



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Igors Timofejevs

Välgrundad fruktan
En praktisk och kritisk granskning av begreppet

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

Termin: VT 2013

Sammanfattning

På grund av revolutioner och användning av militärt våld i världen blir frågan om vem som ska anses vara flykting tämligen aktuell. Ett centralt begrepp och rekvisit som måste uppfyllas för att en person ska anses var flykting är att personen ska känna en välgrundad fruktan. I denna uppsats har begreppet tagits under lupp och undersökts i detalj för att fastställa om begreppet välgrundad fruktan i Sverige innehåller en subjektiv och en objektiv del. Eller om den endast innehåller en objektiv del. Uppsatsen syftar även till att fastställa vad dessa bedömningar rent konkret innebär, detta genom en undersökning av hur de beslutande myndigheterna avgör om välgrundad fruktan föreligger. Uppsatsen syftar slutligen till att kritiskt granska tolkningen av begreppet ”välgrundad fruktan”, med tanke på dess internationella kontext.

Resultatet av denna undersökning är att tolkningen av begreppet välgrundad fruktan har lett till att begreppet i Sverige innehåller såväl en objektiv som en subjektiv del, men den subjektiva delen är i praxis inkorporerad i den objektiva bedömningen. Vidare visar den kritiska granskningen att begreppet är tillfredsställande om konventionens ordalydelse och konventionens syfte beaktas. Således är begreppet tillfredsställande i sin internationella kontext.

Summary

The question: Who is to be considered a refugee? Becomes very up-to-date due to increasing amount of revolutions and military violence in the world. A central part of the refugee concept is that the person who is applying for refugee status feels a "well founded fear". In this essay the phrase has been examined. The investigation has aimed to find out whether the Swedish interpretation of the phrase consists of a subjective and an objective judgment. Or if the phrase only consists of an objective judgment. This essay also aims to find out how these judgments are done by the governing authorities. Finally the investigation aims to critically pursue the Swedish interpretation of the phrase "well founded fear" in the light of its international context.

The result of this essay is that the interpretation of the phrase in Sweden consists of an objective and a subjective judgment, but the subjective part of the judgment is built-in to the objective part of the judgment when the governing authorities make their decisions. The investigation also shows that the Swedish interpretation of the phrase is competent in the light of the convention's purpose and the wording in the convention. Therefore the Swedish interpretation of the phrase is competent in its international context.

Innehållsförteckning

Sammanfattning

Summary

1	Inledning	1
2	Begreppet välgrundad fruktan	4
	2.1 Svensk lag och förarbeten	4
	2.2 Betydelse enligt skyddsgrundsdirektivet	5
	2.3 Internationell betydelse	5
	2.4 Sammanfattning	6
3	Det praktiska rättslivet	7
	3.1 Praxisbildande fall	7
	3.1.1 MIG 2007:37	7
	3.1.2 MIG 2007:16	8
	3.2 Begreppet i praktiken	8
	3.2.1 Migrationsverket - Citat	8
	3.2.2 Migrationsverket - Bedömning	9
	3.2.3 Migrationsverket - Subjektiv del	10
	3.2.4 Migrationsdomstolarna (förvaltningsrätterna)	11
	3.2.5 Migrationsöverdomstolen (kammarrätten i Stockholm)	12
	3.3 Sammanfattning	12
4	Vetenskaplig litteratur	13
	4.1 "The Status of refugee."	13
	4.2 "Refugee in international law."	13
	4.3 "Is there a subjective element in the refugee convention`s requirement of "Well founded fear"?"	14
	4.3.1 Målen med konventionen	15
	4.3.2 Sätt att kringgå subjektiv bedömning	15
	4.3.3 Målen med konventionen och fransk ordalydelse	16
	4.3.4 Ingen subjektiv bedömning?	17
	4.4 Sammanfattning	18
5	Analys	19
	5.1 Begreppet	19
	5.2 Kritik av begreppet	21
6	Källförteckning	23

1 Inledning

1.1 Allmänt

Den senaste tiden har det skett en rad regeringsomkastningar i världen. Vissa av dessa har skett med omfattande militära insatser av rebeller och statliga styrkor. Vid sådana konflikter lider också den civila befolkningen, detta för att staten inte längre kan skydda den lokala befolkningen, eller i vissa fall har civila attackerats. Samtidigt som detta sker, står världssamfundet handfallet och oförmöget att agera. Den civila befolkningen lider eftersom det finns olika politiska läger i FN:s säkerhetsråd. Hela denna situation gör att civilbefolkningen flyr landet och söker asyl i andra länder, detta gör att diskussionen kring flyktingar och begreppet flykting blir tämligen aktuell. För att de flyende ska få asyl måste de uppfylla flyktingdefinitionen. Ett centralt begrepp i denna definition är begreppet välgrundad fruktan. Denna uppsats syftar till att utreda vad detta begrepp innebär, hur domstolarna tillämpar det i praktiken och om den svenska tolkningen av begreppet är tillfredsställande med tanke på sin internationella kontext.

1.2 Syftet med uppsatsen

Uppsatsens syfte är dels att klarlägga begreppet välgrundad fruktan mot bakgrund av dess internationella härkomst, dels vad begreppet innebär i Sverige. Begreppet ska följaktligen kritiskt granskas med utgångspunkt i lagtext, förarbeten, doktrin och det praktiska rättslivet.

1.3 Frågeställningar

Uppsatsen kommer att kretsa kring följande frågeställningar: Innehåller begreppet välgrundad fruktan en subjektiv och en objektiv sida, eller endast en objektiv sida? Hur görs dessa bedömningar i praktiken? Är den svenska tolkningen av begreppet och dess tillämpning tillfredsställande?

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen har avgränsats till enbart begreppet välgrundad fruktan. Detta begrepp är endast en del av flyktingbegreppet. Det finns även andra rekvisit att uppfylla för att erhålla flyktingstatus, men dessa rekvisit behandlas som sagt inte i uppsatsen. Begreppet välgrundad fruktan är ett ganska omstritt begrepp och är ganska centralt för flyktingstatus.

Uppsatsen har även avgränsats till att avse den svenska tolkningen av begreppet, och betydelser av begreppet i andra länder kommer inte tas upp. Eftersom begreppet härstammar från internationella bestämmelser kommer dock dessa att behandlas. Vidare har en litteraturavgränsning gjorts så tillvida att endast de artiklar och böcker som förhåller sig kritiskt till den gängse uppfattningen som uttrycks i UNHCR:s handbok. En begränsning har även gjorts så att endast tre inom området auktoritativa litterära källor behandlas.

Den praxis som tas upp i uppsatsen har begränsats till rättsfall som har varit upp hos Migrationsöverdomstolen och är från 2011. Denna begränsning beror på att syftet med rättsfallsundersökningen är att se hur begreppet tillämpas i en mängd fall och en sådan avgränsning är lämplig för detta syfte. Just året 2011 har valts eftersom det inte finns tillräckligt antal fall från 2012 och då är år 2011 ett bra år som är nära i tiden.

1.5 Metod och teori

Den metod som har använts för att hitta och behandla information är främst den traditionella rättsdogmatiska metoden. Detta innebär att en systematisk genomgång av lagstiftning, rättspraxis och förarbeten har gjorts.

För att besvara den för uppsatsen givna frågeställning har först och främst den svenska lagstiftningen och förarbeten undersökts, för att därefter gå in på internationella källor såsom konventioner och direktiv. Eftersom den svenska lagstiftningen dels bygger på det internationella begreppet dels för att propositionen hänvisar just till det internationella begreppet.

