

Kjønn som grunnlag for opphold i Norge i henhold til utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 689

Leveringsfrist: 25. november 2011

Til sammen 17 862 ord

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>PROBLEMSTILLING</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>RETTSGRUNNLAG I FLYKTNINGSRETTE</u>	<u>2</u>
2.1	Flyktningsbegrepet	6
<u>3</u>	<u>FLYKTNINGSANALYSE</u>	<u>11</u>
3.1	Kravet om ”velbegrunnet frykt for forfølgelse”	11
3.1.1	Kjønnsrelatert forfølgelse	22
3.1.1.1	Ulike type kjønnsforfølgelse	23
3.1.1.2	Bakgrunn for kjønnsforfølgelse	40
3.1.1.2.1	Kan forfølgelse begrunnes i kultur eller politikk?	43
3.1.1.2.2	Kvinner som ”spesiell sosial gruppe”	43
<u>4</u>	<u>OPPSUMMERING OG KONKLUSJON</u>	<u>61</u>
<u>5</u>	<u>KILDELISTE</u>	<u>62</u>
	Konvensjoner	62
	Forarbeider	64
	UNHCR Guidelines	65
	Litteratur	65
	Retningslinjer	66

1 Problemstilling

Problemstillingene for oppgaven er ” Kan kjønn være grunnlag for opphold i Norge i henhold til utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a jf. Flyktningkonvensjonen artikkel 1 annet ledd bokstav a ?”.

Oppgaven er en analytisk framstilling av hva som skal til for at en kvinne skal kunne tildeles flyktningsstatus tilross for at kjønn ikke er uttrykkelig nevnt som grunnlag i utl. § 28 første ledd bokstav a. I oppgaven gjøres det rede for forfølgelsestype spesielt rettet mot kjønn, og om kjønn kan være grunnlag for flyktningsstatus som en ” spesiell sosial gruppe”. Dette gjøres ved bruk av eksempler fra internasjonal rettspraksis på området.

Bakgrunnen for oppgaven er menneskeretten til å søke asyl i henhold til De universelle menneskerettigheter fra 10. desember 1948 artikkel 14. Selv om dette er en rett som gjelder alle mennesker uavhengig av rase, kjønn, religion, nasjonalitet og politisk oppfatning, i henhold til artikkel 2, viser erfaring at det absolutt ikke er alle som kan nyte denne rettigheten.

Problemet kommer først og fremst til synet i saker hvor kvinner søker asyl med grunnlag av kjønnsrelatert forfølgelse, og i tilfeller hvor det er tvil om disse faktisk kan bevise at forfølgelsen som oppleves knyttes til kjønn, eller om handlingen i det hele tatt utgjør forfølgelse.

Det er viktig allerede her å påpeke at forfølgelsestyper og kjønnsforfølgelse kan rettes mot begge kjønn, men oppgaven her knyttes først og fremst til kvinner som asylsøkere.

2 Rettsgrunnlag i flyktningsretten

Rettsgrunnlaget for å bli anerkjent som flyktning, og deretter få opphold i Norge er Utlendingsloven av 19 juni 2008 nr. 38 med forskrift om utlendingers adgang til riket (heretter utl.), og deres opphold her av 15 oktober 2009 nr. 1286 (heretter uf.) og De Forentes Nasjoner (heretter FN) Flyktningskonvensjon (heretter FK) av 28 juli 1951 og protokoll av 31 januar 1967.

Lovens formål er å regulere og kontrollere inn- og utreise av utlendinger til og fra riket, og at dette skjer i samsvar med norsk innvandringspolitikk samt internasjonale forpliktelser som landet er bundet av gjennom folkeretten. Dessuten skal loven legge til rette for lovlig bevegelse over landegrensene, og ivareta rettssikkerheten til utlendinger som enten reiser inn og ut av landet, som oppholder seg her, eller som søker tillatelse etter loven. I tillegg har loven som formål å gi grunnlag for vern til utlendinger i samsvar med folkerett og internasjonale avtaler som Norge er forpliktet til jf utl. § 1. Siste ledd i bestemmelsen om at norsk rett skal stemme overens med folkerett gir en indikasjon på at asylretten er i stor grad preget av internasjonalisert rettsorden, noe som gjenspeiles i bestemmelsene i loven som er inntatt på grunnlag av Schengen- samarbeidet, EØS- og EFTA- samarbeidet¹, som Norge er bundet av.

Utlendingslovens saklige virkeområde er ”*utlendingers adgang til riket og dere opphold her*”². En ”utlending” er enhver som ikke har norsk statsborgerskap³. Lovens stedlige virkeområde er hele Norges området inkludert Jan Mayen unntatt Svalbard og norske skip i utenriksfart⁴.

Norge er videre forpliktet til lojalitet overfor folkeretten gjennom utl. § 3, hvor det går uttrykkelig fram at ” *Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale*

¹ Vevstad (2010)s. 36- 37

² Utl. § 2

³ Utl. §§ 5, 6

⁴ Utl. § 6 første ledd

regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling". Dette betyr at Utlendingsloven skal praktiseres i samsvar med andre relevante konvensjoner for utlendingsretten dersom disse kan styrke vedkommendes faktisk stilling, noe som videre gjør internasjonale konvensjoner og traktater til rettskilder i norsk utlendingsrett på lik linje som utlendingsloven alene. Bestemmelsen i utl. § 3 gir uttrykkelig rett til å påberope internasjonale regler til gunst for individet. Dette er en bestemmelse som blant annet inkorporerer menneskerettigheter, og må ses i sammenheng med Grunnloven (heretter Grl.) av 17 mai 1814 § 110 c hvor det går uttrykkelig fram at "*Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne*". Utl. § 3 gjelder alle konvensjoner som Norge har ratifisert, og framtidige som ennå ikke har blitt vedtatt⁵. Bestemmelsen summerer ikke opp de enkelte konvensjonene eksplisitt. Dette er gjort bevisst da det vil kunne etterlate et inntrykk av at de enkelte forpliktelser er viktigere en andre, noe som er uønskelig fra lovgiverens side⁶.

FK inneholder ingen regler om hvordan statene skal leve opp til forpliktelsene etter konvensjonen i praksis, heller ikke inneholder konvensjonen bestemmelser som pålegger stater å inkorporere flyktningers rettigheter på et nasjonalt nivå. Hva de konkrete kravene går ut på, beror på en tolkning av konvensjonens bestemmelser. Det er i hver enkel stats interesse å inkorporere internasjonale regler for å redusere fare for traktatbrudd⁷.

Andre rettsinstrumentet som er relevante i flyktningsretten er erklæringer, anbefalinger og deklarasjoner. Disse er likevel ikke rettslig bindende, men kan likevel bidra til forståelse og utvikling av retten. Eksempel på slike "soft laws" er anbefalinger fra United Nation High Commissioner for Refugees (heretter UNHCR) og uttalelser fra Menneskerettighetskomité⁸. Anbefalinger fra UNHCR er videre kommentert og brukt i forarbeidene til utlendingsloven, hvor

⁵ Vevstad (2010)s. 41-42

⁶ Ot.prp. nr. 75

⁷ Einarsen (2010)s.41

⁸ Vevstad (2010)s. 43

disse blir aktivt referert til⁹.

Selv om anbefalingene fra UNHCR ikke er rettslig bindende, er de likevel en viktig kilde til forståelsen av FK. I tillegg er statene forpliktet til å samarbeide med UNHCR eller annet FN organ under utøvelsen av deres plikt og funksjoner med hensikt på å oppfylle deres forpliktelse i henhold til konvensjonen minst mulig vanskelig. I henhold til FK art. 35 skal " *The contracting states undertake to co- operate with the office of the United Nations High Commissioner for Refugees or any other agency of the United Nations which may succeed it...* ".

Av forarbeidene til utlendingsloven går det dessuten fram at anbefalingene skal " *veie tungt ved norske myndigheters tolkning av flyktningkonvensjonen* ", selv om disse ikke er bindende for norske myndigheter¹⁰ kan de likevel kaste et lys over riktig tolkning av begreper og uttrykk i flyktningsretten.

Det ansvarlige organet for behandling av flyktning saker i Norge er Utlendingsdirektoratet (heretter UDI). UDI behandler alle saker knyttet til innvandring i landet etter instruks fra Justisdepartementet¹¹ etter reglene i Utlendingsloven og Forvaltningsloven av 10 februar 1967¹²(heretter fvl.) .

Departementet instruerer UDI angående lovgivning, skjønnsutøvelse og lovtolkning. Norge er videre en del av EUs Felles Europeiske Asylsystem gjennom Dublin samarbeidet, som går ut på hvem som skal anses som flyktning etter FK og hvem trenger subsidiær beskyttelse i henhold til EU direktivene.¹³ Hensikten med Dublin samarbeidet er å gi beskyttelse til søkere som oppfyller vilkårene for flyktningsstatus, men da kun i ett land med ønske å unngå å sende søkerne frem og tilbake.¹⁴

⁹ NOU 2004:20

¹⁰ Ot.prp. nr. 75

¹¹ AI- 2009-105

¹² Fvl. §1

¹³ Vevstad (2010)s. 268

¹⁴ Vevstad (2010) s. 269

Formålet med FK er i henhold til fortalen å revidere og konsolidere flyktningsstilling og utvide beskyttelse for flyktninger; " *Considering that it is desirable to revise and consolidate previous international agreements relating to the status of refugees and to extend the scope of and the protection accorded by such instruments by means of a new agreement...*" Videre framheves det menneskerettslige aspektet i flyktningsretten, ved at det understrekes i fortalen at " *...the General Assembly have affirmed the principle that human beings shall enjoy fundamental rights and freedoms without discriminations*"¹⁵. Det er med andre ord en link mellom flyktningsretten og menneskerettighetene¹⁶, og som nevnt ovenfor, må disse ses i sammenheng med hverandre ved tolkningen av flyktningsdefinisjonen.

Flyktninger omfattet av konvensjonen har i medhold av den rett på beskyttelse fra det internasjonale samfunn. Tiltross for at retten til beskyttelse er grunnlagt i konvensjonen, foreligger det ingen kontrollorgan som tar seg av flyktningsrelaterte saker. Saker som derfor gjelder flyktninger, blir kontrollert av Den Europeiske Menneskerettighetsdomstol i Strasbourg etter EMK, eller eventuelt av Torturkomitéen under TK. Klagesakene som kommer opp til menneskerettighetsdomstolen og Torturkomitéen er ikke rene flyktningsaker, men kan likevel kaste lys over vage ord og uttrykk i FK¹⁷.

FK blir supplert av en rekke menneskerettighetskonvensjoner som stiller krav til behandling av flyktninger, og samtidig stenger adgang til å returnere mennesker til områder hvor vedkommende vil kunne være i fare for å bli utsatt for umenneskelig eller nedverdiggende behandling etter non- refoulement prinsippet som forbyr deportering av mennesker til områder hvor de kan bli utsatt for slik behandling¹⁸.

¹⁵ Flyktningskonvensjonen av 28 juli 1951

¹⁶ Einarsen (2000)s. 66

¹⁷ Einarsen (2000)s 70

¹⁸ EMK art 3, FK art 33

Utgangspunktet i flyktningsretten er at likeartede rettigheter i konvensjoner supplerer og bygger på grunnlaget¹⁹. Dette betyr at flere konvensjoner kan gi grunnlag for like rettigheter, og det er nødvendig å henvise til andre menneskerettighets konvensjoner ved vurdering av flyktningsstatus. Av den grunn vil en analyse etter FK art 1 annet ledd bokstav a og utl. § 28 første ledd bokstav a knyttes mot andre menneskerettighetskonvensjoner. Prinsippet kommer indirekte til uttrykk i FK art 5: "*Nothing in this Convention shall be deemed to impair any rights and benefits granted by a Contracting State to refugees apart from this Convention*". FK kan anses som en link mellom medlemsstatene ved avgjørelse av flyktningstatus da den gir en klar definisjon av hvem som kan kvalifiseres som flyktning, men må samtidig suppleres av andre konvensjoner ved avgjørelsen.

2.1 Flyktningsbegrepet

I Norge har asylsøkere rett til flyktningsstatus dersom vedkommende oppfyller vilkårene i utl. § 28 første ledd bokstav a, eller bokstav b dersom søkeren står i en reell fare for tortur eller dødsstraff.²⁰ Denne bestemmelsen skal det imidlertid ikke gås nærmere inn på her.

Ordlyden i utl. § 28 første ledd bokstav a er en direkte oversettelse av FK art 1 annet ledd bokstav a. Bestemmelsen statuerer en plikt for Norge til å anerkjenne enhver asylsøker som flyktning dersom vedkommende oppfyller vilkårene i konvensjonen.

Analysen av hvem som er flyktning inneholder et inklusjons- og et eksklusjonsmoment og et opphørsmoment.²¹ Oppgaven her knyttes først og fremst til inklusjonsfasen, men det er likevel i den forbindelse viktig å nevne i

¹⁹ Einarsen (2000) s. 33- 34

²⁰ Utl. § 28 første ledd bokstav b, EMK art 3

²¹ UNHCR handbook (1992) p. 140

hva resterende to faser går ut på.

Inklusjonsfasen knytter seg til avgjørelsen av om en søker oppfyller kriteriene for å kunne kvalifiseres som flyktning, og deretter har et krav om beskyttelse.

Opphørsfasen innebærer tilfeller hvor forholdene i hjemlandet har forandret seg så radikalt at det ikke er nødvendig å beskytte flyktningen lenger, og retur blir aktuelt.²²

Eksklusjonsfasen knytter seg til inklusjonsfasen ved at personer som i utgangspunktet oppfyller vilkårene for flyktningsstatus likevel ikke får den som følge av gjerninger de har gjort før de ankom landet for asylsøknaden eller andre forhold som gjør dem urettmessige til å kunne motta hjelp. Dette gjelder personer som allerede mottar hjelp fra et FN organ, personer som ikke har behov for beskyttelse, og de som rett og slett ikke fortjener hjelpen²³

Disse er videre definert i FK art 1 bokstav d og utl. § 31. For øvrig omfatter FK både enkelte flyktninger, og store flyktningsstrømmer.²⁴

Det er viktig i den forbindelse å nevne at dersom tilfellet er slik at en søker som søkte om flyktningsstatus i medhold av utl § 28 første ledd bokstav a jf FK art 1 annet ledd bokstav a, men ble ekskludert etter § 31 og FK art 1 bokstav d, ville vedkommende i alle tilfeller likevel vært vernet mot retur til hjemlandet eller et annet sted hvor den hadde vært i fare for å bli utsatt for handlinger som kunne kvalifiseres som forfølgelse. Prinsippet kalles non- refoulement²⁵ og er et absolutt prinsipp i flyktningsretten.

Flyktning er en som " *har velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av*

²² Utl. § 37, FK art 1 bokstav c nr.1-6

²³ UNHCR handbook (1992) p. 140

²⁴ Goodwin- Gill (2007)s.49

²⁵ Utl § 73, FK art 33

*politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse..."*²⁶.

En person blir flyktning så snart vedkommende oppfyller vilkårene i bestemmelsen. Flyktningsdefinisjonen i FK er av universell art, men begrenser seg til personer som ble flyktninger på grunn av politiske begivenheter i hjemlandet før 1 januar 1951.

Den folkerettslige definisjonen trekker avgrensens mot internflyktninger, statsløse som ikke oppfyller kriteriene for asyl, personer som søker asyl på grunn av fattigdom eller nød, og til sist flyktninger som er rammet av tilfeldige hendelser som for eksempel naturkatastrofer.²⁷

Flyktningsdefinisjonen anses å være en helhetlig definisjon hvor vilkårene må sees i sammenheng med hverandre.²⁸ Hvem som anses for å være flyktning er en komplisert avgjørelse da definisjonen inneholder et kompleks av både subjektive og objektive faktorer som må tas med i vurderingen. Den omfatter både enkelte flyktninger, og masseflyktninger.

