

Målnummer: UM15035-17**Avdelning:** 1**Avgörandedatum:** 2019-04-17**Rubrik:** Den tid en tredjelandsmedborgare som haft härledd uppehålls rätt uttitt frihetsberövad som häktad och därefter avtjänat fängelsestraff kan inte beaktas vare sig vid bedömningen av permanent uppehålls rätt eller vid bedömningen av bibehållen uppehålls rätt.**Lagrum:**

- 3 a kap. 5 d §, 3 a kap. 7 §, 5 kap. 3 a § tredje stycket 3 samt 8 kap. 21 § utlänningslagen (2005:716)
- Lagen (2018:1250) om tillgodoräknande av tid för frihetsberövande
- Artikel 16 i direktiv 2004/38/EG om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier m.m.
- Artikel 8 i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

Rättsfall:

- EU-domstolens dom den 21 december 2011 (Ziolkowski m.fl., C-424/10 och C-425/10, EU:C:2011:866)
- EU-domstolens dom den 16 januari 2014 (M.G., C-400/12, EU:C:2014:9)
- EU-domstolens dom den 16 januari 2014 (Onuekwere, C-378/12, EU:C:2014:13)
- EU-domstolens dom den 11 juni 2015 (Zh och O, C-554/13, EU:C:2015:377)
- EU-domstolens dom den 17 april 2018 (B och Vomero, C-316/16 och 424/16, EU:C:2018:256)
- Europadomstolens dom den 18 oktober 2006 i målet Üner mot Nederländerna
- Europadomstolens dom den 20 september 2011 i målet A.A. mot Förenade kungariket
- MIG 2015:16

REFERAT

SM, som är pakistansk medborgare, har tidigare beviljats uppehållskort i Sverige som familjemedlem till en EES-medborgare med uppehålls rätt här. Han ansökte om permanent uppehållskort hos Migrationsverket som i beslut den 17 oktober 2016 avslag ansökan och samtidigt beslutade att SM skulle utvisas med ett återreseförbud på två år. Som skäl för beslutet angav Migrationsverket bl.a. följande. SM och hans dåvarande sambo började sammanleva i april 2009. Våren 2014 dömdes SM till två års fängelse för våldtäkt. Vid tidpunkten för frihetsberövandet den 20 januari 2014 hade SM och hans dåvarande sambo sammanlevt i cirka fyra år och tio månader. Han hade under denna tid varit arbetstagare. Mot denna bakgrund kan SM inte ha permanent uppehålls rätt eftersom han inte uppfyller kravet på laglig vistelse utan avbrott under en femårsperiod och detta oaktat om förhållandet hade upphört eller inte. Han har inte heller bibehållen uppehålls rätt. Det saknas vidare förutsättningar att bevilja uppehållstillstånd. Med hänsyn till den allvarliga brottslighet SM dömts för utgör han ett faktiskt hot mot ett grundläggande samhällsintresse. Eftersom han utgör en risk för allmän ordning och säkerhet ska han inte beviljas en tidsfrist för frivillig avresa. Vid en samlad bedömning ska utvisningsbeslutet förenas med ett återreseförbud på två år.

SM överklagade Migrationsverkets beslut till Förvaltningsrätten i Göteborg, migrationsdomstolen (2017-10-26, ordförande Hjort samt tre nämndemän), som med delvis bifall till överklagandet, upphävde beslutet om utvisning och återreseförbudet eftersom domstolen ansåg att SM hade bibehållen uppehållsrätt. Överklagandet avseende permanent uppehållskort avslogs. Migrationsdomstolen bedömde med beaktande av EU-domstolens dom den 16 januari 2014, Onuekwere, C-378/12, EU:C:2014:13, att SM inte kunde tillgodoräkna sig tiden som frihetsberövad för att erhålla permanent uppehållsrätt. Enligt migrationsdomstolen hade samboförhållandet bestått även under den tid SM varit frihetsberövad och därmed varat i mer än tre år när förhållandet upphörde i oktober 2015. Migrationsdomstolen bedömde att SM vid denna tidpunkt uppfyllde kriterierna för bibehållen uppehållsrätt och att förutsättningarna för uppehållsrätt alltså var uppfyllda. Han kunde därmed inte utvisas ur landet. Migrationsdomstolen ansåg att det inte fanns förutsättningar att bevilja honom uppehållstillstånd.

