

|                        |   |                   |   |
|------------------------|---|-------------------|---|
| <b>Målnummer:</b>      | UM13063-18  | <b>Avdelning:</b> | 1 |
| <b>Avgörandedatum:</b> | 2018-09-25  |                   |   |
| <b>Rubrik:</b>         | Det sänkta beviskravet avseende sökandens identitet i 16 f § tillfälliga lagen strider inte mot Schengenregelverket.  |                   |   |
| <b>Lagrum:</b>         | <ul style="list-style-type: none"><li>• 16 f § lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige</li><li>• Punkt 6 och punkt 8 i ingressen samt artikel 1, artikel 2, artikel 3, artikel 6, artikel 8.3, artikel 12, artikel 14, artikel 22 och artikel 23 i förordning 2016/399 om en unionskodex om gränspassage för personer (kodifiering)</li><li>• Artikel 25.1 i konventionen om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna</li></ul> |                   |   |
| <b>Rättsfall:</b>      | <ul style="list-style-type: none"><li>• EU-domstolens dom den 22 oktober 2009 i de förenade målen García och Cabrera, C-261/08 och C-348/08, EU:C:2009:648</li><li>• EU-domstolens dom den 7 juni 2016, Affum, C-47/15, EU:C:2016:408</li><li>• EU-domstolens dom den 7 mars 2017, X och X, C-638/16, EU:C:2017:173</li><li>• MIG 2008:25</li><li>• MIG 2011:11</li><li>• MIG 2012:1</li></ul>  |                   |   |

---

**REFERAT**

EH ansökte den 11 november 2015 om asyl i Sverige. Som grund för sin ansökan angav han att han vid ett återvändande till Afghanistan riskerar att utsättas för förföljelse på grund av sin etnicitet och religionstillhörighet. Han riskerar även tvångsrekrytering av talibanerna och skyddsgrundande behandling på grund av att hans familj har hamnat i konflikt med byborna på hemorten. Till styrkande av sin identitet gav han in en tazkira.

Migrationsverket avslog den 9 december 2017 hans ansökan och beslutade att utvisa honom till Afghanistan. Som skäl för sitt beslut angav verket bl.a. följande. EH har inte gjort sannolikt att han är underårig. Han har inte heller gjort sannolikt att han är flykting eller alternativt skyddsbehövande. Omständigheterna i hans fall är inte synnerligen ömmande.

EH överklagade Migrationsverkets beslut och yrkade att utvisningsbeslutet skulle upphävas och att han skulle beviljas permanent uppehålls- och arbetstillstånd samt alternativ skyddsstatusförklaring. Han ansökte även om uppehållstillstånd för studier på gymnasial nivå enligt 16 f § lagen (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige (tillfälliga lagen).

Förvaltningsrätten i Stockholm, migrationsdomstolen (2018-07-13, ordförande Laakso Utvik och Mellstrand samt fyra nämndemän), avslog överklagandet med i huvudsak följande motivering. EH, som prövas i den ordning som gäller för vuxna, har inte gjort sannolikt att han är i behov av skydd i Sverige och det finns inte heller något som kan anses utgöra synnerligen ömmande omständigheter.

Vad gäller ansökan om uppehållstillstånd på grund av gymnasiestudier binder Schengenregelverket (inkluderat konventionen) och kodexen om

Schengengränserna Sverige till att bl.a. inte ge uppehållstillstånd till personer som inte har styrkt sin identitet. Skälet för detta är att man inte vill tillåta personer med oklar identitet att resa in, vistas eller röra sig fritt på territoriet. Nämda krav på styrkt identitet och detta kravs koppling till Schengenregelverket framgår av Migrationsöverdomstolens avgörande MIG 2011:11. Målet rörde en ansökan inlämnad utanför Sverige och avsåg en familjebildning men det som framgår i rättsfallet i aktuellt hänseende; nämligen krav på styrkt identitet, tillämpas även på ansökningar ingivna i Sverige på grund av familjebildning, arbete eller studier. Till detta kommer att ett giltigt pass i original som gäller för sökt tillståndstid måste uppvisas i beskrivna situationer innan tillstånd beviljas.

