

UTLENDINGSNEMNDA

UNE

Praksisnotat

*Forfølgelse på grunnlag av
seksuell orientering*

OPPRETTET: 27.06.2018

Dette praksisnotatet er utarbeidet for å beskrive Utlendingsnemndas (UNE) praksis. Det er ikke en juridisk analyse eller en beskrivelse av den generelle rettstilstanden. Notatet er utarbeidet etter en gjennomgang av et representativt utvalg vedtak, en nærmere beskrivelse av grunnlag og metode fremgår av det enkelte notats innledning.

Praksisnotater er UNEs offisielle beskrivelse av egen praksis innenfor bestemte tema. Notatene gjennomgås jevnlig og oppdateres ved behov, og godkjennes i linjen. Det lages to versjoner av hvert notat, en intern versjon inneholdende et noteapparat med henvisninger til konkrete saker, samt en ekstern versjon hvor noteapparatet er fjernet av hensyn til taushetsplikten.

1 Innledning

Dette praksisnotatet omhandler rett til flyktningstatus på grunnlag av seksuell orientering etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a. Det gjelder i hovedsak lesbiske, homofile og bifile asylsøkere.

For å kunne bli anerkjent som flyktning etter § 28 første ledd bokstav a må man ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller politisk oppfatning, og være ute av stand til, eller på grunn av slik frykt uvillig til, å påberope seg hjemlandets beskyttelse.

Det har lenge vært anerkjent at lesbiske, homofile og bifile asylsøkere kan tilhøre en «spesiell sosial gruppe» i lovens forstand, jf. § 30 første ledd bokstav c. Det sentrale spørsmålet i de fleste saker er om de har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av sin seksuelle orientering. Dette beror på en konkret vurdering av hver enkelt sak.

Formålet med dette notatet er å beskrive hovedpunktene i praksis. Det er ikke ment å gi en fullstendig oversikt over alle relevante momenter. Notatet beskriver heller ikke situasjonen for hver enkelt gruppe i hvert enkelt land.

Dette er en oppdatering av UNEs praksisnotat av 2. april 2013 «Seksuell orientering (homofili) som asylgrunn». Oppdateringen er basert på en gjennomgang av 181 vedtak og beslutninger fra 36 land. De store landene er Afghanistan, Iran, Irak, Nigeria og Uganda. Sakene gjelder i hovedsak homofile søkere. Denne gruppen omtales derfor spesielt i notatet. Men praksis gjelder tilsvarende for andre søkere som frykter forfølgelse på grunn av sin seksuelle orientering.

2 Det rettslige utgangspunktet

Den sentrale rettsavgjørelsen for behandlingen av saker om seksuell orientering er Høyesteretts dom 29. mars 2012, inntatt i Norsk Retstidende (Rt.) 2012 side 494. Dommen er bindende for UNE og følges i praksis. Saken gjaldt en homofil asylsøker fra Irak som fryktet forfølgelse ved retur til hjemlandet på grunn av sin legning. Spørsmålet var om han hadde en «velbegrunnet frykt» for forfølgelse. Legningen var ikke kjent i hjemlandet. I dommens avsnitt 57 og 58 oppstiller Høyesterett en metode for å avgjøre om en asylsøker har en «velbegrunnet frykt» for forfølgelse i saker om seksuell orientering. Metoden er nærmere beskrevet i Justis- og beredskapsdepartementets instruks til UDI 2. juli 2012 om tolkning av utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a - forfølgelse på grunn av seksuell orientering og kjønnsidentitet (GI-07/2012).

Metoden kan sammenfattes slik:

- (1) Vi må først ta stilling til om klageren faktisk er homofil eller vil bli oppfattet slik av mulige forfølgere i hjemlandet.
- (2) Hvis det er tilfellet, må vi undersøke om homofile som er åpne om sin seksuelle orientering i hjemlandet, risikerer forfølgelse.
- (3) Hvis det er tilfellet, må vi vurdere hvordan klageren kommer til å opptre ved retur til hjemlandet.
- (4) Hvis han kommer til å være åpen om sin legning og dermed risikere forfølgelse, vil han ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse, selv om han kan unngå forfølgelse ved å skjule legningen.