Hovednøkkelen i definisjonen er at søkeren må ha en *"velbegrunnet frykt."*²⁹ Vedkommende må være redd for at han eller hun skal bli utsatt for forfølgelse, og frykten må kunne begrunnes i objektive og subjektive forhold.³⁰ Forfølgelsen må videre ha sitt grunnlag i *"... rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning."*³¹

Rase er det videste grunnlaget for flyktningsstatus og omfatter alle etniske

²⁶ Utl. § 28 første ledd bokstav a

²⁷ Vevstad (2010) s.175- 176

²⁸ Einarsen (2000)s.264

²⁹ Utl. § 28 første ledd bokstav a

³⁰ Utl. § 28 første ledd bokstav a, FK art 1 annet ledd bokstav a

³¹ FK art 1 annet ledd bokstav a

grupper.³² Av § 30 bokstav a går det fram at rase omfatter ”...*hudfarge, avstamning og tilhørighet til en bestemt etnisk gruppe.*”

Religion omfatter både muligheten til å kunne bytte religion, praktisering, tilhørigheten til en bestemt religion, og retten til å undervise i den offentlig, men også retten til fravær fra gudsdyrkelse.³³

Nasjonalitet som grunnlag for forfølgelse knytter seg først og fremst til statsborgerskap, og mangel på det. Det kan også omfatte grupper av befolkningen som er definert gjennom sin kultur, språk eller identitet.³⁴

Det vageste grunnlaget for forfølgelse er medlemskap i en spesiell sosialgruppe. Hva en sosialgruppe skal forstås som er ikke definert i konvensjonen eller utlendingsloven konkret, heller ikke er rettspraksis entydig på det. Dette skal det kommes tilbake til senere i oppgaven.

Personer som søker asyl med grunnlag i politisk oppfatning anses enten for å ha en bestemt type politisk oppfatning, eller at de tildeles den av forfølgeren i tilfeller hvor forfølgeren hevder at søkeren tilhører et parti uten å kunne dokumentere for det³⁵

Neste vilkår er at søkeren må oppholde seg utenfor sitt hjemland. Med uttrykket ”...*is outside the country of his nationality*”³⁶, menes at søkeren befinner seg i ett annet land enn landet han er statsborger i. Dersom det likevel viser seg at landet søkeren flyktet fra ikke er der han er statsborger, kan han returneres til der han faktisk er det³⁷.

³² UNHCR handbook 1992 p 68-70

³³ Utl. § 30 bokstav b

³⁴ Utl. § 30 bokstav c

³⁵ Utl. § 30 bokstav e

³⁶ FK art 1 annet ledd bokstav a

³⁷ UNHCR Handbook (1992) p. 90

Vilkåret om at søkeren må være” ... *uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse*”³⁸ må sees i sammenheng med kravet om velbegrunnet frykt, og knytter seg først og fremst til personer som har et statsborgerskap.

Vedkommende må være uvillig til å ta imot hjelpen på grunn av frykten søkeren føler. Det å være ute av stand til å kunne søke beskyttelse i hjemlandet refererer til forhold som er utenfor søkerens kontroll. Det kan for eksempel være borgerkrig som hindrer staten fra å gi nødvendig beskyttelse til sine borgere. ”Velbegrunnet frykt” og uviljen til å søke beskyttelse i hjemlandet henger sammen på den måten at dersom søkeren ikke hadde hatt velbegrunnet frykt, hadde han heller ikke vært motvillig til å søke beskyttelse³⁹.

Det er viktig å påpeke i den forbindelse, at FK art 1 annet ledd bokstav a, går noe lenger enn ordlyden i utl. § 28 første ledd bokstav a, da den uttrykkelig også omfatter mennesker som er ”...*or who not having a nationality and being outside the country of his former habitual residence as a result of such event, is unable or, owing to such fear, is unwilling to return to it.*”⁴⁰

Ettersom ordlyden i utl. § 28 første ledd bokstav a direkte henviser til denne bestemmelsen og Norges folkerettslige forpliktelser taler i den retning, er det riktig å lese disse i sammenheng tiltross for at den ikke er direkte inkorporert i norsk lovgivning.

³⁸ FK art 1 annet ledd bokstav a, utl. § 28 første ledd bokstav a

³⁹ UNHCR handbook (1992) p. 99- 100

⁴⁰ FK art 1 annet ledd bokstav a

3 Flyktningsanalyse

3.1 Kravet om "velbegrunnet frykt for forfølgelse"

Når en kvinne søker asyl med grunnlag i "spesiell sosial gruppe", er det flere vilkår og vurderingsmomenter som det må tas hensyn til. Det første spørsmålet som reises i den forbindelse er om kvinnen som søker asyl, har en "velbegrunnet frykt"⁴¹?

"...velbegrunnet frykt for forfølgelse" er hovednøkkelen i definisjonen.

Uttrykket "velbegrunnet frykt" består av et subjektivt element⁴² og et objektivt element som må vurderes ved avgjørelsen. Kvinners frykt må knyttes opp mot faren for å bli utsatt for forfølgelseshandlingene. Frykten må eksistere på grunn av forfølgelsen, ikke uavhengig av den.

Det subjektive elementet knytter seg først og fremst til frykten mennesket opplever personlig, og den må begrunnes. Det kan eksempelvis være trauma eller angst. Det henviser til frykten vedkommende selv opplever ut fra personlige forutsetninger og oppfatninger. Den varierer fra mennesket til mennesket. I UNHCR handbook står det at det subjektive elementet er "An evaluation of the subjective element is inseparable from an assessment of the personality of the applicant since psychological reaction of different individuals may not be the same in identical conditions".⁴³

I tilfeller hvor det foreligger tvil i forhold til om informasjonen gitt av søkeren er

⁴¹ Utl. § 28 første ledd bokstav a, FK art 1 annet ledd bokstav a

⁴² UNHCR Handbook (1992) p. 38

⁴³ UNHCR Handbook (1992). p. 40

troverdig, og personen ikke later som at vedkommende frykter noe, vil det også være nødvendig å se på familiebakgrunnen, om vedkommende har en tilknytning til et politisk parti og andre faktorer som kan bidra med til vurdering av det subjektive elementet, eller som beskrevet i UNHCR handbook ” *...everything that may serve to indicate that the predominant motive for his application is fear*”.⁴⁴ .

Det objektive elementet i analysen knytter seg til bakgrunnen for frykten søkeren opplever. Hensikten med den er å finne ut om søkeren har grunn til å frykte for forfølgelse i utgangspunktet. Søkerens påstander må derfor ses i sammenheng med annen informasjon, eksempelvis forholdene i hjemlandet.⁴⁵ Et annet moment som kan være aktuelt å undersøke er lovgivningen og praktisering av den i landet.⁴⁶ Det objektive og subjektive elementet er videre presisert i *Maqdassy v. Canada*, hvor retten uttalte at ” *The subjective component relates to the existence of the fear of persecution in the mind of refugee. The objective component requires that the refugee’s fear be evaluated objectively to determine if there is a valid basis for that fear*”.⁴⁷

Dersom søkeren for eksempel hevder å være utsatt for forfølgelse i form av kjønnslemlestelse, og hevder at frykten hun føler har sammenheng med forfølgelsen, blir det nødvendig å se på hvordan kjønnslemlestelse er praktisert i landet søkeren rømmer fra. Er kvinnen for eksempel mer utsatt enn andre, hvor stor sannsynlighet er det for at søkeren vil bli offer for kjønnslemlestelse?

En relevant sak i den forbindelse er *Fornah v. Secretary of State for the Home Department*. Saken gjaldt en ung kvinne fra Sierra Leone. Hun hevdet at hun ville bli utsatt for kjønnslemlestelse dersom hun ble deportert til Sierra Leone. I avgjørelsen la dommeren vekt på at 80- 90% av kvinner i Sierra Leone blir utsatt

⁴⁴ UNHCR Handbook (1992) p. 41

⁴⁵ UNHCR Handbook (1992) p. 42

⁴⁶ UNHCR handbook (1992) p 43

⁴⁷ *Maqdassy v. Canada* p. 9

for omskjæring, og at sannsynligheten for at Fornah ville bli utsatt for dette, var stor.⁴⁸

Søkeren må med andre ord kunne henvise til et grunnlag som kan bekrefte at frykten for forfølgelse er reell og i samsvar med virkeligheten søkeren lever i.

Dette ble tatt hensyn til saken Alfarsy v. Canada som dreide det seg om endrede samfunnsforhold i Tanzania. Spørsmålet som ble reist var om forholdene hadde forandret seg så drastisk at det ikke lenger forelå ”velbegrunnet frykt”. Søkeren her fikk ikke medhold i saken, men retten utalte følgende angående betydningen av utfyllende informasjon ” *A refugee claimant must realize that he or she must establish, as part of his or her claim, a credible basis for his or her claim. You cannot establish a claim for refugee status without first establishing a credible basis for the claim* ”.⁴⁹

Analysemetoden kan sammenliknes med et sikkerhetsnett som har til hensikt på å sile ut de som faktisk har et behov for asyl fra de som forsøker på å kunne få flyktningstatus for å få et bedre liv. Eller som uttrykt i UNHCR handbook ” *It may be assumed that, unless he seeks adventure or just wishes to see the world, a person would not normally abandon his home and country without some compelling reason. There may be many reasons that are compelling and understandable, but only one motive has been singled out to denote a refugee. The expression ‘owing a wellfounded fear of being persecuted’ ...indicating a specific motive automatically makes all other reasons for escape irrelevant to the definition.*”⁵⁰

En annen sak fra England som kan brukes som et eksempel til illustrasjon av hva de ulike forholdene innebærer, er saken om en enslig mor med to barn fra

⁴⁸ Fornah v. Secretary of the State for the Home Department

⁴⁹ Alfarsy v. Canada

⁵⁰ UNHCR handbook (1992) p. 39

Afghanistan som søkte asyl i England. Hun begrunnet søknaden med at hun ville bli forfulgt ved retur til Afghanistan av medlemmer av Jamiat-e-Islami, motstandere av Najibullah, kommunistiske myndigheter mannen hennes hadde kontakter med. Det ble uttrykt følgende i dommen ” *The Appellants’s case before the Adjudicator was that she has been and would be persecuted in Afghanistan, by members of the Jamiat- e-Islami...* ”⁵¹. Her vises det klart at søkeren refererte til framtidig forfølgelse som kan oppstå dersom hun ble sendt tilbake, ikke forfølgelse som skjedde før ankomsten til England. Videre påberopte hun frykten sin som følge av at flere medlemmer i familien allerede hadde blitt drept. Hun hadde dessuten selv vært offer for voldtekt og fått tilbud om ekteskap fra forfølgeren. Bakgrunns informasjon her er et typisk eksempel på subjektive forhold som kan begrunne hvorvidt det foreligger en velbegrunnet frykt for forfølgelse.

De objektive forholdene i saken var at det var en skrevet konstitusjon som skulle i utgangspunktet sikre like rettigheter til begge kjønn i Afghanistan, men denne manglet en effektiv anvendelse, og fungerte ikke i praksis. De generelle forholdene i Afghanistan for kvinner var fortsatt ulik menns, ved at kvinnene hadde begrenset adgang til det politiske liv, og var fortsatt utsatt for vold av lokale myndigheter. Dessuten ble kvinner fortsatt tvunget til å bære religiøse plagg mot sin vilje⁵². Retten anførte at samfunnet var under en forbedringsprosess fra Taliban regimet, men det hadde ikke nådd målet da kvinner var fortsatt utsatt for diskriminering i forhold til offentlig administrasjon og lovgivning, og at det fortsatt foreligger diskriminering mot kvinner i

⁵¹United Kingdom: Asylum and Immigration Tribunal/Immigration Appellate Authority, NS (Social Group - Women - Forced marriage) v. Secretary of State for the Home Department, [2004] UKIAT 00328, 30 December 2004.

⁵² United Kingdom: Asylum and Immigration Tribunal/Immigration Appellate Authority, NS (Social Group - Women - Forced marriage) v. Secretary of State for the Home Department, [2004] UKIAT 00328, 30 December 2004.

Afghanistan⁵³.

Som illustrert i saken, knytter objektive forholdene seg til situasjonen i samfunnet søkeren kommer fra, hvorvidt vedkommendes rettigheter praktiseres, og om de i det hele tatt finnes, mens subjektive forhold går ut på hva søkeren selv har opplevd.

Kravet om at det skal være ”*velbegrunnet frykt for forfølgelse*” innebærer et sannsynlighetskrav i forhold til hvor sannsynlig den påståtte forfølgelsen vil inntreffe ved retur av søkeren for at frykten skal anses å være velbegrunnet. Det foreligger ingen krav om at søkeren rømte landet som følge av forfølgelsen, heller ikke at vedkommende har blitt utsatt for forfølgelse i fortiden.⁵⁴ Det relevante med andre ord er ikke om vedkommende har blitt forfulgt, men om forfølgelsen vil fortsette eller eventuelt begynne ved retur. Risikokravet i forhold til framtidig forfølgelse er at den må være reell.⁵⁵ Faren må med andre ord ikke være fjern, og det må være en viss grad av sannsynlighet for at den vil inntre. Med tanke på at asylsaker ofte mangler fullstendige opplysninger og bevis for å kunne fastslå med sikkerhet at søkeren vil bli utsatt for forfølgelse, er det også vanskelig å fastslå en konkret prosentatsats i forhold til hvor reell risikoen må være. Av forarbeidene til utlendingsloven går det fram at risikoterskelen må fastsettes etter en konkret vurdering i hver enkel sak⁵⁶, og at det må opereres med en lavere terskel enn krav om sannsynlighetsovervekt⁵⁷.

Risikoen anses å være reell dersom det er 10 % for at hendelsen vil inntreffe⁵⁸. Tidspunktet for fastsettelse av om det foreligger en velbegrunnet frykt er

⁵³ United Kingdom: Asylum and Immigration Tribunal/Immigration Appellate Authority, NS (Social Group - Women - Forced marriage) v. Secretary of State for the Home Department, [2004] UKIAT 00328, 30 December 2004.

⁵⁴ Goodwin- Gill (2007) s. 63

⁵⁵ Vestad (2010)s. 180

⁵⁶ NOU 2004:20

⁵⁷ Ot.Prp.nr. 75

⁵⁸ NOU 2004:20

avgjørelsestidspunktet for saken. Det gjelder selv om det forelå en velbegrunnet frykt for forfølgelse da søkeren forlot landet⁵⁹.

Departementet uttalte i forarbeidene til utlendingsloven at det skal foretas en helhetlig bevisbedømmelse, og ved tvil, skal tvilen komme søkeren til gode dersom konsekvensen av feil avgjørelse vil innebære at søkeren blir utsatt for forfølgelse⁶⁰. Argumentet støttes videre i UNHCR handbook, som konstatert at opplysninger gitt av søkeren, skal gis ” *the benefit of the doubt*” .⁶¹

Verken begrepet forfølgelse eller kjønnsforfølgelse er definert i FK eller andre konvensjoner, men den må påføre et slik onde at det burde være beskyttet av staten. FK art 31 og 33 referer til tilfeller hvor søkeren ville bli eller har blitt utsatt for handlinger som ville gå ut over liv eller frihet.⁶² Fra FK art 33, kan det utledes at enhver trussel mot liv eller frihet med grunnlag i en av konvensjonsgrunnene, er alltid en forfølgelse⁶³. Andre handlinger som kan anses som forfølgelse, er handlinger som omfattes av forbudet mot tortur eller umenneskelig nedverdiggende behandling⁶⁴ i for eksempel Torturkonvensjonen (heretter TK) art 3.

Haines definerer på følgende måte ” *...sustained or systematic failure of State protection in relation to one of the core entitlement recognized by the international community*”⁶⁵. Dette er en av flere definisjoner i rettslitteratur, men gjenspeiler likevel to viktige elementer som det er bred enighet om, nemlig brudd på en grunnleggende rettighet som menneske, og statens manglende evne til å beskytte. Derfor skal det ved vurdering av om det foreligger forfølgelse,

⁵⁹ Ot prp.nr. 75

⁶⁰ Ot.prp. nr 75

⁶¹ UNHCR handbook (1992) p 203

⁶² Goodwin-Gill(2007)s.90

⁶³ Ot.Prp.nr. 75

⁶⁴ Goodwin-Gill (2007) s. 90- 91

⁶⁵ Haines (2003) s327

konstateres om handlingen søkeren blir utsatt for strider mot menneskerettigheter.