1.6 Forskningsläge

Den tidigare forskningen på området har varit ganska rik, men inte om begreppet välgrundad fruktan. Forskningen har framförallt bedrivits internationellt. I Sverige finns det också en hel del forskning i ämnet flyktingar, men denna forskning är inte i ämnet juridik utan forskningen bygger framförallt på mer sociala och emotionella undersökningar. En artikel som behandlar ämnet och är central för denna uppsats är James C Hathaways och William S Hicks artikel i Michigan International Law Journal ” *Is there a subjective element in the refugee convention’s requirement of “Well founded fear”?* ” (2005)

1.7 Material

För uppsatsen användes en rad olika källor och litteratur. De källor som uppsatsen framförallt bygger på är FN-konventionen från 1951, UNHCR:s handbok, Utlänningslagen och EU:s Skyddsgrundsdirektiv. Centralt för uppsatsen är James C Hathaways och William S Hicks ovannämnda artikel i Michigan International Law Journal. Det är denna artikel som uppsatsen kretsar kring.

Annan litteratur som har använts är böckerna Atle Grahl-Madsen *The "Status of Refugees in International Law"* (1966) och Guy Goodwin-Gill och Jane McAdam *"The Refugee in International Law."* (2007). Sist har praxis från år 2011 använts. Dessa fall kommer från Migrationsöverdomstolen och innehåller underdomstolarnas (Migrationsdomstolarnas) och Migrationsverkets bedömningar, dessa rättsfall kommer närmare att anges som referenser och i käll- och litteraturförteckningen.

1.8 Disposition

I denna uppsats har först den svenska lagstiftningen och förarbeten till denna undersökts. Sedan har de internationella reglerna undersökts, främst EU:s direktiv, 1951-års konvention och UNHCR:s handbok. Sedan behandlas den svenska praxisen från Migrationsverket, migrationsdomstolar och Migrationsöverdomstolen. Sedan behandlas internationell litteratur och den kritik som denna framför.

Som tidigare nämnts bygger det svenska begreppet direkt på den internationella betydelsen vilket gör att det inte vållar några problem att använda den internationella litteraturen, men för att få en mer svensk bild och en mer nyanserad bild behandlas därefter den svenska praxisen på området för att se hur domstolarna använder begreppet och om det stämmer överens med det internationella begreppet.

Samtidigt syftar undersökningen av praxis tillsammans med lagstiftningen till att se hur den svenska tolkningen av begreppet egentligen är. En kritisk granskning görs slutligen mellan ordalydelsen och tolkningen av det svenska begreppet och den bedömning som görs i praktiken. Därefter fastställs och behandlas den svenska tolkningen av begreppet kritiskt i förhållande till det internationella begrepp och det fundament som det har.

2 Begreppet välgrundad fruktan

För att komma fram till vad begreppet välgrundad fruktan innebär måste först lagstiftningen, förarbeten och eventuella utländska lagstiftningskällor undersökas. Därför kommer det i detta kapitel svenska lagstiftning först att undersökas. Därefter undersöks förarbeten till lagstiftningen. Efter denna undersökning görs en undersökning av internationella dokument. Mer konkret är det direktiv från EU, internationella konventioner och UNHCR:s handbok. Varför UNHCR:s handbok behandlas i detta kapitel förklaras nedan.¹

2.1 Svensk lag och förarbeten

I den svenska lagstiftningen anses en person som flykting om han/hon

”...befinner sig utanför det land som utlänningen är medborgare i, därför att han eller hon känner 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...”²

Ett centralt begrepp i detta lagrum är välgrundad fruktan för förföljelse. Enligt propositionen till detta lagrum överensstämmer flyktingbegreppet i den svenska lagstiftningen med begreppet som fastslås i FN:s konvention 1951 angående flyktingstatus. Vidare ska enligt propositionen, UNHCR:s³ handbok tillsammans med praxis och förarbeten vara vägledande för tolkningen.⁴ I propositionen sägs att en objektiv riskbedömning ska göras⁵:

”Fruktan anses välgrundad om det med hänsyn till den asylsökandes personliga förhållanden och förhållandena i hemlandet finns anledning att anta att sökanden kan komma att utsättas för förföljelse vid ett återvändande till hemlandet. Det är således en framåtsyftande riskbedömning som ska göras (UNHCR:s handbok par. 42).”⁶

Om utredningen som ligger till grund för propositionen betraktas, anger den i likhet med propositionen att den svenska lagstiftningen stämmer överens med Genevekonventionen från 1951.⁷ Vidare anges det i SOU:n att UNHCR:s handbok är ett central tolkningsinstrument för Genevekonventionen.⁸ Därför blir det viktigt att undersöka vad som står i handboken, men mer om detta nedan.⁹ I SOU:n anges också att begreppet välgrundad fruktan innehåller en objektiv och en subjektiv del. Den subjektiva delen motsvarar rädslan i begreppet, den objektiva motsvarar en framåtsiktande riskbedömning.¹⁰

1 Se nedan kap 2.2 – 2.4.

2 Utlänningslag 4 Kap. 1 § SFS(2005:716).

3 UNHCR står för United Nations’ High Commissioner for Refugees. Det är FN:s flyktingorgan.

4 Prop. 2009/10:31 s. 72-73.

5 Det sägs ingenting om hur eller om en bedömning angående fruktan ska göras (subjektiv del).

6 Prop. 2009/10:31 s. 101.

7 SOU 2006:6 s. 373.

8 Ibid. s. 86.

9 Se nedan kap 2.3.

10 SOU 2006:6 s. 90.

Den svenska regeringen, måste också vid lagstiftning följa vad som gäller inom EU och det har utfärdats ett direktiv angående flyktingstatus.¹¹ Direktivet ska ge vissa minimirättigheter till medborgare från en stat utanför EU och som söker skydd i ett EU-land. När direktivet utfärdades ansågs det svenska asylbegreppet överensstämma med konventionens och direktivets innebörd av flyktingbegreppet. Därför valde regeringen att inte förändra den svenska ordalydelsen av utlänningslagen.¹²

2.2 Betydelse enligt skyddsgrundsdirektivet

Direktivet syftar till att garantera gemensamma kriterier för att fastställa vilka personer som är i behov av internationellt skydd.¹³ Vidare bygger direktivet på asylbegreppet och flyktingrätten som fastslås i ovannämnda konvention.¹⁴ Direktivet syftade också till att fastslå vissa begrepp och klargöra hur prövningen ska göras. Begreppet välgrundad fruktan ingick inte i dessa begrepp.¹⁵ Direktivets svenska lydelse definierar begreppet flykting som en person som känner en välgrundad fruktan för förföljelse på grund av vissa i bestämmelsen angivna skäl.¹⁶ Direktivet fastslår således att det är konventionens betydelse för välgrundad fruktan som ska gälla. Direktivet ger således ingen ledning om det finns en subjektiv del i begreppet, eller hur denna eventuella bedömning ska göras. Vidare kommer därför Konventionen och UNHCR:s handbok att behandlas för att fastställa vad begreppet välgrundad fruktan i internationell rätt innehåller.

2.3 Internationell Betydelse

Den svenska lagstiftaren är även bunden av internationella överenskommelser och på asylområdet finns det en konvention med ett tilläggsprotokoll som Sverige måste följa.¹⁷ Enligt konventionen ska en person för att anses som flykting vara utanför sitt eget land ”...owing to wellfounded fear of being persecuted...”¹⁸ Begreppet preciseras inte närmare i själva konventionen. För att få en klarhet i begreppet får man gå till UNHCR:s handbok. UNHCR är mer flerordig om begreppet och hur det ska tolkas än vad de tidigare källorna är.

11 Rådets direktiv 2004/83 EG.

12 Prop. 2009/10:31 s. 102-103.

13 Rådets direktiv 2004/83 EG preambel (7).

14 Ibid. preambel (2).

15 Ibid. preambel (18).

16 Ibid. art 2 (c).

17 Convention relating to the Status of refugee, signed at Geneva, on 28 July 1951 och

Protocol relating to the Status of refugee, signed at New York, on 31 January 1967.

