nämnt utgör begreppet ”särskilt påkallat” ett kvalificerat rekvisit, vilket ger uttryck för en i vart fall högre misstankegrad än begreppet ”kan befaras”, vilket föreskrivs enligt andra punkten. Hänvisningen till ”på goda grunder” är således den enda konkreta ansats till precisering av ett beviskrav som förefaller tillgås.¹²¹ Härtill kan även belysas den misstankegrad som Säkerhetspolisen, vilka besitter den exklusiva rätten att klassificera säkerhetsärenden har att förhålla sig till. För att Säkerhetspolisen ska klassificera ett ärende som ett säkerhetsärende är det följaktligen enligt 2 § erforderligt att det finns ”anledning att anta” att beslut om utvisning enligt 1 § bör meddelas.

Beviskravet uttryckt i 1 § p. 2 ställer som påpekat upp ett lägre beviskrav än kravet på ”särskilt påkallat” enligt punkten 1. Det är därmed av särskilt intresse att närmare undersöka detta beviskrav och därigenom vilka minimiomständigheter som erfordras för att ett ärende ska kvalificeras för tillämpning av LSU. Beviskravet är som redogjort ett uttryck för en framtidsprognos. Det är således inte frågan om ett uttryck för med vilken sannolikhet en inträffad händelse har skett. Som utredningen hittills har synliggjort, ger förarbetena till lagen knapphändig ledning för begreppets tolkning, detta till trots att uttrycket har använts som beviskrav sedan lagens tillkomst. Frågan om beviskravets värde försvåras ytterligare av att förvaltningsprocessen saknar samma koherens och systematisering för bevisuttryck som i den allmänna processen. Diesen framhåller härvid att två ytterligare orsaker till detta är att förvaltningsprocessen har ett stort omfång av olika mål, vilka följaktligen erfordrar olika beviskrav. Men han menar emellertid också att rättstillämparen brister i att tillämpa bevisuttrycken på ett koherent sätt. ”Antagligt”, ”sannolikt”, ”grundad anledning att anta” m.m. är därmed uttryck som ofta förekommer för att uttrycka att bevisen är *tillräckliga* (min kursivering).¹²² Detta är emellertid något som hade kunnat utvecklas och förtydligas genom överinstansernas praxisbildning. Vid genomgång av avgöranden vid högsta instans finner dock Diesen att det råder en begreppsförvirring

¹²⁰ SOU 1999:16, s. 112.

¹²¹ Se exempelvis A.prop. s. 30.

¹²² Diesen, 2012, s. 223.

även här och menar att begreppsuttrycken härmed snarare får ses som blott ett uttryck motsvarande den allmänna processens ”styrkt”.¹²³

Eftersom att det i såväl praxis som av förarbeten saknas vidare instruktioner för bedömning av de uttrycka bevis- och misstankekraven, kan det finnas anledning att utifrån det inbördes förhållandet mellan vedertagna bevisuttryck söka utröna en indikation på styrkan på bevisningen som erfordras. Det inbördes förhållandet mellan olika beviskrav kan beskrivas med en skala från 0% (motsvarande ingen säkerhet) till 100% (motsvarande fullständig säkerhet).¹²⁴ Skalan består av tre referenspunkter motsvarande *antagligt*, *sannolikt* och *uppenbart*. *Sannolikt*, vilket brukar betecknas det allmänna beviskravet i förvaltningsmål, motsvarar 75%. *Uppenbart* motsvarar mellan 75% och 100% på skalan. Slutligen, motsvarar *antagligt* omkring 25% eller lite därutöver.¹²⁵ *Antagligt* som sannolikhetsuttryck förekommer även i den *allmänna* processen. Det beskriver då en mindre sannolikhetsöversikt, dvs. en liknande procentsats som den ovan angivna.¹²⁶

Med hänsyn till att den nya instansordningen i migrationsmålen bl.a. resulterade i att den allmänna processens bevisprövningsregler fått viss ökad tillämplighet och vidare, förevarande spørsmåls särskilda likheter med vissa brottmål torde viss tolkningshjälp kunna hämtas genom analogi till straffrätten.¹²⁷ Uttrycket ”kan befaras” utgör emellertid inte ett vanligt förekommande bevisuttryck. Begreppet ”skäligen kan befaras” tillämpades tidigare som beviskrav vid häktning på grund av flykt- eller kollussionsfara.¹²⁸ I likhet till den bedömning som görs enligt LSU, rör det sig här om en riskbedömning, eller annorlunda uttryckt en framtidsprognos i vilken man bl.a. ser till brottets beskaffenhet, den misstänktes förhållande och omständigheterna i övrigt.¹²⁹ Till följd av att begreppets innebörd ansågs oklar och en splittrad samt inkonsekvent användning av begreppet i praxis, byttes begreppet sedermera ut till ”risk”.¹³⁰ Ändringen innebar således, i min tolkning, inte någon ändring av faktiskt erfordrad bevisstyrka då det upprepade gånger uttrycks att ändringen genomförs i avsikt att åstadkomma ett för rättstillämparen tydligare beviskrav.¹³¹ I samband med denna språkliga ändring framhålls att det för att det ska anses föreligga risk för viss fara ska vara frågan om en konkret och beaktansvärd fara. Däremot ställs kravet lägre än ”påtaglig risk”.¹³² I denna fråga har vidare såväl internationell praxis som doktrin utsatt att det bör fordras att man i det enskilda fallet bedömer att negativa konsekvenser av att inte använda tvånget uppkommer i mer än ett fall av tre. Bedöms risken vara mindre än

¹²³ A.a. s. 224.

¹²⁴ Se härvid Diesen, 2003, s. 92.

¹²⁵ A.st.

¹²⁶ Ekelöf, Edelstam & Heuman, 2009, s. 85.

¹²⁷ En sådan direkt analogi hämtas bl.a. även i propositionen avseende begreppet ”medverka” i punkten 2 där det föreskrivs att begreppet bör ges samma innebörd som i 23 kap. 4 § Brottsbalken, Prop. 1990/91:118 s. 78.

¹²⁸ Heuman, 2007, s. 150.

¹²⁹ Prop. 1986/87:112, s. 102.

¹³⁰ A.prop. s. 30.

¹³¹ Se a.prop, s. 102-104 samt Bring & Diesen, 2009, s. 184.

¹³² Prop. 1986/87:112, s. 30, s. 102, och s. 71.

ett fall av tre ska tvångsmedlet således inte tillgripas.¹³³ Heuman har vidare framhållit att ett riskrequisit teoretiskt sett torde utgöra det lägsta möjliga beviskravet som kan ställas utan att bevisbördan kastas om till nackdel för den misstänkte.¹³⁴ Eftersom att lagstiftarens inställning var att förevarande ändring från ”kan befaras” till ”risk” endast utgjorde en språklig ändring, utgör beviskravet således även i straffprocessen ett jämförelsevis lågt ställt krav.

Bring och Diesen skriver vidare att en kan tänkas vilja likställa ”skäligen kan befaras” med ”skäligen misstänkt” (motsvarande 50% sannolikhet) men framhåller att en sådan liknelse inte är korrekt. Beviskravet ”skäligen kan befaras” torde snarare befinna sig mellan ”kan misstänkas” och ”skäligen misstänkt”, motsvarande en sannolikhet om cirka 30-35%.¹³⁵ JO har vidare angående beviskravet ”skäligen kan befaras” rörande bestämmelsen om hämtning till förhör uttryckt att det erfordras *konkreta omständigheter* (min kursivering) som kan ge anledning att befara att en kallelse inte kommer att åtlydas eller att utredningen kan försvåras på annat sätt.¹³⁶ Detta krav på konkretion kan likväl tänkas föranleda liknelser mellan ”skäligen kan befaras” och beviskraven ”kan misstänkas” och ”anledning att anta” vilka likväl ställer upp krav på konkretion. Bring och Diesen menar dock att även en sådan liknelse inte vore adekvat då bedömningen avseende hämtning eller häktningsgrund utgör framtidsprognoser och således inte kan likställas med konstaterande av fullbordade faktum.¹³⁷

Hitintills kan således summeras att beviskravet ”skäligen kan befaras” i brottmålsprocessen torde motsvara en sannolikhet mellan 30-35% på den anförda skalan. Det ställda beviskravet i 1 § p. 2 LSU är emellertid allenast ”kan befaras”, vilket i sig ger uttryck för viss lättnad i förhållande till det förra. Denna tolkning försvåras dock delvis av den omständighet att Heuman, anför att beviskravet ”risk” (motsvarande ”skäligen kan besvaras”) torde utgöra det i teorin lägsta möjliga beviskravet. I vart fall torde av det utredda gå att placera ”kan befaras” på en sannolikhet om *maximum* 30-35%, men troligtvis närmare den nedre delen av skalan. Det finns även likheter mellan det av JO ovan förda resonemanget avseende konkretisering av beviskravet ”skäligen kan befaras” och det i förarbetena anförda om att det i vart fall måste krävas att det av tillgängliga uppgifter om utlänningen finns anledning att befara att personen kommer att begå en sådan handling¹³⁸. Det anförda pekar således likväl på att sannolikheten torde kunna sättas däromkring. Oavsett beviskravets exakta placering härvid, är frågan om erfordrad sannolikhet avsevärt mindre än den vilken ställs för fällande dom i brottmål (en sannolikhet om mer än 98%)¹³⁹ och likväl det allmänna kravet om sannolika skäl i förvaltningsmål (en sannolikhet om 75%).

¹³³ Bring och Diesen, 2009, s. 185.

¹³⁴ Heuman, 2007, s. 150.

¹³⁵ Bring & Diesen, 2009, s. 184.

¹³⁶ JO 1987/88 s. 52 och s. 64.

¹³⁷ Bring och Diesen, 2009, s. 185.

¹³⁸ Prop. 2002/03:38, s. 96.

¹³⁹ Ekelöf, Edelstam, Heuman, 2009, s. 85.

3.3.3 Klassificering av vissa administrativa sanktioner

Lagstiftaren har emellertid som anförts i detta sammanhang flertalet gånger framhållit att rättsområdet omfattandes LSU utgör en del av asylrätten.¹⁴⁰ Därigenom frånges sökanden de rätts-säkerhetsgarantier som följer av handläggning i det straffprocessuella förfarandet. I min mening är förevarande resonemang inte erforderligt underbyggt. Det tyder på en snarare otillfredsställande förenkling av rättsläget vari lagstiftaren genom att förklara området en del av utlänningsrätten undgår de skyldigheter avseende den enskildes rättssäkerhetsgarantier som den tillerkänns inom det ordinarie brottmålsförfarandet och vidare, därigenom även Europakonventionens syfte. Att upprätta en klar distinktion mellan administrativa åtgärder och straffrättsliga påföljder är inte en okomplicerad fråga och har således angripits av praxis såväl nationellt som av Europadomstolen, vilket kommer belysas i det följande.

I Europadomstolens avgörande den 8 juni 1976 i målet *Engel m.fl. mot Nederländerna* gällde frågan bl.a. tillämpningen av artikel 6 Europakonventionen. Domstolen utvecklade härvid tre kriterier för bedömning av huruvida avgörandet av en fråga ska anses utgöra ett straffrättsligt förfarande eller en administrativ respektive disciplinär sanktion. Kriterierna som här fastslogs och som sedermera har tillämpats av såväl Europadomstolen som av EU-domstolen¹⁴¹ var således

1. Den rättslig kvalificeringen av överträdelsen i nationell rätt
2. Överträdelsens art, samt
3. Sanktionens stränghet och natur.

Förvisso är det för förevarande utredning inte frågan om utpräglad dubbelbestraffning, som i ovan redovisat avgörande. Däremot kan avgörandet användas för att belysa att domstolen konstaterat att den nationella rättsliga klassificeringen av ett ärende ensamt inte är avgörande och att en administrativt benämnd åtgärd således kan anses vara av straffrättslig karaktär. Det ska dock också framhållas att det vid bedömning av punkten 3 ovan följer av bl.a. Europadomstolens avgörande den 13 december 2005 i målet *Nilsson mot Sverige* att syftet med den aktuella påföljden även ska beaktas. En straffrättslig påföljd ska primärt syfta till att bestraffa och avskräcka en handling.¹⁴²

I den svenska förvaltningsprocessen talar man vidare om vissa brottmålsliknande förvaltningsärenden som ger anledning till ett förhöjt beviskrav. Saken har aktualiserats i bl.a. RÅ 1990 ref. 64 som handlade om återkallelse av läkarlegitimation. Domstolen uttalade här att återkallelse av legitimation förvisso rör ett allmänt intresse (skydda allmänheten från olämplig yrkesutövning) men att förfarandets nära samband med straff och disciplinansvar, samt dess allvarliga konsekvenser för läkaren måste tala för ett särskilt högt beviskrav. Von Essen menar härvid att frågan om beviskravet i brottmålsliknande mål torde kunna sammanfattas i att dessa mål i regel

¹⁴⁰ Se t.ex. Prop. 1990/91:118 s. 27.

¹⁴¹ Se t.ex. domstolens avgörande den 10 februari 2009 i målet *Zolutkhin mot Ryssland*, stor kammare, p. 53 och mål C-617/10 *Åkerberg Fransson* p.35.

¹⁴² Se t.ex. Europadomstolens dom den 9 oktober 2003 i målet *Ezeh och Connors mot Förenade Konungariket*, stor kammare, p.102.

kräver en starkare bevisning avseende sakomständigheter men att de subjektiva kraven ändå inte är fullt lika höga som i brottmålsprocessen.¹⁴³ Von Essen delar även tillsammans med Wennergren uppfattningen att beviskravet för dessa mål avseende de objektiva rekvisiten i princip är att jämföras med kravet i en brottmålsrättegång och således avsevärt högre än beviskravet ”sannolikt”.¹⁴⁴

Huruvida kvalificerade säkerhetsärenden kan anses utgöra brottmålsliknande ärenden eller om utvisning enligt lagen kan ses som ett straffrättsligt förfarande ska inte besvaras inom ramen för förevarande uppsats. Däremot ska framhållas att ett förfarande enligt LSU innebär ingripande konsekvenser för den asylsökande som inte bara riskerar utvisning, utan även att fortsättningsvis möta hinder vid etablering i andra länder då den stämplats som en potentiell terrorist i Sverige. Därtill får inte förbises det ingrepp vilket det kan innebära för sökandens familj- och sociala liv. Starka rättssäkerhetsskäl talar således för ett högre beviskrav. Det sagda innebär dock inte att en brottspreventivlagstiftning av förevarande slag är otillbörlig per automatik. Tvärtom är regeringen ytterst ansvarig för att upprätthålla landets inre och yttre säkerhet, en uppgift som sett till den utveckling av terrorverksamhet som sker idag kräver stor flexibilitet och handlingsutrymme. Visst avsteg från allmänna bevisrättsliga regler måste således tillåtas för att kunna uppfylla lagens ändamål. Utrymmet för att göra dessa slags framtidsprognoser måste emellertid ses i ljuset av brist på systematisering och metodologiskt underlag för bedömning av beviskrav som har skildrats inom förvaltningsrätten i allmänhet och vid handläggning av ärenden enligt LSU i synnerhet.

