



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sofia Lyth

Bevisvärdering av muntlig utsaga i asylärenden

Examensarbete
30 högskolepoäng

Handledare Bengt Lundell

Ämnesområde Förvaltningsrätt

Termin HT 2008

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Metod och material	8
1.4 Avgränsning	9
1.5 Disposition	10
1.6 Definitioner	10
2 ASYLPRÖVNINGEN	12
2.1 Asylprövningens särdrag	12
2.2 Vad provas?	12
2.2.1 Flyktingskap	13
2.2.2 Skyddsbehövande i övrigt	13
2.3 EG-rättslig reglering	14
2.4 Prövningens gång	15
3 BEVISRÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER	17
3.1 Bevisningen	17
3.1.1 Viktiga begrepp	17
3.1.2 Bevismedel	18
3.1.3 Särskilt om muntlig utsaga	19
3.2 Fördelning av ansvar mellan sökande och myndighet	20
3.2.1 Bevisbörda	20
3.2.2 Åberopsbörda/ upplysningsskyldighet	20
3.2.3 Utredningsskyldighet	21
3.2.3.1 Allmänt om myndigheters utredningsskyldighet	21
3.2.3.2 Utredningsskyldighet i asylärenden	23
3.3 Beviskrav	24
3.3.1 Allmänt om beviskrav	24

3.3.2	Beviskravet i asylärenden	24
3.3.2.1	Särskilt om begreppet ”benefit of the doubt”	26
3.4	Sammanfattning	27
4	HUR SKA MUNTLLIG HANDLÄGGNING GENOMFÖRAS OCH DOKUMENTERAS?	29
4.1	Förvaltningsrättslig reglering	29
4.1.1	Krav på muntlighet	29
4.1.2	Krav på dokumentation	29
4.2	Muntlighet och dokumentation under förundersökningen	30
4.2.1	Krav på muntlighet	30
4.2.2	Krav på dokumentation	31
4.2.3	Protokollet som underlag för bevisvärdering	32
4.3	Asylärenden	33
4.3.1	Krav på muntlig handläggning	33
4.3.2	Krav på dokumentation	35
4.3.3	Protokollet som underlag för bevisvärdering	36
4.4	Sammanfattning	37
5	HUR SKA MUNLLIG UTSAGA PRESENTERAS?	39
5.1	Presentationsformer i brottmål	39
5.1.1	Bevisomedelbarhetsprincipen	39
5.1.2	Presentationsformens betydelse för bevisvärdet	40
5.1.3	Beteendevetenskaplig forskning på området	41
5.2	Presentationsform i asylärenden	43
5.3	Sammanfattning	45
6	HUR SKA TILLFÖRLITLIGHETEN AV EN UTSAGA BEDÖMAS?	47
6.1	Allmänt om bevisvärdering	47
6.2	Bedömning av utsagans tillförlitlighet i brottmål	49
6.2.1	Allmänt om bevisprövningen	49
6.2.2	Allmänt om tillämpningen av kriterier vid bedömning av tillförlitlighet	49
6.2.3	Särskilda kriterier som används vid bedömning av en utsagas tillförlitlighet	50
6.2.3.1	Allmän trovärdighet/det sätt som utsagan har angivits på	50
6.2.3.2	Utsagan ska vara rimlig, sannolik och inte innehålla några svårförklarliga moment	52
6.2.3.3	Utsagan ska vara lång, sammanhängande och klar	53
6.2.3.4	Utsagan ska vara detaljrik	54
6.2.3.5	Utsagan ska vara konstant under prövningens gång	55
6.2.3.6	Oriktiga uppgifter	56
6.3	Bedömning av utsagans tillförlitlighet i asylärenden	56

6.3.1	Allmänt om bevisprövningen	56
6.3.2	Allmänt om användandet av tillförlitlighetskriterier i asylärenden	58
6.3.3	Särskilda kriterier som används i bedömningen av utsagans tillförlitlighet	59
6.3.3.1	Allmän trovärdighet	59
6.3.3.2	Berättelsen är rimlig, sammanhängande och sannolik	60
6.3.3.3	Det finns inga motstridiga uppgifter	61
6.3.3.4	Berättelsen strider inte mot allmänt kända fakta	62
6.3.3.5	Berättelsen är detaljrik och klar	62
6.3.3.6	Berättelsen förblir oförändrad under asylprövningens gång	63
6.3.3.7	Sökanden har i en del lämnat oriktiga uppgifter	64
6.4	Sammanfattning	65
7	ANALYS	67
7.1	Allmänt om analysens utformande och svårigheterna att göra analogier mellan olika rättsområden	67
7.2	Bevisrättsliga utgångspunkter	68
7.3	Muntlig handläggning och dokumentation av muntlig utsaga	69
7.4	Presentationsformens betydelse	72
7.5	Bevisvärderingen av den muntliga utsagan	74
7.6	Avslutande kommentar	78
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	79
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	83

Summary

To evaluate the reliability of a statement of an asylum seeker is a very difficult but important part of the procedure to determine whether the applicant should be granted protection. It is especially important that it is done correctly, since the applicant in most cases is not able to support his statement with documents or other proof. How the interview is held, how the statement is documented and presented for the decision maker is of vast importance for the evidentiary assessment. The objective of this essay has been to study reliability assessments in asylum cases. I have examined how the responsibility regarding the evidence is divided between the applicant and the Migration Board and how the interview and documentation is done. Further different ways of presenting the statement is studied. Finally I have analyzed different sources to examine which criterions that have been considered important in the reliability assessment.

Since not much has been written about evidentiary evaluation in asylum cases, I have studied how these questions are regulated in the legal procedure of criminal cases. The last couple of years there has been an active discussion on how statements shall be evaluated when there is no other evidence to support it. How statements shall be documented, presented for the court and assessed in criminal cases, is interesting also for asylum cases. It is uncommon with oral interviews in other public law areas, hence little information has been able to find there. The examination that has to be done differs between criminal cases and asylum cases. In the criminal case the court has to determine what has happened in the past, while in the asylum case the Migration Board has to evaluate what will happen in the future, if there are any risks for the applicant when he returns to his country of origin. Further the burden of proof lies on the asylum seeker in asylum cases and on the prosecutor in criminal cases. The standard of proof in asylum cases is “probable”, compared to “beyond reasonable doubt” in criminal cases. There are also other guaranties for the defence in a criminal court. The process is more public and involves two parties. Regarding asylum cases, the Migration Board acts as both prosecutor and judge.

The principle of free evidentiary assessment is essential both for criminal cases and asylum cases. The evaluation has to be objective and based on facts instead of subjective opinion. The decision maker/ judge can use criterions in the reliability assessment of a statement. The criterions used in criminal cases and asylum cases for this purpose are quite similar. All criterions don't have to be fulfilled and they can not be used to strictly. They shall rather be seen as a help in the evidentiary assessment. The Supreme Court (HD) has found that the most important criterions are that a statement is full of detail and constant. Further it is important that is coherent, probable and does not contain any circumstances that are difficult to explain. It has also been considered essential that the statement is long, coherent and clear and that no information has proven to be untrue. The

most controversial criterion is the general credibility of the person giving the statement and *how* the statement has been given. The Supreme Court of Migration (Migrationsöverdomstolen) has used similar criteria. The length of the statement has not been given any importance in these cases. The statement should not run counter to general known facts, which includes information of the country of origin. In criminal cases the statement shall correspond to other available evidence.

The use of these criteria is dependent on how the interview has been made as well as how the statement has been documented and presented for the decision maker. It is important that the asylum seeker is given the opportunity to give explanations to inconsistencies and to why a statement has been changed. Misunderstandings and incorrect translations can thus be clarified.

In criminal cases there are more regulation regarding if, when and how a statement shall be documented, than what is the case in asylum cases. There is no general practice at the Migration Board concerning if the protocol shall be read to the applicant before decision in the case is made. In SOU 2006:6 a proposal was made to regulate this in a law, but so far nothing has happened. Even if the protocol is read for the applicant, it is important to be aware of how information transform between the spoken word and the protocol. The case officer who is responsible for the interview must be clear concerning if the information is given from the applicant or the case officer. It is also important to be aware of the language difficulties and the certain problems that come with using an interpreter.

For quite some time, the question whether or not the decision maker shall be present during the interview in asylum cases, has been discussed. The way the statement is presented will affect both how important the protocol is and what criteria that are possible to use. If the decision maker is not present at the interview it is even more important that the documentation is done correctly. Further it makes it more difficult for the decision maker to assess the general credibility of the statement. Even if the criterion "general credibility" is difficult to apply, it can have importance for the evidence evaluation. Several other criteria, for example that the statement shall be full of detail, might not be easy to use if the decision maker has not been present when the statement was given.

Sammanfattning

Att bedöma tillförlitligheten av en asylsökandes muntliga utsaga är en mycket viktig men svår del av asylprövningen. Att detta sker korrekt har särskilt stor betydelse i denna typ av ärenden eftersom det i de flesta fall inte finns någon annan bevisning än den sökandes redogörelse. I uppsatsen har jag behandlat tillförlitlighetsbedömningar av muntlig utsaga i asylärenden. Jag har undersökt hur ansvaret för bevisningen är fördelat mellan sökanden och Migrationsverket och hur underlaget tas fram genom utredning och dokumentation. Vidare berörs frågan hur utsagan ska presenteras för den som har att fatta beslut i sakfrågan. Slutligen har jag analyserat praxis, doktrin och förarbeten för att undersöka vilka kriterier som används i tillförlitlighetsbedömningen.

Eftersom inte mycket är skrivet om bevisprövning av asylärenden har jag vänt mig till brottmålsprocessen för att se hur dylika frågor regleras där. De senaste åren har en livlig diskussion förts om hur muntlig utsaga ska värderas i brottmål när ingen stödbevisning finns att tillgå. Det är mycket ovanligt med muntlig handläggning i förvaltningsrätten i övrigt, varför lite information står att finna där. Det som främst skiljer brottmålsförfarandet och asylprocessen åt är den något annorlunda prövning som ska göras. I brottmål handlar det om att avgöra vad som har hänt, medan asylprövningen innebär en framåtsyftande bedömning där det avgörande är vilken framtida risk som finns. Vidare skiljer sig beviskravet åt och bevisbördans placering. I asylärenden ligger bevisbördan hos den asylsökande och beviskravet är ”sannolikt”, medan bevisbördan i brottmål ligger hos åklagaren och beviskravet är ”ställt utom rimligt tvivel”. Dessutom finns andra rättssäkerhetsgarantier i en domstolsprocess än i en myndighetsprövning. I brottmålsprocessen finns en helt annan insyn för utomstående och det är fråga om en tvåpartsprocess. Migrationsverkets prövning är däremot sluten och myndigheten agerar som både åklagare och domare. Jag anser dock att vissa lärdomar är möjliga att dra för asylprövningens del från hur dylika problem har behandlats inom detta område.

Både brottmål och asylärenden styrs av principerna om fri bevisprövning och fri bevisvärdering. Prövningen måste dock vara objektiv och saklig och får inte grundas på subjektiva ställningstaganden. Ett sätt för beslutsfattaren/domaren att konkretisera prövningen är att formulera vilka kriterier (eller allmänna erfarenhetssatser) som används när tillförlitligheten av en muntlig utsaga bedöms. De kriterier som har utvecklats i brottmålsförfarandet och i asylprocessen för detta ändamål är i grunden väldigt lika. Det är inte nödvändigt att alla är uppfyllda och de får inte heller användas allt för strikt. Snarare ska de användas som ett stöd i bevisvärderingen. HD har i sin praxis ansett de viktigaste kriterierna vara att utsagan är detaljrik och konstant. Vidare är det av betydelse att den är rimlig, sannolik och inte innehåller några svårförklarliga moment. Vikt har

också lagts vid att redogörelsen är lång, sammanhängande och klar samt huruvida utsagopersonen har lämnat några uppgifter som har visat sig oriktiga. Det mest kontroversiella kriteriet innebär att utsagopernens allmänna trovärdighet bedöms och huruvida utsagan har lämnats på ett sätt som är trovärdigt och bär det självupplevdas prägel.

Migrationsöverdomstolen har i sin praxis hänvisat till motsvarande kriterier. Utsagens längd har dock inte fått någon självständig betydelse i asylärenden. Att utsagan i asylärenden inte ska strida mot allmänt kända fakta, främst landinformation, torde motsvaras av brottmålets kriterium att utsagan ska överensstämma med den yttre stödbevisning som finns.

Möjligheten att tillämpa ovanstående kriterier är dock beroende av hur underlaget för bedömningen ser ut. Av denna anledning spelar det stor roll hur den muntliga utsagan har genomförts, dokumenterats och presenterats för den som ska fatta beslut. Det är viktigt att den sökande verkligen ges möjlighet att bemöta de omständigheter som Migrationsverket tycker talar emot att utsagan är tillförlitlig. Det är möjligt att sökanden kan lämna godtagbara förklaringar till att motstridiga uppgifter lämnats eller att redogörelsen har ändrats. Missförstånd och felöversättningar kan på detta sätt redas ut.

När det gäller frågan om, när och hur muntlig utsaga ska dokumenteras är detta mycket mer reglerat vad gäller förhör under förundersökningen än utredningar på Migrationsverket. Som konstaterats i SOU 2006:61 finns ingen enhetlig praxis på Migrationsverket avseende frågan om sökande ska få ta del av och yttra sig över protokollet innan beslut fattas i ärendet. I väntan på att de lagförslag som lades fram i utredningen går igenom, vore tydligare interna instruktioner önskvärda. Även om protokollet läses upp är det viktigt att vara medveten om hur informationen transformeras mellan det talade ordet och skrift. Utredaren bör försöka se till att det framgår av protokollet vilken information som härstammar från den sökande och vara försiktig när sökandens svar omformuleras. Vidare måste hänsyn tas till de språksvårigheter som finns och de betänkligheter som användandet av tolk innebär.

Huruvida den beslutsfattare som ska fatta beslut i asylärendet ska medverka under den muntliga handläggningen, har länge diskuterats. Som erfarenheter från asylprövningen och brottmålsprocessen har visat, kommer presentationsformen få betydelse både för vilken betydelse dokumentationen av utredningen har och för vilka tillförlitlighetskriterium som är möjliga att tillämpa. Om beslutsfattaren inte medverkar under utredningen är det ännu viktigare att protokollet utformas på ett korrekt sätt. En sådan ordning försvårar också beslutsfattarens möjlighet att bedöma den sökandes allmänna trovärdighet. Även om begreppet allmän trovärdighet är ytterst svårbedömt och måste behandlas med stor försiktighet, kan det ha betydelse för utsagens tillförlitlighetsbedömning. Flera andra kriterier som anses tala för tillförlitlighet, exempelvis att utsagan ska vara detaljrik, kan vara svårt att bedöma för den som inte närvarat då utsagan har avgivits.

Förord

Ett stort tack till Oskar Ekblad på Migrationsverket för uppslag, intressanta diskussioner under arbetets gång och att du pressade på för att uppsatsen skulle bli färdig i tid överhuvudtaget. Vidare har flera medarbetare på Migrationsverket varit behjälpliga och diskuterat olika aspekter av frågeställningarna. Särskild uppmärksamhet förtjänar Maria Person, Marcus Toremar, Fredrik Beijer och Magnus Rosenberg som alla delat med sig av sina erfarenheter och kunskaper på olika områden inom asylprövningen.

Min handledare Bengt Lundell förtjänar också ett stort tack för värdefull handledning. Tack även alla som korrekturläst uppsatsen utan att riktigt förstå den!

Förkortningar

CAT	Committee Against Torture (FN:s tortyr kommitté)
EKMR	Europeiska konventionen för mänskliga rättigheter
FL	Förvaltningslag (1986:223)
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
FuK	Förundersökningskungörelse (1947:948)
HD	Högsta Domstolen
JO	Riksdagens Ombudsman
MIG	Migrationsöverdomstolens prejudikatsamling
MD	Migrationsdomstolen
MIÖD	Migrationsöverdomstolen
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1 942:740)
RF	Regeringsform (1974:152)
SOU	Statens offentliga utredningar
SoL	Socialtjänstlag (2001:43)
TaxL	Taxeringslag (1990:324)
UN	Utlänningsnämnden
UNHCR	United Nations High Commissioner of Refugees (FN:s flyktingkommissarie)
UtiF	Utlänningsförordning (2006:97)
UtiL	Utlänningslag (2005:716)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

För personer som flyr förföljelse i sitt hemland och ansöker om asyl i Sverige, kan Migrationsverkets prövning innebära en fråga om liv eller död. År 2008 ansökte 24 353 personer om asyl i Sverige.¹ Hur asylprövningen genomförs har stor politisk betydelse och den senast tiden har Migrationsverket fått motstå en hel del svidande kritik. Ett exempel är Röda Korsets rapport *Riktlinjer för utredning och bedömning av kvinnors skyddsbehov –ett fungerade verktyg?*, som trots att den främst fokuserar på kvinnors asylskäl visar på de allmänna svårigheterna och bristerna i Migrationsverkets bevisvärdering.²

Av RF 1 kap. 9 § framgår att förvaltningsmyndigheter, såsom Migrationsverket, i sin verksamhet ska beakta allas likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet. Varje asylsökande som kommer till Sverige har rätt till en individuell prövning av sin asylansökan. Varje ärende ska behandlas på samma sätt. Artikel 3 i Genèvekonventionen³ stadgar vidare att de fördragsslutande länderna ska tillämpa bestämmelserna i konventionen på flyktingar utan åtskillnad med hänsyn till deras ras, religion eller ursprungsland.

Men hur säkerställs att asylprövningen blir rättssäker och att individuella prövningar görs, samtidigt som det finns ett kravet på att varje fall behandlas på samma sätt? I prövningen av om en utlänning ska beviljas uppehållstillstånd i Sverige på grund av att han eller hon riskerar förföljelse av någon anledning i sitt hemland, gäller principerna om fri bevisprövning och fri bevisvärdering. Det finns dock en uppenbar risk för att en sådan ordning kan leda till godtyckliga bedömningar. En tillförlitlighetsbedömning krävs för att avgöra om sökandens berättelse kan ligga till grund för bedömningen om uppehållstillstånd. Att sådana bedömningar är mycket problematiska framgår av en studie gjord 2005, där tjänstemän på Migrationsverket tillfrågades om vad de ansåg vara det främsta problemet med att fatta beslut i asylärenden. Övervägande flest röster, med 39 %, fick alternativet om att bedöma tillförlitligheten av en utsaga. En annan oroväckande slutsats som drogs av intervjuerna, är att det finns stora skillnader mellan hur olika handläggare på Migrationsverket hanterar bedömningen av tillförlitlighet. De tillfrågade gav olika svar på

¹ www.migrationsverket.se.

² Röda Korset, *Riktlinjer för utredning och bedömning av kvinnors skyddsbehov –ett fungerade verktyg?*, tillgängligt på:
<http://www.redcross.se/RKSF/sfdesign.nsf/main?openagent&layout=nyheter&docid=3C4E8490752D39C1C12575210029FF5B&menu0=0&menu1=2>

³ 1951 års konvention angående flyktingars rättsliga ställning.

vilka undersökningsstrategier de tillämpade, vilka beslutsriterium de förlitade sig på och hur de ansåg att ett och samma kriterium bör tolkas.⁴

Uppenbarligen är tillförlitlighetsbedömningar av muntlig utsaga i asylärenden något som är förknippat med stora svårigheter. Vilka kriterier kan tillämpas vid en sådan bedömning? Hur påverkas tillförlitlighetsbedömningen av det sätt som underlaget har hanterats på; hur muntlig handläggning hålls och dokumenteras samt hur den muntliga utsagan presenteras för den som har att göra en sådan tillförlitlighetsbedömning? Är det möjligt att dra några lärdomar från hur dylika frågor har hanterats inom straffrätten och andra förvaltningsrättsliga områden? Hur ser beteendevetenskapen på dessa frågor? Vilka lärdomar kan dras från detta område för att tillgodose att asylprövningen blir så rättssäker som möjlig och försäkra att alla ärenden blir behandlade lika?

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att undersöka hur tillförlitlighetsbedömningar av muntlig utsaga skall göras i asylärenden, och vilka faktorer som spelar in för att underlaget för en sådan bedömning ska bli så bra som möjligt. Syftet har också varit att undersöka hur dessa frågor regleras inom den allmänna förvaltningsrätten och inom straffrätten, för att avgöra om några slutsatser är möjliga att dras för asylprövningens del. Även processen under förundersökningen kommer att behandlas.

För att göra detta har jag valt att koncentrera mig på följande frågeställningar:

- Vem ansvarar för bevisningen? Hur fördelas ansvaret när det gäller bevisbörda, informationsbörda/åberopsbörda och utredningsskyldighet? Vilket beviskrav ska tillämpas?
- Hur ska muntlig handläggning genomföras och muntlig utsaga dokumenteras?
- Hur ska muntlig utsagas presenteras för den som fattar beslut?
- Hur ska bedömningen av tillförlitligheten i en muntlig utsaga göras?

1.3 Metod och material

Jag har analyserat de källor som finns på området; lagtext, förarbeten, praxis och doktrin. När det gäller använd praxis har jag i första hand undersökt de domar från HD och Migrationsöverdomstolen som berört bevisprövning och bevisvärdering. Dessutom har en dom från migrationsdomstolen i Malmö

⁴ Pär Anders Granhag, Leif A Strömwall och Maria Hartwig, *Granting Asylum or not? Migration Board Personnel's Beliefs about Deception*, s 40 och 48.

använts i arbetet. Det ska noteras att det ännu inte har meddelats så många domar från Migrationsöverdomstolen som har berört tillförlitlighetsbedömning av muntlig utsaga.

Jag har även studerat de interna rutiner som Migrationsverket använder sig av och som finns tillgängliga i bland annat Utlänningshandboken. Även andra beslut och utvärderingar gjorda av verket har behandlats, liksom beslut från regeringen och JO. Eftersom asylrätten bygger på Sveriges åtaganden i en rad internationella konventioner har jag även refererat till relevanta folkrättsliga källor i berörda delar. Dessutom har den EG-rättsliga regleringen på asylområdet behandlats kortfattat.

I uppsatsen har jag jämfört hur bevisprövning och bevisvärdering genomförs i asylärenden med hur det görs i brottmål och i det typiska förvaltningsärendet. Muntlig utredning förekommer knappt hos myndigheter i första instans och det finns därför väldigt lite skrivet om hur muntlig utsaga ska hanteras och värderas inom förvaltningsrätten. Förutom Migrationsverket är det främst polisen som använder sig av muntliga utredningar (eller förhör). Frågan om muntlig handläggning och dokumentation genomförs i asylärenden kommer att jämföras med regleringen i den allmänna förvaltningsrätten och motsvarande bestämmelser för förundersökning i brottmål. Avseende frågorna om presentationsform och tillförlitlighetsbedömning av muntlig utsaga, kommer i första hand en jämförelse att göras mot regleringen i brottmål. Förvaltningsrätten har här inte mycket att erbjuda, eftersom de bevismedel som i första hand används är skriftliga. De svårigheter som aktualiseras när analogier görs mellan olika rättsområden berörs i analysen.

Bevisvärdering av muntlig utsaga och främst tillförlitlighetsbedömningar innebär att flera frågor ställs som inte är strikt juridiska. Är det möjligt att avgöra om det en människa redogör för har någon verklighetsförankring? Vilka aspekter är i sådana fall av betydelse? Hur bra är människor på att avslöja om andra personer ljugar eller talar sanning? Sådana frågeställningar har behandlats av olika beteendevetenskapliga forskare och kommer i vissa delar att behandlas i arbetet. Min avsikt har dock inte varit att ge en heltäckande och fullständig beskrivning av detta område, utan att peka på vissa resultat i den forskning som har bedrivits som kan ha betydelse för bevisvärdering av muntlig utsaga.

1.4 Avgränsning

Syftet med denna uppsats är främst att redogöra för hur tillförlitlighetsbedömningar görs i asylärenden. Därför är det främst de aspekter av asylprocessen som jag har ansett få störst betydelse för denna bedömning som har belysts. Således kommer jag inte att fokusera särskilt mycket på frågan om vad som krävs för att återopade asylskäl ska vara *tillräckliga* för att uppehållstillstånd ska beviljas. Vidare har jag fokuserat på bevisvärderingen av den muntliga utsagan, eftersom det oftast endast är det som finns att tillgå när bevisvärderingen ska göras. Andra bevismedel

såsom skriftliga bevis och sakkunnigbevisning har endast berörts mycket kortfattat. Slutligen kommer jag inte särskilt att behandla den prövning som görs i migrationsdomstolen och Migrationsöverdomstolen, utan främst fokusera på prövningen i första instans hos Migrationsverket.

1.5 Disposition

Efter det inledande avsnittet kommer jag i avsnitt 2 att ge en kortfattad bakgrund till asylprövningen. Asylärendens särdrag behandlas, liksom vad det är som prövas. Dessutom ges en kort beskrivning av ärendets gång inom Migrationsverket. Avsnitt 3 behandlar bevisrättsliga termer som kommer att ligga till grund för den fortsatta framställningen samt hur ansvaret är fördelat när det gäller att förebbringa bevisningen. Dessutom behandlas frågan om vilket beviskrav som ska användas. Där begrepp och reglering skiljer sig åt mellan straffrätten, förvaltningsrätten i allmänhet och asylärenden i synnerhet kommer rättsområdena behandlas särskilt. Fokus kommer dock att ligga på asylärenden.

Den muntliga handläggningens genomförande och dokumentationen av vad som framkommit av denna, presenteras i avsnitt 4. Först ges en beskrivning av regleringen i FL, sedan av förundersökning i brottmål och slutligen ges en beskrivning av motsvarande bestämmelser när det gäller asylärenden.

Hur muntlig utsaga presenteras för den person som har att fatta beslut i ärendet i sak samt vilken betydelse detta får för bevisvärdet, behandlas i nästföljande avsnitt. Avsnitt 6 behandlar frågan hur bevisvärdering av muntlig utsaga ska göras, med särskild inriktning på hur tillförlitligheten bör bedömas. Jag kommer att gå igenom de särskilda kriterier som HD och den straffrättsliga doktrinen har utvecklat på detta område. Vidare har jag analyserat domar från Migrationsöverdomstolen, regeringsbeslut och doktrin för att komma fram till vilka motsvarande kriterier som har ansetts viktiga i asylärenden vid en tillförlitlighetsbedömning.

Min analys återfinns i avsnitt 7 där svar lämnas till de frågeställningar som formulerades i inledningen. En jämförelse görs mellan hur asylprövningen genomförs med hur ett ”normalt” förvaltningsärende och ett brottmålsärende prövas.

Jag har försökt att hålla mina åsikter till analysen, varför avsnitt 2-6 till största delen är deskriptiva. Där det har varit viktigt att ta ställning i olika frågor för att komma vidare i uppsatsen har jag dock även i dessa avsnitt klargjort min mening.

1.6 Definitioner

Eftersom syftet med uppsatsen är att undersöka hur tillförlitlighetsbedömningar av muntlig utsaga görs, är det viktigt att redan

tidigt i arbetet klargöra för skillnaderna mellan begreppen tillförlitlighet och trovärdighet.

Ofta ser man att begreppen trovärdighet och tillförlitlighet används synonymt. Gregow skriver exempelvis i sin artikel att det avgörande i bedömningen av en utsaga blir ”trovärdigheten hos målsäganden, eller annorlunda uttryckt, huruvida hennes uppgifter är tillräckligt tillförlitliga”.⁵ Tillförlitlighet och trovärdighet är inga juridiska begrepp, och det finns en viss oenighet inom doktrinen om vad de egentligen innebär. De flesta är dock ense om att ett särskiljande av dessa båda begrepp är essentiellt för att kunna göra en korrekt bevisvärdering.⁶

Enligt Schelins definition är trovärdigheten knuten till en person, att personer ger ett trovärdigt intryck och avger utsagan på ett trovärdigt sätt. Tillförlitligheten är istället knuten till utsagan.⁷ I JK:s rapport *Oskydligt dömda*, anförs att skillnaden i dessa begrepp är att det finns ett klart subjektivt moment i trovärdighetsbedömningen. Även om ordet trovärdig har ungefär samma betydelse som ordet tillförlitlig, anknyter det förstnämnda till vad som är värt att tro på. Tro är en subjektiv föreställning som inte har något med objektiva faktorer att göra.⁸ Diesen definierar trovärdighet som den intuitiva tillit som bedömaren tillmäter den berättelse han tar del av. Det är fråga om en subjektiv bedömning och därför blir den beroende av vilka referenser bedömaren har när det gäller rimligheten i sakinnehåll och sättet för dess framförande.⁹

Även om begreppen trovärdighet och tillförlitlighet inte är helt klart definierade inom doktrinen kommer jag, för att undvika missförstånd, nedan att försöka använda mig av dessa begrepp i den definition som Lena Schelin har givit, det vill säga att trovärdigheten är knuten till en person, medan tillförlitligheten är knuten till utsagan. Detta kan vara förvillande, eftersom begreppen till så stor del används som synonymer. Exempelvis gör Migrationsöverdomstolen ingen skillnad på dessa båda begrepp. En utförligare diskussion om denna problematik presenteras i avsnitt 6.