Migrationsverket och SM överklagade var för sig migrationsdomstolens dom till Migrationsöverdomstolen.

Migrationsverket yrkade att Migrationsverkets beslut skulle fastställas. Verket förde fram bl.a. följande. Av EU-domstolens avgörande den 16 januari 2014, M.G., C-400/12, EU:C:2014:9, framgår att den tid en unionsmedborgare avtjänar fängelsestraff avbryter den sammanhängande vistelsetiden i Sverige. Enligt EU-domstolen ska det göras en helhetsbedömning av huruvida integrationen i den mottagande medlemsstaten har upphört eller inte och då kan lång vistelsetid beaktas. Domstolen uttalade i målet att skyddet mot utvisning bygger på graden av den berörda personens integration i den mottagande medlemsstaten. Ju högre grad av integration desto högre bör skyddet mot utvisning vara. Om tid för avtjänande av fängelsestraff skulle beaktas för förvärv av permanent uppehållsrätt eller förstärkt skydd skulle det stå i strid med syftet med direktiv 2004/38/EG om unionsmedborgares och deras familjemedlemmars rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier m.m. (rörlighetsdirektivet), det vill säga att främja integrationen. I enlighet med EU-domstolens praxis bryter ett fängelsestraff vistelsetiden.

Vad gäller permanent uppehållsrätt vidhålls bedömningen i beslutet och verket instämmer i den bedömning som migrationsdomstolen gjort i denna del. Beträffande frågan om bibehållen uppehållsrätt ska legal vistelsetid innan ett fängelsestraff inte beräknas som kvalificeringstid vid bedömning av uppehållsrätt. Det innebär att tiden SM var sambo innan han började avtjäna sitt fängelsestraff saknar betydelse. SM kan varken tillgodoräkna sig fängelsestraffet eller tiden innan fängelsestraffet för beräkning av den legala vistelsen i Sverige. Vid en helhetsbedömning av omständigheterna har det inte heller kommit fram att SM:s integration är av den omfattningen och karaktären att han har bibehållen uppehållsrätt. Vid denna bedömning ses särskilt allvarigt på att uppehållsrättstiden avbrutits på grund av ett fängelsestraff som avtjänats på grund av att SM fällts till ansvar för ett artbrott. Hela den tid under vilken han har varit frihetsberövad, inklusive häktningstiden, ska räknas. Migrationsöverdomstolens prövning omfattar inte frågan om uppehållstillstånd eftersom målet rör uppehållsrätt. En prövning av rätten till uppehållstillstånd bör göras enligt bestämmelserna i 5 kap. 18 § utlänningslagen (2005:716).

SM yrkade i första hand att han skulle beviljas permanent uppehållskort och i andra hand att han skulle beviljas uppehållstillstånd i Sverige. Han förde fram bl.a. följande. Han har vistats lagligt i Sverige utan avbrott under minst fem år med en person som han härledde sin uppehållsrätt ifrån. Han har därmed permanent uppehållsrätt i Sverige och rätt till permanent uppehållskort. Han blev häktad den 20 januari 2014 när samboförhållandet hade varat i fyra år och tio månader. Vid denna tidpunkt var han inte dömd för brott. Frihetsberövande är ett vidare begrepp än fängelsestraff och fängelsevistelse. Vid tillämpningen av EU-rättslig praxis är det av vikt att dessa begrepp särskiljs. Tiden då han varit frihetsberövad och inte avtjänat fängelsestraff ska beaktas vid bedömningen om han uppnått de fem år som krävs för permanent uppehållsrätt. Även om han sedermera kom att dömas i anledning av den misstanke han hade häktats för måste situationen bedömas med beaktande av oskuldspresumtionen. Det går inte att göra en sådan retroaktiv bedömning att han i efterhand ska betraktas som dömd redan innan tiden för dom. Vid denna tidpunkt hade han haft uppehållsrätt i över fem år och därför även vunnit permanent uppehållsrätt. Det är inte en rimlig tolkning att beakta samtliga frihetsberövanden i "avtjänande av fängelsestraff".

