

Juridiska Institutionen
Programmet för juris kandidatexamen
Examensarbete höstterminen 2011



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

VEM ÄR DU – EGENTLIGEN?

En bevisrättslig studie av beviskravet för identitet i ärenden om uppehållstillstånd på grund av anknytning

Anna Harrysson

Handledare: Sebastian Wejedal Beijbom
Examinator: Marie Karlsson Tuula

Förord

Jag vill rikta ett stort tack till min handledare Sebastian Wejedal Beijbom för många goda råd och tips och uppmuntrande under uppsatsarbetets gång. Detsamma till de personer som ingått i ”straff- och processrättsgruppen”, med vilka det funnits tillfälle att diskutera uppsatsens innehåll och andra funderingar som uppkommit i skrivprocessen.

I och med att de sista raderna läggs till denna uppsats, är jag nu väldigt nära målet som examinerad jurist. Ett mål som jag aldrig hade kunnat uppnå på egen hand. I det ligger en stor tacksamhet till min familj för ert otroliga stöd och kärlek, till vänner som uppmuntrar och förgyller både vardag och fest. Ett särskilt tack till Andrea som alltid inspirerar till att se livet ur ett annat perspektiv.

Tusen tack!

Anna Harrysson, Gävle 2011-12-23

Sammanfattning

Uppsatsen ”Vem är du – egentligen?” behandlar frågan om hur beviskravet för identitet är utformat i ärenden om uppehållstillstånd på grund av anknytning. Utgångspunkten för forskningsområdet är den problematik som uppkommit under senare år till följd av en ändrad praxis från Migrationsöverdomstolen, där personer från vissa länder – framför allt från Somalia – för tillfället inte kan beviljas uppehållstillstånd då de saknar för Sverige giltiga identitetshandlingar som kan klarlägga deras identitet. Studien är bevisrättslig, där generella bevisrättsliga spörsmål behandlas och sedan kopplas till förvaltningsprocessen i allmänhet och migrationsprocessen i synnerhet.

Utifrån ett rättighetsperspektiv – rätten till familjeåterförening – analyseras beviskravet för identitet *de lege lata* och dess förhållande till passkravet i 2 kap 1 § utlänningslagen. En första slutsats är att beviskravet för identitet tillåts variera beroende av om ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning inlämnas före eller efter inresa i Sverige, till följd av statens intresse av en reglerad invandring och gränskontroll.

Passkravets ställning såsom ett i realiteten exklusivt bevis för att klarlägga identitet, tillsammans med frågan om Migrationsöverdomstolen genom avgöranden om vad som krävs för att övriga bevismedel inte ska anses vara av för enkel beskaffenhet, problematiseras och slutsatsen som dras är att den fria bevisvärderingen blir begränsad. De uppställda kriterierna för bedömning av bevis eliminerar möjligheterna att styrka sin identitet för den grupp personer som inte har tillgång till hemlandspass. Härav går det att tala om att det reellt sett föreligger ett *indirekt* absolut passkrav för att klarlägga identitet, vilket ger anledning att ifrågasätta om inte beviskravet för identitet egentligen ligger på nivån *utom rimligt tvivel*. Det konstateras slutligen att det föreligger en otillbörlig koppling mellan bedömningen av om passkravet i 2 kap 1 § UtlL är uppfyllt respektive om grunderna för uppehållstillstånd på grund av anknytning är uppfyllda så att ansökan kan beviljas. Beviskravet klarlagd identitet blir så ett uttryck för huruvida passkravet i 2 kap 1 § UtlL är uppfyllt eller inte.

I anknytningsärenden där barn är sökande obstrueras möjligheterna till återförening ytterligare av det faktum att personkretsen för vilken identiteten måste vara styrkt, är utvidgad till följd av att ett barns ställföreträdare måste styrka sin processbehörighet.

För den grupp som inte har möjlighet att styrka sin identitet, utgör detta en högst problematisk ordning eftersom rätten till familjeåterförening får vika för behovet av gränskontroll. Ordningen är *rättsosäker*, då det mot bakgrund av att principen om fri bevisprövning är gällande för bevisvärderingen inte kan anses acceptabelt att annan bevisning än pass tillmäts ett alltför lågt bevisvärde för den grupp vars myndigheter inte ställer ut identitetshandlingar på ett behörigt sätt. Rätten till familjeåterförening obstrueras så genom en alltför tät koppling mellan beviskravet för identitet och passkravet i 2 kap 1 § UtlL. Denna rättspraxis kan även sägas stå i rak motsats till vad lagstiftaren har uttryckt som sin vilja – att tillvarata barnets bästa i alla utlänningsärenden.

Uppsatsen sista kapitel är framåtblickande och ställer upp ett beviskrav för identitet *de lege ferenda*, där det är tillräckligt att den sökande gör sin identitet *sannolik*. För att tillmötesgå statens behov av gränskontroll och reglerad invandring, är sänkningen begränsad till fall där det kan konstateras att sökande har svårigheter vid bevisanskaffningen. Med denna utformning av beviskravet är intentionen att rätten till familjeåterförening ska kunna tillvaratas även för de sökande som inte har möjlighet att presentera identitetshandlingar på grund av avsaknad av behöriga myndigheter i hemlandet.

Förkortningar

Barnkonventionen	Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter
Ds.	Departementsserien
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska Unionen
Europadomstolen	Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna
FL	Förvaltningslagen (1986:223)
FPL	Förvaltningsprocesslagen (1971:291)
FT	Förvaltningsrättslig tidskrift
HD	Högsta domstolen
ICCPR	Förenta nationernas konvention om medborgerliga och politiska rättigheter
JT	Juridisk Tidskrift
MD	Migrationsdomstolen
MIG	Beteckning för Migrationsöverdomstolens avgöranden
MIV	Migrationsverket
MiÖD	Migrationsöverdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Regeringens proposition
RB	Rättegångsbalken (1942:740)
RegR	Regeringsrätten
RÅ	Regeringens årsbok
SIV	Statens Invandrarverk
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
SR	Sveriges Radio
UM	Beteckning för Migrationsöverdomstolens avgöranden
UN	Utlänningsnämnden
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
UtlF	Utlänningsförordningen (2006:97)
UtlL	Utlänningslagen (2005:716)

Innehållsförteckning

Förkortningar 4

1. Inledning 7
 - 1.1 Identitet som nyckel in i migrationsprocessen 7
 - 1.2 Förvaltningsrätt, migrationsprocess och bevisrätt. Syfte: rättssäker och effektiv prövning 9
 - 1.3 Intressen bakom utlänningslagstiftningen: rätten till familjeåterförening, gränskontroll och reglerad invandring 11
 - 1.3.1. Gränskontroll 12
 - 1.3.2. Rätten till familjeåterförening och barnets bästa 13
 - 1.4 Formulering av problemet: ett moment 22 har vuxit fram i anknytningsärenden 14
 - 1.5 Uppsatsens syfte 16
 - 1.5.1. Frågeställningar 17
 - 1.6 Avgränsningar 17
 - 1.7 Metod och materielurval 18
 - 1.8 Uppsatsens disposition 20
2. En introduktion till bevisrättens grunder 21
 - 2.1 Fri bevisprövning 22
 - 2.2 Bevisrättsliga begrepp och deras funktion 23
 - 2.3 Sannolikhetens betydelse för bevisprövningen, framför allt för bevisvärdering 25
 - 2.4 Bevisbördeteorier 27
 - 2.5 Beviskrav 30
 - 2.5.1 Får omständigheterna i det enskilda fallet påverka beviskravets styrka? 32
3. Bevisprövning i förvaltningsprocessen och migrationsprocessen – några särdrag och officialprincipens inverkan 34
 - 3.1 Utredningsansvarets generella räckvidd 37
 - 3.2 Utredningsansvaret och bevisbördan – hur går det ihop? 38
 - 3.3 Hur långt sträcker sig utredningsansvaret i anknytningsärenden? 39
4. Uppehållstillstånd och passkrav 40
 - 4.1 Uppehållstillstånd på grund av anknytning 41
 - 4.1.1 Uppskjuten invandringsprövning 42
 - 4.1.2 Barns processbehörighet i anknytningsärenden 43

4.1.3	Beviskravet för anknytning	44
4.2	Passkravet i utlänningslagstiftningen	46
4.2.1	Passkravet och undantagen i 5 kap 18 § UtL när ett uppehållstillstånd får beviljas efter inresa i Sverige	48
4.2.2	Främlingspass	48
5.	Beviskravet för identitet i ärenden om uppehållstillstånd på grund av anknytning – slutsatser gällande de lege lata	50
5.1	Beviskravet för identitet i ärenden om uppehållstillstånd på grund av anknytning	51
5.1.1	Anknytning <i>efter</i> inresa i Sverige, 5 kap 18 § 2 st 5 p UtL	52
5.2	Identitet som självständigt rättsfaktum i anknytningsprövningen	53
5.2.1	Identitet som dubbelrelevant rättsfaktum i anknytningsärenden och utvidgat personkrets för identitetskravet	54
6.	En problematisering av beviskravet för identitet	56
6.1	Differentiering av beviskravet vid Sveriges gräns	56
6.2	Styrkt identitet och passkrav – legal bevisprövning?	57
6.2.1	Kriterier för bevisvärderingen en form av legal bevisprövning?	58
6.2.2	Konsekvenser av legal uppräknning av kriterier för när identiteten ska anses styrkt	63
6.3	Avsaknad av prövning av främlingspass förstärker passets absoluta ställning	66
6.4	En alternativ koppling mellan passkravet och beviskravet för identitet?	69
6.5	Sammanfattande slutsatser	70
7.	Ett alternativt beviskrav för identitet i anknytningsärenden? - De lege ferenda	71
7.1	Beviskravet sannolikt och utredningsansvaret?	76
7.2	Effekter av sänkningen av beviskravet?	76
8.	Sammanfattning	78
9.	Litteraturförteckning	80

1. Inledning

”- *Jag är jag*
-*Men bevisa det då!*”

1.1 Identitet som nyckel in i migrationsprocessen

Svaret på frågan ”vem är du?” kan verka enkel. Jag är ju jag. Att ha en identitet kopplad till både namn och personnummer ger inte upphov till funderingar, snarare är den något som tas för givet. Med pass i handen kan det även kännas självklart att kunna lämna Sverige för att besöka andra länder, utan att medborgarskapet blir ifrågasatt. Identiteten är inte något som i första hand förknippas med ifrågasättande och bevisning. Den formella identiteten är med och formar vår uppfattning om det som är ”jag”. Vikten av att inneha en identitet blir tydlig då, exempelvis mot bakgrund av artikel 24 i FN:s Konvention om medborgerliga och politiska rättigheter, ICCPR, där det stadgas att ett nyfött barn har rätt att bli omedelbart registrerat och få ett namn. Detta första erkännande och bekräftelse av den identitet som en individ får är uttryckt som en var människas rättighet och utflödet av detta erkännande är sedan att ansvarig stat ställer ut identitetshandlingar för denna individ.¹ Att behöva insistera på sin identitet är något som mot denna bakgrund verkar mödosamt, ”jag säger ju att jag är jag; räcker inte det?”

Vi får numera lära oss att alla världens stater numera är sammanflätade på ett sätt som aldrig tidigare skådats, att ”vi lever i en globaliserad värld” på många olika nivåer av samhällslivet.² I denna globaliseringsprocess har nationalstatens vara eller icke-vara ifrågasatts och frågan om den har en fortsatt roll att spela i världens sammansättning har diskuterats. Trots detta, gör sig suveräna nationalstater fortfarande gällande och i suveränitetstanken inbegrips en inneboende rättighet för staten att kontrollera vilka som befinner sig på dess territorium och att kontrollera rörelser över dess gränser.³ Således har Sverige en operativ gränskontroll och lagstiftning som reglerar utländska medborgares inresa och vistelse inom nationens gränser.⁴

1 Guild, E (2009), Security and migration in the 21st century, s. 117

2 Globalisering definieras i nationalencyklopedien som en ”förändringsprocess varigenom stater och samhällen över hela jorden knyts samman i ömsesidiga beroendeförhållanden. Globalisering kan ses som en samlingsbenämning på utvecklingen inom politik, ekonomi och kultur. I allmänt språkbruk har termen emellertid i första hand kommit att syfta på ekonomiska förhållanden.” Se <http://www.ne.se/globalisering>

3 Guild, E (2009), s. 11

4 Inom EU har medlemsstaterna dock givit upp sina interna nationsgränser till förmån för en gemensam yttre gräns mot omvärlden.

Skydds- och säkerhetstanken har i världen vuxit sig allt starkare under det sista decenniet, kanske framför allt som en konsekvens av attackerna den elfte september 2001.⁵ Inom den samhällsvetenskapliga grenen internationella relationer har processen blivit kallad "säkerhetsfiering".⁶ Områden som förr inte varit direkt kopplade till frågan om en stats säkerhet får nu ökad uppmärksamhet – främst i ljuset av att bekämpa terrorism och att förebygga brott i samhället. På detta sätt har området migration och de individer som migrerar kommit att tätt länkas till frågan om nationalstatens säkerhet och skydd för dess invånare och kopplingen däremellan blivit föremål för granskning.⁷ Migration beskrivs i större utsträckning som ett hot för västvärlden och något som behöver stävjas för att motverka illegal invandring.⁸ En konsekvens är att svenska myndigheter starkt betonar behovet av gränskontroll och en reglerad invandring⁹ och ställer höga krav på utländska pass- och identitetshandlingar.¹⁰ Vikten av att kunna fastställa en utländsk medborgares identitet förklaras utifrån intresset av en reglerad invandring, att kunna kontrollera och bekämpa brottslighet och även utifrån att bekämpa människosmuggling – en problematik som uppmärksammas alltmer både på den svenska och internationella arenan.¹¹

Migration beskrivs ofta som en konsekvens av en alltmer globaliserad värld, att människor blir alltmer rörliga och därmed korsar landgränser på ett helt annat sätt än förut.¹² I de flesta fall ger identiteten inte upphov till några frågor i hemstaten, utan det är först när en förflyttning – som en resa från en stat till annan utgör – fullbordas som identiteten hamnar i fokus och blir ifrågasatt. När förflyttningen fullbordats är det härvid den mottagande staten som har kontrollen och tolkningsrätten över individens identitet.¹³ I skärningspunkten mellan migration och utlänningslagstiftning med regler för inresa och gränskontroller aktualiseras individens identitet. Individen blir härmed tvungen att bevisa sin identitet, vilket oftast sker mot uppvisande av en passhandling utställd av hemlandets myndigheter. Men ibland har individen inte några identitetshandlingar – eller så godkänner inte mottagande stat hemlandets identitetshandlingar –

5 Lagerqvist Veloz Roca, A (2010), Uppehållstillstånd, styrkt identitet och passkrav för inresa och vistelse i riket i FT nr 4 2010, s. 393

6 Se exempelvis Taureck, R (2006), Securitization theory and securitization studies i Journal of International Relations and Development Volume 9, No. 1

7 Se exempelvis Guild, E (2009) och Walters, W (2010), Migration and Security i Burgess, P, The Routledge Handbook of New Security Studies

8 Guild, E (2009), s. 130

9 Lagerqvist Veloz Roca, A (2010), s. 393 och Ds 2009:39, s. 19, se även Prop. 2009/10:137, s. 11

10 Som exempel kan nämnas kategoriseringen och underkännandet av olika kategorier irakiska pass, eller underkännandet av passhandlingar från Somalia, se Migrationsverkets föreskrifter angående irakiska pass, MIGRFS 01/2010

11 Prop. 2004/05:138 som föranledde Sveriges tillträde till FN:s tilläggsprotokoll mot människosmuggling och Prop. 2003/2004:111, s. 19 f

12 Se exempelvis presentationen av Regeringens förklaring till Underlagsrapport 18, Den stora utmaningen: Internationell migration i en globaliserad värld, tillgänglig på <http://www.regeringen.se/sb/d/5146/a/109792>

13 Guild, E (2009), s. 120

vilket medför att identiteten inte kan visas. Vad händer då? Frågan kan enkelt besvaras med ”personen nekas inresa till Sverige”, men svaret är mer nyanserat än så. Den ställs i ett annat ljus om personen uppger att den vill söka asyl¹⁴ i Sverige, eller i en ansökan vid svensk utlandsmyndighet har uppgett att hennes eller hans familj finns i Sverige. Här träder frågorna in om vad som enligt svensk rätt gäller för att bevisa sin identitet. En visad identitet blir så till själva nyckeln till inpassering över gränsen och till migrationsprocessen för att i förlängningen få ett uppehållstillstånd i Sverige.

1.2 Förvaltningsrätt, migrationsprocess och bevisrätt. Syfte: rättssäker och effektiv prövning
Förvaltningsrätten karakteriseras av att det allmännas intresse ställs mot den enskildes, där den enskilde är föremål för myndighetens makt vid dess myndighetsutövning¹⁵. Rättssäkerhet och effektivitet brukar beskrivas som målen med den förvaltningsrättsliga verksamheten. För att försöka definiera, eller åtminstone ringa in vad rättssäkerhet är, använder jag mig av Edelstams förklaring:

I den förvaltningsrättsliga debatten om rättsäkerhetens syfte och grundläggande natur har begreppet kommit att associeras med bl. a. effektivitet, legalitet, skydd för rättigheter, statens respekt för individen och den enskildes tillit till rättssystemet.¹⁶

Rättssäkerhet och effektivitet uppställs ofta som varandras motsatser och förvaltningsrättslig lagstiftning bygger till stor del på kompromisser mellan dem båda. Det övergripande intresset kan sägas vara att åstadkomma så många materiellt korrekta avgöranden som möjligt. För att garantera en effektiv och rättssäker prövning finns härmed mekanismer inbyggda i systemet via lagstiftning, exempelvis hur den förvaltningsrättsliga strukturen är utformad och genom myndigheternas möjligheter till självrättelse av fel och omprövning av beslut.¹⁷

Hur man bedömer en persons identitet är ett bevisrättsligt spørsmål. I förvaltningsprocessrätten¹⁸ står inte några uttryckliga regler om bevisprövning att finna, utan grundläggande bevisteoretiska

14 Med asyl avses uppehållstillstånd som beviljas en utländsk medborgare för att hon eller han är flykting eller alternativt skyddsbehövande, 1 kap 3 § UtlL

15 Edelstam, G (1995), Förvaltningsmyndigheters utredningsskyldighet – en rättssäkerhetsstudie, s. 19

16 Edelstam, G (1995), s. 20

17 Strömberg, H och Lundell, B (2011a), Allmän förvaltningsrätt, s. 164 f. Rättssäkerheten brukar delas in i två delar: formell respektive materiell rättssäkerhet. Den tidigare syftar tillbaka till behovet av förutsebarhet i processen, medan det senare åsyftar en materiellt korrekt bedömning av målet. Se Westberg, P (1988), Domstols officialprövning, s. 92 f

18 I 1 § FPL stadgas att förvaltningsmyndigheterna inte faller in under lagens tillämpningsområde. Av denna anledning kan det vara lätt att dra slutsatsen att förvaltningsmyndigheterna inte berörs av förvaltningsprocessrätten. Detta är dock inte fallet om man anlägger en bred definition av förvaltningsprocessrätt vilken även inbegriper beslutsfattande hos myndighet, Ragnemalm, H (2007), Förvaltningsprocessrättens grunder, s. 20 och 32. Eftersom det är MIV som initialt undersöker och prövar identitetsfrågan, syftar begreppet förvaltningsprocessrätt från och med nu tillbaka till denna bredare definition.

utgångspunkter som vanligen redovisas i förhållande till den allmänna processen är vägledande. Förklarande faktorer kan vara förvaltningsrättens särdrag¹⁹ och att en del bevisrättsliga principer kräver modifiering för att kunna tillämpas på ett ändamålsenligt sätt.²⁰ Rättegångsbalkens (1942:740), RB, bevisrättsliga regler och principer gäller även förvaltningsprocessen.²¹ Inom ramen för den bevisprövning som förvaltningsmyndighet eller domstol har att genomföra, finns flera delmoment och begrepp viktiga att känna till. Dessa kommer att introduceras senare i uppsatsen, men termen beviskrav bör förklaras närmare redan nu. Förenklat kan man uttrycka beviskravet som den grad av bevisning som krävs för att förvaltningsmyndigheten eller domstolen ska acceptera en påstådd omständighet.

Migrationsprocessen hör hemma inom den speciella förvaltningsrätten, vilket innebär att den lyder under det allmänna förvaltningsrättsliga regelverket i förvaltningslagen (1986:223), FL, och förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL. Dock är dessa lagar subsidiärt tillämpliga för det fall avvikande regler finns i specialförfattning, vilket även inkluderar specialförfattningar av lägre rang såsom förordningar utfärdade av regeringen.²² Utlänningslagen (2005:716), UtlL, och utlänningsförordningen (2006:97), UtlF, är centrala och kompletteras av ytterligare lagstiftning på utlänningsområdet.²³ Ansvarig förvaltningsmyndighet för utlänningsärenden i första instans är Migrationsverket, MIV. Sedan år 2006 finns i Migrationsrätten en ny instans- och processordning, sedan dåvarande ordning kritiserats som behäftad med rättssäkerhetsbrister, bland annat i förhållande till MIV:s utredningsansvar och bristen på muntlighet i processen.²⁴ Migrationsdomstolarna, MD, utgör numera andra instans och Migrationsöverdomstolen, MiÖD, är högsta och prejudikatsinstans i migrationsprocessen.²⁵

19 Mer om dessa i kapitel 3

20 Se exempelvis Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), *Bevisprövning i förvaltningsmål*, s. 122, där författarna menar att bland annat bevisvärderingen präglas av ett prognosticerande inslag vilket inte har en direkt motsvarighet i den allmänna processen.

21 Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 23

22 3 § 1 st FL samt 2 § FPL. Se även Bohlin, A och Warnling-Nerep, W (2007), *Förvaltningsrättens grunder*, s. 11 och Ragnemalm, H (2007), s. 41.

23 Bland annat kan nämnas Lag (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl., Lag (2005:429) om god man för ensamkommande barn och Lag (2001:82) om svenskt medborgarskap

24 Kritiken bestod i att förvaltningsmyndigheternas utredningsansvar inte i tillräcklig utsträckning användes för att tillgodose sådan utredning som framför allt asylärenden kräver, samt att möjligheterna till att låta den asylsökande få uttrycka sin sak, bedöma den sökandes trovärdighet och att ”reda ut missförstånd” var begränsade till följd av litet utrymme för muntlig förhandling, Prop. 2004/05:170, s. 105. I UtlL finns härför särskilda regler för muntlig handläggning i 13 kap 1-8 §§ UtlL, eftersom huvudregeln i förvaltningsprocessrätten är ett skriftligt förfarande, 9 § 1 st FPL. Praktiskt sett innebär muntligheten i utlänningsärenden att MIV alltid har en skyldighet att hålla muntlig utredning i asylärenden, 13 kap 1 § 1 st UtlL. Redan under 1990-talet uppmärksammades dock behovet av ett ökat inslag av muntlig handläggning i asylärenden. Se Prop. 1996/97:25, s. 2

25 Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), *Utlänningslagen med kommentarer*, s. 29 ff. Innan reformen som infördes på migrationsrättens område år 2006 var Statens Invandrarverk, SIV, första instans och Utlänningsnämnden, UN, andra och slutlig instans. I migrationsärenden fanns därmed ingen möjlighet till domstolsprövning av förvaltningsmyndigheternas beslut, annat i fall av extraordinära rättsmedel i Regeringsrätten. Processen kom i och

1.3 Intressen bakom utlänningslagstiftningen: rätten till familjeåterförening, gränskontroll och reglerad invandring

Sveriges utlänningslagstiftning är relativt ung, den första utlänningslagen trädde i kraft 1928. Grunden för en generell utlänningskontroll med passtvång vid inresa hade dock etablerats redan elva år tidigare, då man i syfte att ”begränsa folkutbytet med andra länder”²⁶ år 1917 införde en passkungörelse.²⁷ I förslaget till den första utlänningslagen²⁸ framhölls att gränskontroll var nödvändig mot bakgrund av den ökade arbetskraftsinvandringen, i syfte att kontrollera och begränsa densamma.²⁹ Lagen kom också att innebära införandet av institutet uppehållstillstånd.³⁰ Vi ser så att utlänningslagstiftningen kom att grundas på överväganden om behovet av kontroll och reglerad invandring. Successivt kom dock utlänningslagstiftningen att ändra karaktär, bland annat genom att ett starkt skydd för flyktingar infördes.³¹ I förarbetena till 1954 års lag³², den första utlänningslagen utan tidsbegränsning³³, uttalades dock att endast ”svenska medborgare hade en ovillkorlig rätt att vistas och arbeta i Sverige”³⁴. Den generella gränskontrollen motiverades som nödvändig mot bakgrund av försörjnings- och bostadsförhållandena i Sverige.

Utlänningslagstiftningen har sedan dess ändrats ett flertal gånger; nu gällande UtL trädde i kraft den 31 mars 2006.³⁵ En fortsatt utveckling har efter 2006 skett av utlänningslagstiftningen, bland annat i grunderna för uppehållstillstånd. Detta beror till största del på införlivandet i svensk rätt av EU-direktiven om gemensamma regler för familjeåterförening, asylprocedur och skyddsgrunder³⁶, det vill säga att individens rättigheter fått ett större utrymme.

med reformen även att bli kontradiktorisk, en tvåpartsprocess där MIV är motpart till den sökande inför migrationsdomstolarna, Wennergren, B (2005), s. 146

26 Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 16

27 Denna följdes av 1918, 1920 och 1926:s års övervakningskungörelser.

28 Prop. 1927:198

29 Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 17 f

30 Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 18

31 Utlänningslagstiftningen kom att förändras 1937, 1945 och 1954, varvid bland annat ett starkare skydd för flyktingar infördes. Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 18 ff

32 Prop. 1954:41, s. 61. Se Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 19

33 Strömberg, H och Lundell, B (2011b), Speciell förvaltningsrätt, s. 99

34 Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 19

35 1954 års lag kom att gälla fram till 1980, då en reviderad ny utlänningslag trädde i kraft. Denna kom i sin tur att ersättas år 1989 och senast år 2005, vilken är nu gällande UtL

36 Rådets direktiv 2003/86/EG av den 22 september 2003 om rätt till familjeåterförening, Rådets direktiv 2005/85/EG av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för beviljande eller återkallande av flyktingstatus och Rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet

1.3.1 Gränskontroll

Nödvändigheten av en effektiv gränskontroll har alltså varit grunden för utformningen av utlänningslagstiftningen och motiverats numera av att den krävs för att genomföra den svenska invandringspolitiken, där en reglerad invandring numera beskrivs som en grundläggande princip.³⁷ Den byggs upp genom ett kontrollsystem där viseringar och uppehållstillstånd utgör beståndsdelarna för att säkerställa vetskap om vilka personer som befinner sig på EU:s eller Sveriges territorium.³⁸

Enligt 2 kap 1 § UtL krävs det att utländska medborgare har pass för inresa och vistelse i Sverige. Sverige har såsom medlemsstat i EU även en skyldighet enligt EU:s Gränskodex att tillse och kontrollera EU:s yttre gränser, vilket innefattar identitetskontroller.³⁹ I punkt 6 i gränskodexen går att läsa att ”gränskontrollen bör bidra till kampen mot olaglig invandring och människohandel samt till förebyggande av alla typer av hot mot medlemsstaternas inre säkerhet, allmän ordning, folkhälsa och internationella förbindelser”. I 9 kap UtL samt 6 kap UtF regleras för svensk del vilka kontrollåtgärder som ska vidtas vid de yttre gränserna.

För att en handling ska godtas såsom pass krävs bland annat att den är *utfärdad av behörig myndighet*, vilket gör att Sverige kan underkänna passhandlingar från en hemstat vilken anses sakna fungerande myndigheter som kan ställa ut identitetshandlingar och föra folkbokföring. Undantag från passregeln finns dock och kommer redogöras för i detalj nedan, men den är inte generell för vissa grupper av personer som kan antas ha svårigheter att visa upp behörigt utställda identitetshandlingar.

37 Ds 2009:39, s. 19. Se även Prop. 2009/10:137, s. 12, där det framhålls att de nya, mer generösa reglerna som föreslogs träda i kraft (vilka tillåter att anknytningsärenden i vissa fall kan beviljas när sökanden redan befinner sig i Sverige) inte får vara en del av en ”ordning som riskerar att urholka den reglerade invandringen” och därför förespråkas en ”mer balanserad lösning” mellan individens rättighet och statens skyldighet till kontroll. I den statliga utredning som lade fram förslag om en ny gränskontrolllag, framhålls bestämmelserna kring personkontroll och gränskontroll som delar av migrationspolitiken ”vars syfte bl. a. är att migration till och från Sverige skall kunna ske under ordnade former och att värna asylrätten”, SOU 2004:110, s. 16

38 Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 87

39 Förordningen (EG) nr 562/2006 om en gemenskapskodex om gränspassage för personer (kodex om Schengengränserna) trädde i kraft den 13 oktober 2006. Enligt dess artikel 5 måste gränspatrullen tillse att individen (tredjelandsmedborgare) har giltiga resehandlingar och/eller visum samt att den kan uppvisa andra dokument nödvändiga för passage (exempelvis inbjudan till att hälsa på någon eller liknande) för att individen ska tillåtas passera gränsen in i EU. I samband med inresa i Sverige får en polisman utföra kroppsvisitering om det behövs för att utreda personens identitet eller för att klargöra personens resväg om det kan ha betydelse för huruvida personen har rätt att resa in och visas i Sverige förutsatt att den inte ”görs mer ingående än vad som krävs med hänsyn till ändamålet med åtgärden”, 9 kap 2 § 1 st och 3 st UtL.

1.3.2 Rätten till familjeåterförening och barnets bästa

Sveriges invandring består till största del av anhöriga till någon som är bosatt i Sverige.⁴⁰ Att en utländsk medborgare har rätt till uppehållstillstånd på grund av anknytning framgår av 5 kap 3 – 3e § § UtlL. Rätten till statens och samhällets beskydd av familjen, vilken uttrycks som ”den naturliga och grundläggande enheten i samhället”, är på internationell nivå bland annat fastslagen i FN:s allmänna deklaration om de mänskliga rättigheterna⁴¹. Den främsta källan som brukar framhållas när rätten till familjeliv diskuteras är dock artikel 8 i den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, EKMR⁴², där Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna, Europadomstolen, dömt att immigranter omfattas av bestämmelsen.⁴³ EKMR slår däremot inte fast en ovillkorlig rätt för utländska medborgare till inresa eller vistelse i en konventionsstat⁴⁴, men genom sina avgöranden har Europadomstolen utformat möjligheten till familjeåterförening såsom en *skyldighet* för konventionsstaterna. Familjeåterförening utgör härmed en individens negativ rättighet vid gränsen, vilket innebär att staten ålägges en skyldighet att avhålla sig från intervention. Denna rättighet balanseras mot konventionsstaternas rätt till gränskontroll och har av Europadomstolen inte givits betydelsen att det föreligger en ovillkorlig rätt för utländska medborgare att beviljas uppehållstillstånd på grund av anknytning eller att rätten till familjeåterförening innebär ett fritt val av vilket land familjen vill leva i.⁴⁵

Inom EU framhålls anhöriginvandrare som den viktigaste gruppen av immigranter.⁴⁶ Familjeåterförening är därför utformad som en *rättighet* för tredjelandsmedborgare och kommer – förutom i sekundärrätten genom familjeåterföreningsdirektivet⁴⁷ – till uttryck i artiklarna 7, 9 och 33 i den europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

I förarbetena till utlänningslagstiftningen beskrivs rätten till familjeåterförening såsom ”en självklar

40 Migrationsverkets statistik över beviljade uppehållstillstånd 1980-2010

41 Artikel 16.3

42 Inkorporerad i svensk rätt genom Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

43 Abdulaziz v. UK

44 Danelius, H (2007), Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, 3:e uppl., s. 334

45 Danelius, H (2007), s. 339 f och Ruffer, G (2011) Pushed Beyond Recognition? The Liberality of Family Reunification Policies in the EU i *Journal of ethnic and migration studies* 2011 vol 37, nr 6, s. 940 ff

46 Luedke, A (2009), Uncovering European Union Immigration Legislation: Policy Dynamics and Outcomes i *International migration* 2011 vol 49, nr 2, s. 1 -27, s. 11 ff. Författaren lyfter fram att familjeåterförening är en av få legala möjligheter att invandra till Europa och att rätten till familjeåterförening var central redan 1999, då det skedde i Tammerforsprogrammet, vilket lade grunden till EU:s gemensamma migrations- och asylarbete, utarbetades och antogs.