⁵ Gregow, Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn, s 517.

⁶ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 240, JK:s rapport, s 473-474, Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 234-236.

⁷ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 240.

⁸ JK:s rapport, s 473-474.

⁹ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 234-236.

2 Asylprövningen

2.1 Asylprövningens särdrag

I detta avsnitt ska jag lyfta fram några av de aspekter som gör att asylärenden skiljer sig från andra förvaltningsrättsliga ärenden. I grunden är ett asylärende ett ansökningsärende, där den enskilde ansöker om en förmån (uppehållstillstånd). I ärendena finns också starka skyddsintressen. Det handlar om livsviktiga beslut för de enskilda, som kan vara i behov av internationellt skydd undan förföljelse i sitt hemland. Den enskilde är i en mycket underlägsen position mot myndigheten som har möjlighet att avgöra frågor om den enskildes liv. Även om det är frågan om ett ansökningsärende, en begäran om att få åtnjuta en förmån/en rättighet, har kanske asylärenden mer att göra med andra typer av ärenden där starka skyddsintressen finns. Som kommer att visas mer nedan innebär förekomsten av skyddsintresse att ett asylärende ska handläggas på ett något annorlunda sätt än andra förvaltningsärenden. Det finns ett absolut krav på muntlig handläggning i de fall där den sökande riskerar avvisning eller utvisning, medan huvudregeln i förvaltningsrättsliga ärenden är ett skriftligt förfarande. Vidare har Migrationsverket än större utredningsskyldighet än andra myndigheter på grund av detta.¹⁰

Det är mycket ovanligt med offentliga biträden inom förvaltningsrätten. 9 § FL anger att den som för talan i ett ärende *får* anlita ombud eller biträde. Om en part vill anlita ett biträde eller ombud ska han eller hon stå för kostnaderna själv. I förarbetena anges att eftersom myndigheterna har utredningsskyldighet är det allt för kostsamt och omständligt med advokathjälp.¹¹ I asylärenden *ska* dock biträde förordnas, bland annat i mål och ärenden om avvisning och utvisning enligt 18 kap. 1 § UtlL. Så är även fallet i en rad andra områden där den personliga rörelsefriheten eller den kroppsliga integriteten berörs, exempelvis inom mentalsjukvården och kriminalvården.¹²

2.2 Vad prövas?

För att kunna förstå vilken utredning Migrationsverket ska göra, och vilka krav som bör ställas på denna är det viktigt att känna till något av vad som prövas i en asylprocess. Med asyl avses enligt 1 kap. 3 § UtlL ett uppehållstillstånd som beviljas en utlänning därför att han eller hon är flykting. Även om sökanden grundar sin ansökan på att han eller hon är skyddsbehövande i övrigt enligt 4 kap. 2 § UtlL ska det ses som en asylansökan enligt 1 kap. 12 § UtlL.

¹⁰ Se nedan avsnitt 2.2 och 3.2.3.

¹¹ Prop 85/86:80 s 128 ff.

¹² Wikrén /Sandesjö, Utlänningslagen med kommentarer, s 497.

2.2.1 Flyktingskap

Enligt 5 kap. 1 § UtL har flyktingar och skyddsbehövande i övrigt rätt till uppehållstillstånd om de befinner sig i Sverige. Med flykting avses enligt 4 kap. 1 § samma lag en utlänning som;

- befinner sig utanför det land som utlänningen är medborgare i, därför att han eller hon känner en välgrundad fruktan för förföljelse på grund av ras, nationalitet, religiös eller politisk uppfattning eller på grund av kön, sexuell läggning eller annan tillhörighet till en viss samhällsgrupp, och
- inte kan eller på grund av sin fruktan inte vill begagna sig av detta lands skydd.

Definitionen av begreppet ”flykting” kommer från artikel 1.A.2. i Genèvekonventionen. Regeringen har i proposition 1996/97:25 angivit att det är viktigt att internationellt söka nå fram till en någorlunda enhetlig tolkning vid tillämpning av konventionens skyddsbestämmelser. Det är därför viktigt att beakta UNHCR:s tolkning av flyktingbegreppet liksom annan internationell praxis på området.¹³ Utlänningslagens uppräknade förföljelsegrunder skiljer sig åt från Genèvekonventionen på det sätt att begreppen kön och sexuell läggning har lagts till. Enligt förarbetena ska det snarare ses som ett förtydligande av vad som menas med viss samhällsgrupp än som två helt nya flyktinggrunder.¹⁴

2.2.2 Skyddsbehövande i övrigt

Enligt 4 kap. 2 § UtL avses med skyddsbehövande i övrigt en utlänning som i andra fall än som avses i 1 § befinner sig utanför det land som utlänningen är medborgare i, därför att han eller hon

1. känner välgrundad fruktan för att straffas med döden eller annan utsättning för kroppsstraff, tortyr eller annan omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning,
2. behöver skydd på grund av yttre eller inre väpnad konflikt eller på grund av andra svåra motsättningar i hemlandet känner välgrundad fruktan för att utsättas för allvarliga övergrepp, eller
3. inte kan återvända till sitt hemland på grund av en miljökatastrof.

Detsamma gäller en statslös person som befinner sig utanför det land där han eller hon tidigare har haft sin vanliga vistelseort.

Att Migrationsverket inte får skicka tillbaka en sökande till ett land där han eller hon riskerar tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling kommer av Sveriges åtaganden på grund av FN:s tortyrkonvention¹⁵ och EKMR. Medlemsstaterna som skrivit under FN:s tortyrkonvention har enligt artikel 3 förbundit sig att inte utvisa, återföra eller utlämna en person till en annan stat, i vilken det finns grundad anledning att tro att han skulle vara i fara att utsättas för tortyr. Art 3 i EKMR, som stadgar att ingen får utsättas

¹³ Prop. 1996/97:25 s 96 f.

¹⁴ Prop. 2005/06:6, s 34-35.

¹⁵ Konvention mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning av den 10 december 1984.

för tortyr eller omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, har ingen liknande regel om *non-refoulement*¹⁶. Det finns dock många rättsfall där Europadomstolen har uttalat att avvisning, utvisning eller utlämning till ett land där personen i fråga löper risk att utsättas för grym behandling ändå kan utgöra ett brott mot artikel 3 i konventionen.¹⁷

Bestämmelserna om skydd undan yttre och inre väpnad konflikt samt miljökatastrof infördes i utlänningslagen 1997. Tidigare hade denna grupp omfattats av bestämmelsen om de-facto-flyktingar. Lagändringen blev därför en kodifiering av gällande praxis.¹⁸ Svåra motsättningar föreligger bland annat när förhållandena i hemlandet är sådana att rättssystemet inte opartiskt värnar befolkningens grundläggande mänskliga rättigheter. Så kan vara fallet när det finns en konflikt i landet mellan olika befolkningsgrupper eller mellan en befolkningsgrupp och staten, och denna konflikt inte uppnår väpnad konflikt. Det måste finnas ett samband mellan de svåra motsättningarna och de allvarliga övergrepp som personen riskerar.¹⁹

2.3 EG-rättslig reglering

I och med Amsterdamfördraget 1999 kom migrations- och asylfrågor att bli en del av EG-rätten. Europeiska rådet beslutade vid sitt särskilda möte den oktober 1999 i Tammerfors i Finland om ett femårprogram för att skapa ett gemensamt europeiskt asylsystem. Flera rättsakter har förhandlats fram under denna tid, exempelvis Dublinförordningen, Eurodacförordningen, skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet. 2004 byttes Tammerforsprogrammet ut mot Haagprogrammet.²⁰

Dublinförordningen²¹ ersatte 2003 Dublinkonventionen från 1990. Förordningen innehåller regler om vilken stat som ska behandla en asylansökan som har lämnats in i en medlemsstat. Syftet är dels att se till att undvika att den sökande inte får sin sak prövad av något land, dels att se till att en ansökan inte blir prövad av flera olika stater.²²

Skyddsgrundsdirektivets²³ syfte enligt artikel 1 att införa miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska betraktas som

¹⁶ Med principen om *non-refoulement* menas att en stat eller de som handlar på dess vägnar inte får avvisa eller utvisa en asylsökande till sitt hemland om han eller hon riskerar förföljelse där, se Wikrén/Sandesjö, Utlänningslagen med kommentarer, s 50.

¹⁷ Danelius, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis, s 78. Se exempelvis *Soering mot Förenade Konungariket*, Dom från Europadomstolen den 7 juli 1989.

¹⁸ Wikrén/Sandesjö, Utlänningslagen med kommentarer, s 153.

¹⁹ Prop. 2004/05:170, s 174 ff. och 274.

²⁰ SOU 2006:61, s 42.

²¹ Rådets förordning (EG) nr 343/2003 den 18 februari 2003 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som har ansvaret för att pröva en asylansökan som en medborgare i tredje land har gett in i någon medlemsstat.

²² Wikrén/Sandesjö, Utlänningslagen med kommentarer, s 30-31.

²³ Rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om mininormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som

flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd och innehållet i det beviljade skyddet. Direktivet använder sig av samma flyktingdefinition i artikel 9 som i Genèvekonventionen och dess begrepp alternativt skyddsbehövande i artikel 15 motsvarar i stort sett utlänningslagens begrepp skyddsbehövande i övrigt.²⁴ Vidare finns bestämmelser om hur ansökningar om internationellt skydd ska bedömas. Direktivet skulle vara införlivad i svensk rätt den 10 oktober 2006 enligt artikel 38.

Syftet med asylprocedurdirektivet²⁵ är enligt artikel 1 att fastställa miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för beviljande eller återkallande av flyktingstatus. Direktivet innehåller bland annat regler om hur sökandens rätt till effektiva rättsmedel ska tillgodoses och hur prövningen hos myndigheterna ska gå till. Enligt artikel 43 skulle direktivet ha varit införlivat i svensk rätt den 1 december 2007.

Två utredningar har gjorts om hur skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet ska implementeras i svensk rätt, SOU 2006:6 respektive SOU 2006:61. Betänkandena har dock inte lett till någon proposition och direktiven har ännu inte blivit implementerade. Kommissionen har stämt Sverige inför EG-domstolen angående införlivandet av skyddsgrundsdirektivet, men domstolen har ännu inte prövat frågan. Justitiedepartementet arbetar för nuvarande med att sammanställa en lagrådsremiss angående direktiven.²⁶

2.4 Prövningens gång

Både förarbetena till FL och UtIL har slagit fast att tyngdpunkten i utredningen skall ligga i första instans. Sökanden kan gå miste om en riktig överprövning om inte alla omständigheter har åberopats och prövats av Migrationsverket. Dessutom är det lättare för den sökande att utforma sin överklagan om beslut är fattat på allt tillgängligt material, och det klart och tydligt framgår av beslutet vilken bedömning som har legat till grund för beslutet. Att tyngdpunkten av prövningen ligger hos myndigheten är en förutsättning för att en rättssäker prövning ska kunna göras inom rimlig tid hos överinstansen. Domstolen kan inrikta sig på vad som är omstritt i ärendet om alla omständigheter har utretts tidigare.²⁷

Asylprocessen inleds med att den sökande lämnar in en asylansökan på en av Migrationsverkets ansökningsenheter²⁸. Sökanden fotograferas och fingeravtryck tas, för att jämföras med den europeiska databasen Eurodac.

personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet.

²⁴ De skillnader som finns anser jag ligga utanför detta arbetes syfte.

²⁵ Rådets direktiv 2005/85/EG av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för beviljande eller återkallande av flyktingstatus.

²⁶ Samtal med handläggare på Justitiedepartementet, 2009-01-09.

²⁷ Prop. 2004/05:170 s 153-154.

²⁸ När denna SOU skrevs kallades ansökningsenheterna för transitenheter.

En initial utredning hålls, där en handläggare kortfattat går igenom vissa frågor såsom resväg, familjeförhållanden och asylskäl. Syftet med denna muntliga handläggning är att avgöra hur ärendet sedan ska handläggas. Efter detta kan beslut fattas om avvisning med omedelbar verkställighet enligt 8 kap. 6 § utlänningslagen, eller om återsändning till ett annat land enligt Dublinförordningen. Ärenden som rör Dublinförordningen handläggs av särskilda Dublinenheter inom Migrationsverket. Övriga ärenden går vidare till asyl enheterna för fortsatt handläggning.²⁹ Det fortsatta arbetet kommer endast att fokusera på den muntliga utredning som görs på asyl enheterna.

2002 startades ett projekt i Malmö under namnet *modellverksamheten* som syftade till att öka rättsäkerheten i asylprocessen och koncentrera tyngdpunkten till första instans. Tanken var att lyfta fram rätts – och bevisfrågorna och öka närvaron av beslutsfattare vid den muntliga handläggningen. I regeringsbeslut UD2004/547/MAP slogs fast att lärdomarna från modellverksamheten ska tillämpas i Migrationsverkets hela verksamhet.³⁰ Enligt detta handläggningssätt ska ett offentligt biträde förordnas efter det initiala skedet, om det finns risk att sökanden blir avvisad eller utvisad. Biträdet träffar sökanden och får del av de handlingar som finns hos Migrationsverket i ärendet. Därefter upprättas en inläga, där yrkanden och grunder ska framgå, som skickas in till verket.³¹ Sedan bedöms den fortsatta handläggningen, vilket kan innebära att ytterligare skriftlig komplettering begärs, att ärendet bedöms vara klart för beslut eller att sökanden och biträdet kallas till muntlig handläggning.³²

Den muntliga handläggningen genomförs antingen som en muntlig genomgång, där både beslutsfattare och handläggare deltar eller som en muntlig komplettering där endast handläggaren deltar. Denna uppdelning görs i praktiken så att både beslutsfattare och handläggare deltar i utredningen i de fall där det är tillförlitligheten som ifrågasätts.³³ Efter sammanträdet upprättas ett protokoll och sökanden ges tillfälle att yttra sig slutligt i ärendet. Om inte yttrandet föranleder några ytterligare åtgärder kan beslut fattas.³⁴ Efter sammanträdet föredrar handläggaren ärendet för en beslutsfattare och lämnar därefter förslag till beslut. Beslutet skrivs sedan under av både föredraganden och beslutsfattaren.³⁵

²⁹ SOU 2004:74, s 282-283. Se även Migrationsverket, Migrationsverkets uppdrag, s 8, tillgängligt på www.migrationsverket.se (senast besökt 2009-01-04).

³⁰ Regeringsbeslut UD2004/547/MAP.

³¹ Prop. 2004/05:170 s 150.

³² Utlänningshandboken, avsnitt 27.2.

³³ SOU 2004:74, s 285-286.

³⁴ Prop. 2004/05:170 s 150-151.

³⁵ Pär Anders Granhag, Leif A Strömwall och Maria Hartwig, *Granting Asylum or not? Migration Board Personnel's Beliefs about Deception*, s 32.

3 Bevisrättsliga utgångspunkter

3.1 Bevisningen

3.1.1 Viktiga begrepp

För att kunna diskutera frågan om bevisprövning och bevisvärdering krävs att vissa viktiga begrepp inom bevisteorin klarläggs. Detta avsnitt kommer att behandla viktiga begrepp gällande bevisprövning i allmänhet och i synnerhet angående asylärenden. Dessa begrepp skiljer sig inte åt mellan straffrätten och förvaltningsrätten.³⁶

En rättsregel kan innehålla ett eller flera rekvisit som måste vara uppfyllda för att en viss rättsföljd ska kunna inträda. Ett sådant rekvisit kallas också *rättsfakta*.³⁷ För att rättsföljden flyktingskap ska inträda enligt 4 kap. 1 § UtL, ska bland annat rättsfaktumen ”välgrundad fruktan” och ”förföljelse” vara uppfyllda.³⁸ Med begreppet *bevistema* avses det sakförhållande som ska bevisas med förelagd bevisning. Bevistemat svarar på frågan ”vad ska bevisas?”. Det slutliga bevistemat är alltid ett rättsfaktum.³⁹ När bevistemat är klarlagt är det möjligt att fastställa vilken bevisning som är relevant för frågan om temats existens, antingen i positiv eller i negativ riktning.⁴⁰

Bevisning kan indelas i två kategorier, direkt bevisning och indirekt bevisning. Ett *bevisfaktum* är ett direkt bevis. Det har omedelbar betydelse som bevis för att ett rättsfaktum existerar, däremot leder det inte i sig själv till en rättsföljd. Ett bevisfaktums bevisvärde avgörs av hur stark relationen är till rättsfaktumet som ska visas. Det finns också två typer av indirekta bevis; indicier och hjälpfakta. De har inte någon direkt bevisverkan för bevistemat. Ett *hjälpfaktum* får sin betydelse genom att det har bevisverkan vid bestämningen av ett bevisfaktums bevisvärde. Det kan antingen höja eller sänka bevisvärdet av ett bevisfaktum. Ett *indicium* avser en omständighet som inte direkt kan hänföras till bevistemat, men som ändå har bevisverkan för eller emot temat. Exempel i brottmål är exempelvis sådana omständigheter som motiv och tillfälle.⁴¹

Domaren tillämpar också erfarenhetssatser vid bevisvärderingen. De *allmänna erfarenhetssatserna* grundar sig på allmän kunskap, livserfarenhet och föreställningar om relevanta samband som varje domare besitter.

³⁶ Diesen, Bevisprövning i förvaltningsmål, s 15 och 22-23.

³⁷ Schelin, Bevisvärdering av utsagor i brottmål, s 42. Se även Diesen, Bevisprövning i förvaltningsmål, s 15-16.

³⁸ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 223 ff.

³⁹ Ekelöf/Boman, Rättegång, fjärde häftet, s 13.

⁴⁰ Diesen, Bevisprövning i förvaltningsmål, s 16.

⁴¹ Schelin, Bevisvärdering av utsagor i brottmål, s 47-48.

Särskilda erfarenhetssatser förutsätter särskild sakkunskap och förebringas ofta rätten genom sakkunniga. Erfarenhetssatser har en abstrakt, hypotetisk karaktär. De talar om hur något är i vanliga fall, inte i det enskilda fallet. Erfarenhetssatser har inget eget bevisvärde utan används som tolkningsunderlag för att bestämma bevisvärdet av ett hjälpfaktum.⁴²

Det som är särskiljer asylärenden är att det är en framtidsprognos som ska göras. Migrationsverket ska försöka avgöra vilken risk som finns för förföljelse av en asylsökande vid ett återvändande till hemlandet. I andra mål såsom brottmål har domstolen istället att försöka göra en bedömning av vad som har hänt i dåtid. Det är mycket svårt att göra en sådan framtidsprognos, där hänsyn tas till alla faktorer som kan ha betydelse i ärendet. Diesen menar att en sådan framtidsprognos aldrig får vara statisk utan alltid måste bedömas just i det ögonblick då frågan om uppehållstillstånd avgörs. Myndigheten ska fastställa *prognosfakta* som antingen talar för eller emot risk för förföljelse vid ett återvändande till hemlandet.⁴³

3.1.2 Bevismedel

Med bevismedel avses alla de olika typer av bevis som förebringas. När det gäller brottmål räknas de vanligaste bevismedlen upp i RB kap 36-40, och omfattar vittne, part, skriftliga bevis, syn och sakkunniga. Uppräkningen är inte uttömmande, utan andra bevismedel är tillåtna.⁴⁴ Avseende förvaltningsärenden är det omöjligt att uttala sig helt generellt om vilka bevismedel som används, eftersom mängden ärenden och skillnaden dem emellan är så stor. Huvudregeln för dylika ärenden är ett skriftligt förfarande, varför muntlig utsaga oftast inte får så stor betydelse.⁴⁵

Som redan nämnts skiljer sig asylärenden från andra förvaltningsärenden eftersom muntlig handläggning förekommer i mycket högre grad. Ofta är fallet att ingen skriftlig bevisning finns, utan Migrationsverket har endast den muntliga utsagan att utgå ifrån. Sökandens egen berättelse blir därmed det främsta underlaget för Migrationsverkets beslut.⁴⁶ Andra typer av bevismedel i asylärenden är sakkunnighetsbevisning och skriftliga bevis. Rätt att anlita sakkunniga regleras varken i FL eller i Util, men det har ansetts följa av 13 § FL att myndigheter får anlita sakkunniga om det krävs. Sakkunniga används både intern inom verket i form av exempelvis språkanalyser, och externt i form av läkar- eller psykologutlåtanden. I teoretisk bemärkelse fyller sakkunniga samma funktion som hjälpfakta.⁴⁷

En speciell typ av underlag för beslutet i asylärenden är den landinformation som används för att utreda förhållandena i andra länder. Informationen

⁴² Schelin, Bevisvärdering av utsagor i brottmål, s 49-50.

⁴³ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 217-219.

⁴⁴ Schelin, Bevisvärdering av utsagor i brottmål, s 42.

⁴⁵ Diesen, Bevisprövning i förvaltningsmål, s 22.

⁴⁶ Prop. 2004/05:170, s 146.

⁴⁷ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 239-242.

kommer bland annat från utlandsmyndigheterna, UNHCR, frivillighetsorganisationer, utländska myndigheter och faktainsamlingar i olika länder. Den information som inte är sekretessbelagd finns tillgänglig för allmänheten i datasystemet LIFOS.⁴⁸

3.1.3 Särskilt om muntlig utsaga

När det gäller brottmål är Schelin av åsikten att en utsaga kan utgöra bevisfakta i brottmål om den iakttagelse som utsagan baserar sig på har orsakats av den händelse som ska bevisas. Det innebär att en målsägandeutsaga, liksom ett vittnes direkta observation av en brottslig handling innebär bevisfakta, medan ett annat vittnes observation exempelvis av blåmärken hos målsäganden aldrig kan vara något annat än ett hjälpfakta.⁴⁹

Migrationsöverdomstolen uttalade i MIG 2007:12 att Migrationsverket och domstolarna i bedömningen av om berättelsen uppnår beviskravet sannolikt, måste skilja på vad som utgör bevismedel och vad som är sökandens utsaga. I den bevisvärdering som sedan gjordes, fann domstolen att sökanden inte hade lyckats styrka sina påståenden ”genom skriftlig *eller annan bevisning*” (min kurs.). Först efter detta påstående görs en bedömning av utsagan.⁵⁰ Det framstår som tydligt att domstolen genom dessa formuleringar anser att den muntliga utsagan (eller redogörelsen) inte ska betraktas som ett bevismedel som alla andra. Det antyds att den muntliga utsagan är något *helt annat* än ett bevismedel. I vilket fall finns anledning att skilja på den muntliga utsagan och övrig bevisning.

Diesen anser att detta är helt felaktigt. Enligt honom är den sökandes utsaga ett bevismedel bland andra och oftast det viktigaste. Det är helt befängt i bevisvetenskapligt hänseende att bortse från själva huvudbeviset i sammanvägningen.⁵¹ Jag håller med Diesen på denna punkt. Som framgått ovan anses muntlig utsaga kunna utgöra bevismedel i brottmål. Enligt 37 kap. 1 och 2 §§ RB förutsätts att förhör kan hållas med part eller målsägande i bevis syfte. Jag förutsätter att Migrationsöverdomstolen är av uppfattningen att muntlig utsaga i asylärenden inte ska behandlas på något annat sätt än muntliga utsagor i andra ärenden. Frågan är då vad domstolen kan mena med att den muntliga utsagan ska skiljas från övrig bevisning. Möjligen är det att en rad olika bevisproblem med utsagor än vid användandet av andra bevismedel. I den fortsatta framställningen kommer jag att förutsätta att muntlig utsaga ska behandlas som ett bevismedel som alla andra.

⁴⁸ Prop. 2004/05:170, s 146-149. LIFOS är tillgängligt på Migrationsverkets hemsida.

⁴⁹ Schelin, Bevisvärdering av utsagor i brottmål, s 49.

⁵⁰ MIG 2007:12, s 10 och 12.

⁵¹ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 266.

3.2 Fördelning av ansvar mellan sökande och myndighet

3.2.1 Bevisbörda

Den som har bevisbördan i ett ärende är den som ska svara för bevisningen. Om beviskravet inte uppfylls är det den som har bevisbördan som inte kommer att få den rättsföljd som han eller hon har yrkat. Avseende brottmål har åklagaren bevisbördan med avseende på samtliga relevanta omständigheter. Principen *in dubio pro reo* (vid tvivel för den tilltalande) gör sig här gällande.⁵²

Huvudregeln när det gäller förvaltningsärenden är att det är sökanden/parten som ska förebära bevisning när det gäller gynnande ansökningsärenden, medan det är myndigheten som har denna börda när det är fråga om betungande beslut. Ett annat sätt att förklara denna princip är att myndigheten har bevisbördan när det gäller skyldigheter, och sökanden när det gäller rättigheter.⁵³

Avseende asylärenden anges i UNHCR:s handbok att på grund av den allmänna principen att bevisbördan ligger hos den som åberopar en viss omständighet, ska den sökande ha bevisbördan i det enskilda fallet. Det är han eller hon som i första hand har att tillhandahålla relevanta uppgifter till ledning för bedömningen av hans eller hennes behov av skydd.⁵⁴ Att det är sökande som har bevisbördan i asylärenden bekräftas också av förarbeten och praxis. Det är också mycket viktigt att sökanden informeras om att det är denne som har bevisbördan för de påståenden som åberopas till stöd för att han eller hon är flykting.⁵⁵

3.2.2 Åberopsbörda/ upplysningsskyldighet

Med åberopsbörda menas att en part är tvungen att åberopa en viss grund för sitt yrkande, för att detta ska kunna prövas i ärendet. I brottmål är domstolen bunden av den gärningsbeskrivning som lämnats in till rätten av åklagaren. När det gäller indispositiva tvistemål däremot, är rätten endast bunden av yrkandena, inte grunderna därför. I vårdnadsärenden exempelvis ska hänsyn tas till barnets bästa, och rätten kan inte vara bunden av de omständigheter som parterna åberopat.⁵⁶

Diesen menar att förvaltningsrättsliga ärenden i detta avseende är mest lika indispositiva tvistemål. En enskild part är inte skyldig att åberopa vilka grunder han anför, utan det är upp till rätten att hjälpa honom enligt 8 § FPL. Däremot har myndigheterna själva en sådan skyldighet i tvåpartsmål,

⁵² Ekelöf/Boman, Rättegång, fjärde häftet, s 55-57 och 113.

⁵³ Diesen, Bevisprövning i förvaltningsmål, s 16 och 73-74.

⁵⁴ UNHCR:s handbok, artikel 195 och 196.

⁵⁵ Prop. 2004/05:170, s 151 och MIG 2007:12, s 7.

⁵⁶ Bolding, Går det att bevisa?, s 15-18.

eftersom man anser att en myndighet har helt andra möjligheter att formulera sin grund på.⁵⁷

Det råder viss oenighet huruvida det föreligger en återopsörda för den sökande i asylärenden eller inte. Melander/Nobel hävdar att sökanden i asylärenden både har en bevisörda och återopsörda för att omständigheterna är sådana att han eller hon ska beviljas tillstånd. När beviskravet är uppfyllt övergår sedan bevisördan på myndigheten igen.⁵⁸ Diesen menar att en dylik återopsörda inte finns i asylärenden. Migrationsverket är inte bundet av de grunder som sökanden anför för sitt yrkande. Det enda myndigheten är bunden av är det yrkande som sökanden framställer (att beviljas uppehållstillstånd). Myndighetens utredningsskyldighet ska därför sträcka sig längre än till de omständigheter som anförs till stöd för ansökan.⁵⁹ I SOU 2006:6 framförs att sökanden inte har någon återopsörda i traditionell mening, eftersom Migrationsverket i sin prövning kan ta hänsyn till omständigheter som inte har blivit framlagda av sökanden. Omständigheter som inte tagits upp inför Migrationsverket kan återopas i migrationsdomstolen och prekluderas inte. Istället ligger en informationsörda på sökanden som innebär att han eller hon måste avge en rimlig och trovärdig berättelse. Några andra krav kan inte ställas på den enskilde.⁶⁰

Istället för återopsörda har sökanden enligt Diesen en upplysningsskyldighet, som innebär att sökanden ska framställa alla de omständigheter som kan vara relevanta för ärendet i samband med asylansökan. Sökanden ska också lägga fram alla bevis som han har tillgång till och om nödvändigt göra ansträngningar för att få fram ytterligare bevisning. Enligt författaren har sökanden inga andra skyldigheter när det gäller att uppfylla sin utredningsörda än dessa. Det räcker att sökanden står till förfogande för frågor som han försöker besvara efter bästa förmåga och lägger fram den bevisning som han har tillgång till.⁶¹

3.2.3 Utredningsskyldighet

3.2.3.1 Allmänt om myndigheters utredningsskyldighet

Alla förvaltningsmyndigheter har en utredningsskyldighet. Ett annat ord för detta är officialprincipen, varmed menas att det är en myndighets ansvar att se till att ett ärende blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Myndigheten ska ha vidtagit de åtgärder som rimligtvis kan krävas för att få fram ett underlag som är tillräckligt för att det ska vara möjligt att göra en bedömning av ärendet och fatta ett beslut. Det är inte möjligt att generellt fastslå hur långt denna utredningsskyldighet sträcker sig. Om det är myndigheten som tagit initiativ till ärendet sträcker sig skyldigheten längre

⁵⁷ Diesen, Bevisprövning i förvaltningsmål, s 18.

