

Forfølgelse basert på religion og medlemskap i en spesiell sosial gruppe (seksuell legning) – praksis i UDI og UNE etter Høyesteretts dom av 29. mars 2012

av Cecilie Schjærvet

ADVOKATFIRMAET

HESTENES og DRAMER & Co

HESTENES og DRAMER & Co

Cecilie Schjatvet «Forfølgelse basert på religion og medlemskap i en spesiell sosial gruppe (seksuell legning) – praksis i UDI og UNE etter Høyesteretts dom av 29. mars 2012», rapport på oppdrag fra Utlendingsdirektoratet og Justisdepartementet

©Cecilie Schjatvet

Trykket av Advokatfirmaet Hestenes og Dramer & Co

Oslo, 2015

ADVOKATFIRMAET

HESTENES og DRAMER & Co

INNHOLDSFORTEGNELSE

SAMMENDRAG OG ANBEFALINGER	5
A. SAKSOMFANGET	5
UDI-porteføljen	5
UNE-porteføljen	5
B. RETTSKILDER SOM LEGGES TIL GRUNN	6
Rt-2012-494 og trinn-for-trinn metoden	6
Utvikling ved EU-domstolen	7
FNs Høykommissærs anbefalinger i LHBTI- og religionssaker	10
C. ANDRE KILDER ENN RETTSKILDER SOM LEGGES TIL GRUNN	11
UDI-porteføljen	11
UNE-porteføljen	12
D. SAKSBEHANDLINGEN TRINN FOR TRINN	13
LHBTI-porteføljen	13
Konvertittporteføljen	14
1. OPPDRAGET, METODE OG BEGRENSNINGER.....	19
1.1 OPPDRAGET	19
1.2 METODE, UTVALG AV SAKER TIL GJENNOMGANG	19
1.3 BESKRIVELSE AV SAKSOMFANGET	20
1.4 KRITERIENE FOR UTVALG AV SAKER I UDI	20
1.5 KRITERIENE FOR UTVALG AV 15 + 13 SAKER FRA UNES PORTEFØLJE AV 387 OMGJØRINGSBEGJÆRINGER	21
1.6 KAN ET UTVALG AV 13 AV CA. 360 KONVERTITTSAKER ANSES REPRESENTATIVT?	22
1.7 KAN UNES PRAKSISNOTATER DANNE GRUNNLAG FOR EN VURDERING AV HVA SOM ER PRAKSIS?	23
1.8 ANDRE KILDER ENN RETTSKILDER – BEGRENSNINGER FOR ANALYSEN I BRUK AV LANDINFORMASJON	25
2. OMFANGET AV SAKER.....	27
2.1 UDI PORTEFØLJEN	27
2.1.1 LBHTI-saker	27
2.1.2 Konvertitter	28
2.2 UNE PORTEFØLJEN AV SAKER SOM IKKE VAR KNYTTET TIL UDI-PORTEFØLJEN	28
2.2.1 Tall fordelt på ordinær klagebehandling og omgjøringsanmodninger	28
2.2.2 LHBTI-saker	29
2.2.3 Konvertitt-saker	29
2.3 NOEN BEMERKNINGER TIL SAKSOMFANGET AV KONVERTITTSAKER FRA IRAN (UDI OG UNE)	29
3. LITT OM RETTSUTVIKLINGEN AV FORFØLGELSESBEGREPET I NORSK RETT, EU-RETTE OG I FNS HØYKOMMISSÆRS ANBEFALINGER	33
3.1 SAMMENDRAG	33
3.2 BAKGRUNN: ANBEFALINGENE FRA FNS HØYKOMMISSÆR FOR FLYKTNINGER OG EU-DIREKTIVETS ROLLE I NORSK FLYKTNINGRETT	33
3.3 LOVGIVNING – UTLENDINGSLOVEN OG EU-DIREKTIVET	35
3.3.1 Flyktningdefinisjonen	35
3.3.2 Konvensjonsgrunnen «spesiell sosial gruppe»	35
3.3.3 Konvensjonsgrunnen «religion»	37
3.3.4 Forfølgelsesbegrepet	37
3.3.5 Risiko	39

3.4	NÆRMERE OM DISKRESJONSPLIKTE I FNs HØYKOMMISSÆR FOR FLYKTNINGER ANBEFALINGER.....	39
3.4.1	<i>Hevdelse av rettigheter til periferen av menneskerettighetsvernet</i>	40
3.4.2	<i>Å skjule sin legning eller tro</i>	41
	LHBTI-PERSONER OG KONVERTITTERS MENNESKERETTSLEGE VERN	43
3.5	RETTSPRAKSIS – LHBTI-SAKER	44
3.5.1	<i>Høyesteretts dom Rt-2012-494 og trinn for trinn metoden</i>	44
3.5.2	<i>X, Y og Z mot Nederland (EU-dom av 7. november 2013)</i>	47
3.5.3	<i>Har lagmannsretten vurdert betydningen av X, Y Z mot Nederland for hvilke elementer som kan inngå i risikovurderingen i LHBTI-saker?</i>	48
3.6	RETTSPRAKSIS – KONVERTITTSAKER.	49
3.6.1	<i>Ingen norsk Høyesterettsdom om metodens anvendelse i konvertittsaker</i>	49
3.6.2	<i>Y og Z mot Tyskland (EU-dom av 5. september 2012, storkammeravgjørelse)</i>	49
3.6.3	<i>Har lagmannsretten gitt trinn-for-trinn metoden anvendelse i konvertittsaker?</i>	51
	4. RETTSKILDER SOM LEGGES TIL GRUNN I UDI OG UNE	53
4.1	ULIK FREMGANGSMÅTE FOR IMPLEMENTERING AV RETTSUTVIKLINGEN I UDI OG UNE	53
4.1.1	<i>UDI</i>	53
4.1.2	<i>UNE</i>	53
4.2	<i>LHBTI-SAKER OG TRINN-FOR-TRINN METODEN I UDIs REGELVERK (INSTRUKS OG PRAKSIS NOTATER)</i>	54
4.3	<i>LHBTI-SAKER OG TRINN-FOR-TRINN METODEN I UNES PRAKSISNOTATER</i>	55
4.3.1	<i>Notater og annet som er utarbeidet av UNE i LHBTI-saker</i>	55
4.3.2	<i>Praksisnotatet «Praksis i UNE – homofili» av 8. april 2013</i>	55
	Trinn 1 (troverdighet av anførsel skal vurderes først)	56
	Trinn 2, 3 og 4.....	56
	Trinn 5 (dersom skjuler sin legning hva er årsaken til det?)	56
4.3.3	<i>Oppsummering: UNES praksis etterlater tvil om implementeringen av trinn 1 og trinn 5</i>	58
4.4	<i>KONVERTITTSAKER OG UDIs GRUNNLAG FOR IKKE Å FORESLÅ PRAKSISENDRING SOM FØLGE AV Y OG Z MOT TYSKLAND</i>	59
	PRAKSISNOTAT AV 08.04.2013 PRAKSIS I UNE -SEKSUELL ORIENTERING (HOMOFILI) SOM ASYLGRUNN (UTDRAG)	60
4.5	<i>KONVERTITTSAKER OG UNES NOTATER OM Y OG Z MOT TYSKLAND</i>	61
4.5.1	<i>Notater og annet som er utarbeidet av UNE i konvertittsaker</i>	61
4.5.2	<i>Praksisnotatet UNE «Anførsler om forfølgelse på grunn av religion» av 09.10.2009 (rev. 2013)</i> . 62	
4.5.3	<i>Vurderingen av troverdighet om konverteringen (trinn 1 i LHBTI-saker)</i>	63
4.5.4	<i>Vurdering av om det foreligger en generell risiko for søkere som er åpne om sin tro (trinn 2 i LHBTI-saker)</i>	63
4.5.5	<i>Diskresjonskravet (trinn 5 i LHBTI-saker)</i>	64
4.5.6	<i>Oppsummering: Praktiserer UNE et diskresjonskrav i konvertittsaker?</i>	65
	5 BRUK AV ANDRE KILDER ENN RETTSKILDER	67
5.1	INNLEDNING	67
5.2	SØKERS DOKUMENTASJON OM EGNE FORHOLD FRA HEMLANDET	67
5.3	HELSEERKLÆRINGER	67
5.4	LANDINFORMASJON	67
5.4.1	<i>Hva er landinformasjon</i>	67
5.4.1.1	Pålitelighet og metode	68
5.4.1.2	Informasjon av generell karakter om utsatte grupper	69
5.4.2	<i>Hvilken betydning har Landinfo for saksbehandlingen i UDI og UNE</i>	70
5.4.3	<i>Hvilke landrapporter benyttes i saksbehandlingen?</i>	71
5.5	ERKLÆRINGER FRA LHBTI- OG KRISTNE MILJØER HER I NORGE	72

5.6	KUNNSKAPSGRUNNLAG FOR UNES SPØRSMÅLSSTILLING I KONVERTITTSAKER	72
6	SAKSBEHANDLINGEN TRINN FOR TRINN	75
6.1	KORT OM SAKSBEHANDLINGEN I UDI OG UNE	75
6.1.1	UDI.....	75
	Forberedelse til intervju	75
	Opplæring i intervjuteknikk.....	75
	Strukturering av intervjuet	75
	Vedtaksfasen og bruk av merknader	75
6.1.2	UNE.....	76
	Valg av avgjørelsesform.....	76
	Formålet med nemndsmøtet	76
	Opplæringen i intervjuteknikk	76
	Merknadsmaler til bruk i nemndsmøter med personlig oppmøte	77
6.2	LHBTI-SAKENE I UDI	77
6.2.1	Generelt om utvalget på totalt 65 saker	77
6.2.2	Innvilgelsene (34)	77
6.2.3	Avslagene på troverdighet (17)	78
6.2.4	Avslagene på risiko (14)	79
6.3	LHBTI-SAKENE, UNES REPRESENTATIVE UTVALG AV OMGJØRINGSSAKER (15).....	79
	Innvilgelser som følge av generell risiko i hjemlandet (4).....	79
	Avslagene på troverdighet (5)	79
	Avslagene på risiko (6).....	79
6.4	KONVERTITTSAKENE I UDI	80
6.4.1	Generelt om porteføljen på totalt 40 saker.....	80
6.4.2	Innvilgelsene (8)	80
6.4.3	Avslag på troverdighet (24).....	80
6.4.4	Avslag på risiko (8)	81
6.5	KONVERTITTSAKENE, UNES REPRESENTATIVE UTVALG (13).....	81
6.4.1	Innvilgelsene (5).....	82
6.4.2	Avslag på troverdighet i Afghanistansakene (4).....	82
6.4.3	Avslag på risiko i Iransakene (4)	82
6.6	ANDRE KILDER SOM FORVALTNINGEN LEGGER TIL GRUNN	84
6.6.1	UDI.....	84
6.6.2	UNE.....	85
	LITTERATURLISTE	87
	Norske lover og forskrifter.....	87
	Forarbeider	87
	Norsk høyesteretts- og underrettspraksis	87
	Instrukser, retningslinjer, praksisnotater og interne notater	87
	Departementene	87
	UNE.....	87
	UDI.....	88
	EU-Direktiver	88
	EU-domstolens praksis	88
	Rettspraksis og praksisnotater fra andre nasjonale jurisdiksjoner.....	88
	FNs Høykommissærs anbefalinger	89
	Juridisk litteratur og rapporter	89
	Avisartikler, landrapporter etc.....	89
	Annet	90

TRINN-FOR-TRINN METODEN I RT-2012-494 OG EN FORTOLKNING AV DENNE	91
VEDLEGG 1: UTDRAK AV RUNDSKRIV GI-07/2012 (TRINN-FOR-TRINN METODEN)	91

Sammendrag og anbefalinger

A. Saksomfanget

Rapporten skal angi det samlede antall saker som behandles av utlendingsmyndighetene og gi en nærmere beskrivelse av blant annet nasjonalitet og utfall i LHBTI- og konvertittporteføljen i perioden fra januar 2012 og frem til juli 2014. Forvaltningen har på grunn av personvern hensyn begrensninger for hvordan de fører statistikk over innkomne saker kan føres. Både UDI og UNE har derfor måttet basere sine tall på manuell innhenting og manuelle tellinger. Det lettet gjenfinningen av saker, både i UDI og UNE, at sakstypene som oftest avgjøres på bestemte enheter. UDI hadde i tillegg god oversikt over sin LHBTI-portefølje som følge av sin tradisjon for å føre egen statistikk over disse anførselene.

UDI-porteføljen.

Saksomfanget i UDI var overraskende lite, sett i lys av den medieomtale og de kontroverser sakene har skapt. De to porteføljene som ble undersøkt i perioden fra januar 2012 til midten av 2014 bestod til sammen av ikke stort mer **179 saker over 2 ½ år**. Av disse var det **139 LHBTI-saker** og så få som **40 konvertittsaker**.

Dette utgjør en meget liten andel av det totale antall av noe rundt 28.000 vedtak som ble fattet i asylsaker i den samme perioden.

LHBTI-porteføljen. UDI fører statistikk over LHBTI-saker når de innkommer. Fordi det ikke er tillatt å registrere DUF-nummer samtidig som det føres statistikk over LHBTI-anførselene måtte det gjennomføres en manuell gjenfinning av sakene. Av de 139 LHBTI-sakene **gjennfant UDI 106 saker** etter en manuell letning. Av de gjenfunnene 106 sakene førte **58 til innvilgelser og 48 til avslag**.

Det største antall søkere kom fra **Uganda** (39) og **Nigeria** (30). For øvrig preges LHBTI-porteføljen av at søkerne kommer fra mange forskjellige land. Det kan likevel nevnes at i Uganda-porteføljen representerte LHBTI-sakene 1/3 av vedtakene som ble fattet i perioden. Til sammenligning representerte LHBTI-sakene bare noen få prosent av den samlede Nigeria-porteføljen fra samme perioden.

Konvertitt-porteføljen. UDI fører ikke statistikk over konvertittsaker som innkommer, og i anledning denne rapporten ble det rettet en forespørsel til avdelingene om å be saksbehandlerne gjenfinne saker. Av de **40 konvertittsakene** som ble gjenfunnet førte **8 til innvilgelser og 32 til avslag**.

Søkerne kom fra **Iran** (31), **Afghanistan** (7) og for øvrig fra to andre land. Konvertittsakene utgjorde bare noen få prosent av Iran-porteføljen, og en meget liten andel av afghanistan-porteføljen i denne perioden.

Fra dette kan oppsummeres at, med unntak av LHBTI-anførsler fra Uganda, LHBTI- og konvertittanførsler kommer opp i bare noen få eller ytterst få av sakene som totalt sett kom fra Nigeria, Iran og Afghanistan i denne perioden.

UNE-porteføljen.

For UNE var det samlede saksomfang av LHBTI- og konvertittsaker ca. **669 saker over 2 ½ år**. Årsaken til at det totale antall saker i UNE er så mye større enn UDIs totale antall på 179, forklares dels med saksbehandlingstid i den ordinære klagebehandlingen, med i hovedsak med at søkere som har fått ferdigbehandlet sine saker i den ordinære klagesaksbehandling har levert inn omgjøringsanmodninger.

SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER

Av de 669 sakene fantes det totalt sett **282 klagevedtak** (85 LHBTI-saker og 197 konvertittsaker) og totalt **387 omgjøringsbegjæringer** (27 LHBTI-saker og 360 konvertittsaker). Grunnen til at det er *konvertittsakene* som gjorde porteføljen av omgjøringsbegjæringer (360 saker) såpass stor er noe usikker. Det fantes ikke tall som viste når anførselen ble fremsatt men UNE. Det vites derfor ikke i hvor mange av omgjøringsbegjæringene konvertittanførselen kom sent eller etter at ordinær klagesaksbehandling var over.

Selv om UNEs LHBTI- og konvertittportefølje er en del større enn UDIs, utgjør disse sakene likevel bare en meget liten del av det samlede antall asylsaker som ble avgjort av UNE i løpet av perioden.

LHBTI-porteføljen. Samlet sett inneholdt porteføljen ca. **112 saker**. Av disse bestod av ca. **85 klager på UDIs vedtak** og **27 omgjøringsanmodninger**.

Av de 112 LHBTI-sakene kom det største antall saker fra **Nigeria** (24 klagesaker), **Iran** (20 saker, derav 9 klagesaker og 11 omgjøringsanmodninger), **Uganda** (19 klagesaker), **Afghanistan** (9 saker, derav 5 klagesaker og 4 omgjøringsanmodninger), **Etiopia** (8 saker, derav 5 klagesaker og 3 omgjøringsanmodninger) og **Irak** (7 saker, derav 3 klagesaker og 4 omgjøringsanmodninger). De øvrige personene som har fremmet klage eller omgjøringsanmodning var fordelt på 12 land representert med 1 til 3 søkere.

Konvertitt-porteføljen. Av de totalt 557 konvertittsakene var det **197 klagevedtak** (ca. 165 iranske og 32 afghanske asylsøkere) og **360 omgjøringsanmodninger** (ca. 95 afghanske og ca. 265 iranske asylsøkere). Porteføljen er spesiell ved at søkerne kom enten fra **Iran (430)** eller **Afghanistan (127)**.

Fra dette kan oppsummeres at både for UDI og UNE utgjør LHBTI- og konvertittsaker en marginal andel av det samlede antall asylsaker som avgjøres, og det til tross for at den delen av porteføljen som gjelder omgjøringsbegjæringer i konvertittsaker isolert sett er stor. Det er likevel av interesse å utarbeide en rapport om behandlingen av disse sakene fordi mye av den rettsutviklingen som har vært på asylfeltet i de siste årene har angått disse to sakstypene.

B. Rettskilder som legges til grunn

Et sentralt spørsmål for denne rapporten er hvordan å forstå den nasjonale og internasjonale rettsutvikling i LHBTI- og konvertittsaker, samt å vurdere i hvilken grad norsk forvaltningspraksis har implementert nyere internasjonale rettsavgjørelser.

Rt-2012-494 og trinn-for-trinn metoden

LBHTI-saker. Utgangspunktet for rapporten er Høyesteretts dom fra mars 2012, der det ble lagt til grunn at en **trinn-for-trinn metode** skal følges (se vedlegg 1 bakerst i rapporten for metodens trinn 1-5 slik den er implementert i Justisdepartementets rundskriv GI-07/2012).

Metoden gjør det klart at en først må ta stilling til om søker er homofil. Dernest gjøres klart at det *ikke* skal være et vurderingstema hvorvidt en homofil mann kan unngå forfølgelse ved å skjule sin legning ved retur. Det helt nye er at metoden angir et formelt årsakkrav i saker der søkeren oppgir at han eller hun vil skjule sin legning ved retur. I slike saker skal beskyttelse gis dersom det å unngå forfølgelse har vært «sentralt» for vedkommende sitt valg, jf. Rt-2012-494, jf. avsnitt 58.

Metoden implementeres for **UDIs** del med instruks fra Justisdepartementet, jf. GI-07/2012 «Instruks om tolkning av utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a – forfølgelse på grunn av seksuell orientering og kjønnsidentitet». Instruksens angir at metoden *bare skal gjelde i LHBTI-saker*. Det kan

HESTENES og DRAMER & Co

SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER

imidlertid gjøres mer for å utrede den nærmere begrunnelsen for hvorfor en søker ønsker å skjule sin legning ved retur.

- UDI anbefales å videreutvikle intervjueteknikker som besørger mer utfyllende svar om hva som kan være søkers begrunnelse for å skjule sin legning ved retur.

For **UNEs** del beskriver et praksisnotat implementeringen i året som etterfulgte Høyesterettsdommen, jf. «Praksis i *UNE* – homofili» Praksisnotat av 8. april.2013. Her beskrives en praksis der det er vanskelig å se at trinn-for-trinn metoden følges fullt ut.

Det fremgår at det ikke nødvendigvis tas stilling til troverdigheten av konverteringen (trinn 1) før det avslås på risiko (trinn 2). *UNE* mener at metoden ikke krever dette. *UNE* og UDI har her *ulik rettsoppfatning*.

Praksisnotatet etterlater også tvil om rett forståelse av årsakkravet legges til grunn (trinn 5). Det beskrives en praksis som problematiserer utfallet av Rt-2012-494. I denne problematiseringen pekes det på et argument om at det finnes ulike tilnærminger i statspraksis. Det uheldige ved at praksis foretar en slik problematisering, er at dette er argumenter som Høyesterett vurderer i Rt-2012-494, men ikke fant at var utslagsgivende for ikke å anvende trinn-for-trinn metoden. Dette er derfor egnet til å etterlate tvil enten om *UNE* baserer sine vedtak på korrekt rettsforståelse eller om disse utlegningene kan føre til saksbehandlingsfeil ved at årsakkravet ikke utredes. Når praksisnotatet i en avsluttende setning opplyser at det er har vært få saker der årsakkravet har blitt aktualisert forsterker det bekymringen over at sakene ikke utredes godt nok hva angår årsakkravet (Se avsnitt 4.3 nedenfor.)

- *UNE* anbefales å endre sin praksis slik at det i LHBTI-sakene klart tas stilling til søkers legning (trinn 1) også i de sakene som «avslås på risiko» (trinn 2).
- *UNE* anbefales å gi en utvetydig utlegning av årsakkravet i sine vedtak (trinn 5).
- *UNE* anbefales å endre sine saksbehandlingsrutiner for å sikre at årsaksspørsmålet blir belyst og tilstrekkelig utredet (trinn 5b).

*

Konvertittsaker. Dommen i Rt-2012-494 sier ikke noe om metodens rekkevidde i andre type saker. I instruksen til **UDI** angis at metoden ikke skal få anvendelse i konvertittsaker og kun i LHBTI-saker. **UNE** har heller ikke tolket Høyesterettsdommen på en annen måte.

**

Utvikling ved EU-domstolen

Vurderingen av den generelle risiko. I en nyere avgjørelse fra EU-domstolen, *X, Y, Z mot Nederland*, som omhandlet tre homofile asylsøkere, tas det samme utgangspunkt i at det *ikke* skal inngå som et tema under risikovurderingen hvorvidt homofile kan være diskret ved retur. Dette i samsvar med Rt-2012-494 (metodens trinn 2). EU-domstolen understreket at dette gjaldt ikke bare handlinger i den offentlige, men også i den private sfære. Statene kan heller ikke, som en del av den konkrete risikovurderingen, pålegge søker å være mer diskret enn heterofile ved retur.

X, Y, Z mot Nederland viser til EU-domstolens avgjørelse i en storkammersak om en praktiserende Ahmadi asylsøker, *Y og Z mot Tyskland* fra september 2012. I denne storkammersaken knesatte

HESTENES og DRAMER & Co

SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER

domstolen prinsippet der det er irrelevant om personen kan unngå forfølgelse ved å utvise diskresjon er en del av EU-retten, samt at dette gjelder både for den private og offentlige sfære.

Et felles spørsmål for begge type saker er om EU-domstolen i *Y og Z mot Tyskland* og *X, Y, Z mot Nederland* **legger noe annet i risikobegrepet** enn det som legges til grunn av Høyesterett i Rt-2012-494 (trinn 2). Etter trinn-for-trinn metoden skal risikovurderingen baseres på forholdene for åpne homofile. Fra dette utgangspunktet kan det være usikkert *om* eller *når* en kan trekke inn i risikovurderingen landinformasjon som peker på at det er mulig å praktisere sin legning i det private rom hvis en tilpasser seg de sosiokulturelle normer. Det antas at EU-domstolens bør forstås slik at det ikke er noen slik adgang.

Dette kan ha den praktiske betydning at dersom forvaltningen «avslår på risiko» (trinn 2) *fordi* homofile eller konverterte med visse tilpasninger kan leve ut sin legning eller tro i det private rom, så antas det ikke å samsvare med EU-domstolens uttalelser. Som et eksempel på den type saker som kan sette spørsmålet på spissen, er saker fra Iran-porteføljen. Landinformasjon om Iran viser at både homofile og konvertitter kan fungere hjemlandet dersom de tilpasser seg hjemlandets sosiokulturelle normer.¹ Dersom slik landinformasjon skulle inngå i vurderingen av den generelle risiko antas det ikke samsvare med EU-domstolens praksis.

Det er vanskelig å se at EU-rettens utlegging av risikobegrepet står i motstrid til utlegningen av risikobegrepet i Rt-2012-494. Dommene gir imidlertid en presisering av risikobegrepets innhold som ikke direkte følger av Høyesteretts vurderinger. Det er likevel presiseringer det er stor oppslutning om blant stater og det er derfor grunn til å tro at Høyesterett i en senere sak vil slutte seg til disse presiseringene.

Mappegjennomgangen viste at **UDI** legger prinsippene i EU-domstolens *Y og Z mot Tyskland* og *X, Y, Z mot Nederland* til grunn i sine vurderinger av den generelle risiko. UDI trekker *ikke* inn muligheten for diskresjon når den generelle risiko vurderes, verken i LHBTI- eller konvertittsaker. Blant «avslagene på risiko» lå det riktignok flere internfluktvurderinger i begge porteføljer, uten at det å måtte flytte til en annen del av eget land kan sies å utgjøre et krav om diskresjon i denne sammenheng.

I det representative utvalget av 15 LHBTI-saker og 13 konvertittsaker fra **UNE** fremgikk at UNE avslo flere av iransakene på risiko, med henvisning til beskrivelsen av muligheten til å praktisere i det private rom. Det er noe uklart i hvilken grad vedtakene legger til grunn en forståelse av risikobegrepet som direkte strider med EU-domstolens prinsipper, eller om dette kun er et spørsmål om saksbehandling (dvs. at premissene i vedtakene burde utformes på en klarere måte slik at det ikke etterlates tvil om hvilke rettssetninger som legges til grunn).

¹ Landinfo Temanotat «Iran: Kristne og konvertitter» (7. juli 2011) avsnitt 7.1 og Landinfo Temanotat «Iran: Homoseksualitet og homofile i den islamske republikken Iran (7. desember 2012) avsnitt 2.2 side 7. Det har kommet en ny rapport om konvertitter i Iran etter temanotatet fra 2011 men denne tar ikke eksplisitt opp spørsmålet om hva som tolereres i den private sfære, Landinfo «Iran. On Conversion to Christianity, Issues concerning Kurds and Post-2009 Election Protestors as well as Legal Issues and Exit Procedures» Joint report from the Danish Immigration Service, the Norwegian LANDINFO and Danish Refugee Council's fact-finding mission to Tehran, Iran, Ankara, Turkey and London, United Kingdom av 9 November to 20 November 2012 and 8 January to 9 January 2013.

HESTENES og DRAMER & Co

SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER

Med den forutsetning av utvalget er representativt, antas det at UNE ikke følger EU-domstolens prinsipper når det gjelder hvordan å vurdere den generelle risiko. Rettsoppfatningen i UDI og UNE her er *ulik*.

- Det anbefales at UNE vurderer å legge til grunn, eventuelt gjøre klart, en forståelse av risikobegrepet der muligheten til å være diskre *ikke* trekkes inn i vurderingen av den generelle risiko i søkers hjemland, verken i LHBTI- eller konvertittsaker.

*

Særlig om LHBTI-saker. EU-domstolen tar i *X, Y og Z mot Nederland* ikke stilling til om det skal anvendes en trinn-for-trinn metode, dvs. hvorvidt risikovurderingen må deles opp i 5 selvstendige vurderinger som skal følge en bestemt rekkefølge. EU-domstolen anvender heller ikke et formelt årsakkrav, slik som i Rt-2014-494 avsnitt 57-58 (trinn 5 a og b). På disse to punktene har EU-domstolen en *ulik* tilnærming enn den Høyesterett har valgt. Forvaltningen legger ikke EU-domstolens tilnærming til grunn.

Et spørsmål er likevel om **EU-domstolens alternative tilnærming kan gi andre utfall** i asylsaksbehandlingen når den **ikke opererer med et formelt årsakkrav**.

I Rt-2012-494 legger førstvoterende til grunn at frykten for forfølgelse må være «sentral» for at søker vil skjule sin legning ved retur, jf. dommens avsnitt 57 og 58. EU-domstolens avgjørelse forstås slik at det er tilstrekkelig at frykten inngår som én grunn uten at det skal foretas noen videre kvalifisering.

Hvorvidt trinn-for-trinn metoden er strengere eller mer liberal enn EU-rettens tilnærming er det vanskelig å mene noe sikkert om. Det er likevel grunn til å tro at de to tilnærmingene ikke vil føre til vesentlig ulike resultater i praksis, så lenge Høyesteretts forutsetning om at årsakkravet ikke skal praktiseres for strengt følges, jf. avsnitt 58 i Rt-2012-494.

*

Særlig om konvertittsaker. EU-domstolens storkammersak *Y og Z mot Tyskland*, knesatte prinsippet der det er irrelevant om personen kan unngå forfølgelse ved å utvise diskresjon har noen ytterligere presiseringer.

EU-domstolen begrenser på den ene side denne retten til å gjelde «visse religiøse praksiser». På den andre side, kan ikke søker ikke pålegges å utvise diskresjon selv om praksisen måtte ligge til periferien av trosfriheten. Det sentrale er om praksisen for den enkelte søker utgjør en viktig del av det å bevare **personens religiøse identitet**. Religiøs praksis som kan utgjøre en risikofaktor omfatter dermed mer enn misjonering eller profilert lederskap. Det må foretas en konkret vurdering i hvert tilfelle av betydningen av praksisen for den enkelte søker.

UDI legger også denne delen av EU-dommen til grunn. Gjennomgangen av UDIs Praksis Notater og LHBTI-portefølje viste at UDI ikke operer med noe diskresjonskrav og lar dette gjelde for flere handlinger enn misjonering og profilerte søkere.

Mappegjennomgangen viste at **UNE** ikke tematiserer hvorvidt handlinger det kan være knyttet risiko til er viktig for at søker kan bevare sin religiøse identitet. At temaet heller ikke nevnt i et internt notat som er ment å oppsummere innholdet i *Y og Z mot Tyskland* forsterker inntrykket av at UNE i sin

HESTENES og DRAMER & Co

SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER

praksis ikke har hatt et fokus på dette elementet. Fordi spørsmålet ikke blir utredet er det vanskelig å si noe om i hvilken grad det blir oversett av UNE, eller om UNE her har en ulik rettsoppfatning.

Det som fremstår som mer klart er at UNE pålegger en viss diskresjonsplikt ved retur. Mappgjennomgangen ga eksempler på at UNE forventer at konvertitter som returnerer til Iran foretar visse tilpasninger i måten de praktiserer sin tro og at det å måtte tåle slike begrensninger ikke utgjør forfølgelse. Funnet står i strid med det UNE anfører i sitt praksisnotat der det står at de kun foretar en faktisk vurdering om hva søker antas å ville gjøre ved retur, og ikke en normativ vurdering.

- UNE anbefales å vurdere *enten* å endre sin praksis slik at søker ikke pålegges en viss diskresjonsplikt ved retur, *eller* endre sitt praksisnotat slik at det går frem at UNE anser at det har et visst rom for å pålegge diskresjon ved retur.

**

FNs Høykommissærs anbefalinger i LHBTI- og religionssaker

FNs Høykommissær for flyktningers anbefalinger nevnes ikke i vedtak eller merknader. Dette gjelder begge porteføljene og begge instanser.

Det antas imidlertid at anbefalingene i stor grad sammenfaller med det som følger av EU-domstolens praksis, og at de skiller seg fra trinn-for-trinn metoden der EU-domstolen også gjør det. Den betydningene anbefalingene har for de problemstillinger denne rapporten befatter seg med er derfor at de gir et tilleggs argument for de som vil ta til orde for å endre norsk praksis slik at det ikke lenger skal opereres med et formelt årsakkrav, verken i LHBTI- eller religionssaker (trinn 5b).

Fordi det er usikkert om valget mellom de to tilnærmingene har noen praktisk betydning i form av at saker vil få forskjellig utfall, utformes ikke noen anbefalinger om dette.

Gjøres det for mye ut av årsakkravet i Rt-2012-494 *kan* norsk praksis komme i strid med anbefalingene til FNs Høykommissær, på den måten at trinn-for-trinn metoden fører til ulike resultater enn om EU-domstolen og Høykommissærens tilnærming hadde vært lagt til grunn.

*

LHBTI-saker. Mappgjennomgangen av LHBTI-saker ga ikke noen god mulighet til å undersøke nærmere om det fantes noen eksempler på dette. Dette hadde dels å gjøre med at årsaken (svarene som søker ga) i liten grad ble problematisert i de sakene som lå i UDIs porteføljer, og i meget liten grad ble løftet frem i UNEs porteføljer.

Begge instanser synes således å kunne gjøre mer for å utrede årsakene til diskresjon i LHBTI-saker. For UDIs del handler dette først og fremst om intervjueteknikk jf. anbefalingen til UDI under bokstav D nedenfor. For UNEs del kan det også ha å gjøre med den rettsoppfatning til legges til grunn, jf. funnene og anbefalingene ovenfor.

- Det anbefales at forvaltningen legger vekt på førstvoterendes bemerkning i Rt-2012-494 om at årsakkravet ikke bør forstås for strengt. Dersom det formelle årsakkravet gis en slik begrenset betydning, antas at det ikke vil ha noen praktiske konsekvenser at det i norsk praksis er valgt en annen tilnærming enn den som følger av anbefalingene til FNs Høykommissær.

*

SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER

Konvertittsaker. Når det gjelder konvertittsaker antas det at det sentrale for forvaltningen må være at en er oppmerksom på de to ulike tilnærmingene som gjelder og at det i utviklingen av praksis sørger for å følge enten det ene rasjonale eller det andre. Fordi anbefalingene her har tatt et valg mellom to ulike retninger som begge er etablerte i statenes praksis, og fordi det er uklart om det å velge Høykommissærens tilnærming vil føre til andre avgjørelser i praksis utformes ingen anbefaling for konvertittsakene.

C. Andre kilder enn rettskilder som legges til grunn

UDI-porteføljen

Ved UDIs behandling av asylsøknader baserer saksbehandler seg hovedsakelig på landinformasjon som er innhentet og formidlet av Landinfo.

LHBTI-sakene. I samtlige av de 14 LHBTI-sakene der det «avslås på risiko» var det henvist til **landinformasjon**. Det gikk ikke alltid klart frem hvilke rapporter som det ble vist til, men helhetsinntrykket er at det vises til Landinfos rapporter.

Det forelå **erklæringer** fra LHBTI-organisasjoner eller personer som stod søker nær (kjæreste eller venner) i 11 av de 65 sakene. Erklæringene hadde betydning for positivt utfall i 9 av sakene.

Konvertittsakene. I konvertittsakene, både i sakene som avslås på troverdighet og på risiko, er det mange flere henvisninger til **landinformasjon** i tilknytning til erfart forfølgelse, men det går heller ikke her frem hvem som er kilden. Det er også flere henvisninger til kjennetegn ved ulike religioner og religionsforståelse enn det som gjelder i LHBTI-sakene uten at kilden er oppgitt. Når det ble vist til en kilde ble det som oftest vist til Landinfo, men i noen tilfeller også andres rapporter slik som «On Conversion to Christianity».

Det ble fremlagt **erklæringer** om religiøs aktivitet i tre av sakene.

Det som kan synes å mangle i konvertittsakene, er hvilket kildegrunnlag saksbehandler har basert sine vurderinger av forklaringer om erfart forfølgelse. Her er saksbehandlingen mer vag når det gjelder å forankre vurderingene i ulike kilder. Også dette er et kontroversielt tema der geistlige miljøer hevder at det foregår mer av den type forfølgelse som søkerne viser til enn det som forvaltningen legger til grunn. Dette forsterker behovet for å få en bedre forankring i vurderingene av plausibiliteten av forklaringer om erfart forfølgelse.

- Det anbefales at UDI vurderer hvordan vedtakene bedre kan synliggjøre, eventuelt at det utredes nærmere, de kilder og tolkninger av landinformasjon som legges til grunn for en vurdering av erfart forfølgelse fremstår som lite plausibel.

Når det gjelder bruk av **kilder eller religionsforståelsen som spørsmål om konverteringen er basert på** var særlig intervjuene i sakene som førte til innvilgelse meget godt lagt opp. Disse intervjuene klarte å få frem både de emosjonelle og intellektuelle sidene ved en konvertering, f eks ved at saksbehandler stilte kunnskapsspørsmål som sprang ut av noe søker har fortalt om tidligere på dagen. Dersom søker f eks hadde oppgitt at synd og frelse var viktig for konverteringen så stilles det senere kunnskapsspørsmål om synd og frelse. I noen av de øvrige intervjuene fremstår valget av kunnskapsspørsmål som noe mer løsrevet fra søkers fortelling for øvrig. Det kan tenkes at UDI bør ha et noe større fokus på intervjuteknikk også ved valg av kunnskapsspørsmål slik at alle intervjuene holder samme standard.

SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER

- UDI bør vurdere strømlinjeforming bruk av intervjueteknikk i all bruk av kunnskapsspørsmål.

UNE-porteføljen

LHBTI-sakene. I LBHTI-sakene viser UNE til endringer i **Landinfos** rapporter der det kan ha betydning for praksis. I vedtakene nevnes gjerne andre kilder enn Landinfos rapporter når det har skjedd en endring (f eks omtale av Ugandas nye lov mot homoseksuelle).

Når det holdes nemndsmøte med personlig oppmøte kan nemndleder beslutte å kalle inn Landinfo som vitne. Vedtakene inneholder da en utfyllende gjengivelse om hva landinfo uttalte i nemndmøte. I alle sakene der det Landinfo forklarte seg i nemndsmøte var det Landinfos uttalelser som ble lagt til grunn for regelanvendelsen.

Konvertittsakene. I iransakene fantes mange referanser til ulike **landrapporter**, ikke bare til Landinfo men en rekke andre kilder. Dette gjaldt både for merknadsmalene og vedtakene, men med den forskjell at det i merknadsmalen også ble vist til dokumenter som ikke er alminnelig kjent. I merknadsmalen for afghanistansaker var det ikke samme utfyllende referanse til ulike landrapporter, noe som kan ha sammenheng med at det i disse sakene gis beskyttelse dersom søker er troverdig.

I alle sakene forelå enten dåpsattester og ulike type **erklæringer og støttebrev** fra prester eller andre i menigheten. Erklæringene fikk ikke avgjørende betydning i de sakene som ble «avslått på troverdighet», fordi avslaget nødvendigvis betyr at UNE tilla annen informasjon som svekket søkers generelle troverdighet større vekt enn v erklæringene.

Spørsmålet om hvilken vekt presters erklæringer om realiteten i søkers konvertering skal ha for saksbehandlingen har vært et omstridt tema. I de geistlige miljøenes kommunikasjon med UNE fremgår at det er vanskelig å forstå at en fagperson som møter en person jevnlig og ser ham eller henne i aksjon ikke skal ha en mye bedre forutsetning enn UNE for å vurdere realiteten av konverteringen. Denne striden synes å genere en rekke omgjøringsanmodninger. Det var flere eksempler på slike saker blant det representative utvalget.

