

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 19 februari 2019

Mål nr

B 1415-18

PARTER

Klagande

MA

Ombud och offentlig försvarare: Advokat RB

Motparter

1. Riksåklagaren

Box 5553

114 85 Stockholm

2. WA

Ombud och målsägandebiträde: Advokat AL

SAKEN

Utvisning

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 2018-02-15 i mål B 2344-17

DOMSLUT

Högsta domstolen ändrar hovrättens domslut endast på det sättet att Högsta domstolen bestämmer fängelsestraffets längd till två år och tre månader.

RB ska få ersättning av allmänna medel för försvaret av MA i Högsta domstolen med 15 513 kr. Av beloppet avser 10 192 kr arbete, 2 218 kr utlägg och 3 103 kr mervärdesskatt. Staten ska svara för kostnaden.

AL ska få ersättning av allmänna medel för biträdet åt WA i Högsta domstolen med 3 397 kr. Av beloppet avser 2 718 kr arbete och 679 kr mervärdesskatt. Staten ska svara för kostnaden.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN M.M.

MA har yrkat att Högsta domstolen ska ogilla åtalet och lämna skadeståndstalan utan bifall. Om åtalet inte ogillas har han yrkat att Högsta domstolen ska sätta ned fängelsestraffets längd. Han har, under alla förhållanden, yrkat att Högsta domstolen ska upphäva utvisningsbeslutet eller åtminstone bestämma återreseförbudet att gälla under en kortare tid.

Högsta domstolen har meddelat prövningstillstånd i frågan om utvisning, men inte rörande målet i övrigt.

Riksåklagaren och målsäganden har motsatt sig att hovrättens dom ändras.

DOMSKÄL

Vad målet i Högsta domstolen gäller

1. När en domstol ska avgöra om en utlänning som inte är EES-medborgare eller familjemedlem till en EES-medborgare ska utvisas på grund av brott, ska domstolen ta hänsyn till om utlänningen enligt bestämmelserna i 12 kap. utlänningslagen (2005:716) inte kan sändas till ett visst land eller om det annars finns särskilda hinder mot att beslutet verkställs (8 a kap. 1 och 4 §§ utlänningslagen).
2. Vad Högsta domstolen har att ta ställning till är hur prövningen ska göras då brott aktualiserar utvisning av en statslös palestinier till Libyen och det vid tidpunkten för domstolens bedömning finns ett generellt och praktiskt verkställighetshinder genom ett beslut i Libyen om inreseförbud.

Bakgrund

3. MA, som är statslös palestinier med sitt ursprung i Libyen, ansökte om asyl i Sverige den 25 september 2014. Han beviljades den 9 september 2016 ett tidsbegränsat uppehålls- och arbetstillstånd i ett år. Hans mor och bror befinner sig i Sverige med tidsbegränsade uppehålls- och arbetstillstånd.
4. Hovrätten har dömt MA för rån begånget den 18 april 2017 till fängelse i två år och sex månader.
5. När det gällde frågan om utvisning hade Migrationsverket i yttrande anfört sammanfattningsvis följande. Den internationellt erkända regeringen i Libyen beslutade i början av januari 2015 om inreseförbud för statslösa palestinier. För personer från denna grupp, vilka gör sannolikt att de haft sin vanliga vistelseort i Libyen får det därför, i vart fall för närvarande, anses föreligga ett generellt verkställighetshinder som kan medföra att uppehållstillstånd beviljas i Sverige. Verkställighetshindret bedöms dock inte vara

bestående och verket bedömer därför att det inte föreligger hinder mot att genomföra ett utvisningsbeslut enligt 12 kap. 1–3 §§ utlänningslagen.

6. Hovrätten har funnit att det inte föreligger hinder mot att besluta om utvisning och har utvisat MA ur Sverige. Återreseförbudet gäller i tio år räknat från dagen för tingsrättens dom.

7. MA har i Högsta domstolen anfört att hans anknytning till Sverige har stärkts efter hovrättens dom. Han är sedan den 14 maj 2018 gift med en svensk medborgare och de väntar barn. Han gör gällande att det innebär att han numera är att betrakta som familjemedlem till en EES-medborgare.

Utvisning på grund av brott

8. En utlänning får utvisas ur Sverige om han eller hon döms för ett brott som kan leda till fängelse. Utvisning får dock endast ske om utlänningen döms till en svårare påföljd än böter och (1) gärningen är av sådant slag och övriga omständigheter är sådana att det kan antas att han eller hon kommer att göra sig skyldig till fortsatt brottslighet här i landet, eller (2) brottet med hänsyn till den skada, fara eller kränkning som det har inneburit för enskilda eller allmänna intressen är så allvarligt att utlänningen inte bör få stanna kvar (8 a kap. 1 § utlänningslagen).