⁵⁸ Melander/Nobel, Handbok i invandrarrätt, s 199 och 202.

⁵⁹ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 195

⁶⁰ SOU 2006:6, s 219.

⁶¹ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 197-198

än om det är den enskilde själv som lämnat in en ansökan. Vidare är det högre krav på utredning i de fall myndigheten har bevisbördan. När det är den enskilde som har bevisbördan, kan passivitet från dennes sida ses som ett självständigt bevisfaktum, vilket inte är fallet när det är myndigheten som har bevisbördan.⁶² I ärenden där det finns starka skyddsintressen finns också ett utvidgat utredningsansvar.⁶³

Myndigheternas utredningsplikt finns inte reglerad i FL utan bygger på sedvanerättslig grund.⁶⁴ När det gäller förfarandet i förvaltningsdomstol är officialprincipen däremot uttryckligen reglerad i 8 § FPL. Av denna bestämmelse framgår att rätten ska tillse att ett mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Rätten ska anvisa hur utredningen behöver kompletteras vid behov och även avvisa överflödigt utredning. Istället för bestämmelser om utredningsskyldighet för myndigheter finns en väglednings- och serviceskyldighet i 4 § FL och en skyldighet för myndigheter att inhämta yttranden från andra myndigheter i 7 § samma lag. Enligt 4 § FL ska myndigheter lämna upplysningar, vägledning, råd och annan sådan hjälp till enskilda i frågor som rör myndighetens verksamhetsområde. Avgörande för hur mycket hjälp som ska lämnas är vad som lämpligt med tanke på frågans art, den enskildes behov av hjälp och myndighetens verksamhet.

Av förarbetena framkommer att 4 § FL innebär att myndigheterna ska hjälpa enskilda att ta till vara sin rätt i förvaltningsärenden. Propositionen talar inte om utredningsskyldighet utan om att myndigheten har en vägledningsskyldighet som gäller oavsett om den enskilde begär detta eller inte. Detta innebär att myndigheten när det behövs och är lämpligt, ska vägleda den enskilde genom att ta initiativ till ytterligare utredning och verka för att utredningen begränsas till vad som är nödvändigt. Dessutom ska myndigheten fästa den enskildes uppmärksamhet på att det finns ett annat bättre sätt att nå det han eftersträvar, då så är fallet.⁶⁵ Närmast en beskrivning av officialprincipen kommer förarbetena i meningen: ”sedan länge anses det vara en närmast självklar eller underförstådd grundsats att dessa myndigheter är skyldiga att se till att deras ärenden blir tillräckligt utredda”.⁶⁶ Edelstam anser att det är en princip av grundläggande rättskaraktär att myndigheten ger upplysning om att ett bevis inte räcker. Detta kommer av myndighetens dubbla roll som både motpart och

⁶² Edelstam, Förvaltningsmyndigheters utredningsskyldighet, s 104-105.

⁶³ Prop. 2004/05:170, s 155.

⁶⁴ Se bland andra; Hellners/Malmqvist, Förvaltningslagen med kommentarer, s 75, Wikrén/Sandesjö, Utlänningslagen med kommentarer, s 439, Annika Lagerqvist Veloz Roca, i: Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 159. Noteras bör dock att Edelstam anser att principen slås fast genom vägledningsskyldigheten i FL:s 4 § och genom myndigheternas skyldighet att införskaffa uppgifter från andra myndigheter i 7 §. Hon anser att utredningsskyldigheten i FL och FPL är likvärdiga och att det därför inte finns någon anledning att införa någon särskild bestämmelse i FL. Se vidare Edelstam, Förvaltningsmyndigheters utredningsskyldighet, s 112 och 118.

⁶⁵ Prop. 1985/86:80, s 18-22 och 59-61.

⁶⁶ Prop. 1985/86:80, s 19.

beslutsfattare samt skyldigheten att vara objektiv, saklig och behandla alla lika fall lika.⁶⁷

3.2.3.2 Utredningsskyldighet i asylärenden

UNHCR konstaterar i sin handbok att även om det är den sökande som har bevisbördan, är det oftast inte möjligt för honom eller henne att lägga fram skriftlig bevisning. Den som flyr undan förföljelse tar oftast bara med sig det nödvändigaste och har i många fall inte ens några identitetshandlingar. Skyldigheten att ta reda på och värdera alla fakta ska därför delas mellan sökanden och utredaren. För att få fram nödvändig bevisning måste utredaren i vissa fall utnyttja alla medel som står till buds.⁶⁸

Ingenting sägs uttryckligen om Migrationsverkets utredningsskyldighet i UtIL. Delvis kommer detta till uttryck i 13 kap. 1 och 3 §§, där det stadgas att verket inte får besluta om avvisning eller utvisning i ett asylärende utan att muntlig handläggning har förekommit och att de omständigheter som behöver klarläggas noga ska utredas vid den muntliga förhandlingen. Utlänningen ska få tillfälle att redogöra för sin ståndpunkt och att uttala sig om de omständigheter som åberopas i ärendet. Enligt förarbetena till UtIL har myndigheter ett större utredningsansvar i asylärenden än i många andra ansökningsärenden. Ärenden om asyl är en speciell ärendekategori eftersom det både är ett ansökningsärende och ett ärende där det föreligger ett starkt skyddsintresse.⁶⁹ För att Migrationsverket ska kunna göra en fullständig prövning som första instans krävs att alla relevanta omständigheter och relevant bevisning som åberopas läggs fram i prövningen. Sökanden och Migrationsverket har här ett delat ansvar. Sökanden ska lägga fram sina yrkanden, grunder och åberopad bevisning och migrationsverket har sedan en utredningsskyldighet.⁷⁰ Förarbetena till den nya utlänningslagen har tydligt slagit fast att Migrationsverkets utredningsskyldighet består även sedan den s.k. modellverksamheten infördes och sökanden och biträdet fick större ansvar för att vara aktiva underprocessen.⁷¹

Migrationsverkets utredningsskyldighet behandlas i MIG 2006:7.

Migrationsöverdomstolen betonade att sökanden och Migrationsverket har ett delat ansvar när det gäller att se till att alla relevanta omständigheter, liksom alla dokument eller annat som åberopas, läggs fram när prövningen sker i första instans. När ansökan gäller asyl har Migrationsverket ett större utredningsansvar än i andra ansökningsärenden, vilket innebär att myndigheten måste vara aktiv i utredningen och se till att oklarheter som kan ha betydelse i ärendet utreds. Även om det ofta är sökanden som sitter inne med svaren, har verket ändå det övergripande ansvaret för att sökandens skäl och grunder blir utredda.⁷² Ärendet hade av Migrationsverket bedömts som uppenbart ogrundat, varför myndigheten

⁶⁷ Edelstam, Förvaltningsmyndigheters utredningsskyldighet, s 108.

⁶⁸ UNHCR:s handbok, artikel 196.

⁶⁹ Prop. 2004/05:170 s 155. Se även avsnitt 2.1.

⁷⁰ Prop. 2004/05:170 s 154.

⁷¹ Prop. 2004/05:170, s 151.

⁷² MIG 2006:7.

beslutat om avvisning med omedelbar verkställighet enligt 8 kap. 6 § UtlL. MIÖD fann att varken Migrationsverket eller MD, mot bakgrund av den befintliga utredningen och landinformationen, hade haft fog att fatta ett sådant beslut. Båda instanserna befanns ha brustit i sin utredningsskyldighet. Sökanden hade vid utredningen hos verket inte upplysts om att det är viktigt att han lämnade hela sin asylberättelse eller att det inte var säkert att han skulle få fler tillfällen att yttra sig. Vidare hade verket inte kommunicerat den landinformation som kom att ligga till grund för beslutet, och sökanden informerades inte heller om att han hade möjlighet att själv inhämta landinformation på Migrationsverkets hemsida.⁷³

3.3 Beviskrav

3.3.1 Allmänt om beviskrav

Begreppet beviskrav anger hur stark bevisning som krävs för att ett visst rättsfaktum ska anses konstituerat. När beviskravet är uppfyllt har den bevisbördebärande parten uppfyllt sin bevisbörda. Beviskravets nivå är en rättsfråga och anges i lag eller praxis för varje enskilt rättsområde. Kravet på styrkan av bevisningen är beroende av flera olika saker, bland annat konsekvenserna av en felaktig dom, bevissvårigheter och partsautonomi.⁷⁴

Det finns inga lagbestämmelser om vilket beviskrav som ska tillämpas i brottmål. HD har dock slagit fast att bevisningen ska vara ”ställt bortom rimligt tvivel” för att en tilltalad ska kunna fällas för ett brott.⁷⁵

Olika förvaltningsrättsliga måltypen har olika beviskrav. Även en och samma lag kan innehålla olika beviskrav, beroende på vad det är som avses. Diesen anser dock att man i förvaltningsrättsliga ärenden kan utgå ifrån normalkravet sannolika skäl, för att sedan gällande varje måltyp bedöma om beviskravet ska vara högre eller lägre. Begreppet motsvarar enligt honom ”sannolikt”.⁷⁶

3.3.2 Beviskravet i asylärenden

Vilket beviskrav som ska tillämpas vid bedömningen om en sökande är flykting tas inte upp i Genèvekonventionen. Däremot uppställs beviskrav i UNHCR:s handbok. Där anges att det viktigaste i flyktingdefinitionen är frasen ”välgrundad fruktan för förföljelse”. Huruvida fruktan är välgrundad ska bedömas mot vad som är känt om landet i fråga. En sökandes fruktan för förföljelse ska anses vara välgrundad om han eller hon *i rimlig mån*⁷⁷ visar

⁷³ MIG 2006:7

⁷⁴ Diesen, Bevisprövning i förvaltningsmål, s 19 och 90.

⁷⁵ Ekelöf/Boman, Rättegång, fjärde häftet, s 116-117.

⁷⁶ Diesen, Bevisprövning i förvaltningsmål, s 92.

⁷⁷ I den engelska versionen anges beviskravet i artikel 42 som “reasonable degree”.

att fortsatt vistelse i hemlandet skulle vara outhärdlig med hänsyn till de skäl som anges i definitionen.⁷⁸

FN:s tortyrkonvention har en något annorlunda beviskrav. Enligt artikel 3 1 p skall ingen konventionsstat utvisa, återföra eller utlämna en person till en annan stat, i vilken det finns *grundad anledning*⁷⁹ att tro att han skulle vara i fara för att utsättas för tortyr. 2 p i artikeln anger vad som skall tas hänsyn till i denna bedömning. Behörig myndighet ska bedöma alla hänsyn av betydelse, vari i förekommande fall även skall inbegripas förekomsten i den berörda staten av ett konsekvent handlingsmönster av grova, uppenbara eller talrika kränkningar av de mänskliga rättigheterna.⁸⁰ Beviskravet innebär att risken för tortyr måste vara mer än bara teoretisk möjlig och det måste föreligga mer än bara en misstanke om risken.⁸¹

EKMR har inte något uttryckligt beviskrav i konventionstexten, istället har beviskravet behandlats i den praxis som har utvecklats hos Europadomstolen. I fallet *Soering mot Förenade Konungariket* slog domstolen fast att ”the decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where *substantial grounds* have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a *real risk* of being subjected to ill-treatment in the requesting country” (min kurs).⁸² Det har inte ansetts tillräckligt i sig att det finns “a mere possibility of ill-treatment”.⁸³ Sökanden måste alltså kunna visa att han eller hon är speciellt utsatt för en risk när förhållandena i hemlandet är allmänt osäkra.

Regeringen anför i proposition 1996/97:25 att vägledning kring flyktningbegreppet, och även kring beviskravet normalt ska kunna hämtas från UNHCR:s handbok och dess exekutivkommittés konklusioner. I förarbetena understryks vikten av att beviskraven inte kan ställas alltför högt när det gäller påståenden om risk för förföljelse. Det kan sällan läggas fram någon fullständig bevisning som klart styrker att det finns en sådan risk. Om sökandens berättelse framstår som *trovärdig och sannolik* bör den därför godtas.⁸⁴ Även i en rad domar från Migrationsöverdomstolen anföras att det krävs att berättelsen är sannolik och trovärdig.⁸⁵

⁷⁸ UNHCR:s handbok, artikel 37-42.

⁷⁹ I den engelska versionen anges beviskravet i artikel 3 som ”substantial grounds”

⁸⁰ Konvention mot tortyr och annan grym, omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning, artikel 3.

⁸¹ Committee Against Torture, General Comment 1, Communications concerning the return of a person to a State where there may be grounds he would be subjected to torture (article 3 in the context of article 22).

⁸² *Soering mot Förenade Konungariket*, Dom från Europadomstolen den 7 juli 1989, paragraf 91.

⁸³ *Vilvarajah och andra mot Förenade Konungariket*, Dom från Europadomstolen, paragraf 111.

⁸⁴ Prop. 1996/97:25, s 96-98.

⁸⁵ Se exempelvis MIG 2007:12, s 8.

Som det har framgått ovan skiljer sig beviskraven åt mellan de olika konventioner som ligger till grund för den svenska utlänningslagstiftningen. Trots detta ska samma beviskrav tillämpas vid prövning av flyktingskap och vid prövning av om den sökande är att anses som skyddsbehövande i övrigt. Sökandens berättelse ska alltså i alla dessa fall godtas om den framstår som trovärdig och sannolik.⁸⁶ Av propositionen verkar det som om beviskravet är att berättelsen är trovärdig *och* sannolik. Rimligtvis måste de ha menat att beviskravet är sannolikt. Trovärdigheten är inte ett separat beviskrav utan en förutsättning för att bevisningen ska kunna vara sannolik. Trovärdigheten är endast ett hjälpfaktum för att bedöma den muntliga utsagan. Diesen anser också att beviskravet i asylärenden är ”sannolikt”. Han motiverar detta med att det inte finns något som talar för att beviskravet bör vara högre eller lägre än normalkravet i förvaltningsärenden.⁸⁷

3.3.2.1 Särskilt om begreppet ”benefit of the doubt”

I UNHCR:s handbok anges att principen om ”benefit of the doubt” (tvivelsmålets fördel) ska tillämpas, när den sökande inte kan bevisa sin berättelse. Inte ens med en delad utredningsskyldighet är det möjligt att den sökande helt och fullt kan bevisa att han riskerar förföljelse. Beviskravet ska inte tillämpas alltför strikt. Sökandens redogörelse ska kunna ligga till grund för beslutet om den förefaller trovärdig och det inte finns goda skäl att anta det motsatta. Man måste inte nödvändigtvis acceptera ostyrkta påståenden som sanna om dessa är oförenliga med sökandens allmänna redogörelse.⁸⁸ För att den sökande ska ha rätt till tvivelsmålets fördel ska vissa förutsättningar vara uppfyllda. Han eller hon ska ha gjort ett ärligt försök att styrka sin berättelse och sökandens allmänna trovärdighet ska inte kunna ifrågasättas. Berättelsen ska vara sammanhängande och rimlig och inte strida mot kända fakta.⁸⁹ Wikrén/Sandesjö anför att det också är en förutsättning för att tvivelsmålets fördel ska kunna tillämpas att berättelsen till sina huvuddrag förblir oförändrad under asylprövningens olika instanser.⁹⁰

Både förarbetena till utlänningslagen och Migrationsöverdomstolen har slagit fast att UNHCR:s handbok är en viktig rättskälla och att principen om ”benefit of the doubt” ska användas vid bevisvärderingen av asylärenden.⁹¹ För att förutsättningarna för tvivelsmålets fördel ska anses vara uppfyllda krävs att sökandens berättelse är sannolik, trots att det inte finns skriftlig eller annan bevisning som kan styrka berättelsen.⁹²

I skyddsgrundsdirektivet finns en liknande regel intagen i artikel 4.5. Där anges att den sökande inte skall behöva bekräfta uppgifter som inte kan

⁸⁶ Wikrén/Sandesjö, s 147, se även prop. 1996/97:25 s 98, 102 och 294.

⁸⁷ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 214-215.

⁸⁸ UNHCR:s handbok, artikel 196-197.

⁸⁹ UNHCR:s handbok, artikel 203-204.

⁹⁰ Wikrén/Sandesjö, Utlänningslagen med kommentarer, s 143-144.

⁹¹ Prop. 2004/05:170, s 94 och MIG 2006:1.

⁹² Prop. 1996/97:25, s 96 och MIG 2007:12, s 8. Migrationsöverdomstolens uppfattning om tvivelsmålets fördel och bevisvärdering i allmänhet kommer att gås igenom mer grundligt i avsnitt 6.3.1.

styrkas av skriftliga eller andra bevis om vissa villkor är uppfyllda. Sökanden ska ha gjort en genuin ansträngning för att styrka sin ansökan (4.5.a), alla relevanta faktorer som den sökande förfogar över ska ha lagts fram och en tillfredsställande förklaring ska ha lämnats till varför andra relevanta faktorer saknas (4.5.b). Vidare ska sökandens uppgifter befinnas vara sammanhängande och rimliga och inte strida mot tillgänglig specifik och allmän landinformation som rör den sökandes ärende (4.5.c). De två sista villkoren är de som har fått mest kritik. 4.5.d anger att vikt ska läggas vid om den sökande har ansökt om internationellt skydd så tidigt som möjligt, såvida inte sökanden kan framföra goda skäl till varför han eller hon inte har gjort det. Slutligen ska hänsyn tas till om den sökandes allmänna trovärdighet är fastställd enligt 4.5.e.

Diesen anser inte att principen om tvivelsmålets fördel ska tillämpas vid bevisvärderingen, utan istället vid bedömningen om utredningskravet är uppfyllt. Det som inte har kunnat utredas kan inte läggas den sökande till last utan ska tvärtom tolkas så att bristen inte motsäger dennes egna uppgifter. Om de faktiska förhållandena inte kan klargöras, men en sökandes påstående om förföljelse framstår som rimliga, bör sökandes berättelse ligga till grund för utredningen.⁹³ Förutsättningarna för att bevisregeln ska kunna tillämpas är att den sammantagna bevisningen i vart fall uppgår till övervikt och att det finns luckor eller brister i utredningen som Migrationsverket inte har kunnat åtgärda. Principen ska inte kunna användas om bevisningen anses vara fullgod.⁹⁴

3.4 Sammanfattning

Det finns inga bestämmelser, varken avseende brottmål eller asylärenden om vilka bevismedel som får förebringas. När det gäller asylärenden finns oftast ingen annan bevisning att tillgå förutom den muntliga utsagan. Migrationsöverdomstolen har i flera domar understrukit vikten av att skilja på muntlig utsaga och vad som utgör bevismedel, vilket ger uppfattningen om att den muntliga utsagan inte är någon bevisning. Jag är dock av uppfattningen att den sökandes berättelse måste ses som ett bevismedel som alla andra. Bevisbördan ligger på den sökande i asylärenden vilket gör att denna typ av ärenden skiljer sig åt från brottmål där det är åklagaren som har bevisbördan. I andra förvaltningsrättsliga ärenden skiljer sig bevisbördans placering åt beroende på vad det är för typ av ärende. I asylärenden har sökanden också en upplysningsskyldighet som innebär att han eller hon måste stå till Migrationsverkets förfogande och svara på de frågor som ställs samt lägga fram alla bevis som han eller hon har tillgång till. Vidare ska sökanden framställa de omständigheter som kan vara relevanta. Denna skyldighet ska dock skiljas från den åberopsbörda som finns i dispositiva tvistemål och i brottmål. Migrationsverket har å sin sida en utredningsskyldighet som sträcker sig längre än i andra ärenden på grund av de särskilda skyddsintressen som finns i asylärenden.

⁹³ Diesen, *Prövning av migrationsärenden*, s 198-199.

⁹⁴ Diesen, *Prövning av migrationsärenden*, s 262.

Frågan om hur högt beviskravet ska vara skiljer sig åt mellan olika förvaltningsrättsliga ärenden. Normalkravet bör dock vara sannolika skäl. I brottmål används beviskravet ”ställt utom rimligt tvivel”. Inom asylprövningen ska beviskravet vara ”sannolikt”, både när det gäller prövningen om sökanden är flykting och prövningen om skyddsbehövande i övrigt. Enligt förarbeten och praxis ska begreppet ”benefit of the doubt” som beskrivs i UNHCR:s handbok användas också i svensk rätt. En liknande regel finns i skyddsgrundsdirektivet. Om en sökande inte kan styrka sina påståenden med annan bevisning, kan uppkomna tvivelsmål betraktas till den sökandes fördel om vissa förutsättningar är uppfyllda. Utredaren ska vara förvissad om den sökandes allmänna trovärdighet och den sökandes uppgifter ska vara sammanhängande och rimliga samt ej strida mot allmänt kända fakta.

4 Hur ska muntlig handläggning genomföras och dokumenteras?

4.1 Förvaltningsrättslig reglering

4.1.1 Krav på muntlighet

Enligt 14 § FL skall en sökande, klagande eller annan part som vill lämna uppgifter muntligt i ett ärende som avser myndighetsutövning mot enskild få tillfälle till det, om det kan ske med hänsyn till ärendets behöriga gång. I andra fall bestämmer myndigheten om handläggningen ska vara muntlig. Myndigheten ska särskilt beakta att muntlig handläggning kan underlätta för den enskilde att ha med myndigheten att göra.

Det normala i förvaltningsrättsliga ärenden är ett skriftligt förfarande, även om detta inte direkt framgår av FL.⁹⁵ Förarbetena till lagen anger att det skriftliga förfarandet i förvaltningsärenden bygger på en hävdvunnen princip. Det har dock ansetts viktigt att enskilda har rätt att lämna uppgifter muntligt, eftersom många är ovana vid att uttrycka sig skriftligt och följaktligen har svårt att meddela sig med myndigheterna på det sättet. Muntlighet innebär inte bara muntliga förhandlingar utan kanske främst mera informella telefonkontakter och sammanträffanden.⁹⁶ En part kan inte kräva ett formellt sammanträde eller en förhandling, utan det är upp till myndigheten att avgöra på vilket sätt parten ska kunna lämna uppgifter. Lämnandet av de muntliga uppgifterna kan endast ske om det är möjligt med hänsyn till arbetets behöriga gång.⁹⁷ Eftersom myndigheter har en utredningsskyldighet när det gäller förvaltningsärenden, är det myndighetens ansvar att säkerställa att en muntlig handläggning sker om det skulle behövas, även om den enskilde inte har begärt det.⁹⁸

4.1.2 Krav på dokumentation

Enligt 15 § FL ska uppgifter som en myndighet får på annat sätt än genom en handling och som kan tänkas få betydelse för utgången i ärendet antecknas hos myndigheten, om ärendet avser myndighetsutövning mot någon enskild. Dokumentationsskyldigheten är ett viktigt komplement till reglerna om muntlig handläggning och innebär att myndigheterna är skyldiga att dokumentera information som de får muntligt eller genom syn. Skyldigheten att dokumentera muntliga uppgifter sträcker sig längre än att

⁹⁵ Hellner/Malmqvist, Förvaltningslagen med kommentarer, s 162.

⁹⁶ Prop. 1985/86:80, s 25.

⁹⁷ Hellner/Malmqvist, Förvaltningslagen med kommentarer, s 164.

⁹⁸ Prop. 1985/86:80, s 26.

endast omfatta uppgifter som en part har lämnat muntligt. Även uppgifter som har lämnats av andra än en part ska antecknas. Som exempel ges i förarbetena uppgifter från intresseorganisationer som har uppvakat myndigheten i ärendet eller uppgifter som myndigheten själv har inhämtat via telefonsamtal med andra myndigheter.⁹⁹

Dokumentationsskyldigheten syftar också till att underlätta partens rätt att få ta del av uppgifter enligt 16 och 17 §§ FL. Dessutom är dokumentationen en förutsättning för att en överordnad instans ska kunna få inblick i beslutsunderlaget vid en överprövning. Även granskning av JO och andra kontrollorgan underlättas.¹⁰⁰ Avgörande för vad myndigheten är skyldig att dokumentera är vilka uppgifter som kan ha betydelse för utgången i ärendet. Kravet på dokumentation innebär inte att myndigheten är skyldig att återge muntliga uppgifter ordagrant. Uppgifter som redan framgår av handlingarna behöver inte heller antecknas.¹⁰¹ Enligt Hellners/Malmqvist går det att utläsa ur förarbetena att myndigheterna bör eftersträva att endast nedteckna sammanfattningar med inriktning på väsentligheter. Det får dock inte bli frågan om så knapphändiga anteckningar att dessa inte kan användas som bevis.¹⁰² Varken FL eller dess förarbeten behandlar dock närmare hur muntliga uppgifter ska nedtecknas. Inte heller frågan om den enskilde ska få ta del av protokollet innan beslut i ärendet fattas, berörs.

4.2 Muntlighet och dokumentation under förundersökningen

4.2.1 Krav på muntlighet

Förhör må enligt 23 kap. 6 § RB hållas under förundersökningen med envar som antas kunna lämna upplysning av betydelse i utredningen. Av 23 kap. 12 § RB framgår att inga otillbörliga åtgärder såsom medvetet oriktiga uppgifter, hot eller tvång får användas under förhöret i syfte att framkalla bekännelser eller uttalande i viss riktning. Försvaren får delta vid förhör under förundersökningen om detta kan ske utan men för utredningen enligt 23 kap. 10 § 2 stycket 3 p RB. Eftersom det är tidskrävande och svårorganiserat är detta dock ett undantag. Ekelöf anser att det är av stort värde att försvaren är med eftersom denne kan förhindra missuppfattningar och säkerställa att alla relevanta uppgifter kommer fram genom att ställa kompletterande frågor.¹⁰³

Det är viktigt att förhör under förundersökningen har genomförts på ett betryggande sätt om det sedan ska kunna ligga till grund för bevisvärdering i domstolen. I NJA 1992 s 616 ansågs förhören med de två målsäganden ha skett på ett kompetent sätt, eftersom flickorna först fått lämna sina uppgifter

⁹⁹ Prop. 1985/86:80, s 65-66.

¹⁰⁰ Hellners/Malmqvist, Förvaltningslagen med kommentarer, s 167.

¹⁰¹ Prop. 1985/86:80, s 66.

¹⁰² Hellners/Malmqvist, Förvaltningslagen med kommentarer, s 171.

¹⁰³ Ekelöf, Rättegång, femte häftet, s 132.

utan att ledande frågor ställts till dem. Först därefter fick de kompletterande frågor och möjlighet att utveckla vad de tidigare sagt.¹⁰⁴

4.2.2 Krav på dokumentation

Till skillnad från UtIL och FL finns detaljerade regler i RB och FuK för hur nedtecknandet av muntlig utsaga under förundersökningen ska gå till. Enligt 23 kap. 21 § RB ska protokoll föras över vad som har förekommit under förundersökningen som har betydelse för utredningen. Efter upptecknandet ska utsagan läsas upp för den som förhörts, eller så ska denne person på annat sätt få möjlighet att granska protokollet. Personen ska tillfrågas om han eller hon har något att invända mot innehållet. Om det finns invändningar som inte leder till ändringar ska detta antecknas särskilt. Det är mycket viktigt att försvaret kontrollerar att förhöret har blivit riktigt. Om den förhördes uppgifter sedan skiljer sig åt under huvudförhandlingen från förundersökningsprotokollet kan protokollet komma att bli processmaterial.¹⁰⁵ Uppteckningen får inte ändras efter att granskningen har skett.

När det gäller frågan om *hur* protokollet ska avfattas, finns bestämmelser i FuK. 22 § anger att protokoll ska avfattas så att det ger en trogen bild av vad som har förekommit vid förundersökningen och som är av betydelse för målet. I den utsträckning som utsaga tas med i protokollet, ska den återgivas i så nära överensstämmelse som möjligt med det talade ordet. Ordagrann återgivning behöver inte alltid användas, men om så sker ska citationstecken användas.