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

och grundläggande del i vår invandringspolitik".⁴⁸ I propositionen som föranledde genomförandet av familjeåterföreningsdirektivet i svensk rätt framhålls möjligheten till familjeåterförening som en "viktig och principiell rätt i såväl svensk som i viss utsträckning internationell rätt. En grundprincip inom den svenska utlänningsrätten är att hålla samman familjen, vilket främst kommer till uttryck i bestämmelserna om uppehållstillstånd på grund av familjeanknytning enligt 2 kap. 4 § UtlL (5 kap. 3 § NutL)."⁴⁹ Det faktum att lagstiftaren valt att inkludera en större personkategori som kan komma i fråga för anknytning än den som familjeåterföreningsdirektivet uppställer som minimikrav, samt att man under de senaste åren arbetat fram en reglering som syftar till att ytterligare underlätta familjeåterförening i Sverige när ansökan lämnas in efter inresa till Sverige får ses som tecken på att rätten till familjeåterförening uppfattas som angelägen.⁵⁰

I 1 kap 10 § UtlL föreskrivs särskilt hänsynstagande i fall som rör barn och att barnets hälsa och bästa ska tillvaratas. Barnets bästa i utlänningslagstiftningen är en uttrycklig följd av Sveriges ratificering av FN:s konvention om barnets rättigheter av den 29:e november 1989, Barnkonventionen, där principen om barnets bästa återfinns i artikel 3.

1.4 Formulering av problemet: ett moment 22 har vuxit fram i anknytningsärenden

Totalt beviljades 69 916 personer uppehållstillstånd i Sverige år 2010, varav 24 626 av anknytningsskal.⁵¹ I ansökningar om uppehållstillstånd på grund av anknytning bifölls 55 procent år 2010, vilket var 19 procentenheter lägre än föregående år. Den största enskilda utpekade faktorn till denna nedgång var den senaste utvecklingen i praxis vad gäller tolkningen av passkravet i 2 kap 1 § UtlL och krav på att en sökande i anknytningsärenden ska *klarlägga* sin identitet.⁵² MiÖD har alltså vid ett antal tillfällen de senaste åren, det senaste i maj i år⁵³, uttalat sig i fråga om identitet och vilket beviskrav för detsamma som rimligen kan uppställas för utländska medborgare som söker uppehållstillstånd på grund av anknytning. Man har även förtydligat hur passkravet i 2 kap 1 § UtlL ska tillämpas, vilket medfört att en grupp av anknytningsökande måste inneha pass för att kunna få uppehållstillstånd⁵⁴ och dessutom uppställt krav på vem som kan anses vara ett barns ställföreträdare i anknytningsärenden.

48 Prop. 1996/97:25, s. 111

49 Prop. 2005/06:72, s. 68, se även Prop. 1996/97:25, s. 1

50 Det kan dock diskuteras hur denna rätt i realiteten påverkas av den parallella utvecklingen där det för familjeåterförening införts ett försörjningskrav för anknytningspersonen (se 5 kap 3 b – 3 c §§ UtlL) samt där den skärpta praxis för passinnehav och identitet som i denna uppsats är föremål för undersökning.

51 Migrationsverkets statistisk över beviljade uppehållstillstånd 1980-2010

52 Årsredovisning Migrationsverket 2010, s. 55

53 MIG 2011:11, se en detaljerad redogörelse av MÖD:s avgörande i kommande framställning.

54 Se nedan i avsnitt 4.2

Denna striktare praxis har lämnat tydliga spår efter sig, som åskådliggörs genom en enkel googlesökning på beviskrav för identitet kopplat till migration:

”Nästan omöjligt för somalier att få hit anhöriga”⁵⁵

”Lagen delar somaliska flyktfamiljer”⁵⁶

”Hirsi Shokris barn får inga pass”⁵⁷

”Migrationsöverdomstolen har i ett antal avgöranden betonat utlänningslagens krav på att utlänningar ska ha pass vid inresa och vistelse i Sverige. Passkravet är grundläggande för kontroll av utlänningars inresa och vistelse i Sverige. Annorlunda uttryckt är kravet på pass en förutsättning för ordning och reda i invandringsreglerna. Det är också enligt EU-lagstiftningen ett villkor för inresa i Schengenområdet att en utlänning innehar giltig resehandling som tillåter passage vid gränsen.”⁵⁸

”De svenska reglerna och den nya praxisen leder till att familjer splittras och att barn inte får träffa sina föräldrar. Även personer som har kunnat bevisa att de faktiskt är föräldrar till barnet har nekats återförening, eftersom barnet måste kunna styrka sin identitet. Hur detta anses förenligt med barnkonventionen kan man verkligen fråga sig. Hur det är förenligt med portalparagrafen om barnens bästa i utlänningslagen kan man också fråga sig, eller hur det är förenligt med artikel 8 i Europakonventionen där man slår fast rätten till familjeliv.”⁵⁹

”Det krav på styrkt identitet för uppehållstillstånd som blivit följden av Migrationsverkets tolkning av tidigare domar från Migrationsöverdomstolen har fått till följd att möjligheterna till familjeåterförening ytterligare drastiskt begränsats.”⁶⁰

Vi kan härmed konstatera att ett ”moment 22” har uppstått i ärenden om uppehållstillstånd på grund av anknytning mot bakgrund av att vissa grupper utländska medborgare - framför allt från Somalia - inte har tillgång till av Sverige godkända identitets- eller passhandlingar och därmed aldrig kan möta kravet på en klarlagd identitet och innehav av pass. Detta mot bakgrund av att personerna kommer från länder vars myndigheter inte kan ställa ut identitetshandlingar på ett för Sverige behörigt sätt, eller att Sverige inte godkänner de handlingar som utfärdas. Häri ligger även att vissa barn utomlands avskärs från möjligheten att anhängiggöra sin ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning till en förälder i Sverige, eftersom både barnets identitet såväl som den legala ställföreträdarens måste vara klarlagda.⁶¹

55 Rubrik till nyhet SR International 2011-06-22

56 Rubrik till nyhet SR Ekot 2011-07-04

57 Rubrik till nyhet SR P4 Gävleborg 2011-01-25

58 Anf. 24 Migrationsminister Tobias Billström, 5 § Svar på interpellation 2010/11:91 om identitetskravet vid anhöriginvandring, Kammarens Protokoll, Riksdagens Protokoll 2010/11:27, 2010-12-03

59 Anf. 25 Ulla Andersson (v), 5 § Svar på interpellation 2010/11:91 om identitetskravet vid anhöriginvandring, Kammarens Protokoll, Riksdagens Protokoll 2010/11:27, 2010-12-03

60 Röda Korset, Unicef, Rädda Barnen, Sociala Missionen och Rådgivningsbyrån för Asylsökande och Flyktingar, Skrivelse *Rätt till familjeåterförening* till Migrationsminister Tobias Billström 2011-06-10,

61 Se avsnitt 4.1.2 och 5.2.1 för en närmare redogörelse. Se även MIG 2009:17.

MIV har själv varnat för konsekvenserna av fastställd bevispraxis. I myndighetens årsredovisning 2010 återfinns rubriken "ID-krav hinder för vissa grupper". Här tillstår myndigheten att kraven på styrkt identitet är problematisk vid anhörginvandring från Somalia, då möjligheten att få tillgång till giltiga passhandlingar saknas och detta i praktiken hindrar dem från att förenas med anhöriga i Sverige. Situationen att ett barn får svårigheter att återförenas med sina föräldrar vid oklarheter kring vem den legala ställföreträdaren lyfts också fram.⁶² MiÖD har även uttalat i ovan nämnt avgörande att man är medveten om att sökande från bland annat Somalia får problem med att styrka sin identitet, men lägger uppgiften att ändra detta förhållande på lagstiftaren.⁶³ I ett ytterligare avgörande rörande det legala ställföreträdarskapet för barn påtalas även önskan att lagstiftaren hittar en lösning för ovan nämnd problematik.⁶⁴ Härmed kan konstateras att det uppställda beviskravet har kommit att utgöra ett praktiskt hinder med direkt påverkan på individens möjligheter att åtnjuta sina rättigheter så som de slutligen kommer till uttryck i UtL. Identiteten utgör alltså nålsögat en utländsk medborgare måste ta sig igenom om han eller hon vill passera gränsen in i Sverige, trots att processens fokus ligger på att utreda risken för släktskap.

Som följd av det nya rättsläget är beviskravet för identitet en het potatis och uppmärksammas av både media, politiska partier och myndigheter. Det är tydligt att intressena av säkerhet och kontroll ställs emot intresset av familjeåterförening. En förändringsprocess äger rum, där MiÖD står inför ytterligare avgöranden i delar av frågan.⁶⁵ I mars i år meddelade regeringen att man tillsammans med Miljöpartiet ingått i en bred migrationsöverenskommelse, där det utlovades en genomsyn av utlänningslagstiftningen för att komma åt problemen.⁶⁶ Justitiedepartementet har även fått i uppdrag att göra en utredning. Ett nytt lagförslag väntas läggas fram under våren 2012 och regeringen har utlovat att de nya bestämmelserna ska träda i kraft i juli 2012.⁶⁷ Allt tyder alltså på att lagstiftaren och den politiska ledningen i landet tycker att uppkommet "moment 22" är en viktig rättspolitisk fråga som kräver en lösning.

62 Årsredovisning Migrationsverket 2010, s. 14

63 MIG 2011:11, s. 15

64 MIG 2009:17

65 MiÖD har meddelat prövningstillstånd i målnummer UM 409-11, 2011-05-09. Uppehållstillstånd m.m. "Fråga om svårigheter att få ett giltigt pass utfärdat kan anses utgöra skäl för undantag från huvudregeln att uppehållstillstånd ska ha sökts och beviljats före inresan i Sverige."

66 Ramöverenskommelse mellan regeringen och Miljöpartiet de gröna om migrationspolitik 2011-03-03, s. 4.

Tillgänglig på <http://www.regeringen.se/content/1/c6/16/21/42/e6580a78.pdf>

67 "Med utgångspunkt i principen om barnets bästa och rätten till familjeåterförening pågår nu ett arbete i Regeringskansliet med att ta fram en departementspromemoria med förslag till lagändringar för att förbättra förutsättningarna för bland annat somaliska barnfamiljer att återförenas i Sverige. Lagändringarna beräknas kunna träda i kraft 1 juli 2012. En proposition beräknas överlämnas till riksdagen under våren och när det sker kommer det att vara möjligt att få närmare information om vilka som omfattas och om praktiska aspekter av förslaget." <http://regeringen.se/sb/d/13974/a/157999>

1.5 Uppsatsens syfte

Uppsatsens övergripande syfte är att undersöka hur beviskravet för identitet ser ut i ärenden om uppehållstillstånd på grund av anknytning för att sedan kunna problematisera och utforska förhållandet mellan beviskravet och passkravet i UtL. Härefter är mitt syfte att utifrån perspektivet att rätten till familjeåterförening ska möjliggöras mot bakgrund av problematiken beskriven i problemformuleringen, beskriva hur ett alternativt beviskrav för identitet skulle kunna utformas.

1.5.1 Frågeställningar

Utifrån problemformuleringen ovan och den därur springande syftesbeskrivningen är följande frågeställningar relevanta:

- ▲ Hur ser beviskravet för identitet ut i ärenden om uppehållstillstånd på grund av anknytning och vilka överväganden ligger bakom bestämmandet av beviskravets nivå?
- ▲ Vilken roll spelar identiteten i ärenden om uppehållstillstånd på grund av anknytning?
- ▲ Vad krävs i form av bevisning för att beviskravet för identitet ska anses uppfyllt?
- ▲ Hur ser förhållandet mellan beviskravet för identitet och passkravet i 2 kap 1 § UtL ut?
- ▲ Utifrån perspektivet av en rätt till familjeåterförening, finns någon alternativ konstruktion av beviskravet för identitet i anknytningsärenden och hur skulle denna konstruktion i sådant fall kunna se ut?

1.6 Avgränsningar

Bevisprövning är ett samlingsbegrepp vilket består av flera olika delar. Spörsmålen om bevisbördans placering och beviskravet för att ett visst rättsfaktum ska anses uppfyllt är skilda från bevisvärderingen. I denna uppsats är det alltså beviskravet som står i fokus, vilket naturligen medför att det är denna del av bevisprövningen som i detalj kommer undersökas. Bevisbördans placering och bevisvärdering behandlas mer översiktligt och kommenteras i den mån de bär relevans för huvudämnet.

Det är endast beviskravet för identitet i ärenden om uppehållstillstånd på grund av anknytning som undersöks, trots att det föreligger fler grunder för uppehållstillstånd och att identitetsfrågan är central även vid ansökan om svenskt medborgarskap. I viss mån är dock beviskravet för identitet i asylärenden relevant att behandla eftersom det tjänar ett förklarande och jämförande syfte för uppsatsen. Dessutom berörs bevisrättsliga frågor i relation till bedömningen av *anknytning* endast ytligt i beskrivande syfte.

Förslag till lösning på anhörigproblematiken har bland annat varit att genomdriva lagändringar i god man-institutet, ändra reglerna för utfärdande av främlingspass och utvidga användningsområdet för DNA-analys.⁶⁸ Min avsikt är dock inte att i denna uppsats gå närmare in på dessa lösningar, utan att grunda *de lege ferenda* i beviskravet för identitet.

Reglerna kring utfärdandet av främlingspass har dock en annan betydelse för uppsatsen, då de används för att tydliggöra konsekvenser av förhållandet mellan beviskravet för identitet och passkravet i UtlL. Frågan om rätten till en rättvis rättegång i anknytningsärenden tangerar det resonemang där främlingspass behandlas i analysen. Trots detta, behandlas inte denna rättighet närmre i uppsatsen då det ligger utanför dess syfte.

Statens intresse av gränskontroll och reglerad invandring kan numera förklaras inte enbart utifrån ett nationellt perspektiv, utan även utifrån Sveriges skyldigheter visavi EU och dess medlemsstater. När passkravet i förhållande till anknytningsärenden granskas är det, trots detta, utifrån ett nationellt perspektiv. En analys av EU-rätten skulle kräva större omfattning än vad som är lämpligt för denna uppsats och lämnas därför utanför.

Slutligen finns, förutom identitet och anknytning, fler krav som ska vara uppfyllda för att en utländsk medborgare ska kunna beviljas uppehållstillstånd på grund av anknytning. Häribland ett nyligen instiftat försörjningskrav för anknytningspersonen. Dessa kommer inte närmare behandlas i uppsatsen.

1.7 Metod och materielurval

När jag närmat mig mitt ämne har jag tidigt i processen insett att det varit nödvändigt att antingen utgå ifrån en regelorienterad eller en problemorienterad ansats för uppsatsen.⁶⁹ Min utgångspunkt för uppsatsen är framför allt den problematik som uppkommit till följd av hur beviskravet för identitet och passkravet tolkats och tillämpas i praxis. Ansatsen är härmed problemorienterad, även med hänsyn till att en diskussion förs om beviskravets utformning *de lege ferenda*. Eftersom forskningsområdet präglas av två i det här fallet motstridande intressen – rätten till familjeåterförening och behovet av gränskontroll och reglerad invandring – är det, åtminstone i

68 Se exempelvis Miljöpartiets motion 2010/11:Sf239, Familjeåterförening vid avsaknad av passhandlingar och artikeln ”Regeringen överens med MP om asylpolitik” på <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=4701525>

69 Se Westberg, P (1992), Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats - En idé om rättsvetenskaplig öppenhet i Festskrift till P. O. Bolding, s. 423, för en mer fullständig förklaring av regel- respektive problemorienterad ansats. Regelorienterad kan kopplas samman med den rättspositivistiska juridiska metoden där avstamp för uppsatsen tas i en rättsregel som analyseras i detalj. Den problemorienterade ansatsen är istället mer öppen och uppsatsen tar avstamp exempelvis i ett samhällsproblem.

förhållande till beviskravet *de lege ferenda*, motiverat att utgå i från ett av dessa perspektiv i analysen. Denna senare del av uppsatsen bär oundvikligen en rättspolitisk prägel, eftersom det ligger en normativ ambition i företaget att presentera ett alternativt beviskrav för identitet. För att den inte enbart ska bli föremål för eget tyckande, kommer jag här utgå från problematiken att vissa grupper av människor avskärs från att få sin ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning prövad och intresset av att svensk rätt ska möjliggöra familjeåterförening.⁷⁰ När jag hädanefter talar om rätten till familjeåterförening, så syftar jag till rätten att få sin grund för anknytning prövad i sak av svenska myndigheter.

Eftersom en stor del av uppsatsen syftar till att undersöka beviskravet för identitet *de lege lata*, används rättsdogmatisk metod. Rättskälleläran, med studier av lagstiftning, förarbeten, praxis och för ämnet relevant doktrin, är vägledande och används framför allt i de delar som behandlar gällande rätt. I doktrin lyser ett stort utbud förvaltningsrättsliga verk med inriktning mot bevisrätt med sin frånvaro. Det är därför framför allt Diesens med fleras *Bevisprövning i förvaltningsmål* och *Prövning av migrationsärenden* som jag hämtat inspiration ifrån. Lagerqvist Veloz Rocas artikel *Upphållstillstånd, styrkt identitet och passkrav för inresa och vistelse i riket* från 2010 har också varit till stor hjälp för förståelsen av vilken problematik passkravet i utlänningsrätten ger upphov till. Statistik och olika styrdokument från MIV, såsom rättsliga ställningstaganden från MIV:s rättschef, rättsliga instruktioner och MIV:s interna riktlinjer för ärendehantering i *Utlänningshandboken* används.

Vid bevisprövning föreligger alltid en risk att bedömningen blir alltför subjektivt präglad och att den därmed blir mindre korrekt.⁷¹ Risken kan sägas vara särskilt framträdande i förvaltningsprocessrätten, till följd av avsaknaden av tydliga bevisrättsliga överväganden och inkonsekvenser i bevisprövningen.⁷² Det är härav min uppfattning att det finns rättssäkerhetsvinster att göra om man i bevisprövningen utgår ifrån etablerade bevisteoretiska principer. Trots svårigheter att applicera färdiga teorier eller att till fullo placera in förvaltningsrättsliga ärenden någonstans på skalan dispositiva tvistemål – indispositiva tvistemål – brottmål, så är det min uppfattning att det går att hämta ledning i bevisfrågorna från den allmänna processen och göra betydelsefulla jämförelser med bevisprövningen i ärenden om uppehållstillstånd.

70 Att analysera rättsregler eller ett visst rättsligt förhållande utifrån ett visst perspektiv kan, om det är relevant för det som studeras, tydliggöra brister och styrkor i gällande rätt samt synliggöra konsekvenser av lagstiftningens karaktär.

Det går sedan att ställa sig frågan om rättsreglerna är effektiva - om de tjänar sitt syfte och bakomliggande intressen.

Se Sandgren, C (1995), *Empiri och Rättsvetenskap Del I*, JT 1995/96 s. 73

71 Diesen, C (red.) (2007), *Prövning av migrationsärenden*, s. 202

72 Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 60

1.8 Uppsatsens disposition

I kapitel 1, inledningen, har läsaren fått stifta bekantskap med vad som föranlett uppmärksamheten kring beviskravet för identitet, för att sedan bli introducerad till uppsatsens syfte, frågeställningar, metod och disposition.

Kapitel 2 och 3 fungerar sedan som bakgrundsavsnitt där läsaren introduceras i bevisrättens grunder och uppbyggnad och där bevisrättsliga begrepp och teorier presenteras. Härfter följer en förklaring av placeringen av bevisrättsliga spörsmål i förvaltningsprocessrätten och den så kallade officialprincipen behandlas och kopplas till bevisbördans placering, vilken i sin tur har en direkt påverkan på beviskravet.

I kapitel 4 behandlas regler och praxis kring uppehållstillstånd på grund av anknytning och passkravet i Util. Reglerna för främlingspass samt ställföreträdarskap för barn uppmärksammas också.

Beviskravet för identitet *de lege lata* presenteras i kapitel 5. Här dras även slutsatser om beviskravets utformning och dess ställning i anknytningsprocessen. De slutsatser som dras i föregående kapitel utgör sedan grunden analys och problematisering i kapitel 6. Här problematiseras passkravets inverkan på beviskravet för identitet och konsekvenser härav åskådliggörs.

Uppsatsens sista del, kapitel 7, undersöks hur en alternativ konstruktion av beviskravet för identitet skulle kunna utformas. Såsom avslutning på examensuppsatsen sammanfattas uppsatsen i kapitel 8.

2. En introduktion till bevisrättens grunder

*”Vad innebär det att bevisa
att jag är jag?”*

Att ge sig in på den allmänna bevisrättens område kan närmast beskrivas som en djungel, eller åtminstone som en snårskog utifrån ett svenskt perspektiv. Begreppen är många och skär delvis in i varandra, de olika delar som utgör bevisprövningen förklaras utifrån ett stort antal olika teorier varav vissa står i motsats till varandra. Skiljelinjen för åsiktsdelningen är kopplad till skilda uppfattningar om rättsskipningens grundläggande funktion i förhållande till civilrätten: rätten som handlingsdirigerande respektive konfliktlösningsfunktion.⁷³ I straffprocessen är det dock rättsfunktion som såsom garant för rättssäkerhet och effektivitet som står i förgrunden med det övergripande målet att åstadkomma så materiellt korrekta avgöranden som möjligt.⁷⁴ Detta mot bakgrund av att straffprocessen kännetecknas av att staten riktar en sanktion mot en person som begått en brottslig gärning.⁷⁵ Förutom komplexiteten i bevisrättens teoretiska dimension, kan dessutom en diskrepans skönjas mellan denna och domstolarnas faktiska tillämpning.⁷⁶

Framställningen nedan syftar till att introducera läsaren för grundläggande bevisrättsliga begrepp och frågor, vilka har betydelse för uppsatsens ämne genom att ge den teoretiska ramen för kommande analys av beviskravet för identitet. Jag kommer framför allt att utgå från de bevisrättsliga verk som författats av Ekelöf, Olivecrona, Bolding, Lindell, Heuman och Diesen. I huvudsak behandlas bevisrättsliga frågor på civilrättens område och i mindre utsträckning bevisrätten i straffprocessen. Tvistemål delas vanligen upp i två kategorier; dispositiva och indispositiva mål. Den tidigare kategorin har en flexibel karaktär, eftersom parterna i enlighet med den i dispositiva tvistemål starka förhandlingsprincipen⁷⁷ har stort inflytande över vad domstolen har att avgöra och beakta.⁷⁸ Indispositiva tvistemål präglas inte av samma flexibilitet, utan delar istället några av straffprocessens särdrag eftersom materiellt korrekta domar eftersträvas och parterna därmed inte

73 Lindell, B (2003), *Civilprocessen*, s. 424.

74 Lindell, B (red.) (2005), *Straffprocessen*, s. 20

75 Lindell, B (red.) (2005), s. 20

76 Heumans kartläggning tyder på att domstolarna använder andra eller flera olika metoder för bevisprövning samtidigt, Heuman, L (2005), *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, s. 511

77 Förhandlingsprincipen innebär att parterna bär ett ansvar för bevisningen i ärendet och kommer till uttryck i 35 kap 6 § RB. Principen ska inte tolkas som att ansvaret för utrednings fullständighet helt åvilar parterna allena, utan syftar snarare till de handlingar parterna kan företa i processen. Wennergren, B (1996), *Förvaltningsprocessen – en fullbordad process*, FT 1996, s. 75-84, s. 76 f och Lavin, R (1989), *Civilprocessen och förvaltningsprocessen – en jämförelse*, i JT 1989/90, s. 70-88, s. 76

78 Bolding, P O (1989), *Går det att bevisa? Perspektiv på domstolsprocessen*, s. 15 ff

kan förfoga över processen i lika stor utsträckning som i dispositiva tvistemål.⁷⁹

De bevisrättsliga teorierna i relation till den allmänna processen har även bäring på förvaltningsprocessrättens område, eftersom det i stor utsträckning här saknas bevisrättslig doktrin trots att allmänna bevisrättsliga principer är giltiga. Syftet med framställningen är dock inte att senare i uppsatsen kunna klassificera bevisprövningen i anknytningsärenden in under en viss teori eller likna den vid en viss allmän process. I stället ser jag framställningen här nedan som en teoretisk ram för att senare förstå förvaltningsprocessens – och i synnerhet migrationsprocessens - särdrag.

2.1 Fri bevisprövning

35 kap 1 § RB ger uttryck för den för svensk rätt grundläggande principen om fri bevisprövning;

Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat.

Vad om verkan av visst slag av bevis är stadgat vare gällande.

Principen bygger på den materiella bevisteorin, där det är ”riktigheten av ett påstående som prövas”⁸⁰ utan några begränsningar i lag av hur prövningen ska gå till. Motsatt uppfattning finnes i den legala bevisteorin, vilken tidigare var den förhärskande bevisrättsliga principen i Sverige. Teorin bygger på vad slags bevisning som är tillåten och/eller hur bevisvärderingen ska gå till är reglerat i lag.⁸¹

Den fria bevisprövningen består utav två delar: fri bevisföring som syftar till att part har rätt att inför rätten presentera vilka bevismedel hon eller han vill (oavsett under vilka omständigheter bevisen tillkommit) och fri bevisvärdering som innebär att domstolen vid sin bedömning inte är bunden av stadgade regler om hur densamma ska gå till.⁸² Lindell har utläst ett antal krav ur stadgandet, vilka förtydligar vad rätten vid bevisprövningen bör beakta: det i förarbetena till RB uttalade kravet på en objektivt grundad bevisvärdering⁸³, krav på beslutsmotivering, att beslutet ska grundas på en djupare analys av bevismaterialet än enbart ett totalintryck och slutligen kravet på att bedömningen begränsas till det som i målet tagits upp, erfarenhetssatser och notoriska fakta^{84, 85}. Kraven kan för den ovanes blick tolkas som att utrymmet för den *fria* prövningen begränsas, men själva ordet *fri*

79 Lindell, B (red.) (2005), s. 22 och Lavin, R (1989), s. 73

80 Lindell, B (1987), Sakfrågor och rättsfrågor, s. 63

81 Lindell, B (1987), s. 63 Se även Dereborg, A (1990), Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess, s. 9

82 Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), Rättegång – Fjärde häftet, s. 26

83 Lindell, B (1987), s. 102 samt Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), Rättegång – Fjärde häftet, s. 163

84 35 kap 2 § RB stadgar ett undantag från bevisning för omständigheter vilka är ”allmänt veterliga”. Dessa kan vara bevisfakta och erfarenhetssatser, se nedan för förklaring av begreppen.

85 Lindell, B (1987), s. 103 f, samt Lindell, B (2003), s. 460.

förutsätter att ett visst utrymme för subjektiv bedömning existerar och att det är detta som skapar handlingsutrymmet för just *värdering*.⁸⁶ Det går således inte komma ifrån att bevisprövningen inte kan följa en objektiv måttstock vid alla tillfällen, men att den inte heller tillåts att vara fri i meningen godtycklig.⁸⁷

Termen bevisprövning kan beskrivas som ett samlingsnamn för ”alla de tankeoperationer som måste komma till bruk för att man skall kunna på ett meningsfullt sätt ta ställning till vilka fakta som skall läggas till grund för rättens avgörande och på vilka de rättsliga aspekterna skall anläggas”⁸⁸. När begreppet nedan används inbegriper det frågor som rör bevisbördans placering, beviskravets höjd och bevisvärderingen. Dessa olika moment kan sägas utgöra *sak-* resp. *rättsfrågor*. Något förenklat kan sakfrågor beskrivas som faktiska omständigheter eller förhållanden vilka ”inträffat eller som har kunnat inträffa i verkligheten”⁸⁹; helt enkelt det som i målet ska avgöras till någon parts fördel. Eftersom det saknas reglering av hur bevisvärderingen bör gå till, brukar frågor som rör den konkreta bevisningen i ett mål normalt sett höra till den sakfrågan.⁹⁰ Rättsfrågor hänför sig istället till den normativa rättstillämpningen och vilka rättsregler som är relevanta i det specifika fallet.⁹¹ Hit hör frågorna om beviskravets höjd och en eventuell bevisbördas placering.⁹²

2.2 Bevisrättsliga begrepp och deras funktion

Ett *bevis* i sig är något som ska visa på förekomsten eller avsaknaden av ett visst faktum/omständighet, vilket kan ses som en beskrivande utsaga om ett sakförhållande som är sann eller falsk⁹³. Ett *rättsfaktum*, även kallat omedelbart relevant omständighet, är direkt kopplat till en specifik rättsföljd. En *rättsföljd* är härmed den normativa, ofta fastlagd i en rättsregel, konsekvensen av att en viss omständighet visats föreligga.⁹⁴ I ett mål finns ofta av flera rättsfakta med relevans för rättsföljden.

Rättsfaktum med betydelse för processens förutsättningar – så kallade *processuella rättsfakta* – blir föremål för bevisning redan innan målet tagits upp för prövning i sak, exempelvis för att utröna om

86 Lindell, B (1987), s. 98. Det subjektiva momentet skulle kunna betraktas som subjektivt under ordnade former [min egen anmärkning].

87 Dereborg, A (1990), s. 11

88 Bolding, P O (1989), s. 50

89 Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 14.

90 Lindell, B (1987), s. 16 och Bolding, P O (1951), Bevisbördan och den juridiska tekniken, s. 36

91 Nordh, R (2011), Praktisk Process VII: Bevisrätt B – bevisbörda och beviskrav, s. 21 ff samt Lindell, B (2003), s. 31 f

92 Lindell, B (1987), s. 16 f

93 Lindell, B (1987), s. 172 f

94 Ekelöf, P O och Edelstam, H (2002), Rättegång - Första häftet, s. 40 och Lindell, B (2003), s. 52. Lindell påpekar att man i motiven till RB använder begreppen omedelbar respektive medelbar omständighet.

processhinder föreligger.⁹⁵ Bristande processförutsättningar leder till att målet ska avvisas istället för att upptas till prövning.⁹⁶ I tvistemål är det normalt sett käranden som har bevisbördan och behöver visa att förutsättningarna för domstols behörighet är uppfyllda.⁹⁷ Ett undantag från denna ordning föreligger dock i de fall där det processuella rättsfaktumet även tjänar som rättsfaktum av betydelse för rättens materiella prövning av målet och därmed har dubbel relevans för målets utgång. I fall av dessa s k *dubbelrelevanta rättsfakta* tillämpas påståendedoktrinen, vilken innebär att det ska vara tillräckligt att part påstår att ett visst rättsfaktum föreligger för att målet ska tas upp till prövning trots att bevisning härom inte frambringats för att klarlägga processförutsättningarna.⁹⁸

Omständigheter som endast har en medelbar, eller indirekt relevans, för rättsföljden kallas *bevisfaktum*.⁹⁹ Ett *hjälpfaktum* karakteriseras av Ekelöf som en omständighet som antingen förstärker eller försvagar ett bevisfaktums bevisvärde.¹⁰⁰ I många fall kan det dock vara svårt att avgöra hur en viss omständighet ska klassas eftersom ”en och samma omständighet kan alltså ha olika *funktioner* i rättsstrukturen”.¹⁰¹ I domstolsprocessen finns behov av att genom *motbevisning* försvara sig mot den bevisning som presenteras av motparten.¹⁰² Bevisning kan ha olika karaktär, exempelvis såsom *eliminationsbevis*. Dessa bevis utesluter andra alternativa förklaringar till en viss omständighet, vilket kan leda till att det slutliga bevistemat anses bevisat.¹⁰³

Bevis- och hjälpfakta kan även de vara föremål för bevisning, för att tillsammans visa att ett rättsfaktum föreligger eller inte.¹⁰⁴ Detta ger upphov till s k *beviskedjor*, vilket enligt Ekelöf innebär ”att man från existensen av ett bevisfaktum sluter sig till ett annat bevisfaktum och först därifrån till ett rättsfaktum”¹⁰⁵. Varje led i beviskedjan har sitt eget *bevistema*, men det är endast det slutliga

95 Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 80

96 17 kap 1 § och 34 kap RB

97 Pålsson, L (1999), *Dubbelrelevanta rättsfakta vid prövning av domstols behörighet i SvJT 1999*, s. 315

98 Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 80. Pålsson intar samma ståndpunkt utifrån NJA 1983 s. 177 och AD 1995 nr 20, men menar att praxis på området inte är omfattande och att det är ”vanskt att dra några generella slutsatser”. Se Pålsson, L (1999), s. 319

99 Bolding, P O (1989), s. 19 f. Ekelöf menar att bevisfakta har betydelse för målet genom deras bevisvärde för rättsfakta, se Ekelöf, P O och Edelstam, H (2002), s. 40 Lindell är dock tveksam till Ekelöfs kategorisering, eftersom det kan te sig svårt att korrekt klassificera en omständighet då den ha olika funktion beroende av det rättsliga sammanhanget. Beviset utgörs i stället av dess konkreta innehåll och kan inte sägas ha ett inneboende värde som påverkas hjälpfakta i förstärkande eller försvagande riktning. Se Lindell (2003), s. 415 och 477 och Lindell, B (1987), s. 32

100 Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), *Rättegång – Fjärde häftet*, s. 187

101 Lindell, B (1987), s. 32

102 Motbevisningen är antingen ordinär och syftar till hjälpfakta som försvagar motpartens bevisning, eller utgörs av motsatsbevis som är ”oförenlig med huvudbeviset”. Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 24

103 Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 208. Förekomsten av framgångsrik eliminationsbevisning bygger dock på att det inte finns alltför många olika alternativa förklaringar till en viss omständighet eftersom det som sagt syftar till att visa på att ingen annan möjlighet till omständigheten än den presenterade finns.