Av Schengenkonventionen (konventionen om tillämpning av Schengenavtalet av den 14 juni 1985 mellan regeringarna i Beneluxstaterna, Förbundsrepubliken Tyskland och Franska republiken om gradvis avskaffande av kontroller vid de gemensamma gränserna) framgår att en kontroll av om en utlänning finns registrerad på en spärrlista i Schengens informationssystem (SIS) ska göras innan uppehållstillstånd beviljas. Underlåtenhet i detta hänseende är ett åsidosättande av Sveriges förpliktelser inom Schengensamarbetet och utgör ett så grovt handläggningsfel att t.o.m. ett beviljat tillstånd/bifall undanröjs. Denna förpliktelse kräver att man har klarlagt identiteten på berörd utlänning. I annat fall blir en sökning inte effektiv och då konventionsstridig i sig (se Migrationsöverdomstolens avgörande UM 5385-18 och MIG 2008:25).

Undantag från denna grundläggande princip om identitetsfastställelse medges i svensk rättstillämpning för personer som får uppehållstillstånd av skyddsskäl. Undantag kan också ges vid vissa familjeåterföreningar som har bakgrund i sådana skäl. Dessa undantag bygger i sin tur på andra konventionsåtaganden. Undantag kan även ges vid rent humanitära skäl som tunga sjukdomsfall, reell risk för självmord etc. (5 kap. 6 § utlänningslagen [2005:716]).

De för Sverige bindande EU-rättsliga bestämmelserna som det har redogjorts för gör att beviskravet styrkt identitet ska tillämpas även på aktuell ansökan. Det som framgår av bestämmelsen i 16 f § tillfälliga lagen står i strid med för Sverige bindande överordnade förpliktelser och ska därför inte tillämpas (11 kap. 14 § regeringsformen, RF). I målet är det fråga om uppehållstillstånd på grund av en avsikt att studera och inte om ovan beskrivna undantagssituationer.

EH har inte ens gjort sin identitet sannolik och han kan därför inte beviljas uppehållstillstånd med studier som grund.

EH överklagade domen och yrkade detsamma som i migrationsdomstolen. Han har senare under processen gett in en kopia på en passhandling enligt vilken han är född 2001.

Migrationsverket vidhöll de bedömningar som tidigare gjorts rörande EH:s behov av skydd och uppehålls- och arbetstillstånd på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Migrationsverket ansåg dock att EH kunde beviljas ett tidsbegränsat uppehållstillstånd med stöd av 16 f § tillfälliga lagen. Migrationsverket förde fram i huvudsak följande. Migrationsverket har i remissförfarandet till aktuell bestämmelse påpekat att det finns flera tillämpningsproblem med lagförslaget. Bland annat har det påpekats att skyldigheten att bevilja uppehållstillstånd till en stor grupp personer som har oklar identitet medför problem vid vandels- och säkerhetsprövning och vid SIS-kontroll. Migrationsverket har emellertid inte funnit att bestämmelsen i 16 f § tillfälliga lagen skulle stå i strid med kodexen om Schengengränserna. Riksdagen och regeringen har gjort bedömningen att bestämmelsen inte strider mot Sveriges åtaganden enligt Schengensamarbetet (prop. 2017/18:252, s. 37 och 38). Det framgår av förarbetena att det är fråga om en undantagssituation och att lagstiftarens huvudsakliga syfte med den aktuella lagen är att utifrån humanitära överväganden bereda en utsatt grupp möjlighet att få stanna i Sverige (s. 30). Bestämmelsen utgör inte ett så stort avsteg från vad som gällt

tidigare att det finns skäl att anta att den skulle stå i strid mot Sveriges åtaganden enligt Schengensamarbetet. Det sänkta beviskravet vad gäller EH:s identitet kan därför tillämpas.

Kammarrätten i Stockholm, Migrationsöverdomstolen (2018-09-25, Rolén, Linder, Fridström, Eriksson, referent, Reimers, Hjulström och L Axelsson / föredragande Tasci) yttrade:

## 1. Vad målet gäller

EH har ansökt om uppehållstillstånd i Sverige och åberopat både skyddsskäl och andra skäl. Mot bakgrund av att ytterligare utredning har getts in i Migrationsöverdomstolen tar domstolen nu endast ställning till förutsättningarna för att bevilja uppehållstillstånd för studier på gymnasial nivå. Vid en sådan prövning uppkommer frågan om det strider mot EU-rätten att tillämpa det sänkta beviskravet för sökandens identitet i 16 f § tredje stycket tillfälliga lagen.