Tolkningen av hva som skal anses for å være forfølgelse i hver enkel sak, beror på statene.⁶⁶ I Norge er forfølgelse definert i utl. § 29. For at en handling skal anses å være forfølgelse i medhold av § 28 første ledd bokstav a, må den kunne falle inn i ordlyden i § 29 første ledd bokstav a eller b. Det må da enten forligge brudd på ufravikelige menneskerettigheter i EMK art 12, eller andre alvorlige krenkelser av menneskerettigheter⁶⁷. Handlingen må ”...*utgjøre flere forskjellige tiltak, herunder krenkelser av menneskerettigheter.*”⁶⁸. Videre går det fram at tiltak som alene ikke utgjør en forfølgelse, likevel kan karakteriseres dersom de opptrer sammen med andre handlinger. Det er en type kumulativ virkning⁶⁹.

Likevel er det slik at ikke ethvert brudd er et brudd på en menneskerettighet. På samme måte som enhver krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter, ikke er forfølgelse. Dette ble bemerket av departementet i forarbeidene. Til svarende gjelder krenkelse av ufravikelige menneskerettigheter. Det er imidlertid tale om forfølgelse dersom ”...*flere tiltak, som ikke nødvendigvis må innebære krenkelser av menneskerettigheter, kan utgjøre forfølgelse, så fremt disse samlet sette er så alvorlige at de berører livssituasjonen til et menneske på en måte som kan sammenliknes med de krenkelser som er nevnt i første ledd bokstav a*”⁷⁰, altså brudd på menneskerettigheter.

Bestemmelsen i § 29 siste ledd, illustrer eksempler på handlinger som kan utgjøre en forfølgelse. Listen er ikke uttømmende, og er tatt med kun av informasjonshensyn.⁷¹ Derfor kan handlinger som ikke er uttrykkelig nevnt i

⁶⁶ Goodwin- Gill (200/)s. 91

⁶⁷ Vevstad (2010)s.220

⁶⁸ Utl. § 29 første ledd bokstav b

⁶⁹ Vevstad (2010)s.220

⁷⁰ Ot.prp.nr. 75

⁷¹ Ot.prp. nr.75

bestemmelsen, også utgjøre forfølgelse dersom de påfører et onde mot liv eller frihet.

Selve faktum at det finnes en forfølger i hjemlandet, er ikke nok for å konstatere flyktningsstatus. Konvensjonen og utlendingsloven stiller et krav til at det må foreligge mangel på beskyttelse fra myndighetene i landet ⁷². For at søkeren skal få flyktningsstatus, må myndighetene ikke være villige til å komme med effektive tiltak for å forhindre forfølgelse og beskytte vedkommende. Dette vil være det avgjørende vurderingsmomentet ⁷³ i spørsmål om det foreligger forfølgelse.

Av hvilket omfang statens evne til å beskytte søkerne i hjemlandet skal være, beror på omfanget som er nødvendig for å gi en slik beskyttelse. Det foreligger ikke noe krav om fullstendig eliminering av fare fra statens side, men beskyttelsen må være tilgjengelig, effektiv og meningsfull ⁷⁴. Den kan for eksempel være gjennom effektiv anvendelse av lovgivning, straffeforfølgning eller andre tiltak som er til hjelp for å beskytte offeret fra gjerningsmannen.

Selve faktum at det foreligger en skrevet lovgivning som skal beskytte, reiser flere problemer i forhold til den faktiske anvendelsen av lovene. Dersom saken er slik at lovene kun er skrevet, og ikke anvendes i praksis, kan ikke dette anses å være en effektiv beskyttelse fra myndighetene, slik som i den tidligere nevnte saken om kvinnelig asylsøker fra Afghanistan. ⁷⁵ Argumentet støttes videre i UNHCR guidelines, hvor det går fram at selv om myndighetene har forbudt en forfølgelsestype, eksempelvis kjønnslemlestelse, men likevel aksepterer praksisen eller ikke har mulighet til å stoppe den, vil det ” ...will therefore not in

⁷² Vevstad(2010) s.226

⁷³ Vevstad(2010) s.227

⁷⁴ Haines (2003)s.333

⁷⁵ United Kingdom: Asylum and Immigration Tribunal/Immigration Appellate Authority, NS (Social Group - Women - Forced marriage) v. Secretary of State for the Home Department, [2004] UKIAT 00328, 30 December 2004.

itself be sufficient to determine that the individual's claim to refugee status is not valid".⁷⁶

På en annen side, kan en handling være grusom overfor den går ut over, men likevel ikke kunne utgjøre forfølgelse fordi myndighetene er villige til å beskytte. En handling kan også i seg selv ikke være av den art at den kan konstatere forfølgelse, men likevel blir det på grunn av manglende statsbeskyttelse. Et eksempel på det er rettsavgjørelsen Shah og Islam, som handlet om to kvinner fra Pakistan som hadde søkt asyl i England.

Begge hadde blitt fysisk mishandlet av sine ektemenn, og fryktet forfølgelse dersom de ble returnert. I spørsmålet på om fysisk mishandling fra ektemenn utgjorde forfølgelse, svarte Lord Hoffman "*What makes it persecution in Pakistan is the fact that ...the State is unwilling or unable to offer her any protection. On the contrary, the police were likely to accept her husband's allegations of infidelity and arrest her instead*".⁷⁷ Uttalelsen her illustrer at en handling som ikke er forfølgelse, kan anses som det dersom søkeren ikke blir beskyttet mot den av myndighetene i hjemlandet. Oppsummerings vis kan det sies at forfølgelse innebærer manglende menneskerettigheter og mangel på statsbeskyttelse fra myndighetene i hjemlandet.⁷⁸ Dersom staten er forfølgelsesaktør, er saken klar i forhold til om det foreligger beskyttelse fra myndighetene.

Hvem som utfører forfølgelse kan variere fra tilfellet til tilfellet, og det er ikke alltid like klart hvem som er den aktuelle forfølgeren. I utgangspunktet assosieres automatisk med staten som forfølgelsesaktør. Dette er imidlertid ikke alltid tilfellet.

⁷⁶ UNHCR (2002) A p. 11

⁷⁷ Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

⁷⁸ Heaven (2001) s. 38

UNHCR har konstatert at også ikke- statlige aktører er relevante i den forbindelse” *It may also emanate from sections of the population that do not respects the standards established by the laws of the country concerned*”⁷⁹. Selv om det er slik at forfølgelsen kommer fra en ikke- statlig aktør, er alltid spørsmålet som må stilles i den forbindelse; i hvilken grad vedkommende som blir utsatt for slike overgrep, kan få beskyttelse fra myndighetene. Beskyttelsen gjelder uansett hvem forfølgelsesaktøren er.⁸⁰

Ikke- statlige forfølgelsesaktører er typisk i forbindelse med kjønnsforfølgelse. Forfølgelsesaktøren er ofte en personer søkeren stoler på, og som oftest en mann. Det kan være en kjæreste eller ektemann, som har makt over sin partner gjennom diskriminering, voldelige handlinger eller mishandling. I andre tilfeller er det familie, slektninger og venner. Disse knyttes til incest og andre typer grusomme handlinger som har sitt opphav i kultur⁸¹, noe saken *Fornah vs. Secretary of State for the Home Department* og *Kasinga vs. US Department of Justice*, er klare eksempler på. Begge sakene gjaldt kjønnslemlestelse, hvor familie og slektninger var drivkraften bak handlingene.

Andre forfølgelsesaktører som knyttes i den forbindelse er medlemmer av lokalsamfunnet som for eksempel politikere, ledere eller lærere⁸². Det er personer som anses å ha makt i samfunnet, og har muligheten til å slippe unna straff når de bryter loven.

Et eksempel på det er saken *Shoefera v. Immigration and Naturalization Service*. Saken dreiet seg om en jente som var blitt voldtatt av sin arbeidsgiver. Tiltross for at hun anmeldte forholdet, ble forfølgeren slipt ut kun etter en

⁷⁹ UNHCR handbook (1992)p. 65

⁸⁰ NOU 2004:20

⁸¹ UNHCR (2003)s.14

⁸² UNHCR (2003)s.14

måned, uten videre strafforfølgelse. Bakgrunnen for dette var antakeligvis hans makt posisjon i samfunnet⁸³.

Andre forfølgelsesaktører som er verdt å nevne i den forbindelse er soldater, fredsbevarende styrker, arbeidere i humanitære organisasjoner, og andre som har makt og innflytelse på samfunnet de jobber i.⁸⁴ Det samme gjelder offentlige institusjoner som praktiserer en kjønnsdiskriminerende praksis⁸⁵.

Det problematiske ved at forfølgelsesaktørene ikke er statlige, er at handlingene som kvinnene blir utsatt for av sine nærmeste har blitt ansett som en del av privatlivet, og derfor manglet statlig beskyttelse⁸⁶, da staten i utgangspunktet ikke har hatt ønske å blande seg i privatlivet. Dette har resultert i at flere kvinner har hatt problemer med å bevise at de mangler beskyttelse fra myndighetene⁸⁷. Av den grunn er det svært viktig i disse saker å vurdere myndighetenes faktiske mulighet og evne til å gi beskyttelse. Saker Shah og Islam, Fatin v. Immigration and Naturalization Service og Shoefera vs. Immigration and Naturalization Service er eksempler på saker, hvor forfølgelsesaktøren har vært et ikke- statlig aktør

Begrepet kjønnsrelatert forfølgelse er ikke et juridisk uttrykk, men er forbundet med saker hvor kjønn påberopes som grunnlag for søknaden⁸⁸.

Da regjeringen fremmet forslag til ny utlendingslov, var det et ønske om å legge vekt på kjønnsperspektivet i asylsaker⁸⁹. Det ble derfor rettet fokus mot kvinner som kan være utsatt for andre overgrepssituasjoner enn menn.⁹⁰ Dette

⁸³ Shoefera v. Immigration and Naturalization Service

⁸⁴ UNHCR(2003) s. 14- 15

⁸⁵ UNHCR(2003) s. 14- 15

⁸⁶ Crawley (2001)s.52

⁸⁷ Crawley (2001)s. 52

⁸⁸ UNHCR (2002) A p. 1

⁸⁹ AI- 2009- 105

⁹⁰ Ot.prp nr. 75

kom direkte til uttrykk i utl. § 29 annet ledd bokstav f om at forfølgelse kan være handlinger ”...rettet særskilt mot kjønn”⁹¹.

Tiltross for at det ikke er foreslått en egen lovbestemmelse på området, foreligger det flere retningslinjer utarbeidet av arbeids- og inkluderingsdepartementet til belysning av tolkningsspørsmål.⁹² I tillegg til et stort omfang av utenlandsk rettspraksis.

3.1.1 Kjønnrelatert forfølgelse

For å kunne forstå hva kjønnrelatert forfølgelse går ut på, er det nødvendig å skjonne skillet mellom biologisk kjønn og kjønnsrolle eller med andre ord `sex` og `gender` på engelsk. Skillet går ut på den biologiske delen av å ha et kjønn, mens kjønnsrolle relateres til menneske skapte rolle i samfunnet og fordelingen dem i mellom⁹³.

En forfølgelse som knyttes til det biologiske aspektet er for eksempel tvangsabort eller kjønnslemllestelse, mens forfølgelse knyttet til kjønnsroller kan være aktivitet utenfor sosialt akseptert forhold,⁹⁴ eksempelvis utroskap.

Asylsaker med grunnlag i kjønnforfølgelse kan komme fra begge kjønn, men det vanligste i praksis har vært at de påberopes av kvinner. Å kunne anvende en tolkning som tar hensyn til kjønnssensitive forhold i lovgivningen, gir likevel ikke alle kvinner automatisk rett til flyktningstatus med mindre den kan knyttes til andre vilkår i bestemmelsen⁹⁵.

Kvinner opplever forfølgelse annerledes enn menn. Den ene forklaringen kan

⁹¹ Utl. § 29 annet ledd bokstav f

⁹² AI- 2009- 105

⁹³ UNHCR (2002) A p. 3

⁹⁴ Crawley (2001)s.7

⁹⁵ UNHCR (2002) A p.4

være at det er fordi de ofte er svakere stilte enn menn i samfunn de kommer fra. En annen forklaring er at forfølgelsesformen knyttet til kvinner ofte resulterer i fysiske, psykiske og seksuelle problemer knyttet til manglende frihet i det offentlige eller private sfæren.⁹⁶ Den andre grunnen kan være fordi forholdene i hjemlandet gjør at søkerens tilstand blir påvirket, og bidrar til vedkommende opplever situasjonen verre enn den egentlig er, og dermed rimeliggjør at det foreligger en velbegrunnet frykt.⁹⁷

Det finnes ingen generell forklaring på hvorfor kvinner blir utsatt for visse typer forfølgelser som ikke er aktuelle for menn. En forklaring kan være i sosiale forskjeller mellom kjønn, faktum at kvinner har andre rettigheter og verre stilte enn menn er i flere land.

Vevstad skriver i sin kommentar utgave til Utlendingsloven på side 243 at det er sjelden tilfelle at kvinner forfølges på grunn av at de er kvinner foruten om tilfeller hvor det er tale om voldtekter i krigssituasjoner. Hun skriver videre at det oftest er tale om spesiell krenkelse eksempelvis, kjønnslemlestelse, som er ”normale” for kvinner i samfunnet de lever i eller eventuelt tilfeller hvor kvinner nekter å tilpasse seg kjønns spesifikke normer.⁹⁸ Grunnen ligger i samfunnet og kulturen de lever i, og kvinners vilje til å tilpasse seg disse.

3.1.1.1 Ulike type kjønnsforfølgelse

Det finnes flere former for kjønnsforfølgelser. Noen er likevel mer vanlige enn andre. Eksempler på disse er diskriminering, kjønnslemlestelse, tvangsekteskap, kjønnsrelatert vold, tvangsprostitusjon og tvangssterilisering.

Diskriminering av kvinner gjør seg spesielt tydelig i ”flyktningproduserende”⁹⁹

⁹⁶ Haines (2003) s.330

⁹⁷ Ot.prp.nr 75

⁹⁸ Vevstad (2010) s. 243

⁹⁹ Egen utheving

land, hvor kvinner blir behandlet annerledes fra menn.. En slik forskjellsbehandling kan hindre fullstendig og fri livsutfoldelse for personen den gjelder.

Rettsgrunnlaget i den forbindelse er The Convention on Elimination of All forms of Discrimination on Women av 18. desember 1979 (heretter CEDAW), som forbyr alle former for diskriminering på grunn av kjønn, og sikrer like rettigheter for både kvinner og menn.

Diskriminering defineres som ”...*any distinction, exclusion or restriction made on the basis of sex which has the effect or purpose of impairing or nullifying the recognition, enjoyment or exercise by women, irrespective of their marital status, on a basis on equality of men and women, of human rights and fundamental freedoms on the political, economic, social, cultural, civil or any field*”.¹⁰⁰

Diskriminering i denne konteksten omfatter forskjellsbehandling mellom kjønn med hensyn til lovgivning, rettigheter, religion, politikk, brudd på sosial normer. Diskriminering er å finne både i den offentlige - og private sfæren. Eksempler på kjønnsbasert diskriminerende normer er diskriminering med grunnlag i lov, ulike kleskoder for kjønn, begrensninger i livsutfoldelse, eksempelvis portforbud for kvinner uten mannlig følge og problematikk knyttet til sivilstatus.¹⁰¹

Diskriminering er brudd på en rekke menneskerettigheter lovfestet i UNDHR, eksempelvis retten til liv og frihet,¹⁰² retten til likhet for loven.¹⁰³ Vernet mot diskriminering i forhold til menneskerettigheter er videre lovfestet i EMK, hvor det går uttrykkelig fram «... *freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour,*

¹⁰⁰ CEDAW art 1

¹⁰¹ Crawley (2001)s. 107.