104 Lindell, B (2003), s. 415

105 Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 21 f

bevistemat som avser ett rättsfaktum.¹⁰⁶ Med stöd i 42 kap 2 och 8 §§ RB, kan bevistemat beskrivas som det moment där parterna uppger ”vad de vill styrka med varje bevis”.¹⁰⁷

Bevismedel är de olika typer av bevisning som kan presenteras, exempelvis kan nämnas partsutsagor, vittnesmål, sakkunnigbevisning, skriftlig bevisning, syn, teknisk bevisning och indicier. I den mån de olika bevismedlen behandlas i uppsatsen kommer deras innebörd närmre behandlas.

För att göra en sammanfattande exemplifiering utifrån uppsatsens huvudämne:

En man ansöker om uppehållstillstånd (rättsföljd, reglerad i 5 kap UtL) på grund av anknytning till sin fru (rättsfaktum, tillika slutligt bevisstema). Han uppger att de varit gifta sedan tio år tillbaka (bevisfaktum) och visar till stöd för denna omständighet ett vigselbevis utfärdat i hemlandet (bevismedel) och foton tagna under åren tillsammans (bevismedel). Som stöd för sin identitet lämnar han in ett hemlandspass (bevismedel).

2.3 Sannolikhetens betydelse för bevisprövningen, framför allt för bevisvärdering

Sannolikhetens ställning vid bevisrättsliga spørsmål är central, eftersom en omständighet aldrig kan återges exakt eller bevisas vara helt sann eller falsk. Rätten har alltid att i bevisprövningen förhålla sig till risken att dess beslut inte blir materiellt riktigt, vilket gör att fokus i bedömningen i stället kommer att koncentreras till omständighetens sannolika inträffande. Det juridiska sannolikhetsbegreppet har kommit att i första hand baseras på en uppfattning om omständighetens frekvens.¹⁰⁸ Frekvensen av en omständighet grundar sig i empiriska iakttagelser i den referensgrupp av omständigheter vars frekvens man vill ha en uppfattning om¹⁰⁹ och kan uttryckas i matematiska och statistiska termer (som ett bråktal eller en procentsats). Är antaganden om en omständighets generella frekvens ett bra mått på sannolikhet vid bevisprövning i ett enskilt mål? Frekvensbaserade resonemang utgår endast från den generella sannolikheten för en företeelse och utelämnar därmed risken för att det enskilda fallet skiljer sig från det normala utfallet.¹¹⁰ Sannolikhetsbegreppet är även svårt att förhålla sig till eftersom det i de allra flesta fall är svårt att precisera sannolikhetsgraden då det i verkligheten inte finns en homogen referensgrupp att jämföra det enskilda fallet med.¹¹¹ Istället kommer sannolikheten att baseras på uppfattning om frekvens för en viss företeelse och att den således inte är empiriskt, utan fiktivt grundad. Vad beslutsfattaren tar för sannolikt baseras på hennes eller hans *erfarenhetssatser*. Med erfarenhetssats menas en abstrakt generalisering om att ett

¹⁰⁶Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 22

¹⁰⁷Citatet hämtat ur lagtexten i 42 kap 8 § RB. Se Bolding, P O (1989), s. 21. Förutom rättsfakta, ska även bevisstema för bevis- resp. hjälpfakta anges. Se Lindell (2003), s. 250

¹⁰⁸Exempelvis att det föreligger en sannolikhet om 1/6 att en 3:a blir resultatet vid ett tärningskast.

¹⁰⁹Lindell, B (1987), s. 137 f

¹¹⁰Se exempelvis Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 192 där det exempel som målas upp tyder på att frekvensen i sig inte utesluter möjligheten att det enskilda fallet är det avvikande.

¹¹¹Bolding, P O (1989), s. 91

visst samband gäller mellan två fenomen.¹¹² Erfarenhetssatserna är subjektiva och baseras på livserfarenhet, bildning och kunskapsinhämtning.¹¹³ Eftersom erfarenhetssatserna oftast inte grundar sig i vetenskapligt belagd sannolikhet, kan dessa beskrivas som vaga och ungefärliga.¹¹⁴ Det är härmed förståeligt att svårigheter uppkommer när det, utifrån en generell sannolikhet och ungefärliga erfarenhetssatser för att en viss omständighet föreligger, dras slutsatser om det enskilda fallet och som därmed utgör basen för bedömningen som utmynnar i ett beslut.

Uppfattning av sannolikhet är central för de två olika metoder för hur bevisvärdering bör gå till som dominerar den svenska doktrinen: bevisvärdemetoden¹¹⁵ och temametoden¹¹⁶. Bevisvärdering är den del av den fria bevisprövningen där rätten har att bedöma om den bevisning som frambringats i målet når upp till beviskravets nivå och att rättsfaktumet därmed kan läggas till grund för domen i målet. Metoderna vilar båda på frekvensteoretisk grund. Vad som skiljer dem åt är snarare vilket sannolikhetsbegrepp de utgår ifrån: en- eller tvåsidigt. Det ensidiga sannolikhetsbegreppet i bevisvärdemetoden innebär att oavsett hur hög sannolikheten för x är, så går ingen slutsats att dra om sannolikheten för icke-x. X och icke-x står inte i motsatsförhållande till varandra, eftersom det inte kan uteslutas att y också kan ha inverkan på förhållandet mellan x och icke-x.¹¹⁷ Ett tvåsidigt sannolikhetsbegrepp, som temametoden baseras på, innebär istället att ju högre sannolikhet för att x föreligger desto lägre sannolikhet för att icke-x föreligger. Två sannolikheter ställs så i motsatsförhållande till varandra. Som Diesen dock klarsynt påpekar, så rubbas inte sannolikhetsbegreppet såsom ett uttryck för frekvens genom uppfattningen om det såsom en- eller tvåsidigt. Uppdelningen hjälper härmed inte att komma till rätta med problemet att man uttalar sig om det enskilda fallets sannolikhet utifrån generella iakttagelser.¹¹⁸

112Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 19 och Lindell, B (1987), s. 214 f

113Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 136 f och Bolding, P O (1989), s. 66

114Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 20

115 Bevisvärdemetoden, utvecklad av Ekelöf, är en sannolikhetskalkyl vars mål är att bestämma sannolikheten för slutsatsen att omständigheterna i det enskilda fallet varit de som lett fram till en viss händelse, se Granhag, P A och Christianson, S (2008), Handbok i Rättspsykologi, s. 408. Bevisvärdemetoden utgår alltså från att ett kausalt samband, orsakssamband, mellan bevisfaktum och bevistema ska finnas och att bevistemat (händelsen) är orsaksbestämmande för bevisfaktumet (omständigheten) och bevisvärdet bestäms utifrån bevisfaktumet, hjälpfakta (som verkar förstärkande eller försvagande) och allmänna erfarenhetssatser. Se Bolding, P O (1989), s. 76 och Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 20 och s. 181

116 Temametoden, som förespråkas av Bolding och Lindell, utgår från att det är ”sannolikheten för temat givet beviset” som är det centrala för bevisvärderingen, Lindell, B (1987), s. 145. Det är därför inte nödvändigt att undersöka kausala samband mellan bevistemat och bevisfakta. Istället ska bedömningen av sannolikheten för bevistemat, utifrån vad som bevisats, utföras på frekvensteoretisk grund, Lindell, B (2003), s. 476

117Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 170 f och Bolding, P O (1983), Bevisbörda och beviskrav, s. 8 ff

118Diesen, C (2002), s. 26 f

Hypotesmetoden för bevisvärdering är ett uttryck för ett ”induktivt sannolikhetsbegrepp”¹¹⁹ och har framför allt bäring i brottmål, då den är kopplad till beviskravet *utom rimligt tvivel*. Denna metod strävar efter att komma så nära total säkerhet, 100 % sannolikhet, som möjligt. Den utgår från omständigheterna i det enskilda fallet, då den innebär ”uppställandet av en hypotes om ett samband mellan två omständigheter”¹²⁰. Det blir så bevisprövningens uppgift att testa den uppställda hypotesen, åklagarens gärningsbeskrivning, gentemot andra tänkbara förklaringar och tas endast som giltigt då alla andra alternativa hypoteser falsifierats.¹²¹

2.4 Bevisbördeteorier

Domstolens uppgift är självklart att avgöra mål. För det fall det föreligger tvksamheter rörande ett visst rättsfaktums existens måste det finnas regler som möjliggör för domstolen att komma till slutligt avgörande. För att undvika *non liquet* – att rätten inte kan avgöra målet – behövs regler för vem av parterna som ska få bära konsekvensen av att ett rättsfaktum inte har bevisats.¹²² Här spelar så teorier och regler om bevisbördan och dess placering roll, då bevisbördans syfte är att identifiera vilken part som bär risken för eventuellt bristande bevisning.¹²³ Bevisbördan fördelas alltså på någon av parterna i målet och kan för ett visst rättsfaktum inte delas mellan parterna.¹²⁴ Att ha bevisbördan innebär att part med erforderlig styrka måste bevisa ett rättsfaktum för att detta ska utgöra grunden för rättens bedömning.¹²⁵ Att bevisbördan placeras på en part behöver inte nödvändigtvis innebära att det är denne som även ska införskaffa bevisningen. Detta kommer behandlas mer nedan, i förhållande till migrationsprocessen.¹²⁶

Legala presumptioner, *praesumptiones juris*, är för domstolen användbara vid fastställandet av bevisbördans placering. Dessa är *presumerade*, antagna, omständigheter som ska ligga till grund för rättens avgörande förutsatt att en *presumerande omständighet* visats föreligga.¹²⁷ Presumptioner används eftersom lagstiftaren håller ett *bevisfaktum* mer betydelsefullt för avgörandet än andra¹²⁸ och således ”förenklar bevisfrågorna”.¹²⁹ Konsekvensen av att det föreligger en presumption är att detta

119 Diesen, C (2002), *Bevisprövning i brottmål*, s. 20

120 Diesen, C (2002), s. 20

121 Diesen, C (2002), s. 20

122 Jämför Olivecrona, K (1930), *Beviskyldigheten och den materiella rätten*, s. 1 f

123 Olivecrona, K (1930), s. 4 f

124 Lindell, B (2003), s. 503

125 Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 79

126 Se avsnitt 3.3

127 Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 88 f och Lindell, B (2003), s. 502 f. Som exempel nämner Lindell att en presumerande omständighet är att en gäldenär inte kan betala en förfallen skuld och därmed är insolvens den presumerade omständigheten. Presumptionen får till effekt att part inte behöver lägga fram bevisning för insolvens, utan för att gäldenären inte kan betala en skuld.

128 Bolding, P O (1989), s. 117

129 Lindell, B (2003), s. 503

rättsfaktums betydelse blir större än vad som skulle följa av en normal bedömning av omständighetens sannolikhet.¹³⁰ Part som hävdar faktum vilket strider mot den legala presumptionen kan presentera motbevisning, vilket i sig innebär att bevisbördan omfördelas.¹³¹

I brottmål bestäms processramen utifrån åklagarens gärningsbeskrivning¹³². Åklagaren bär i brottmål åberopsbördan¹³³ och även bevisbördan för samtliga omständigheter i målet, då det för att garantera en rättssäker process måste finnas möjlighet för den åtalade att i processen förhålla sig passiv och för att tillförsäkra att ingen döms för brott till dess att ”alla rimliga friande förklaringar är eliminerade”.¹³⁴ Det är således straffprocessens funktion att garantera en rättssäker prövning och så långt som möjligt försöka åstadkomma materiellt korrekta domar som utgör ledning till hur bevisbördan ska placeras och det kan sägas vara ”rättsföljdens art” som får fälla avgörandet.¹³⁵

I förhållande till tillämpning av bevisbörderegler i tvistemål, är det andra överväganden enligt olika teorier som bestämmer bevisbördans placering. Enligt en äldre princip, som ofta tas som grundläggande, bör bevisbördan placeras på den som påstår något. Käranden ska alltså bevisa grunden för sitt käromål och svaranden bevisa invändningarna som denne gjort.¹³⁶ En annan grundläggande vägledning är devisen att det är enklare att bevisa att en händelse har skett än motsatsen, vilket lägger bevisbördan på den som påstår att en viss omständighet föreligger.¹³⁷

Heuman har i förhållande till dispositiva tvistemål presenterat ett antal moderna bevisbördeteorier som författaren menar utgör ramen för bevisprövningen framför allt i dispositiva tvistemål. Dock är det troliga att den praktiska tillämpningen utgörs av en blandning av relevanta argument hämtade från olika teorier. Av denna anledning menar författaren att man för bevisbördans placering kan urskilja en övergripande avvägningsprincip där rätten avgör vad som ska få bestämma placeringen

130Bolding, P O (1951), *Bevisbördan och den juridiska tekniken*, s. 136

131Lindell, B (2003), s. 502 f

132Bolding, P O (1989), s. 13

133Bolding introducerar termen *åberopsbörda* och ger den innebörden att det i vissa fall inte är tillräckligt att att vissa omständigheter föreligger, utan dessa måste även åberopas som grund för yrkandet för att påståendet ska beaktas av rätten. Detta för att processen ska kunna koncentreras till att behandla väsentliga omständigheter. I brottmål kan ett utelämnande av åberopande av någon väsentlig omständighet leda till att denna inte kan beaktas av domstolen. Se Bolding, P O (1989), s. 15 ff och 105

134Diesen, C (2002), s. 65

135 Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 147 och Lindell, B (red.) (2005), s. 22

136Äldre teorier är dogmatiskt präglade och har fördelat bevisbördan efter logik, utan att egentligen beakta de skäl av rättspolitisk och praktisk art som bör få en bestämmande effekt på bevisbördans placering. En av dessa logiska uppfattningar är alltså den etablerade grundprincipen att part ska styrka sin rättighet, utan att det egentligen går att utrona vilken effekt eller vilket syfte det tjänar. Se Heuman, L (2005), s. 42 och Olivecrona, K (1930), s. 86 f

137Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 115

för måltypen.¹³⁸ Några av de teorier Heuman behandlar är konsekvensteorier¹³⁹, materiella bevisbördeteorier¹⁴⁰, sannolikheteorier¹⁴¹ och bevissäkringsteorier. De som har bäring för kommande resonemang är främst bevissäkringsteorierna.

Bevissäkringsteorierna bygger bland annat på uppfattningen att bevisbördans placering kan bidra till att målet blir fullständigt utrett så att ett materiellt riktigt beslut kan åstadkommas.¹⁴² För att möjliggöra detta, krävs att bevisbördan inte placeras på så vis ”att en grupp parter inte kan komma till sin rätt på grund av svårigheter att fullgöra bevisskyldigheten. Saken har ibland uttryckts så att det materiella rättsskyddet inte får göras illusoriskt på grund av svårigheterna för en part att fullgöra en bevisskyldighet.”¹⁴³ För att funktionen ska kunna möjliggöras, läggs bevisbördan på den part som ”haft möjlighet att säkra tillförlitlig bevisning”¹⁴⁴ eftersom parterna kanske inte kan anskaffa bevisning på samma sätt. Det kan bero på att särskilda svårigheter föreligger att bevisa ett visst faktum¹⁴⁵, att en part har kontroll över bevismedlen¹⁴⁶ eller att ena parten besitter en utredningskompetens som den andra saknar¹⁴⁷. Bevissäkringsteorierna pekar därför inte ut en part som bärande bevisskyldigheten i alla lägen, utan bevisbördans placering blir beroende av måltyp och omständigheterna i det enskilda fallet.

138Heuman, L (2005), s. 511 och Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 95

139 Teorierna bygger på ”att man gör en jämförelse mellan den påföljd kåranden yrkar och den påföljd svaranden vill undvika. *Härefter frågar man om ett felaktigt bifallande eller en felaktigt ogillande dom medför större olägenhet för en part än för den andra parten.*” I brottmål bygger bevisbördans placering på ett resonemang likt det ovan, där det som sagt ur rättssäkerhetsperspektiv ses som en mycket större olägenhet för en åtalad att bli felaktigt dömd än motsatsen att en skyldig går fri. Se Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 147

140 De materiella teorierna bygger på grundtanken att bevisbördan ska placeras på så sätt att lagstiftningens ändamål får ett samhälleligt genomslag. En materiellt riktig utgång målet blir då av underordnad betydelse. Syftet med lagstiftningen, intresset bakom, måste därmed identifieras och bevisbördan placeras på den part vars intresse är det motsatta till lagstiftningens ändamål. Ekelöf, P O och Edelstam, H (2002), avsnitt I.1 s. 13 ff och Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 96 ff. Ekelöfs uppfattning är att de allmänna intressena bör gå före den enskildes skyddsintresse för att uppfylla lagens ändamål. En stark invändning mot att göra lagregelns syfte till bestämmande för bevisbördans placering är att lagstiftning oftast har ett flertal uttalade syften. Det är sällan ett ändamål som särskilt lyfts fram av lagstiftaren, vilket gör att lagstiftning ofta är ett resultat av utförda intresseavvägningar. För att hitta någon situation där en lagregelns syfte motiverar en ändamålsenlig fördelning av bevisbördan, är i sådant fall enligt Heuman de fall där lagstiftaren lyft fram ett skyddsintresse som extra viktigt. Se Heuman, L (2005), s. 140.

141 Till dessa får även räknas *överviktsprincipen*, Till skillnad från bevisbörderegler, som *fördelar* risken för brister i bevisningen på någon av parterna, läggs enligt överviktsprincipen risken på båda parterna med lika stor del, Bolding, P O (1989), s. 100 och Lindell (2003), s. 85. Att ett faktum ter sig mer sannolikt än övriga ska vara tillräckligt för att rätten ska lägga detta till grund för sin bedömning, Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 78. och Bolding, P O (1989), s. 99

142Heuman, L (2005), s. 176 f

143 Heuman, L (2005), s. 176

144Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 105

145Heuman, L (2005), s. 167

146Enligt den så kallade maktsfärsteorin, exempelvis i mål som rör egendom, anses den part som har egendomen i sin besittning kunna säkra bevisningen på ett bättre sätt än motparten och därför placeras bevisbördan på besittaren. Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 117

147Exempel på utredningskompetens är när ett företag är part och har möjlighet att utreda vissa tekniska frågor av vikt för målet. Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 133

2.5 Beviskrav

Beviskravet kan kort sagt beskrivas som den styrka av bevisning som krävs för att ett rättsfaktum ska kunna konstateras föreligga. I andra ord kan sägas att beviskravet fungerar som ett normativt uttryck för hur stor osäkerhet som kan godtas när ett faktum ska anses vara bevisat i ett mål, det vill säga hur stor risken är för att få en materiellt felaktig dom efter rättens avgörande.¹⁴⁸ Beviskravet uttrycks vanligtvis i lagstiftning eller har fastställts genom praxis.¹⁴⁹ Beviskravet kan även ses som ett uttryck för det minimikrav på bevisning som uppställs för att part ska anses ha mött sin bevisbörda.¹⁵⁰ Vid bevisvärderingen brukar det talas om part har nått sin bevisbördepunkt eller inte. Med bevisbördepunkt menas att bevisbördebärande part med sin bevisning har uppfyllt beviskravet.¹⁵¹

Beviskravet beskrivs som olika grader av säkerhet – uttryck som *antagligt*, *sannolikt*, *styrkt*, *uppenbart* eller *utom rimligt tvivel* används av domstolarna för att beskriva olika högt ställda beviskrav. Trots att beviskravet språkligt sett kan bestämmas till olika nivåer, tycker Lindell att det fortfarande är en tolkningsfråga eftersom innebörden av vardera uttryck oftast inte är specificerat. Han konstaterar att det inte vållar särskilda problem i de fall då bevisningen tydligt inte når respektive når upp till beviskravet, men i fall där det inte direkt går att utrona om beviskravet mötts eller inte, så är det av vikt att det specifika beviskravets innebörd förklaras.¹⁵² Såsom Ekelöf påpekar, skulle graderna av sannolikhet enkelt kunna uttryckas i former av procenttal, men det är inte ett system som rätten tillämpar eftersom det inte går att till fullo fastställa ett faktums sannolikhet.¹⁵³ Ekelöf föreslår istället att ett fast språkbruk ska användas för att beskriva de olika nivåerna av beviskrav; *antagligt*, *sannolikt*, *styrkt/visat* och *uppenbart*.¹⁵⁴ *Styrkt/visat* är tänkt att ge uttryck för en sannolikhetsgrad runt 90 %, vilket innebär att beviskravet för att en åtalad ska kunna fällas till ansvar för brott borde landa på mer än 98 % eftersom högsta grad av säkerhet eftersträvas i brottmål.¹⁵⁵ Uttrycket *sannolikt* torde ligga runt 75 % säkerhet.¹⁵⁶

I brottmål är beviskravet generellt sett konstant och ligger på en hög normalnivå, mot bakgrund av att det är av yttersta vikt att domar i brottmål blir materiellt riktiga för att ingen oskyldig ska bli

148Bolding, P O (1989), s. 95 f och Lindell, B (2003), s. 505

149 Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 86

150 Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 81

151 Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 86

152Lindell, B (1987), s. 17

153Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 85. Enligt undersökningar visas att innebörden av beviskravens uttryck varierar mellan personer, detta kan vara nackdelen om beviskravet är fastställt. Se Lindell, B (2003), s. 515

154Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 85 samt Bolding, P O (1989), s. 91

155Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 85

156Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 92

dömd. För att värna rättssäkerheten brukar beviskravet bestämmas till *utom rimligt tvivel*, vilket tyder på att domstolen har att eliminera alla friande hypoteser för att en åtalad ska kunna dömas för brott.¹⁵⁷

I tvistemål har det genom praxis etablerats, om än omtvistat¹⁵⁸, att normalkravet är *styrkt* under förutsättning att uttrycklig reglering om annat gällande beviskrav saknas.¹⁵⁹ Trots detta normalkrav, kan sägas att beviskravet är alltmer flexibelt och varierande i tvistemål eftersom bevislättnader, där det påstådda ska göras sannolikt eller antagligt, används i allt större utsträckning. Heuman menar att det går att ifrågasätta HD:s avgörande från 1993 där man bekräftade förekomsten av normalbeviskrav i civilrättsliga mål. Det synes att anledningen till att beviskrav sätts ned vid bevissvårigheter är att säkra en så stor materiell riktighet i beslutet som möjligt.¹⁶⁰ I modern praxis utgör bevissvårigheter för den part som bär bevisbördan ett skäl till att sänka beviskravet. Heuman anser att praxis möjliggör ett resonemang baserat på bevissäkringsteorin om att ett högre beviskrav än vad en part kan säkerställa bevisning för inte borde kunna uppställas på grund av att denna i så fall inte skulle kunna möta sin bevisskyldighet.¹⁶¹ Ytterligare stöd för att beviskravet i tvistemål är mer flexibelt finns i det faktum att beviskravet ibland sänkts till följd av att domstolen efter en avvägning ansett att ett visst skyddsvärt intresse måste beaktas, trots att ett motstående intresse ansetts starkare och bestämt bevisbördans placering.¹⁶² I viss praxis har Heuman även funnit att beviskravet närmast nog bestämts genom tillämpning av överviktsprincipen. Detta när rätten presenterat att det efter en helhetsbedömning gjorts antagligt att ett förhållande föreligger och således jämfört sannolikheten för att ett rättsfaktum föreligger med negationen av detsamma.¹⁶³

157 Diesen, C (2002), s. 65. Jämför dock Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 166 ff, där det manas till försiktighet i antagandet att HD:s alltmer frekventa användning av *utom rimligt tvivel* även skulle ge uttryck för att man därtill även tagit ställning till att den så kallade hypotesmetoden ska användas i brottmål.

158 Se Lindell, B (2003), s. 507 där författaren ställer sig kritisk till att HD verkligen gett uttryck för att vilja fastställa ett normalbeviskrav, eftersom termerna *styrkt* och *visat* i praxis även används som synonymer till *bevisa* och därmed kan ha den innebörden. Se även Bolding, P O (1989), s. 121 f, där Bolding för fram motargument baserade på att bevisrätten kräver en nyanserad inställning beviskravet till följd av verklighetens många olika ansikten. Att fastställa en normalstyrka skulle kunna leda till polarisering där ett val uppställs mellan att erkänna ett högre beviskrav trots att man ser ett behov av jämkning som medför att beviskravet blir ett annat.

159 NJA 1993 s. 764 det senaste där HD gett uttryck för beviskravets normalgrad. Se även Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 81 f samt Heuman, L (2005), s. 66 f. Ekelöf förespråkar detta högt ställda beviskrav, vilket måste ses mot bakgrunden av hans syn på rätten som havande en handlingsdirigerande funktion. Om ett lägre beviskrav skulle gälla för part som har bevisbördan för det intresse som strider mot lagregelns syfte, skulle den handlingsdirigerande funktionen kunna bli urvattnad. Se Heuman, L (2005), s. 71 ff

160 Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 82 och Heuman, L (2005), s. 414

161 Heuman, L (2005), s. 76 och s. 505 samt Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 106

162 Heuman, L (2005), s. 68 ff. Heuman refererar till NJA 1984 s. 501 och NJA 1990 s. 93 vilka båda är försäkringsfall.

163 Lindell, B (2003), s. 509 f. Lindell refererar till NJA 1984 s. 501 I och II.

2.5.1. *Får omständigheterna i det enskilda fallet påverka beviskravets styrka?*

Hittills i framställningen har inte behandlats hur beviskravet bör bestämmas: borde det fastställas utifrån ett generellt perspektiv och därmed gälla för alla fall där samma rättsfaktum påstås föreligga, eller borde den bevisning som presenterats i det enskilda fallet få påverka? Med andra ord, ska beviskravet bestämmas oberoende av bevisvärderingen eller som ett moment däri? Lindell för en diskussion om synen på beviskravet som uttryck för hur stor risk för en materiellt inkorrekt dom som kan accepteras och om dess ”riskhantering” ska kopplas till bestämningen av beviskravets styrka, till bevisvärderingen eller till de båda momenten samtidigt. Han pekar på att riskhanteringen i dispositiva tvistemål sker i förhållande till både beviskravet och bevisvärderingen och att dessa olika led av bevisprövningen *inte* hålls isär. ”Frågan om bevisningen är tillräcklig sammanfaller då med frågan om den *bör* anses vara tillräcklig. Beviskravet får alltså återverkningar på ställningstagandet till bevisningens innehåll i det konkreta målet.”¹⁶⁴ Att omständigheter i det enskilda fallet skulle få tillmätas betydelse bygger till viss del på antagandet att ju större insats som står på spel i tvisten, desto större blir olägenheten av en materiellt oriktig dom.¹⁶⁵ Detta skulle kunna motivera ett högre beviskrav vid större insats och vice versa vid låg. Det går även att föra ett resonemang som bygger på överviktsprincipen – för att säkra målet att nå så många materiellt riktiga avgöranden som möjligt, bör beviskravet sättas lågt.¹⁶⁶

Rådande uppfattning är dock att beviskravet bör bestämmas på ett generellt plan, eftersom det främjar en förutsebar och rättssäker rättstillämpning.¹⁶⁷ I motsatt riktning ligger synen på beviskravet som flexibelt inför det enskilda fallet, eftersom hänsyn kan behöva tas till måltypens särdrag, bevisvärderingar och skillnad i ekonomiska eller kunskapsmässiga resurser mellan parterna.¹⁶⁸ Härav har en modell för ett rationellt beviskrav presenteras i doktrinen, där hänsyn tas till omständigheterna i det enskilda fallet. Utgångspunkten är att det finns ett behov av att fastställa rationella kriterier för att kunna avgöra ett ärende vid osäkerhet.¹⁶⁹ Det rationella beviskravet sägs, i en sammanfattning av Lindell ”ge uttryck för det funktionella sambandet mellan bevisprövning, beviskrav och bevisbörda” och bestämmande faktorer är ”1) Sannolikheten för relevanta fakta; 2) Parternas bevismöjligheter; 3) Ändamålet bakom den materiella regeln; 4) Parternas sociala och ekonomiska möjligheter att bära en eventuellt materiellt felaktig dom.”¹⁷⁰

164 Lindell, B (2003), s. 509

165 Lindell, B (2003), s. 513 f

166 Heuman, L (2005), s. 88 f

167 Lindell, B (2003), s. 513

168 Heuman, L (2005), s. 80

169 Klami Tapani, H, Gräns, M och Sorvettula, J (2000), s. 201 ff, särskilt s. 206 och Lindell, B (2003), s. 513 ff

170 Lindell, B (2003), s. 514

Att det enskilda fallets förutsättningar får påverka beviskravet kan också motiveras utifrån antaganden om den föreliggande ursprungssannolikheten. Om en låg ursprungssannolikhet fått spela roll för bevisbördans placering, kan detta motivera att ett lågt beviskrav uppställs och motsatt att ett högt beviskrav uppställs för den som vill bevisa det som strider mot en hög sannolikhet.¹⁷¹ I doktrin har även dryftats om bevisningens robusthet, det vill säga dess omfattning, bör få till effekt att beviskravet kan variera från fall till fall inom samma ärendetyp. Lindell delar inte den åsikten, eftersom bevisningen som sådan inte påverkar ursprungssannolikheten för en omständighet och därmed inte heller har någon effekt för beviskravets bestämning. Ekelöf är av samma uppfattning, men motiverar den bristande kopplingen mellan utredningens omfattning och beviskravets höjd med att bristen på kunskap inte har någon inverkan på bevisvärdet.¹⁷²

I förhållande till brottmål är frågan om beviskravet kan sänkas vid fall av lindriga brott. Möjligheten avvisas av Ekelöf med motiveringen att det även är allvarligt för den enskilde att felaktigt bli fälld för lindrigare gärningar, utifrån risken att exempelvis av omgivningen bli betraktad på ett annat sätt. Diesen ställer sig även han frågande till att låta beviskravet sänkas vid lindrigare brott, likväl som att låta beviskravet påverkas av exempelvis den tilltalades inställning till brottet eller huruvida den misstänkta tidigare är dömd för brott. Däremot ser han att det torde finnas ett differentierat beviskrav i förhållande till olika rekvisit i en brottslig gärning. De objektiva rekvisiten är föremål för det högt ställda kravet på *utom rimligt tvivel*, medan det för de subjektiva rekvisiten för uppsåt kan uppställas ett lägre krav.¹⁷³

Ett sista förhållande som skulle kunna tänkas ha inverkan på beviskravets höjd är parts passivitet, det vill säga när part inte medverkar till utredningen eller exempelvis väljer att inte kommentera ett visst påstående som riktas mot denne. I tvistemål finns ett möjligt utrymme för att parts passivitet kan göra att beviskravet ändras och att större krav ställs på partens bevisning i den delen. I brottmål är samma resonemang dock mer tvivelaktigt; här torde istället gälla att passivitet inte får tas som bevis för den åtalades skuld, eller för att stärka åklagarens bevisning.¹⁷⁴

171 Heuman, L (2005), s. 88 f och s. 443 f. Heuman drar, efter redogörelse för NJA 1994 s. 74 och NJA 2002 s. 178, en slutsats att varierande ursprungssannolikhet kan påverka beviskravets styrka även i fall där bevisbördan är fastställt i lag. Om det inte går att differentiera beviskravet inom ärendetypen, borde ursprungssannolikheten istället få genomslag i bevisvärderingen.

172 Lindell, B (1987), s. 353, där författaren påpekar att bevisningens robusthet i sådant fall får utslag vid bevisvärderingen i den form att en omfattande bevisning kan höja kvaliteten i värderingen. Se även Heuman, L (2005), s. 61

173 Diesen, C (2002), s. 83 ff

174 Bolding, P O (1951), s.123 f

3. Bevisprövning i förvaltningsprocessen och migrationsprocessen – några särdrag och officialprincipens inverkan

”Är det ni eller jag som ska visa att jag är jag?”