Rättsläget är således sådant att möjligheterna för den enskilde att förutse sin rättsliga ställning och tillika att i efterhand kontrollera den rättsliga grunden av beslut är begränsade. Det kan vidare framhållas att LSU tidigare var en subsidiär lagstiftning i förhållande till säkerhetsärenden enligt 1 kap. 7 § UtL. Detta är den således inte idag, en omständighet vilket jämte faktumet att punkterna 1 och 2 i 1 § LSU är alternativa och därtill ger uttryck för olika beviskrav, skapar en synnerligt liten förutsebarhet för den enskilde. Det bör härtill beaktas att en avgörande beslutsmakt i handläggningen av säkerhetsärenden ges till en förvaltningsmyndighet, Säkerhetspolisen, som baserat på en än lägre misstankegrad äger den exklusiva rätten att klassificera säkerhetsärenden.

Ytterligare ett spørsmål som i detta sammanhang aktualiseras är frågan om bevisvärdering i övre instans, vilket för dessa ärenden inte utgörs av domstol i vanlig ordning, utan istället prövas av regeringen. Förevarande ordning motiveras som kommer framgå bl.a. av regeringens särskilda förmåga att fatta rättsliga beslut med särskild politisk och diskretionär präglning. Frågan om vad regeringen har för särskild kompetens i förhållande till denna ärendekategori kommer att diskuteras i avsnitt 4.2 nedan. I det närmast följande kommer framgå vilka rättigheter den enskilde har i frågan om rätten till överklagande.

¹⁴³ Von Essen, 2016, s. 43.

¹⁴⁴ A.a. s. 44 f.

4. Överklagande av kvalificerade säkerhetsärenden

4.1 Introduktion

Att ärenden som rör myndighetsutövning ska ges möjlighet till domstolsprövning utgör en grundläggande rättssäkerhetsgaranti.¹⁴⁵ I svensk rättstradition har emellertid inställningen till att låta domstolspröva myndighetsbeslut historiskt sett varit försiktig.¹⁴⁶ Detta har emellertid, vilket vidare kommer utvecklas i det följande, ställts på sin spets i samband med europarättsliga krav på domstolsprövning för enskilda.

Det har framgått att säkerhetsärenden kan hanteras både av UtIL och av LSU. Avgörande för vilket lagrum som svarar för processen är huruvida ärendet av Säkerhetspolisen klassificeras som kvalificerat eller ej. I det senare fallet bedöms frågan utifrån utlänningslagens regelverk med Migrationsverket som första beslutande myndighet och Migrationsdomstolen och Migrationsöverdomstolen som överprövande instanser. Om ärendet bedöms vara kvalificerat aktualiseras istället en process enligt LSU. Eftersom att den väsentliga skillnaden mellan de två processerna är att de kvalificerade säkerhetsärendena i högre grad anses beröra rikets inre och yttre säkerhet, ett område för vilket regeringen är ytterst ansvarig¹⁴⁷, har man ansett att det är lämpligt att regeringen utgör överprövningsinstans för de kvalificerade säkerhetsärendena.¹⁴⁸ Regeringen utgör därmed som utgångspunkt sista instans för de säkerhetsärenden som bedöms vara kvalificerade.

Det finns en viss möjlighet för vissa asylsökande som har utvisats med stöd i LSU att enligt Lag (2006:304) om rättsprövning av vissa regeringsbeslut (RättsprL) ansöka om rättsprövning av beslutet. Denna möjlighet omfattar emellertid inte alla rättssubjekt som kan komma att klassificeras som presumtiva terrorister enligt LSU. För att garantera EES-medborgare rätten till effektiva rättsmedel enligt artikel 64.1 EG-fördraget har således dessa individer och sådana familjemedlemmar till dessa som avses i 3 a kap. 2 § UtIL tillerkänts en möjlighet att enligt 2 a § RättsprL ansöka om rättsprövning av regeringens beslut.¹⁴⁹ Personer som har utvisats med stöd av LSU och som inte utgör EES-medborgare eller sådana familjemedlemmar till dessa som

¹⁴⁵ Det framhålls till exempel i prop. 2009/10:31 s. 237.

¹⁴⁶ Warnling-Nerep, 2012, s. 72.

¹⁴⁷ Ansvarigheten följer av regeringens ansvar för den styrande makten enligt 1 kap. 6 § RF.

¹⁴⁸ Prop. 2009/10:31, s. 237 f.

¹⁴⁹ A.prop. s. 223 och s. 239 f.

avses i 3 a kap. 2 § saknar således även möjlighet att få till stånd en rättsprövning av beslutet. Även denna omständighet belyser den faktiska innebörden att få ett säkerhetsärende klassificerat som kvalificerat. Härvid vill jag återkoppla till det i kapitel 1.1 anförda avseende den uppfattade källan för terrorhotet mot Sverige. Som nämnt lämnar regeringen en årlig skrivelse för tillämpningen av lagen till riksdagen. Syftet med denna är att redogöra för tillämpningen av LSU och för utvecklingen av den internationella terrorismen under samma period. I praktiken är emellertid dessa redogörelser till följd av den strikta sekretessen inte sällan knapphändiga och uppgifter om vilken nationstillhörighet den utvisade har haft framgår sällan. Ribbing, som genomfört en undersökning av samtliga skrivelser mellan åren 1971-1991 vittnar om det samma.¹⁵⁰ Av 2016 års skrivelse till riksdagen framgår att regeringen under perioden 1 juli 2015 till och med den 30 juni 2016 har fattat sju beslut med stöd av lagen. Fem av dessa innebar avslag och resterande två innebar inhibition respektive avskrivning.¹⁵¹ Ingen information om de närmare förutsättningarna för de sju ärendena ges således. Däremot redogör regeringen för den internationella hotbilden mot Sverige. Av denna redogörelse framgår att det främsta hotet mot Sverige, sedan början av 2000-talet uppfattas härledas från den våldsbejakande islamistiska extremismen. Denna hotbild ska ytterligare ha förstärkts från 2008 sedan Sverige uppfattats begå, eller i vart fall främja kränkningar av islam. Bland annat exemplifieras Al-Quaida och Daesh och länder såsom Somalia, Pakistan, Afghanistan, Irak och Jemen lyfts särskilt fram. Det redogjorda indikerar således på att den grupp asylsökande, s.k. tredjelandsmedborgare, som med hänsyn till rådande generella hotbild löper störst risk att klassificeras som potentiella hot mot landet, saknar möjlighet att överklaga regeringens beslut om utvisning.

I det följande ska emellertid redogöras för de krav på domstolsprövning som följer av europarätten och som befinner sig väsentliga för dessa medborgare och för förevarande utredning. Dessförinnan, ska dock något sägas om regeringen som överprövningsinstans.

4.2 Regeringen som överprövningsinstans

1809 års RF vilade på en maktdelningsprincip i vilken den rättskipande makten och förvaltningen sökte hållas strikt åtskilda. Modellen delas vanligen in i tre komponenter bestående av den lagstiftande makten (riksdagen), den styrande makten (regeringen) och den dömande makten (domstolarna).¹⁵²

År 1984 fastställde riksdagen riktlinjer avseende regeringens ansvarsområde i egenskap av besvärinstans. Genom dessa förtydligades skiljelinjen mellan å ena sidan regeringen och dess förvaltning, och å andra sidan de allmänna domstolarna och förvaltningsdomstolar. Regeringens ansvarsområde koncentrerades således till överprövning av ärenden i vilka regeringens politiskt präglade beslutsfunktion befanns nödvändig medan ärenden av övervägande rättslig karaktär tillföll förvaltningsdomstolarna.¹⁵³ Den nya formen motiverades således delvis av strävan

¹⁵⁰ Ribbing tillägger härvid att det vidare inte alltid framgått med stöd i vilken lag personen utvisats, se Ribbing, 2008, s. 137-140.

¹⁵¹ Skr. 2016/17:72.

¹⁵² Warnling-Nerep, 2011, s. 29.

¹⁵³ A.a. s. 31.

att öka den enskildes rättssäkerhet genom att inrätta institut för överprövning av vissa beslut i vilka förvaltningen anses besitta särskilda sakkunskaper och delvis av övertygelsen om att vissa områden ändock fordrar särskild politisk styrning. Som exempel på spörsmål av det senare slaget framhålls ärenden med nära anknytning till frågor om landets ordning och säkerhet.

Ambitionen om ett fristående institut i uppgift att föra domstolskontroll över förvaltningen resulterade i att RegR (numera HFD) inrättades år 1909. Ärenden av över-vägande rättslig karaktär tillföll således RegR som beslutsinstans, medan ärenden som ansågs ha en särskild anknytning till regeringens ansvarsområde fick kvarstå inom deras befattning.¹⁵⁴

Bestämmelsen i 2 a § LSU stadgar att Migrationsverkets beslut i ett ärende enligt LSU överklagas till Regeringen. Motiveringen till förevarande instansordning hänförs till ovan redogjorda inställning kring att vissa frågor torde präglas av viss politisk styrning. Det har således varit lagstiftarens inställning att förevarande ärenden fordrar känsliga utrikespolitiska bedömningar, som närmast måste anses omfattas av regeringens yttersta ansvar för statens säkerhet.¹⁵⁵ Ytterligare av betydelse är frågan om delandet av känsligt material. Det har framhållits att det inte alltid kan anses lämpligt att delge den misstänkte allt material.¹⁵⁶ Även den s.k. tredjepartsregeln har här av Säkerhetspolisen särskilt anförts som skäl för att regeringen ska pröva ärendena. Regeln som anförd av Säkerhetspolisen innebär att information som lämnats till Säkerhetspolisen från utländska underrättelsetjänster vanligen lämnas med förbehåll om att uppgiften inte får lämnas till nationella myndigheter, vari domstolar inbegrips. Eftersom att säkerhetspolisens utredning i hög grad görs beroende av uppgifter från utländska uppgiftslämnare är således dessas medgivande en betydande komponent för utredningen.¹⁵⁷ I en motion i anslutning till propositionen i anledning av införandet av asylprocedurdirektivet framhålls emellertid av Kalle Larsson m.fl. (v) att en internationell jämförelse i motsats till detta, har visat att hälften av de granskade länderna, Nederländerna, Tyskland och Schweiz, har bibehållit samma handlägningsform i frågan om överklagande för säkerhetsärenden och ordinära asylärenden vari domstolsprövning tillerkänns båda förfaranden. Det finns således anledning att ifrågasätta huruvida Säkerhetspolisens tolkning av regeln är absolut.¹⁵⁸

Såväl Domstolsverket som Svea Hovrätt framhöll emellertid att de starka rättssäkerhetsintresset jämte våra internationella åtaganden avseende rätten till omprövning (review) talar för att ärendekategorin torde tillerkännas domstolsprövning. Härvid anfördes särskilt de allmänna domstolarnas särskilda lagtolknings- och bevisprövningskompetens. Inställningen var således grundad i att allmänna domstolar bär större kompetens att genomföra erforderliga avvägningar avseende statsintresset och den enskildes rättssäkerhet.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Warnling-Nerep, 2011, s. 29.

¹⁵⁵ Se Prop. 1990/91:118, s. 53 f.

¹⁵⁶ A.prop. s. 54.

¹⁵⁷ Prop. 2009/10:31, s. 239.

¹⁵⁸ Motion 2009/10:Sf4, s. 2.

¹⁵⁹ Prop. 1990/91:118, s. 54.

I avvägningen mellan å ena sidan ett ordinärt, rent rättsligt förfarande och å andra sidan behovet av politisk styrning för förevarande säkerhetsrelaterade spörsmål har det senare visat sig vinna rätt. Det anförda torde därmed kunna förstås som att det är lagstiftarens bedömning att rättssäkerhetsintressen får stå tillbaka vid en avvägning mot säkerhetsintressen eller i vart fall, att rättssäkerheten ges erforderligt stöd i förevarande instansordning.

4.3 Rätten till domstolsprövning i europarätten

Europakonventionen och dess artikel 6.1 utgör sedan 1994 svensk lag.¹⁶⁰ Första punkten i artikeln garanterar enskilda rätt till domstolsprövning vid prövning av deras civila rättigheter och skyldigheter eller vid brottsanklagelser riktade mot den enskilde. Rätten till domstolsprövning enligt förevarande rättsakt innebär att den enskilde ska beredas tillträde till domstol. Det ska röra sig om en praktisk men även effektiv möjlighet, varför även rimliga överklagandefrister omfattas av kravet.¹⁶¹ Domstolsbegreppet i artikel 6.1 är inte strikt hänförligt till traditionella domstolar. Europadomstolen har bedömt frågan utifrån både organisatoriska och processuella kriterier vilka brukar sammanfattas i att domstolsinstitutet ska anses vara *oavhängigt* och *opartiskt*.¹⁶² Vidare ställs vissa särskilda krav på prövningens omfattning och innehåll. En domstols behörighet kan således ifrågasättas om den saknar tillräcklig kompetens att pröva de skönmässiga bedömningar som gjorts inom ramen för ett beslut. Vidare måste domstolen vara en permanent upprättad domstol enligt lag, vars domar får bindande verkan. För att rättegången ska anses rättvis ska härtill samtliga parter ha ansetts beretts tillgång till allt material och tillfälle att kommentera det. Slutligen innefattar kravet på rättvis rättegång att den enskilde bereds rättegång inom rimlig tid.

Frågan om vad som anses utgöra en prövning av enskildas civila rättigheter och skyldigheter enligt artikel 6.1 kommer inte att vidare redogöras för i anledning av att spörsmål avseende viseringsfrågor, uppehållstillstånd, utvisning och andra utlänningsrättsliga frågor inte har ansetts omfattas av artikel 6.1, se t.ex. Europadomstolens avgörande den 5 oktober 2000 i målet *Maaouia mot Frankrike*. Framställningen är dock relevant för den övergripande förståelsen för de rättssäkerhetsgarantier som tillfaller – eller inte tillfaller – kvalificerade säkerhetsärenden. Det torde dock nämnas att begreppet har en autonom tolkning, innebärandes att den styrs av europadomstolens praxis, oberoende av medlemsstaternas nationella definition av begreppet. Avgörande för huruvida det ska anses röra sig om en civil rättighet eller skyldighet enligt artikel 6.1 är således i praktiken rättighetens materiella innehåll. Det kan även i detta sammanhang särskilt belysas att begreppet har genomgått en grundlig utveckling sedan artikelns tillkomst. Det är således inte ett statiskt begrepp utan i hög grad beroende av de bedömningar vilka görs av europadomstolen.