18 Convention relating to the Status of refugee, signed at Geneva, on 28 July 1951 art 1 A 2.

Enligt handboken är begreppet välgrundad fruktan en nyckelfras som anger vad författarna av konventionen avser att begreppet flykting ska innebära. Inledningsvis sägs i handboken att begreppet rädsla är en subjektiv företeelse och därför innehåller begreppet en subjektiv sida. En subjektiv bedömning ska således göras. Detta leder till att prövningen om flyktingskap i första hand ska göras genom en granskning av vad personen som ansöker säger.¹⁹ Denna bedömning ska göras framför en granskning av förhållanden i landet som personen kommer från. En viss persons reaktioner och handlingar kan på grund av personligheten skilja sig väldigt mycket åt, även om situationerna är identiska. Därför ska den subjektiva delen av begreppet inte skilja sig från personlighetsbedömningen.²⁰ Det är vidare på grund av det subjektiva elementets vikt för flyktingdefinitionen viktigt att pröva trovärdigheten hos personen, och vad denne säger. Även här kan familjeförhållanden, tillhörigheten till en viss grupp eller liknande omständigheter spela en stor roll.²¹ Det nämns vidare i handboken att fruktan måste vara välgrundad och detta innebär en mer objektiv bedömning. Det vill säga något som objektivt sett leder till dennes fruktan.²² Denna objektiva del innebär att den beslutande instansen måste sätta sig in i den asylsökandens situation och situationen i dennes hemland. För att kunna pröva huruvida det är sannolikt att personen förföljs om han återvänder till det land denne flytt från. Enligt handboken är en fruktan välgrundad om personen som söker asyl i rimlig mån gör sannolikt att denne kommer att utsättas för förföljelse om han eller hon återvänder till sitt hemland. Här blir kunskaperna om personens hemland viktiga, men inte avgörande.²³

2.4 Sammanfattning

Begreppet välgrundad fruktan innehåller således en objektiv och en subjektiv del. Den största vikten ska läggas vid den subjektiva bedömningen. Denna ståndpunkt är dock inte obestridd i litteraturen. Den objektiva prövningen är en riskbedömning som tar sikte på sannolikheten att personen som söker asyl utsätts för förföljelse vid återvändandet till hemlandet. Den subjektiva prövningen innebär att den beslutande myndigheten ska pröva huruvida personen som söker asyl känner en fruktan. Granskningen görs tillsammans med personlighetsbedömningen. Tidigare nämndes att propositionen anger att den svenska lagstiftningen ska följa handbokens tolkning.²⁴

19 UNHCR:s Handbok om förfarande och kriterier vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning Par. 37.

20 Ibid. Par. 40.

21 Ibid. Par. 41.

22 Ibid. Par. 38.

23 Ibid. Par. 42.

24 Handbokens tolkning bör således ses som ett uttryck för gällande rätt i Sverige.

3 Det praktiska rättslivet

För att på ett bättre sätt förstå och kunna definiera begreppet välgrundad fruktan, måste det undersökas hur begreppet används i praxis och hur bedömningen görs i det verkliga rättslivet. Det vill säga hur Migrationsverket, migrationsdomstolen och Migrationsöverdomstolen gör sina prövningar om välgrundad fruktan hos den sökande finns. Därför kommer det först att redogöras för begreppet i två praxisbildande fall från Migrationsöverdomstolen. För att sedan gå in på hur bedömningar kring begreppet välgrundad fruktan har gjorts hos Migrationsverket, migrationsdomstolarna och Migrationsöverdomstolen år 2011. De prövningar som tas upp nedan är endast de bedömningar som får en betydelse för huruvida välgrundad fruktan föreligger.

3.1 Praxisbildande fall

3.1.1 MIG 2007:37

I detta fall konstaterar domstolen att prövningen av huruvida en person ska ses som en flykting ska göras genom en bedömning i två steg. Det beslutande organet ska avgöra huruvida berättelsen i sig är tillräcklig för att skyddsnivån ska vara uppfyllt. Det beslutande organet ska även göra en granskning av huruvida berättelsen är trovärdig för att kunna dra nytta av fördelen av tvistemålet. Värderingen av risken som ska göras i dessa två steg enligt 4 kap 1 § utlänningslagen bygger på begreppet välgrundad fruktan. Domstolen konstaterar vidare att begreppet kommer från Genevekonventionen från 1951. Sist säger domstolen följande ”Rekvisitet välgrundad fruktan i 4 kap. 1 § utlänningslagen innefattar både ett subjektivt och ett objektiva rekvisit.”²⁵

Domstolen förklarar sedan att begreppet välgrundad fruktan innebär att fruktan som den sökande känner måste vara underbyggt och således ha fog för sig. Efter att konstaterat detta gör sedan Migrationsöverdomstolen en bedömning av sannolikheten för förföljelse i det förevarande fallet²⁶

²⁵ MIG 2007:37 s. 4.

²⁶ MIG 2007:37 s. 4-5.

3.1.2 MIG 2007:16

I det här fallet gör Migrationsöverdomstolen inte en detaljerad prövning, utan domstolen håller med migrationsdomstolen i dennas ställningstaganden, utan att motivera sig närmare.²⁷ Domstolen konstaterar först att ”Det finns således inte heller någon anledning att ifrågasätta att familjen känner fruktan för förföljelse...”²⁸ Sedan prövar domstolen huruvida den fruktan familjen känner är välgrundad. Domstolen menar vidare att ett förhållande som gör förföljelsen sannolik är att förföljelse tidigare skett.

3.2 Begreppet i praktiken

3.2.1 Migrationsverket - citat

En vanlig formulering som Migrationsverket använder för att förklara hur de bedömer huruvida välgrundad fruktan för förföljelse hos den sökande finns är

” När Migrationsverket prövar en ansökan krävs det att två olika förutsättningar är uppfyllda för att uppehållstillstånd ska kunna beviljas. Den ena förutsättningen är att den sökande gör sin asylberättelse sannolik och trovärdig. Den andra förutsättningen är att de skäl som den sökande åberopar är tillräckliga för att kriterierna för skydd ska vara uppfyllda”²⁹

En annan formulering som Migrationsverket använder för att förklara vilka utgångspunkter Migrationsverket har när Migrationsverket bedömer huruvida en person är flykting eller inte är:

”Inom asylrätten är det en grundläggande princip att det är den asylsökande som skall göra sitt behov av internationellt skydd sannolikt. En vedertagen bevisrättslig princip inom förvaltningsrätten är även att den som ansöker om en förmån har bevisbördan för att han eller hon uppfyller de krav som uppställs i lagen för att förmånen skall beviljas. Det är alltså den sökande som har bevisbördan, vilket innebär att det är han eller hon själv som i första hand har att tillhandahålla relevanta uppgifter till ledning för bedömningen av hans eller hennes behov av skydd. För att en sökande ska kunna få uppehållstillstånd som flykting eller skyddsbehövande i övrigt måste krav ställas på att denne talar sanning och hjälper utredaren så att alla fakta i ärendet kan klarläggas. Detta inbegriper även att den asylsökande måste göra sin identitet sannolik. Har en sökande lämnat oriktiga uppgifter kring sin identitet kan detta medföra att sökanden kan få svårt att göra sin berättelse trovärdig så länge det alltjämt kvarstår frågetecken kring vem den asylsökande är och dennes ursprung.”³⁰

27 MIG 2007:16 s. 5.

28 MIG 2007:16 s. 3-4.

29 Mål UM 13620 – 10 Bilaga 2 (Migrationsverkets beslut 2009-09-17) s. 4.

30 Mål UM1669 – 11 s. Bilaga 1 (Migrationsverkets beslut. Beteckning 11-521047) s. 4,

Mål UM 1989 – 11 Aktbilaga 1:51 (Migrationsverkets beslut. Beteckning 9-980156, 9-980159, 11-614623, 11-614628) s.6 och Mål UM 4150 – 11 s. Aktbilaga 1:51(Migrationsverkets beslut. Beteckning 9-980156, 9-980159, 11-614623, 11-614628) s. 6.