Förvaltningsprocessen är skild från den allmänna processen och bär många särdrag, vilket gör det svårt att klassificera den såsom den offentlighetsrättsliga motsvarigheten till antingen straff- eller civilprocessen. Den karakteriseras av att det allmännas intresse ställs mot den enskildes och kan beskrivas som flexibel då den inbegriper en stor variation av ärendetyper.¹⁷⁵ Ett grundläggande syfte med förvaltningsprocessen kan sägas vara att tillgodose och upprätthålla en hög grad av rättssäkerhet för individen i relation till staten såsom förvaltningsmyndighet eller domstol.¹⁷⁶ Tillsammans med rättssäkerhet, brukar effektivitet framhållas som förvaltningsrättens främsta funktioner för att åstadkomma det övergripande målet att nå så många materiellt korrekta avgöranden som möjligt.¹⁷⁷ Von Essen menar att förvaltningsrättens funktion är att ”förvaltningsmyndigheter prövar huruvida förutsättningarna enligt en viss reglering är uppfyllda eller inte.¹⁷⁸ Vidare utmynnar förvaltningsprocessen ur en administrativ tradition som i mycket högre grad än den allmänna processen präglas av politiska överväganden.¹⁷⁹

I bevisrättsligt hänseende särskiljer sig även förvaltningsprocessen åt, då bevisprövningen här ofta kräver inslag av värdering av sannolikheten för att en viss händelse inträffar i framtiden, det vill säga att beslutsfattaren har att göra en *prognos* av sannolikheten för framtida konsekvenser av ett nutida beslut.¹⁸⁰ Som en konsekvens av en sådan prognosbedömning, menar Diesen att den förvaltningsrättsliga bevisprövningen innefattar en ytterligare dimension, *beslutstema*, i jämförelse med den allmänna processen.¹⁸¹ Beslutstemat verkar normuppfyllande och innehåller ett ”*normativt*

175 Wennergren, B (2005), s. 146, Von Essen, U (2009), Processramen i förvaltningsmål – ändring av talan och anslutande frågor, s. 23 och Lavin, R (1989), s. 73

176 Se Prop. 1971:30, s. 2: ”Lagen syftar främst till att stärka den enskildes rättssäkerhet i hans mellanhavanden med myndigheterna. Vid utformningen av lagen har lagts särskild vikt vid att den skall tillgodose behovet av förfaranderegler i första instans, att reglerna skall vara så enkla och lättillgängliga som möjligt samt att lagen inte får äventyra kravet på snabbhet och effektivitet i förvaltningen.” Se även Von Essen, U (2009), s. 30 ff

177 Prop. 1971:130, s. 2, Dahlgren, G (1994), s. 401 och Von Essen, U (2009), s. 30, som förklarar att det ligger i samhällets intresse att besluten blir objektivt korrekta. Se även s. 33, där Von Essen hänvisar till RÅ 2003 ref. 88, där domstolen uttalat att ”effekterna av en tillämpning ska uppfylla rimliga krav på *rättssäkerhet* och *rättsvisa*.”

178 Von Essen, U (2009), s. 35

179 Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 13 f

180 Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 15 och s. 60. Som exempel kan bedömningen i asylärenden nämnas, där domstolen har att vid bevisvärderingen bedöma risken för framtida förföljelse eller framtida risk för tortyr eller andra övergrepp.

181 Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 96. Jämför Von Essen, U (2009), s. 31 där författaren talar om

rekvisit för rättsföljd baserad på bevis och intresseavvägning”.¹⁸² Vad detta praktiskt innebär är att en rättsföljd inte nödvändigtvis inträder då beviskravet, tillika bevisbördepunkten är mött – vilket är vad man i bevisrättslig doktrin utgår från – utan att en normativ prövning även måste till för att rättsföljden ska *aktualiseras*. Som exempel kan nämnas att det för att beviljas asyl i Sverige inte bara krävs att den asylsökande kan visa på förföljelse som redan skett (vad Diesen klassar som ett ”vanligt”, retrospektivt bevistema), utan att myndigheten har att bedöma huruvida det föreligger en *välgrundad fruktan* för framtida förföljelse (beslutstema) för att rättsföljden uppehållstillstånd ska träda in. En förklaring till förekomsten av beslutstema i förvaltningsprocessen kan vara att bevis- och rättsfrågor ofta flyter samman och att en lämplighetsavvägning mellan motstående intressen är det som kommer till uttryck som norm i lagstiftningen.¹⁸³

Som tidigare konstaterat, finns i både brott- och tvistemål ett normalkrav för beviskravets höjd. Diesen är av uppfattningen att ett sådant även finns, eller åtminstone bör finnas, i förvaltningsrättsliga mål och att det ligger på nivån *sannolikt*. Han grundar detta ställningstagande bland annat i behovet av att ha en generell utgångspunkt för bevisprövningen samt i det faktum att praxis verkar tyda på ett sådant normalkrav.¹⁸⁴ Von Essen ställer sig dock tveksam till en sådan långtgående slutsats, då han varken finner stöd för uppfattningen i praxis eller i förarbeten eller lagstiftning.¹⁸⁵

I den bevisteoretiska diskussionssfären är, som tidigare nämnts, uppfattningen om lagstiftningens och rättsskipningens funktion central för de olika metoder och synsätt på bevisprövningen som växt fram. Inom förvaltningsprocessen är dock detta spörsmål mindre omtvistat – att åstadkomma materiellt riktiga avgöranden är målsättningen för myndigheternas beslutsfattande.¹⁸⁶ Mot denna bakgrund, har särskild tyngdpunkt kommit att läggas vid förvaltningsmyndighets utredningsansvar för att betrygga en rättssäker och korrekt prövning. Utredningsansvaret kan i sig ses som en rättssäkerhetsgaranti – ett verktyg för att tillse att beslutsunderlaget blir så tillförlitligt som möjligt.¹⁸⁷

rekvisit såsom ”lämplighetskriterier”.

182 Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 96

183 Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 14 och s. 60

184 Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 100 f

185 Von Essen, U (2009), s. 36 f

186 Prop. 1970:30, s. 72, Von Essen, U (2009), s. 30 f och Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 13

187 Edelstam, G (1995), s. 19 och Dahlgren, G (1994), s. 401

Officialprincipen, som alltså innebär utredningsansvar eller utredningsskyldighet, är en för förvaltningsmyndighet och förvaltningsdomstol grundläggande princip¹⁸⁸ som delvis kommer till uttryck i 7 § FL och uttryckligen är reglerad i 8 § FPL:

Rätten skall tillse att mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver.
Vid behov anvisar rätten hur utredningen bör kompletteras. Överflödigt utredning får avvisas.

Principen innebär att förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar har ett självständigt ansvar för att ett ärende ska bli utrett till den grad som behövs i det enskilda fallet. Det kan beskrivas som ett lagstadgat minimum av såväl utredningens omfattning som kvalitet.¹⁸⁹ Anledningen till principens grundläggande ställning är att värna rättssäkerhet och tillse att myndigheten fattar ett materiellt korrekt beslut utifrån ett så fullständigt underlag som möjligt.¹⁹⁰ UtL innehåller inget särskilt stadgande om utredningsansvar, varpå de generella reglerna i FL och FPL är giltiga i migrationsprocessen.¹⁹¹ Utöver ett utredningsansvar, har förvaltningsmyndighet enligt 4 § FL en serviceskyldighet gentemot enskilda med ett ansvar att vägleda och ge upplysningar inom ramen för myndighetens verksamhet. Vidare stadgar 17 § FL en kommuniceringsskyldighet, där den enskilde ges rätt att få kännedom om vad som tillförts målet och beredas tillfälle att yttra sig däröver.

Officialprincipen kan sägas bestå av olika delar; dels ett *officialansvar* att tillse utredningens fullständighet genom exempelvis begäran om kompletteringar, dels *officialprövning* som innebär ”i vad mån rätten har möjlighet att pröva och därmed också utreda rättsligt relevanta omständigheter som ligger utanför ramen för parts yrkande och åberopande”.¹⁹² *Officialansvaret* inträder först när det finns brister i materialet som presenterats inför rätten; det är alltså fortfarande upp till part att presentera underlag för de faktiska omständigheter som åberopas i ärendet.¹⁹³ Jag kommer i den fortsatta framställningen koncentrera mig på *officialansvaret*, eftersom förvaltningsmyndighet och

188Lundin, O (2005), *Officialprincipen* i Marcusson, L (red.) (2005), *Offentlighetsrättsliga principer*, s. 171.

Officialprincipen är dock på intet sätt förvaltningsrättslig, utan kommer också till uttryck i den allmänna processen, både i relation till tviste- och brottmål. I 35 kap 6 § och 46 kap 4 § RB finns uttryck för officialprincipen. Varför principen brukar förknippas grundar sig möjligtvis i tanken att det i det administrativa/förvaltningsrättsliga förfarandet finns ett särskilt behov att värna individens rättssäkerhet gentemot staten och att officialprincipen därmed tillmätts en extra stark ställning. Det hänger även samman med att förhandlings- och dispositionsprinciperna, vilka innebär att domstol är skyldig att hålla sig till vad part i målet yrkat (eller vad åklagaren uttryckt i sin gärningsbeskrivning) inte har samma ställning på det förvaltningsprocessrättsliga området.

189 Diesen, C (red.) (2007), s. 194

190 Lundin, O (2005), s. 173 och s. 184 och Edelstam, G (1995), s. 19 ff och s. 363

191 Prop. 2009/10:31 s. 127, SOU 2006:6, s. 203 ff och Prop. 2004/05:170, s. 154 f. Se även det äldre rättsfallet UN 313-97, där UN återsände ett ärende till SIV på grund av bristfälligt beslutsunderlag. UN uttalade att utlänningsmyndigheterna har samma officialansvar som andra förvaltningsmyndigheter. Se Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 176

192Wennergren, B (2005), s. 145

193 Wennergren, B (2005), s. 148

förvaltningsdomstol generellt anses ha kompetens att gå utanför det part åberopat. I migrationsprocessen kan myndigheten pröva en ansökan om uppehållstillstånd på andra grunder än de som den sökande initialt åberopat.¹⁹⁴ Det är därför inte tal om att den sökande har någon åberopsbörida i traditionell mening i ärenden om uppehållstillstånd.¹⁹⁵

3.1 Utredningsansvarets generella räckvidd

Genom praxis har etablerats att utredningsansvaret för förvaltningsmyndigheter och förvaltningsdomstolar i vart fall innebär att mål som inte blivit tillräckligt utredda ska fortsätta att utredas och pågå till dess ärendet är färdigt utrett.¹⁹⁶ Ett normalt utflöde av utredningsansvaret torde vara att rätten anvisar part om och vad denne behöver tillföra ärendet i form av kompletteringar.¹⁹⁷ Praktiskt sett handlar det om att efterfråga specifika uppgifter från parten, eller att besluta om olika åtgärder, exempelvis läkarundersökning.¹⁹⁸ Edelstam räknar upp fyra sätt på vilka förvaltningsmyndigheter kan inhämta uppgifter: genom förfrågningar till part, andra myndigheter, andra enskilda samt genom eget inhämtande.¹⁹⁹

Hur långt utredningsansvaret sträcker sig i det enskilda fallet är alltså en fråga om typ av ärende samt omständigheterna i det specifika fallet. Vissa ärendetyper är dock kända för att ha ett lägre ställt krav på utredningsansvaret än andra. Dessa är så kallade *gynnande* ärenden, såsom ansökningar om tillstånd eller dispenser. I dessa fall står sökande själv risken för ett avslag såvida hon eller han inte presenterat tillräckligt underlag. I motsats, så är utredningsskyldigheten som störst i ärenden som rör ingripande åtgärder mot enskild (exempelvis tvångsålägganden eller frihetsberövanden). Utredningsansvaret stannar dock vid den punkt där den enskildes rätt till integritet och privatliv träder in, vilket gör att informationsinhämtning genom exempelvis korrespondenskontroll eller

194 UM 1198-06 och UM 1-07, där MiÖD uttalar att saken i ett ärende om uppehållstillstånd är just uppehållstillstånd, oavsett vilken grund som åberopas. I målen fick detta till konsekvens att en i ett asylärende inför MD åberopad anknytning skulle prövas av MD inom ramen för samma ärende om uppehållstillstånd.

195 SOU 2006:6 s. 219 och Diesen, C (red.) (2007), s. 195. Frågan om hur långt förvaltningsmyndighet eller förvaltningsdomstol får gå i sin prövning kvarstår dock som intressant. I 4 § FPL talas om ”omständigheter som åberopas”. Av detta kan man lätt tro att förvaltningsdomstolen är bunden till att grunda sitt beslut *endast* på dessa omständigheter, men officialprövningen sträcker sig i vissa fall utöver vad part i målet åberopat och kan resultera i att fler omständigheter än de åberopade beaktas. Dock finns en begränsning i 29 § FPL vilken innebär att rättens avgörande måste falla inom ramen för vad som i målet *är yrkat*. Detta betyder att utredningsprövningen/ansvaret enligt 8 § FPL även denna måste hålla sig inom den av part uppsatta ramen som yrkandena utgör. Genom olika tolkningsmöjligheter, av såväl yrkandena som lagbestämmelser, kan dock rätten troligtvis ändå påverka omfånget av processramen. Se Wennergren, B (2005), s. 109 och 159 f och Ragnemalm, H (2007), s. 104 f

196 Lundin, O (2005), s. 175 och 193

197 Wennergren, B (2005), s. 148

198 Lundin, O (2005), s. 172. Se även RÅ 2002 ref. 22, där man kom fram till att kammarrätten brustit i sin utredningsskyldighet då man inte avgjort ett mål utan att beakta ett intyg som av klaganden åberopats i det aktuella taxeringsärendet.

199 Edelstam, G (1995), s. 66 ff och s. 104

avlyssning inte är tillåten.²⁰⁰ MIV har kompetens att begära information från utlandsmyndigheter.²⁰¹

3.2 Utredningsansvaret och bevisbördan – hur går det ihop?

Vad har nu utredningsansvaret för koppling till bevisprövningen? En strikt tolkning av officialprincipens innebörd, att myndigheten har det yttersta ansvaret för att tillse att målet blir tillräckligt utrett, kan med lätthet tolkas som innebärande en bevisbördesituation lik den i brottmål: att myndigheten har hela bevisbördan för alla rättsfakta och att den enskilde parten härmed inte har något egentligt ansvar för att föra utredningen framåt. Emellertid är detta inte fallet; mot bakgrund av att utredningsansvarets omfattning varierar beroende av ärendetyp, kan en skillnad skönjas mellan utredningsansvar och bevisbörda. Trots att myndigheten bär det yttersta ansvaret för att ärendet blir tillräckligt utrett, så ges i förvaltningsprocessen den enskilde ett eget ansvar att stå risk för förlust om tillräcklig bevisning inte frambringas i ärendet.²⁰² Bevisbördans placering tillåts i stället variera mellan den enskilde respektive myndigheten för olika rättsområden.²⁰³ Precis som att utredningsansvaret är mindre omfattande i gynnande ärenden och motsatsen i betungande, kan man något förenklat säga att det vid gynnande beslut läggs ett ansvar på sökande att förebringa bevisning för de rättsfakta man grundar sin ansökan på, medan det i betungande förvaltningsbeslut eller ärenden där ett starkt skyddsbehov föreligger detta ansvar läggs på förvaltningsmyndigheten.²⁰⁴

Ärenden om uppehållstillstånd är gynnande ärenden. I förhållande till anknytningsärenden, är det främst den sökande som ska visa på det släktskap som grundar ansökan och bär därför bevisbördan för detta rättsfaktum.²⁰⁵ Detsamma gäller övriga omständigheter, däribland identiteten.²⁰⁶ Även om inte uttalat av lagstiftaren, är placeringen av bevisbördan även motiverad ur *bevisäkrings synpunkt* eftersom det i ärenden som rör utländska sökande som inte befinner sig i landet får anses naturligt att det är den sökande, inte svensk myndighet, som eventuellt har tillgång till dokumentation som kan styrka hennes eller hans sak.

För att kort kommentera beviskravets höjd i förhållande till utredningsansvaret, så är Wennergren av uppfattningen att lydelsen i 8 § FPL, ”så utrett som dess beskaffenhet kräver” har en direkt koppling till beviskravets höjd. Vilken styrka som bör gälla blir beroende främst av ärendets karaktär. Ju mer

200Lundin, O (2005), s. 184 f.

201 7 a § Förordningen (1992:247) med instruktion för utrikesrepresentationen och Fridström, I, Sandell, U och Utne, I (2007), Migrationsprocessen, s. 24

202 Prop. 2004/05:170, s. 154 f

203SOU 2006:6, s. 203 ff

204 Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 162 samt 2004/05:170, s. 154 f

205 Prop. 2004/05:170, s. 90

206 Jämför MIG 2011:11

ingripande sak, desto högre beviskrav. Ju högre beviskrav, desto större utredningsansvar.²⁰⁷ Motsatt så kan initiativ till att vidta utredningsåtgärder minska vid ett lågt ställt beviskrav.²⁰⁸

3.3 Hur långt sträcker sig utredningsansvaret i anknytningsärenden?

Hur långt utredningsansvaret tidigare sträckt sig i migrationsärenden var länge oklart, vilket kan förklaras av att migrationsärenden handlades av två olika förvaltningsmyndigheter (Statens invandrarverk/Migrationsverket och Utlänningsnämnden) med ett i lag eller förarbeten odefinierat utredningsansvar. För att få handledning var det nödvändigt att genom analogier dra slutsatser från andra ärendetyper inom förvaltningsrätten.²⁰⁹

Utredningsansvaret är fortfarande inte fullt ut definierat, utan tillåts variera från fall till fall.²¹⁰ Dock finns viss praxis och uttalanden i förarbeten att tillgå som ger oss vägledning om hur långt det sträcker sig, men framför allt i förhållande till asylärenden. För det första konstateras att asylärenden skiljer sig från andra gynnande ansökningsärenden på grund av det starka skyddsbehovet som gör sig gällande, vilket motiverar att utredningsansvaret längre än i ”vanliga” förvaltningsrättsliga ansökningsärenden för att domen ska bli materiellt riktig.²¹¹ Lagerqvist Veloz Roca anser att anknytningsärendena även de är av sådan karaktär där ett starkt skyddsintresse (rätten till familjeliv) ligger bakom lagstiftningen och att även dessa ska omfattas av ett utvidgat utredningsansvar för förvaltningsmyndigheten.²¹²

I de förenade målen UM 9578-10 och UM 9580-10 uttalar exempelvis MiÖD att utredningsansvaret för MIV och MD är långtgående om det finns misstanke om att ett barn har en förälder som är svensk medborgare och att utredningen därmed måste fokusera på barnets medborgarskap. I UM 8111-09 och UM 8112-09 riktade MiÖD allvarlig kritik till MD som avgjort ett mål till klagandenas fördel genom att ha accepterat en kvinna som ställföreträdare för de tre sökande barnen utan att ha inhämtat några handlingar eller uppgifter som skulle styrka att kvinnan var barnens legala vårdnadshavare, MD hade därmed inte fullgjort dess utredningsskyldighet, utan istället endast grundat sin bedömning på vilka de somaliska reglerna om vårdnad är och tagit anknytningspersonens uppgifter för sanna.

207Wennergren, B (2005), s. 150

208 Edelstam, G (1995), s. 193

209 Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 164

210 SOU 2006:6, s. 203 ff

211 Prop. 2004/05:170, s. 90 f och 154 f. Se även MIG 2006:1.

212 Diesen, C (red.) (2007), s. 152

Några äldre resningsärenden från Regeringsrätten behandlade utlänningsmyndigheternas utredningsansvar i förhållande till sökandes identitet i asylärenden: det åligger myndigheten att tillse att en utredning sker i denna del och att den sökande själv får komma till tals i identitetsfrågan.²¹³ I fråga om utredningsansvaret för identitet i anknytningsärenden saknas avgöranden om hur långt det sträcker sig. I MIV:s handbok är utredningen av identitet endast i korthet kommenterad, då i förhållande till DNA-analys i anknytningsärenden med barn. Här står endast att ”både sökanden och anknytningspersonen ska vara hörda och ID-frågor och familje- och släktförhållanden ska vara noggrant utredda. Ofullständiga eller i övrigt bristfälliga utredningar ska kompletteras.”²¹⁴

4. Uppehållstillstånd och passkrav

*”Det här är vad jag har
att förhålla mig till”*

Reglerna om uppehållstillstånd återfinns i 5 kap UtL. Av 2 kap 4 § UtL följer att uppehållstillstånd är ett tillstånd att vistas i Sverige på bestämd eller obegränsad tid och kan därför vara antingen tidsbegränsade eller permanenta.

En ansökan om uppehållstillstånd ska som huvudregel ha beviljats *innan* inresa till Sverige, 5 kap 18 § UtL.²¹⁵ I paragrafens andra stycke uppställs dock ett antal undantag, tre av dessa är vid uppehållstillstånd på grund av skyddsbehov (p. 1), i fall där personen har ”stark anknytning till en person som är bosatt i Sverige och det inte skäligen kan krävas att utlänningen reser till ett annat land för att ge in ansökan där” (p. 5)²¹⁶ och om det annars finns synnerliga skäl (p. 9). Undantagen ska tillämpas restriktivt, så att effekten av huvudregeln inte riskerar att urvattnas.²¹⁷ I MIG 2009:1

213 Se exempelvis RÅ 1992 not 234 och RÅ 1993 not 246. För ytterligare kommentar, se Fridström, I, Sandell, U och Utne, I (2007), s. 25

214 Utlänningshandboken, avsnitt 10.9, rubrik ”DNA-analys”

215 Huvudregeln kan förklaras utifrån samhällsekonomiska överväganden och för att förkorta väntetiderna i syfte att minska stressen för de sökande, se Prop 1979/80:96, s. 32. Se även Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 311

216 ”När den nu beskrivna ordningen för uppehållstillstånd infördes ansågs att undantag från huvudregeln måste göras för vissa grupper av människor, bl.a. flyktingar eller krigsvägrare, och för vissa situationer, bl. a. i klara familjesammanföringsfall. Med klara familjesammanföringsfall avsågs den situationen att en make, maka eller minderårigt barn kommer hit för att förena sig med en make, maka respektive föräldrarna.” Ds 2009:39, s. 19

217 Prop. 1979/80:96, s. 29 och 35. Se även Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 309 ff. I förhållande till p. 5 beviljade MiÖD i UM 720-06 ett tidsbegränsat uppehållstillstånd efter inresa till en make som nu ansökte på anknytning till sin maka. Mannen hade redan vistats legalt i Sverige i nästan 10 års tid och hade tidigare styrkt sin identitet genom att lämna in ett då giltigt hemlandspass och hade även därefter beviljats främlingspass av MIV. Trots att makarna inte varit gifta en längre period, ansåg domstolen att mannen hade en stark anknytning till sin maka och att det vore

uttalade MiÖD att det fanns skäl att göra undantag för huvudregeln både med stöd i punkt 5 och 9, sedan den sökande mannen gjort klart att han hade en anknytning i Sverige och att han skulle möta problem med att få ett nytt pass i hemlandet, samt att synnerliga skäl förelåg då mannen tidigare arbetat som diplomat i Sverige. Genom en lagändring som trädde i kraft den 1 juli 2010 till förmån för barnets bästa²¹⁸, ska vid skälighetsbedömningen i p. 5 numera beaktas konsekvensen av att ett barn skiljs från sin förälder om det är klarlagt att ett uppehållstillstånd på grund av anknytning hade beviljats om prövningen skett före inresan.

4.1 Upphållstillstånd på grund av anknytning

Nuvarande bestämmelser om uppehållstillstånd på grund av anknytning har fått sin utformning till följd av införlivandet av familjeåterföreningsdirektivet i svensk rätt²¹⁹. De återfinns i 5 kap 3 - 3 e §§ samt 17-17 b §§ UtL, där 3 och 3 a §§ reglerar vilka personkategorier som faller in under bestämmelserna och 3 b - 3 e §§ ställer upp ett försörjningskrav²²⁰ för anknytningspersonen²²¹ i Sverige och undantag därifrån. 3 § bygger på reglerna i familjeåterföreningsdirektivet och stadgar en *obligatorisk rätt* ("uppehållstillstånd ska/.../ges till") till anknytning för personer i det som traditionellt sett utgör kärnfamiljen; make eller sambo²²² (p. 1), ogifta barn²²³ (p. 2 och 3) och föräldrar till Sverige ensamkommande barn som fått uppehållstillstånd såsom flyktingar eller annan skyddsbehövande (p. 4). I 3 a § stadgas en fakultativ rätt ("uppehållstillstånd får/.../ges till") till uppehållstillstånd på grund av anknytning. Bestämmelsen bygger inte på familjeåterföreningsdirektivet, utan baserar sig istället på tidigare lydelse av anknytningsbestämmelserna i svensk rätt där en större personkrets än kärnfamiljen inbegrips. Upphållstillstånd på grund av anknytning får härmed bland annat beviljas någon som har för avsikt att inleda äktenskap eller samboförhållande med anknytningspersonen (p. 1) och en person som anknytningspersonen delat hushållsgemenskap med i hemlandet och där ett

oskäligt att låta mannen resa till sitt hemland eller annat land för att där lämna in ansökan.

218I Prop. 2009/10:137, s. 17 sägs skälen till en utvidgad möjlighet att kunna ansöka om uppehållstillstånd på grund av anknytning i Sverige för att ta tillvara barnets bästa, samt för att undvika familjeseperation av rent formalistiska skäl. Se även Ds 2009:39, s. 20

219Nuvarande bestämmelser trädde i kraft den 30 april 2006

220Sverige var länge ett av få länder i EU som inte krävde att anknytningspersonen i Sverige ska ha tillräckliga ekonomiska resurser för att sökanden ska kunna beviljas uppehållstillstånd. Nya regler infördes dock den 15 april 2010.

221Med anknytningsperson menas både svenska såväl som utländska medborgare, samt statslösa personer. Det centrala villkoret som behöver vara uppfyllt är att personen är bosatt i eller har beviljats uppehållstillstånd för bosättning i Sverige. Se 5 kap 3 § UtL samt Prop. 2005/06:72, s. 28. För utländska medborgare från utomnordiska länder (medborgare från andra nordiska länder behöver inte ha uppehållstillstånd i Sverige) samt statslösa innebär detta i praktiken att det som huvudregel krävs ett permanent uppehållstillstånd för att komma i fråga som anknytningsperson. Se Prop 2005/06:72, s. 28 f

222Sambor likställs med makar i UtL, trots att direktivet inte stadgar något krav härom. Se Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 244 och Prop. 2005/06:72 s. 32

223Enligt 1 kap 2 § UtL definieras barn som personer under 18 år. Kategorin ogifta barn inbegriper även barn till den som är sambo eller gift med anknytningspersonen i Sverige (p. 2 b), samt adopterade barn (p. 3).

särskilt beroendeförhållande dem emellan fanns redan i hemlandet (p. 2). Dessutom gäller enligt paragrafens andra stycke att ogifta barn till person som kan komma i fråga under första styckets punkter även de har rätt till uppehållstillstånd och enligt paragrafens tredje och sista stycke kan när synnerliga skäl föreligger uppehållstillstånd även ges till den som blir adopterad i Sverige i vuxen ålder, är anhörig till en flykting eller annan skyddsbehövande eller har en särskild koppling till Sverige på annat sätt. Uppehållstillstånd på grund av anknytning som beviljas ska i regel vara *permanenta* då den sökande avser att bosätta sig i Sverige²²⁴

Begränsningar av möjligheterna till att beviljas uppehållstillstånd på grund av anknytning regleras i 5 kap 17 – 17 b §§. I förhållande till 3 a §, kan enligt 17 § den sökandes tidigare brottslighet utgöra ett särskilt skäl mot att bevilja uppehållstillstånd.²²⁵ I förhållande till 3 §, är det i stället enligt 17 a § endast de fall där den sökande lämnat oriktiga uppgifter, att adoption genomförts eller ett förhållande inletts endast i syfte att ge den sökande uppehållstillstånd eller de fall där den sökande utgör ett hot mot allmän ordning eller säkerhet som uppehållstillstånd får nekas. Enligt paragrafens andra stycke *får* uppehållstillstånd nekas om makar eller sambor inte lever eller har för avsikt att leva tillsammans, att anknytningspersonen eller den sökande är gift eller sambo med någon annan eller att någon av makarna eller samborna är under 18 år. Enligt 5 kap 17 b § *ska* uppehållstillstånd nekas om det framkommer att anknytningspersonen i Sverige är gift och sammanlever med någon annan.

4.1.1. *Uppskjuten invandringsprövning*

För så kallade *snabba anknytningar*, det vill säga fall där makar inte tidigare stadigvarande sammanbott med varandra (5 kap 3 § 1 st p. 1) eller då ett par ämnar att gifta sig med varandra eller bli sambos²²⁶ (5 kap 3 a § 1 st 1 p), ska som huvudregel *tidsbegränsat* uppehållstillstånd beviljas vid första beslutstillfället, 5 kap 8 § UtL. I stället tillämpas så kallad *uppskjuten invandringsprövning*²²⁷, eftersom lagstiftaren ansett det nödvändigt att successivt pröva seriositeten i förhållandet²²⁸ för att beivra att uppehållstillstånd medges vid skenförhållanden. Den normala tidslängden för uppskjuten

224 Prop. 1983/84:144 s. 86 ff, särskilt s. 88 samt Prop. 2005/06:72, s. 47

225 Så kallad vandelsprövning, se Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 297 ff

226 För att betraktas som sambor i sambolagens (2003:376) mening krävs det enligt 1 § att ett par stadigvarande bor tillsammans i ett gemensamt hushåll.

227 Uppskjuten invandringsprövning såsom princip började tillämpas under tidigt 1970-tal och har sedan dess förankrats såsom gällande inom migrationsrätten. 5 kap 8 § UtL infördes den 1 juli 2000 och kom därmed att vara ett uttryck för tidigare praxis på området. Se Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 277 f I propositionen som föranledde införandet av uppskjuten invandringsprövning i UtL uttalades att utan denna möjlighet skulle en ”mycket strikt och restriktiv prövning” bli aktuell som varken är till förmån för myndigheterna eller den enskilde. Se Prop. 1999/2000:43, s. 51

228 En seriositetsprövning får dock inte utföras för gifta makar, eftersom de har en *rätt* till familjeåterförening enligt familjeåterföreningsdirektivet.

invandringsprövning är två år²²⁹, efter denna period utförs en ny prövning och permanent uppehållstillstånd beviljas härefter om förhållandet består.

4.1.2. *Barns processbehörighet i anknytningsärenden*

Alla fysiska personer, även barn, har enligt svensk rätt²³⁰ partsbehörighet, det vill säga kompetens att vara part i ett ärende eller mål inför domstol.²³¹ Däremot saknar barn *processbehörighet*, vilket innebär att barn inte själv kan föra talan och vara verksam i den egna processen oavsett om det sker personligen eller genom ombud med fullmakt.²³² Barn saknar rättshandlingsförmåga eftersom det finns risk att de inte kan tillvarata sina egna intressen på ett korrekt sätt och därmed skadar den egna processen.²³³ Processbehörigheten för barn läggs istället på dess ställföreträdare, vilken oftast är barnets vårdnadshavare eller förmyndare.

Vem som ska räknas som barnets legala vårdnadshavare i anknytningsärenden ska enligt förarbeten bestämmas i enlighet med *domicilprincipen*, vilket innebär att det lands lag där barnet har sin hemvist ska tillämpas för att fastställa vem som är att betrakta som vårdnadshavare.²³⁴ I en av regeringens propositioner påtalades att det enligt dåvarande praxis inte krävdes annat än att släktskapet mellan barn och föräldrar *sannolikt* eftersom SIV ansåg att det utifrån ”hänsyn till barnet” fanns behov av att låta beviskravet vara flexibelt och att då ibland göra avsteg från regeln om att släktskapet ska vara styrkt.²³⁵ Dock har denna praxis förenats med påpekande från lagstiftarens sida att en sådan handläggning i vissa fall resulterat i att barn återförenats med personer vilka inte är deras biologiska föräldrar.²³⁶

De senaste åren har denna praxis kommit att ändras, främst genom att MiÖD har avgjort frågan om vem som kan anses vara ett barns ställföreträdare i ärenden om uppehållstillstånd och med vilken styrka ställföreträdaren måste visa sin rätt att företräda barnet i fråga. I MIG 2009:17²³⁷ ansågs tre minderåriga somaliska syskon inte ha processbehörighet i mål enligt UtL. Syskonen hade

229Prop. 1999/2000:43, s. 51 och Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 278

230Se 11 kap 1 § RB

231Ekelöf, PO(1996), Rättegång, Andra häftet, 8:e uppl., s. 48

232Ekelöf, PO (1996), s. 50

233Ekelöf, PO (1996), s. 51

234Prop. 2004/05:136, s. 23 ff (slutsatsen att domicilprincipen är huvudregel för bestämmandet av legal vårdnadshavare, s. 25). I asylprocessen anses det att det offentliga biträdet, eller den gode man som i fall med ensamkommande barn förordnats för henne eller honom, är ställföreträdare med rätt att föra barnets talan. Härav uppkommer inte samma problem med processbehörighet som i anknytningsärenden. Se 18 kap 3 § UtL och 2 § lagen (2005:429) om god man för ensamkommande barn.