I prop. 1994/95: 23 diskuterar regeringen huruvida det är möjligt att minska protokollskrivandet för att kunna effektivisera processen. Å ena sidan ansågs dåtidens protokoll vara alltför omfattande, vilket tar både utrymme och tid i anspråk, särskilt om en utskrift sker av förhöret i sin helhet. Å andra sidan är ett utförligt protokoll det enda sätt som man exakt kan redovisa en utsaga på. Motiven slår fast att det finns stora risker att information försvinner eller förändras i transformeringsprocessen mellan tal och skrift. Slutsatsen dras att det är helt omöjligt att fastställa någon mall över hur förfarandet vid protokollskrivning ska gå till. Eftersom det huvudsakliga syftet med ett förundersökningsprotokoll är att ge åklagaren underlag för bedömning av åtalsfrågan och att förbereda målet inför huvudförhandlingen i domstolen, bör protokollet inte vara mer vidlyftigt än vad som behövs för att fylla detta syfte. Protokollet måste dock vara utformad på ett sådant sätt att det är rättvisande och att det blir tjänligt som bevisning om det skulle åberopas inför domstolen.¹⁰⁶ Schelin anser att för att kunna ligga till grund för en bevisvärdering krävs att protokollet ger en ordagrann återgivning av vad framkommit i förhöret. Enligt henne kan

¹⁰⁴ NJA 1992 s 616, s 632.

¹⁰⁵ Ekelöf, Rättegång, femte häftet, s 126.

¹⁰⁶ Prop. 1994/95:23, s 82-85.

sammanfattningar av förhör aldrig utgöra något annat än svaga hjälpfakta.¹⁰⁷

4.2.3 Protokollet som underlag för bevisvärdering

Protokollet från förhör under förundersökningen kommer främst att få betydelse för åklagarens beslut om åtal ska väckas eller inte. I vissa fall håller åklagaren själv slutförhör med den misstänkte. Det är dock möjligt för åklagaren att avgöra om åtal ska väckas eller inte endast med utgångspunkt i de skriftliga handlingarna.¹⁰⁸ En viss bevisprövning görs även i detta steg, även om inget slutligt avgörande fattas i sakfrågan.¹⁰⁹ Protokollet kan dock i vissa fall komma att användas som processmaterial under huvudförhandlingen och därmed få betydelse för den bevisvärdering som görs i domstolen. I avsnitt 5 kommer jag närmare att gå in på frågan om presentationsformens betydelse för bevisvärderingen. Här ska dock uppmärksammas några av de problem som man behöver ta hänsyn till när man använder sig av förundersökningsprotokoll som beslutsunderlag och som redovisats av Linda Jönsson i boken *Polisförhöret som kommunikationssituation*. Hon har genom att ha analyserat 30 olika polisförhör studerat kommunikationssituationen i ett polisförhör utifrån kommunikationsteoretiska och samtalsanalytiska utgångspunkter.¹¹⁰

I studien upptäcktes en rad förändringar av informationen när den bytte form från talad dialog till skriftligt protokoll. Av protokollets utformning är det i många fall mycket svårt att avgöra från vem informationen härstammar. Ofta är det helt omöjligt att avgöra om den misstänkte berättar något på eget initiativ, svarar på en fråga, bekräftar ett påstående som polisen lagt fram eller om polisen själv lagt till uppgifterna utan att dessa bekräftats av den misstänkte.¹¹¹ I flera protokoll användes olika sätt att skriva som gav en missvisande bild av vad som framkommit vid förhöret. Ofta användes sägesverb för att uttrycka den misstänktes aktiviteter under förhöret, exempelvis ”uppger”, ”berättar”, ”hävdar”, ”gör gällande” osv. Jönsson fann att i flera fall härstammade inte uppgifterna efter ett sådant verb från den misstänkte, utan från polisen. Det kan leda till förödande resultat, exempelvis om en åklagare tror att en uppgift har lämnats på eget initiativ av den misstänkte, fastän han eller hon i verkligheten kanske endast bekräftade ett påstående från polisen. I värsta fall kan det vara en uppgift som polisen skrivit in i protokollet helt på eget initiativ.¹¹²

¹⁰⁷ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 221.

¹⁰⁸ Ekelöf, Rättegång, femte häftet, s138-139.

¹⁰⁹ Ekelöf, Rättegång, femte häftet, s 147-150.

¹¹⁰ Jönsson, Polisförhöret som kommunikationssituation, s 1 och 3. I sin undersökning har Jönsson fokuserat på två aspekter av att föra över en talad dialog till ett skriftligt protokoll. Vems uppgifter det är som ligger till grund för den information som ligger till grund för protokollet? Vad händer med informationen när den transformeras från ett medium till ett annat, förändras perspektiven och sammanhangen?

¹¹¹ Jönsson, Polisförhöret som kommunikationssituation, s 49-52, 66.

¹¹² Jönsson, Polisförhöret som kommunikationssituation, s 71, 74-75.

Det skrivna protokollet skiljer sig på flera andra sätt från det talade ordet. När information skrivs ned i protokoll objektificeras det, till skillnad från det talade ordet som framstår det som mycket mer subjektivt och emotionellt. Den skrivna texten är ofta mycket mer sammanhängande än tal. När polisen skriver protokoll försöker han eftersträva så mycket koherens som möjligt. Om uppgifter om ett händelseförlopp lämnats i fel ordning skrivs detta om, för att uppnå en kronologisk ordning i texten. Upprepningar och utvecklingar tas inte med. Kroppsspråk, ansiktsrörelser och annan icke-verbal information kan inte överföras till texten och måste därför kompenseras för med ord. Genom protokollskrivandet väljer polisen också vilket perspektiv som ska användas. Han väljer själv ut vilken information som är relevant, och vilken som är irrelevant. Slutligen ändras språket.¹¹³

Jönssons slutsats är att trots att vilka betydelseförskjutningar sker i processen, så gör poliserna vad som är rimligt utifrån de förutsättningar de har. För att säkerställa att information, som förflyttas mellan olika instanser i rättsprocessen förvanskas så lite som möjligt, är det dock viktigt att vara uppmärksam på hur information förändras. Alla som är inblandade i processen, den misstänkte, polisen och åklagaren (och domstolen i de fall förundersökningsprotokollet blir processmaterial) bör förstå och vara medvetna om på vilket sätt information förändras då den omvandlas från tal till skrift. Vidare finner hon det önskvärt om polisen försöker att i minsta mån påverka mottagarens tolkning av informationen genom att exempelvis använda sägesverb och citationstecken på ett felaktigt sätt.¹¹⁴

4.3 Asylärenden

4.3.1 Krav på muntlig handläggning

I 13e kapitlet UtL finns regler om hur och när muntlig handläggning ska genomföras. Enligt 13 kap. 1 § får Migrationsverket inte besluta om avvisning eller utvisning av en utlänning som söker asyl i Sverige utan att det förekommit muntlig handläggning hos myndigheten. Även i andra fall ska muntlig handläggning ske om utlänningen begär det och det inte skulle sakna betydelse för att avgöra ärendet. I förarbetena har det ansetts nödvändigt att ge kravet på muntlighet en sådan absolut utformning eftersom rätts säkerhetsaspekterna på detta område är viktigare än den eventuella tidsfördröjning en sådan ordning kan innebära. En absolut bestämmelse är också lättare att tillämpa.¹¹⁵

Reglerna om muntlighet i asylärenden togs ursprungligen in i 1989 års utlänningslag. Enligt motiven har ett ökat inslag av muntlighet klara fördelar ur ett rättssäkerhetsperspektiv och kan dessutom leda till att handläggningen blir mer effektiv. Ett muntligt underlag leder oftare till ett korrekt beslut än

¹¹³ Jönsson, Polisförhöret som kommunikationssituation, s 78-81.

¹¹⁴ Jönsson, Polisförhöret som kommunikationssituation, s 101-102.

¹¹⁵ Prop. 1996/97:25, s 194-195.

om detta endast fattas på ett skriftligt underlag. Sökanden får lättare att lägga fram alla sina skäl och beslutsfattaren får lättare att ställa kompletterande frågor. Verket kan också under den muntliga handläggningen informera sökanden om att han eller hon måste föra fram alla uppgifter som är av betydelse i ärendet.¹¹⁶

Vid den muntliga handläggningen ska enligt 13 kap. 3 § UtIL de omständigheter som behöver klarläggas noga utredas. Utlänningen ska få tillfälle att redogöra för sin ståndpunkt och uttala sig om de omständigheter som åberopas i ärendet. Syftet är att komplettera det skriftliga beslutsunderlaget.¹¹⁷ Gränserna för hur den muntliga utredningen ska genomföras ges av Migrationsverkets utredningsskyldighet. Migrationsverket måste vara aktivt i utredningen och se till att alla oklarheter som kan ha betydelse för ärendets utgång utreds. Eftersom en inlägga redan inlämnats och därigenom all bakgrundsfakta är redovisad, ska frågorna koncentreras på det som är avgörande för om uppehållstillstånd ska beviljas eller inte. Sökanden ska också informeras om vad som är viktigt i ärendet.¹¹⁸

Asylprocessutredningen som föregick proposition 1996/97:25 rekommenderade att verket centralt skulle sammanställa ett grundformulär med frågor som bör ställas vid en muntlig utredning. Statens invandrarverk¹¹⁹ ansåg att det med ett sådant handläggningssätt finns stor risk att handläggarna blir för bundna av formuläret och avstyrkte förslaget. Istället befanns erfaren och välutbildad personal vara den bästa garantin för en bra kvalitet på de muntliga utredningarna. Regeringen förde fram synpunkten att även erfaren och välutbildad personal kan vara behjälplig av stöd kring vilka frågor det är viktigt att den asylsökande får svara på, men fann att Invandrarverket själv bäst kan avgöra på vilket sätt en hög utredningskvalitet ska uppnås.¹²⁰

I artikel 12.1 Asylprocedurdirektivet uppställs krav på att den asylsökande ska ges tillfälle till en personlig intervju innan den beslutande myndigheten fattar något beslut, vilket av SOU 2006:61 ansågs redan uppfyllt i UtIL.¹²¹ Vidare anges i artikel 13.3a att intervjuaren ska vara tillräckligt kompetent för att om möjligt kunna beakta de personliga och allmänna omständigheter som ligger bakom ansökan. Utredningen fann inte att denna artikel behövde föranleda några författningsändringar, mot bakgrund av att regeringens regleringsbrev redan innehåller ett krav på Migrationsverket att tillse att dess personal är tillräckligt kompetent för sin uppgift.¹²²

¹¹⁶ Prop. 1988/89:86, s 83-84.

¹¹⁷ Prop. 2004/05:170, s 304.

¹¹⁸ Prop. 2004/05:170, s 150 och 155.

¹¹⁹ Den 1 juli 2000 bytte Statens invandrarverk namn till Migrationsverket.

¹²⁰ Prop. 1996/97:25, s 200.

¹²¹ SOU 2006:61, s 91-92.

¹²² SOU 2006:61, s 93-94.

4.3.2 Krav på dokumentation

När det gäller dokumentation av asylutredningar finns det inte många bestämmelser att utgå ifrån. Migrationsverket är självfallet bunden av 15 § FL, men utöver detta finns inga specialregler i UtIL eller UtIF. Det är därmed inte reglerat om protokollet ska läsas upp för den sökande, om det ska skickas till biträdet för uppläsning för den sökande vid ett senare tillfälle eller endast för kännedom, eller om ingen sådan åtgärd krävs överhuvudtaget. Vidare är det inte reglerat om och när bandinspelningar ska göras för att ha tillgång om protokollet skulle ifrågasättas vid ett senare tillfälle.

I regeringsbeslutet från 2004 angående Modellverksamheten, anges att efter att en muntlig genomgång har hållits, ska ett protokoll över mötet kommuniceras med biträdet. Denne får sedan tillsammans med sökanden en vecka på sig att tillsammans med sökanden inkomma med slutligt yttrande.¹²³ Enligt utlänningshandboken skall protokoll över den muntliga genomgången föras ex officio. Protokollet behöver inte läsas upp eller lämnas över till sökanden. Däremot kan det som ren information sändas över till biträdet efter begäran eller i samband med att beslutet expedieras.¹²⁴

Asylprocedurdirektivet uppställer i artikel 14 ett krav på att alla väsentliga uppgifter som framkommer vid personliga intervjuer ska dokumenteras i ett skriftligt protokoll. Sökandena ska få tillgång till detta så tidigt som möjligt, senast inom den tid som krävs för att förbereda ett överklagande. Det är alltså möjligt att lämna ut protokollet efter att beslutet är fattat. Medlemsstaterna har möjlighet att begära att sökanden godkänner ett sådant protokoll. I SOU 2006:61 konstateras att det inte finns någon reglering på området (förutom nämnda regeringsbeslut) och att Migrationsverkets praxis inte överensstämmer med detta beslut. Det finns överhuvudtaget ingen enhetlig praxis på myndigheten angående detta. Av denna anledning föreslogs att en bestämmelse skulle införas i 8 kap. 10 c § UtIF, med innebörden att det vid muntlig handläggning enligt 13 kap. 1 § UtIL ska upprättas ett protokoll. Detta ska skickas till sökanden för kännedom senast i samband med att beslut meddelas.¹²⁵ Nämnda förslag har dock inte lett till någon ändring i förordningen.

Det finns inte heller någon reglering angående hur dokumentationen ska se ut; om utsagan ska återges ordagrant eller som en sammanfattning. SOU 2006:61 förespråkar att en komplett utskrift av intervjun bör göras, trots att ordalydelsen av artikel 14 i asylprocedurdirektivet endast innebär att väsentliga uppgifter behöver dokumenteras. Utredningen refererar en dom från Europadomstolen¹²⁶, där domstolen var kritisk mot att det i

¹²³ Regeringsbeslut UD2004/547/MAP, s 2. Se även prop. 2004/05:170, s 150.

¹²⁴ Utlänningshandboken, avsnitt 27.1 Muntlig handläggning/förhandling.

¹²⁵ SOU 2006:61, s 37 och 94-95.

¹²⁶ Chahal mot Storbritannien, dom den 15 november 1996 i mål nr 70/1995/576/662.

föreliggande fall inte hade gjorts någon komplett utskrift av den personliga intervjun.¹²⁷

4.3.3 Protokollet som underlag för bevisvärdering

Till skillnad från protokollet från ett förhör under förundersökningen kommer protokollet från en asylutredning direkt att ligga till grund för bevisvärderingen av den muntliga utsagan, varför det är av yttersta vikt att detta blir så korrekt som möjligt. I en dom från migrationsdomstolen i Malmö fick det faktum att protokollet från asylutredningen inte hade lästs upp och godkänts av den sökande stor betydelse. Domstolen såg allvarligt på detta förhållande, eftersom det påverkar möjligheten att göra en tillförlitlighetsbedömning av utsagan. Om protokollet inte har blivit uppläst och godkänt blir det vanskligt att dra några slutsatser av att uppgifter senare har förändrats eller lagts till. Migrationsverkets bedömning att berättelsen senare förändrats förkastades av bland annat denna anledning.¹²⁸

Diesen anser att protokoll inte är en speciellt tillförlitliga som bedömningsunderlag för bevisprövningar. De största problemen enligt honom är att det är svårt att avgöra hur information lämnas och att brister hos intervjuaren kan läggas den sökande till last. Utredaren bestämmer ensidigt vilken information som ska tas med i protokollet eller inte. I efterhand kan det för en utomstående synas märkligt att viss information inte finns med, trots att detta är att hänföra till utredarens brister. Det kan hända att beslutsfattaren försöker tolka ett protokoll som är vagt, oklart eller ofullständigt istället för att komplettera utredningen på denna punkt. Författaren menar därför att protokoll måste läsas mycket kritiskt vid bevisvärderingen. Oklarheter ska tolkas till sökandens förmån.¹²⁹

När det gäller asylärenden tillkommer ännu ett stort problem när det gäller kommunikationsmöjligheter mellan myndighetens personal och den sökande i och med användandet av en tolk. Enligt 8 § FL ska en myndighet anlita en tolk när detta är behövligt. Det tycks inte finnas någon uttrycklig regel i UtL om när tolk ska anlitas. Så sker dock regelmässigt när det gäller asylutredningar. Enligt verkets interna instruktion finns en stark presumtion för behov av tolk när Migrationsverket har att göra med en person som inte talar svenska, eftersom handläggning av utlänningsärenden i de flesta fall innebär kvalificerad myndighetsutövning mot enskild. Huvudprincipen är att bästa möjliga tolk ska användas. Om det är möjligt inom rimlig tid och rimligt avstånd ska en auktoriserad tolk användas som inställer sig personligen och tolkning ska ske på sökandens förstaspråk. Endast i undantagsfall kan tolkning ske genom videokonferens eller på telefon.¹³⁰

¹²⁷ SOU 2006:61, s 94.

¹²⁸ Migrationsdomstolen i Malmö, Dom 2008-04-24 UM 198-08, s 5-6.

¹²⁹ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 247-248.

¹³⁰ GDI nr 20/03 Instruktion om Tolkanvändningen på Migrationsverket, 2003-11-18.

Ett flertal olika problem kan uppstå när tolk används. Först och främst handlar det om tolkens språkförmåga. Han måste inte bara tala svenska bra utan också kunna tala den asylsökandes språk. Det räcker inte att se till att det är samma språk och region, dialekterna kan också skilja sig mycket åt vilket kan leda till att tolken och sökande inte förstår varandra. Dessutom kan sökanden känna sig hämmad om tolken tillhör en folkgrupp som sökandens grupp står i motsättning till, exempelvis på grund av etnicitet, religion eller politisk uppfattning. Tolken ska inte lägga sig i förhörets innehåll och utformning, utan endast fungera som ett översättningsredskap.¹³¹ Att Migrationsverkets personal anser att det finns problem med att använda tolkar, framgår av den studie som gjorts av bland andra Pär Anders Granhag. 87 % av de tillfrågade handläggarna ansåg att tillförlitlighetsbedömningar kan försvåras när tolk används.¹³²

4.4 Sammanfattning

Inom den allmänna förvaltningsrätten finns ett krav på att en sökande, klagande eller annan part ska kunna få lämna uppgifter muntligt i ett ärende som berör myndighetsutövning mot en enskild, om det kan ske med hänsyn till ärendets behöriga gång. Under förundersökningen ska förhör hållas med alla som kan antas lämna upplysningar av betydelse för utredningen. Muntlig handläggning ska ske med den asylsökande i de fall han eller hon riskerar avvisning eller utvisning.

Frågan om hur och när en muntlig utsaga ska dokumenteras är mer utförligt reglerad när det gäller förhör under förundersökningen än vad som är fallet för asylutredningar hos Migrationsverket. Det finns inget krav i UtIL på att dokumentation av asylutredningarna ska ske, men däremot finns en regel i 15 § FL om att en myndighet ska anteckna uppgifter som den får ta på annat sätt än genom en handling. Det är upp till handläggare och beslutsfattare på Migrationsverket att avgöra i vilken form utredningen ska dokumenteras; som ett sammandrag eller som en utförligare avskrift i ”fråga – svar” form. Som framkommit i SOU 2006:61 finns ingen enhetlig praxis på verket när det gäller om protokollet ska uppläsa för den sökande efter den muntliga handläggningen så att denne kan få godkänna det. Om så inte sker kan denna omständighet få betydelse för den tillförlitlighetsbedömning som sedan görs av den muntliga utsagan, vilket bland annat uppmärksammats av migrationsdomstolen.

Att använda sig av protokollet som underlag för bevisvärderingen är förenat med en rad svårigheter, vilka framträder både i brottmål och i asylärenden. Information transformeras flera gånger mellan en ställd fråga av polisen eller tjänstemannen på Migrationsverket och att ett svar formuleras i ett skrivet protokoll. Protokollen kan vara utformade på ett sätt som gör det svårt att avgöra varifrån informationen härstammar. Det finns också stor risk

¹³¹ Diesen, *Prövning av migrationsärenden*, s 248-249.

¹³² Pär Anders Granhag, Leif A Strömwall och Maria Hartwig, *Granting Asylum or not? Migration Board Personnel's Beliefs about Deception*, s 41.

för missuppfattningar på grund av de språksvårigheter som finns, särskilt när tolk används.

5 Hur ska muntlig utsaga presenteras?

5.1 Presentationsformer i brottmål

I föregående avsnitt behandlades frågan om hur förhör och protokollföring under förundersökningen ska genomföras för att på bästa sätt kunna ligga till grund för bevisvärderingen av den muntliga utsagan. Under huvudförhandlingen är huvudregeln att utsagan ska presenteras direkt för rätten. Protokollet från förundersökningen kan emellertid i vissa fall åberopas som processmaterial under rättegången, liksom andra upptagningsformer såsom videoupptagning av förhöret eller bandupptagning. I detta avsnitt ska jag redogöra för de olika sätt som muntlig utsaga kan presenteras på inför rätten och hur vilken betydelse presentationsformen har för vilket bevisvärde utsagan har givits i praxis.

5.1.1 Bevisomedelbarhetsprincipen

I brottmål finns det en rad olika principer som styr hur huvudförhandlingen ska genomföras och hur bevisning ska läggas fram för att kunna läggas till grund för en bevisvärdering. Omedelbarhetsprincipen stadgas i 30 kap. 2 § RB och innebär att rätten ska grunda sin dom på det som framkommit under huvudförhandlingen, inte ett protokoll däröver. En domare får alltså inte använda sig av sitt privata vetande. Syftet med denna princip är att uppnå en koncentration av bevismaterialet.¹³³ Enligt muntlighetsprincipen som lagfästs i 46 kap. 4 § RB ska huvudförhandlingen i brottmål vara muntlig. Parterna får endast ge in eller läsa upp skriftliga inlagor eller andra skriftliga anföranden om rätten finner att det skulle innebära att förståelsen av ett anförande ökar eller att det i övrigt är till fördel för handläggningen. Principen om det bästa bevismaterialet innebär att om en och samma kunskapskälla utan svårighet kan utnyttjas på flera olika sätt, ska det bevismedel användas som medför den säkraste bevisningen. Rätten ska eftersträva att beviskedjan blir så kort som möjligt.¹³⁴

Den princip som är viktigast i den fortsatta framställningen är principen om bevisomedelbarhet, som härleds från 35 kap. 8 § RB, och innebär att bevisningen ska upptas direkt vid huvudförhandlingen. Muntliga utsagor måste upptas vid huvudförhandlingen och får inte presenteras för rätten genom ett protokoll eller vittnesintyg, vilket framgår av 36 kap. 16 § och 37 kap. 3 § RB. Det finns flera skäl som motiverar bevisomedelbarhetsprincipen. Ekelöf menar att det är mycket svårare för rätten att göra trovärdighetsbedömningar om rätten varken har sett eller hört den som avger utsagan. Då utsagan presenteras för rätten på andra sätt än

¹³³ Ekelöf/Boman, Rättegång, fjärde häftet, 21-23.

¹³⁴ Ekelöf/Boman, Rättegång, fjärde häftet, s 27.

genom direkta förhör, går domstolen miste om intryck om utsagopersonen och dennes uppgiftslämnande. Dessutom blir det svårare för rättsens ledamöter att avgöra vad den hörde verkligen menar med vad de har uppgett. Om han eller hon inte är närvarande kan inte motsägelser eller andra oklarheter redas ut.¹³⁵ Vidare kan inte motpartens biträde ställa frågor direkt till utsagopersonen, frågor som kanske inte har blivit ställda av polisen under förundersökningen.¹³⁶ I fråga om målsägandens utsaga är bevisomedelbarhetsprincipen därför även viktig för den tilltalades rätt till kontradiktion. Denna rättighet kan härledas till artikel 6 i EKMR och innebär bland annat att den tilltalade ska få en tillräcklig och adekvat möjlighet att motsäga och utfråga den som har vittnat mot honom.¹³⁷

Det finns dock vissa undantag från bevisomedelbarhetsprincipen. En uppteckning av en berättelse som någon lämnat inför åklagare, polismyndighet eller annars utom rätta, får i vissa fall åberopas som bevis i rättegång enligt 35 kap. 14 § RB. Undantag får ske om det är särskilt föreskrivet, om förhör med den som lämnat berättelsen inte kan hållas vid eller utom huvudförhandling eller i övrigt inför rätten, eller om det finns särskilda skäl med tanke på kostnader och olägenheter jämfört med berättelsens betydelse och andra omständigheter. Det som ett vittne tidigare har berättat inför rätta eller inför åklagare eller polismyndighet får enligt 36 kap. 16 § 2 stycket RB läggas fram om det han eller hon anför under huvudförhandlingen inte stämmer överens med vad som sagts i tidigare förhör. Samma sak gäller om vittnet förklarar att han inte vill eller kan yttra sig. Enligt 37 kap. 3 § 1 stycket RB ska denna bestämmelse också tillämpas när det gäller förhör med part och målsägande som inte för talan.

På grund av den fria bevisföringens princip och de undantag från bevisomedelbarhetsprincipen som medges i RB är det alltså möjligt att presentera utsagan på andra sätt än genom direkta förhör under huvudförhandlingen. Förutom skriftliga protokoll över tidigare förhör får också ljudupptagningar och ljud- och bildupptagningar (videoinspelningar) förebringas för rätten under samma förutsättningar som protokoll enligt 35 kap. 14 § 3 stycket och 36 kap. 16 § 2 stycket RB.

5.1.2 Presentationsformens betydelse för bevisvärdet

Det sätt som en muntlig utsaga presenteras på får betydelse för hur denna värderas som bevis. Enligt Gregow försvagas utsagan av att den inte ges direkt inför rätten, vilket leder till att sådana utsagor bör bedömas med särskilt stor försiktighet.¹³⁸ HD konstaterar i NJA 1993 s 616 att uppgifter som inte lämnas direkt inför rätten bör bedömas med stor försiktighet. I

¹³⁵ Ekelöf/Boman, Rättegång, fjärde häftet, s 28-34.

¹³⁶ Gregow, Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn, s 522.

¹³⁷ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 34-35.

¹³⁸ Gregow, Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn, s 522.

målet, som gällde sexuella övergrepp mot två barn, hördes inte de målsägande inför domstolarna, utan deras uppgifter förebringades för rätten genom en videouppspelning av förhör från förundersökningen. Domstolen anförde dock att ett sådant processmaterial kan leda till en fällande dom om förhöret skett under betryggande former och det inte finns några andra skäl för tvivelsmål beträffande uppgifternas riktighet. Vidare ansågs det viktigt att det av inspelningen går att iaktta ansiktsuttryck och kroppsspråk. Av rättsfallet kan slutsatsen dras att i fall av tvivelsmål bör det krävas stöd av annan bevisning för att en fällande dom ska kunna meddelas när endast en videoinspelning finns att tillgå.¹³⁹

I NJA 1993 s 68 ställde HD upp en hierarki angående vilken presentationsform som ger det bästa bevisvärdet. Sämst är anteckningar från polisförhör, något bättre underlag ger ljudband och bäst (i brist på direkt förhör) är återgivande av en videoinspelning av förhören. I föreliggande fall fanns endast polisförhör att tillgå, vilket av HD bedömdes ha genomförts på ett korrekt sätt utan ledande frågor. Målsägandes utsaga ansågs vara tillförlitlig och tillsammans med viss stödbevisning i form av psykologutlåtanden kunde den leda till fällande dom.¹⁴⁰ Avgörande för vilket bevisvärde presentationsformen av en muntlig utsaga ges tycks vara i vilken grad det är möjligt för rättens ledamöter att bedöma utsagopersonen och sättet som utsagan avges på, samt vilken möjlighet motparten har att ställa motfrågor.¹⁴¹

Det är stor skillnad på om det redan i upptagningen av utsagan har tagits hänsyn till att utsagopersonen inte kommer att kunna medverka i förhör vid domstol. Av denna anledning har ofta videoförhör ett högre bevisvärde eftersom det finns en medvetenhet om att uppspelningen kommer att spelas upp inför rätten och den tilltalades rätt till kontradiktion beaktas i största möjliga grad. Vidare är anledningen till att förundersökningsmaterialet förebringas inför rätten av betydelse. Man måste skilja på om det är för att utsagopersonen lämnar andra uppgifter i domstolen å ena sidan, eller om det är för att han eller hon inte vill medverka å andra sidan. I det första fallet hörs ju utsagopersonen inför rätten, varvid rätten till kontradiktion tillgodoses. I det andra fallet medverkar inte utsagopersonen och försvaret har ingen möjlighet att ställa motfrågor.¹⁴²

5.1.3 Beteendevetenskaplig forskning på området

Trots att bevisomedelbarhetsprincipen är grundläggande i svensk processrätt, finns forskning inom beteendevetenskapen som visar att bevisomedelbarhet inte alltid behöver vara det bästa sättet att göra en korrekt bevisvärdering av en muntlig utsaga på. Schelin höjer dock ett

¹³⁹ NJA 1993 s 616, s 632.

¹⁴⁰ NJA 1993 s 68, s 77-78.

¹⁴¹ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 216, 218 och 221.