(5) Hvis han derimot kommer til å skjule sin legning og unngå forfølgelse, må vi undersøke hva som er årsaken til det. Hvis han selv mener at det er riktig, vil han ikke ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse. Det samme gjelder dersom årsaken er sosialt press – såfremt sanksjonene ikke er så alvorlige at de i seg selv utgjør forfølgelse. Er derimot frykten for forfølgelse «sentral» for hans valg om hemmelighold, vil han ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse.¹

Notatet redegjør for disse vurderingene med utgangspunkt i Høyesteretts avgjørelse. Punkt 1 i metoden omhandler bevisvurderingen, mens punkt 2-5 omhandler risikovurderingen. Punkt 5 representerer en ny og særegen årsaksvurdering i norsk praksis som kun anvendes i saker om seksuell orientering, sml. Departementets instruks til UDI punkt 4.

I saken for Høyesterett var ikke søkerens legning kjent i hjemlandet. Det var derfor ingen konkrete trusler mot ham på vedtakstidspunktet. Selv om det ikke fremgår av dommen, bør det bemerkes at metoden ikke er like hensiktsmessig i saker hvor legningen allerede er kjent i hjemlandet og han av den grunn risikerer forfølgelse ved retur. I slike saker kan man konstatere at han har en velbegrunnet frykt uten å anvende Høyesteretts metode.

3 Bevisvurderingen

- Høyesteretts metode punkt 1

For å kunne avgjøre om klageren risikerer forfølgelse ved retur, må UNE klarlegge de faktiske forhold i saken. Dette er bevisvurderingen. UNE tar først stilling til om klageren er homofil eller vil bli oppfattet slik av potensielle forfølgere i hjemlandet.

I noen saker har UNE unnlatt å ta endelig stilling til om klageren er homofil, fordi det uansett er klart at han ikke risikerer forfølgelse på grunn av sin legning. Men i andre saker vil UNE ta stilling til om klageren er homofil.

Bevisvurderingen skjer i tråd med alminnelige prinsipper for bevisvurdering i asylsaker. UNE foretar en fri og helhetlig vurdering av alle opplysninger og dokumenter i saken. Det gjelder ikke bare anførsler om at klageren er homofil, men også andre deler av faktum, for eksempel en bestemt hendelse. Klagerens anførsler må fremstå som «noenlunde sannsynlige», jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) side 88 og 414 og Rt. 2011 side 1481 og Rt. 2015 side 1388. Det betyr at UNE legger til grunn at klageren er homofil, selv om det ikke er sikkert eller mest sannsynlig at han er det. Det er nok at det fremstår som noenlunde sannsynlig. Det senkede beviskravet «noenlunde sannsynlig» forutsetter at han har medvirket til å opplyse sitt asylgrunnlag så langt det er rimelig og mulig.

Spørsmålet er om det fremstår som «noenlunde sannsynlig» at klageren er homofil eller kan bli oppfattet slik. Dette beror på en konkret helhetsvurdering. En rekke momenter kan tillegges vekt. Vekten av momentene kan variere fra sak til sak.

Et sentralt moment i de fleste saker er klagerens tanker og refleksjoner omkring sin legning. UNE tar høyde for at seksuell orientering er et privat anliggende som det kan være vanskelig å snakke om og at man i andre kulturer kan ha andre begrepsapparat. UNE tar også høyde for at man kan ha gjennomgått ulike prosesser for å bli bevisst sin egen seksualitet. Dette vurderes individuelt. Samtidig forventer UNE at han normalt har gjennomgått en viss erkjennelsesprosess og har tanker eller erfaringer knyttet til dette. Han bør i utgangspunktet ha reflektert over sin seksuelle orientering. Det

¹ Denne delen av metoden er kritisert av James. C. Hathaway og Jason Pobjoy i *Queer cases make bad law*, New York University Journal of International Law and Politics, Vol. 44, 2012.

gjelder særlig hvis han kommer fra et samfunn som har et svært negativt syn på homofile eller hvis han har vært bevisst sin legning i lang tid og har reist til Norge for å søke om asyl på det grunnlaget.