9. Ett antagande om risk för fortsatt brottslig verksamhet förutsätter i normalfallet att det framgår av registerutdrag eller på något annat sätt att utlänningen har dömts för brott eller godkänt ett strafföreläggande eller fått åtalsunderlåtelse vid åtminstone ett tidigare tillfälle. Risk för fortsatt brottslighet kan dock undantagsvis anses föreligga även utan att det finns dokumenterat i för rätten kända tidigare domar. (Se prop. 1993/94:159 s. 11 ff. och 33 samt NJA 2007 s. 533.)

10. Vad avser utvisning på grund av brottets allvar anses som en allmän riktlinje gälla att brottet bör ha ett straffvärde om minst ett år för att kunna föranleda utvisning (se prop. 1993/94:159 s. 13 f. och NJA 2001 s. 464).

11. Skulle det vara fråga om EES-medborgare och deras familjemedlemmar krävs det, förutom att förutsättningarna i 8 a kap. 1 § är uppfyllda, att utvisningen sker av hänsyn till allmän ordning och säkerhet. Det innebär att medborgarens eller familjemedlemmens beteende ska utgöra ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett av samhällets grundläggande intressen och som går utöver den störning av ordningen i samhället som varje lagöverträdelse innebär. (Se 8 a kap. 5 § och NJA 2014 s. 415 p. 17.)

12. När en domstol överväger om en utlänning bör utvisas ska den ta hänsyn till utlänningens anknytning till det svenska samhället. Domstolen ska särskilt beakta utlänningens levnadsomständigheter, om utlänningen har barn i Sverige och i så fall barnets behov av kontakt med henne eller honom, utlänningens övriga familjeförhållanden och hur länge utlänningen vistats i Sverige. Särskild restriktivitet gäller vid utvisning av den som är flykting eller hade vistats i Sverige med permanent uppehållstillstånd sedan minst fyra år när åtal väcktes eller då hade varit bosatt i Sverige sedan minst fem år. Dessutom finns det ett absolut förbud mot att utvisa den som kom till Sverige innan han eller hon fyllde 15 år och hade vistats här sedan minst fem år när åtal väcktes. (Se 8 a kap. 2 och 3 §§.)

13. Ett beslut om utvisning på grund av brott ska innehålla förbud för utlänningen att återvända till Sverige under viss tid eller utan tidsbegränsning (8 a kap. 8 §).

Utvisningens betydelse för straffmätningen

14. När domstolen beslutar om utvisning ska den vid straffmätningen i skälig omfattning beakta om den tilltalade förorsakas men till följd av utvisningen (29 kap. 5 § första stycket 6 brottsbalken). Enligt förarbetena får en utvisning regelmässigt anses medföra men för den som utvisas (prop. 1987/88:120 s. 92). Det följer emellertid av Högsta domstolens praxis att den som saknar närmare anknytning till Sverige inte kan anses lida men genom utvisningen (se bl.a. NJA 1995 s. 448 och NJA 2001 s. 500).

Skyldigheten att ta hänsyn till hinder mot att verkställa en utvisning

Den rättsliga regleringen

15. När en fråga om utvisning på grund av brott prövas ska rätten alltså, enligt 8 a kap. 4 §, ta hänsyn till om utlänningen enligt 12 kap. inte kan sändas till ett visst land eller om det annars finns särskilda hinder mot att beslutet verkställs. Bakgrunden till 4 §, som infördes 1989, var att det ansågs problematiskt att domstolarnas utvisningsbeslut ibland upphävdes när det visade sig att besluten inte kunde verkställas; upphävandet kunde nämligen inte samtidigt leda till att påföljden skärptes i fall då beslutet om utvisning hade föranlett en lindrigare påföljd (prop. 1988/89:86 s. 72).

16. Hinder mot att verkställa en utvisning regleras i 12 kap. 1–3 a §§. Av bestämmelserna följer bl.a. följande. Utvisning får aldrig verkställas till ett land om det finns skälig anledning att anta att utlänningen skulle vara i fara att straffas med döden eller utsättas för kroppsstraff, tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning (1 §). Förbudet är generellt och undantagslöst (jfr artikel 3 i Europakonventionen). Inte heller får utvisning, som huvudregel, verkställas om utlänningen riskerar att utsättas för förföljelse på grund av ras, nationalitet, religiös eller politisk uppfattning eller på grund av kön, sexuell läggning eller annan tillhörighet till viss samhällsgrupp (2 §

jämförd med 4 kap. 1 §). Vidare får ett beslut om utvisning inte verkställas beträffande en utlänning som vid en väpnad konflikt i hemlandet är att anse som alternativt skyddsbehövande enligt 4 kap. 2 § första stycket 1, om det finns synnerliga skäl mot det (3 §).