Av mer konkret värde för asylsökande är emellertid artikel 13 Europakonventionen om rätt till effektiva rättsmedel inför nationell myndighet. Artikel 13 innefattar en rätt till omprövning av

¹⁶⁰ SFS 1994:1219.

¹⁶¹ Warnling-Nerep, 2012, s. 76.

¹⁶² A.a. s. 76.

beslut som anses ha utgjort en kränkning av den enskildes konventionsstadgade fri- och rättigheter. Bestämmelsen förordar således inte något krav på domstolsprövning. Avgörande är att beslutet kan upphävas eller ändras.

4.3.1 Asylprocedurdirektivet

Ovan har anförts att asylprocedurdirektivet utgjorde en av rättsakterna som upprättades i syfte att skapa ett gemensamt europeiskt asylsystem. Det äldre asylprocedurdirektivet, Dir. 2005/85/EG tillkom efter ansträngda förhandlingar mellan medlemsstaterna och antogs slutligen av det Europeiska rådet den 2 december 2005.¹⁶³ Syftet med direktivet var att fastställa tvingande miniminormer för medlemsstaternas asylförfaranden, varför det ställer upp ett antal grundläggande principer och garantier vilka medlemsstaterna ska tillgodose vid handläggning av asylansökningar. Eftersom att Sverige sedan den 1 januari 1995 är medlem i Europeiska unionen uppbar vi skyldighet att förverkliga direktivet. I juni 2013 antogs emellertid en omarbetad version av direktivet. Medlemsstaterna ska med undantag för artiklarna 31.3, 31.4 och 31.5 senast den 20 juli 2015 ha satt i kraft nödvändiga bestämmelser i sina nationella rättsordningar för att förverkliga direktivets övriga artiklar. De undantagna artiklarna avseende vissa tidsfrister för beslut ska senast den 20 juli 2018 ha införlivats i medlemsstaternas lagstiftning.

2005 års direktiv riktade sig mot asylansökningar av tredjelandsmedborgare eller statslösa och omfattade alla asylansökningar som lämnades på en medlemsstats territorium, gräns eller transitzoner samt på återkallande av flyktingstatus.¹⁶⁴ Direktivet syftade som nämnt till att upprätta miniminormer för såväl fastställande som återkallande av flyktingstatus enligt flyktingkonventionen.¹⁶⁵ Direktivet inkluderade emellertid inte fastställande av asyl eller skyddsgrunder enligt andra internationella instrument än flyktingkonventionen och således som utgångspunkt, inte heller personer som av andra skäl än de av flyktingkonventionen angivna sökte skydd.¹⁶⁶ Där-
emot föreskrevs i artikel 3.3 att medlemsstater vilka utredde samtliga skyddsskäl i ett och samma förfarande ändå var skyldiga att tillämpa direktivet för hela förfarandet. Eftersom att Sverige utreder såväl frågan om asyl som frågan om andra skyddsgrunder inom ramen för samma förfarande, var direktivet således tillämpligt på samtliga delar. Medlemsstaterna hade vidare en möjlighet att själva besluta om att tillämpa direktivet vid beslut om ansökningar om alla typer av internationellt skydd.¹⁶⁷

Direktivet garanterade bl.a. sökanden rätten att få beslut meddelat skriftligen och att vidare, vid avslag få ta del av de faktiska och rättsliga skälen till beslutet samt skriftlig information om hur beslutet kan överklagas.¹⁶⁸ Vidare, gavs sökanden rätt till tolk och att erhålla information i god tid, såväl under processen som vid det slutligt beslutet på ett språk de rimligen kan förväntas

¹⁶³ Hailbronner, 2010, s. 1257 f.

¹⁶⁴ Se SOU 2006:61 s. 55 och art. 3(1), Dir. 2005/85.

¹⁶⁵ Art. 3(3), Dir. 2005/85.

¹⁶⁶ Peers, 2016, s. 283.

¹⁶⁷ Artikel 3.(3), Dir. 2005/85.

¹⁶⁸ Artikel 9, Dir. 2005/85.

förstå.¹⁶⁹ I direktivets III kapitel föreskrevs vidare vissa särskilda förfaranden i första instans i vilka medlemsstaterna tilläts avvika från det allmänt föreskrivna genom särskilda eller påskyndade förfaranden. Undantaget aktualiserades bl.a. vid ogrundade skäl, uppenbart ogrundade skäl och även om sökanden ansågs utgöra en fara för den inre säkerheten och den allmänna ordningen i medlemsstaten.¹⁷⁰

Av särskild betydelse för förevarande uppsats är det äldre direktivets femte kapitel om överklagande, i vilken artikel 39.1 (artikel 46 i det omarbetade direktivet) föreskrev rätten till effektivt rättsmedel. Rätten till överklagande enligt artikel 39.1 utgjorde en ovillkorlig rätt till domstolsprövning av asylansökan och har därmed i motsats artikel 6 och artikel 13 i Europakonventionen direkt verkan för själva *prövningen* av asylansökan och ställer därtill krav på att prövningen genomförs av en domstol. Det innebär således att i den mån direktivet äger tillämplighet och medlemsstaten har ett asylförfarande i vilket en myndighet, likt Migrationsverket, prövar asylansökningar, måste det finnas en möjlighet för den enskilde att överklaga beslutet till domstol.

Som ovan nämnt antogs ett omarbetat asylprocedurdirektiv i juni 2013, Dir. 2013/32/EU. Kritiken mot det äldre direktivet var huvudsakligen hänförlig till föreskrivna förfaranden som ansågs strida mot mänskliga rättigheter. Det rörde sig bl.a. om krav på förtydligande av territoriella avgränsningar, förfaranden avseende utlämning av asylsökande, rätten till personlig intervju, tidsfrister och påskyndade förfaranden.¹⁷¹ Det torde dock framhållas att det omarbetade direktivet endast omfattar ansökningar efter den 20 juli 2015.¹⁷²

I anledning av ikraftträdandet av det omarbetade direktivet överlämnade regeringen i oktober 2016 proposition 2016/17:17 *Genomförande av det omarbetade Asylprocedurdirektivet* till riksdagen. De i propositionen föreslagna ändringarna av nationell lagstiftning rörde huvudsakligen bestämmelser vilka preciserar när en asylansökan kan anses uppenbart ogrundad samt vissa särskilda frågor avseende förfarandet för ensamkommande barn. Avseende det omarbetade direktivets relevans för LSU har det resulterat i en ändring av lydelsen i 5 § vilken hänvisar till de bestämmelser i utlänningslagen som ska tillämpas vid handläggning av kvalificerade säkerhetsärenden. Ändringen innebar genom hänvisningen till 18 kap. 1 § 2 st. UtIL en rätt för ensamkommande barn som har ansökt om uppehållstillstånd som skyddsbehövande att få ett offentligt biträde.¹⁷³ Det omarbetade direktivet har således inte inneburit några ytterligare avvägningar avseende dess verkan för de kvalificerade säkerhetsärendena enligt LSU.

Det omarbetade direktivet reglerar likt sin föregångare förfarandet för mottagandet av asylsökande tredjelandsmedborgare eller statslösa personer.¹⁷⁴ Direktivet är vidare tillämpligt på alla

¹⁶⁹ Artikel 10, Dir. 2005/85.

¹⁷⁰ Artikel 23 och 24, Dir. 2005/85.

¹⁷¹ För en mer ingående redogörelse, se Peers, 2016, s. 294.

¹⁷² Art. 52, andra meningen, Dir. 2013/32/EU.

¹⁷³ Prop. 2016/17:17, s. 98.

¹⁷⁴ Se artikel 2 (c), Dir. 2013/32/EU samt tidigare artikel 2 (c), Dir. 2005/85/EG.

ansökningar om internationellt skydd som lämnas in på medlemsstaternas territorium, inbegripet vid gränsen, i dess territorialvatten eller transitzoner, samt på återkallande av internationellt skydd.¹⁷⁵ En särskild ändring i det omarbetade direktivet utgörs av att direktivet numera uttryckligen även omfattar subsidiärt skyddsbehövande.¹⁷⁶ Det finns vidare en ny bestämmelse i artikel 9.3 vilken reglerar under vilka särskilda förutsättningar en medlemsstat får utlämna en sökande till ett tredjeland.

4.3.2 Rätten till effektiv domstolsprövning enligt asylprocedurdirektivet

Det övergripande syftet med direktivet är som framgått att upprätta miniminormer för att harmonisera asylrätten bland medlemsstaterna. Ett led i denna ambition är således att tillgodose sökanden en rätt att få sin sak prövad i ett förfarande som garanterar sökanden vissa rättigheter. En sådan rättighet utgörs av den ovillkorliga rätten till effektiv domstolsprövning i artikel 46.1 (f.d. artikel 39.1).

I de ursprungliga förslagen till artikel 39.1 i det äldre direktivet fanns ambitioner om att asylsökande skulle berättigas en treinstansprövning för prövning av asylansökan. Förslaget möttes emellertid av stark kritik från medlemsstaterna, vilket som en kompromiss resulterade i att bestämmelsen kom att riktas in på rätten till ett effektivt rättsmedel inför domstol.¹⁷⁷ Begreppet effektivt rättsmedel inför domstol i direktivet är konstruerat med artikel 47 Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna som förebild.¹⁷⁸ Artikel 47 i stadgan är följaktligen inspirerad av artikel 13 i Europakonventionen. Det föreligger dock en väsentlig skiljaktighet mellan bestämmelserna avseende frågan om *domstolskravet* i asylprocedurdirektivet och artikel 47 i stadgan. Som framgick i kapitel 4.3 ovan förutsätter artikel 13 Europakonventionen rätten till ett effektivt rättsmedel inför en nationell myndighet, sålunda inget krav på *domstolsprövning* av beslut. Såframt kan således konstateras att asylsökande ska ha tillgång till ett praktiskt och effektivt rättsmedel, dels då det förekommit kränkningar av sökandens mänskliga rättigheter men även då ansökan om asyl eller uppehållstillstånd avslås. Den tidigare rättigheten regleras av artikel 13 Europakonventionen och den senare av unionsrätten genom artikel 46.1 asylprocedurdirektivet.

Rätten till ett effektivt rättsmedel enligt asylprocedurdirektivet innefattar en full omprövning, av såväl faktiska som rättsliga fakta. Det innebär vidare att orimliga tidsfrister inte får skapa hinder för sökanden att överklaga.¹⁷⁹ Likt vad som ovan gällde för domstolsbegreppet i artikel 6.1 Europakonventionen, förutsätts i Asylprocedurdirektivet att det är frågan om en *oavhängig* och *opartisk* domstol. Dessa kriterier ska emellertid ses som formella krav för att anses utgöra ett effektivt rättsmedel i enlighet med direktivet och ska därmed, tolkas som ett mer extensivt skydd än i Europakonventionen. Professor emeritus Kay Hailbronner framhåller särskilt att den omständighet att medlemsstaternas fördömande mot krav på treinstansprövning bifölls, torde

¹⁷⁵ Artikel 3 (1), Dir. 2013/32/EU.

¹⁷⁶ Se artikel 1 och artikel 2 (b) (c) (h), (i) och (k), Dir. 2013/32/EU.

¹⁷⁷ Hailbronner, 2010, s. 1306.

¹⁷⁸ För vidare förklaringar till artikeln se Förklaringar angående EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna, (2007/C303/02), EUT C 303/17, 2007.

¹⁷⁹ Handbok om europeisk rätt rörande asyl, gränser och invandring, upplaga 2014, s. 100

innebära att medlemsstater som endast medger en instans för överklagande i vart fall måste tillförsäkra sökanden en prövning av domstol.¹⁸⁰

Det ska slutligen framhållas att listan över beslut som ska kunna överklagas med ett effektivt rättsmedel inför domstol enligt gamla artikel 39.1 (a) är exemplifierande och icke-uttömmande.

4.4 Rätt till effektiv domstolsprövning för kvalificerade säkerhetsärenden

Regeringen har besuttit rollen som instans för överprövning av kvalificerade säkerhetsärenden sedan den nya instans- och processordningen i utlännings- och medborgarskapsärenden genomfördes.¹⁸¹ Hitintills hade regeringen suttit som första beslutsinstans, vilket sålunda kom att förflyttas till Migrationsverket i samband med den nya ordningen. Även de ordinarie säkerhetsärendena enligt UtIL överprövades av regeringen fram till genomförandet av asylprocedurdirektivet. I samband med antagandet av det äldre asylprocedurdirektivet år 2005 uppkom emellertid frågan om tillämpligheten av vissa i direktivet angivna rättssäkerhetsgarantier på säkerhetsärenden. Närmare specificerat rörde frågan tillämpligheten av rätten till effektiv domstolsprövning enligt direktivet. I utredningen inför lagförslaget framhölls emellertid inställningen att LSU inte är en lagstiftning som reglerar själva asylförfarandet. Därmed menade utredaren att det saknas skäl att reglera lagen i enlighet med artikel 39.¹⁸² Lagstiftarens lösning på förevarande konflikt var att ändra instansordningen för de ordinarie säkerhetsärendena enligt UtIL så att Migrationsverkets beslut följaktligen kom att överklagas till migrationsdomstol enligt det ordinära asylförfarandet. Kvalificerade säkerhetsärenden hänförliga till LSU fick emellertid fortsatt överprövas av regeringen. Konstruktionen blev en konkret ansats till att separera de två typerna av säkerhetsärenden från varandra.

Bestämmelsen om rätten till effektiv domstolsprövning i direktivet är som ovan redogjort en ovillkorlig rätt som saknar uttryckliga undantag. Regeringen framhöll emellertid i sin motivering, beaktandesats 28 i direktivet (beaktandesats 51 i det omarbetade direktivet) som föreskriver att direktivet i enlighet med artikel 64.1 i EG-fördraget (numera artikel 72 Funktionsfördraget) inte påverkar medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla landets lag och ordning samt att skydda den inre säkerheten.¹⁸³ Vidare, argumenterade regeringen för att Asyl- och migrationsfrågan och övrig politik rörande den fria rörligheten för personer tillhör det som tidigare utgjorde avdelning IV i EG-fördraget (den första pelaren). Eftersom att frågan om lag, ordning och rikets inre säkerhet tillhör medlemsstaternas exklusiva ansvarsområde, kan det således inte inskränkas av bestämmelser i avdelning IV i EG-fördraget.¹⁸⁴ Härmed, menade regeringen, att bestämmelser i direktivet som inkräktar på medlemsstaternas ansvar för rikets säkerhet enligt artikel 64.1 i EG-fördraget (artikel 72 Funktionsfördraget) inte äger tillämplighet. Artikel 64.1 EG-fördraget utgör således en del av primärrätten och en begränsning av EU:s kompetens, den äger därmed företräde framför sekundärrätten (däribland asylprocedurdirektivet).