I en av afghanistansakene der det hadde blitt det gitt en utfyllende erklæring om søkers aktivitet, ga UNE følgende begrunnelse for hvorfor at prestens vurdering av søkers troverdighet ikke var utslagsgivende:

«Une har merket seg [prestens] uttalelse om at han opplever klageren som en overbevist kristen, men finner ikke å kunne tillegge denne avgjørende vekt. En klager som påberoper seg konvertering som et middel for å få opphold i Norge vil naturligvis forsøke å fremstå som kristen overfor menigheten som skal bekrefte hans tro. Menighetens representanter, som ikke alltid kjenner klagerens tidligere forklaringer, vil på sin side kunne ha et annet inntrykk av klagerens s troverdigheten enn det UNE har dannet seg.»

Fordi søker var fra Afghanistan ville han ha fått beskyttelse dersom han hadde blitt trodd på konverteringen. Saken gir et eksempel på hvordan en fagpersons vurdering av konverteringen til en person han har jevnlig kontakt med, og der UNEs oppfatning av konverteringen ble bestemmende for sakens utfall..

I sakene som ble «avslått på risiko» kom det i mindre grad på spissen hvilken vekt erklæringene skulle gis. Når erklæringene i disse sakene som oftest ikke fikk avgjørende betydning, hang dette først og fremst sammen med vurderingen av risikosituasjonen i Iran (alle var iranersaker), der det å være døpt i seg selv ikke anses å utløse en risiko for forfølgelse. I disse sakene ville erklæringer fra menigheter og prester dermed få større betydning dersom søker drev utadrettet virksomhet. I tilfeller der søker

SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER

misjonerte eller på annen måte hadde en kjent profil ga det representative utvalget av saker flere eksempler på at erklæringene og dokumentasjon om dette ble bestemmende for sakens utfall.

UNE viser også til **statistikk om antall konverteringsanførsler** i noen av sine vedtak. I en avgjørelse fra 2013 ses søkers svekkede generelle troverdighet i sammenheng med at det har kommet et større antall søkere fra Iran er basert på konvertering. Det er uklart hva beslutningstaker her baserer seg på, sett i lys av de tall som er innhentet i forbindelse med denne rapporten, som viser at konvertittanførselen utgjøre en meget liten del av det totale innkommende tallet på søkere fra Iran.

UNE har i liten grad innhentet faglig ekspertise fra praktiserende teologer ved sin utarbeidelse av **spørsmål i merknadsmalene**. Ingen av spørsmålene angår den emosjonelle siden av en konvertering. Spørsmålene kan karakteriseres som rettet mot søkerens intellektuelle erkjennelsesprosesser. Det kan stilles spørsmål ved om dette danner det beste grunnlag for å vurdere realiteten av en konvertering, både fra et teologisk faglig perspektiv og med tanke på den plass religion har i de kulturer søkerne kommer fra. F eks finnes ingen spørsmål som direkte angår søkers åpenbaring i merknadsmalene, noe som anses som sentralt ved en konvertering.

- UNE anbefales å revidere spørsmålene i merknadsmalene slik at spørsmål knyttet til den emosjonelle siden av søkers konvertering ivaretas. Det anbefales at spørsmålene utformes i samarbeid med praktiserende teologer.

D. Saksbehandlingen trinn for trinn

LHBTI-porteføljen.

UDIs intervjuer, merknader og vedtak viser at trinn-for-trinn metoden i all hovedsak følges. I sakene som «avgjøres på troverdighet» vurderes det alltid om søkeren er homofil, både innvilgelsene og avslagene. I noen få av sakene der det «avslås på troverdighet» baseres vurderingen imidlertid på søkerens generelle troverdighet før en går inn på legningen. Det kan spørres om dette er helt i tråd med trinn-for-trinn metoden (trinn 1).

I sakene der det «avslås på risiko» foreligger det en uttrykkelig vurdering av troverdigheten av anført legning i nær alle av sakene. I noen få følger denne vurderingen implisitt, noe som antas ikke å være i tråd med metoden (trinn 1).

I alle av sakene som «avgjøres på risiko» foretas risikovurderingen *uten* å trekke inn muligheten enhver har til å være diskret ved retur (trinn 2).

Ved innvilgelsene spørres eller vurderes det i alle saker om søker vil leve åpent eller skjult ved retur (trinn 3).

Spørsmålstillingen rundt diskresjonstemaet er imidlertid relativt enkelt lagt opp (trinn 5). Saksmappene kan her gi en indikasjon på at saksbehandlerne kan trenge flere verktøy, i form av tilleggsspørsmål eller strategier for å bedre kunne undersøke årsakene til at søker vil skjule sin legning ved retur. Dette kommer særlig opp i innvilgelsessakene der det fremgikk av merknadene og intervjuene at det var vanskelig å få noe særlig god informasjon ut av søker om årsakene. Som regel fikk saksbehandlerne ikke mange andre type svar enn at «det går ikke» å være åpen.

- UDI bør vurdere om det kan være i strid med trinn-for-trinn metoden å ta stilling til generell troverdighet før eller istedenfor troverdigheten av legning.

SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER

- UDI bør vurdere å utarbeide nye type oppfølgingsspørsmål i LHBTI-sakene som bedre kan kartlegge søkers begrunnelse for diskresjon ved retur.

*

I **UNEs** representative utvalg av saker kom innvilgelsene fra land der det forelå en generell risiko for LHBTI-personer, også fra private forfølgere. I disse sakene var trinn 1 og 2 fulgt.

I sakene der det ble «avslått på risiko», var det for ca. halvparten av dem ikke tatt stilling til legning (trinn 1). UNE anser at dette ikke er i strid med trinn-for-trinn metoden når saken kan avslås på risiko. Her har UDI og UNE *ulik* praktisering. Det er i denne rapporten lagt til grunn at metodens trinn-for-trinn tilnærming anviser til at en skal ta stilling til legningen, selv om vedtaket legges slik opp at det avslås på risiko.

For den andre halvparten av sakene der det ble avslått på risiko hadde vedtakene rettslige utlegninger av årsakkravet som etterlater betydelig tvil om riktig rettsforståelse legges til grunn. Usikkerheten er her knyttet til at vedtakene tar utgangspunkt i en problematisering av resultatet i Rt-2012-494 og dermed resirkulerer en anførsel som staten ikke vant frem med i Høyesterett. I ett vedtak ble årsakkravet beskrevet som at det måtte være «sentral» for søkers valg, og ikke «en sentral årsak».² Dette, sett i sammenheng beskrivelsen av praksis i året etter høyesterettsdommen, jf. om praksisnotatet ovenfor, gir grunnlag for en konklusjon der det uklart hvilken rettssetning som legges til grunn når det gjelder årsakkravet (trinn 5).

Det understrekes at rapportskriver har fått et representativt utvalg av saker (basert på UNEs egne vurderinger) og at bare noen få av sakene fra utvalget belyste disse problemstillingene. Analysen er derfor basert på det som utvalget ga *eksempler på*. Så lenge UNE selv mener at utvalget er representativt burde det likevel kunne trekkes slike slutninger (se metodekapitlet om drøftelsen av dette i avsnitt 1.4-1.6).

- Det anbefales at UNE strukturerer vedtakene sine i tråd med trinn-for-trinn metoden. Slik praksis er i dag flyter trinnene dels over i hverandre, i noen saker hoppes over trinn 1.
- Vedtakene bør gi en utvetydig beskrivelse av det rettslige innholdet i årsakkravet slik det er beskrevet i Rt-2012-494 avsnitt 57 og 58.

**

Konvertittporteføljen

Konvertittporteføljen til **UDI** viser at sakene behandles ved at konvertering vurderes først og dernest risiko (trinn 1 og 2 i LHBTI-sakene). Saksbehandleren tar eksplisitt stilling til realiteten av konverteringsanførselen, også der det ligger an til å «avslå på risiko». Praksis fremstår som innarbeidet.

Blant sakene der det ble lagt opp til «avslag på risiko», var det flere søkere som opplyste at de ville være åpne ved retur. I disse tilfellene ble risikovurderingen gjennomført uten at saksbehandler trakk inn muligheten for diskresjon, det vil si at det ble anvendt en vurdering av risiko som er i tråd med *X og Y mot Tyskland*. I en sak der søker opplyste at han/hun ønsket å være diskre om sin tro kom det

² Rt-2012-494 avsnitt 41 og 42. I avsnitt 58 utdypes årsakslæren med at kravet ikke må tolkes for strengt så lenge årsaken har vært «sentral» for vedkommens valg.

HESTENES og DRAMER & Co

SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER

frem at valget var gjort av sosiokulturelle årsaker. Dette ble derimot ikke avgjørende for utfallet av saken (trinn 5b i LHBTI-saker).

Dersom Justisdepartementet skulle velge å la trinn-for-trinn metoden komme til anvendelse også i konvertittsakene, vil det innebære at UDI må foreta en endring av sin praksis ved at de også her må utrede og vurdere årsaken til at en søker vil skjule sin tro ved retur (innføre trinn 5b). Det foretas i så tilfelle et valg, der Norge heller ikke for disse sakene følger Høykommissærens alternative fremgangsmåte, eller EU-domstolens som antas å ligge nært opp til Høykommissærens (se punkt C ovenfor).

Fordi det trolig er slik at valg av tilnærming ikke vil føre til at saker blir avgjort med ulikt utfall, antas det at det som her er viktig for forvaltningen er at den klargjør og strømlinjeformer sin praksis. Det kan på denne bakgrunn fremstå som hensiktsmessig å innlemme konvertittsaker i trinn-for-trinn metoden, med de presiseringer som følger av nyere EU-praksis hva angår forståelsen av risikobegrepet.

- Justisdepartement bør vurdere om UDI skal instrueres å legge trinn-for-trinn metoden til grunn også i konvertittsaker. Dette kan gi en strømlinjeforming og effektivisering av de rettslige vurderingene saksbehandlerne skal foreta. Det bør ses hen til EU-domstolens presiseringer av risikobegrepet som har kommet etter Rt-2012-494.

*

I UNE ble det tatt stilling til troverdigheten av anførselen dersom saken skulle «avslås på troverdighet». Der det ble lagt opp til «avslag på risiko» ble det bare i noen få saker lagt til grunn at søker hadde konvertert. I mange av disse sakene tok UNE ikke stilling til konverteringen (trinn 1 i LHBTI-saker). UNE anså at dette ikke var nødvendig, se ovenfor, med den følge av UNE legger en annen rettsforståelse til grunn enn UDI.

Gjennomgangen av det representative utvalget saker ga ingen eksempler på at UNE vurderte hvor viktig de handlingene eller uttrykkene søker ønsket å være åpen om var for hans eller hennes personlige tro, sml. *X og Y mot Tyskland* (trinn 3 i LHBTI-saker)

Utvalget inneholdt noen få saker som der det kom på spissen hvorvidt søker ville skjule sin legning ved retur. I en av disse sakene viste begrunnelsen hvordan diskresjonsmuligheten inngikk både i risikovurderingen (trinn 2), og vurderingen av om søker måtte tåle en viss tilpasning til sosiokulturelle normer ved retur (trinn 5). Vedtaksteksten lød:

«UNE er klar over at klageren ikke nødvendigvis vil kunne delta i gudstjenester som i en alminnelig norsk kirke, og heller ikke i større kristne fellesskap i Iran. Derimot mener UNE at det vil være mulig for en konvertitt å oppsøke andre likesinnede kristne og delta i et kristent fellesskap på samme måte som flertallet av kristne konvertitter i Iran. *I betraktning av de sosiokulturelle rammene som gjelder i Iran vil det kunne være enkelte begrensninger på måten han kan utøve sin tro, men ikke i en slik grad at det kan anses som forfølgelse.* Begrensingen vil først og fremst gjelde muligheten til å misjonere overfor muslimer og nødvendigheten av å være noe tilbakeholden med å fremheve kristne symboler i det offentlige rom. På bakgrunn av hva som er opplyst om hvordan klageren har utøvd sin kristne tro i Norge vil han *uten noen større tilpasning av sin tro* kunne fortsette leve som kristen i Iran uten å risikere forfølgelse.» [min uthevn.]

I et annet vedtak var temaet diskresjon behandlet slik:

HESTENES og DRAMER & Co

SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER

«UNE er klar over at klageren *ikke nødvendigvis vil kunne* delta i gudstjenester som i en alminnelig norsk kirke, og eller ikke i større kristne fellesskap i Iran. Derimot mener UNE at det vil være mulig for en konvertitt å oppsøke andre likesinnede kristne og delta i et kristent fellesskap *på samme måte som flertallet av kristne konvertitter i Iran*. I betraktning av de sosiokulturelle rammene som gjelder i Iran *vil det kunne være enkelte begrensninger i måten ... kan utøve sin tro, men ikke i en slik grad at det kan anses som forfølgelse*. Begrensningene vil først og fremst gjelde muligheten til å misjonere overfor muslimer og nødvendigheten av å være tilbakeholden med å fremheve kristne symboler i det offentlige rom.»

UNE har lenge avvist at de i sin praksis opererer med et visst diskresjonskrav (det sies at det kun foretas en faktisk vurdering av hvordan søker med sannsynlighet vil forholde seg ved retur, dvs. trinn 3 i LHBTI-metoden). Denne delen av UNEs praksis har vært omstridt, der kritikken blant annet har gått ut på at UNE gjør én ting og sier en annen. For å svare på kritikken i offentligheten la UNE i 2013 inn to setninger i sitt praksisnotat fra 2009, som var ment å klargjøre at de ikke pålegger et diskresjonskrav. Dette ståstedet er vanskelig å forene med vedtaksteksten som er gjengitt ovenfor.

Begrunnelsen illustrer hvordan UNE både trekker muligheten for diskresjon inn i den generelle risikovurderingen, og pålegger søker en viss diskresjon («tilpasning») av sin religiøse praksis ved retur.

Når det gjelder det siste (diskresjon ved retur) kan reises spørsmål om UNEs vedtak *heller* bør forstås slik at den siterte teksten har tatt utgangspunkt i en forutgående bevisvurdering av hvorledes søker antas *faktisk* å opptre ved retur, og at vedtaket må leses i sin helhet for å få det rette inntrykket. Selv om det forutsettes at begrunnelsen her hviler på en forutgående faktisk vurdering (trinn 3 i LHBTI-saker), så vil en slik faktisk vurdering gis like fullt gis et normativt innhold med en gang den får betydning for om det er trygt å returnere – med mindre årsaken til diskresjonen undersøkes.

På et mer generelt grunnlag kan også bemerkes at risikobegrepet antas å utgjøre en rettslig norm der det er vanskelig å skille juss og fakta helt fra hverandre. Dersom det fastholdes at det bare foretas en faktisk og ikke en normativ vurdering av søkers opptreden ved retur, vil det også av denne grunn lett medføre at vedtakene baserer seg på en uriktig forståelse av risikobegrepet.

EU-domstolens avgjørelser er ikke bindende. Ovenfor, under punkt B, er UNE anbefalt å vurdere *enten* å endre sin praksis slik at søker ikke pålegges en viss diskresjonsplikt ved retur, *eller* endre sitt praksisnotat slik at det går frem at UNE anser at det har et visst rom for å pålegge diskresjon ved retur. I tillegg:

- UNE anbefales å endre sin praksis slik at det også utredes hvor viktig de handlingene som det avstås fra er for at søker kan bevare sin religiøse identitet.
- Praksisnotater og merknadsmaler i konvertittsakene har et innhold som ikke alltid fremstår *bare* som en beskrivelse av praksis, men at det her også kan ligge føringer der beslutningstakere bes å være særlig oppmerksomme på visse teoretiske utlegninger. UNE anbefales å vurdere hvilke funksjoner praksisnotater og merknadsmaler bør ha når det gjelder utviklingen av praksis.

Mappegjennomgangen har vist at **UDI** følge trinn-for-trinn metoden fullt ut i LHBTI-saker, og at UDI i legger samme rettsforståelse til grunn LHBTI- og konvertittsaker hva angår at det ikke gjelder noe diskresjonskrav verken i vurdering av den generelle eller den konkrete risiko. Saksbehandlingen av

HESTENES og DRAMER & Co

SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER

konvertittsakene er annerledes enn LHBTI-sakene på det punkt at årsaken til at en søker vil leve diskret *ikke* undersøkes (trinn 5b), jf. instruks GI-07/2012.

UNEs representative utvalg av saker viste at det ikke er noen innarbeidet praksis for å vurdere troverdigheten av legningen eller troen (trinn 1) før en vurderer risiko (trinn 2). For begge porteføljene var det et problem at det dukket opp eksempler på at vurderingen av generell risiko til dels var basert på et diskresjonskrav, men særlig gjaldt dette for konvertittsakene. Konvertittsakene kan deles i to, Iran og Afghanistan, der Iranporteføljen i denne sammenheng er der utfordringene oppstår fordi den det her også kan avslås på risiko. Iranporteføljen ga eksempler på bruk av diskresjonskrav både under den generelle risikovurderingen og under den konkrete vurderingen av hvordan søker forventes å opptre ved retur, sml. EU-dommen *X og Y mot Tyskland*.

HESTENES og DRAMER & Co

SAMMENFATNING OG ANBEFALINGER

OPPDRAGET

1. Oppdraget, metode og begrensninger

1.1 Oppdraget

Justisdepartementet ba i brev av 23. mai 2014 om at UDI besørget gjennomføring av en utredning av UDI og UNEs praksis i saker der asylsøkere har påberopt seg beskyttelse basert på seksuell legning (LHBTI-sakene) og i konverteringssakene. Det ble også bedt om at utlendingsmyndighetenes praksis ble sammenlignet med UNHCRs retningslinjer og EUs status direktiv. Med LHBTI-personer menes lesbiske, homofile, biseksuelle, transseksuelle eller interseksuelle.³ Med konvertitt menes en person som bytter eller anskaffer seg en ny religion.⁴

I oppdragsbrevet er det vist til punkt I 25 i avtale og gjennomføringspunkter om utlendingsfeltet (samarbeidsavtalen) fremforhandlet av Venstre, Kristelig Folkeparti, Fremskrittspartiet og Høyre den 28. februar 2014, hvor det heter: «Praktiseringen av beskyttelse basert på religion eller tilhørighet til sosial gruppe (seksuell legning) utredes og sammenlignes med UNHCRs retningslinjer og EUs status direktiv.» I oppdraget bes det om:

- Beskrivelse av saksomfanget
- En oversikt over praksis i UDI og UNE hvor anførselene gjelder «religion (såkalte konvertittsaker) eller tilhørighet til sosial gruppe (seksuell legning, såkalte LHBTI-saker)».
- Hvilke rettslige og andre kilder som legges til grunn ved behandlingen av sakene.
- Hvordan hver enkelt sak vurderes trinn for trinn i perioden etter Høyesteretts dom, Rt-2012-494.
- Sammenligning av praksis med UNHCRs anbefalinger og bestemmelser i EUs direktiver.

1.2 Metode, utvalg av saker til gjennomgang

I samråd med oppdragsgiver og UDI er gjennomgangen av kildene forstått å omfatte både juridiske og faktiske kilder, slik at regler, instruks, praksis notater, interne notater, landinformasjon og eventuelle erklæringer fra kristne- eller LBHTI-miljøer.

Med vurderingen av hvordan sakene vurderes trinn-for-trinn menes hvilken metode som anvendes i de to kategorier av saker, jf. Rt-2012-494 som oppstiller en bestemt fremgangsmåte i en LHBTI-sak. Dommen medførte en praksisendring som ble nedfelt i instruks GI-07/2012. I instruksen valgte departementet å begrense metodens rekkevidde til LHBTI-sakene. I saker om forfølgelse på religiøs grunnlag legger UDI derfor ikke trinn-for-trinn metoden til grunn. Heller ikke i UNE anvendes trinn-for-trinn metoden i konvertittsaker.

I avtalen mellom UDI og rapportskriver er det lagt til grunn at de økonomiske rammene for oppdraget tilsa at mappegjennomgangen begrenses til totalt 100 saker som tar utgangspunkt i UDIs portefølje og

³ Begrepene transseksuell og interseksuell kan kreve en nærmere forklaring. *Transseksuell* beskriver personer som søker kjønnsbekreftende behandling i tråd med internasjonale diagnosemanualer, inkludert genitalkirurgi i de land der det er tillat. *Interseksualitet* er en medisinsk tilstand som består i at et individ blir født med trekk som gjør at det er vanskelig å bestemme dets kjønn.

⁴ Uttrykket har tradisjonelt blitt brukt ved overganger mellom katolisisme, protestantisme og til dels jødedom. Overgang til kristendom fra andre religioner ble normalt kalt omvendelse eller frelse.

OPPDRAGET

omfatter klagebehandlingen av disse sakene i UNE. De begrensede rammene innebar at det måtte foretas en utvelgelse av saker i UDIs portefølje i samarbeid med rapportskriver.

I UDIs bestilling til UNE var det i tillegg bedt om saker der LHBTI eller konverteringsanførsler var kommet inn i klageomgangen eller ved omgjøringsanmodning for å sikre et representativt utvalg saker.⁵ Den delen av porteføljen der anførslene kom etter ordinær klagesaksbehandling (omgjøringsbegjæringene) utgjorde et så stort antall saker at UNE måtte foreta en utvelgelse. UNE fant et utvalg saker fra denne porteføljen (15 LHBTI-saker og 13 konvertittsaker) som UNE anser som representative for UNEs praksis.

Mappene ble ferdigstilt av UDI i begynnelsen av september og noe senere i UNE. Gjennomgangen bestod av intervju, eventuelle merknader fra UDIs saksbehandlere samt vedtakene og beslutningene. Ved forespørsel ble erklæringer og annen dokumentasjon fremlagt. Rapportskriver ble gitt ordnede porteføljer.

1.3 Beskrivelse av saksomfanget

Til gjennomføringen av oppgaven med å beskrive saksomfanget måtte både UDI og UNE foreta en manuelle gjennomgang for å kunne gjøre sine tall tilgjengelig. Dette lettet gjennomgangen for UDI og UNE at disse sakene blir avgjort på egne enheter.

UDI hadde fra før av en egen statistikk over LHBTI-saker, og hadde derfor en særlig god oversikt over denne porteføljen. Konvertittporteføljen blir avgjort av en bestemt enhet og UDI hadde derfor også god oversikt over denne.

UNEs porteføljer var tallmessig mer uoversiktlig fordi den er sammensatt av både klager og omgjøringsbegjæringer. Registreringssystemet INKA teller antall avgjørelser og UNE kom først med et veldig høyt tall som ikke anga antall personer som fikk sine saker avgjort. Det medgikk noe mer tid å få klarhet i hva tallene representerte, slik at de kunne sammenlignes med UDIs tall.

1.4 Kriteriene for utvalg av saker i UDI

Saksomfanget i UDI var såpass lite at rapportskriver fikk samtlige gjenfunnet saker i LHBTI- og konvertittporteføljen til gjennomsyn (også de som skulle siles). Utvelgelsen av saker bød ikke på metodiske problemer.

UDI hadde registrert i sine systemer totalt 179 saker der søker hadde anført enten LHBTI eller konvertering overfor UDI i den angitte perioden, derav 139 LHBTI-saker og 40 konvertittsaker.

Fordi det ikke er tillatt å registrere DUF-nummer samtidig med registreringen av anførselen, måtte de 139 sakene gjenfinnes manuelt. Bare 106 saker ble gjenfunnet. For å komme innenfor prosjektets rammer på ca. 100 saker måtte det (sett i sammenheng med de 40 konvertittsakene) foretas et utvalg.

I samråd med UDI ble det ikke tatt ut noen saker fra konvertittporteføljen slik at den forble på 40 saker. Fra LHBTI-porteføljen ble det silt ut 41 saker slik at det gjenstod 65. Det ble først silt ut 24 innvilgelser til søkere fra Uganda ble tatt ut fordi disse var meget like. Videre ble det tatt ut 17 avslag (6 ugandiske og 11 nigerianske søkere) fordi de hadde klare likhetstrekk med andre saker i utvalget ved at intervjuene var meget korte og lignet hverandre i innhold. Rapportskriver har foretatt en kontroll av de utsilte sakene.

⁵ Det finnes og noen få eksempler på at søker har fremmet LHBTI- eller konvertittanførselen i klageomgangen, dvs. i perioden før UNE har tatt stilling til klagen over UDIs avslag. Disse sakene er meget få og av hensiktsmessighetsgrunner omtales de ikke som en egen kategori.

OPPDRAGET

Etter dette skulle gjennomgå fra LHBTI-porteføljen 65 saker – 34 innvilgelser og 31 avslag, og fra konvertitt-porteføljen 40 saker – 8 innvilgelser og 32 avslag. Av de til sammen 63 avslagene (31 + 32) hadde UNE klagebehandlet 60.

1.5 Kriteriene for utvalg av 15 + 13 saker fra UNEs portefølje av 387 omgjøringsbegjæringer

I UNE ble det gjenfunnet 387 svar på omgjøringsbegjæringer, der 27 utgjorde søkere med LHBTI-anførsler og ca. 360 var søkere med konvertittanførsler.

UNE foretok en **utvelgelse av 15 LHBTI-saker og 13 konvertittsaker** som de ut fra sitt kjennskap til egen praksis mente at var **representative** for hvorledes sakene ble vurdert når anførslene kom først etter at ordinær klagebehandling var avsluttet.

Noen av kriteriene for utvalget av saker ble gjort i samråd med rapportskriver, men der det ble overlatt til UNE å foreta de nærmere avgjørelsene for hvilke saker som var egnet til å belyse rapportens problemstillinger.⁶ Som følge av rapportens begrensede rammer var det uaktuelt for rapportskriver å få de 387 sakene til gjennomsyn for å kontrollere utvelgelsen.

Fra *LHBTI-porteføljen* ble det fortrinnsvis valgt ut saker som var avgjort i nemndsmøte med personlig oppmøte eller for øvrig saker som var illustrerende for vurderingen av om søker var åpen eller diskre om egen legning. Porteføljen var liten og oversiktlig. UNE fremla følgende utvalg med tilhørende begrunnelse:⁷

Iran: 3	Sentrale tema er risiko. To nemndmøtevedtak og et nemndledervedtak.
Uganda: 2	Sentrale tema er troverdighet. Et avslag-, og en innvilgelsessak, begge behandlet i nemndsmøte.
Afghanistan: 2	Få saker. Sentralt vurderingstema om klageren vil leve åpent ved retur. To nemndmøtevedtak. Begge er innvilgelser.
Nigeria: 3	Alle saker avslått på troverdighet. Et nemndmøtevedtak og to nemndledervedtak.
Irak: 2	Få saker. Begge avgjort i nemndsmøte og illustrerende mht. diskresjonskravet.
Etiopia: 3	Alle saker avslått på troverdighet. Typisk anførsler om forfølgelse fra familien pga. homofil legning.

I *konvertittsakene* kom søkerne utelukkende fra Afghanistan og Iran, og der Iranerne er i et klart flertall. UNE fremla fra porteføljen 7 saker fra Iran og 6 fra Afghanistan. Selv om porteføljen var stor kunne det konstateres at det forholdsmessig var flere avslag enn tillatelser. Det ble derfor fremlagt flest avslag. UNE hadde også sett hen til om vedtakene ga uttrykk for de bevistema og bevismessige problemstillinger som vanligvis kommer opp i disse sakene, samt at anførselen om konvertering er fremsatt slik man ser i mange av konvertittsakene, uten at det ble forklart nærmere hva som lå i dette. I de fleste av sakene hadde det kristne miljøet i Norge vært delaktige i prosessen. Ulike menigheter er

⁶ I kommunikasjon med UNE ble det bedt om at det ble valgt ut både innvilgelser og avslag, samt at det både ble valgt ut saker der det ble avslått på troverdighet og der det ble avslått risiko. Utvalget skulle gjelde omgjøringsbegjæringer. Fra UNEs side var det ønskelig at Afghanistansakene var representert fordi ble ansett å utgjøre en sentral del av porteføljen. Det ble akseptert fordi i disse sakene ville avslagene angå troverdighet, jf. epost av 7. oktober 2014. Det ble opplyst at iransakene ble avslått på risiko, men dette stemte ikke helt med det utvalget som ble gitt, der troverdighetsvurderingen i 3 av 4 saker var negativ. Når det fra UNEs side ble vektlagt at Afghanersakene var en sentral del av porteføljen var det lagt til grunn før tallene om saksomfanget forelå. Når tallene om dette til slutt ble klare, og som viste at tallet på afghanersaker kun var 27 opp mot 360 iranersaker, var utvalget for lengst foretatt.

⁷ Notat utarbeidet av UNE i anledning rapporten hos rapportskriver.

OPPDRAGET

representert. I Iransakene har UNE lagt vekt på å få med menigheter som de anser at «stadig går igjen».⁸

Iran: 7	Tre innvilgelser og fire avslag (tre nemndsmøter).
Afghanistan: 6	To innvilgelser og fire avslag (tre nemndsmøter).

1.6 Kan et utvalg av 13 av ca. 360 konvertittsaker anses representativt?

Det er et metodisk spørsmål hvorvidt det kan legges til grunn at de 13 konvertittsakene faktisk kan sies å være representative. UNE måtte foreta en utvelgelse etter en rask gjennomgang av de ca. 360 sakene. UNE har ikke selv kunne lese igjennom alle sakene. Det må derfor legges til grunn at det vil være svakheter ved utvelgelsesprosessen hos UNE, noe UNE selv også understreket.

Når det gjelder oppgaven med å beskrive hvilke *rettskilder* som benyttes er det likevel rimelig å tro at en kan legge til grunn at utvalget faktisk er representativt. UNE benytter maler for sine vedtak som gir høy sannsynlighet for at det vil være liten variasjon når det gjelder nemdlederens utpensling av rettsreglene. I det følgende vil utvalget derfor omtales som *representativt* når det gjelder spørsmålet om *de rettssetninger UNE legger til grunn i sin praksis*.

Selv om hvert av vedtakene kan anses som representative for de rettssetninger som legges til grunn vil et slikt begrenset utvalg uansett ikke kunne utgjøre mer enn *eksempler på* de ulike måter *rettssetningene får anvendelse i praksis*. Ved en nærmere gjennomgang viste det seg at kun 2 av de 13 sakene var egnet til å illustrere den sentrale rettslige problemstillingen om det pålegges en viss diskresjonsplikt ved retur.⁹ Det vites ikke om andre saker kunne vært funnet frem, eller om utvalget er representativt også på den måten at dette er en problemstilling som meget sjelden kommer på spissen. Når kun 2 saker var egnet til å illustrere diskresjonsplikten fremstod det som mer sikkert at utvalget ikke kunne anses representativt når det gjaldt hvorledes rettsreglene får anvendelse i praksis (avsnitt 6.3 og 6.5).

Når det gjelder oppgaven med å gjennomgå hvilke *andre kilder enn rettskilder* som benyttes har rapportskriver lagt til grunn at utvalget kan anses som representativt. For dette er det riktig nok ikke noen maler for hvordan å gå frem, og hva som er UNEs praksis vil ideelt sett fordre en gjennomgang av et vesentlig større antall saker. Det er likevel rimelig å anta at utvalget av saker er egnet til å gi uttrykk for en generell tendens når det gjelder hvorledes UNE forholder seg til dokumenter og erklæringer fra LHBTI- eller geistlige miljøer. For den andre sentrale problemstillingen i rapporten om hvilken betydning erklæringer fra det geistlige miljøet har for vurderingen av søkers konvertering, ga saksutvalget også mange ulike eksempler. Gjennomgangen kan derfor antas å være *representativt hva angår de problemstillingene som belyses i de utvalget sakene*. Det tas forbehold om at det i porteføljen også kan ligge andre type problemstillinger som ikke er representert i utvalget. (avsnitt 6.6).

⁸ UNE internt notat av 2. oktober 2014, hos rapportskriver.

⁹ Av de 13 konvertittsakene var det 8 avslag og 5 innvilgelser. Av avslagene ble 4 avslått på troverdighet. Disse sakene kan bare si noe om hvordan UNE vurderer bruken av erklæringer fra geistlige miljøer og ikke et diskresjonskrav. Å vurdere praksis ut fra kun 4 saker er likevel meget lite, selv om sakene er representative. De 4 andre avslagene ble avgjort på risiko. I hele utvalget er det således bare 4 saker som kan i utgangspunktet kan si noe om en bruk av diskresjonskrav. En gjennomgang av sakene viste at i to av dem ble søker heller ikke trodd, noe som gjør et krav om tilpasning til sosiale normer i hjemlandet til en ren teoretisk øvelse. Innvilgelsene som ble valgt ut kunne ikke illustrere problemstillingen knyttet til diskresjon fordi dette gjaldt saker der det enten ble innvilget som følge av en generell risiko i landet (2 afghanistansaker), eller som følge av misjonering og opptreden i media (3 iransaker). Til dette sentrale spørsmålet for rapporten ga utvalget derfor kun to eksempler der det kunne være en mulighet til å vurdere om det gjaldt et diskresjonskrav (2 iranersaker der det ble gitt avslag).

OPPDRAGET

1.7 Kan UNEs praksisnotater danne grunnlag for en vurdering av hva som er praksis?

I forbindelse med rapporten har UNE også fremlagt praksisnotater, interne praksisnotater og merknadsmaler til behandling av saker med personlig fremmøte. Praksisnotater beskriver den praksis som har vært i UNE i de foregående år og er basert på en gjennomgang av samtlige saker på et felt. Praksisnotatene har til formål å sikre likebehandling blant beslutningstakerne, og anses som veiledende.¹⁰

Underveis med arbeidet med rapporten oppstod det flere spørsmål knyttet til hvilken betydning UNEs praksisnotater kan ha for vurderingen av praksis.

En skulle tro at svaret var opplagt, at, ja et praksisnotat hvis formål er å sikre likebehandling og som er ment å beskrive praksis basert på en gjennomgang av samtlige saker i de foregående år vil utgjøre en kilde til å forstå innholdet i UNEs praksis. Videre, dersom praksisnotatets rettslige utlegninger gir grunnlag for usikkerhet og tvil om hvilken rettsoppfatning som legges til grunn i praksis, kan notatets beskrivelser gi *grunnlag for å anta at det kan være problemer ved rettsanvendelsen*.

En skulle også tro at det representative utvalget av saker kan ses i sammenheng med hva praksisnotatene inneholder. Det representative utvalget og praksisnotatene dekker noe av samme perioden, det vil si praksis fra etter høyesterettsdommen fra 2012 og frem til midten 2013 eller midten av 2014. Dersom problemer i det representative utvalget av saker gjenspeiles i praksisnotatene, vil det være nærliggende å anta at en eventuell kritikk av praksis slik det fremkommer i praksisnotatene forsterkes.

Dette er også hvorledes UDI vil forstå funksjonen av sine praksisnotater, som også er veiledende og hvis formål er å sikre effektivitet og likebehandling. Dersom en rettsregel gjengis uriktig i et praksisnotat vil det kunne gi grunnlag for å anta at det kan være problemer ved rettsanvendelsen i praksis. Spørsmålet er så om dette har seg annerledes for UNE.

UNE har i forbindelse med utarbeidelsen av denne rapporten vært av den oppfatning at dersom en skal si noe om UNEs praksis må en gjennomgå vedtakene og *ikke* praksisnotatene. UNE fremholdt at hva som utgjør UNEs praksis *bare* kunne baseres på gjennomgang av vedtakene (det representative utvalget), og ikke på en vurdering av hva som stod i praksisnotatet.¹¹

Rapportskriver har som metodisk utgangspunkt lagt stor vekt på å forstå forvaltningen *innenifra*. Rapportskriver baserer seg med andre ord ikke på noen kritiske maktteorier og har ikke på annen måte

¹⁰ Epost fra UNE til rapportskriver av 2. og 3. desember 2014 som ble gjennomgått i referansegruppemøte 9. januar 2015 der det ble bekreftet at dette er formålet. UNE opplyste dessuten at praksisnotatet om konvertering ble endret noe for å svare for *kritikk av praksis* som kom opp i pressen som angikk at UNE påla konvertitter å skjule sin tro ved retur.

¹¹ I referansegruppen som bestod av tre representanter fra UDI og to representanter fra UNE. UNEs to representanter gjentok dette synet flere ganger i eposter til rapportskriver: «Du må gjerne kritisere eller problematisere UNEs praksis, men da er det UNEs praksis, og ikke praksisnotatet, som er problemet. Som nevnt både i møte og i e-poster mener UNE at rapporten bør beskrive UNEs praksis på grunnlag av våre vedtak, dvs. ved å vise til UNEs vedtak; hva de faktisk sier, hva som er de rettslige utgangspunkter og vurderinger. Hvis du er uenig i praksis eller mener at sider ved vår praksis er problematisk, er det praksisen som skal kritiseres, ikke notatet som gjengir praksisen. Kritikken kan ikke være at «Praksisnotatet burde ha medtatt x eller y». Kritikken må være «Praksis burde ha medtatt x eller y». Rapportskriver anser at dette resonnementet samsvarer dårlig med den definisjonen UNE i flere eposter selv gir av hva et praksisnotat er: «Et praksisnotat skal beskrive og ikke 'avklare' praksis. Et praksisnotat ligger innenfor rammene av den praksis som beskrives, og gir ikke anvisning om å endre eller presisere praksis. Sistnevnte type spørsmål kan bli tatt opp i andre typer fagnotater, i likebehandlingsmøter og andre faglige møter, eller reises i merknader (i lys av et endret rettskildetilbud)» Rapportskriver anser at praksisnotater, som defineres å beskrive praksis og ligge innenfor den praksis som UNE har, derfor er en kilde til å forstå hva UNEs praksis går ut på.

OPPDRAGET

anlagt et kritisk perspektiv. Det var på derfor behov for å benytte tid på å sette seg inn hva som er UNEs syn og argumentasjon når det gjelder den rettslige relevansen av deres egne praksisnotater.

Kjernen i den metodiske utfordringen er at UNE anser at når praksis skal vurderes må en gå igjennom rettssetningene og begrunnelsene i *vedtakene*. Det kan ikke utledes noe fra UNEs praksis ved å vise til formuleringene i et praksisnotat. Dette har reist følgende to problemstillinger:

- (1) De praktiske konsekvensene av UNEs argumentasjon er at for den som skal vurdere UNEs praksis så må praksisnotatene forstås mer som til internt bruk (selv om en flere av notatene offentliggjøres). UNE ståsted synes derfor å ha mer å gjøre med vedtakene *begrunnes* i det ytre. UNEs vedtak vil som regel vise til lov, forskrift, forarbeider og domstolpraksis – ikke UNEs egne praksisnotater.

Det er forståelig at UNE som et domstollignende organ vil kunne ha et behov for at praksis skal vurderes på samme måte som om en gjennomgår domstolpraksis, der det ikke vil foreligge noe praksisnotat å se hen til. Samtidig er det en realitet at UNE selv har et behov for å utarbeide disse praksisnotatene for å sikre likebehandling. Når disse notatene springer ut av dette behovet hos UNE som organ antas det at det er en rettsvitenskapelig *gyldig argumentasjon* å kritisere praksis på grunnlag av hva som sies om rettsreglene i praksisnotatene. Dersom rettsreglene er fremstilt på en problematisk måte gir det grunnlag for *en konklusjon om at praksisnotatet etterlater tvil* om UNEs praksis samsvarer med en rettsregel.