## 2. Upphållstillstånd på grund av studier på gymnasial nivå

### 2.1 Tillfälliga lagen

I 16 f § tillfälliga lagen anges bl.a. följande. En utlänning som har fått, eller annars skulle få, ett beslut om utvisning ska beviljas ett uppehållstillstånd för studier på gymnasial nivå om

1. utlänningens första ansökan om uppehållstillstånd har registrerats hos Migrationsverket med registreringsdatum den 24 november 2015 eller tidigare,
2. det för utlänningen har, eller borde ha, anvisats en kommun som ska ordna boendet enligt 3 § andra stycket lagen (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl.,
3. beslutet om utvisning har fattats, eller annars skulle fattas, 15 månader eller senare från registreringsdatumet men tidigast den 20 juli 2016,
4. beslutet om utvisning har fattats, eller annars skulle fattas, när utlänningen är 18 år eller äldre,
5. utlänningen befinner sig i Sverige när ansökan om uppehållstillstånd för studier på gymnasial nivå görs, och
6. a) utlänningen studerar eller har för avsikt att studera i gymnasieskolan eller i gymnasiesärskolan eller på heltid på en annan motsvarande utbildning.

Upphållstillstånd får beviljas även om utlänningens identitet är oklar och han eller hon inte kan göra sin uppgivna identitet sannolik.

Upphållstillståndet ska vara tidsbegränsat och gälla i tretton månader.

### 2.2 Kravet på klarlagd identitet i svensk rätt

Det finns inte någon legaldefinition av begreppet identitet i svensk rätt. Inte heller finns vägledande förarbetsuttalanden vad gäller begreppets närmare innebörd. Enligt tidigare fast praxis i ärenden om svenskt medborgarskap består identiteten av sökandens namn, ålder och, som huvudregel, medborgarskap (prop. 1997/98:178 s. 15).

Migrationsöverdomstolen har i två avgöranden, MIG 2011:11 och MIG 2012:1, uttalat sig om beviskravet för identitet när det gäller uppehållstillstånd på annan grund än skyddsbehov. Båda avgörandena rörde ansökningar om uppehållstillstånd på grund av familjanknytning från utlänningar som inte vistades i Sverige.

I MIG 2011:11 anges följande. Det finns ingen uttrycklig bestämmelse som anger att den som ansöker om uppehållstillstånd på grund av anknytning måste klarlägga sin identitet. Att så är fallet framgår dock dels genom de förarbetsuttalanden som redovisats i det föregående, dels indirekt genom den i 2 kap. 1 § utlänningslagen upptagna huvudregeln att den som reser in i eller vistas i Sverige ska ha pass. Det finns alltså, när det gäller den grund för uppehållstillstånd som nu är i fråga, dvs. anknytning enligt 5 kap. 3 § första stycket 1 utlänningslagen, alternativt 5 kap. 3 a § första stycket 1 samma lag, ett krav på att sökandens identitet ska vara klarlagd när han eller hon ansöker om uppehållstillstånd från hemlandet eller något annat land och det endast kan bli fråga om att bevilja ett tidsbegränsat uppehållstillstånd. Ett krav på klarlagd identitet är vidare en förutsättning för att Sverige ska kunna uppfylla sina åtaganden enligt Schengenkonventionen och för samarbetet inom Schengen. Migrationsöverdomstolen är medveten om de problem att styrka sin identitet som finns för sökande från bl.a. Somalia. Det är emellertid inte möjligt för rättstillämparen att generellt eller för en viss grupp av sökande medge undantag från kraven på klarlagd identitet och pass. Sådana undantag åligger det lagstiftaren/regeringen att föranstalta om.

I MIG 2012:1 uttalas följande. Enligt praxis inom utlänningsrätten anses identiteten hos en person bestå av dennes namn, födelsetid och, som huvudregel, medborgarskap. Identiteten i denna mening utgörs av sådana formalia som är nödvändiga för att det allmänna ska kunna kontrollera inresande utlänningar i olika avseenden. Det har också framgått att det som huvudregel ställs ett mycket högt beviskrav för dessa uppgifter. Att den formella identiteten är visad är vanligtvis starkt motiverat med hänsyn till syftet att tillgodose betydelsefulla allmänna och enskilda intressen. Mot dessa intressen står emellertid, som också har framhållits, såväl intresset av att tillgodose enskilda familjemedlemmars rätt till återförening som, i förekommande fall, hänsyn till barns bästa. Dessa intressen är Sverige genom internationella åtaganden skyldigt att beakta. Det kan därför finnas skäl att vid en avvägning mellan dessa intressen i vissa situationer, liksom inom asylrätten, göra en annan bedömning av beviskraven än den som huvudregeln innebär.