¹⁸⁰ Hailbronner, 2010, s. 1306.

¹⁸¹ Se här Prop. 2004/05:170.

¹⁸² Se SOU 2006:61, s. 208 f.

¹⁸³ Prop. 2009/10:31, s. 239.

¹⁸⁴ A.prop. s. 240.

Flera remissinstanser framhöll emellertid att förevarande lösning strider mot våra internationella åtaganden om mänskliga rättigheter, varför även ärenden enligt LSU torde överklagas till domstol. Kammarrätten i Stockholm anförde till stöd härvid att Migrationsöverdomstolen redan är delaktig i handläggningen av ärenden enligt LSU i frågan om det för regeringen bindande yttrandet om verkställighetshinder. Justitiekanslern (JK) förde ett liknande resonemang i vilket tyngdpunkten vilade på de betydande likheter som föreligger mellan förfarandet enligt UtL respektive LSU.¹⁸⁵ Det kan härvid vara av intresse att särskilt återge nedanstående utdrag ur JK:s remissvar till betänkandet,

En utlänning som blir föremål för ett säkerhetsärende enligt utlänningslagens bestämmelser kan många gånger antas omfattas även av möjligheterna till utvisning ur landet med stöd av LSU. Lagarnas tillämpningsområden överlappar alltså delvis varandra. Prövningen av säkerhetsärendena och ärendena enligt LSU kan vidare antas ske med hänsyn till delvis samma omständigheter. Den av utredningen föreslagna ordningen innebär att förfarandet i säkerhetsärendena – innefattande domstolsprövning – kommer att skilja sig åt från den prövning som enligt LSU skall ske av Migrationsverket och regeringen och som därefter i vissa fall skall kunna rättsprövas. Flera synpunkter kan anläggas på att förfarandena är utformade på olika sätt. En särskild konsekvens av en sådan nyordning torde vara att Migrationsverket och regeringen, oavsett en domstols avgörande av ett säkerhetsärende, efter domstolsprövningen många gånger alltjämt har möjlighet till utvisning enligt LSU av utlänningen ifråga. Oavsett om en möjlighet till rättsprövning av regeringens beslut i vissa fall införs eller inte, torde därmed den reella innebörden av domstolsprövningen av säkerhetsärendena kunna ifrågasättas.

I min mening poängterar JK i det ovana citerade en beaktansvärd omständighet, vilket är att tillämpningsområdet för säkerhetsärenden enligt UtL och enligt LSU i stora delar överlappar. Detta är intressant och väsentligt att poängtera av flera anledningar. Dels i förhållande till regeringens bedömning kring asylprocedurdirektivets tillämpbarhet avseende endast de kvalificerade säkerhetsärendena, i vilket regeringen vidhållit att LSU i motsats till motsvarande förfarande enligt UtL inte reglerar asylförfarandet, dels är det en poäng som återigen skildrar den beslutsmakt som tillfaller Säkerhetspolisen vilka äger rätten att klassificera säkerhetsärenden.

¹⁸⁵ JK:s remissyttrande över betänkandet SOU 2006:61, diariernr. 4557-06-80.

4.4.1 EU:s kompetens i frågor rörande medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla lag, ordning och den inre säkerheten

Undantaget som regeringen åberopar till stöd för sin motivering återfinns idag i artikel 72 Funktionsfördraget. Bestämmelsen har inte sett några ändringar av lydelse sedan motsvarande bestämmelse i artikel 64.1 EG-fördraget trädde ur kraft.

Genom att Maastrichfördraget trädde i kraft 1993 upprättades jämte Europeiska Gemenskapen (EG) ett nytt samarbete utgörandes av Europeiska unionen (EU). De två fördragen ansvarade följaktligen parallellt för olika samsamarbetsområden, s.k. *pelare*.¹⁸⁶ EG-fördraget svarade huvudsakligen för områden hänförliga till den inre marknaden och valutan (den första pelaren) och EU-fördraget reglerade samarbetet för unionen som helhet, huvudsakligen hänförligt till den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitiken (den andra pelaren) och det polisiära och straffrättsliga samarbetet (den tredje pelaren).¹⁸⁷ Samarbetet i den första pelaren utgjorde till skillnad från övriga samsamarbetsområden ett överstatligt samarbete. Samarbetet inom den andra och tredje pelaren var således mellanstatliga.¹⁸⁸ Det sistnämnda innebär ett samarbete grundat på internationella konventioner i vilket medlemsstaterna innehar ett större självbestämmande, förutsatt att de följer de av konventionen angivna förpliktelserna. Det överstatliga samarbetet är likt det mellanstatliga samarbetet grundat på konventioner men ger medlemsstaterna ett begränsat eget handlingsutrymme. Det karakteriseras av att medlemsstaterna i högre grad överlåter kompetensen att fatta för medlemsstaterna bindande beslut till vissa överstatliga organ.¹⁸⁹

Som regeringen anförde tillhörde området för visering, asyl, invandring och annan politik rörande fri rörlighet för personer en del av den första samsamarbetspelaren. Ursprungligen tillhörde dock dessa frågor den tredje pelaren. I samband med Maastrichfördraget blev emellertid viseringspolitiken en del av EG och därmed en del av den första pelaren. Utvecklingen fortskred härvid ytterligare genom Schengenavtalet år 1990, som genom Amsterdamfördraget fördes in i EG-fördraget och därmed förde in frågor om asyl och invandring till den första pelaren.¹⁹⁰

I samband med att Lissabonfördraget trädde i kraft den 1 december 2009 frångick man emellertid det tidigare trepelarsystemet. Idag styrs som nämnt EU-samarbetet huvudsakligen av Funktionsfördraget och Unionsfördraget. Frågan om asyl och invandring tillhör numera det beskrivna området med frihet, säkerhet och rättvisa i avdelning V i Funktionsfördraget.¹⁹¹

Asylprocedurdirektivet härleder i egenskap av sekundärrättskälla sin rätt från den kompetens att lagstifta som ges genom förevarande avdelning i Funktionsfördraget. EU:s kompetens i frågan återfinns numera i artikel 79 Funktionsfördraget. Som framhållet av regeringen, stadgar

¹⁸⁶ Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 13.

¹⁸⁷ A.a. s. 21, Allgårdh & Norberg, 2006, s. 63 & s. 70.

¹⁸⁸ Allgårdh & Norberg, 2006, s. 70.

¹⁸⁹ Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 6 f.

¹⁹⁰ Allgårdh & Norberg, 2006, s. 74 f.

¹⁹¹ Bernitz & Kjellgren, 2010, s. 317.

artikel 72 Funktionsfördraget (tidigare artikel 64.1 i avdelning IV i EG-fördraget) att förevarande avdelning inte ska påverka medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla lag och ordning samt skydda den inre säkerheten. Regeringen menar således att en exklusiv rätt för medlemsstaterna att upprätthålla lag och ordning samt skydda den inre säkerheten följer av bestämmelsen, varför rätten till effektiv domstolsprövning i direktivet inte äger tillämplighet för kvalificerade säkerhetsärenden. Frågan som kan ställas är härvid om regeringen har gjort en för unionsrätten ändamålsenlig och korrekt tolkning av artikeln.

Regelverket för EU:s beslutsfattande och kompetens i asylområdet har som påvisat utvecklats från att ha varit en del av det mellanstatliga samarbetet i den tredje pelaren med en begränsad kompetens för Rådet, Europaparlamentet och Kommissionen, till att utgöra en del av det överstatliga samarbetet i den första pelaren.¹⁹² Genom Amsterdamfördraget tillkom artikel 63 i EG-fördraget, vars punkter 3 och 4 stadgade rätten som tillföll gemenskapen. Genom Lissabonfördraget överfördes förevarande bestämmelse till artikel 79 Funktionsfördraget. Asyl- och migrationsfrågan hör emellertid fortfarande till EU och medlemsstaternas delade kompetens, men ändringarna som genomfördes av artikel 63 EG-i samband med ikraftträdandet av Lissabonfördraget ger ändå visst sken av en ökad kompetens för unionen. I samband med att bestämmelserna i artikel 63 EG-fördraget flyttades över till artikel 79 Funktionsfördraget genomfördes ett antal ändringar vilka resulterade i att artikeln idag endast består av de tidigare punkterna 3 och 4 i artikel 63 EG-fördraget. Peers menar att detta, jämte hänvisningen till ”en gemensam invandringspolitik” i artikeln torde tolkas så att det nu är enklare att rättfärdiga en mer extensiv bestämmanderätt för EU i överensstämmelse med proportionalitets- och subsidiaritetsprincipen och vidare - vilket är av särskild betydelse för förevarande fråga - att det begränsar möjligheterna att argumentera för att det finns områden inom asyl- och migrationsrätten i vilka EU saknar kompetens.¹⁹³

Inledningsvis kan anföras att det redan av Maastrichfördraget framgick att EU-fördraget inte kunde påverka medlemsstaternas ansvar avseende upprätthållandet av nationell lag och ordning samt att skydda den inre säkerheten (på engelska kallat ”public order powers”). I samband med att frågan vid ikraftträdandet av Amsterdamfördraget förflyttades till det överstatliga samarbetsområdet i den första pelaren, hamnade bestämmelsen i artikel 64.1 EG-fördraget.¹⁹⁴ Frågan om de legala effekterna av artikel 64.1 EG-fördraget, särskilt frågan om vilken innebörd den skulle anses ha för EU:s kompetens i asylområdet har sedermera varit föremål för omfattande kontroverser. Behovet av doktrin som utreder kompetensfrågan har stärkts ytterligare av faktumet att artikel 64.1 aldrig blev föremål för domstolens tolkning.¹⁹⁵ Härmed torde en analys av rättsläget bäst göras med stöd av doktrin och det hittills redovisade institutionella ramverket för EU:s rättsordning.

¹⁹² Peers, 2012, s. 12.

¹⁹³ Bortsett från det uttryckliga undantaget i artikel 79.5 Funktionsfördraget om medlemsstaternas rätt att bestämma hur många tredjelandsmedborgare som får beviljas inresa från ett tredjeland för att söka sysselsättning, Peers, 2012, s. 13.

¹⁹⁴ Art. K nr. 2 Maastrichfördraget, Hailbronner, 2010, s. 3.

¹⁹⁵ Peers, 2012, s. 21.

Vissa menade att det skulle tolkas så att bestämmelsen snarare endast stadgar medlemsstaternas privilegier att utöva s.k. public order powers även avseende avdelning IV. Därmed kan undantagsartikeln, likt motsvarande bestämmelse inom området för den fria inre marknaden¹⁹⁶, inte begränsa de nya EU-kompetenserna och likväl domstolens kompetens att inspektera medlemsstaternas korrekta utövande av public order powers inom ramen för EU-rätten. Annorlunda uttryckt har artikeln av somliga tolkats som att den endast innehåller en förklaring om medlemsstaternas rätt till public order powers, men som således inte begränsar EU:s kompetens att granska medlemsstaternas bedömningar och kompatibilitet med EU-rätten. Det sagda skulle i förlängningen innebära att om domstolens uttalanden rörande undantaget för public order powers avseende *den fria marknaden* skulle appliceras fullt ut även i avdelning IV EG-fördraget, skulle den nationella rätten i artikel 64 tolkas restriktivt. Frågan om upprätthållandet av nationell lag och ordning samt den inre säkerheten för området i avdelning IV blir därmed underkastat den av domstolen utvecklade proportionalitetsbedömningen för den fria marknaden, i vilken det offentliga intresset vägs mot grundläggande marknadsfriheter.¹⁹⁷

Frågan är emellertid om ovanstående analogiska tolkning kan göras helt utan vidare. Som påpekat av Hailbronner, finns stora olikheter mellan undantagen för public order för marknadsfriheterna respektive för medlemsstaternas förklaring om rätt till public order powers under artikel 64.1 EG-fördraget. Inledningsvis kan framhållas den annorlunda ordalydelsen. Bestämmelsen i artikel 64.1 har ett mer extensivt omfång i tolkningen av ”upprätthållande av lag och ordning och skydda den inre säkerheten”. Vidare och allra mest angeläget, är omständigheten att artikel 64.1 EG-fördraget är tillämpligt vid kontroll av personer från tredje länder och statslösas inträde och vistelse i riket, vilka i motsats till EU-medborgare saknar rätt till fri rörlighet enligt fördraget¹⁹⁸. Därmed torde rena analogier till de av domstolen utvecklade principerna hänförliga till den fria rörligheten för unionsmedborgare inte göras rakt av.¹⁹⁹ Det anförda kan sammanfattas i att avdelning IV inte fastställer individuella rättigheter till fri rörlighet. Istället upprättar den en EU-rätt som beskriver villkoren under vilka medborgare till tredjeländer får inträda och vistas i medlemsstaternas territorium. Det anförda talar således för att en tolkning av begreppet allmän ordning och säkerhet i enlighet med motsvarande tolkning för marknadsfriheterna bortser från mycket grundläggande skillnader mellan de olika ramverken.²⁰⁰ Detta utesluter emellertid inte att viss analog tolkning kan tas till hjälp. Sett i ljuset av att Rådet i Tammefors trots allt förkunnade att tredjelandsmedborgare ska tillerkännas en nästan jämförlig legal status som unionsmedborgare, torde konceptet om tredjelandsmedborgares individuella rättigheter kunna stöttas av vissa analoga liknelser från tolkningen av public order exceptions hänförligt till den fria marknaden. Hailbronner menar därför slutligen, att det är osannolikt att domstolen kommer fästa avgörande vikt vid olikheterna mellan public order exceptions i den fria marknaden och public order exceptions i förevarande fall.²⁰¹ Det innebär således att den av

¹⁹⁶ Artikel 39.1 EG-fördraget.

¹⁹⁷ Hailbronner, 2010, s. 4.

¹⁹⁸ Numera artikel 26 Funktionsfördraget.

¹⁹⁹ Hailbronner, 2010, s. 4.

²⁰⁰ A.st.