235 Prop. 1996/97:25, s. 235 f

236 Prop. 2005/06:72, s. 69

237 I UM 6658-08 och UM 6595-08 har MiÖD fört som i MIG 2009:17 likalydande resonemang och kommit till slutsatser på samma grund.

utomlands sökt uppehållstillstånd på grund av anknytning till deras äldre syster i Sverige, men eftersom systemen inte kunnat *styrka* sin ställning som legal vårdnadshavare för barnen – hon hade lämnat in en somalisk handling som av domstolen inte bedömdes tillförlitlig – avvisades överklagandet av MiÖD. Domstolen resonerade att även om det i vissa fall i svensk rätt godtas att den person som innehar den *faktiska* vårdnaden av ett barn får företräda det – exempelvis vid godkännande av DNA-analys – är det inte en godtagbar ordning när det gäller att föra ett barns talan i ett ärende om uppehållstillstånd. MiÖD upplyste dock om att barn som söker uppehållstillstånd efter inresa i Sverige har möjlighet att föra sin talan genom att förordnat offentligt biträde i asylprocessen ses som barnets ställföreträdare eller genom att, för det fall barnet är ensamkommande, god man har tillförordnats och därmed besitter kompetens att föra barnets talan. Genom avgörandet UM 9536-10 förtydligade MiÖD att samma bevisregler om ställföreträdarskap för barn gäller även om anknytningspersonen är en förälder till barnen i fråga.²³⁸

4.1.3. *Beviskravet för anknytning*

Det centrala för bevisföringen i anknytningsärenden är alltså att visa på en *befintlig* anknytning mellan sökanden och anknytningspersonen. Detta sker normalt sett genom att presentera skriftlig dokumentation, exempelvis ID-handlingar, personbevis, vigselbevis och födelseattester: den skriftliga bevisningen är av central betydelse för om beviskravet och bevisbördepunkten anses vara mött eller inte.²³⁹ Anknytningsärenden karakteriseras därmed inte av några inslag av framtida bedömningar, anknytningsbedömningen är således retrospektiv.²⁴⁰ Till följd härav, samt mot bakgrund av att bedömningen till stor del baseras på skriftlig dokumentation, präglas anknytningsärenden i en lägre grad av helhetsbedömningar än ärendetyper – exempelvis asylärenden – där skriftlig dokumentation saknas och den sökandes trovärdighet istället får en central betydelse.²⁴¹

238 Här hade den ”troliga” fadern lämnat en ett vigselbevis samt fotografier av han och hans fru tillsammans med de gemensamma barnen till styrkande av sin ställning såsom barnens legala vårdnadshavare. MiÖD underkände dock bevisningen som tillräcklig för att visa på legalt vårdnadsskap.

239 Prop. 2005/06:72, s. 72. Olika bevismedel blir aktuella beroende på vilket anknytningsförhållande som åberopas. För anknytning mellan makar blir ett vigselbevis för att ett civilrättsligt giltigt äktenskap ingåtts centralt för beviljan av ansökan, medan det i ärenden som rör föräldrar och biologiska barn bli aktuellt med teknisk bevisning såsom DNA-analys för det fall det fortfarande kvarstår oklarheter om släktbandet efter det att skriftlig bevisning framlagts. För det fall uppehållstillstånd söks baserat på att ett beroendeförhållande föreligger måste istället visas att en hushållsgemenskap förelegat i det gamla bosättningslandet mellan den sökande och anknytningspersonen. Reglerna om DNA-analys infördes i UtL 1 juli 2006 som en följd av att man ansåg att det i anknytningsärenden mellan föräldrar och minderåriga barn behövdes kompletterande möjligheter att visa på anknytning, varav DNA-analys var den föreslagna, för att minska risken av att beviskravet för anknytning istället skulle skärpas så till den grad att familjeåterförening skulle möjliggöras – vilket av regeringen ansågs som oacceptabelt. Prop. 2005/06:72, s. 69

240 Detta vittnar även konstruktionen uppskjuten invandringsprövning om: lagstiftaren vill inte göra en bedömning av ett förhållandes möjligheter att hålla eller att vara seriösa, vilket gör att lagstiftaren av processekonomiska skäl utfärdar tidsbegränsade uppehållstillstånd till en början och först senare går in och gör en bedömning utifrån de då gällande förutsättningarna.

241 Prop. 1996/97:25, s. 98 och UN 417-00, där UN uttalade att det faktum att alltför stora krav inte kan läggas på den asylsökande att visa sitt skyddsbehov medför att den sökandes berättelse får läggas till grund för bedömningen och

Anknytning ska som utgångspunkt *styrkas*²⁴², men tillåts variera något beroende av vilken typ av anknytning som åberopas. I förhållande till maka/make och samboförhållanden, 5 kap 3 § 1 st 1 p UtL, krävs att sökanden *styrker* anknytningen.²⁴³ För det fall att det efter utredning bedöms att den sökande inte styrkt äktenskap eller samboskap, särskilt när skriftlig dokumentation saknas, ska anknytningen enligt MIV:s interna handbok i stället prövas enligt reglerna i 5 kap 3 a § 1 st 1 p UtL.²⁴⁴ När ett förhållande prövas enligt denna senare regel som en ny anknytning så har MiÖD i MIG 2007:45 tydliggjort att den sökande har att göra *sannolikt* anknytningen och villkoret att förhållandet ska framstå som seriöst.²⁴⁵ Således är beviskravet för den *rätt* till uppehållstillstånd på grund av anknytning som uppställs i 5 kap 3 § 1 st 1 p högre än *möjligheten* till detsamma som uppställs i 5 kap 3 a § 1 st 1 p UtL. Vad gäller anknytningen mellan föräldrar och barn, uttalas i utredningen "Vår anhöriginvandring" att "med hänsyn framför allt till barns bästa skall en möjlighet att använda DNA-analys för att styrka ett påstått släktskapsförhållande i ärenden om uppehållstillstånd enligt 2 kap. 4 § och 5 § 3 UtL införas. Med införandet av denna möjlighet bör i dessa ärenden följa att samma beviskrav tillämpas beträffande barn som andra sökande".²⁴⁶ I propositionen för införandet av DNA-analys i utlänningslagstiftningen uttalas att en skärpning av beviskravet inte är tänkbart eftersom det skulle medföra att familjeåterförening riskerar att göras omöjlig (varför tillämpning av DNA-analys föreslås istället för högre ställt beviskrav).²⁴⁷ Här uttalas dock inget om vilket beviskrav man utgår i från i resonemanget, men det får antas att man utgår från beviskravet *styrkt*. I ärenden där anknytning på grund av hushållsgemenskap och beroendeförhållande åberopas, är det tillräckligt att beslutet tas "med utgångspunkt i vad som med rimlig grad av säkerhet kan bedömas vara de faktiska omständigheterna (prop. 1996/97:25 s. 114)".²⁴⁸

"ska godtas om den framstår som trovärdig och sannolik". I UNHCR:s handbok, vilken har status som rättskälla i den svenska asylrätten, fastslås i artikel 197 fast att beviskravet inte ska ställas för högt med tanke på svårigheterna med bevisanskaffning som naturligen infinner sig på grund av flyktingsituationen. Om handbokens status som rättskälla, se Prop. 2004/05:170 s. 95 samt MIG 2006:1

242 SOU 2002:13, s. 211

243 Utlänningshandboken, avsnitt 10.2, rubrik "Beviskravet"

244 Utlänningshandboken, avsnitt 10.2, rubrik "Äktenskapet kan ej styrkas" och "Samboskapet kan ej styrkas". Här finns utrymme för att mer basera bedömningen på ett helhetsintryck snarare än enbart skriftliga handlingar.

245 Ett förhållande ska presumeras vara seriöst, om inga indikationer ges för det motsatta. Se Prop. 2005/06:72, s. 21 f

246 SOU 2002:13, s. 211

247 Prop. 2005/06:72, s. 69 f

248 Prop. 2004/05:170, s. 181

4.2 Passkravet i utlänningslagstiftningen

En passhandling är en form av avsiktligt bevis eftersom tanken med utfärdandet är att det ska kunna användas som bevisfaktum för innehavarens identitet.²⁴⁹ Det kan beskrivas som en ”legitimationsurkund för resande” vilken en behörig myndighet har utfärdat.²⁵⁰

Huvudregeln är att ”en utlänning som *reser in i* eller *vistas i* Sverige skall ha pass”, 2 kap 1 § UtlL. Inresa definieras i 1 kap 5 § UtlL som när ”en utlänning passerar in över gränsen för svenskt territorium”. Konsekvensen för avsaknad av pass när det krävs för inresa eller vistelse är att det kan utgöra grund för avvisning från Sverige, 8 kap 1 § UtlL.²⁵¹ I MIG 2007:54 betonade MiÖD att det är ett grundläggande rekvisit att ha en passhandling för att en utlänning ska få visas i Sverige och att uppehållstillstånd inte kan beviljas *såvida inget uttryckligt undantag* härför är stadgat. Denna praxis bekräftades så sent som i maj 2011 i MIG 2011:11. Passhandling måste uppvisas i original för berörd svensk myndighet, MIG 2009:7.²⁵² I 2 kap 4 § UtlF stadgas att för en resehandling ska kunna godtas som pass, måste den vara utfärdad av *behörig myndighet* i det land där innehavaren är medborgare samt uppfylla kraven på bland annat att uppgifter om innehavarens medborgarskap och fullständiga namn samt födelsedatum och födelseort (p. 1) och innehålla ett välliknande fotografi av innehavaren (p. 6).²⁵³ Behörig myndighet är den som fastställs av respektive stats nationella lagar.²⁵⁴ MIV är bemyndigat att utfärda föreskrifter om vilka resehandlingar som får godkännas såsom pass, 2 kap 22 § UtlF, en kompetens som är utnyttjad bland annat i relation till resehandlingar från Irak, Afghanistan och Somalia.²⁵⁵

Undantag från huvudregeln står att finna i 2 kap 8- 10 § UtlL och 2 kap 1 § UtlF. I förhållande till *vistelse* här i Sverige, så krävs det inte att personer med permanent uppehållstillstånd i Sverige ska inneha en passhandling , 2 kap 1 § UtlL och 2 kap 1 § UtlF. För personer med tillfälligt uppehållstillstånd är i stället situationen den motsatta: *ett giltigt pass är förutsättningen för att ett tillfälligt uppehållstillstånd ska kunna utfärdas.*²⁵⁶ Det krävs därmed *både för inresa och för vistelse*. Det differentierade

249Om avsiktliga bevis, se Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 22

250Karnovs kommentar, not nr 2 till 1 § Passlagen (1978:302)

251 Detta är en av de formella grunderna för avvisning, vilka är kopplade till den generella utlänningskontrollen. Se Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 378

252Samma princip i relation till anknytningsärenden fastslogs i UM 8296-09

253Enligt 2 kap 5 § UtlF kan dock en resehandling godkännas såsom pass om särskilda finns, trots att den inte är försedd med innehavarens namnteckning eller inte tillåter återresa till hemlandet eller inresa i tredje land vilka är två av de andra kraven för godkänt pass som uppställs i 2 kap 4 § UtlF.

254 Se Karnov not nummer 6 till 2 kap 4 § UtlF

255Se MIGRFS 16/2010, samt MIGRFS 01/2010 och MIGRFS 06/2006 om vilka irakiska respektive afghanska pass som är godkända som resehandlingar.

256 Se, förutom lagtext med kommentar, Regeringens förordningsmotiv 1989:3, s. 24 och 27

passkravet mellan permanenta och tidsbegränsade uppehållstillstånd kan förklaras utifrån regleringen i 4 kap 23 § UtfF, som stadgar att ett tidsbegränsat uppehållstillstånd inte får beviljas för längre tid än vad innehavarens pass är giltigt. I förhållande till anknytningsärenden är emellertid stadgat att uppehållstillstånd bör beviljas för minst ett år, 5 kap 3 § 3 st UtfL. Då dessa regler strider mot varandra, uttalade MiÖD i UM 11013-09 att MD hade avgjort ärendet i strid mot gällande rätt när den beviljat ett tidsbegränsat uppehållstillstånd för ett år trots att det aktuella passet hade kortare giltighetstid. MD:s dom undanröjdes och MiÖD visade målet åter till MD för ny handläggning.

Genom praxis har MiÖD fastslagit att det inte finns förutsättningar att bevilja tidsbegränsade uppehållstillstånd för den person som inte innehar ett *giltigt* pass *vid tidpunkten för beviljande av uppehållstillstånd*²⁵⁷ och att det strider mot gällande rätt att utfärda tidsbegränsade uppehållstillstånd som löper för längre tid än vad hemlandspasset är giltigt.²⁵⁸ I de tre asylmålen UM 133-09, UM 334-09 och UM 8628-08 meddelade samma dag uttalade MiÖD att några tidsbegränsade uppehållstillstånd inte skulle utfärdas, trots att omständigheterna i sig talade för detta. MiÖD beviljade i stället permanenta uppehållstillstånd på grund av att de sökande saknade hemlandspass eftersom de bedömdes ha skyddsbehov. Tidigare var även SIV:s föreskrift²⁵⁹ rörande somaliska pass gällande, men den upphävdes när nya bestämmelser trädde i kraft år 2010.²⁶⁰ Förutom att somaliska pass utställda efter den 31 januari 1991 inte kunde godkännas såsom passhandlingar, innehöll föreskriften även allmänna råd där utlandsmyndigheter uppmanades att informera somaliska medborgare om möjligheten att ansöka om provisoriskt främlingspass²⁶¹ och om att somaliska medborgare som saknar giltigt pass kunde ansöka om främlingspass för att uppfylla kravet på giltig passhandling som föreligger för att få tidsbegränsat uppehållstillstånd. Dessa allmänna råd återkommer inte i MIV:s nya föreskrift.

Trots den strikta praxis som utvecklats om att tidsbegränsade uppehållstillstånd inte får utfärdas till någon som inte innehar ett pass, medges undantag från huvudregeln för det fall *särskilda skäl* föreligger, 4 kap 23 § 5 p UtfF. Som exempel nämns de personer som uppfyller kraven för

257MIG 2007:30 och MIG 2009:35. I MIG 2007:54 avlog MiÖD en ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning redan av den anledning att den sökande saknade pass och att det endast kunde bli fråga om ett tidsbegränsat uppehållstillstånd. Det går således inte att grunda beviljandet på en *framtida möjlighet* för den sökande att erhålla en passhandling, exempelvis ett främlingspass.

258I UM 4434-11 har MiÖD undanröjt MD:s dom och återförvisat målet dit för fortsatt handläggning, sedan MD utfärdat ett tidsbegränsat uppehållstillstånd som löpte för längre tid (2 år) än vad kvinnans hemlandspass var giltigt.

259SIVFS 1997:14, Statens Invandrarverks föreskrift om giltigheten av somaliska pass

260 MIGRFS 13/2010

261Se förklaring nedan i avsnitt 4.2.2

uppehållstillstånd men inte har möjlighet att förnya sitt hemlandspass och för vilka främlingspass istället skulle kunna utställas.²⁶² I MIG 2007:30 uttalas dock att möjligheten inte ska ses som ett generellt undantag från passkravet vid beviljandet av ett tidsbegränsat uppehållstillstånd, utan att det endast handlar om undantag från att begränsa uppehållstillståndets giltighet till passets.

4.2.1. *Passkravet och undantagen i 5 kap 18 § UtL när ett uppehållstillstånd får beviljas efter inresa i Sverige*

I målet UM 720-06, ansågs särskilda skäl föreligga för att göra undantag från huvudregeln i 5 kap 18 § om att uppehållstillstånd ska meddelas före inresa i Sverige. Mot bakgrund av att den sökande – som endast kunde komma i fråga för ett tidsbegränsat uppehållstillstånd då han sökte uppehållstillstånd på grund av en ny anknytning – saknade giltigt pass uppkom frågan hur passkravet skulle behandlas i relation till undantaget från att ansökan om uppehållstillstånd ska vara beviljat före inresa. Mannen hade tidigare vistats legalt i Sverige i nära 10 års tid och redan styrkt sin identitet genom ett då giltigt hemlandspass. Mot denna speciella bakgrund förde MiÖD ett resonemang om att passkravet i 2 kap 1 § UtL tjänar det övergripande syftet om utlänningskontroll, för att ”säkerställa identiteten på de utlänningar som reser in i och vistas i Sverige”. Då mannen redan styrkt sin identitet vid tidigare tillfällen, förelåg ett sådant särskilt skäl att kravet på att ha ett giltigt hemlandspass sattes ur spel. Ett liknande resonemang fördes i MIG 2009:1 – också där en manlig sökande som grundade sin ansökan på en ny anknytning – där MiÖD återförvisade målet till MIV för fortsatt handläggning efter att ha konstaterat att undantaget i 5 kap 18 § 2 st 5 p torde vara tillämpligt men att ingen utredning av anknytningen ännu gjorts. MiÖD fann att mannen i fråga hade styrkt sin identitet då han tidigare rest in i landet på en UD-visering och haft ett giltigt hemlandspass och härav kunde domstolen medge undantag från passkravet i 2 kap 1 § UtL. Man uttalade i stället att främlingspass torde kunna ställas ut i ett sådant fall. Vi ser följaktligen att ett utrymme att åsidosätta passkravet i UtL har öppnats för det fall den sökande styrkt identitet och uppfyller de krav som uppställs i 5 kap 18 § UtL för att få undantas från kravet att ha ett uppehållstillstånd före inresa i Sverige.

4.2.2. *Främlingspass*

Migrationsverket har genom 2 kap 2 § UtL och enligt 2 kap 12 § UtfF kompetens att utfärda främlingspass för de fall en utlänning saknar pass eller saknar möjlighet att skaffa ett sådant. Samma kompetens föreligger vid *andra särskilda skäl* som talar för ett utfärdande av främlingspass, exempelvis om det föreligger *praktiska svårigheter* att få tag i passhandlingar eller att det vore inhumant att kräva

262Regeringens förordningsmotiv 1989:3, s.11

att en person åker till sitt hemland för att införskaffa ett pass.²⁶³ Framför allt torde det vara flyktingar och övriga skyddsbehövande som kommer i fråga för utställande av främlingspass, men någon reglering av aktuell personkrets finns inte.²⁶⁴ Ett beslut om främlingspass går inte att överklaga, 8 kap 11 § UtlF, vilket gör MIV till enda beslutsfattande instans.²⁶⁵

Enligt ett äldre vägledande beslut från UN²⁶⁶, uttalade nämnden att det borde finnas en möjlighet, vilken endast bör utnyttjas i undantagsfall, att utfärda främlingspass även i anknytningsärenden där det endast är aktuellt att bevilja ett tillfälligt uppehållstillstånd. Nyare praxis från MiÖD visar istället att det torde finnas möjlighet att utfärda främlingspass för det fall en person i Sverige har *styrkt* sin identitet, men saknar förutsättningar att få ett nytt hemlandspass utställt. I ovan nämnda MIG 2009:1, hade en före detta diplomat som hamnat i konflikt med sitt hemlands myndigheter ansökt om uppehållstillstånd på grund av anknytning i Sverige. Mannen kunde styrka sin identitet genom att uppvisa ett annullerat hemlandspass samt genom det faktum att han tidigare rest in i Sverige på en UD-visering för tjänst i landet. Trots att MIV ansåg att förutsättning för att utfärda främlingspass inte förelåg i detta fall, uttalade MiÖD att sådana förutsättningar för MIV torde föreligga, mot bakgrund av att personen visat det omöjligt för denne att erhålla ett nytt hemlandspass.

Enligt MIV:s interna utlänningshandbok, så krävs det att en sökande – utländsk medborgare som vistas utanför Sverige – *styrker* sin identitet för att kunna beviljas främlingspass. Den sökande kan inte heller befinna sig i sitt hemland, eftersom ett utfärdande av svenskt främlingspass i sådana fall riskerar att ses som en ovänlig handling av Sverige gentemot den aktuella staten.²⁶⁷ Enligt 13 § UtlF, vilket även nämns i 7 § MIVs föreskrift, får det dock i främlingspasset föras in en anteckning om att innehavarens identitet inte är styrkt.²⁶⁸

263 UN 21-93 och Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 92

264 ”Även andra utlänningsfall än flyktingar kan vara förhindrade att skaffa hemlandspass. Invandrarverket bör i sådana fall kunna utfärda en särskild passhandling. För att en sådan handling skall utfärdas förutsätts att utlänningsfall har viss anknytning till Sverige, i allmänhet genom att ha uppehållstillstånd.” Regeringens förordningsmotiv 1989:3, s. 11

265 Se MIG 2009:35 och MIG 2011:11, där MiÖD erinrar om att det endast är MIV som har kompetens att utfärda samt göra bedömningar av huruvida främlingspass kan komma i fråga eller inte.

266 UN 21-93

267 MIV:s Utlänningshandbok, kap 14, s. 1 f

268 Prop. 1988/89:86, s. 93. Detta motiveras som ett försök att motverka dokumentförstöring, vilket lyfts fram som en fara dels av processekonomiska skäl, dels för att det ”medför uppenbara risker för att lagstiftningens intentioner beträffande vilka utlänningsfall som skall få en fristad i Sverige äventyras”

5. Beviskravet för identitet i ärenden om uppehållstillstånd på grund av anknytning – slutsatser gällande *de lege lata*

”Vad krävs det för att visa att jag är jag?”

Någon legaldefinition av identitet existerar inte i svensk rätt. I MIG 2010:17, som rörde frågan om vad som krävs för att ha styrkt sin identitet i ett medborgarskapsärende, drar MiÖD slutsatsen från tidigare praxis att identitet innebär en persons ”*namn, ålder och medborgarskap*”.²⁶⁹ I MIV:s utlänningshandbok menar man att det i första hand är uppgifter om ”fullständiga namn, födelsedatum och födelseort” som är viktiga, men att uppgifter rörande personens etnicitet, medborgarskap och hemvist även är av betydelse för fastställandet av identitet.²⁷⁰

Ett explicit beviskrav för identitet står inte att finna i UtL. I verksamhetschefens instruktion 1/2011 för handläggning av ärenden om uppehållstillstånd inom MIV ”är utgångspunkten att en tillståndssökande utlänning ska kunna styrka sin identitet för att uppehållstillstånd ska beviljas.”²⁷¹ Här utgår man ifrån att *styrkt* är normalkravet för alla de fall då sökanden *befinner sig utanför* Sverige, med undantag för så kallade kvotflyktingar²⁷². Undantag från huvudregeln är endast möjliga när sökande redan befinner sig i Sverige.²⁷³ Så är fallet i ärenden om uppehållstillstånd på grund av skyddsbehov, där den asylsökande endast behöver göra sin identitet *sannolik*.²⁷⁴ Utifrån det tidigare nämnda uttalandet att normalkravet för identitet är *styrkt*, har rättstillämparen ansett att en generell bevislättning för identitet ska tillämpas i asylärenden²⁷⁵; det är således inte fråga om att beviskravet

269Se även Lagerqvist Veloz Roca, A (2010), Upphållstillstånd, styrkt identitet och passkrav för inresa och vistelse i riket i FT, s. 401 och Migrationsverket RCI 16/2011, Rättsligt ställningstagande angående kraven på klarlagd identitet och pass i ärenden om uppehållstillstånd, s. 2. Se även MIG 2011:11.

270 Utlänningshandboken, kap 4 ID och AT-UND, avsnitt 4.1, rubrik ”allmänt”

271 Migrationsverket VCI 1/2011, Verksamhetschefens instruktion om handläggningen av ärenden om uppehållstillstånd m.m. med anledning av rättsligt ställningstagande angående kraven på pass och klarlagd identitet, s. 1

272 5 kap 4 § UtL

273 Migrationsverket VCI 1/2011, s. 1

274 MIG 2007: 9 och MIG 2007:12. Vi kan förstå denna sänkning i beviskravet utifrån det faktum identitetsprövningen inte är skild från prövningen av skyddsbehov, där beviskravet är satt till *sannolikt*. Skyddsbehovet gör sig så starkt gällande att fastställandet av identitet blir sekundär om det i stället går att fastställa personens hemvist eller etnicitet. Det gör att identiteten blir del av en helhetsbedömning som snarare har ställning såsom bevisfaktum med indirekt påverkan på rättsföljden uppehållstillstånd än såsom ett självständigt rättsfaktum. Jämför Diesen, C (red.) (2007), Prövning av migrationsärenden, s. 225 och Prop. 1997/98:178, s. 10, där det medges att identiteten kan få en sekundär betydelse i asylärenden.

275 I ett förarbetsuttalande till ändrade regler i medborgarskapslagstiftningen menade dock departementschefen att det i ärenden om uppehållstillstånd ska vara en styrkt identitet som är utgångspunkten, trots att inget sådant uttalat krav föreligger. I nästkommande mening pekar han dock på det faktum att identiteten ofta får en sekundär ställning i asylärenden trots försök att fastställa densamma, Prop. 1997/98:178, s. 10. Se även Migrationsverket RCI 16/2011,

för identitet tillåts variera i förhållande till det enskilda fallet.

Hur ska då innebörden av *styrkt* respektive *sannolikt* i ärenden om uppehållstillstånd tolkas? Troligtvis ges de olika uttrycken för beviskravets höjd samma betydelse som uppställs i den bevisrättsliga doktrinen. Vägledning härför hittas i MIV:s rättschefs uttalande i förhållande till beviskravet för identitet:

Här används begreppen *styrkt/visat*, *klarlagt* och *sannolikt* som mått på bevisningens styrka. *Klarlagt* är ett beviskrav som får anses liktydigt med beviskravet *styrkt*. Migrationsöverdomstolen använder båda begreppen. *Styrkt/visat* utgör ett avsevärt högre beviskrav än *sannolikt*, men är ändå lägre än t.ex. brottmålsens krav på *ställt utom rimliga tvivel*.²⁷⁶

Kommande kapitel syftar till att presentera fakta och att dra slutsatser om beviskravet för identitet i anknytningsärenden – dels för att fastställa gällande rätt, dels för att möjliggöra för den analys som kommer i härpå följande avsnitt.

5. 1 Beviskravet för identitet i ärenden om uppehållstillstånd på grund av anknytning

Den 12 maj 2011 fastlade MiÖD i sin dom i MIG 2011:11 att beviskravet för identitet i anknytningsärenden är *klarlagt*, eller *styrkt*. Avgörandet, som även berör passkravet i relation till anknytningsärenden, är en skärpning av tidigare praxis på området. MiÖD påpekar att det inte finns några uttryckliga bestämmelser om vilket beviskrav som är det gällande i anknytningsärenden, varför ledning istället hämtas i tidigare förarbetsuttalanden. Domstolen lyfter fram att anhörigkommittén uttalat att det krävs att ”sökandes identitet är fastställd”²⁷⁷ och refererar till regeringens därpå följande proposition:

En grundprincip inom den svenska utlänningsrätten är att hålla samman familjen, vilket främst kommer till uttryck i bestämmelserna om uppehållstillstånd på grund av familjeanknytning enligt 2 kap. 4 § UtIL (5 kap. 3 § NUtIL). En förutsättning för att denna princip skall kunna upprätthållas och för att en ansökan om uppehållstillstånd för familjeåterförening skall kunna beviljas är bl.a. att sökandens identitet är fastställd. Ytterligare ett villkor är att det finns underlag som ger stöd åt ett påstående om släktskap mellan sökanden och anknytningspersonen i Sverige. Detta kan ske genom företeende av olika handlingar som födelseattester, personbevis och ID-handlingar. Det kan emellertid på grund av förhållandena i sökandens hemland ibland vara omöjligt att skaffa fram sådana dokument, t.ex. på grund av bristfällig folkbokföring. Det kan också finnas anledning att ifrågasätta tillförlitligheten i de dokument som företes. Migrationsverket har vid ett flertal tillfällen framhållit detta som ett problem (prop. 1996/97:25 s. 235 f. Och 265). Sådana förhållanden gäller sedan flera år beträffande sökande från t.ex. Somalia, Irak och Afghanistan.²⁷⁸

s. 8

276 Migrationsverket RCI 03/2010, s. 2. Ställningstagandet upphävt genom Migrationsverket RCI 16/2011, men det får rimligtvis tolkas så att ingen ändring av innebörden av uttrycken är menad.

277 SOU 2002:13, s. 211

278 Prop. 2005/06:72, s. 68 f

MiÖD framhåller även i MIG 2011:11 att beviskravet för identitet *indirekt framgår av passkravet i 2 kap 1 § UtL*.

I domen används genomgående beteckningen *klarlagt/klarlägga* identitet, vilket med ledning från den allmänna bevisrätten samt det faktum att man i relation till asylärenden talar om att identiteten endast behöver göras sannolik får tolkas som ett högt ställt beviskrav med en högre grad av procentuell säkerhet än vad beviskravet *sannolikt* ger uttryck för.²⁷⁹ Emellertid använder MiÖD även termen *styrkt* i förhållande till det fastlagda beviskravet för identitet – en term som också förekommer i förarbetsuttalanden och används av MIV.²⁸⁰ Efter att ha studerat dessa olika uttalanden, kan jag inte dra någon annan slutsats än att termerna *klarlagt/klarlägga* respektive *styrkt* är avsedda att ge uttryck för samma nivå på beviskravet. Diesens kartläggning av beviskravets höjd i olika typer av förvaltningsmål ger även stöd för denna uppfattning, då han klassificerar styrkt och klarlagt som språkliga synonymer.²⁸¹

5.1.1 *Anknytning efter inresa i Sverige, 5 kap 18 § 2 st 5 p UtL*

I förarbeten som rör tiden innan nuvarande utlänningslagen trädde i kraft uttalade den dåvarande departementschefen att den omständighet att en sökandes identitet är oklar ”knappast” kan föreligga när prövningen görs före sökandes inresa i Sverige samt att en ansökan som regel bör avslås i de fall där sökanden inte kan klarlägga sin identitet. Man tillstår dock att undantag kan komma att accepteras om prövningen utförs *efter inresa* till Sverige om det inte ”skäligen kan krävas att sökanden skall återvända till något annat land för att ge in ansökan därifrån”.²⁸² I 5 kap 18 § 2 st 5 p UtL återfinns undantaget från huvudregeln om att uppehållstillstånd ska vara beviljat innan inresa till Sverige. Till skillnad mot asylärenden som generellt är undantagna detta krav, gäller för anknytningsärenden att det måste föreligga en *stark* anknytning till personen i Sverige samt att det vore oskäligt att kräva att den sökande ska åka till ett annat land för att lämna in sin ansökan där. Dock framhålls att det ”när en ansökan prövas efter inresan i landet tillkommer några omständigheter som kan inverka på bedömningen och som inte aktualiseras vid prövningar som görs före inresan beträffande utläningar som tidigare inte varit i Sverige”.²⁸³ En av dessa omständigheter är huruvida den sökandes identitet är oklar, vilket enligt förarbeten i normalfallet ska leda till att ansökan avslås.²⁸⁴ Trots att syftet med införandet av regeln i 5 kap 18 § 4 st UtL var

279 Se avsnitt 2.5 ovan

280 Se exempelvis Prop. 1997/98:178, s. 10 och Migrationsverket RCI 16/2011, s. 8

281 Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 113

282 Prop. 1999/2000:43, s. 57

283 Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 316

284 Prop. 1999/2000:43, s. 59. Se även UN 457-04 och UN 409-01

att underlätta familjeåterförening för barnfamiljer genom att ta bort onödigt stelbenta regler²⁸⁵, ingår i lagregeln förutsättningen att ”det står klart att uppehållstillstånd skulle ha beviljats om prövningen gjorts före inresan i Sverige”. I propositionen uttalas:

Att det ska vara fråga om klara fall innebär att det när ärendet är färdigutrett ska gå att konstatera att förutsättningarna för uppehållstillstånd, enligt gängse bedömning av omständigheterna i ärendet, är uppfyllda. I detta ligger att utlänningen bedöms uppfylla de krav som vid tidpunkten för prövningen uppställs för uppehållstillstånd i fråga om bl.a. giltigt pass, fastställd identitet och stark familjeanknytning. Det ska också gå att konstatera att det inte framkommit särskilda skäl mot att bevilja uppehållstillstånd²⁸⁶

Utrymmet för att kunna beviljas uppehållstillstånd på grund av anknytning *efter* inresa i Sverige utan att den sökandes identitet är *klarlagd* kan härmed sägas vara mycket litet, men det är trots allt existerande.²⁸⁷ ”/.../förhållandena kan dock undantagsvis vara sådana att det på grund av utlänningens anknytning till någon i Sverige inte skäligen kan krävas att sökanden skall återvända till något annat land för att ge in ansökan därifrån, trots att sökanden inte kunnat styrka sin identitet på ett tillfredsställande sätt.”²⁸⁸ Det går således att dra slutsatsen att beviskravet för identitet fastställt till *klarlagt* inte är absolut, utan tillåts att variera och sänkas i det *enskilda fallet*, utefter vad som verkar vara ett slags lämplighetsavvägning från lagstiftarens sida mellan å ena sidan onödigt formella regler om den geografiska platsen för ansökan mot vikten av en reglerad invandring där de som på illegal väg kommit in i Sverige inte ska ställas i bättre dager än de som följer den svenska utlänningslagstiftningen.²⁸⁹ Vilken utredning om identitet som i dessa fall godkänns är oklart.