17. Det är inte endast sådana hinder som anges 12 kap. 1–3 a §§ utlänningslagen som ska beaktas. Domstolen är t.ex. skyldig att ta hänsyn till verkställighetshinder av humanitär natur eller att det finns anledning att anta att det avsedda mottagarlandet inte kommer att vara villigt att ta emot utlänningen. (Se a. prop. s. 166; jfr NJA 1998 s. 501 samt Håkan Sandesjö och Gerhard Wikrén, Utlänningslagen med kommentarer, 11 uppl., 2017, s. 522.)

Betydelsen av artikel 3 i Europakonventionen

18. Det undantagslösa förbud mot verkställighet som finns i 12 kap. 1 § utlänningslagen har utformats i överensstämmelse med förbudet mot tortyr i artikel 3 i Europakonventionen.

19. Högsta domstolen har i ett antal mål som gäller utlämning för brott som har begåtts i annat land uttalat sig om artikel 3. Av dessa avgöranden följer att en utlänning inte får utlämnas för lagföring eller verkställighet, om det är sannolikt att han eller hon löper en allvarlig risk att i det landet utsätts för tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning. Vad som ska bedömas är den individuella risk som föreligger för den person som ska utlämnas. Den omständigheten att en stat ofta kränker mänskliga rättigheter utgör typiskt sett inte tillräcklig grund för att anse att en utlämning står i strid med artikel 3. (Se t.ex. NJA 2017 s. 677 p. 13 och 14.)

20. Motsvarande prövning bör göras då fråga uppkommer om att utvisa en utlänning på grund av att han eller hon har gjort sig skyldig till brott i Sverige; dock med den skillnaden att det föreligger hinder mot utvisning så snart det

finns skäligen anledning att anta att utlänningen löper risk för t.ex. tortyr (se 12 kap. 1 § utlänningslagen).

Allmänna utgångspunkter för domstolens prövning

21. Möjligheten för en allmän domstol att i samband med avgörandet av ett brottmål beakta eventuella verkställighetshinder som kan föreligga vid en villkorlig frigivning är givetvis begränsad, inte minst när ett långt fängelsestraff döms ut.

22. Om det kan antas att det finns hinder mot att verkställa en utvisning, är domstolen skyldig att hämta in ett yttrande från Migrationsverket (7 kap. 10 § 1 utlänningsförordningen, 2006:97). Verket är expertmyndighet på området och yttrandet har därför stor betydelse vid prövningen. Utgångspunkten är att domstolen ska kunna förlita sig på verkets bedömningar och lägga dem till grund för sin prövning av frågan om det kan antas föreligga hinder mot att verkställa ett utvisningsbeslut.

23. För att domstolen ska kunna tillmäta Migrationsverkets yttrande en sådan betydelse krävs att Migrationsverket har haft kännedom om de omständigheter som är relevanta för verkställighetsfrågan samt att verket tydligt har motiverat sin bedömning. Om domstolen anser att det finns brister eller otydligheter i yttrandet, bör domstolen begära ett kompletterande yttrande.

Individuella verkställighetshinder direkt hänförliga till den enskilde

24. De hinder mot att verkställa en utvisning som behandlas i förarbetena och som tidigare har varit föremål för prövning i Högsta domstolen har framför allt tagit sikte på sådana verkställighetshinder som är direkt hänförliga till den enskilde utlänningen. Det kan t.ex. vara fråga om att utlänningen i hemlandet riskerar dödstraff om det där blir känt vilka brott han eller hon har dömts för i Sverige. En annan situation kan vara att utlänningen i sitt hemland

riskerar förföljelse på grund av etniskt ursprung, politisk uppfattning, trosuppfattning eller sexuell läggning.

25. När det gäller denna typ av individuella verkställighetshinder bör det i normalfallet redan vid domstillfället kunna konstateras om hindret kommer att bestå under överskådlig tid och således även vid den tidpunkt då utvisningsbeslutet ska verkställas. Skulle domstolen bedöma att hindret är bestående, bör den inte förordna om utvisning. (Se a. prop. s. 73 och 166 samt NJA 1990 s. 526, NJA 1997 s. 535 och NJA 1998 s. 501.)

Generella verkställighetshinder hänförliga till det land dit utvisningen ska verkställas

26. Det förekommer inte sällan att Migrationsverket gör bedömningen att det vid tidpunkten för avgörandet av brottmålet föreligger ett generellt hinder mot att verkställa utvisningar till det land som utlänningen ska utvisas till. Verkställighetshindret är då inte direkt hänförligt till den enskilde utlänningen och kan bero på att det pågår en väpnad konflikt där, att det råder inreseförbud för t.ex. statslösa personer eller att landet inte tar emot vissa nationaliteter. En annan situation kan vara att det av olika skäl inte är praktiskt möjligt att för tillfället verkställa utvisningar till det aktuella landet.