²⁰¹ A.a. s. 5.

domstolen utvecklade proportionalitetsbedömningen torde göras gällande även vid åberopande av public order exceptions i förevarande avdelning.

Artikel 72 FEUF (tidigare artikel 64.1 EG-fördraget) affirmerar således att frågan om medlemsstaternas lag och ordning och upprätthållande av den inre säkerheten inte kan regleras totalt genom ett fullt enhetligt europeiskt regelverk. Det finns härvid ett diskretionärt utrymme för medlemsstaterna. Bestämmelsen kan därmed även sägas ställa upp en gräns för den möjliga harmoniseringen av medlemsstaternas hantering av lag och ordning och upprätthållande av den interna säkerheten.

Vidare kan artikel 276 Funktionsfördraget framhållas. Artikel 276 utgör en begränsning av domstolens befogenheter att pröva giltigheten eller proportionaliteten av insatser som polis eller andra brottsbekämpande organ gör i en medlemsstat, eller av medlemsstaternas utövning av sitt ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten. Begränsningen är emellertid endast avsedd för bestämmelserna i tredje delen avdelning V, kapitlen 4 (straffrättsligt samarbete) och 5 (polissamarbete) och således inte, kapitel 2 till vilket asyl och invandring hör.²⁰² Hailbronner sammanfattar detta i,

Generally speaking, as long as the Member States remain ultimately responsible under art. 72 TFEU for the maintenance of public order and security, no EU rules are supposed to exist which the Court may apply in exercising judicial control irrespective of art. 276 TFEU.²⁰³

Även Peers har sökt utröna huruvida artikel 72 Funktionsfördraget utgör en begränsning av EU:s kompetens i området asyl och migration. Bestämmelsen ska enligt Peers tolkas så att den bekräftar att medlemsstaternas användande av tvingande åtgärder i syfte att uppfylla förpliktelser som har fastställts och antagits i enlighet med bestämmelserna avseende området med frihet, säkerhet och rättvisa i förordningarna, lämnas åt medlemsstaternas myndigheter. Detta gäller i synnerhet i frågan om frihetsberövande och användning av våld. EU:s institutioner är därmed begränsade till att stödja åtgärder från nationella myndigheter, förutom (och endast) i den utsträckning som fördraget ger uttryckta befogenheter att agera mot sådana organ.²⁰⁴

Undantaget bör således inte ses som en begränsning av själva *ämnesområdet*, vilket EU är behörigt att adressera. Det bör snarare menar Peers, ses som en regel avseende fördelningen av befogenheter mellan EU och medlemsstaterna avseende *utförandet* av nödvändiga operativa åtgärder för att implementera EU:s regler. Härvid kan undantaget i artikel 79.5 Funktionsfördraget lyftas fram som ett exempel på en situation där man velat begränsa unionens kompetens i vissa rättsliga och inrikesfrågor.²⁰⁵ Som noteras, har detta gjorts genom ett uttryckligt undantag i artikel 79.5 Funktionsfördraget. Därmed torde vidare kompetensbegränsningar över specifika

²⁰² Hailbronner, 2010, s. 5.

²⁰³ A.a. s. 6.

²⁰⁴ Peers, 2012, s. 21.

²⁰⁵ Se not 193 ovan för förklaring till artikeln.

frågor inte kunna utläsas från en allmän bestämmelse så som artikel 72.²⁰⁶ Det kan även framhållas att domstolen i ett äldre mål har yttrat att invandningsfrågor inte ska ses som en generell grupp som undantas med hänsyn till allmän ordning. I målet anför domstolen att,

Frankrikes argument, enligt vilket utlänningspolitiken i sin helhet faller utanför det sociala området, eftersom denna berör sådana frågor om allmän säkerhet som står under staternas eget ansvar, kan inte godtas. Medlemsstaterna kan visserligen inom ramen för sin utlänningspolitik vidta åtgärder i fråga om arbetstagare från tredje land antingen genom att anta interna regler eller genom att förhandla fram internationella avtal som bygger på hänsyn till allmän ordning, allmän säkerhet och allmän hälsa och som därför står under deras eget ansvar. Därav följer emellertid inte nödvändigtvis att invandningspolitiken gentemot tredje land i sin helhet omfattas av allmän säkerhet.²⁰⁷

Regeringen förefaller således ha gjort en extensiv tolkning av undantaget i tidigare artikel 64.1 EG-fördraget. Den generella undantagsmöjlighet som regeringen har medgett kvalificerade säkerhetsärenden finner således inte stöd, varken vid analys av EU:s kompetensfördelning eller av doktrin. Av intresse i detta sammanhang är ett citat från Hailbronner som lyfts fram i ett remissvar från Juridiska fakultetsstyrelsen i Lund. Hailbronner anför att, ”Article 64 EC will have to be interpreted in a more restrictive sense, attributing responsibility only to the prevention of *imminent* (min kursivering) dangers of the maintenance of law and order and internal security.”²⁰⁸ Hailbronner, med stöd av professor Noll menar således att artikeln är avsedd att åberopas vid förekomsten av *överhängande* hot. Som har framgått är de generella bevis- och misstankekraven för handläggning av kvalificerade säkerhetsärenden inte av beaktansvärd styrka. Huruvida en presumtiv risk över huvud taget kan kvalificeras för ett nära förestående, överhängande hot kan diskuteras men det torde i vart fall krävas viss konkretion i misstankarna, varför det är en fråga om förutsättningarna i det enskilda ärendet och således inte ett generellt undantag för kvalificerade säkerhetsärenden.

Noll framhåller dock även att en strikt bokstavstolkning av tidigare avdelning IV och artikel 64.1 EG-fördraget i och för sig kan föranleda grund för regeringens tolkning, dvs. att det följer en generell och exklusiv lagstiftningskompetens för medlemsstaterna i området för asyl och migration och den fria rörligheten. Det rör sig alltså delvis om vad som har tolkats om medlemsstaternas lagstiftningskompetens enligt avdelning IV EG-fördraget och delvis om vad som har tolkats om artikel 64.1, antingen den ena eller den andra förs ad absurdum, menar Noll. Regeringens tolkning skulle kunna liknas vid det av Frändberg förespråkade tillvägagångssättet att avhjälpa otydliga rättsregler. Frändberg framhåller som anfört att tolkning av vaga rättsregler huvudsakligen ska grundas på klassisk bokstavstolkning vari förutsebarheten i vart fall tillförsäkras. Saken kompliceras dock av att den anförda tolkningen av artikel 64.1 EG-fördraget förefaller ha gjorts extensivt i förhållande till det som uttrycks i förarbeten och unionens utöv-

²⁰⁶ Peers, 2012, s. 22.

²⁰⁷ Tyskland m.fl. mot Kommissionen i de förenade målen 281-283, 285 och 287/85, punkt 25.

²⁰⁸ Hailbronner, The treaty of Amsterdam and Migration law, 1 Eur. J. Of Migration of law 15,1999 genom Yttrande, Dnr J 2008/770, professor Gregor Noll för juridiska fakulteten Lund.

ning i allmänhet, vilket inte stämmer med Frändbergs resonemang i vilket han menar att rättstillämparen ska avstå från såväl teleologiska tolkningar som extensioner. Jag får instämma i den senare premissen men förhåller mig desto tveksammare till frågan om att hämta stöd i teleologiska resonemang. Orsaken till detta är det ofta påfordras en teleologisk jämförelse för att följaktligen kunna utesluta vad som torde inbegripas i ett extensivt slut. Det anförda får även ses i sammanhanget att EU-rätten utgör ett eget rättssystem vars rättsakter utgör resultatet av förhandlingar och kompromisser mellan medlemsstaterna. Följaktligen erfordras ett annorlunda tillvägagångssätt för läsning och tolkning av EU-rätten. I detta sammanhang får också framhållas att det inte står klart huruvida Frändberg över huvud taget har avsett förevarande teoretiska resonemang att tillämpas på europarättsliga spørsmål. Om han emellertid inte har gjort en sådan distinktion finns således ändå som nu redogjort anledning att vara försiktig.

Den primära källan för tolkning av EU-rätten utgörs emellertid av EU-domstolen som i första hand utgår från en *texttrogen* tolkning.²⁰⁹ Däremot har domstolen framhållit att det inte går att förbise riskerna som uppstår genom att medlemsstaterna har olika språkversioner av texterna. Domstolen har därför belyst att en tolkning av EU-rättsliga bestämmelser innefattar en jämförelse mellan de olika språkalternativen.²¹⁰ Inledningsvis är det därmed av intresse att göra en sådan jämförelse. Den engelska texten för artikel 64.1 EG-fördraget var formulerad enligt följande,

”This title shall not affect the exercise of the responsibilities incumbent upon Member States with regard to the maintenance of law and order and the safeguarding of internal security”.

Vid en jämförelse med den svenska fördragstexten,

”Denna avdelning skall inte påverka medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten”

finner läsaren att ordet ”exercise” saknar motsvarighet i den svenska lydelsen. Följden av detta är att en texttrogen tolkning av blott den svenska fördragstexten ger en mer omfattande och generellt verkande kompetens till medlemsstaterna. Av denna anledning utgör i praktiken den teleologiska tolkningen den primära tolkningsmetoden för EU-domstolen. I EU-domstolens dom den 14 oktober 1999 målet C-223/98 Adidas AG, uttalade domstolen särskilt att tolkning av gemenskapsrättsliga bestämmelser inte endast kan utgå från ordalydelse utan också måste beakta dess sammanhang och dess bakomliggande syften. Vidare, framfördes att i förekommande fall där en bestämmelse kan tolkas på flertalet sätt, ska företräde ges det ändamålsenliga tolkningsalternativet.²¹¹ I enlighet med vad som har framkommit av förevarande utredning förefaller den av Sverige genomförda tolkningen varken finna stöd i en för Unionsrätten teleologisk tolkning eller i en jämförande texttrogen tolkning.

²⁰⁹ Allgårdh & Norberg, 2006, s. 87.

²¹⁰ Se t.ex. mål 283/81, CILFIT mot Ministero della Sanità och mål 19/67 Sociale Verzekeringsbank mot Van der Vecht.

²¹¹ EU-domstolens dom den 14 oktober 1999, målet C-223/98, Adidas AG.

Slutligen, vill jag också framhålla beaktandesats 50 i det omarbetade asylprocedurdirektivet som lyder,

En grundläggande princip i unionsrätten återspeglas i det faktum att beslut som fattats om en ansökan om internationellt skydd, beslut om att inte ta upp prövningen av en ansökan på nytt efter det att den har avbrutits och beslut om återkallande av flyktingstatus eller status som subsidiärt skyddsbehövande är föremål för ett effektivt rättsmedel inför domstol eller tribunal.

Beaktandesatsen, som följs av den av regeringen åberopade beaktandesatsen 51 (tidigare 28) tyder också på att det inte har funnits en avsikt att skapa ett förbehåll varigenom medlemsstaternas kompetens enligt fördraget expanderas.²¹² Tvärtom, så måste hänsyn ha tagits till primärätten, däribland artikel 64.1 EG-fördraget vid direktivets tillkomst.

²¹² Lydelsen av beaktandesats 51 är, ” I enlighet med artikel 72 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) påverkar detta direktiv inte medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten.”.

5. Resultat och slutsatser

5.1 Introduktion

Syftet med uppsatsen har varit att undersöka lagstiftarens hantering av vissa särskilda spörsmål som i hög grad aktualiserar avvägningar mellan den enskildes rättssäkerhet, däri inbegripet de traditionella värdena om förutsebarhet, legalitet och skydd mot godtycklighet och å andra sidan regeringens yttersta ansvar mot sina medborgare att effektivt upprätthålla den nationella säkerheten. Vad som kan sägas avseende båda uppsatsens frågeställningar är att det har framgått att de rättssäkerhetsfrågor som har aktualiserats inom ramen för respektive fråga i förekommande fall har beaktats och värderas av lagstiftaren, vilket i sig tyder på att lagstiftaren är mån om att värna om de rättsstatliga idealen. Uppsatsen har hitintills med utgångspunkt i de i uppsatsen ställda frågeställningarna undersökt och analyserat beviskravet och rätten till domstolsprövning i asylprocedurdirektivet i förhållande till LSU. I det följande ska resultatet av de av lagstiftaren genomförda avvägningarna diskuteras och slutligen sammanfattas i en slutsats avseende huruvida de konstruerade lösningarna kan anses tillgodose den enskildes rättssäkerhet i förfarandet.

5.2 Om beviskravet

Avsikten i denna del av uppsatsen har varit att undersöka vilket tolkningsutrymme som ges avseende beviskravet för att kunna utvisa en person med stöd av LSU, eller annorlunda uttryckt med vilken säkerhet ett beslut om att utvisa en presumtivist farlig person kan fattas med stöd av lagen. Utredningen har i anledning av detta kommit att huvudsakligen koncentreras kring det i 1 § lägst ställda bevisuttrycket ”kan befaras” eftersom att detta beviskrav som påvisat möjliggör ett större tolkningsutrymme, varigenom de allra yttersta ramarna för att kunna utvisa en person med stöd av LSU sätts. Rättssäkerhetsfrågan analyseras således med fördel utifrån det lägst ställda beviskravet.

Att överhuvudtaget söka utreda bevisuttryck inom ramen för förvaltningsrättsliga ärenden har visat sig vara en jämförelsevis otacksam ansats. De förvaltningsrättsliga ärendena saknar samma metodologiska systematisering som finns att tillgå i den civilrättsliga- och den straffrättsliga processen. Detta har som konstaterat delvis sin grund i det stora ärendeomfång som ryms inom den förvaltningsrättsliga sfären men också, vilket är desto beklagligare, att rättstillämpningen i detta avseende förefaller vara inkonsekvent.²¹³ Behovet av systematisering av bevis- och sannolikhetsuttryck har icke desto mindre en betydande roll i att minska det rättsliga utrymmet för godtycklighet och därigenom öka möjligheterna för den enskilde att förutse den rättsliga utgången. Det anförda torde också medföra en ökad sannolikhet för en enskild som drabbats av ett negativt beslut att ändå finna det legitimt.