¹⁴² Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 222-223.

varningens finger för att den beteendevetenskapliga forskningen på detta område är ganska färsk och ännu inte särskilt robust.¹⁴³

Pär Anders Granhag och Sara Landström har i en rad försök undersökt olika presentationsformer av muntlig utsaga ur ett rättspsykologiskt perspektiv. De har undersökt sambandet mellan det sätt på vilket en utsaga presenteras och hur den sedan bedöms exempelvis när det gäller detaljrikedom.¹⁴⁴ Författarna redogör för försök som de utfört, där personer har fått ta del av en muntlig utsaga direkt, genom videoinspelning, genom ett ljudband och skriven text. De personer som sett vittnena ”live” ansåg att vittnena var mer sympatiska och uttrycksfulla än de som sett vittnena på video, och hade en mer positiv inställning till deras trovärdighet. De som sett vittnesmålen på video fann dem mer överensstämmande, detaljrika och att de nådde en högre grad av logisk struktur än de försökspersoner som bara fått läsa texten. Även de som hört vittnesmålen på band bedömde utsagorna mer positivt än de som läst texten. Samma resultat infann sig mellan video och ljudband, även om skillnaderna inte var så stora. Effekterna var större när det gällde upplevelsen av vittnets allmänna trovärdighet än när det gällde utsagans tillförlitlighet.¹⁴⁵

Andra undersökningar visar dock att man bara *upplever* att det är lättare att bedöma trovärdigheten när en utsaga avges direkt. I verkligheten är inte presentationssättet av någon avgörande betydelse i detta avseende. Snarare har försök utförda av Granhag visat att personer som ser ett förhör på video har lättare eller åtminstone lika lätt att avslöja en lögn, som de som tar del av förhöret direkt. Det har också visats att observatörer gör fler (eller i vart fall lika många) korrekta bedömningar som förhørsledare. Detta beror framförallt på två saker. Dels måste förhørsledaren vara uppmärksam på förhörets former och innehåll, och bland annat lägga tid för att formulera vilka frågor han ska ställa härnäst. Dels fäster förhørsledaren uppmärksamhet på annan typ av information än observatören; snarare icke-verbal information (exempelvis kroppsspråk) än det verbala innehållet av utsagan.¹⁴⁶ Det finns även forskning som visar att avlyssning av en bandupptagning ger rätten lika goda möjligheter att bedöma en utsaga som om denna skulle ha avgetts direkt inför rätten. Vidare har försök gjorts som visar att bättre bedömningar av en utsagas sannolika verklighetsförankring kan göras genom att ta del av en utskrift av förhöret, än att ta del av en videoinspelning. Det har visats vara en fördel att bedömaren inte ser utsagopersonens ansikte, eftersom ansiktsrörelser och kroppsspråk ofta tolkas på fel sätt.¹⁴⁷

¹⁴³ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 213.

¹⁴⁴ Granhag/Landström, Muntlighet vid domstol i ett vittnespsykologiskt perspektiv, s 268-269.

¹⁴⁵ Granhag/Landström, Muntlighet vid domstol i ett vittnespsykologiskt perspektiv, s 270-273. Angående skillnad på trovärdighet och tillförlitlighet, se nedan avsnitt 6.2.2.

¹⁴⁶ Granhag/Landström, Muntlighet vid domstol i ett vittnespsykologiskt perspektiv, s 276.

¹⁴⁷ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 228.

Människor i allmänhet överskattar sin förmåga att upptäcka att utsagopersonen ljugar genom att betrakta den hördes kroppsspråk och matcha det med det talade ordet. Det är mycket vanligt att kroppsspråkliga signaler misstolkas. Människor underskattar också sin förmåga att göra en korrekt bedömning utifrån vad den hörde säga. Det finns fler och säkrare indikatorer att använda sig av i denna bedömning. Av denna anledning är det bättre att analysera det verbala innehållet än det icke-verbala för att komma till en korrekt bedömning av en muntlig utsaga.¹⁴⁸ Schelin drar slutsatsen att det inte finns något stöd inom den beteendevetenskapliga forskningen för RB:s utgångspunkt att det är lättare att göra en korrekt bevisvärdering av utsagor om de presenteras direkt inför rätten. Den misstro som finns mot att utsagan presenteras i andra former, såsom videoinspelning, bandupptagning eller protokoll, och som leder till att utsagor framlagda på detta sätt regelmässigt ges lägre bevisvärde, är inte sakligt grundad. Författaren menar att vissa avsteg från bevisomedelbarhetsprincipen skulle kunna leda till högre rättssäkerhet.¹⁴⁹

5.2 Presentationsform i asylärenden

Generellt sätt tillämpas inte bevisomedelbarhetsprincipen inom förvaltningsrätten eftersom handläggningen till så stor del är skriftlig. Istället ska man ta hänsyn till allt material som förekommer i ärendet.¹⁵⁰

Diesen anser att de principer som tillämpas i de allmänna domstolarna angående muntlighet, omedelbarhet och särskilt bevisomedelbarhet ger bra förutsättningar för rättens ledamöter att kunna bedöma den förhördes trovärdighet. Genom den personliga närvaron ges rätten också möjlighet att ställa kompletterande frågor. Av dessa erfarenheter anser författaren att slutsatsen kan dras att beslutsfattarna i asylärendena borde ha en mycket generös inställning till att själv medverka under den muntliga handläggningen, speciellt i de fall där trovärdigheten står på spel. Han tycker att det är ett mycket stort problem att bedömningen av muntliga utsagor i asylärenden inte alltid görs vid ett muntligt sammanträde utan på basis av den skriftliga inlagan och protokoll över utredningen. Protokoll är mycket otillförlitliga som bevisunderlag i detta avseende enligt honom.¹⁵¹

Även Amnesty International anser att samma tjänsteman ska intervjua den asylsökande som sedan har att bedöma asylansökan. Detta framgår av de minimikriterier beträffande en korrekt och rättvis asylprocedur som organisationen listat i sitt remissyttrande över asylprocedurdirektivet.¹⁵²

¹⁴⁸ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 196-197.

¹⁴⁹ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 228-229.

¹⁵⁰ Diesen, Bevisprövning i förvaltningsmål, s 22.

¹⁵¹ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 246-247.

¹⁵² Amnesty International, Remissyttrande över betänkandet Asylförfarandet – genomförande av asylproceduren i svensk rätt (SOU 2006:61), tillgänglig på: www2.amnesty.se/wwwflykt.nsf/9bc2ede1e784f23dc125683d0067fa3a/b4c6ac026e4380a5c1257203007233f8 (senast besökt 2009-01-03).

Visserligen finns ett absolut krav på muntlighet i 13 kap. 1 § UtlL i ärenden som kan leda till avvisning eller utvisning, men varken i denna lag eller FL sägs något om att beslutsfattaren måste vara närvarande när den muntliga utsagan upptas. I nämnda paragraf anges att handläggningen kan ske i form av ett muntligt sammanträde eller i en annan form. Det är upp till Migrationsverket att avgöra hur den muntliga handläggningen ska genomföras.¹⁵³ Med muntlig handläggning avses en rad olika former av muntlig kontakt mellan företrädare för myndigheten och utlänningen, såsom informella telefonsamtal, personligt sammanträffande eller mer formella förhandlingar. I val av handläggningsform ska Migrationsverket använda sig av allmänna förvaltningsrättsliga principer.¹⁵⁴

Även om det således inte finns något krav i utlänningslagen på att den person som fattar beslut i ärendet ska närvara under den muntliga handläggningen, finns uttalanden i förarbeten om att det är en fördel ur bevisvärderingssynpunkt att beslutsfattaren själv träffar den sökande. I prop. 1988/89:86 angavs att en trovärdighetsbedömning kan underlättas om det muntliga inslaget består i ett sammanträffande mellan beslutsfattaren och sökanden.¹⁵⁵ Denna ståndpunkt uttrycks ännu tydligare i prop. 1996/97:25. Regeringen ställde sig tveksam till det förhållande att den som fattar beslut i asylärenden inte sammanträffar med asylsökanden i större utsträckning, vilket kan leda till risker i rättsäkerhetskänslighet och till ett minskat förtroende för beslutsfattandet vid myndigheten. Särskilt allvarligt ansågs detta vara i fall där tilltron till den asylsökandes berättelse har en stor betydelse för utgången i frågan.¹⁵⁶

Av denna anledning diskuterar propositionen att det kan finnas anledning att införa mer formella förhandlingsliknande sammanträden, där beslutsfattaren deltar i vissa ärenden. Särskilt viktigt ansågs det vara i två fall; där förutsättning för beviljande av uppehållstillstånd i ett ärende är beroende av om uppgifterna är sanna (dvs. i ett trovärdighets- eller tillförlitlighetsärende) och i vågskålsärenden där lika mycket talar för som emot ett uppehållstillstånd. Även sökandens biträde och handläggaren bör vara med vid ett sådant tillfälle. I slutändan lämnades inte något förslag om ett absolut krav på beslutsfattarens närvaro i tillförlitlighetsärenden. Eftersom asylärenden skiljer sig åt så mycket från fall till fall ansågs det vara av stor vikt att Migrationsverket själv får bestämma den närmare utformningen av den muntliga handläggningen. I remissprocessen hade Statens invandrarverk invändningar mot ett sådant arbetssätt. Myndigheten ansåg att föredragaren i allmänhet bör kunna bilda sig en uppfattning om utlänningen och de skäl som denne anför, samt förmedla dessa till beslutsfattaren.¹⁵⁷

¹⁵³ Prop. 2004/05:170, s 304.

¹⁵⁴ Prop. 1988/89:86, s 84. Se även prop. 1996/97:25 s 199. Noteras bör att det är något svårt att förstå vilka förvaltningsrättsliga principer som regeringen här hänvisar till. Som konstaterats ovan är ju huvudregeln i förvaltningsärenden ett skriftligt förfarande, varför det finns väldigt lite skrivet om hur muntlig handläggning ska genomföras.

¹⁵⁵ Prop. 1988/89:86, s 83.

¹⁵⁶ Prop. 1996/97:25, s 195.

¹⁵⁷ Prop. 1996/97:25, s 199-201.

Sedan dess har Migrationsverket bytt åsikt i denna fråga. I det nya arbetssätt som arbetades fram under modellverksamheten lades stor vikt vid beslutfattarens närvaro under den muntliga handläggningen. De ärenden där sökandens trovärdighet är avgörande för frågan om uppehållstillstånd, ska utredas vid ett muntligt sammanträde där både beslutfattare och handläggare deltar. I utvärderingen av projektet ansågs utredningsformen vara mycket bra. Att två personer har varit med och förberett ärendet och har möjlighet att ställa frågor under utredningen bedömdes leda till att båda aktörer kunde komplettera varandra på ett bättre sätt.¹⁵⁸ Särskilt när det gäller trovärdighetsärenden ansågs beslutfattandet ha underlättats och handläggare och beslutfattare kände sig mer säkra när de gjorde bevisvärderingen.¹⁵⁹

Eftersom det inte finns någon tilltalad i asylärenden, det är inte frågan om något tvåpartförfarande i första instans, är det inte alls lika viktigt som i huvudförhandling i brottmål att de muntliga utsagorna presenteras direkt inför beslutfattaren för att kunna ligga till grund för en bevisvärdering. Det finns med andra ord inte samma krav på att rätten till kontradiktion blir tillgodosedd. Detta är en viktig skillnad mellan asylprocessen och brottmålsförfarandet. Det andra huvudsyftet med bevisomedelbarhetsprincipen, att den som har att fatta beslut om utsagans tillförlitlighet får möjlighet att bedöma intryck av utsagopersonen och dennes uppgiftslämnande, tillgodoses dock av att både handläggare och beslutfattare närvarar vid den muntliga handläggningen i asylärenden.

5.3 Sammanfattning

I allmän domstol är huvudregeln att all bevisning ska presenteras direkt inför rätten enligt bevisomedelbarhetsprincipen. Vittnesmål och partsutsaga får inte förebringas genom protokoll eller vittnesintyg. Motiven bakom principen är att det blir lättare för domstolen att avgöra tillförlitligheten av en muntlig utsaga om dess ledamöter får se utsagopersonen direkt. Vidare kan motpartens rätt till kontradiktion tillgodoses. Det finns dock vissa undantag som möjliggör att utsagan presenteras genom protokoll, ljudupptagning eller videoinspelning. Så är exempelvis fallet om ett vittne inte kan medverka under huvudförhandlingen, eller under denna lämnar uppgifter som skiljer sig åt från vad som sagts i tidigare förhör. Det finns beteendevetenskaplig forskning som visar att personer i allmänhet bedömer utsagor som de har tagit del av "live" mer välvilligt än sådana de exempelvis tar del av genom protokoll. Försök har dock visat att det inte är lättare att avgöra sanningshalten av en utsaga då den avges direkt, än om den lämnas i andra former.

¹⁵⁸ Projekt Modellverksamhet –en utvärdering, s 1, 4, 11-13.

¹⁵⁹ SOU 2004:74, s 317.

För asylärendens del har det länge pågått en diskussion om presentationsform, om det är viktigt att den muntliga utsagan avges direkt inför den beslutsfattare som ska fatta beslut i ärendet, eller om det räcker att denna får ta del av utsagan genom ett protokoll. Särskilt viktig har beslutsfattarens närvaro ansetts vara i de fall där det är den sökandes trovärdighet som ifrågasätts. Flera motivuttalanden har lämnat rekommendationer om att beslutsfattaren bör medverka i dessa fall. Modellverksamheten hade som ett av sina huvudsyften att hitta ett sätt att omsätta dessa uttalanden i praktiken. Detta arbetssätt tillämpas nu inom hela verket.

6 Hur ska tillförlitligheten av en utsaga bedömas?

6.1 Allmänt om bevisvärdering

Inom svensk rätt gäller att all bevisprövning och bevisvärdering ska vara fri. Enligt 35 kap. 1 § RB ska rätten efter samvetsgrann prövning av allt som förekommit, avgöra vad i målet som är bevisat. Rätten får fritt bedöma värdet av den bevisning som finns i målet och det finns inga regler för vilket värde ett visst bevismedel ska ha jämfört med andra. Den fria bevisvärderingen innebär också att bevisföringen är fri. En part kan förelägga vilket bevis som helst inför domstolen, så länge det har bevisvärde.¹⁶⁰ Det finns dock vissa undantag som innebär att rätten får avvisa onödig och onödigt dyr bevisning enligt 35 kap. 7 § RB.

Den fria bevisprövningen gäller i princip också i förvaltningsrättsliga ärenden.¹⁶¹ Det finns egentligen ingen skillnad avseende bevisvärdering i förvaltningsmål från bevisvärdering i andra typer av mål. En sak som skiljer sig åt är att myndighetsbeslut ofta innebär en prognos om framtiden, det är alltså inte endast en fråga om att fastställa vad som redan har hänt. Detta innebär enligt Diesen att en något annorlunda metod bör tillämpas i dessa fall.¹⁶² I asylärenden ska Migrationsverket bedöma huruvida den sökande känner välgrundad fruktan att utsättas för förföljelse vid ett återvändande till sitt hemland, vilket innebär en prognos av framtiden.

Även om bevisprövning och bevisvärdering är fri i svensk rätt, får inte domaren/beslutsfattaren göra bedömningen på helt godtyckliga grunder. Myndigheten eller domstolen måste kunna motivera sitt beslut och förklara på vilka grunder detta har gjorts. Det är viktigt att lika fall behandlas lika och därför ska bevisvärderingen vila på en rationell grund och inte subjektiva övertygelser, godtycke eller intuition. Bevisprövningen ska utföras utifrån allmänna erfarenhetssatser och slutledningsregler. Sakkunniga bör anlitas när kunskap krävs som ligger utanför domarens/beslutsfattarens kompetens. Varje bevis ska värderas för sig innan en sammanvägning av den olika bevisningen görs.¹⁶³ Någon speciell metod för hur bevisvärderingen ska göras finns inte reglerad i lag. Även om det råder fri bevisvärdering behövs regelmässigt någon form av metodik i värderingen för att ett godtagbart resultat skall uppnås.¹⁶⁴ Flera metoder för bevisvärdering

¹⁶⁰ Ekelöf/Boman, Rättegång, fjärde häftet, s 23-24.

¹⁶¹ Melander/Nobel, Handbok i invandrar rätt, s 124. Jfr dock Diesen som anser att samma regler *torde* vara gällande för förvaltningsrättsliga mål, Bevisprövning i förvaltningsmål, s 116.

¹⁶² Diesen, Bevisprövning i förvaltningsmål, s 115.

¹⁶³ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 22-23.

¹⁶⁴ Diesen, Bevisprövning i förvaltningsmål, s 21.

har presenterats inom den juridiska doktrinen. Jag kommer här mycket kortfattat gå igenom några av de viktigaste.

Två olika frekvensteorier som anknyter till en sannolikhetskalkyl och som bygger på matematiska teorier har presenterats i svensk doktrin. *Temamodellen* innebär att man i bevisprövningen utgår från en viss ursprungssannolikhet för bevis temat och bedömer sedan hur denna förändras av huvudbevis och motbevis, för att slutligen få fram en sannolikhet för bevis temat. Båda parternas bevisning vägs mot varandra i ett proportionellt förhållande. Det som inte talar för den ene talar för den andra. Rätten/beslutsfattaren kan inte ta hänsyn till kvarstående osäkerhet eller okända fakta. *Värde metoden* utgår från en bedömning av om bevisningen har orsakat det tema som ska visas, snarare än om bevisningen sannolikt kan visa temats existens. Alla bevis i målet värderas i förhållande till en fullständig säkerhet, dvs. med vilken grad av sannolikhet ett bevis kan kopplas till ett tema. *Värde metoden* tar till skillnad från *temametoden* hänsyn till kvarstående osäkerhet. Om sambandet mellan bevis och tema bedöms ha en sannolikhet på 60 %, betyder det endast att det är oklart om sådant samband finns i 40 % av fallen, inte att ett sådant samband saknas i dessa fall. Frekvensteorierna har kritiserats för att det i praktiken är omöjligt att göra sådana sannolikhetsbedömningar. Det finns en risk att man ger subjektiva bedömningar en objektiv klädnad när man fastställer ett bevisvärde på en skala från 1-100 %.¹⁶⁵

Avseende brottmål prövas bevisningens totala styrka genom att rätten uppställer alternativa hypoteser till den tes som gärningsbeskrivningen innebär. Tesens hållfasthet prövas genom att de alternativa hypoteserna utreds och elimineras. För att det ska vara ställt utom rimligt tvivel att den tilltalade är skyldig, krävs att alla relevanta hypoteser har förkastats.¹⁶⁶ Eftersom denna metod är så hårt knuten till beviskravet ”ställt utom rimligt tvivel” kan denna bevisvärderingsmetod inte tillämpas på förvaltningsärenden där normalkravet för bevisningen är ”sannolika skäl”.¹⁶⁷ När det gäller asylärenden anser Diesen att det finns skäl både som talar för och emot att denna metod används. Det som talar för en sådan tillämpning är att rättssäkerhetsintressena gör sig lika starkt gällande i denna typ av ärenden som i brottmål. Ett annat skäl är att UNHCR:s handbok talar om att den asylsökande ska ha rätt till ”benefit of the doubt” och användningen av alternativa hypoteser innebär att tvivel elimineras. Skillnaden består dock i att i brottmål är det den som inte har bevisbördan (den tilltalade) som ska ha förmånen av det uppkomna tvivlet. I asylärenden ligger istället bevisbördan hos den asylsökande, varför detta inte är en bra metod för sådana ärenden.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Diesen, *Prövning av migrationsärenden*, s 205-206.

¹⁶⁶ Schelin, *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*, s 60.

¹⁶⁷ Diesen, *Bevisprövning i förvaltningsmål*, s 118. Diesen kallar denna metod ”hermeneutisk”.

¹⁶⁸ Diesen, *Prövning av migrationsärenden*, s 209-210.

6.2 Bedömning av utsagans tillförlitlighet i brottmål

6.2.1 Allmänt om bevisprövningen

När det gäller bevisvärderingen av muntlig utsaga har Schelin skapat en modell för hur hon tycker att en rationell bevisprövning ska göras. Först ska trovärdigheten bedömas under huvudförhandlingen. Mot bakgrund av personens kognitiva, personlighetsmässiga och känslomässiga mognad ska domstolen avgöra om personen är förmögen att tala sanning. Hänsyn ska tas till hur perceptions- och minnesfunktioner fungerar. I det andra steget tillämpas olika erfarenhetssatser för att avgöra om domstolen kan sätta tilltro till utsagan.¹⁶⁹ Slutligen ska en tillförlitlighetsbedömning göras där domstolen avgör om utsagan har en sannolik verklighetsförankring, genom att ta ställning till om den vinner stöd av annan stödbevisning. Domstolen har att avgöra om bevisningen är tillräckligt för att målet ska vara ställt utom rimligt tvivel.¹⁷⁰

6.2.2 Allmänt om tillämpningen av kriterier vid bedömning av tillförlitlighet

Det är inte helt oproblematiskt att uppställa kriterier som kan användas i tillförlitlighetsbedömningar. Det får aldrig glömmas bort att bevisprövningen och bevisvärderingen enligt svensk rätt ska vara fri, och varje individuellt fall måste värderas för sig.

Vid användningen av kriterier är det sällan möjligt att pröva alla kriterium som har uppställts på en enda utsaga, vilket kommer att påverka slutresultatet. Flera kriterier är dessutom tvetydiga och kan tolkas både som ett positivt och ett negativt hjälpfakta för tillförlitligheten beroende på hur man argumenterar.¹⁷¹ Vidare har olika människor olika förmåga att uppfylla kriterierna beroende på sina personliga egenskaper. En verbalt begåvad person kan ha lättare att uppfylla kriterierna än andra. Diesen menar dessutom att det saknas vetenskapligt stöd för de kriterier som ofta nämns. Även om experiment har gjorts där man har försökt få fram kunskap om vad som kännetecknar en sanningsenlig respektive falsk utsaga, är det inte helt säkert att dessa resultat är direkt överförbara till situationen i en domstol.¹⁷²

Trots att det kan finnas betänkligheter med att ställa upp kriterier för bedömningen av tillförlitligheten menar Schelin att bevisprövningen blir bättre och mer korrekt om man använder sig av en strukturerad metod för

¹⁶⁹ Det Schelin benämner erfarenhetssatser kommer nedan anges som ”särskilda kriterier som används vid bedömningen av en muntlig utsagas trovärdighet”. Det är dock samma sak som avses. Se avsnitt 3.1.1 och Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 164.

¹⁷⁰ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 241-242.

¹⁷¹ Se exempelvis konstanskriteriet nedan under 6.2.4.5.

¹⁷² Diesen, Bevisvärdering och vittnespsykologisk utsageanalys, s 310.

bevisvärderingen än om denna får göras helt och hållet fritt. För att prövningen ska bli så robust som möjligt är det viktigt att flera kriterier används och att dessa har ett vetenskapligt stöd. Genom att tillämpa de erfarenhetssatser som hon tar upp i sin bok kan man aldrig komma till en säker slutsats, utan endast till en högre eller lägre grad av övertygelse om huruvida utsagan är historiskt sann eller inte. Det är dock viktigt att ha i åtanke att det i slutändan är domaren som gör bevisvärderingen och att en metod endast kan innebära ett visst stöd.¹⁷³ Även Gregow understryker vikten av bevisvärderingen så långt som möjligt konkretiseras och sker med en objektiv metod.¹⁷⁴

6.2.3 Särskilda kriterier som används vid bedömning av en utsagas tillförlitlighet

6.2.3.1 Allmän trovärdighet/det sätt som utsagan har angivits på

HD har i flera domar gjort bedömningar av om utsagan ger ett trovärdigt intryck och ett intryck av att vara självupplevd. I exempelvis NJA 1993 s 68 bedömdes målsägandens berättelse ge ett klart intryck av att återge något självupplevt.¹⁷⁵ Det sätt som utsagan har avgetts på är av betydelse för frågan om utsagan ger ett trovärdigt intryck och/eller av att vara självupplevd. I domarna har hänsyn tagits till målsägandens kroppsspråk, skiftningar i ansiktsuttryck och liknande förhållanden. Det närmare innehållet i målsägandens utsaga och sättet den avgetts på, gjorde att domstolen inte ansåg att det var möjligt att betvivla att samlag förekommit mellan målsäganden och den tilltalade i NJA 1988 s 80. Målsäganden befanns ha skildrat ett chocktillstånd på ett sätt som tydde på en stark och verklig upplevelse.¹⁷⁶ Det sätt som utsagan lämnats på i NJA 1992 s 446 ansågs också ha gett ett trovärdigt intryck. Någon närmare förklaring till vad detta sätt innebar, gavs inte av domstolen.¹⁷⁷

I NJA 1993 s 616 fann HD att två flickor som uppgett att de blivit utsatta för sexuella övergrepp hade lämnat berättelser som både var trovärdiga och tillförlitliga och därför kunde ligga till grund för domen. Det sätt som de avgett utsagorna på fick stor betydelse i denna bedömning. Den ena flickan beskrevs som allvarlig och samlad samt övervägde svaren på ett koncentrerat och eftertänksamt sätt. Dessutom lämnade hon uppgifterna spontant, med detaljer och gester som gav det omedelbara intrycket av att hon återgav minnesbilder av någonting som hon verkligen hade upplevt. När det gäller den andra flickan ansåg HD att åskådaren under förhöret fått

¹⁷³ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål s 184-185.

¹⁷⁴ Gregow, Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn, s 511.

¹⁷⁵ NJA 1993 s 68, s 78.

¹⁷⁶ NJA 1988 s 40, s 49-50.

¹⁷⁷ NJA 1992 s 446, s 465.

intrycket att det är verkliga minnesbilder som hon talade om. Hon lämnade sina uppgifter återhållsamt men ändå till synes fritt och spontant.¹⁷⁸

Gregow menar att det inte är möjligt för domstolen att bortse från det intryck av tillförlitlighet och trovärdighet som sökanden har gjort vid förhöret. Det sätt som en utsaga har avgetts på kommer därför att få en stor betydelse i bedömningen. Om målsäganden är osäker och svävande ska detta påverka bedömningen av tillförlitligheten mer negativt än om han eller hon är självsäker och kommer med kategoriska uttalanden. Författaren uppmanar dock till stor försiktighet vid tillämpningen av detta kriterium eftersom bedömningen av målsägandens uppträdande lätt blir subjektiv och det finns stora möjligheter att göra misstag.¹⁷⁹

Som redan nämnts visar den beteendevetenskapliga forskningen tydligt att människor är mycket sämre än vad de själva tror på att avgöra om en person talar sanning eller ljuger endast utifrån hur denna person betar sig. Det verbala innehållet i utsagan bör därför få en mycket större betydelse än det icke-verbala innehållet. Det är en mycket komplex bedömning som görs när en domstol avgör den allmänna trovärdigheten och om utsagan upplevs som självupplevd. Ofta styrs denna bedömning av omedvetna processer, som inte har någon objektiv grund.¹⁸⁰

Samma åsikt framgår av JK-rapporten, som anser att domare har en överdriven tilltro till den egna förmågan att avgöra om människor är trovärdiga. En rad domar tas upp i rapporten där domstolar med stor säkerhet har utpekat personer som trovärdiga, men där det i senare resningsmål har visat sig att bedömningarna har varit oriktiga. Argumentationerna i dessa domar beskrivs i rapporten som osakliga och spekulativa. Ofta saknades källor för de påståenden som domstolarna lade fram som om det hade varit fråga om etablerad kunskap. I flera fall såg domstolarna sig själva som medicinskt sakkunniga, trots att de saknade kunskap inom detta fält. Slutsatsen som dras i rapporten är att domare måste bli bättre på att använda sig av vederhäftighet, saklighet och källkritik när de gör bedömningar av målsägandes tillförlitlighet.¹⁸¹

Trovärdighetsbedömningen kan dock ha sin plats som ett led i en tillförlitlighetsbedömning. Det kan finnas anledning att väga in om uppgiften har lämnats av en trovärdig person på ett trovärdigt sätt. Om en uppgift har lämnats på ett sätt som inte är trovärdigt, kan detta leda till att tillförlitligheten av utsagan blir mindre. Det ska emellertid hållas i minnet att trovärdighetsbedömningen är underkastad tillförlitlighetsbedömningen, och det räcker inte att konstatera att en uppgift är trovärdig för att en bevisvärdering ska bli komplett. Att en uppgift har lämnats av en särskilt trovärdig person eller på ett särskilt trovärdigt sätt kan inte leda till

¹⁷⁸ NJA 1993 s 616, s 632-633.

¹⁷⁹ Gregow, Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn, s 519-520.

¹⁸⁰ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 192-197 och 205.