3.2.2 Migrationsverket - bedömning

Det förekommer även andra formuleringar som Migrationsverket använder för att ange vilka grunder och ställningstaganden de har utgått ifrån. Alla går dock ut på att det är den asylsökande som ska göra sin identitet och skyddsbehov sannolikt. Migrationsverket motiverar detta med att Migrationsverket ska kunna veta vilket land en bedömning ska göras mot. Migrationsverket måste även veta om man kan tro på berättelsen som individen åberopar till stöd för sitt skyddsbehov.³¹

Prövningen som Migrationsverket gör är att först avgöra om asylsökanden har klargjort sin identitet. Detta görs genom att Migrationsverket begär in vissa handlingar från personer som ansöker om flyktingstatus. Det kan vara olika sorters identitetshandlingar. Efter att de har fått in identitetshandlingar fastställer Migrationsverket huruvida de kan ses som legitima och kan ha något bevisvärde.³² Om personen inte lyckas göra sin identitet sannolik görs en sannolikhets-bedömning angående vilket land ansökan ska prövas mot.³³ För att fastställa vilket land som granskningen ska göras mot kan exempelvis en språkanalys och/eller kunskapstester genomföras.³⁴

Vilket land som flyktingskapet ska granskas mot kan i vissa fall ha en stor betydelse i frågan om en välgrundad fruktan finns. Dessutom får identiteten en direkt betydelse i bedömningen av huruvida fruktan är väl grundad. Enligt de ovannämnda citat kan det vara svårt att göra sin berättelse trovärdig, om det är tveksamt vem den sökande är. Gör sökanden inte sin identitet trovärdig, kommer Migrationsverket att bedöma att det inte är sannolikt att en risk föreligger, det vill säga att fruktan inte är välgrundad.³⁵

Vidare prövar domstolen om personens berättelse är trovärdig. Om berättelsen inte är trovärdig kan ansökan avslås eftersom det anses inte gjort sannolikt att skäl till förföljelse finns.³⁶

31 Mål UM 2266 – 11 Bilaga 1 (Migrationsverkets beslut. Beteckning 10697194) s. 3-4,
Mål UM 9974 – 11 Bilaga 1 (Migrationsverkets beslut. Beteckning 11867280) s.7,
Mål UM 10404 – 10 Bilaga 1(Migrationsverkets beslut. Beteckning 11359996) s.6.

32 Mål UM 1509 – 11 Aktbilaga 6:28 (Migrationsverkets beslut. Beteckning 9-835851) s. 3,
Mål UM 2515 – 11 Bilaga 1 (Migrationsverkets beslut. Beteckning 10093760) s. 2.

33 Mål UM 4360 – 11 Akt 1:21 (Migrationsverkets beslut. Beteckning 11788174) s. 2.

34 Mål UM 4401 – 11 och 4045 – 11 Bilaga 2 (Migrationsverkets beslut 2010-12-29) s. 5-6.

35 Mål UM 8598 – 10 Aktbilaga 13 (Migrationsverkets beslut. Beteckning 9-820905) s. 6.

36 Mål UM 4434 – 11 Aktbilaga 2-28 (Migrationsverkets beslut. Beteckning 11-237007,11-249615) s. 4-6.

Om Migrationsverket finner att berättelsen är trovärdig prövar Migrationsverket huruvida skälen som har angetts av personen är sådana skäl som anges i lagrummet för flyktingförklaring, huruvida de har den styrkan att de når upp till förföljelse och om det är sannolikt att det personen uppger kommer att inträffa vid återvändandet. Det som är mest intressant för denna uppsats är framförallt att det kan konstateras att en prövning av trovärdigheten och en framåtsiktande riskbedömning görs.³⁷

Med Migrationsverkets egna ord ska granskningen om skyddsbehov föreligger göras på ett visst sätt. ”Bedömningen av en utlännings skyddsbehov ska enligt utlänningslagen alltid vara framåtsyftande. Bedömningen ska vidare syfta till huruvida utlänningen gjort sannolikt att hon eller han är i behov av skydd i Sverige i förhållande till ett återvändande.”³⁸

Vidare menar Migrationsverket att prövningen ska göras genom en framåtsyftande bedömning av objektiva faktorer av huruvida risk för förföljelse finns vid ett återvändande till hemlandet.³⁹

3.2.3 Migrationsverket - subjektiv del

Begreppet välgrundad fruktan borde även innehålla en subjektiv bedömning. I ett fall har Migrationsverket uttalat sig om fruktan.

” Migrationsverket konstaterar även att du vid flera tillfällen uppgivit att du kan återvända till Indien. I Migrationsverkets registreringsunderlag uppger du att du inte har några problem med att bli skickad till Indien. Vid utredningstillfallet uppger du också att du inte har några problem med att återvända, som det får förstås, till Indien. I ditt offentliga biträdes överklagande av Migrationsverkets förvarsbeslut uppger du även att du kan återvända till Indien. Detta tyder, enligt Migrationsverkets bedömning, på att du inte har några skyddsbehov såsom du gör gällande.”⁴⁰

Det är det enda som sägs i alla granskade domar kring den subjektiva delen av begreppet välgrundad fruktan. För att få fram om fruktan finns och är väl grundad görs således en vanlig bedömning av alla faktorer. Vad detta kan innebära behandlas i analysen nedan.⁴¹

37 Mål UM 13620 – 11 Bilaga 2 (Migrationsverkets beslut 2009-09-17) s. 4-5.

38 Mål UM 4736 – 11 Bilaga 1 (Migrationsverkets beslut. Beteckning 9966107) s.6.

39 Mål UM 9509 – 10 Aktbilaga 19 (Migrationsverkets beslut. Beteckning 10790725) s.4.

40 Mål UM 9974 – 11 Bilaga 1 (Migrationsverkets beslut. Beteckning 11867280) s. 6.

41 Se nedan kap 5.1.

3.2.4 Migrationsdomstolarna (förvaltningsrätterna)

Migrationsdomstolen utgår från samma utgångspunkter som Migrationsverket gör. Vilket innebär att domstolen gör en prövning av huruvida personen gjort sin identitet sannolik, om han är trovärdig och om det finns en risk att personen som söker asyl ska utsättas för skyddsgrundande behandling vid ett återvändande till hemlandet. Den framåtsiktande riskbedömningen som görs i migrationsdomstolen kallas med en annan benämning för en prövning av huruvida den personliga hotbilden vid återvändande finns.⁴²

Identiteten fastställs utifrån de handlingar som den sökande har åberopat. Bedömningen bygger på trovärdighet av den sökande samt sannolikhet av en skyddsgrundande behandling i hemlandet sker vid återvändande. Bedömningen utgår ifrån den sökandes berättelse, om inte han eller hon kan lämna in några dokument för att styrka sin berättelse.⁴³ Om den asylsökande har ingett dokument som ska styrka att han/hon riskerar förföljelse vid återvändandet, bedömer domstolen deras bevisvärde. Dokumenten kan givetvis påverka trovärdighetsbedömningen, och kan också påverka den framåtsiktande riskbedömningen.⁴⁴

I vissa fall hänvisar migrationsdomstolarna även till Migrationsverkets överväganden och håller med om dessa. Detta gör domstolen utan att motivera varför domstolen tar samma beslut.⁴⁵ Migrationsdomstolarna gör vidare en framåtblickande bedömning av sannolikheten för att en behandling som ska ses som förföljelse sker vid ett återvändande till hemlandet.⁴⁶ I ett av de undersökta fallen fick domstolen en anledning att behandla den subjektiva delen av begreppet välgrundad fruktan. Domstolen fick således en möjlighet att uttala sig angående prövningen av den subjektiva delen. Domstolen konstaterad följande.