Inom ramen för utredningen har det särskilt i frågan om beviskrav, funnits anledning att se till förarbeten, praxis och doktrin. Praxis och doktrin vill jag härvid framhålla som särskilt betydelsefulla källor. Genom praxis konkretiseras och utmejslas vad som fordras för beviskravets

²¹³ Diesen, 2012, s. 223 f.

uppfyllnad. Doktrins roll är härvid att systematisera det som framgår av praxis i förhållande till övriga rättskällor för att på ett mer övergripande plan skildra likheter och tillika svagheter i rättstillämpningen.²¹⁴

Av det i förarbetena tillgängliga diskussionsmaterialet har det påvisats att en inkoherent användning av olika bevisuttryck även framgår i denna ärendegrupp. Det har således framgått att hänvisningar görs till diverse bevisuttryck, bl.a. inbegripandes ”på goda grunder”, ”kan befaras”, ”anledning att befara” och ”anta”. Att det härvid saknas konkretiseringar av vad som ska anses krävas i anslutning till respektive beviskrav tyder på, som Diesen anført, att bevisuttrycken snarare ska ses som ett uttryck för att bevisen i det enskilda fallet är *tillräckliga*.²¹⁵ Detta väcker särskilt i förhållande till de ingripande rättsverkningar som kan följa av ett beslut enligt lagen, stora farhågor för godtycklighet. För en sådan ordning talar emellertid de starka säkerhetsintressen som ligger bakom lagstiftningen. Vidare måste viss bevislättning medges för att lagen effektivt ska kunna verka för sitt preventiva syfte.

Med hänsyn till den stränga sekretess som råder har det saknats möjlighet att se till den faktiska rättstillämpningen av kvalificerade säkerhetsärenden. Däremot har jag med stöd av doktrin och viss analog ledning kunnat konstatera att det ställda beviskravet inte bara är oprecist, utan därtill även lågt ställt. Denna kombination skapar således en beklämmande situation för det rättssubjekt som ska söka utröna vilket beviskrav den har att förhålla sig till.

Det framhålls att bevisvärdering i förvaltningsprocessen i stor omfattning hänförs till framtidsprognoser, vilket likväl är fallet för kvalificerade säkerhetsärenden. Detta ska således ses som en faktor som talar för att samma nivå på säkerhet inte kan ställas som i den allmänna- och i synnerhet, den straffrättsliga processen. Av den redovisade systematiseringen av bevisbegreppen har också framkommit att den erforderade styrkan i bevisningen befinner sig på en väsentligt lägre nivå än den som ställs för en fällande dom i brottmål (jfr. 30-35% mot 98%)²¹⁶. Huruvida det är möjligt att dra slutsatser kring förfarandets brottmålsliknande karaktär har emellertid inte varit ett direkt föremål för uppsatsens syfte och frågeställning. Däremot har frågan om jämställandet av vissa administrativa och straffrättsliga sanktioner i viss mån belysts och berörts. Eftersom att frågan inte utgjort ett direkt föremål för undersökningen kan emellertid inte ett svar på frågan om huruvida förfarandet kan anses utgöra ett brottmålsliknande mål ges inom ramen för förevarande uppsats. Detsamma gäller frågan om utvisning enligt lagen kan likställas med ett straff. Icke desto mindre har härigenom en för rättssäkerhetsfrågan intressant fråga belysts. Oavsett utgången i dessa frågor har det framgått att förevarande slags tydliga distinktioner mellan administrativa sanktioner och straffrättsliga förfaranden har kritiserats, vilket bl.a. belyses av fallet *Engel m.fl. mot Nederländerna*.²¹⁷ Det får i detta sammanhang också framhållas att en utvisning med stöd av LSU är ett för den enskilde väsentligt ingripande vari en även får beakta

²¹⁴ Se den förda diskussionen kring funktionen för doktrin, s. 8 ovan samt Korling & Zamboni, 2013, s. 33.

²¹⁵ Diesen, 2012, s. 223.

²¹⁶ Se härvid avsnitt 3.3.1.

²¹⁷ Se ovan sidan 32.

vad en terroristklassificering innebär för individens framtida möjligheter att söka fristad i ett annat land.

Det finns anledning att återanknyta till frågan om den nedsatta bevissäkerheten som åberopas till följd av bedömningar baserade på prognoser. Att laborera med framtidsprognoser är som delvis har framgått, inte ett unikt fenomen för den förvaltningsprocessuella ordningen. I den straffrättsliga kontexten förekommer det som exemplifierat såväl vid bedömning om häktningsgrunder som för hämtning till förhör. Att flertalet av de gärningar som omfattas av terroristbestämmelserna dessutom genom 23 kap. Brottsbalk (1962:700) (BrB) redan är straffbara innan genomförandestadiet talar mot behovet av en särskild lagstiftning. Den avgörande skillnaden i detta sammanhang hade varit att det hade fordrats konkret brottsmisstanke – ett begrepp för vilket det dessutom finns ett större metodologiskt underlag. Trots att det således finns ett fungerande straffrättsligt system med tillhörande rättssäkerhetsgarantier för den enskilde, har lagstiftaren valt att konstruera ett administrativt förfarande. Det uttalade skälet – att skapa en effektiv lagstiftning – innebär i detta sammanhang en ordning vari det finns ett större diskretionärt utrymme där rättsliga beslut kan fattas med politisk präglning. Även detta kan således ifrågasättas.

Frågan om lämpligheten av att låta ett så ingripande förfarande präglas av politiska överväganden i kombination med förefintliga diffusa beviskrav försvårar den enskildes möjligheter att förutse sin rättsliga ställning. Den legala förutsebarheten, vilken särskilt framhålls av Frändberg, har i förevarande ordning fått stå tillbaka till fördel för de säkerhetspolitiska intressen som staten vill värna om. Det är också en frågan om vilka kvalifikationer regeringen har för bevisvärdering i allmänhet, särskilt i förhållande till Migrationsdomstolarna som regelmässigt hanterar bevisrättsliga spørsmål. En viss yttre säkring kan emellertid anses föreligga i Migrationsöverdomstolens ansvar för att i enlighet med 3 § LSU utreda frågan om verkställighetshinder samt den tillhörande regeln om att regeringen är bunden av yttrandet i den mån domstolen finner att det föreligger hinder. Som det inledningsvis framställda exemplet med de två egyptierna är emellertid inte heller detta en fullgod garanti. Det kan också framhållas att ett av kriterierna för att en domstolsprövning ska anses kvalificerad i artikel 46 i asylprocedurdirektivet är att domstolen ska ha behörighet att upphäva beslutet.²¹⁸ Även om Migrationsöverdomstolens yttrande är bindande för regeringen ligger dock behörigheten att upphäva beslutet fortfarande hos regeringen. Allra ytterst, skulle man kunna se domstolens ställningstagande som en specifik prövning i frågan om verkställighetshinder, men således inte domstolsprövning av själva rätten till uppehållstillstånd och flyktingstatus.

Som framgick av avsnitt 1.4 ovan skiljer sig Peczenik och Frändbergs rättssäkerhetsteorier från varandra. En gemensam nämnare utgörs emellertid av att förutsebarheten av rättsliga beslut framhålls som en av de huvudsakliga beståndsdelarna för rättssäkerheten. Det är också huvudsakligen denna faktor som har gjorts gällande i resultatet av granskningen. Granskningen av beviskravet i kapitel 3 har emellertid påvisat att möjligheterna för rättssubjektet att förutse det rättsliga utfallet avseende beviskravet är begränsade. ”Defekten”, för att använda Frändbergs

²¹⁸ Se ovan avsnitt 4.3.2.

retorik, hänförs till kravet på klara och adekvata rättsregler som i detta fall saknar tydlighet och precision.²¹⁹ Jag finner emellertid skäl att ifrågasätta det av Frändberg förespråkade tillvägagångssättet för att avhjälpa förevarande slags defekt. Som anført menar han att den mest rätts-säkra metoden att avhjälpa otydligheter med är genom strikt bokstavstolkning.²²⁰ Skälen till min inställning grundar sig emellertid i samma orsak som Frändberg anger som motskäl för tillämpning av teleologiska tolkningar, dvs. det öppnar upp för en icke förutsebar subjektivitet.²²¹ Icke desto mindre är frågan om avhjälpan av den befintliga defekten en fråga för rätts-tillämparen och således av mindre betydelse för själva konstaterandet av den bristande förutsebarheten för den enskilde.

Hittills kan således konstateras att det föreligger brister avseende den legala förutsebarheten som följer av beviskravet ”kan befaras”. Som Peczenik framhåller kan emellertid brister i den formella rättssäkerheten i vissa fall accepteras av en ökad etisk godtagbarhet, dvs. att rättsregeln eller beslutet bär förankring i etiska ställningstaganden. En fråga som härvid kan ställas är om en skulle kunna argumentera för att intresset för att staten har en effektivt fungerande möjlighet att beskydda nationens säkerhet är ett intresse som omfattar både medborgare och asylsökande som söker fristad, varför en lägre förutsebarhet kan rättfärdigas. Jag får emellertid ställa mig betänksam till ett sådant slut och om det är på ett sådant sätt den etiska godtagbarheten är tänkt att värderas.²²² Peczenik exemplifierar förevarande avvägning i att en mindre precis lagstiftning, som en generalklausul, kan motiveras om den underlättar en rättvis och etisk bedömning.²²³ Han utvecklar vidare att den materiella rättssäkerheten särskilt uppstår ur avvägningen i det enskilda beslutet vari värdena i den formella rättssäkerheten vägs mot andra etiska värden. För att ett beslut ska vara legitimt ska det med andra ord inte vara präglad av orättvisa.²²⁴ Det åligger således beslutsfattaren i det enskilda fallet att balansera ”den av lagstiftningen skapade stabiliteten och den vid tillämpningen nödvändiga flexibiliteten” för att beslutet ska anses *rättvist*.²²⁵ Det kan också uttryckas som en balans mellan förutsebarhet och rättvisa. Det anförda innebär att bedömningen av vad som anses rättvist ska göras med utgångspunkt i den enskilda mot vilken beslutet riktas.²²⁶ Den minskade förutsebarheten ska således vara till för att underlätta en rättvisare bedömning till fördel för den enskilde, vilket inte är fallet i förevarande konstruktion.

I förevarande fall brister som konstaterat bestämmelsen i formellt hänseende genom bristen på förutsebarhet. Eftersom att den minskade förutsebarheten inte kan legitimeras med skäl som syftar till att göra tillämpningen mer rättvis för den enskilde föreligger således ingen materiell rättssäkerhet. Det får också tilläggas att det med hänsyn till oklarheterna i det lågt ställda beviskravet, jämte faktumen att det därtill finns en begränsad möjlighet till kontroll och insyn och

²¹⁹ Frändberg, 2005, s. 289.

²²⁰ A.a. s. 291.

²²¹ Se resonemanget i A.a. s, 290.

²²² Se not 38 ovan ang. begreppet ”etisk”.

²²³ Peczenik, 1995, s. 12.

²²⁴ Jfr. Ibid, s. 12.

²²⁵ Peczenik, 1986, s. 44.

²²⁶ Se A.a. s. 45.

ytterligare saknas möjlighet till domstolsprövning, föreligger väsentliga omständigheter som talar för att det sammantaget saknas tillräckliga skäl för att i vart fall förankra *legitimiteten* för den enskilde. Legitimiteten framhålls emellertid även av Peczenik som en yttersta garanti för att förtroendet för rätten inte ska urholkas.²²⁷

Det anförda innebär sammanfattningsvis att tolkningsutrymmet som följer av beviskravet i 1 § LSU, särskilt det i p. 2 uttryckta ”kan befaras” är generöst. Det motiveras delvis av att lagstiftaren har företrätt en effektivt utformad bestämmelse som också ger utrymme för rättsliga beslut med politisk prägling. Svårigheterna i att konstruera förevarande slags bestämmelse så att både effektivitetsideal och rättssäkerhetsideal tillgodoses är emellertid inte oväsentliga. Ett lägre beviskrav i sig torde således även ur ett rättssäkerhetsperspektiv kunna legitimeras. Eftersom att det här emellertid rör sig om ett lågt beviskrav kombinerat med bristande underlag för vad som ska anses inbegripas i kravet, är det således tveksamt om bestämmelsens utformning kan anses försvarbar ur ett rättssäkerhetsperspektiv.

5.3 Om rätten till effektiv domstolsprövning för kvalificerade säkerhetsärenden

Syftet med denna del av uppsatsen kan sägas ha varit tvådelad. Inledningsvis har jag utrett och analyserat huruvida lagstiftaren har gjort en rimlig tolkning avseende den bristande tillämpligheten av artikel 46 (tidigare 39.1) i asylprocedurdirektivet. Den andra delen består följaktligen i att återanknyta till uppsatsens övergripande syfte vari jag ska analysera huruvida förevarande ordning som föranletts av lagstiftarens tolkning är tillfredsställande för den enskilde ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Även här kan framhållas att det har framgått att de rättssäkerhetskonflikter som uppstår i vart fall har gjorts föremål för värdering under lagstiftningsprocessen. Regeringen har sedermera gjort en tolkning av rättsläget som inte vunnit fullt stöd bland remissinstanserna och som påvisat, även har ifrågasatts inom ramen för vad som har framgått av denna analys och utredning.

Ett inledande spørsmål rör frågan om förfarandet enligt LSU över huvud taget ska anses utgöra en del av handläggningen av ett asylärende (mot vilket direktivet riktar sig). Regeringen har framhållit att så inte är fallet. Sett till de omfattande likheter som föreligger mellan säkerhetsförfaranden enligt LSU och Util är detta besynnerligt. Det går heller inte att frånse den historiska utvecklingen av lagen, av vilken det framgår att ärendegruppen tidigare i sin helhet varit en del av lagstiftningen i Util. Ytterligare ett skäl som talar mot regeringens förhållning utgörs av artikel 3.3 i det äldre asylprocedurdirektivet, av vilken det framgick att länder som liksom Sverige utreder frågan om asyl jämte andra skyddsgrunder ska tillämpa direktivet på samtliga delar. Utredningen har också påvisat att det vid direktivets tillkomst har beaktats att medlemsstaterna har olika interna organisatoriska lösningar för hantering av säkerhetsärenden, vilket tyder på att det inte har funnits en avsikt att härvid begränsa EU:s kompetens.

Den övervägande delen av utredningen av förevarande fråga har följaktligen berört huruvida artikel 72 Funktionsfördraget (tidigare artikel 64.1 EG-fördraget) utgör en begränsning av EU:s kompetens i området för asyl och migration. Artikel 72, som stadgar att avdelningen inte ska

²²⁷ Jfr. Peczenik, 1995, s. 16 samt s. 49.

påverka medlemsstaternas ansvar för att upprätthålla lag och ordning och skydda den inre säkerheten, hänförs till avdelning V i Funktionsfördraget som reglerar området för frihet, säkerhet och rättvisa - i vilket frågan om asyl och migration ingår. Avdelningen tillhör det som tidigare benämndes *den första pelaren*, som utgjorde ett överstatligt samarbete. I avdelning V Funktionsfördraget regleras således hur samarbetet avseende bl.a. asyl och migration ska bedrivas mellan medlemsstaterna i unionen. Frågan som har analyserats är således tvådelad även här. Dels är det frågan om vad avdelning V konstituerar angående kompetensfördelningen och dels en tolkning av artikel 72 i förhållande till avdelning V.