5.2 Identitet som självständigt rättsfaktum i anknytningsprövningen

Förutom att härleda beviskravet för identitet, fastslår MiÖD den ordning som bör råda när en ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning prövas *före* sökandes inresa i Sverige. Såsom första steg, ska den sökandes identitet prövas. För det fall den bedöms vara klarlagd, ska det undersökas om den sökande har ett pass. I ärenden med snabba anknytningar, där endast tidsbegränsat uppehållstillstånd kan komma ifråga och den sökande befinner sig utanför Sverige – är passkravet absolut för att uppehållstillstånd ska kunna beviljas. Först om båda dessa steg är uppfyllda sker en materiell prövning av anknytningen i fråga.²⁹⁰ Att en sökande inte lyckas klarlägga sin identitet innebär följaktligen att ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning som huvudregel ska avslås och därmed finns ingen förutsättning att fortsätta pröva ärendet i sak.

285 I Prop. 2009/10:137, s. 17 sägs skälen till en utvidgad möjlighet att kunna ansöka om uppehållstillstånd på grund av anknytning i Sverige för att ta tillvara barnets bästa, samt för att undvika familjeseparation av rent formalistiska skäl.

286 Prop. 2009/10:137, s. 17

287 Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 318

288 Prop. 1999/2000:43, s. 59

289 Ds 2009:39, s. 19. Se även Prop. 1999/2000:43 s. 24 f., 56 och 58 f. och UM 1224-08

290 Se även Migrationsverket RCI 16/2011, s. 10

Till följd av den nyetablerade trestegsprövningen, blir identitet såsom omständighet att föra bevisning om självständig gentemot anknytningsprövningen.²⁹¹ Vi ser här att identiteten får betydelse som *rättsfaktum* för rättsföljden uppehållstillstånd, det vill säga ett eget deltema som måste vara uppfyllt för att det slutliga bevisemat, *anknytning*, ska kunna anses bevisat.²⁹² Det finns dock en situation där identitetens betydelse såsom rättsfaktum och som första steg för prövningen sätts ur spel och det är i förhållande till undantaget i 5 kap 18 § om att bevilja uppehållstillstånd på grund av anknytning även *efter* inresa till Sverige. I och med att beviskravet för identitet kan sänkas för det fall en sökande i Sverige har starka skäl för anknytning – trots att hennes eller hans identitet inte är klarlagd – kan konstateras att identiteten i anknytningsärenden kan inta ställning som bevisfaktum och bli till en integrerad del av anknytningsbedömningen, snarare än ett första steg där brister i bevisningen inte leder vidare till en materiell prövning av anknytningen.

5.2.1 *Identitet som dubbelrelevant rättsfaktum i anknytningsärenden och utvidgad personkrets för identitetskravet*

Med utgångspunkt i att anknytning söks före inresa till Sverige, uppkommer två frågor i förhållande till prövningsordningen fastlagd av MiÖD i MIG 2011:11. För det första, innebär det faktum att identiteten självständigt ska prövas innan den materiella prövningen äger rum att en klarlagd identitet utgör en *processförutsättning* och därmed klassas som ett dubbelrelevant rättsfaktum? För det andra, inbegriper kravet på klarlagd identitet även anknytningspersonens identitet?

Det går att konstatera att den materiella prövningen av *anknytning* som grund för uppehållstillstånd är helt avhängig huruvida personens identitet är klarlagd eller inte. Denna självständiga prövning av den sökandes identitet skulle härmed kunna karakteriseras som en processuell förutsättning, ett processuellt rättsfaktum, som om det inte var uppfyllt skulle leda till att ansökan *avvisas* utan prövning i sak. Emellertid uttalar MiÖD i MIG 2011:11 att identitetsbedömningen är en del av prövningen i sak, om än avgörande för hur långt prövningen kommer att sträcka sig i det enskilda fallet. Detta gör att den sökandes identitet i anknytningsärenden, åtminstone mellan vuxna personer, kan ses som ett dubbelrelevant rättsfaktum för vilket påståendedoktrinen tillämpas, det vill säga att det räcker med att den sökande påstår sig vara den han eller hon uppger sig för att vara för att saken ska tas upp till prövning, trots att identiteten även utgör en förutsättning för prövning.

291 I tidigare gällande rättsliga ställningstagande från MIV angående identitet och passkrav så är en av rubrikerna satt till "Klarlagd identitet – ett självständigt krav", under vilken kravet på en klarlagd identitet förklaras som havande större övergripande intressen vilket gör det självständigt i förhållande till prövningen i övrigt i det enskilda fallet. Se Migrationsverket RCI 03/2010, Rättschefens rättsliga ställningstagande angående kraven på klarlagd identitet och pass i ärenden om uppehållstillstånd, s. 4

292 Diesen, C (red.) (2007), s. 226. Ett slutligt bevisema ska vanligtvis anses bevisat endast om samtliga deltemata är bevisade.

När det gäller anknytningsärenden mellan barn och vuxna, finns det dock tveksamheter till om påståendedoktrinen tillämpas. Anledningen till detta är kopplingen mellan att styrka ställföreträdarskap och barnets identitet. Som tidigare konstaterats genom MiÖD:s avgöranden i förhållande till barns processbehörighet, krävs det att anknytningspersonen kan styrka sin rätt som behörig ställföreträdare för det sökande barnet för att ärendet ska tas upp till prövning. I annat fall ska det *avvisas*. Intressant i detta sammanhang är att MIV:s rättschef i tidigare gällande rättsliga ställningstagande angående passkrav och identitet kopplar samman kravet att en ställföreträdare kan *styrka sin behörighet* för att kunna företräda barnet med beviskravet för identitet. Det uttrycks nämligen att ”sådan behörighet kan svårigen styrkas utan att identiteten är fastställd för såväl barn som den företrädare som uppgivits”²⁹³, vilket medför att barnets identitet får en *indirekt relevans* för huruvida ärendet ska tas upp till prövning i sak, eller om det ska avvisas. Eftersom det är ställföreträdarskapet – inte barnets identitet som sådan – som utgör processförutsättningen som måste prövas innan ansökan tas upp för att avgöras i sak, så kan påståendedoktrinen inte tillämpas då det inte rör sig om samma rättsfaktum. Men, på grund av barnets identitets indirekta påverkan på processförutsättningen *processbehörighet*, blir *styrkt* identitet i realiteten en förutsättning för en materiell prövning av ansökan. Kanske är det då möjligt att laborera med uttrycket ”falskt dubbelrelevant rättsfaktum” (jag hämtar inspiration från termen ”falsk bevisbörda”).

I det nyligen avgjorda målet UM 5938-11 hade underinstanserna till materiell prövning tagit upp ett anknytningsärende mellan en moder och hennes barn utan att fastställa anknytningspersonens, moderns, behörighet att företräda barnet. MIV grundade sitt beslut om avslag på det faktum att barnets identitet inte kunde styrkas, medan MD återförvisade målet till MIV för fortsatt utredning och DNA-analys. Båda underinstanserna hade alltså tagit utgångspunkt för bedömningen i barnets identitet. MD tog ett steg längre och grundade sitt beslut i ett ställningstagande att ”i ett enskilt mål kan principerna om rätt till familjeåterförening och barnets bästa väga tyngre än kravet på styrkt identitet och statens intresse av att utöva utlänningskontroll. Därför kunde det inte uteslutas att barnet skulle kunna beviljas uppehållstillstånd även om hennes identitet inte var styrkt.”²⁹⁴ MiÖD undanröjde emellertid MD:s beslut och skickade målet åter till MD för vidare handläggning eftersom MD inte utrett frågan om anknytningspersonen hade styrkt sin behörighet som ställföreträdare för barnet eller om hon i stället hade fullmakt från behörig ställföreträdare vilken tillät henne att föra barnets talan.

293 Migrationsverket RCI 03/2010, s. 5. Upphävt genom Migrationsverket RCI 16/2011

294 Migrationsverkets rätts- och landinformationssystem databas. Dokumentnr: Lifos 26020. Tillgängligt via <http://lifos.migrationsverket.se>

För att återgå till rättschefens uttalande, så innebär att styrka ställföreträdarskap att även styrka sin identitet. Vi har alltså en person, som inte är den sökande, vars identitet blir utslagsgivande för den sökandes process. Således kan konstateras att personkretsen för vilken kravet på *styrkt identitet* ställs upp *utvidgas till att omfatta även den legala vårdnadshavaren* såsom ställföreträdare.

6. En problematisering av beviskravet för identitet

”Kan jag visa att jag är jag utan pass?”

En av förvaltningsprocessens funktioner är att betrygga en rättssäker och effektiv prövning.²⁹⁵ En av de mest grundläggande kriterierna för att garantera en rättssäker process är rätten till en rättvis prövning, där det föreligger en reell möjlighet att åtnjuta de rättigheter som tillkommer en person genom svensk lag. Som beskrivits i uppsatsens inledning, är det just denna reella möjlighet som enligt gällande rätt inte existerar i förhållande till alla grupper människor som önskar ansöka om uppehållstillstånd på grund av anknytning. Här nedan följer en problematisering av beviskravet för identitet i anknytningsärenden, där första steget utgörs av att sätta det i relation till uppdelningen *före* och *efter* inresa. Härfter berörs passkravets täta koppling till och inverkan på beviskravet och domstolens bevisvärdering för till sist söka förklara varför problematiken uppkommit.

6.1 Differentiering av beviskravet vid Sveriges gräns

Efter en genomgång av beviskravet för identitet *de lege lata*, framgår det att beviskravet tillåts variera beroende av om ansökan hänför sig till

- 1) uppehållstillstånd på grund av skyddsbehov (sannolik) eller anknytning (huvudregel klarlagd/styrkt),
- 2) anknytning *före* (klarlagd/styrkt) eller *efter* inresa i Sverige (klarlagd/styrkt, eller i undantagsfall sannolik *efter* inresa), eller
- 3) anknytning där permanent uppehållstillstånd kan komma i fråga (klarlagd/styrkt, eller i undantagsfall sannolik *efter* inresa) eller där endast tidsbegränsat uppehållstillstånd kan bli aktuellt (klarlagd/styrkt, eller i undantagsfall sannolik +

²⁹⁵ Se kapitel 3

absolut passkrav *före* inresa)

Hur kan det differentierade beviskravet förklaras? För att gå tillbaka till vad som uttalas i relation till utredningsansvaret i förvaltningsprocessen och dess koppling till beviskravets höjd, kan sägas att det höga beviskravet för identitet *före* inresa inte stämmer med de generella antaganden som gjorts i doktrin, där det förmodade normalkravet för bevisning fastställts till *sannolikt* i förvaltningsmål. Det höga beviskravet för identitet får ses som ett uttryck för att lagstiftaren och rättstillämparen anser att en klar identitet är en ömtålig fråga av stor vikt.²⁹⁶ Varför så är fallet kan förklaras utifrån att lagstiftaren alljämt betonar vikten av gränskontroll och reglerad invandring gentemot sökande som befinner sig utanför Sverige.

Utifrån uppräknningen ovan går det således att dra en skiljelinje för beviskravets styrka där Sveriges yttre gränser går. Förarbetsuttalandet ”en annan omständighet som kan föreligga när en ansökan prövas efter inresan men knappast när prövningen görs före inresan är att sökandens identitet är oklar”²⁹⁷, ligger i riktningen att uppfatta som att någon annan ordning än en klarlagd identitet för lagstiftaren inte är tänkbar och att differentieringen av beviskravet inte främst är beroende av vilken grund som åberopas för uppehållstillstånd, utan snarare av den geografiska plats som ansökan inlämnas från. I ärenden om uppehållstillstånd som ska beviljas före inresa i Sverige, får identiteten – förutom att vara relevant för prövningen av anknytning – en funktion som ”passerkort” genom gränskontrollen som uppställs och tjänar således ett större, övergripande, syfte. En direkt följd av detta är att rätten till familjeåterförening blir åsidosatt för de fall sökande befinner sig utomlands och inte kan styrka sin identitet. Att göra beviskravets höjd – och härmed även bedömningen av identiteten – beroende av geografisk lokalisering ter sig härmed som högst problematisk ur ett rättighetsperspektiv.

6.2 Styrkt identitet och passkrav – legal bevisprövning?

En utländsk medborgares identitet är tätt förknippad med passkravet som kommer till uttryck i 2 kap 1§ UtL. Den utländska medborgarens identitet uppträder även upprepade gånger i relation till reglerna om gränskontroll – i form av att bekräfta någons identitet genom att kontrollera passhandlingar, eller utföra kontroll- och eftersökningsåtgärder för det fall personens saknar identitetshandlingar vid gränsen.²⁹⁸

²⁹⁶ SOU 2006:6, s. 206 f

²⁹⁷ Prop. 1999/2000:43, s. 58

²⁹⁸ Se exempelvis 9 kap 2 och 8 § UtL som ger polismyndigheten befogenhet att bland annat kroppsvisitera och fotografera en utländsk medborgare

I relation till kravet på klarlagd identitet, har passet en dubbel funktion. Passet utgör i de flesta fall det naturliga sättet för en person att styrka sin identitet.²⁹⁹ MIV:s rättschef uttalar att sökanden vid identitetsbedömning som huvudregel ska uppvisa sitt hemlandspass i original för att styrka sin identitet.³⁰⁰ Följaktligen finns fog för att beskriva innehavet av ett pass som en presumtion för styrkt identitet.³⁰¹ Bevismedlet pass utgör *också* ett eliminationsbevis för bevismat identitet i anknytningsärenden som avgörs före inresa enligt huvudregeln i 5 kap 18 § UtL eftersom förekomsten av ett pass gör att bevismat *identitet* är bevisat. Mot bakgrund härav skulle det kunna vara en rimlig slutsats att dra att innehav av pass är en absolut förutsättning, ett *exklusivt* bevis, för att en sökande ska kunna klarlägga sin identitet. Trots att det inte går att dra någon sådan förenklad slutsats, så pekar den på en mycket viktig fråga vars svar har bäring för den problematik vari denna uppsats grundar sig: Har lagstiftaren och rättstillämparen genom passkravet *uppställt kriterier för vad som krävs i form av bevisning för att en klarlagd identitet ska anses föreligga, det vill säga förtydligar hur domstolens bevisvärdering ska gå till?* Den allra mest grundläggande principen för svensk bevisrätt – oavsett processtyp – är fri bevisprövning. Kan uttalandena att pass är det naturliga sättet att visa och utgångspunkten för en klarlagd identitet tolkas som en begränsning av den fria bevisprövningen – kanske rent utav en återgång till legal bevisprövning? – vilken omöjliggör att styrka identitet utan ett pass?

6.2.1 Kriterier för bevisvärderingen en form av legal bevisprövning?

I förhållande till straffprocessen och två uppmärksammade rättsfall beträffande bevisvärderingen i sexualbrottsmål³⁰², där HD tydligt uppställer kriterier för när en utsaga ska anses bevisa rättsfaktum i tillräcklig utsträckning, ställde sig Lindell samma fråga. Han menar att det är fråga om ”en legal uppräkningslista av omständigheter som gör beviset tillräckligt starkt för en fällande dom” och drar sedan slutsatsen att ”det är enligt min mening svårt att uppfatta detta som något annat än legala krav på bevisningen, förestavade i rättssäkerhetens intresse”.³⁰³ Dock avslutar författaren sitt resonemang med ett ställningstagande om att den ordning som av domstolen uppställt trots allt inte är orimlig, mot bakgrund av frågan om den *fria* bevisvärderingen egentligen innebär:

299 Migrationsverket RCI 16/2011, s. 8

300 Migrationsverket RCI 16/2011, s. 10 där rättschefen gör en jämförelse med vad som i Prop. 1997/98:178, vilken behandlar medborgarskap och identitet, är uttalat om identitet och pass i praxis från UN och SIV.

301 Passinnehav är en *presumerande omständighet* och klarlagd identitet det *presumerade*.

302 NJA 1993 s. 616 och NJA 1991 s. 83

303 Lindell, B (2005), s. 415 f. Lindell menar att det går att fastställa att det rör sig om legala krav genom att det för kriterierna som uppställts går att ställa tolkningsfrågor till olika tillämpningsproblem som står att finna i kriterierna. Dessa är *rättsfrågor* och inte sakfrågor, vilka normalt sett ska vara bevisvärderingens uppgift att besvara/ta ställning till.

Innebär det faktum att krav uppställs att bevisvärderingen inte kan sägas vara fri? /.../ Vad HD har gjort är att ange nivån för beviskravet, vilket otvivelaktigt är en rättsfråga. Men i och med att denna nivå angetts och inte kan anges på annat sätt än genom att det ställs krav på bevisningen och dess innehåll, sammanfaller beviskravet med ett krav på bevisinnehållet, vilket gör att värderingen av bevisningen därvid inte kan bli helt fri. Men i själva verket kan bevisvärderingen aldrig bli helt fri, principen om fri bevisvärdering innebär egentligen bara att *lagen* inte längre föreskriver hur bevis skall värderas. För egen del tycker jag det är välkommet med avgöranden som rör bevisvärdering och beviskrav och som anger vissa kriterier för bedömningen. Baksidan av frihet vid bevisvärderingen är nämligen godtycke och ju allvarliga frågor som skall bedömas desto svårare konsekvenser kan detta godtycke få. Friheten vid bevisvärderingen torde efter de avgöranden som HD gett i brottmål vara något större i tvistemål, men där riskerar friheten inte att göra lika stor skada.³⁰⁴

Ett liknande resonemang hittas inom förvaltningsprocessrätten i relation till sjukintygets betydelse för rätten till sjukersättning. Sjukintyget intar en ställning som snudd på exklusivt bevis för att styrka rätt till sjukförsäkring, men har ofta inte getts något mer betydande bevisvärde av förvaltningsdomstolarna än försäkringsläkarens utlåtande – detta trots att det senare baseras på andra intyg.³⁰⁵

Låt oss så utforska hur ett sådant resonemang står sig i förhållande till beviskravet för identitet: Vid första anblick skulle passet som förutsättning för en klarlagd identitet kunna tolkas som att lagstiftaren och rättstillämparen har angett ett kriterium för när identiteten kan anses klarlagd och att passet härvid får ställning inte bara som eliminationsbevis, utan även som ett exklusivt bevis för att styrka identitet.³⁰⁶ Beviskravet kan i sådant fall ses som ett uttryck för kriteriet ”hemlandspass” som ska vara uppfyllt vid bevisvärderingen för att rättsföljden uppehållstillstånd ska träda in. Beviskravet för identitet, passkravet och bevisvärderingen flyter då samman. Emellertid är inte detta fallet. Både MiÖD och MIV är i praxis och rättsliga ställningstaganden tydliga med att påtala att passkravet inte i sig är absolut för att en sökande ska kunna styrka sin identitet. I MIG 2011:11 uttalar MiÖD att det inte är ”nödvändigt” att sökanden klarlägger sin identitet genom uppvisande av ett pass, utan att ”även andra bevis för identiteten kan vara tillräckliga. Detta får bedömas från fall till fall enligt principen om fri bevisprövning.” I sin redogörelse av gällande rätt påpekar domstolen även att Socialförsäkringsutskottet uttalat att identiteten kan styrkas även på annat sätt än genom att uppvisa pass.³⁰⁷ Inför familjeåterföreningsdirektivets införlivande i svensk rätt uttalades i regeringens proposition att det ”i första hand är det skriftlig dokumentation, såsom födelseattester, personbevis eller ID-handlingar” som utgör grunden för bedömningen.³⁰⁸ I MIV:s nu gällande

304 Lindell, B (2005), s. 416 f. Jämför även Lindell, B (2003), s. 509

305 Mannelqvist, R (2010), Läkarintyg som bevis i förvaltningsprocessen i FT 2010 häfte 2, s. 141

306 Jämför Leidhammar, B (1995), Bevisprövning i taxeringsmål, s 59. Dock får ett exklusivt bevismedel, för att vara korrekt, tolkas som när det i lag är uppställt att en viss typ av bevis måste företes för att rättsfaktum ska anses föreligga.

307 MIG 2011:11 och 2009/10:SfU18, s. 10 f

308 Prop. 2005/06:72, s. 72

rättsliga ställningstagande om identitet och passkrav, vilket fungerar som rättslig styrning för MIV:s kommande bedömningar, står även att

Det är den sökande som ska klarlägga sin identitet, men det är inte alltid nödvändigt att detta sker genom att personen visar pass. Identiteten kan, utifrån principen om fri bevisföring, *undantagsvis klarläggas* [min kursivering] med hjälp av andra handlingar och vittnesuppgifter från nära anhöriga i Sverige. Andra exempel på handlingar som visas i syfte att klarlägga identiteten är laissez passer, utländska främlingspass och resedokument, inrikespass, identitetskort av olika slag, födelseattester, medborgarskapsbevis, militärböcker, körkort, betyg, vigselbevis, bankböcker och sjömansböcker förutsatt att personuppgifterna i dessa har kontrollerats på ett tillfredsställande sätt och det inte finns anledning att tvivla på dokumentets äkthet. Det *krävs* då att det i ärendet, utöver de åberopade handlingarna, *föreligger ytterligare omständigheter som ger ett starkt och otvetydigt stöd* för den av sökanden uppgivna identiteten. Dessa handlingar är *således inte ensamma tillräckliga men de kan, som en del av en samlad bedömning, anses godtagbara.*

I denna del har Migrationsöverdomstolen bl.a. uttalat att handlingen *inte* får vara av alltför *enkel beskaffenhet* oavsett vilket ursprungsland handlingen härrör från. Emellertid ställs mindre långtgående krav på den rent tekniska utformningen av en handling som utfärdats i ett utvecklingsland jämfört med vad som gäller för handlingar som utfärdas i t.ex. Västeuropa (se MIG 2010:17).³⁰⁹

Slutsatsen av dessa uttalanden är att innehav av hemlandspass inte är den enda möjligheten för en person att styrka sin identitet. MIV innehar dessutom, som redan påtalats, kompetens att meddela vilka handlingar som gäller såsom pass och för Sverige godtagbara identitetshandlingar och därmed generellt underkänna en typ av identitetshandling på grund av dess enkla beskaffenhet eller att den är lätt att förfalska. MIV har som sagt utnyttjat denna kompetens bland annat i förhållande till Somalia, Afghanistan och Irak.³¹⁰ Innehav av en i sig giltig passhandling behöver därför inte nödvändigtvis vara nog för en sökande att styrka sin identitet.³¹¹ Genom MIV:s uttryck att det endast undantagsvis går att klarlägga identitet på annat sätt än genom uppvisande av pass *kan konstateras att* det genom ett tungt fokus på innehav av pass i ärenden om uppehållstillstånd finns en otillbörlig koppling mellan det i UtIL uppställda passkravet och kravet på styrkt identitet. Eftersom inresa till Sverige kräver pass (men inte vistelse i landet), är det synnerligen lätt att blanda in detta faktum i bedömningen av huruvida identiteten är styrkt eller inte. MiÖD har i MIG 2011:11 härlett beviskravet för identitet som klarlagt indirekt från passkravet i 2 kap 1 § UtIL och därmed knutit innehavet av ett pass och förutsättningen för att beviljas uppehållstillstånd på grund av anknytning före inresa i Sverige allt närmare varandra.

309 Migrationsverket RCI 16/2011, s. 10. Kursiveringarna mina egna.

310 Se exempelvis MIGRFS 01/2010 (Irak) och MIG RFS 06/2006 (Afghanistan)

311 Se Prop. 1997/98:178 där det uttalas att ” Som riktmärke gäller att handlingarna skall vara tillförlitliga och utfärdade på ett ur identitetssynpunkt tillfredsställande sätt. Härav följer bl.a. att handlingen inte får vara av alltför enkel beskaffenhet. I princip är kravnivån avseende bevisningen densamma oavsett vilket ursprungsland handlingarna härrör från. Emellertid ställs mindre långtgående krav på den rent tekniska utformningen av en handling som utfärdats i ett utvecklingsland jämfört med vad som gäller för handlingar som utfärdats i t.ex. Västeuropa”

Trots att passet formellt sett inte kan anses vara exklusivt bevis för en sökande att styrka sin identitet, kvarstår det faktum att passkravet har en central betydelse för huruvida beviskravet kan anses vara mött eller inte. Detta mot bakgrund av frågan om det kan tänka sig att rättsskiparen och rättstillämparen fortfarande stipulerat kriterier för bevisvärderingen, genom bestämmelserna om att övriga identitetshandlingar inte får vara av *alltför enkel beskaffenhet* eller vara av sådant utförande att dess *äkthet* kan ifrågasättas. Härmed kan fyra olika sätt för en sökande att potentiellt klarlägga sin identitet urskiljas:

- 1) Uppvisande av en giltig passhandling godtagen av Sverige, vars äkthet inte kan ifrågasättas
- 2) Andra identitetshandlingar under förutsättning att de inte är av alltför enkel beskaffenhet och att deras äkthet inte kan ifrågasättas.
- 3) Genom var för sig otillräckliga handlingar tillsammans med ”ytterligare omständigheter som ger ett starkt och otvetydigt stöd för den av sökanden uppgivna identiteten”³¹²
- 4) Uppgifter från nära anhöriga under förutsättningarna att parterna levt tillsammans innan de anlände till Sverige under så pass lång tid att ”han eller hon därigenom med tillräcklig säkerhet kan uttala sig om den andres identitet.”³¹³

Konsekvensen av att en identitetshandling bedöms vara av alltför enkel beskaffenhet eller att dess äkthet kan ifrågasättas är att den inte tillmäts något större bevisvärde vid domstolens prövning. För att få någon ledning för vad som kan betraktas som handlingar av för enkel beskaffenhet, presenterar jag här ett urdrag ur MIG 2010:17³¹⁴, där domstolen gick igenom varje bevismedel för sig och uttalade sig om dess beskaffenhet:

Migrationsöverdomstolen konstaterar inledningsvis att det av Migrationsverkets handlingar i målet framgår att A då han som asylsökande hördes av verket den 14 augusti 2003 uppgav sig heta /---/ och vara född 1973. Hans fars namn uppgavs vara /.../ och hans mors /.../ /.../

Migrationsöverdomstolen har låtit översätta följande av A:s ingivna dokument, nämligen medborgarskapsbevis, identitetskort och militärtjänstgöringsbok. Medborgarskapsbeviset och militärtjänstgöringsboken är utfärdade i namnet /---/ och identitetskortet i namnet /---/. I medborgarskapsbeviset finns föräldrarnas namn antecknade som /---/ och /.../. I militärtjänstgöringsboken står endast moderns namn, nämligen /---/. På identitetskortet finns också faderns och farfaderns namn med, /---/, samt moderns och morfaderns namn, /---/. I alla tre dokumenten är födelseåret 1973 och födelseorten Bagdad angivna. Migrationsöverdomstolen kommer i

312 MIG 2010:17 som förvisso gällde medborgarskap men som anses ha bäring även i ärenden om uppehållstillstånd, Migrationsverket RCI 16/2011, s. 4

313 MIG 2010:17 och Migrationsverket RCI 16/2011, s. 4

314 Trots att rättsfallet behandlar medborgarskap – inte uppehållstillstånd – så har slutsatserna bäring även på det område som här undersöks.

det följande att bedöma de enskilda handlingar som A åberopat till styrkande av sin identitet.

1. Passet

A har gett in ett utgången irakiskt hemlandspass i serie S. Handlingen är utfärdad den 8 november 2005 i identiteten /---/, född i Bagdad år 1973. Enligt A erhöll han detta pass vid ett personligt besök hos Iraks ambassad i Stockholm och det utfärdades med stöd av de identitetshandlingar som åberopas i detta mål. A har inte lämnat någon förklaring till att efternamnet i passet angetts till /---/ vilket namn inte förekommer i någon av de handlingar som han uppger att ambassaden haft som underlag vid passets utfärdande, förutom i det intyg angående hans identitet ("certificate of identity") ambassaden utfärdat den 23 augusti 2005.

Migrationsverket har i det överklagade beslutet anfört som skäl för att inte godta pass i serie S att dessa är lätta att förfälska och ofta utfärdade på bristfälligt underlag, vilket påverkar deras bevisvärde negativt. Verket har i sammanhanget hänvisat till de vid tidpunkten för beslutet gällande föreskrifterna angående irakiska pass, MIGRFS 05/2007, av vilka det framgår att endast irakiska pass i serie G godtas för inresa i Sverige. Migrationsverket har vidare anfört att det av passet brukar framgå vilka handlingar som visats upp i samband med utfärdandet. Verket har funnit att det inte finns några sådana uppgifter i A:s pass.

Migrationsverket har den 8 december 2009, med stöd av regeringens bemyndigande i 2 kap. 22 § utlänningsförordningen (2006:97), beslutat om nya föreskrifter angående irakiska pass, MIGRFS 01/2010. Enligt dessa föreskrifter är irakiska pass av serie A och G godkända som resehandlingar. Irakiska diplomatpass av serie D och S samt tjänstepass av serie E och S är också godkända som resehandlingar. Innebörden av föreskrifterna är att andra resehandlingar än de angivna i princip inte heller godtas av Migrationsverket till styrkande av identiteten i medborgarskapsärenden.

Som Migrationsöverdomstolen anmärkt i det föregående överensstämmer inte efternamnet i passet med det som finns i de översatta identitetshandlingarna, nämligen medborgarskapsbeviset, identitetskortet, körkortet och militärtjänstgöringsboken. Dessa handlingar är dessutom enligt sina lydelse utfärdade vid en tidpunkt då A av allt att döma ännu inte lämnat Irak. Migrationsöverdomstolen bedömer därför att det råder tveksamhet kring uppgifterna i passet. Tveksamheten gäller även det förhållandet att handlingen ingår i serie S. Migrationsöverdomstolen finner att passet inte kan tillmätas sådant bevisvärde att det styrker A:s identitet.

2. Övriga identitetshandlingar

För att styrka sin identitet har A, förutom passet, åberopat ett irakiskt identitetskort, körkort och medborgarskapsbevis, vilka företetts i original, samt kopia av sin militärtjänstgöringsbok. Migrationsöverdomstolen konstaterar att dessa handlingar är av enkel beskaffenhet och saknar kontrollerbara dokumentssäkringar. De är därför inte av det slaget att de kan anses styrka hans identitet.

Som framgått ovan har A vidare gett in ett identitetsintyg från Iraks ambassad i Stockholm. Ett sådant intyg utfärdat av en utländsk beskickning här i Sverige skulle enligt Migrationsöverdomstolens mening kunna tillmätas ett visst bevisvärde vid identitetsbedömningen under förutsättning att det skett en tillfredsställande kontroll av identiteten innan intyget utfärdades. Det framgår emellertid inte vilket underlag som ambassaden haft vid utfärdandet av intyget. Dess innehåll tyder snarare på att det utfärdats utan någon närmare kontroll. Efter utrymmet i handlingen för vardera "ID nr", "Passport nr" och "Military book nr" står nämligen endast ordet "None".

A har slutligen, enligt vad som framgår av Migrationsverkets beslut, åberopat ett svenskt identitetskort. Detta är emellertid en handling som inte har utfärdats av en myndighet i hans hemland och den kan därför i det nu aktuella sammanhanget inte tillmätas något bevisvärde.

3. Intyg från olika personer

A hävdar att dels hans hustru, dels ett antal andra personer här i Sverige, kan styrka hans identitet. Något intyg från hustrun har emellertid inte getts in. Trots detta finner Migrationsöverdomstolen anledning att konstatera att det normalt krävs för att en person i ett medborgarskapsärende ska anses ha styrkt sin identitet genom en makes intygande att parterna redan innan de kom till Sverige levit tillsammans under sådana förhållanden och sådan tidsrymd att han eller hon därigenom med tillräcklig säkerhet kan uttala sig om den andres identitet. A beviljades permanent uppehållstillstånd i Sverige den 14 december 2007 grundat på anknytning till hustrun. Hon är född här i landet. Eftersom de inte sammanlevt innan A kom till Sverige kan hans hustru inte under några förhållanden styrka hans identitet i det här sammanhanget. Vad gäller de åberopade och ingivna intygen från olika andra personer har dessa inte närmare förklarat hur de känner A eller hur de har kunskap om hans identitet. Intygen kan därför inte tillmätas någon

avgörande betydelse i identitetsfrågan.

4. Övriga ingivna handlingar

De handlingar som i övrigt har getts in till Migrationsöverdomstolen är inte av den karaktären att de kan styrka A:s identitet.

Sammanfattningsvis finner Migrationsöverdomstolen att ingen av de handlingar A åberopat är av det slaget att den på egen hand styrker hans identitet. Inte heller kan handlingarna sammantagna anses styrka hans identitet i enlighet med 11 § 1 medborgarskapslagen. Det saknas vidare möjlighet att tillämpa dispensregeln i 12 § samma lag i A:s fall av det skälet att han inte har haft hemvist i Sverige sedan minst åtta år. Överklagandet ska därför avslås.