Hans samboförhållande fortlöpte under tiden för fängelsestraffet och varken han eller hans dåvarande sambo hade för avsikt att samboförhållandet skulle upphöra under denna tid. Samboförhållandet fortsatte även när han blev villkorligt frigiven den 23 maj 2015 och upphörde i oktober 2015. När samboförhållandet upphörde hade det varat i över tre år. Han har sedan fängelsevistelsens upphörande varit arbetstagare och egen företagare i Sverige. Han utgör inte och har inte utgjort någon belastning för det svenska socialförsäkringssystemet. Han uppfyller därmed sedan samboförhållandet upphörde villkoren för bibehållen uppehållsrätt. Även om samboförhållandet inte ansetts ha pågått under tiden för fängelsestraffet har samboförhållandet varat i över tre år med avräknande för de ett år och tre månader som han varit frihetsberövad. Det finns inte stöd i EU-domstolens praxis för att hans stadigvarande vistelse i Sverige avbrutits under tiden han avtjänade fängelsestraff. EU-domstolens avgöranden M.G. och Onuekwere gäller specifikt andra bestämmelser och det finns ingen anledning att utsträcka tillämpningsområdet på så vis som Migrationsverket har gjort. Att EU-domstolen aktivt väljer att pröva frågor om fängelsevistelse i olika mål separat, beroende på vilken artikel som berörs, visar med tydlighet att EU-domstolen inte har för avsikt att avge någon generell regel för hur fängelsevistelse ska bedömas. Till skillnad från bestämmelserna om permanent uppehållsrätt och förstärkt skydd mot utvisning saknas det ett motsvarande krav på vistelse för att regeln om bibehållen uppehållsrätt ska vara tillämplig. Den vistelsetid som EU-domstolens avgöranden handlar om är därmed inte aktuell vid tillämpningen av 3 a kap. 5 d § utlänningslagen.

Han har vistats i Sverige sedan 2007 och har under denna tid fått en oerhört stark anknytning till Sverige inte minst genom sitt arbete. Han deltar vidare i sociala aktiviteter genom frivilligarbete vid Smyrnakyrkan. Hela hans tillvaro och ekonomiska försörjning är baserad i Sverige. Hans anknytning till Pakistan har med tiden minskat till att idag vara minimal. Om rättsregeln som framgår av M.G. ska utsträckas till att omfatta även 3 a kap. 5 d § utlänningslagen skulle en sådan tillämpning behöva göras med beaktande av en proportionalitetsbedömning. Med anledning av hans anknytning till det svenska samhället skulle det stå klart att en utvisning inte skulle stå i enlighet med proportionalitetsprincipen som den framgår av skäl 23 och 24 i rörlighetsdirektivet.

Eftersom han inte kan utvisas om han har rätt till uppehållstillstånd behöver yrkandet om uppehållstillstånd prövas inom ramen för målet. Han har haft en anställning sedan 1 juli 2015. Han har tidigare haft andra arbeten i Sverige och även drivit eget företag. Han har därigenom fått en stark anknytning till den svenska arbetsmarknaden.

För det fall han utvisas finns ingen anledning att belägga honom med återreseförbud. Rekvisitet allmän ordning och säkerhet ska tillämpas restriktivt och proportionellt. Att en utlänning tidigare dömts för brott räcker inte i sig för att en sådan risk ska föreligga. Vid en proportionalitetsbedömning måste hans starka anknytning till Sverige och den svenska arbetsmarknaden beaktas. Vid en eventuell utvisning skulle han söka uppehållstillstånd i Sverige från hemlandet. Eftersom han inte utgör någon risk för allmän ordning och säkerhet ska han vid en eventuell utvisning beviljas frist för frivillig återresa.

SM åberopade intyg från Smyrnakyrkan till styrkande av att han är delaktig i kyrkans arbete samt deklaration för inkomståret 2017 och lönespecifikationer för januari och februari 2018 till styrkande av sin anställning och inkomst.

Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen, (2019-04-17, Fridström, Berselius, referent, och Hjulström / föredragande Rodhe), yttrade:

1. Frågan i målet

Den huvudsakliga frågan i målet är vilken betydelse det förhållandet att SM avtjänat ett fängelsestraff har vid bedömningen av om han under sin vistelsetid i Sverige kommit att uppfylla villkoren för permanent uppehållsrätt eller bibehållen uppehållsrätt.

2. Tillämpliga bestämmelser m.m.

2.1. Allmänt om uppehållsrätt

Enligt artikel 3 i fördraget om den Europeiska unionen ska unionen erbjuda sina medborgare ett område med frihet, säkerhet och rättvisa utan inre gränser, där den fria rörligheten för personer garanteras. Det framgår av artikel 20.1 i fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (EUF-fördraget) att varje person som är medborgare i en medlemsstat ska vara unionsmedborgare. Artikel 21.1 i EUF-fördraget föreskriver att varje unionsmedborgare ska ha rätt att fritt röra sig och uppehålla sig inom medlemsstaternas territorier, om inte annat följer av de begränsningar och villkor som föreskrivs i fördragen och i bestämmelserna om genomförande av fördragen. Sådana begränsningar och villkor för den fria rörligheten finns bl.a. i rörlighetsdirektivet som genomfördes i svensk rätt den 30 april 2006. Genomförandet har följts upp och reglerna har förtydligats under 2014.

Rörlighetsdirektivets bestämmelser har genomförts i svensk rätt genom bl.a. 3 a kap. utlänningslagen. Uppehållsrätt är en rätt för EES-medborgare och deras familjemedlemmar att vistas i Sverige mer än tre månader utan uppehållstillstånd i enlighet med vad som sägs i detta kapitel (3 a kap. 1 § utlänningslagen). Med familjemedlem avses bl.a. en utlänning som följer med eller i Sverige ansluter sig till en EES-medborgare och som är make eller sambo till EES-medborgaren (3 a kap. 2 § första stycket 1 utlänningslagen).

En EES-medborgare har uppehållsrätt bl.a. om han eller hon är arbetstagare i Sverige eller har tillräckliga tillgångar för sin och sina familjemedlemmars försörjning och en heltäckande sjukförsäkring för sig och familjemedlemmarna som gäller i Sverige (3 a kap. 3 § utlänningslagen). En familjemedlem till en EES-medborgare har uppehållsrätt om EES-medborgaren har uppehållsrätt (3 a kap. 4 § utlänningslagen). Detta innebär bl.a. att familjemedlemmars uppehållsrätt som huvudregel är beroende av anknytningen till en EES-medborgare som uppfyller förutsättningarna för uppehållsrätt och som också vistas i den mottagande medlemsstaten.

EES-medborgaren själv har alltså en primär uppehållsrätt medan en tredjelandsmedborgare som är hans eller hennes familjemedlem kan ha en härledd uppehållsrätt.

Uppehållsrätten för EES-medborgare och deras familjemedlemmar finns så länge villkoren är uppfyllda (3 a kap. 5 § utlänningslagen). Om något villkor upphör att vara uppfyllt upphör också uppehållsrätten. Av detta följer att en familjemedlem som härleder sin uppehållsrätt från en EES-medborgare med primär uppehållsrätt mister denna rätt om EES-medborgarens rätt inte längre består. Dessa bestämmelser är dock inte undantagslösa. Den som inte längre uppfyller villkoren för härledd uppehållsrätt kan fortfarande ha rätt att uppehålla sig i Sverige om han eller hon under vistelsetiden har kommit att uppfylla villkoren för permanent uppehållsrätt eller bibehållen uppehållsrätt.