För att besvara den första frågan kan viss ledning finnas i konstruktionen av den nya artikel 79 Funktionsfördraget som endast motsvarar punkterna 3 och 4 i tidigare artikel 63 EG-fördraget, vilket av bl.a. Peers har tolkats som att en mer extensiv bestämmanderätt tillfaller EU i frågor rörande asyl och migration.²²⁸ Det kan också framhållas att bestämmelsen i det avseende det förefaller att man velat ha undantag har infört uttryckliga sådana i punkterna 4 och 5 av vilka det tydligt framgår att artikeln inte begränsar vissa av medlemsstaternas särskilda lagstiftningskompetenser. Det finns således särskild anledning att ifrågasätta den svenska konstruktionen sedan ikraftträdandet av Lissabonfördraget och premisserna som följer av Funktionsfördraget, särskilt i ljuset av en ändamålsenlig tolkning av EU-rätten. Ikraftträdandet av Lissabonfördraget har ändrat den rättsliga grunden för det europeiska lagstiftandet i asyl- och migrationslagstiftningen. Detta kan väntas påverka inte bara framtida EU-lagstiftning, men också domstolens tolkning av befintliga rättsakters överensstämmande med primärrätten. Hailbronner menar vidare att artikel 78 Funktionsfördraget torde medföra att begreppet ”ett gemensamt europeiskt asylsystem” fortsättningsvis kommer klassificeras som en del i den primära EU-rätten varigenom medlemsstaterna ska arbeta för ett enhetligt asylregelverk.²²⁹ Asylprocedurdirektivet har för detta uttalade ändamål ansetts utgöra en av de huvudsakliga direktiven. Eftersom att artikeln möjliggör en större harmonisering av materiell och processuell asyllagstiftning, kommer det krävas en omprövning av det stora utrymme som i vissa fall har givits medlemsstaterna för skönsmässiga bedömningar genom vilka medlemsstaterna tillåts avvika från de överenskomna miniminormerna.²³⁰

Avseende frågan om tolkningen av artikel 72 Funktionsfördraget (artikel 64.1 EG-fördraget) har konstaterats att lagstiftaren har gjort en extensiv tolkning av den rätt som tillfaller medlemsstaterna enligt artikeln. Regeringens tolkning innefattar att varje förekommande fall av kvalificerade säkerhetsärenden aktualiserar undantaget i artikeln, innebärandes att ärendekategorin i det fullo har undantagits rätten till domstolsprövning enligt asylprocedurdirektivet. Här kan anmärkas på, som också framhållet av regeringen, att både säkerhetsärenden enligt UtIL och LSU inbegriper ett stort omfång ärenden i vilka säkerhetsaspekterna kan göras gällande på olika vis och med olika styrka. Tillämpningsområdet för säkerhetsärenden enligt UtIL och LSU överlappar således i stora delar. Regeringens tolkning har emellertid varit att det inte är möjligt att göra avsteg från rättssäkerhetsgarantierna som följer av direktivet på ett sådant sätt att hela

²²⁸ Peers, 2012, s. 13.

²²⁹ Hailbronner, 2010, s. 8.

²³⁰ A.st.

ärendekategorin för säkerhetsärenden undandras dess tillämpningsområde, varför en särskild underkategori avseende kvalificerade säkerhetsärenden har upprättats. Det får i anslutning till detta anföras att det är välkomnat att i vart fall säkerhetsärenden enligt UtIL tillerkänns domstolsprövning. Lagstiftarens tolkning innebär emellertid vidare att man på dessa premisser skulle kunna legitimera undantag från alla rättsakter som grundas på avdelning IV EG-fördraget (avdelning V Funktionsfördraget). I detta sammanhang får också framhållas att asylprocedurdirektivet utgör en del av sekundärrätten, den har en s.k. *härledd rätt*. Det måste därmed kunna förutsättas att direktivet har konstruerats med beaktande av de ramar som ställs upp av primärrätten, där inbegripet artikel 64.1 EG-fördraget (numera artikel 72 Funktionsfördraget). Det är således otroligt att beaktandesats 28 i det äldre direktivet, vilken åberopas av regeringen, ska ha konstruerats i ändamål att utvidga medlemsstaternas kompetens i artikel 64.1 EG-fördraget.

Slutsatsen avseende lagstiftarens tolkning av tillämpligheten av rätten till effektiv domstolsprövning enligt asylprocedurdirektivet för kvalificerade säkerhetsärenden är således i min uppfattning att det har gjorts en extensiv tolkning av den beslutskompetens som tillfaller medlemsstaterna enligt artikel 72 Funktionsfördraget. Regeringens ansvar för rikets säkerhet kan i min uppfattning uttryckas på två sätt. Det är ett uttryck för regeringens *övergripande* ansvar att verka för att det finns ett fungerande rättssystem som värnar om säkerheten, samt en möjlighet att vid ett *överhängande* hot initiera avvikande operativa åtgärder med hänvisning till rikets säkerhet. Avgörande är således att det inte innebär en *generell* behörighet för medlemsstaterna att undandra en hel ärendekategori som har avsetts omfattas av rättssäkerhetsgarantierna i asylprocedurdirektivet. Följden av den av lagstiftaren valda konstruktionen är emellertid som synes att tredjelandsmedborgare som bedöms utgöra kvalificerade säkerhetshot inte tillerkänns domstolsprövning. Att regeringen utgör lämpligast instans för överprövning av dessa ärenden har som framgått huvudsakligen motiverats med tre skäl,

1. Regeringen besitter en särskild kompetens att fatta beslut i vilka utrikespolitiska hänsyn kan vägas in,²³¹
2. Tredjepartsregeln som hindrar Säkerhetspolisen från att kunna lämna ut viss information till nationella myndigheter,²³² samt
3. En snabbare handläggning.²³³

Den första punkten aktualiserar särskilt spörsmål i relation till rättssäkerheten och har delvis redan kritiserats inom ramen för analysen av föregående fråga. Avseende den rent rättsliga aspekten av bedömningen hänförlig till besluten finner jag argumentet bristfälligt. Migrationsdomstolen och Migrationsöverdomstolen ansvar redan för handläggning av förevarande slags rättsliga bedömningar, särskilt inom ramen för beslut av säkerhetsärenden enligt UtIL, vilket dessutom utgör en ärendekategori som liksom framgått (och i synnerhet som en konsekvens av otydliga beviskrav) delvis sammanfaller. Avgörande är således att lagstiftaren har önskat ett

²³¹ Se t.ex. Prop. 1990/91:180, s. 54.

²³² Prop. 2009/10:31 s. 239.

²³³ A.st.

utrymme för utrikespolitiska avväganden inom ramen för de rättsliga besluten, vilket är en särskild kompetens som tillfaller regeringen. Det är även min uppfattning att det i motiveringarna inte tillräckligt framgår varför det erfordras politisk styrning i beslutsfattandet. Jag ser således inga hinder mot att utgångspunkten bör vara att genom klara och precisa rättsregler fatta för lagen ändamålsenliga beslut. Annorlunda uttryckt ska besluten fattas i enlighet med legalitetsprincipen. Jag vill här särskilt lyfta att processen avseende misstänka terrorbrott inom ramen för terrorbrottslagen i vanlig ordning prövas av allmän domstol, vilket givetvis är en följd av tillgodoseendet av rätten till domstolsprövning enligt artikel 6.1 Europakonventionen. Icke desto mindre kan det användas för att framhålla att även dessa beslut torde präglas av vad som anses utgöra känslig utrikespolitisk natur men prövas av ett rent judiciellt organ. Att låta ett icke judiciellt organ fatta rättsliga beslut med utrymme för utrikespolitiska överväganden utgör för den enskilde ett ingrepp redan i den formella rättssäkerheten, som Peczenik menar grundas i att eliminera utrymmet för godtycke och tillfälligheter ur det rättsliga beslutsfattandet. Inte heller här är emellertid den minskade formella rättssäkerheten en konstruktion i syfte att möjliggöra mer etiska ställningstaganden för att uppnå rättvisare beslut för den enskilde, varför även den materiella rättssäkerheten brister. Om man härvid istället ser strikt till den legala förutsebarheten vari tydlighet går före beslutets förankring i samhället, kan konstateras att svaret är detsamma som avseende den formella rättssäkerheten i frågan, dvs. förutsebarheten brister.

Avseende punkterna 2 och 3 ovan ska något kommenteras även kring dessa. Tredjepartsregeln innebär som anført att information som lämnas till Säkerhetspolisen från andra länders säkerhets- och underrättelsetjänster inte kan lämnas ut till nationella myndigheter, däri inbegripet domstolar.²³⁴ Som framhållet ovan i avsnitt 4.2 förefaller detta emellertid inte ha utgjort ett hinder för andra länders nationella ordningar, vari även säkerhetsärenden har tillförsäkrats domstolsprövning. Det ska också beaktas att eftersom utgångspunkten är att Säkerhetspolisen för att den enskilde ska kunna föra sin talan, i högsta möjliga mån ska söka tillföra ärendet de uppgifter som inhämtats redan i första instans, innebär det att en myndighet (migrationsverket) redan tar del av sådana uppgifter.²³⁵ Argumentet avseende en snabbare handläggning kan delvis motivera ett förfarande där regeringen utgör överprövningsinstans men det torde framhållas att det följer av 16 kap. 4 § och 1 kap. 13 § UtL att mål om utvisning redan utgör förtursmål i domstol och vidare, att säkerhetsärenden därtill ska hanteras skyndsamt. Det huvudsakliga intresset för förevarande ordning förefaller härmed vara hänförligt till utrymmet för det säkerhetspolitiska beslutsfattandet som tillfaller regeringen som överprövningsinstans.

Sammanfattningsvis avseende frågan om rätten till effektiv domstolsprövning kan sägas att utifrån det som har framgått av utredningen i denna del, är min mening att det saknas erforderligt stöd för den av regeringen anförda tolkningen avseende tillämpligheten av artikel 46 (tidigare 39.1) asylprocedurdirektivet. Artikel 72 Funktionsfördraget, som ersätter artikel 64 EG-fördraget uttrycker gränsen för den möjliga harmoniseringen av medlemsstaternas hantering av lag, ordning och upprätthållandet av den interna säkerheten. Det är således förvisso en exklusiv angelägenhet för medlemsstaterna att besluta om passande åtgärder i denna fråga, men endast i

²³⁴ Prop. 2009/10:31, s. 239.

²³⁵ Se SOU 2006:61, s. 201.

den mån undantaget tillämpas för att hantera ett *överhängande* hot. Sett i ljuset av de låga och tillika otydliga beviskrav som har visats gälla för kvalificerade säkerhetsärenden kan ett generellt undandragande av ärendekategorin knappast göras med hänvisning till att det föreligger ett nära förestående och överhängande hot. Bedömningen av tillämpligheten av undantaget i artikel 79 måste således göras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet.

Den nuvarande konstruktionen vari kvalificerade säkerhetsärenden istället prövas av regeringen innebär att den enskilde tredjelandsmedborgaren frånskärs betydande rättssäkerhetsgarantier i ett förfarande som kan medföra synnerligt ingripande verkningar för rättssubjektet. Frågan om utrymmet för utrikespolitiska avvägningar inom det rättsliga beslutsfattandet är särskilt beaktansvärt ur ett rättssäkerhetsperspektiv då det som framgått, utmanar både förutsebarheten och utrymmet för godtycklighet vid beslutsfattandet. Oavsett om en utgår från ett rättssäkerhetsbegrepp vari rättens faktiska innehåll beaktas eller ej, brister nuvarande ordning i att tillförsäkra den enskilde erforderlig rättssäkerhet. En lägre förutsebarhet kan som Peczenik menar anses rimlig förutsatt att det i övrigt är förenligt med andra etiska värden. Som utgångspunkt kan inte detta sägas om förevarande lagstiftning. Det får emellertid framhållas att Peczeniks teori gör sig bäst lämpad vid en konkret beslutssituation. Det är således inte omöjligt att det i en konkret beslutssituation tas hänsyn till sådana etiska värden att en materiell rättssäkerhet uppnås, trots ett negativt beslut. Mot bakgrund av de intressen som utredningen emellertid har visat motiverat förevarande konstruktioner, både avseende beviskravet och instansordningen torde en allmän sammanvägning emellertid inte leda till slutsatsen att kravet på materiell rättssäkerhet är tillgodosedd.

5.4 Avslutande reflektioner

Jag vill ägna en rubrik åt att kommentera ett antal särdrag i förfarandet som jag noterat återkommande väcker vissa särskilda spörsmål ur rättssäkerhetshänseende. Jag får härmed inledningsvis än en gång framhålla de likheter som föreligger mellan säkerhetsärenden enligt UtIL och kvalificerade säkerhetsärenden enligt LSU. Lagstiftaren har som framgått valt att inte vidare specificera hur bedömningen av denna åtskillnad ska göras eftersom att uppfattningen har varit att bedömningen är beroende av omständigheterna i det enskilda fallet.²³⁶ Hit hör emellertid även den exklusiva behörighet som tillfaller Säkerhetspolisen att klassificera säkerhetsärenden. Frågan om huruvida en misstänkt tredjelandsmedborgare tillerkänns en rent judiciell domstolsprövning eller ej blir således i hög grad beroende av säkerhetspolisens – en förvaltningsmyndighets - bedömning. Härtill får beaktas att det beviskrav som Säkerhetspolisen förhåller sig till för denna klassificering också utgörs av ett lågt och tillsynes oklart begrepp.²³⁷ En särskilt oroväckande förekomst under utredningen var det i avsnitt 3.3 återgivna citatet vari det framgår att en rådande inställning har varit att beviskravet i det enskilda fallet diskuteras mellan beslutsmyndigheten och Säkerhetspolisen, utan det enskilda rättssubjektet.²³⁸ För att vidare skildra det olämpliga i en förevarande ordning torde framhållas att Säkerhetspolisen enligt 2 a

²³⁶ Se avsnitt 3.3.

²³⁷ Notera dock att utredningen inom ramen för förevarande uppsats emellertid inte djupgående har undersökt beviskravet som Säkerhetspolisen har att förhålla sig till.

²³⁸ SOU 1999:16, s. 112.

§ 2 st. har rätt att överklaga Migrationsverkets beslut i den mån det går Säkerhetspolisen emot. Säkerhetspolisen utgör således även motpart till den enskilde vid ett överklagande.