Dette kunne ha seg annerledes dersom oppdraget var å vurdere sakenes utfall eller godheten av resultatene. Oppdraget her dreier seg ikke om dette, men å beskrive hvilke kilder som benyttes og saksbehandlingen trinn for trinn. Det praksisnotatet som er benyttet i rapporten for å si noe om praksis, «Praksis i UNE – homofili» av 8. april 2013, anses å være egnet til å brukes som grunnlag for å si noe om praksis fordi det dekker disse temaene.

- (2) En annen konsekvens av UNEs argumentasjon er at praksisnotatene ikke kan ses i sammenheng med utvalget saker. En annen måte rapportskriver ønsket å anvende praksisnotatene på var å sammenholde innholdet med det representative utvalget av saker. Rapportskriver antar at det utgjør et rettsvitenskapelig gyldig premiss å anta at dersom uriktige eller misvisende utlegninger av rettsregler i det representative utvalget av saker gjenspeiles i hvordan praksis er beskrevet i notater så gir det grunnlag for en konklusjon om at sammenfall av denne uklare eller feil rettsforståelse er egnet til å styrke en (eventuell) kritikk av praksis. Rapportskriver antar dessuten at en mer pragmatisk tilnærming til hva som er relevante kilder for å vurdere forvaltningspraksis uansett ville samsvare mer med norsk rettskildelære.

Rapportskriver har derfor lagt til grunn at *praksisnotatene er en relevant kilde også ved gjennomgangen av det representative utvalget saker*. Dersom utlegningen av rettssetninger i et vedtak gjenspeiler beskrivelser i et praksisnotat og begge gir grunnlag for tvil om forvaltningen legger rett rettsforståelse til grunn så kan det gi en indikasjon på problemer ved praksis.

Det har i møter med referansegruppen ikke vært mulig å komme til enighet med UNEs representanter om relevansen av deres praksisnotater. Når rapportskriver har valgt å opprettholde bruken av praksisnotatene som ett grunnlag for å kritisere praksis, selv om det bryter med hvordan UNE ser på seg selv innenfra, er dette knyttet dels til at UNE selv bruker praksisnotatene som del av sin offentlige

OPPDRAGET

dialog om egen praksis.¹² Men av større viktighet har det vært at oppdraget angir at det skal gi en beskrivelse av de kilder som benyttes i saksbehandlingen. UNE utformer notatene med det formål å sikre likebehandling. Det er da ikke mulig å komme utenom at praksisnotatene er en kilde (rettskilde eller annen kilde) som nemndledere og sekretariat benytter i sin praksis.

UNEs representanter ønsket at ett av praksisnotatene som er kritisert i rapporten, «Praksis i UNE – homofili» av 8. april 2013, fulgte som vedlegg til rapporten. Dette ble avslått dels fordi det ikke ble gitt noen annen begrunnelse for å innta dette som et vedlegg enn at notatet da ble lest i sammenheng, og dels at det var enighet om hvilke avsnitt som var relevante. De relevante avsnittene i notatet er der inntatt i en tekstbok i avsnitt 4.3. Videre kom at notatet er lett tilgjengelig på UNEs nettside.

1.8 Andre kilder enn rettskilder – begrensninger for analysen i bruk av landinformasjon

Et sentralt spørsmål for denne rapporten er om det gjelder et diskresjonskrav i konvertittsaker, jf. den metode som gjelder i LHBTI-saker som følge av Rt-2012-494. De konvertittsakene som i denne sammenheng blir at størst interesse er de som «avslår på risiko» fordi søker ikke oppfattes som misjonerende eller har en offentlig profil, selv om det antas at han eller hun å ville oppsøke religiøse fellesskap som f.eks. hjemme-kirker. Videre er dette en situasjon som vil oppstå i Iran-porteføljen og ikke Afghanistanporteføljen. For sistnevnte vil det foreligge en generell risiko.

Fra Landinfos rapporter om Iran fremgår det at det er mulig for konvertitter å praktisere sin religion i hjemme-kirker fordi dette gjennomføres i den private sfære.¹³ I kommunikasjonen med UNE har geistlige miljøer problematisert den landinformasjon forvaltningen velger å vektlegge. Andre landrapporter benyttes for å argumentere med at det foreligger en langt større risiko enn det som legges til grunn i Landinfos rapporter.¹⁴

Det ligger utenfor denne rapportens rammer å vurdere hvordan landinformasjon fortolkes (avveiningene av ulik landinformasjon).

Dersom det ønskes en rapport som vurderer den tolkningen (bruk) av landinformasjon som legges til grunn av forvaltningen, bør det utformes et oppdrag som angår metode for bruk av landinformasjon, herunder hvorledes rapportene bør omtale rettslige begreper som «risiko» og «forfølgelse», hvordan grunnlaget for sannsynlighetsvurderinger bør synliggjøres («kan risikere») og hvordan en landrapport bør uttrykke seg om dersom informasjonstilfanget mangler.¹⁵

¹² Praksisnotatet om konvertering ble på et tidspunkt gitt en presisering (lagt til to setninger) som følge av kritikk i avisene for å vise at UNE ikke pålegger noen troende diskresjon ved retur.

¹³ Landinfo rapporterer om en gradvis forverring siden 2009, se f.eks. respons av 1. mars 2011 «Iran: Forverret situasjon for kristne konvertitter» http://www.landinfo.no/asset/1557/1/1557_1.pdf.

¹⁴ F. eks. Special Rapporteur on the situation of human rights in the Islamic Republic of Iran, Ahmed Shaheed. Submitted in accordance with Human Rights Council resolution 25/24 to the 69th session of the UN General Assembly in October 2014, A/69/306 69(c) "Report of the Secretary-General on the situation of human rights in the Islamic Republic of Iran" (august 2014), <http://shaheedoniran.org/wp-content/uploads/2014/09/A-69-356-SR-Report-Iran.pdf>.

¹⁵ Rapportskriver har tidligere utarbeidet en rapport som omhandler hvordan UNHCR utarbeider sine landspesifikke rapporter (eligibility guidelines). Et av funnene var at UNHCR har en helt annen utrednings og redigeringsprosess enn de landene som rapporten skulle vurdere hvorledes implementerte de landspesifikke anbefalingene, se Cecilie Schjatvet «The Making of UNHCR's Guidance and its Implementation in the National Jurisdiction of The United Kingdom, Norway and Sweden» evalueringsrapport UDI FoU (2010).

HESTENES og DRAMER & Co

OPPDRAGET

SAKSOMFANGET

2. Omfanget av saker

Rapporten skal anslå det samlede antall saker som behandles av utlendingsmyndighetene og gi en nærmere beskrivelse av blant annet nasjonalitet og utfall i LHBTI- og konvertittporteføljen i perioden januar 2012 og frem til oppstart av mappegjennomgangen (juli 2014 for UDI og september 2014 for UNE).

De to porteføljene som ble undersøkt i perioden fra januar 2012 til midten av 2014 utgjorde noe over **179 saker over 2 ½ år**. Av disse var det 139 LHBTI-saker og så få som 40 konvertittsaker. Dette utgjør en meget liten andel av det totale antall vedtak som ble fattet i asylsaker i den samme perioden fattet noe rundt 28.000 vedtak i asylsaker.¹⁶

For UNE er det samlede antall saker større. Det samlede saksomfang var ca. **669 saker over 2 ½ år**, derav 112 LHBTI-saker og 557 konvertittsaker. Av de 669 sakene angikk **387** svar på **omgjøringsbegjæringer** (27 LHBTI-saker og 360 konvertittsaker) og **282 vedtak** fattet etter klage på UDIs avgjørelse (112 LHBTI-saker og 197 konvertittsaker). Også for UNE utgjør dette en meget liten andel av det totale antall beslutninger som ble fattet i perioden.¹⁷

LHBTI- eller konvertittanførsler utgjør til sammen, både i UDI og UNE, således ikke mer 848 saker i denne perioden.

2.1 UDI porteføljen

2.1.1 LBHTI-saker

Etter en manuell telling har UDI opplyst at det har registret 139 vedtak i LHBTI-saker i perioden januar 2012 til og med juli 2014. UDI har i flere år ført statistikk saker som gjelder kjønnsrelatert forfølgelse. Tallene er basert på saksbehandlerne i Asylavdelingens manuelle tellinger når det treffes vedtak i asylsaker, og som er gjort uavhengig av bestillingen til denne rapporten. Tallene er ikke helt sikre fordi det ikke er tillat å registrere saksnummer når sakene telles. UDI antar derfor at det er en viss underrapportering men har ikke grunn til å tro til at det reelle tallet er veldig mye høyere.

I forbindelse med denne rapporten ble vedtaksenhetene i august 2014 bedt om å gjenfinne de 139 sakene. Det var ikke mulig å gjenfinne alle sakene som følge av forbudet mot å registrere saksnummer ved tellingene. UDI gjenfant 106 av de 139 registrerte sakene.

Av de 106 sakene som ble gjenfunnet kom det største antall søkere fra Uganda (39), Nigeria (30), Iran (10), Etiopia (5). For øvrig var 15 ulike land representert med en eller to søkere hver. I Uganda-porteføljen er LHBTI-anførsler vanlig. Saker med slike anførsler utgjorde ca. 1/3 av det samlede antall saker fra Uganda i denne perioden. Til sammenligning representerer disse vedtakene bare noen få prosent av den samlede Nigeria-porteføljen fra samme perioden.¹⁸

¹⁶ Det foreligger ikke statistikk for hvor mange vedtak som ble fattet første halvdel av 2014. Basert på et estimat av at det kan ha blitt fattet noe rundt halvparten av de 9328 vedtak som ble fattet i hele 2014, lagt sammen med de 11 441 vedtak i 2012, 12 583 i 2013, jf. <http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/?year=0&filter=5> (besøkt 7. januar 2015).

¹⁷ UNE behandlet 12 509 asylsaker i 2012 (7 955 4 555 omgjøringsanmodninger), og 10 110 i 2013 (5 903 klagesaker og 4 211 omgjøringsanmodninger), avsnitt 3.1.4 i «Årsrapport 2013 – Utlendingsnemnda», tilgjengelig på <http://www.une.no/Documents/UNEs%20%C3%A5rsrapport%202013.pdf>. Årsrapporten for 2014 forelå ikke da denne rapporten ble ferdigstilt (besøkt 7. januar 2015).

¹⁸ Antall vedtak totalt sett fra søkere fra Uganda og Nigeria i 2012, 2013 og *hele* 2014: **Fra Uganda** anslagsvis 115 (41 i 2012, 48 i 2013 og 51 for *hele* 2014) og **fra Nigeria** anslagsvis 1150 (350 i 2012, 617 i 2013 og 370 for *hele* 2014), jf. <http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/?year=0&filter=38> (besøkt 7. januar 2015).

SAKSOMFANGET

LHBTI-porteføljen preges således av at søkerne kommer fra mange forskjellige land. Mange land er representert med bare 1 eller 2 søkere, noe som innebærer at opparbeidelsen av landkunnskap antas å ha liten overføringsverdi til andre saker, særlig fordi disse sakene i stor grad avgjøres på en egen enhet, C4. Dette gir en indikasjon på at porteføljen kan være noe krevende å behandle med tanke på behovet for å ha oppdatert landinformasjon.

Av de gjenfunnene 106 sakene førte 58 til innvilgelser og 48 til avslag.

2.1.2 Konvertitter

UDI har ikke tradisjon for å føre statistikk over saker som gjelder konvertering, og har dermed noe mindre oversikt enn i LHBTI-sakene. I forbindelse med denne rapporten ble vedtaksenheterne i august 2014 bedt om å innhente saksnumre, i den grad disse var mulig å gjenfinne, der vedtak var fattet i 2012 eller senere og der konvertering var anført som begrunnelse for søknaden.

UDI gjenfant 40 saker. Flere enheter opplyste at det ikke var mulig å gjenfinne alle sakene. Selv om det reelle tallet er noe høyere, har ikke UDI grunn til å tro til at det reelle tallet er veldig mye høyere.

Av de 40 sakene kom søkerne fra Iran (31), Afghanistan (7) og for øvrig to andre land. Konvertittsakene utgjorde også bare noen få prosent av Iran-porteføljen, og en meget liten andel av det samlede antall søkere fra Afghanistan i denne perioden.¹⁹

Av de 40 gjenfunnene sakene førte 8 til innvilgelser og 32 til avslag i UDI. Av de 32 avslagene ble 28 gitt til søkere fra Iran og 4 til søkere fra Afghanistan.

Per 20. oktober 2014 var 39 av de 40 sakene klagebehandlet av UNE. Kun en av sakene ble omgjort.

2.2 UNE porteføljen av saker som ikke var knyttet til UDI-porteføljen

UNE har ingen tradisjon for å registrere anførsler, verken knyttet til LHBTI eller religion i UNEs statistikkssystem INKA. Identifiseringen av saker er derfor basert på forespørsler ved avdelingene. Videre må UNE av personvern hensyn følge de samme begrensningene i systemet der DUF nummer ikke kan registreres sammen med andre saksopplysninger. Også for UNE er tallene derfor basert på manuelle tellinger. Det oppgitte antallet avgjørelser som var fattet i dette tidsrommet er derfor ikke eksakt.

Av de saker som ble gjenfunnet hadde UNE tall på avgjørelsesform,²⁰ opprinnelsesland og (for LHBTI-saker) utfall.

2.2.1 Tall fordelt på ordinær klagebehandling og omgjøringsanmodninger

Til sammen hadde UNE truffet 282 vedtak som ledd i sin ordinære klagebehandling.

I LHBTI-porteføljen lå det 85 vedtak på klager over UDIs vedtak, dvs. mer enn dobbelt så mange enn de 40 UDI-sakene. I konvertittporteføljen lå det 197 vedtak på klager over UDIs vedtak. UNE anslo at ca. 165 kom fra Iran og 32 kom fra Afghanistan.

¹⁹ Antall vedtak totalt sett fra søkere fra Afghanistan og Iran i perioden 2012, 2013 og første 2014 utgjorde: **Afghanistan 1260** (1143 i 2012, 751 i 2013 og for hele 2014 535) og **Iran 830** (418 i 2012, 346 i 2013 og for hele 2014 152), jf. <http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/?year=0&filter=38> (besøkt 7. januar 2015).

²⁰ Saker som ikke byr på vesentlig tvilsspørsmål, kan avgjøres av en nemndleder etter forberedelse av sekretariatet. I slike saker kan UNE også delegerer vedtaksmyndigheten til sekretariatet. Saker som kan avgjøres av nemndleder, er bl.a. klager der vilkårene for å omgjøre UDIs vedtak åpenbart må anses å foreligge, og klager som må anses grunnløse. Alternativt kan nemnd med personlig oppmøte settes dersom det er tvil i saken, jf. utlendingslovens § 78 tredje ledd.

SAKSOMFANGET

I tillegg til ordinær klagebehandling skal UNE også behandle omgjøringsanmodninger. I denne sammenheng traff UNE til sammen 387 beslutninger og vedtak i perioden.

I *LHBTI-porteføljen* fikk 27 søkere sine omgjøringsanmodninger behandlet. I *konvertittporteføljen* fikk 360 søkere sine omgjøringsanmodninger behandlet. Av disse 360 kom 95 fra afghanske asylsøkere og ca. 265 fra iranske asylsøkere.

2.2.2 LHBTI-saker

De 112 LHBTI-sakene bestod av ca. 85 klager på UDIs vedtak med anførsler knyttet til LHBTI-relaterte forhold. I tillegg har 27 asylsøkere som har endelig avslag fra UNE fremmet omgjøringsanmodning i dette tidsrommet (altså relatert til klager fra tidligere tidsperioder).

Av de ca. 112 LHBTI-sakene ble nær halvparten behandlet i nemndsmøte med personlig fremmøte (NPM). Bare 7 saker ble behandlet av sekretariatet, noe som innebærer at sakene ikke anses å ha vesentlig tvil. Resten ble behandlet av nemndleder etter forberedelse av sekretariatet.

Av de 112 LHBTI-sakene kom det største antall saker fra Nigeria (24 klagesaker), Iran (9 klagesaker og 11 omgjøringsanmodninger), Uganda (19 klagesaker), Etiopia (5 klagesaker og 3 omgjøringsanmodninger), og Irak (3 klagesaker og 4 omgjøringsanmodninger) og Afghanistan (5 klagesaker og 4 omgjøringsanmodninger). De øvrige personene som har fremmet klage eller omgjøringsanmodning var fordelt på 12 stater representert med 1 til 3 søkere.

2.2.3 Konvertitt-saker

Av de 557 konvertittsakene utgjorde 197 vedtak over klage på UDIs vedtak og 360 omgjøringsanmodninger.

For de ca. 197 vedtak over klage på UDIs vedtak mangler UNE tall på i hvor mange representerer saker der anførsler om konvertering kom sent i den regulære asylsaksbehandlingen eller der norske menigheter har døpt søker etter UNEs vedtak om avslag i asylsaken.

Konvertitt-porteføljen har videre det særpreg at søkerne nesten utelukkende kommer fra Afghanistan og Iran, og der Iranerne er i et klart flertall. Av de ca. 197 klagesakene gjelder ca. 32 Afghanistansaker og ca. 165 Iransaker. Av de ca. 360 omgjøringsanmodningene var det ca. 95 fra afghanske asylsøkere og ca. 265 fra iranske asylsøkere.

UNE kunne presentere tall knyttet til deres samlede Afghanistanportefølje som viste at konvertittsaker utgjør en meget liten andel av de anførsler som fremmes av afghanske asylsøkere (mellom 1,9 og 2,7 % i årene 2012, 2013 og inntil oktober 2014). Det har også vært en markant nedgang i antall omgjøringsbegjæringer i UNE.²¹ Sakene avgjøres på grunnlag av søkers troverdighet, fordi det på generelt grunnlag foreligger fare for forfølgelse etter konvensjonen for afghanskborgere som konverterer til annen religion enn islam. Iran porteføljen har til sammenligning et overveldende antall avslag på rundt 90 %.

2.3 Noen bemerkninger til saksomfanget av konvertittsaker fra Iran (UDI og UNE)

Konvertittsakene fra Iran der det avslås på risiko utgjør som nevnt ovenfor de saker der rapportens sentrale problemstilling om diskresjon vil kunne komme opp. Det er derfor ønskelig å knyttet noen bemerkninger til iransakene i konvertittporteføljen.

²¹ Opplysninger gitt fra UNEs interne notat som gir en anslagsmessig oversikt av sakstyper for hvert enkelt år. Oversikten er ikke uttømmende og til internt bruk for seksjonens saksbehandlere.

SAKSOMFANGET

Konvertittsakene fra Iran særpreges av at de inneholder et overveldende antall avslag. Avslagsprosenten er på rundt 90 % både for UDIs og UNEs portefølje.

På bakgrunn av den generelle bekymringen som har vært fremmet av NOAS,²² og i norske geistlige miljøer om den risikosituasjon iranske konvertitter returnerer til,²³ skal det knyttes noen bemerkninger til hvordan denne avslagsprosenten kan være å forstå.

En innvending har vært at det er langt farligere å være selv en regulær praktiserende konvertitt enn det UNE (og UDI) legger til grunn. En annen har vært at UNE ikke er bedre egnet til å overprøve troverdigheten av konverteringen enn den fagkyndige prest som har jevnlig personlig kontakt med søker. I det følgende skal det sies litt om hvordan disse to innvendingene kan henge nært sammen.

(1) Det følger av Landinfos rapporter at Iranske konvertitter hører til en gruppe som er utsatt for diskriminering i Iran, men der forvaltningen legger til grunn at de fleste ikke utsettes for så alvorlige overgrep at det kan danne grunnlag for forfølgelse.²⁴ For forvaltningen vil slike porteføljer ofte innebære at det kan være vanskelig å avgjøre hvor terskelen for hva som utgjør en reell risiko for forfølgelse skal ligge. Hvor å legge terskelen vil bero på en tolkning av landinformasjon. Skjønnsmessige vurderinger kan ligge til grunn for når praksis besluttes endret som følge av nye opplysninger fra søkers hjemland, slik som var tilfellet da UNE varslet en endring av praksis i 2011 vedrørende konvertitter fra Iran.²⁵ Det avgjørende for forvaltningen etter dagens praksis er at Landinfo antar at det er mulig for konvertitter å praktisere sin religion i hjemme-kirker uten å bli utsatt for forfølgelse fordi det ligger til det private rom.²⁶

I de geistlige miljøer er det flere som tar til orde for at dette utgjør en diskresjonsplikt fordi søkerne må skjule eller være diskre om sin aktivitet (selv om den er gjennomførbar).

(2) Spørsmålet om hvem som er best stil til å avgjøre om en konvertering er reell kommer først og fremst opp i sakene som «avslås på troverdighet.» En del av iransakene (og afghanersakene) var avslått på troverdighet. Forvaltningen har i disse sakene ikke lagt til grunn at anførsel om konvertering er troverdig. Det har da ikke vært nødvendig å se hen til anførsler om erfart forfølgelse, dvs. hvorvidt disse hendelsene stemmer overens med tilgjengelig landinformasjon. Når dette vurderes «avslås det på risiko.»

I geistlige miljøer fremstår det som urimelig at deres fagkyndige vurderinger fra en prest som har jevnlig personlig kontakt med søker ikke skal kunne veie tyngre enn UNEs vurderinger. Det ligger utenfor denne rapportens rammer å si noe om godheten av forvaltningens vurderinger i de sakene der det «avslås på troverdighet», dvs. at rapporten ikke kan gå inn i om prestens vurderinger av søkers kunnskap og overbevisning burde ha fått avgjørende betydning. Det som kan være

²² NOAS «Tro, håp og forfølgelse. NOAS' rapport om kristne konvertitter fra Iran» (2014); Vårt Land «Kristne konvertitter returneres til torturfare» av 19. juni 2014; og NRK Østlandssendingen «Konvertitter blir ikke trodd eller sendes ut av landet uansett» av 30.11.2013

²³ Korrespondanse mellom geistlige miljøer og UNE om behandlingen av konvertittsaker fremlagt av UNE og hos rapportskriver.

²⁴ Landinfo rapporterer om en gradvis forverring siden 2009, se f eks respons av 1. mars 2011 «Iran: Forverret situasjon for kristne konvertitter» http://www.landinfo.no/asset/1557/1/1557_1.pdf

²⁵ UNE «Konvertitter fra Iran» redegjørelse av 14. juni 2011: «Aktuell landinformasjon tyder på at situasjonen for iranske konvertitter har forverret seg. Dette kan få betydning for UNEs vurdering av konvertittenes beskyttelsesbehov. Et standard skjema for omgjøringsanmodning finnes nå på våre nettsider.»

²⁶ Landinfo rapporterer om en gradvis forverring siden 2009, se f eks respons av 1. mars 2011 «Iran: Forverret situasjon for kristne konvertitter» http://www.landinfo.no/asset/1557/1/1557_1.pdf

SAKSOMFANGET

hensiktsmessig er å knytte en kommentar til sakene der det «avslås på risiko» fordi den svekkede troverdighet søkeren her får vil ses i sammenheng med landinformasjon (det søkeren forklarer er ikke i tråd med landinformasjon).

Under den første sortering av UDI-porteføljen gikk det også frem at når det avslås på risiko i iransakene, så avslås det ofte med den begrunnelse at søker ikke blir trodd på sine anførte erfaringer om forfølgelse. Søkeren anses å mangle «ekstern troverdighet». Dette betyr ikke at UDI ikke vurderer risiko, men at risikovurderingen bygger dels en vurdering av troverdigheten a f eks søkers forklaring om razzia i en hjemme-kirke. Det som da kan ligge bak UDIs vurdering er en tanke om at razzia mot hjemme-kirke kan skje i Iran, men det er ikke trolig at det har skjedd med denne søkeren (historien er lånt). En slik svekket troverdighet kan søker også trekke med seg i den delen av UNEs portefølje som gjelder omgjøringsbegjæringer, dvs. søker ikke har blir trodd på sitt opprinnelige asylgrunnlag som vil være noe annet enn konvertering.²⁷

Det som den høye avslagsprosenten derfor indikerer er at de aller fleste iranske asylsøkere med konvertittanførsler enten fremstår med *sterkt svekket troverdighet* (UDI tror ikke på konverteringspåstanden) *eller en viss svekket troverdighet* (den anførte den erfarte forfølgelse fordi den ikke samsvarer med landinformasjon). For menigheter som ønsker iranske asylsøkere velkommen inn, vil de således være en *relativt stor mulighet for at det vil foreligge en spenning* mellom den troverdighet personen har om egen konvertering i menigheten, og den han har (rettmessig eller ikke) overfor forvaltningen i asylsaken. Denne spenningen kan ha *vel så mye å gjøre med forvaltningens bruk av landinformasjon*, som den kan ha med forvaltningens vurderinger av konverteringens realitet.

²⁷ Det foreligger ingen tall på hvor mange av sakene i UNEs portefølje av omgjøringsbegjæringer som har konvertert først etter endelig avslag, men det være grunn til å anta at en god del fremstår med svekket troverdighet i sin asylsak (som følge av det endelige avslaget).

HESTENES og DRAMER & Co

SAKSOMFANGET

3. Litt om rettsutviklingen av forfølgelsesbegrepet i norsk rett, EU-retten og i FNs Høykommissærs anbefalinger

3.1 Sammendrag

I dette kapittelet skal det gis en beskrivelse av hvilke rettskilder som benyttes av forvaltningen til avgjørelsen av LHBTI- og konvertittsakene. Rettskildene forvaltningen bruker skal sammenholdes med EU-retten og anbefalingene til FNs Høykommissær for flyktninger.

Innledningsvis gis en kort beskrivelse av hvilken rolle EU-retten og anbefalingene fra FNs Høykommissær for flyktninger har spilt i utformingen av den norske utlendingsloven (avsnitt 3.2)

En kort beskrivelse av de relevante relevant *lovbestemmelsene* og hvordan disse sammenfaller med EUs kvalifikasjonsdirektiv (heretter: **EU-direktivet**) følger (avsnitt 3.3).

Deretter gis en kort beskrivelse av hvordan det menneskerettslige vernet til LHBTI-personer og konvertitter har en kjerne og en periferi i en presentasjon av *FNs Høykommissæren anbefalinger*. Sentralt for problemstillingen i denne rapporten er hvordan krenkelser ligger til rettighetenes periferi eller utenfor rettighetene (de generelle sosiokulturelle normene i søkerens hjemland) kan utgjøre *en risikofaktor* og derav danne grunnlag for at det foreligger forfølgelse. Her har Høykommissærens anbefalinger lenge påpekt at det *ikke* gjelder en diskresjonsplikt, heller ikke for det som ligger til rettighetenes periferi og utenfor. Videre opererer anbefalingene *ikke* med et formelt årsakkrav. (avsnitt 3.5).

I rettspraksis har det her skjedd en utvikling i norsk rett med LHBTI-saken for Høyesterett i 2012 der det ble lagt til grunn at muligheten for diskresjon ikke var et vurderingstema. Noe ulikt Høykommissærens anbefalinger ble det lagt til grunn at det gjaldt et formelt årsakkrav der begrunnelsen for diskresjonen måtte ha kunne knyttes til frykten for forfølgelse («en sentral årsak»), jf. den *trinn-for-trinn metode* som beskrives i Rt-2012-494 avsnitt 41-42 og 58 (avsnitt 3.6).

Høyesterettssaken var ikke lagt slik opp at den samtidig sa noe om trinn-for-trinn metodens rekkevidde i saker med andre asylgrunnlag. I norsk rett oppstod spørsmålet om metoden (diskresjon og årsaklæren) også skulle få sin anvendelse i konvertittsaker. I etterkant av Høyesterettsdommen har det blitt avsagt to *EU-dommer* (en religionssak og en LHBTI-sak) som kan være egnet til å presisere hva som ligger i at diskresjons ikke er et vurderingstema, årsaklæren og den sammenheng som kan være mellom konvertittsaker og trinn-for-trinn metoden i LHBTI-saker (avsnitt 3.7).

På bakgrunn av det som er behandlet her i avsnitt 3, drøftes i *avsnitt 4 forvaltningens bruk av rettskilder*. Det stilles spørsmål om hvordan forvaltningen har implementert trinn-for-trinn metoden i LHBTI-saker i sitt regelverk og veiledende dokumenter, og hvordan dette er å sammenligne med regelforståelsen i konvertittsaker. Det spørres også i hvilken grad forvaltningens implementering er i tråd med Høykommissærens retningslinjer og EU-dretten.

3.2 Bakgrunn: anbefalingene fra FNs Høykommissær for flyktninger og EU-direktivets rolle i norsk flyktningrett

På *lovsnivå* er norsk flyktningrett i betydelig grad bygget opp rundt FNs Høykommissær for flyktnings anbefalinger, enten direkte ved forarbeidenes mange henvisninger til Håndboken og enkelte andre av Høykommissærens anbefalinger, eller indirekte ved at norsk lov er harmonisert med EU-direktivet, som igjen i stor grad bygger på Høykommissærens anbefalinger. Spørsmål knyttet til

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

om Norge «følger» Høykommissærens anbefalinger representerer derfor i et slikt større perspektiv et spørsmål om det foreligger en unntaksvis fravikelse, selv om det samlede antall avvik isolert sett kan fremstå som mange.²⁸

Det rettslige grunnlaget for samarbeidsplikten er å finne i Flyktningkonvensjonens Artikkel 35. Det følger av Artikkel 35 at statspartene forplikter seg til å samarbeide med Høykommissærens autorative uttalelser. Denne samarbeidsplikten er i norsk rett nedfelt i utlendingslovens § 98 første ledd.²⁹

Det er ikke selvforklarende hvorfor Høykommissærens anbefalinger har fått så stor innflytelse. En anbefaling er kun det – en anbefaling. Den er ikke en rettskilde eller såkalt «soft law». Spørsmål om anbefalingene er «bindene» eller ikke er derfor noe feil stilt. Det er isteden *samarbeidsplikten* med Høykommissæren som autorativ fortolker av flyktningkonvensjonen som utgjør *det bindende elementet* i en anbefaling. Og i denne ligger det neppe noe mer enn at statene er forpliktet til å lese og vurdere innholdet i en anbefaling.³⁰

Høykommissærens rettskontor antar at den faktiske bruken av anbefalingenes i nasjonale jurisdiksjoner skjer som følge av anbefalingenes kvalitet, på den måten at de fremstår som *nyttige* for statspartene. Treffer ikke anbefalingene, eller fremstår de ikke som logiske eller som et nødvendig resultat av flyktningdefinisjonens oppbygning er liten grunn til å tro at statene vil oppleve dem som nyttige og ta dem i bruk.³¹ Den omfattende utbredelsen av anbefalingene indikerer således at de gir statene en viktig veiledning og en viss forutsigbarhet på et felt som er vanskelig å forvalte.

Normen for etterlevelse av Høykommissærens anbefalinger gjelder i stor grad for EU-domstolen som ofte også hører Høykommissærens gjennom rettslig intervensjon (*amicus curae*) i forbindelse med avviklingen av en sak. Tradisjonelt har britisk høyesterett også gitt stor plass til disse anbefalingene, også som ledd i av at Høykommissæren har valgt å fokusere mange av sine intervensjoner ved britiske domstoler fordi de har vært ledende i rettsutviklingene blant nasjonale jurisdiksjoner i Europa,³² som Rt-2012-494 også gir et eksempel på. EU-dommene og de britiske dommene som er gjennomgått i avsnitt 3.5 og 3.6 nedenfor er alle saker der Høykommissæren har intervenert.³³

Den fortløpende implementeringen av internasjonal rettsutvikling foregår ikke bare gjennom lovgivning og ved domstolene, men kan også skje på forvaltningsnivå.

For UDI innebærer det at forslag om praksisendring forelegges Justisdepartementet, som avgjør om praksisendring skal skje eller ikke, jf. GI 23/2010. Instruks GI-07/2012 utgjør et eksempel på at UDI foreslo en praksisendring, men der Justisdepartementet ønsket å avvente utfallet i saken for Høyesterett i Rt-2012-494.

²⁸ Se f. eks. oversikt fra 2010 om UDIs etterlevelse av landspesifikke anbefalinger, https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/jd/vedlegg/unhcr_oversikt_2010.pdf som vedlegg til pressemelding av 18. juni 2010 publisert under: Regjeringen Stoltenberg II, utgiver: Justis- og politidepartementet «UNHCRs anbefalinger tillegges stor vekt»

²⁹ Utlendingsloven § 98(1): «Norske myndigheter skal samarbeide med FNs høykommissær for flyktninger i samsvar med flyktningkonvensjonen artikkel 35, og skal herunder legge til rette for at FNs høykommissær for flyktninger kan utøve sin plikt til å føre tilsyn med at bestemmelsene i flyktningkonvensjonen overholdes. Uavhengig av reglene om taushetsplikt kan FNs høykommissær for flyktninger gis innsyn i saksdokumentene. I den utstrekning det er nødvendig i forbindelse med innhenting av opplysninger, kan innsyn også gis til en flyktning- eller menneskerettsorganisasjon.»

³⁰ Cecilie Schjærvet “The making of UNHCR guidelines...” (2010).

³¹ Cecilie Schjærvet “The making of UNHCR guidelines...” (2010).

³² Cecilie Schjærvet “The making of UNHCR guidelines...” (2010).

³³ FNs Høykommissær opererer ikke med en formell årsakslære.

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

I UNE skjer praksisendring gjennom de vedtak som fattes. Dersom det utferdiges et praksisnotat på feltet vil notatet gi en beskrivelse av den nye praksisen.

3.3 Lovgivning – utlendingsloven og EU-direktivet

3.3.1 Flyktningdefinisjonen

Flyktningdefinisjonen er å finne i utlendingslovens § 28(1)a:

En utlending som er i riket eller på norsk grense, skal etter søknad anerkjennes som flyktning dersom utlendingen

- a) 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, ...

Forfølgelsessituasjonen kan også ha oppstått mens søkeren er her (sur place), jf. utlendingslovens § 28(4): Søkeren skal som hovedregel anerkjennes som flyktning etter første ledd også når beskyttelsesbehovet har oppstått etter at søkeren forlot hjemlandet, og skyldes søkerens egne handlinger. Ved vurderingen av om det skal gjøres unntak fra hovedregelen, skal det særlig legges vekt på om beskyttelsesbehovet skyldes handlinger som er straffbare etter norsk lov, eller om det fremstår som mest sannsynlig at det hovedsakelige formålet med handlingene har vært å oppnå oppholdstillatelse.

Reglen innebærer at en søker kan påberope seg en erkjennelse av seksuell legningen eller konverteringen selv om søkeren hadde et annet asylgrunnlag opprinnelig.

3.3.2 Konvensjonsgrunnen «spesiell sosial gruppe»

For å få status som flyktning må forfølgelsen ha sin årsak i en av de fem konvensjonsgrunnene «[rase], religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller politisk oppfatning.»³⁴

I forarbeidene er det vist til at det var særlig viktig å ha en formulering av konvensjonsgrunnen «spesiell sosial gruppe» som harmonerer med EU-direktivet. Fordi innholdet i begrepet i liten grad var fastlagt og det var av betydning å kunne følge med på den utvikling av begrepet som var forventet å komme i EU-landenes rettspraksis, jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) avsnitt 5.2.1.4.³⁵ EU-direktivets bestemmelse representerer ikke fullt ut en etterlevelse av FNs Høykommissærs anbefalinger om forståelsen av «spesiell sosiale gruppe», men disse forskjellene antas ikke å få betydning for det som er temaet for denne rapporten.³⁶

³⁴ De fem konvensjonsgrunnene er angitt i utlendingsloven § 28(1) bokstav a) til å være etnisitet/avstamning/ hudfarge (oversettelse av «rase»), religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller politisk oppfatning, jf. flyktningkonvensjonen Artikkel 1(A)2: “race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion.”

³⁵ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) *Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)* avsnitt 5.2.1.4: «... Som beskrevet i utvalgets innstilling, har praksis vært lite utviklet innenfor kontinental europeisk rettstradisjon når det gjelder denne forfølgelsesgrunnen. Når man innenfor EU har valgt å definere nærmere kriterier, er det stor sannsynlighet for at det over tid vil utvikle seg en harmonisert praksis blant EU-landene. For at norsk praksis skal kunne tilpasses og utvikles i samsvar med denne praksisen, bør man operere med samme definisjon i norsk lovgivning.

³⁶ I 2002 ga UNs Høykommissær for flyktninger anbefaling om at begge disse aspektene bør anses som likeverdige tilnærminger til begrepet. Videre påpekes det at begge egenskaper som oftest er til stede samtidig, men at det anbefales at det

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

Det følger av EUs statusdirektiv Artikkel 10 bokstav d) at gruppen skal avgrenses ved dets iboende og sosialt tilskrevne egenskaper.³⁷ Utlendingslovens § 30(1) bokstav d) første punktum er om dette harmonisert med EU-direktivets bestemmelse:³⁸

En spesiell sosial gruppe skal særlig anses å omfatte en gruppe mennesker som har et felles kjennetegn ut over faren for å bli forfulgt, og som oppfattes som en gruppe av samfunnet. Det felles kjennetegnet kan være iboende eller av andre grunner uforanderlig, eller for øvrig utgjøres av en væremåte eller en overbevisning som er så grunnleggende for identitet, samvittighet eller utøvelse av menneskerettigheter at et menneske ikke kan forventes å oppgi den.

Det har lenge vært etablert norsk praksis at konvensjonsgrunnen «spesiell sosiale gruppe» anerkjenner retten til beskyttelse som følge av seksuell legning.³⁹

De norske lovforarbeidene kommenterer ikke hva som menes med seksuell legning, men det må være klart at ikke enhver seksuell handling omfattes. I UNHCRs anbefalinger definerer seksuell legning som "...a person's capacity for profound emotional, affectional and sexual attraction to, and intimate sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender."⁴⁰

Når LHBTI-personer anses å være omfattet av begrepet «spesiell sosial gruppe» i flyktningerettslig sammenheng, gir det videre uttrykk for at det i den vestlige kulturkrets er en bred aksept for ikke lenger å se homoseksualitet som en sykdom. Enhvers seksuell legning utgjør ikke bare en del av en persons identitet, men også at den kan være medfødt eller uforanderlig eller en del av en persons grunnleggende overbevisning, eller en kombinasjon av disse faktorene.⁴¹

aksepteres at det er saker der det kan dreie seg om tilfeller der enten iboende og tilskrevne egenskaper alene kan danne en "sosial gruppe." Statspartene holdt på sin praksis inntil dette fikk sin avklaring for EU-landene i EUs statusdirektiv Artikkel 10 bokstav d).

³⁷ EUs statusdirektiv Artikkel 10 bokstav d): «... a group shall be considered to form a particular social group where in particular: members of that group share an innate characteristic, or a common background that cannot be changed, or share a characteristic or belief that is so fundamental to identity or conscience that a person should not be forced to renounce it, and that group has a distinct identity in the relevant country, because it is perceived as being different by the surrounding society» Det følger av definisjonen at både kriteriene i protected characteristic-testen og kriteriene i social perception-testen som utgangspunkt må være oppfylt. På den annen side følger det av formuleringen «in particular» at definisjonen ikke er ment å være uttømmende. I Artikkel 10 bokstav d) er det dernest foretatt enkelte konkretiseringer: «... depending on the circumstances in the country of origin, a particular social group might include a group based on a common characteristic of sexual orientation. Sexual orientation cannot be understood to include acts considered to be criminal in accordance with national law of the Member States: Gender related aspects might be considered, without by themselves alone creating a presumption for the applicability of this Article.»