¹⁸¹ JK:s rapport, s 446-448.

slutsatsen att en utsagas tillförlitlighet ökar. En trovärdig person kan alltså inte läka att det finns andra brister i tillförlitligheten.¹⁸²

6.2.3.2 Utsagan ska vara rimlig, sannolik och inte innehålla några svårförklarliga moment

HD har anfört att det är viktigt att en utsaga inte innehåller någon punkt som är svårförklarlig eller som annars ger anledning till att betvivla vad som verkligen har hänt.¹⁸³ Det innebär enligt Schelin ett krav på att utsagan ska vara rimlig och sannolik.¹⁸⁴ I NJA 1993 s 616 uppställdes som krav på en tillförlitlig berättelse att uppgifterna i sig framstår som sannolika och inbördes förenliga och att berättelsen inte innehåller moment som ger anledning att betvivla uppgifterna.¹⁸⁵ Exempel på en omständighet som kan leda till slutsatsen att utsagan är orimlig är om målsägandens berättelse är starkt överdriven. I NJA 1992 s 446 befanns den påstådda frekvensen av övergreppen av HD vara en punkt i berättelsen som var ägnad att inge tvivel. Avgörande i sådana fall är dock om det finns någon godtagbar förklaring till överdriften. I förevarande mål ansågs det naturligt att en person som befinner sig i kris har svårt att fastslå exakt vad som har hänt och lätt gör sig skyldig till vissa överdrifter. Dessutom hade flera av övergreppen haft mycket kort varaktighet.¹⁸⁶

Om det finns svårförklarliga punkter i utsagan, och målsäganden förmår lämna rimliga och övertygande förklaringar i alla hänseenden där dennes uppgifter ifrågasätts, innebär detta ett positivt hjälpfaktum som talar för att utsagan är verklighetsförankrad. I NJA 1988 s 40 fann domstolen att målsäganden under mycket pressande förhör förmått ge rimliga förklaringar till de svårförklarliga moment som hennes utsaga innehöll.¹⁸⁷ Även Gregow tar upp ett sannolikhetskriterium i sin artikel. Han menar att det är av betydelse om de uppgifter som målsäganden har lämnat i och för sig framstår som sannolika med hänsyn till uppgifternas beskaffenhet och med hänsyn till de omständigheter under vilka övergreppen ägt rum. Det kan finnas anledning att överhuvudtaget inte godta berättelsen om det bedöms att påstådda gärningar inte är sannolika.¹⁸⁸

Enligt Schelin finns det ingen beteendevetenskaplig forskning som direkt stöder att en utsaga som inte innehåller några svårförklarliga punkter skulle vara mer tillförlitlig än en som har det. Det viktiga är att undersöka om det finns någon rimlig förklaring till den oförklarliga punkten. Det har dock genom försök visats att en sanningsenlig utsaga låter mer vettig, sannolik

¹⁸² JK:s rapport, s 474-475.

¹⁸³ NJA 1980 s 725, s 736.

¹⁸⁴ Schelin, Bevisvärdering av utsagor i brottmål, s 167.

¹⁸⁵ NJA 1993 s 616, s 632.

¹⁸⁶ NJA 1992 s 446, s 468.

¹⁸⁷ NJA 1988 s 40, s 49.

¹⁸⁸ Gregow, Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn, s 518.

och rimlig än en utsaga som inte är sanningsenlig. Dessutom är det ett tecken på att en utsaga är verklighetsförankrad om den är logisk, klar och levande samt avges på ett sannolikt och övertygande sätt.¹⁸⁹

6.2.3.3 Utsagan ska vara lång, sammanhängande och klar

HD har i sin praxis antagit att det talar för att en utsaga är sanningsenlig om den är lång.¹⁹⁰ Någon närmare beskrivning ges inte av vilken längd som krävs för att den ska anses vara lång. Att stor vikt lagts just på längden beror på att det är svårare för någon som ljuger att hålla ihop en lång berättelse. Risken att utsagopersonen motsäger sig själv blir i sådana fall också mycket större än då en kortare utsaga lämnas. Risken ökar också för att utsagan i slutändan inte blir en sammanhängande enhet.¹⁹¹

Dessutom har HD lyft fram att utsagan ska vara sammanhängande och klar.¹⁹² Utsagan ska vara logisk och homogen, det ska finnas olika omständigheter som förklarar samma förlopp och berättelsen ska hålla ihop på ett naturligt sätt.¹⁹³ Domstolen har anfört att det talar för att en utsaga är autentisk om den är sammanhängande i sina detaljer och att berättelsen bildar en sammanhängande helhet.¹⁹⁴ I NJA 1993 s 68 hade målsäganden under polisförhören berättat ingående om de händelser som åtalet gällde. Ibland dröjde hon länge med att svara på frågor och i vissa fall först efter att förhørsledaren upprepat frågan. Det förklarades med att hon funnit det plågsamt och svårt att närmare gå in på vad som förevarit. Även om målsäganden på grund av detta inte kunnat lämna någon sammanhängande berättelse ansågs inte hennes svar vara inbördes motstridiga.¹⁹⁵ Avseende bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn, menar Gregow att det ofta inte kan förväntas att målsäganden ska kunna lämna en klar och sammanhängande berättelse, varför detta inte bör vara en förutsättning för att uppgifterna ska anses vara tillförlitliga i de fallen.¹⁹⁶

Beteendevetenskaplig forskning har konstaterat att längden av en utsaga är ett objektiva kriterium för att bedöma dess sanningshalt. Försök har visat att osanna utsagor är kortare än sanna utsagor. Det svåra är dock att avgöra om en utsaga uppfyller detta kriterium eller inte. Vad ska man jämföra med?¹⁹⁷ Enligt Schelin finns det däremot inget stöd inom beteendevetenskaplig forskning som talar för att en sammanhängande berättelse skulle vara mer sann än en som inte är det. Att en utsaga har en logisk struktur och är följdriktig tyder dock på att den bygger på verkliga händelser. En person

¹⁸⁹ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 191-192.

¹⁹⁰ NJA 1988 s 40, s 49 och NJA 1992 s 446, s 465.

¹⁹¹ Schelin, Bevisvärdering av muntliga utsagor i brottmål, s 185.

¹⁹² NJA 1980 s 725, s 736.

¹⁹³ Schelin, Bevisvärdering av muntliga utsagor i brottmål, s 164.

¹⁹⁴ NJA 1992 s 446, s 465-466.

¹⁹⁵ NJA 1993 s 68, s 78.

¹⁹⁶ Gregow, Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn, s 519.

¹⁹⁷ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 185-186.

som ljuger kan exempelvis ha svårt att återge en berättelse i icke kronologisk ordning. När det gäller kriteriet klarhet, finns forskning som visar på att en sann utsaga är mer klar, skarp och levande än en osann, som ofta präglas av att vara suddig och vag.¹⁹⁸

6.2.3.4 Utsagan ska vara detaljrik

Att en utsaga är detaljerad har i flera domar från HD ansetts tala för att en utsaga sannolikt är verklighetsförankrad. Det är inte klart vad som krävs för att en utsaga ska vara tillräckligt detaljerad, men det framgår att det inte är mängden detaljer, snarare kvalitén på dem som är avgörande.¹⁹⁹ I NJA 1992 s 446 ansågs det viktigt att målsäganden i sin berättelse hade återgett ett flertal olika episoder som var för sig innehöll en rad pregnant detaljer som tillsammans bildade en sammanhållen enhet. Utsagan innehöll detaljer som bedömdes tala för att det var fråga om en verklig upplevelse hon talade om. Domstolen lade större vikt vid att utsagan var detaljrik än att den var konstant i tillförlitlighetsbedömningen.²⁰⁰ I NJA 1993 s 68 ansågs det styrka målsägandens trovärdighet att hon kunde återge detaljer såsom replikskiften, som anknutit till förhållandena inom familjen och som varit mycket pregnant. Målsäganden lämnade också en hel rad andra detaljer, exempelvis om var mamman befann sig vid övergreppen. Även om hon inte kunde ange tidpunkterna närmare för övergreppen, kunde hon hänföra dem i tiden till andra omständigheter, exempelvis hur gammal hon varit vid ett övergrepp.²⁰¹ Att en berättelse om sexuella övergrepp innehåller detaljer beträffande händelseförloppet vid övergreppen har enligt Gregow betydelse för bedömningen om berättelsen är sannolik i och för sig.²⁰²

Schelin menar att detaljkriteriet har starkast beteendevetenskapligt stöd av alla de kriterier som nämns i HD:s praxis. Försök har visat att även antalet detaljer har betydelse, vilket inte HD har ansett. Oftast finns dock inte fler detaljer per mängd ord i en sann utsaga, även om berättelsen i sin helhet innehåller fler detaljer. Denna aspekt utjämnas dock av att även längden är ett självständigt kriterium. Vissa studier har visat att beslutsfattare ofta berörs mer av en utsaga som är levande och detaljrik än en som har statistiskt innehåll. En del forskare anser att detta kriterium riskerar att få oproportionerligt stort inflytande i en bedömning, varför de anser att viss försiktighet bör iakttas vid användningen. När det gäller vilken typ av detaljer som utsagan innehåller finns det stöd för att en sann utsaga ofta innehåller beskrivningar av hur saker ser ut, låter, luktar m.m. och hur saker förhåller sig till varandra. Detsamma gäller för information om kontexten kring händelsen, vilket gör det möjligt att rekonstruera ett händelseförlopp.

¹⁹⁸ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 186.

¹⁹⁹ NJA 1980 s 725, s 736 och NJA 1988 s 40, s 49.

²⁰⁰ NJA 1992 s 446, s 466.

²⁰¹ NJA 1993 s 68, s 78.

²⁰² Gregow, Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn, s 518.

Stödet är inte så starkt för att överflödiga detaljer har samma vikt i detta sammanhang.²⁰³

6.2.3.5 Utsagan ska vara konstant under prövningens gång

Att de utsagor som har lämnats i polisförhör och i senare domstolsförhör stämmer överens, är enligt HD ett viktigt kriterium för att avgöra utsagopersonens trovärdighet. I NJA 1980 s 725 lades vikt vid att målsäganden i rätten inte i något hänseende frångick de uppgifter som hon hade lämnat vid sin polisanmälan, vilken gjordes omedelbart efter händelsen.²⁰⁴ Det är dock endast avvikelser av betydelse som spelar någon roll i denna bedömning, inte varje liten avvikelse, vilket slogs fast i NJA 1988 s 40.²⁰⁵ Även i NJA 1992 s 446 fann domstolen att det i bedömningen av tillförlitligheten av utsagan måste tillmätas betydelse att målsäganden i allt väsentligt har uppgett samma saker vid de olika förhören med henne.²⁰⁶

Gregow håller med om att det talar klart emot att anklagelserna är sanna om målsäganden har ändrat sin berättelse i väsentliga delar under utredningens gång. När det gäller sexualbrottmål avseende barn är det dock inte konstigt om vissa uppgifter, som exempelvis omfattning och placering i tid av övergreppen, förändras över tid. Hänsyn ska här tas till brottslighetens beskaffenhet och målsägandens ålder. Vidare menar Gregow att försiktighet måste iakttas när man bedömer omständigheten att en målsägande lämnat identiska uppgifter vid olika tillfällen. Även om detta kan vara ett tecken på att målsäganden lärt sig en berättelse utantill, kan det även inträffa att en sann utsaga lämnas på detta sätt. Det kan vara riskabelt att lägga för stor vikt vid konstanskriteriet. Om en person en gång ljugit om något kan denne känna sig tvungen att fortsätta med det.²⁰⁷

Det finns forskning som visar att konstanskriteriet är det mest åberopade av alla kriterier och det kriterium som poliser, åklagare och domare värderar högst. HD ansåg i NJA 1992 s 446 att detaljkriteriet står högre, men fann att det även har stor betydelse att berättelsen förblir konstant i de olika instanserna. Minnespsykologisk forskning visar att det är de centrala detaljerna som bör vara konstanta eftersom dessa sällan förändras över tid. Det är naturligt att en sann utsaga fördjupas och får mer detaljer vid upprepade förhör medan en falsk utsaga utarmas. Det händer att domare inte tar hänsyn till detta utan bedömer konstansen på ett mekaniskt sätt. Vidare kan det hända att en person som en gång lämnat en felaktig uppgift senare tvekar att ändra denna för att inte riskera att framstå som icke trovärdig. Forskning har inte visat att upprepade förhör ger en ökad förmåga att göra

²⁰³ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 188.

²⁰⁴ NJA 1980 s 725, s 736.

²⁰⁵ NJA 1988 s 40, s 49.

²⁰⁶ NJA 1992 s 446, s 465-466.

²⁰⁷ Gregow, Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn, s 518.

en korrekt bedömning, trots att man då har tillgång till mer material. Däremot leder det ofta till att den som har att göra bedömningen känner sig säkrare i sitt beslut. Schelin menar att det inte finns något stöd inom den beteendevetenskapliga forskningen för att konstans eller bristande konstans kan användas för att avgöra en utsagas sannolika verklighetsförankring. Kriteriet bör därför användas med stor försiktighet.²⁰⁸

6.2.3.6 Oriktiga uppgifter

Begreppet ”falsus in uno, falsus in omnibus” innebär att om det är visat att en person till en viss del har lämnat oriktiga uppgifter i en utsaga, ska detta få betydelse vid bedömningen av hela utsagan.²⁰⁹ Denna ståndpunkt stöds av Gregow som menar att det måste inverka på tillförlitligheten av övriga uppgifter om målsäganden har lämnat uppgifter som i väsentliga hänseenden visas vara oriktiga. Har vissa delar visat sig vara osanna, ligger det nära till hands att anta att övriga delar av berättelsen är osanna. Samma smittoeffekt gör sig gällande om vissa uppgifter visar sig vara orimliga eller av annan anledning bör lämnas utan avseende.²¹⁰

Det finns beteendevetenskaplig forskning som visar att en sådan utgångspunkt lätt kan leda till en felaktig bedömning. Vid tillämpningen av ett konstanskriterium förutsetts att trovärdighet är en konstant och personlig egenskap, och att en utsaga endast kan vara antingen rakt igenom sann eller rakt igenom lögnaktig. Det tas ingen hänsyn till att en utsagoperson kan ha gjort en dålig iakttagelse, missförstått en omständighet eller ljugit angående en del, men inte i andra delar. Istället måste en prövning göras i varje led och för varje moment av utsagan. Först efter detta kan man dra några slutsatser angående utsagans tillförlitlighet.²¹¹

6.3 Bedömning av utsagans tillförlitlighet i asylärenden

6.3.1 Allmänt om bevisprövningen

I domen MIG 2007:12 lade Migrationsöverdomstolen fast grunderna för hur den anser att skyddsskäl ska bedömas. Verket och domstolarna har först att bedöma om sökanden har gjort sin identitet och sitt uppgivna medborgarskap eller hemland sannolikt. Därefter prövas skyddsskäl i två delmoment. I första ledet avgörs om sökandens berättelse är *tillräcklig* för att uppfylla kriterierna för skydd. I andra ledet ska det avgöras om sökanden har gjort berättelsen sannolik. Detta kan ske antingen genom inlämnad

²⁰⁸ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål s 188-192.

²⁰⁹ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 197.

²¹⁰ Gregow, Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn, s 518.

²¹¹ Schelin, Bevisvärdering av muntlig utsaga i brottmål, s 206.

bevisning eller genom att sökanden tillerkänns förmånen av uppkommet tvivelsmål eftersom han eller hon bedöms vara trovärdig. Det är viktigt att man först gör en prövning om sökanden gjort berättelsen sannolik genom inlämnad bevisning innan man går in på en trovärdighetsbedömning. I det aktuella fallet hade migrationsdomstolen gjort en bedömning av den sökandes trovärdighet innan den skriftliga bevisningen värderades och detta bedömdes inte vara riktigt.²¹²

Det är däremot inte nödvändigt att det första och andra ledet i prövningen sker i denna ordning. I en del fall räcker det också att bara pröva ett av dessa led. En trovärdighetsbedömning behöver inte göras om det står klart att sökanden kommer från ett visst land/region och förhållandet i detta är sådant att alla som kommer därifrån måste ges rätt att stanna. Om den sökande endast åberopat omständigheter som inte kan konstituera flyktingskap eller ställning som skyddsbehövande i övrigt (t ex ekonomiska skäl) behöver inte heller en trovärdighetsbedömning göras. En bedömning av tillräckligheten krävs inte heller alltid. Om sökanden ljugit om sin identitet eller hemland är det sällan meningsfullt att pröva berättelsen mot förhållanden i det landet. Är berättelsen alltför vag eller motsägelsefull kan det vara svårt att pröva berättelsen mot landinformation.²¹³

Diesen är mycket kritisk till den modell som ställs upp av Migrationsöverdomstolen. Han anser inte att det är möjligt att göra en uppdelning i tillräcklighet och trovärdighet som domstolen har gjort. Det går inte att spara tillförlitlighetsbedömningen till någon senare del i prövningen. Istället ska en samlad bevisbedömning göras i prövningens båda delar, dvs. angående flyktinggrund och förföljelserisk. Sökanden ska beviljas uppehållstillstånd om han eller hon i båda delarna kan visa att sannolika skäl föreligger. Vidare anser han att för stor fokus läggs på trovärdigheten, Migrationsöverdomstolen ställer upp trovärdigheten som ett eget bevisstema som skall vara uppfyllt för att den sökande ska få tillgång till ”benefit of the doubt”. Istället skall trovärdigheten bara ses som ett hjälpfaktum för utsagan.²¹⁴

Diesen förespråkar en annan modell för hur bevisvärdering av muntlig utsaga ska gå till, som är väldigt lik den som Schelin förespråkar. För att avgöra utsagans bevisvärde (sanningshalt) bör man göra en utsageanalys, som är uppdelad i fyra steg. I det första steget bedöms trovärdigheten. Sedan ska utsagans uppkomstbetingelser kartläggas. Detta innebär att utredaren försöker utreda hur berättelsen har vuxit fram från perception via minne till framlockning under utredningen. I det tredje steget ska en relevansbedömning göras av uppgifterna i utsagan. Detta innebär att man fastställer vilket bevisvärde en utsaga har såsom bevisning för ett visst förhållande (tema), inte att en bedömning av den sammantagna bevisningen ska göras. Utsagan ska delas upp i olika delar, beroende på mot vilket bevisstema berättelsen riktar sig mot som bevis, exempelvis flyktinggrund

²¹² MIG 2007:12 s 9-10.

²¹³ MIG 2007:12 s 10.

²¹⁴ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 266-268.

eller risk för förföljelse. Bevisvärdet kan vara olika stort i olika delar. Exempelvis kan det vara obefintligt vad gäller flyktväg, men högt avseende välgrundad fruktan för förföljelse. I det fjärde avslutande steget görs själva bevisvärderingen av utsagan. Man bör därvid ta hjälp av de s.k. tillförlitlighetskriterier som utvecklats i HD:s praxis.²¹⁵

6.3.2 Allmänt om användandet av tillförlitlighetskriterier i asylärenden

Liksom i brottmål är utgångspunkten i asylärenden att en individuell prövning av en muntlig utsaga ska göras i varje enskilt ärende. Det är mycket vanskligt att sätta upp kriterier för en tillförlitlighetsprövning; det får inte bli frågan om att checka av punkter på en lista. Resultatet av kriteriebedömningen ger underlag och stöd åt bevisvärderingen av den muntliga utsagan som är bevismedel i ärendet. Bevisvärdet är sällan antingen helt tillförlitligt eller helt otillförlitligt, snarare någonstans mitt emellan.²¹⁶

Det är viktigt att komma ihåg att bevisprövningen och bevisvärderingen är helt fria. Det är alltså inte möjligt för Migrationsöverdomstolen eller någon annan instans att bestämma vilka bevismedel som får användas, vilket bevisvärde viss bevisning ska ha osv. Genom att undersöka hur praxis och doktrin har resonerat i frågor om bevisvärdering av muntlig utsaga kan man dock få en fingervisning om vilka hjälpfakta de har ansett vara viktiga vid en sådan bedömning. Som beslutfattare eller domare som har att göra en bevisvärdering i ett enskilt ärende är det dock inte möjligt att luta sig tillbaka på vad som framgår av praxis, utan i varje enskilt fall gäller det att avgöra om beviskravet sannolikt är uppfyllt.

I den undersökning av Migrationsverkets handläggare som gjorts av Granhag mfl, fick personalen frågan om vilket kriterium de ansåg vara viktigast i tillförlitlighetsbedömningen. Flest röster (31 %) fick omständigheten att utsagan inte stämmer överens med kända fakta. 18 % av handläggarna listade ”motstridigheter i redogörelsen” högst, medan 16 % ansåg att det var viktigare att utsagan är sannolik och sammanhängande. Endast 6 % ansåg att ett allmänt intryck är bästa sättet att grunda en sådan bedömning på. Lika många bedömde att en ovillighet att förklara, var viktigast. 6 % var också av åsikten att störst vikt bör läggas vid omständigheten att sökanden har svårigheter eller visar sig ovillig att svara på enkla frågor.²¹⁷

²¹⁵ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 235-238.

²¹⁶ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 238-239.

²¹⁷ Pär Anders Granhag, Leif A Strömwall och Maria Hartwig, *Granting Asylum or not? Migration Board Personnel's Beliefs about Deception*, s 40.

6.3.3 Särskilda kriterier som används i bedömningen av utsagans tillförlitlighet

6.3.3.1 Allmän trovärdighet

I UNHCR:s handbok anges att en sökande endast ska få tillgång till ”benefit of the doubt” när all tillgänglig bevisning har inhämtats och när utredaren är förvissad om sökandens allmänna trovärdighet.²¹⁸ Enligt skyddsgrundsdirektivet artikel 4.5.e är det en förutsättning för att sökanden inte ska behöva bekräfta uppgifter som han eller hon saknar skriftlig bevisning för, att sökandens allmänna trovärdighet är fastställd.²¹⁹ Migrationsöverdomstolen hänvisar till artikel 204 i UNHCR:s handbok i flera av sina domar, och anför att det är en förutsättning för ”benefit of the doubt” att den sökandes allmänna trovärdighet inte kan ifrågasättas.²²⁰

Det bör noteras att varken UNHCR, skyddsgrundsdirektivet eller Migrationsöverdomstolen har gjort någon distinktion mellan sökandens trovärdighet och utsagans tillförlitlighet. Istället talas endast om sökandens trovärdighet. Detta kan tyckas olyckligt, eftersom det är svårt att avgöra vad som egentligen avses.

I SOU 2006:6 förs en diskussion angående begreppet ”allmän trovärdighet”, både som det framställs i direktivet och i UNHCR:s handbok. Utredningen anför att det inte är sökandens trovärdighet i allmänhet som är intressant. Bedömningen som ska göras handlar om riskscenarier i sökandens hemland. Endast trovärdigheten i sökandens utsagor relaterad till dessa riskscenarier är därför relevant.²²¹ Denna åsikt delas också av Gregor Noll i hans artikel *Evidentiary Assessment in Refugee Status Determination and the EU Qualification Directive*.²²² Med den distinktion mellan trovärdighet och tillförlitlighet som gjorts ovan, framkommer alltså att det är tillförlitligheten som avses.

Att det egentligen är tillförlitligheten som avses, stöds också av beskrivningen i UNHCR:s handbok. De exempel på faktorer som ska tas hänsyn till i bedömningen av den sökandes allmänna trovärdighet är att den sökandes uppgifter ska vara sammanhängande och rimliga samt ej strida mot allmänt kända fakta, vilket är kriterier för att avgöra en utsagas tillförlitlighet.²²³ De exempel som Migrationsöverdomstolen anser vara viktiga i trovärdighetsbedömningen är huruvida berättelsen är sammanhängande, inte präglas av motstridiga uppgifter och inte strider mot

²¹⁸ UNHCR:s handbok, artikel 204.

²¹⁹ Artikel 4.5 Skyddsgrundsdirektivet.

²²⁰ Se ex MIG 2007:12, s 8.

²²¹ SOU 2006:6, s 234.

²²² Noll, Gregor, *Evidentiary Assessment in Refugee Status Determination and the EU Qualification Directive*, s 312.

²²³ UNHCR:s handbok, artikel 204.

allmänt kända fakta. Berättelsen ska också vara konstant under processens gång.²²⁴ Också detta är kriterier som avser tillförlitligheten av utsagan.

Såvitt jag kan utläsa av de domar jag har studerat har inte domstolen i de enskilda ärendena gått in i någon diskussion om de sökandes allmänna trovärdighet. Sökandens personliga trovärdighet har inte berörts eller frågan om utsagan har lämnats på ett trovärdigt sätt. Istället har endast utsagans tillförlitlighet diskuterats, även om begreppet trovärdighet har använts. Detta utesluter dock inte att en sådan faktisk prövning av sökandens trovärdighet har gjorts (eventuellt omedvetet) och sedan har fått betydelse i tillförlitlighetsbedömningen utan att det framgår av domskälen.

Diesen motsätter sig Migrationsöverdomstolens beskrivning av tvivelsmålets fördel, där förutsättningen är att den sökandes allmänna trovärdighet inte kan ifrågasättas. Han anser att en så central bevisregel inte kan hängas upp på en så subjektiv värderingsnorm.²²⁵ Den tolkning han gör av Migrationsöverdomstolens användning av begreppet allmän trovärdighet är alltså att det är trovärdigheten och inte tillförlitligheten som avses.

Man bör enligt honom inte bedöma asylfrågan utifrån det intryck som den asylsökande ger. Problemet med en trovärdighetsbedömning är att den bäddar för en skönsmässig och subjektiv bedömning. Beslutsfattarens referenser avseende rimligheten i sakinnehåll och sättet för framförandet kommer få stor betydelse för bedömningen. Det är extremt svårt att avgöra när en annan människa ljuger, och människor tror i allmänhet att de är mycket bättre på detta än de i verkligheten är. Ett stort problem är de kulturskillnader som uppkommer när man utreder personer från andra länder.²²⁶ Trots att Diesen anser att trovärdighetsbedömningar är mycket osäkra, anser han ändå att dessa ska utgöra det första steget, en plattform i bevisvärderingen av utsagan.²²⁷

6.3.3.2 Berättelsen är rimlig, sammanhängande och sannolik

Enligt UNHCR:s handbok är detta en av grundförutsättningarna för att det ska vara möjligt att tillämpa "the benefit of the doubt". Någon närmare beskrivning av vad som kännetecknar en sammanhängande och rimlig berättelse ges dock inte.²²⁸ Skyddsgrundsdirektivet nämner också detta kriterium i artikel 4.5.c. Diesen menar att rimlighetsbedömningen är beroende av beslutsfattarens kunskap om den verklighet som beskrivs.²²⁹

I MIG 2007:37 uppgav den sökande att han kände en välgrundad fruktan för förföljelse i sitt hemland Kamerun, eftersom han deltagit i möten med en organisation som verkar för att den södra delen av landet ska bli

²²⁴ MIG 2007:12, s 8.

²²⁵ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 260 ff.

²²⁶ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 234-235.

²²⁷ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 236.

²²⁸ UNHCR:s handbok, artikel 204.

²²⁹ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 238.

självtändig. Han uppgav vidare att han nu är efterlyst av myndigheterna och vid ett återvändande riskerar han att bli gripen och utsättas för tortyr. Migrationsöverdomstolen fann ingen anledning att ifrågasätta uppgifterna om att den sökande har varit engagerad i organisationen eller att han blev frihetsberövad år 2000. Däremot bedömdes det som osannolikt att han nu skulle vara föremål för myndigheternas intresse eftersom han endast varit en vanlig medlem och att han har kunnat leva öppet under många år utan ingripande från myndigheternas sida. Uppgiften om att han skulle ha blivit angiven av partivänner är en slutsats som sökanden har dragit utifrån det förhållandet att hans flickvän berättat att personer från säkerhetstjänsten har varit och besökt hans hem.²³⁰ Domstolen fann i detta fall att sökandens uppgift att han var av intresse för hemlandets myndigheter var osannolik i förhållande till vad han har uppgivit i övrigt.

6.3.3.3 Det finns inga motstridiga uppgifter

I MIG 2007:12 ansåg Migrationsöverdomstolen att den sökande hade lämnat motstridiga uppgifter angående sin medverkan i och sympatier för den regimkritiska organisationen som han har uppgett sig kunna sammankopplas med. Å ena sidan hade sökanden hävdat att han alltid agerat försiktigt samt försökt hålla sig undan. Å andra sidan hade sökanden uppgivit att han har deltagit i offentliga demonstrationer och transporterat flygblad, vilket varit förknippat med stora risker. Enligt domstolen står dessa påståenden i strid med varandra. Sökanden hade vidare dels uppgivit att han aldrig haft någon kontakt med organisationen, dels att denna skulle ha legat bakom hans flykt från sjukhuset. Även dessa uppgifter befanns vara motstridiga.²³¹ I MIG 2007:33 bedömdes den sökande ha lämnat motstridiga uppgifter eftersom han uppgett att han var analfabet, trots att han gått i skola i två år och lämnat in skriftlig bevisning av vilken det framgick att han var affärsman.²³² Diesen anser att det är viktigt att en berättelse är homogen och konsistent, det vill säga att den inte har några luckor eller svackor och att sökanden inte vacklar när hon eller han blir ifrågasatt.²³³

Det är något oklart om detta kriterium kräver att sökanden konfronteras med att han har lämnat motstridiga uppgifter och att han har fått en chans att lämna en förklaring till detta. Uttalanden i UNHCR:s handbok uttrycker att det är önskvärt att så sker. Om det finns motsägelser i de uppgifter som har lämnats av sökanden kan utredaren bli tvungen att genomföra ytterligare en intervju för att reda ut dem samt finna förklaringar till felaktiga påståenden och underlåtenhet att uppge väsentliga sakförhållanden.²³⁴

²³⁰ MIG 2007:37, s 4.