UNE har i en rekke vedtak påpekt at forklaringen om seksuell orientering er vag og overfladisk, og mindre detaljert enn det man med rimelighet kan forvente av noe som er selvopplevd. UNE har også lagt vekt på om forklaringen er uklar eller motstridende om andre forhold knyttet til hans seksuelle legning, for eksempel tidligere kjæresteforhold. Videre legges det vekt på om forklaringen virker troverdig ut fra den kunnskapen man har om forholdene i klagerens hjemland. Det gjelder blant annet opplysninger om hvordan han levde som homofil i hjemlandet.

Tidspunktet for når han opplyser om legningen til norske utlendingsmyndigheter kan også ha betydning for troverdigheten. Hvis det skjer sent i asylprosessen, for eksempel etter UDIs avslag eller endelig vedtak i UNE, vil det kunne svekke troverdigheten med mindre han har en god forklaring på det.

Den generelle troverdigheten av klagerens opplysninger blir også tillagt vekt. UNE ser derfor hen til om klageren har forklart seg motstridende eller lite troverdig om andre forhold, for eksempel sin identitet eller om konkrete hendelser i hjemlandet. Dette inngår i en helhetlig vurdering.

Et annet moment er klagerens handlinger og aktiviteter i Norge. Dette blir også tillagt vekt. Støtteerklæringer og uttalelser fra enkeltpersoner eller foreninger inngår i bevisvurderingen, men er ikke nødvendigvis avgjørende. Vekten av den enkelte erklæring må vurderes konkret, blant annet i lys av sakens øvrige opplysninger.

Selv om klageren ikke er homofil, kan han i noen tilfeller bli oppfattet slik av potensielle forfølgere i hjemlandet. Spørsmålet for UNE blir da om han risikerer forfølgelse fordi de tror at han er homofil, jf. § 30 annet ledd.

4 Risikovurderingen

Når UNE har klarlagt de faktiske forhold, tar UNE stilling til om klageren risikerer forfølgelse ved retur til hjemlandet. Spørsmålet er om han har en velbegrunnet frykt for forfølgelse.

4.1. Forfølgelse

Begrepet «forfølgelse» er definert i § 29 første ledd. Dette er handlinger som alene eller samlet utgjør en alvorlig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter eller er så alvorlige at de berører et menneske på liknende måte. I henhold til UNEs praksis er drap, tortur, mishandling og langvarig fengselsstraff klare eksempler på forfølgelse. Når det gjelder andre fysiske krenkelser har UNEs stornemnd uttalt i et vedtak av 15. februar 2012 om en homofil asylsøker fra Etiopia, at det finnes ingen klar nedre grense i norsk eller internasjonal praksis for hva som utgjør forfølgelse. Dette beror på en konkret vurdering av handlingens grovhet (bl.a. art, omfang, varighet, hyppighet og formål) og klagerens individuelle omstendigheter (bl.a. alder, kjønn, helsetilstand og sårbarhet).

Sosial utstøtelse, trakassering og diskriminering regnes i utgangspunktet ikke som forfølgelse i lovens forstand. Som Høyesterett påpeker i Rt. 2012 side 494 avsnitt 35 blir man ikke utsatt for forfølgelse selv om man opplever «sosiale sanksjoner i form av misbilligelse, diskriminering og lignede – med mindre den kumulative effekten av slike sanksjoner blir så alvorlig at terskelen for forfølgelse er overtrådt.»

4.2. Velbegrunnet frykt

For å kunne ha en «velbegrunnet» frykt må det være en reell fare for forfølgelse ved retur til hjemlandet. Kravet til forfølgelsesfare er betydelig lavere enn alminnelig sannsynlighetsovervekt.

I noen saker kan det foreligge konkrete omstendigheter som gir grunnlag for å konstatere at klageren har en velbegrunnet frykt for forfølgelse uten å anvende Høyesteretts metode. I så fall oppfyller han vilkårene for flyktningstatus i § 28 første ledd bokstav a. Hvis ikke, vil UNE vurdere saken i henhold til punkt 2 i Høyesteretts metode.