¹⁰² UNDHR art 3

¹⁰³ UNDHR art 7

language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status”.¹⁰⁴

Diskriminering relateres til menneskerettigheter et hvert menneske har krav på. På bakgrunn av dette kan det derfor konstateres at diskriminering er brudd på menneskerettigheter som burde være sikret for begge kjønn i et hvert samfunn.

CEDAW har som hensikt å sikre like rettigheter for begge kjønn i alle aspekter av livet og samfunnet, og sikre at medlemsstatene aktivt fører tiltak for å eliminere kjønnsdiskriminering¹⁰⁵. Konvensjonen krever med andre ord aktive tiltak fra statens side for å eliminere diskriminering på grunn av kjønn i samfunn. Videre er ; “ ... *discrimination against women violates the principles of equality of rights and respect for human dignity, is an obstacle to the participation of women, on equal terms with men, in the political, social, economic and cultural life of their countries, hampers the growth of the prosperity of society and the family and makes more difficult the full development of the potentialities of women in the service of their countries and of humanity... ”*.¹⁰⁶

Det er likevel ikke alltid tilfellet at diskriminering er forfølgelse. Dette ble illustrert av Lord Hope of Craighead i Shah og Islam, hvor han anførte ” *Discrimination involves the making of unfair or unjust distinctions of the disadvantage one group or class of people as compared with others. It may lead to persecution or it may not. And persons may be persecuted who have not been discriminated against*”¹⁰⁷.

Tilsvarende går fram retningslinjene fra Arbeids- og Inkluderingsdepartementet til UDI ; “ *Diskriminering, lettere former for trakassering og mangel på*

¹⁰⁴ EMK art 14

¹⁰⁵ CEDAW art 2

¹⁰⁶ Convention on the Elimination of All forms of Discrimination against Women 1979

¹⁰⁷ Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

likestilling vil I seg selv ikke være å anse som forfølgelse. Det må vurderes konkret hvorvidt den samlede belastning en søker står overfor kan karakteriseres som forfølgelse»¹⁰⁸.

Argumentet støttes videre av UNHCR, som uttaler i sine retningslinjer at ”*Persons who receive less favourable treatment as a result of such differences are not necessarily victims of persecution. It is only in certain circumstances that discrimination will amount to persecution.*”¹⁰⁹ Med andre ord, er det ikke alltid at diskriminering anses å være forfølgelse. Videre går det fram av UNHCR at diskriminering er forfølgelse dersom ”*...if measures of discrimination lead to consequences of a substantially prejudicial nature for the person concerned...*”¹¹⁰

Dette henviser videre til det subjektive elementet ved vurdering av frykt hos søkeren, noe som gjør seg tydelig i tilfeller hvor søkeren blir utsatt for en lettere grad av diskriminering som i utgangspunktet ikke er nok til å utgjøre forfølgelse, men likevel er det når det går ut over vedkommendes grunnleggende subjektive oppfatning.¹¹¹ På bakgrunn av dette kan det slutes at diskriminering utgjør forfølgelse i de tilfeller hvor det går utover vedkommendes grunnleggende oppfatning.

Diskriminering kan knytte seg til sosiale normer som pålegger kvinner å oppføre og kle seg annerledes enn menn, eksempelvis bruke slør eller dekke seg helt til. Hvorvidt det å tvinge noen til å kle seg slik mot sin vilje, kan anses som forfølgelse, må vurderes ut fra hvor stor belastning søkeren blir utsatt for. Det må kunne forventes at personen skal tilpasse seg til en viss grad samfunnet vedkommende bor i, men dersom tilpasningen utløser alvorlige reaksjoner, vil

¹⁰⁸ AI-2009-105

¹⁰⁹ UNHCR Handbook (1992) p. 54

¹¹⁰ UNHCR Handbook (1992) p. 54

¹¹¹ Haines (2003)s.331

det foreligge et beskyttelsesbehov¹¹². I Fatin-saken som gjaldt ulydighet av sosiale normer for kvinner i Iran, konstaterte retten at tvang om å bære slør, ikke kunne anses å være forfølgelse. Utfra konkrete forhold kom retten fram til at tilpasningen ikke ville bli «...*so profoundly adhorrent that it could apply be called persecution*»¹¹³.

Dersom tilfellet likevel er at den diskrimineringsformen en søker opplever, ikke er nok til å anses som et brudd, kan den være en relevant vurderingsfaktor i samband med andre momenter i en asylsak¹¹⁴. Det følger av UNHCR handbook at i tilfeller hvor omfanget av diskriminering i seg selv ikke er av det omfang at forfølgelse kan konstateres, kan handlingene likevel anses som det ”...*if they produce in mind of the person concerned a feeling of apprehension and insecurity as regards his future existence*”.¹¹⁵

På en annen side, må diskrimineringen kunne knyttes til et av fem grunnlag i bestemmelsen,¹¹⁶ noe som begrenser saksmengden som innebærer diskriminering, og dermed fører til at flere asylsøkere kan være utsatt for grove former for diskriminering, men likevel ikke får flyktningsstatus som følge av det.¹¹⁷

Dersom søkeren hevder å være diskriminert i samfunnet politisk, må vedkommende demonstrere at politikken som praktiseres i landet, har til hensikt å være forfølgende, og kan knyttes til et av fem konvensjons grunnlagene. Dessuten må søkeren kunne bevise at straffen for ikke å innrette seg etter diskriminerende normer er uforholdsmessig i forhold til bruddet¹¹⁸. Videre må

¹¹²AI-2009- 105

¹¹³ Fatin v. Immigration and Naturalization Service

¹¹⁴ Utl. § 29

¹¹⁵ UNHCR Handbook (1992)p. 54-55

¹¹⁶ FK art 1 annet ledd a og Utl. § 28 første ledd a

¹¹⁷ Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

¹¹⁸ Haines (2003) s. 335

søkeren ikke være beskyttet av staten mot diskriminerende normer.¹¹⁹

Kjønnsdiskriminerende normer knytter seg til spørsmålet om ære.

Forventningene skapes ut fra normene, har sin forklaring i at kvinner som tilpasser seg dem, har æren i behold. Brudd på disse resulterer ofte i æresdrap som praktiseres i flere land i Midt Østen og Sør Asia. Kvinner som bryter disse, anses for å ha brakt skam over familien, og må derfor drepes for at familien skal få den tilbake. Problemet med hensyn til overtredelse av slike diskriminerende samfunnsnormer vises først og fremst ved vurderingen av om det foreligger statsbeskyttelse. Dersom normene er lovfestet, er saken klar, men når tilfellet er slik at normene har røtter i kultur, reises problemet om disse diskriminerende normene faktisk eksisterer, og om myndighetene er villige til å gi beskyttelse.¹²⁰

Det spesielle i forbindelse med kjønnsforfølgelse og diskriminering er at utførselen knyttes først og fremst til staten som mislykkes i å gi like tilbud til begge kjønn. Dersom staten begrunner dette i politikk og praksis, er dette likevel en form for diskriminering¹²¹. Ingen begrunnelse er god nok så lenge det ikke er likhet for det. Vernet mot diskriminering er en menneskerettighet¹²², og ethvert brudd på det i samspill med manglende statsbeskyttelse vil utgjøre forfølgelse.

Kjønnsbasert forfølgelse skiller fra andre forfølgelsesformer ved at det fortsetter videre som en kjedereaksjon, hvor en forfølgelsesform utløser andre former for forfølgelse, som en konsekvens av den første. En dominoeffekt. Saken fra Afghanistan nevnes i den forbindelse. Søkeren hadde blitt voldtatt og nærmest forsøkt å bli tvunget til å gifte seg med forfølgeren. Hun ønsket ikke å returnere tilbake til Afghanistan, for det første fordi hun var en singel kvinne i et land, hvor kvinner var avhengige av å ha en mann for å kunne klare seg i samfunnet, men også fordi hun kunne risikere å bli steinet for å ha seksuell omgang med en

¹¹⁹ Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

¹²⁰ Crawley (2001) s. 108-110

¹²¹ UNHCR (2002) A p.15

¹²² EMK art 7

mann utenfor ekteskapet, tross for det faktum at det var tale om en voldtekt.¹²³ Saken viser at voldtekt som var å anse som forfølgelse kan føre til dødsstraff på grunn av utroskap.

Kjønnsrelatert vold

Kjønnsrelatert vold er et begrep som skiller andre voldstyper fra voldstyper som er spesielt rettet mot kjønn. Det er handlinger rettet mot både biologiske aspektet av å være en kvinne, og kjønnsrollen¹²⁴. Kjønnsrelatert vold kan både ha fysisk, psykisk og seksuell form for mishandling. Klare eksempler på det er voldtekt, seksuell mishandling, psykisk mishandling, fysisk mishandling, seksuell trakassering, tvangsprostitusjon og ydmykelske¹²⁵.

Disse voldstypene kan i utgangspunktet knyttes til begge kjønn, og kan ikke anses å være forfølgelsesformer knyttet til kvinner alene. Likevel viser erfaring at kvinner er den mest utsatte gruppen. Forklaringen finnes i samfunnsstrukturen, og igjen samfunnets diskriminerende praksis overfor for ulike kjønn. Når kvinner har begrenset tilgang til ressurser og færre rettigheter enn menn, blir de automatisk dårligere stilt. UNHCR skriver i sine retningslinjer at diskriminering mellom kjønn er opphavet til kjønnsrelatert vold.¹²⁶ Når gapet mellom kjønnene er så stor i samfunnet, påvirker det automatiske samhandlingen mellom kjønn i det private livet også.

UNHCR skiller i sine retningslinjer mellom ”sexual violence” og ”genderbased violence”.¹²⁷ Dette er likevel etter mitt syn irrelevant, da begge voldstypene knytter seg mot kvinner, og et skille mellom disse er unødvendig for en videre

¹²³ United Kingdom: Asylum and Immigration Tribunal/Immigration Appellate Authority, NS (Social Group - Women - Forced marriage) v. Secretary of State for the Home Department, [2004] UKIAT 00328, 30 December 2004.

¹²⁴ UNHCR Guidelines (2003) s. 10

¹²⁵ UNHCR Guidelines (2003)s. 16- 17

¹²⁶ UNHCR Guidelines (2003) s. 21.

¹²⁷ UNHCR Guidelines (2003) s. 15-18

framstilling av tema, spesielt med tanke på at begge typene er former for kjønnsrelatert vold.¹²⁸

UNHCR definerer voldtekt som; ” *The invasion of any part of the body of the victim or of the perpetrator with sexual organ, or of the anal or genital opening of the victim with any object...* ”.¹²⁹ Voldtekt innebærer grusom påkjennelse for kvinner, og åpner samtidig opp for nye forfølgelsesmetoder. Kvinner som har blitt utsatt for voldtekt, er ikke bare ofre for en grusom handling, men blir i flere sammenhenger utestengt fra sitt lokalsamfunn som følge av den. Et eksempel som illustrerer dette er den tidligere nevnte saken om kvinnelig asylsøker fra Afghanistan.¹³⁰

Familievold er en allmenn kjent kjønnsbasert form for mishandling, og har reist flere tolkningsproblemer i forhold til om den faktisk utgjør forfølgelse i det hele tatt. Forklaringen ligger i at den utledes i den private sfæren, og derfor ikke egnet for statsregulering i utgangspunktet.¹³¹ Dette ble delvis støttet av Lord Hoffman i Shah og Islam, hvor retten kom fram til at familievold ikke utgjør forfølgelse alene, men i tilfeller hvor staten ikke er villig til å gi beskyttelse til kvinnene, vil det likevel utgjøre forfølgelse.¹³²

Seksuell mishandling innebærer faktisk eller truende seksuell tilnærming, og påtvunget eller ikke passende berøring.¹³³ Seksuell trakassering innebærer ” *Any unwelcome, usually repeated and unreciprocated sexual advance, unsolicited*

¹²⁸ UNHCR Guidelines (2003) s. 10

¹²⁹ UNHCR Guidelines 2003s.16

¹³⁰ United Kingdom: Asylum and Immigration Tribunal/Immigration Appellate Authority, NS (Social Group - Women - Forced marriage) v. Secretary of State for the Home Department, [2004] UKIAT 00328, 30 December 2004.

¹³¹ Goodwin-Gill (2007)s. 81

¹³² Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

¹³³ UNHCR Guidelines (2003)s.16

*sexual attention, demand for sexual access or favours, sexual innuendo or other verbal or physical conduct of a sexual nature, display of pornographic material... ”.*¹³⁴

Fysisk mishandling kan være sparking, slåing, biting, brenning, drap og andre former for vold som kan føre til fysisk onde. Den kan forekomme alene eller i samband med andre mishandlingsformer¹³⁵.

En annen type kjønnsrelatert vold er kjønnslemlestelse av jenter.

Kjønnslemlestelse er et overgrep knyttet til søkerens kjønns identitet med andre ord det biologiske aspektet av å være en kvinne. Overgrepet utføres først og fremst på unge jenter i puberteten, men også på voksne kvinner som ikke har blitt utsatt for det tidligere, og har vært praktisert i over 2500 år i flere land på bakgrunn av myter om at klitoris er et aggressivt organ som kan true det mannlige organet, og kan være farlig under fødsel,¹³⁶ har ført til at flere jenter utsettes for denne type ritual hver eneste dag.

Kjønnslemlestelse utføres på forskjellige måte. Den innebærer enten full eller delvis eliminering av det kvinnelige kjønnsorganet. Det er i alt fire typer av kjønnslemlestelse. Den ene typen går ut på fjerning av forhuden og dermed delvis eller total fjerning av klitoris, den andre typen er total fjerning av klitoris og delvis eller hel eliminering av kjønnslepper, den tredje metoden innebærer total fjerning av det ytre kjønnsorgan og delvis eller hel innsnevring av kjønnsleppene slik at disse stenger skjedeinngangen. Den siste metoden går ut på total fjerning av alt ytre kjønnsorgan gjennom skraping, brenning eller gjennomhuling.

Kjønnslemlestelse medfører flere helsefarer da prosedyren gjennomføres ofte i uhygieniske forhold. Andre konsekvenser er kortvarige komplikasjoner som for

¹³⁴ UNHCR Guidelines (2003)s.16

¹³⁵ UNHCR Guidelines (2003)s. 17

¹³⁶ Crawley (2001) s. 177- 178

eksempel sjokk, infeksjon, men også fatale konsekvenser, eksempelvis problemer med gå på do, komplikasjoner under fødsel, problemer i forbindelse med menstruasjon, kroniske vaginale smerter, infertilitet og psykiske problemer.¹³⁷

Kjønnslemlestelse reiser flere menneskerettslige problemstillinger, eksempelvis retten til reproduktivitet, retten til liv¹³⁸ og helse, og ikke minst brudd på vern mot umenneskelig og nedverdiggende behandling.¹³⁹

Hvorvidt kjønnslemlestelse er forfølgelse ble besvart i Kasinga- saken. Kasinga var en ung togolesisk kvinne som hadde søkt asyl i USA fordi hun fryktet kjønnslemlestelse dersom hun ble sendt tilbake til Togo, hvor kjønnslemlestelse var et vanlig ritual blant jenter på hennes alder. Retten besvarte spørsmålet med at kjønnslemlestelse utgjør forfølgelse. Rettet la spesielt vekt på måten kjønnslemlestelse blir utført i Togo, utgjør forfølgelse.¹⁴⁰

Av forarbeidene til utlendingsloven går det fram at ”...*kjønnslemlestelse vil alltid utgjøre et alvorlig tilfelle av forfølgelse.*”¹⁴¹, men det ikke er selve handlingen som utgjør forfølgelse, men tvangen som utøves i forbindelse med overgrepet.¹⁴²

Ettersom kjønnslemlestelse er et ritual som har sitt opphav flere tusen år tilbake i tid, er det ikke alltid like lett å finne forklaringen på hvorfor dette blir praktisert. I fortale til FNs deklarasjon om eliminering av vold mot kvinner går det fram at kjønnsrelatert vold, der i blant kjønnslemlestelse, har sine røtter i ulik maktfordeling mellom kjønn, som har videre “... *have led to domination over and discrimination against women by men and to the prevention of the full*

¹³⁷ Momoh (2005) s.6-9

¹³⁸ EMK art 2

¹³⁹ UNDHR art 5, EMK art 3

¹⁴⁰ Kasinga v. United States Department of Justice Board of Immigration Appeals.