²³¹ MIG 2007:12, s 13-14.

²³² MIG 2007:33.

²³³ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 238.

²³⁴ UNHCR:s handbok, artikel 199.

6.3.3.4 Berättelsen strider inte mot allmänt kända fakta

Att sökandens uppgifter inte får strida mot allmänt kända fakta framgår av UNHCR:s handbok. Den sökandes berättelse kan inte bedömas isolerat utan måste värderas utifrån de omständigheter som råder i hans eller hennes hemland. För att kunna avgöra den sökandes trovärdighet är det av stor vikt att ha kunskap om förhållandena i hemlandet. Det är upp till utredaren att tillsammans med sökanden undersöka hur förhållandena i hemlandet är.²³⁵ I skyddsgrundsdirektivet artikel 4.5.c anges att sökandens uppgifter inte får strida mot tillgänglig specifik och allmän landinformation som rör den sökandes ärende för att sökanden inte ska behöva lämna full bevisning. Även Diesen anser att det är viktigt att sökandens berättelse inte strider mot relevant och aktuell landinformation.²³⁶

Migrationsöverdomstolen diskuterade hur landinformation ska hanteras i domen 2006:7, även om det inte var tillförlitligheten utan tillräckligheten som var den stridiga frågan i ärendet. Domen rörde en alban ifrån Kosovo, som uppgav att han hade blivit utsatt för misshandel och hot eftersom han haft samröre med serber. Migrationsverket och migrationsdomstolen beslutade om utvisning eftersom det enligt tillgänglig landinformation inte finns något generellt skyddsbehov för etniska albaner från Kosovo. Dessutom hade den sökande inte sökt hjälp från de rättsvårdande myndigheterna i Serbien-Montenegro. MIÖD fann att Migrationsverket hade använt sig av relativt gammal landinformation, vilket i sig är en omständighet som kan ifrågasättas. Vidare ansåg domstolen att både verket och migrationsdomstolen hade gjort en felaktig tolkning av den landinformation som de hade hänvisat till. Alla nyanser av den rapport som instanserna använde hade inte tagits in i respektive beslut och dom. De omständigheter som talade för att sökandens berättelse skulle vara korrekt togs inte med. Enligt Migrationsöverdomstolen är det inte möjligt att utifrån den landinformation som fanns tillgänglig och den redogörelse som hade lämnats, komma till slutsatsen att sökanden uppenbart saknar skyddsbehov i Sverige. Den utredning som hade legat till grund för beslutet ansågs inte vara tillräcklig, utan ärendet återförvisades till Migrationsverket för ny handläggning.²³⁷

6.3.3.5 Berättelsen är detaljrik och klar

I MIG 2007:12 fann domstolen att sökandens berättelse i dess helhet var vag och anmärkningsvärt detaljfattig. Som exempel gavs att den sökande inte hade kunnat lämna några detaljer kring åberopade frihetsberövanden eller hur och när han fick vissa fysiska skador. Vidare hade han varit ytterst vag när det gäller omständigheterna kring de demonstrationer som han hade deltagit i.²³⁸ Diesen hänvisar i sin bok *Prövning av migrationsärenden* till Schelins slutsatser och anför att om en utsaga innehåller perifera detaljer

²³⁵ UNHCR:s handbok, artikel 42 och 196.

²³⁶ MIG 2007:12 s 8.

²³⁷ MIG 2006:7.

²³⁸ MIG 2007:12 s 8.

och inte bara central information är detta ett tecken på att berättelsen grundar sig på genuina minnesbilder. Sådana detaljer kan bland annat vara information om saker, hörselintryck, smaker och lukter från platsen eller händelsen som personen beskriver.²³⁹

6.3.3.6 Berättelsen förblir oförändrad under asylprövningens gång

Domstolen fann i MIG 2007:12 att sökanden i vissa delar ändrat sin berättelse både under asylutredningen och hos domstolarna. Det preciserades inte närmare på vilket sätt som berättelsen har ändrats.²⁴⁰ En annan aspekt av betydelse i detta sammanhang är om den sökande har trappat upp sin berättelse. I MIG 2007:33 hade den sökande inför Migrationsverket uppgett att han riskerade förföljelse från familjen till en kvinna som han gift sig med. Först i migrationsdomstolen åberopade han att även hans egen familj var emot honom och inte kunde skydda honom, något som av Migrationsöverdomstolen bedömdes tala emot att berättelsen var trovärdig.²⁴¹

Migrationsdomstolen i Malmö meddelade den 24 april 2008 en dom i ett ärende där Migrationsverket hävdade att sökanden inte var trovärdig eftersom olika uppgifter hade framkommit i det offentliga bitrådets inlägga och i utredningen som gjorts hos verket. Vidare hävdade verket att vissa uppgifter hade tillkommit sent i processen.²⁴²

Migrationsdomstolen anförde att stor försiktighet ska iakttas när man drar slutsatser om att nya uppgifter har tillförts från ett förhörstillfälle till ett annat. Detta är en omständighet som oftast anses vara ägnat att minska tilltron till berättelsen, men det kan finnas godtagbara ursäkter till att detta sker. Exempelvis talar modern minnesforskning om att det är naturligt att minnet återvänder successivt efter att en person har varit med om traumatiska händelser. När det gäller skillnader mellan uppgifter som lämnats i en inlägga författad av det offentliga bitrådet och uppgifter som lämnats inför Migrationsverket under asylutredning slår domstolen fast att det måste röra sig om betydande och centrala avvikelser för att dessa skillnader ska kunna få någon betydelse vid bedömningen av tillförlitligheten i berättelsen. Det är en grundläggande förutsättning att berättelsen har lämnats under någorlunda likartade former, exempelvis vid två likartade utredningar hos Migrationsverket. Så är inte fallet när det gäller uppgifter som lämnats i inlägga och uppgifter som lämnas senare för verket och domstolarna. När bitrådet skriver inlagan finns en ökad risk för missförstånd eftersom det är en utomstående som ska förklara vad den sökande menar. Vidare är det inte säkerställt hur översättning eller tolkning har gått till. Att det ligger i bitrådets uppdrag att framställa sin klient sak så

²³⁹ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 238.

²⁴⁰ MIG 2007:12, s 13.

²⁴¹ MIG 2007:33.

²⁴² Migrationsdomstolen i Malmö, Dom 2008-04-24 UM 198-08, s 2-3.

fördelaktigt som möjligt är också en omständighet som kommer att påverka hur inlagan formuleras.²⁴³

Domstolen ansåg att de motsägelser som Migrationsverket pekat på till viss del är att bedöma som en utveckling av berättelsen, och till den del där motstridigheter fanns kvar, var det vid en jämförelse mellan biträdets inlaga och de muntliga handläggningarna hos verket och i domstolen. Eftersom den senare omständigheten skall bedömas med försiktighet, och skillnaderna var relativt små, kan denna omständighet inte ha någon nämnvärd betydelse när berättelsens trovärdighet ska bedömas. Vidare såg domstolen allvarligt på det faktum att protokollet från asylutredningen inte hade lästs upp och godkänts av den sökande, något som gör det vanskligt att dra några slutsatser av att uppgifter senare har förändrats eller lagts till. Vid en sammantagen bedömning fann därför domstolen att sökanden berättelse kunde ligga till grund för bedömningen av hans skyddsbehov, och att han ska anses vara flykting enligt 4 kap. 1 § utlänningslagen och beviljas uppehållstillstånd på denna grund.²⁴⁴

Det bör noteras att migrationsdomstolen i sin dom inte hänvisar till begreppet "benefit of the doubt". Istället anges att det är en förutsättning för att en berättelse ska kunna ligga till grund för en bedömning av skyddsbehovet att den är trovärdig och tillförlitlig.

Enligt Diesen finns det ingen erfarenhetssats som generellt anger att sent inlämnad information skulle vara mindre tillförlitlig än sådan information som har lämnats i ett tidigt skede. Det är viktigt att klargöra hur och varför berättelsen har ändrats. En bedömning måste göras om berättelsen har ändrats av en godtagbar anledning, eller på ett godtagbart sätt. Det kan vara så att uppgifter har blivit missförstådda eller att det funnits brister i en utredning. Sökanden kan också ha blivit uppmanad av en smugglare att lämna vissa uppgifter för att öka sina chanser att få uppehållstillstånd. Vidare kan sökanden, av rädsla för hemlandets eller svenska myndigheter, ha valt att utelämna information eller så kan minnet av traumatiska händelser ha tillvuxit. När det gäller hur berättelsen har ändrats spelar det stor roll om fakta har bytts ut eller om det är fråga om en fördjupning. Om sökanden efterhand lämnar fler detaljer och mer information, innebär inte detta att han har ändrat sin berättelse på ett sätt som inte är godtagbart. Att en asylberättelse utvidgas stämmer väl överens med hur minnet och förhör fungerar.²⁴⁵

6.3.3.7 Sökanden har i en del lämnat oriktiga uppgifter

Enligt UNHCR:s handbok är det inte i sig skäl att vägra en person flyktingstatus för att denne lämnat ett osant påstående. Istället är det utredarens ansvar att se till att denna omständighet bedöms i ljuset av samtliga omständigheter i fallet.²⁴⁶

²⁴³ Migrationsdomstolen i Malmö, Dom 2008-04-24 UM 198-08, s 3-4.

²⁴⁴ Migrationsdomstolen i Malmö, Dom 2008-04-24 UM 198-08, s 5-6.

²⁴⁵ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 57 och 249.

²⁴⁶ UNHCR handbok, artikel 199.

I MIG 2007:12 hade sökanden lämnat oriktiga uppgifter om sin identitet, bland annat genom att åberopa handlingar som ostridigt var falska. Bevisvärdet av denna bevisning ansågs vara så lågt att det var möjligt att bortse ifrån. När domstolen bedömde sökandens trovärdighet konstaterade den att omständigheten att sökanden lämnat oriktiga uppgifter normalt inverkar på beslutet om uppehållstillstånd och kan ligga till grund för återtagandet av ett beviljat tillstånd. Det är svårt att göra sin berättelse trovärdig om det kvarstår frågetecken kring vem den asylsökande är och dennes ursprung. Vidare framförde domstolen uppfattningen att den omständighet att en sökande åberopat falska handlingar, starkt minskar tilltron till uppgifterna i övrigt. En helhetsbedömning av berättelsen måste ändå göras.²⁴⁷

Angående resvägen till Sverige är sökanden ofta försatt i en svår situation där de tvingas ljuga om hur de kom till Sverige. Enligt Dublinförordningen skall nämligen en asylsökande prövas i det EU-land där han eller hon först kom in i EU. Om prövning ska ske i annat land enligt denna förordning, finns i 5 kap. 1 § tredje stycket UtL ett undantag från rätten till uppehållstillstånd i Sverige. Regeringen har fattat två beslut där sökandena hade ljugit om hur de hade kommit till Sverige. Invandrarverket ansåg att den omständigheten att sökandena lämnat orimliga uppgifter om resvägen och passhandlingar, på ett avgörande sätt påverkade tilltron till övriga uppgifter av betydelse i det enskilda ärendet, exempelvis angående politisk aktivitet. Regeringen fann dock att endast dessa omständigheter inte utan vidare kan tillåtas påverka tilltron till övriga uppgifter som den sökande hade lämnat. Eftersom det inte i något av ärendena bedömdes som uteslutet att sökandena kunde riskera förföljelse i sina hemländer, återförvisades ärendena för ny prövning.²⁴⁸

Diesen anser att den praxis som finns på asylrättens område fokuserar alldeles för mycket vikt vid subjektiva intryck av sökandens ärlighet istället för att göra en helhetsbedömning. Även om den sökande ljuger om sin identitet, bakgrund eller flykt kan han eller hon känna en välgrundad fruktan för förföljelse.²⁴⁹

6.4 Sammanfattning

Principerna om fri bevisprövning och fri bevisvärdering ska tillämpas både i brottmål och när det gäller förvaltningsrättsliga ärenden såsom asylärenden. Det är dock viktigt att rätten/beslutsfattaren kan motivera sitt beslut och att det bygger på en rationell grund. Att använda sig av särskilda kriterier (eller erfarenhetssatser) för att avgöra om den muntliga utsagan är tillförlitlig kan vara ett sätt att strukturera upp bevisvärderingen och undvika att denna görs på subjektiva grunder. I avsnittet har jag gått igenom de särskilda kriterier

²⁴⁷ MIG 2007:12, s 12-13.

²⁴⁸ Regeringsbeslut IM 3453/81, fattat av Arbetsmarknadsdepartementet 1982-12-09 samt regeringsbeslut IM 3121/81 fattat av Arbetsmarknadsdepartementet 1983-02-03.

²⁴⁹ Diesen, Prövning av migrationsärenden, s 268-269.

som utvecklats i HD:s och Migrationsöverdomstolens praxis för att avgöra om en utsaga är tillförlitlig. Liknande kriterier används i båda typerna av prövning. Det har ansetts viktigt att utsagan är rimlig, sannolik och inte innehåller några svårförklarliga moment eller motstridiga uppgifter. Vidare har vikt lagts vid att den är konstant och inte innehåller några oriktiga uppgifter. I asylprövningen jämförs också utsagan mot den landinformation som finns tillgänglig om landet i fråga; stor betydelse läggs vid kriteriet att redogörelsen inte får strida mot allmänt kända fakta.

Kriterierna att en utsaga är detaljrik och klar (i motsats till vag) återfinns i båda typer av ärenden. Migrationsöverdomstolen har inte tagit upp längden av utsagan som ett kriterium i sin tillförlitlighetsbedömning. Större betydelse har detta kriterium i brottmålsprocessen, vilket säkerligen beror på att utsagan avges på olika sätt inför Migrationsverket och inför rätten. HD har lagt stor vikt vid huruvida en utsaga ger ett trovärdigt intryck eller intryck av att vara självupplevd. Detta kriterium bör tillämpas med stor försiktighet, eftersom beteendevetenskaplig forskning visar att människor i allmänhet är sämre på att avgöra om en person talar sanning när de bedömer det icke-verbala innehållet i en utsaga, än när det verbala innehållet bedöms. Man tror dock i allmänhet att man är bättre på att bedöma tillförlitligheten av en utsaga genom att se hur utsagopersonen betar sig än vad man i själva verket är. Såvitt jag har kunnat finna har inte Migrationsöverdomstolen fört något sådant resonemang. När domstolen refererar till allmän trovärdighet är det snarare tillförlitligheten som avses.

7 Analys

7.1 Allmänt om analysens utformande och svårigheterna att göra analogier mellan olika rättsområden

I analysen besvaras mina frågeställningar utifrån det som framkommit i den deskriptiva delen. En jämförelse görs mellan hur dylika frågor regleras i asylärenden, inom den allmänna förvaltningsrätten och inom straffrättsprocessrätten. Vidare behandlas översiktligt vad beteendevetenskaplig forskning kommit fram till när det gäller presentationsformens betydelse och användningen av särskilda kriterier för att kunna göra en korrekt bevisvärdering.

Att göra analogier mellan olika rättsområden medför stora betänkligheter och stor försiktighet måste iakttas när slutsatser dras, eftersom olika syften och hänsyn ligger bakom de olika regleringarna. Det finns stora skillnader mellan de hänsyn som ska tas i brottmål och i förvaltningsrättsliga ärenden i allmänhet och asylärenden i synnerhet. Brottmål avgörs av domstol i första instans och processen regleras av RB, medan förvaltningsrättsliga ärenden avgörs av myndigheter och styrs av reglering i FL och specialförvaltningsrättsliga författningar i första hand. Skillnaderna mellan de båda processerna är omfattande. En domstolprövning innebär en tvåpartsprocess, vilket inte är fallet för myndighetsprövning. I förvaltningsärenden agerar myndigheten både som åklagare och domare. Vidare finns en rad olika rättssäkerhetsgarantier som ska tillförsäkra en rättvis rättegång och som saknas när det gäller prövningen av förvaltningsärenden.²⁵⁰ Myndighetsprövningen kännetecknas istället av att myndigheter har en utredningsskyldighet och måste se till att ärendet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver.

Asylärenden skiljer sig i sin tur från andra förvaltningsärenden på grund av det stora inslaget av muntlig handläggning och att den muntliga utsagan i de flesta fall utgör det viktigaste (och ibland det enda) bevismedlet. Vidare finns i dylika ärenden ett starkt skyddsintresse, vilket bland annat innebär att Migrationsverkets utredningsskyldighet gör sig starkare gällande i denna typ av förvaltningsrättsliga ärenden än många andra.

Avseende bevisprövningen finns det enligt Diesen inget skäl till varför samma principer som gäller i allmän domstol inte också skulle gälla i förvaltningsmål. Förvaltningsrätten innehåller inte några regler om bevisvärdering och RB är ett komplement till FPL, varför myndigheter och förvaltningsdomstolar är hänvisade till samma grundprinciper som de allmänna domstolarna. Att bevisomedelbarhetsprincipen, liksom andra

²⁵⁰ Angående de principer som styr rättegången, se ovan avsnitt 5.1.1.

principer som tillämpas inom allmän domstol, inte används i förvaltningsrättsliga ärenden, leder inte till någon annan bedömning. Förvaltningsärenden ska dock ses som en särskild kategori av ärenden som skiljer sig åt från brottmål på samma sätt som civilmål gör.²⁵¹ Bevisprövningens ramar är främst beroende av bevisbördans placering och hur högt beviskravet är och det är också främst här som de olika rättsområdena skiljer sig åt.

7.2 Bevisrättsliga utgångspunkter

I de flesta fall har den asylsökande inga skriftliga bevis att lämna in till Migrationsverket. Hans eller hennes muntliga utsaga är därför i de flesta fall den viktigaste bevisningen som finns att tillgå. Migrationsöverdomstolen har slagit fast att det är viktigt att skilja på den muntliga utsagan och vad som utgör bevismedel. Vad domstolen menar med detta uttalande är inte helt lätt att förstå. Det står klart att en muntlig utsaga i brottmål anses vara ett bevismedel. HD har till och med kunnat döma tilltalade endast på grundval av målsägandens utsaga utan att någon stödbevisning har funnits. Den muntliga utsagan bör ses som ett bevisfaktum som har en omedelbar betydelse för att bedöma om den sökande har en välgrundad fruktan för förföljelse i sitt hemland..

Det är den asylsökande som har bevisbördan i asylärenden, och även en form av informationsbörda eller upplysningsskyldighet. Migrationsverket har som myndighet en utredningsskyldighet, vilket innebär att de har ett ansvar för att se till att ärendet så pass utrett som dess beskaffenhet kräver. Eftersom det i asylärenden är fråga om starka skyddsintressen och där felbedömningar kan innebära att de sökandes mänskliga rättigheter kränks på ett oåterkalleligt sätt, är utredningsskyldigheten vidare än vad som är fallet i andra förvaltningsrättsliga ärenden.

De beviskrav som framgår av de internationella konventionerna som utlänningslagen bygger på skiljer sig något åt. Samma beviskrav ska dock användas i svensk rätt både när det gäller frågan om en person är flykting enligt 4 kap. 1 § eller skyddsbehövande i övrigt enligt 4 kap. 2 § utlänningslagen. Enligt förarbeten och praxis ska en utsaga ligga till grund för bevisvärderingen om den är trovärdig och sannolik. Beviskravet är således ”sannolik”, vilket även överensstämmer med det normalkrav som Diesen förespråkar i förvaltningsrättsliga ärenden. Tillförlitligheten (eller trovärdigheten) av den muntliga utsagan innebär ett hjälpfakta för att avgöra om utsagan kan ligga till grund för bedömningen av skyddsbehov. Det är inte ett eget beviskrav som ska vara uppfyllt för att uppehållstillstånd ska kunna beviljas.

Begreppet ”benefit of the doubt”, som kommer till uttryck i UNHCR:s handbok och som refereras i svenska förarbeten och praxis, är svårtillämpbart. Detta begrepp är egentligen väldigt främmande i svensk rätt

²⁵¹ Diesen, Bevisprövning i förvaltningsmål, s 23.

som bygger på fri bevisvärdering och fri bevisprövning till skillnad från anglosaxisk rätt som tillämpar legala bevisregler. När ett begrepp som ”benefit of the doubt” används, insinueras att beviskravet från början är högre än vad det är och att det först är när sökanden har lämnat en tillförlitlig (trovärdig) berättelse som beviskravet kan sänkas, och alla återopade omständigheter inte behöver bevisas. Det verkar som om UNHCR:s handbok utgår från att beviskravet i normalfallen är ”styrkt” men att det kan sänkas för de fall tvivelsmål föreligger. Beviskravet för asylärenden har dock i svensk rätt fastställts till sannolikt, vilket redan är ett relativt lågt beviskrav.

När Migrationsöverdomstolen blandar in ”benefit of the doubt” i sina bedömningar, trasslar de in sig i onödigt komplicerade resonemang för att komma fram till om sökandens utsaga kan ligga till grund för bedömningen om sökandens fruktan för förföljelse är välgrundad eller inte. Ett exempel är MIG 2007:33 där domstolen inte ansåg att sökanden lyckats göra sin berättelse trovärdig och därmed inte kunde få fördelen av uppkommet tvivel (benefit of the doubt). På grund av detta fann domstolen att det också fanns skäl att ifrågasätta sökandens subjektiva fruktan vid ett återvändande till hemlandet och han ansågs inte ha gjort sannolikt att han är skyddsbehövande i övrigt.²⁵² Det kan vara bättre ur ett bevisrättsligt perspektiv att helt bortse från denna konstruktion och liksom migrationsdomstolen i mål nr UM 198-08 endast konstatera att det är en förutsättning att en utsaga är trovärdig och tillförlitlig för att den ska kunna ligga till grund för bedömningen av skyddsbehovet. Ett alternativ är att inte se ”benefit of the doubt” som en fråga om beviskrav, utan som Diesen anför som ett mått på om utredningskravet är uppfyllt. Detta är dock enligt min mening att gå lite för långt ifrån hur begreppet beskrivs i UNHCR:s handbok.

7.3 Muntlig handläggning och dokumentation av muntlig utsaga

Det sätt en muntlig utsaga dokumenteras på är avgörande vid värderingen av berättelsens tillförlitlighet. Det är mycket viktigt att detta görs på ett sätt som till så stor del som möjligt garanterar att protokollet motsvarar det som den sökande har uppgivit under utredningen hos Migrationsverket. På samma gång måste hänsyn tas till kravet i 7 § FL på att handläggningen ska vara skyndsam. Ur den asylsökandes perspektiv är det viktigt att handläggningen är så effektiv som möjligt, så att de kan få ett snabbt beslut. Självklart ska inte detta innebära att rättssäkerheten eftersätts.

I avsnitt 4 har jag redogjort för vilka rättsliga krav som finns angående hur dokumentation av muntlig utsaga ska gå till i FL, under förundersökningen och under asylprocessen. Det är enligt min mening möjligt att göra en jämförelse mellan dokumenteringen under förundersökningen och i

²⁵² MIG 2007:33.

asylärenden. Samma problematik infinner sig när det gäller att överföra muntlig information till ett skriftligt protokoll. Det kan dock finnas orsaker som gör att dessa båda processer skiljer sig åt. Exempelvis skiljer sig syftet åt mellan de olika förhören. En förundersökning ska leda fram till om åtal kan väckas för ett brott, vilket innebär att den person som förhörs av polisen inte alltid är villig att prata om vad som har hänt. Asylärenden hos Migrationsverket skiljer sig åt på det sättet att det är sökandena som ansöker om en förmån. Detta innebär att de asylsökande därför oftast är villiga att prata och samarbeta. De förhörstekniker som utvecklats för att förhöra misstänkta personer blir därför i det närmaste ointressant gällande asylärenden. Jag har valt att inte gå alltför djupt in på frågan om förhörsteknik och vilken betydelse de frågor som ställs får för möjligheterna att i efterhand göra en bedömning av utsagens tillförlitlighet.

Dokumentation av muntlig utsaga är mycket mer detaljreglerad när det gäller förhör under förundersökningen än vad gäller dokumentation av muntlig handläggning hos Migrationsverket. Det är beklagligt att det inte finns bättre reglering på detta område när det gäller asylprövningen. I SOU 2006:61 konstaterades att det vid utredningens tillkomst inte fanns någon enhetlig praxis inom Migrationsverket på detta område. De förslag på förändringar i Utf som presenterades har inte genomförts. Angående detta förslag, som innebär att protokollet bör översändas till den sökande senast i samband med att beslut fattas, kan framställas vissa betänkligheter. Det är viktigt att den sökande ska ha möjlighet att kontrollera att protokollets riktighet *innan* beslut i ärendet fattas. Visserligen kan den som fått avslag uppmärksamma de misstag som gjorts av verket i sitt överklagande till migrationsdomstolen, men protokollet över den muntliga utredningen i första instans kommer att ingå som processmaterial även i domstolen. Även på grund av att minnesbilder över vad som egentligen avhandlats under utredningen förbleknar med tiden, måste det anses önskvärt att en kontroll görs så tidigt som möjligt. Det är viktigt att en sådan skyldighet att överlämna protokollet regleras eftersom ingen enhetlig praxis finns.

Enligt min mening är det inte tillräckligt att protokollet endast skickas till biträdet för kännedom utan att det vid något tillfälle uppläses för den sökande. En sådan ordning leder till att sökanden är väldigt beroende av att biträdet kontrollerar att protokollet är korrekt. Detta är problematiskt ur många synvinklar. Ofta har en lång tid förflutit sedan utredningen genomfördes vilket kan föra med sig att biträdet inte minns exakt vad som blev sagt om inte denne själv förde anteckningar. Vidare kan biträdet också ha missuppfattat vad den sökande har sagt på samma sätt som Migrationsverket har gjort. Slutligen krävs att biträdet tar sig tid att verkligen granska protokollet, vilket troligtvis inte alltid är fallet. Det kan därför spela stor roll för sökanden om denna haft turen att ha blivit tilldelad ett biträde som är engagerad, uppmärksam och kunnig; en omständighet som sökanden har en liten möjlighet att påverka och även kan ha svårt att upptäcka. Istället bör eftersträvas att protokollet antingen läses upp direkt för sökanden i samband med utredningen eller att protokollet skickas till biträdet som tillsammans med tolk går igenom protokollet med den sökande.

Om protokollet inte har lästs upp för den sökande kan detta få betydelse för den tillförlitlighetsbedömning av den muntliga utsagan som senare görs. Som migrationsdomstolen anförde i sin dom är det vanskligt att dra några slutsatser när det gäller frågan om senare tillkomna uppgifter då Migrationsverket inte har läst upp protokollet från utredningen för den sökande. Han eller hon har i sådana fall inte fått möjlighet att komma med förklaringar, tillägg eller förändringar.

Betydelsen av klara riktlinjer ska dock inte överdrivas. Det finns bestämmelser när det gäller förhör under en förundersökning om att protokollet över detta måste läsas upp och godkännas av den som förhörs. Trots detta kom Linda Jönsson fram till att detta inte är en nödvändig garanti för att protokollet helt motsvarar det som den förhörde har uppgivit under förhöret.

Hur muntlig handläggning genomförs och dokumenteras i asylärenden är särskilt viktigt eftersom detta till större del kommer att ligga till grund för bevisvärderingen än vad som är fallet i brottmål.²⁵³ Protokollet kommer att få olika betydelse beroende på om personen som gör bevisvärderingen sitter med vid den muntliga handläggningen eller inte. Om beslutsfattaren inte är närvarande kommer protokollet ensamt (eventuellt tillsammans med utredarens muntliga uppgifter om hur denne upplevde personens trovärdighet) att ligga till grund för bevisvärderingen. Om beslutsfattaren istället är närvarande vid utredningen, kommer troligen protokollet få mindre betydelse vid bedömningen av utsagens tillförlitlighet. Som framkommit ovan finns en rad problem med att använda sig av protokoll som underlag för bevisvärderingen. Det kan vara svårt att avgöra om informationen härstammar från utredaren eller den sökande och det är utredaren som ensidigt avgör vilken information som tas med i protokollet. Vidare finns stor risk för missförstånd och feltolkningar på grund av språksvårigheter. Att en tolk används innebär inte alltid en garanti för att protokollet blir korrekt.