³⁸ Selv om det var viktig for lovgiver å ha en bestemmelse som samsvarte med EU-direktivet er ikke ordlyden i utl § 30 identisk med EU-direktivets Artikkel 10 bokstav d), ved at den ikke angir eksempler på sosiale grupper på samme måte. Denne forskjellen har ingen betydning for de spørsmål som denne rapporten befatter seg med. Det fremkommer av Ot. prp nr. 75 (2006 – 2007) om ny utlendingslov at Arbeids- og inkluderingsdepartementet (AID) ikke ønsket en slik eksemplifisering i loven fordi dette kan føre til at fokus rettes mot de nevnte gruppene uten å åpne for andre grupper. Det ble vist til at praksis stadig er under utvikling både nasjonalt og internasjonalt. Unntak ble imidlertid gjort i forhold til tidligere ofre for menneskehandel.

³⁹ Jf. Justisdepartementets retningslinjer fra 1998 og rundskriv AI-105/2009 Retningslinjer for kjønnsrelatert forfølgelse som er basert på FNs Høykommissær for flyktningers anbefalinger fra 2002, UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Guidelines on International Protection No. 1: Gender-Related Persecution Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, 7 May 2002, HCR/GIP/02/01, available at: <http://www.refworld.org/docid/3d36f1c64.html> [besøkt 18. november 2014].

⁴⁰ Avsnitt 7 i the UNHCR Guidelines on international protection No 9 viser til "the Yogyakarta Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation and Gender Identity ('the Yogyakarta Principles'), adopted in 2007." Prinsippene er ikke rettslig bindende men etablerer folkerettslige prinsipper.

⁴¹ Spørsmålet om hvorfor en person har en bestemt legning omtales ofte som «årsaksdiskusjonen». Denne diskusjonen reiser spørsmål om legning er noe en velger eller noe en oppdager og om legning er et biologisk eller sosialt fenomen. Et

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

3.3.3 Konvensjonsgrunnen «religion»

Konvensjonsgrunnen «religion» er nærmere definert i utlendingsloven § 30 bokstav a):

Religion skal særlig anses å omfatte

1. religiøse og andre typer livssyn,
2. deltakelse i eller tilsiktet fravær fra formell gudsdyrkelse, enten det skjer privat eller offentlig, alene eller sammen med andre,
3. andre handlinger eller meningsytringer knyttet til vedkommendes religion eller livssyn,
4. individuelle eller kollektive handlemåter som er diktert av religiøs eller livssynsmessig overbevisning,
5. frihet til å skifte religion eller annet livssyn.

Oppregningen er ikke uttømmende. Bestemmelsen utgjør i all hovedsak en oversettelse av EU-direktiv Artikkel 10 (1) bokstav b),⁴² en lovteknikk norsk lovgiver også her har valgt av harmoniseringshensyn. Den norske bestemmelsen har av pedagogiske hensyn lagt til at begrepet omfatter retten til å konvertere, uten at det innebærer at den har et materielt annet innhold en EU-direktivets bestemmelse. jf. Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) avsnitt 5.2.1.

Hvis konverteringen legges til grunn som reell, må det vurderes nærmere hva søkeren risikerer i hjemlandet med sin nye religion eller sitt nye livssyn, fordi en konvertering i utgangspunktet gjelder personlige forhold som en potensiell forfølger uten videre ikke får vite noe om. En konvensjonsgrunn behøver således ikke å representere en direkte fare så lenge forholdet ikke blir kjent for forfølgeren. Det må i tillegg foreligge en «velbegrunnet risiko for forfølgelse».

3.3.4 Forfølgelsesbegrepet

Forfølgelsesbegrepet i utlendingsloven § 29 (1) bokstav a) angir at forfølgelse må dreie seg om alvorlige brudd på menneskerettighetene:

For at handlinger skal anses å utgjøre forfølgelse i henhold til § 28 første ledd bokstav a, må de enten

- a) enkeltvis eller på grunn av gjentakelse utgjøre en alvorlig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter, særlig slike rettigheter som ikke kan fravikes i medhold av artikkel 15 nr. 2 i den europeiske menneskerettskonvensjon av 4. november 1950, eller

hovedskille innenfor de vitenskapelige forklaringene på homofili går mellom essensialistiske (i mennesket er nedfelt ein bestemt natur eller essens som er med på å styre den seksuelle preferansen, og som er påvirket av psykologiske og biologiske forhold) og konstruktivistiske (seksualiteten hos menneska er et komplekst og sammensatt fenomen og derfor diffus og et resultat av hvilke sosiale alternativer en står ovenfor) teorier. Mange forskarar prøver i dag å stille seg i ei mellomstilling mellom ytterpunktene i de to motstridende posisjonene der de biologiske faktorene ses som et sett disposisjoner for en erotisk preferanse. Deretter vil både individuelle og kulturspesifikke forhold gjennom sosialiseringa verke med til å avgjøre plasseringa på en skala. Verken biologien eller kulturen kan være avgjørende i absolutt forstand. Mennesket kan med andre ord alltid overskride både biologien og den sosiale formingen,» jf. avsnitt 2.3.1 St.meld. nr. 25 (2000-2001) *Levekår og livskvalitet for lesbiske og homofile i Noreg*.

⁴² EUs statusdirektiv Artikkel 10 bokstav b): «the concept of religion shall in particular include the holding of theistic, non-theistic and atheistic beliefs, the participation in, or abstention from, formal worship in private or in public, either alone or in community with others, other religious acts or expressions of view, or forms of personal or communal conduct based on or mandated by any religious belief.»

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

- b) utgjøre flere forskjellige tiltak, herunder krenkelser av menneskerettigheter, som til sammen er så alvorlige at de berører et menneske på en måte som kan sammenlignes med situasjonen beskrevet i bokstav a.

Etter utlendingslovens § 29 (2) er det gitt eksempler på slike tiltak:

Forfølgelse kan blant annet ta form av

- a) fysisk eller psykisk vold, herunder seksualisert vold,
- b) lovgivning og administrative, politimessige og judisielle tiltak, enten de er diskriminerende i seg selv eller praktiseres på en diskriminerende måte,
- c) strafforfølgelse og straffullbyrdelse som er uforholdsmessig eller diskriminerende,
- d) fravær av muligheten for rettslig overprøving når dette fører til straffer som er uforholdsmessige eller diskriminerende,
- e) strafforfølgelse for å nekte militærtjeneste i en konflikt der slik tjeneste vil inkludere forbrytelser eller handlinger som
- f) nevnt i § 31 første ledd, eller
- g) handlinger som er rettet særskilt mot kjønn eller mot barn.

EU direktivet har en tilsvarende definisjon av forfølgelsesbegrepet i Artikkel 9 (1) bokstav a). For at det skal være tale om «forfølgelse» må det være tale om overgrep som enten enkeltvis eller på grunn av gjentakelse, utgjør en alvorlig krenkelse av grunnleggende menneske-rettigheter, særlig slike rettigheter som ikke kan fravikes i medhold av EMK artikkel 15 nr. 2. Disse bestemmelsene gjelder retten til liv, forbud mot tortur, umenneskelig og nedverdiggende behandling, forbud mot slaveri, og forbud mot å gi straffebestemmelser tilbakevirkende kraft.

I henhold til statusdirektivet artikkel 9 nr.1 bokstav b, kan det også foreligge forfølgelse dersom det er tale om flere forskjellige tiltak, inkludert krenkelser av menneskerettigheter, som til sammen er så alvorlige at de berører et menneske på en måte som kan sammenlignes med situasjonen som beskrevet i bokstav a. I statusdirektivet artikkel 9 nr.2 er det gitt eksempel på konkrete typer av overgrep som kan utgjøre forfølgelse dersom overgrepene har slikt alvor som nevnt i første ledd.

Lovgiver har lagt til grunn at forfølgelsesbegrepet i den norske loven skal samsvare med det som følger av EU-direktivets Artikkel 9.⁴³

I FNs Høykommissær for flyktningers anbefalinger om forståelsen av forfølgelsesbegrepet i LHBTI-saker uttales det i avsnitt 17:

Discrimination is a common element in the experiences of many LGBTI individuals. As in other refugee claims, discrimination will amount to persecution where measures of discrimination, individually or cumulatively, lead to consequences of a substantially prejudicial nature for the person concerned. Assessing whether the cumulative effect of such discrimination rises to the level of persecution is to be made by reference to reliable, relevant and up-to-date country of origin information.

⁴³ Ot.prp. 75 (2006-2007) avsnitt 5.2.2.4.

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

3.3.5 Risiko

For at det skal foreligge rett til beskyttelse må det også foreligge «en velbegrunnet frykt» for forfølgelse. Vilåret er ikke definert nærmere i loven, men er omtalt som risikokravet. Fastsettelse av terskelen for hva som utgjør en tilstrekkelig risiko er i mange asylsaker avgjørende.

Faregraden er en rettslig norm. Utgangspunktet er at det «gjelder en betydelig lavere terskel enn et krav om sannsynlighetsovervekt», jf. samme formulering i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) s. 88 og 95 vedrørende hhv. § 28 første ledd bokstav a og bokstav b.

I Rt. 2011 s. 1481 i avsnitt 42 har Høyesterett fremhevet at departementet i lovforarbeidene til utlendingsloven bemerket at det må opereres med en betydelig lavere terskel enn sannsynlighetsovervekt, og at «[d]et avgjørende må være om risikoen er reell». Risikoen er typisk reell når den fremstår som saklig fundert og utsetter en person for en uakseptabel fare som verken er spekulativ eller rent hypotetisk. Terje Einarsen antar i kommentarutgaven til utlendingsloven at dersom faregraden skal forsøkes tallfestet, ligger den nok snarere under 10 % sjanse for at alvorlige overgrep vil materialisere seg ved en retur.⁴⁴

Utgangspunktet er som nevnt ovenfor videre at en risiko først kan bli reell først dersom den er synlig for forfølger. Verken flyktningkonvensjonen eller norsk lov er ment å gi noen garanti for at søker skal ha rett til et liv med samme åpenhet i hjemlandet som i landet der han eller hun søker beskyttelse. Selv om utgangspunktet er at risikoen må være synlig for forfølger for å være reell, kan det tenkes en rekke situasjoner der søker kan løpe en reell risiko selv om søker henfaller til å skjule sin legning eller tro.

Et sentralt spørsmål for denne rapporten er hvordan å forstå rettsutviklingen som angår at også den som bevisst overskrider sosiale normer i hjemlandet eller hevder rettigheter som ligger til periferien av menneskerettighetsvernet, og den som lever i skjul for å unngå forfølgelse kan ha en rett til beskyttelse.

Denne delen av risikobegrepet er under utvikling i flyktningretten og i statspartenes praksis. Høykommissærens anbefalinger har her lenge vært en annen (det gjelder ikke et diskresjonskrav) enn det som har fulgt av en rekke statsparters praksis (det gjelder i alle fall i en viss grad et diskresjonskrav). Forskjellene angår ikke bare hvorvidt det skal være et diskresjonskrav og om man skal ha et formelt årsakkrav, men hvorledes disse elementene forholder seg til risiko-begrepet.

3.4 Nærmere om diskresjonsplikten i FNs Høykommissær for flyktninger anbefalinger

Som nevnt ovenfor har Høykommissæren lenge anbefalt at det ikke skal pålegges noe diskresjonsplikt i LHBTI- og konvertittsaker. Videre operer ikke Høykommissæren med noe formelt årsakkrav.⁴⁵ Etter at det ble gjort klart i Rt-2012-494 at diskresjon ikke lenger kan være et vurderingstema under risikovurderingen, gjenstår spørsmålet hvordan det formelle årsakkravet forholder seg til Høykommissærens anbefalinger. Spørsmålet er så om de ulike tilnærmingene vil lede til ulike resultater i praksis.

Det antas at den ene sentrale forskjellen angår hvordan anbefalingene anser at søkers ønske om å overskride hjemlandets sosiokulturelle normer innebærer at søker ønsker å være åpen selv om den handlingen søker påberoper seg ligger til periferien av menneskerettighetene (trinn 4 i trinn-for-trinn

⁴⁴ Vigdis Vevstad med flere *Utlendingsloven med kommentarer* (2010).

⁴⁵ Begge de fortolkende uttalelsene anbefaler statspartene ikke å anlegge en tilnærming der det sondres mellom en kjerne og periferi av rettigheter som kan utsette søker for forfølgelse.

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

metoden). Dersom det foretas en sannsynlighetsvurdering av om det likevel ikke vil eller bør skje, kan søker i realiteten pålegges et diskresjonskrav (3.4.1).

Dernest, dersom søker skjuler sin legning ved retur utgjør vurderingstema om det som avstås anses som noe han eller hun med rimelighet ikke kan forventes å oppgi. Vurderingstema er til sammenligning med trinn-for-trinn metoden *ikke* årsaken til diskresjonen (3.4.2).

For en oversikt over trinnene i trinn-for-trinn metoden, se vedlegg inntatt bakerst i rapporten.

I avsnitt 3.5 og 3.6. skal norsk rett sammenlignes med de avgjørelser som har kommet fra EU-domstolen etter Rt-2012-494.

3.4.1 Hevdelse av rettigheter til periferien av menneskerettighetsvernet

Anbefalingene går ut på at dersom søker ved retur vil overskride sosiokulturelle normer ved å vise sin tilhørighet til egen gruppe innebærer det at søker er å anse som en person som vil leve åpent (trinn 4 i trinn for trinn metoden). «Åpenhet» gjelder ikke bare visse type handlinger, men både private og offentlige, både de som ligger til rettighetenes kjerne og periferi og de som ligger utenfor det menneskerettslige vernet. Dersom det foretas en vurdering av om handlingen som markerer tilhørighet til egen gruppe er urimelig i hjemlandets sosiokulturelle kontekst pålegges i realiteten en diskresjonsplikt før en har kommet til trinn 5 i trinn-for-trinn metoden.

Når det gjelder saker som dreier seg om *kjønnsrelatert forfølgelse* har FNs Høykommissær for flyktningers i sine anbefalinger tematisert forholdet til menneskerettighetenes kjerne og periferi slik:

Behaviour and activities may relate to a person's orientation or identity in complex ways. It may be expressed or revealed in many subtle or obvious ways, through appearance, speech, behaviour, dress and mannerisms; or not revealed at all in these ways. While a certain activity expressing or revealing a person's sexual orientation and/or gender identity may sometimes be considered trivial, what is at issue is the consequences that would follow such behaviour. In other words, an activity associated with sexual orientation may merely reveal or expose the stigmatized identity, it does not cause or form the basis of the persecution. In UNHCR's view, the distinction between forms of expression that relate to a "core area" of sexual orientation and those that do not, is therefore irrelevant for the purposes of the assessment of the existence of a well-founded fear of persecution.⁴⁶ [min uthevn.]

Anbefalingene er her forankret i statspartenes rettspraksis, EU-domstolens praksis og EU-direktivet.⁴⁷ Anbefalingene inneholder for øvrig en angivelse av en rekke av de krenkelser som kan ramme LHBTI-personer som samlet sett kan utgjøre forfølgelse.⁴⁸

⁴⁶ Avsnitt 19, UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *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*, 23 October 2012, HCR/GIP/12/01.

⁴⁷ Det er gitt henvisninger i footnote 42 til: «*Bundesrepublik Deutschland v. Y (C-71/11), Z (C-99/11), C-71/11 and C-99/11*, CJEU, 5 September 2012, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/505ace862.html>, para. 62; *RT (Zimbabwe) and others v Secretary of State for the Home Department*, [2012] UKSC 38, UK Supreme Court, 25 July 2012, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/500fdacb2.html>, paras. 75–76 (Lord Kerr); *UNHCR Statement on Religious Persecution and the Interpretation of Article 9(1) of the EU Qualification Directive* and UNHCR, *Secretary of State for the Home Department (Appellant) v. RT (Zimbabwe), SM (Zimbabwe) and AM (Zimbabwe) (Respondents) and the United Nations High Commissioner for Refugees (Intervener) - Case for the Intervener*, 25 May 2012, Case No. 2011/0011, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fc369022.html>, para. 12 (9).

⁴⁸ Avsnitt 24 og 25 i UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *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*, 23 October 2012, HCR/GIP/12/01

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

Anbefalingene om *religiøs forfølgelse* er fra 2004 og derfor ikke på samme måte forankret i nyere rettspraksis eller EU-direktivet. Betydningen av om inngrep som ligger til religionsfrihetens periferi kan utgjøre et risikomoment som danner grunnlag for forfølgelse er omtalt slik:⁴⁹

16. In determining whether restrictions or limitations rise to the level of persecution, the decision-maker must not only take into account international human rights standards, including lawful limitations on the exercise of religious freedom, but also evaluate the breadth of the restriction and the severity of any punishment for noncompliance. The importance or centrality of the practice within the religion and/or to the individual personally is also relevant. The decision-maker should proceed cautiously with such inquiries, taking into account the fact that what may seem trivial to an outsider may be central to the claimant's beliefs. Where the restricted practice is not important to the individual, but important to the religion, then it is unlikely to rise to the level of persecution without additional factors. By contrast, the restricted religious practice may not be so significant to the religion, but may be particularly important to the individual, and could therefore still constitute persecution on the basis of his or her conscience or belief. [min uthevn.]

Selv om anbefalingene ikke er oppdaterte på rettsutviklingen i EU-retten, gir de uttrykk for den samme rettsforståelsen som i anbefalingene om kjønnsrelatert forfølgelse. Som det vil fremgå under gjennomgangen av storkammeravgjørelsen fra EU-domstolen Y og Z mot Tyskland synes formuleringene til Høykommissæren å være tatt opp i sin helhet av domstolen (se avsnitt 3.6 nedenfor).

3.4.2 Å skjule sin legning eller tro

Anbefalingene går her ut på at det sentrale vurderingstema er hvilken del av sin personlighet (legning eller tro) som det gis avkall på. Tankegangen er at dersom det som dette er noe det ikke med rimelighet kan forventes at en person gir avkall på antas det at det på sikt vil oppstå en risiko for forfølgelse. Dersom en person f eks må avstå fra å be også i private sammenhenger eller aldri inngå i en kjæreste relasjon med en mann, er det nærliggende å tro at personen selv ikke klarer å opprettholde sin selvpålagte diskresjon på sikt. Videre er et slikt avkall urimelig og ikke i tråd med konvensjonens formål.

Anbefalingene er således tettere knyttet opp mot risikovurderingen enn trinn-for-trinn metoden som fokuserer på søkerens personlige begrunnelse for å skjule sin legning ved retur (er det av sosiale årsaker eller er det frykt for forfølgelse). Der trinn-for-trinn metoden søker å finne frem til de som «reelt sett» har behov for beskyttelse ved å gå inn i en til dels *subjektiv vurdering* av søkers eget begrunnelsesliv, kan Høykommissæren sies å ha *objektivisert vurderingen* noe ved at en trekker på generelle erfaringer om hvordan menneskers seksuelle legning og tro normalt fungerer i det lange løp.

Når det gjelder saker som dreier seg om *kjønnsrelatert forfølgelse* har FNs Høykommissær uttalt at det ikke kan utgjøre en begrunnelse for avslag at søker kan leve diskre og dermed unngå forfølgelse. I et lang tids perspektiv vil ikke søker klare å leve i skjul og dermed eksponere seg for forfølgelse:

31. That an applicant may be able to avoid persecution by concealing or by being “discreet” about his or her sexual orientation or gender identity, or has done so previously, is not a valid reason to deny refugee status. As affirmed by numerous decisions in multiple jurisdictions, a person cannot be denied refugee status based on a requirement that they change or conceal their

⁴⁹ Avsnitt 16, UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Guidelines on International Protection No. 6: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 28 April 2004, HCR/GIP/04/06, available at: <http://www.refworld.org/docid/4090f9794.html> [accessed 10 December 2014].

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

identity, opinions or characteristics in order to avoid persecution. LGBTI people are as much entitled to freedom of expression and association as others.

32. With this general principle in mind, the question thus to be considered is what predicament the applicant would face if he or she were returned to the country of origin. This requires a fact-specific examination of what may happen if the applicant returns to the country of nationality or habitual residence and whether this amounts to persecution. The question is not, could the applicant, by being discreet, live in that country without attracting adverse consequences. It is important to note that even if applicants may so far have managed to avoid harm through concealment, their circumstances may change over time and secrecy may not be an option for the entirety of their lifetime. The risk of discovery may also not necessarily be confined to their own conduct. There is almost always the possibility of discovery against the person's will, for example, by accident, rumours or growing suspicion. It is also important to recognize that even if LGBTI individuals conceal their sexual orientation or gender identity they may still be at risk of exposure and related harm for not following expected social norms (for example, getting married and having children, for example). The absence of certain expected activities and behaviour identifies a difference between them and other people and may place them at risk of harm.
33. Being compelled to conceal one's sexual orientation and/or gender identity may also result in significant psychological and other harms. Discriminatory and disapproving attitudes, norms and values may have a serious effect on the mental and physical health of LGBTI individuals and could in particular cases lead to an intolerable predicament amounting to persecution. Feelings of self-denial, anguish, shame, isolation and even self-hatred which may accrue in response an inability to be open about one's sexuality or gender identity are factors to consider, including over the long-term. [min uthevn.]

Anbefalingene er basert på en sammenhengende kjede av henvisninger til Høykommissærens egne anbefalinger som er ment å vise hvordan flere andre sider av flyktningbegrepet forutsetter at en ikke kan pålegge en søker å leve diskre for å unngå forfølgelse.⁵⁰

Også her er relevansen av det å være diskre knyttet opp til risikovurderingen sett i et langtids perspektiv:

⁵⁰ UNHCR, "Guidelines on International Protection: 'Membership of a particular social group' within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees", HCR/GIP/02/02, 7 May 2002, paragraph 6. Similarly, in internal flight or relocation cases, the claimant should not be expected or required to suppress his or her religious views to avoid persecution in the internal flight or relocation area. See UNHCR, "Guidelines on International Protection: 'Internal Flight or Relocation Alternative' within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees", HCR/GIP/03/04, 23 July 2003, paragraphs 19, 25.

LHBTI-personer og konvertitters menneskerettslige vern

Konvertitter

Ulik seksuell orientering er en del av det menneskelige mangfold, på like linje med f. eks. ulikheter i rase, tro eller politisk oppfatning. Selv om menneskerettighetskonvensjonene ikke inneholder noen egen bestemmelse til vern om LHBTI-personer anses gruppen å ha et menneskerettslig vern.

Retten til å ha sin seksuelle legning antas for det første å komme til uttrykk i de ulike menneskerettighetskonvensjonenes ikke-diskrimineringsbestemmelser, *X and Others v. Austria* [GC] (ECHR 2013) avsnitt 92. EMD har lagt til grunn at begrepet “retten til privatliv” er et vidt begrep som omfatter en persons fysiske og psykologiske intergitet:

“including elements such as sexual orientation and sexual life which fall within the personal sphere protected by Article 8 of the ECHR”, se *Van Kück v. Germany*, no. 35968/97, avsnitt 69 (ECHR 2003-VII).

I EMDs praksis etter EMK Artikkel 8 er det også lagt til grunn at en persons rett til personlig autonomi ligger til kjernen av det som retten til egen seksuell legning er ment å beskytte. Saken gjaldt retten til kjønnsidentitet for en transseksuell, se *Van Kück v. Germany* avsnitt 69 og 73-75.

Både retten til ikke å bli diskriminert og retten til privatliv er en fravikelig rettighet som det kan gjøres unntak fra. Forfølgelse vil sjelden foreligge som følge av risiko for krenkelser av disse rettighetene alene, men heller i kombinasjon med en mer alvorlig handling slik som tortur, umenneskelig eller nedverdiggende behandling.

Konvertitter

Retten til tros- og tankefrihet kommer direkte til uttrykk i EMK Artikkel 9, SP Artikkel 18 og EUs menneskerettighets charter Artikkel 10. EMK Artikkel 9 samsvarer med EUs menneskerettighets charter Artikkel 10.

Trosfriheten kan deles inn i en kjerne som er absolutt og en ytre del som kan begrenses. Dette kommer blant annet til uttrykk i EMK artikkel 9 (1) som angir at trosfriheten kan være «så vel offentlig som privat å gi uttrykk for sin religion...», og at trosfriheten kan underlegges visse begrensninger, jf. EMK Artikkel 9(2).

Både retten til ikke å bli diskriminert, retten til privatliv og retten til tros- og tankefrihet er derfor fravikelige rettigheter som det kan gjøres unntak fra. Å bli påtvunget diskresjon om sin legning eller tro behøver derfor ikke å være en menneskerettighetskrenkelse i EMKs forstand men likevel utgjøre en risikofaktor for forfølgelse.

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

14. Each claim requires examination on its merits on the basis of the individual's situation. Relevant areas of enquiry include the individual profile and personal experiences of the claimant, his or her religious belief, identity and/or way of life, how important this is for the claimant, what effect the restrictions have on the individual, the nature of his or her role and activities within the religion, whether these activities have been or could be brought to the attention of the persecutor and whether they could result in treatment rising to the level of persecution. In this context, the well-founded fear "need not necessarily be based on the applicant's own personal experience". What, for example, happened to the claimant's friends and relatives, other members of the same religious group, that is to say to other similarly situated individuals, "may well show that his [or her] fear that sooner or later he [or she] also will become a victim of persecution is well-founded". Mere membership of a particular religious community will normally not be enough to substantiate a claim to refugee status. As the UNHCR Handbook notes, there may, however, be special circumstances where mere membership suffices, particularly when taking account of the overall political and religious situation in the country of origin, which may indicate a climate of genuine insecurity for the members of the religious community concerned. [min uthevn.]

Anbefalingene er forankret i Høykommissærens Håndbok avsnitt 43 og 73.

Verken anbefalingene om kjønnsrelatert forfølgelse eller religion opererer av disse grunner ikke noe formelt årsakkrav.

3.5 Rettspraksis – LHBTI-saker

3.5.1 Høyesteretts dom Rt-2012-494 og trinn for trinn metoden

I dom av 29. mars 2012, Rt-2012-494, anga Høyesterett en trinn-for-trinn tilnærming til behandling av LHBTI-saker. Metoden ble senere fulgt opp i Justisdepartementets instruks GI-07/2012.

Dommen reiste to spørsmål knyttet til forståelsen av ordlyden «velbegrunnet frykt for forfølgelse» i flyktningdefinisjonen;⁵¹ 1) utgjør det å pålegge en søker å skjule sin legning et vurderingstema, og 2) dersom ikke, utgjør det et vurderingstema hvorvidt søker selv vil skjule sin legning ved retur?

Høyesterett kom til at forvaltningen som følge av en fortolkning av ordlyden og formålet til flyktningkonvensjonen *ikke* kan pålegge en søker å skjule sin legning, men dog slik at forvaltningen *kan vurdere* årsaken til at noen søkere faktisk vil forsøke å opptre diskret. Dette tolkningsresultatet ble utledet av Flyktningkonvensjonens ordlyd og formål. Denne tilnærmingen var for en stor del også fulgt opp i statspartenes praksis.

Til *det første spørsmålet* om det under forfølgelsesbegrepet kan vurderes om søker må kunne forventes å skjule sin legning ved retur, svarte Høyesterett klart nei med henvisning til konvensjonens ordlyd og formål. Det følger av ordlyden «velbegrunnet frykt for forfølgelse» at det må gjøres en konkret vurdering av om det foreligger forfølgelse, jf. avsnitt 34.⁵² Av formålet med flyktningkonvensjonen

⁵¹ Det var ikke bestridt at homofile som søker beskyttelse som flyktninger, anses å tilhøre en «particular social group» - en spesiell sosial gruppe, jf. dommens avsnitt 30. Det var i den saken heller ikke bestridt at homofile i Irak er utsatt for forfølgelse i konvensjonens forstand. De risikerer blant annet drap fra ekstreme væpnede grupper og æresdrap fra egen familie, uten at de kan regne med beskyttelse fra myndighetene, jf. dommens avsnitt 31.

⁵² Rt-2012-494 avsnitt 32: «Av ordlyden følger for det første at det må foretas en konkret vurdering av den enkelte sak for å avgjøre om det foreligger en velbegrunnet frykt for forfølgelse, og videre at dette må være en fremtidsrettet vurdering.»

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

følger det at det skal gis beskyttelse til de som har behov for det «på grunn av forhold ved deres person som er så grunnleggende at de ikke kan eller ikke kan forventes å ville oppgi dem», jf. avsnitt 36. Førstvoterende konkluderer dernest slik om hva som kan trekkes ut av konvensjonens ordlyd og formål, jf. avsnitt 37-38:

(37) Av ordlyden og formålet er det nærliggende å utlede at en utlending ikke kan nektes beskyttelse under henvisning til at han eller hun kan oppgi sin homofile identitet i hjemlandet, og slik unngå forfølgelse. Dette legges også til grunn av UNHCR, jf. de nevnte retningslinjene avsnitt 25, og staten har ikke bestridt at konvensjonen skal forstås slik. Ved asylvurderingen kan det med andre ord ikke forutsettes at søkeren ved retur skal skjule sin homofile legning for slik å unngå forfølgelse i form av drap, mishandling mv. i hjemlandet.

(38) Spørsmålet blir dernest om en søker med slike utsikter, som ut fra de faktiske opplysningene i saken må forventes å ville skjule sin seksuelle legning ved retur, har krav på beskyttelse.

Til *det andre spørsmålet* om hvordan å vurdere de søkere som faktisk vil skjule sin legning ved retur, utledet Høyesterett følgende av konvensjonens ordlyd og formål, jf. avsnitt 39:

(39) I slike tilfeller synes det nærliggende - ut fra ordlyden og formålet - å legge vekt på hva som er grunnen til at søkeren vil holde sin seksuelle legning skjult. Er årsaken til hemmeligholdet frykt for alvorlige overgrep, må dette være tilstrekkelig til å konstatere at det foreligger en velbegrunnet frykt for forfølgelse. Dette mener jeg må følge av at det ved asylvurderingen ikke kan forutsettes at søkeren skal holde sin legning skjult. Er det derimot grunnlag for å konkludere med at søkeren uansett ville holdt sin legning skjult, for eksempel fordi han selv mener den er i strid med religionen eller forkastelig av andre grunner, eller fordi han eller hun ikke vil orke å ta belastningen med den sosiale fordømmelsen, vil det ikke være naturlig å anse søkeren for å ha en berettiget frykt for forfølgelse. Ordlyden gir ikke noe klart svar på hvordan man skal bedømme situasjonen der årsaken til hemmeligholdet er sammensatt. Dette kommer jeg tilbake til.

Dommen tar etter dette utgangspunkt i at denne trinn-for-trinn tilnærmingen samsvarer med flyktningkonvensjonens ordlyd og at konvensjonspartens praksis også viser at dette er en metode som flere stater følger, jf. dommens avsnitt 56:

(59) Etter mitt skjønn taler det samlede rettskildebildet for å nærme seg spørsmålet i det vesentlige på samme måte som det gis anvisning på i den britiske høyesterettsdommen. Jeg viser til det jeg tidligere har utledet av flyktningkonvensjonens ordlyd, lest i lys av formålet. I tillegg legger jeg vekt på at også Sverige og Finland har lagt seg på en praksis som langt på vei bygger på det vurderingstemaet som oppstilles i dommen – en praksis som også er foreslått av UDI og synes fulgt av UNE.”

Trinn-for-trinn metoden begynner med en vurdering av søkers troverdighet om egen legning. Troverdighetsvurderingen skal følge tilnærmingen i Rt-2011-1481.⁵³ Dersom søkers seksuelle legning anses tilstrekkelig sannsynliggjort skal en gå til neste trinn som angår vurderingen av risiko ved retur. Spørsmålet om risiko ved retur involverer dernest flere underproblemstillinger som skal vurderes i en bestemt rekkefølge, jf. avsnitt 57 og 58:

⁵³ Rt-2011-1481.

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

- Utsettes åpne homofile for forfølgelse i hjemlandet? Hvis ja:
- Vil søker være åpen om sin legning ved retur? Hvis ja har han en velbegrunnet frykt for forfølgelse selv om dette kunne vært unngått hvis han hadde holdt legningen skjult. Hvis nei:
- Er frykten for forfølgelse årsaken til at søker vil skjule sin legning ved retur? Hvis ja har han en velbegrunnet frykt for forfølgelse.

(Se vedlegg bakerst i rapporten for en fullstendig gjengivelse av de 5 trinnene.)

Metoden er hentet fra en britisk høyesterettsdom av 7. juli 2010 – *HJ (Iran) og HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department (UKSC 31)* (heretter: **HJ (Iran) og HT (Cameroon) UKSC 31**).⁵⁴ Den britiske dommen er i tråd med FNs Høykommissær for flyktningers anbefaling fra 2008 hva angår at det ikke kan forventes eller kreves at noen skjuler sin seksuelle identitet for å unngå forfølgelse, men har en annen rettslig innfallsvinkel hva angår årsakkravet som legges til grunn i trinn 5.

HJ (Iran) og HT (Cameroon) UKSC 31 førte til en presisering i det svenske Migrationsverket der de i en veiledning anga at metoden skulle anvendes så langt den passet. Svensk lovgiver hadde fra før av Høykommissærens anbefalinger som utgangspunkt, der forarbeidene tok stilling til at det ikke skulle gjelde et diskresjonskrav. Det antas derfor at veiledningen forstås slik at det fortsatt ikke skal gjelde et formelt årsakkrav.⁵⁵

På det tidspunkt norsk høyesterett behandlet saken hadde Finland avsagt en Høyesterett en dom der *HJ (Iran) og HT (Cameroon) UKSC 31* ble lagt til grunn. Derimot var det noen land, som Danmark og Tyskland, som ikke hadde adoptert en slik tilnærming. Hva som var UNEs praksis forut for dommen hva angikk diskresjonskravet, var i følge førstvoterende noe uklart, jf. avsnitt 53 og 54 Rt-2012-494.⁵⁶

⁵⁴ *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, [2010] UKSC 31, United Kingdom: Supreme Court, 7 July 2010, available at: <http://www.refworld.org/docid/4c3456752.html> [accessed 29 November 2014] <http://www.refworld.org/docid/4c3456752.html>

⁵⁵ Avsnitt 6, Migrationsverket RCI 03/2011 «Rättschefens rättsliga ställningstagande angående metod för utredning och prövning av den framåtsyftande risken för personer som åberopar skyddsskäl på grund av sexuell läggning.» <http://lifos.migrationsverket.se/dokument?documentSummaryId=24390> [besøkt 28. november 2013]: “6. Om personen anför att han/hon kommer att välja diskreta handlingar måste nästa steg i utredningen vara att ta reda på varför personen kommer att välja detta levnadssätt. Om det framkommer att orsaken är att det är så han/hon önskar att leva, att det beror på grund av socialt tryck, t.ex. för att inte oroa sina föräldrar eller för att inte genera sina vänner/arbetskamrater är personen inte i behov av skydd. Socialt tryck av detta slag utgör inte förföljelse. Om – å andra sidan – utredaren kan fastställa att orsaken till att den sökande kommer att välja en diskret tillvaro är att han/hon riskerar en konkret förföljelse måste det bedömas om rädslan är välgrundad till att den sökande kommer att välja en diskret tillvaro är att han/hon riskerar en konkret förföljelse måste det bedömas om rädslan är välgrundad.”

⁵⁶ Rt-2012-494: «(53) Som UDI bemerker i brevet, synes UNEs praksis å ha beveget seg i retning av det vurderingstemaet som oppstilles i den britiske dommen. I UNEs praksisnotat 25. mai 2011 heter det at det ikke kreves at klageren holder en lav profil eller modererer sin livsførsel for å unngå forfølgelse. Som ledd i den konkrete risikovurderingen må det blant annet tas stilling til om klageren ved retur vil akseptere og rette seg etter de sosiokulturelle rammene i hjemlandet. ‘Vilkårene for beskyttelse er i utgangspunktet oppfylt dersom det legges til grunn at klageren ikke vil stå åpent frem som homofil på grunn av fare for reaksjoner fra myndighetene eller andre som kan karakteriseres som forfølgelse,’ heter det...» [min uthevn.].

Videre i avsnitt 54 fremgår: «(54) Spørsmålet om beskyttelsesbehovet for homofile asylsøkere som kan unngå forfølgelse hvis de skjuler sin homofili, er i liten grad omtalt i nyere juridisk litteratur. I Vevstad (red): Utlendingsloven, kommentarutgave (2010) gir Terje Einarsen på side 236 uttrykk for en tilnærming til søknader begrunnet med religionsforfølgelse som synes å svare til UDIs praksis ved bedømmelsen av beskyttelsesbehovet til homofile søkere, slik den er beskrevet i brevet til Justisdepartementet. Den britiske dommen er for ny til å bli omtalt, og dette er som nevnt et rettsområde i utvikling. Det er derfor begrenset hvilken vekt denne fremstillingen av gjeldende rett kan tillegges.» Førstvoterendes tar altså et forbehold, på bakgrunn av det som er fremlagt i saken, om at UNEs praksis kun synes å være slik at det ikke foreligger noen diskresjonsplikt. At partene i forbindelse med anken var enige om at man ikke kunne pålegge noen å leve diskret for å unngå forfølgelse, jf. dommens avsnitt 20 og 35, er en annen sak.

3.5.2 X, Y og Z mot Nederland (EU-dom av 7. november 2013)

I en avgjørelse av 7. november 2013 i saken *X, Y og Z mot Nederland*⁵⁷ tok EU-domstolen blant annet stilling til om kriminalisering av homofili med straffetrussel som går ut på fengselsstraff alene kunne anses som forfølgelse.⁵⁸ Dette antas å være i samsvar med Rt-2012-494.

Dernest tok domstolene stilling til hvorvidt man kan forvente at en homofil skal skjule sin legning for å unngå risiko for forfølgelse, herunder om en kan forvente tilpasning av visse sosiokulturelle normer. Domstolen avviste at det kunne være et tema at søker kunne unngå forfølgelse ved å skjule sin lenging.⁵⁹ Den uttalte at dette gjaldt handlinger som kunne falle innenfor eller utenfor definisjonen av «spesiell sosial gruppe».⁶⁰ Dette gjaldt offentlige så vel som private handlinger. Det ble her trukket en parallell til forståelsen av trosfriheten i *Y og Z mot Tyskland*.⁶¹

Videre gir domstolen en presisering av at risikovurderingen er et faktisk spørsmål som må følge normene for etablering av fakta i EU-direktivets Artikkel 4. Det gis etter Artikkel 4 ikke rom for å vurdere om søker kan unngå forfølgelse ved å skjule sin legning, slik som Rt-2012-494 også legger til grunn:

⁵⁷ C-199/12, C-200/12 og C-201/12 *X, Y og Z mot Nederland*. EU-domstolens avgjørelse gjaldt tre personer, henholdsvis fra Sierra Leone, Uganda og Senegal som søkte om asyl i Nederland. Den nederlandske domstolen stilte tre spørsmål til EU-domstolen om riktig tolkning av EU-direktiv 2004/83/EF om anerkjennelse av flyktninger og andre personer som trenger beskyttelse og innholdet i en slik beskyttelse (statusdirektivet). Det er domstolens svar på spørsmål 3 som angår betydningen av kriminaliseringen av homofili i søkerens hjemland. Svaret på spørsmålet fremgår av punkt 55-59 i domstolens konklusjon. Dommen er lagt ut på UDIs regelverkportal: <https://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/eu-domstolens-rettspraksis/c-19912-c-20012-og-c-20112-x-y-og-z-mot-nederland/>

⁵⁸ C-199/12, C-200/12 og C-201/12 *X, Y og Z mot Nederland*. Domstolen kom til at kriminalisering av homoseksuelle handlinger ikke i seg selv er forfølgelse. Men hvis et slikt forbud er sanksjonert med fengselsstraff og slik straff er anvendt i praksis, representerer dette forfølgelse i direktivets forstand: 55 In those circumstances, the mere existence of legislation criminalising homosexual acts cannot be regarded as an act affecting the applicant in a manner so significant that it reaches the level of seriousness necessary for a finding that it constitutes persecution within the meaning of Article 9(1) of the Directive.