## 2.3 EU-rätten

### 2.3.1 Schengenkonventionen

Schengenkonventionen trädde i kraft 1995. Flera bestämmelser i konventionen har upphävts i samband med att olika EU-rättsakter har beslutats. Detta gäller t.ex. bestämmelserna om passerandet av inre och yttre gränser samt inresevillkor för utlänningar. Dessa bestämmelser finns i dag i kodexen om Schengengränserna (förordning 2016/399 om en unionskodex om gränspassage för personer [kodifiering]).

### 2.3.2 Kodexen om Schengengränserna

Genom kodexen fastställs regler för gränskontroll av personer vid passage av unionens medlemsstaters yttre gränser och förordningen ska tillämpas på varje person som passerar medlemsstaternas inre eller yttre gränser (artikel 1 och 3).

I skälen till kodexen anges bl.a. följande.

Gränskontroll är av intresse inte endast för de medlemsstater vid vars yttre gränser den utförs utan för samtliga medlemsstater som har avskaffat inre gränskontroll. Gränskontrollen bör bidra till kampen mot olaglig invandring och människohandel samt till förebyggande av alla typer av hot mot medlemsstaternas inre säkerhet, allmänna ordning, folkhälsa och internationella förbindelser (p. 6).

Gränskontroll omfattar inte bara kontroll av personer vid gränsovergångsställena och bevakning mellan dessa gränsovergångsställen

utan även en analys av riskerna för den inre säkerheten och av de hot som kan påverka de yttre gränsernas säkerhet. Det är därför nödvändigt att ange villkor, kriterier och regler för kontrollen vid gränsövergångsställena och för gränsövervakningen, inklusive kontroller i Schengens informationssystem (SIS) (p. 8).

I artikel 2 definieras bl.a. inre och yttre gränser, gränsövergångsställe, gränskontroll samt in- och utresekontroller.

I avdelningen som avser yttre gränser och där passage av yttre gränser och inresevillkor samt kontroll vid yttre gränser och nekad inresa regleras finns bl.a. följande bestämmelser (avdelning II, kapitel I och II).

I artikel 6 finns bestämmelser om inresevillkor för tredjelandsmedborgare. Artikeln rör planerade vistelser på medlemsstaternas territorium som inte varar mer än 90 dagar under en period om 180 dagar. De krav som ställs upp är bl.a. giltig resehandling, giltig visering om sådan krävs, styrkt syfte med vistelsen samt tillräckliga medel för vistelsen och återresan, ingen registrering i SIS eller risk för allmän ordning, inre säkerhet, folkhälsa och internationella förbindelser (artikel 6.1).

Undantag från villkoren kan göras bl.a. för tredjelandsmedborgare med uppehållstillstånd eller visering för längre vistelse i en medlemsstat i transiteringssyfte samt tredjelandsmedborgare som beviljas tillstånd till inresa på en medlemsstats territorium av humanitära skäl, av nationellt intresse eller på grund av internationella förpliktelser (artikel 6.5 a och c).

I artikel 8.3 regleras hur in- och utresekontrollen av tredjelandsmedborgare ska genomföras vid de yttre gränserna. Bland annat ska tredjelandsmedborgare underkastas noggranna kontroller som ska omfatta kontroll av de villkor för inresa som fastställs i artikel 6.1. Detta innefattar bl.a. verifiering av tredjelandsmedborgarens identitet och nationalitet.

I artikel 12 anges att om en tredjelandsmedborgares resehandling saknar inresestämpel har de behöriga nationella myndigheterna rätt att anta att innehavaren inte uppfyller eller inte längre uppfyller de villkor för vistelsens varaktighet som är tillämpliga i den berörda medlemsstaten. Om detta antagande inte vederläggs får tredjelandsmedborgaren återsändas i enlighet med återvändandedirektivet (direktiv 2008/115/EG om gemensamma normer och förfaranden för återvändande av tredjelandsmedborgare som vistas olagligt i medlemsstaterna) och med nationell rätt som respekterar det direktivet.