2.2. Permanent uppehållsrätt

En EES-medborgare som har vistats lagligt i Sverige utan avbrott under minst fem år har permanent uppehållsrätt (3 a kap. 6 § utlänningslagen). Även en familjemedlem till EES-medborgaren som inte själv är EES-medborgare har permanent uppehållsrätt, om han eller hon vistats lagligt i Sverige utan avbrott under minst fem år med den person från vilken han eller hon härleder sin uppehållsrätt (3 a kap. 7 § utlänningslagen). Den permanenta uppehållsrätten gäller utan villkor och kan endast upphöra om utlänningen vistats utanför Sverige i mer än två på varandra följande år (3 a kap. 9 § utlänningslagen). EU-domstolen har i sin dom den 21 december 2011, Ziolkowski m.fl., C-424/10 och C-425/10, EU:C:2011:866, slagit fast att begreppet "har uppehållit sig lagligt" ska förstås som en vistelse som uppfyller villkoren i rörlighetsdirektivet. Därutöver har EU-domstolen (Onuekwere) slagit fast att perioder i fängelse avbryter ett stadigvarande uppehåll och att sådana perioder inte kan beaktas vid förvärv av permanent uppehållsrätt.

2.3. Bibehållen uppehållsrätt

En tredjelandsmedborgare behåller sin uppehållsrätt bl.a. om äktenskapet eller samboförhållandet med EES-medborgaren har varat i minst tre år, varav minst ett år i Sverige, när förfarandet för äktenskapsskillnad eller ogiltigförklaring av äktenskapet eller upplösning av samboförhållandet inleds (3 a kap. 5 d § utlänningslagen). För att tredjelandsmedborgaren ska få behålla sin uppehållsrätt ställs dock vissa krav på att han eller hon är ekonomiskt aktiv i Sverige alternativt har tillräckliga medel för sin försörjning (3 a kap. 5 d §, jfr 3 a kap. 5 b § första stycket). Bibehållen uppehållsrätt kan efter fem års laglig vistelse i Sverige övergå till permanent uppehållsrätt (3 a kap. 6 a § utlänningsförordningen [2006:97]).

Av skäl 15 i rörlighetsdirektivet kan man sluta sig till att syftet med bibehållen uppehållsrätt är att ge familjemedlemmarna ett rättsligt skydd genom att åtgärder vidtas för att säkerställa att familjemedlemmar som redan uppehåller sig inom den mottagande medlemsstatens territorium får behålla uppehållsrätten uteslutande på personlig grund.

2.4. EU-domstolens praxis i fråga om fängelsestraff och uppehållsrätt

EU-domstolen har i flera avgöranden uttalat sig om tillämpningen och tolkningen av rörlighetsdirektivet när en tredjelandsmedborgare under vistelsetiden avtjänat fängelsestraff och vilken betydelse detta har vid bedömningen av rättigheter enligt rörlighetsdirektivet.

Som framkommit ovan har EU-domstolen (Onuekwere) fastställt att perioder under vilken en person avtjänar fängelsestraff inte kan beaktas i syfte att förvärva permanent uppehållsrätt. EU-domstolen grundar sin bedömning på lydelsen av och syftet med bestämmelsen om permanent uppehållsrätt (se artikel 16 i rörlighetsdirektivet). Enligt EU-domstolen krävs det för permanent uppehållsrätt att unionsmedborgaren uppfyller villkoren i rörlighetsdirektivet och att tredjelandsmedborgaren uppehållit sig lagligt och oavbrutet tillsammans med unionsmedborgaren under den aktuella perioden. EU-domstolen hänvisar i sin bedömning till skäl 17 i rörlighetsdirektivet där det framgår att permanent uppehållsrätt är en nyckelfaktor för att främja social sammanhållning som har föreskrivits i direktivet för att stärka känslan av ett gemensamt unionsmedborgarskap. EU-domstolen konstaterar att unionslagstiftaren har gjort unionsmedborgarens integration i den mottagande medlemsstaten till en förutsättning för att erhålla en permanent uppehållsrätt och att den integration som styr förvärvet av permanent uppehållsrätt inte endast beror på geografiska och tidsmässiga faktorer, utan även på kvalitativa faktorer som avser graden av integration i den mottagande staten. Att en person döms till fängelse visar att personen inte har respekterat värderingar som samhället i den mottagande staten ger uttryck för i sin strafflagstiftning. Om tiden för avtjänande av fängelsestraff skulle beaktas för förvärv av permanent uppehållsrätt, skulle det uppenbart stå i strid med det syfte som rörlighetsdirektivet eftersträvar genom inrättandet av en sådan uppehållsrätt.