56 However, the term of imprisonment which accompanies a legislative provision which, like those at issue in the main proceedings, punishes homosexual acts is capable, in itself of constituting an act of persecution within the meaning of Article 9(1) of the Directive, provided that it is actually applied in the country of origin which adopted such legislation. 57 Such a sanction infringes ... Article 8 ECHR, to which Article 7 of the Charter corresponds, and constitutes punishment which is disproportionate or discriminatory within the meaning of Article 9(2)(c) of the Directive.

58 In those circumstances, where an applicant for asylum relies, as in each of the cases in the main proceedings, on the existence in his country of origin on legislation criminalising homosexual acts, it is for the national authorities to undertake, in the course of their assessments of the facts and circumstances under Article 4 of the Directive, an examination of all the relevant facts concerning that country of origin, including its laws and regulations and the manner in which they are applied, as provided for in Article 4(3)(a) of the Directive. 59 In undertaking that assessment it is, in particular, for those authorities to determine whether, in the applicant's country of origin, the term of imprisonment provided for by such legislation is applied in practice.

⁵⁹ 67 Apart from ... acts considered to be criminal in accordance with the national law of the Member States, nothing in the wording of Article 10(1)(d) suggests that the European Union legislature intended to exclude certain other types of acts or expression linked to sexual orientation from the scope of that provision.

⁶⁰ 68 Thus, Article 10(1)(d) of the Directive does not lay down limits on the attitude that the members of a particular social group may adopt with respect to their identity or to behaviour which may or may not fall within the definition of sexual orientation for the purposes of that provision.

⁶¹ 69 The very fact that Article 10(1)(b) of the Directive expressly states that the concept of religion also covers participation in formal worship in public or in private does not allow the conclusion that the concept of sexual orientation, to which Article 10(1)(d) of that Directive refers, must only apply to acts in the private life of the person concerned and not to acts in his public life. 70 In that connection, it is important to state that requiring members of a social group sharing the same sexual orientation to conceal that orientation is incompatible with the recognition of a characteristic so fundamental to a person's identity that the persons concerned cannot be required to renounce it. 71 Therefore, an applicant for asylum cannot be expected to conceal his homosexuality in his country of origin in order to avoid persecution. 72 As regards the restraint that a person should exercise, ... the competent authorities are required to ascertain whether or not the circumstances established constitute such a threat that the person concerned may reasonably fear, in the light of his individual situation, that he will in fact be subject to acts of persecution (see, to that effect, *Y and Z*, paragraph 76).

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

73 That assessment of the extent of the risk, which must, in all cases, be carried out with vigilance and care ..., will be based solely on a specific evaluation of the facts and circumstances, in accordance with the rules laid down in particular by Article 4 of the Directive (*Y and Z*, paragraph 77).

74 None of those rules states that, in assessing the extent of the risk of actual acts of persecution in a particular situation, it is necessary to take account of the possibility open to the applicant of avoiding the risk of persecution by abstaining from the religious practice in question and, consequently, renouncing the protection which the Directive is intended to afford the applicant by conferring refugee status (see, by analogy, *Y and Z*, paragraph 78).

Videre legger domstolen til grunn at det heller ikke kan være et bevisstema hvorvidt søker som homofil bør være mer diskret enn heterofile for på den måten å unngå forfølgelse:

75 It follows that the person concerned must be granted refugee status, in accordance with Article 13 of the Directive, where it is established that on return to his country of origin his homosexuality would expose him to a genuine risk of persecution within the meaning of Article 9(1) thereof. The fact that he could avoid the risk by exercising greater restraint than a heterosexual in expressing his sexual orientation is not to be taken into account in that respect.

Som utgangspunkt for vurderingen av risiko skal altså diskriminerende sosiokulturelle normer ikke inngå. Etter å ha trukket denne konklusjonen behøvde domstolen ikke besvare om en i vurderingen kunne skille mellom rettigheter som ligger til kjernen eller periferien av den homoseksuelles rettigheter. Det var ikke anledning til å oppstille et slikt skille.⁶²

3.5.3 Har lagmannsretten vurdert betydningen av X, Y Z mot Nederland for hvilke elementer som kan inngå i risikovurderingen i LHBTI-saker?

EU-dommen er omtalt i dom av 6. juni 2014 fra Borgarting lagmannsrett, LB-2013-198957, i en sak der domstolen la til grunn at søker ville være diskret om sin legning ved retur som følge av betydelig sosialt press. Om EU-domstolens avgjørelse sa lagmannsretten:

I punkt tre i sin konklusjon uttalte domstolen at man ikke kan forvente at en homofil skal skjule sin legning for å unngå risiko for forfølgelse. Norsk Høyesterett har uttalt det samme. EU-domstolen behandlet imidlertid ikke eksplisitt det tilfellet at en person uavhengig av landets strafferegler ville skjule sin legning. Lagmannsretten kan derfor ikke se at EU-domstolens avgjørelse står i direkte motstrid til Høyesteretts syn i [Rt-2012-494](#), selv om avgjørelsen kan tolkes også i den retning. Uansett er hverken statusdirektivet eller EU-domstolens avgjørelser bindende for Norge. Hvis beskyttelsen for homofile skal utvides utover det som følger av [Rt-2012-494](#), må dette enten gjøres ved lovendring eller av Høyesterett.

Lagmannsrettens har her ikke vurdert, eller blitt bedt om å vurdere, betydningen av domstolens generelle uttalelse om hvilke elementer som kan inngå i risikovurderingen. Dette var uansett ikke avgjørende for sakens utfall.

⁶² The second question, part (c): 77 Having regard to the reply given to the first question, parts (a) and (b), there is therefore no need to reply to part (c) of the second question. 78 Nevertheless, it must be recalled that, for the purpose of determining, specifically, which acts may be regarded as constituting persecution within the meaning of Article 9(1) of the Directive, it is unnecessary to distinguish acts that interfere with the core areas of the expression of sexual orientation, even assuming it were possible to identify them, from acts which do not affect those purported core areas (see, by analogy, *Y and Z*, paragraph 62).

3.6 Rettspraksis – konvertittsaker.

3.6.1 Ingen norsk Høyesterettsdom om metodens anvendelse i konvertittsaker

Verken UDI eller UNE anvender i dag trinn-for-trinn metoden i andre saker enn LHBTI-saker. For UDIs del følger det av instruks fra Justisdepartementet at metoden skal begrenses til LHBTI-sakene. Instruksen er ikke bindende for UNE.

Det foreligger ikke noen norsk høyesterettsdom som avklarer om trinn-for-trinn metoden også skal gjelde i konvertittsakene. I Rt-2012-494 tar ikke førstvoterende direkte stilling til metodens rekkevidde. Dersom praksis skal endres må dette enten følge av en rettsavklaring i norske domstoler, eller at rettsutviklingen i EU tilsier at også UDI og UNE bør endre sin praksis.

Kort tid etter Rt-2012-494, i september 2012, kom en storkammeravgjørelse fra EU-domstolen, *Y og Z mot Tyskland*, som avviser et diskresjonskrav i religionssakene og legger til at dette gjelder også andre religiøse uttrykk enn misjonering (3.6.2).

I lagmannsrettens praksis har verken metodespørsmålet fra Rt-2012-494 eller EU-dommen *Y og Z mot Tyskland* (3.6.2) blitt behandlet (3.6.3).

3.6.2 *Y og Z mot Tyskland* (EU-dom av 5. september 2012, storkammeravgjørelse)

Storkammerdommen *Y og Z mot Tyskland* av 5. september 2012 handlet om en asylsøker som tilhørte en religiøs minoritet i Pakistan.⁶³ I saken forelå en intervensjon fra FNs Høykommissær for flyktninger om forståelsen av religion som forfølgelsesgrunn.⁶⁴

Domstolen *legger ikke til grunn en trinn-for-trinn metode* og et første spørsmål er hvilken betydning denne litt andre tilnærming har for det *innhold som forfølgelses- og risikobegrepet gis*.

Etter at domstolen innledningsvis hadde besvart det første spørsmålet ved å konstatere at ikke en hver krenkelse av religionsfriheten etter EMK Artikkel 9(1) utgjør forfølgelse,⁶⁵ vurderte den de to neste spørsmålene om religionsfriheten har en kjerne som nyter sterkere beskyttelse og kan individet pålegges ikke å utføre religiøse handlinger som kan medføre forfølgelse.⁶⁶

⁶³ *Bundesrepublik Deutschland v. Y (C-71/11), Z (C-99/11)*, C-71/11 and C-99/11, European Union: Court of Justice of the European Union, 5 September 2012, available at: <http://www.refworld.org/docid/505ace862.html> [accessed 29 November 2014].

⁶⁴ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *UNHCR intervention before the Court of Justice of the European Union in the cases of Minister voor Immigratie en Asiel v. X, Y and Z*, 28 September 2012, C-199/12, C-200/12, C-201/12, available at: <http://www.refworld.org/docid/5065c0bd2.html> [accessed 29 November 2014].

⁶⁵ Spørsmål nr 1 til retten var formulert som følger: «Is Article 9(1)(a) of [the] Directive ... to be interpreted as meaning that not every interference with religious freedom which infringes Article 9 of the ECHR constitutes an act of persecution within the meaning of [the former provision], and that a severe violation of religious freedom as a basic human right arises only if the core area of that religious freedom is adversely affected?»

⁶⁶ 2. If Question 1 is to be answered in the affirmative:

(a) Is the core area of religious freedom limited to the profession and practice of faith in the areas of the home and neighbourhood, or can there be an act of persecution, within the meaning of Article 9(1)(a) of [the] Directive ..., also in cases where, in the country of origin, the observance of faith in public gives rise to a risk to life, physical integrity or freedom and the applicant accordingly abstains from such practice?

(b) If the core area of religious freedom can also comprise the public observance of certain religious practices:

- Does it suffice in that case, in order for there to be a severe violation of religious freedom, that the applicant feels that such observance of his faith is indispensable in order for him to preserve his religious identity,
- or is it further necessary that the religious community to which the applicant belongs should regard that religious observance as constituting a central part of its doctrine,

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

EU-domstolen forkastet først anførselen om at bare krenkelser av det som ligger til kjernen av rettigheten utgjør forfølgelse, jf. avsnitt 63:

Such a distinction is incompatible with the broad definition of ‘religion’ given by Article 10(1)(b) of the Directive, which encompasses all its constituent components, be they public or private, collective or individual. Acts which may constitute a ‘severe violation’ within the meaning of Article 9(1)(a) of the Directive include serious acts which interfere with the applicant’s freedom not only to practice his faith in private circles but also to live that faith publicly.

Denne tilnærmingen var, da dommen kom i 2012, allerede praksis i Storbritannia, jf. *HJ (Iran) og RT (Zimbabwe) UKSC1*.⁶⁷

Domstolen la videre til grunn at den avgjørende faktor for hvorvidt det forelå en krenkelse av trosfriheten utgjør forfølgelse vil være «the severity of the measures and sanctions adopted or liable to be adopted against the person concerned,» jf. avsnitt 66. Spesielt vil det gjelde «the prohibition of participation in worship in public either alone or in community with others» hvis det kan medføre reaksjoner som er å anse som forfølgelse, jf. avsnitt 69.

Dette leder EU-domstolen til å konkludere at retten til å bevare sin religiøse identitet utgjør *en risikofaktor* selv om den religiøse praksis som er forbudt ikke utgjør noe kjerneelement i troen, jf. avsnitt 70:

In assessing such a risk, the competent authorities must take account of a number of factors, both objective and subjective. The subjective circumstance that the observance of a certain religious practice in public, which is subject to the restrictions at issue, is of particular importance to the person concerned in order to preserve his religious identity is a relevant factor to be taken into account in determining the level of risk to which the applicant will be exposed in his country of origin on account of his religion, even if the observance of such a religious practice does not constitute a core element of faith for the religious community concerned. [min uthevn.]

Denne rettssetningen gir en presisering av innholdet av forfølgelsesbegrepet der det sentrale er hvorvidt den handling som avstås er noe mer enn formuleringen om det en person med rimelighet ikke kan forventes å gi avkall på, sml. dommens avsnitt jf. avsnitt 79,⁶⁸ som samsvarer formuleringen i Rt-2012-494 avsnitt 37.

- or can further restrictions arise as a result of other circumstances, such as the general conditions in the country of origin?

3. If Question 1 is to be answered in the affirmative:

Is there a well-founded fear of persecution, within the meaning of Article 2(c) of [the] Directive ..., if it is established that the applicant will carry out certain religious practices - other than those falling within the core area - after returning to the country of origin, even though they will give rise to a risk to his life, physical integrity or freedom, or can the applicant reasonably be expected to abstain from such practices?

⁶⁷ *RT (Zimbabwe) and others v Secretary of State for the Home Department*, [2012] UKSC 38, United Kingdom: Supreme Court, 25 July 2012, available at: <http://www.refworld.org/docid/500fdacb2.html> [accessed 29 November 2014]

⁶⁸ 79. It follows that, where it is established that, upon his return to his country of origin, the person concerned will follow a religious practice which will expose him to a real risk of persecution, he should be granted refugee status, in accordance with Article 13 of the Directive. The fact that he could avoid that risk by abstaining from certain religious practices is, in principle, irrelevant.

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

Det er således ikke bare handlinger som utgjør misjonering eller gir søker en lederprofil i kirken som utgjør risikomomenter. Også andre handlinger der søker offentlig markerer sin tro kan danne grunnlag for en forfølgelsessituasjon.

Dommen er for øvrig, som nevnt ovenfor i avsnitt 3.4.2, sammenfallende med formuleringene i Høykommissærens anbefalinger om religiøs forfølgelse.⁶⁹ Religiøse uttrykk som er mer perifere til trosretningen kan danne grunnlag for forfølgelse dersom handlingen utgjør en grunnleggende del av søkers religiøse identitet.⁷⁰

3.6.3 Har lagmannsretten gitt trinn-for-trinn metoden anvendelse i konvertittsaker?

En avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett av 25. juli 2012 trekker i retning av likestilling av metoden, jf. LB-2010-134086:

Mye taler etter lagmannsrettens mening for at den samme betraktningssmåte som Høyesterett la til grunn for homofile, også skal anvendes hvor forfølgelsesgrunnen er religion. Det vises for det første til at Høyesterett fant at den forståelsen som ble lagt til grunn var best i samsvar med Flyktningkonvensjonens ordlyd og formål, iallfall for så vidt gjelder det første elementet lagmannsretten har trukket frem foran. For det annet er det vel vanskelig å peke på reelle grunner som tilsier at religiøs tro og praksis bør vurderes annerledes enn seksuell legning og praksis.

I to senere konvertittdommer har lagmannsretten bemerket spørsmålet, men unnlatt å ta stilling til det, jf. dom av 6. januar 2014 LB-2012-96733 og dom av 8. januar 2015 LB 2014-50021. I den sistnevnte dommen ble det ikke tatt stilling til om metoden også gjaldt i konvertittsaker fordi det kunne legges til grunn at søker ville være åpen om sin tro ved retur.⁷¹

I to dommer av 11. juli 2014, jf. LB-2013-149889 og 20. oktober 2014, jf. LB-2013-112800, ble saken avgjort på at det ikke forelå risiko for den som ikke misjonerte eller hadde lederverv i menigheter. Lagmannsretten stor vekt på landinformasjon om at det etter iransk tradisjon er et skarpt skille mellom den risiko som kan oppstå i den offentlige og den private sfære. Det faller utenfor denne rapportens rammer å vurdere bruken av landinformasjon i disse dommene, og ut fra hvorledes sakene ble lagt opp er det vanskelig å vurdere om sakene kunne ha foranlediget en trinn-for-trinn metode. EU-domstolens avgjørelse omtales ikke i denne eller de overnevnte dommene.

De dommene som er vist til ovenfor kan vanskelig tas til inntekt for noen slutning om lagmannsretten anvender noe diskresjonskrav eller ikke. Kun i den først omtalte saken har lagmannsretten tatt stilling til trinn-for-trinn metoden, noe som antakeligvis kommer av at saken ble vinklet inn mot dette av den

⁶⁹ Avsnitt 13, UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Guidelines on International Protection No. 6: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 28 April 2004, HCR/GIP/04/06, available at: <http://www.refworld.org/docid/4090f9794.html> [accessed 10 December 2014]

⁷⁰ For en oversikt over norsk høyesteretts tilnærming til EU-domstolens avgjørelser, se kapittel 11 i Halvard Haukeland Fredriksen «EU/EØS-rett i norske domstoler» rapport nummer 3 for *Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU* (Europautredningen) januar 2011.

⁷¹ Lagmannsrettsdom LB 2014-50021 «A har videre anført at han - selv om det legges til grunn at han ikke vil opptre på en slik måte at han havner i myndighetenes søkelys - likevel vil ha krav på beskyttelse hvis han legger bånd på sin religionsutøvelse på grunn av risikoen for forfølgelse. Det vises til prinsippet i [Rt-2012-494](#) - «Homofilidommen» - og anføres at tilsvarende må gjelde i saker om redusert trosutøvelse på grunn av frykt for forfølgning. Lagmannsretten tar ikke stilling til det rettslige spørsmålet om prinsippet i denne dommen har overføringsverdi til saker om konvertitter, men finner at anførselen uansett ikke fører frem slik saksforholdet er i den foreliggende sak. Lagmannsretten viser i denne sammenheng til at A har forklart i retten at han ikke vil tilpasse seg livsførselen i Iran av frykt for forfølgelse. Lagmannsretten har etter dette kommet til at A ikke har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av religion, og vilkårene for beskyttelse etter utlendingsloven § 28 er dermed ikke oppfylt. Det er dermed ikke grunnlag for påstanden om at UNEs vedtak om avslag på asyl og beslutningen om ikke å omgjøre vedtaket er ugyldige.

HESTENES og DRAMER & Co

RETTSUTVIKLINGEN NASJONALT OG INTERNASJONALT

private part. I de øvrige sakene har ikke den private part vinklet sakene slik at retten har blitt foranlediget til å vurdere diskresjonsspørsmålet slik som det f eks kommer til uttrykk i Y og Z mot Tyskland.

4. Rettskilder som legges til grunn i UDI og UNE

4.1 Ulik fremgangsmåte for implementering av rettsutviklingen i UDI og UNE

Vedtaksfattere i UDI og UNE plikter å legge til grunn det som til en hver tid følger av lov, forskrift og rettspraksis. Implementeringen av utvikling i rettspraksis skjer likevel på noe ulik måte for et direktorat og et domstols lignende organ.

4.1.1 UDI

Saksbehandlerne i UDI utlegger i praksis sin rettsforståelse fra det som følger av lov, forskrift, forarbeider, domstolpraksis og departementets instruks. Praksis notater er veiledende og utarbeides for å sikre likebehandling.

UDIs «rettsavdeling» for asylsaker (ASA) følger nøye med på rettsutviklingen internasjonalt. Dersom UDI mener at de må legge om praksis som følge av en rettsutvikling skal UDI forelegge dette for departementet, jf. GI-23/2010. Dersom nødvendig vil departementet konkretisere en eventuell praksisendring i instruks.

4.1.2 UNE

For UNE er det på samme måte lov, forskrift, forarbeider og domstolsavgjørelser som er den primære rettskilde. UNE er ikke bundet av instruks, men ser hen til disse og må rapportere dersom vedtak blir fattet i strid med instruks.

På samme måte som for UDI utarbeides *praksisnotater* med det formål å sikre likebehandling. Fordi praksisnotatene skal danne grunnlag for likebehandling i UNE-sakene, fungerer de på den måten som veiledere til nemndledere og sekretariat. De er ment å gi uttrykk for (beskrive) hvordan rettsreglene anvendes i UNE i praksis. Praksisnotatene utarbeides på grunnlag av en gjennomgang av de vedtak som er fattet i en viss periode.⁷²

I tillegg til praksisnotater utarbeider UNE også såkalte *nemndmøtemerknader* som er et kronologisk sammendrag av opplysningene i sakens dokumenter (sakssammendraget) og sekretariatets foreløpige vurdering av sakens hovedproblemstillinger og tvilsspørsmål.⁷³ Disse er utarbeidet på bakgrunn av praksis og er ment som forslag til hvordan nemndlederne kan legge opp møtene. De er ikke utarbeidet med tanke på at de skal reflektere praksis, men kan for det som er tema for denne rapporten være instruktive med tanke på hvilke *tema* som UNE anser som relevant og tillat å belyse, sml. avsnitt 3.4 ovenfor.

⁷² Opplysninger fra UNE i eposter av 2. og 3. desember 2014 og i referansegruppemøter med rapportskriver.

⁷³ Merknader til nemndsmøter er beskrevet på UNE.no: <http://www.une.no/no/om-oss/Interne-retningslinjer/IR-av-020212-om-klagesaksbehandling/>. Se spesielt pkt. 4.5.1: «Merknadene er skriftlige og består av to deler; et kronologisk sammendrag av opplysningene i sakens dokumenter (sakssammendraget) og sekretariatets foreløpige vurdering av sakens hovedproblemstillinger og tvilsspørsmål. Sakssammendraget skal utformes slik at det kan klippes rett inn i vedtaket når dette skal skrives. Sekretariatets foreløpige vurdering skal inneholde sekretariatets vurdering av og redegjørelse for hvilke problemstillinger saken reiser/ hvilke tvilsspørsmål som gjør seg gjeldende. Det skal redegjøres for rettskilder og gis informasjon om f eks praksis. I den grad det er hensiktsmessig kan også landinformasjon mv gjengis i merknadene. Dersom klageren eller andre skal møte og forklare seg for nemnda, skal saksbehandler redegjøre for hvilke spørsmål disse bør stilles. Saksbehandler skal ikke utarbeide ytterligere spørsmål utover de som fremgår av merknadene. Det skal ikke konkluderes mht. resultat i merknadene, men det kan gis delkonklusjoner på enkeltproblemstillinger. Dersom nemndlederen har en annen vurdering enn sekretariatet på noen av de spørsmålene saken reiser, kan denne skrives inn av nemndleder og presenteres som et nøytralt alternativ. Nemndleder kan også skrive inn øvrige endringer i merknadene f eks med sikte å gjøre merknadene mer tilgjengelige/forståelige for nemndmedlemmene.»

RETTSKILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

Medarbeidere i UNE kan også utarbeide *andre notater* som kan anses som en rettskilde på linje med litteratur, slik som f.eks. et internt notat om religion fra Øyvind Dybvik Øyen, seniorrådgiver i seksjon for generelle juridiske saker i UNE.

En *instruks* fra departementet er ikke bindende for UNE, jf. utlendingsloven § 76 annet ledd.⁷⁴ UNE kan likevel legge vekt på instruks som en av rettskildene det kan ses hen til.⁷⁵ Hvorvidt det i den enkelte sak blir vist til en instruks fra departementet til UDI krever en undersøkelse av hvert enkelt vedtak. I dette tilfellet, der en instruks følger opp en Høyesterettsdom, vil det være mer nærliggende for UNE å vise til dommen.

Dersom UNE treffer vedtak som ikke er i tråd med en instruks til UDI må UNE imidlertid sende melding til departementet, jf. UNEs virksomhetsinstruks av 25.06.14 pkt. 1.2.1. Det foreligger ingen slike meldinger knyttet til GI/07-2012.

4.2 LHBTI-saker og trinn-for-trinn metoden i UDIs regelverk (instruks og praksis notater)

Spørsmålet om UDI skulle endre praksis for å anvende trinn-for-trinn metoden oppstod i direktoratet en stund før høyesterettsdommen. UDI har siden 2009 underrettet departementet om EU-lands praktisering av EU-direktivet.⁷⁶ Som følge av at dommen fra britisk høyesterett av 7. juli 2010 i saken *HJ and HT, UKSC 31* hadde ført til at flere EU-land anvendte trinn-for-trinn metoden, foreslo UDI i brev av 2. september 2011 til departementet at praksis burde legges om.⁷⁷

Justisdepartementet ønsket å avvende utfallet av en sak om en homofil Irakisk asylsøker som skulle behandles av Høyesterett tidlig i 2012 fordi det ikke var helt klart hvor ensartet de øvrige EU-landenes praksis var.

Etter at utfallet i Høyesterett ble klart, jf. Rt-2012-494, utarbeidet Justis- og beredskapsdepartementet GI-07/2012 «Instruks om tolkning av utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a – forfølgelse på grunn av seksuell orientering og kjønnsidentitet». Instruksen angir at trinn-for-trinn metoden som Høyesterett har lagt til grunn skal anvendes i behandlingen av LHBTI-saker, men bare disse.⁷⁸

I tråd med instruks utarbeidet UDI en internmelding som ga retningslinjer for intervju med LHBTI søkere (IM 2013-002, unntatt offentlighet) som blant annet skulle sikre at alle relevante tema som fulgte av instruksen ble kartlagt under intervju.

I tillegg ble det lagt inn en henvisning til trinn-for-trinn metoden i UDIs relevante praksisnotater. Innarbeidingen er ikke konform og enkelte av Praksis Notatene kan reise spørsmål om metoden er

⁷⁴ UNE kan ikke instrueres av departementet og legger selv om sin praksis.

⁷⁵ Nye instruks blir gjort kjent innad i UNE ved at sekretariatet og nemndlederne informeres på UNEs intranett, samt at seksjonssjefene blir bedt om ta instruksene opp i seksjonsmøter. Departementets instruks ligger dessuten på regelverksportalen til UDI som også UNE benytter.

⁷⁶ Arbeid- og inkluderingsdepartementet (AID) brev av 3. februar 2009 med bestilling til UDI om orientering om andre lands praksis og GI-23/2010.

⁷⁷ UDI «Praksisforeleggelse etter utlendingsloven – utlendingslovens § 28 første ledd bokstav a – velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av seksuell orientering og kjønnsidentitet» av 2. september 2011. Unntatt offentlighet. Hos rapportskriver. UDI fremmet i brevet forslag om praksisendring. UDI konstaterte at den britiske dommen *HJ (Iran) og HT (Cameroon) UKSC 31* ga uttrykk for en teoriutvikling som har foregått over noen år og som er i ferd med å etablere seg som gjeldende rett i flere land.

⁷⁸ Brev av 14. mai 2012 fra UDI til Justisdepartementet.

RETTSKILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

gjort tilstrekkelig klar eller lett forståelig for saksbehandlerne.⁷⁹ UDI har forklart at ulikheten skyldes at det som følge av ressurs hensyn ikke var utarbeidet en standardisert henvisning til instruksene, men at dette for så vidt er ønskelig.⁸⁰

4.3 LHBTI-saker og trinn-for-trinn metoden i UNEs praksisnotater

4.3.1 Notater og annet som er utarbeidet av UNE i LHBTI-saker

Høyesterettsdommen i Rt-2012-494 medførte at UNE anså det nødvendig å endre praksis. Etter at praksis hadde virket i ca. ett år ble det utarbeidet et praksisnotat på grunnlag av den nye praksis som hadde oppstått, jf. «Praksis i UNE – homofili» av 8. april 2013.⁸¹

Rapportskriver har også fått fremlagt fra UNE korte interne notater knyttet til diskresjonsplikten som er utarbeidet til denne rapportens formål.⁸² De korte notatene er ment å svare på de spørsmål som ikke fremgår av praksisnotatet. Tilleggsbemerkningene er ment å gi et kortfattet og oppdatert bilde av siste års praksis, men de er ikke utarbeidet på samme grunnlag som et praksisnotat der en har foretatt en fullstendig gjennomgang av praksis.

4.3.2 Praksisnotatet «Praksis i UNE – homofili» av 8. april 2013

Dette praksisnotatet ble oppdatert ett år etter dommen i Rt-2012-494. UNE har anslått at til grunn for notatet lå en gjennomgang av ca. 30 saker.⁸³ Praksisnotatet er således egnet til å bli underlagt en analyse av hvorledes trinn-for-trinn metoden har vært implementert i UNEs vedtak i denne perioden. For en nærmere drøftelse av metodiske problemstillinger knyttet til en slik bruk av praksisnotatet, se avsnitt 1.7 ovenfor.

I praksisnotatet legges det innledningsvis til grunn at UNEs praksis forut for Rt-2012-494 i det vesentlige var i samsvar trinn-for-trinn metoden, jf. avsnitt 2 i «Praksis i UNE – homofili»:

Høyesterettsdommen er i det vesentlige i samsvar med UNEs tidligere praksis, men når det gjelder årsaker til selvpålagt diskresjon i premiss 58, går Høyesterett et skritt lengre enn vår og andre lands praksis.

Det opplyses ikke på hvilke punkter praksis ikke var i samsvar med Rt-2012-494 og dermed heller ikke hvilken endring i praksis Rt-2012-494 så langt hadde medført for UNE. UNE har opplyst at slike spørsmål kan ha blitt tatt opp i andre type fagnotater, men det har ikke blitt fremlagt noen slike.

⁷⁹ F eks kan Praksis Notatet for Sudan forstås slik at en ikke behøver å vurdere troverdighet av legning først. UDI har opplyst at det er antatt at dette går frem av sammenhengen, men har også sagt at det også på andre områder er behov for en strømlinjeforming av Praksis Notatene men at dette av ressurs hensyn ennå ikke har vært mulig. Det var ingen homofile søkere fra Sudan i mappegjennomgangen. De relevante dokumentene er: PN 2014-004: Asylpraksis - Afghanistan (26.08.2014) (LHBTI-saker og konvertittsaker); PN 2013-005: Asylpraksis - Etiopia (30.01.2014) (LHBTI-saker); PN 2010-020: Asylpraksis – Irak (29.01.2014) (LHBTI-saker og konvertittsaker); PN 2010-009: Asylpraksis - Iran (29.01.2014) (LHBTI-saker og konvertittsaker); PN 2011-002: Asylpraksis - Nigeria (30.06.2014) (LHBTI-saker); PN 2012-002: Asylpraksis - Pakistan (29.01.2014) (LHBTI-saker og konvertittsaker); PN 2014-006: Asylpraksis Sudan (02.07.2014) (LHBTI-saker); PN 2010-030: Asylpraksis - Syria (29.01.2014) (konvertittsaker); PN 2014-005: Asylpraksis - Usbekistan (11.06.2014) (LHBTI-saker)

⁸⁰ Epost av 5. desember 2014 hos rapportskriver.

⁸¹ UNEs nettsider «Praksis i UNE – homofili. 1. Innledning» tilgjengelig på <http://www.une.no/Praksis2/Notater/Praksis-i-UNE---homofili/>

⁸² Hos rapportskriver: eposter av 2. og 3. desember 2014 fra rettsavdelingen i UNE om praksisnotatet av homofili.

⁸³ E-post av 2. og 3. desember 2014 fra UNE til rapportskriver.

RETTSKILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

Trinn 1 (troverdighet av anførsel skal vurderes først)

Når trinn 1 omtales i praksisnotatet fremgår likevel at UNEs praksis ikke alltid har vært slik at nemnda har tatt stilling til søkers legning.⁸⁴ Om praksis når det gjelder vurdering av troverdighet om homofilianførsler konkluderes det slik: «Oppsummeringsvis kan man utlede at UNE vurderer hver sak individuelt og konkret ut i fra forutsetningene i den enkelte sak.»⁸⁵

Det er her uklart hva praksisnotatet beskriver fra praksis. Det kan synes som notatet i sin gjennomgang av praksis ikke kan konstatere hvorvidt UNE først vurderer om søker er å anse som homofil eller ikke.

Gjennomgangen av det UNE anser som et representativt utvalg av praksis på 13 LHBTI-saker, og som det derfor kan legges til grunn at gir uttrykk for hvilke rettssetninger som legges til grunn av nemndlederne, viste at anvendelsen av trinn 2 er varierende også i avgjørelser så sent som fra 2013 og 2014.⁸⁶

UNE har i sine kommentarer til rapporten opplyst at i saker der de avslår på manglende risiko så har de lagt til grunn klagerens anførte seksuelle legning og at dette ikke anses å være i strid med metoden i Rt-2012-494.⁸⁷ Som det fremgår av gjennomgangen av UDIs saker nedenfor, har UDI tolket trinn-for-trinn metoden annerledes der det eksplisitt skal tas stilling til søkers anførte legning.

Trinn 2, 3 og 4

I omtalen av forfølgelsesbegrepet tas det i praksisnotatet utgangspunkt i utlendingslovens § 29, som viser til at reaksjonene må være av et visst alvor og omfang. Det angis at praksis kan beskrives slik at nemnda foretar en selvstendig vurdering av risikoen for de som vil leve åpent (trinn 2), jf. praksisnotatets avsnitt 4. Videre forklares det at ved en gjennomgang av praksis (før og etter Rt-2012-494) så vil søkere som anses at vil leve åpent vil få beskyttelse dersom homofil legning i seg selv utløser risiko for forfølgelse i hjemlandet (trinn 3 og 4), jf. notatets avsnitt 5.

Trinn 5 (dersom skjuler sin legning hva er årsaken til det?)

Når det kommer til vurderingen av hva som er årsaken til at søker vil leve i skjul ved retur beskrives den praksis UNE har lagt seg på, jf. avsnitt 7:

Som nevnt innledningsvis går Høyesterett under dette punktet et skritt lengre enn vår og andre land praksis. Ifølge Høyesterett har utlendingen krav på beskyttelse dersom frykten for forfølgelse er en «sentral» årsaksfaktor for klagerens hemmelighold. I den britiske høyesterettsdommen benyttes uttrykket «a material reason». Verken norsk eller britisk Høyesterett problematiserer hva som ligger i hhv. «sentral» og «material reason». I Justisdepartementets instruks om slike saker, gitt til UDI i etterkant Høyesterettsdommen, vises det til at «Frykten for forfølgelse trenger altså ikke være den eneste eller mest dominerende årsaken til at søkeren velger hemmelighold». Instruksen er ikke bindende for UNE, men er en rettskilde.

⁸⁴ UNE «Praksis i UNE – homofili» avsnitt 3: «Gjennomgangen har vist at det 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.»

⁸⁵ UNE «Praksis i UNE – homofili» avsnitt 3.

⁸⁶ I en sak går det uttrykkelig frem av vedtaket at UNE ikke tar stilling til troverdigheten av anførselen om homofili da det uansett ikke er avgjørende for resultatet, og det avslås på risiko. I en annen tok nemnda heller ikke stilling til troverdigheten av anførselen, selv om UDI hadde lagt til grunn at søker var troverdig.

⁸⁷ Epost av 7. januar 2015 fra UNE til rapportskriver.

RETTSKILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

Det beskrives her en praksis som resirkulerer den anførsel som UNE ikke nådde frem med i Høyesterett.⁸⁸ Videre beskrives en praksis der det legges til grunn som et rettslig utgangspunkt at Høyesterett ikke skal ha presisert hva som ligger i årsakkravet, selv om førstvoterende nettopp gir en slik veiledning til dette i premiss 58.⁸⁹

UNE har i et notat i en epost utarbeidet i anledning denne rapporten utdypet hvordan praksisnotatet burde forstås, men her bekreftes kun at meningen er å understreke at med trinn-for-trinn metoden tas ombord et omstridt vilkår om «en sentral årsak» («a material reason»).

For å underbygge at vilkåret er omstridt viste UNE i eposten til juridisk litteratur,⁹¹ og at vilkåret om en sentral i liten grad blir anvendt i statspraksis.⁹² UNE påpeker at de svenske retningslinjene (Rättschefens rättsliga ställningstagande om seksuell orientering fra 2011) ikke nevner at det skal gjelde et krav om at frykten for forfølgelse skal være en vesentlig («a material») årsak. UNE forstår ut fra dette at etter de svenske retningslinjene slik at forfølgelsesrisikoen må være «årsaken» til søkerens hemmelighold og ikke bare én årsak. At praksisnotatet er slik å forstå bekreftes også i en etterfølgende epost fra UNE:⁹³

Dette er et strengere kriterium enn det som oppstilles av Høyesterett i avsnitt 57, hvor det er tilstrekkelig at risikoen er en sentral årsak. I praksis vil det kunne ha stor betydning om risikoen skal være (den eneste) «årsaken» eller en «sentral» årsak. Det gjelder særlig i saker hvor det er mange grunner til hemmeligholdet, ikke bare forfølgelsesrisikoen (eks. sosialt press eller hensyn til familie).

Det gis i denne utdypningen ikke noen forklaring på hvorfor det at årsakkriteriet eventuelt skulle være omstridt skulle være av noen betydning i *etterkant av Rt-2012-494*. Høyesterett hadde fått fremlagt de svenske retningslinjene og var klar over at de ikke bemerket hvordan å vurdere saker der begrunnelsen for å skjule sin legning var sammensatt, jf. Rt-2012-494 avsnitt 44-48. Førstvoterende avklarer dernest den (eventuelle) usikkerhet som skulle råde som følge av at denne siden av forfølgelsesbegrepet er i utvikling, jf. 51:

Det samlede inntrykket av statspraksis er at den britiske dommen ikke kan sies å gi uttrykk for en festnet praksis, men at dette er et rettsområde i utvikling, og at utviklingen synes å gå i retning av den tilnærmingen det gis anvisning på.

⁸⁸ Rt-2012-949 avsnitt 21: Staten kan langt på vei tiltre testen, men mener det ikke er rettskildemessig dekning for å legge til grunn at en homofil som vil skjule sin legning ved retur til hjemlandet, har krav på beskyttelse der frykten for forfølgelse kun utgjør en sentral årsak - «a material reason» - for dette valget. Det må kreves at det er frykten for forfølgelse som er årsaken. Det utgjør ikke forfølgelse i konvensjonens forstand å måtte tilpasse seg de begrensningene i livsutfoldelse som gjelder for homofile i Irak. Retten til å leve åpent som homofil er en del av retten til privatliv, jf. blant annet EMK artikkel 8, men er ikke vernet av flyktningskonvensjonen.

⁸⁹ Rt-2012-494 avsnitt 58: «Der begrunnelsen for hemmeligholdet er sammensatt, må ikke årsakskravet forstås så strengt at det i realiteten utelukker søkere som har reell grunn til å frykte forfølgelse, når denne frykten er sentral for vedkommendes valg.» Det er for øvrig heller ikke riktig at den britiske domstolen ikke drøfter nærmere hva som ligger i årsakkravet.