Förutsättningarna för nekad inresa till medlemsstaternas territorium regleras i artikel 14.1. Enligt bestämmelsen ska en tredjelandsmedborgare som inte uppfyller samtliga inresevillkor i artikel 6.1 och inte tillhör de kategorier av personer som anges i artikel 6.5, nekas inresa till medlemsstaternas territorium. Detta ska inte påverka tillämpningen av de särskilda bestämmelserna om rätt till asyl och internationellt skydd eller utfärdandet av viseringar för längre vistelse.

### 2.3.3 Schengens informationssystem

Av artikel 25.1 i Schengenkonventionen följer att när en medlemsstat ska besluta om utfärdande av uppehållstillstånd ska den systematiskt genomföra en sökning i Schengens informationssystem. När en medlemsstat ska besluta om utfärdande av uppehållstillstånd för en utlänning som registrerats på en spärlista ska den först rådfråga den medlemsstat som verkställt registreringen, varvid hänsyn ska tas till denna medlemsstats intressen. Uppehållstillstånd får endast beviljas i särskilda fall, i synnerhet av humanitära skäl eller på grund av internationella förpliktelser.

Schengens informationssystem regleras av förordning (EG) nr 1987/2006 om inrättande, drift och användning av andra generationen av Schengens informationssystem (SIS II). Förordningen fastställer villkor och förfaranden för

införande och behandling av registreringar i SIS II av tredjelandsmedborgare, för utbyte av tilläggsinformation och kompletterande uppgifter som används som stöd för att vägra inresa till eller vistelse i en medlemsstat.

Lagen (2000:344) och förordningen (2000:836) om Schengens informationsystem reglerar det nationella registret.

I MIG 2008:25 har Migrationsöverdomstolen ansett att underlåtenheten av en migrationsdomstol att kontrollera om en utlänning finns registrerad på spärlista i SIS innan ett uppehållstillstånd beviljas utgör ett sådant handläggningsfel som medför att migrationsdomstolens dom ska undanröjas och målet visas åter till migrationsdomstolen för ny handläggning.

#### 2.3.4 Avgöranden från EU-domstolen

Bestämmelserna i Schengenkonventionen och kodexen för Schengengränserna har varit föremål för tolkning av EU-domstolen i ett antal avgöranden. Bland dessa kan följande domar nämnas som har särskild relevans för den nu aktuella frågan.

EU-domstolens dom den 22 oktober 2009 (García och Cabrera, C-261/08 och C-348/08, EU:C:2009:648) rörde två tredjelandsmedborgare som inte längre uppfyllde kraven för att få vistas i Spanien. EU-domstolen uttalade bl.a. följande. Artiklarna 5 och 13 i kodexen för Schengengränserna (artiklarna 6 och 14 i nu gällande kodex) reglerar inte situationen för tredjelandsmedborgare som redan befinner sig i Spanien sedan obestämd tid när beslut fattades om att de skulle avlägsnas på grund av olaglig vistelse (p. 45). Domstolen prövade därefter artikel 23 i Schengenkonventionen som föreskrev att en utlänning som inte längre uppfyller villkoren för kortare vistelse ska lämna medlemsstaternas territorium och vad som skulle ske om detta inte gjordes. Någon skyldighet att fatta ett avlägsnandebeslut finns dock inte enligt domstolen. En sådan skyldighet finns inte heller enligt artikel 11 i kodexen (artikel 12 i nu gällande kodex) (p. 66).

EU-domstolens dom den 7 juni 2016 (Affum, C-47/15, EU:C:2016:408) rörde frågan om ett anhållande av en tredjelandsmedborgare som rest in från Belgien och vistats olagligt i Frankrike, stred mot återvändandedirektivet. I domen uttalar EU-domstolen att det är ostridigt att det endast är tredjelandsmedborgare som önskar passera en yttre gräns för att resa in i Schengenområdet som blir föremål för ett beslut om nekad inresa enligt artikel 13 (artikel 14 i nu gällande kodex) i kodexen för Schengengränserna (p. 67–70).

EU-domstolens dom den 7 mars 2017 (X och X, C-638/16, EU:C:2017:173) rörde en syrisk familj som sökte visering med territoriellt begränsad giltighet i Belgien för att där söka asyl. I domen uttalade EU-domstolen att eftersom viseringskodexen inte omfattar viseringar i syfte att få ett uppehållstillstånd vars giltighet inte är begränsat till 90 dagar, och eftersom unionslagstiftaren hittills inte antagit någon akt med stöd av artikel 79.2 a i EUF-fördraget vad gäller villkoren för medlemsstaternas utfärdande, av humanitära skäl, av visering och uppehållstillstånd för längre tid till tredjelandsmedborgare, omfattas de i det nationella målet aktuella ansökningarna endast av nationell rätt (p. 43 och 44).