Motsvarande synsätt som i Onuekwere har även kommit till uttryck i EU-domstolens praxis gällande artikel 28.3 a i rörlighetsdirektivet som ger ett förstärkt skydd mot utvisning efter ett uppehålle i den mottagande medlemsstaten under de tio föregående åren (se EU-domstolens domar i M.G. och den 17 april 2018, B och Vomero, C-316/16 och C-424/16, EU:C:2018:256). Enligt EU-domstolen är det de berörda personernas integration som i huvudsak styr såväl förvärvet av permanent uppehållsrätt som systemet med skydd mot utvisningar. EU-domstolen bedömde därmed att perioder under vilka ett fängelsestraff avtjänas inte kan beaktas i syfte att komma i åtnjutande av det förstärkta skyddet mot utvisning och att fängelsestraffet i princip avbryter det stadigvarande uppehållet (M.G., p. 32 och 33).

3. Migrationsöverdomstolens bedömning

3.1. Permanent uppehållsrätt

Det är i målet ostridigt att SM började sammanleva med sin före detta sambo i april 2009 och att paret bodde tillsammans fram till dess att han häktades den 20 januari 2014. Den 22 april 2014 fastställde hovrätten fängelsedom för det brott han hade häktats för. EU-domstolens avgörande i Onuekwere behandlar frågan vilken betydelse fängelsestraff har vid bedömningen av förvärvande av permanent uppehållsrätt. Slutsatsen är att tid i fängelse inte ska beaktas.

Den bedömning som ska göras när det gäller förutsättningarna för permanent uppehållsrätt är bakåtsyftande. Eftersom det är själva brottet som visar att personen inte respekterat värderingarna i den mottagande staten måste häktningstid tillmätas motsvarande betydelse som tid i fängelse vid bedömningen av frågan om förvärv av permanent uppehållsrätt. Häktningstid tillgodoräknas dessutom enligt lagen (2018:1250) om tillgodoräkning av tid för frihetsberövande den dömd som verkställighet av fängelsepåföljden.

Det skulle uppenbart stå i strid med den princip som framgår av EU-domstolens avgörande i Onuekwere att beakta häktningstid som kvalificeringstid för förvärv av permanent uppehållsrätt. Tiden som häktad ska därför likställas med tid i fängelse och inte beaktas vid bedömningen av om förutsättningarna för permanent uppehållsrätt är uppfyllda.

Vid tidpunkten för frihetsberövandet den 20 januari 2014 hade SM vistats lagligt i Sverige i fyra år och tio månader. Han uppfyller därmed inte det krav på laglig vistelse i Sverige utan avbrott under minst fem år som ställs upp för att en person ska få permanent uppehållsrätt. Han kan av denna anledning inte beviljas permanent uppehållskort.

3.2. Bibehållen uppehållsrätt

SM var frihetsberövad under perioden den 20 januari 2014 till och med den 23 maj 2015 då han blev villkorligt frigiven. Han bodde därefter tillsammans med sin dåvarande sambo tills deras förhållande upphörde i oktober 2015. Migrationsöverdomstolen har i MIG 2010:13 uttalat sig om förlängning av uppehållstillstånd på grund av anknytning och då ansett att relationen mellan två makar bestått under den tid en av makarna avtjänade ett längre fängelsestraff. Av förarbetena till sambolagen (2003:376) framgår att i vissa situationer när parterna vistats på olika håll kan samboförhållandet i princip anses bestå såvida parterna inte avsett något annat (se prop. 2002/03:80 s. 46). Med hänsyn till att SM bodde tillsammans med sambon fram till tidpunkten för frihetsberövandet och flyttade tillbaka till henne när han frigavs får samboförhållandet anses ha varat även under den tid SM var frihetsberövad. Det har inte ifrågasatts i målet att hans före detta sambo under denna tid uppfyllde förutsättningarna för uppehållsrätt.