Särskilt intressant ur denna synpunkt är den forskning som Linda Jönsson har bedrivit angående hur information förändras när ett förhör dokumenteras. Hennes slutsatser kan vara beaktansvärda även angående de utredningar som görs av Migrationsverket. Hon anser att hennes slutsatser är överförbara till andra situationer där information transformeras och tolkas genom en följd av led i en ärendegång. Det kan dock skilja sig åt till viss del på grund av de inblandade individernas personligheter, den lokala kulturen på den aktuella myndigheten, vilken ärendetyp som hanteras, samt vilken plats myndigheten har i hierarkin.²⁵⁴

Troligtvis finns samma maktförhållande mellan myndighet och enskild i båda fallen, och det känns därför nära till hands att dra slutsatsen att protokoll efter asylutredningar troligtvis har samma problem som protokoll

²⁵³ Se vidare nästa avsnitt.

²⁵⁴ Jönsson, Polisförhöret som kommunikationssituation, s 100-101.

från polisförhör. Det är oundvikligt att information transformeras på vägen när den byter medium. Om alla som har att läsa och tolka ett skriftligt protokoll är medvetna om vilka processer som styr denna transformering, är det dock större chans att en tolkning görs som ligger närmare den mening som avsågs av utsagopersonen. För den som ska nedteckna protokoll är det viktigt att försöka undvika allt som kan vara missvisande, exempelvis felaktig användning av sägesverb och försöka vara tydlig med varifrån informationen härstammar.

7.4 Presentationsformens betydelse

Diesen anser att det är möjligt att göra en jämförelse mellan principen om bevisomedelbarhet i allmänna domstolar och hur muntlig handläggning ska genomföras i asylärenden. Enligt honom bör asylprövningen bli mer influerad av de principer som finns i RB, och dra lärdom av de allmänna domstolarnas inställning till personlig närvaro av den som ska bedöma den muntliga utsagan. Han anser att bevisomedelbarhetsprincipen är en viktig förutsättning för att korrekt bedömning ska kunna göras av en muntlig utsagas bevisvärde. Jag är inte lika säker att det är möjligt att göra en sådan parallell. Det är en stor skillnad på en domstol och en förvaltningsmyndighet, även om båda fattar beslut i sakfrågan i första instans. Å andra sidan skiljer sig asylärenden i denna fråga från andra förvaltningsrättsliga ärenden, som vanligen avgörs genom ett skriftligt förfarande och där bevisomedelbarhetsprincipen av naturliga skäl inte tillämpas.

Det gäller också att komma ihåg att även i brottmålsituationen saknas bevisomedelbarhet under förundersökningen. Polisen förhör den misstänkte och skriver sedan ett protokoll som ligger till grund för åklagarens beslut om åtal ska väckas eller inte. Åklagaren bygger sitt beslut på protokollet, en andrahandskonstruktion, inte den muntliga utsagan som sådan. Även om åklagaren till viss del gör en bevisvärdering av förundersökningsmaterialet för att avgöra om åtal ska väckas eller inte, är det dock enligt min mening inte möjligt att jämföra det beslut som tas av åklagaren med Migrationsverkets beslut i ett asylärende, där själva sakfrågan avgörs. Åklagarens beslut om huruvida en förundersökning ska fortgå eller nedläggas eller om åtal ska väckas, får istället ses som ett handlägningsbeslut under processen.

Istället har den muntliga utredningen i asylärenden mer gemensamt med den muntliga handläggningen i allmän domstol. Även om jag inte tror att det är möjligt att rakt av jämföra principen om bevisomedelbarhet i allmän domstol med den diskussion som förekommer om huruvida beslutsfattare i asylärenden ska närvara under den muntliga handläggningen, anser jag att den form som den muntliga utsagan presenteras i kommer att få betydelse när det gäller möjligheten att göra en bedömning av utsagans tillförlitlighet och därmed dess bevisvärde. Att en sådan uppfattning finns även angående asylärenden är tydligt i utlänningslagens förarbeten och i de skäl som

framförts för den s.k. modellverksamheten. Av denna anledning är diskussionen som förs angående bevisomedelbarhetsprincipens fördelar och nackdelar även intressant när det gäller asylärenden.

Även i asylärenden har det ansetts viktigt att beslutsfattaren träffar den sökande vid den muntliga utredningen, särskilt i de fall där det är tillförlitligheten av sökandens utsaga som är tvistigt. Förutom Christian Diesen har bland annat förarbeten och uttalanden från Amnesty International understrukt vikten av att den person som ska fatta beslut i ärendet närvarar under den muntliga handläggningen. Ett sådant ställningstagande kan ha flera olika orsaker. Dels anses en bättre bevisvärdering kunna komma till stånd när personen som ska avgöra tillförlitligheten av utsagan närvarar då den avges. Fördelar finns också överhuvudtaget med att två personer närvarar som kan diskutera igenom de viktiga frågorna innan och efter den muntliga handläggningen och jämföra sina upplevelser. Dessutom blir utredningen med stor sannolikhet bättre när en person med mer erfarenhet håller i den. I brottmål motiveras bevisomedelbarheten även av motpartens rätt till kontradiktion. Eftersom asylprövningen inte innehåller två parter, finns inget motsvarande intresse när det gäller asylärenden.

I de fall där ärenden flyttas över från den beslutsfattare och handläggare som har hållit i den muntliga utredningen till en annan beslutsfattare och handläggare när beslut ska fattas, spelar det självklart ingen roll för bevisomedelbarhetsprincipen att en beslutsfattare har suttit med vid utredningen. Däremot kan de andra positiva aspekterna kvarstå, som att utredningen kanske blir bättre.

Att beslutsfattaren medverkar under utredningen har både för- och nackdelar. Genom att beslutsfattaren får höra den muntliga utsagan direkt undviker man några av de steg som informationen måste gå i genom från källa till värdering. Därmed finns mindre risk för förvanskning eller att viktig information försvinner på vägen. Som redogjorts för i föregående avsnitt innebär alltid transformering av information mellan olika medier att information förändras.

Å andra sidan visar beteendevetenskaplig forskning på att personer i allmänhet har svårt att bedöma om en person är ärlig eller ljuger, och i en utredningssituation finns risken att hänsyn tas till omständigheter som egentligen inte är relevanta i ärendet. Snarare har det visat sig att människor har lättare att bedöma tillförlitligheten av utsagor, när dessa inte avges direkt för den som ska fatta beslut i ärendet. För asylärendens del skulle man därför kunna tänka sig att det är lättare för en beslutsfattare att avgöra tillförlitligheten av en utsaga när han eller hon läser ett protokoll över den muntliga handläggningen, än då beslutsfattaren själv närvarar. Forskning har också visat att människor har lättare att bedöma trovärdigheten av en utsaga då man inte själv är den som håller i förhöret utan endast har rollen av en passiv åhörare. Av denna anledning kan det vara intressant att

diskutera handläggningsformer där handläggaren leder förhöret medan beslutsfattaren för protokoll.

Beteendevetenskaplig forskning visar dock att personer i allmänhet bedömer att tillförlitligheten är högre för en muntlig utsaga om de har fått ta del av den direkt jämfört med andra former såsom i videoinspelning, ljudupptagning eller skrivet protokoll. I asylärenden kan detta få effekten att en beslutsfattare som sitter med vid utredningen värderar den sökandes tillförlitlighet högre än om han eller hon endast har ett protokoll att tillgå. Ur en asylsökandes perspektiv är därför beslutsfattarens närvaro vid den muntliga utredningen en klar fördel.

7.5 Bevisvärderingen av den muntliga utsagan

När det gäller de kriterier som ställs upp i brottmål för att bedöma tillförlitligheten av muntlig utsaga och de kriterier som används i asylärenden, anser jag att en jämförelse är möjlig mellan asylprövningen och brottmålsprocessen, även om viss försiktighet måste iaktas. Man måste hålla i åtanke att en rad olika förutsättningar skiljer sig åt mellan de olika områdena. Bevisbördans placering och beviskraven skiljer sig åt. Det kan tyckas vanskligt att jämföra bevisvärderingen i mål som har till syfte att avgöra om ett brott är begånget med ett förvaltningsärende där sökanden har ansökt om en förmån. I brottmål handlar prövningen om att avgöra vad som faktiskt har hänt, medan det i asylärenden är fråga om att göra en framåtsyftande bedömning för att avgöra vilka risker som finns för den asylsökande vid ett framtida återvändande till hemlandet. Denna aspekt har dock ingenting att göra med den tillförlitlighetsbedömning som görs. Först avgörs tillförlitligheten för att bedöma om utsagan kan ligga till grund för en bevisvärdering. Först herefter bedöms om den sökande riskerar framtida förföljelse i sitt hemland av de grunder som nämns i 4 kap. 1 och 2 §§ utlänningslagen. Här skiljer sig inte brottmål ifrån asylärenden. Däse är också av uppfattningen att de kriterier som utvecklats av HD ska tillämpas i asylärenden.

Någon vägledning från andra förvaltningsrättsliga områden är inte möjligt att få eftersom muntlig utsaga spelar en mycket underordnad roll i de flesta förvaltningsrättsliga ärenden, som normalt sätt avgörs genom skriftlig handläggning. FL behandlar inte bevisprövning och bevisvärdering särskilt mer än i 20 § som anger att ett beslut som innebär myndighetsutövning mot en enskild ska innehålla de skäl som har bestämt utgången.

Det hade varit att föredra om Migrationsöverdomstolen och förarbetena till utlänningslagen hade skilt bättre mellan begreppen trovärdighet och tillförlitlighet. Vare sig trovärdighet eller tillförlitlighet är dock några juridiskt begrepp, och någon klar definition står inte att finna i vare sig förarbeten, doktrin eller praxis. Även de som förespråkar en tudelning av

dessa begrepp har något olika uppfattningar om vad trovärdighet och tillförlitlighet innebär.

Det får anses stå klart att Migrationsöverdomstolen menar att en tillförlitlighetsbedömning ska göras, trots att de använder ordet trovärdighet. Av vad jag har kunnat finna har inte heller Migrationsöverdomstolen gjort någon bedömning där hänsyn har tagits till sökandens trovärdighet. Anledningen till att detta ord valts är troligen att de bygger sitt resonemang kring trovärdighet på UNHCR:s handbok, där det anges att den allmänna trovärdigheten är en viktig faktor för att avgöra om "benefit of the doubt" ska tillämpas. Som angivits ovan är "allmän trovärdighet" inte definierad i UNHCR:s handbok. Med tanke på hur vanligt det är att begreppen blandas ihop, och att inget utav dem är klart definierade, finns det ingenting som motsäger att det egentligen skulle vara utsagans tillförlitlighet som avses snarare än sökandens trovärdighet.

Av denna anledning kan Diesens konsekventa kritik mot användandet av begreppet allmän trovärdighet tyckas lite missvisande. Problemet är ju inte att Migrationsöverdomstolen *faktiskt* gör en bedömning av den sökandes trovärdighet, utan att domstolen inte skiljer tydligt på begreppen tillförlitlighet och trovärdighet.

Allmän trovärdighet

HD har i flera domar lagt vikt vid om utsagan har givit ett trovärdigt intryck och ett intryck av att vara självupplevd. Någon närmare beskrivning av vad detta innebär har dock inte givits. Migrationsöverdomstolen har i flera domar understrukt vikten av allmän trovärdighet och har i dessa fall fallit tillbaka på ordalydelsen i UNHCR:s handbok. Vad jag har kunnat avgöra har Migrationsöverdomstolen ännu inte i någon dom tagit hänsyn till den sökandes allmänna trovärdighet eller det sätt som utsagan avgivits på. Utsagopersonens allmänna trovärdighet bör enligt både Schelin, Gregow, JK-rapporten och Diesen användas som en del i utsagans tillförlitlighetsbedömning. Detta är dock det kriterium som är svårast att tillämpa av alla kriterier. Beteendevetenskaplig forskning visar att människor i allmänhet är väldigt dåliga på att avgöra om en utsagoperson talar sanning eller inte endast genom att bedöma hans eller hennes kroppsspråk och sättet som utsagan avges på. Däremot har de flesta personer bilden av att man är bra på att avgöra om något talar sanning eller inte. Bedömningen av sökandens trovärdighet styrs ofta av omedvetna hänsyn som beslutsfattaren tar och som inte alltid har objektiv grund. När det gäller asylärenden tillkommer problemet med kulturskillnader mellan de sökande och personalen på verket. Det är mycket möjligt att kroppsspråk, uttryck och känslouttryck blir feltolkade.

Sannolikt och rimligt samt inga motstridiga uppgifter

Både HD och Migrationsöverdomstolen har ansett att det är en viktig del i bedömningen av utsagans tillförlitlighet att utsagan är rimlig och inte innehåller några motstridiga uppgifter. Det som bedöms är berättelsens interna koherens. Exempelvis har HD angivit att om en utsaga är starkt

överdriven kan detta minska tilltron till att den är verklighetsförankrad. Även Migrationsöverdomstolen har ansett detta vara viktiga kriterier. Schelin har inte funnit något beteendevetenskapligt stöd för antagandet att en utsaga som inte innehåller några svårförklarliga punkter skulle vara mer tillförlitlig. Avgörande är enligt henne huruvida utsagopersonen kan lämna någon godtagbar förklaring till den oförklarliga punkten, vilket förutsätter att denna konfronteras med detta faktum. Det finns däremot forskning som visar att en verklighetsförankrad utsaga är mer vettig, sannolik och rimlig än utsagor som inte är det. Sammanfattningsvis anses det alltså finnas beteendevetenskapligt stöd för detta kriterium. En förutsättning för att någon slutsats ska kunna dras från förhållandet att vissa uppgifter är motstridiga i asylärenden torde dock vara att den sökande konfronteras med Migrationsverkets uppfattning i denna fråga och att han eller hon ges en möjlighet att lämna en godtagbar förklaring.

Lång, sammanhängande och klar

I sin praxis har HD slagit fast att det talar för att en utsaga är tillförlitlig att den är lång, sammanhängande och klar. Även Migrationsöverdomstolen har ansett det mycket viktigt att en utsaga är sammanhängande och klar. Längdens betydelse i tillförlitlighetsbedömningar berörs varken av UNHCR:s handbok eller i Migrationsöverdomstolens praxis. Däremot anser Diesen att hänsyn ska tas till detta kriterium även i asylärenden. Schelin refererar till beteendevetenskaplig forskning som har dragit slutsatsen att längre utsagor oftast är mer sanningsenliga än korta sådana. Däremot finns det inget stöd för att en sammanhängande berättelse i högre grad skulle vara mer verklighetsförankrad än en som inte är det. Att den har en logisk struktur och är följdriktig tyder dock på att den är sann. Forskning visar också att sanna utsagor i högre grad är klara, skarpa och levande än osanna som ofta är vaga och suddiga. Av de kriterier som används av Migrationsöverdomstolen kan alltså slutsatsen dras att kriteriet ”klarhet” har starkt beteendevetenskapligt stöd och kriteriet ”sammanhängande” visst stöd.

När det gäller längd är detta väldigt svårtillämpbart. Frågan är vad bedömare ska jämföra med. Denna fråga hänger också ihop med hur frågor ställs under den muntliga handläggningen. Ges verkligen den sökande tillfälle att helt öppet tala om sina asylskäl? Eller ställer handläggaren/beslutsfattaren preciserade frågor? Eftersom den muntliga handläggningen hos Migrationsverket ska vara ett komplement till den inlägga som lämnats in av biträdet, ska utredningen endast innebära ett tillfälle för verket att ställa kompletterande frågor, vilket har varit ett tydligt mål med modellverksamheten. Det framgår även av propositionen att det inte är tänkt att den muntliga handläggningen ska vara ett tillfälle där den sökande kan tala hur länge han eller hon vill om sina asylskäl. Muntliga handläggningar genomförs ofta under tidspress. Ännu mer svårbedömt blir det om beslutsfattaren inte har medverkat under den muntliga handläggningen utan endast har ett protokoll att tillgå. Hur framgår av ett protokoll om sökanden har lämnat en lång utsaga? Kriteriet längd är därför svårt att tillämpa i asylärenden.

Detaljkriteriet

Att en utsaga är detaljerad har ansetts mycket viktigt av både HD och Migrationsöverdomstolen. Enligt Schelin har detaljkriteriet starkast beteendevetenskapliga stöd av alla kriterier som används i brottmål. I asylärenden torde detta kriterium vara ett av de svåraste av alla kriterier att bedöma för en person som inte varit närvarande under utredningen, utan endast har ett skriftligt protokoll att utgå ifrån. Om en nedskrivna berättelse är detaljfattig och vag kan det vara mycket svårt att avgöra om denna brist beror på att sökanden har svarat mycket knapphändigt på utredarens frågor, eller om det beror på att utredaren ställt för lite eller fel frågor. På motsvarande sätt kan detaljrika protokoll bero på att utredaren ställt långa ledande frågor som sökanden sedan endast gett nekande eller jakande svar på och protokollet kan vara utformat på ett sådant sätt att det är svårt att bedöma var informationen kommer ifrån. Av de protokoll som är utformade utifrån fråga – svar modellen är det lättare att avgöra exakt vilka frågor som ställts och vilka svar som givits på dessa. I de fall där protokollet är utformat som en sammanhängande text är det viktigt att det klart framgår från vem en viss information härstammar.

Konstans

Vikten av att en utsaga är konstant mellan olika instanser i brottmål förutsätts redan i RB. Ett förundersökningsprotokoll kan i princip endast bli processmaterial i rätten i de fall där utsagopersonen har lämnat andra uppgifter inför domstolen. HD har ansett att hänsyn ska tas till om det finns avvikelser av betydelse mellan de olika uttalandena.

Migrationsöverdomstolen har också tryckt på att det är viktigt att sökanden inte ändrar innehållet i uttalandet under asylprocessens gång.

Migrationsdomstolen i Malmö har dock i en dom framfört uppfattningen att man inte kan dra för stora slutsatser av det förhållandet att uttalandet skiljer sig åt mellan den inlägga som har inlämnats av biträdet och vad som sedan framkommer i den muntliga handläggningen på verket och i domstolarna. Den beteendevetenskapliga forskningen anser att det inte är möjligt att tillämpa ett sådant konstanskriterium helt mekaniskt. Kriteriet bör tillämpas med mycket stor försiktighet. Avgörande är hur och vad i berättelsen som har förändrats. De centrala detaljerna bör inte förändras, eftersom dessa oftast inte förändras i minnet. Däremot är det naturligt att en berättelse fördjupas och får mer detaljer efter hand. När det gäller asylärenden är det viktigt att ha dessa slutsatser i åtanke, och verkligen ställa sig frågan om det finns någon godtagbar anledning till att uppgifterna har förändrats. Vidare ställs höga krav på de protokoll som förs av Migrationsverket för att några slutsatser kring ändrade uppgifter ska kunna göras. Om protokollet inte har lästs upp för den sökande har han eller hon inte haft någon möjlighet att lämna förklaringar och förtydliganden, eller reda ut missförstånd.

Oriktiga uppgifter

I brottmål har principen tillämpats att hela uttalandet blir smittad av att det har blivit visat att utsagopersonen till en viss del har lämnat oriktiga uppgifter. Migrationsöverdomstolen har ansett att det påverkar bedömningen av tilltron till den sökandes hela berättelse om han eller hon har lämnat oriktiga

uppgifter, exempelvis genom att lämna in falska handlingar. Regeringen har dock anfört att det förhållandet att den sökande har lämnat orimliga uppgifter angående sin identitet och resväg inte ska påverka bedömningen av den sökandes asylskäl. Det problematiska med ett synsätt där man anser att en oriktig uppgift påverkar hela utsagan är att man ser utsagan och personens trovärdighet som någonting helt och odelbart. Det tas ingen hänsyn till att den sökande kan ha lämnat falska uppgifter angående ett förhållande, men tala sanning om något annat. Slutsatsen när det gäller bevisvärderingen av asylärenden blir att det är mycket viktigt att varje bevisstema i utsagan bedöms för sig. Vidare är det viktigt att den sökande verkligen konfronteras med Migrationsverkets uppfattning om att myndigheten anser att en del i utsagan är oriktig, så att han eller hon ges en möjlighet att kunna lämna in en godtagbar förklaring till varför detta har skett. Hänsyn måste tas till att det finns flera olika orsaker till att en sökande kan ha lämnat oriktiga uppgifter. Sökanden kan ha blivit uppmanad till detta av smugglaren eller släktingar, han eller hon kan försöka undvika att återförvisas till ett annat land enligt Dublinförordningen, eller så kan han eller hon på grund av erfarenheter i hemlandet känna sig ovillig till att tala öppet med myndigheter.

7.6 Avslutande kommentar

Det kan vara vanskligt att dra alltför långtgående slutsatser kring den beteendevetenskapliga forskning som har gjorts angående möjligheterna att göra en korrekt bedömning av tillförlitligheten utifrån vilken presentationsform och vilka kriterier som används i bevisvärderingen. Jag har inte gjort någon djupare studie på detta område, vilket gör att det är mycket möjligt att det finns annan forskning som motsäger de resultat som jag har redovisat. Vidare har de redovisade studierna utförts på personer och sätt, som inte med nödvändighet är möjliga att översätta till förhållanden där tillförlitlighetsbedömning görs i asylärenden. Denna omständighet innebär att det kan vara vanskligt att dra allt för långtgående slutsatser för asylprövningens räkning. En slutsats som emellertid är möjlig att dra, är att tillförlitlighetsbedömningar av muntliga utsagor är mycket svårare än vad de flesta som arbetar med sådana frågor tror. Att vara medveten om svårigheterna är en förutsättning för att bevisvärderingen ska bli bra.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Axberger, Hans-Gunnar, Mentes Feryal, Palmgren Goohde, Karin och Västberg, Jens, *Felaktigt dömda – rapport från JK:s rättssäkerhetsprojekt*, JK:s rättssäkerhetsprojekt, Stockholm 2006

Bolding, Per Olof, *Går det att bevisa?: perspektiv på domstolsprocessen*, Norstedts juridik AB, Stockholm 1989

Danelius, Hans, *Mänskliga Rättigheter i europeisk praxis*, upplaga 3:1, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2007

Diesen, Christian, *Bevisprövning i förvaltningsmål*, BEVIS 7, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2003

Diesen, Christian (red), *Prövning av migrationsärenden*, BEVIS 8, Norstedts Juridik AB, Vällingby 2007

Granhag, Pär Anders och Landström, Sara, "Muntlighet vid domstol i ett vittnespsykologiskt perspektiv" i: Bylander, Eric och Lindblom, Per Henrik, *Muntlighet vid domstol i Norden – en rättsvetenskaplig, rättspsykologisk och rättsetnologisk studie av presentationsformernas betydelse vid domstol i Norden*, Iustus Förlag AB, Uppsala 2005

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

Ekelöf, Per Olof och Boman, Robert, *Rättegång, fjärde häftet*, upplaga 6:5, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1992

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik och Boman, Robert, *Rättegång, femte häftet*, 7 bearbetade upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998

Hellners, Trygve och Malmqvist, Bo, *Förvaltningslagen med kommentarer*, upplaga 2:1, Norstedts Juridik AB, Vällingby 2007

Jönsson, Linda, *Polisförhöret som kommunikationssituation*, Universitetet i Linköping, Tema Kommunikation, Linköping 1988

Melander, Göran och Nobel, Peter, *Handbok i invandrarrätt*, Bokförlaget Carmina, Spånga 1984

Schelin, Lena, *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*, Norstedts Juridik AB, Vällingby 2007

UN Committee Against Torture, *General Comment No. 1: Implementation of article 3 of the Convention in the context of article 22*

UNHCR, *Handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning*, upplaga 1:4, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 1996

Wikrén, Gerhard och Sandesjö, Håkan, *Utlänningslagen med kommentarer*, upplaga 8:1, Stockholm 2007

Artiklar

Gregow, Torkel, *Några synpunkter på frågan om bevisprövning och bevisvärdering i mål om sexuella övergrepp mot barn*, Svensk Juristtidning, nr 7, 1996, s 509-523

Diesen, Christian, *Bevisvärdering och vittnespsykologisk utsageanalys – Metodlikheter och metodskillnader*, Juridisk Tidskrift, 1999 – 2000, s 298 – 311

Granhag, Pär Anders, Strömwall Leif A och Hartwig Maria, *Granting Asylum or not? Migration Board Personnel's Beliefs about Deception*, Journal of Ethnic and Migration Studies, Vol 31, No 1, January 2005, s 29-50

Noll, Gregor, *Evidentiary Assessment in Refugee Status Determination and the EU Qualification Directive*, European Public Law, Volume 12, issue 2, s 295-317.

Förarbeten

SOU 2004:74 Utlänningslagen i ett domstolsperspektiv

SOU 2006:6 Skyddsgrundsdirektivet och svensk rätt

SOU 2006:61 Asylförfarandet –genomförandet av asylprocedurdirektivet i svensk rätt

Prop. 1985/86:80 Ny förvaltningslag

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

Prop. 1994/95:23 Ett effektivare brottmålsförfarande

Prop. 1996/97:25 Svensk migrationspolitik i globalt perspektiv

Prop. 2004/05: 170 Ny instans- och processordning i utlännings- och medborgarskapsärenden

Prop. 2005/06:6 Flyktingskap och förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning

Otryckta källor

Utlänningshandboken, tillgänglig på Migrationsverkets interna hemsida

Migrationsverket, Projekt Modellverksamhet –en utvärdering, Malmö 2004-02-29.

GDI nr 20/03 Instruktion om Tolkanvändningen på Migrationsverket, 2003-11-18.

Folkrättsliga konventioner och EG-rättsliga direktiv

Convention Relating to the Status of Refugees from the 28 July 1951.

Svensk översättning finns tillgänglig på adressen:

http://www.unhcr.se/se/basic_facts/pdf/1951swe.pdf

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 39/46 of 10 December 1984. Svensk översättning finns tillgänglig i prop. 1985/86:17.

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna från den 4 november 1950

Rådets förordning (EG) nr 343/2003 den 18 februari 2003 om kriterier och mekanismer för att avgöra vilken medlemsstat som har ansvaret för att pröva en asylansökan som en medborgare i tredje land har gett in i någon medlemsstat (Dublinförordningen)

Rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om mininormer 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 (Skyddsgrundsdirektivet)

Rådets direktiv 2005/85/EG av den 1 december 2005 om miniminormer för medlemsstaternas förfaranden för beviljande eller återkallande av flyktingstatus (Asylprocedurdirektivet)

Myndighetsbeslut

Regeringens beslut IM 3453/81, fattat av Arbetsmarknadsdepartementet 1982-12-09

Regeringens beslut IM 3121/81, fattat av Arbetsmarknadsdepartementet 1983-02-03

Regeringens beslut UD2004/547/MAP, fattat av Utrikesdepartementet 2004-01-15.

JO beslut, diarienummer 3961-2004, beslutsdatum 2005-12-14.

Elektroniska källor

Amnesty International, Remissyttrande över betänkandet Asylförfarandet – genomförande av asylproceduren i svensk rätt (SOU 2006:61), tillgänglig på:

<http://www2.amnesty.se/wwwflykt.nsf/9bc2ede1e784f23dc125683d0067fa3a/b4c6ac026e4380a5c1257203007233f8> (senast besökt 2009-01-03)

Migrationsverkets statistik över antalet asylsökande år 2008, tillgängligt på: www.migrationsverket.se (senast besökt 2009-01-04)

Migrationsverket, *Migrationsverkets uppdrag*, tillgängligt på www.migrationsverket.se (senast besökt 2009-01-04)

Röda Korset, *Riktlinjer för utredning och bedömning av kvinnors skyddsbehov – Ett fungerande verktyg?* Skriven av Maite Zamacona Aguirre, tillgängligt på:

<http://www.redcross.se/RKSF/sfdesign.nsf/main?openagent&layout=nyheter&docid=3C4E8490752D39C1C12575210029FF5B&menu0=0&menu1=2> (senast besökt 2009-01-04)

Muntlig källa

Samtal med handläggare på Justitiedepartementet, 2009-01-09.

Rättsfallsförteckning

Migrationsöverdomstolen och Migrationsdomstolarna

MIG 2006:1

MIG 2006:7

MIG 2007:12

MIG 2007:33

MIG 2007:37

MIG 2007:40

Migrationsdomstolen i Malmö, Dom meddelad 2008-05-24, Mål nr UM 198-08

Europadomstolen

Vilvarajah och andra mot Förenade Konungariket, Dom från Europadomstolen den 30 oktober 1991

Soering mot Förenade Konungariket, Dom från Europadomstolen den 7 juli 1989

Chahal mot Storbritannien, Dom från Europadomstolen den 15 november 1996

Högsta Domstolen

NJA 1980 s 725

NJA 1988 s 40

NJA 1992 s 446

NJA 1993 s 68

NJA 1993 s 616