”Därutöver noterar domstolen att [X] vid flera tillfällen har uppgett att han inte har något emot att återvända till Indien. Detta gör att domstolen även ifrågasätter att hans motiv för ansökan är fruktan (se art. 41 handboken).”⁴⁷

Domstolen konstaterade det som stod ovan för att sedan göra en helhetsbedömning. Migrationsdomstolen fann att risken för förföljelse inte gjorts sannolik och därför avslög domstolen ansökan om uppehållstillstånd på grund av flyktingskap.⁴⁸

42 Mål UM 115 – 11 Akt. 9 (Förvaltningsrätten i Stockholms dom 2010-12-21) s. 3-4 ,

Mål UM 1669 – 11 Bilaga A 8 (Förvaltningsrätten i Stockholms dom 2011-02-09) s. 3.

43 Mål UM 9971 – 11 Bilaga A (Förvaltningsrätten i Göteborgs dom 2011-11-16) s. 7.

44 Mål UM 4684 – 11, 4952 – 11 (Förvaltningsrätten i Stockholms dom 2011-05-27) s. 4-7.

45 Mål UM 1176 – 11 (Förvaltningsrätten i Stockholms dom 2010-12-30) s. 3-4.

46 Mål UM 4062 – 11 Bilaga A (Förvaltningsrätten i Stockholms dom 2011-04-21) s. 5.

47 Mål UM 9974 – 11 Bilaga A (Förvaltningsrätten i Stockholms dom 2011-09-29) s. 6.

48 Mål UM 9974 – 11 Bilaga A (Förvaltningsrätten i Stockholms dom 2011-09-29) s. 6.

Hur detta ställningstagande ska bedömmas, och vad ställningstagandet innebär för bedömningen av begreppet välgrundad fruktan behandlas i analysen nedan.⁴⁹

3.2.5 Migrationsöverdomstolen (kammarrätten i Stockholm)

I de fall som har undersökts ovan har inte Migrationsöverdomstolen lagt till något annat än de bedömningar som redan har konstaterats enligt Migrationsverket och migrationsdomstolarna.⁵⁰ Det finns dock en sak som migrationsdomstolen har gjort som kan påverka och klarlägga begreppet välgrundad. Följande citat antyder detta.

”Beviskravet "grundad anledning att anta" avses vara något högre än bevisgraden "skälig anledning att anta", som återfinns i 12 kap. 1 § utlänningslagen, men något lägre än det tidigare kravet på välgrundad fruktan i den äldre lydelsen av lagen (prop. 2009/10:3 s. 119 och 260). Detta förhållande återspeglas också i de respektive bestämmelsernas ordalydelse.”⁵¹

Detta citat klargör ett annat begrepp, men genom detta definierar de även begreppet välgrundad fruktan, mer om detta i analysen nedan.⁵² Migrationsdomstolarna gör sammanfattningsvis samma bedömning som migrationsdomstolarna och Migrationsverket.

3.3 Sammanfattning

Bedömningen huruvida välgrundad fruktan hos den sökande finns görs i två steg. Först prövas om personen har gjort sin identitet sannolik för att få fram vilket land förföljelserisken ska bedömas mot. Sedan försöker den beslutande myndigheten avgöra om skyddsbehovet är sannolikt. För att avgöra om personen gjort sin identitet sannolik begär den beslutande myndigheten oftast in dokument, om dessa inte finns får den beslutande myndigheten göra språktester och/eller kunskapstester för att fastställa vilket land ansökningen ska prövas mot. För att avgöra om skyddsbehovet är sannolikt får den beslutande myndigheten pröva om berättelsen som den sökande grundar sin ansökan på är trovärdig. Dessa bedömningar får en betydelse i huruvida fruktan är väl grundad. I de flesta fall gör inte den beslutande myndigheten en bedömning om personen som söker asyl känner fruktan, men när denna görs bakas den in i den objektiva bedömningen.

49 Se nedan kap 5.1.

50 Mål UM 7851 – 10 s. 9-10.

51 Mål UM 9899 – 09 s.11.

52 Se nedan kap 5.1.

4 Vetenskaplig litteratur

Nu ska den vetenskapliga litteraturen behandlas för att se huruvida det finns avvikande meningar mot den som handboken och UNHCR anger. Om tolkningen som ges i handboken är rätt, och om den svenska gällande rätten är förenlig med bestämmelser och syftet med 1951-års flyktingkonvention. Fokus för denna litteraturstudie kommer att vara James C Hathaways och William S. Hicks artikel från 2005. Artikeln tar även upp problematik kring begreppet välgrundad fruktan utan att vara generell.

4.1 ”The status of refugee.”

Begreppet välgrundad fruktan bygger på begrepp i tidigare konventioner. Begreppet som välgrundad fruktan framförallt bygger på är begreppet ”persecution, or fear based on persecution” enligt Alte Grahl Madsen indikerar det på att en subjektiv prövning av den asylsökandes känslor och tankar ska göras, men att fokus ska ligga på den objektiva bedömningen.⁵³

Vidare menar Madsen att i själva verket ska en objektiv bedömning göras. Varje person som söker asyl och flyktingstatus har en fruktan. Istället bör en prövning göras utifrån en normalperson, och när denna person skulle känt en fruktan ska det anses att fruktan finns. Fruktan är vidare välgrundad om sannolikheten är stor för att personen kommer att utsättas för förföljelse om han/hon återvänder till hemlandet. Slutligen menar Madsen att personliga förhållande ändå spelar en roll vid bedömningen om fruktan är välgrundad eller inte. Madsen menar att den beslutande instansen ska se på personens personliga förhållanden. De kan påverka sannolikheten för förföljelse vid återvändande till hemlandet.⁵⁴

4.2 ”Refugee in international law.”

Författarna till boken menar att konventionen ger länderna rätt att bestämma hur de ska göra de bedömningar som krävs för att fastställa om en person är flykting eller inte. Eftersom konventionen syftar till att skydda ska de granskningar som görs vara liberala.⁵⁵

53 A. Grahl-Madsen ”The status of refugees” Vol I s. 173.

54 Ibid. s. 174 – 175.

55 G. Goodwin-gill, J. McAdam ”The refugee in international Law” s 54.

För att avgöra om fruktan hos den sökanden finns görs en bedömning av om personens berättelse är konsekvent och huruvida det är trovärdigt att personen känner fruktan. Är detta uppfyllt ska det antas att personen känner fruktan. Författarna menar att det är svårt att avgöra vilken roll den subjektiva delen ska ha vid prövningen om välgrundad fruktan föreligger. Den subjektiva bedömningen ska vidare inte enligt författaren fokuseras på den sökandes rädsla, utan mer på de subjektiva delarna av den sökandes liv. Vid granskningen om fruktan är väl grundad ska det beslutande organet mer se på framtiden, än på det förflutna. Bedömningen om fruktan är väl grundad innehåller vidare både subjektiva och objektiva element. Vid bedömningen om fruktan är väl grundad ska också en helhetsbedömning göras av samtliga faktorer, här spelar inte bara sannolikheten för förföljelse in utan sättet för förföljelse spelar också en roll.⁵⁶

4.3 ”Is there a subjective element in the refugee convention’s requirement of ”Well founded fear ”?”