⁹⁰ Epost av 2. desember 2014 hos rapportskriver.

⁹¹ UNE viser til de juridiske professorene Hathaway og Pobjoy i en artikkel publisert i *New York University Journal of International Law and Politics* i 2012 kritiserer en metode som ikke er basert på at forfølgelse som ikke faktisk vil finne sted, jf. også omtalen av denne i instruksens avsnitt 3. Artikkelen drøfter resultatet i HJ (Iran) og TJ (Cameroon) UKSC13. Artikkelen var fremlagt og vurdert av Høyesterett i saken i Rt-2012-494 uten at det førte til at Hathaway og Pobjoys syn ble lagt til grunn. Dette er derfor også en resirkulering av et argument som ikke nådde frem i Høyesterett. En juridisk artikkel kan heller neppe være egnet til å prege nemndledernes rettsforståelse og behandles ikke videre her.

⁹² Epost av 2. desember 2014 fra UNE til rapportskriver.

⁹³ Epost av 2. desember 2014 fra UNE til rapportskriver.

RETTSKILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

UNE gjør det således også i sin utdypning av praksisnotatet klart at her resirkuleres en anførsel som ikke førte frem i Høyesterett. Det er Høyesterett som i siste instans avgjør hvilken betydning det skal ha at EU-retten på et område er i utvikling. Likevel viser praksisnotatet at dette har blitt problematisert i UNEs vedtak.

Det ligger utenfor denne rapportens rammer å si noe om andre staters praktiserer årsakkravet er strengere. Det skal imidlertid knyttes en bemerkning til de svenske retningslinjene siden UNE viser eksplisitt til disse.

Det er gode grunner til å anta at de svenske retningslinjene gir uttrykk for et årsakkrav som er *mindre restriktiv* enn det Høyesterett har lagt til grunn. Rättschefens rättsliga ställningstagande avklarer praksis etter *HJ (Iran) TJ (Cameroon) UKSC13* og kommer til at trinn-for-trinn metoden kun skal anvendes så langt den passer. I Sverige har lovgiver forut for *HJ (Iran) TJ (Cameroon) UKSC13* tatt utgangspunkt i Høykommissærens anbefalinger om kjønnsrelatert forfølgelse som ikke anvender noe formelt årsakkrav. Det innebærer at en går ikke videre for å undersøke hvor sentral årsaken er, selv om søker også kan ha gitt andre begrunnelser for sin diskresjon.

At de svenske retningslinjene ikke kan tas til inntekt for et strengere årsakkrav følger også av Migrationsöverdomstolens praksis. Dom av 2013-12-19 (mål) nr UM 3853-13 utlegger de ulike rettskilder som legges til grunn (UNHCRs anbefalinger, Britisk Høyesterett, Rättschefens rättsliga ställningstagande og EU-domstolens avgjørelse i X,Y,Z). Redegjørelsen åpner ikke for at statene har anledning til å innfortolke et tilleggskrav om «en sentral årsak» i de saker der begrunnelsen er sammensatt.

4.3.3 Oppsummering: UNEs praksis etterlater tvil om implementeringen av trinn 1 og trinn 5

Praksisnotatet, som ble oppdatert ett år etter dommen i Rt-2012-494, er basert på en gjennomgang av ca. 30 saker.⁹⁴ Beskrivelsen av praksisnotatet anses som relevant for å kunne si noe om hvilke rettskilder som legges til grunn i UNEs vedtak i denne perioden. For en nærmere drøftelse av metodiske problemstillinger knyttet til bruk av praksisnotatet, se avsnitt 1.7 ovenfor.

UNEs praksisnotat indikerer at UNE i sine vedtak ikke følger trinn 1 i trinn-for-trinn metoden. I sin beskrivelse av praksis er det uklart om UNE i sine vedtak først tar stilling til troverdigheten legningen. I sine utdypende notater bekrefter UNE at de i praksis ikke anser det som nødvendig dersom det skal avslås på risiko, fordi disse avslagene er basert på en forutsetning om at søker blir trodd på sin anførsel. Dette er forståelig, men metoden angir klart at det skal *tas stilling til* om søker er homofil før en vurderer risiko (trinn 1).

UNEs praksisnotat etterlater også tvil om UNE i sine vedtak legger en uriktig rettsforståelse av årsakkravet i Rt-2012-494 avsnitt 57 og 58 til grunn. I praksisnotatet avsnitt 2 gjengis premissene korrekt. Det fremgår at dette avsnittet gir en bakgrunn for det endrede notatet, og ikke beskriver hva UNE faktisk gjør i sine vedtak. Det er i avsnitt 6 og 7 som UNEs praksis beskrives, og her fremkommer at rettssetningen fra Rt-2012-494 ikke gjengis korrekt i praksis. Derneft, i sin beskrivelse av praksis, fremgår at UNE i sine vedtak problematiserer det årsakkravet Høyesterett har falt ned på ved å resirkulere anførsler staten ikke vant frem med i saken for Høyesterett. Hvilke forvaltningsmessige konsekvenser det kan ha at UNE i sine vedtak tar et rettslig utgangspunkt der anførsler fremgår ikke klart av praksisnotatet. Det gir i det minste grunn til å stille spørsmål om det

⁹⁴ E-post av 2. og 3. desember 2014 fra UNE til rapportskriver.

RETTSKILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

kan ha hatt den konsekvens at årsakkravet burde ha vært utredet i flere saker, når det i samme avsnitt 7 opplyses at årsakkravet sjelden kommer på spissen (trinn 5).

(De relevante delene av praksisnotatet er inntatt i egen boks på neste side.)

4.4 Konvertittsaker og UDIs grunnlag for ikke å foreslå praksisendring som følge av *Y og Z mot Tyskland*

EU-domstolens storkammeravgjørelse *Y og Z mot Tyskland* omtaler diskresjonskravet i en religionssak, der resultatet var at det var irrelevant hvorvidt søker kunne unngå forfølgelse ved å skjule sin tro. Som beskrevet ovenfor under avsnitt 3.6 inneholder dommen uttalelser som kan fravike noe fra norsk forvaltningspraksis.

UDI har ikke ansett det nødvendig å forelegge Justisdepartementet om å endre praksis som følge av *Y og Z mot Tyskland*. EU-dommer er ikke bindene for Norge og en eventuell praksisendring gjøres ut fra harmoniseringshensyn.

UDI har opplyst at da dommen ble avsagt tok UDI den til vurdering, men kom til at UDIs praksis var innenfor det som fulgte av dommen. Praksis i UDI innebar at søkere ikke blir pålagt å skjule sin tro ved retur. UDI foretar konkrete vurderinger i hver enkelt sak av hvordan søkere vil praktisere sin religion ved retur. Dersom UDI kommer til at en søker i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at han eller hun vil praktisere sin religion på en måte som medfører en reell risiko for forfølgelse, vil UDI innvilge beskyttelse. Praktiseringen gjelder ikke bare misjonering. UDI forventer ikke at søkeren ved retur skal avstå fra denne måten å praktisere sin religion på.

I UDIs praksisnotater, f eks det for Iran som representerer en stor andel av konvertittsakene, nevnes særskilt de profilerte og misjonerende kristne som grupper som kan risikere forfølgelse.⁹⁵ Oppregningen er ikke uttømmende (det står «blant annet»), og i den delen av avsnittet som er unntatt offentlighet nevnes flere momenter i den individuelle vurderingen. Notatet inneholder imidlertid ingen formuleringer som gjenspeiler domstolens resonnement om at visse sider som ligger til kjernen av søkers religiøse identitet kan utgjøre en risikofaktor. Det inneholder heller ingen angivelse av at det bør tas stilling til om søker har konvertert før risiko vurderes.

Y og Z mot Tyskland omhandler en Ahmadyia fra Pakistan. I UDIs praksisnotat om Pakistan legges det til grunn at de ulike religiøse minoriteter, herunder Ahmadyia, «som utgangspunkt ... ikke risikerer forfølgelse alene på grunn av sin religion, men kan komme i en utsatt situasjon i forbindelse med lokale konflikter».⁹⁶ I lys av det som fremgår om landinformasjon og drøftelsen av betydningen av religionens kjerne og periferi i *Y og Z mot Tyskland* er praksisnotatet ikke helt dekkende og lite informativ om at søkere som kan foreta handlinger som er perifere til troen men som kan sies å ligge til kjernen av søkers religiøse identitet kan utgjøre en risikofaktor.

Fra dette kan det konkluderes at UDIs praksis harmoniserer med rettsutviklingen i EU.

⁹⁵ F eks PN 2010-009: Asylpraksis - Iran (29.01.2014) avsnitt 2.1 andre avsnitt (unntatt offentlighet).

⁹⁶ PN 2012-002: Asylpraksis - Pakistan (29.01.2014).

Praksisnotat av 08.04.2013 Praksis i UNE -Seksuell orientering (homofili) som asylgrunn (utdrag)

1. Innledning

Temaet for notatet er når seksuell orientering, i praksis vanligvis homofili, gir grunnlag for beskyttelse etter utlendingsloven § 28 første ledd, jf. §§ 29 og 30. Gjennomgangen har vist at UNE foretar en konkret og helhetlig vurdering i hver enkelt sak.

...

Dette praksisnotatet er basert på vedtak innhentet fra asylseksjonene. Det tas forbehold om at ikke alle vedtak der homofili/seksuell orientering er en sentral anførsel er kommet med i gjennomgangen.

2. Kort om rettsstilstanden på området

Den mest sentrale rettskilden på området er Høyesteretts dom av 29. mars 2012 inntatt i Rt. 2012 s. 494. Saken dreide seg om en irakisk borger som i 2002 ankom Norge og søkte om beskyttelse bl.a. på grunnlag av anførsler om at han er homofil. Høyesterettsdommen klargjør hvilke spørsmål som det må tas stilling til i denne type saker. Høyesterettsdommen er i det vesentlige i samsvar med UNEs tidligere praksis, men når det gjelder årsaker til selvpålagt diskresjon i premiss 58, går Høyesterett et skritt lengre enn vår og andre lands praksis. På bakgrunn av Høyesterettsdommen kan vi utlede følgende vurderingstema i saker hvor seksuell orientering er gitt som asylgrunn: ...

☐ Dersom klageren derimot vil skjule sin seksuelle orientering blir det neste spørsmålet om vedkommende gjør dette av redsel for forfølgelse. Dette vil bli behandlet nærmere i pkt. 6.

☐ Dersom bakgrunnen for hemmeligholdet er sammensatt blir neste spørsmål om redsel for forfølgelse er en «sentral årsak» for vedkommendes valg om å leve skjult. Dette vil bli behandlet nærmere under pkt. 7.

☐ Dersom vilkårene for beskyttelse ikke er oppfylt må man ta stilling til om det er grunnlag for å gi vedkommende opphold på humanitært grunnlag. Dette vil bli behandlet i pkt. 8. ...

6. Er årsaken til at vedkommende skjuler sin seksuelle orientering redsel for å bli utsatt for forfølgelse

Forutsetningen for at det blir aktuelt å vurdere dette spørsmålet er at vedkommende vil risikere forfølgelse dersom han står åpent frem om sin seksuelle orientering. Det som er sentralt å få avklart under dette punktet er om årsaken til hemmeligholdet er redsel for overgrep som faller inn under forfølgelsesbegrepet i loven og konvensjonens forstand, eller om hemmeligholdet er begrunnet ut i fra andre årsaker enn frykt for forfølgelse. Slike årsaker kan f.eks. være:

☐ Det ikke er sosial akseptert. Personer kan frykte at deres seksuelle orientering vil medføre sosial fordømmelse og påføre familien skam.

☐ Man ønsker å holde orienteringen for seg selv fordi en selv mener det er et privat anliggende.

Dersom vedkommende vil holde sin seksuelle orientering skjult pga sosialt press vil søknaden etter praksis som utgangspunkt avslås – såfremt de sosiale sanksjonene ikke er av en slik karakter eller omfang at de i seg selv utgjør forfølgelse, jf. Rt. 2012 s. 494 premiss 57. Vurderingen av hva som er årsaken til at klageren eventuelt vil holde sin legning skjult ved en retur kan derfor være avgjørende for utfallet av saken.

Som nevnt under pkt. 4 er det ikke eksempler i UNEs praksis på at sosiale sanksjoner har fått en slik karakter eller omfang at de i seg selv utgjør forfølgelse. Hvis det derimot er funnet sannsynliggjort at hemmeligholdet er redsel for forfølgelse viser praksis at klageren innvilges beskyttelse.

7. Er frykten for forfølgelse en «sentral årsak» for vedkommendes valg om å leve skjult

Høyesterett tar i Rt. 2012 s. 494 også opp problemstillingen hvordan beskyttelse skal vurderes der årsaken til hemmeligholdet er sammensatt. Som nevnt innledningsvis går Høyesterett under dette punktet et skritt lengre enn vår og andre land praksis. Ifølge Høyesterett har utlendingen krav på beskyttelse dersom frykten for forfølgelse er en «sentral» årsaksfaktor for klagerens hemmelighold. I den britiske høyesterettsdommen benyttes uttrykket «a material reason». Verken norsk eller britisk Høyesterett problematiserer hva som ligger i hhv. «sentral» og «material reason». I Justisdepartementets instruks om slike saker, gitt til UDI i etterkant Høyesterettsdommen, vises det til at «Frykten for forfølgelse trenger altså ikke være den eneste eller mest dominerende årsaken til at søkeren velger hemmelighold». Instruksen er ikke bindende for UNE, men er en rettskilde.

Gjennomgang av vedtak fattet i UNE etter Høyesterettsdommen viser at dette spørsmålet sjeldent kommer på spissen i våre saker.

4.5 Konvertittsaker og UNEs notater om Y og Z mot Tyskland

4.5.1 Notater og annet som er utarbeidet av UNE i konvertittsaker

UNE utarbeidet i 2009 et praksisnotat om religion, «Anførsler om forfølgelse på grunn av religion (Paragrafhenvvisninger er til tidligere lov/forskrift) (sist revidert 2013).⁹⁷

Rapportskriver har også fått fremlagt fra UNE interne korte notater knyttet til diskresjonsplikten som er utarbeidet til denne rapportens formål; ett om konvertittsaker fra Iran og ett om konvertittsaker fra Afghanistan.⁹⁸ De korte notatene er ment å svare på de spørsmål som ikke fremgår av praksisnotatene. UNE anser at disse tilleggsbemerkningene gir et kortfattet og oppdatert bilde av siste års praksis, men de er ikke utarbeidet på samme grunnlag som et praksisnotat der en har foretatt en fullstendig gjennomgang av praksis.

Videre har rapportskriver fått til gjennomsyn standardmerknader til bruk i konvertittsaker fra Iran og Afghanistan når det holdes nemndsmøte med personlig fremmøte. Av disse fremgår hvilke tema som det som det i utgangspunktet vil være relevant å belyse.⁹⁹

I tillegg foreligger et internt notat om religion som det er opplyst ikke er å anse som et praksisnotat men et notat fra Øyvind Dybvik Øyen, seniorrådgiver i seksjon for generelle juridiske saker i UNE. UNE har opplyst at notatet ikke er å anse som et praksisnotat (beskrivelse av UNEs praksis) men står for hans egen regning og er mer å anse som en rettskilde. Notatet ligger på UNEs intranett som en av flere flyktningerettslige kilder, og er et informasjonsnotat som angir de alminnelige rettslige utgangspunktene.¹⁰⁰ Det er utover dette opplyst at notatet ikke har et bestemt formål i saksbehandlingen til UNE.

I merknadsmalen for konvertittsaker fra Iran er det interne notatet imidlertid beskrevet slik:

Sekretariatet anbefaler at det vedlagte notatet «Forfølgelse på grunn av religion» (01.07.2013) utarbeidet av praksisrådgiver i UNE Øyvind D. Øyen, leses i sin helhet. Notatet som er på fire sider tar opp hva religionsfrihet omfatter, hva som kan anses som forfølgelse på grunn av religion og om metoden i Rt-2012-494 for seksuell orientering skal brukes i saker om religion, noe som ofte anføres og som for tiden er tema i flere av de pågående rettssakene som gjelder konvertitter fra Iran.

I merknadsmalen er det også vist til noen andre rettskilder, men kun dette notatet fremheves som noe som anbefales at leses i sin helhet. Det antas derfor at det interne notatet, i alle fall i iransaker, fungerer som en veiledning om hvilke rettssetninger som etter et likebehandlingsprinsipp som bør legges til grunn når det gjelder diskresjonskravet.

⁹⁷ UNE «Anførsler om forfølgelse på grunn av religion (Paragrafhenvvisninger er til tidligere lov/forskrift) Praksisnotat av 09.10.2009 (sist revidert 2013) tilgjengelig på <http://www.une.no/Praksis2/Notater/Anforsler-om-forfolgelse-pa-grunn-av-religion/>.

⁹⁸ Hos rapportskriver: eposter av 2. og 3. desember 2014 fra UNE; UNE internt notat «Sammendrag av praksis konvertittsaker Afghanistan» av desember 2014; og UNE internt notat «Praksis iranske konvertitter 2009 – 2014» av desember 2014.

⁹⁹ Ikke hos rapportskriver.

¹⁰⁰ Epost av 2. desember 2014 fra UNE til rapportskriver.

RETTSKILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

4.5.2 Praksisnotatet UNE «Anførsler om forfølgelse på grunn av religion» av 09.10.2009 (rev. 2013)

Det foreligger et offentliggjort praksisnotat om religionssaker «Anførsler om forfølgelse på grunn av religion» fra 2009.¹⁰¹ UNE har opplyst at praksisnotatet ikke er oppdatert, men at det ble endret i 2013 ved at det ble lagt inn to setninger om at det er en konkret, fremtidsrettet vurdering og ikke en diskresjonsplikt eller en normativ vurdering som ligger til grunn for UNEs praksis.¹⁰²

UNE har opplyst at de anser at storkammeravgjørelsen *Y og Z mot Tyskland* samsvarer med egen praksis og har derfor ikke ansett at det er noe behov for endring. Som vist til ovenfor i avsnitt 3.6 klargjorde dommen at:

- dersom en handling kunne anses som en så grunnleggende del av søkers religiøse identitet at en ikke kunne forvente at hun skulle avstå fra den så vil det utgjøre en risikofaktor under vurderingen av om det foreligger et beskyttelsesbehov
- hvorvidt handlingen hører til troens kjerne eller periferi er ikke relevant for å vurdere beskyttelsesbehovet så lenge den er å anse som en så grunnleggende del av søkers religiøse identitet
- det kan ikke pålegges et diskresjonskrav mot handlinger som er å anse som en så grunnleggende del av søkers religiøse identitet

I etterkant av dommen *X og Y mot Tyskland* har det kommet en rapport fra NOAS om UNEs praksis hva angår kristne konvertitter fra Iran. Særlig relevant for denne rapporten er konklusjonen om at UNE forutsetter at konvertitter ved retur til Iran kan tilpasse seg hjemlandets sosiokulturelle normer.¹⁰³

UNE har kommentert NOAS-rapporten på sine hjemmesider under det som omtales som «artikler om praksis».¹⁰⁴ UNE tilbakeviser kritikken fordi NOAS ikke har tatt med at det i praksisnotatet «Anførsler om forfølgelse på grunn av religion» fremgår at UNE skriver i sine konvertittvedtak at det skal foretas en «konkret sannsynlighetsvurdering av hva han rent faktisk kommer til å gjøre» og «ikke en normativ vurdering av hva han kan gjøre eller med rimelighet bør gjøre for å unngå forfølgelse.»

NOAS sin kritikk angår imidlertid hva NOAS mener at UNE faktisk gjør, ikke hva som fremgår innledningsvis i den rettslige utlegningen i vedtaket. I NOAS' rapport fremgår at de har konkludert med at UNEs vedtak er rettsstridige fordi de mener at søkerne må tåle begrensninger i sin praktisering av sin tro, selv om det kan bryte med menneskerettighetene.¹⁰⁵ Til dette svarer UNE at den mener at NOAS tar feil som følge av at det asylrettslige spørsmålet ikke er hva søker har rett til å gjøre etter EMK art 9 nr. 2 og SP artikkel 18 nr. 3, men hva han kommer til å gjøre og i så fall kan risikere.¹⁰⁶

¹⁰¹ UNE «Anførsler om forfølgelse på grunn av religion» Praksisnotat av 09.10.2009 <http://www.une.no/Praksis2/Notater/Anforsler-om-forfolgelse-pa-grunn-av-religion/>

¹⁰² Epost av 2. desember fra UNE til rapportskriver. I eposten ble årsaken til endringer forklart med at det var ønskelig å tilbakevise påstander i media og unngå misforståelser om UNEs praksis.

¹⁰³ NOAS «Tro, håp og forfølgelse. NOAS' rapport om kristne konvertitter fra Iran» (2014) side 9 og side 33-4.

¹⁰⁴ UNE «NOAS tar feil om UNEs praksis» publisert på UNEs hjemmesider 3. juli 2014 tilgjengelig på <http://www.une.no/no/Aktuelt/Artikler/Misfortatt-om-konvertitter/>. I en kronikk av Øyvind Øyen som har nær likelydende tekst «Feil om UNEs praksis», publisert i Dagen 7. juli 2014, er også lagt ut på UNEs hjemmesider, tilgjengelig på <http://www.une.no/no/Aktuelt/Kronikker/Feil-om-UNEs-praksis/>

¹⁰⁵ NOAS «Tro, håp og forfølgelse. NOAS' rapport om kristne konvertitter fra Iran» (2014) side 33-4.

¹⁰⁶ UNE «NOAS tar feil om UNEs praksis» artikkel om praksis av 3. juli 2014: «Det er ingen tvil om at menneskerettighetene gir søkeren full rett til å misjonere og utøve sin religion i hjemlandet. Rammene for religionsutøvelse er vide, jf. EMK art. 9 nr. 2 og FN konvensjonen om sivile og politiske rettigheter art. 18 nr. 3. Det asylrettslige spørsmålet er ikke hva han har rett til å gjøre, men hva han kommer til å gjøre og i så fall kan risikere. Det er ikke det samme. Og det er her

RETTSKILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

UNE har også et internt notat skrevet av Øyvind Dybvik Øyen «Forfølgelse på grunnlag av religion» av 1. juli 2013 som nevnt ovenfor. Notatet er unntatt offentlighet men gjort tilgjengelig i anledning arbeidet med denne rapporten.¹⁰⁷ Notatet benyttes blant annet i merknadsmalene til nemndsmøter.

I tillegg har UNE utarbeidet to notater i anledning denne rapporten som er oversendt rapportskriver.¹⁰⁸ Ett gir en oppdatering av praksis i konvertittsakene fra Iran. Ett gir en statistisk oversikt over konvertittsakene fra Afghanistan. Dernest er UNEs syn på om det foreligger et diskresjonskrav i konvertittsaker utdypet i eposter av 2. og 3. desember.¹⁰⁹

4.5.3 Vurderingen av troverdighet om konverteringen (trinn 1 i LHBTI-saker)

Det fremgår ikke noe sted i praksisnotater eller andre notater at det skal tas stilling til om søker har konvertert, før en tar stilling til risiko, jf. blant annet Generaladvokatens uttalelse i *A, B, C mot Nederland* (om tre homofile) som ga en generell uttalelse om at det følger av EU-direktivets system at en skal ta stilling til faktum først og dermed om anførselen er troverdig. Dette trekker i retning av at trinn 1 i metoden ikke bare skal gjelde i LHBTI-saker.

UNE har i et oppklarende notat bekreftet at praksis er slik at vedtaksfatter ikke tar stilling til realiteten i konverteringen dersom UNE uansett kan avslå på risiko.

4.5.4 Vurdering av om det foreligger en generell risiko for søkere som er åpne om sin tro (trinn 2 i LHBTI-saker)

Det fremgår av praksisnotatet at det i vedtakene tas stilling til om det foreligger en generell risiko for søkere som står frem offentlig om sin tro. Dersom det foreligger slik risiko, slik som tilfellet f eks er med Afghanistan, innvilges beskyttelse (trinn 3 og 4).

For andre land der det ikke foreligger slik generell risiko, vurderes risikosituasjonen for misjonerende og andre med en religiøs profil. For denne gruppen pålegger ikke UNE i sine vedtak noe diskresjonskrav.

Det fremgår ikke noe sted i praksisnotater eller andre notater at det skal identifiseres risikofaktorer knyttet til om søker ønsker å utføre andre handlinger enn misjonering eller religiøst lederskap som er så grunnleggende for den religiøse identitet at han ikke med rimelighet kan forventes å avstå fra den.

På spørsmål til UNE om rettssetningen om at det heller ikke skal utøves noe diskresjonsplikt overfor handlinger som er grunnleggende for søkers «religiøs identitet», jf. avsnitt 70 i X og Y mot Tyskland, favner noe videre enn misjonering og religiøst lederskap bekrefter UNE at det heller ikke for dette pålegges noen diskresjonsplikt.¹¹⁰ Det ble også vist til notatet som gir et sammendrag av praksis i Iran

NOAS bommer i sin kritikk. NOAS hevder bl.a. at UNE ikke kan «pålegge konvertitter en begrensning i religionsutøvelse» fordi begrensningene må hjemles i menneskerettighetene. Igjen: Det er ingen tvil om hva de har rett til å gjøre. Det UNE skal vurdere er hva de faktisk kommer til å gjøre og kan risikere.

¹⁰⁷ UNE v/ Øyvind Øyen «Internt notat til B1 (nemndsmøter m.m.) «Forfølgelse på grunnlag av religion» av 1. juli 2013 (hos rapportskriver).

¹⁰⁸ UNE «UNEs praksis i konvertittsaker fra Iran. Oversikt over praksis frem til september 2014.

¹⁰⁹ Epost av 2. og 3. desember fra UNE til rapportskriver (hos rapportskriver).

¹¹⁰ E-post av 3. desember 2014 fra UNE (hos rapportskriver). Etter en redegjørelse fra UNE om X og Y mot Tyskland og hvorfor trinn-for-trinn metoden ikke bør få anvendelse i konvertittsaker spør rapportskriver: «... det spørsmålet jeg [rapportskriver] ønsket at dere kunne ta stilling til var om det gjaldt bare misjonering eller om UNE legger til grunn alle handlinger som etter en bevisvurdering må anses å være av så stor viktighet at det angår søkers mulighet til å bevare sin religiøse identitet, jf. avsnitt 70, men det går kanskje frem av notatet som ble sendt over. Jeg skal lese det.» UNE svarer til dette: «Dette er en konkret vurdering i hver enkelt sak. UNE pålegger ingen å leve diskret. Dersom vi mener at klagerens aktivitet mv. kan medføre forfølgelse så vil vedkommende gis tillatelse. Viser for øvrig til de kortfattede sammendragene av praksis for iranske og afghanske konvertitter».

RETTSKILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

og Afghanistan saker de siste årene som blant annet viser til at landinformasjon fra 2011 viste at det hadde skjedd en forverring for kristne og konvertitter i Iran.¹¹¹

Det interne notatet fra Øyvind Øyen omtaler ikke EU-domstolens bruk av begrepet grunnleggende for søkers religiøse identitet i dommens avsnitt 70.¹¹²

Når det gjelder betydningen av om den handlingen som kan utløse forfølgelse ligger til kjernen eller periferien av trosretningen, som EU-domstolen i *X og Y mot Tyskland* ikke er relevant, har UNE ingen merknad om det i sitt praksisnotat. F.eks. settes ikke omtalen av religionsfriheten som en menneskerettighet med en indre og ytre del i kontekst med forfølgelsesbegrepet i flyktningretten.¹¹³ Dette etterlater tvil om det i praksis foretas en slik sonndring i den rettsoppfatning som legges til grunn i vedtakene.

4.5.5 Diskresjonskravet (trinn 5 i LHBTI-saker)

Som nevnt ovenfor har UNE overfor NOAS ment at søkerne ikke pålegges noen diskresjonsplikt om egen tro fordi UNE kun undersøker hvordan søker med sannsynlighet forventes å opptre ved retur. I tilfellet Iranske konvertitter betyr det at det ikke pålegges en diskresjonsplikt selv om et vedtak går ut på at iranske konvertitter kan returnere til Iran såfremt de etter en samlet bevisvurdering antas å ville utøve sin religion innenfor de sosiokulturelle rammene i Iran.¹¹⁴

UNE bør kunne stå fast på at det er en faktisk vurdering å ta stilling til hvorledes religionsutøvelsen vil gi seg uttrykk i hjemlandet. I seg selv utgjør ikke dette en normativ vurdering.

Den betydning den faktiske vurderingen får for utfallet av saken er like fullt en normativ vurdering. En faktisk vurdering vil få en normativ betydning når UNE i et oppklarende notat om egen praksis legger til grunn et *resonnement* som består av følgende deler:¹¹⁵

- 1) en som av eget ønske holder sin religion for seg selv
- 2) kan ikke ha rett til beskyttelse utfra en tanke om at vedkommende eventuelt ville blitt forfulgt
- 3) dersom han mot sitt ønske hadde misjonert.

¹¹¹ Her ble det derimot kun omtalt at som følge av ny landinformasjon i 2011 ble det innvilget noe flere saker: «I begynnelsen av 2011 mottok UNE informasjon som tydet på forverrede forhold for kristne konvertitter i Iran. UNE foretok da en praksisavklaring for å få klarlagt hvilken betydning dette skulle ha for risikovurderingen. Under denne praksisavklaringen i 2011 – 2012 ble 40 konvertittsaker behandlet i nemndsmøte. Av disse ble 15 innvilget beskyttelse.»

¹¹² UNE, Øyvind Øyen «Internt notat til B1 (nemndsmøter m.m.). Forfølgelse på grunnlag av religion» av 01.07.13. Notatet omtaler Y og Z mot Tyskland slik: «I Y og Z mot Tyskland (2012) tok EU-domstolen (Storkammeret) stilling til spørsmålet om enhver krenkelse av religionsfriheten kan utgjøre forfølgelse. Svaret var nei. Det må foreligge en alvorlig krenkelse som har en betydelig effekt på klageren for at det skal være mulig å anse det som forfølgelse. Det er ikke avgjørende om krenkelsen berører den indre eller ytre del av religionsfriheten. Myndighetene må vurdere alle inngrep for å avgjøre om de er tilstrekkelig alvorlige til å utgjøre forfølgelse. Det sentrale er inngrepets iboende alvor og konsekvenser for den enkelte. For å kunne anses som forfølgelse må krenkelsen være like alvorlig som et brudd på de ufravikelige rettighetene i EMK art. 15 (2).7 Avgjørelsen er ikke bindende for Norge (bare EU-stater), men er likevel av stor interesse.

¹¹³ Utlendingsnemnda «Anførsler om forfølgelse på grunn av religion» (Paragrafhenvvisninger er til tidligere lov/forskrift) Praksisnotat av 09.10.2009, <http://www.une.no/Praksis2/Notater/Anforsler-om-forfolgelse-pa-grunn-av-religion/>.

¹¹⁴ Om iranske konvertitter skriver UNE i praksisnotatet «Anførsler om forfølgelse på grunn av religion» fra 2009 med de to setningene som kom inn i 2013 for å besvare omtale av UNE i media: «I vedtakene vurderes det derfor hvordan religionsutøvelsen vil gi seg uttrykk i hjemlandet. Dette er ikke en normativ vurdering som pålegger en bestemt adferd, f.eks. å skjule sin religion, men en konkret vurdering av hvordan konvertitten antas å ville utøve sin religion.»

¹¹⁵ Kommentar til utkast til rapport som vedlegg til epost av 2. desember 2014 fra UNE til rapportskriver.

RETTSKILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

Det er det tredje elementet i resonnementet som vil inneholde et diskresjonskrav eller en normativ vurdering, *med mindre* det undersøkes *hvorfor* det vil være mot hans eget ønske å misjonere. Dersom dette er av frykt for forfølgelse vil det innebære et diskresjonskrav å gi den faktiske vurderingen den betydning at søker vil skjule sin religion ved retur.

Resonnementet gir imidlertid uttrykk for UNEs anførsel om at det bare er den forfølgelse som faktisk kan finne sted som kan gi rett til beskyttelse er for øvrig i samsvar med det rettslige standpunkt som Hathaway og Pobjoy har inntatt i sin kritikk mot *HJ (Iran)* *HT (Cameroon)* *UKSC31*, men som ikke førte frem i Høyesterett i saken i Rt-2012-494.

Rapportskriver antar at selv om det per i dag ikke foreligger et formelt krav der forvaltningen må undersøke hva som er årsaken til at søker av eget ønske vil skjule sin tro ved retur, vil unnlatelsen av å gjøre dette lett kunne føre til at søker pålegges å skjule sin tro for å hindre forfølgelse.

4.5.6 Oppsummering: Praktiserer UNE et diskresjonskrav i konvertittsaker?

UNE anser at praksisnotatene gir uttrykk for at det ikke praktiserer et diskresjonskrav når det i vedtak tas stilling til hvorledes religionsutøvelsen vil gi seg uttrykk i hjemlandet, herunder om søker anses å faktisk ville innrette seg etter hjemlandets sosiokulturelle normer. I *seg selv* utgjør ikke dette en normativ vurdering. Men, den *betydning* som denne bevisvurderingen gis vil være normativ, dersom det ikke samtidig undersøkes hvorfor søker vil opptre diskre ved retur.

Når UNE i sine notater utarbeidet til denne rapporten har et resonnement der en søker ikke kan ha rett til beskyttelse utfra en tanke om at vedkommende eventuelt ville blitt forfulgt dersom han mot sitt ønske hadde misjonert, etterlater dette et inntrykk av at UNE praktiserer et diskresjonskrav dersom årsaken ikke undersøkes (eventuelt Hathaways teori).

Det er riktignok grunn til å tro at mange saker avslås på troverdighet (trinn 1 i LHBTI-saker) og på risiko (trinn 2 i LHBTI-saker) i klageomgangen. Likevel er det å forvente at når det totale saksomfanget er på rundt 557, heriblant ca. 197 klagesaker (32 fra Afghanistan og ca. 165 klagesaker fra Iran) og ca. 360 omgjøringsanmodninger (95 fra afghanske asylsøkere og ca. 265 fra iranske asylsøkere), så burde det oppstå i alle fall et visst volum med saker der årsaken til at søker vil utvise diskresjon ved retur må utredes.

Det er derfor grunn til å stille spørsmål om UNE bør sikre en rutine for en langt hyppigere utredning av årsaken til en diskresjon som er relevant for risiko for forfølgelse.

UNE har over tid vært utsatt for kritikk når det gjelder dette spørsmålet. I denne situasjonen synes det formålstjenlig at merknadsmalen utrustes med en standardtekst som innebærer at årsaken må utredes når det vil utløse risiko for forfølgelse dersom søker mot sitt ønske overskrider de sosiokulturelle normer. Det skal lite til før det er behov for å undersøke årsakkravet. En slik endring antas å avklare den tvil som nå rår om UNEs praksis, og vil i tillegg sikre likebehandling.

HESTENES og DRAMER & Co

RETTSKILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

5 Bruk av andre kilder enn rettskilder

5.1 Innledning

Andre kilder som ikke er rettskilder kan omfatte søkers dokumentasjon om forhold fra hjemlandet, landinformasjon, erklæringer om f eks dåp eller dokumentasjon på tilhørighet i et religiøst- eller et LHBTI-miljø her i Norge, samt helseerklæringer.

5.2 Søkers dokumentasjon om egne forhold fra hjemlandet

Søkers egen dokumentasjon kan utgjøre etterlysninger, fengslingsdokumenter, dommer, medlemskort eller andre erklæringer om tilhørighet til en gruppe, dåpsbevis, helseattester etc. Rapporten skal vurdere bruk av alle typer kilder i saksbehandlingen trinn for trinn, herunder søkerens egen dokumentasjon. Formålet vil her være å registrere hva slags dokumenter det dreier seg om og om UDI og UNE ser hen til disse kildene. Særlig vil det gjelde erklæringer fra religiøse og LHBTI-miljøer.

Det faller utenfor oppdraget å gjennomgå hvilken vekt slike dokumenter er gitt i den konkrete vurderingen av hver sak. Det er derfor ikke foretatt noen systematisk gjennomgang av innholdet i de dokumentene som søker har fremlagt i sin sak.

5.3 Helseerklæringer

Helseerklæringer kan reise spørsmål om dokumentasjon av erfart forfølgelse eller særlig sårbarhet ved retur. I saksporteføljene var det ingen slike erklæringer som kunne anses å ha betydning for utfallet av vurderingen av beskyttelsesbehovet til søker. Disse omtales derfor ikke nærmere her.

5.4 Landinformasjon

En asylforklaring skal alltid vurderes opp mot tilgjengelig landinformasjon. Landinformasjon utgjør en del av de faktiske omstendigheter som kan avgjøre om det foreligger en velbegrunnet risiko for forfølgelse ved en retur.

En av innvendingene fra i NOAS sin rapport, det kirkelige og LHBTI-miljøet er at vurderingen av beskyttelsesbehovet til konvertitter og homofile baserer seg på uriktig, ufullstendig eller omtrentlig landinformasjon.¹¹⁶ Det skal derfor gis en beskrivelse av hva som kjennetegner «landinformasjon» fra andre beskrivelser av forholdene i asylsøkeres hjemland (5.4.1).

En annen innvending er at utlendingsmyndighetene i for stor grad fester lit til det deres egen fagenhet for landinformasjon, Landinfo, uttaler. Det skal derfor også gis en beskrivelse av hvilken betydning Landinfo har for saksbehandlingen i UDI og UNE (5.4.2).

5.4.1 Hva er landinformasjon

Landinformasjonsrapporter til bruk i asylvurderingen skiller seg fra andre beskrivelser av søkers hjemland ved at de har et særlig fokus på en vurdering av påliteligheten av informasjon, at informasjonen omtaler generelle tendenser om hvilke grupper som er særlig utsatt for alvorlige reaksjoner, og at de ikke inneholder vurderinger av risiko eller annen predikativ informasjon. Landrapporter sammenstiller dernest det som anses som pålitelig informasjon for å kunne trekke noen slutninger om forfølgelsessituasjonen i landet.

¹¹⁶ NOAS “Tro, håp og forfølgelse ...” (2014).

ANDRE KILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

5.4.1.1 Pålitelighet og metode

Landinformasjon, slik det er benyttet som begrep i den internasjonale flyktningretten, skiller seg fra annen fagkunnskap om forholdene i et land ved at metoden gir en særlig god forutsetning til å vurdere hva som er *pålitelig* informasjon. Alle som produserer landrapporter skal legge samme metode til grunn; all relevant offentlig tilgjengelig landinformasjon (andres lands landrapporter, feltarbeid gjennomført av FN eller NGOer, avisoppslag, egne kildeutsagn etc.) samles inn, påliteligheten av informasjonen vurderes og dernest sammenstilles denne informasjonen i en rapport.