- Høyesteretts metode punkt 2

Spørsmålet blir da om homofile risikerer forfølgelse i klagerens hjemland hvis de er åpne om sin legning. UNE bygger her på mest mulig detaljert og oppdatert informasjon om forholdene for homofile i det landet. Det gjelder særlig synet på homofile i samfunnet, og arten og omfanget av de krenkelser som homofile utsettes for, både fra myndigheter og privatpersoner. UNE ser blant annet på om det er straffebestemmelser mot homofile og hvordan de anvendes i praksis.² I Iran er det for eksempel ikke ulovlig i seg selv å være homofil. Homofil praksis er derimot straffbart, men beviskravene er svært strenge. UNE vurderer også hvordan det er å leve som homofil i hjemlandet. Det gjelder blant annet rammene for livsutfoldelse, om det finnes homofile miljøer og organisasjoner, og om det er regionale eller lokale forskjeller. I Iran er det generelt enklere å leve som homofil i urbane strøk enn på landsbygda. I tillegg er det stor forskjell på hva som er akseptert i det offentlige og i det private rom.

I en rekke land vil homofile, som er åpne om sin legning, risikerer forfølgelse på generelt grunnlag. Det gjelder for eksempel Uganda, Afghanistan og Irak. Mange steder risikerer man ikke bare forfølgelse fra myndighetene, men også privatpersoner. Det kan være ekstreme grupper eller familiemedlemmer. Æresdrap er et kjent fenomen i mange land. I andre land kan homofile oppleve diskriminering og andre problemer, men uten at de risikerer forfølgelse på generelt grunnlag. Det gjelder for eksempel i Kosovo, Albania og Russland.

- Høyesteretts metode punkt 3

Dersom klageren risikerer forfølgelse ved å leve åpent som homofil i hjemlandet, vurderer UNE hvordan han kommer til å opptre ved en eventuell retur. Spørsmålet blir da om klageren kommer til å være åpen om sin seksuelle orientering ved retur. Dette er en ren sannsynlighetsvurdering av hvordan han rent faktisk vil opptre, og ikke en normativ vurdering av hvordan han bør opptre. Det kreves ikke at han holder en lav profil eller endrer sin livsførsel for å unngå forfølgelse. UNE ser blant annet på hvordan han har levd som homofil i hjemlandet og i Norge, og andre forhold som kan si noe om hvordan han kommer til å opptre ved retur.

- Høyesteretts metode punkt 4

Hvis UNE kommer til at han vil være åpen om sin seksuelle orientering, vil han ha en velbegrunnet frykt, selv om han kan unngå forfølgelse ved å holde sin orientering skjult. Det forventes ikke da at han skal holde en lav profil eller avstå fra visse handlinger for å unngå forfølgelse, selv om det faktisk er mulig. I slike tilfeller vil han oppfylle vilkårene for flyktningstatus i § 28 første ledd bokstav a.

² EU-domstolen påpeker i *X, Y, Z v Minister voor Immigratie en Asiel* (C-199/12 and C-201/12) 7. november 2013, avsnitt 55, at en straffelov som kriminaliserer homoseksuelle handlinger vil ikke i seg selv utgjøre forfølgelse. Spørsmålet er hvordan den blir praktisert.

Dersom UNE legger til grunn at han kommer til å skjule sin legning ved retur, må man spørre hva som er årsaken til det. Høyesterett oppstiller her en årsakslære: Hvis årsaken til klagerens valg om hemmelighold er frykt for å bringe skam over familien, brudd på vennskaps- eller familiebånd, at vedkommende selv mener det er riktig, sosialt press, fordømmelse e.l., vil han ikke ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse i lovens forstand. Hvis det er flere grunner til at han vil skjule sin legning og frykten for forfølgelse er en sentral eller viktig grunn, vil han ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse.

Høyesterett uttaler i avsnitt 58 av dommen at søkeren vil ha en velbegrunnet frykt når han har en reell grunn til å frykte forfølgelse og «denne frykten er sentral for vedkommendes valg». Departementet påpeker i sin instruks at «[f]rykten for forfølgelse trenger altså ikke å være den eneste eller den mest dominerende årsaken til at søkeren velger hemmelighold. Det er tilstrekkelig at frykten er en viktig årsak for søkerens valg.» I så fall oppfyller han vilkårene for flyktningstatus i § 28 første ledd bokstav a.