¹⁴¹ Ot.Prp. nr. 75

¹⁴² Ot.Prp. nr. 75

*advancement of women, and that violence against women is one of the crucial social mechanisms by which women are forced into a subordinate position compared with men.. ”*¹⁴³

Menneskehandel og Tvangsprostitusjon

Menneskehandel og tvangsprostitusjon er to forfølgelsesformer, av samme utspring som knytter seg til begge kjønn, men hovedsakelig til kvinner og barn.

UNHCR har utarbeidet en protokoll som skal forhindre, straffe og undertrykke mennesker som bidrar til menneskehandel som forplikter i fortalen stater til ”...*prevent and combat trafficking in persons, especially women and children, requires a comprehensive international approach in the countries of origin, transit and destination that includes measures to prevent such trafficking, including by protecting their internationally recognized human right.* ”¹⁴⁴

Menneskehandel defineres i protokollen som ”... *the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs.. ”*¹⁴⁵

¹⁴³ Declaration on the Elimination of Violence against Women (1993)

¹⁴⁴ UN Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing, the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (2000)

¹⁴⁵ UN Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing, the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (2000)

Artikkel 3 bokstav a

Menneskehandel omfatter ikke kun tvangsprostitusjon, men også handel med menneske organer, og med hensikt på å selge levende arbeidskraft.

Handliner som fører til forfølgelse i tilfeller hvor det er tale om menneskehandel er, eksempelvis fysisk mishandling, voldtekt, tvangsprostitusjon, tvangsarbeid, fjerning av organer, sult og deprivasjon av medisinsk behandling.¹⁴⁶ Det følger av UNHCR retningslinjer at det er viktig å se handlingene sammenhengende, og ikke hver for seg da disse utføres både innen for landets grenser og i utlandet.¹⁴⁷

Det spesielle med menneskehandel som forfølgelsesform, er at den ofte innebærer andre forfølgelsesformer som dukker opp i etterkant av selve hovedhandlingen, eksempelvis i tilfeller hvor søkeren har brutt med menneskehandelsmiljøet, og bakmenn ønsker å ta hevn på vedkommende eller på dets familiemedlemmer.¹⁴⁸ Videre kan ofrene møte sanksjoner fra lokalsamfunnet gjennom diskriminering eller straff som kan karakteriseres som forfølgelse.¹⁴⁹ Denne formen for forfølgelse viser igjen, at kjønnsforfølgelse har en dominoeffekt, hvor forfølgeshandlingen fortsetter og utvikler seg til andre handlinger, som kan karakteriseres som forfølgelse, slik som tidligere konstatert i tilfeller hvor det er tale om diskriminering som forfølgelsesform.

I UNHCR guidelines beskrives tvangsprostitusjon som blant annet ”...a form of torture and cruel, inhuman or degrading treatment.”¹⁵⁰ Dette er en ordrett henvisning til både TK art 3 og EMK art 3, slik at det på den måten trekkes det en sammenheng mellom tvangsprostitusjon og forbudet mot tortur.

I TK art 1 første led, er tortur definert følgende ”... any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is

¹⁴⁶ UNHCR Guidelines (2006) p. 15

¹⁴⁷ UNHCR Guidelines (2006)p. 10

¹⁴⁸ UNHCR Guidelines (2006) p.17

¹⁴⁹ UNHCR Guidelines (2006) p.18

¹⁵⁰ UNHCR Guidelines (2002) A p. 18

*suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind... ”.*¹⁵¹

Tvangsprostitusjon er en form for grov mishandling oftest utført mot kvinner i noen tilfeller med døden til følge¹⁵². Handlingen innebærer ikke kun ren prostitusjon, men også handlinger utført av bakmenn forut for selve prostitusjonen, eksempelvis voldtekt, penetrering og fysisk mishandling¹⁵³, som videre kan føre til fysisk og psykisk smerte for den det går ut over. I tillegg utsettes ofre for tvangsprostitusjon ofte for nye former for forfølgelsen når de forlater menneskehandelsmiljøet. Dette i form av hevn på dem selv eller på deres familie¹⁵⁴.

Det kan bakgrunn av definisjonen og UNHCR guidelines konstateres at tvangsprostitusjon kan utgjøre tortur, og er derfor brudd på en menneskerettighet.

Den kan karakteriseres som en form for tortur og nedverdiggende og umenneskelig behandling i henhold til EMK art 3 og TK art 3¹⁵⁵ samt begrenset adgang til fri bevegele og livsutfoldelse for personer som blir utsatt for den type handlinger¹⁵⁶.

En form for tortur og nedverdiggende og umenneskelig behandling i den grad ofrene blir fysisk tvunget til prostitusjon, slått og i utsatt for brutale voldtekter av bakmenn.

Tvangsprostitusjon kan sammenliknes med slaveri dersom det er gjort mot søkerens vilje, og kan kvalifiseres som brudd på menneskerettighet om forbudet mot slaveri. Dermed er det ikke noe tvil at menneskehandel er forfølgelse.

¹⁵¹ TK art 1 første ledd

¹⁵² UNHCR Guidelines (2002) A p. 18

¹⁵³ UNHCR Guidelines (2002) A p. 18

¹⁵⁴ UNHCR Guidelines (2002) A p. 18

¹⁵⁵ EMK art 3

¹⁵⁶ UNHCR (2002) A p.18

Problemet som reises ved tale om flyktningsstatus i forbindelse med menneskehandel er, når det skal vurderes hvilket land søkeren eventuelt skal sendes tilbake til dersom vilkårene i FK art 1 annet ledd bokstav a ikke er oppfylt. Ettersom ofre for menneskehandel blir transportert over landegrenser, og i flere tilfeller er lurt inn i miljøet, reises spørsmålet i forhold til om de faktisk forlot hjemlandet som følge av forfølgelsen. Dette er ikke alltid riktig. I henhold til UNHCR retningslinjer er dette irrelevant ved vurdering av flyktningsstatus; ”*The requirement of being outside one’s country of origin does not, however, mean that the individual must have left on account of a well-founded fear of persecution*”.¹⁵⁷ Det relevante er hvor forfølgelsehandlingen har funnet sted, ikke om vedkommende forlot hjemlandet på grunn av forfølgelsen.

Forfølgelsen er ofte knyttet til en en gangs hendelse, og fortsetter ikke alltid i fremtiden¹⁵⁸, noe som gjør det problematisk å forene med ordlyden i FK, da denne henviser til framtidig forfølgelse. Likevel kan personer som har vært ofre for menneskehandel anses å være forfulgt dersom ”...*there are compelling reasons arising out of previous persecution, provided the other interrelated elements of the refugee definition are fulfilled*.”¹⁵⁹ Dette kan anses som et unntak til hovedregelen om framtidig forfølgelse etter flyktningsdefinisjonene, som anvendes kun i tilfeller hvor opplevelsene søkeren har opplevd i fortiden er så sterke at alle forhold taler i retning av at det ikke vil være forsvarlig å sende vedkommende tilbake¹⁶⁰.

I ICC- statuttene anses flere av de foran nevnte kjønnsrelatert voldshandlinger som kriminelle handlinger mot menneskeheten. Blandt voldtekt nevnes også ”... (c) *Enslavement, (d) Deportation or forcible transfer of population,*

¹⁵⁷ UNHCR Guidelines (2006) p.25

¹⁵⁸ UNHCR Guidelines (2006) p. 16

¹⁵⁹ UNHCR Guidelines (2006) p.16

¹⁶⁰ UNHCR Guidelines (2006) p. 16

(e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law, (f) Torture, (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization or any other form of sexual violence of comparable gravity...¹⁶¹. På den måten gjøres flere kjønnsrelaterte voldshandlinger til også kriminelle handlinger i henhold til internasjonal rett.

Tvangsekteskap

Tvangsekteskap kan rettes mot begge kjønn, og er en grov krenkelse av individets bestemmelsesrett og frihet. Den kjennetegnes ved at en eller begge personers blir truet med vold eller andre former for ubehag for å inngå ekteskap. Dette avhenger selvfølgelig av tilfellet.

Tvangsekteskap skilles fra arrangert ekteskap, hvorav tvangsekteskap er basert på at partene som gifter seg ikke har rett til å uttale seg, og gi uttrykk for sin mening, mens arrangert ekteskap krever samtykke fra begge partene.¹⁶²

Tvangsekteskap anses som brudd på menneskerettigheter i flere FN konvensjoner, og det finnes flere definisjoner av hva som menes med tvangsekteskap i en rekke rettsinstrumenter. Undersøkelser utført av en flere ikke- statlige organisasjoner, såkalte Non- Governmental Organizations, i Europa, viser at problemer er svært utbredt i innvandringsfunn, og at tvangsekteskap er porten til flere andre former for kjønnsbasert vold¹⁶³, dermed også forfølgelse.

Friheten til å gifte seg, eller la være å gjøre det er lovfestet i UDHR art 16 annet ledd; ” *Marriage shall be entered into only with the free and full consent of the intending spouses* ”. Andre konvensjoner som forbyr tvangsekteskap er dessuten

¹⁶¹ ICC statue art 7

¹⁶² Gill, Anitha (2011)s. 27

¹⁶³ Gill, Anitha (2011)s. 5

CEDAW og Barnekonvensjonen som forbyr tvangsekteskap av mindreårige¹⁶⁴.

Tvangsekteskap kan også anses som brudd på EMK art 3 da forbudet mot tortur omfatter alvorlig fysisk og mental lidelse. Videre fører tvangsekteskap til berøvelse av frihet¹⁶⁵ altså retten til å bestemme fritt over hvem man skal gifte seg med, og kan sammenliknes med slaveri¹⁶⁶.

I hvilket omfang tvangsekteskap utgjør brudd på EMK, beror på påfølgende hendelser etter et inngått giftemål. I situasjoner hvor det resulterer i fysisk, psykisk eller emosjonell mishandling kan det være nok til å anses som brudd.¹⁶⁷ Det følger også av forarbeidene til utlendingsloven at ”*Tvangsekteskap er en alvorlig form for overgrep som innebærer en grov krenkelse av individets frihet. Dersom søkeren ikke har noen mulighet for å motsette seg inngåelsen av ekteskapet, står man overfor et klart tilfelle av forfølgelse*”¹⁶⁸. Det avgjørende er derfor om tvangen som utøves er av den art at forfølgelse kan konstitueres. Hvor det er tale om en risiko for fysisk avstraffelse eller drap, vil dette være nok.

Tvilen i forhold til om tvangsekteskap utgjør forfølgelse vises i tilfellet hvor søkeren blir straffet ved å bli utestengt fra samfunnet eller familien. I henhold til forarbeidene vil dette ikke være nok til å utgjøre forfølgelse¹⁶⁹, men er likevel en viktig faktor som må ses i sammenheng med andre subjektive elementer i saken.

Tiltross for at tvangsekteskap ikke er en ren kjønnsrelatert forfølgelse, vil den likevel i særlige tilfeller skape flere problemer for kvinner enn menn i samme situasjon. Dette spesielt i land som praktiserer en kvinne diskriminerende politikk¹⁷⁰, hvor kvinner er avhengige av menn for å klare seg i samfunnet.

¹⁶⁴ Gill, Anitha (2011)s. 6

¹⁶⁵ Gill, Anitha (2011)s. 7

¹⁶⁶ Gill, Anitha (2011)s. 7

¹⁶⁷ Gill, Anitha (2011) s. 72-73

¹⁶⁸ Ot.prp.nr. 75

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 75

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 75

I følge Gill begrunnes tvangsekteskap som kjønnsbasert vold av to grunner; for det første utgjør kvinner og jenter et flertall på 85% , og den andre grunnen er innflytelsen det har på det kvinnelige kjønn da kvinner er mer utsatt for voldtekt, seksuelt misbruk, og vold som følge av tvangsekteskap, enn menn er. Tiltross for at boken er basert på undersøkelser fra Storbritannia, stemmer dette med flere andre tilfeller hvor tvangsekteskap er blitt utført.¹⁷¹ Dette støttes videre av forarbeidene til loven, hvor det åpnes for at tvangsekteskap kan regnes som kjønnsbasert forfølgelse, og at i tilfeller hvor en kvinne utsettes for inngrepet, vil hun få særlige problemer med å få beskyttelse i hjemlandets myndigheter. Det vil da i tilfellet oppfylle kravet om årsakssammenheng mellom forfølgelsen og flyktningsgrunnlag.¹⁷²

Tvangssterilisering

Denne typen for forfølgelse er spesiell i den forstand at det er staten som er forfølgelsesaktøren her, til sammenlikning med de andre forfølgelsesformene. Tvangssterilisering er spesielt utbredt i Kina, hvor ett barns politikk blir praktisert. Kvinner som har flere barn, blir tvangssterilisert av myndighetene for å praktisere denne politikken.

Tvangssterilisering er et klart brudd på menneskerettigheter, og dermed forfølgelse. En sak som belyser hvordan tvangssterilisering kan utgjøre forfølgelse er Cheung v. Canada. Cheung hadde sluttet å anvende prevensjonsmiddel som følge av komplikasjoner i forbindelse med menstruasjon, og hadde som følge av dette måtte tatt 3 aborter i løpet av en periode på to år. Da hun ble gravid 4. gangen, bestemte hun seg for å skjule barnet. Fra før hadde hun en sønn¹⁷³. Spørsmålet i saken var om sterilisasjon Cheung ville bli utsatt for dersom hun ble returnert til Kina, utgjorde forfølgelse.

¹⁷¹ Gill Aisha K., Anitha Sundari ” Forced Marriage, Introducing a social justice and Human Rights Perspective” (2011) side 38

¹⁷² Ot.prp. nr 75

¹⁷³ Cheung v. Canada

Retten besvarte dette med at tvangssterilisering utgjør brudd på UNDHR art 3 og 5, og er i tillegg ”... a serious and totally unacceptable violation of her security of the person. Forced sterilization subjects a woman to cruel, inhuman and degrading treatment.”.¹⁷⁴Videre sammenliknet retten sterilisering med tilfeller hvor barnet faktisk ble født, men drept som følge av politikken, noe som klart ville konstatere forfølgelse. På bakgrunn av det kom han frem til at tvangssterilisering er et klart brudd på menneskerettigheter, og dermed forfølgelse¹⁷⁵.

3.1.1.2 Bakgrunn for kjønnsforfølgelse

UN declaration on the Elimination of Violence against women begrunner kjønnsforfølgelse i følgende faktorer; “...is a manifestation of historically unequal power relations between men and women, which have led to domination over and discrimination against women by men and to the prevention of the full advancement of women, and that violence against women is one of the crucial social mechanisms by which women are forced into a subordinate position compared with men...”¹⁷⁶. Ut fra fortalen kan det slutes at at kjønnsforfølgelse har sitt opphav i en mannsdominerende historie som har automatisk tvunget kvinner i en mer utsatt posisjon enn menn.

Dette argumentet støttes av Crawley i hans bok ”Refugee and Gender law and Process”, hvor han skriver at hovedproblemet er ikke det at kjønn ikke er uttrykkelig nevnt, men heller det faktum at tolkningen av konvensjonen har vært mannsdominert, og på den måten skjøvet fokus bort fra kjønnssensitive saker.¹⁷⁷ Argumentet støttes videre av UNHCR Guidelines, hvor det går uttrykkelig fram at tiltross for at kjønn ikke er nevnt som flyktningsgrunnlag, har det alltid vært et allment akseptert prinsipp at konvensjonen omfatter den type forfølgelse som

¹⁷⁴ Cheung v. Canada

¹⁷⁵ Cheung v. Canada

¹⁷⁶ UN declaration on the Elimination of Violence Against Women (1993)

¹⁷⁷ Crawley (2001)s.35

kvinner utsette for, og derfor vil en riktig tolkning av FK omfatte kjønnsrelaterede saker.¹⁷⁸

I likhet med andre forfølgelsestyper, er kjønnsforfølgelse brudd på ulike menneskerettigheter. Skadene som påføres en kvinne som følge av for eksempel kjønnslemllestelse, vold eller tvangsekteskap er av både psykisk, fysisk og seksuelt art, og det må ut fra faktum konstateres at det i alle tilfeller vil foreligge et brudd på menneskerettigheter, som medfører til forfølgelse.

Det spesielle når man taler om forfølgelse er at handlinger som utføres, ikke alltid har til hensikt å skade vedkommende, men heller å hjelpe eller helbrede vedkommende handlingen rettes mot.

Spørsmålet som reises i den forbindelse er om handlingen som påfører onde, kan karakteriseres som forfølgelse, selv om hensikten med den ikke er det? Dette ble besvart i avgjørelsen *Pitcherskaia v. United States*. Søkeren her var av russisk opprinnelse. Hun hadde søkt asyl i USA da hun hadde blitt forfulgt i Russland som følge av hennes homofile legning. Hun hadde blant annet vært innlagt på psykisk institusjon og behandlet med elektroshokk. Hensikten med behandlingen var å kurere henne fra homofili. Tolkningsspørsmålet som ble reist var om innleggelsen og behandlingen kunne konstituere forfølgelse, da motivet ikke var å påføre henne smerte eller onde, men å kurere henne. Retten anførte at tross for at mange asylsaker handler om å påføre søkeren et onde, foreligger det ikke noe krav om at motivet skal nettopp være det for å kunne konstituere forfølgelse.¹⁷⁹

Fra *Pitcherskaia vs. United States* kan det sluttet at forfølgerens intensjon er derfor ikke avgjørende om det faktisk kan være tale om forfølgelse. Det viktigste er om det foreligger brudd på en grunnleggende rettighet, og hvordan søkeren

¹⁷⁸ UNHCR (2002) A p. 6

¹⁷⁹ *Pitcherskaia v. United States*

opplever situasjonen. Igjen en subjektiv vurdering av om frykten er velbegrunnet.

En annen sak som reiser samme type problem er saken *Shoefra vs. Immigration and Naturalization Service*. Saken dreier seg om en etiopisk jente som ble voldtatt av sin arbeidsgiver. Det rettslige spørsmålet som ble reist i saken var om hun hadde blitt voldtatt som følge av at hun tilhørte en minoritetsgruppe eller fordi forfølgeren fant henne attraktiv. Retten kom fram til at uansett hvilken motivasjon forfølgeren måtte hatt, hadde ikke betydning for saken, og uttalte følgende; ” *That Belay might have had more than one motivation for raping Shoefera does not in itself defeat her asylum claim* ”¹⁸⁰. Det relevante med andre ord er ikke hva forfølgeren tror om den han forfølgeren, men hvordan vedkommende som blir utsatt for det, opplever forfølgelsen.

Hva anses å være forfølgelse, beror på en konkret vurdering av fremlagte fakta. Både kvinner og menn kan bli utsatt for kjønnsrelatert forfølgelse, men det er likevel ofte tilfellet at kvinner blir utsatt for andre typer forfølgelse enn menn. Det er ingen tvil i verken menneskerettighetskonvensjoner eller internasjonal kriminal rett, at handlinger som kjønnsrelatert vold, kjønnslemlestelse, tvangsprostitusjon og andre handlinger som påfører en ubeskrivelig smerte anses for å være forfølgelse uavhengig av hvem som står bak dem¹⁸¹, og hvilken motivasjon de måtte hatt.

¹⁸⁰ *Shoefera v. Immigration and Naturalization Service*

¹⁸¹ UNHCR (2002) A p. 9

3.1.1.2.1 Kan forfølgelse begrunnes i kultur eller politikk?

Forfølgelsesformer som tvangsekteskap, kjønnslemlestelse eller diskriminering har sine røtter langt tilbake i hundreårs praksis med grunnlag i religion og kultur, men også i politikk. Spørsmålet som stilles i den forbindelse er derfor om disse handlingene kan forklares ut fra kulturrelativistiske eller politiske grunner, og derfor ikke utgjør forfølgelse?

I henhold til retningslinjene utarbeidet av departementet, er dette irrelevant med hensyn til hvorvidt overgrepet i seg selv er å betrakte som forfølgelse.¹⁸² Dette støttes videre av Haines, som sier at forfølgende handlinger ikke kan ignoreres når disse strider mot grunnleggende menneskerettigheter. En forklaring at disse utføres av kulturelle, religiøse eller tradisjonelle grunner, vil ikke være holdbar.¹⁸³

I Kina blir kvinner tvangssterilisert dersom de har fått flere enn ett barn. Dette som et forsøk på å opprettholde ett- barns politikk i landet. Handlingen har ikke til hensikt å skade kvinnen, men praktiseres ut fra befolkningsregulerende grunner.

Spørsmålet om tvangssterilisering er forfølgelse ble besvart i *Cheung v. Canada*, hvor retten besvarte med at handlingen er forfølgelse uansett hvilken begrunnelse for dette forfølgeren måtte komme med; ” *Cloaking persecution with a veneer of legality does not render it less persecutory. Brutality is furtherance of a legitimate end is still brutality* ”.¹⁸⁴ Saken er videre et eksempel på tilfeller hvor staten er forfølgelsesaktøren, og beskyttelse fra myndighetene vil ikke være aktuell.

3.1.1.2.2 Kvinner som ”spesiell sosial gruppe”

¹⁸² AI- 2009-105

¹⁸³ Haines (2003)s. 333

¹⁸⁴ *Cheung v. Canada*

For at søkeren skal kunne få status som flyktning, må hun vise at forfølgelsen skyldes enten på grunn av rase, religion, nasjonalitet, politisk oppfatning eller medlemskap i en spesiell sosial gruppe.¹⁸⁵

”Medlemskap i en spesiell sosialgruppe” er det grunnlaget i konvensjonen som har fått mest oppmerksomhet, og er samtidig det grunnlaget som det legges stort vekt på i rettspraksis. *Travaux preparatoires* gir ingen svar på hva som skal legges i begrepet.¹⁸⁶

Sosialgruppe kan etter sin ordlyd omfatte alle typer mennesker som har noe til felles. Ettersom ordlyden i konvensjonen er vag, og det ikke finnes en konkret liste over hva som skal anses for å være en spesiell sosial gruppe, må tolkningen bero på ” *an evolutionary manner, open to the diverse and changing nature of groups in various societies and involving international human rights norms.* ”¹⁸⁷.

Selv om begrepet sosialgruppe har hatt et vidt omfang av tolkningsmuligheter objektivt sett, har det aldri vært hensikten at den skulle fange opp flyktninger som ikke kan påberope seg andre grunnlag for flyktningsstatus¹⁸⁸. Meningen med sosialgruppe, var å inkludere forskjellige og uspesifiserte tilfeller for forfølgelse. Den har aldri hatt hensikt å fungere som en siste utvei. Nøkkelen i riktig tolkning ligger i å finne en mellomting mellom hensynet til beskyttelse og flyktningspolitiske hensyn.¹⁸⁹

Goodwin- Gill skriver i sin bok at en fullstendig definisjon hadde vært umulig og lite praktisk. Videre hevder han at ved tolkningen av begrepet, burde man legge vekt på faktorer som for eksempel etnisitet, kultur, utdanning, familie og bakgrunn, og måten myndighetene opptrer overfor gruppen i samfunnet.¹⁹⁰

¹⁸⁵ FK art 1 annet ledd bokstav a, Utl. § 28 første ledd bokstav a

¹⁸⁶ Goodwin-Gill (2007)s. 74

¹⁸⁷ UNHCR (2002)A p. 3

¹⁸⁸ Ot. Prp. nr. 75

¹⁸⁹ NOU 2004:20

¹⁹⁰ Goodwin-Gill (2007) s. 75

I henhold til utlendingsloven kan en gruppe kvalifiseres som en spesiell sosial gruppe dersom den blir oppfattet som det i samfunnet, og den må ha noe tilfelles utover faren for å bli forfulgt. Med andre ord skapes ikke gruppen på grunn av at personene blir forfulgt, men den er en gruppe, og blir forfulgt nettopp fordi den er en. Dessuten må medlemmene av gruppen ha karakteristikk tilfelles som enten er iboende i dem eller uforanderlige, og disse ikke kan forventes av medlemmene å endre på¹⁹¹.

UNHCR har en liknende definisjon, men har i tillegg et vilkår om at gruppen skal ; ” ” *...a particular social group is a group of persons who share a common characteristic other than their risk of being persecuted...* ”¹⁹² Gruppen skal med andre ord ha like fellestrekk som viser at de er en gruppe, men faktum at de blir forfulgt ikke skal være det eneste de har tilfelles. De skal med andre ord ikke være forfulgt fordi de er en gruppe som forfølges, men selve faktum at de er en gruppe forut for forfølgelsen.

Det foreligger lite norsk rettspraksis på området, og tema er derfor preget av praksis fra anglo amerikansk rettstradisjon, hvor to teser har spesielt skilt seg ut. Den første tesen er ”Protected- characteristic”- tesen, som går ut på at søkeren har egenskaper som er så fundamentale at de ikke bør forventes å forandres. ” Social perception”-tesen, knytter seg til hvordan omgivelsene oppfatter søkeren, om søkeren skiller seg ut fra andre mennesker i samfunnet vedkommende lever i¹⁹³. Begge tesene ble lagt til grunn i Shah og Islam saken, ved avgjørelse av om pakistanske kvinner utgjør en spesiell sosial gruppe¹⁹⁴.

I Norge tolkes begrepet sosial gruppe i samsvar med EU- statusdirektivene art 10¹⁹⁵, hvor sosial gruppe er ”... a group shall be considered to form a particular

¹⁹¹ Utl. § 30 d

¹⁹² UNHCR (2002) B p. 29

¹⁹³ NOU 2004:20

¹⁹⁴ Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

¹⁹⁵ Ot.Prp nr 75

*social group where in particular:— members of that group share an innate characteristic, or a common background that cannot be changed, or share a characteristic or belief that is so fundamental to identity or conscience that a person should not be forced to renounce it, and that group has a distinct identity in the relevant country, because it is perceived as being different by the surrounding society... ”.*¹⁹⁶

Ut fra definisjonen kan det utledes at den er et samspill av den tidligere nevnte. ”Social perception”- tesen og ”Protected characteristics”- tesen. Det er da i den forbindelse to spørsmål som må stilles ved avgjørelse av om det foreligger en spesiell sosial gruppe; om søkeren har spesielle trekk som skille vedkommende ut fra mengden, og hvordan samfunnet oppfatter søkeren.

Dersom tilfellet likevel skulle være at en person som påberoper seg medlemskap i en spesiell sosial gruppe som grunnlag for flyktningsstatus, men verken kan bevise at personen har fundamentale karakteristikk eller uforanderlige egenskaper, må det vurderes om vedkommende likevel tilhører en gruppe mennesker som klart skiller seg fra resten i samfunnet vedkommende lever i.¹⁹⁷

Det er også viktig å nevne i den forbindelse at personer som søker om flyktningsstatus på ett av grunnlagene, ikke er automatisk utelukket fra å kunne påberope seg andre grunnlag i tillegg. Det vil si at en søker kan ha flere grunnlag for sin flyktningsstatus da grunnlagene i konvensjonen og utlendingsloven er eksklusive.¹⁹⁸

I hvilken grad kvinner anses som en sosialgruppe foreligger det ingen konkret svar på. Prinsippet mot diskriminering er likevel lovfestet i internasjonalrett, slik at det i utgangspunktet ikke burde være problematisk å tolke kjønn som

¹⁹⁶ Council Directive 2004/83/ EC art 10 bokstav d

¹⁹⁷ UNHCR (2002) B p. 13

¹⁹⁸ UNHCR (2002) A p. 4

grunnlag for flyktningsstatus¹⁹⁹, eksempelvis i International Covenant on Civil and Political Rights av 23 mars 1976 (ICCPR); ” *All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law* ”²⁰⁰.

Dette støttes videre i UNDHR art 2 som forbyr forskjellsbehandling i forhold til menneskerettigheter: “*Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty*”²⁰¹. Derfor ville en utelukkelse av kvinner fra flyktningsstatus etter FK, være brudd på menneskerettigheter.

Dessuten tilsier en riktig og hensiktsmessig tolkning av konvensjonen at den må forstås slik at både kvinner og menn gis like rettigheter i forhold til den. Derfor er et skille mellom kjønn mot konvensjonens hensikt.²⁰².

Andre del av EU statusdirektivets definisjon av sosial gruppe, nevner uttrykkelig at kvinner kan utgjøre en spesiell sosial gruppe i tilfellet hvor de blir utsatt for kjønnsrelatert forfølgelse;” *depending on the circumstances in the country of origin, a particular social group might include a group based on a common characteristic of sexual orientation. Sexual orientation cannot be understood to include acts considered to be criminal in accordance with national law of the Member States: Gender related aspects might be considered, without by themselves alone creating a presumption for the applicability*

¹⁹⁹ Goodwin- Gill (2007) s.81

²⁰⁰ ICCPR art 26

²⁰¹ UNDHR art 2

²⁰² Haines (2003) s 323

*of this Article...*²⁰³

Siden kvinner ofte blir utsatt for andre forfølgelsesformer enn menn, og settes i en svakere stilling på grunn av normene i samfunnet, burde det i utgangspunktet ikke være vanskelig å skille dem fra resten av samfunnet, men hvorvidt de blir forfulgt nettopp fordi de er kvinner, er vanskelig å si. Goodwin-Gill skriver i sin bok at kvinner blir voldtatt ”...because of their politics, but they are also raped because they are women and because rape inflicts a particular social dignity and promotes a particular structure of male power”.²⁰⁴

Ut fra dette kan det konstateres at kvinner blir utsatt for forfølgelse, herunder voldtekt, fordi det biologiske aspektet tilsier det, noe som videre styrker mannens stilling i samfunnet. Dermed kan kvinner skilles fra resten av samfunnet, og være en spesiell sosial gruppe i tilfeller, hvor de blir utsatt for slike overgrep.

Lovgiveren i Norge har tatt hensyn til kjønsspørsmålet gjennom å nevne konkret eksempel på forfølgelse spesielt knyttet til medlemskap i en spesiell sosialgruppe. Det følger av forarbeidene til utlendingsloven at ”- *kjønnsrelatert forfølgelse, herunder blant annet familievold mot kvinner*”²⁰⁵ anses som en forfølgelsestype som rettes til en spesiell sosialgruppe, i dette tilfellet kvinner. Det er derfor ikke tvil om at kjønn i norsk flyktningsrett skal tillegges vekt ved tolkning av utl. §28 a.

Det er et faktum at flere saker har blitt vurdert uten hensyn til kjønn i tilfeller hvor kjønnssensitiv tolkning likevel burde bli lagt til grunn. Dette fordi rettssamfunnet på området er mannsdominert. Utfordringen har vært at saksbehandlere ikke har klart å identifisere kjønnsaspektet i saker fremlagt av kvinner.²⁰⁶

²⁰³ Council Directive 2004/83/EC art 10 bokstav d

²⁰⁴ Goodwin-Gill (2007) s. 83

²⁰⁵ Ot.Prp nr. 75

²⁰⁶ Haines (2003)s.327

Rettspraksis om tolkning av sosialgruppe er ikke entydig, og det er fortsatt store forskjeller knyttet til hvilke kvinner som skal anses for å omfattes av grunnlaget, og ikke minst hvilke typer forfølgelser kan gjøres gjeldende ved vurdering av om gruppen faktisk eksisterer. I Norge er praksisen svært begrenset. Det er derfor nødvendig å se på rettsavgjørelser fra utlandet for å kunne belyse hvordan kjønn kan være grunnlag for flyktningsstatus. Utenlandsk rettspraksis er relevant for Norge ved tolkning av folkeretten, og det refereres til utenlandske dommer fortløpende i både forarbeidene til utlendingsloven²⁰⁷ samt i rettslitteratur. Utfordringen med sosial gruppe som grunnlag for flyktningsstatus er at den skal være uavhengig av forfølgelsen. Det vil si at kvinner som blir forfulgt skal ha det fellestrekket tilfelles at de er kvinner, ikke faktum at de blir forfulgt av samme grunn. Lord Millett tok stilling til nettopp dette i Shah og Islam-avgjørelsen, og uttalte følgende: ” *It is in my opinion essential to bear in mind that all times that it is not enough for the applicant for asylum to establish that he or she is a member of a particular social group and is liable to persecution. The applicant must also establish that he or she is liable to persecution because he or she is a member of the group. The applicant must be the subject of attack, not for himself or herself alone, but because he or she is one of those jointly condemned in the eyes of their persecutors for possession of the characteristic which is common to the group* ”²⁰⁸.

Siden kvinner har sitt kjønn tilfelles, og derfor kan utgjøre ”en spesiell sosial gruppe”, betyr det at det gjelder alle kvinner? Svaret på dette er selvfølgelig nei. For det første hadde antallet asylsøkeren blitt atskillig høyere, dersom grunnlaget sosial gruppe åpnet for flyktningsstatus til alle kvinner som var utsatt for alvorlig skade eller forfølgelse, for det andre er ikke kvinner en sammenhengende gruppe i den forstand, og for det tredje inneles kvinner

²⁰⁷ Haines (2003)s.327

²⁰⁸ Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

innenfor hvert land i undergrupper²⁰⁹ alt etter hvilken klasse de tilhører. Derfor hadde det også vært mot sin hensikt å ta alle kvinner under samme kam, og anse dem som en spesiell sosial gruppe, også i forhold til det motsatte kjønn. Ved avgrensning av hvem som tilhører den spesiell sosiale gruppen, er det nødvendig å se på hva som skiller kvinner som blir forfulgt fra andre kvinner innenfor samme samfunn.

I henhold til Goodwin-Gill vil eksistensen av en sosialgruppe derfor være avhengig av andres meninger og oppfatninger, og hvordan myndighetene opptrer overfor gruppen.²¹⁰ Dette er nok en riktig tolkning av tema, da kvinner ikke selv definerer seg som en spesiell sosial gruppe, men blir tildelt den kategorien som følge av behandlingen de får. Derfor er det viktig å avgrense noen typer kvinner fra resten i tilfeller hvor kvinner vurderes som medlemmer av en spesiell sosial gruppe. Et eksempel på dette ble gjort i rettsavgjørelsen Shah og Islam.

I saken Shah og Islam ble det tatt stilling til om kvinner i Pakistan kunne utgjøre en spesiell sosial gruppe. Saken gjaldt to voksne kvinner som hadde blitt mishandlet fysisk av sine ektemenn. Begge hadde rømt til England, og søkt asyl. Det rettslige spørsmålet som ble vurdert var om disse tilhørte en spesiell sosial gruppe, og kunne få asyl i England²¹¹.

Ved tolkningen av om kjønn i det hele tatt kunne tolkes som grunnlag for asyl, la Lord Steyn spesielt vekt på fortalen i FK²¹² og uttalte følgende: ” *The relevance of the preambles is twofold. First, they expressly show that a premise of the Convention was that all human beings shall enjoy fundamental rights and freedoms. Secondly, and more pertinently, they show that counteracting discrimination, which is referred to in the first preamble, was a fundamental*

²⁰⁹ Crawley (2001)s.73

²¹⁰ Goodwin-Gill (1996)s. 47

²¹¹ Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

²¹² Crawley (2001)s. 36

*purpose of the Convention. That is reinforced by the reference in the first preamble to the Universal Declaration of Human Rights 1948, which proclaimed the principle of the equality of all human beings...*²¹³.

Rettsavgjørelsen er en dissens dom som er svært viktig i den forbindelse, spesielt med tanke på hvordan dommerne fra resymert seg fram til hvordan kvinner i Pakistan kan utgjøre ”en spesiell sosial gruppe”, og hvilke kvinner dette gjelder.

Saken er i utgangspunktet to forskjellige saker som ble behandlet under ett i The House of Lords. Kvinnene hadde tapt i anke domstolen (the Court of Appeal), hvor retten anførte at de ikke konstituerte en sosial gruppe med den begrunnelse at en gruppe må være en sammenhengende og bestå av et vist antall mennesker. Dessuten forelå det et krav om gjensidighet. Slik saken stod for House of Lords, var om disse kvinnene likevel utgjør en sosial gruppe i henhold til FK art 1 annet ledd bokstav a, tiltross for en slik avgjørelse i anke domstolen? Svaret på spørsmålet om det forelå et krav om sammenheng mellom medlemmer for å kunne konstatere en gruppe, ble besvart av Lord Steyn med at sammenhengen kunne brukes som bevis for at det faktisk forelå en gruppe i den forstand, men uttrykket sosial gruppe skulle ikke begrenses til det. Videre vurderte Lord Steyn om kvinner i Pakistan generelt kan utgjøre en sosial gruppe. Lord Steyn tok utgangspunkt i Acosta avgjørelsen, og konstaterte på bakgrunn av summeringen av at en sosial gruppe er en gruppe mennesker som har uforanderlige egenskaper, at kvinner i Pakistan kan utgjøre en spesiell sosial gruppe fordi de alle blir diskriminert i samfunnet, og er uten beskyttelse fra myndighetene.

Ankedomstolen hadde i saken til Islam anført at kravet om at sosial gruppen skulle eksistere uavhengig av forfølgelsen, ikke var oppfylt. Det forelå ingen forenlige faktorer blant medlemmene, utover forfølgelsen.

²¹³ Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

Ettersom kvinner i Pakistan utgjør et stort antall mennesker, kunne ikke sosial gruppe omfatte alle kvinner. Derfor måtte antallet avgrenses ut fra fellestrekkene de kvinnene som faktisk tilhørte en gruppe, hadde. Dette ble gjort ved å avgrense Shah og Islam fra resten av kvinnene i Pakistan. Det var spesielt tre faktorer som ble lagt til grunn av Lord Steyn. Det første var kjønn, neste at begge var mistenkte for utroskap, og uten beskyttelse fra myndighetene i hjemlandet. Til tross for at ankedomstolen hevdet at disse faktorene var knyttet til selve forfølgelsen, og derfor ikke i samsvar kravet til en sosial gruppe, sa Lord Steyn uenig i dette. Lord Hoffman, på sin side, hevdet at ved vurdering av om kvinnene utgjør "en spesiell sosial gruppe", måtte det tas utgangspunkt i hvordan samfunnet ser på kvinnene²¹⁴. Både Lord Steyn og Lord Hope of Craighead tok utgangspunkt i "social perception"-tesen. Ettersom kvinner i Pakistan er diskriminert i samfunnet, måtte de anses for å utgjøre en sosial gruppe. Videre tok Lord Hoffman hensyn til tidspunktet for når FK ble skrevet, og konstaterte at konvensjonen tok utgangspunkt i hendelser som inntraff før 1 januar 1951, et tidspunkt hvor ingen trodde at kvinner ble på grunn av sitt kjønn, men utfra samfunnsutviklingen som har skjedd siden da var det riktig å påstå at "...the concept of a social group is in my view perfectly adequate to accomodate women as not being entitled to the same fundamental rights as men....I therefore think that women in Pakistan are a social group"²¹⁵. Videre Uttalte Lord Hoffman at det ikke foreligger noe krav om at alle kvinner innenfor gruppen må være forfulgt for å kunne utgjøre en gruppe. Han sammenliknet det med jødesituasjonen i Tyskland i 1935, og konstaterte at diskriminerende normer i Pakistan retter seg mot alle kvinner, men forfølgelsen gjelder kun kvinner som motsetter seg disse, og det er denne avgrensningen som skiller dem fra resten av kvinnene²¹⁶, og derfor utgjør disse en spesiell sosial gruppe.

²¹⁴Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

²¹⁵ Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

²¹⁶ Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

Lord Hoffman hevder at tolkningen av spesiell sosial gruppe i den forbindelse er vanskelig, og ”open- ended”²¹⁷. På den ene siden skal ikke forfølgelsen, her diskriminering, definere en spesiell sosial gruppe, men på den andre siden, er det nettopp det som gjør at personer som blir utsatt for det, nettopp blir en sosial gruppe og skilles fra resten av samfunnet.

Lord Millett var imidlertid uenig i at søkerne utgjør ”en spesiell sosial gruppe”, og hevdet at søkerne ble diskriminert fordi de ikke adlød de diskriminerende normene i samfunnet, ikke faktisk at de var en sosial gruppe, og konkluderte med at ” *Women who are perceived to have transgressed them are treated badly, particularly by their husbands, and the authorities do little to protect them. But this is not because they are women. They are persecuted as individuals for what each of them has done or is thought to have done. They are not jointly condemned as females or persecuted for what they are* ”²¹⁸ Lord Millett var den eneste dommeren som var uenig i at søkerne i dette tilfellet ikke utgjør en spesiell sosial gruppe, og ikke kan få flyktningstatus.

Konklusjonen i avgjørelsen ble at kvinner i Pakistan kan utgjøre en spesiell sosial gruppe.²¹⁹

Shah og Islam rettsavgjørelsen kan sammenliknes med saken Fornah v. Secretary of State for the Home Department. Saken dreiet seg som en asylsøker fra Sierra Leone. Søkeren søkte asyl i England da hun hevdet at hun ville bli omskjært ved retur til hjemlandet. Det rettslige spørsmålet som ble drøftet var om kvinner i Sierra Leone utgjorde en spesiell sosial gruppe, i likhet med

²¹⁷ Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

²¹⁸ Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

²¹⁹ Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

kvinner i Pakistan, og om denne gruppen eksisterte uavhengig av forfølgelse, og dermed om den faktisk er en sosial gruppe.⁵ alternativer for spesiell sosial gruppe ble anført i saken; kvinner i Sierra Leone, unge kvinner i Sierra Leone, kvinner i Sierra Leone som ikke har blitt omskjært, kvinner i Sierra Leone som ikke var omskjært og som ikke fryktet for å bli det, til slutt det siste alternativet, kvinner og unge kvinner i Sierra Leone som ikke har blitt omskjært, enten de fryktet det eller ikke.

Klageren anførte at Fornah ikke var medlem av ”en spesiell sosial gruppe”, da vilkåret om at gruppen måtte eksistere uavhengig av forfølgelsen ikke var oppfylt, slik det var konstatert i Shah og Islam. Videre anførte staten at kjønnslemlestelse har røtter i kultur og tradisjon i Sierra Leone, og ikke har til hensikt å være forfølgende. Kvinner som er utsatt er kvinner som ikke har blitt omskjært, og ritualet er et symbol på tilhørighet. Forfølgelsen hadde med andre ord avtatt dersom kvinnene hadde latt seg bli omskjært. Derfor eksisterte ikke gruppen uavhengig av forfølgelsen.

Klageren i Fornah- saken, tok utgangspunkt i Shah og Islam, og anførte at forfølgelse i seg selv ikke er det avgjørende moment ved avgjørelsen av om det foreligger en spesiell sosial gruppe, men ”...*could be a part of the identification*”.²²⁰ Anførselen om at forfølgelsen hadde ikke vært til stedet dersom kvinnene hadde latt seg omskjære, ble besvart følgende ” *The group exist independently of the persecution because it is made up of young women who are discriminated against in that, unless they submit to the persecution, they will not be perceived to be full members of society*”.²²¹

Lord Justice Auld konkluderte med at forskjellen mellom Shah og Islam og Fornah- saken er at ”...*the persecution did not release the Pakistani women from their membership of the ‘particular social group’ ...*”²²² Spørsmålet om det

²²⁰ Fornah v. Secretary of State for the Home Department

²²¹ Fornah v. Secretary of the State for the Home Department

²²² Fornah v. Secretary of the State for the Home Department

faktisk var tale om “en spesiell sosial gruppe”, besvarte Lord Justice Ald med “...its practice in that country’s society having sett hem apart, other than by the persecution itself. There is, therefore, no factual basis upon which the Court could have resort it insufficiency of State protection against discriminatory conduct to qualify the general rule that...a ‘particular social group’ cannot be defined solely by reference to the persecution”.²²³ Andre dommer i saken, Chadwick LJ kom fram til at kvinner som har blitt omskjært anses som sosial gruppe da disse er voksne kvinner. De som ikke har blitt det, er ikke medlemmer av gruppa, men ”...if they have a common characteristic by which they can be identified as a group too”.²²⁴ Videre tok Chadwick LJ stilling til om kvinner som hadde blitt voksne da de ble omskjært, og ikke fryktet handlingen, men heller sett fram til den, også utgjorde en spesiell sosial gruppe. Dette ble besvart bekræftende av retten, med følgende begrunnelse ”...because they freely undergo and accept FGM does not prevent the group from being defined...”²²⁵ Med andre ord foreligger det ingen krav om at alle medlemmer av en gruppe må være forfulgt for å utgjøre en spesiell sosial gruppe. Dette var i samsvar med resonnementet til Lord Hoffman og Lord Hope i Shah og Islam²²⁶.

Anførselen om at forfølgelsen hadde avtatt dersom kvinnene hadde latt seg omskjære, ble videre forkastet. Retten uttalte i den forbindelse at “The fact that members of the group lose their common characteristic of intactness as a result of persecution must be discounted”.²²⁷ Fornah saken skiller seg fra Shah og Islam på den måten at det var her andre kvinner som var forfølgelsesaktørene.

Derfor var det ikke mulig å konkludere at alle kvinner i Sierra Leone utgjorde en spesiell sosial gruppe, slik det ble avgjort i Shah og Islam. Konklusjonen i Fornah ble at kun kvinner som ikke var blitt omskjært var medlemmer av en

²²³ Fornah v. Secretary of the State for the Home Department

²²⁴ Fornah v. Secretary of the State for the Home Department

²²⁵ Fornah v. Secretary of the State for the Home Department

²²⁶ Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

²²⁷ Fornah v. Secretary of State for the Home Department

spesiell sosial gruppe. Retten uttalte følgende; ” *For the purpose of this case, the social group can only be the narrower group of prospectively adult women, that is those women who have not yet undergone FGM.* ”²²⁸

Heaven skriver i sin bok på side 73 at kvinner oftest ikke blir forfulgt fordi de nettopp er kvinner, men fordi de bryter sosial normer som setter grenser for dere handlinger og rettigheter,²²⁹ og viser på lik linje med resterende antall dommere i Shah og Islam at kvinner utgjør ” en spesiell sosial gruppe” også når de ikke adlyder diskriminerende normer²³⁰.

En annen sak, hvor det ble tatt stilling til om kvinner er en sosial gruppe, er Fatin- saken. Saken gjaldt en iransk kvinne som nektet til å tilpasse seg normer som blir stilt kvinner i det iranske samfunnet når det gjelder å anvende hodesjal. Blant et av kravene søkeren stilte var ønsket om å ikke bære slør i det offentlige, slik det er påbudt i Iran²³¹.

Spørsmålet i saken var om søkeren oppfylte vilkårene til å kunne kvalifiseres som medlem i en spesiell sosial gruppe. Tre mulige alternativer for hva som kunne karakterisere en spesiell sosial gruppe ble vurdert. Første alternativet var at sosial gruppe skulle gjelde alle kvinner i Iran. Det andre alternativet var kvinner som nektet å tilpasse seg kjønnsesifikke lover og normer i det iranske samfunnet, men som likevel gav etter for presset, deretter var det tredje alternativet kvinner som i alle tilfeller nektet å tilpasse seg de kjønnsesifikke lovene da de fant dem svært provoserende. Under prosessen antydet søkeren her at hun vill bøyet seg for reglene på grunn av presset fra samfunnet, selv om hun ikke ønsket det. Derfor ble hun ansett for å tilhøre den andre kategorien av kvinner.

²²⁸ Fornah v Secretary of State for the Home Department

²²⁹ Heaven(2001)s73

²³⁰ Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah 1999

²³¹ Fatin v. Immigration and Naturlization Service

Det neste spørsmålet var om det ubehaget hun opplevde i forhold til det å måtte bære slør offentlig, var så tungt at det kunne konstituere forfølgelse. Dette var retten uenig i. Omfanget av ubehag som søkeren ville ha opplevd dersom hun likevel gav etter for presset til sammenlikning med kvinner som ikke gjorde det, og konstituerte en annen sosial gruppe, var ikke omfattende nok til å kunne anses for å være forfølgelse.²³² Konklusjonen i Fatin- saken ble at det foreligger ” en spesiell sosial gruppe”, men så lenge søkeren frivillig bøyer seg for forfølgelsen i noen tilfeller, vil handlingen ikke utgjøre forfølgelse.²³³

Det interessante med - saken er måten retten avgrensner kvinner som en sosial gruppe ved først å avgrense kjønnet som en helhet, for å så gå inn på de spesifikke kjennetegnene som skiller kvinnene fra hverandre. Til slutt vurderer retten om smerten som påføres dem kan i det hele tatt være en forfølgelse. Analysen av flyktningsstatus er basert på faktum fra individuelle tilfeller, det er derfor ikke nødvendig for en søker som bruker sosial gruppe som grunnlag for sin søknad, å bevise at det er andre medlemmer av gruppen søkeren hevder å tilhøre, som frykter for det samme som vedkommende. Medlemmene trenger ikke en gang å kjenne hverandre. Det viktigste er at de fellestrekkene de deler gjør dem til en sammenhengende gruppe. Kvinner kan derfor på grunn av fellestrekkene de har tilfelles kunne utgjøre en sosial gruppe²³⁴. Et eksempel er igjen Fatin - saken. I Iran er det påbudt for kvinner å dekke hodet med slør. Dersom en eller tre kvinner velger å ikke gjøre det, og ikke opplever negative sanksjoner fra omgivelsene i forbindelse med det, kan den ene kvinnen som opplever det motsatte ved å gjøre likedans, likevel anses for å tilhøre en sosial gruppe selv om hun er alene om opplevelsen. Retten i saken stilte ingen krav om at søkeren kunne hen vise til andre kvinner som opplevde det samme som hun gjorde. Derfor er heller ikke antall mennesker som har frykt for å bli forfulgt relevant ved avgrensningen av sosial gruppe²³⁵.

²³² Fatin v. Immigration and Naturalization Service

²³³ Fatin v. Immigration and Naturalization Service

²³⁴ UNHCR (2002) B p. 15- 17

²³⁵ Fatin v. Immigration and Naturalization Service

Dette er spesielt viktig i tilfeller hvor forfølgelsesaktøren ikke er et statlig organ, men en privatperson som for eksempel en ektemann. I tilfeller hvor det er tale om mishandling, er sannsynligheten for at kvinnen som flykter, kjenner andre kvinner i samme situasjon, og deler sin opplevelse med bevisst hensikt å danne en gruppe, svært liten. I saker hvor forfølgelsen kommer fra andre enn myndigheter, er motivet som forfølgeren har irrelevant ved vurdering av flyktningsstatus.

Om søkeren faktisk tilhører en spesiell sosial gruppe eller om forfølgeren tror at vedkommende gjør det, og forfølgeren personen som følge av sin oppfatning er ikke viktig. Det relevante er myndighetens manglende vilje til å beskytte²³⁶ søkeren uavhengig av om medlemskapet er tildelt eller ikke, og den subjektive frykten søkeren opplever som følge av forfølgelsen.

Størrelsen på gruppen er også irrelevant²³⁷. Uansett antall mennesker, er flyktningsstatus en rett som blir gitt søkeren i det han oppfyller vilkårene i utlendingsloven. Det hadde vært et urimeligkrav om et vist kvantum mennesker skulle kreves for å i det hele tatt kunne konstituere at det foreligger en sosial gruppe.

Det er ingen beskrivelse i forarbeidene til utlendingsloven om hvilke grupper anses å være spesielle sosiale grupper i henhold til utl. § 28 første ledd bokstav a. Dette ble gjort bevisst med tanke på at å nevne uttrykkelig hvilke grupper skulle anses som spesiell sosial gruppe, ville eliminere andre grupper som ikke nødvendigvis ville falle inn under begrepet. Unntaket gjelder likevel i tilfeller hvor det er tale om tidligere ofre for menneskehandel, som er uttrykkelig nevnt²³⁸ i utl. § 30 bokstav d. Begrunnelsen for dette var at sakene som gjaldt menneskehandel, reiste særskilte tolknings spørsmål. Departementet la spesielt

²³⁶ Ot.prp nr. 75

²³⁷ UNHCR (2002) B p 18

²³⁸ Ot.Prp. nr .75

vekt på at disse menneskene hadde vært ofre for kriminelle handlinger, og det måtte utarbeides tiltak for å bekjempe menneskehandel og hjelpe ofrene.²³⁹

Lovgiver har fremhevet ofrene bevisst medtanke på at ofre for menneskehandel alltid vil være en gruppe mennesker spesielt utsatt for forfølgelse fra sine bakmenn.²⁴⁰

Det er tale om mennesker som blir utsatt for grove seksuelle handlinger gjennom tvang. Samtidig er de en avgrenset sosialgruppe innenfor det kvinnelige kjønn. De er offer for kriminelle handlinger, og skal i henhold til forarbeidene tildeles flyktningsstatus dersom de risikerer forfølgelse ved retur. Departementet påpeker i forarbeidene at en eventuell forutsetning for flyktningsstatus er at vedkommende tar avstand fra menneskehandelsmiljøet.²⁴¹

I Norge kan ofre for menneskehandel få opphold på to grunnlag, enten med grunnlag i asyl etter utl. § 28 første ledd bokstav a. forutsetningsvis at de oppfyller vilkårene som flyktning, eller opphold på humanitært grunnlag etter utl. § 38, som åpner for opphold i Norge dersom det foreligger sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket. Retten til å bli ansett som flyktning dersom søkeren har vært utsatt for menneskehandel, er videre lovfestet i UNHCR protokollen om menneskehandel artikkel 14, hvor det går fram at ”*Nothing in this Protocol shall affect the rights, obligations and responsibilities of States and individuals under international law, including international humanitarian law and international human rights law and, in particular, where applicable, the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees and the principle of non-refoulement as contained therein.*”²⁴²

²³⁹ Ot.Prp. nr. 75

²⁴⁰ Ot.Prp. nr. 75

²⁴¹ Ot.prp. nr. 75

²⁴² UN Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (2000) Artikkel 14 nr. 1

Bestemmelsen i utl. § 38 er en skjønnsbestemmelse som åpner for opphold dersom vilkårene i utl. § 28 ikke er oppfylt. Det er ikke mulig å søke opphold med grunnlag i bestemmelsen.²⁴³ Bestemmelsen omfatter ikke ofre for menneskehandel alene, men alle saker hvor det kan foreligge sterke humanitære hensyn som taler for at søkeren skal på opphold i Norge²⁴⁴. Det skal imidlertid ikke gås nærmere inn på den i denne forbindelse.

Personer som har blitt utsatt for menneskehandel har uttrykkelig og automatisk blitt kvalifisert som en spesiell sosial gruppe i loven²⁴⁵. Disse er vurdert som spesiell sosial gruppe ut fra ”protected- characteristic” tesen²⁴⁶. I UNHCR retningslinjer går det fram at kvinner som har blitt utsatt for menneskehandel eller kvinner som kommer fra samfunn hvor de er mer utsatt for dette på grunn av samfunnsforholdene de lever i, eksempelvis enker, skilte eller enslige kvinner, kan anses som medlemmer av spesiell sosial gruppe dersom de er i risikogruppen for å bli ofre for menneskehandel. Dette er kvinner som kan skilles fra resten av kvinner i samfunnet, og derfor kan anses som spesiell sosial gruppe.²⁴⁷

Gjennom UNHCR protokollen mot menneskehandel er medlemsstatene forpliktet til å hjelpe mennesker som har vært utsatt for den type forfølgelse. Det følger av artikkel 6 at stater forpliktet til å hjelpe ofrene for menneskehandel ved tilstrekkelig informasjon, både administrativt og gjennom lovgivning, og bistå med å ta bakmenn bak handlingene²⁴⁸. I tillegg må statene sikre ofrene en verdig behandling gjennom lovgivning, forplikter statene i artikkel 7 av protokollen, å

²⁴³ Vevstad (2010) s. 305

²⁴⁴ Utl. § 38

²⁴⁵ Utl. § 30 bokstav d

²⁴⁶ Ot.Prp. nr. 75

²⁴⁷ UNHCR (2006) p.38

²⁴⁸ UN Protocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing, the United Nations Convention against Transnational Organized Crime (2000)

Artikkel 6

gjøre det de kan for å beholde dem på sitt territorium, enten midlertidig eller permanent, avhengig av sakens karakter²⁴⁹. Med andre ord en midlertidig eller permanent oppholdstillatelse for å beskytte dem eller av humanitære grunner som tilsier at deportering ikke vil være rimelig i forhold til sakens karakter.

Dette er som tidligere nevnt, allerede gjort i Norge gjennom at ofre for menneskehandel er blitt lovfestet som en spesiell sosial gruppe²⁵⁰, og har i tillegg mulighet til eventuelt å få oppholdstillatelse i Norge på humanitært grunnlag²⁵¹.

4 Oppsummering og konklusjon

I oppgaven er det blitt drøftet hva som skal til for at en kvinne kan få opphold med grunnlag i asyl på grunn av sitt kjønn. I oppgaven er det blitt gjort rede for typisk kjønnsrelaterte forfølgelses former som forekommer i mange asylsøknader til dags dato, og som knytte seg til det seksuelle aspektet av å ha et kjønn.

Til tross for at kvinner ikke er uttrykkelig nevnt som et grunnlag for flyktningsstatus i verken Flyktningskonvensjonen eller Utlendingsloven, stenger ikke dette døren for kvinner til å søke asyl med grunnlag i kjønn, noe som Fornah- saken og Shah og Islam er tydelige eksempler på.

²⁴⁹UN Ptorocol to prevent, suppress and punish trafficking in persons, especially women and children, supplementing, the Uinter Nations Conventiong against Transnationalorganized Crime (2000)

Artikkel 7

²⁵⁰ Utl. § 30 bokstav d

²⁵¹ Utl. § 38

Som illustrert i oppgaven, er det viktigste å kunne vise at forfølgelsen søkeren opplever, eksempelvis kjønnslemlestelse, tvangssterilisering eller tvangsekteskap, har et grunnlag i at vedkommende er en kvinne, og at muligheten for å få beskyttelse i hjemlandet ikke er mulig.

I en sak om asyl beror alt på en konkret vurdering av saken. Rettspraksis viser at kvinner ved flere tilfeller er blitt ansett for å tilhøre ”en spesiell sosial gruppe”. I tilfeller hvor kvinner likevel ikke klarer å oppfylle vilkårene for flyktningsstatus, vil vurderingen bero på om det foreligger sterke menneskelige hensyn i forholdene som kan gi grunnlag for opphold på et subsidiært grunnlag²⁵².

Svaret på problemstillingen vil derfor være at dersom kvinner kan bevise å være utsatt for en behandling som er i strid med deres grunnleggende oppfatninger og som er krenkende mot universelle menneskerettigheter i sitt hjemland, uten mulighet for beskyttelse fra landets myndigheter, og inneholder karakteristikk som skiller henne fra majoriteten i samfunnet, både ut fra hvordan hun selv opplever og hvordan samfunnet oppfatter henne, vil hun kunne få oppholdstillatelse på grunnlag av kjønn.

5 Kildeliste

Konvensjoner

FNs Flyktningskonvensjon av 28. juli 1951

FNs Torturkonvensjon av 10 desember 1984

Rome Statute of the International Criminal Court 17 July 1998

²⁵² Utl. § 38

Convenant on Civil and Political Rights av 23 mars 1976

Universal Declaration of Human Rights 10th December 1948

UN Declaration on Elimination of Discrimination against women 7 th November 1967

European Convention on Human Rights 4th November 1950

Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women 18th
December 1979

UN Declaration on Elimination of Violence against Women 20th December 1993

Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the
qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as
persons who otherwise need international protection and the content of the protection
granted

United Nations Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons,
Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention
Against Transnational Organized Crime (2000)

Lover

Forvaltningsloven av 10 februar 1967 nr. 54

Utlendingsloven av 15 mai 2008 nr. 35

Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (Utlendingsforskriften)
av 15 oktober 2009 nr. 1286

Grunnlov av 17 mai 1814

Forarbeider

Ot.prp. nr. 75 2006- 2007 Utlendingslov

NOU 2004:20 Utlendingslov

Rettspraksis

Fatin v. Immigration and Naturalization Service, 12 F. 3d 1233, United States Court of Appeals for the Third Circuit, 20 December 1993.

Pitcherskaia v. Immigration & Naturalization Service, NO 95-70887, December 11 1996

Islam v. Secretary of State for the Home Department, Regina v. Immigration Appeal Tribunal and Another Ex Parte Shah, March 25 th 1999.

Cheung v. Canada (1993) 2F.C 314, Canada: Federal Court of Appeal, 1 April 1993

United Kingdom: Asylum and Immigration Tribunal/Immigration Appellate Authority, NS (Social Group - Women - Forced marriage) v. Secretary of State for the Home Department, [2004] UKIAT 00328, 30 December 2004.

Zainab Esther Fornah v. Secretary of State for the Home Department [2005], Royal Courts of Justice, case no: C4/2004/2047

Alfarsy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2003] F.C.J. No. 1856; 2003 FC 1461 , Canada: Federal Court, 12 December 2003

Maqdassy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] F.C.J. No. 238; 2002 FCT 182, Canada: Federal Court, 19 February 2002

UNHCR Guidelines

United Nation, “*Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of refugees*”, Geneva, January 1992 (www.udiregelverk.no).

United Nation , Guidelines on International Protection “*Gender- Related Persecution within the context of Article 1 A (2) of the 1951 Convention and /or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees (A)*”. 7th May 2002 (www.unhcr.org).

United Nation, “*Guidelines on International Protection “ Membership of a particular social group” within the context of Article 1A (2) of the 1951 Convention and/ or its 1967 Protocol relating the Status of Refugees (B)*”, 7th May 2002 (www.unhcr.org).

United Nation Guidelines for Prevention and Response “ *Sexual and Gender- Based Violence against Refugees, Returnees and Internally Displaced Persons*”, May 2003 (www.unhcr.org)

United Nations Guidelines on International Protection “ *The application of Article 1 A (2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees to victims of trafficking and persons at risk of being trafficked*”, 7th April 2006 (www.unhcr.org).

Litteratur

Einarsen, Terje “ *Retten til vern som flyktning. Cicero Publisher, Bergen 2000.*

Vevstad, Vigdis ” *Utlendingsloven, Kommentarutgave*”, Universitetsforlaget 2010.

Gill Aisha K., Anitha Sundari ” *Forced Marriage, Introducing a social justice and Human Rights Perspective*”, London 2011.

Goodwin- Gill Guy S. “ *The Refugee in International Law*”, Oxford University Press 1996 Second Edition

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

Momoh Comfort ,Davis Karlene Dame, Mccafferty Christine, “ *Female Genital Mutilation*”, Radcliffe Publishing, Oxford 2005 Reprinted 2006, 2009. ISBN 9781857756937

Rodger Haines, "Gender-Related Persecution", in E. Feller, V. Turk and F. Nicholson (eds.), *Refugee Protection in International Law: UNHCRs Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, pages 320-350

Retningslinjer

AI 2009- 105 Arbeids- og Inkluderingsdepartementet “ *Retningslinjer om kjønnsrelatert forfølgelse*”, saksnr. 2007/200701566/UMV (www.udiregelverk.no)