Metoden anerkjenner også at enkelte aktører kan skrive rapporter som har en tilleggsverdi («added value») som følge av at de har et særlig mandat for tilstedeværelse i et land som gjør at de har tilgang til kilder som andre ikke har (f.eks. vil Røde Kors og Amnesty International i enkelte land være de eneste aktørene som har tillatelse til å besøke fengsler og undersøke forhold knyttet til tortur). FNs Høykommissær for flyktninger anses av flere grunner å ha organisatoriske og andre fortrinn som gjør at de kan komme med autoritative landspesifikke anbefalinger.¹¹⁷ Det følger av utlendingsloven § 98 at norske myndigheter skal samarbeide med de autoritative uttalelsene til UNHCR, og av utlendingsforskriftens § 16-4 at Justisdepartementet skal varsles dersom UDI vurderer en praksis som bryter med UNHCRs landspesifikke anbefalinger.

Denne felles tilnærmingen har ført til at det sjelden oppstår uenighet om hva som utgjør pålitelig landinformasjon. Det er likevel en kjensgjerning at landinformasjonsrapporter fra tid til annen må endres fordi det oppdages at en har basert seg på upålitelige kilder. Et viktig prinsipp for å unngå at slike situasjoner oppstår er å være varsom med å omtale et forhold dersom det er tvil om kildene er pålitelige.¹¹⁸ Praksis hos f.eks. FNs Høykommissær for flyktninger, Storbritannias landinformasjonsenhet COI og det svenske Migrationsverkets Lifos er i slike situasjoner ikke å omtale et tema hvis det ikke foreligger et tilstrekkelig kildeutvalg til å konkludere om det foregår menneskerettsbrudd eller ikke, istedenfor å avstå og skrive om det eller eventuelt benytte formuleringer som at rapportskriver «ikke har kunnet bekrefte eller avkrefte».¹¹⁹

Det fremgår i brev fra det geistlige miljøet til UNE at det er en tilbakevendende bekymring for den landkunnskap som legges til grunn fordi den oppfattes å relativisere og bagatellisere trusselbildet mot konvertitter i Iran.¹²⁰

Dette er en relevant problemstilling for det sivile samfunn å ta opp. Noen rapporter, f.eks. en fact finding rapport om konvertitter i Iran som er ment til bruk i norsk forvaltning, inneholder konklusjoner som helt eller delvis er basert på at en kilde ikke har hørt om et fenomen.¹²¹ Dersom forvaltningen

¹¹⁷ Cecilie Schjærvet «The makings of UNHCR guidelines ...» (2010).

¹¹⁸ Cecilie Schjærvet «The makings of UNHCR guidelines ...» (2010).

¹¹⁹ Cecilie Schjærvet «The makings of UNHCR guidelines ...» (2010).

¹²⁰ Korrespondanse mellom menigheter og UNE, hos rapportskriver.

¹²¹ “Iran. On Conversion to Christianity, Issues concerning Kurds and Post-2009 Election Protestors as well as Legal Issues and Exit Procedures” Joint report from the Danish Immigration Service, the Norwegian LANDINFO and Danish Refugee Council’s fact-finding mission to Tehran, Iran, Ankara, Turkey and London, United Kingdom av 9 November to 20 November 2012 and 8 January to 9 January 2013, avsnitt 1.4.1: “... Regarding the churches that were asked to provide names of members to the authorities, the source stated that he had heard that churches were told to do so and that some members gave their names and some did not. The source added that he had not heard of cases of individuals experiencing repercussions as a result of being registered by the authorities as a member of a church.” Om kurdisk opposisjon i avsnitt 4.5: “Another Western embassy (2) similarly informed the delegation that most communication that can be characterized as oppositional is sent out via SMS, e-mail and Facebook. The source had not heard of printed materials being used and stated that those wishing to communicate anti-government sentiments and mobilize others, are much more careful nowadays. It was added that the source had been asked to verify some political flyers presented to the immigration authorities in Europe, however these flyers were not found to be genuine.”

ANDRE KILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

fortolker et slikt fravær av informasjon som en bekreftelse på at det ikke foreligger noe risikobilde, kan det gi uttrykk for en feilslutning. Dette er spørsmål som være egnet til en videre utredning.

Videre så avslås mange av iransakene på grunnlag av det ikke anses å foreligge noen generell risiko for de som praktiserer sin tro i hjemme kirker. NOAS kritiserte UNE i en rapport av juni 2014 for ikke å inkludere i sine vedtak informasjon som talte for at det eksisterer et generelt risikobilde for de som er med i hjemme-kirker.¹²²

Det ligger imidlertid utenfor denne rapportens rammer å vurdere den nærmere betydningen dette kan ha for utfallet av sakene i porteføljen.

5.4.1.2 Informasjon av generell karakter om utsatte grupper

Landinformasjon kjennetegnes videre ved at det gir *generalisert informasjon* om *grupper* som blir utsatt for omfattende og systematiske menneskerettighetsbrudd i et land.¹²³ Det er et trekk ved landinformasjonsrapporter at de som oftest må bygge på anekdotisk informasjon alvorlige og systematiske menneskerettighetsbrudd fordi statistikk av naturlige årsaker ikke vil være tilgjengelig.

Fordi informasjonstilfanget ofte vil være anekdotisk, f.eks. at det er rapportert om et visst antall tilfeller av tortur i fengslet, er det sjelden landinformasjonsrapportene kan være særlig mer presise enn å angi forekomst av brudd som «relativt utbredt», «ganske vanlig», «rutinemessig» eller lignende. Selv om slik informasjon er relevant for asylsaksbehandlingen, er det ikke uvanlig at den oppleves som for generell til at den bringer saksbehandler videre i sine vurderinger.¹²⁴

Av lignende årsaker vil landinformasjon om hvilke personer som kan ha en reell risiko for forfølgelse være forenklet. Landinformasjonsrapportene vil ofte inkludere informasjon om ulike karakteristikker, grupper og type handlinger som er spesielt utsatte for reaksjoner. Men også her vil informasjonstilfanget ofte være for ufullstendig til at rapportene kan beskrive dette med noen særlig grad a kompleksitet.

Landinformasjon kan gi grunnlag for å si noe om omfang, intensitet og sårbarhet, for eksempel hvilke elementer som samlet eller alene vil gjøre at kristne i Iran kan være utsatt for forfølgelse. Mer detaljerte utsagn om risiko vil avhenge av langt mer sikker informasjon om omfang av krenkelser enn det som kilder til landrapporter vanligvis kan bidra med. Det vil også være begrenset med informasjon om hvorledes undertrykkende regimer forholder seg til uønskede personer eller uønskede aktiviteter i praksis. Med unntak av når regimene eksplisitt angir hvem de forfølger, vil strategiene for hvordan å undertrykke meningsmotstandere i mange tilfeller være utilgjengelig for oss.

Det er således som oftest ikke mangel på pålitelig landinformasjon, men spørsmålet om hvordan landinformasjonen *tolkes* og om den er *for generell* til at den kan gi særlig veiledning i det enkelte sakstilfellet som kan gjøre anvendelsen av informasjonen omstridt. Likevel antar forvaltningen at den som oftest kan avgjøre enkeltsaker utfra den generelle forenklete landinformasjonen. Dersom det er

¹²² NOAS «Tro, håp og forfølgelse...» (2014) side 8. NOAS påpeker i rapporten at de har funn der det fremgår at i en rekke vedtak utelates informasjon om at medlemmer av hjemme-kirker er spesielt utsatt i Iran. NOAS har påpekt at dette er informasjon som står i bakgrunnsinformasjonen UNE har om landet, men at det klippes bort i vedtak. På denne bakgrunn anbefaler NOAS i sin rapport: «NOAS er kritisk til at UNE utelater vesentlig innhold i landinformasjon om situasjonen for konvertitter i Iran. Informasjonen som legges til grunn for vedtak er dermed ikke lenger i tråd med meningsinnholdet i kilden det refereres til. Dette gir en feilaktig fremstilling av situasjonen for konvertitter i Iran og kan medføre at vurderingen av søkerens beskyttelsesbehov blir gjort på et uriktig grunnlag.»

¹²³ Landrapporter til FNs ulike overvåkningsorganer for menneskerettighetskonvensjonene vil til sammenligning kjennetegnes ved et fokus på det ansvar som konvensjonene pålegger staten.

¹²⁴ Cecilie Schjærvet «Troverdighetsvurderingen i asylsaker: Juss og tverrfaglighet i opplæringen i fire direktorater» (2014).

ANDRE KILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

tvil om utfallet av en sak kan forvaltningen innhente verifiseringsrapporter fra norske ambassader i søkers hjemland.

5.4.2 Hvilken betydning har Landinfo for saksbehandlingen i UDI og UNE

I EU-landene, som i Norge, har utlendingsforvaltningene egne fagenheter som legger til rette for bruk av landinformasjon i saksbehandlingen. Disse enhetene vil være faglig uavhengige, på den måte at de ikke kan instrueres om innholdet i sine rapporter. Hvilke tema det skal skrives om er i stor grad styrt av forvaltningenes behov. Også den norske utlendingsforvaltningens fagenhet for landinformasjon (Landinfo) bistår ved å skrive rapporter der norsk utlendingsforvaltnings saksportefølje tilsier et behov for at visse tema beskrives nærmere, men som UDI eller UNE ikke kan instruere hva det skrives om eller på annen måte innholdet av.¹²⁵

Det følger av den brede enigheten om hva som utgjør pålitelig landinformasjon at en viktig funksjon til landenes egne landenheter er å legge til rette for at denne landinformasjon sammenfattes og gjøres tilgjengelig på saksbehandlingsspråket. Den norske utlendingsforvaltningens fagenhet for landinformasjon (Landinfo),¹²⁶ har også som en viktig funksjon å spisse og gjøre tilgjengelig på norsk det som det er bred enighet om utgjør pålitelig landinformasjon, men som er særlig relevant for norsk asylsaksbehandling. I denne sammenfatningen vil det foreligge en fortolkningsprosess. Som oftest er det i denne fortolkningen av kilder som de aller fleste er kjent med at uenigheten om risikobildet oppstår.

Den nærmere organiseringen av landinformasjonsenheter varierer. De fleste landinformasjonsenheter, inkludert Landinfo, produserer egne temanotater som svarer på problemstillinger som er aktuelle for asyltilstrømmningen i eget land.

Norske Landinfos *temanotater* blir til ved at UDI og UNE har oppstilt en liste over tema som på grunnlag av deres saksportefølje er behov for at belyses nærmere. Landinfo foretar så et valg der UDIs og UNEs ønsker forsøkes etterkommet. Når Landinfo har foretatt sitt valg av hvilke land som skal besøkes, blir en representant fra UDI og UNE som regel med på planleggingen av hvilke spørsmål som skal stilles og selve reisen til landet som skal besøkes. UNE vil bruke informasjon fra reisen til egne formål, f.eks. til interne landinformasjonsnotater i UNE. Selve rapporten, «temanotatene», er fullt og helt Landinfos eget produkt.

Enhver, inkludert UDIs og UNEs saksbehandlere, har i tillegg mulighet til å stille muntlige eller skriftlige spørsmål til Landinfo. I noen tilfelle munnner slike spørsmål og svar ut i en *respons*.

Landinfo har også muntlig og annen skriftlig kommunikasjon med saksbehandlere i UDI og UNE som ikke munnner ut i en respons. Slik kommunikasjon synliggjøres fra tid til annen i vedtak. Muntlig informasjon fra Landinfo kan av UDI ikke vektlegges ved begrunnelsen i vedtak. E-post fra Landinfo skal arkiveres som et saksdokument, hvis den inneholder informasjon av betydning for vedtaket og som ikke fremkommer av andre kilder.

I tillegg kan saksbehandlerne kontakte norsk ambassade i asylsøkerens hjemland og anmode om verifiseringer av konkrete saksopplysninger.

¹²⁵ Landinfo er en del av utlendingsforvaltningen og administrativt underlagt UDI. Enheten er faglig uavhengig, og kan ikke instrueres i faglige spørsmål verken av ansvarlig departement, UDI eller UNE, jf. St. melding 21 (2003-2004) *Om styringsforholdet på utlendingsfeltet*.

¹²⁶ Landinfo er en del av utlendingsforvaltningen og administrativt underlagt UDI. Enheten er faglig uavhengig, og kan ikke instrueres i faglige spørsmål verken av ansvarlig departement, UDI eller UNE, jf. St. melding 21 (2003-2004) *Om styringsforholdet på utlendingsfeltet*.

ANDRE KILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

I Skandinavia er det i tillegg slik at Landinfos medarbeidere møter også både i nemndsmøter og i alle rettssaker der staten v/ UNE blir stevnet av asylsøkere med avslag.¹²⁷

Landinformasjonsenhetene er på denne måten en sentral premissleverandør for de faktiske omstendigheter som utlendingsforvaltningen legger til grunn i asylsaksbehandlingen. Dette gjelder også i Norge for UDI og UNEs bruk av Landinfo.

Utlendingsforvaltningene er derfor nøye med å understreke landinformasjonsenhetenes faglige uavhengighet, noe som er en nødvendig forutsetning for den systematiske bruken av ett kontor i saksbehandlingen.

Den faktiske faglige uavhengigheten til Landinfo svarer likevel ikke på bekymringen til det geistlige miljøet om at UDI/UNE legger for stor vekt på hva Landinfo sier. Kjernen i bekymringen angår altså ikke hvorvidt Landinfo er uavhengig, men motsetningsvis om utlendingsforvaltningens avhengighet av Landinfo.

I Sverige har det vært tatt grep for å gjøre forvaltningen mindre avhengig av Lifos egne produkter. På Migrationsverkets hjemmeside favoriseres ikke Lifos sine egne rapporter eller dokumenter. Det finnes ingen lett tilgjengelig måte å sortere ut Lifos egne rapporter på (må gjøres ved avansert søk). Saksbehandlerne må derfor forholde seg til de ulike forfatterne av landrapporter på lik linje. Til sammenligning, på Landinfos nettsider er dets egne rapporter ordnet under egen fane, som er den første som tilbys når det land som skal undersøkes velges. Under neste fane ligger «alle andre».

5.4.3 Hvilke landrapporter benyttes i saksbehandlingen?

Praksisnotater, som inneholder både faktiske opplysninger og veiledning om hvordan å avgjøre søknader fra et land, benyttes av både UDI og UNE. I UDI er alle Praksis Notatene offentlige, men de kan inneholde deler som er unntatt offentlighet. UNE utarbeider også praksisnotater. Noen publiseres på hjemmesiden mens andre er i sin helhet interne.

Praksisnotatene nevnes sjelden i merknadene til saksbehandlingen i UDI. Det er likevel grunn til å tro at disse blir mye brukt til forberedelsen av intervju. I UNE brukes sitater fra praksisnotater i merknadsmalene i konvertittsaker.

Når det gjelder landrapporter (f eks slike som Landinfo produserer) opplyser UDI at de baserer sin behandling av asylsøknader i hovedsak på landinformasjon som er innhentet og formidlet av Landinfo. Der Landinfo har utarbeidet temanotater (en utfyllende redegjørelse om et bestemt saksforhold basert på et bredt kildegrunnlag) vil disse alltid ha en sentral betydning ved UDIs saksbehandling. Videre vil saksbehandlere ta med i vurderingen alle relevante rapporter publisert i landdatabasen. Ved behov for ytterligere eller oppdatert informasjon som ikke foreligger i landdatabasen sender UDI bestilling til Landinfo. Landinfo har i løpet av de siste årene utarbeidet flere temanotater og responser om forhold knyttet til seksuell orientering og konvertering.

I UNE vises det til egne praksisnotater i merknadsmalen, samt endringer i Landinfos rapporter om et land som kan ha betydning for praksis. Bedømt utfra hvorledes merknadsmalen er utformet synes UNE å ha samme praksis som UDI, der asylsøknader vurderes i hovedsak på landinformasjon som er innhentet og formidlet av Landinfo.

Det kan derfor sies lite av generell art om hvilke andre landrapporter enn de rapportene fra Landinfo som legges til grunn av forvaltningen.

¹²⁷ Cecilie Schjætvat «The making of UNHCR guidelines...» (2010) der antall møter i året i 2009 ble oppgitt.

ANDRE KILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

5.5 Erklæringer fra LHBTI- og kristne miljøer her i Norge

Erklæringer om søkers tilhørighet til LHBTI- eller religiøse miljøer her i Norge kan dukke opp underveis i UDIs behandling av asylsøknaden, men som oftest er de å finne når UNE behandler klage eller begjæring om omgjøring.

UNE opplyser at på saksnivå er det en viss praksis for at sekretariatet og nemndleder tar kontakt med den som har skrevet erklæringen for å høre mer om omstendighetene rundt denne, dersom saken ligger slik an.

I saker der det er aktuelt å avslå på troverdighet, kommer gjerne spørsmålet om hvilken betydning erklæringen kan få på spissen. UNE opplyser at det alltid foretas en konkret vurdering av erklæringen, noe som også følger av forvaltningsloven at må gjøres.

UNE opplyser at de til vurderingen ser på om utsteder produserer mange slike erklæringer og det vurderes alltid om innholdet fremstår som standardisert. Videre ser man på hvem (hvilken kirke eller menighet) som har utstedt erklæringen, formuleringen i erklæringen, tidspunktet for utstedelsen sett i sammenheng med konverteringen og anført aktivitet og søkers generelle troverdighet om nasjonalitet, reiserute ut fra hjemlandet osv.

Et internt praksisnotat «Om UNE og anførte konvertitter fra Afghanistan» fra april 2011 beskriver hvordan denne informasjonen ble innhentet og har kommet til uttrykk. Notatet er utarbeidet av en saksbehandler i UNEs sekretariat. Det gir informasjon om UNEs møter med 13 ulike menigheter og kirkelige organisasjoner, innspill UNE har fått om hvilke spørsmål det kan være aktuelt å stille til personer som anfører konvertering som grunnlag for beskyttelse, og hvordan UNE bør vurdere disse sakene. Notatet inneholder også tallmateriale over antall saker med konvertittanførsler.

I et fokusgruppemøte mellom UNE og rapportskriver i november 2014 forklarte UNE at det ikke legger avgjørende vekt på at en erklæring om konvertering er basert på en faglig vurdering fra en som har dette som sitt daglige virke. UNEs beslutningstakere står fritt til å tillegge andre momenter i saken så stor vekt at selv en meget velbegrunnet erklæring om konvertering til kristen tro kan bli overprøvd. Dette forankres dels i at saksbehandler må være forsiktig med å legge vekt på uttalelser fra vitner med binding til partene.¹²⁸

En prest som har avgitt en uttalelse i anledning klagerens anførsel om konvertering, ville for øvrig ikke kunne være med på å avgjøre saken dersom han var nemndmedlem, jf. forvaltningsloven § 6 annet ledd. Dels forankres det i at UNE, som har innsyn i asylsaken, kan kjenne søker på en annen måte enn menigheten. Det vil si at UNE kan trekke inn i vurderingen av om søker reelt sett har konvertert at søker tidligere f.eks. kan ha fremlagt dokumenter som antas å være forfalsket eller har kommet med asylanførsler som er blitt vurdert som ikke-troverdige.

UNE opplyste at det ikke var klart hvorvidt de spørsmål som fremkommer av merknadsmalen til bruk i nemndsmøter med personlig oppmøte dels var utarbeidet på grunnlag av informasjon som de geistlige miljøene mente det var viktig å spørre om.

5.6 Kunnskapsgrunnlag for UNEs spørsmålsstilling i konvertittsaker

Malen inneholder en mindre andel kunnskapsspørsmål og denne type spørsmål er plassert et stykke ut i merknadsmalen. De antas derfor å ha en kontrollfunksjon til det som søker har forklart seg om i

¹²⁸ Rt-1998-1565 (Anne-Li dommen).

ANDRE KILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

møtet. På den annen side er malen kun en veileder, og nemnda kan selv velge å bruke mer tid på kunnskapsspørsmål i det enkelte nemdsmøtet enn det merknadsmalen tilsier.

Samtlige av spørsmålene bærer preg av en intellektuell tilnærming til vurderingen av søkers anførte konvertering. En konvertering er ikke bare en intellektuell prosess, og den emosjonelle siden av konverteringen kan være mer fremtredende i de kulturer som asylsøkerne kommer fra der religionens plass i samfunnet ikke bærer det samme preg av å ha vært igjennom en opplysningstid, slik som i vesten.

Et eksempel på at UNEs tilnærming synes å være fokusert på søkers rasjonaliseringer rundt egen overbevisning, utgjør spørsmålene om hvordan søkers tro (herunder åpenbaring) har blitt preget av at ingen andre i familien har konvertert eller at søker blir tvunget til å forlate hjemlandet. Dette kan lett anses som spørsmål som er egnet til å belyse styrken i troen som et *valg* og som inviterer til svar knyttet til rasjonalisering. Hvis søkerne kommer fra en kultur der denne type rasjonalisering av religion ikke finnes eller bare i begrenset grad, er det nærliggende at svarene vil bli overflatiske eller preget av at søker sier noe som han eller hun tror at nemnda vil høre (f eks. «det er vanskelig å bryte med familien men troen gir meg en indre ro»).

I møte med rapportskriver den 12. november 2014 var UNE enig i at den intellektuelle tilnærmingen kunne være en svakhet ved malen. Fra UNEs side har det blitt antatt at de åpne spørsmålene innledningsvis i spørsmålsmalen er egnet til å invitere til mer emosjonelle refleksjoner rundt konverteringen, men UNE var enige i at ingen av spørsmålene sikret svar knyttet til søkers emosjonelle refleksjoner rundt egen konvertering. Sekretariatet ville jobbe videre med dette bl.a. når en skal revidere merknadsmalene.

En skriftlig tilbakemelding etter møtet ga likevel inntrykk av også den emosjonelle siden forstås innenfor de intellektuelle rammer. UNE ville i eposten ta forbehold om at «frelse», «åpenbaring» eller «født på ny» er ulike begreper som betyr forskjellige ting i ulike kristne kirkesamfunn. Dette utgjør et fokus på begreper og begrepers innhold, som er en utpreget intellektuell øvelse som søker da forventes å gå inn i.

UNE har ikke hatt tradisjon for å styrke sin teleologiske kompetanse ved å innhente kunnskap fra praktiserende prester ved utarbeidelse av spørsmålsmalen.

ANDRE KILDER SOM LEGGES TIL GRUNN AV FORVALTNINGEN

6 Saksbehandlingen trinn for trinn

6.1 Kort om saksbehandlingen i UDI og UNE

6.1.1 UDI

Forberedelse til intervju

En asylsøknad begynner med at søker møter personlig ved Politiets Utlendingsenhet og inngir sin søknad. Søker skal angi forfølgelsesgrunnen (konvensjonsgrunnen). Etter at søker har levert inn sin søknad vil han eller hun bli innkalt til intervju hos UDI.

Ifølge internmelding om intervju i søknader om beskyttelse (IM 2013-011) omfatter forberedelsene til intervju å lese relevant informasjon om saken, relevant landkunnskap, land- eller temaspesifikke intervjuveiledninger og praksis for behandling av tilsvarende saker.¹²⁹

Opplæring i intervjueteknikk

UDIs saksbehandlere har en grundig opplæring i intervjueteknikk. Her gis saksbehandlerne opplæring i dialogbasert metode og hvordan å strukturere intervjuet etter tema og traktmetode. Det skal anvendes åpne eller rettede spørsmål.

Strukturering av intervjuet

Etter fast praksis i UDI er intervjuene delt inn i faser som begynner med en nedtegnelse av personalia. Søker bes dernest å avgi en *fri forklaring* om grunnen til at det søkes om asyl som kan gå over flere sider. Veldig mange frie forklaringer begynner med og omhandler imidlertid søkerens erfarte forfølgelse. Dette er fordi den som intervjuer ber søkerne om å begynne å fortelle om erfart forfølgelse (uten at dette står nedtegnet i intervjuet), det vil si at de derfor begynner med hendelser som de selv har ansett som så truende at de besluttet seg for å forlate hjemlandet.¹³⁰

Etter den frie forklaringen stilles det en rekke oppfølgingsspørsmål i en *undersøkende fase*, før intervjuet avsluttes med biografiske spørsmål om familienettverk, bosted, utdanning og arbeid.

Denne faseinndelingen følges også i LHBTI og konvertittsakene. I LHBT saker har UDI utarbeidet en internmelding som gir retningslinjer for tilrettelegging under intervjuet, hvilke tema saksbehandleren skal utrede under intervjuet og hvordan saksbehandleren skal utrede troverdighet i LHBTI saker.¹³¹

Vedtaksfasen og bruk av merknader

Etter intervjuet skal saksbehandleren skrive sin begrunnelse. Ofte kan det på dette stadiet av saksbehandlingen være behov for ytterligere søk i landinformasjon eller drøfte saken med en kollega. Mellom første hånd (saksbehandler) og annen hånd (en saksbehandler som er erfaren på området) skrives det korte merknader som er unntatt offentlighet. Hva merknadene skal inneholde er regulert i internmelding IM 2010-013. Av interesse for denne rapporten er at merknadene skal omtale hvilken

¹²⁹ IM 2013-011: Intervju i søknader om beskyttelse (10.07.2014) Internmeldingen gir retningslinjer og rutiner for hvordan intervjuere i asylavdelingen (ASA) skal gjennomføre intervjuer i søknader om beskyttelse, <http://www.udiregelverk.no/no/rettskilder/udi-interne-meldinger/im-2013-011/>.

¹³⁰ UDI har opplyst at dette er noe som den som intervjuer ber dem om å starte med, selv om dette ikke står i intervjuet, notat fra UDI i anledning rapporten. Hos rapportskriver.

¹³¹ UDI har utarbeidet veiledninger for intervju i saker som gjelder LHBTI, menneskehandel, kjønnslemlestelse. Disse er publisert på UDIs interne regelverksportal, men er unntatt offentlighet.

SAKSBEHANDLINGEN TRINN FOR TRINN

konvensjonsgrunn som er anført, samt eventuell tvil ved troverdighet, faktum eller risikovurdering. I spesielle saker kan merknadene også omfatte begrunnelser for vedtak og tolkning av faktum.

Merknadene skrives for å synliggjøre vurderinger som er av betydning for utfallet av saken.

Det er bare avslagene som begrunnes utad ved at en nærmere begrunnelse nedfelles i vedtaket. Merknadene blir derfor særlig viktige for å forstå hva som det er lagt vekt på når en søknad innvilges.

6.1.2 UNE

Valg av avgjørelsesform

Når en klage eller begjæring om omgjøring kommer inn til UNE kan den avgjøres av sekretariatet eller av nemndleder etter forberedelse av sekretariatet. Nemndleder kan beslutte at det avholdes nemndsmøte med personlig oppmøte fra klageren, jf. utlendingsloven § 78, jf. forskriften § 16-9.¹³² Under pkt. 2 fremgår følgende: «Saker som behandles i nemndsmøte forberedes av Utlendingsnemndas (UNE) juridiske sekretariat og avgjøres av en nemndleder og to nemndmedlemmer.»

Formålet med nemndsmøtet

Sakene avgjøres ut fra opplysningene i det skriftlige materialet og det som framkommer i nemndsmøtet. Behandlingen under møtet begrenses til sentrale og uavklarte spørsmål og problemstillinger av betydning for utfallet. Etter utlendingsforskriften § 16-11, kan nemndleder for øvrig beslutte at bare visse deler av saken skal avgjøres i nemndsmøtet. Er det besluttet at bare visse deler av en sak skal prøves i nemnd med personlig fremmøte, skal advokaten og klageren underrettes skriftlig om beslutningen og om hvilke deler av saken som skal avgjøres i nemndsmøte, jf. også IR 10-11-01 om klagesaksbehandlingen, punkt 4.5.

Opplæringen i intervjuet

Under nemndsmøtene er utgangspunktet at en person skal få forklare seg fritt og formulere med egne ord om f.eks. deres møte med kristendommen og Gud. Spørsmålene som er formulert i veilederen er et supplement til klagerens egen forklaring.

Nemndlederne gis en viss opplæring i intervjuet. Den dekker mange av de samme temaene som UDIs 3 dagers opplæring, men går over kortere tid og temaene synes å ha noe ulik vinkling.¹³³ Det synes ikke å gis opplæring i trakt teknikker for hvordan å strukturere et intervju, eller opplæring i hvilke prinsipper som gjelder for hva som gir informasjon av god og dårlig kvalitet.¹³⁴

¹³² Se <http://www.une.no/no/om-oss/Interne-retningslinjer/IR-av-140906-om-gjennomforing-av-nemndmoter/>.

¹³³ Kursbeskrivelser hos rapportskriver.

¹³⁴ UNE har oversendt informasjon som viser kursmoduler i grunnopplæringen i epost av 20.11.14 der det opplyses at: «Nemndledere får i samme grunnopplæring som nyansatte saksbehandlere. Programmet for grunnopplæringen er vedlagt. Jeg vedlegger programmet for grunnopplæringen fra sist runde.» I epost er også opplyst at nemndlederne i 2012/2013 hadde en modulbasert kursrekke (Nemndmøtet 2). Kursbeskrivelsen er også vedlagt. Programmet satte særlig fokus på utfordringer knyttet til kultur og kommunikasjon, samt det å samtale om utfordrende temaer, med barn og sårbare grupper. Utover dette har nemndlederne læring i jobben ved at de bl.a. bisitter i nemndmøtet, får kollegaveiledning og veiledning fra leder o.l.» Det var ikke mulig å se fra den informasjon eller fra disse overskriftene i kursmodulene om disse temaene dekkes. På forespørsel fra UNE om det kunne bekreftes/ avkreftes om disse to temaene dekkes i opplæringen er det ikke gitt noe nytt svar. Det har blitt vist til den samme grunnopplæringen og til e-post av 20.11.14 Det er derfor fortsatt uklart om UNE gir opplæring i hvordan å strukturere intervjuets ulike tema og om de har opplæring i hvordan å sikre kvalitet på den informasjon som gis.

Merknadsmaler til bruk i nemndsmøter med personlig oppmøte

UNEs sekretariat har som nevnt ovenfor skrevet et forslag til hvordan nemndsmøter skal legges opp, både i LHBTI-saker og konverteringssaker fra Iran og Afghanistan.

Spørsmålene er utarbeidet på bakgrunn av erfaringer og informasjon innhentet fra landinformasjonsrapporter, tjenestereiser, erfaringer fra sammenlignbare saker, retningslinjer fra UNHCR, rettspraksis både nasjonalt og internasjonalt.

6.2 LHBTI-sakene i UDI

6.2.1 Generelt om utvalget på totalt 65 saker

Formålet med gjennomgangen er å vurdere om trinn-for-trinn metoden som angis i instruks GI-07/2012 følges av UDI. Av de 139 LHBTI-sakene som UDI hadde registrert gjenfant UDI 106 av disse. For å komme inn under prosjektets rammer på ca. 100 saker måtte det foretas en utvelgelse slik at en ble sittende igjen med 65 LBHTI-saker til gjennomgang. Kriteriene for utvelgelsen av saker er beskrevet i avsnitt 1.4 ovenfor.

De 65 utvalgte sakene gjaldt i hovedsak saker med anførsler fra menn som forklarte seg om sin homofile legning. Noen få var kvinner som anførte at de var lesbiske. Kun én sak gjaldt en person som var tillagt en homofil legning som følge av seksuell eksperimentering..

UDI hadde delt de 65 mappene inn i tre kategorier: innvilgelser (34), avslag på troverdighet (17) og avslag på risiko (14).

Mappene ble gjennomgått ved UDIs kontorer. Porteføljen er såpass liten at personene lett kan identifiseres dersom beskrivelsen av sakene blir noe detaljert. F eks vil omtale av en sak der det ikke foreligger en generell risiko for homofile ekskluderes det største søkerlandet Uganda samt Afghanistan, slik at søkerne fra Nigeria, Iran og Etiopa som til sammen utgjør en gruppe på 45 lett kan identifiseres. Omtalene av sakene må derfor være mer generell enn det som ellers hadde vært ønskelig.

6.2.2 Innvilgelsene (34)

De 34 sakene der søknad har blitt innvilget inneholder ofte merknader om hvorfor saksbehandler mener at søker har sannsynliggjort sin anførte legning. Nesten alle troverdighetsvurderingene inneholdt argumenter for og i mot (ofte oppført som «pluss» og «minus»).

Til vurderingen har saksbehandler ofte bare søkers egen forklaring å støtte seg til. Denne kan holdes opp mot generell landinfo og kunnskap om når og hvordan homofile erkjennelsesprosesser finner sted, men det er likevel vanskelig å vurdere troverdigheten av individuelle avvik. Porteføljen fremstod derfor som utfordrende og tidkrevende. Porteføljen ga inntrykk av at det ble nedlagt mye arbeid i form av faktiske undersøkelser, tilleggs intervjuer og diskusjoner med 3. hånd før det ble gitt innvilgelse.

På grunnlag av det som står i merknadene om hvor overbevist saksbehandler var om søkers troverdighet kan 24 av sakene anses som klare eller relativt klare ja-saker. I 9 saker var det betydelig tvil om søker var homofil eller om søker risikerte forfølgelse ved retur.

SAKSBEHANDLINGEN TRINN FOR TRINN

Av disse 9 tvilssakene kom søkerne fra 6 ulike land. I alle av disse sakene var saken enten behandlet av 3. hånd, eller det var tatt tilleggs intervju eller så var det foretatt undersøkelser av ambassaden uten at dette avklarte tvilen.¹³⁵ Det er grunn til å anta at disse sakene var særlig arbeidskrevende.

Alle sakene bortsett fra en inneholdt en vurdering av om søker er homofil og hvorvidt det er risiko for homofile som lever åpent (trinn 1 og trinn 2). Det er ikke noe ved den ene saken som kan forklare hvorfor det ikke ble tatt eksplisitt stilling til homofilanførselen. Saken må anses som et arbeidsuhell og konklusjonen er at disse trinnene følges.

Merknadene var ikke helt tydelige på at det avklares om søker vil leve åpent (trinn 4). For å kunne vurdere hva saksbehandler her vurderte var det nødvendig å undersøke intervjuene. Av intervjuene fremgår det at én svarer i retning at han «vil leve fritt», mens resten gir formuleringer slik som at «det går ikke». Dette kan gi en indikasjon på at saksbehandleren kan trenge flere verktøy, i form av tilleggsspørsmål, til å undersøke dette trinnet.

Det står også lite i merknadene om kartlegging av årsak til at søker vil leve i skjul (trinn 5). I intervjuene ble det imidlertid i alle unntatt én sak stilt spørsmål om årsak i intervju til person som opplyste at han ville leve i skjul. I den ene saken der det ikke ble stilt slike spørsmål kom personen kom fra et land med ekstremt høy risiko der personer kan bli angrepet bare på grunnlag av mistanke.

Intervju og merknader viser at trinn-for-trinn prosessen følges hva gjelder innvilgelsene.

6.2.3 Avslagene på troverdighet (17)

Av de totalt 31 avslagene ble 17 avslått på søkers troverdighet, der 15 utgjør realitetsvurderinger og 2 anses åpenbart grunnløse.

Også her inneholder sakene merknader om søkers anførsler om legning (trinn 1). Merknadene er ofte knyttet til erfart forfølgelse, som ofte vurderes som lite plausibelt og derfor svekker troverdigheten om søker reelt sett er homofil. I en del saker anses manglende refleksjon om legning å utgjøre en motstrid til at søker kommer med flere fortellinger om erfart forfølgelse. Det er således klart at saksbehandler reelt sett tar stilling til troverdighet i alle sakene. At det tas stilling følger også av vedtakene.

Det finnes riktignok tre saker der både UDI (og UNE i klagebehandlingen) tar stilling til søkerens *generelle troverdighet* før seksuell legning vurderes, og det kan spørres om det er helt i samsvar med metoden.

I én sak følges metoden i UDI, men ikke når klagesaken behandles av UNE. Det fremgår av vedtaket at nemndleder i UNE ikke tar endelig stilling til seksuell legning. Nemndleder anså at legning ikke var avgjørende fordi søker generelle troverdighet var sterkt svekket.

Intervju og merknader viser at trinn-for-trinn prosessen følges hva gjelder avslagene på troverdighet, men i noen av sakene avslås det på søkers generelle troverdighet før legning vurderes. Det kan spørres om det er helt i tråd med trinn-for-trinn metoden.

¹³⁵ Årsakene var forskjellig i hver av sakene: en var svært ubalansert, en beskrev egne handlinger som var så langt utenfor den sosiale normen i hjemlandet at det var meget lite trolig, en tok kontroll på intervjuet og snakker intervjuer i senk, en beskrev erfart forfølgelse som var meget lite trolig, to kom fra land der homofili er så ekstremt tabu at en ikke kan forvente særlig med refleksjon, en var veldig ung, en sa veldig lite men det som ble sagt var «riktig» og en var veldig vag og svarte ikke på spørsmål.

6.2.4 Avslagene på risiko (14)

Blant disse avslagene var det en sak der legning ikke ble vurdert, og tre saker der legning implisitt ble lagt til grunn. I vedtakene fra UNE ble feilen ikke rettet opp. For øvrig ble troverdighet om legning vurdert før risiko (trinn 1).

I alle sakene ble det tatt stilling til om det forelå en generell risiko for forfølgelse for de som var åpne eller ble identifisert som homofile. I 4 av sakene ble det lagt til grunn et internflukt alternativ (trinn 2).

6.3 LHBTI-sakene, UNEs representative utvalg av omgjøringssaker (15)

Rapportskriver ble gitt et utvalg av LHBTI-saker som UNE anså at var representativt for deres praksis etter Rt-2012-494. Kriteriene for utvelgelsen av saker er beskrevet i avsnitt 1.5 ovenfor. Av de 15 sakene ble 4 innvilget og 11 avslått.

Innvilgelser som følge av generell risiko i hjemlandet (4)

I sakene ble det lagt til grunn at søker var homofil (trinn 1). 4 saker ble innvilget som følge av at det forelå generell risiko i hjemlandet (trinn 2).

I 2 av de 4 sakene ville søker leve åpent (trinn 3 og 4) og innvilgelse ble gitt av den grunn.

I de 2 andre sakene ville søker leve skjult (trinn 5). I den ene av de to var dette uttrykkelig vurdert hva søker anførte om hvorfor han ville skjule sin legning ved retur. Søker ble her trodd fordi han forklarte seg i samsvar med landinformasjon, dvs. at det forelå en generell risiko der det ikke var mulig å være åpen, heller ikke ovenfor egen familie. Dette var avgjørende for utfallet av vurderingen under trinn 5.

I den andre saken gikk det ikke klart frem av vedtaket hva som var grunnlaget for at UNE mente at søker begrunnet sin diskresjon med frykt for forfølgelse. Også her kom søker fra et land der det er vanskelig å tenke seg at søker kan ha noen sosiokulturell begrunnelse for å skjule sin legning som kan ha noen vesentlig selvstendig betydning.

Sakene gir derfor liten veiledning i hvordan UNE anvender årsakkravet i praksis.

Avslagene på troverdighet (5)

Av de 11 avslagene ble 5 avslått på troverdighet. UNE tok stilling til homofilianførselen og kom til at den ikke var troverdig (trinn 1).

Avslagene på risiko (6)

Av de 6 som ble avslått på risiko, så ble det i 3 av sakene ikke tatt stilling til troverdigheten av homofilianførselen fordi en uansett skulle avslå på risiko (trinn 1).