I en artikel menar James C Hathaway och William S Hicks att begreppet välgrundad fruktan inte innehåller en subjektiv del utan endast en objektiv del. Författarna menar att begreppet välgrundad fruktan endast är en teknisk term. Termen innebär att en granskning av en framtida risk ska göras. Ordet rädsla eller i engelskan ”fear” kan rent språkligt betyda två saker. Den främsta betydelsen av ordet är rädsla, men ordet kan även betyda en förväntad framtida risk.⁵⁷

En subjektiv prövning av huruvida välgrundad fruktan föreligger kan leda till att person som inte känner fruktan och personer som känner fruktan, men som den avgörande instansen inte anser känner en fruktan inte blir skyddade. Trots att de behöver skydd. Således måste en person som inte anses känna fruktan vägras en flyktingstatus och asyl. Domstolarna i de flesta länderna har självfallet insett dessa risker, men har varit motstridiga att acceptera ett begrepp som inte innehåller en subjektiv del.⁵⁸

Detta kan bero på att den språkliga betydelsen pekar främst mot att en subjektiv del finns. Den subjektiva delen är också mycket förankrat i den internationella asylrätten.

56 G. Goodwin- gill, J.McAdam ”The refugee in international Law” s. 64.

57 J.Hathaway, W. Hicks ”Is there a subjective element in the refugee convention’s requirement of ”Well founded fear”?” ” Michigan International Law Journal 2005 s. 507-510.

58 Ibid. s. 510-512.

Vissa domstolar har försökt att kringgå denna problematik genom att göra en objektiv prövning av den subjektiva delen. Enligt författarna till artikeln är ett sådant system oärligt eftersom den beslutande organet gör en bedömning som utger sig för att innehålla en subjektiv granskning trots att den inte gör det.⁵⁹

4.3.1 Målen med konventionen

Risken att personer som verkligen behöver skydd och inte får det, strider mot målen med konventionen. Den subjektiva delen av begreppet välgrundad fruktan kräver att det beslutande organet kan på ett säkert sätt bedöma om den sökande känner fruktan. Annars uppfylls inte kraven i konventionen. Det är dock nästintill omöjligt att på ett säkert sätt bestämma vad en person känner under en process där dennes flyktingstatus ska avgöras.

Det är nämligen svårt att visa sina känslor under omständigheter som är mycket ovanliga för den asylsökande. Det gäller särskilt vissa kulturer eftersom det är givet att en person inte ska visa sina känslor trots att personen kanske känner stor oro. Det sagda kan leda till att sökanden inte får asyl och flyktingstatus, trots att sökanden känner fruktan som är välgrundad.⁶⁰

En subjektiv granskning innebär en stor press på det beslutsfattande organet att avgöra huruvida en faktisk rädsla finns hos en individ. Bedömningen är mycket svår, vilket gör att många organ endast gör en prövning av den framtida risk för förföljelse. Således utelämnas den subjektiva delen av bedömningen. Detta leder onekligen till följande frågor.

Vad har faktisk rädsla att göra med att vara en flykting? Om flertalet organ faktiskt inte gör den subjektiva bedömningen av välgrundad fruktan, vad har då den subjektiva delen av välgrundad fruktan för betydelse?⁶¹

4.3.2 Sätt att kringgå subjektiv bedömning

Svårigheterna att bedöma huruvida den subjektiva fruktan föreligger gör att de beslutsfattande organen måste ta till hjälpmedel för att avgöra huruvida rädsla finns hos den asylsökanden. De hjälpmedel som används ger objektiva indikatorer för rädsla.

59 J.Hathaway, W. Hicks *"Is there a subjective element in the refugee convention's requirement of "Well founded fear"?"* Michigan International Law Journal 2005 s. 512-515.

60 Ibid. s. 517- 518.

61 Ibid. s. 524.

Ett sådant instrument är att det beslutande organet ställer sig frågan huruvida en förnuftig person i samma situation skulle känt fruktan. Detta objektiva instrument tar dock helt bort den subjektiva bedömningen. För att tillfredsställa syftet med en sådan prövning räcker det med att fastställa en objektiv risk för förföljelse. Bedömningen om en förnuftig person skulle känt fruktan blir helt irrelevant.⁶²

Ett annat sätt att gå runt den subjektiva bedömningen är att det beslutande organet sätter ett likhetstecken mellan trovärdighet och den subjektiva rädslan. Det vill säga att när en person bedöms vara icke trovärdig, säger det beslutande organet att han/hon inte känner rädsla. Detta förfaringsätt kan kritiseras eftersom det är ologiskt. Det är ologiskt eftersom det inte går att konstatera att bara för att en person ljugar så känner han/hon ingen fruktan. Det är också ganska ologiskt att tro att en person som känner fruktan inte skulle ljuga och försöka förstärka skälen till sin rädsla.⁶³

4.3.3 Mål med konventionen och fransk ordalydelse

Konventionen skapades för att kunna hjälpa och ge asyl till personer som riskerar att utsättas för förföljelse på grund av fem olika skäl. Endast till dessa personer. En olikbehandling av personer med samma hjälpbehov på grund av deras subjektiva känslor är således emot de mål och syften som konventionen har ställt upp. Som tidigare nämnts kan den språkliga betydelsen av ordet rädsla (engelskans "fear") tolkas som en framåtsiktande förväntad risk eller en emotionell reaktion. Den betydelse som verkar mest rimlig utifrån texten är emotionell reaktion. För att tolka en konventionstext kan inte betraktaren endast se till texten. Betraktaren måste även beakta målen, syftet och kontexten som frasen förekommer i. Med beaktande av dessa faktorer ligger det närmare tillhands att tolka begreppet så att det innebär en framåtsiktande förväntad risk.

Syftet med konventionen är att skydda behövande, en tolkning som fokuserar på det känslomässiga läget hos en person är inkonsekvent. En sådan granskning kan också avvika från målet med konventionen. Endast en objektiv prövning rimmar dock bra med målen och syftet med konventionen.⁶⁴

62 J.Hathaway, W. Hicks "Is there a subjective element in the refugee convention's requirement of "Well founded fear"?" Michigan International Law Journal 2005 s. 524- 525.

63 Ibid. s. 531-533.

64 Ibid. s. 535-536.

En granskning av konventionen visar att konventionen är för det mesta fokuserad på risker, och det är ganska ologiskt att särskilja personer som är utsatta för samma risk för förföljelse endast för att deras känslomässiga situation skiljer sig åt. Mer konkret sagt är det ganska ologiskt med beaktande av konventionens syfte och mål att personer som bäst kan uttrycka sina känslor gynnas gentemot dem som har svårare att uttrycka sina känslor.⁶⁵

Ett annat tecken på att frasen ska tolkas som en framtida riskbedömning är att den franska textversionen bäst rimmar med just en sådan tolkning. Ett tecken på att en sådan tolkning används är att de beslutande organen i de fransktalande länderna gör en prövning som endast innehåller en objektiv del. Det är självfallet svårt att se huruvida de franska domstolarna tillämpar den subjektiva delen av bedömningen av välgrundad fruktan. Svårigheterna finns på grund av att domstolarnas domar ska vara koncisa och lättförståeliga, men det kan i vart fall konstateras att de inte gör lika detaljerade utredningar av den subjektiva delen. Det är också ganska tydligt att de fransktalande domstolarna i stor utsträckning endast gör en objektiv granskning.⁶⁶

De olika textversionerna ska överensstämma med varandra. Detta faktum pekar mot att även det engelska begreppet ”well founded fear” inte innehåller en subjektiv del. Eller rättare sagt, när de olika språkversionerna som ska vara gällande inte överensstämmer med varandra, bör syftet och målen med konventionen konsulteras. Ser man på syftet och målen med konventionen blir det som tidigare konstaterats klart att endast en objektiv bedömning ska göras.⁶⁷

4.3.4 Ingen subjektiv bedömning?

Det kan framföras en viss kritik mot att inte använda sig av en subjektiv bedömning. Utan en subjektiv prövning lyfts inte en persons berättelse fram. Vikten av att lyfta fram personens berättelse är att det på bästa sätt visar den faktiska risken som finns vid ett återvändande. Motargumentet mot detta påstående är att personens berättelse ändå kommer att tas upp eftersom bevis inte ska delas upp i objektiva bevis och subjektiva bevis. En sådan indelning är vidare inte lämplig eftersom den skapar en hierarki där de objektiva bevisen är bättre än de subjektiva.