En person med bibehållen uppehållsrätt kan efter fem års laglig vistelse få permanent uppehållsrätt. Syftet med permanent uppehållsrätt är att främja social sammanhållning och stärka känslan av ett gemensamt unionsmedborgarskap där integrationen i medlemsstaten utgör en förutsättning för att erhålla en sådan rätt. Som redan anförts har EU-domstolen i Onuekwere uttalat att det uppenbart skulle stå i strid med det syfte som rörlighetsdirektivet eftersträvar om perioder under vilka fängelsestraff avtjänas skulle beaktas vid förvärv av permanent uppehållsrätt.

Rörlighetsdirektivets systematik, med rättigheter som förvärvas stegvis och som gradvis förstärks ju mer integrerad en person blir i den mottagande medlemsstaten, ger stöd för att graden av integration har betydelse även vid bedömningen av bibehållen uppehållsrätt. Liksom vid permanent uppehållsrätt och förstärkt skydd mot utvisning finns kvalificeringstid med som ett av kriterierna för bibehållen uppehållsrätt. Samma synsätt som kom till uttryck i Onuekwere bör anläggas även vid bedömningen av om förutsättningarna för bibehållen uppehållsrätt är uppfyllda. Om tiden för avtjänande av fängelsestraff skulle få tillgodoräknas i fråga om bibehållen uppehållsrätt skulle detta inte vara förenligt med EU-domstolens resonemang i Onuekwere. Det skulle stå i strid med syftet som eftersträvas i rörlighetsdirektivet genom inrättandet av permanent uppehållsrätt. Frihetsberövandet avbryter kvalificeringstiden och tiden dessförinnan som familjemedlem kan inte heller tillgodoräknas.

Varken den tid SM suttit häktad och därefter i fängelse, eller tiden innan frihetsberövandet, kan således beaktas vid bedömningen av om bibehållen uppehållsrätt föreligger.

SM uppfyller inte förutsättningarna för att behålla sin uppehållsrätt efter det att hans samboförhållande upphört.

3.3. Uppehållstillstånd och utvisning

Migrationsverkets beslut att neka SM permanent uppehållskort har förenats med ett beslut om utvisning. Eftersom Migrationsöverdomstolen ovan har konstaterat att SM inte har uppehållsrätt i Sverige ska han utvisas om han inte får vistas i Sverige på någon annan grund. SM har gjort gällande att han ska beviljas uppehållstillstånd på grund av anknytning till den svenska arbetsmarknaden.

När det finns synnerliga skäl kan en utlänning som har särskild anknytning till Sverige beviljas uppehållstillstånd (5 kap. 3 a § tredje stycket 3 utlänningslagen). Av förarbetena framgår att bestämmelsen är av undantagskaraktär och subsidiär till andra tillståndsgrunder. Den ska kunna tillämpas som en ventil. Genom kravet på synnerliga skäl framgår att det ska röra sig om ömmande och udda situationer (prop. 2004/05:170 s. 183 och 184 samt s. 277). Även med beaktande av den anknytning SM fått till den svenska arbetsmarknaden och genom sin långa vistelsetid här anser Migrationsöverdomstolen att han inte uppfyller förutsättningarna för att beviljas uppehållstillstånd enligt 5 kap. 3 a § tredje stycket 3 utlänningslagen. I denna bedömning har Migrationsöverdomstolen särskilt beaktat att SM under sin vistelsetid gjort sig skyldig till ett mycket allvarligt brott och med anledning av detta avtjänat ett längre fängelsestraff.

Vid bedömningen av om SM kan utvisas måste även artikel 8 i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) beaktas. Enligt artikel 8 EKMR har var och en rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv. Skyddet för privatlivet innebär att hänsyn ska tas till alla de sociala och kulturella band som en person kan ha i ett samhälle, såsom utbildning, arbete och medlemskap i föreningar m.m. (se Europadomstolens domar den 20 september 2011 i målet A.A. mot Förenade kungariket, p. 64 och den 18 oktober 2006 i målet Üner mot Nederländerna, p. 62). Det är vistelsetiden i landet samt fastheten av dessa nämnda band som ska beaktas dels i förhållande till det land utlänningen ska utvisas ifrån, dels det land till vilket utvisning ska ske (Üner mot Nederländerna, p. 57 och 58).

