

Rett til flyktningstatus etter utlendingsloven § 28 første ledd på grunnlag av seksuell legning.

Oppgaven krever at man kan si noe om de alminnelige vilkårene for flyktningstatus og anvende vilkårene på LHBTI-personer, dvs. lesbiske, homofile, bifile, transpersoner og intersexpersoner. Det er ikke nødvendig at man anvender begrepet «LHBTI» (det har ingen rettslig betydning) eller nevner bifile, transpersoner eller intersex-personer (det vil neppe tilføre oppgaven noe ekstra), men kandidatene bør forstå at oppgaven handler om lesbiske og homofile.

Flinke kandidater kan gjerne si noe generelt om retten til å velge og leve sin legning, at dette er en grunnleggende rettighet (og beskyttet av EMK art. 8 og SP art. 17). Seksuell legning handler ikke bare om seksuelle uttrykksformer, men om identitet. Det handler om å være den du er. Betrachninger om dette kan imidlertid ikke kreves, og kandidatene bør heller ikke gå for langt inn i menneskerettslige betrachninger med mindre de knyttes direkte til oppgavens tema.

Utlendingsloven § 28 første ledd oppstiller to alternative og likestilte rettsgrunnlag for flyktningstatus i bokstav a og b. Rettsvirkningen av flyktningstatus er at man innvilges asyl etter § 28 (2).

Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a

Hovedfokus for oppgaven er vilkårene for flyktningstatus i § 28 første ledd bokstav a. Poenget med oppgaven er å fremheve hvordan lesbiske og homofile oppfyller vilkårene, f.eks. hvordan de blir forfulgt og hvorfor de mangler beskyttelse osv. Man kan også si noe om bevisvurderingen, dvs. spørsmålet om troverdighet (f.eks. betydningen av at mange først etter avslag opplyser at de er homofile fordi det er sensitivt). Men det er sekundært.

Flinke kandidater bør vite at definisjonen i bokstav a tilsvarer Flyktningkonvensjonen art. 1 A og skal tolkes på samme måte, jf. § 3.

Kravet om velbegrunnet frykt er ikke definert i loven. Men etter forarbeidene og praksis må det foreligge fare for fremtidig krenkelse. Tidligere erfart forfølgelse kan gi en indikasjon på fremtidig forfølgelse, men gir ikke i seg selv rett til flyktningstatus. Det er en objektiv vurdering av søkerens individuelle omstendigheter (profil, aktiviteter, tidligere forfølgelse osv) og forholdene i hjemlandet.

Forfølgelsesbegrepet er nærmere definert i utl. § 29. Det handler i all hovedsak om alvorlige krenkelser av grunnleggende menneskerettigheter, f.eks. drap, tortur, mishandling, langvarig fengselsstraff, alvorlige former for trakassering og diskriminering. Bestemmelsen angir en rekke eksempler på forfølgelse. Den åpner også for at privatpersoner (eks. familie) kan stå bak forfølgelsen. Dette er sikker rett at forfølgelse fra privatpersoner kan gi rett til flyktningstatus. Dersom privatpersoner står bak forfølgelsen, blir spørsmålet om myndighetene har evne og vilje til å gi beskyttelse.

Litt om forfølgelse av lesbiske og homofile: I mange deler av verden blir mennesker forfulgt på grunn av legning. Det kan dreie seg om drap, fysisk vold, trakassering, stigmatisering, sosial isolasjon fra familie og venner, utestengelse fra arbeid og studier osv. Det kan også dreie seg om ordinære straffereaksjoner. I noen land finnes det straffebestemmelser mot lesbiske og homofile som ikke håndheves i praksis. En sovende bestemmelse vil ikke i seg

selv gi rett til flyktningstatus. Det må være en *reell* fare for straffereaksjoner. Den kan likevel bidra til å øke risikoen for overgrep fra privatpersoner. Dette kan skje ved at loven legitimerer overgrep mot homofile og ved at offeret unnlater å anmelde overgrep. Straffriheten senker terskelen for andre til å begå nye overgrep. Den største trusselen mot lesbiske og homofile er ikke alltid myndighetene. Mange frykter vold og represalier fra familie og lokalsamfunn. Æresdrap er et kjent begrep i en rekke land. Enkelte kan bli drept av sin egne for å bevare familiens ære. Tvangsekteskap er også et kjent fenomen. Mange homofile og lesbiske tvinges inn i heterofile ekteskap i land hvor det er en sosial plikt. I mange land er det vanskelig å få beskyttelse fra myndighetene, fordi de har et svært negativt syn på lesbiske og homofile. Det kan også være risikabelt å oppsøke politiet.

Konvensjonsgrunner: De ulike konvensjonsgrunner er definert i § 30. Den mest aktuelle er «spesiell sosial gruppe». I norsk og internasjonal flyktningrett er det lagt til grunn at lesbiske og homofile tilhører en slik gruppe. Definisjonen av sosial gruppe fremgår av utl. § 30 første ledd bokstav c. Flink kandidater kan med fordel vise hvordan lesbiske og homofile oppfyller vilkårene i denne bestemmelsen. (For det første er seksuell orientering en fundamental og beskyttet del av vår identitet. For det annet vil de utgjøre distinkte grupper i de aller fleste samfunn.) Lesbiske og homofile kan også påberope seg andre konvensjonsgrunner, bl.a. politisk oppfatning eller religion, hvis deres handlinger bryter med sosiale og religiøse normer.