Det rör sig sammanfattningsvis om ett lågt och ospecificerat beviskrav, som i hög grad styrs och påverkas av den ofta sekretessbelagda information som Säkerhetspolisen besitter och som ofta inte finns lämplig att fullt delges den misstänkte. Möjligheterna för den enskilde att bereda sin talan kan således ifrågasättas redan i första instans, men i synnerhet vid ett överklagande vari faktumet att det inte alltid anses lämpligt att delge den enskilde det material som ligger till grund för misstankarna framhållits som en faktor som talar för att regeringen bör fatta beslut.²³⁹ De rättssäkerhetsfrågor som har diskuterats i samband med konstruktionen av beviskravet får därför särskilda verkningar för den enskilde i det särskilda överklagandeförfarandet. Vid en granskning av utformningen av vissa isolerade delar av förfarandet är det således väsentligt att se till de avvägningar som har gjorts i övriga delar. Det jag vill framhålla med detta är att förevarande slags konstruktion av beviskravet möjligtvis i högre grad hade kunnat rättfärdigas ur ett rättssäkerhetsperspektiv om den enskilde i vart fall tillerkändes en rent judiciell domstolsprövning. Detta samband är emellertid något som jag i erforderlig omfattning har saknat vid granskning av de avvägningar som lagts till grund för den nuvarande ordningen, särskilt i förarbetena till utformningen av instansordningen.

Jag ska avslutningsvis säga något om de rättssäkerhetsteorier som jag har haft till stöd för min diskussion. Frändbergs förhållning till rättssäkerhetsbegreppet är som anfört att utgångspunkten vid bedömningen, för att undvika att begreppet blir ett ”konglomerat av värden, vilka inbördes kan komma i konflikt med varandra”²⁴⁰ bör vara den legala förutsebarheten. Det finns i hans mening en poäng i att söka undvika att skapa incitament för att väga olika värden som likväl kan förknippas med rättssäkerhet men som ändock i ett konkret fall kan kollidera, med varandra. Det är emellertid inte omöjligt, eller ovanligt att det uppstår situationer där det ena värdet kränks genom att det andra gagnas. Han framhåller vidare att han inte förstår hur ett värde kan benämnas mer ”formellt” än ett annat och menar att själva begreppsbildningen ger intrycket av att de ”formella” värdena är av mindre värde. Personligen får jag ansluta mig närmare Peczeniks rättssäkerhetsteori vari legaliteten utgör *ett* villkor för rättssäkerheten, men rättens innehåll inte kan stå ogranskad. Enligt min uppfattning utgör de formella värdena abstrakta (men icke desto mindre betydelsefulla) värden. Det är först i den konkreta rättstillämpningen som den materiella rättssäkerheten uppstår som ett resultat av de etiska värden som värderas. Härvid är Peczeniks klassiska exempel med det icke demokratiska samhället som förvisso uppfyller kraven på en formell rättssäkerhet lämpligt att lyfta fram. Vi godtar således inte normer och beslut om deras etiska innehåll inte anses acceptabelt. I båda de undersökta frågorna har bedömningen emellertid brustit redan i den formella rättssäkerheten varför det funnits mindre utrymme för diskussion med Peczeniks tillvägagångssätt. Av denna anledning har diskussionen med fördel koncentrerats kring den legala förutsebarheten.

²³⁹ Se Prop. 1990/91:180, s. 54.

²⁴⁰ Frändberg, 2005, s. 285.

Avvägningen mellan intresset för förutsebara rättsregler och å andra sidan de betydande säkerhetsintressen som görs gällande har varit framträdande i båda uppsatsens frågeställningar. Avvägningen kan liknas vid det av Frändberg anförda resonemanget avseende den ofta felaktigt gjorda sammanblandningen av idealen rättssäkerhet och rättstrygghet. Bedömningen av rättssäkerheten ska grundas på en strikt legal förutsebarhet medan det senare idealet handlar om rättsordningens förmåga att upprätthålla trygghet.²⁴¹ Frändbergs resonemang är särskilt fördelaktigt i förevarande exempel eftersom att det skildrar att det förvisso rör sig om två skilda ideal som inte ska förväxlas, men som icke desto mindre kan påverka varandra. Det jag vill framhålla är således att stärkta brottspreventiva lagar inte per automatik innebär en större trygghet i samhället. Genom att offra rättssäkerheten för den enskilde, kan rättstryggheten också kränkas (ehuru fortfarande upprätthållen). Jag vill med detta sagt, avsluta uppsatsen med ett citat från professor Iain Cameron för att återanknyta till begreppet *rättsstatens paradox* som inledningsvis kort nämndes i avsnitt 1.4 ovan,

Rättsstatens paradox är att en rättsstat måste vara stark, samtidigt som den frivilligt accepterar begränsningar i sin makt, begränsningar som, på ett sätt, minskar dess effektivitet. En svag stat kan inte värna om (eller, för den delen, ens kunna betala för att upprätthålla) mänskliga rättigheter. Mina ibland kritiska synpunkter bör därför inte tolkas så att jag *inte* anser att polisen bör ha långtgående befogenheter för bekämpning av terrorism och organiserad brottslighet — när dessa kan påvisas vara nödvändiga, effektiva och proportionella i relation till ändamålet med befogenheterna.²⁴²

²⁴¹ A.a s. 269.

²⁴² Cameron, 2007, s. 83.

Källförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

- Prop. 1973:37 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om åtgärder mot vissa våldsdåd med internationell bakgrund
Prop. 1975/76:18 Regeringens proposition om ändring i utlänningslagen (1954:193) m.m.
Prop. 1986/87:112 Om anhållande och häktning m.m.
Prop. 1990/91:118 Med förslag till lag om särskild kontroll av vissa utlänningar, m.m.
Prop. 2002/03:38 Straffansvar för terroristbrott
Prop. 2004/05:170 Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden
Prop. 2009/10:31 Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet
Prop. 2015/16:174 Tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige
Prop. 2016/17:17 Genomförande av det omarbetade Asylprocedurdirektivet

Statens offentliga utredningar

- SOU 1989:104. Terroristlagstiftningen. Betänkande av terroristlagstiftningskommittén
SOU 2006:61. Asylförfarandet – genomförandet av asylprocedurdirektivet i svensk rätt
SOU 2017:72. Genomförande av vissa straffrättsliga åtaganden för att förhindra och bekämpa terrorism

Departementsserien

- Ds. Ju. 1972:35. Åtgärder mot vissa våldsdåd med internationell bakgrund
Ds. Ju. 2002:35. Straffansvar för terroristbrott

Skrivelser

- Skr. 2016/17:72

Betänkanden

- 2009/10:JuU2y Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet

Övrigt offentligt tryck

- JK:s remissyttrande över betänkandet Asylförfarandet – genomförande av asylprocedurdirektivet i svensk rätt (SOU 2006:61), Dnr. 4557-06-80, 2006-09-21

- Noll, Gregor för Lunds Universitet, remissyttrande, Dnr. J 2008/770, 2009-02-01

- Motion 2009/10:Sf4 Med anledning av prop. 2009/10:31 Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet

Motion 2009/10:Sf5 Med anledning av prop. 2009/10:31 Genomförande av skyddsgrunds-direktivet och asylprocedurdirektivet

Regeringskansliet, Faktapromemoria 2014/15:FPM33, Europeiska säkerhetsagendan

Offentligt tryck från EU

32005L0085 Rådets direktiv 2005/85/EG av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfarande för beviljande eller återkallande av flyktingstatus (EUT L 175M, 29.6.2006, s. 168-189)

32013L0032 Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/32/EU av den 26 juni 2013 om gemensamma förfaranden för att bevilja och återkalla internationellt skydd (EUT L 180, 29.6.2013, s. 60-95)

32017L0541 Europaparlamentets och rådets direktiv 2017/541/EU av den 15 mars 2017, om bekämpande av terrorism, om ersättande av rådets rambeslut 2002/475/RIF och om ändring av rådets beslut 2005/671/RIF, (EUT L 88, 31.3.2017, s.6-21)

Litteratur och övrigt material

Allgårdh, Olof & Norberg, Sven, *EU och EG-rätten: en läro- och handbok om EU och i EG-rätt : Europeiska unionen, konstitutionella fördraget, institutionerna, de fyra friheterna, konkurrensreglerna, EMU*, 4., [uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2004.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 4., [omarb. och uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.

Cameron, Iain, SvJT, 2007, s. 83-99.

Bring, Thomas & Diesen, Christian, *Förundersökning*, 4., [omarb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2009.

Diesen, Christian, *Bevis. 7, Bevisprövning i förvaltningsmål*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2003.

Diesen, Christian, *Bevis. 8, Prövning av migrationsärenden*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2012.

Ehrenkrona, Carl Henrik, *Sveriges internationella avtal och dessas genomförande i svensk lagstiftning – några reflexioner*, SvJT 2015 s. 779-790.

Ehrenkrona, Carl Henrik, SvJT 2015 s. 799.

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars, *Rättegång. H. 4, 7.*, omarb. och rev. uppl., Norstedt, Stockholm, 2009.

Essen, Ulrik von, *Processramen i förvaltningsmål: ändring av talan och anslutande frågor*, 2., [rev.] uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016.

Flyghed, Janne (red.), *Brottsbekämpning - mellan effektivitet och integritet: kriminologiska perspektiv på polismetoder och personlig integritet*, Studentlitteratur, Lund, 2000.

Frändberg, Åke, *Om rättssäkerhet*, Juridisk tidskrift, nr 2, 2000-01, s. 269-280.

Frändberg, Åke, *Rättsordningens idé: en antologi i allmän rättslära*, Iustus, Uppsala, 2005.

Hailbronner, Kay (Ed.), *EU Immigration and Asylum law – commentary*, C.H. Beck – Hart – Nomos, 2010.

Heuman, Lars, *Vilka beviskrav gäller eller bör gälla för användningen av tvångsmedel?*, SvJT, 2007, 141-153.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013.

Lind, Anna-Sara & Namli, Elena (red.), *Mänskliga rättigheter i det offentliga Sverige*, Upplaga 1:1, Lund, 2017.

Peczenik, Aleksander, *Rätten och förnuftet: en lärobok i allmän rättslära*, Norstedt, Stockholm, 1986.

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995.

Peers, Steve, Acosta Arcarazo, Diego & Guild, Elspeth, *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary): Second Revised Edition [Elektronisk resurs]*, Brill, 2012.

Peers, Steve, *EU justice and home affairs law. Volume II, EU immigration and asylum law*, Fourth edition., Oxford, 2016.

Ribbing, Antonia, *Sveriges terroristbestämmelser – brottsprevention och demokratiska rättsstatsideal*, i *Brottsbekämpning - mellan effektivitet och integritet: kriminologiska perspektiv på polismetoder och personlig integritet*, Janne Flyghed, (red.), 114-146, Studentlitteratur, Lund, 2000.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3., [utök. och rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015.

Seidlitz, Madelaine, *Asylrätt - en praktisk introduktion*, Upplaga 1:1, Norstedts Juridik AB, 2014.

UNHCR, *Handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning*, Upplaga 1:2, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2001, [cit. UNCHR:s handbok].

Victor, Dag, *Svenska domstolars hantering av Europakonventionen*, SvJT, 2013, 343-396.

Warnling-Nerep, Wiweka, *Förvaltningsbeslut: överklagande, rättsprövning och annan domstolsprövning*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2011.

Warnling-Nerep, Wiweka, *En introduktion till förvaltningsrätten*, 10., rev. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2012.

Zila, Josef, *Om rättsäkerhet*, SvJT 1990, 284-305.

Rättsfall

Högsta förvaltningsdomstolen/Regeringsrätten

HFD mål nr 3806-13

RÅ 1990 ref. 64

Justitieombudsmannen

JO 1987/88, s. 52 och s. 64

Migrationsöverdomstolen

MIG 2006:1

Avgöranden från Europadomstolen

Engel mfl. mot Nederländerna, nr. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 och 5370/72, Serie A, nr. 22, dom meddelad den 8 juni 1976

Salabiaku mot Frankrike, nr 14/1987/137/191, dom meddelad den 7 oktober 1988

Maaouia mot Frankrike, nr 39652/98, dom meddelad den 5 oktober 2000

Janosevic mot Sverige, nr. 34619/97, dom meddelad den 23 juli 2002

Falk mot Nederländerna, nr. 66273/01, dom meddelad den 19 oktober 2004

Nilsson mot Sverige, nr. 73661/01, beslut meddelat den 13 december 2005

Ezeh och Connors mot Förenade Konungariket, nr. 40086/98 och 39655/98, dom meddelat den 9 oktober 2003

Zolotukhin mot Ryssland, nr. 14939/03, dom meddelad den 10 februari 2009

Avgöranden från EU-domstolen

EU-domstolens dom den 5 februari 1963, Van Gend & Loos mot Nederländerna, Mål C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1

EU-domstolens dom den 15 juli 1964, Flaminio Costa mot ENEL, Mål C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66

EU-domstolens dom den 5 december 1967, Sociale Verzekeringsbank mot Van der Vecht, Mål C-19/67, ECLI:EU:C:1967:49

EU-domstolens dom den 6 oktober 1982, CILFIT mot Ministero della Sanità, Mål C 283-81, ECLI:EU:C:1982:335

EU-domstolens dom den 9 juli 1987, Tyskland m.fl. mot Kommissionen, de förenade målen 281-283, 285 och 287/85, ECLI:EU:C:1987:351

EU-domstolens dom den 14 oktober 1999, Adidas AG, Mål C-223/98, ECLI:EU:C:1999:500

EU-domstolens dom av den 26 februari 2013, Åklagaren mot Hans Åkerberg Fransson, Mål C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105

Internetkällor

Svenska Dagbladet, 2011-10-05 (hämtad 2017-12-09)
<https://www.svd.se/cia-lat-egyptierna-ta-hand-om-tortyren>

Säkerhetspolisen, Årsbok 2015 (hämtad 2017-11-03)
http://www.sakerhetspolisen.se/download/18.1beef5fc14cb83963e7273f/1458212474047/Sapo_arsbok15_webb.pdf

Säkerhetspolisen, Årsbok 2016 (hämtad 2017-12-09).
http://www.sakerhetspolisen.se/download/18.1beef5fc14cb83963e73914/1489594358903/Arsbok2016_webb.pdf

Aftonbladet, 2017-04-08 (hämtad 2017-12-09)
<https://www.aftonbladet.se/nyheter/a/E83OA/vad-vi-vet-om-den-misstankte-rakhmat-akilov-39>

Jag, Melody Elahi Shostari, registrerades på kursen första gången HT17. Jag har inte omregistrerats och inte deltagit i något tidigare examinationstillfälle.