Även med beaktande av SM:s anpassning till Sverige anser Migrationsöverdomstolen att en utvisning av honom inte skulle vara oproportionerlig på sådant vis att det skulle strida mot hans rätt till privatliv enligt artikel 8 EKMR. Vid denna bedömning har Migrationsöverdomstolen särskilt beaktat att det av utredningen framgår att SM har fyra barn i Pakistan och att han under tiden i Sverige gjort sig skyldig till ett mycket allvarligt brott.

3.4. Återreseförbud och tidsfrist för frivillig avresa

Ett beslut om utvisning ska som huvudregel innehålla en tidsfrist för frivillig avresa. Tidsfrist för frivillig avresa ska dock inte meddelas om det bl.a. finns en risk för allmän ordning och säkerhet (8 kap. 21 § utlänningslagen).

Begreppet allmän ordning och säkerhet är ett unionsrättsligt begrepp och ska ges den innebörd som följer av unionsrätten. EU-domstolen har i dom den 11 juni 2015, Zh och O, C-554/13, EU:C:2015:377, uttalat att begreppet "risk" i detta sammanhang ska uppfattas som ett hot. I målet var det frågan om vad som avses med risk för allmän ordning. EU-domstolen uttalade att det med detta avses att det måste föreligga ett verkligt, aktuellt och tillräckligt allvarligt hot mot ett grundläggande samhällsintresse, utöver den störning av ordningen i ett samhälle som varje lagöverträdelse innebär. Bland annat ska gärningens eller den misstänkta gärningens art och svårighetsgrad samt den tid som förflutit sedan gärningen begicks beaktas. Det räcker alltså inte med att en person har dömts för ett brott, utan personens personliga beteende måste utgöra en verklig och aktuell risk för den allmänna ordningen.

Vid en sammantagen bedömning av SM:s beteende, med anledning av det brott han dömts för, och med beaktande av att drygt fem år har förflutit sedan gärningen begicks anser Migrationsöverdomstolen att det under nu aktuella förhållanden saknas skäl för att anse att han utgör en risk för allmän ordning och säkerhet. Det har därmed inte kommit fram skäl att göra undantag från huvudregeln att ett beslut om utvisning ska förenas med en tidsfrist för frivillig avresa. Något återreseförbud ska vid detta förhållande inte meddelas.

3.5. Slutsats

Den tid SM suttit frihetsberövad som häktad och därefter avtjänat fängelsestraff avbryter kvalificeringstiden och kan inte beaktas vare sig vid bedömningen av permanent uppehållsrätt eller vid bedömningen av bibehållen uppehållsrätt. Då det inte heller i övrigt kommit fram att han har någon aktuell härledd uppehållsrätt saknar han uppehållsrätt i Sverige. Eftersom det även saknas förutsättningar att bevilja SM uppehållstillstånd har han inte rätt att vistas i Sverige. En utvisning av SM strider inte mot artikel 8 EKMR och det finns därmed inget hinder mot att utvisa honom.

Migrationsdomstolens dom vad gäller frågan om utvisning ska således upphävas och Migrationsverkets beslut den 17 oktober 2016 ska fastställas, utom såvitt avser beslutet om återreseförbud. SM ska i stället ges en tidsfrist för frivillig avresa. Uppgiften att meddela tidsfristen ska överlämnas till Migrationsverket, se MIG 2015:16.

Migrationsöverdomstolens avgörande. Migrationsöverdomstolen upphäver, med delvis bifall till Migrationsverkets överklagande, migrationsdomstolens dom i den del domen avser upphävande av SM:s utvisningsbeslut och fastställer Migrationsverkets beslut den 17 oktober 2016, utom såvitt avser beslutet om återreseförbud. Migrationsöverdomstolen bestämmer att SM ska meddelas en tidsfrist för frivillig avresa och överlämnar åt Migrationsverket att meddela tidsfristen. Migrationsöverdomstolen avslår SM:s överklagande i övrigt.

Sökord:

Litteratur: Prop. 2002/03:80 s. 46; Prop. 2004/05:170 s. 183-184 och s. 277