65 J.Hathaway, W. Hicks ”Is there a subjective element in the refugee convention’s requirement of ”Well founded fear”?” Michigan International Law Journal 2005 s. 536.

66 Ibid. s. 538.

67 Ibid. s. 540.

Det kan också tilläggas att även om den beslutande instansen behandlar alla bevis, behöver inte de ha samma vikt och värde. Det bör vidare konstateras att om en person ses som trovärdig räcker det med endast personens berättelse. Denna kan ligga till grund för en bedömning huruvida en välgrundad risk finns. Det behövs således inte objektiva bevis.⁶⁸

Ett annat skäl till att använda den subjektiva bedömningen är att genom en subjektiv prövning lyfts en persons psykologiska styrkor och svagheter fram. Vilket kan påverka bedömningen av huruvida en förföljelse föreligger. Det är framförallt viktigt vid prövningen av förföljelse på grund av religionsfrihet. Om de faktorer som nämnts ovan inte lyfts fram vid en bedömning, kan personer som faktiskt behöver skydd bli utan skydd. Motargumentet mot detta påstående är att även om detta spelar en roll, är det inte i detta skede av prövningen som det får sin genomslagskraft. Det är framförallt i bedömningen huruvida en förföljelse föreligger som det får en betydelse.⁶⁹

4.4 Sammanfattning

Kritiken som finns av att begreppet välgrundad fruktan innehåller en subjektiv bedömning är att den förankrade tolkningen av begreppet välgrundad fruktan är i stor utsträckning missuppfattat. Tolkningen har vidare lett till att den subjektiva prövningen har blivit den viktigaste delen. Den subjektiva delen är inte harmlöst, utan kan leda till att personer måste visa att de har en rädsla. På grund av detta kan en person som behöver skydd nekas flyktningstatus trots att en verklig risk föreligger. De sätt som använts av de beslutande instanserna för att fastställa rädsla är otillfredsställande. I vissa fall leder de till att konventionens mål inte uppfylls.

Denna tolkning har främst uppstått på grund av språklig tolkning, men begreppets möjliga tvåtydliga betydelse visar att även en framåtriktad bedömning av risken kan avses med den språkliga termen. Vidare rimmar en tolkning som inte innehåller en subjektiv del bäst med konventionens syfte. Dessutom överensstämmer tolkningen med påståendet att begreppet är en teknisk term som har uppkommit genom omformulering av tidigare begrepp. Även om den subjektiva prövningen finns ska det inte läggas någon större vikt vid, utan det är den objektiva bedömningen som ska stå i centrum.

68 J.Hathaway, W. Hicks *"Is there a subjective element in the refugee convention's requirement of "Well founded fear"?"* Michigan International Law Journal 2005 s. 543-544. 549-551.

69 Ibid. s. 544-545, 551-552.

5 Analys

I den följande analysen ska först begreppets teoretiska innebörd klarläggas. För att därefter gå in på ett klarläggande av begreppet i det praktiska rättslivet. Detta jämförs sedan för att få fram den svenska innebörden av begreppet välgrundad fruktan, detta genom att kritiskt ta sig an likheterna och skillnaderna i begreppet. Till sist ska kritiken av begreppet i litteraturstudien bemötas och då främst Hathaways artikel och den kritik som framförs i denna artikel för att se hur tillfredsställande det svenska begreppet är med tanke på sin internationella kontext.

5.1 Begreppet

Det är ganska klart av det som framgår ovan att begreppet välgrundad fruktan i den svenska lagstiftningen innehåller en objektiv och en subjektiv sida.⁷⁰ Det vill säga en prövning ska göras huruvida personen känner en rädsla (subjektiv bedömning) och huruvida det är sannolikt att personen blir utsatt för förföljelse vid ett återvändande till hemlandet (objektiv bedömning). Detta framgår ganska tydligt av framförallt UNHCR:s tolkning. Denna tolkning har Sverige ställt sig bakom. Denna tolkning är inte obestridd. Trots detta bör det påpekas att det är just denna tolkning som den svenska lagstiftaren har valt. Eventuell kritik mot en sådan tolkning är inte av betydelse för den innebörden av begreppet i den svenska lagstiftningen. Det finns dock en anledning till att återkomma till kritiken, när begreppet ska granskas kritiskt.

Undersöks migrationsdomstolens och Migrationsverkets prövningar under år 2011.⁷¹ Kan det ganska tydligt konstateras att det görs en tvådelad bedömning för att fastställa huruvida en person är flykting eller inte. Dessa två bedömningar får en avgörande betydelse i tolkningen av begreppet välgrundad fruktan. Den ena delen är att den beslutande instansen prövar huruvida personen gjort sin identitet sannolik och den andra om berättelsen är trovärdig. Dessa prövningar innebär att Migrationsverket och migrationsdomstolarna gör en riskbedömning som bygger på sannolikheten för att personen ska utsättas för förföljelse vid ett återvändande. Här blir trovärdighet och identiteten avgörande. Detta eftersom det oftast är endast personens berättelse som den beslutande instansen har att göra en bedömning utifrån.

⁷⁰ Se ovan kap 2.3.

⁷¹ Se ovan kap 3.

Således gör Migrationsverket och migrationsdomstolarna en motsvarande prövning till den i lagtexten stadgade objektiva delen. Vad har då hänt med den subjektiva delen? I de flesta fall finner inte Migrationsverket anledning att pröva huruvida fruktan finns eller inte, utan Migrationsverket utgår från att fruktan finns. Från den praxis som har behandlats inom ramen för denna uppsats dök rädslan och tveksamheter kring detta upp i ett fall.⁷² I detta fall gjorde Migrationsverket inget större uttalande kring den subjektiva sidan. Migrationsverket sade att det endast påverkar riskbedömningen. Det vill säga att om sökanden inte är rädd för förföljelse så finns det förmodligen ingen risk för denna förföljelse. Migrationsdomstolen sa i samma fall att det finns en anledning att misstänka att rädsla inte låg till grund för asylansökan, för att sedan gå in och göra en helhetsbedömning av huruvida en eventuell framtida risk för förföljelse finns vid ett återvändande.

Det som kan konstateras är att både migrationsdomstolen och Migrationsverket har bäddat in den subjektiva delen i den objektiva prövningen. Vilket kan strida mot lagtexten, eftersom lagtexten anger att det finns två rekvisit, ett subjektivt och ett objektiva. Är inte ett rekvisit uppfyllt är personen inte att ses som flykting. Lagtexten ger inget utrymme till att tolka det till att rekvisiten är alternativa. Det kan således konstateras att Migrationsverkets prövning och migrationsdomstolarnas bedömningar innehåller endast en objektiv granskning av risken. Som beskrivits ovan har Migrationsöverdomstolen klarlagt begreppet ”grundad anledning att anta” och sagt att det är ett något lägre krav än välgrundad fruktan, och sålades inte sagt att det skiljer sig åt för att begreppet välgrundad fruktan har en subjektiv sida.⁷³ Vilket skulle kunna peka på att begreppet välgrundad fruktan inte innehåller en subjektiv sida. Samtidigt säger domstolen att skillnaden mellan begreppen kan ses i ordalydelsen. Därför kan slutsatsen att domstolen menar att begreppet välgrundad fruktan inte innehåller en subjektiv del, inte dras från detta uttalande.

Begreppet välgrundad fruktan i svensk rätt innebär sammanfattningsvis att den beslutande instansen gör en subjektiv och en objektiv bedömning, men den subjektiva prövningen är inbakad i den objektiva bedömningen. Med andra ord är avsaknaden av rädsla ett tecken på att en risk för framtida förföljelse vid återvändande inte finns. Domstolarna skulle kunna kritiserats för att de tillämpar lagen felaktigt.