### 3. Migrationsöverdomstolens bedömning

#### 3.1 Sänkt beviskrav för sökandens identitet

Kravet på klarlagd identitet vid beviljande av uppehållstillstånd av andra skäl än skyddsskäl är inte reglerat i lag utan har sin grund dels i förarbeten, dels indirekt genom kravet på pass vid inresa och vistelse i Sverige i 2 kap. 1 § utlänningslagen. Detta framgår av Migrationsöverdomstolens avgörande MIG 2011:11. I det avgörandet uttalade Migrationsöverdomstolen även att ett krav på klarlagd identitet är en förutsättning för att Sverige ska kunna uppfylla sina

åtaganden enligt Schengenkonventionen och för samarbetet inom Schengen. Av MIG 2012:1 framgår att bevislättning i fråga om kravet på klarlagd identitet under vissa förutsättningar kan medges efter en proportionalitetsbedömning. Båda avgörandena rör frågan om uppehållstillstånd på grund av familjeanknytning från utlänningar som inte vistades i Sverige.

Genom bestämmelsen i 16 f § tredje stycket tillfälliga lagen har lagstiftaren infört en bestämmelse som uttryckligen medger avsteg från kravet på klarlagd identitet för utlänningar som befinner sig i landet och som kan beviljas uppehållstillstånd för studier på gymnasial nivå. Undantag från kravet på pass vid vistelse i Sverige gäller sedan 2016 för en utlänning som kan beviljas eller har beviljats ett uppehållstillstånd som har tidsbegränsats enligt tillfälliga lagen (2 kap. 1 a § utlänningsförordningen [2006:97]).

Frågan är då om det sänkta beviskravet för sökandens identitet i 16 f § tillfälliga lagen strider mot EU-rätten. En sådan prövning utgår inte från 11 kap. 14 § RF utan från EU-rättens företrädare till följd av att Sverige avstått viss normgivningsmakt till EU genom att i lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen överlämna den till unionen. Vid lagkonflikt ska en domstol sätta en svensk regel som strider mot EU-rätten åt sidan eftersom den svenska regeln beslutats av en instans som inte är behörig normgivare.

Kraven för inresa på medlemsstaternas territorium regleras i första hand i kodexen för Schengengränserna. I kodexen fastställs regler för gränskontroll av personer vid passage av unionens medlemsstaters yttre gränser. Med yttre gräns avses medlemsstaternas landgränser såvida de inte räknas som inre gränser. Med inre gränser avses bl.a. medlemsstaternas gemensamma landgränser. (Artiklarna 1, 2.1 och 2.2.)

Kodexen anger de inresevillkor för tredjelandsmedborgare som ska vara uppfyllda vid inresa (artikel 6.1) och ställer upp krav på vilka in- och utresekontroller som ska ske vid passage av medlemsstaternas yttre gränser. In- och utresekontroll är en kontroll vid gränsövergångsställen för att säkerställa att personer kan tillåtas resa in på medlemsstaternas territorium eller lämna det (artikel 2.11). Tredjelandsmedborgare ska underkastas noggranna kontroller som bl.a. innebär att denna måste verifiera sin identitet och nationalitet samt äktheten och giltigheten hos resehandlingarna för gränspassage (artikel 8.3). Kodexen innehåller även en bestämmelse som reglerar förutsättningarna för att neka en tredjelandsmedborgare inresa på medlemsstaternas territorium (artikel 14). Denna bestämmelse ska enligt kodexen inte påverka tillämpningen av de särskilda bestämmelserna om rätt till asyl och internationellt skydd eller utfärdandet av viseringar för längre vistelse.

Av artikel 22 i kodexen följer att de inre gränserna får passeras överallt utan att någon in- och utresekontroll genomförs, oavsett personens nationalitet. Detta hindrar inte att kontroller görs på medlemsstaternas territorium så länge en sådan kontroll inte har samma verkan som in- och utresekontroll eller syftar till gränskontroll (artikel 23).