27. Ett generellt verkställighetshinder kan således ha olika orsaker och vara av olika tyngd. Regelmässigt torde det dock inte vara möjligt för domstolen att bedöma om ett generellt verkställighetshinder kommer att bestå vid det tillfälle då utvisningen ska verkställas. Då det är fråga om generella verkställighetshinder får det därför anses föreligga en presumtion för att domstolen ska besluta om utvisning.

28. Det kan emellertid i undantagsfall finnas situationer där domstolen har tillräckligt underlag för att kunna ta hänsyn till frågan om verkställighet. Så kan t.ex. vara fallet om hindret grundar sig på att det för tillfället råder ett

undantagslöst förbud mot att verkställa en utvisning till ett visst land, t.ex. på grund av att det där pågår en väpnad konflikt, och frågan om villkorlig frigivning och därmed verkställigheten av utvisningen är nära förestående.

29. Om domstolen beslutar att utlänningen ska utvisas och verkställighetshindret alltjämt består vid tidpunkten då utvisningen ska verkställas, får detta hanteras på det sätt som utlänningslagen föreskriver (se bl.a. 12 kap. 16 a-d §§).

Bedömningen i detta fall

MA är inte i utlänningslagens mening familjemedlem till en EES-medborgare

30. MA har gjort gällande att han är familjemedlem till en EES-medborgare, eftersom han numera är gift med en kvinna som är svensk medborgare.

31. För att en utlänning ska anses vara familjemedlem till en EES-medborgare i utlänningslagens mening är det inte tillräckligt att utlänningen är gift med en svensk medborgare. Det krävs dessutom att den svenska medborgaren har återvänt till Sverige efter att ha utnyttjat sin rätt till fri rörlighet enligt rörlighetsdirektivet och att utlänningen har följt med eller anslutit sig till den svenska medborgaren under den tid som denna utnyttjade sin rätt till fri rörlighet. (Se 3 a kap. 2 § andra stycket utlänningslagen.)

32. MA har inte anfört några omständigheter till stöd för att förutsättningarna skulle vara sådana att han är att betrakta som familjemedlem till en EES-medborgare.

Förutsättningarna för utvisning är uppfyllda

33. MA har gjort sig skyldig till rån. Det brottet är så allvarligt att han inte bör få stanna kvar i Sverige.

34. MA är inte flykting. Han har inte permanent uppehållstillstånd och hade varit bosatt i Sverige kortare tid än fem år då åtal väcktes mot honom. Det krävs därför inte att det föreligger synnerliga skäl för att han ska utvisas.

35. Det faktum att MA efter hovrättens dom har gift sig och nu väntar barn med en kvinna som är svensk medborgare är inte tillräckligt för att han ska anses ha en sådan anknytning till det svenska samhället att utvisning inte bör ske.

36. Högsta domstolen har hämtat in ett kompletterande yttrande från Migrationsverket. Verket har i sak lämnat samma uppgifter som i hovrätten, nämligen att det för närvarande finns ett generellt verkställighetshinder som inte är bestående och att det inte föreligger hinder mot att genomföra ett utvisningsbeslut.

37. Av Migrationsverkets yttrande framgår således att det är fråga om ett generellt och praktiskt verkställighetshinder som inte är direkt hänförligt till MA. Han har inte börjat avtjäna fängelsestraffet. Det är därför inte möjligt för Högsta domstolen att bedöma om hindret kommer att bestå när frågan om verkställighet blir aktuell.

38. Det finns förutsättningar för att utvisa MA. Högsta domstolen delar hovrättens bedömning att återreseförbudet bör bestämmas till tio år räknat från dagen för tingsrättens dom.

Påföljd

39. Det finns inga uppgifter om att MA i hovrätten har anfört att han är tillsammans med en svensk kvinna. Inte heller har han lämnat några sådana uppgifter i sitt överklagande till Högsta domstolen. Så har skett först i samband med att han här har slutfört sin talan. Enbart det förhållandet att MA i tiden efter hovrättens dom har gift sig med en kvinna som är svensk medborgare är inte tillräckligt för att utvisningen ska anses förorsaka honom men.

40. MA har emellertid uppgett att han och hustrun väntar barn. Det saknas anledning att ifrågasätta dessa uppgifter. Med anledning härav får utvisningen anses förorsaka honom sådant men som bör beaktas vid straffmätningen. Högsta domstolen, som instämmer i hovrättens bedömning att straffvärdet för brotten motsvarar två år och sex månader, anser att fängelsestraffets längd med hänsyn till menet bör bestämmas till två år och tre månader.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Gudmund Toijer, Kerstin Calissendorff, Ingemar Persson, Stefan Johansson (referent) och Eric M. Runesson
Föredragande justitiesekreterare: Karl Axel Öberg