I samtlige av de 6 sakene ble avslaget på risiko begrunnet med at landinformasjon tilsa at det var mulig å leve ut sin legning dersom en hadde muligheter til å holde seg innenfor de sosiokulturelle rammene. Implisitt sies det dermed at det ikke foreligger noen generell risiko for den som er åpen, (trinn 2).

I tre av sakene følger en subsidiær drøftelse av hvordan søker vil opptre og av årsakkravet (trinn 4 og 5). I disse 3 sakene er den samme problematiseringen av Høyesterettsdommen som finnes i avsnitt 7 i «Praksis i UNE – homofili» inntatt i vedtaket, jf. avsnitt 4.3 ovenfor.¹³⁶

¹³⁶ Alle tre sakene er avgjort etter praksisnotatet ble revidert, dvs. etter april 2013. Bare ett av de tre avslagene gikk UNE over til å vise til instruks og avsnitt 58: Høyesterett angir ikke hva som menes med «sentral årsak». Ett vedtak

SAKSBEHANDLINGEN TRINN FOR TRINN

Disse sakene er fra UNEs side valgt ut fordi de anses å være representative for hvordan reglene anvendes i praksis. Når det gjelder utlegningen av rettsreglene er dette også lagt til grunn av rapportskriver, se avsnitt 1.6 ovenfor. Dette representative utvalget av saker etterlater derfor tvil om vesentlighetslæren i avsnitt 58 i Rt-2012-494 er den rettssetning som legges til grunn i UNEs praksis.

6.4 Konvertittsakene i UDI

6.4.1 Generelt om porteføljen på totalt 40 saker

Av de 40 gjenfunnene konvertittsakene ble det ikke foretatt noen utvelgelse. Samtlige ble gjennomgått.

I konvertittsaker er utgangspunktet et annet enn i LHBTI-sakene, fordi trinn-for-trinn metoden ikke skal få anvendelse, jf. Rundskriv G7-2012. Men, dette betyr bare at UDI ikke skal følge trinn 5b i instruksen.

Videre er UDIs konvertittportefølje spesiell ved at avslagene kun gjelder saker fra Iran.

Porteføljen bestod av 8 innvilgelser og 32 avslag. Av avslagene var 24 avslått på troverdighet og 8 på risiko.

6.4.2 Innvilgelsene (8)

Porteføljen til UDI talte 8 innvilgelser. I samtlige saker vurderte saksbehandler søkers troverdighet om anført konvertering. Porteføljen ga inntrykk av at det ble nedlagt mye arbeid i form av faktiske undersøkelser, tilleggs intervjuer og diskusjoner med 3. hånd før det ble gitt innvilgelse. Porteføljen fremstod som utfordrende og tidkrevende, men at tema som ble dekket i intervjuene ikke fremstod som så tunge og følelsesladde som i LHBTI-sakene

Søkerne kom fra 4 ulike nasjonaliteter.

I alle saker ble troverdighet og risiko vurdert (trinn 1 og 2 i LHBTI-sakene). På grunnlag av det som står i merknadene om hvor overbevist saksbehandler var om søkers troverdighet kan 6 av sakene anses som klare eller tilstrekkelig klare ja-saker. I 2 av sakene var det noe tvil.

I alle saker ble det lagt til grunn at det forelå en generell risiko i hjemlandene for konvertitter som står åpent frem (trinn 3 i LHBTI-sakene).

Dernest ble det det ble foretatt en realitetsvurdering av om søker ville være åpen ved retur. Dersom misjonering eller annen synlighet ble lagt til grunn ville det ikke være spørsmål om å pålegge søker å være diskret (trinn 4 i LHBTI-sakene).

6.4.3 Avslag på troverdighet (24)

Porteføljen inneholdt 24 avslag på troverdighet. Samtlige av sakene gjaldt søkere fra Iran.

I 16 av sakene vurderes det hvorvidt søkers anførsler om konvertering. Dette gjøres i samtlige av sakene ved at saksbehandler først ser på vurdering av at forklaring om erfart forfølgelse er troverdig. I 3 av de 16 sakene fremstår søker i tillegg med sterkt svekket generell troverdighet av andre årsaker

problematiserer Rt-2012-494 ytterligere ved å utlegge at britisk høyesterett heller ikke klargjør hva som ligger i «material reason», som det pekes på at Høyesterett i premiss 41 oversetter til en vesentlig årsak. I ett vedtak omtales instruksen: «Nemnda er ikke bundet av nevnte instruks fra departementet, men dette vil likevel være en relevant rettskilde for nemnda å se hen til. Nemnda har tatt utgangspunkt i Høyesteretts fortolkning av flyktningkonvensjonen for den videre vurderingen»

SAKSBEHANDLINGEN TRINN FOR TRINN

slik som identitet eller reiserute eller andre type anførsler. I 2 av disse 3 sakene hadde søker i tillegg foretatt en handling i Norge der han eller hun eksponerte seg for offentligheten.

I 6 av sakene vurderes ikke selve konverteringen, men at søkers forklaringer om erfart forfølgelse ikke tilsier risiko. Dette må i utgangspunktet anses å være innenfor trinn-for-trinn metoden fordi forklaringer om erfart forfølgelse kan si noe om søkers generelle troverdighet. Denne tilnærmingen har likevel en svakhet ved at forvaltningen her baserer seg på generell landinformasjon som ikke med stor grad av sikkerhet kan si noe om hendelsen likevel kan ha skjedd med søker (trinn 1 i LHBTI-sakene).

For øvrig bemerkes at disse mappene preges av at søkerne i intervjuet svarer meget dårlig om sitt møte med kristendommen.¹³⁷ Søkerne klarer i meget liten grad å gi en personlig refleksjon om det å endre sin trosretning. Samtidig svarer disse søkerne noe mer utfyllende men ikke særlig godt på meget enkle kunnskapsspørsmål. For de som er tidlig i en konverteringsprosess eller har levd i et undertrykkende regime skulle en tro at det hadde seg omvendt, der den følelsesmessige delen av konverteringen var mer på plass enn den intellektuelle. Intervjuet ender dermed med at kunnskapsspørsmålene får en god del større plass enn det som er tilfelle i innvilgelsessakene, men i disse tilfellene synes dette mest å skyldes at søker har lite å meddele om den personlige og emosjonelle siden av konverteringen.

Når det gjelder bruk av kunnskapsspørsmål er mange av de 24 intervjuene meget godt lagt opp ved at saksbehandler stiller kunnskapsspørsmål som springer ut av noe søker har fortalt om tidligere på dagen. F eks dersom søker har oppgitt at synd og frelse var viktig for konverteringen så stilles det senere kunnskapsspørsmål om synd og frelse. I noen av de øvrige intervjuene fremstår valget av kunnskapsspørsmål som noe mer løsrevet fra søkers fortelling for øvrig. Det kan tenkes at UDI bør ha et noe større fokus på intervjueteknikk slik at alle intervjuene holder samme standard.

6.4.4 Avslag på risiko (8)

Av de 8 saker der det avslås på risiko gjaldt samtlige av sakene søkere fra Iran. I to av sakene fremstod søker med sterkt svekket troverdighet og sakene kunne nok ha vært avgjort på dette grunnlag.

Det ble tatt stilling til troverdighet av konverteringen i samtlige av sakene (om en noe forbeholdent «dersom søker er konvertitt») (trinn 1 i LHBTI-sakene).

I alle sakene ble det tatt stilling til risiko (trinn 2 i LHBTI-sakene).

I én sak ble det lagt til grunn at det ikke forelå risiko selv om søker åpenbart var troverdig om sin konvertering og til tross for at søker hadde drevet utadrettet kirkevirksomhet. Dersom trinn-for-trinn metoden skulle følges i konvertittsakene, gir denne saken eksempel på at søker burde ha blitt spurt om han hvordan han ville opptre ved retur slik at saken ble godt nok utredet for det tilfelle at det var riktig å komme til en annen konklusjon om risikovurderingen (trinn 3 og 5 i LHBTI-sakene).

Det kan på dette grunnlag konkluderes at praksis her er i samsvar med utviklingen i EUs rettspraksis ved at UDI ikke anvender noe diskresjonskrav.

6.5 Konvertittsakene, UNEs representative utvalg (13)

Rapportskriver ble gitt et utvalg av LHBTI-saker som UNE anså at var representativt for deres praksis etter Rt-2012-494. UNE kom frem til et utvalg på 13 saker av ca. 360 omgjøringsbegjæringer. Kriteriene for utvelgelsen av saker er beskrevet i avsnitt 1.5 ovenfor.

¹³⁷ F eks spørres det: Hvordan endret livet ditt seg i møte med kristendommen? I denne gruppen av saker hadde søkerne en tendens til å svare «mange ting, en god følelse» eller «det ga meg ro, er ikke lenger stresset».

SAKSBEHANDLINGEN TRINN FOR TRINN

Blant de 13 utvalgte konvertittsaker var det 6 fra Afghanistan og 7 saker fra Iran.

Samtlige av de 6 afghanistansakene ble avgjort på troverdighet (troverdige konvertitter får opphold). 3 saker førte til innvilgelse, 3 til avslag. Det ble holdt 3 nemdmøte med personlig, der 2 førte til innvilgelser og 1 til avslag.

Av de 7 iranersakene ble 3 av avgjort på troverdighet og 4 på risiko. Det saker førte til 3 innvilgelser, 4 avslag. Det ble holdt nemdmøte i 3 av sakene.

6.4.1 Innvilgelsene (5)

I det representative utvalget lå det 2 afghanistansaker og 3 iranersaker.

Av de ene av de to afghanistansakene var nemnda sterkt i tvil om den ene fordi søker fremstod med sterkt svekket troverdighet. Det ble holdt nemdmøte med personlig oppmøte. Søker ble vurdert å ha gode bibelkunnskaper og hadde relativt overbevisende refleksjoner rundt konsekvensene rundt det å konvertere.¹³⁸ Også i det andre av de to afghanistansakene (hvor det også ble avholdt nemndsmøte mer personlig oppmøte) var nemnda noe i tvil fordi søker ikke hadde gjort seg noen nærmere refleksjoner om konsekvenser av konverteringen.¹³⁹ Søker hadde stor aktivitet i menigheten og relativt god kunnskap om kristendommen, men liten kunnskap om islam.

I iranersakene ble det tatt utgangspunkt i en norm som handlet om søkers grad av utadrettet virksomhet (profil og omfanget av religiøs aktivitet), som blant annet misjonering og intervjuer i media.

6.4.2 Avslag på troverdighet i Afghanistansakene (4)

I den tredje av afghanistansakene der det ble det holdt nemndsmøte ble resultatet avslag. Manglende bibelkunnskap var ikke en avgjørende faktor for avslaget. Søker hadde imidlertid konvertert etter endelig avslag som var basert på et helt annet asylgrunnlag, der han var vurdert ikke å være troverdig. Det gikk ikke frem av vedtaket hvilke spørsmål som ble stilt søker, herunder gikk det ikke frem om det var stilt direkte spørsmål om søkers åpenbaring. Søker var ressurs svak og dette må ha vanskeliggjort bevisvurderingen.

I de resterende 3 afghanistansakene der det ble avslått på troverdighet ga ikke dokumentasjon i saken grunnlag for tvil i følge beslutningstaker. I to av sakene var erklæringene om konvertering meget korte og kom etter kort tid i menigheten. I den tredje saken ble konverteringen dokumentert med en mer fyldig erklæring og dåp ble gitt etter flere ukers undervisning. Erklæringen ble likevel ikke tillagt vekt i troverdighetsvurderingen (se sitat fra vedtak i 6.5.2 nedenfor). Søker var også eksponert i media. Hans generelle troverdighet var sterkt svekket som følge av klar motstrid i sitt opprinnelige intervju med UDI. Konvertering utgjorde også hans opprinnelige asylansøknad.

6.4.3 Avslag på risiko i Iransakene (4)

I de 4 iransakene som ble avslått forelå gjennomgående mye dokumentasjon på søkers religiøse aktiviteter. Selv om det ble avslått på risiko hadde alle vedtakene innslag av en vurdering av søkers troverdighet.

¹³⁸ Fra vedtaket: «hans forklaring var imidlertid noe mindre konkret og overbevisende hva gjaldt refleksjon over hvilke konsekvenser et slikt valg kan medføre og hvorvidt han hadde tenkt igjennom dette på forhånd.»

¹³⁹ Fra vedtaket: «Nemnda merket seg for øvrig at klageren ikke syntes å ha gjort seg noen nærmere refleksjoner om hva hans konvertering til kristendommen ville medføre av følger for hans egen fremtid eller av reaksjoner.

HESTENES og DRAMER & Co

SAKSBEHANDLINGEN TRINN FOR TRINN

Der søker ikke ble *trodd* på sin konvertering ble dette begrunnet blant annet med manglende presisjon i forklaringen om sin tro, f eks dersom søker snakker «ullent og i metaforer om ulike historier». Det ble forventet at en som anfører å ha en langvarig og omfattende kristen aktivitet burde ha et visst presisjonsnivå.

Kunnskapsspørsmålene ble vektlagt i vedtakene, antakeligvis fordi UNE anser at kunnskap kan utgjøre et forhold som er egnet til å utløse risiko. Søkere med manglende eller lite konkrete kunnskap om kristendommen ble vurdert ikke å ha et beskyttelsesbehov, fordi UNE da vurderte at søker sannsynligvis var lite egnet til å misjonere. Kunnskapsspørsmålene vil således ha en viktigere funksjon i saksbehandlingen når det avslås på risiko. Kunnskapsspørsmål blir dermed et grep forvaltningen tar for å belyse sannsynligheten av et *annet spørsmål* – hvorvidt søker vil være åpen om sin tro ved retur.

I de sakene der søker har slik kunnskap fremgår det ikke av vedtakene at forvaltningen har et tilsvarende grep for hvordan å vurdere om søker, til tross for sin kunnskap og tro, vil være diskre ved retur. Logikken i foregående avsnitt skulle tilsi at tilstedeværelsen av kunnskap utgjør en risiko i seg selv.

Utvalget av saker ga ikke grunnlag for en slik slutning. I to saker der søker var troverdig ble det innvilget som følge av aktiv misjonering og eller eksponering på tv. I en tredje sak der søker fremstod som en kunnskapsrik og reflektert kristen ble det gitt avslag fordi UNE la til grunn at hans personlighetstrekk tilsa at han selv ønsket å være diskret ved retur.

Denne tredje saken skal omtales nærmere i det følgende. Utgangspunktet for risikovurderingen var som følger:

«I henhold til UNE praksis, utviklet gjennom en rekke nemndsmøter, innebærer ikke konvertering til kristendommen eller alminnelig praktisering av kristendommen risiko for forfølgelse ved retur. UNE mener at en iransk konvertitt kan returnere til Iran såfremt man kan anta at han vil utøve sin religion innenfor de sosiokulturelle rammene i Iran. Det har ikke blitt ansett som forfølgelse at en konvertitt som returnerer til hjemlandet, må finne seg i at den religiøse aktiviteten begrenses sammenlignet med i Norge som følge av de sosiokulturelle rammene i Iran.»

Etter personlig møte med søker i nemndsmøte ble det lagt til grunn at konverteringen var reell. UNE fant derimot at søkeren kunne forventes, ut fra sitt aktivitetsnivå i Norge, å leve videre med sin tro innenfor de sosiokulturelle normene som gjelder i Iran:

«UNE er klar over at klageren ikke nødvendigvis vil kunne delta i gudstjenester som i en alminnelig norsk kirke, og heller ikke i større kristne fellesskap i Iran. Derimot mener UNE at det vil være mulig for en konvertitt å oppsøke andre likesinnede kristne og delta i et kristent fellesskap på samme måte som flertallet av kristne konvertitter i Iran. I betraktning av de sosiokulturelle rammene som gjelder i Iran vil det kunne være enkelte begrensninger på måten han kan utøve sin tro, men ikke i en slik grad at det kan anses som forfølgelse. Begrensningen vil først og fremst gjelde muligheten til å misjonere overfor muslimer og nødvendigheten av å være noe tilbakeholden med å fremheve kristne symboler i det offentlige rom. På bakgrunn av hva som er opplyst om hvordan klageren har utøvd sin kristne tro i Norge vil han uten noen større tilpasning av sin tro kunne fortsette leve som kristen i Iran uten å risikere forfølgelse.»

Det undersøkes ikke om denne tilpasningen gjør at han forventes å gi avkall ved en side av hans tro som kan anses som grunnleggende for hans religiøse identitet, noe som ville ha vært bedre i samsvar med *Y og Z mot Tyskland*. Videre fremkommer av vedtaket at søker må foreta en tilpasning av hvordan han i Norge lever med sin tro, det vil si at en retur forutsetter en viss diskresjon. Det er uklart

SAKSBEHANDLINGEN TRINN FOR TRINN

eller ikke godt nok utredet hvordan søker ordla seg når det gjaldt hvordan og eventuelt hvorfor han ville forholde seg til de sosiokulturelle rammene for konvertitter i Iran.

Vedtaket viser at UNE pålegger søker å foreta en viss tilpasning til sosiokulturelle normer ved retur. Dette benekter UNE selv at de gjør (UNE sier at det kun foretas en faktisk vurdering av hvordan søker med sannsynlighet vil forholde seg ved retur).

I et av klagevedtakene fra UDI porteføljen ga eksempel på samme forståelse av risikobegrepet:

«UNE er klar over at klageren *ikke nødvendigvis vil kunne* delta i gudstjenester som i en alminnelig norsk kirke, og eller ikke i større kristne fellesskap i Iran. Derimot mener UNE at det vil være mulig for en konvertitt å oppsøke andre likesinnede kristne og delta i et kristent fellesskap *på samme måte som flertallet av kristne konvertitter i Iran*. I betraktning av de sosiokulturelle rammene som gjelder i Iran *vil det kunne være enkelte begrensninger i måten ... kan utøve sin tro, men ikke i en slik grad at det kan anses som forfølgelse*. Begrensningene vil først og fremst gjelde muligheten til å misjonere overfor muslimer og nødvendigheten av å være tilbakeholden med å fremheve kristne symboler i det offentlige rom.»

Vedtaket illustrerer at UNE anvender diskresjonskravet i to sammenhenger. For det første indirekte ved at det trekkes inn i vurderingen av om det foreligger risiko. For det andre direkte ved at søkers situasjon ved retur ses i lys av en forventning om at han eller hun bør eller vil tilpasse seg de sosiokulturelle normer i hjemlandet.

Når det gjelder det siste kan til dette reises spørsmål om UNEs vedtak *heller* bør forstås slik at den siterte teksten har tatt utgangspunkt i en forutgående bevisvurdering av hvorledes søker antas å opptre ved retur, og at vedtaket må leses i sin helhet for å få det rette inntrykket. Selv om det forutsettes så vil dette fortsatt utgjøre et visst diskresjonskrav å henvise til at søker (selv vil komme til å ønske) diskresjon, med mindre det utredes hvor viktig de handlingene eller uttrykkene han må forsvare er for hans tro, jf. *X og Y mot Tyskland* og hva som er årsaken til at han ønsker å tilpasse seg (trinn 5b). Dette tar vedtakene ikke opp til vurdering.

Det kan også bemerkes at det, uavhengig av om en ønsker å legge rettsutviklingen i EU til grunn eller ikke, er at risikobegrepet er en rettslig norm der det er vanskelig å skille juss og fakta helt fra hverandre. En påstand om at det bare foretas en faktisk og ikke en normativ vurdering av søkers opptreden ved retur kan i så fall etterlate et inntrykk av at en uriktig rettsforståelse legges til grunn.

UNE legger etter dette ikke til grunn avgjørelsen fra EU-domstolen *X og Y mot Tyskland* hva angår at diskresjon ikke skal utgjøre et vurderingstema verken ved fastleggelsen av den generelle risiko for den som lever åpent, eller når søkers situasjon ved retur vurderes.

6.6 Andre kilder som forvaltningen legger til grunn

Bruk av andre kilder enn rettskilder kan omhandle bruk av landrapporter, legeerklæringer, erklæringer fra organisasjoner, menigheter eller personer som står søker nær.

6.6.1 UDI

Det er vanskelig å ha en klar oppfatning om landrapporter brukes i hver sak og hvilke landrapporter som benyttes. I noen saker fremgår dette av merknadene og vedtakene, men i mange saker foreligger det ingen informasjon. Det er imidlertid vanskelig å trekke noen slutninger ut av dette. Det ligger en forutsetning om at landrapporter og praksis notater skal konsulteres som en del av forberedelsen til

SAKSBEHANDLINGEN TRINN FOR TRINN

intervju. Det er heller ingen standard for at henvisning til landrapporter må med i merknader eller vedtak, med mindre det avslås på risiko.

Ved UDIs behandling av asylsøknader baserer saksbehandler seg hovedsakelig på landinformasjon som er innhentet og formidlet av Landinfo. Der Landinfo har utarbeidet temanotater (en utfyllende redegjørelse om et bestemt saksforhold basert på et bredt kildegrunnlag) vil disse alltid ha en sentral betydning ved UDIs saksbehandling. Videre vil saksbehandlere ta med i vurderingen alle relevante rapporter publisert i landdatabasen. Ved behov for ytterligere eller oppdatert informasjon som ikke foreligger i landdatabasen sender UDI bestilling til Landinfo. Landinfo har i løpet av de siste årene utarbeidet flere temanotater og responser om forhold knyttet til seksuell orientering og konvertering.

I samtlige av de 14 *LHBTI*-sakene der det avslås på risiko var det henvist til landinformasjon. Det gikk ikke alltid klart frem hvilke rapporter som det ble vist til, men helhetsinntrykket er at det vises til Landinfos rapporter.

I *konvertittsakene*, både i sakene som avslås på troverdighet og på risiko, er det mange henvisninger til landinformasjon i tilknytning til erfart forfølgelse men det går som oftest ikke frem hvem som er kilden. Det er også flere henvisninger til kjennetegn ved ulike religioner og religionsforståelse enn det som gjelder i *LHBTI*-sakene. Når det ble vist til en kilde ble det som oftest vist til Landinfo, men i noen tilfeller også andres rapporter slik som «On Conversion to Christianity».

Det forelå erklæringer fra *LHBTI*-organisasjoner eller personer som stod søker nær (kjæreste eller venner) i 11 av de 65 sakene. Erklæringene hadde betydning for positivt utfall i 9 av sakene.

I *konvertittporteføljen* ble det fremlagt dokumentasjon på forfølgelse fra hjemlandet for en av innvilgelsene. I to av avslagssakene hadde søkeren foretatt religiøse eller offentlige handlinger som det ble fremlagt dokumentasjon på. Dette førte ikke til omgjøring hos UDI og UNE opprettholdt UDIs avslag.

6.6.2 UNE

I *LBHTI*-sakene viser UNE til sine egne notater i merknadsmalen, samt endringer i Landinfos rapporter om et land som kan ha betydning for praksis. I vedtakene nevnes gjerne andre kilder enn Landinfo når det har skjedd en endring (f eks omtale av Ugandas nye lov mot homoseksuelle). Når det holdes nemndsmøte med personlig oppmøte kan nemndleder beslutte å kalle inn Landinfo som vitne. Vedtakene inneholder da en utfyllende gjengivelse om hva landinfo uttalte i nemndmøte. I alle sakene der det Landinfo forklarte seg om var gjengitt i teksten i vedtaket, ble også Landinfos uttalelser lagt til grunn for regelanvendelsen.

I *konvertittsakene* var det i *iransakene* mange referanser til ulike *landrapporter*, ikke bare til Landinfo i merknadsmalene. I merknadsmalen vises det blant annet til Lifos, fellesrapporten til Landinfo, Danish Refugee Council og Udlændingestyrelsen «Iran. On Conversion to Christianity, Issues concerning Kurds and Post 2009 Election Protestors as ell as Legal Issues and Exit Procedures» fra 2013, the International Campaign for Human Rights in Iran “The cost of faith” fra 2013. Det ble også vist til interne dokumenter eller dokumenter som ikke er allminnelig kjent, slik som flere rapporter fra den norske ambassaden om arrestasjoner av konvertitter, et internt notat fra Belgisk utlendingsforvaltning om returnerte asylsøkere og en forespørsel til Nederland om deres praksis i konvertittsaker.

I vedtakene finnes flere eksempler på at det vises til ytterligere andre kilder, slik som UK Border Agency, the Christian Solidarity World Wide rapport, Mohabat News, US Commission on International Religious Freedom (USCIRF).

HESTENES og DRAMER & Co

SAKSBEHANDLINGEN TRINN FOR TRINN

I merknadsmalen for *afghanistansaker* var det ikke samme utfyllende referanse til ulike landrapporter, noe som har sammenheng med at det i disse sakene gis beskyttelse dersom søker er troverdig.

I alle konvertittsakene forelå enten dåpsattester og ulike type *erklæringer og støttebrev* fra prester eller andre i menigheten.¹⁴⁰

I alle 5 sakene som førte til *innvilgelse* (2 afghanistansaker og 3 iranersaker) hadde søkeren omfattende dokumentasjon som gikk langt utover en dåpsattest eller erklæring om konvertering, uten at dette nødvendigvis kan sies å ha vært utslagsgivende for innvilgelsen.

Erklæringene fikk derfor ikke avgjørende betydning i de sakene som ble *avslått på troverdighet*, da avslaget nødvendigvis betyr at UNE tilla annen informasjon om konverteringens realitet større vekt. I noen av sakene der det ble avslått på troverdighet bar erklæringene preg av at de var utstedt bare kort tid ved kirken og fremstod som overflatiske. I en sak ble det sagt om en erklæring om dåp i brev form fra Jesu Krist Menighet at denne ikke ble tillagt avgjørende vekt «da slike dokumenter generelt har lav notoritet». Det kan legges til at søker fikk utstedt denne erklæringen om dåp bare kort tid etter UDIs avslag.

I en av sakene der det ble gitt en utfyllende erklæring om søkers aktivitet ga UNE følgende begrunnelse for hvorfor at prestens vurdering av søkers troverdighet ikke var utslagsgivende:

Une har merket seg [prestens] uttalelse om at han opplever klageren som en overbevist kristen, men finner ikke å kunne tillegge denne avgjørende vekt. En klager som påberoper seg konvertering som et middel for å få opphold i Norge vil naturligvis forsøke å fremstå som kristen overfor menigheten som skal bekrefte hans tro. Menighetens representanter, som ikke alltid kjenner klagerens tidligere forklaringer, vil på sin side kunne ha et annet inntrykk av klagerens s troverdigheten enn det UNE har dannet seg.

Dette var en afghanistansak. Dersom søker hadde blitt trodd på konverteringen hadde han fått beskyttelse. Saken illustrerer dermed hvorledes UNE i sitt representative utvalg av saker kan sette til side en fagpersons vurdering av en søker han har jevnlig og personlig kontakt med.

I sakene som ble *avslått på risiko* kom det i mindre grad på spissen hvilken vekt erklæringene skulle gis. Når erklæringene i disse sakene heller ikke fikk avgjørende betydning (alle var iranersaker), hang dette først og fremst sammen med vurderingen av risikosituasjonen i Iran der det å være døpt i seg selv ikke anses å utløse en risiko for forfølgelse.

¹⁴⁰ Det var et av utvelgelseskriteriene at sakene skulle inneholde slike dokumenter, se avsnitt 1.5. ovenfor.

LITTERATURLISTE**Litteraturliste****Norske lover og forskrifter**

Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her LOV-2008-05-15-35

Forskrift om utlendingers adgang til riket og deres opphold her FOR-2009-10-15-1286

Forarbeider

Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) Om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven)

St.meld. nr. 25 (2000-2001) Levekår og livskvalitet for lesbiske og homofile i Noreg.

Norsk høyesteretts- og underrettspraksis

Rt-2012-494

Rt-2011-1481

Rt-1998-1565 (anne-li dommen)

LB-2010-134086

LB-2012-96733

LB 2014-50021

LB-2013-149889

LB-2013-112800

Instrukser, retningslinjer, praksisnotater og interne notater**Departementene**

2012-008-G: Retningslinjer om kjønnsrelatert forfølgelse (01.07.2012)

Vedlegg til pressemelding av 18. juni 2010 publisert under: Regjeringen Stoltenberg II, utgiver: Justis- og politidepartementet.

GI-23/2010 med vedlegg (Arbeid- og inkluderingsdepartementet (AID) brev av 3. februar 2009 med bestilling til UDI om orientering om andre lands praksis)

Rundskriv AI-105/2009 Retningslinjer for kjønnsrelatert forfølgelse som er basert på FNs Høykommissær for flyktningers anbefalinger fra 2002.

UNE

UNE "Konvertitter fra Iran" redegjørelse av 14. juni 2011

UNE «Anførsler om forfølgelse på grunn av religion (Paragrafhenvisninger er til tidligere lov/forskrift) Praksisnotat av 09.10.2009 (sist revidert 2013) tilgjengelig på <http://www.une.no/Praksis2/Notater/Anforsler-om-forfolgelse-pa-grunn-av-religion/>

UNE IR-140906 Interne retningslinjer om gjennomføring av nemndmøter

UNE Merknader til nemndmøter i konvertittsaker for Iran og for Afghanistan

UNE v/ Øyvind Øyen «Internt notat til B1 (nemndmøter m.m.) «Forfølgelse på grunnlag av religion» av 1. juli 2013.

LITTERATURLISTE**UDI**

PN 2014-004: Asylpraksis - Afghanistan (26.08.2014) (LHBTI-saker og konvertittsaker);

PN 2013-005: Asylpraksis - Etiopia (30.01.2014) (LHBTI-saker);

PN 2010-020: Asylpraksis – Irak (29.01.2014) (LHBTI-saker og konvertittsaker);

PN 2010-009: Asylpraksis - Iran (29.01.2014) (LHBTI-saker og konvertittsaker);

PN 2011-002: Asylpraksis - Nigeria (30.06.2014) (LHBTI-saker);

PN 2012-002: Asylpraksis - Pakistan (29.01.2014) (LHBTI-saker og konvertittsaker);

PN 2014-006: Asylpraksis Sudan (02.07.2014) (LHBTI-saker);

PN 2010-030: Asylpraksis - Syria (29.01.2014) (konvertittsaker);

PN 2014-005: Asylpraksis - Usbekistan (11.06.2014) (LHBTI-saker)

IM 2013-011: Intervju i søknader om beskyttelse (10.07.2014) Internmeldingen gir retningslinjer og rutiner for hvordan intervjuere i asylavdelingen (ASA) skal gjennomføre intervjuer i søknader om beskyttelse.

UDI «Praksisforeleggelse etter utlendingsloven – utlendingslovens § 28 første ledd bokstav a – velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av seksuell orientering og kjønnsidentitet» av 2. september 2011.

EU-Direktiver

“EUs statusdirektiv” COUNCIL DIRECTIVE 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted.

EU-domstolens praksis

Y og Z mot Tyskland: *Bundesrepublik Deutschland v. Y (C-71/11), Z (C-99/11)*, C-71/11 and C-99/11, European Union: Court of Justice of the European Union, 5 September 2012.

X, Y og Z mot Nederland: *Netherlands v. C-199/12, C-200/12 og C-201/12*, European Union: Court of Justice of the European Union, 7 November 2013.

A, B, C mot Nederland, Generaladvokatens uttalelse: *Opinion of Advocate General: A, B and C v. Netherland*, Joined Cases C-148/13, C-149/13 and C-150/13, European Union: Court of Justice of the European Union, 17 July 2014.

A, B, C mot Nederland: JUDGMENT OF THE COURT (Grand Chamber) In Joined Cases C-148/13 to C-150/13, European Union: Court of Justice of the European Union, 2 December 2014.

Rettspraksis og praksisnotater fra andre nasjonale jurisdiksjoner

SW (lesbians - HJ and HT applied) Jamaica v. Secretary of State for the Home Department, UK, CG [2011] UKUT 00251(IAC), Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), 24 June 2011, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4e0c3fae2.html>

LITTERATURLISTE

RT (Zimbabwe) and others v Secretary of State for the Home Department, [2012] UKSC 38, United Kingdom: Supreme Court, 25 July 2012, available at: <http://www.refworld.org/docid/500fdacb2.html> [accessed 29 November 2014]

Migrationsverket, Migrationsöverdomstolen, Migrationsöverdomstolens dom den 19 december 2013 i mål UM 3853-13, 2013-12-19, <http://lifos.migrationsverket.se/dokument?documentSummaryId=31809>

Migrationsverket RCI 03/2011 «Rättschefens rättsliga ställningstagande angående metod för utredning och prövning av den framåtsyftande risken för personer som åberopar skyddsskäl på grund av sexuell läggning.» <http://lifos.migrationsverket.se/dokument?documentSummaryId=24390> [besøkt 28. november 2013]:

Pathmakanthan v. Holder, US, 612 F.3d 618, 623 (7th Cir. 2010), available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d249efa2.html>

FNs Høykommissærs anbefalinger

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Guidelines on International Protection No. 2: “Membership of a Particular Social Group” Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, 7 May 2002, HCR/GIP/02/02.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Guidelines on International Protection No. 6: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 28 April 2004, HCR/GIP/04/06.

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), 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, 23 October 2012, HCR/GIP/12/01.

Juridisk litteratur og rapporter

APA, “Practice Guidelines for LGB Clients, Guidelines for Psychological Practice with Lesbian, Gay, and Bisexual Clients”, available at: <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/guidelines.aspx?item=3>

Halvard Haukeland Fredriksen «EU/EØS-rett i norske domstoler» rapport nummer 3 for *Utvalget for utredning av Norges avtaler med EU* (Europautredningen) januar 2011.

NOAS «Tro, håp og forfølgelse. NOAS’ rapport om kristne konvertitter fra Iran» (2014)

Cecilie Schjætvat «Troverdighetsvurderinger i asylsaker: Juss og tverrfaglighet i opplæringen i fire direktorater – Belgia, Storbritannia, Sverige og Norge» UDI FoU (2014)

Cecilie Schjætvat «The Making of UNHCR’s Guidance and its Implementation in the National Jurisdiction of The United Kingdom, Norway and Sweden» UDI FoU (2010).

Vevstad, med fler Utlendingsloven med kommentarer (2010).

Avisartikler, landrapporter etc.

Vårt Land «Kristne konvertitter returneres til torturfare» av 19. juni 2014

NRK Østlandssendingen «Konvertitter blir ikke trodd eller sendes ut av landet uansett» av 30.11.2013

UNE «NOAS tar feil om UNEs praksis» publisert på UNEs hjemmesider 3. juli 2014 tilgjengelig på <http://www.une.no/no/Aktuelt/Artikler/Misfortatt-om-konvertitter/>.

Øyvind Øyen «Feil om UNEs praksis», Dagen 7. juli 2014 (også på UNEs hjemmesider).

LITTERATURLISTE

Landinfo “Iran. On Conversion to Christianity, Issues concerning Kurds and Post-2009 Election Protestors as well as Legal Issues and Exit Procedures” Joint report from the Danish Immigration Service, the Norwegian LANDINFO and Danish Refugee Council’s fact-finding mission to Tehran, Iran, Ankara, Turkey and London, United Kingdom av 9 November to 20 November 2012 and 8 January to 9 January 2013.

Landinfo Temanotat “Iran: Homoseksualitet og homofile i den islamske republikken Iran (7. desember 2012).

Landinfo Temanotat «Iran: Kristne og konvertitter» (7. juli 2011)

Annet

UDIS årsrapporter og statistikk 2012, 2013 og 2014: <http://www.udi.no/en/statistics-and-analysis/annual-reports/arsrapport-2013/hvor-mange-sokte-om-beskyttelse/>; og <http://www.udi.no/statistikk-og-analyse/statistikk/asylsoknader-etter-statsborgerskap-og-maned-2012/>

Eposter mellom UNE og rapportskriver av 2., 3. og 5. desember 2014 (hos rapportskriver)

LITTERATURLISTE

Vedlegg 1: Utdrag av Rundskriv GI-07/2012 (Trinn-for-trinn metoden)

Trinn-for-trinn metoden i Rt-2012-494 og en fortolkning av denne

1. *Er asylgrunnlaget troverdig, dvs. er søker virkelig homofil?*
Det er i utgangspunktet søkeren som må sannsynliggjøre sin anførsel i asylforklaringen. Troverdighetsvurderingen skal være konkret, helhetlig og individuell.
2. *Vil søkeren utsettes for forfølgelse dersom han eller hun lever åpent?*
Sentralt for denne vurderingen er om tilgjengelig landinformasjon tilsier at LHBTI-personer som lever åpent i det aktuelle landet risikerer reaksjoner som utgjør forfølgelse, jf. utlendingsloven § 29 første ledd. Sosial utstøtelse, trakassering og diskriminering anses i utgangspunktet ikke som forfølgelse i konvensjonens forstand.
3. *Hvordan vil søkeren opptre etter retur?*
Vurderingen er ikke en normativ vurdering av hvordan søkeren bør opptre, men en konkret sannsynlighetsvurdering av hvordan den aktuelle søkeren vil opptre. Vurderingen skal ikke avgrenses til seksuelle handlinger, men omfatte alle væremåter og overbevisninger som er knyttet til og er grunnleggende for den enkeltes seksuelle identitet. Flere forhold vil være relevante i denne vurderingen, f.eks. søkerens egne opplysninger, den generelle situasjonen i søkerens hjemland og hvordan søkeren har levd i hjemlandet før utreisen og i Norge.
4. *Vurderingen hvis det er sannsynlig at søkeren vil leve åpent om sin seksuelle identitet etter retur*
Hvis 2 og 3 er oppfylt fyller søkeren vilkårene for asyl etter utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a, gitt at de øvrige vilkårene for asyl er oppfylt.
5. *Vurderingen hvis det er sannsynlig at søkeren vil skjule sin seksuelle identitet etter retur hva er årsaken til det?*
Dette forutsetter at søkeren har fått anledning til å gi opplysninger om hemmeligholdet. Søkerens forklaring vil være et sentralt moment, men det er ikke nødvendigvis avgjørende. Det må også ses hen til de øvrige opplysningene i saken, herunder hvordan søkeren har opptrådt og levd i Norge. Vurderingen kan få to ulike utfall:
 - a) Hvis årsaken til søkerens valg om hemmelighold ikke er frykt for forfølgelse, men frykt for å bringe skam over familien, brudd på vennskaps- eller familieband, at vedkommende selv mener det er riktig, sosialt press, fordømmelse e.l., er vilkårene for flyktningstatus ikke oppfylt, med mindre slike forhold samlet sett er av en slik art eller omfang at de kan karakteriseres som forfølgelse.
 - b) Hvis derimot en sentral årsak til søkerens valg om hemmelighold er frykt for forfølgelse, må vilkåret "velbegrunnet frykt for forfølgelse" anses oppfylt, slik at søkeren har rett til flyktningstatus.

Førstvoterende i Høyesterett uttaler i avsnitt 58 følgende: "Der begrunnelsen for hemmeligholdet er sammensatt, må ikke årsakskravet forstås så strengt at det i realiteten utelukker søkere som har en reell grunn til å frykte forfølgelse, når denne frykten er *sentral* for vedkommendes valg" (departementets utheving). Frykten for forfølgelse trenger altså ikke å være den eneste eller den mest dominerende årsaken til at søkeren velger hemmelighold. Det er tilstrekkelig at frykten er en viktig årsak for søkerens valg.