Frågan är då vilken betydelse, om någon, som kodexens bestämmelser om inresevillkor, den kontroll som ska göras vid de yttre gränserna och förutsättningarna för att neka en tredjelandsmedborgare inresa har vid prövningen av om en utlänning som redan vistas på medlemsstaternas territorium kan beviljas uppehållstillstånd.

Enligt EU-domstolen regleras inte bestämmelserna om inresevillkor och nekad inresa på medlemsstaternas territorium situationen för en tredjelandsmedborgare som redan befinner sig i en medlemsstat sedan bestämd tid när beslut ska fattas om att denne ska avlägsnas på grund av olaglig vistelse (García och Cabrera, p. 45). EU-domstolen har även uttalat att det är ostridigt att det endast är tredjelandsmedborgare som önskar passera en yttre gräns för att resa in i Schengenområdet som blir föremål för ett beslut om

nekad inresa enligt kodexen (Affum, p. 70).

Med hänsyn härtill samt till att en utlänning som ansöker om uppehållstillstånd med stöd av 16 f § tillfälliga lagen ska vistas i Sverige vid ansökningstillfället, gör Migrationsöverdomstolen bedömningen att kodexens bestämmelser om inresevillkor och kontroll för att fastställa identiteten vid passage vid yttre gräns inte gäller vid prövningen av frågan om uppehållstillstånd för en utlänning som redan vistas i Sverige. Kodexens bestämmelser hindrar alltså inte i sådana fall en reglering som innebär ett sänkt beviskrav rörande identitet.

När en medlemsstat beviljar ett uppehållstillstånd är den enligt artikel 25.1 i Schengenkonventionen skyldig att genomföra en kontroll i SIS. Denna skyldighet gäller alla typer av uppehållstillstånd det vill säga oavsett om utlänningen har klarlagt sin identitet eller inte. Det ställs alltså inte upp något krav på klarlagd identitet för att en sökning ska kunna genomföras i SIS.

Migrationsöverdomstolen noterar i detta sammanhang att EU-domstolen i mars 2017 uttalat att unionslagstiftaren hittills inte antagit någon akt med stöd av artikel 79.2 a i EUF-fördraget vad gäller villkoren för medlemsstaternas utfärdande, av humanitära skäl, av visering och uppehållstillstånd för längre tid till tredjelandsmedborgare (X och X, p. 43 och 44). Medlemsstaterna har även genom artikel 6.4 i återvändandedirektivet getts möjlighet att av ömmande, humanitära eller andra skäl bevilja ett självständigt uppehållstillstånd eller någon annan form av tillstånd som ger rätt att stanna i landet till en tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium.

Migrationsöverdomstolen anser därför att den aktuella EU-rättsliga regleringen inte hindrar en bestämmelse som innebär ett sänkt beviskrav rörande identitet på det sätt som anges i 16 f § tredje stycket tillfälliga lagen.

Som framgår ovan har EU-domstolen i ett antal domar uttalat sig angående tillämpningen av bestämmelserna i kodexen för Schengen gränserna och det utrymme som finns för medlemsstaterna att bevilja uppehållstillstånd till tredjelandsmedborgare som vistas olagligt på deras territorium.

Migrationsöverdomstolen anser därför att det redan finns en så omfattande EU-rättslig praxis där de aktuella unionsbestämmelserna har tolkats (*acte éclairé*) att det inte är nödvändigt med ytterligare klargöranden från EU-domstolen.

### 3.2 Kan EH beviljas uppehållstillstånd?

EH har i Migrationsöverdomstolen kommit in med en kopia på en passhandling utfärdad den 3 september 2018 i Tyskland. Enligt passhandlingen är han 17 år, dvs. underårig. Passhandlingen och den därmed sammanhängande frågan om EH:s ålder samt förutsättningarna för om han kan beviljas uppehållstillstånd behöver utredas ytterligare. Eftersom Migrationsöverdomstolen är sista instans är det inte lämpligt att domstolen som första och enda instans genomför en sådan utredning. Underinstansernas avgöranden ska upphävas och målet visas åter till Migrationsverket för fortsatt handläggning.

Migrationsöverdomstolens avgörande. Migrationsöverdomstolen upphäver underinstansernas avgöranden, utom i de delar som avser ersättning till offentliga biträdet, och återförvisar målet till Migrationsverket för fortsatt handläggning.

---

#### **Sökord:**

**Litteratur:** Prop. 1997/98:178 s. 15

---