Spørsmålet om diskresjon: I mange land er det mulig å leve som lesbisk eller homofil hvis de skjuler sin legning. Står de åpent frem, risikerer de alvorlige reaksjoner fra myndighetene og lokalbefolkningen. Det er sikker rett at ingen kan pålegges å skjule sin legning for å unngå forfølgelse. Det er ikke et krav om diskresjon. Dette er bl.a. slått fast i en britisk høyesterettsdom – HJ (Iran) and HT (Cameroon) – fra 2010 og en norsk høyesterettsdom fra 2012 (Rt. 2012 s. 494). Begge avgjørelsene er gjennomgått i boken og på forelesningene. Begrunnelsen for å avvise et krav om diskresjon er bl.a. at flyktningebeskyttelsen blir meningsløs hvis man kan kreve at de skal holde en lav profil. Da kan de like godt bli hjemme og leve diskret. De behøver ikke søke om asyl. Videre vil det krenke deres grunnleggende rett til å være seg selv. Man vil kun oppnå det forfølgerne ønsker, nemlig at de skal holde en lav profil. Et annet argument er at man ikke krever diskresjon fra andre flyktninger, f.eks. at politiske aktivister skal slutte å demonstrere eller frasi sine verv.

Flinke kandidater kan med fordel nevne at norsk og britisk høyesterett har oppstilt en konkret metode for å vurdere anførsler om seksuell legning i asylsaker. Denne metoden er illustrert i boken og i forelesningene. Metoden er slik: - Det første spørsmålet er om søkeren virkelig er homofil eller kan bli oppfattet slik av mulige forfølgere. Det neste spørsmålet er om åpent homofile risikerer forfølgelse i hjemlandet. Hvis svaret er ja, må vi vurdere hvordan søkeren vil opptre ved retur. Kommer han til å leve åpent og risikere forfølgelse, vil han ha en velbegrunnet frykt, selv om han kan unngå forfølgelse ved å skjule sin legning. Kommer han derimot til å skjule sin legning og unngå forfølgelse, må man vurdere årsaken til det. Er det fordi han mener det er riktig å holde legningen skjult, skal søknaden avslås. Det samme gjelder dersom årsaken er sosialt press, såfremt sanksjonene ikke er av en slik karakter eller omfang at de i seg selv utgjør forfølgelse. Hvis hans hemmelighold skyldes frykt for forfølgelse, vil han derimot ha en "velbegrunnet frykt" for forfølgelse. Er det flere grunner til hemmeligholdet, kan kravet om velbegrunnet frykt anses oppfylt dersom han har en reell grunn til å frykte forfølgelse og frykten er "sentral" for hans hemmelighold.

De flinkeste kandidatene bør kunne si noe om diskresjon og begrunnelsen for å avvise et slikt krav. Det kan neppe forventes at alle redegjør for metoden. Men hvis de ikke sier noe om diskresjon, bør de overbevise på andre måter.

Kandidaten kan gjerne si noen ord om det utvidede flyktningbegrepet i § 28 første ledd bokstav b selv om det ikke er sentralt for oppgaven. Tortur, umenneskelig behandling m.m. omfattes av begrepet forfølgelse i § 28 første ledd bokstav a. Det spesielle med bestemmelsen er at den ikke oppstiller et krav om forfølgelsesgrunner. Den omfatter i utgangspunktet alle som risikerer alvorlige overgrep uavhengig av oppfatning, etnisitet, legning osv. Kravet om ”reell fare” innebærer en konkret, objektiv og fremtidsrettet sannsynlighetsvurdering. Kravet til fremtidig risiko er noe strengere etter denne bestemmelsen enn etter § 28 første ledd bokstav a. Dette fremgår av forarbeidene.

Oppgaven viser generelt til § 28 første ledd, og ikke konkret til bokstav a, for å gi kandidatene anledning til selv å finne frem til det mest sentrale i § 28. Kandidater som behandler bokstav b tilnærmet like utførlig som bokstav a, bør vurderes gitt trekk for dette.

Unntakene: Søkeren vil ikke nødvendigvis ha rett til flyktningstatus på grunn av sin legning selv om han oppfyller vilkårene i § 28 første ledd. Han kan bli henvist til å søke beskyttelse i en annen del av hjemlandet (såkalt internflukt) etter § 28 femte ledd. Han kan bli utelukket (ekskludert) fra flyktningstatus etter § 31 første ledd hvis han har gjort seg skyldig i alvorlige forbrytelser. Han kan også bli utelukket fra flyktningstatus etter § 28 første ledd bokstav b hvis han utgjøre en trussel mot samfunnet. Videre kan han miste rett til flyktningstatus etter § 37 hvis behovet bortfaller pga. endringer i hjemlandet eller egne handlinger. Oppgaven legger ikke opp til en drøftelse av reglene om internflukt (§ 28 femte ledd), eksklusjon (§ 31) eller opphør (§ 37), men de kan nevnes for helhetens skyld, evn. avgrenses mot.

Opphold på humanitært grunnlag: Søkeren kan få opphold på humanitært grunnlag etter § 38 selv om han ikke risikerer forfølgelse på grunn av sin legning. I denne vurderingen kan det bl.a. legges vekt på at han risikerer sosial utstøtelse, trakassering og diskriminering uten at det betegnes som forfølgelse. Dette er ikke tema for oppgaven, men kan nevnes for å vise en forståelse av systemet.

Oppgaveteksten er lik for JUR1120 og JUS5120. Læringskravene er også de samme for de to emnene. Generelt må det likevel stilles større krav til til besvarelsens kvalitet i JUS5120, mens det i JUR1120 kan gis gode karakterer selv om nokså vesentlige elementer ovenfor er utelatt. For gode karakterer kreves det uansett at kandidatene finner frem til bokstav a, at denne settes i en rettslig kontekst og at det redegjøres fornuftig for innholdet i bestemmelsen, og at unntakene beskrives.

Oslo, 15. mai 2014

Kjetil Mujezinović Larsen og Øyvind Dybvik Øyen