MiÖD har genom sin dom givit förtydliganden om vad som krävs för att identitetshandlingar inte ska anses vara av för enkel beskaffenhet, det vill säga uppställt kriterier för bevisningen. Uppställningen, tillsammans med pass som presumtion för en klarlagd identitet, skulle kunna ses som en sådan "legal uppräknig av omständigheter" som Lindell menar pekar på i förhållande till rättsfallen från HD. Stöd för en sådan tolkning hittas hos Diesen, som menar att det inom förvaltningsrätten finns avgöranden från Regeringsrätten, RegR, där domstolen verkar förestava ett slags legal bevisprövning. Författaren menar att det beror av bristen på en tydlig bevispraxis i förhållande till olika förvaltningsrättsliga måltyper.³¹⁵ Stöd för antagandet hittas även i studiet av sjukintygets betydelse för rätten till sjukersättning, då lagstiftaren generellt uttalat sig om vad ett sjukintyg bör innehålla, att det är Försäkringskassan som utformat innehållet i de blanketter som behandlande läkare ska använda sig av när de skriver läkarintyg samt att Socialstyrelsen utarbetat normativa beslutsstöd med riktlinjer för bedömningen av arbetsförmåga.³¹⁶

6.2.2 *Konsekvenser av legal uppräknig av kriterier för när identiteten ska anses styrkt*

Till skillnad mot Lindells välkomnande av kriterier för när beviskravet ska anses vara uppnått, ställer jag mig tveksam till att anta samma attityd i ärenden om uppehållstillstånd på grund av anknytning. Förutom en tydlig presumtion för klarlagd identitet vid innehav av hemlandspass, så är utrymmet för att presentera annan bevisning för identiteten väsentligt avskuret mot bakgrund av att de många gånger bedöms som varande av för enkel beskaffenhet. Det synes mig som att innebörden av fri bevisprövning i detta sammanhang har blivit förminskad till att innebära att den sökande förvisso har rätt till fri bevisföring, men att den fria bevisvärderingen är begränsad av en alltför snäv praxis för vilka bevismedel som kan anses ha tillräckligt bevisvärde i förhållande till det uppställda beviskravet. Kriterierna eliminerar snabbt möjligheterna att kunna anföra några dugliga bevismedel alls för att styrka identiteten för den grupp sökande som inte har tillgång till ett hemlandspass. Denna ordning är högst problematisk ur ett rättssäkerhetsperspektiv.

315 Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 22

316 Mannerqvist, R (2010), s. 140 f

Redan under verksamhetsåret 1999/2000 uppmärksammandes genom en riksdagens motion, i förhållande till möjligheter att bevilja uppehållstillstånd på grund av anknytning efter inresa, det faktum att ett krav på styrkt/klarlagd identitet kan verka diskriminerande på vissa folkgrupper som inte har möjlighet att styrka sin identitet på ett för Sverige godtagbart sätt. Dock avstyrktes motionen i Socialförsäkringsutskottet som i stället gick på regeringens linje.³¹⁷ Vid införandet av DNA-analys i ärenden om familjeåterförening uttalade utredningen även följande:

För att en ansökan om familjeåterförening skall beviljas krävs bl.a. att sökandens identitet är fastställd och att det påstådda släktskapsförhållandet mellan sökanden och anknytningspersonen i Sverige är styrkt. Detta kan ske genom företeende av olika handlingar såsom födelseattester, personbevis och ID-kort. I vissa fall kan det emellertid på grund av förhållandena i sökandens hemland vara omöjligt att skaffa sådana handlingar, i vart fall med äkthetsvärde. Detta gäller t.ex. Irak, Afghanistan och Somalia. Vad som då står till buds är sökandens och anknytningspersonens egna uppgifter, uppgifter från tidigare ansökningar och referensdossierer. Om utredningen inte kan anses tillräcklig avslås ansökan om familjeåterförening.³¹⁸

I ett samarbete mellan UNHCR och MIV, där den förra fått uppgift att granska MIV:s beslut och utredningar om internationellt skydd, bekräftar UNHCR – åtminstone i förhållande till asylärenden – bilden av att förvaltningsmyndigheten ofta hemfaller åt att ge den sökandes dokumentation mycket lågt eller inget bevisvärde på grund av deras enkla beskaffenhet.³¹⁹ På MIV:s hemsida, i information om beviskrav för identitet i anknytningsärenden markeras till och med att alla identitetshandlingar *och* ”andra dokument” från Somalia har ett väldigt lågt bevisvärde i MIV:s prövning av identiteten. Identitetshandlingar utfärdade i tredje länder samt vittnesintyg från nära släktingar lyfts fram som alternativ för att styrka identiteten.³²⁰ Precis som behandlats i inledningen till uppsatsen, och som MIV:s information tyder på, begränsas – och i många fall omöjliggörs – rätten till familjeåterförening för de personer som kommer från länder där behöriga myndigheter inte finns som kan ställa ut giltiga pass- och identitetshandlingar av inte alltför enkel beskaffenhet.

Begränsningen ligger alltså i att det inte finns några bevismedel som med tillräcklig styrka enligt nuvarande praxis kan visa på den sökandes identitet. För denna grupp personer förminskas möjligheten till familjeåterförening så pass att det blir relevant att tala om en illusorisk rätt till familjeåterförening. Måhända går inte att tala om en återgång till legal bevisprövning i dess traditionella bemärkelse, men i och med den starka presumptionen för klarlagd identitet genom hemlandspass och få andra möjligheter att styrka identiteten för denna grupp, finns anledning anta

317 1999/2000:SfU9, s. 24 f

318SOU 2002:13, s. 211

319UNHCR och Migrationsverket (2011), Kvalitet i svensk asylprövning – en studie av Migrationsverkets av och beslut om internationellt skydd, s. 177 f. Det ska dock tilläggas att det här handlar om dokumentation att visa på skyddsbehov, men fyndet torde ha relevans även för bedömningen av identitetshandlingar då det kan tänkas att dessa behandlas på ett liknande sätt.

320 <http://www.migrationsverket.se/info/2650.html>

att de kriterier som är fastställda för bevisvärderingen gör att den inte blir fri i den bemärkelse som skulle vara önskvärd för att undvika obstruktion av rätten till familjeåterförening. Vi kan så tala om ett indirekt passkrav för uppehållstillstånd. Denna ordning är högst rättsosäker och riskerar att minska legitimiteten för migrationsprocessen.

I anknytningsärenden där barn är sökande är resultatet av tillämpningen av beviskravet och passkravet extra kännbart, eftersom personkretsen som omfattas av kravet på en klarlagd identitet är utvidgad till att även omfatta den vuxna ställföreträdaren. Resultatet om någon av barn respektive ställföreträdare inte kan styrka sin identitet eller rätt, är att ansökan inte kan prövas utan istället avvisas. En stor skillnad gentemot övriga anknytningsärenden, där prövningen i alla fall tas upp i sak. Mot bakgrund av att barnets bästa i utlänningslagstiftningen lyfts fram och ska beaktas i alla typer av utlänningsärenden, samt att lagstiftaren nyligen infört nya regler för att för barns skull underlätta familjeåterförening i Sverige, är uppfattningen att lagstiftaren vill prioritera barnens rätt till familjeåterförening. Härav ter sig nuvarande ordning som stående helt i strid med uttalade mål och syften från lagstiftarens sida.

I ärenden där endast tidsbegränsat uppehållstillstånd kan bli aktuellt behandlas istället passkravet som en *förutsättning* för att uppehållstillstånd ska kunna beviljas. Detta krav härleds inte endast ur det generella passkravet i 2 kap 1 § UtL, utan även från 4 kap 23 § UtF. Här ändrar passkravet karaktär och går från att i alla andra ärenden om uppehållstillstånd vara bevismedel till att vara ett av lagstiftaren och rättstillämparen fastställt *processförutsättning*. Det går således inte att kritisera den annorlunda behandlingen av tidsbegränsade uppehållstillstånd utifrån samma resonemang som förts ovan, eftersom passkravet här inte i första hand är en del av bedömningen av identitet. Konsekvensen är dock densamma som ovan beskrivits och slår än hårdare i dessa fall: avsaknaden av en giltig passhandling leder oundvikligen till att uppehållstillstånd inte kan beviljas för det fall sökanden befinner sig utanför Sverige.

Utifrån ovanstående beskrivning av bevisläget för identitet, finns det även anledning att fundera vidare på innebörden av just *styrkt/klarlagd*. I framställningen har hävdats att beviskravsnivån torde ligga på en procentuell nivå omkring 90 % säkerhet i ärenden om uppehållstillstånd i enlighet med den semantiska tilldelningen i den bevisrättsliga doktrinen. Att uttrycket ska tolkas som väsentligt högre än *sannolikt* framkommer i MIV:s rättsliga ställningstagande.³²¹ Dock kan det vara vanskligt att på

321 Migrationsverket RCI 16/2011, s. 3

förhand säga att uttrycken ges samma motsvarighet i realiteten vid domstolarnas tillämpning.³²² I Lagerqvist Veloz Rocas artikel ifrågasätts om de krav som ställs upp i medborgarskapslagstiftningen och i Skatteverkets föreskrifter för utfärdande av identitetshandlingar för att identiteten ska anses vara styrkt i själva verket ligger på en högre beviskravnivå närmare *utom rimligt tvivel*.³²³

Jag skulle vilja överföra denna fundering på beviskravet för identitet i anknytningsärenden, om inte det indirekta passkravet i kombination med äkthets- och beskaffenhetskrav kan åsyfta en högre grad av säkerhet och sannolikhet än 90 %. I brottmål innebär *utom rimligt tvivel* att domstolen ska ha eliminerat alla tänkbara friande hypoteser får att kunna fälla den åtalade till ansvar. I anknytningsärenden skulle man kunna se beviskravet i kombination med passkravet som att det krävs att den sökandes identitet är känd och inte går att betvivla. Enligt min mening är följaktligen utrymmet för ”alternativa hypoteser” obefintligt. I brottmål tjänar det högt ställda beviskravet syftet att försäkra en hög grad av rättssäkerhet för den anklagade och motverka att oskyldiga döms för brott. I ett ärende om uppehållstillstånd riskerar emellertid effekten att bli den motsatta: det kan tänkas att ett för högt ställt beviskrav för identitet, där möjligheten att identifiera sig är illusorisk, kan minska utrymmet för att avgöra ärendet/målet på ett materiellt korrekt sätt och därmed till minskad processuell rättssäkerhet. Ett för högt ställt beviskrav riskerar så att säga att ligga i farans riktning.

6. 3 Avsaknad av prövning av främlingspass förstärker passets absoluta ställning

I ett försök att hitta en lösning på konflikten som uppkommit mellan ett absolut passkrav vid snabba anknytningar och rätten till familjeåterförening, har MD i MIG 2009:25 och UM 1014-09 sökt angripa den svenska passregleringen på EU-rättslig grund. Grunden för detta ifrågasättande av svensk rätt är inte enbart bestämmelserna om passkrav i 2 kap 1 § UtlL och 4 kap 23 § UtlF, utan även utformningen av reglerna om främlingspass. I MIG 2009:25 åsidosatte MD passkravet i 2 kap 1 § UtlL samt bestämmelsen i 4 kap 23 § UtlF till förmån för EU-rätten och familjeåterföreningsdirektivets krav i artikel 18 om att en sökande har rätt till överprövning av avslag på sin ansökan. Angående främlingspass uttalade domstolen att

Enligt 2 kap. 4 § jämte 2 kap. 1 § utlänningslagen ska en utlänningspass som reser in i eller vistas i Sverige ha pass. A saknar giltigt pass och torde knappast ha förutsättningar att kunna skaffa en somalisk passhandling som skulle godtas av svenska myndigheter. I en sådan situation finns det enligt 2 kap. 12 § utlänningsförordningen (2006:97) möjlighet för Migrationsverket att bevilja främlingspass. Av 8 kap. 11 § utlänningsförordningen följer emellertid att Migrationsverkets beslut beträffande främlingspass inte är överklagbara. Migrationsdomstolen har därmed inte möjlighet att i anslutning till behandlingen av frågan om uppehållstillstånd även pröva om det finns förutsättningar att utfärda främlingspass för den avsedda tillståndstiden. Det innebär att migrationsdomstolen med stöd av svensk lagstiftning inte har

322 Leidhammar, B (1995), s. 81

323 Lagerqvist Veloz Roca, A (2010), s. 395

förutsättningar att bevilja A något tidsbegränsat uppehållstillstånd.

MD utfärdade ett tidsbegränsat uppehållstillstånd till den somaliska sökanden trots att han saknade pass. MD uttalade att ”svensk utlänningslagstiftning, såsom den är utformad i fråga om passkrav och regler om främlingspass, är oförenlig med familjeåterföreningsdirektivet”.³²⁴ Den sökande belyser vari problematiken ligger i sitt anförande efter MIV:s överklagande:

för det fall Migrationsverkets tolkning skulle utgöra gällande rätt innebär det att en eninstansprövning i praktiken skulle gälla för somaliska medborgare som ansökt om uppehållstillstånd på grund av anknytning, eftersom det i Somalia ostridigt saknas myndigheter som kan utfärda pass eller andra godtagbara identitetshandlingar. Detta vore naturligtvis rättsvidrigt.

Ett liknande resonemang återkommer i UM 1014-09 där MD dels fann att passkravet strider mot familjeåterföreningsdirektivet³²⁵, dels uttalande sig angående konsekvenserna av att passkravet tillsammans med reglerna om främlingspass avskär möjligheten att få ett tidsbegränsat uppehållstillstånd:

Konsekvenserna av det svenska kravet på giltigt pass för att få ett tidsbegränsat uppehållstillstånd i kombination med det förhållande att ingen svensk myndighet utöver Migrationsverket kan bevilja främlingspass och att verkets beslut i en sådan fråga inte går att överklaga, blir att migrationsdomstolen skulle vara förhindrad att ändra ett överklagat beslut i syfte att bevilja ett tidsbegränsat uppehållstillstånd om klaganden saknar giltig passhandling. Detta alldeles oavsett om sökanden i övrigt uppfyller förutsättningarna för att få uppehållstillstånd baserad på sin rätt till familjeåterförening enligt svensk lagstiftning och gemenskapsrätten. Ett passkrav som inte kan åtgärdas i anslutning till prövningen av frågan om uppehållstillstånd innebär därmed i praktiken en begränsning av rätten till familjeåterförening, och detta trots att det utöver vad som anges i direktivets kapitel IV och VII, införlivade genom utlänningslagen 5 kap. 16 - 17 b §§, inte lämnas ytterligare utrymme för medlemsstaterna att begränsa denna rättighet. Det innebär även att sökanden i praktiken fräntas sin rätt till en meningsfull rättslig prövning enligt artikel 18 i familjeåterföreningsdirektivet eftersom migrationsdomstolen vid ett konstaterande att pass inte saknas har anledning överväga om övriga familjeåterföreningsförutsättningar för uppehållstillstånd eventuellt finns. Migrationsdomstolen finner därför att svensk utlänningslagstiftning, såsom den är utformad ifråga om passkrav och regler för främlingspass, är oförenlig med familjeåterföreningsdirektivet. Det är särskilt kravet på pass för tidsbegränsat uppehållstillstånd såsom det är utformat i 4 kap. 23 § Utf som saknar stöd i familjeåterföreningsdirektivet och därmed strider mot gemenskapsrätten.

Det är en mycket viktig konsekvens av ett alltför strikt passkrav som här blottas gentemot kravet på styrkt identitet som föreligger för att främlingspass ska kunna beviljas andra än flyktingar.³²⁶ Vi tänker oss en situation där en flickvän söker uppehållstillstånd för att leva med sin pojkvän i Sverige, men inte kan presentera ett pass när hon kallas till utlandsmyndigheten för utredning. Hon skickar

324 Målet kom dock av MiÖD att avgöras i motsatt riktning, då *det fanns att den sökande*, som var övrigt skyddsbehövande, faktiskt inte föll in under de gemenskapsrättsliga bestämmelserna.

325 Här var det dock tal om det i svensk rätt uppställda passkravet var förenligt med direktivet då detta föreskriver ett minimikrav på att den sökande i anknytningsärenden ska kunna uppvisa en styrkt kopia av pass, men säger inget om ett regelmässigt passkrav. MiÖD fann dock att den sökande varken kunde förete passhandlingar i original eller genom styrkt kopia, vilket gjorde att hon varken levde upp till förutsättningarna för att beviljas uppehållstillstånd i nationell såväl som EU-rätt.

326 Se avsnitt 4.2.2

in en ansökan om främlingspass till Migrationsverket, men får avslag då hon inte kunnat styrka sin identitet. I anknytningsärendet avslår man ansökan på grund av avsaknad av pass. I detta läge kan självfallet anknytningsansökan överklagas till MD, men domstolen är förhindrad att göra någon annan bedömning än den som MIV redan gjort eftersom den inte kan ändra på det faktum att kvinnan inte har en giltig passhandling då endast MIV innehar den kompetensen. Att MIV i realiteten blir enda prövningsinstans för den grupp människor vilka inte har tillgång till giltiga passhandlingar är en stor rättsosäkerhet, vilken kan ifrågasättas inte bara utifrån familjeåterföreningsdirektivet, utan även utifrån rätten till en rättvis rättegång såsom den kommer till uttryck i såväl EU-rätt som EKMR.³²⁷

I UM 20683-10 E³²⁸ försökte MD att hitta en alternativ tolkning av reglerna om främlingspass i förhållande till bedömningen av uppehållstillstånd i förhållande till det faktum att avsaknad av pass är en grund för avslag av ansökan i ärenden där endast tidsbegränsat uppehållstillstånd kan bli aktuella och sökanden befinner sig utomlands.³²⁹

Domstolen delar också Migrationsverkets uppfattning att det är av stor vikt för bedömningen av skälen för en ansökan om uppehållstillstånd att sökandens identitet är klarlagd. Däremot anser domstolen att det skulle leda allt för långt att uppställa ett generellt krav på styrkt identitet för att en ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning ska kunna bifallas. En sådan hållning torde i praktiken innebära att ingen sökande från Somalia någonsin skulle kunna få bifall till en ansökan, eftersom varken somaliska pass eller andra handlingar därifrån i nuläget godtas av svenska myndigheter. En annan sak är att en inte klarlagd identitet mycket väl kan medföra att t.ex. ett vigselbevis inte godtas./.../ Det får anses ostridigt att NN, såsom somalisk medborgare, saknar möjlighet att skaffa en passhandling från sitt hemland som godtas i Sverige. Hon uppfyller därmed en av de grunder som anges i 2 kap. 12 § utlänningsförordningen (2006:97) för att kunna få ett främlingspass utfärdat. En ytterligare förutsättning är dock att utläningen har en viss anknytning till Sverige, vilket som regel anses uppfyllt om utläningen har uppehållstillstånd (jfr regeringens förordningsmotiv 1989:3 s.11 och 27). Enligt domstolens mening kan detta inte tolkas på annat sätt än att Migrationsverket först måste ta ställning till om den åberopade anknytningen är tillståndsgrundande. Om så är fallet är nästa fråga om främlingspass kan utfärdas, varvid identiteten inte undantagslöst måste vara styrkt. Av 2 kap. 13 § andra stycket utlänningsförordningen följer nämligen att ett främlingspass, då det utfärdas, får förses med en anteckning om att innehavarens identitet inte är styrkt.

MD menar så att det ska kunna gå att utnyttja möjligheten att i främlingspasset föra in anteckning om att identiteten inte är styrkt. MiÖD har dock tydliggjort, bland annat genom det senaste MIG 2011:11, att det endast är MIV som har att avgöra om förutsättningarna för att bevilja främlingspass är för handen.

327 I artikel 6.1 EKMR kommer rätten till en rättvis rättegång till uttryck. Rättigheten inbegriper mycket och är således svår att sammanfatta, men den kan generellt sett sägas innebära en rätt att inför domstol bli hörd och lägga fram sin sak, samt att parterna ska vara likställda inför domstolen. I brottmål är det främst oskyldighetspresumtionen, i förlängningen att ingen oskyldig får dömas till brott, som förknippas med artikeln. Se Danelius, H (2007), s. 217 ff

328 Se Lagerqvist Veloz Roca, A (2010), s. 407

329 Se numera MIG 2011:11

För den diskussion som förts ovan, är det tydligt att utformningen av reglerna för främlingspass medverkar till att göra innehavet av pass till en förutsättning för att beviljas uppehållstillstånd, oavsett om det är tidsbegränsat eller permanent. Det förstärker passets ställning som nästintill exklusivt bevismedel för en klarlagd identitet.

6. 4 En alternativ koppling mellan passkravet och beviskravet för identitet?

I ett mål från MD, UM 12857-08³³⁰, har MD sökt att hitta en alternativ tolkning av passkravet i 2 kap 1 § UtL i förhållande till beviskravet för identitet. Domstolen konstaterade att saken i målet var *uppehållstillstånd* och att det därvid inte var nödvändigt att pröva huruvida förutsättningarna i UtL för inresa i Sverige var uppfyllda eller inte (en bedömning som utgjorde grunden för MIV:s avslag i ärendet då de sökande saknade passhandlingar):

Av 2 kap. 1 § UtL framgår en utlänning, förutom att han eller hon ska ha giltig passhandling vid vistelse i Sverige, även behöver sådan handling för rätt till inresa i landet. Det finns enligt migrationsdomstolens mening ingen uttrycklig bestämmelse som medför undantag från detta senare krav. Frågan i målet är således om kravet på pass för inresa till Sverige, enligt 2 kap. 1 § UtL, utgör skäl att inte bevilja uppehållstillstånd, migrationsdomstolen har vid denna prövning att ta ställning till vad som är saken i målet.

Upphållstillstånd definieras i 2 kap. 4 § UtL som ett tillstånd att vistas i Sverige under viss tid (tidsbegränsat uppehållstillstånd) eller utan tidsbegränsning (permanent uppehållstillstånd). Migrationsdomstolen har att pröva om [namn på sökandena borttagna] ska beviljas uppehållstillstånd, saken i målet är således om de har rätt att vistas i Sverige, enligt de bestämmelser som avser sådant tillstånd (jfr MIG 2007:31). Att de saknar rätt till inresa i Sverige utan giltig passhandling utgör därmed inget skäl att avslå överklagandet.

Utifrån denna typ av resonemang, att det uttalade passkravet i 2 kap 1 § UtL faktiskt inte utgör en del av identitetsbedömningen och inte heller anges som en förutsättning för att beviljas uppehållstillstånd, kan man särskilja passkravet i 2 kap 1 § UtL från kravet på styrkt identitet för att kunna få uppehållstillstånd på grund av anknytning enligt 5 kap 3 – 3 f §§ UtL. Precis som uttalats av MiÖD i MIG 2009:1, *så tjänar passkravet ett annat syfte än reglerna om uppehållstillstånd*. Passkravet är således inte en förutsättning för att beviljas uppehållstillstånd, utan för inresa. Detta bekräftas av 2 kap 4 § UtL, som stadgar att den som *har* uppehållstillstånd får resa in i Sverige under förutsättning att passkravet i 2 kap 1 § UtL är mött. Att göra innehavet av pass till en förutsättning för klarlagd identitet trots att det inte är påkallat varken ur teoretisk eller laglig synvinkel, då det inte konstituerar ett rekvisit för att få uppehållstillstånd, är enligt min mening anmärkningsvärt. Framför allt mot bakgrund av de personer med permanenta uppehållstillstånd i Sverige faktiskt är undantagna skyldigheten att inneha pass vid vistelse i landet, 2 kap 1 § 2 st UtL.

330 Se Lagerqvist Veloz Roca, A (2010), s. 407

6.5 Sammanfattande slutsatser

Till följd av att ett starkt behov av gränskontroll och reglerad invandring gör sig gällande, kan konstateras att beviskravet för identitet tillåts variera beroende av om ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning inlämnas före eller efter inresa i Sverige. För den grupp som inte har möjlighet att styrka sin identitet, utgör detta en högst problematisk situation eftersom rätten till familjeåterförening får vika för behovet av gränskontroll.

I framställningen ovan har det även undersökts vad som krävs för att beviskravet ska anses vara mött. Utifrån ett resonemang om passkravets ställning såsom exklusivt bevis för att klarlägga identitet, tillsammans med frågan om MiÖD genom avgöranden om vad som krävs för att övriga bevismedel inte ska anses vara av för enkel beskaffenhet, dras slutsatsen att den fria bevisvärderingen blir begränsad och att de uppställda kriterierna för bedömning av bevis eliminerar möjligheterna att styrka sin identitet för den grupp personer som inte har tillgång till hemlandspass. Härav går det att tala om att det reellt sett föreligger ett absolut passkrav för att klarlägga identitet och att ifrågasätta om inte beviskravet för identitet egentligen ligger på nivån *utom rimligt tvivel*.

Denna ordning ter sig *rättsosäker*, då det mot bakgrund av att principen om fri bevisprövning är gällande för bevisvärderingen inte kan anses acceptabelt att all annan bevisning än pass tillmäts ett alltför lågt bevisvärde för den grupp vars myndigheter inte ställer ut identitetshandlingar på ett behörigt sätt. I anknytningsärenden där barn är sökande obstrueras möjligheterna till återförening ytterligare av det faktum att personkretsen, för vilken identiteten måste vara styrkt, är utvidgad. Detta till följd av att barn saknar processbehörighet och således behöver en behörig ställföreträdare som kan anhängiggöra talan om familjeåterförening. Enligt min mening står denna rättspraxis i rak motsats till vad lagstiftaren har uttryckt som sin vilja – att tillvarata barnets bästa i alla utlänningsärenden.

En ytterligare omständighet som förstärker passets reella ställning som exklusivt bevis för identitet är utformningen av reglerna om främlingspass. Eftersom MIV har exklusiv kompetens att utfärda främlingspass blir resultatet av ett avslag på en ansökan härom, för en person som inte kan få pass- eller identitetshandlingar utställda, att hon eller han aldrig kan uppfylla passkravet i 2 kap 1 § UtIL och därmed spelar det inte någon större roll att möjligheten för överprövning av tillståndsfrågan kommer till stånd.

Det kan så konstateras att det föreligger en otillbörlig koppling mellan bedömningen av om passkravet i 2 kap 1 § UtIL är uppfyllt respektive om grunderna för uppehållstillstånd på grund av anknytning är uppfyllda så att ansökan kan beviljas. Trots att det inte går att förbise den täta koppling som existerar mellan pass och uppehållstillstånd, ska den enligt min mening inte leda till att innehav av pass blir till en förutsättning för att beviljas uppehållstillstånd. Detta mot bakgrund av att MiÖD själv tillstått att passkravet tjänar ett annat syfte än att enbart vara en förutsättning för uppehållstillstånd. Denna ordning har MD försökt att ändra på i åtminstone två avgöranden, UM 12857-08 och UM 20683-10 E, där domstolen i den förra försökt tydliggöra att bedömningen av om grunderna för uppehållstillstånd är uppfyllda går att bedöma utan att ta hänsyn till sökandens eventuella innehav av pass.

7. Ett alternativt beviskrav för identitet i anknytningsärenden? - De lege ferenda

”Skulle det här kunna tänkas visa att jag är jag?”

Ett moment 22 föreligger i anknytningsärenden där beviskravet för identitet – i förhållande till passkravet i 2 kap 1 § UtIL och reglerna om främlingspass – är en bidragande faktor till varför situationen där grupper av människor för vilka det är omöjligt att få utställt giltiga passhandlingar avskärs från möjligheten att få uppehållstillstånd på grund av anknytning i Sverige. I tidigare avsnitt har några bidragande orsaker utpekats, bland annat det faktum att passkravet i 2 kap 1 § UtIL har utvidgats till att bli en förutsättning för att bevilja uppehållstillstånd och att innehavet av ett pass tillmätts alltför stor betydelse vid bevisvärderingen så att det i realiteten inte kvarstår andra sätt att klarlägga sin identitet för den grupp vars myndigheter inte på ett behörigt sätt kan ställa ut identitetshandlingar.

MiÖD har uppmärksammat problemet och domstolen har i flera avgöranden påpekat att en lagändring är påkallad av lagstiftaren.³³¹ Från politiskt håll har, precis som i introduktionen beskrivits, detta moment 22 även lett till uttalanden om att åtgärder för att komma till rätta med situationen kommer att vidtas. Regeringen har utlovat att ett första förslag till lagändring ska presenteras under våren 2012. Tonvikten i detta förslag ha lagts i ändringar i MIV:s förutsättningar

³³¹ I slutet av domarna i MIG 2011:11, och MIG 2009:17 poängterar domstolen att lagändringar vore önskvärda

att bevilja främlingspass, ändrade regler om god man i migrationsärenden som rör barn och en utvidgad användning av DNA-analys.³³² Emellertid leder dessa förslag ofrånkomligen till en ändring i bedömningen av en persons identitet. Uppmärksamheten kan så riktas mot en annan aspekt: ett alternativt beviskrav för identitet i ärenden om uppehållstillstånd på grund av anknytning skulle kunna bidra till en mer rättssäker prövning som tillvaratar rätten till familjeåterförening. I följande framställning behandlas så ett alternativt beviskrav för identitet i förhållande till anknytningsärenden som anhängiggörs både *före* och *efter* inresa i Sverige. Som kommer klargöras, beror detta på att det alternativ som här presenteras till viss del vilar på annan grund än gällande rätt.

Det alternativa beviskravet skulle vara att sätta sänka bevisnivån till *sannolik*, vilket innebär alltså en sänkning av beviskravet där det krävs att den sökande kan visa på sin identitet med en sannolikhet av cirka 75%. Vid ett av lagstiftaren sänkt beviskrav, är tanken att fler ska kunna göra sin identitet sannolik och att det framtvingar en ny bevispraxis hos samtliga migrationsinstanser; antingen endast i relation till nu gällande riktlinjer för bevisvärdering, eller också i förhållande till nya sätt på vilka identiteten i anknytningsärenden kan komma att göras sannolik. Det förra riskerar dock att bli ytterligare en uppställning av kriterier för bevisvärderingen på samma sätt som nu är problematiskt. Om de bevismedel som idag används endast skulle ges ett högre bevisvärde, skulle det kunna bidra till en rättsosäkerhet, exempelvis genom att kravet på att handlingars äkthet inte ska kunna betvivlas nedprioriteras, och öppna upp för en mer skönsmässig bedömning. Dock skulle andra lagstiftningsåtgärder, såsom de ändringar i reglerna om främlingspass och om bedömningen av ställföreträdarskap för barn som flaggats för, behöva vidtas för att hitta en komplett lösning. Då det ligger utanför uppsatsens område att gå närmare in på dessa eventuella lagändringar, kommer de inte ägnas mer uppmärksamhet. Detta med anmärkningen att de utgör förutsättningen för kommande framställning.

En sänkning av beviskravet skulle inte endast underlätta att bevisa sin identitet för de personer utan möjlighet att få en giltig passhandling utställd, utan den skulle även ha en tydlig påverkan på den nu föreliggande differentieringen av bevisprövningen av anknytningsärenden före respektive efter inresa i Sverige. Detta för att intresset av gränskontroll nedprioriteras för att möjliggöra rätten till familjeåterförening och att det vid ett lägre beviskrav för identitet inte finns något incitament att knyta kopplingen till gränsen, eller för den delen till om uppehållstillstånd beviljas enligt huvudregeln *före* inresa eller enligt undantaget *efter*. Vidare tappar passkravet i 2 kap 1 § UtL sin täta koppling till bedömningen huruvida rekvisiten för uppehållstillstånd är uppfyllda eller inte, eftersom

332 Se inledningen, avsnitt 1.6

hemlandspasset oundvikligen förlorar ställning som det sätt på vilket en sökande annat än undantagsvis kan *klarlägga* sin identitet.

Vilka överväganden ligger så bakom den alternativa utformningen av beviskravet? Är en generell bevislättning för alla anknytningsärenden motiverad, eller ska sänkningen istället få bli beroende av omständigheterna i det enskilda fallet?

Mot bakgrund av att lagstiftaren och rättsskiparen betonar behovet av en effektiv gränskontroll, skulle i ett försök att balansera individens rätt till familjeåterförening mot statens behov av kontroll, det lägre beviskravet för identitet inte äga generell tillämpning i alla anknytningsärenden, utan i stället vara avgränsad till att avse en viss uppkommen situation.³³³ De farhågor och konstateranden om en, generellt sett, ökande människosmuggling och att barn behöver ett starkt skydd för att inte riskera att ”återförenas” med fel anhöriga bör tas på allvar och beaktas vid utformningen av beviskravet.³³⁴ En avvägning mellan rätten till familjeåterförening och riskerna för framför allt barn måste således göras. Vid ett alltför stort fokus på att upprätthålla ett högt beviskrav för identitet mot bakgrund av människosmuggling och barnets bästa, finns en risk att intentionerna skulle få motsatt effekt: det är inte en orimlig tanke att tänka sig att konsekvensen av att en av de sista legala vägarna att migrera till Sverige för vissa grupper omöjliggörs är att alltfler känner sig tvingade att använda riskabla vägar till Europa och Sverige och kanske i högre grad än idag måste förlita sig på människosmugglare för att kunna återförenas med sina familjer.