⁷² Se ovan kap 3.2.3 och 3.2.4.

⁷³ Se ovan kap 3.2.5.

Jag menar dock att den tillämpning som domstolarna gör inte strider mot den svenska lagstiftningen. Migrationsdomstolarna och Migrationsverket gör trots allt en subjektiv prövning, även om man bakar in den i den objektiva bedömningen. Det finns inte heller någon anledning att dela in begreppet i två rekvisit. Det är ganska rimligt att ett begrepp har endast en objektiv bedömning som delvis beror på en subjektiv bedömning. Detta rimmar bäst med konventionens syfte, men mer om detta nedan. Det man kan tänka sig kritisera är att domstolen i väldigt få fall gör den subjektiva prövningen, men enligt min mening är detta rimligt eftersom en person som söker asyl måste anses känna en rädsla, annars hade personen förmodligen inte sökt asyl.

5.2 Kritik av begreppet

Som det har konstaterats ovan innehåller begreppet välgrundad fruktan i den Svenska rätten en objektiv och en subjektiv sida.⁷⁴ Som det framgår av litteraturundersökningen i uppsatsen finns det även en omfattande kritik mot att begreppet innehåller en objektiv och en subjektiv sida.⁷⁵ Innan kritiken tas upp bör det nämnas att det svenska begreppet välgrundad fruktan inte är lika lämpad till att tolkas så att det inte innehåller en subjektiv del.

Kortfattat innebär kritiken att den subjektiva sidan leder till att syftet att skydda personer som behöver skydd inte uppfylls eftersom dessa personer nekats skydd för att de inte upplever rädsla. Det är svårt om inte omöjligt att bedöma om en person känner rädsla och metoder för att kringgå denna problematik är inte tillfredsställande, det är omoraliskt och fel att utge sig för att göra en subjektiv prövning när endast en objektiv bedömning görs och att konventionen bygger på en riskbedömning och där har den subjektiva rädslan ingen plats.

Jag håller med om den mesta av kritiken som framförs mot den subjektiva delen. Enligt mig är det klart väldigt svårt att pröva huruvida rädsla hos en person finns. Vid sådana svårigheter riskerar personer hamna i kläm. Jag håller dock inte med i kritiken att en prövning huruvida rädsla finns är emot konventionens syfte. En person som inte är rädd är enligt min mening inte i behov av hjälp. Det finns inget syfte att hjälpa en person som inte anser sig behöva hjälp. Därför strider det inte mot konventionens syfte att göra en subjektiv bedömning, dock är detta som redan konstaterats mycket svårt att göra.

⁷⁴ Se ovan kap 5.1.

⁷⁵ Se ovan kap 4.

Den Svenska lagstiftningen kan kritiseras på samtliga punkter ovan, samtidigt som domstolarna har valt en lösning som inte på ett lika tydligt sätt kan kritiseras. Först kan sägas att mycket i den svenska prövningen bygger på den sökandes trovärdighet. Hathaway har kritiserat trovärdighetsbedömningar eftersom man inte kan säga att en person som är rädd inte ljuger för att förstärka sin rädsla.⁷⁶

Det som inledningsvis kan konstateras är att den svenska trovärdighetsbedömningen har ett helt annat syfte, än att fastställa huruvida en person är rädd eller inte. Trovärdighetsbedömningen blir viktig eftersom det ofta är så att den asylsökandes berättelse är den enda bevisningen som domstolen har som utgångspunkt för prövningen. Tolkas domstolarnas subjektiva bedömning säger praxis i Migrationsöverdomstolen att en subjektiv bedömning ska göras, men den görs inte i praktiken, i vart fall så förutsätter domstolarna som vi har sett att rädsla finns. När migrationsdomstolarna och Migrationsverket får anledning att misstänka att rädsla inte finns verkar det som att Migrationsverket och migrationsdomstolen bakar in den subjektiva bedömningen i den objektiva prövningen och säger att om rädsla inte finns så är det inte sannolikt att risken för förföljelse finns.⁷⁷

Detta sätt att kringgå en subjektiv bedömning kan kritiseras eftersom lagen tydligen innehåller två kumulativa rekvisit, och det är omoraliskt att utge sig för att göra en subjektiv bedömning när den beslutande instansen i själva verket inte gör det. Min mening är att lösningen som domstolen gör är rimlig eftersom en subjektiv prövning görs. Denna lösning rimmar bäst med den språkliga versionen, samtidigt som man följer konventionens syfte. Eftersom även om rädsla saknas görs en helhetsbedömning av risken för förföljelse. Den svenska tolkningen överensstämmer även med G. Godwin- Gills och J. McAdams tolkning.⁷⁸ Deras tolkning är att den objektiva bedömningen innehåller såväl objektiva som subjektiva överväganden, och detta uppfylls när domstolen bakar in den subjektiva bedömningen i den objektiva prövningen. Detta medför att personer som verkligen behöver skydd får det även om personen saknar rädsla. Jag håller med migrationsdomstolen att avsaknad av rädsla är ett bra tecken på att risken för förföljelse inte finns. Det finns med andra ord inget behov av hjälp om sökanden inte är rädd och genom att baka in den subjektiva delen i den objektiva bedömningen ser den beslutande instansen till att uppfylla konventionens syfte samtidigt kravet på den subjektiva delen följs. Därför bör det svenska begreppet ses som tillfredsställande.

⁷⁶ Se ovan kap 4.3.2.

⁷⁷ Se ovan kap 3.2.

⁷⁸ Se ovan kap 4.2.

Källförteckning

Tryckta källor

Författningstext

Utlänningslag SFS 2005:716

Utredningar:

SOU 2006:6. Skyddsgrundsdirektivet och svensk rätt. *En anpassning av svensk lagstiftning till EG-direktiv 2004/38/EG angående flyktingar och andra skyddsbehövande*

Propositioner

Prop. 2009/10:31. *Genomförandet av skyddsgrundsdirektivet och asylprocedurdirektivet*

EU-direktiv

EUT L 304/12 - Rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 *om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet.*

Konventioner och protokoll

Convention relating to the Status of refugee, signed at Geneva, on 28 July 1951.

Protocol relating to the Status of refugee, signed at New York, on 31 January 1967.

Rättsfall

MIG 2007:16

MIG 2007:37

Mål UM 9899-09

Mål UM 7851-10

Mål UM 8598-10

Mål UM 9509-10

Mål UM 10404-10

Mål UM 13620-10

Mål UM 115-11
Mål UM 1176-11
Mål UM 1509-11
Mål UM 1669-11
Mål UM 1989-11
Mål UM 2266-11
Mål UM 2515-11
Mål UM 4062-11
Mål UM 4150-11
Mål UM 4360-11
Mål UM 4401-11 och 4045-11
Mål UM 4434-11
Mål UM 4684-11 och 4952-11
Mål UM 4736-11
Mål UM 9971-11
Mål UM 9974-11

Litteratur

Goodwin-Gill, Guy S; McAdam, Jane., *The Refugee in International Law*, Third Edition
Oxford University Press, New York, 2007.

Grahl-Madsen, Atle, *The Status of refugees in international law*, vol. 1, Sijthoff,
Nederländerna, 1966.

UNHCR, *Handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga
ställning*, 2 uppl., 2001, Norstedts Juridik, Stockholm.

Elektroniska källor

Hathaway, James C.; Hicks, William S. "Is there a subjective element in the refugee
convention's requirement of "well founded fear"?" *Michigan Journal of International Law*.
Vol. 26, Issue 2 (Winter 2005) s.505-562, Hämtad 14 maj 2013 från
[http://heinonline.org.ludwig.lub.lu.se/HOL/Page?
handle=hein.journals/mjil26&div=29&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srch
results](http://heinonline.org.ludwig.lub.lu.se/HOL/Page?handle=hein.journals/mjil26&div=29&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults)