

UiO : **Det juridiske fakultet**

«Å være eller ikke være; er det egentlig spørsmålet?»

- Seksuell orientering som grunnlag for asyl

Kandidatnummer: 684

Leveringsfrist: 25. November 2014

Antall ord: 17973



Innholdsfortegnelse

DEL I INTRODUKSJON	4
1 INNLEDNING	4
1.1 Innledning.....	4
1.2 Oppgavens tema	5
1.3 Sentrale begreper	5
1.4 Avgrensning og videre fremstilling.....	7
2 OVERBLIKK	7
2.1 Seksuelle minoriteter i et internasjonalt perspektiv	7
2.2 Seksuell orientering og menneskerettigheter	9
2.3 Tall	10
3 DET RETTSLIGE GRUNNLAGET	11
3.1 Norsk rett.....	11
3.2 Norsk rett og forholdet til internasjonal rett.....	12
3.3 Internasjonale forpliktelser.....	12
3.3.1 Flyktningkonvensjonen.....	12
3.3.2 Andre internasjonale forpliktelser.....	14
3.3.3 EU-rett.....	15
3.4 Andre kilder.....	15
4 ASYL OG BESKYTTELSE	16
4.1 Retten til å søke om asyl og «non-refoulement».....	16
4.2 Norsk rett og retten til asyl.....	17
5 FLYKTNINGBEGREPET	17
5.1 «Flyktningdefinisjonen».....	17
5.2 Asylkriteriene	18
5.2.1 Utenfor hjemlandet	19
5.2.2 Velbegrunnet frykt	19
5.2.3 «Følgelse»	21
5.2.4 Konvensjonsgrunn	22
5.2.5 Mangle beskyttelse fra hjemlandets myndigheter.....	23

DEL II TROVERDIGHETSVURDERINGEN	24
6 INNLEDNING	24
6.1 Hva er «troverdighetsvurderinger»?.....	25
6.2 Seksuell orientering som vilkår.....	25
6.3 Økt aktualitet?	26
7 GENERELLE UTGANGSPUNKTER FOR BEVISVURDERING.....	27
7.1 Bevisbyrde og utredningsplikt.....	28
7.2 Beviskrav.....	29
8 TROVERDIGHETSVURDERINGEN	31
8.1 Utgangspunkter	31
8.2 Generelle utfordringer ved troverdighetsvurderinger.....	33
9 TROVERDIGHETSVURDERING AV SEKSUELL ORIENTERING	34
9.1 Søkerens selvidentifikasjon.....	35
9.2 Søkerens refleksjoner – «DSSH-modellen».....	36
9.3 Betydningen av bevis	37
9.4 Hva skal ikke inngå i vurdering om seksuell orientering er reell?.....	40
9.4.1 Medisinske tester.....	40
9.4.2 Bildebevis?.....	41
9.4.3 Intensiv utspørring om seksuell aktivitet	41
9.4.4 Subjektivitet	42
10 OM SUBJEKTIVITET I TROVERDIGHETSVURDERINGEN.....	43
10.1 Subjektivitet og rettsikkerhet	43
10.2 Tidsperspektivet	45
10.3 Stereotypier	48
10.3.1 Hva er en stereotypi?	48
10.3.2 Lhbt-stereotypier i asylsaken.....	49
10.4 Seksualisering	51
10.5 Antagelser og forventninger om oppførsel og kunnskap.....	53
10.5.1 Under asylintervjuet	53
10.5.2 Om søkerens opptreden i Norge etter ankomst	55
10.5.3 Om søkerens tidligere levemåte	57
10.6 Sinnelag og innstilling	58
11 AVSLUTTENDE MERKNADER	59

DEL I INTRODUKSJON

1 INNLEDNING

1.1 Innledning

Hvert år søker flere tusen mennesker om beskyttelse i Norge. Noen av disse har kommet fordi de har opplevd, eller frykter å oppleve, forfølgelse på grunn av at de har en annen seksuell orientering enn det majoriteten i samfunnet har. De passer ikke inn i hjemlandet, og håper på et fristed – der de kan leve uten å måtte undertrykke sin identitet.

Det er kun de som virkelig har behov for internasjonal beskyttelse, som kan kreve asyl. Å fortelle en hjerteskjærende fortelling er normalt ikke tilstrekkelig – det må *bevises* at søkeren har et *reelt* beskyttelsesbehov. Menn og kvinner som søker om beskyttelse på grunn av sin seksuelle orientering må derfor finne seg i at beslutningstakeren tar stilling til om han eller hun faktisk har den seksuelle orientering som anføres.

Det å vurdere en persons seksuelle orientering er en vanskelig og krevende utfordring. Påstanden kan sjeldent underbygges med beviser, og *vurderinger av troverdighet* blir det sentrale. Skal beslutningstakeren tro, eller ikke tro på det søkeren presenterer?

Feilbedømminger og ulike subjektive faktorer kan påvirke beslutningstakeren, og i verste fall avgjøre asylsaken. Stereotypier og andre forventninger til homofiles oppførsel kan gjøre det vanskelig å foreta en objektiv og individuell vurdering.

Det er dermed en risiko for at det i realiteten ikke handler om «å være eller ikke være» homofil – men om å «*fremstå eller ikke fremstå*» slik.

1.2 Oppgavens tema

De som hevder å risikere forfølgelse på grunn av sin seksuelle orientering, vil typisk påberope seg konvensjonsgrunnlaget «medlemskap i spesiell sosial gruppe»¹. Dermed blir en viktig del av asylsaken å fastslå medlemskapet til denne gruppen. Å verifisere en persons seksuelle orientering er åpenbart en meget vanskelig vurdering. Det berører private og intime sider ved en persons identitet – en *egenhet* som ikke objektivt kan bevises. Vurderingen må likevel gjøres. I denne oppgaven vil det vurderes hvilke *utgangspunkter* som gjelder for å sikre et rettsikkert resultat, og hvilke *utfordringer* som oppstår når beslutningstakeren skal vurdere om seksuell orientering er reell eller ikke.

1.3 Sentrale begreper

I det følgende gis en forklaring på noen av de nøkkelord og -begreper som brukes i oppgaven, da disse i juridisk sammenheng kan ha et noe annet innhold enn ellers i dagligspråket.

Flyktning²: En person som har forlatt hjemlandet sitt av frykt for å bli utsatt for visse krenkelser. Status som flyktning gis til de som tilfredsstiller vilkårene i flyktningdefinisjonen jf. Flyktningkonvensjonen³ art. 1A og utlendingsloven⁴ § 28(1) bokstav a. I Norge kan også en person gis status som flyktning dersom han eller hun ellers står i reell fare for grove menneskerettighetsbrudd, jf. utl. § 28(1) bokstav b.⁵

Asyl: Ordet «asyl» stammer fra det greske ordet «asylon», som betyr «fristed» eller tilfluktssted.⁶ Flyktninger har krav på asyl i Norge, jf. utl. § 28(2). Asyl innebærer at en som har behov for beskyttelse, får dette.

¹ Jf. pkt. 5.2.4

² Nærmere redegjørelse i pkt. 5

³ FN konvensjonen om flyktnings rettslige stilling (1951) – forkortet «FK».

⁴ Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) – forkortet «utl.».

⁵ «Den utvidede flyktningdefinisjonen». Norge er alene om å ha to likeverdige rettsgrunnlag for flyktningstatus, og har et videre flyktningbegrep enn Flyktningkonvensjonen og EU. Bestemmelsen omfatter en gruppe mennesker Norge uansett er forpliktet til å gi beskyttelse, jf. «non-refoulement»-prinsippet.

⁶ Einarsen(2000) s. 30.

Asylsøker: En person som søker om beskyttelse (asyl) i annet land enn hjemlandet. Vedkommende er asylsøker helt til asylsaken er endelig avgjort.

Seksuell minoritet: Samlebetegnelse for å omtale de ulike grupper i samfunnet som har en seksuell orientering og/eller kjønnsidentitet som skiller seg helt eller delvis fra majoriteten i samfunnet - eksempelvis lesbiske, homofile, bifile, eller transpersoner.

Seksuell orientering: Referer til hvem vi blir forelsket i, seksuelt tiltrukket av, og ønsker å være sammen med.⁷ Dette kan være personer av det motsatte eller samme kjønn. Seksuell orientering kan *ikke alene defineres av han/hennes seksuelle handlinger og atferd*, og må også holdes avskilt fra rent seksuelle preferanser eller aktiviteter.⁸ Begrepet omfatter i rettslig sammenheng homofile, lesbiske, bifile og heterofile.⁹ Begrepet «seksuell legning» brukes på samme måte som seksuell orientering, også i juridiske sammenhenger.¹⁰ I tråd med anbefalinger fra både Landsforeningen for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner (LLH) og det nasjonale kunnskapssenteret for seksuell orientering og kjønnsidentitet (LHBT-senteret), vil denne oppgaven bruke seksuell orientering.¹¹

Homofil: En person som tiltrekkes av, eller forelsker seg i personer av samme kjønn. En homofil mann tiltrekkes av andre menn, mens en homofil kvinne tiltrekkes av andre kvinner. I daglig språkbruk brukes «homofil» i utgangspunktet om menn som tiltrekkes av andre menn, mens homofile kvinner heller omtales som «lesbiske». Begrepet «homofil» anses å gi et bedre uttrykk for den kompleksiteten seksuell orientering er enn begrepet «homoseksuell».¹²

LHBT: Et begrep, eller en forkortelse, som brukes for en samlet omtale av lesbiske, homofile, bifile og transpersoner¹³. Begrepet brukes både alene og som fortegn; for eksempel «lhbt-personer», eller «lhbt-saker». I Norge bruker både organisasjoner, offentlige organer og retts-

⁷ LHBT-ordlista

⁸ Prop. 88 L s. 111.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Bl.a. brukes begrepene om hverandre i Rt.2012-494. UNE bruker ofte «seksuell legning».

¹¹ F.eks. LLHs «Begrepsguiden»: «avklaringer».

¹² *Ibid.*

¹³ Av det engelske begrepet «transgender». Samlebegrep for personer som har en kjønnsidentitet og/eller et kjønnsuttrykk som uttrykker et annet kjønn enn det som ble registrert ved fødsel, bl.a. transseksuelle og transvestitter, jf. Prop. 88 L (2012-2013), side 111. Kjønnsidentitet og -uttrykk har ikke noe med seksuell orientering å gjøre.

lige institusjoner samlebetegnelsen «LHBT» i sammenhenger der det er ønskelig å inkludere flere ulike seksuelle minoritetsgrupper. Betegnelsen motsvarer den engelske

1.4 Avgrensning og videre fremstilling

Denne oppgaven vil ta utgangspunkt i *den universelle flyktningdefinisjonen* i utl. § 28(1) bokstav a jf. FK art. 1A, da tilhørighet til en «spesiell sosial gruppe» kun er et krav etter flyktningdefinisjonen, og blir en særproblemstilling i forhold til dette grunnlaget. Oppgaven avgrenses således mot asyl etter den utvidede flyktningdefinisjonen i § 28(1) bokstav b, og mot eventuelt opphold på grunn av sterke menneskelige hensyn eller særlig tilknytning til riket («humanitært opphold») etter § 38. Her stiller lhbt-personer «på lik linje» som andre asylsøkere; om den seksuelle orienteringen er «reell» eller ikke vil være av mindre betydning.

Foruten enkelte generelle momenter, vil det ikke gis noen nærmere redegjørelse for andre utfordringer som oppstår i lhbt-saker.

Siden et overveiende antall av asylsøknader på grunnlag av seksuell orientering kommer fra homofile menn, vil begrepet «homofil» av enkelthet brukes videre. Det understrekes at det samme i utgangspunktet vil gjelde for lesbiske kvinner og bifile¹⁴. Transpersoner og intersexpersoner møter en rekke andre utfordringer grunnet kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk, som denne oppgaven ikke gir rom for å gå nærmere inn på.

2 OVERBLIKK

2.1 Seksuelle minoriteter i et internasjonalt perspektiv

I mange deler av verden utsettes menn og kvinner for menneskerettighetsbrudd på grunn av sin faktiske eller påståtte seksuelle orientering. I nærmere 80 land er homofile forhold kriminalisert ved lov - i syv land med dødsstraff.¹⁵ I tillegg kommer sanksjonene fra samfunnet for øvrig; diskriminering, trakassering, vold og utestengelse fra både familie og samfunn.

¹⁴ Person som tiltrekkes seksuelt av og/eller forelsker seg i personer av begge kjønn.

¹⁵ Itaborahy(2014) s. 9.

Tvangsekteskap er ofte en realitet, og det er dokumentert både «korrektur-voldtekter»¹⁶ og statlige «helbredelses-programmer». I flere stater fordømmer statsledere offentlig homofile. Blant annet skal Gambias president i følge *The Independent* uttalt at homofile er «skadedyr som må bekjempes på lik måte som sykdommen malaria».¹⁷

I de senere år er det blitt rettet fokus på hvilke forhold seksuelle minoriteter lever under i ulike deler av verden. Særlig har FNs engasjement vært av betydning. Ved å sette seksuelle minoriteter og deres utfordringer på dagsorden, og informere om den faktiske situasjonen, blir det internasjonale samfunnet både bedre rustet til å hjelpe mennesker i hjemlandet, men også til å hjelpe og forstå eventuelle asylsøkeres situasjon og bakgrunn.

Med den positive utviklingen, har det dessverre fulgt vesentlige tilbakeslag. Det internasjonale fokuset på lhbt-personers rettigheter, og deres økende synlighet i samfunnet, har ført til at stater og grupperinger («hate-mobs») både aktivt og aggressivt gjør motstand. Stater innfører straffebud,¹⁸ og andre tiltak for å motvirke likestillingen og anerkjennelse av lhbt-personer¹⁹ - blant annet vekket russisk lovgivning mot lhbt-propaganda i 2014 stor internasjonal oppmerksomhet. Mange steder støtter samfunnet opp under statens handlinger med en bred, aggressiv og intensiv forfølgelse av homofile.²⁰

Lederen for menneskerettighetsorganisasjonen *Human Rights Watch*, Kenneth Roth, erkjente nylig at en slik «backlash» av lhbt-bevegelsen er et faktum, og den største bekymringen for lhbt-arbeidet i dag.²¹ Utviklingen vil kunne få betydning for det internasjonale beskyttelsesinstituttet, og det allerede flere steder rapportert om en bølge av lhbt-søknader som følge av bl.a. kriminalisering.²² Det er også en betydelig økning i antall lhbt-søknader i Norge (jf. pkt. 2.3), hvilket godt kan skyldes slike endringer.

¹⁶ *The New York Times*(2013).

¹⁷ *The Independent*(2014)

¹⁸ Itaborahy(2014) s. 9. Sist i rekken Gambia, som nå høsten 2014 kriminaliserte «aggravated homosexuality» med opptil livstid i fengsel, jf. *Amnesty*(2014).

¹⁹ Itaborahy(2014) s. 9.

²⁰ Bl.a. nevnes det i N1489701030 at det etter antihomofili-lovgivningen i Uganda 2013 fulgte en merkbar økning i voldelighet, arrestasjoner m.m. fra både det offentlige og private

²¹ Roth(2014) s. 64 og 67.

²² Se f.eks. *Allafrica*(2014).

2.2 Seksuell orientering og menneskerettigheter

Retten til å ha en seksuelle orientering

Alle mennesker har en seksuell orientering. Seksuell orientering er en fundamental del av den personlige identiteten, en *egenskap* som følger mennesket gjennom livet. Uavhengig av hva som er årsaken bak en persons seksuelle orientering, er dette noe mennesket *har* – ikke noe en *velger* selv. Et menneske kan ikke bestemme seg for å bli homofil, like lite som det kan bestemmes å ikke være det.²³

Retten til å *ha* en bestemt seksuelle orientering er ikke eksplisitt nevnt i noen av de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene. Det er likevel bred enighet om å anse dette som en menneskerettighet - dette kan utledes av flere av konvensjonene; eksempelvis av *Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen* (heretter *EMK*) art. 8 og *FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter* (heretter *SP*) art. 17.²⁴ Internasjonale menneskerettighetsorganisasjoner har lenge fordømt kriminalisering og all form for diskriminering av seksuelle minoriteter. I 1994 fastslo FNs menneskerettskomité at et forbud mot «homoseksuelle handlinger» brøt med menneskerettighetene,²⁵ og allerede i 1981 slo Den europeiske menneskerettighetsdomstol (heretter *EMD*) fast at et lignende forbud er i strid med retten til privatliv i *EMK*.²⁶

Lhbt-personer og grunnleggende menneskerettigheter

Selve grunntanken bak menneskerettighetene er at de er universelle, at de skal gjelde for alle mennesker på lik linje, uten forbehold, vilkår, eller unntak. Det skal være uten betydning hvilken seksuelle orientering mennesker har, så vel som hvilken religiøs eller etnisk bakgrunn. I FNs verdenserklæring om menneskerettigheter²⁷ heter det i art. 1 at «*all human beings are born free and equal in dignity and rights*». Alle mennesker, også lhbt-personer, har rett til at deres iboende menneskerettigheter respekteres.

FNs menneskerettighetskonvensjoner inneholder bestemmelser som sier at reglene i de respektive konvensjonene skal gjelde alle og enhver, uten diskriminering. Selv om seksuell

²³ Dette samsvarer med at det fra vitenskapelig hold avvises at noen form for kur eller terapi kan «re-orientere» en persons seksuelle orientering. Se f.eks. St.meld. nr. 25 s. 122 med uttalelser fra Norsk psykiatrisk forening og Norsk Psykologforening.

²⁴ Øyen(2013), s. 270.

²⁵ *Toonen v. Australia*.

²⁶ *Dudgeon v. UK*, premiss 41.

²⁷ Universal Declaration of Human Rights (1948) - «Verdenserklæringen»

orientering ikke direkte er angitt som diskrimineringsgrunnlag i noen av konvensjonene, har samtlige overvåkningskomiteer klart uttrykt at diskrimineringsforbudet også omfatter seksuell orientering. Både diskrimineringsgrunnlaget «sex» og «other status» har blitt anvendt for å favne om seksuell orientering.²⁸ EU nevner eksplisitt i sitt charter om menneskerettigheter at seksuell orientering er et forhold det ikke skal diskrimineres på grunnlag av.²⁹

Denne tolkningen er imidlertid ikke akseptert av alle FNs medlemsstater, hvilket også er årsaken til at seksuelle minoriteter flykter fra sine hjemland, og at de har behov for beskyttelse i andre land. Vedtakelsen av FNs menneskerettighetsråds historiske resolusjon 26. september 2014, som fordømmer vold og diskriminering på grunnlag av seksuell orientering, illustrerer dette.³⁰ Resolusjonen har gjennomgående møtt stor motstand og aktiv motarbeidelse, primært fra muslimske stater. Selv om resolusjonen er uten håndhevingskraft, har den en viktig symboleffekt. Med denne resolusjonen setter FN lhbt-personers rettigheter på dagsorden, og omtaler eksplisitt lhbt-rettigheter som menneskerettigheter.

2.3 Tall

Ved årsskiftet 2013/2014 var det registrert 51,2 millioner mennesker på flukt.³¹ Tallet er det høyest registrerte siden flyktningssituasjonen som oppsto i forbindelse med andre verdenskrig. Antall flyktninger (som har krysset en internasjonal grense) teller i 2013 17,9 millioner, og antall interne fordrevne personer rekordhøye 33,3 millioner.

I 2013 søkte 11983 personer om asyl i Norge.³² I følge tall innhentet fra UDI,³³ oppga minst 73 personer seksuell legning som asylgrunnlag, hvorav 30 personer fikk innvilget opphold. Det har skjedd en kraftig økning fra tidligere år,³⁴ og det ser ikke ut som at denne trenden snur: det er pr. oktober 2014 er det registrert 65 søknader (22 innvilgelser). Den stadige øk-

²⁸ Bl.a. *Toonen v Australia*: referansen til «sex» («kjønn») i SP art. 2 inkluderte seksuell orientering.

²⁹ Charter of fundamental rights of the European Union. art. 21.

³⁰ Vedtatt med 25 mot 14 stemmer

³¹ Flyktningehjelpen(2014)

³² Kilde: udi.no.

³³ Personlig meddelelse (UDI), med forbehold om at rapporteringen kan være mangelfull.

³⁴ Fra 2010 - 2012 var det henholdsvis 26, 23 og 28 søknader på dette grunnlag. 6 fikk opphold i 2010, 3 i 2011 og 15 i 2012.

ningen av asylsøknader på dette grunnlaget vil føre til at utfordringene knyttet til lhbt-søknader får økt betydning.

3 DET RETTSLIGE GRUNNLAGET

3.1 Norsk rett

Det norske grunnlaget for utlendings- og flyktningrett er utlendingsloven fra 2008. Loven trådte i kraft 1. januar 2010, og utfylles av utlendingsforskriften fra 2009³⁵. De sentrale forarbeidene til loven er utlendingslovutvalgets utredning og utkast til ny lov (NOU 2004:20), og Departementets forslag og kommentarer til ny lov i Ot.prp. nr. 75 (2006/2007). Forarbeidene er av ny dato, og gir et grundig og oppdatert uttrykk for lovgivers vilje.

Lovens hovedformål er å tilrettelegge for regulering og kontroll av inn- og utreise til riket, og opphold her, jf. § 1(1). Loven skal også etter § 1(3) danne grunnlag for «*vern for utlendinger som har krav på beskyttelse etter alminnelig folkerett eller internasjonale avtaler som Norge er bundet av*». Med dette tydeliggjøres det at spørsmål om beskyttelse må avgjøres i samsvar med Norges folkerettslige forpliktelser.

Domstolenes avgjørelser har etter norsk rettstradisjon stor betydning for tolkning av loven, og da særlig dommer avsagt av Høyesterett. Selv om rettspraksis tradisjonelt har vært sparsom på asylfeltet, er det i løpet av de seneste årene blitt avsagt flere viktige og prinsipielle dommer i Høyesterett. Særlig viktig er dommen avsagt i mars 2012,³⁶ som tok stilling til spørsmålet om seksuelle minoriteter kunne forventes å leve diskret i hjemlandet for å unngå forfølgelse.

Praksis fra utlendingsforvaltningen, UDI og UNE, har begrenset verdi når det gjelder tolkning og anvendelse av utlendingsloven, men har stor verdi som veiledning for forvaltningen selv. Praksis fra utlendingsforvaltningen gir god illustrasjon av hva som til en hver tid praktiseres. For asylbehandlingen i utlendingsforvaltningen er også instruksjer og retningslinjer fra Departementet av stor betydning. Instruksene er bindende for UDI, men ikke for UNE.

³⁵ Forskriften om utlendingers adgang til riket og deres opphold her av 15. oktober 2009 nr. 1286.

³⁶ Rt-2012-494.

Tradisjonelt har også juridisk teori blitt ansett å ha en viss rettskildemessig verdi når det kommer til tolkning og anvendelse av reglene om beskyttelse.

3.2 Norsk rett og forholdet til internasjonal rett

Utlendingsrett er et internasjonalt preget rettsområde. Forholdet til internasjonale regler er uttrykkelig regulert i utl. § 3. Bestemmelsen sier at «*Loven skal anvendes i samsvar med internasjonale regler som Norge er bundet av når disse har til formål å styrke individets stilling*». Det siktes her til menneskerettigheter.

At menneskerettigheter skal respekteres følger også av grunnloven³⁷ § 110 c, som sier at det påhviler staten, herunder både lovgiver, forvaltningen og domstolene, å sikre og respektere menneskerettighetene. Retten til privatliv og integritet, er menneskerettigheter som er aktuelle i forhold til seksuelle minoriteters situasjon i dag, og kan få betydning på asylfeltet.

3.3 Internasjonale forpliktelser

De «internasjonale regler» utl. § 3 henviser til, kan være konvensjoner, sedvane og alminnelige rettsprinsipper.³⁸ Særlig er konvensjoner av betydning, da de regnes som «internasjonale lover». En konvensjon kan være både verdensomspennende (FK) eller regionale (EMK), men Norge må være «bundet» av den - staten må ha tiltrådt en avtale eller ratifisert en konvensjon hvis den skal gjelde.

3.3.1 Flyktningkonvensjonen

Flyktningkonvensjonen fra 1951 (i kraft 1954), med protokoll fra 1967,³⁹ er å regne som det helt sentrale grunnlaget for flyktningretten. Konvensjonen var den første internasjonale overenstemmelsen som sa noe om hvem som er flyktninger, hvilke rettigheter flyktningstatusen medfører og hvilket ansvar statene har. Konvensjonen var opprinnelig både geografisk og

³⁷ Lov 17.05.1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

³⁸ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 401.

³⁹ Protokoll til konvensjonen om flyktnings stilling, 31 Januar 1967

tidsmessig begrenset, men disse begrensningene ble opphevet med protokollen i 1967. Protokollen er ikke et tillegg til FK, men en selvstendig, internasjonal traktat som pålegger de undertegnende statene til å tiltre FK art 2 - 34 uten begrensinger.

Norge har ratifisert konvensjonen og tiltrådt protokollen, på samme måte som nærmere 150 andre stater. Staten er dermed forpliktet til å gi flyktninger de rettighetene som følger av konvensjonen. Norske myndigheter er, på samme måte som alle medlemsstatene, forpliktet til å føre en lojal fortolkning og anvendelse av konvensjonen i tråd med konvensjonens formål og intensjoner.⁴⁰

Konvensjonen er ikke gjennomført særskilt i norsk rett, og kan derfor ikke påberopes direkte i Norge. Imidlertid er de sentrale bestemmelsene som følger av konvensjonen innarbeidet i norsk rett; blant annet flyktningdefinisjonen som utl. § 28(1) bokstav a gjengir. Ved at bestemmelsen er en gjengivelse av, og viser til den universelle flyktningdefinisjonen i FK art. 1A, må bestemmelsen undergis en selvstendig (autonom) folkerettslig fortolkning, i tråd med folkerettslige tolkningsprinsipper.⁴¹

Høykommissjonæren for flyktninger - UNHCR

Det finnes ikke noe autoritært overprøvings- eller håndhevingsorgan i den internasjonale flyktningretten. Imidlertid opprettet FN allerede i 1951 Høykommissjonæren for flyktninger: *United Nations High Commissioner for Refugees* (UNHCR). Deres hovedoppgave er å gi bistand og beskyttelse til verdens flyktninger. UNHCR har også en viktig rolle i kraft av å være tilsyns- og overvåkingsorgan, med oppgave å overvåke anvendelsen av Flyktningkonvensjonen.⁴² Medlemsstatene er forpliktet til å samarbeide med UNHCR (FK art. 35 og utl. § 98).

UNHCR behandler rettslige spørsmål vedrørende tolkning og praktisering av konvensjonen. I 1979 utgav de *Håndboken*⁴³, et hjelpemiddel for tolkning av konvensjonen. Det er også utgitt

⁴⁰ Folkerettslig traktatfortolkning reguleres i Wien-konvensjonen om traktatretten art. 31-33. Norge har ikke ratifisert konvensjonen, men prinsippene om tolkning av traktater anses å være folkerettslig sedvanerett. Art 31 nr 1 sier at traktater skal tolkes «in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose». Altså skal tolkningen være lojal og i god tro.

⁴¹ Einarsen(2000) s. 62-63.

⁴² UNHCRs statutter art. 8

⁴³ «Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees». - «Håndboken»

en rekke retningslinjer og anbefalinger vedrørende tolknings- og anvendelsesspørsmål. Blant annet er det gitt retningslinjer om forfølgelse på grunnlag av seksuell orientering.⁴⁴

Dokumenter fra UNHCR er rettskildemessig å regne som «soft law», og ikke rettslig bindende for statene. Likevel er det en særegenhet for flyktningretten at slik soft law faktisk tillegges betydelig vekt i praksis. Dette kan begrunnes i at medlemstatene er forpliktet til å samarbeide med UNHCR, og fordi flyktningretten er et internasjonalt og dynamisk rettsområde, hvor det er ønskelig med ensartet praksis. I tillegg har UNHCR høy faglig og spesialisert kompetanse.

At UNHCRs uttalelser har stor betydning i norsk rett fremgår av forarbeidene, som blant annet sier at «...særlig når det gjelder UNHCRs anbefalinger om beskyttelse, må utgangspunktet være at utlendingsforvaltningen legger stor vekt på anbefalingene»⁴⁵. UNHCR var også høringsorgan ved utarbeidelse av den nye utlendingsloven, og i praksis brukes både håndboken og retningslinjer hyppig av utlendingsforvaltningen, lovgiver, domstolene og rettsadvokater for øvrig.

3.3.2 Andre internasjonale forpliktelser

Norge er også forpliktet av flere andre menneskerettighetskonvensjoner som pålegger staten å respektere grunnleggende rettigheter, som retten til liv, privatliv, ikke-diskriminering og frihet fra tortur. I asylrettslig sammenheng er SP og EMK av praktisk betydning. Rettighetene etter konvensjonene er allmenngyldige, og har derfor også betydning for asylsøkere og flyktninger i Norge. Både SP og EMK er gjennomført i norsk rett ved menneskerettighetsloven⁴⁶, og kan påberopes direkte i Norge. EMD fører kontroll med at medlemsstatene oppfyller sine forpliktelser etter EMK, og behandler individklager. Domstolen kan treffe avgjørelser som er rettslig bindende for Norge.

⁴⁴ «UNHCR Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees» (HCR/GIP/12/09).

⁴⁵ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 73.

⁴⁶ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.

3.3.3 EU-rett

For å harmonisere medlemsstatenes flyktning- og asylpolitikk, er det innen EU utarbeidet et felles europeisk asylsystem - «*Common European Asylum System*» (CEAS). Systemet består av flere rettsakter - blant annet *Statusdirektivet*⁴⁷, som gir minimumsnormer om hvem som kvalifiserer for flyktningstatus eller subsidiær beskyttelse. Direktivet ble vedtatt av Rådet for den Europeiske Union den 29 april 2004, og revidert i 2011. Formålet med direktivet er blant annet å garantere at medlemsstatene anvender like kriterier for å fastslå hvilke personer som har behov for internasjonal beskyttelse («flyktning»)⁴⁸.

Selv om Statusdirektivet *ikke* er bindende for Norge, har det stor betydning i praksis. Flere bestemmelser i den nye utlendingsloven bygger direkte på bestemmelsene i direktivet. Statusdirektivet gir uttrykk for europeisk flyktningrett, og det var en målsetning ved utforming av utlendingsloven å være i overenstemmelse med europeisk praksis. I forarbeidene vurderes vilkårene for beskyttelse konsekvent opp mot statusdirektivet,⁴⁹ og særlig om «spesiell sosial gruppe» understreker Departementet viktigheten av å ha samme definisjon som EU.⁵⁰

På grunn av dette må den praksis som omhandler direktivets kjerne få stor betydning også for Norge; særlig vil uttalelser fra EU-domstolen⁵¹ veie tungt, og som regel etterfølges.

3.4 Andre kilder

Flyktningretten er i høyeste grad et internasjonalt anliggende, og det er et klart ønske fra FN og UNHCR at statene har en så enhetlig tilnærming som mulig. Av den grunn kan det være av stor betydning og se hen til andre stater: både rettspraksis, lovgivning og retningslinjer. Problemstillinger særlig knyttet til seksuell orientering i asylsaker har vært - og er fortsatt - tilnærmet på svært ulike måter. Likevel har det forekommet en hurtig og forenende internasjonal utvikling, mye på grunn av at statene har sett hen til hverandres praksis og generelt hatt et ønske om å imøtekomme utfordringene på samme måte. Som eksempel kan det nevnes

⁴⁷ EP/R dir. 2011/95/EU (statusdirektivet)

⁴⁸ Statusdirektivet, ingressen pkt. 6.

⁴⁹ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) kap. 5.

⁵⁰ *Ibid* s. 80

⁵¹ EU's domstolorgan som overvåker og avgir bindende avgjørelser for EUs medlemsstater.

prinsippavgjørelsen Rt-2012-494, hvor Høyesterett ser hen til både rettspraksis fra øverste domstolen i Storbritannia og retningslinjer gitt av svenske utlendingsmyndighetene (migrationsverket). Anerkjennelsen av seksuell orientering som asylgrunnlag er også et resultat av statspraksis. Andre lands praksis vil ikke ha noen rettslig bindende virkning for Norge, men kan tjene som veiledning.

4 ASYL OG BESKYTTELSE

4.1 Retten til å søke om asyl og «non-refoulement»

Enhver har rett til å forlate hjemlandet og søke om beskyttelse (asyl) i annet land. Dette er en grunnleggende menneskerettighet som er nedfelt i Menneskerettighetserklæringen art. 14. Retten til å *søke* asyl innebærer imidlertid ikke en rett til å faktisk *innvilges* asyl, verken etter verdenserklæringen eller av andre konvensjoner. Dette er opp til hver enkelt stat, i kraft av den enkelte stats suverenitet.⁵²

Statenes myndighet til å selv regulere hvem som skal innvilges asyl må sees i sammenheng med det såkalte «*non refoulement-prinsippet*». Begrepet «non-refoulement» stammer fra det franske ordet «refouler», som betyr å sende tilbake eller drive tilbake.⁵³ Prinsippet innebærer at ingen kan sendes tilbake til et land der deres liv eller frihet står i fare, og omtales gjerne som «returvern» eller «utsendelsesvern». Prinsippet fulgte opprinnelig av folkerettslig sedvanerett, men ble for første gang kodifisert i FK art. 33.

Vernet etter FK gjelder retur av *flyktninger* og *asylsøkere* frem til deres flyktningstatus er endelig avklart. Vernet er imidlertid ikke absolutt, FK art. 33 inneholder både eksklusjonsgrunner og andre unntak. Det er derfor praktisk viktig at en rekke andre menneskerettskonvensjoner har lignende forbud mot å returnere utlendinger til alvorlige forfølgelsessituasjoner - uten noen former for forbehold og unntak.⁵⁴ Returvernet er inntatt i den utl. § 73.

⁵² F.eks. fremhevet i *Saadi mot Italia* (2008).

⁵³ Øyen(2013) s. 336.

⁵⁴ Bl.a. EMK art 3, SP art. 7.

4.2 Norsk rett og retten til asyl

Dersom noen fremmer en søknad om asyl i Norge, er norske myndigheter forpliktet til å behandle søknaden. UDI foretar den rettslige vurderingen av om vedkommende skal innvilges asyl eller ikke, på bakgrunn av de norske og internasjonale reglene som utgjør det rettslige rammeverket.

Asylsøkeren vil innkalles til intervju hos UDI, og dette intervjuet vil være det viktigste punktet i asylsaken. Her gis søkeren en mulighet til å fortelle sin historie, begrunne søknaden, og dermed sannsynliggjøre sitt beskyttelsesbehov. Med intervjuet som utgangspunkt tar UDI standpunkt til søknaden. De treffer så en avgjørelse; enten gis det oppholdstillatelse, eller avslag. Vedtaket kan påklages, og bringes for retten. Vedtak kan også begjæres omgjort. Klager og omgjøringsbegjæringer er gratis, og dermed fremmes slike begjæringer svært ofte.

Dersom en utlending som søker om beskyttelse i Norge anerkjennes som flyktning, har han eller hun *krav* på å få innvilget asyl, jf. § 28(2), i praksis ved å innvilges en oppholdstillatelse⁵⁵. Rettigheten er absolutt: eventuelle mothensyn, slik som innvandringsregulering, skal ikke tillegges vekt. Anerkjennelse innebærer også vern mot retur: ingen flyktninger kan returneres til steder der de vil risikere forfølgelse – utl. § 73(1) jf. § 28(1) bokstav a.

5 FLYKTNINGBEGREPET

5.1 «Flyktningdefinisjonen»

I følger *den universelle flyktningdefinisjonen* i FK art. 1A er en flyktning

«Any person who owing to a well founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his/her nationality and is unable, or owing to such fear, is unwilling to avail himself/herself of the protection of that country.»

⁵⁵ Jf. utl. § 60.

Definisjonen er formulert slik at den ikke omfatter alle som gjerne omtales som flyktninger på folkemunn. Blant annet avgrenser definisjonen mot det som i dag er den største gruppen mennesker på flukt; de internt fordrevne⁵⁶. Mennesker som flykter fra fattigdom, nød eller naturkatastrofer, omfattes heller ikke.

Alle som oppfyller vilkårene til flyktningstatus jf. art. 1A, skal regnes som flyktning i samme øyeblikk som de faktisk oppfyller vilkårene i definisjonen. At en stat senere anerkjenner en person som flyktning har kun deklarativ effekt.⁵⁷

Flyktningdefinisjonen følger i norsk rett av utl. § 28(1) bokstav a. En person skal anerkjennes som flyktning dersom han eller hun

«...har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning, og er ute av stand til, eller på grunn av slik frykt er uvillig til, å påberope seg sitt hjemlands beskyttelse, jf. flyktningkonvensjonen 28. juli 1951 artikkel 1 A og protokoll 31. januar 1967...»

Den norske bestemmelsen er en forkortet og oversatt versjon av flyktningdefinisjonen i FK art.1A, og skal derfor tolkes på samme måte som denne.⁵⁸ Nærmere tolkningshjelp angående innholdet i bestemmelsen følger i §§ 29 og 30, som langt på vei gjenspeiler Statusdirektivets bestemmelser⁵⁹. Statusdirektivet utgår også fra den universelle flyktningdefinisjonen, jf. direktivets art. 2(c).

5.2 Asylkriteriene

Som det fremgår av flyktningdefinisjonen, jf FK art 1A og utl. § 28(1) bokstav a, må en utlending oppfylle visse grunnleggende kriterier for å kunne anses som flyktning.

⁵⁶ Personer som er på flukt innenfor hjemlandets grenser.

⁵⁷ Einarsen(2000) s. 42.

⁵⁸ Se pkt. 3.1, jf. utl. § 3.

⁵⁹ Statusdirektivet art. 4 og 6.

Personen må

- befinne seg utenfor sitt hjemland,
- kjenne en velbegrunnet frykt,
- for forfølgelse,
- på grunn av sin rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i spesiell sosial gruppe eller politiske oppfatning, og
- mangle beskyttelse i hjemlandet

5.2.1 Utenfor hjemlandet

Det er en forutsetning for flyktningstatus at personen har krysset en internasjonal grense. I noen tilfeller kan beskyttelsesbehovet oppstå først etter at søkeren er kommet til Norge. Personen blir da flyktning «sur place» eller «på stedet».⁶⁰ Både objektivt og subjektivt sur place kan gi rett til flyktningstatus.

Med *objektivt sur place* menes de tilfeller der det, mens personen er i Norge, skjer en endring i situasjonen i hjemlandet som gjør at vedkommende nå oppfyller kriteriene til flyktningstatus. Det kan for eksempel ha blitt vedtatt lov om straffeforfølgelse av homofile i hjemlandet, slik at det nå er en risiko for forfølgelse. Ved *subjektivt sur place* oppstår beskyttelsesbehovet som resultat av asylsøkerens *egne handlinger*. Søkeren kan for eksempel ha deltatt i kraftige demonstrasjoner og dermed utløst forfølgingsfare.

5.2.2 Velbegrunnet frykt

Søkeren må ha en «velbegrunnet frykt» for å risikere forfølgelse i hjemlandet. Dette kriteriet vil i de aller fleste tilfeller utgjøre kjernen i asylvurderingen. Begrepet innebærer ett subjektivt og ett objektivt element.⁶¹ Det subjektive elementet, «frykt», referer til den frykten vedkom-

⁶⁰ Utl.§ 28(4) jf. Håndboken pkt. 94.

⁶¹ Håndboken pkt. 38.

mende selv personlig opplever,⁶² mens det objektive elementet ligger i at frykten må være «velbegrunnet», eller berettiget. I norsk rett er den objektive vurderingen avgjørende.⁶³

Vurderingen innebærer at det må gjøres en *bevisvurdering*⁶⁴ og en *risikovurdering*. Det må tas rede på både hva som *har skjedd* – og hva som er sannsynlig at *kommer til å skje* ved retur til hjemlandet. I vurderingen vil både generelle omstendigheter i hjemlandet og individuelle forhold vil være av betydning. I forhold til homofile asylsøkere vil det i denne sammenheng være særlig aktuelt å undersøke hva slags lovgivning landet har, og hvordan denne praktiseres. Anti-homofil lovgivning vil kunne gi alle homofile en velbegrunnet frykt for fremtidig forfølgelse, uten at risikoen er individualisert til den enkelte søkeren.⁶⁵

For å si at det foreligger en «velbegrunnet» frykt, må risikoen for forfølgelse være «reell»⁶⁶. Det er her ikke tale om noen sannsynlighetsovervekt, men faren må være over ett visst minimum.⁶⁷

Diskresjon ved retur?

Mange homofile vil kunne unngå forfølgelse ved å skjule sin seksuelle orientering for andre. Både i Norge og i andre land var det lenge fast praksis å legge til grunn en forventning om at homofile tok rimelige forbehold for å minske eller eliminere forfølgelsesfaren, forutsatt at innskrenkingene i livsutførelse ikke ble for alvorlige. Følgen var at en rekke asylsøknader ble avslått under henvisning til at søkeren kunne «skjule» sin seksuelle orientering, og således ikke hadde en «velbegrunnet» frykt for forfølgelse.

I 2012⁶⁸ slo Høyesterett uttrykkelig fast at ingen kan forventes å skjule sin seksuelle orientering for å unngå forfølgelse.⁶⁹ Høyesterett følger i avgjørelsen den internasjonale utviklingen, som også allerede hadde påvirket utlendingsmyndighetenes tilnærming.⁷⁰ Dommen

⁶² *Ibid*: elementet «frykt» – en sinnstilstand og en subjektiv tilstand.

⁶³ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 86.

⁶⁴ Mer om bevisvurderingen i kapittel 7.

⁶⁵ Vevstad(2010) s. 180.

⁶⁶ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 88.

⁶⁷ Vevstad(2010) s. 156.

⁶⁸ Rt-2012-494.

⁶⁹ *Ibid*, premiss 37 «...ikke forutsettes at søkeren ved retur skal skjule sin homofile legning for slik å unngå forfølgelse».

⁷⁰ *Ibid* premiss 52-53. Når saken kom opp i Høyesterett hadde også allerede utlendingsforvaltningen, som følge av den internasjonale utviklingen, begynt å gå bort fra dette kravet. Se f.eks. UNE sak N128226214(2010), som følger den metoden Høyesterett senere oppstiller.

«HJ&HT»⁷¹ fra britiske *Supreme Court* i 2010 har hatt stor betydning, men også andre stater hadde avfeid diskresjonskravet, blant annet Australia allerede i 2003.⁷² UNCHR har lenge anbefalt å ta avstand fra diskresjon,⁷³ og 2013 fattet også EU-domstolen avgjørelse med samme konklusjon.⁷⁴

Etter Høyesteretts avgjørelse, ble det gitt en instruks fra Departementet (2012-007-GI) som pålegger UDI å følge Høyesteretts tilnærming der asylgrunnlaget er seksuell orientering.

5.2.3 «Forfølgelse»

De forhold vedkommende risikerer å møte ved retur til hjemlandet, må regnes som «forfølgelse». Begrepet er ikke presisert i konvensjonen,⁷⁵ og det finnes heller ingen universell godtatt definisjon. Veiledning finnes i utl. § 29⁷⁶ og i Håndboken⁷⁷.

Det sentrale er at det må dreie seg om reaksjoner som alene eller sammenlagt utgjør en *alvorlig* krenkelse av *grunnleggende* menneskerettigheter.⁷⁸ Forfølgelse av seksuelle minoriteter kan eksempelvis være vold, trakassering og diskriminering, eller at det foreligger straffebud mot homofili eller homofile handlinger. Dersom det er lovgivning som utgjør forfølgelse, er det nødvendig å undersøke hvordan straffebudene faktisk praktiseres, da en sovende bestemmelse ikke nødvendigvis utgjør forfølgelse. Likevel kan tilstedeværelsen, uavhengig av om den er i bruk eller ikke, medføre at lhbt-personer pålegger seg selv og sin livsførsel restriksjoner,⁷⁹ hvilket i så fall bør tas i betraktning. Diskriminering og trakassering anses vanligvis ikke som forfølgelse, men det kan være annerledes når det er tale om seksuelle minoriteter.⁸⁰

Forfølgelsen må ikke nødvendigvis utgå fra statens myndigheter. Det avgjørende er ikke hvem som står for forfølgelse, men *hvilken forfølgelsesrisiko* vedkommende møter ved retur

⁷¹ *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, (2010).

⁷² *Appellants S395/2002 and S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (2003) 216 CLR 473.

⁷³ Guidance Note (2008) pkt. 31.

⁷⁴ *Joined Cases C-199/12, C-200/12, C-201/12 - X, Y, Z v Minister voor Immigratie en Asiel*.

⁷⁵ Mulig for å hindre å «låse» begrepet for utvikling, jf. Hathaway(2014) s. 182.

⁷⁶ Tilsvarende Statusdirektivet art. 9.

⁷⁷ Håndboken pkt. 51–53.

⁷⁸ Utl. § 29(1) og Vevstad(2010) s. 218.

⁷⁹ LaVoilette(2013a) s. 9.

⁸⁰ UNE Praksisnotat(2009a), Rt-2012-494 premiss 35.

til hjemlandet, jf. utl. § 29(2). Dersom det er tale om forfølgelse fra ikke-statlige (private) aktører, vil det imidlertid bli nødvendig å undersøke om personen kan få beskyttelse av hjemstaten, jf. nedenfor, pkt. 5.2.5.

5.2.4 Konvensjonsgrunn

Årsaken til at en person risikerer forfølgelse i hjemlandet må skyldes ett (eller flere) nærmere angitte grunnlag: «rase», «religion», «nasjonalitet», «medlemskap i en spesiell sosial gruppe» eller «politisk oppfatning».⁸¹

I norsk rett er det i dag anerkjent at seksuell orientering utgjør «en spesiell sosial gruppe».⁸² Det samme er lagt til grunn i en rekke andre stater, og er støttet av UNHCR⁸³. Statusdirektivet nevner også eksplisitt seksuell orientering som en mulig sosial gruppe i art 10(1)d siste ledd. Begrepet har imidlertid gitt opphav til flere tolkningsproblemer.⁸⁴ Som eksempel kan det nevnes at de gruppene som etter norsk har vært ansett som «sosiale grupper» (i hovedsak kjønn og seksuell orientering), har vært ansett å falle utenfor begrepet i vårt naboland, Sverige. I svensk praksis har imidlertid adel, ulike yrkesgrupper, og sosial klasses tilhørighet tradisjonelt vært regnet som «særskild samhållsgruppe»,⁸⁵ mens kjønn og seksuell legning har blitt vurdert etter regler om subsidiær beskyttelse.

Både *reell* og *tillagt* tilhørighet til de ulike konvensjonsgruppene vil kunne gi grunnlag for flyktningstatus. Det kreves for eksempel ikke at søkeren *faktisk* er homofil - det er tilstrekkelig at forfølgeren *tror* at vedkommende er det, for eksempel fordi det er kjent at man har deltatt i homoseksuelle handlinger.

Konvensjonsgrunnen må ha *årsakssammenheng* med forfølgelsen.⁸⁶ Den seksuelle orienteringen (tilhørighet til sosial gruppe) behøver ikke være den eneste årsaken til forfølgelse, men må være en bidragsgivende faktor.

⁸¹ Håndboken pkt. 66.

⁸² Fastslått i Justisdepartementets retningslinjer for nye asylkriterier (1998).

⁸³ HCR/GIP/12/09 pkt. 40 og 46.

⁸⁴ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 74.

⁸⁵ SOU 2006:6 s. 112-113.

⁸⁶ Ot. prp. nr. 75 (2006-2007) s. 80.

5.2.5 Mangle beskyttelse fra hjemlandets myndigheter

Retten til internasjonal beskyttelse er subsidiær. Dersom hjemlandet kan gi beskyttelse, har søkeren ikke rett til å anerkjennes som flyktning.⁸⁷

Dersom det er staten som aktivt forfølger, eksempelvis straffeforfølger homofile, vil situasjonen naturlig være at man mangler beskyttelse mot forfølgelsen. Dersom forfølgelsen *ikke* utgår fra staten, må det avklares hvorvidt staten *kan og ønsker* å beskytte mot forfølgelse. Først når staten demonstrerer manglende evne eller vilje til dette, kan vedkommende påberope seg internasjonal beskyttelse. Staten må ha et fungerende system for å oppdage, rettslig forfølge og eventuelt straffe handlinger som utgjør forfølgelse, samt at søkeren har tilgang på slik beskyttelse på lik linje med resten av landets befolkning.

«Internfluktalternativet»

Dersom det er mulig å oppholde seg i andre, trygge områder i hjemlandet, er man i utgangspunktet henvist til å søke slik beskyttelse.⁸⁸ Prinsippet om «internt fluktalternativ»⁸⁹ kan ikke direkte utledes av FK, men har utviklet seg i statspraksis – og følger i norsk rett av utl. § 28(5).

Hvorvidt et internt fluktalternativ er aktuelt, vil bero på omstendighetene i det enkelt tilfelle. Spørsmålet vil sjeldent være aktuelt der staten selv forfølger (eksempelvis med straffelovgivning), men er av stor betydning der faren for forfølgelse stammer fra ikke-statlige aktører⁹⁰. I forhold til seksuelle minoriteter vil internflukt vurderes der søker kommer fra land med omfattende diskriminering, utestengelse og trakassering, men hvor slike hendelser ikke vil forekomme i samme grad i f.eks. storbyer.⁹¹

⁸⁷ Håndboken, pkt. 100 og Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 415.

⁸⁸ Det stilles visse krav til internfluktalternativet. Etter utl. § 28(5) må beskyttelsen være «effektiv» og «rimelig». Jf. Øyen(2013) s. 281: området må være «trygt, tilgjengelig og rimelig for søkeren».

⁸⁹ «Internal protection alternative» eller «internal relocation alternative».

⁹⁰ Einarsen(2000) s. 422.

⁹¹ HCR/GIP/12/09 pkt. 55. Se f.eks. N14896459(2014): Internflukt til andre deler av Russland(Moskva, St.Petersburg) er et trygt, tilgjengelig og ikke urimelig alternativ for klageren - russiske myndigheter har generelt *evne og vilje til* å gi bistand.

DEL II TROVERDIGHETSVURDERINGEN

6 INNLEDNING

Dersom en person søker om beskyttelse på grunn av seksuell orientering, skal det først vurderes om asylgrunnlaget *er troverdig*.⁹²

Hvordan kan det bevises at en person er – eller ikke er – homofil?

Det hører til sjeldenhetene at homofile personer er i stand til å gi avgjørende dokumentasjon eller bevis for å bekrefte sitt medlemskap i en spesiell sosial gruppe. Som det heter i svenske retningslinjer om lhbt-saker:

«det ligger i sakens natur at sexuell lægning er svært at bevisa»⁹³.

Seksuell orientering er ikke synlig utad eller etterprøvbart på samme måte som for eksempel etnisitet, religion eller nasjonal opprinnelse. Seksuell orientering handler om svært personlige og intime deler av en persons identitet. Det er en *egenhet* - som egentlig er umulig å underbygge med ytre bevis. Vurderingen må derfor i hovedsak baseres på troverdigheten av søkerens egen påstand. Generaladvokat ved EU-domstolen, Eleanor Sharpston,⁹⁴ oppsummerte følgende i sitt forslag til avgjørelse i saken «A, B, C»,⁹⁵ juli 2014:

«An averred sexual orientation cannot easily be objectively verified; and it is unlikely that there will be documentary or other evidence to support an applicant's self-declared statement of his sexual orientation. Credibility therefore becomes the central issue»⁹⁶.

⁹² 2012-007-GI pkt. 1.

⁹³ RCI 04/2009.

⁹⁴ EU-domstolens generaladvokater (Advocates General) bistår domstolen, og avgir offentlig et «forslag til avgjørelse», en detaljert analyse av de rettslige aspektene av saken, og et forslag til løsning. Dette er *ikke* bindende for domstolen. Kilde: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/

⁹⁵ *Joined Cases C-148/13, C-149/13 and C-150/13 – «A, B, C».*

⁹⁶ Sharpston(2014) avsnitt 43.

I troverdighetsvurderingen kan en rekke faktorer ubevisst eller bevisst få betydning. Observasjoner om oppførsel og fremtoning, og *antagelser* om hvordan en «ekte» lhbt-person vil oppføre seg,⁹⁷ kan styre hvorvidt en person vurderes som «ekte homofil» eller ikke. I troverdighetsvurderingen utfordres beslutningstakerens evne til objektivitet – og således utfordres rettssikkerheten.

6.1 Hva er «troverdighetsvurderinger»?

Med «*troverdighetvurdering*» menes prosessen som går ut på å innhente relevante opplysninger fra søkeren (både hans forklaring og andre beviser), å undersøke og vurdere disse i lys av all den tilgjengelig informasjon som foreligger, – for så å avgjøre om de påstander som begrunner søknaden kan aksepteres, og legges til grunn for den videre vurderingen.⁹⁸ Troverdighetsvurderingen er altså en del av bevisvurderingen – av å fastlegge faktagrunnlaget. Bevisvurderingen er et kritisk punkt i asylsaken, da det som fremkommer her vil danne grunnlaget for den konkrete risikovurderingen – om søker risikerer forfølgelse ved retur til hjemlandet.⁹⁹

Troverdighetsvurderingen vil ofte utgjøre kjernen i asylsaken. Likevel er det en av de mest usikre kildene vi har for reell saksopplysning.¹⁰⁰ Hvordan velge *om*, og *hvilke av* søkerens opplysninger som skal godtas? En rekke subjektive faktorer kan få betydning for hvordan beslutningstakeren vurderer søkerens forklaring. Hva den ene finner troverdig, kan en annen bestemt avvise. Selv om troverdighetsvurderingen ideelt sett er objektiv, vil det være en stadig risiko for at andre faktorer også påvirker beslutningstakeren.

6.2 Seksuell orientering som vilkår

Da seksuell orientering (medlemskap i spesiell sosial gruppe) er et vilkår for flyktningstatus, blir nødvendig å fastslå om søkeren *faktisk og reelt* har den seksuelle orienteringen som påstås. En person som anfører å tilhøre en opposisjonsgruppe i hjemlandet skal ikke innvilges

⁹⁷ Jansen(2011) s. 47.

⁹⁸ UNHCR(2013) s. 27.

⁹⁹ Vevstad(2010) s. 179.

¹⁰⁰ Einarsen(2000) s. 482.

asyl dersom dette ikke er tilfellet, og en person som anfører seksuell orientering skal ikke innvilges asyl dersom dette faktisk ikke stemmer. Det må spørres om søkeren virkelig er, eller vil bli oppfattet som homofil.¹⁰¹ Kun i disse tilfellene har søkeren krav på asyl. Som påpekt i «*HJ&HT*»: «*Unless he can establish that he is of that orientation he will not be entitled to be treated as a member of the particular social group*»¹⁰².

Det har vært diskutert om søkerens egen erklæring om seksuell orientering skal godtas og uten videre vurdering legges til grunn. Dette spørsmålet ble nylig henvist til EU-domstolen¹⁰³, og Generaladvokat Sharpston fremholder i sin uttalelse at søkerens egen erklæring *ikke* alene er tilstrekkelig til å fastslå tilhørigheten til en spesiell sosial gruppe,¹⁰⁴ og at det (innen EU) er enighet om dette kan underlegges prøving.¹⁰⁵ Måten vurderingen gjøres på må imidlertid være i overensstemmelse med menneskerettighetene og Statusdirektivet.¹⁰⁶

Søkerens selvidentifikasjon kan heller ikke medføre at bevisbyrden skifter til utlendingsmyndighetene, slik at de må føre bevis for at søker *ikke* er homofil. Da seksuell orientering også for utlendingsmyndighetene er nærmest er umulig å (mot)bevise, ville et slikt utgangspunkt medført at søknader mer eller mindre automatisk måtte innvilges, gitt at øvrige vilkår var oppfylt. Dette ville undergrave både utlendingslovens formålet om «kontrollert innvandring», og prinsippet om at kun de med *reelt beskyttelsesbehov* skal gis flyktningstatus og asyl. Asylsaken er ingen straffeprosess; søkeren og utlendingsmyndighetene skal samarbeide om å kartlegge beskyttelsesbehovet (jf. nedenfor pkt. 7.1).¹⁰⁷

6.3 Økt aktualitet?

Det må antas at det tidligere ikke var samme behov for å vurdere den faktiske troverdigheten av seksuell orientering. Forutsetningen om diskret oppførsel gjorde at det i mange tilfeller *uansett* ikke vil foreligge forfølgelsesfare. Denne forutsetningen forenklet sakene betydelig.

¹⁰¹ Rt-2012-949, premiss 57.

¹⁰² Lord Hope i «*HJ&HT*» premiss 35.

¹⁰³ Saken «A, B, C»,

¹⁰⁴ Sharpston(2014) avsnitt 48 og 49.

¹⁰⁵ *Ibid* avsnitt 37.

¹⁰⁶ *Ibid* avsnitt 44 flg.

¹⁰⁷ Se Sharpston(2014) avnitt 73

Når dette ikke lenger kan forutsettes, kan en faktisk vurdering av søkerens seksuelle orientering bli mer aktuell. Internasjonalt er det påpekt en slik utvikling.¹⁰⁸

Praksis etter Rt-2012-949 viser at en fremgangsmåte der det unngås å ta stilling til seksuell orientering, fortsatt forekommer. Spørsmål om diskresjon vurderes fortsatt, dog i samsvar med Høyesteretts metode.¹⁰⁹ Reell forfølgelsesrisiko (mest praktisk: straffelovgivning og praktisering av denne) og internfluktalternativet er andre vurderinger som gjøres *uten* å videre vurdere seksuell orientering.¹¹⁰ En mulig årsak kan være at en slik vurdering kommer «brått på» utlendingsmyndighetene, samt at det ikke foreligger retningslinjer om, eller gis opplæring i denne konkrete troverdighetsvurderingen.¹¹¹

Spesielt vil troverdighetsvurdering av seksuell orientering få økt betydning når asylsøker kommer fra land der homofili *er* kriminalisert – og hvor bestemmelsene ikke er sovende. I disse situasjonene vil det ikke kunne drøftes diskresjon lenger, og det vil være relativt klart at det foreligger forfølgelsesfare.¹¹²

7 GENERELLE UTGANGSPUNKTER FOR BEVISVURDERING

Vurderingen av seksuell orientering er en del av bevisvurderingen. Faktum i saken vil enten

- 1) føre til at det klart fremgår at en søker uansett ikke kan kvalifisere til flyktningsstatus, eller
- 2) danne grunnlag for den videre risikovurderingen – den konkrete vurderingen av om søkeren har en «velbegrunnet» frykt.

Verken norsk eller internasjonal rett inneholder generelle regler om bevisvurderingen. Utgangspunktet er at det må foretas en *fri bevisbedømmelse*, basert på alle opplysningene som

¹⁰⁸ Bl.a. Jansen,(2011) s. 47 og Millbank(2009b) s. 8.

¹⁰⁹ LB-2014-31488: tar ikke stilling til om søker er homofil, fordi søkeren ville leve diskret ved eventuell retur, og at frykt for forfølgelse *ikke* var årsaken til dette. Søkeren hadde dermed ikke «velbegrunnet frykt for forfølgelse».

¹¹⁰ UNE Praksisnotat(2013) s 3: «... ikke i alle vedtak tas stilling til om seksuell orientering er tilstrekkelig sannsynliggjort. Dette fordi de generelle forholdene i klagerens hjemland ikke tilsier at en homofile utsettes for forfølgelse».

¹¹¹ Personlig meddelelse.

¹¹² «XYZ» premiss 76 jf. 61.

foreligger i saken.¹¹³ Som påpekt tidligere, vil søkerens forklaring utgjøre det absolutt viktigste bevismaterialet.

7.1 Bevisbyrde og utredningsplikt

For å kartlegge fakta i saken, må det innhentes informasjon om søkeren og søkergrunnlaget. Det klare utgangspunktet er at det er asylsøkeren som har det primære ansvaret for å fremlegge bevis. Av forarbeidene heter det at *«søkeren ... har ansvaret for å sannsynliggjøre sine anførsler så langt dette er mulig»*¹¹⁴. Håndboken fastslår at: *«...Det er et generelt juridisk prinsipp at bevisbyrden påhviler den personen som fremsetter et krav...»*¹¹⁵. Det samme følger av Statusdirektivet.¹¹⁶

Det er ingen regler for *når* eller *hvordan* søkeren skal gi opplysninger om seg selv og sitt asylgrunnlag. Opplysninger kan også fremsettes etter vedtak er fattet, i en klage eller omgjøringsbegjering, men tidspunktet kan få betydning for troverdigheten av opplysningen.¹¹⁷

At det er søkeren selv som skal opplyse saken er et naturlig utgangspunkt. Det er søkeren som fremsetter et krav, og det er søkeren som har de beste forutsetningene for å belyse saken. Det er *ikke krav om at søkeren skal underbygge søknaden med beviser*, og dette kan i utgangspunktet heller ikke forventes.¹¹⁸ Likevel skal søkeren bidra til å opplyse sin egen sak, så langt det er rimelig og mulig. Forventningen om at søkeren skal bidra er klar fra lovgiverens side, og uttrykkes i utl. § 93(4) første punktum: *«søker plikter å gjøre sitt beste for å fremlegge nødvendig dokumentasjon og medvirke til innhenting av nødvendige opplysninger»*. Det samme følger av rettspraksis¹¹⁹ og av UNHCR¹²⁰.

¹¹³ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 88.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Håndboken pkt. 196.

¹¹⁶ Statusdirektivet art. 4(1).

¹¹⁷ Øyen(2013) s. 269.

¹¹⁸ Einarsen(2000) s. 467.

¹¹⁹ Rt-2011-1481 premiss 45.

¹²⁰ Håndboken pkt. 202.

Myndighetene, UDI, har på sin side *utredningsplikt* – de må bidra til å opplyse saken. Plikten fremgår generelt av forvaltningsloven¹²¹ § 17, og av utlendingsloven § 93(4) annet punktum. Det er altså et delt ansvar for å opplyse asylsaken.¹²²

Hvordan kan myndighetene bidra til å opplyse saken?

Selv om utgangspunktet er at søkeren skal få forklare seg fritt, kan UDI *stille oppfølgings-spørsmål*, og eventuelt be om dokumentasjon søker hevder å besitte. Ved spørsmålet om seksuell orientering vil søkerens egen forklaring være sentral, og dermed blir utspørring et viktig hjelpemiddel.

UDI bør også *kontrollere opplysningene* som gis. Dette er særlig viktig for å vurdere søkerens generelle troverdighet. Eksempelvis kan det få betydning for troverdigheten dersom søkeren har fremlagt dokumentasjon for å underbygge påstanden (medlemsbevis i lhbt-organisasjon, eller straffedom), men hvor senere kontroll avkrefter dette.

UDI kan også *selvstendig innhente informasjon* om forholdene i hjemlandet, typisk om den generelle situasjonen for homofile, eventuell lovgivning samt praktiseringen av denne. Selv om landinformasjon i utgangspunktet er et hjelpemiddel for risikovurderingen, vil det helt klart kunne øke søkerens generelle troverdighet om informasjonen er i samsvar med forklaringen.

7.2 Beviskrav

«*To show that a statement is credible is not the same as to show that it is true*»¹²³.

Seksuell orientering er ikke noe som kan bevises med 100 % sikkerhet. Det er heller ikke nødvendig. Det kreves ikke «to streker under svaret» eller at beslutningstakeren er fullstendig overbevist. Men asylgrunnlaget – den seksuelle orienteringen søker anfører – *må sannsynliggjøres*.

¹²¹ LOV-1967-02-10 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

¹²² Jf. NOU 2004:20 s. 392 og Håndboken pkt. 196.

¹²³ Sweeney(2009) s. 719.

Hverken Flyktningkonvensjonen eller utlendingsloven sier noe om hvor sannsynlig påstanden må være for å legges til grunn,¹²⁴ og det er heller ingen klar statspraksis angående dette.¹²⁵ Tradisjonelt har beviskravet vært alminnelig sannsynlighetsovervekt, slik at historien skulle godtas dersom den var *mer sannsynlig* enn ikke. I forarbeidene til utlendingsloven ble det imidlertid fastslått at beviskravet måtte senkes: det skal være tilstrekkelig at asylgrunnlaget søkeren anfører er *noenlunde sannsynlig*.¹²⁶ At beviskravet er lavt, kan også utledes av UNHCR, som understreker at vurderingstemaet er om historien er *mulig* å tro på - «*capable of being believed*»¹²⁷

Det senkede beviskravet gjelder så lenge søkeren vil risikere forfølgelse ved retur dersom de fakta (deriblant asylgrunnlaget) han presenterer legges til grunn¹²⁸. De aller fleste søkere vil presentere en slik fortelling. En stor andel av de som søker asyl på grunn av seksuell orientering kommer fra land der dette er forbudt, straffbart og strengt tabubelagt. Dersom det legges til grunn at de har den seksuelle orientering de anfører, vil det derfor ofte måtte konstateres at de risikerer forfølgelse.

Ved at det legges til grunn et asylgrunnlag som kanskje ikke er det mest sannsynlige, anvendes «tvilsfordelsprinsippet» – *tvilen om faktiske forhold kommer søkeren til gode*.¹²⁹ Prinsippet er av stor praktisk betydning, siden bevissituasjonen ofte er vag og at feilaktige avgjørelser kan få alvorlige konsekvenser for søkeren. Forutsetningen for prinsippet er at de bevis som kan opplyse saken er innhentet, at søkeren har gjort et *oppriktig forsøk på å underbygge sine påstander* og at søkeren *fremstår som generelt troverdig*.¹³⁰ Etter utl. § 93 skal søker inngi rettidig søknad, men dette er ikke – i motsetning til Statusdirektivet¹³¹ – et krav for at tvilprinsippet kan anvendes.

Tvilsprinsippet vil ha stor betydning i spørsmålet om seksuell orientering. Seksuell orientering er et forhold beslutningstaker ofte vil være usikker på, selv etter bevisfremleggelse og

¹²⁴ NOU 2004:20 s. 118.

¹²⁵ Øyen(2013), s. 192.

¹²⁶ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 414.

¹²⁷ UNHCR(1998) pkt. 11.

¹²⁸ *Ibid*, og Rt-2011-1481 premiss 45.

¹²⁹ Håndboken pkt. 203.

¹³⁰ NOU 2004:20 s. 118 jf. Håndboken pkt. 204, også Statusdirektivet art. 4(5)a, b og e.

¹³¹ Statusdirektivet art. 4(5)d.

intervju med søkeren. I tillegg kan en rekke subjektive faktorer påvirke oppfatningen av troverdighet. Samlet sett kan beslutningstakeren ofte føle at faktagrunnlaget er svakt, *mye svake-re* enn hva som normalt er situasjonen i en asylsak. En nylig avsagt dom fra Borgarting lagmannsrett¹³² kan her være illustrativ. Lagmannsretten innrømmet at de satt spørsmålsteget ved flere av elementene i asylhistorien, men fant likevel å måtte legge forklaringen til grunn

«... Selv om det nok er mest sannsynlig at forklaringen ikke stemmer, oppfyller den kriteriet ”noenlunde sannsynlig”, slik beviskravet er etter lovforarbeidene og rettspraksis. Retten finner at det i praksis er fullt mulig at forklaringen kan stemme og mener at det må være tilstrekkelig etter loven»

I forhold til seksuell orientering bør det altså følge av tvilsprinsippet at dersom søkeren fremstår som generelt troverdig, bør det legges til grunn at søkeren er homofil – *selv om* oppfatningen kan være at søkeren mest sannsynlig ikke er det.

8 TROVERDIGHETSVURDERINGEN

8.1 Utgangspunkter

Dersom søkerens forklaring skal legges til grunn som fakta i saken, må den tilfredsstillende vise minimumskrav.¹³³ Å hevde noe er ikke i seg selv tilstrekkelig – forklaringen må være troverdig nok til at det (minst) er *noenlunde sannsynlig* at det er reelle opplysninger.

Hvordan gå frem for å vurdere om forklaringen er troverdig?

Det finnes ingen internasjonale eller nasjonale regler om hvordan troverdighetsvurderingen skal foregå. Dette betyr likevel ikke at beslutningstakeren står fritt til å bygge vurderingen på eget forgodtbefinnende. Troverdighetsvurderingen er en *rettslig vurdering* – som skal bygges på objektive forhold.¹³⁴ For å sikre at det fattes flest mulig riktige beslutninger, finnes visse utgangspunkter beslutningstakeren bør holde seg til.

¹³² LB-2013-142080.

¹³³ Einarsen(2000) s. 468.

¹³⁴ Sml. RCI 09/2013 s. 7: «metoden för bevisvärdering får aldrig bygga på subjektivism, godtycke och intuition. Metoden måste i varje enskilt fall bygga på rationell objektiv grund».

Det overordnede utgangspunktet for troverdighetsvurderingen er at *innholdet i forklaringen* skal være det sentrale.¹³⁵ Det er det som fremkommer av søkerens forklaring og uttalelser som må prøves, ikke fremtoning og oppførsel. Det må undersøkes hvorvidt forklaringen er sammenhengende, plausibel og i samsvar med allment kjente fakta.¹³⁶ Denne forståelsen følger også av UNHCR: «*Credibility is established where the applicant has presented a claim which is coherent and plausible, not contradicting generally known facts, and therefore is, on balance, capable of being believed*»¹³⁷ (min understreking).

Forklaringen må altså vurderes og kontrolleres i forhold til særlig tre forhold: *intern konsistens, ekstern konsistens og plausibilitet*.¹³⁸

Med *intern konsistens (intern troverdighet)* menes den *indre sammenhengen* av forklaringen: om den er detaljert eller vag, om dokumentasjon som søker fremlegger støtter påstanden, om det søkeren forteller i den ene sammenheng er i overensstemmelse med tidligere forklaringer. En historie som for eksempel inneholder få detaljer og vage beskrivelser av steder og hendelser, kan lett anses lite troverdig. Høyesterett har redegjort for betydningen av intern konsistens på følgende måte:

*«selvmotsigelser, uklarheter og utelatelser i forklaringen, som ikke kan begrunnes på tilfredsstillende måte, kan få betydning for bevisvurderingen. Forklaringer som gradvis tilpasses, eller suppleres av nye forhold som tidligere ikke har vært nevnt, vil lett bidra til å svekke den generelle troverdigheten. Dette vil særlig være tilfellet der forklaringen endres etter at det grunnlaget som først ble påberopt, viser seg ikke å føre frem»*¹³⁹

Ekstern konsistens (ekstern troverdighet) vil dreie seg om forklaringens forhold til *andre fakta*. Det må undersøkes om innholdet i forklaringen samsvarer med - og støttes av - tilgjengelig kunnskap om landet og andre generelle fakta.

¹³⁵ Ot.prp.nr.75 (2006-2007) s. 85.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ UNHCR(1998) pkt. 11.

¹³⁸ Sweeney(2009)

¹³⁹ Rt-2011-1481 premiss 46.

Forklaringens *plausibilitet* referer til om forklaringen fremstår som *trolig*. Med «trolig» menes ikke troverdig – dette ville gjøre vurderingen av plausibilitet overflødig. Plausibilitet handler om hvorvidt begivenhetene er *mulige* eller *sannsynlige*, eller på engelsk «*reasonable or probable*»¹⁴⁰. Eksempelvis vil en historie som inneholder en lang rekke tilfeldige begivenheter som alle har gått i søkerens favør virke usannsynlig og lite plausibel. Plausibilitet er en særlig utfordring, da det ved en vurdering av om noe er trolig, vil være en naturlig risiko for slutninger basert på subjektive meninger, spekulasjoner og forutinntatte oppfatninger.¹⁴¹

Søkerens *oppførsel og fremtoning* bør ikke inngå i vurderingen av troverdighet. Dette er ikke en god indikator på troverdighet,¹⁴² og slutningene vil ofte bero på subjektive antagelser og stereotypier.¹⁴³ Likevel er det fortsatt mange stater hvor søkerens oppførsel brukes som referanse ved troverdighetsvurderingen, f.eks. Australia, Canada og USA.¹⁴⁴ I Sharpstons uttalelse til EU-domstolen virker det også som at søkerens oppførsel i intervjuet er et relevant vurderingstema.¹⁴⁵ Denne oppfatningen synes å stride med den klare anbefalingen fra UNHCR (og EUs «Refugee Fund») i rapporten «Beyond Proof», om at fremtoning («*demeanour*») *ikke* bør anvendes som indikator på troverdighet.¹⁴⁶

8.2 Generelle utfordringer ved troverdighetsvurderinger

Ved troverdighetsvurderinger er det mange feilkilder og fallgruver - både på søkerens og beslutningstakers side.

Generelt kan en hver forklaring lide av feil. Forklaringer kan *formes, tilpasses* og *presenteres* på ulike måter. Søkeren kan for eksempel ha en oppfatning av hva beslutningstakeren vil frem til, og dermed forme svarene sine etter dette, eller ha en følelse av hva det «ikke bør» svares på – og dermed holde tilbake informasjon. Søkeren kan også ha fått *tips* fra andre om hva som bør og ikke bør nevnes. Dersom det har gått lang tid siden opplevelser og iakttagelser, kan

¹⁴⁰ UNHCR(2013) s. 176.

¹⁴¹ *Ibid* s. 177.

¹⁴² Kagan(2003) s. 378 og UNHCR(2013) s. 189.

¹⁴³ UNHCR(2013) s. 71. Se for eksempel Canadiske retningslinjer (2004) pkt. 2.3.7

¹⁴⁴ *Ibid*.

¹⁴⁵ Sharpston(2014) avsnitt 73.

¹⁴⁶ UNHCR(2013) s. 190.

søkerens *erindring* være svekket.¹⁴⁷ Dette kan medføre at søkeren faktisk ikke klarer gi noen god forklaring på ulike spørsmål, eller at opplysningene som gis, er feil. Søkeren kan også bevisst gjøre *ulike tiltak* for å øke påstandenes troverdighet. Dette kan være kroppsspråk, ansiktsuttrykk, følelsesuttrykk: eksempelvis at en homofil søker *imøtekommer stereotypier og forventinger* med bekleddning og fakter. Utenom selve intervjuet kan det, som eksempel, tenkes at søkeren deltar aktivt i organisasjoner eller media.

De tiltak og forberedelser som nevnes over, kan også, uten store anstrengelser, gjøres av *uærlige søkere*, som kun pretenderer å være homofil for å oppnå asyl. Den største utfordringen for beslutningstakeren blir dermed å *ikke la seg påvirke* dersom søker forsøker å «vri» eller tilpasse seg saken. Faktorer som kroppsspråk og stereotypier gir ikke nødvendigvis en god indikasjon på hva som er (eller ikke er) troverdig. Forutinntatthet, og mangel på kulturell, sosial og psykologisk innsikt, er noe som kan problematisere enhver troverdighetsvurdering.¹⁴⁸ Ofte skjer påvirkningen ubevisst, slik at det er vanskelig å vite hvilken betydning det faktisk fikk for avgjørelsen. Rettssikkerheten trues. For å unngå dette, må beslutningstakeren være skjerpet og bevisst på hvilke feilkilder som typisk forekommer når man skal vurdere troverdighet.

9 TROVERDIGHETSVURDERING AV SEKSUELL ORIENTERING

Det finnes lite veiledning som konkret gjelder troverdighetsvurderingen av seksuell orientering. Det som kan utledes av nasjonale og internasjonale retningslinjer er vagt, og praksis i Europa og resten av verden er svært ujevn.¹⁴⁹

Departementets instruks sier ikke mer enn at «*Troverdighetsvurderingen skal være konkret, helhetlig og individuell*»¹⁵⁰. Videre veiledning må utgå fra generelle utgangspunkter troverdighetsvurderinger,¹⁵¹ dog på en lhbt-sensitiv måte. I UNEs praksisnotat om homofili,¹⁵² vises hvordan de generelle utgangspunktene anvendes på spørsmålet om seksuell orientering

¹⁴⁷ Einarsen(2000) s. 483.

¹⁴⁸ Bollingmo m.fl.(2014) s. 21.

¹⁴⁹ Jansen(2011) s. 48.

¹⁵⁰ 2012-007-GI punkt 1.

¹⁵¹ LaVoilette(2013a) s. 21.

¹⁵² UNE Praksisnotat(2013) s. 2-3.

I følge praksisnotatet, må det foretas en konkret vurdering av om forklaringen er på et forventet detaljnivå eller om forklaringen fremstår vag/lite konkret (*intern troverdighet*). Det er av betydning om søkeren viser egne refleksjoner og inntrykk – ikke bare presenterer generelle opplysninger. Det må vurderes om forklaringen samsvarer med både generell og saksspesifikk informasjon om forholdene for homofile hjemlandet (*ekstern troverdighet*). Forklaringens *plausibilitet* i forhold til de sosiokulturelle forholdene i klagerens hjemland vil også vurderes – blant annet om de handlinger det fortelles om avviker fra hva som er vanlig for homofile i hjemlandet.

I det følgende skal det redegjøres for noen viktige utgangspunkter for vurderingen av seksuell orientering, samt faktorer som *ikke* skal inngå.

9.1 Søkerens selvidentifikasjon

Selv om søkerens egenerklæring ikke er tilstrekkelig, bør troverdighetsvurderingen utgå fra dette punktet. I følge UNHCR bør søkerens selvidentifikasjon tas som en identifikasjon på hans eller hennes seksuelle orientering.¹⁵³ Generaladvokat Sharpston er enig i dette utgangspunktet:

«An applicant's definition of his own sexual orientation must therefore play an important role within the assessment process of applications for refugee status(...) I agree with the UNHCR that such declarations should, at the very least, form the starting point of the assessment process»¹⁵⁴.

Som en følge av det senkede beviskravet som følger av norsk rett (og UNHCR), bør også utgangspunktet være at søkeren er troverdig.¹⁵⁵ – slik at det bør presumeres at det søkeren forteller er sant.¹⁵⁶ Med disse prinsippene som grunnlag, øker muligheten for en objektiv vurdering, og det kan tenkes at søkeren lettere aksepterer at «ektheten» av den seksuelle

¹⁵³ HCR/GIP/12/09 pkt. 63i.

¹⁵⁴ Sharpston(2014) avsnitt 40.

¹⁵⁵ Schjatvet(2014) s. 57

¹⁵⁶ Kagan(2003) s. 373.

orienteringen må rettslig prøves. I tillegg vil det kunne virke positivt på samspillet, tonen i intervjuet, og hvor omfattende søkeren er villig til å forklare seg.

9.2 Søkerens refleksjoner – «DSSH-modellen»

Søkerens refleksjoner og følelser bør utgjøre det sentrale punktet i troverdighetsvurderingen.¹⁵⁷ Det må antas at å være homofil generelt, og spesielt i land der dette er forbudt og/eller sterkt tabubelagt, vil gi opphav til tanker, refleksjoner og følelser hos personen. Slike refleksjoner vil være den beste indikatoren på om seksuell orientering faktisk er reell og dermed det mest nyttige verktøyet for beslutningstakeren.¹⁵⁸

Da refleksjoner gir et meget viktig bidrag til vurderingen, er det ikke urimelig å forvente at søkeren kan redegjøre for dette, for å underbygge egen påstand. Som UNE også understreker: *«I og med at homofilianførselen er helt sentral i hans asylsak, mener nemnda det må kunne forventes at klageren forklarer seg noen lunde fyldestgjørende rundt dette»*¹⁵⁹.

Lhbt-spesialist S. Chelvan, har i årene etter *HJ&HT* utviklet en metode for å hjelpe beslutningstakere ved vurderingen av seksuell orientering - kalt «DSSH».¹⁶⁰ Modellen er i dag veiledende i mange stater, og er lagt til grunn for UNHCRs retningslinjer. Formålet er å danne en ramme for intervjuet som sikrer at beslutningstakere retter fokus på søkerens refleksjoner, da dette vil være en bedre indikator på troverdighet enn eksempelvis seksuell aktivitet. Dette gjøres ved å utforske temaene «difference», «stigma», «shame» og «harm».

Først undersøkes hvilke følelser og refleksjoner søker har rundt det å være - og oppdage - at han eller hun er «annerledes» («difference»). Ved «stigma» utforskes følelser av isolasjon og virkningen av å føle seg annerledes enn majoriteten. Skam («shame») vil ofte være en virkning av stigmatisering, og noe særlig personer fra heteronormative og homofobiske kulturer og samfunn opplever. Til slutt bør de forholdene som gjør personen til flyktning («Harm»),

¹⁵⁷ Jf. UNE Praksisnotat(2013). Se også MIG 2013:25 s. 13: «Bedömningen av trovärdighet måste göras på ett individuellt och hänsynsfullt sätt, genom att undersöka omständigheter kring sökandens personliga uppfattning, känslor och upplevelser av olikhet...».

¹⁵⁸ HCR/GIP/12/09 pkt. 62.

¹⁵⁹ N1424681031(2013).

¹⁶⁰ Chelvan(2014).

også undersøkes - altså refleksjoner rundt blant annet kriminalisering (med frykt for arrestasjon, fengsling og tortur), og diskriminering og vold fra samfunn og familie (f.eks. æresdrap).

UNEs praksisnotat viser at i saker der seksuell orientering *ikke* legges til grunn, er det ofte fordi «Personene uttrykker lite eller ingen refleksjon rundt sin seksuelle legning og kan ikke beskrive nærmere hvilke etiske dilemma eller følelser han har stått ovenfor»¹⁶¹. Flere avgjørelser fra UNE tyder også på at nettopp søkerens refleksjoner er utgangspunktet,¹⁶² og at det ofte spiller en betydelig rolle i vurderingen.

Det samme er også det sentrale vurderingstema i såkalte konvertittsaker¹⁶³, hvilket også er en vurdering av noe indre og personlig, uten objektivt holdbare bevis.¹⁶⁴ Det har i senere år vært stort fokus på ulike sider av konvertittsakene, og de utgjør en større saksmengde enn lhbt-søknader. Det er dermed mulig beslutningstakere kan finne veiledning for vurderingen i den praksisen som gjelder konverteringens «realitet». Her må det imidlertid understrekes at seksuell orientering, i motsetning til religiøs overbevisning, er noe som ofte oppleves *vanskelig* og *negativt*. Seksuell orientering er heller ikke noe en person, på et gitt tidspunkt, «får en overbevisning om», slik at det ikke kan være aktuelt med en utspørring om bakgrunnen for å «velge en seksuell orientering» - slik som det undersøkes hvilke refleksjoner og motivasjoner som ligger bak en religiøs konvertering.

9.3 Betydningen av bevis

Det å vurdere realiteten av en søkerens seksuelle orientering byr helt klart på bevisproblemer.¹⁶⁵ Problematikken nevnes kort i forarbeidene, som anerkjenner at søknader på grunnlag av medlemskap i en spesiell sosial gruppe (seksuell orientering) innebærer kontrolltekniske problemer:

¹⁶¹ UNE Praksisnotat(2013) s. 3

¹⁶² F.eks. N1429061024, og N1489701030(2014), hvor søker ble ansett troverdig, da han hadde gitt «en overbevisende, detaljert og reflektert forklaring om sin seksuelle legning generelt, prosessen han har gått igjennom for å akseptere sin egen legning og hvordan han har levd som homofil i Norge de siste par årene»

¹⁶³ Betegnelse på asylsaker der søker anfører religion som grunnlag for asyl, på bakgrunn av en religiøs konvertering som har skjedd etter ankomst til Norge

¹⁶⁴ F.eks. LB-2012-143613(flertallet): «...særlig fokus på personlige refleksjoner», «må kunne forvente et visst minimum av refleksjon».

¹⁶⁵ Også bl.a. Statusdirektivet art 4(5) og Håndboken pkt. 196.

«Allerede i forhold til spørsmålet om hvordan man skal vurdere saker om ... forfølgelse på grunn av homoseksuell legning, står man overfor et utfordrende bevistema»¹⁶⁶, og at «kriteriet seksuell eller homofil legning er heller ikke like synlig/notorisk som for eksempel kriteriet rase»¹⁶⁷.

Da seksuell orientering ikke er noe som kan bevises objektivt,¹⁶⁸ bør ulike bevis for dette ikke få for stor betydning i selve troverdighetsvurderingen.

En forventning om bevis fra utlendingsmyndighetene, vil kunne innebære at beviskravet stilles for høyt. Det kan også sende uheldige signaler til andre lhbt-søkere, og medføre at de føler seg tvungent til å for eksempel melde seg inn i organisasjoner, inngå forhold, eller mer dramatisk: spille inn seksuelle videofilmer,¹⁶⁹ for å bevise sin seksuelle orientering. En direkte eller indirekte forventning om at søker skal fremlegge ulike beviser på sin seksuelle orientering, vil kunne sette sårbare personer under press. Enkelte kan føle seg «presset ut av skapet». I verste fall kan dette anses som en krenkelse av personens integritet og menneskeverd.

En virkning av å vektlegge og forvente bevis, kan også være at de som *uærlig* søker asyl på dette grunnlaget *imøtekommer* denne forventningen, og dermed stiller sterkere i asylsaken. Typiske «bevis» for seksuell orientering kan ofte fabrikeres, og dermed vil en vurdering basert på slike beviser kunne utfordre rettssikkerheten.

Utgangspunktet for troverdighetsvurderingen er forklaringens innhold – ikke bevismaterialet. Likevel forekommer det ofte at bevissituasjonen (særlig mangel på bevis) kan bli avgjørende for søkerens troverdighet. I en sak fra den amerikanske utlendingsmyndigheten i 2008, ble det poengtert at en homofil søker hadde «feilet» i å legge frem bevis på sin legning:

«The applicant did not provide any supporting witnesses...He also failed to either submit some kind of documentation indicating his sexual preferences, such as letters, affidavits, photographs, or other forms of corroborative evidence; or establish that such evidence was not reasonably available to him»¹⁷⁰

¹⁶⁶ NOU 2004:20 s. 111.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ Sharpston(2014) avsnitt 36: «all parties agree that there is no objective method of verifying an averred sexual orientation».

¹⁶⁹ *Huffington Post*(2013).

¹⁷⁰ *Eke v. Mukasey* (2008).

Et eksempel fra norsk rett, hvor asylsøkeren *ikke* hadde sannsynliggjort seksuell orientering, kan vise en lignende tankegang. Tross søkerens egen påstand, og oppfatningen til primærkontakten på asylmottaket og andre beboere, bemerker flertallet i tråd med statens (UNE) anførsel at det svekker troverdigheten av forklaringen at søker ikke kunne fremlegge dokumentasjon eller vitnesbyrd som sannsynliggjorde at han hadde levd som homofil i Norge.¹⁷¹ Lagmannsretten utdyper ikke nærmere hva slags «dokumentasjon» det i så fall skulle være tale om.

Det er likevel ikke slik at tilgjengelig bevis skal være uten betydning. Bevis er generelt egnet til å støtte forklaringen. Når opplysninger som er gitt bekrefte med beviser blir forklaringen *mer plausibel*, slik at søkerens *generelle troverdighet økes*. Samtidig viser søker et *oppriktig forsøk på å belyse saken*.¹⁷² Det må imidlertid også tas i betraktning at bevis på seksuell orientering ofte kan iscenesettes eller forfalskes.¹⁷³

Der søkeren ikke uoppfordret fremlegger bevis, kan det derfor være naturlig at beslutningstakeren etterspør årsaken til dette. Dersom det er en rimelig grunn til at bevis ikke fremlegges, eksempelvis at partneren nekter å vitne, eller at søkeren ikke har tilgang på dokumenter, bør ikke dette svekke søkerens troverdighet. På en annen side: dersom søker hevder å besitte ulike bevis, f.eks. dokumenter som arrestordre og avisutklipp, bør det være gode grunner til at dette ikke fremlegges.

En parallell kan trekkes til konvertittsaker. Som tidligere nevnt, vil det i disse sakene ofte føres ulike bevis på at vedkommende har foretatt en «reell konvertering»: dåpsattest, innskriving i menighet, samtaler med prester og deltakelse i menigheten. Utgangspunktet er likevel at det er søkerens egen forklaring (refleksjoner, følelser og kunnskap) som er avgjørende, på samme måte som ved seksuell orientering. Bevis vil ikke i seg selv sannsynliggjøre at det er tale om en «reell konvertering».¹⁷⁴ Av praksis synes det imidlertid som at bevis faktisk spiller en rolle;¹⁷⁵ særlig ved å øke søkerens generelle troverdighet og ved å gi beslutningstakere noe «håndfast» å ta utgangspunkt i. Sistnevnte vil også gjelde ved vurderingen av seksuell orientering; dersom bevis fremlegges vil det utvilsomt øke søkerens troverdighet.

¹⁷¹ LB-2012-1481.

¹⁷² Jf. kap. 7.2.

¹⁷³ Millbank(2009a) s. 17.

¹⁷⁴ LB-2012-166185: «Lagmannsretten finner imidlertid at formell dåp, deltakelse i religiøse sammenhenger og kunnskap om kristendommen ikke i seg selv er egnet til å skille reelle konvertitter fra bekvemmelighetskonvertitter...»

¹⁷⁵ UNE praksisnotat(2009b): Klagers refleksjoner står i sentrum, men religiøs *aktivitet og kunnskap* vil inngå i helhetsvurderingen.

9.4 Hva skal ikke inngå i vurdering om seksuell orientering er reell?

Visse faktorer skal holdes utenfor troverdighetsvurderingen. Etter UNHCRs oppfatning gjelder dette medisinske tester, uforholdsmessige krav til bevis (eks bildebevis) og intensiv utspørring om seksuell praksis.¹⁷⁶ UNHCR setter dette på en «svarteliste», og poengterer at slik bevisføring vil stride med menneskerettighetene.¹⁷⁷

9.4.1 Medisinske tester

I flere land er det rapportert bruk av ulike undersøkelser (utført av psykologer, psykiatere og sexologer) i vurderingen av en asylsøkers seksuelle orientering.¹⁷⁸ Som et oppsiktsvekkende eksempel kan nevnes anvendelsen av *fallometrisk testing*¹⁷⁹ på lhbt-søkere i Tsjekkia frem til 2011. UNHCR fordømmer slik praksis, og hevder dette er brudd på grunnleggende menneskerettigheter – bl.a. retten til privatliv.¹⁸⁰ Det fremgår også direkte av retningslinjene at «*[m]edical “testing” of the applicant’s sexual orientation is an infringement of basic human rights and must not be used*»¹⁸¹.

Da seksuell orientering ikke er noe som medisinsk eller vitenskapelig objektivt kan bevises, vil slike tester ikke kunne fastslå søkerens seksuelle orientering.¹⁸² Dermed vil det være en uforholdsmessig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter å kreve slike undersøkelser. Generaladvokat Sharpston legger til grunn at medisinsk testing derfor vil bryte med retten til integritet og retten til privat- og familieliv (EU-charteret art. 3 og art. 7),¹⁸³ og mulig også med retten til verdighet og retten til frihet fra tortur og nedverdiggende behandling (EU-charteret art. 1 og art. 4).¹⁸⁴

¹⁷⁶ Sharpston(2014) avsnitt 54, også HCR/GIP/12/09 pkt. 63vii og 64-65.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ Jansen(2011) s. 49.

¹⁷⁹ Jf. UNHCR Comments(2011) s. 1: Testing av en persons fysiske reaksjon på ulike typer pornografisk materiale.

¹⁸⁰ *Ibid* s. 8.

¹⁸¹ HCR/GIP/12/09 pkt. 65.

¹⁸² Sharpston(2014) avsnitt 61.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ Sharpston(2014) fotnote nr. 67 til avsnitt 61.

Det bør heller ikke praktiseres medisinske undersøkelser på bakgrunn av samtykke fra asylsøkeren, da et samtykke kan komme til på grunn av at søkeren kjenner seg presset.¹⁸⁵

Noen søkere kan oppleve hjelpeløshet og avmakt i møte med asylsaken, og derfor på eget initiativ ønske å gjennomføre ulike tester. Det må da følge av det overnevnte at utlendingsmyndighetene ikke tar imot dette og vurderer dette som bevis. Dette vil kunne sende uheldige signaler og oppfordre til en praksis som verken er i tråd med retningslinjene eller menneskerettigheter.

9.4.2 Bildebevis?

Det må ikke forutsettes at søker fremlegger fotografier eller filmer/opptak av intime relasjoner, eller forventes at søker fysisk demonstrerer sin seksuelle orientering på noen måte ovenfor beslutningstakeren: «*Applicants should never be expected or asked to bring in documentary or photographic evidence of intimate acts. It would also be inappropriate to expect a couple to be physically demonstrative at an interview as a way to establish their sexual orientation*»¹⁸⁶.

Å måtte fremlegge slike bevis kan i seg selv være en integritetskrenkelse, da det er tale om svært intime og personlige forhold. I tillegg må det tas i betraktning at bilder og videoer lett kan forfalskes, og dermed ikke gir noe god indikasjon for hvorvidt personen er homofil eller ikke.¹⁸⁷ Den lave bevisverdien vil som regel innebære at det vil være uforholdsmessig å kreve slik dokumentasjon fra søker.

9.4.3 Intensiv utspørring om seksuell aktivitet

Troverdighetsvurderingen bør ikke innebære en utspørring om seksuell aktivitet. Å ta rede på søkerens attraksjoner og tidligere/nåværende forhold vil være en naturlig del av prosessen, og vil kunne gi en viss *innsikt* i søkerens personlig forhold, og dermed gi et nyttig bidrag til

¹⁸⁵ Jansen(2011) s. 50, og Sharpston(2014) avsnitt 67.

¹⁸⁶ HCR/GIP/12/09 pkt. 64.

¹⁸⁷ Sharpston(2014) pkt. 66.

saksopplysningen. Dette poengterer også UNHCR: «*The applicant's relationships with and attraction to partners, or their hope to have future relationships, will usually be part of their narrative of LGBTI individuals*»¹⁸⁸. Spørsmål må imidlertid stilles på en sensitiv og ikke-fordømmende måte. Utfordringen blir ofte å vite «hvor langt en kan gå» i utspørring om seksuell aktivitet.

Utgangspunktet bør være at beslutningstakeren *ikke* gå langt her. En inngående utspørring om seksuell aktivitet vil generelt ikke kunne gi stor veiledning i saken. Som tidligere nevnt defineres ikke seksuell orientering kun av seksuelle handlinger. En slik utspørring vil heller krenke asylsøkerens integritet, og mulig bryte med retten til privat- og familieliv.¹⁸⁹ Søker kan bli tilbakeholden og reservert, hvilket kan svekke den videre opplysning av saken og forhold som kan bidra til troverdighetsvurderingen. Dette understreker UNHCR i retningslinjene.¹⁹⁰

Utenom den belastningen slik utspørring innebærer for søkeren, må det også tas i betraktning at slike opplysninger er enkle å fabrikkere - at søker redegjør for seksuelle preferanser eller aktivitet betyr på ingen måte at dette faktisk er sant.¹⁹¹

9.4.4 Subjektivitet

Subjektive vurderinger kan påvirke beslutningstakerens vurdering av hvorvidt en persons seksuelle orientering anses reell eller ikke.¹⁹² I lhbt-saker er dette en særlig stor utfordring. *For det første* fordi seksuell orientering, i større grad enn andre asylgrunnlag, vil aktivere stereotypier – slik at beslutningstakeren bevisst eller ubevisst *vil ha forventninger* til søkerens fremtoning og oppførsel. *For det andre* vil det sjelden foreligge relevante beviser for seksuell orientering, slik at vurderingen ene og alene må baseres på søkerens forklaring.

¹⁸⁸ HCR/GIP/12/09 pkt. 63vii.

¹⁸⁹ Sharpston(2014) avsnitt 63.

¹⁹⁰ HCR/GIP/12/09 pkt. 63vii.

¹⁹¹ Sharpston(2014) avsnitt 63.

¹⁹² Millbank(2009a) s. 7.

Siden beviskravet er *lavt* og søkerens selvidentifikasjon som regel vil gjøre søkergrunnlaget «noenlunde sannsynlig», vil vurderingen i stor grad også gå ut på å vurdere søkerens generelle troverdighet.¹⁹³

Søkerens (generelle) troverdighet kan påvirkes av mange faktorer og det er stort spillerom for slutninger basert på subjektiv intuisjon. *Det er et klart utgangspunkt at subjektivitet skal holdes utenfor troverdighetsvurderingen.*¹⁹⁴ Selv om de fleste beslutningstakere er klar over at dette,¹⁹⁵ kan det være vanskelig å gjennomføre i praksis.

I neste kapittel skal tilstedeværelsen av subjektivitet hos beslutningstakeren omtales nærmere.

10 OM SUBJEKTIVITET I TROVERDIGHETSVURDERINGEN

10.1 Subjektivitet og rettsikkerhet

Både holdninger, forventninger og stereotypier kan påvirke rettsanvendere.¹⁹⁶ Subjektive oppfatninger og inntrykk kan føre til forhåndsdomming, feilvurdering av beviser eller til at oppførsel, kroppsspråk og følelsesuttrykk blir tillagt avgjørende betydning. Dette har forskning i vitnepsykologi bevist, og forskning gir grunn til å tro at de samme utgangspunkter kan gjelde for saksbehandlere i beskyttelsesfeltet.¹⁹⁷

Asylsaken skal vurderes på et objektivt grunnlag. Dette gjelder også troverdighetsvurderingen av seksuelle orientering.¹⁹⁸ Det kreves at beslutningstakere opptre nøytralt og uavhengig i forhold til ulike personlige oppfatninger og verdier. Subjektive vurderinger vil variere mellom beslutningstakere, avhengig av personlige og følelsesmessige inntrykk og «magefølelse»,¹⁹⁹ og dermed oppstår risiko for forskjellsbehandling og vilkårlighet. Rettsikkerheten trues. Det personlige inntrykk søkeren gir kan bli viktigere enn *hvem personen er, og hvorvidt person*

¹⁹³ Jf. pkt. 7: dersom søker fremstår generelt troverdig, skal tvilen komme han til gode, og seksuell orientering legges til grunn.

¹⁹⁴ HCR/GIP/12/09 pkt. 60ii: «*The presence or absence of certain stereotypical behaviours or appearances should not be relied upon to conclude that an applicant possesses or does not possess a given sexual orientation or gender identity.*»

¹⁹⁵ Bollingmo m.fl.(2014) s. 55.

¹⁹⁶ Bollingmo m.fl.(2014) s. 22.

¹⁹⁷ *Ibid* s. 21.

¹⁹⁸ HCR/GIP/12/09 pkt. 60ii

¹⁹⁹ Kagan(2003) s. 375.

*faktisk er i fare for menneskerettighetsbrudd.*²⁰⁰ Søkerens framtoning kan bli vel så viktig som selve forklaringen.²⁰¹

At subjektive oppfatninger og vurderinger som regel ikke vil fremgå av vedtaket, innebærer også en stor trussel mot rettssikkerheten. Søker gis en ufullstendig forklaring på hvorfor hans seksuelle orientering ikke ble lagt til grunn, og det vil også vanskeliggjøre en overprøving av saken.

«Magefølelsen»

En fornemmelse av at «noe skurrer», eller en «magefølelse» i den ene eller andre retningen, er noe alle mennesker opplever – også beslutningstakere i utlendingsmyndighetene.²⁰² Det kan ofte være vanskelig å forstå hvor denne fornemmelsen kommer fra og hvorfor vi har den.

I følge psykologisk forskning vil mennesker, når det tar imot og bearbeider informasjon, tanker og inntrykk, gjøre dette i et to-sporet system: på et *bevisst* og ett *ubevisst (automatisk)* nivå.²⁰³

Psykologen Daniel Kahneman,²⁰⁴ har i arbeidet med beslutningspsykologi forsøkt å belyse hvordan disse to prosessene påvirker mennesker og beslutningene vi fatter. Den *bevisste tankeprosessen* er bevisst styrte tanker, som krever oppmerksomhet og anstrengelse, samt en viss form for logikk og bevis.²⁰⁵ Dette er typisk situasjonen ved rettslige vurderinger. Ved at mennesker i stor grad selv kan fokusere og styre denne tankeprosessen, kan denne følge regler og retningslinjer – eksempelvis de normene som gjelder for rettslig vurderinger.

Den *ubevisste tankeprosessen* er hurtig, ukontrollerbar og ufrivillig. Tanker og oppfatninger som dannes her skjer automatisk, med liten eller ingen anstrengelse og ingen opplevelse av viljekontroll.²⁰⁶ På bakgrunn av denne tankeprosessen treffer vi ofte beslutninger basert på intuitive og stereotypiske oppfatninger – en magefølelse av hva beslutningen bør gå ut på.

²⁰⁰ Kagan(2003) s. 377.

²⁰¹ Bollingmo m.fl(2014) s. 60.

²⁰² eksempelvis Bollingmo m.fl(2014) s. 55 og Macklin (1998) s. 134

²⁰³ «dual process theories» / «dual process model»

²⁰⁴ Kahneman(2011) «*Thinking, Fast and Slow*» på psykologisk.no

²⁰⁵ *ibid* s. 3

²⁰⁶ *ibid* s. 2

Som alle mennesker, vil beslutningstakere ikke kunne unngå slike automatiske tankeprosesser. Subjektive oppfatninger og magefølelse vil forekomme. Dette er ikke i seg selv problematisk – utfordringen er å holde dette *utenfor den rettslige vurderingen*, slik at de ikke får betydning for resultatet.

Magefølelsen kan være svært overbevisende. Den gir oss en fornemmelse av hva som er rett og galt, hva som er sant og usant. Slike fornemmelser kan oppstå på ulike stadier av asylsaken, som en følge av ulike påvirkningsfaktorer. Når beslutningstakeren først har en slik «*subjektiv sannhet*» kan denne være meget vanskelig å tilsidesette. Dette er en stor utfordring i troverdighetsvurderingen, og den objektiviteten den skal bygges på.

I det følgende skal det redegjøres for noen faktorer som særlig kan tenkes å påvirke beslutningstakerens oppfatning av om søkeren faktisk er homofil.

10.2 Tidsperspektivet

Seksuell orientering er noe som typisk anføres sent i saken, ofte først *etter* at asylvedtak er fattet (i klage eller omgjøringsbegjæring).²⁰⁷ Dette kan naturlig nok lede til en subjektiv mistanke om at grunnlaget ikke er reelt.²⁰⁸

Asylsystemet er basert på tillit og samarbeid, og søkeren bør fremlegge sin fullstendige forklaring og alle relevante opplysninger ved begynnelsen av saken. Å fremlegge nye opplysninger sent i saken vil kunne påvirke beslutningstakerens oppfatning av troverdighet – da det er risiko for at søker forsøker å tilpasse historien for å bedre utsiktene til asyl. Søkerens generelle troverdighet svekkes, særlig der det allerede er truffet vedtak i søkerens disfavør.²⁰⁹ Samtidig blir historien upresis, hvilket også svekker forklaringens interne troverdighet.

²⁰⁷ F.eks. Millbank(2009a) s. 15, og RCI 04/2009 s. 5: «*Det är inte ovanligt att förföljelse på grund homo- eller bisexuell läggning åberopas sent i en asylprocess eller först när avvisnings- eller utvisningsbeslutet vunnit laga kraft*».

²⁰⁸ Vine(2014) s. 36: «*A late claim (...) was cited as an issue relating to credibility in 48 (41%) of the files that we sampled*».

²⁰⁹ Rt-2011-1481 premiss 46.

Det er mange årsaker til at lhbt-personer som søker asyl ikke forteller om sin seksuelle orientering med en gang. *Skam, tabu og selvyforakt*²¹⁰ kan gjøre det vanskelig å snakke om seksuell orientering, selv i liberale og åpne samfunn. Personene kommer ofte fra kulturer og samfunn der homofili er tabubelagt og eventuelt straffbart, og kan ha en sterk og negativ følelse av «annerledeshet». Dette kan føre til at søker forsøker andre metoder for å unngå å prate om dette. *Frykt* for at søkerens seksuelle orientering skal komme ut til familie og miljø kan også være en årsak. Det kan også være slik at personen er i «komme ut-prosessen», og at det å snakke med myndighetspersoner om seksuell orientering kan være vanskelig dersom søkeren fortsatt ikke er sikker på seg selv. En tenkelig situasjon kan også være at de *ikke er klar over* at seksuell orientering kan gi asyl.²¹¹

En sent fremsatt opplysning om seksuell orientering bør dermed ikke automatisk påvirke troverdigheten. Dette er også utgangspunktet: Departementets instruks til UDI uttaler at «*Om søkeren ikke har fremmet alle relevante opplysninger ved første anledning (...) vil ikke slike omstendigheter alene tilsi at forklaringen ikke kan legges til grunn*»²¹². Det samme følger eksempelvis av svenske retningslinjer: «*[O]m sexuell läggning åberopas först i en senare del av handläggningen eller processen av ett grundärende bör inte enbart detta faktum minska trovärdigheten av uppgifter*»²¹³.

Undersøkelser av lhbt-saker bekrefter at beslutningstakere er oppmerksomme i forhold til dette. Blant annet har Millbank funnet at der seksuell orientering først anføres sent i saksbehandlingen, vil det sjelden, i alle fall *uttalt*, være av avgjørende betydning i saken og at beslutningstakere vurderte dette på en sensitiv måte.²¹⁴

Noe annerledes er situasjonen der seksuell orientering påberopes *først etter at asylvedtak er truffet*. Søker har da hatt god tid på seg. Å først påberope seksuell orientering som asylgrunnlag *etter* avslag på annet grunnlag, vil dermed i større grad påvirke generell troverdighet, og dermed beslutningstakerens syn på troverdigheten av påstanden. Eksempelvis kan man få en oppfatning av at søkeren bare «prøver lykken».

²¹⁰ HCR/GIP/12/09 pkt. 59.

²¹¹ Jansen(2011) s. 9.

²¹² 2012-007-GI.

²¹³ RCI 04/2009.

²¹⁴ Millbank(2009a) s. 15.

I slike tilfeller er det særlig viktig at beslutningstakeren ikke avfeier påstanden som følge av sin subjektive oppfatning, men at det undersøkes hva som er årsaken til at søkeren ikke har opplyst om sin seksuelle orientering tidligere. Det må spørres om søkeren har en «gyldig» eller «ugyldig grunn» til dette.

UNE sier følgende:

«I noen saker har klageren først anført seksuell legning som asylgrunnlag i forbindelse med klagebehandlingen, eller i en omgjøringsanmodning etter endelig avslag. I troverdighetsvurderingen blir det lagt vekt på om klageren gir en plausibel forklaring på hvorfor anførselene er fremmet sent, og om det foreligger andre opplysninger som er egnet til å svekke eller styrke anførselen»²¹⁵ (min understreking)

Av svenske retningslinjer konkluderes det med at de som tidligere har *levd skjult* som regel vil ha en gyldig grunn til å ikke ha opplyst om seksuell orientering, mens de som tidligere har *levd åpent* ikke nødvendigvis vil ha det.²¹⁶ Dersom søkeren har levd åpent, vil ikke faktorer som *skam* og *frykt* være like aktuelt, og hvorfor søkeren da har unnlatt å tidligere opplyse om seksuell orientering, kan i større grad gi mistanke om at det ikke er reelt.²¹⁷ Også der søkeren har levd i skjul, bør han eller hun kunne gi en akseptabel begrunnelse for hvorfor opplysningen kommer på et så sent stadium. Å ikke kunne begrunne dette vil svekke den generelle troverdigheten betraktelig, og, sett i sammenheng med tidsaspektet, vil asylgrunnlaget da sjeldent legges til grunn.²¹⁸

I en lhbt-sak vurdert i menneskerettighetskomiteen i 2008, ble konklusjonen at staten uriktig hadde lagt vekt på tidsperspektivet (påstand ble fremsatt først ved fjerde omgjøringsbegjæring og etter nesten seks år i Sverige).²¹⁹ Komiteen understreket at tidsperspektivet ikke kan få avgjørende betydning, selv ikke der generell troverdighet er svekket, da mannen ble ansett å

²¹⁵ UNE praksisnotat(2013) s. 3.

²¹⁶ RCI 04/2009.

²¹⁷ F.eks. UNE N1429061024: det ble vektlagt at søker ikke hadde noen plausibel begrunnelse for å ikke ha gitt opplysning tidligere, da søker opplyste å levd ut sin legning i 10 år, samt hatt forhold til en annen mann i Norge.

²¹⁸ I N14115327 bemerkes at det er vanskelig å feste lit til opplysningen, når det kommer først etter endelig avslag, og 2 ½ år i Norge. UNE mente at han bygget ut og tilpasset sin forklaring til UNEs begrunnelser.

I N136997123 kom opplysningen nesten 3 år etter endelig avslag på søknad, etter 5,5 år i Norge. UNE bemerker at opplysningen fremstod som «påbygd» og derfor hadde betydelig svekket troverdighet.

²¹⁹ X v. Sweden.

ha *rimelige forklaringer* på hvorfor han ikke nevnte seksuelle orientering tidligere. Mannen hadde påberopt seg både skamfølelse, og at han ikke visste at seksuell orientering kunne gi asyl. Komiteen understreket at en slik vurdering av tidsperspektivet bl.a. må skyldes de alvorlige konsekvensene et feilaktig resultat kan medføre. Et noe annerledes resultat kom nylig EMD frem til. I saken var tidsperspektivet avgjørende når det *ikke* ble funnet troverdig at asylsøkeren var homofil.²²⁰ Søkeren nevnte ingenting om seksuell orientering før han anket Migrationsverket vedtak (over ett år etter ankomst), og opplyste heller ikke om dette ved behandlingen i EMD før etter ett og et halvt år. Søker var derfor ikke troverdig.

Selv om praksis kan tyde på at tidsperspektivet ikke tillegges avgjørende betydning,²²¹ vil det likevel være en risiko for at dette har påvirket beslutningstakerens vurdering.

10.3 Stereotyper

«[J]ust as male heterosexuals are free to enjoy themselves playing rugby, drinking beer and talking about girls with their mates, so male homosexuals are to be free to enjoy themselves going to Kylie concerts, drinking exotically coloured cocktails and talking about boys with their straight female mates»²²².

10.3.1 Hva er en stereotypi?

Med stereotyper menes å ha antagelser om en bestemt gruppe mennesker.²²³ Stereotypien innebærer en presumsjon om at alle menneskene i denne gruppen besitter visse egenskaper, kjennetegn og/eller karakteristikk. Stereotyper er *subjektive* og *svært individuelle*: de stemmer ikke nødvendigvis overens med hva som faktisk er vanlig for individene i gruppen, og er ganske ofte feil.²²⁴

²²⁰ *M.K.N. v. Sweden.*

²²¹ Millbank(2009a) s. 15.

²²² Lord Roger i «HJ&HT» premiss 78.

²²³ Dahl(2013) s. 66.

²²⁴ *Ibid.*

Selv om vi mennesker til en viss grad behøver stereotypier i hverdagen,²²⁵ vil de i *rettslige vurderinger* utgjøre en utfordring.²²⁶ De er ukontrollerbare, og aktiveres ofte *automatisk* og *ubevisst*. Vi er ikke alltid klar over at forventinger, intuisjon og magefølelsen er et utslag av stereotypier. Ved at stereotypier ubevisst brukes som referanse, er det vanskelig å vite hvilken effekt det faktisk får på beslutninger, og dermed svekkes avgjørelsens rettssikkerhet.

10.3.2 Lhbt-stereotypier i asylsaken

Det finnes ingen universelle egenskaper og kvaliteter som preger seksuelle minoriteter.²²⁷

Likevel er stereotypier basert på seksuell orientering en stereotypi de fleste har, og det er en av de største utfordringene lhbt-personer møter idag. Typisk vil dette være at en homofil mann er feminin, har bestemte fakter og en bestemt måte og snakke på, mens en lesbisk kvinne er tøff og mandig.

Møtet med en som er homofil vil innebære en *automatisk* kobling mellom «homofil» og visse kjennetegn. I troverdighetsvurderingen kan dette føre til at beslutningstakeren, ofte automatisk og ubevisst, vil «lete etter» disse trekkene for å bekrefte, eller avkrefte personen som homofil. De som samsvarer med stereotypien vil oppfattes som faktisk homofile, mens de som ikke gjør det møtes med mistro. *Grad av samsvar med stereotypien vil dermed i høy grad kunne påvirke beslutningstakerens subjektive oppfatning av søkerens troverdighet.*

Illustrativt kan det nevnes et avslag fattet av en beslutningstaker i USA, som blant annet ble begrunnet i at: «*Neither [Shahinaj]'s dress, nor his mannerisms, nor his style of speech give any indication that he is a homosexual...*»²²⁸.

Lhbt-søkere som ikke samsvarer med stereotypier kan stille i en dårlig posisjon ved asylsaken - ikke nødvendigvis fordi asylhistorien ikke er troverdig, men fordi de ikke passer inn i beslutningstakerens oppfatning og forventinger til hvordan en homofil person bør se ut eller

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Bollingmo m.fl.(2014) s. 89.

²²⁷ LaViolette(2013) s. 23.

²²⁸ *Shahinaj v. Gonzales,*

fremstå.²²⁹ Undersøkelsen av lhbt-saker i Sverige viser at «*Det finns en risk att en persons trovärdighet, och i förlängningen utfallet av bedömningen, påverkas av i vilken utsträckning personens utseende, uttryckssätt, beteende etc., passar in i de föreställningar om könsuttryck och uttryck för sexuell läggning som kan finnas hos de enskilda handläggarna och beslutsfattarna*»²³⁰.

Av hensyn til rettsikkerheten og en rettfærdig asylprøving, er det viktig at subjektive vurderinger basert på stereotypier holdes utenfor troverdighetsvurderingen. Som UNHCR har understreket, må særlig «... *stereotypical images of LGBT persons...be avoided, such as expecting a particular 'flamboyant' or feminine demeanour in gay men, or 'butch' or masculine appearance in lesbian women*»²³¹.

Som nevnt, er stereotypier usikre og ofte uriktige. Slutninger basert på samsvar med stereotypier kan dermed slå feil ut. For det første kan en homofil søker *feilaktig bli sendt til forfølgelse* fordi han ikke samsvarer med beslutningstakerens stereotypi. For det andre kan det føre til at personer som ikke er homofile, men som har tilpasset seg stereotypien, *feilaktig får opphold*. I tillegg kan forventinger om stereotypier medføre at lhbt-søkere *føler seg presset* til å opptre på en måte de er ukomfortable med, kun for å overbevise beslutningstakeren.²³² Det er ikke ønskelig å utsette allerede sårbare personer for slikt press.

For å forebygge stereotypier, er kunnskap nødvendig. Selv om stereotypiske oppfatninger er faste og robuste,²³³ vil kunnskap og innsikt om lhbt-personer minske sannsynligheten for generaliseringer. Stereotypier, kanskje særlig om lhbt-personer, vil ofte være basert på hva vi har *sett og hørt*, ikke nødvendigvis egne erfaringer og observasjoner. Selv om kunnskap og innsikt ikke vil kunne fjerne stereotypier, kan det gi beslutningstakeren et mer reflektert syn på gruppen. En beslutningstaker som *vet* at ikke alle homofile er feminine vil i mindre grad trekke slutninger basert på dette.

²²⁹ Wolf-Watz(2010) s. 27.

²³⁰ *ibid*

²³¹ Guidance Note(2008) pkt. 36. Jf. HCR/GIP/12/09 pkt. 49.

²³² Vine(2014) «*Staff told us that applicants may project and/or exaggerate stereotypical behaviour on the assumption that interviewers may base their judgement on stereotypes*».

²³³ Dahl(2013) s. 66.

Psykologisk forskning tyder nettopp på at tross den automatiske *aktiveringen* av en stereotypi, vil mennesker ved anstrengelse, kunne *velge* om stereotypien får bli styrende oppfatningen.²³⁴

Dermed er det viktig at beslutningstakeren erkjenner stereotypiene. Med bevissthet rundt egne oppfatninger kan man dermed lettere korrigere og imøtekomme disse. Som det står i veilederen for UDI: «*Intervjueren skal forberede seg mentalt på møtet med søkeren, blant annet gjennom å ha en bevissthet om egne oppfatninger og antagelser, slik at han eller hun kan opptre så objektiv måte som mulig under intervjuet*»²³⁵

10.4 Seksualisering

«*You have never had a relationship with a man. How do you know you are a lesbian?*»²³⁶.

Ved vurderingen av seksuell orientering, kan mangel på faste og tydelige holdepunkter medføre et uforholdsmessig stort fokus på seksuell atferd. Beslutningstakeren kan oppleve at søkerens seksuelle praksis er den eneste faktiske indikatoren – det eneste som skiller en homofil person fra en heterofil person.²³⁷ Dette kan føre til at troverdighetsvurderingen ubevisst eller bevisst får et seksualisert utgangspunkt.

Selv om beslutningstakeren ikke stiller inngående og integritetskrenkende spørsmål om seksuell aktivitet (jf. pkt. 9.4.3), kan beslutningstakeren likevel *subjektivt* trekke slutninger basert på det søkeren opplyser om seksuell aktivitet. Mangel på seksuell aktivitet kan resultere i skepsis hos beslutningstakeren, mens de som er (og kan føre bevis for at de er) seksuelt aktive raskt anses å være homofile.

Seksualisering er ikke en ukjent problemstilling. Svensk granskning av lhbt-saker påpekte at: «*I tillämpningen av asylrätten har, enligt granskningen, denna reducerats till att endast handla om samkönad sexuell praktik*». Som eksempel fra norsk rett, kan nevnes en dom fra lag-

²³⁴ Bl.a. Blair(1996) s. 1143 «... stereotype activation is believed to be an automatic process, whereas stereotype application is believed to be a controlled, or at least a controllable, process».

²³⁵ IM 2013-011 pkt. 3.3.

²³⁶ Sitert i Miles(2009) s. 20.

²³⁷ Wolf-Watz(2010) s. 25 «När sexuell läggning hanteras i asylprövningen finns en tendens att sexuell praktik blir det enda tecknet på sexuell läggning eftersom det saknas andra tydliga "indikatorer" på den sexuella identiteten».

mannsretten 2012. Flertallet bemerker: «*Selv om det generelt sett kan være mange årsaker til at folk (...) ikke lever ut sin seksuelle legning, finner flertallet denne avholdenheten fra den ankende parts side å være nokså påfallende*»²³⁸.

Et tilsvarende fokus på seksuell praksis, fant svenske Migrationsverket ved en intern granskning av i alt 141 lhbt-saker. Granskningen tilsa at det i 27 saker (20%) måtte anerkjennes at det var brister i utredningen som følge av at det har vært for stort fokus på seksuelle relasjoner og hendelser i tilknytning dette.²³⁹ Det samme ble også dokumentert i Storbritannia i 2013: «*UKBA staff and judges often assume that a person can only be lesbian or gay if they have engaged consistently and exclusively in same-sex sexual activity. Questions focus on sexual activity and asylum-seekers are expected to share explicit sexual experiences*»²⁴⁰.

Beslutningstakere bør ha som utgangspunkt at seksuell orientering dreier seg om identitet – ikke bare seksuell aktivitet. Beslutningstakeren må også være oppmerksom på at mennesker opplever seksualitet og seksuelle lyster meget forskjellig. Eksempelvis kan en homofil person (på samme måte som en heterofil person) være veldig klar over at han er homofil, uten å enda ha hatt seksuelle erfaringer.

Som mindretallet i den nevnte lagmannsrettsdommen påpeker, vil det «*varierte med livssituasjon, personlige forhold og ønsker, samt rene tilfeldigheter hvorvidt en person har et aktivt seksualliv over en gitt periode*»²⁴¹. Troverdighetsvurderingen bør dreie seg om søkerens refleksjoner og personlige følelser, heller en seksuell aktivitet.²⁴² Hva beslutningstakeren oppfatter som «normal», eller forventet seksuell aktivitet behøver ikke stemme overens med søkeren eller søkerens kultur.

²³⁸ LB-2012-1481.

²³⁹ Rfsl «nytt om hbtq-flyktingar»

²⁴⁰ Miles(2009) s. 3.

²⁴¹ LB-2012-1481.

²⁴² Jf. f.eks. MIG 2013:25 s. 13.

10.5 Antagelser og forventninger om oppførsel og kunnskap

Selv om sannhet og troverdighet ikke er det samme, vil troverdighetsvurderinger ofte gå ut på om beslutningstakeren vurderer fortellingen som presenteres til å være *sann* eller *usann*. I slike situasjoner vil det foreligge en naturlig tilbøyelighet til å vurdere sannhet ut fra oppførsel – altså *ikke-verbale tegn*. Blikk-kontakt, stemmekontroll, svette, urolighet og nervøsitet er typiske «markører». Dette gjelder så vel dommere ovenfor vitner i straffesaker, som beslutningstakere i asylsaker. Beslutningstakeren kan ha både generelle oppfatninger om «løgn-avsløring», og meninger om hvordan en «ekte» lhbt-person bør uttrykke seg. Dersom søkeren ikke samsvarer med dette, kan det resultere i at beslutningstakeren helt enkelt *ikke tror* på det søkeren forteller, eller får en magefølelse av at søkergrunnlaget er falskt. En slik oppfatning kan være vanskelig å legge til side i den videre vurderingen, og kan i verste fall medføre at en avgjørelse treffes på et ikke-objektivt grunnlag.

Slutninger basert på søkerens oppførsel bør, jf UNHCR, ikke forekomme, utenom som veiledning for hvordan og hvilke spørsmål som bør stilles under intervjuet: «*While an applicant's demeanour may prompt or guide questioning, it (...) should not be relied upon as an indicator of credibility or non-credibility*»²⁴³.

10.5.1 Under asylintervjuet

Hvorvidt søkerens oppførsel, særlig *følelsesuttrykk og kroppsspråk*, under intervjuet samsvarer med hva beslutningstakeren forventer, er noe som i høy grad kan påvirke vurderingen av troverdighet.²⁴⁴ Eksempelvis kan det dreie seg om hvordan homofile asylsøkere «bør» respondere på spørsmål om erfarte overgrep, om å «komme ut» eller om seksuelle erfaringer. Slike vurderinger vil måtte baseres på rent subjektive og personlige meninger om hvordan en «ekte» lhbt-person vil opptre, og kan ofte forekomme mer eller mindre automatisk.

Inntrykk basert på ikke-verbale tegn og oppførsel er ofte en svært dårlig indikatorer på sannhet²⁴⁵. Det er flere ganger påvist at beslutningstakere som hver dag jobber med

²⁴³ UNHCR(2013) s. 190.

²⁴⁴ Bollingmo m.fl(2014) s. 54.

²⁴⁵ Kagan(2003) s. 379 og Bollingmo m.fl(2014) s. 22.

troverdighet, ikke er bedre på løgnavsløring enn andre.²⁴⁶ Hvordan en person uttrykker seg, med gråt, kroppsspråk og engasjement, vil variere fra person til person. Det vil avhenge av mange faktorer, bl.a. oppvekst, kjønn, kultur, skam, tabu og traumer. I tillegg er seksuell orientering og seksualitet særlig noe mennesker opplever ulikt – selv med liknende kulturell bakgrunn. Vurderinger basert på oppførsel og ikke-verbale tegn vil innebære en stadig risiko for feilslutninger²⁴⁷, samtidig som fokuset skifter fra det egentlige utgangspunktet – fortellingens *innhold* – til selve fortelleren. Som Macklin hevder, vil det være «*dangerous at best and misleading at worst to rely on a uniform set of cues as demonstrative of credibility*»²⁴⁸.

Tross dette, brukes oppførsel ofte som indikator på troverdighet i asylsaker – om ikke direkte, så indirekte.²⁴⁹ Det ligger derfor en utfordring i at beslutningstakere anstrenger seg for å tilside de slutninger som automatisk gjøres på bakgrunn av oppførsel, slik at de ikke påvirker resultatet.

Beslutningstakeren kan også påvirkes av søkerens *kunnskap og refleksjoner*. Som eksempel på førstnevnte kan tenkes at det forventes at søkeren bør være kjent med lhbt-organisasjoner eller møteplasser; eller at han eller hun har konkret kunnskap om eventuelt straffebud mot homofili i hjemlandet og håndhevelse av dette. Dette er spørsmål som rutinemessig stilles i lhbt-saker, og det vil ofte forventes at søker har en viss kunnskap om generelle forhold. Dersom søkeren frykter forfølgelse i hjemlandet pga. seksuell orientering, vil det normalt være naturlig å kunne redegjøre noe for situasjonen. Dersom søkeren «er blank» på dette området kan grunnlaget virke konstruert. Et eksempel fra UNE hvor kunnskap til hjemlandet ble vektlagt (som ett av mange momenter), er en sak fra 2013²⁵⁰: I saken var det mange forhold som svekket troverdigheten, men det nevnes spesifikt at søkeren hadde *lite kunnskaper* om Nigerias lovgivning om homofili, annet enn at det var kommet en ny lov rundt 2010/11. UNE bemerker at han burde kjenne innholdet og når den ble vedtatt, i og med det hadde store konsekvenser for han som homofil. Lignende resonnementer er også påvist i bl.a. Australia.²⁵¹

²⁴⁶ *Ibid* (med videre henvisninger)

²⁴⁷ UNHCR(2013) s. 186.

²⁴⁸ Macklin(1998) s 138.

²⁴⁹ Millbank(2009a) s. 7 og Bollingmo m.fl.(2014) s. 5.

²⁵⁰ N13712067.

²⁵¹ Millbank(2009b) s. 9.

Søkerens *refleksjoner* rundt egen seksuell orientering, vil være det sentrale punkt i troverdighetsvurderingen. Å forvente et visst refleksjonsnivå er imidlertid noe annet enn å ha konkrete forventninger til *hva og hvordan* søkeren bør fortelle. Seksuell orientering er et meget kompleks tema, og det finnes ingen fasit på hva en *bør ha følt* eller opplevd. Hver sak er individuell, det kan ikke sammenlignes med hva andre homofile søkere har uttrykt i tidligere saker, eller hvilke refleksjoner beslutningstakeren selv ville gjort. Det samme må gjelde for generell kunnskap om eksempelvis lovgivning: at søker ikke kan redegjøre for hvilke strafferammer det er for ulike handlinger, må ikke utelukke at personen er «ekte» homofil. Dette understrekes av Generaladvokat Sharpston, som sier at:

«Determinations should not be predicated on the assumption that there are 'correct' and 'incorrect' responses to an examiner's questions — for example, that an applicant is not credible if he did not experience anxiety when he realised that he was homosexual rather than heterosexual, or fails to display knowledge of political issues or particular activities that concern homosexuals»²⁵²

Det sentrale må derfor ikke være *hva* søkeren forteller, men *at* søkeren forteller, og *hvordan*; eksempelvis om det samsvarer med fortellingen ellers.²⁵³

10.5.2 Om søkerens opptreden i Norge etter ankomst

Søkerens oppførsel i tilfluktlandet, i praksis *levemåte* og *grad av åpenhet*, kan innvirke på hvor troverdig søkeren oppfattes. Typisk er det lettere å «tro» på en som er åpent homofil, og som viser dette ved å være med i organisasjoner, ha partner, og generelt lever i tråd med hva oppfatningen er at åpne homofile i Norge gjør. Den nevnte granskningen av lhbt-saker i Sverige påpekte at «*en person som lever som öppet homosexuell i Sverige och har ett fast förhållande med nogon av samma kön förhållandevis lätt passerar som homosexuell*»²⁵⁴.

²⁵² Sharpston(2014) avsnitt 68.

²⁵³ LaViolette(2013) s. 28.

²⁵⁴ Wolf-Watz(2010) s. 27.

Motsatt vil det å ikke leve på denne måten kunne påvirke troverdigheten negativt. En uttalelse fra en britisk beslutningstaker kan her tjene som eksempel:

«You have to ask, what is his behaviour in the UK? If you were a gay man and you had been repressed or ostracised in your home country, then presumably coming to London would give you the chance to go to Soho or Heaven and enjoy the kind of lifestyle and bars and opportunities that that presents»²⁵⁵.

Det er i et internasjonalt perspektiv uttrykt bekymring over at det i for høy grad fokuseres på etterfølgende oppførsel og aktivitet – typisk om personen har levd «åpent» etter ankomst, kjenner til møteplasser (barer, klubber), har kjæreste eller ikke, samt grad av seksuell aktivitet. Blant annet fant Millbank at lhbt-søkeres troverdighet ble vurdert utfra kjennskap til the homofile miljøet i tilfluktslandet, og at dette ofte innebærte «*detailed questioning about the names and street addresses of gay nightclubs...*»²⁵⁶. En rekke andre studier påpeker samme «trend».²⁵⁷

Presumsjoner om hva en «ekte» lhbt-person bør foreta seg vil i følge Millbank²⁵⁸ bygge på:

- 1) En antagelse om at dette er det homofile i våre vestlige land gjør, og derfor er det at søkeren gjør det samme et bevis på homofil orientering
- 2) En oppfatning om at siden søker kommer fra et sted der han eller hun har måttet undertrykke eller skjule sin seksuelle orientering, bør møtet med et trygt og «åpent» samfunn resultere i entusiastisk engasjement for å gi uttrykk for sin orientering, eller sin frihet.

Forventinger om atferd og levesett vil altså avhenge av stereotypier og egne oppfatninger og erfaringer. Slike slutninger kan fort bli misvisende. Dersom søker har levd med undertrykkelse og trakassering, kan det være ukomfortabelt og skremmende å nå gi uttrykk for sin seksuelle orientering. Søkeren kan slite med depresjoner, selvforakt og skam, hvilket kan grunngi

²⁵⁵ Miles(2009) s. 16.

²⁵⁶ Millbank(2009a)s. 20. Saker fra Australia, New Zealand, Storbritannia og Canada.

²⁵⁷ F.eks. Miles(2009) s. 20, Wolf-Watz(2010) s. 18: «tydligt att det i bedömningen av trovärdigheten kan finnas inslag som bygger på föreställningar om hur en homosexuell (i detta fall) bör agera. Det vill säga i enlighet med en typiskt svensk bild av hur homosexuella agerar», og Vine(2014): av alle undersøkte intervjuer inneholdt 1 av 5 (21%) spørsmål basert på forventninger om oppførsel: blant annet om å delta og engasjere seg i det homofile samfunn. s. 26: «*questions formulated as presumptions that someone claiming to be LGB would have attended gay bars or rallies, or would automatically want to 'reach out' to others in the 'gay community' in some way*».

²⁵⁸ Millbank(2009a)s. 20.

hvorfor søker ikke ønsker å manifestere sin orientering utad. I tillegg vil ulike aktiviteter, eller å være i et forhold som regel medføre kostnader, og generelt har asylsøkere svak økonomi. De språkmessige og kulturelle barrierene i ett nytt land kan også ha betydning. I tillegg kommer frykten for at noen i hjem-miljøet skal oppdage dette og sende informasjonen hjem, slik at søkeren da vil være i en vanskelig situasjon dersom søknaden avslås. Seksuell avholdenhet kan også være knyttet til usikkerhet rundt muligheten til opphold, da søkeren kanskje ønsker stabilitet i et eventuelt forhold.²⁵⁹ Det kan også, helt enkelt, skyldes at han eller hun ikke er så sosiale av natur.²⁶⁰

10.5.3 Om søkerens tidligere levemåte

Søkerens tidligere levemåte er også noe som kan påvirke beslutningstakerens oppfatning av troverdighet. Særlig kan det virke negativt dersom søkeren *har barn eller er/har vært gift*. På den ene siden er et heterofilt ekteskap ikke et irrelevant moment i vurderingen – å inngå heterofilt ekteskap og få barn er en uventet atferd for en person som er homofil. På den andre siden kan det være mange gode grunner til at både lesbiske og homofile inngår ekteskap: det kan være tvangsekteskap, at de ønsker å skjule hvem de er, eller det kan være et forsøk på å ignorere eller omvende seg selv. I mange land vil det nærmest være en nødvendighet å leve i heterofile forhold. Også i Norge kan situasjonen være at homofile lever i heterofile forhold, eventuelt med hemmelige forhold ved siden av.

Ekteskap og barn må dermed ikke automatisk medføre at personen ikke er troverdig i forhold til den seksuelle orientering som påstås, men gi grunnlag for en *nærmere redegjørelse for årsaken og motivasjonen* bak dette.²⁶¹ På denne måten kan beslutningstakeren motvirke å trekke slutninger basert på subjektiv oppfatning av søkerens livssituasjon. Dersom søkeren kan gi en fornuftig forklaring på ekteskap og/eller barn bør dette aksepteres.²⁶²

I hvilken grad søkeren *har levd åpent eller ikke* i hjemlandet, kan også påvirke beslutningstakerens vurdering. Det vil være lettere å «tro» på de som viser at de har levd åpent i fortiden.

²⁵⁹ Søkers anførsel i LB-2012-1481.

²⁶⁰ Millbank(2009a) s. 20.

²⁶¹ HCR/GIP/12/09 pkt. 63vi. Se også MIG 2013:25 s. 13, og eksempelvis UK guidelines s. 11.

²⁶² Sml. MIG 2013:25 s. 13.

Selv om åpenhet vil være en indikator på at søkeren faktisk er homofil, kan ikke dette gjelde automatisk. Det må undersøkes om søkeren faktisk har levd åpent i hjemlandet – en påstand alene er ikke tilstrekkelig. Det må også tas i betraktning at også åpenhet er noe som kan fabrikeres – enten ved å planlegge på forhånd (og dermed få støtte fra nærmiljø), eller ved å senere få støtte hjemmefra. Selv om dette kan virke utenkelig, er asyl et oppholdsgrunnlag som danner grunnlag for permanent oppholdstillatelse²⁶³, og dermed familiegjeningforening.

Dersom grad av åpenhet får for stor betydning, kan det også medføre at de som *ikke* har levd åpent i hjemlandet møtes med en uforholdsmessig vanskelig vurdering.

10.6 Sinnelag og innstilling

«If you get someone who's claiming they're gay and they come from Jamaica, it's just automatically disbelieved by people. They just say oh I've got another gay Jamaican»²⁶⁴.

Hvilken innstilling beslutningstakeren har i forkant av saken, kan også tenkes å påvirke vurderingen. For eksempel kan beslutningstaker ha en negativ innstilling som resultat av å ha behandlet mange lignende saker før, eller en tendens i praksis²⁶⁵. I omgjøringsaker, der seksuell orientering anføres nytt asylgrunnlag, kan det dannes inntrykk av at søker benytter dette som «siste utvei». Dersom beslutningstakeren har slike innstillinger forut for saken, kan de være vanskelig å ignorere i den videre prosessen. Det kan også føre til en uforholdsmessig streng bevisvurdering, eller at beslutningstakeren begynner å «lete etter» noe annet å felle søkeren på. S. Chelvan er en av flere som hevder det er trend til at beslutningstakere i utgangspunktet ikke tror lhbt-søkeres påstand, og at det er en «*culture of disbelief*»²⁶⁶.

Dersom beslutningstakeren er preget av homofobi²⁶⁷, vil dette nærmest umuliggjøre en objektiv vurdering av saken, og beslutningstakeren bør i slike tilfeller fratse saken. Det samme

²⁶³ Utl. § 60 jf. § 62

²⁶⁴ Miles(2009) s. 19.

²⁶⁵ Eksempelvis er det i praksis angående afganske kovertitter vektlagt i troverdighetsvurderingen det momentet at UDI mottar svært mange slike søknader i tider der afganere ikke er vernet mot retur på generelt grunnlag. Se f.eks. LB-2012-143613.

²⁶⁶ *Huffington Post*(2013).

²⁶⁷ Redsel/frykt for homofile

gjelder der beslutningstakere har svært negative holdninger ovenfor homofile, eksempelvis på grunn av sin religiøse overbevisning.

11 AVSLUTTENDE MERKNADER

Både bevistemaets art (seksuell orientering) og det senkede beviskravet, tilsier at søkerens generelle troverdighet vil være avgjørende. Dersom søker fremstår generelt troverdig, på bakgrunn av sin forklaring og sine refleksjoner, bør tvilen komme søkeren til gode, og seksuell orientering legges til grunn. Selv om det ikke skulle være mest sannsynlig at søkeren ikke er homofil, må en stadig mer alvorlig situasjon for lhbt-personer tilsi en slik tilnærming.

Oppfatning om generell troverdighet vil dannes ut fra helheten i saken. Det kan være vanskelig å holde fokuset på forklaringens innhold og søkerens refleksjoner. Måten søkeren *fremstår på* kan bli vel så viktig. Risikoen er at beslutningstakeren, basert på stereotypier, ikke-verbale tegn og oppførsel, danner en *subjektiv sannhet* (magefølelse) av hvorvidt søkeren er homofil. Dette kan tenkes å påvirke vurderingen på flere måter.

1) Dette kan føre til at beslutningstakeren vil *forkle det som virkelig var avgjørende (f.eks. lite samsvar med stereotypi)*, og begrunne asylsøknaden på noe annet – eksempelvis lav generell troverdighet, eller uklar forklaring. Dette svekker rettssikkerheten til søkeren.²⁶⁸

2) Det kan resultere i at beviskravet settes for høyt. Troverdighetsvurderingen er ikke en søken etter sannhet, men en vurdering av om søkerens egen påstand om seksuell orientering er «noenlunde sannsynlig». Beviskravet er bevisst lagt lavt, og tvilen skal komme *søkeren* til gode.

3) Det kan føre til en uforholdsmessig prøving av andre vurderingstemaer, for eksempel av internfluktalternativet eller faktisk situasjon i hjemlandet, slik at disse forhold blir underlagt en mildere standard enn hva situasjonen skulle tilsi. Her bør det utvises forsiktighet, gitt den

²⁶⁸ Wolf-Watz(2010) s. 4 «*när en sådan bedömning är implicit och förklädd i andra frågor blir den svårare att få grepp om, vilket ger ett mer otydligt underlag inför en eventuell omprövning*».

bølgen av aggressivitet og voldelighet som nå mobiliseres mot lhbt-personer. Utviklingen er rask, slik at en storby som var «trygg» for kort tid siden, nå ikke lenger er det.

Selv om subjektivitet i troverdighetsvurderingen mest problematiseres i forhold til negative beslutninger, er det det grunn til å understreke at *heller ikke positive beslutninger bør treffes på grunnlag av dette*. Dette kan virke greit, i og med at slutningene går i søkerens favør. I slike situasjoner må det være bevissthet på at stereotypier og forventet oppførsel er noe søkeren kan *tilpasse seg*: også uærlige søkere. Selv om seksuell orientering for mange er både tabu og skam, kan det ikke utelukkes at personer er villige til å late som (pretendere) å være homofil, så lenge ønsket om opphold i Norge sterkt nok. Som Sharpston gjentatte ganger understreker, vil verken beviser eller ulike stereotypier være egnet til å skille «ekte» søkere fra de uærlige.²⁶⁹ All den tid seksuell orientering er «lett å påstå, men vanskelig å bevise»²⁷⁰, kan dette bli en aktuell problemstilling i årene som kommer.