Att tillåta ett varierande beviskrav i till synes lika fall kan leda till bristande förutsebarhet i migrationsprocessen, om det är beslutsfattarens godtycklighet som får avgöra vid vilka fall det aktualiseras. Härav krävs det att sänkningen berör väl avgränsade fall, för att differentieringen inte ska bli rättsosäker och diskriminerande. Istället för att koppla sänkningen av beviskravet till en viss folkgrupp eller till en viss anknytningskategori, är det motiverat att låta konstaterade svårigheter i bevisanskaffningen, *bevissvårigheter*, får vara objektivet avgörande för huruvida en sänkning kan medges eller inte.

³³³ Lagstiftaren har genomgående framhävt vikten av både gränskontroll och reglerad invandring, som exempel kan nämnas det resonemang som ligger bakom utformningen av de nya reglerna om möjlighet att söka uppehållstillstånd på grund av anknytning efter inresa i Sverige: ”Som en rimlig avvägning mot vikten av att upprätthålla den reglerade invandringen bör en ändring begränsas till att avse just sådana klara fall.” Prop 2009/10:131, s. 17

³³⁴ Prop. 2005/06:72, s. 69

I förhållande till anknytningsärenden som anhängiggörs utomlands, har MD, som påtalats, i UM 120683-10 E som sista instans uttalat sig om reglerna för främlingspass, uppehållstillstånd och passkrav. Domstolen för ett resonemang om möjligheterna att bevilja uppehållstillstånd trots brister i bevisningen av identitet:

Domstolen delar också Migrationsverkets uppfattning att det är av stor vikt för bedömningen av skälen för en ansökan om uppehållstillstånd att sökandens identitet är klarlagd. Däremot anser domstolen att det skulle leda allt för långt att uppställa ett generellt krav på styrkt identitet för att en ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning ska kunna bifallas. En sådan hållning torde i praktiken innebära att ingen sökande från Somalia någonsin skulle kunna få bifall till en ansökan, eftersom varken somaliska pass eller andra handlingar därifrån i nuläget godtas av svenska myndigheter. En annan sak är att en inte klarlagd identitet mycket väl kan medföra att t.ex. ett vigselbevis inte godtas./.../ Det får anses ostridigt att NN, såsom somalisk medborgare, saknar möjlighet att skaffa en passhandling från sitt hemland som godtas i Sverige. Hon uppfyller därmed en av de grunder som anges i 2 kap. 12 § utlänningsförordningen (2006:97) för att kunna få ett främlingspass utfärdat.

Vad domstolen här föreslår är att beviskravet för identitet ska kunna sänkas i det enskilda fallet vid fall av konstaterade bevisvårigheter. En sådan ordning stämmer väl överens med de bevisrättsliga teorier som återfinns i förhållande till civilprocessen, där just bevisvårigheter för bevisbördebärande part framhålls som en legitim anledning att låta beviskravet sänkas. Sänkningen motiveras av viljan att åstadkomma så många materiellt korrekta beslut som möjligt och utifrån civilrättslig praxis har ett resonemang vilket innebär att en part ska ha möjlighet att kunna möta sin beviskyldighet utvecklats.³³⁵

Trots att ärenden om uppehållstillstånd tillhör den speciella förvaltningsrätten, finns anledning att kunna applicera samma resonemang här. För det första konstateras att ett av förvaltningsprocessens övergripande mål är att avgöra så många beslut som möjligt på ett materiellt korrekt sätt. Den sökande innehar bevisbördan för sitt anspråk på uppehållstillstånd och eftersom det rör sig om en utländsk medborgare är det även troligt att det är hon eller han som har tillgång till och kan säkra bevisning om sin identitet och till anknytningen. Härav stämmer bevisbördans placering även överens med bevissäkringsteorierna, att bevisanskaffningen i detta fall ligger inom den sökandes maktsfär.³³⁶ I de fall där det går att konstatera att den sökande inte har möjlighet att säkerställa tillräcklig bevisning som krävs för att möta beviskravet – exempelvis genom att fastställa att sökanden kommer från ett land vilket saknar myndigheter som kan ställa ut identitetshandlingar i behörig ordning – ska så beviskravet kunna sänkas som svar på bevisvårigheterna som uppkommer. Viktigt att komma ihåg är att sänkningen i beviskrav för den grupp med uttalade bevisvårigheter syftar till

335 Heuman, L (2005), Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, s. 76 och s. 505 samt Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009), s. 106

336Se avsnitt 2.4

att försätta alla utländska medborgare på samma förutsättningsnivå vad gäller att kunna få sina anknytningskäl prövade av svenska myndigheter.

Lagstiftaren och rättstillämparen har redan möjliggjort för ett differentierat beviskrav för identitet beroende av om den sökande befinner sig innanför eller utanför Sveriges gränser, samt om särskilda skäl föreligger att frångå kravet på att den sökandes identitet ska vara klarlagd. Detta är ett resonemang byggt på sökandes bevisvärigheter, men mot bakgrund av humana skäl, omöjlighet att få ett nytt pass utställt eller barnets bästa som påkallar undantag från huvudregeln i 5 kap 18 § UtlL. För det förslag som i uppsatsen uppställs, ska bevisvärigheterna endast få påverka beviskravets höjd om någon ytterligare omständighet talar för det? För att bedömningen ska bli så objektiv som möjligt och verkligen åstadkomma den förändring som eftersträvas, det vill säga möjliggöra anknytning trots brister i bevisföringen av identitet, ska inga ytterligare omständigheter krävas. Istället bör det – likt nuvarande tillämpning av möjligheten att utföra DNA-analys, som inträder först när all annan bevisning visats otillräcklig – efter det att den sökande lagt fram all bevisning som hon eller han har tillgång till, vara tillräckligt för en sänkning att det kan konstateras att den sökande kommer från ett land där det inte finns några behöriga myndigheter som kan ställa ut giltiga pass- och/eller identitetshandlingar (som kan godtas av svenska myndigheter).

Stöd för att en sänkning av beviskrav borde föreligga vid konstaterade bevisvärigheter i anknytningsärenden återfinns i asylärenden, där det synes vara liknande överväganden som ligger bakom det generellt sänkta beviskravet för både skyddsbehov såväl som identitet.³³⁷ Det föreligger i dessa ärenden en utbredd dokumentlöshet och det anses orimligt att uppställa ett alltför högt beviskrav vid risk för förföljelse eftersom det i flertalet fall saknas möjligheter för den sökande att lägga fram komplett bevisning.³³⁸ Det går dock inte att förbise det faktum att detta lägre beviskrav vid bevisvärigheter måste ses i ljuset av det starka skyddsbehov som gör sig gällande i asylärenden och att lagstiftaren tydligt prioriterat detta framför att upprätthålla en strikt gränskontroll.

337Om än fastställt på en internationell nivå, genom UNHCR:s riktlinjer och genom tillämpningen av principen om *benefit of the doubt*, tvivelmålets fördel. Principen innebär att den sökandes berättelse ska ligga till grund för myndighetens bedömning, trots att bevisning om omständigheterna saknas. Dock under förutsättning att den sökande bistått ärendet genom att på ett ärligt sätt försöka styrka sina uppgifter samt att trovärdigheten i berättelsen inte kan ifrågasättas. Fridström, I, Sandell, U och Utne, I (2007), s. 89, där författarna refererar till reg. 74-97. Se även Prop. 2004/05:170, s. 90 f och Prop. 2009/10:31, s. 130 f, där man bl a även redogör för artikel 4.5 i skyddsgrundsdirektivet

338Prop. 1996/97:25, s. 97 f och UN 417-00, där UN uttalade att det faktum att alltför stora krav inte kan läggas på den asylsökande att visa sitt skyddsbehov medför att den sökandes berättelse får läggas till grund för bedömningen och ”ska godtas om den framstår som trovärdig och sannolik”. I UNHCR:s handbok, vilken har status som rättskälla i den svenska asylrätten, fastslås i artikel 197 fast att beviskravet inte ska ställas för högt med tanke på svårigheterna med bevisanskaffning som naturligen infinner sig på grund av flyktingsituationen. Om handbokens status som rättskälla, se MIG 2006:1 samt Prop. 2004/05:170 s. 94 f

Emellertid finns belägg för att rätten till familjeåterförening även gör sig lika starkt gällande³³⁹, vilket borde motivera en sänkning av beviskravet så att det korresponderar mot en nivå som möjliggör rätten till familjeåterförening. Men i relation till beviskravet för identitet i anknytningsärenden, hittas ingen sådan inställning hos varken lagstiftaren eller rättstillämparen. Tvärtom verkar utgångspunkten från lagstiftarens sida vara den att situationen där en sökande person möjligtvis vill – men faktiskt inte kan – styrka sin identitet inte kan inträffa före den sökande rest in i Sverige.³⁴⁰

7.1 Beviskravet *sannolikt* och utredningsansvaret

Beviskravet *sannolikt* kan även uppfattas såsom bättre överensstämmande med den generella slutsatsen som dragits mellan beviskravets höjd och hur långt myndighetens utredningsansvar sträcker sig, där lägre beviskrav sägs kräva en mindre utredning från myndighetens sida.³⁴¹ Emellertid är förhållandet det motsatta i asylärenden, där skyddsbehovet av lagstiftaren ansetts skyddsvärt och därmed föranleder ett utvidgat utredningsansvar – något som Lagerqvist Veloz Roca även förespråkar i förhållande till anknytningsärenden. Som tidigare konstaterats i uppsatsen, kan man tolka bestämmelsen i 8 § FPL – ett ärende ska utredas så långt som dess beskaffenhet kräver – som att det finns en koppling mellan beviskravets höjd och myndighetens utredningsansvar. Redan vid införandet av familjeåterföreningsdirektivet i svensk rätt, anförde Barnombudsmannen ”att familjeåterförening även skall vara möjlig om skriftlig dokumentation och/eller resehandlingar saknas. Utredningsplikten innebär som nämnts att ett ärende skall utredas som dess beskaffenhet kräver. Härav följer att en viss flexibilitet skall iaktas när det gäller kravet på beslutsunderlag.”³⁴² Vi kan så se att utredningsansvaret i sig självt skulle kunna motivera en sänkning av beviskravet vid bevisvårigheter, eller åtminstone att det sänkta beviskravet borde följas av kompletterande utredande åtgärder från myndighetens sida. Det kan tyckas att det faktum att det endast är den sökande som har tillgång till bevisning rimligtvis borde leda till att ett högt beviskrav kan ställas gentemot henne eller honom,³⁴³ men det är ju just avsaknaden av möjlighet till bevissäkring inom den egna maktsfären som föranleder sänkt beviskrav och även ett *utvidgat* utredningsansvar.

7.2 Effekter av sänkningen av beviskravet

Vilka effekter kan en sänkning av beviskravet tänkas medföra, förutom förhoppningen att fler personer får tillgång till processen att få sin ansökan prövad i sak? En första slutsats som är lätt att

339 Se inledningen, avsnitt 1.3.2

340 ”Det är av flera skäl mycket angeläget att identiteten i största möjliga utsträckning kan klarläggas för dem som beviljas uppehållstillstånd i Sverige. Problemet med oklar identitet gäller i huvudsak asylsökande, eftersom tillstånd i princip inte beviljas på grund av anknytning för den som inte kan styrka sin identitet”, Prop. 1997/98:36, s. 13

341 Se avsnitt 3.2

342 Prop. 2005/06:72, s. 53

343 Jämför Heuman, L (2005), s. 73

något förhastat dra är att identiteten oundvikligen kommer att bli felaktigt bedömd i fler ärenden än vad som nu är fallet om beviskravet sänks. I motsats riktning kan det tänkas att fler avgöranden blivit inkorrekt avgjorda då beviskravet de lege lata är för högt ställt för den grupp sökande som inte har tillgång till passhandlingar och att en sänkning så skulle medverka till att fler identiteter fastställs på rätt grund. Någon slutsats om huruvida sänkningen av beviskravet medverkar till att möjliggöra ett högre antal materiellt korrekta avgöranden går inte dra, men förhoppningen är att sänkningen kan bidra till fler materiellt korrekta domar eftersom fler personer får möjligheten att få grunden för anknytningen prövad än vad som nu är fallet.

Såsom tidigare antytts, bygger asylprocessen på en delvis annan bedömning av den sökandes identitet i relation till grunden för ansökan. Till följd av den utbredda bristen på skriftlig dokumentation, så kommer många asylärenden ofta att avgöras efter en helhetsbedömning där sökandes berättelse och dess trovärdighet blir central.³⁴⁴ Det kan tänkas att en beviskravssänkning av identitet påverkar hela anknytningsbedömningen så att den mer kommer att likna nuvarande asylbedömning. Emellertid finns det i asylprocessen fastlagda rutiner som syftar till att utröna den sökandes identitet, eller åtminstone dess hemvist eller etnicitet.³⁴⁵ Någon motsvarighet till dessa rutiner saknas i anknytningsprocessen. Exempelvis används språk- och realiatester för att fastställa etnicitet och hemvist³⁴⁶ Avsaknaden av liknande rutiner i anknytningsärenden kan öppna upp för möjligheten att bedömningen blir skönsmässigt behandlad och riskerar att centreras kring sökandes trovärdighet, snarare än prövad utifrån objektiva kriterier.³⁴⁷ Den kan därför tänkas att en utredning av sökandes hemvist för att etablera om bevisvärigheter föreligger eller inte skulle kunna bli aktuell.

Att ett sänkt beviskrav automatiskt leder till en större betoning av sökandes trovärdighet behöver inte vara fallet. UNHCR har exempelvis uppmanat – förvisso i relation till asylprocessen – till att handlingars beskaffenhet borde bedömas utifrån hemlandets förutsättningar.³⁴⁸ I MIG 2007:12 uttalar MiÖD även att utredningsansvaret i asylärenden skulle kunna inbegripa att erbjuda sökanden hjälp att få originalhandlingar från hemlandet undersökta för att fastställa tillförlitligheten.³⁴⁹ Att samma resonemang angående bedömning av handlingar torde kunna

344UN 417-00, Diesen, C (red.) (2007), s. 233 samt Wikrén, G och Sandesjö, H (2010), s. 181. Diesen, C och Lagerqvist Veloz Roca, A (2003), s. 35

345Migrationsverket VCI 1/2009, Angående prövning av identitet och hemvist i asylärenden – särskilt rörande frågor om kunskapskontroller och språkanalyser

346 Migrationsverket VCI 1/2009

347 Diesen, C (red.) (2007), s. 246

348 UNHCR och Migrationsverket (2011), s. 177. Det finns en särskild grupp inom MIV som arbetar med just sådana bedömningar, se Utlänningshandboken, avsnitt 4.1, rubrik ”äktthetskontroll av handling m.m.”

349 UNHCR och Migrationsverket (2011), s. 177

appliceras även i anknytningsärenden är enligt min mening inte uteslutet. I ärenden där barn är sökande eller anknytningsperson, kan tänkas att ett tidigare användande i utredningen av verket DNA-analys skulle aktualiseras, för att tillvarata barnets bästa och rätt till familjeåterforening utan att äventyra risken att ”återforenas” med fel anhöriga.

8. Sammanfattning

*”Det här är vad ”jag är jag”
handlar om”*

Uppsatsen ”Vem är du – egentligen?” har behandlat frågan om hur beviskravet för identitet är utformat i ärenden om uppehållstillstånd på grund av anknytning. Utgångspunkten för forskningsområdet har varit den problematik som uppkommit under senare år till följd av en ändrad praxis från MiÖD, där vissa personer från vissa länder – framför allt från Somalia – för tillfället inte kan beviljas uppehållstillstånd då de saknar giltiga identitetshandlingar som kan klarlägga deras identitet. Arbetet står på en bevisrättslig grund, där generella bevisrättsliga frågor behandlas och sedan kopplats till förvaltningsprocessen i allmänhet och migrationsprocessen i synnerhet. Reglerna för uppehållstillstånd på grund av anknytning och passkravet i UtlL har presenterats.

Utifrån ett rättighetsperspektiv – rätten till familjeåterforening – har beviskravet för identitet *de lege lata* och dess förhållande till passkravet i 2 kap 1 § UtlL analyserats. Slutsatserna som dragits är för det första att beviskravet för identitet tillåts variera beroende av om ansökan om uppehållstillstånd på grund av anknytning inlämnas före eller efter inresa i Sverige, till följd av statens intresse av en reglerad invandring och gränskontroll.

Passkravets ställning såsom exklusivt bevis för att klarlägga identitet, tillsammans med frågan om MiÖD genom avgöranden om vad som krävs för att övriga bevismedel inte ska anses vara av för enkel beskaffenhet, har problematiserats och slutsatsen som kan dras är att den fria bevisvärderingen blir begränsad. De uppställda kriterierna för bedömning av bevis eliminerar möjligheterna att styrka sin identitet för den grupp personer som inte har tillgång till hemlandspass. Härav går det att tala om att det reellt sett föreligger ett *indirekt* absolut passkrav för att klarlägga identitet, vilket ger anledning att ifrågasätta om inte beviskravet för identitet egentligen ligger på nivån *utom rimligt tvivel*. En ytterligare omständighet som förstärker passets reella ställning som exklusivt bevis för identitet är

utformningen av reglerna om främlingspass. Eftersom MIV har exklusiv kompetens att utfärda främlingspass blir resultatet av ett avslag på en ansökan om främlingspass, för en person som inte kan få pass- eller identitetshandlingar utställda av behörig myndighet, att hon eller han aldrig kan uppfylla passkravet i 2 kap 1 § UtL.

I anknytningsärenden där barn är sökande obstrueras möjligheterna till återförening ytterligare av det faktum att personkretsen, för vilken identiteten måste vara styrkt, är utvidgad till följd av att ett barns ställföreträdare måste styrka sin processbehörighet. Det konstateras slutligen att det föreligger en otillbörlig koppling mellan bedömningen av om passkravet i 2 kap 1 § UtL är uppfyllt respektive om grunderna för uppehållstillstånd på grund av anknytning är uppfyllda så att ansökan kan beviljas. Beviskravet *klarlagd* identitet blir så ett uttryck för huruvida passkravet i 2 kap 1 § UtL är uppfyllt eller inte.

För den grupp som inte har möjlighet att styrka sin identitet, utgör detta en högst problematisk situation eftersom rätten till familjeåterförening får vika för behovet av gränskontroll. Ordningen är *rättsosäker*, då det mot bakgrund av att principen om fri bevisprövning är gällande för bevisvärderingen inte kan anses acceptabelt att all annan bevisning än pass tillmäts ett alltför lågt bevisvärde för den grupp vars myndigheter inte ställer ut identitetshandlingar på ett behörigt sätt. Rätten till familjeåterförening obstrueras så genom en alltför tät koppling mellan beviskravet för identitet och passkravet i 2 kap 1 § UtL. Enligt min mening står denna rättspraxis även i rak motsats till vad lagstiftaren har uttryckt som sin vilja – att tillvarata barnets bästa i alla utlänningsärenden.

Uppsatsen sista kapitel är framåtblickande och ställer upp ett beviskrav för identitet *de lege ferenda*, där det är tillräckligt att den sökande gör sin identitet *sannolik*. För att tillmötesgå statens behov av gränskontroll och reglerad invandring, är sänkningen begränsad till fall där det kan konstateras att sökande har svårigheter vid bevisanskaffningen. Med denna utformning av beviskravet är intentionen att rätten till familjeåterförening ska kunna tillvaratas även för de sökande som inte har möjlighet att presentera identitetshandlingar på grund av avsaknad av behöriga myndigheter i hemlandet.

9. Litteraturförteckning

Offentligt tryck:

Regeringens propositioner

Proposition 1927:198, med förslag till lag om utlännings rätt att här i riket vistas

Proposition 1954:41, med förslag till utlänningslag

Proposition 1971:30, med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar m.m.

Proposition 1979/80:96, med förslag till ny utlänningslag m.m.

Proposition 1983/84:144, Om invandrings- och flyktingpolitiken

Proposition 1988/89:86 med förslag till utlänningslag m. m.

Proposition 1996/97:25, Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv

Proposition 1997/98:178, Medborgarskap och identitet

Proposition 1999/2000:43, Uppehållstillstånd på grund av anknytning

Proposition 2003/2004:111, Ett utvidgat straffansvar för människohandel

Proposition 2004/05:136, Stärkt skydd för ensamkommande barn

Proposition 2004/05:138, Sveriges tillträde till FN:s tilläggsprotokoll mot människosmuggling

Proposition 2004/05:170, Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden av den 26 maj 2005

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

Proposition 2009/10:31, Genomförande av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet av den 8 oktober 2009

Proposition 2009/10:137, Åtgärder mot familjeseparation inom migrationsområdet

Annat riksdagstryck

Justitiedepartementet Ds 2009:39, Åtgärder mot familjeseparation inom migrationsområdet

Regeringens förordningsmotiv 1989:3, Ny utlänningsförordning

SOU 2002:13, Vår anhöriginvandring

SOU 2004:110, Gränskontrolllag – effektivare gränskontroll

SOU 2006:6, Skyddsgrundsdirektivet och svensk rätt

Betänkanden

Socialförsäkringsutskottets betänkande 1999/2000:SfU9, Uppehållstillstånd på grund av anknytning

Socialförsäkringsutskottets betänkande 2009/10:SfU18, Åtgärder mot familjeseparation inom migrationsområdet

Övrigt

Kammarens protokoll, Riksdagens protokoll 2010/11:27, Fredagen den 3 december, Kl. 09:00 - 13:16

Migrationsverket statistik över beviljade uppehållstillstånd 1980-2010

Migrationsverket VCI 1/2009, Angående prövning av identitet och hemvist i asyären den – särskilt rörande frågor om kunskapskontroller och språkanalyser [cit. Migrationsverket VCI 1/2009]

Migrationsverket, RCI 03/2010, Rättschefens rättsliga ställningstagande angående kraven på klarlagd identitet och pass i ärenden om uppehållstillstånd. Utfärdat 2010-03-11 [cit. Migrationsverket RCI 03/2010]

Migrationsverket, RCI 16/2011, Rättsligt ställningstagande angående kraven på klarlagd identitet och pass i ärenden om uppehållstillstånd. Utfärdat 2011-06-17 [cit. Migrationsverket RCI 16/2011]

Migrationsverket, VCI 1/2011, Verksamhetschefens instruktion om handläggningen av ärenden om uppehållstillstånd m.m. med anledning av rättsligt ställningstagande angående kraven på pass och klarlagd identitet. Utfärdad 2011-01-26 [cit. Migrationsverket VCI 1/2011]

Migrationsverket, Utlänningshandboken, internt styrdokument [cit. Utlänningshandboken]

Miljöpartiets motion 2010/11:Sf239, Familjeåterförening vid avsaknad av passhandlingar

Årsredovisning Migrationsverket 2010

Litteratur:

Bohlin, Alf och Warnling-Nerep, Wiweka, Förvaltningsrättens grunder, 2:a uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2007

Boldig, Per Olof, Bevisbördan och den juridiska tekniken, Appelbergs Boktryckeri, Uppsala 1951

Bolding, Per Olof, Bevisbörda och beviskrav, Juridiska Föreningen i Lund, Lund 1983

Bolding, Per Olof, Går det att bevisa? Perspektiv på domstolsprocessen, Norstedts Förlag AB,

Stockholm 1989

Dahlgren, Göran, Allmän förvaltningsdomstols officialprövning, SvJT 1994, s. 388-406

Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis – en kommentar till europakonventionen om de mänskliga rättigheterna, 3:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2007

Dereborg, Anders, Från legal bevisteori till fri bevisprövning i svensk straffprocess, Stiftelsen Skrifter utgivna av Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Skriftserien nr 28, Juristförlaget, Stockholm 1990

Diesen, Christian, Bevisprövning i brottmål, Norstedts Juridik, Stockholm 1994

Diesen, Christian och Lagerqvist Veloz Roca, Annika, Bevisprövning i förvaltningsmål, BEVIS 7, Norstedts Juridik, Stockholm 2003

Diesen, Christian, Lagerqvist Veloz Roca, Annika, Lindholm Billing, Karolina, Wahren, Alexandra och Seidlitz, Madelaine, Prövning av migrationsärenden, BEVIS 8, Norstedts Juridik, Stockholm 2003 [cit: Diesen, C (red.) (2007)]

Edelstam, Gunilla, Förvaltningsmyndigheters utredningsskyldighet – en rättssäkerhetsstudie, Fritzes Förlag AB, Stockholm 1995

Ekelöf, Per Olof och Edelstam, Henrik, Rättegång – Första häftet, 8:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2002

Ekelöf, Per Olof, Rättegång – Andra häftet, 8:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1996

Ekelöf, Per Olof och Boman, Robert, Rättegång – Fjärde häftet, 6:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1992

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Heuman, Lars, Rättegång – Fjärde häftet, 7:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2009 [cit. Ekelöf, PO, Edelstam, H och Heuman, L (2009)]

Fridström, Ingela, Sandell, Ulrika och Utne, Ingrid, Migrationsprocessen – en hjälpreda för offentliga biträden och andra yrkesverksamma jurister på utlänningsrättens område, Thomsons Fakta, Stockholm 2007

Guild, Elspeth, Security and Migration in the 21st Century, Polity Press, Cambridge 2009

Granhag, Pär Anders och Christianson, Sven Å, Handbok i Rättspsykologi, Liber AB, Stockholm 2008

Heuman, Lars, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål, Norstedts Juridik, Stockholm 2005

Klami, Hannu Tapani, Gräns, Minna och Sorvettula, Johanna, Law and truth – a theory of evidence, Finska vetenskaps-societeten, Helsingfors 2000

Lagerqvist Veloz Roca, Annika, Uppehållstillstånd, styrkt identitet och passkrav för inresa och vistelse i riket i FT 2010, nr 4, s. 383-410

- Lavin, Rune (1989), Civilprocessen och förvaltningsprocessen – en jämförelse, i JT 1989/90, s. 70-88
- Leidhammar, Börje, Bevisprövning i taxeringsmål, Norstedts Juridik, Stockholm 1995
- Lindell, Bengt, Sakfrågor och rättsfrågor – en studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt, Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala, Iustus Förlag, Uppsala 1987
- Lindell, Bengt, Civilprocessen, 2:a uppl., Iustus förlag, Uppsala 2003
- Lindell, Bengt, Eklund, Hans, Asp, Petter och Andersson, Torbjörn, Straffprocessen, Iustus förlag, Uppsala 2005 [cit. Lindell, B (red.) (2005)]
- Luedtke, Adam, Uncovering European Union Immigration Legislation: Policy Dynamics and Outcomes. I International migration [0020-7985] 2011, vol. 49 nr 2, s. 1 -27
- Lundin, Olle, Officialprincipen i Marcusson, Lena (red.), Offentlighetsprinciper, Iustus Förlag, Uppsala 2005
- Mannelqvist, Ruth, Läkarintyg som bevis i förvaltningsprocessen i FT 2010 häfte 2, s. 127-142
- Nordh, Roberth, Praktisk Process VII: Bevisrätt B – Bevisbörda och beviskrav, Iustus Förlag, Uppsala 2011
- Olivecrona, Karl, Bevisskyldigheten och den materiella rätten, Almqvist & Wiksells Boktryckeri AB, Uppsala 1930
- Pålsson, Lennart, Dubbelrelevanta rättsfakta vid prövning av domstols behörighet i SvJT 1999 s. 315-329
- Ragnemalm, Hans, Förvaltningsprocessrättens grunder, 8:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2007
- Ruffer, Galya Benarieh, Pushed Beyond Recognition? The Liberality of Family Reunification Policies in the EU i Journal of ethnic and migration studies [1369-183X] 2011 volume 37 nr 6 s. 935 -951
- Röda Korset, Unicef, Rädda Barnen, Sociala Missionen och Rådgivningsbyrån för Asylsökande och Flyktingar, Skrivelse *Rätt till familjeåterförening* till Migrationsminister Tobias Billström 2011-06-10
- Sandgren, Claes, Om empiri och rättsvetenskap Del I, i JT 1995/96 s. 726-748
- Strömberg, Håkan och Lundell, Bengt, Allmän förvaltningsrätt, 25:e uppl., Liber AB, Malmö 2011 [cit. Strömberg, H och Lundell, B (2011a)]
- Strömberg, Håkan och Lundell, Bengt, Speciell Förvaltningsrätt, 18:e uppl., Liber AB, Malmö 2011 [cit. Strömberg, H och Lundell, B (2011b)]
- Taureck, Rita, Securitization theory and securitization studies i Journal of International Relations and Development 2006, Vol. 9, Nr. 1, s. 53-61

UNHCR och Migrationsverket, Kvalitet i svensk asylprövning – en studie av Migrationsverkets av och beslut om internationellt skydd, 2011 [cit. UNHCR och Migrationsverket (2011)]

Von Essen, Ulrik, Processramen i förvaltningsmål – ändring av talan och anslutande frågor, Norstedts Juridik, Stockholm 2009

Walters, William, Migration and Security i Burgess, P, The Routledge Handbook of New Security Studies

Wennergren, Bertil, Förvaltningsprocessen – en fullbordad process, FT 1996, s. 75-84

Wennergren, Bertil, Förvaltningsprocesslagen m. m. - En kommentar, 5:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2005

Westberg, Peter, Domstols officialprövning – en civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1, Juristförlaget i Lund, Lund 1988

Westberg, Peter, Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet, publicerad i Festskrift till P. O. Bolding, s. 421-446, Juristförlaget, Stockholm 1992

Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, Utlänningslagen med kommentarer, 9:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2010

Svenska domstolar:

Högsta domstolen

NJA 1983 s. 177

NJA 1984 s. 501 I och II

NJA 1990 s. 93

NJA 1991 s. 83

NJA 1993 s. 616

NJA 1993 s. 764

NJA 1994 s. 74

NJA 2002 s. 178

Regeringsrätten

Reg. 74-97

RÅ 1992 ref. 234

RÅ 1993 ref. 246

RÅ 2003 ref. 88

Arbetsdomstolen

AD 1995 nr 20

Migrationsöverdomstolen

MIG 2006:1
MIG 2007:9
MIG 2007:12 (UM 540-06)
MIG 2007:30 (UM 930-06)
MIG 2007:45
MIG 2007:54
MIG 2009:1
MIG 2009:7
MIG 2009:17
MIG 2009:25
MIG 2009:35
MIG 2010:17 (UM 3135-09)
MIG 2011:11 (UM 8325-10)

Opublicerade domar från Migrationsöverdomstolen

UM 1198-06
UM 720-06
UM 1-07
UM 6595-08
UM 6658-08
UM 8628-08 (MIG 2009:27)
UM 133-09
UM 8111-09
UM 8112-09
UM 1014-09
UM 11013-09
UM 9536-10
UM 9578-10
UM 9580-10
UM 409-11
UM 4434-11
UM 5938-11

Migrationsdomstolen

UM 12857-08
UM 20683-10 E

Utlänningsnämnden

UN 21-93
UN 313-97
UN 417-00
UN 409-01
UN 457-04

Internationella domstolar:

Europadomstolen

Abdulaziz, Cabales and Balkandali v UK (Application nos. 9214/80; 9473/81; 9474/81) [cit. Abdulaziz v. UK]

Elektroniska källor:

Information om att styrka sin identitet på Migrationsverkets hemsida, <http://www.migrationsverket.se/info/2650.html>, senast besökt 2011-12-23

Migrationsverkets rätts- och landinformativsystem Lifos, <http://lifos.migrationsverket.se>

Ramöverenskommelse mellan regeringen och Miljöpartiet de gröna om migrationspolitik 2011-03-03, <http://www.regeringen.se/content/1/c6/16/21/42/e6580a78.pdf>, senast besökt 2011-12-23

Regeringens sammanfattning av Underlagsrapport 18, Den stora utmaningen: Internationell migration i en globaliserad värld, tillgänglig via <http://www.regeringen.se/sb/d/5146/a/109792>. Senast besökt 2011-12-23

Regeringens informationssida om anhöriginvandring, <http://regeringen.se/sb/d/13974/a/157999>, senast besökt 2011-12-23

Sveriges radio, "Nästan omöjligt för somalier att få hit anhöriga", publicerad 2010-06-22, <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=3993&artikel=3802324>, senast besökt 2011-12-23

Sveriges radio, "Lagen delar somaliska flyktingfamiljer", publicerad 2010-07-04, <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=3830644>, senast besökt 2011-12-23

Sveriges radio, "Hirsi Shokris barn får inga pass", publicerad 2011-01-25, <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=99&artikel=4309687>, senast besökt 2011-12-23

Sveriges radio, "Regeringen överens med MP om migrationspolitik", publicerad 2011-09-18, <http://sverigesradio.se/sida/artikel.aspx?programid=83&artikel=4701525>, senast besökt 2011-12-23

Anna Harrysson.

Registrerad på kursen examensarbete: 2011-09-01.

Förstagångsregistrering.