Spørsmålet for UNE er om frykten for forfølgelse er en sentral grunn til at klageren kommer til å skjule sin legning ved retur. Dette beror på en konkret vurdering. UNE har i de fleste vedtak lagt til grunn at frykten for forfølgelse er en sentral grunn til at klageren vil skjule sin legning ved retur. I disse sakene har klageren hatt en velbegrunnet frykt for forfølgelse og fått asyl på det grunnlaget.

5 Sur place

Klageren kan ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse og rett til flyktningstatus, selv om risikoen oppstod først etter at han kom til Norge og skyldes hans egne handlinger, jf. § 28 fjerde ledd.

6 Hjemlandets beskyttelse

Dersom klageren risikerer forfølgelse fra ikke-statlige aktører, for eksempel familie eller voldelige grupper, blir spørsmålet om han kan få beskyttelse i hjemlandet, jf. § 29 tredje ledd bokstav c. Hvis han kan få beskyttelse i hjemlandet, vil han ikke ha rett til beskyttelse i Norge. I en rekke saker fra Kosovo, Albania og Russland har klageren blitt henvist til å søke beskyttelse fra myndighetene. I mange land legger UNE til grunn at myndighetene ikke har evne og vilje til å beskytte homofile mot forfølgelse fra privatpersoner. Det gjelder for eksempel Afghanistan, Uganda, Irak og Iran.

7 Internflukt

Dersom klageren risikerer forfølgelse på hjemstedet, vil UNE vurdere om han kan få beskyttelse i en annen del av hjemlandet, jf. § 28 femte ledd. Det forutsetter at internfluktområdet er trygt og tilgjengelig for klageren. I enkelte saker fra Russland har UNE henvist klageren til internflukt i store byer, hvor det er enklere å leve som homofil.

8 Opphold på annet grunnlag

Klageren har ikke bare rett til flyktningstatus på grunn av sin seksuelle orientering. Han kan også bli anerkjent som flyktning på annet grunnlag, f.eks. religion eller politisk oppfatning, jf. § 28 første ledd bokstav a. Videre kan han ha rett til flyktningstatus etter § 28 bokstav b hvis han risikerer tortur eller umenneskelig eller nedverdiggende behandling eller straff av andre grunner. I slike tilfeller vil han ha et absolutt vern mot utsendelse, jf. § 73 annet ledd. Har han ikke rett til beskyttelse, vurderer UNE av eget tiltak om han skal få opphold på humanitært grunnlag, jf. § 38. I denne vurderingen kan det både legges vekt på rene humanitære hensyn, for eksempel alder, sykdom og sårbarhet, og forhold ved retur som ikke har vært tilstrekkelige for å få asyl, for eksempel konsekvensene av diskriminering og sosial utstøtelse.

9 Oppsummering

Forfølgelse på grunn av seksuell orientering kan gi rett til flyktningstatus etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a. Det gjelder også i tilfeller hvor klageren blir uriktig tillagt en seksuell orientering og forfulgt på det grunnlaget, jf. § 30 annet ledd. For å kunne bli anerkjent som flyktning må man ha en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av sin seksuelle orientering. UNE legger til grunn at klageren er homofil hvis det fremstår som noenlunde sannsynlig ut fra en konkret og helhetlig vurdering. Han har en velbegrunnet frykt for forfølgelse hvis det er en tilstrekkelig risiko for forfølgelse ved retur til hjemlandet. UNEs vedtak bærer preg av konkrete helhetsvurderinger. Et sentralt spørsmål i mange saker er hvordan klageren kommer til å opptre ved retur, og hva han dermed kan risikere. Dette er en konkret sannsynlighetsvurdering av hva han faktisk kommer til å gjøre og risikere. Det er ikke en normativ vurdering av hva han bør gjøre for å unngå reaksjoner i hjemlandet. UNE krever ikke at han skal avstå fra visse handlinger for å unngå forfølgelse. UNE anvender den metoden som er oppstilt i Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2012 s. 494 avsnitt 57 og 58.