Det finnes pr. i dag ingen retningslinjer for vurderingen av kriteriet seksuell orientering, slik som blant annet er innført i Sverige, Storbritannia og USA.²⁷¹ Hvor stor praktisk betydning konkrete retningslinjer vil kunne ha, er det imidlertid vanskelig å si noe om.²⁷² UNHCRs egne retningslinjer belyser temaet godt, og utgjør et nyttig bidrag til UDI. De utgangspunkter som generelt gjelder troverdighetsvurderinger vil også være nyttige dersom de benyttes på en lhbt-sensitiv måte.²⁷³ Retningslinjer kan imidlertid bidra til en mer helhetlig tilnærming, samt mer bevissthet rundt de utfordringene en slik vurdering innebærer²⁷⁴.

Det gis ingen spesiell opplæring i lhbt-saker hos UDI, verken obligatorisk eller frivillig.²⁷⁵ Opplæring og kunnskapsheving er noe som kan tenkes å bidra til å bedre troverdighetsvurderingen i lhbt-saker.²⁷⁶ Dette er blant annet innført i Sverige, i tillegg til utdanning av

²⁶⁹ Sharpston(2014), f.eks. avsnitt 63 og 65

²⁷⁰ Millbank(2009a) s. 4.

²⁷¹ RCI 04/2009, «UK guidelines» on sexual orientation issues in the asylum claim»,
US «Guidance for Adjudicating LGBTI Refugee and Asylum Claims»

²⁷² Millbank(2009a) s 29.

²⁷³ Bl.a i UNHCR(2013) tas det opp stereotypier og slutninger basert på oppførsel, samt intervju av «sårbare personer».

²⁷⁴ Schjatvet(2014) s. 32-33: ang. troverdighetsvurderinger generelt anbefaler rapportskriveren til UDI at det bør utvikles retningslinjer for troverdighetsvurderingen, bl.a for å sikre rettsikre avgjørelser.

²⁷⁵ Personlig meddelelse(UDI)

²⁷⁶ LaVoilette(2013b) s. 9.

lhbt-spesialister.²⁷⁷ Det er også UNHCRs syn at opplæring i ulike aspekter av lhbt-saker er kritisk for å sikre en rettferdig asylbedømmelse,²⁷⁸ og at intervjuere bør være kompetente i forhold til å ta stilling til ulike aspekter ved en lhbt-søknad - deriblant troverdighetsvurderingen.²⁷⁹

Det absolutt viktigste bidraget for å sikre rettssikre vurderinger i saker om seksuell orientering vil, etter oppgaveskrivers mening, være *selvinnsikt*.

Beslutningstakere *må* akseptere at det i troverdighetsvurderinger vil være en naturlig tilbøyelighet til å trekke subjektive slutninger.²⁸⁰ Først når beslutningstakeren er seg *bevisst* på egne stereotypier og forutinntatthet, kan det virkelig foretas en rettssikker vurdering.²⁸¹ Først da kan det skilles mellom objektive vurderingsmomenter og subjektiv påvirkning, og først da kan beslutningstaker forholde seg kritisk til *hva* han eller hun opplever som «sannhet», og *hvorfor*.

²⁷⁷ Migrationsverket, Årsredovisning(2013) s. 28.

²⁷⁸ HCR/GIP/12/09 pkt. 60iii.

²⁷⁹ HCR/GIP/12/09 pkt. 60iv.

²⁸⁰ Macklin(1998) s. 140.

²⁸¹ LaVoilette(2013b) s. 7 «*If...staff who interact with sexual minorities do not reflect on their own prejudices and assumptions about homo sexuality...they are unlikely going to be able to fairly assess asylum and resettlement claims*».

LITTERATURLISTE

LOV, FORSKRIFT, FORARBEID

- 1814 Grunnloven – Kongeriket Norges Grundlov av 17. Mai 1814
- 1967 Lov 10. Februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)
- 1999 Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 2008 Lov 15. mai 2008 nr. 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)
- 2009 Forskrift 15 oktober 2009 nr. 1286 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsforskriften)
- St.meld. nr. 25 (2000-2001) *Levekår og livskvalitet for lesbiske og homofile i Noreg*
- Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)*
- NOU 2004:20 *Ny utlendingslov*
- Prop. 88 L (2012-2013) *Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)*

INTERNASJONALE TRAKTATER

- Verdenserklæringen Universal Declaration of Human Rights 1948
- EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, Roma 1950
- FK FNs konvensjon om flyktningers stilling 1951
- Protokoll 1967 Protokoll til konvensjonen om flyktningers stilling 1967
- SP FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter 1966.
- Wien-konvensjonen Wien-konvensjonen om traktatretten 1969
- EU-charteret Charter of fundamental rights of the European Union, 2000

PRAKSIS

Rettspraksis

Rt-2011-1481	avsagt 16.11.2011
Rt-2012-494	avsagt 29.03.2012
LB-2012-1481	avsagt 28.02.2013
LB-2012-143613	avsagt 03.12.2013
LB-2012-166185	avsagt 12.03.2014
LB-2013-142080	avsagt 22.05.2014
LB-2014-31488	avsagt 22.09.2014

Forvaltningspraksis, UNE

N128226214	desember 2010
N14115327	desember, 2013
N1424681031	desember 2013
N136997123	mai 2013
N13712067	mai 2013
N14896459	januar 2014
N1429061024	juni 2014
N1489701030	september 2014

Folkerettslig praksis

FNs menneskerettskomitee (HRC):

- *Toonen v. Australia*, CCPR/C/50/D/488/1992 (1994)
- *X v. Sweden*, CCPR/C/103/D/1833/2008 (2008)

Den Europeiske menneskerettsdomstolen(EMD):

- *Dudgeon v. The United Kingdom*, appl. nr. 7525/76 (1981)
- *Saadi v. Italy*, appl. nr. 37201/06 (2008)
- *M.K.N. v Sweden*, appl. nr. 72413/10, (2013)

EU-domstolen (CJEU):

- *Joined Cases C-199/12, C-200/12, C-201/12 - X, Y, Z v Netherlands Minister voor Immigratie en Asiel* (2013)

ANNET

Generaladvokat Eleanor Sharpston forslag til avgjørelse i «A, B and C»: *OPINION OF ADVOCATE GENERAL SHARPSTON, 17 July 2014. Joined Cases C-148/13, C-149/13 and C-150/13*. Tilgjengelig på <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-07/cp140110en.pdf>> [sitert: 08.11.2014]

DOKUMENTER FOR UTLENDINGSFORVALTNINGEN

Justisdepartementets retningslinjer for asylkriterier til UDI (1998)

2012-007-GI: Instruks om tolkning av utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a - forfølgelse på grunn av seksuell orientering og kjønnsidentitet (2012)

IM 2013-011: Intervju i søknader om beskyttelse (2013)

UNE praksisnotat: «Praksis i UNE – homofili» (2013)

UNE praksisnotat: «Kravet til forfølgelsens art og omfang – terskelen» (2009a)

UNE praksisnotat: «Anførsler om forfølgelse på grunn av religion» (2009b)

FNS HØYKOMMISSÆR FOR FLYKTNINGER (UNHCR)

UNHCR Statute of the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees (1950).

UNHCR, Håndbok om prosedyrer og kriterier for å fastsette flyktningers rettsstilling (først utgitt i Geneve 1979, i norsk oversettelse utgitt i Oslo, 2003)

UNHCR Guidelines HCR/GIP/12/09: *Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, (2012)

UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity (2008)

UNHCR Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims (1998)

UNHCR's Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic to Determine the Credibility of Asylum Claims based on Persecution due to Sexual Orientation, (2011). Tilgjengelig på: <<http://www.refworld.org/docid/4daeb07b2.html>> [sitert: 15.10.2014]

UNHCR and the EU Refugee Fund (2013): «*Beyond Proof - Credibility Assessment in EU Asylum Systems*». Tilgjengelig på: <<http://www.unhcr.org/51a8a08a9.html>> [sitert: 12.11.2014]

EU- DOKUMENTER

Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council 13 December 2011 *on standards for the qualification of third-country nationals or stateless persons as beneficiaries of international protection, for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection, and for the content of the protection granted* (recast), 20 december 2011, L 337/11 b. (Erstatter: Council Directive 2004/83/EC, of 29 April 2004)

NASJONALE JURISDIKSJONER

Canada:

- Refugee Protection Division, *Assessment of Credibility in Claims for Refugee Protection* 31.01.2004 Tilgjengelig på: <<http://www.irb-cisr.gc.ca>> [sitert: 15.11.2014]

USA:

- *Eke v. Mukasey*, 512 F.3d 372, US court of appeals, (7th Cir. 2008).
- *Shahinaj v. Gonzales*, 481 F.3d 1027 (8th Cir. 2007),
- Refugee, Asylum, and International Operations Directorate(RAIO).11.16.2011
Guidance for Adjudicating LGBTI Refugee and Asylum Claims
Tilgjengelig på: < <http://www.uscis.gov> > [sitert: 15.11.2014]

Australia:

- Appellants S395/2002 and S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs (2003) 216 CLR 473

Storbritannia:

- HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department (2010) UKSC 31
- UK guidelines on sexual orientation issues in the asylum claim, 13/6/2011 Tilgjengelig på: <<https://www.gov.uk/government/publications/sexual-orientation-in-asylum-claim-process>> [sitert: 15.11.2014].

Sverige:

- MIG 2013:25, Mål nr UM 3853-13. Avsagt 19 desember 2013
- SOU 2006:6 *Skyddsgrundsdirektivet och svensk rätt – En anpassning av svensk lagstiftning till EG-direktiv2004/83/EG angående flyktingar och andra skyddsbehövande.*
- RCI 04/2009 *Rättslig ställningstagande om förföljelse på grund av homo- eller bisexuell läggning.* (12.10.2009)
- RCI 09/2013 *Rättsligt ställningstagande angående metod för prövning av tillförlitlighet och trovärdighet.* (10.06 2013)
- Årsredovisning for Migrationsverket 2013
URL:<<http://www.migrationsverket.se/download/18.7c00d8e6143101d166d29f5/1414049602234/Årsredovisning+2013.pdf>> [sitert: 15.11.2014]

JURIDISK LITTERATUR M.M.

1. Bøker

Dahl, Øyvind (2013): *Møter mellom mennesker*. 2. utg. Oslo, Gyldendal Akademisk

Einarsen, Terje (2000): *Retten til vern som FLYKTNING*. Bergen: Cicero Publisher

Hathaway, James C. & Michelle Foster (2014[1991]): *the Law of Refugee Status*. 2. utg.
Cambridge: University Press

Vevstad, Vigdis(red.) (2010): *Utlendingsloven, kommentarutgave*. Oslo: Universitetsforlaget

Øyen, Øyvind Dybvik(red.) (2013): *Lærebok i utlendingsrett*. Oslo: Universitetsforlaget

2. Andre publikasjoner

Bollingmo, Guri C. m.fl. (2014): *Troverdighetsvurderinger: søkerens forklaring som bevis i saker om beskyttelse(asyl)* Oslo, Fafo rapport 2014:1.

Tilgjengelig på: <<http://www.faf.no/pub/rapp/20348/20348.pdf>>

[Sisert: 30.10.2014].

Chelvan, S. (2014): *From ABC to DSSH: How to prove that you are a gay refugee?* På:

freemovement.org.uk URL: <[http://www.freemovement.org.uk/from-abc-to](http://www.freemovement.org.uk/from-abc-to-dssh-how-to-prove-that-you-are-a-gay-refugee/)

[dssh-how-to-prove-that-you-are-a-gay-refugee/](http://www.freemovement.org.uk/from-abc-to-dssh-how-to-prove-that-you-are-a-gay-refugee/) [Sisert: 18.11.2014].

Flyktningehjelpen(2014): *Flyktningeregnskapet 2014*. Tilgjengelig på:

<http://flyktningehjelpen.no/arch_img/9179288.pdf> [Sisert: 01.09.2014].

Jansen, Sabine & Thomas Spijkerboer(2011): *Fleeing Homophobia, Asylum Claims*

Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe. COC Nederland/Vrije

Universiteit Amsterdam. Tilgjengelig på: <<http://ssrn.com/abstract=2097783>> [Sisert:

01.09.2014].

Itaborahy, Lucas Paoli & Jingshu Zhu (2014) : *State-sponsored homophobia - A world survey of laws - Criminalisation, protection and recognition of same-sex love*. ILGA.

Tilgjengelig på: <http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_SSHR_2014_Eng.pdf>

[Sisert: 01.09.2014].

Kahneman, Daniel (2011): *Tenk fort – eller langsomt*. Utdrag publisert på

www.psykologisk.no 18.01.2014. URL: <[http://psykologisk.no/2014/01/tenk-fort-](http://psykologisk.no/2014/01/tenk-fort-eller-langsomt/view-all/)

[eller-langsomt/view-all/](http://psykologisk.no/2014/01/tenk-fort-eller-langsomt/view-all/)> [Sisert: 28.10.2014].

LaViolette, Nicole (2013a): *Sexual orientation, gender identity and the refugee determination process in Canada*.

Tilgjengelig på: <<http://ssrn.com/abstract=2276049>> [Sisert: 01.09.2014].

LaViolette, Nicole(2013b): *Overcoming Problems with Sexual Minority Refugee Claims: Is*

LGBT Cultural Competency Training the Solution? I: Spijkerboer, T (ed.), «Fleeing

Homophobia. Sexual Orientation, Gender Identity and Asylum» (United Kingdom:

Taylor & Francis Books) Tilgjengelig på: <<http://ssrn.com/abstract=2122573>>

[Sisert: 01.10.2014].

Miles, Nathanael (2009): *NO GOING BACK: LESBIAN AND GAY PEOPLE AND THE*

ASYLUM SYSTEM. Tilgjengelig på:

<http://www.stonewall.org.uk/media/current_releases/3927.asp> [Sisert: 03.11.2014].

- Schjatvet, Cecilie**(2014): *Troverdighetsvurderingen i asylsaker: Juss og tverrfaglighet i opplæringen i fire direktorater - Belgia, Storbritannia, Sverige og Norge*. Tilgjengelig på:<http://www.udi.no/globalassets/global/forskning-fou_i/beskyttelse/troverdighetsvurderinger-asylsaker-2014.pdf> [Sisert: 20.11.2014].
- Vine, John** (2014): *An Investigation into the Home Office's Handling of Asylum Claims Made on the Grounds of Sexual Orientation, March-June 2014*. Tilgjengelig på: <http://icinspector.independent.gov.uk/wp-content/uploads/2014/10/Investigation-into-the-Handling-of-Asylum-Claims-Final-Web.pdf>> [Sisert: 01.11.2014].
- Wolf-Watz, Olov m.fl.** (2010): *Normkritisk studie av asylprövningen. Sluttrapport til Migrationsverket*. Tilgjengelig på: <http://www.migrationsverket.se/download/18.5e83388f141c129ba63132eb/1381926436667/normkritiskstudie_sv.pdf> [Sisert: 01.10.2014].

2. Tidsskriftsartikler

- Blair, Irene & Mahzarin R. Banaji**(1996): *Automatic and controlled processes in stereotype priming*. I: *Journal of Personality and Social Psychology*, 70, 1142 – 1163.
- Kagan, Michael** (2003): *Is Truth in the Eye of the Beholder? Objective Credibility Assessment in Refugee Status Determination*. I: *Scholarly Works*. Paper 633. Tilgjengelig på: <<http://scholars.law.unlv.edu/facpub/633>> [Sisert: 10.10.2014].
- Macklin, Audrey** (1998): *Truth and Consequences: Credibility Determination in the Refugee Context*. I: *International Association of Refugee Law Judges* s. 134-140. Tilgjengelig på:<<http://refugeestudies.org/UNHCR/97%20-%20Truth%20and%20Consequences.%20Credibility%20Determination%20in%20Refugee%20Context.%20by%20Audrey%20Macklin.pdf>> [Sisert: 10.10.2014].
- Millbank, Jenni** (2009a): *'The ring of truth': a case study of credibility assessment in particular social group refugee determinations*. I: *International Journal of Refugee Law*, vol. 21 nr 1, s. 1-33. Tilgjengelig på: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1306102 > [Sisert: 01.10.2014].
- Millbank, Jenni** (2009b): *From discretion to disbelief: recent trends in refugee determinations on the basis of sexual orientation in Australia and the United Kingdom*. I: *International Journal of Human Rights*, nr.13, side 391-414. URL: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1330175> [Sisert: 01.10.2014].
- Roth, Kenneth** (2014): *LGBT: Moving towards equality*. I: «*Outlook on the Global Agenda 2015*», side 64-67 URL: <<http://wef.ch/1z4CvsJ>> [Sisert 23.11.2014].
- Sweeney James A.** (2009): *Credibility, Proof and Refugee law*. I: *International Journal of Refugee Law*. Nr. 21(4), side 700–726.

Media

- Allafrica (2014) «*Nigeria: Gays Seek Asylum Status at Embassies*» 24.02.2014
URL: <<http://allafrica.com/c/-54V4o>> [Sisert 23.11.2014].
- Amnesty(2014): «*Gambia: "Aggravated Homosexuality" Offence Carries Life Sentence*».
21.11.2014.URL:<<http://www.amnesty.org/en/news/gambia-aggravated-homosexuality-offence-carries-life-sentence-2014-11-21>> [Sisert: 23.11.2014].
- RFSL(2014): «*Nytt om hbtq-flyktingar*», nr. 1/2014. april 2014.
URL: <http://www.rfsl.se/public/Nytt_om_hbt-flyktingar_1_2014.pdf>
[Sisert: 15.10.2014].
- The Huffington Post (2013) «*Gay And Lesbian Asylum Seekers 'Feel Forced To Show Sex Films To Prove Sexuality To UK Border Agency*»
04.02.2013.URL:<http://www.huffingtonpost.co.uk/2013/02/04/gay-and-lesbian-asylum-seekers-sex-films-prove- n_2615428.html> [Sisert: 06.11.2014].
- The Independent (2014): «*Gambian President says gay people are 'vermin' and should be tackled like malaria-causing mosquitoes*» 19.02.2014.
URL: <<http://www.independent.co.uk/news/world/africa/gambian-president-says-gay-people-are-vermin-and-should-be-tackled-like-malaria-causing-mosquitoes-9139119.html>> [Sisert 23.11.2014].
- The New York Times (2013): «*The Brutality of 'Corrective Rape'*», av Clare Carter.
27.07.2013,URL:<http://www.nytimes.com/interactive/2013/07/26/opinion/26corrective-rape.html?_r=0> [Sisert: 06.10.2014].

Nettsteder:

- EU-domstolen: <http://curia.europa.eu>
- Landsforeningen for lesbiske, homofile, bifile og transpersoner: «*Begrepsguide*»
URL: <http://www.llh.no/nor/om_deg/begreper/> [lesedato: 13.10.2014]
- Lhbt-senteret: «*LHBT-ordlista*»
URL: <<http://www.bufetat.no/LHBT/ABC---ord-og-uttrykk/>> [lesedato: 13.10.2014]
- Utlendingsdirektoratet: «*statistikk*»
URL:<<http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylsoknader-etter-statsborgerskap-og-maned-2013>> [lesedato: 13.10.2014]
- Utlendingsnemda: «*Praksisbasen*» URL: <<http://www.une.no/Praksis2/Praksisbase/>>

Personlig meddelelser:

- Mailkorrespondanse UDI v/ R. E. Eide, 29. oktober 2014, retningslinjer/opplæring
- Mailkorrespondanse UDI v/ H. Sandal,18. november 2014, antall lhbt-asylsøknader