

Asylsøkeres rett til flyktningstatus på bakgrunn av tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe, med fokus på seksuell orientering og kjønnsidentitet

Asylum seekers right to refugee status based on
membership of a particular social group,
with regard to sexual orientation and gender identity

av HAAKON HENNUM

Udlændingeloven § 7 (1) inkorporerer FNs flyktningkonvensjon i dansk rett. I konvensjonens artikkel 1 (A) 2 defineres en flyktning som en person som har en velbegrunnet frykt for forfølgelse på bakgrunn av en eller flere bestemte grunner. Avhandlingen tar sikte på å redegjøre for hva som skal til for å være omfattet av konvensjonen basert på forfølgelsesgrunnen tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe. Avhandlingen fokuserer videre på LGBTI-individens mulighet for å utgjøre en slik sosialgruppe, og dermed være omfattet av konvensjonen.

Avhandlingen redegjør for det som må kunne betraktes som inngangsvilkår eller hovedbestanddel, nemlig velbegrunnet frykt og forfølgelse. Avhandlingen konkluderer med at det er en tett sammenheng mellom flyktningdefinisjonen, herunder forfølgelse, og internasjonale menneskerettigheter, og at man er nødt til å tolke flyktningkonvensjonen i lys av disse. Til tross for at det ikke er noe krav at det foreligger (en risiko for) menneskerettighets-krenkelser for at forfølgelsesvilkåret er oppfylt, viser systemet seg godt egnet for fortolkningsoppgaven i flere tilfeller.

I avsnittene om velbegrunnet frykt diskuteres både eksistensen av og vekten som bør tillegges det subjektive elementet i begrepet. Til tross for gode argumenter for å objektivisere begrepet, konkluderer avhandlingen med en middelvei, der begge deler bør vurderes, om enn med en ikke for streng tilnærming til det subjektive. Den fremtidsrettede vurderingen man foretar burde baseres på om det er en ikke uavviselig risiko for at vedkommende vil bli utsatt for forfølgelse.

Som asylmotiv har seksualitet vært anført i Danmark siden omtrent da kjønnsbasert forfølgelse begynte å bli et tema på internasjonalt plan. Likevel var det i mange år ingen som fikk konvensjonsstatus basert på seksualitet eller kjønnsidentitet, inntil de viktige avgjørelsene der to guatemalanske transkjønnede ble meddelt konvensjonsstatus i 2012. Etter en praksisendring i 2013 kan man også konkludere med at dansk praksis på flere områder er videre og mer i tråd med internasjonal praksis enn tidligere.

Innholdet i forfølgelsesgrunnen tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe er stadig noe uklart, og det er blant annet derfor det er den forfølgelsesgrunnen det er vanskeligst å arbeide med. Hva gjelder LGBTI-individer er dette likevel klarere enn noen gang, i og med at man nå kan konkludere med at de helt klart kan være omfattet av grunnen. Forfølgelsesgrunnen har blitt mer likestilt med de øvrige grunnene i løpet av tiden, noe blant annet redegjørelsene om selvrepresjon og diskresjon i avhandlingen viser. Avhandlingen drøfter innholdet i og betydningen av de forskjellige tilnærminger til forfølgelsesgrunnen.

Oppgaven konkluderer med at forfølgelsesgrunnen er godt egnet for å fange opp LGBTI-individer, og at disse stiller bedre i asylsystemet i dag enn for bare ti år siden. Å hente

inspirasjon fra de andre grunnene har bidratt til og kan fortsette å bidra til en likestilling mellom forfølgelsesgrunnene, som med konvensjonens formål i mente, fremstår som riktig, spesielt med tanke på menneskerettighetene som gjerne ligger bak grunnene sitt likeverd.

Innholdsfortegnelse

Abstract	3
1. Innledning	4
1.1 Emnet	4
1.2 Problemformulering	4
1.3 Avgrensning mot andre spørsmål	5
1.4 Metode	5
2. Reguleringen og aktørene på asylområdet	7
2.1 Den folkerettslige karakteren og noen utvalgte prinsipper	7
2.2 Nasjonal rett og kort om oppfyllelse av folkerettslige forpliktelser	7
2.3 Flyktningkonvensjonen og forholdet til andre internasjonale menneskerettighetsinstrumenter	8
2.4 Den asylrettslige reguleringen på det europeiske plan og betydningen den har i Danmark	10
2.5 Aktørene i behandlingen i Danmark, og kort om UNHCR	12
3. Flyktningdefinisjonen	13
3.1 De generelle trekkene i flyktningkonvensjonen	13
3.2 Forfølgelse	14
3.2.1 Menneskerettighetskrenkelses som målestokk for forfølgelse	15
3.2.2 Den nedre grensen for forfølgelse	21
3.2.3 Forfølgeren	22
3.2.4 Oppsummering	22
3.3 Velbegrunnet frykt	23
3.3.1 Objektiv risiko	23
3.3.2 Subjektiv frykt	24
3.3.3 Fastsettelsestid – den tidsmessige faktoren	25
3.4 Tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe	26
3.4.1 Forfølgelse basert på tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe – de generelle trekkene	27
3.4.2 De forskjellige tilnærmingene til begrepet	29
3.4.3 Seksuell orientering og kjønnsidentitet – de generelle trekkene	32
3.4.4 Protected characteristics og social perception	33
3.4.5 Pålegg om selvrepresjon	34
3.4.6 Oppsummering	36
4. Konklusjon	36
Litteraturliste	37
Love og forskrifter	37
Forarbeider, lovforslag og betenkninger	37
Internasjonale rettskilder	37
Litteratur og andre kilder, unntatt websider	39
Avgjørelser fra Flyktningenævnet	41
Avgjørelser fra andre instanser	41
Websider	42
Dokumenter fra FN	42

Abstract

The main goal of this thesis is to interpret and define the term “*refugee*” in the Refugee Convention. The Convention defines a refugee as a person that has a well-founded fear of being persecuted for a particular set of reasons. The focus of the analysis is the terms “*well-founded fear of persecution*” and the Convention ground “*membership of a particular social group*”, specifically protection based on sexual orientation and/or gender identity.

The thesis’ second chapter lays out some of the relevant jurisprudence of both international and Danish asylum law. The chapter illustrates how the jurisprudence is both complex and somewhat fragmented. The goal of the chapter is to make the reader aware of the mechanics of the material, and to address the value of each source, and how it is to be used. In order to accomplish this, the chapter also describes some of the main relevant principles in international law, and how these affect and are linked to the asylum law.

The thesis finds that a link between the “*persecution*” term and human rights violations is both practical, and long accepted. And while there is no requirement for being recognized as a refugee that human rights have been violated (or a risk of such), it serves as a guide for the interpretation. The thesis finds that the background, intensity and severity of the act is important in the evaluation of whether or not the individual is (of risk of being) persecuted. Different approaches to the term are analyzed and the fact that the human rights are equal, and not well suited for hierarchical approaches, is discussed. Rather a more holistic approach and a tool for the use is sought after.

The thesis finds that “well-founded fear” consists of two elements – a subjective and an objective. Discussions in literature raises some potential problems as to both the existence, and especially the weight to be given the subjective element of the term. The thesis addresses the problems of each approach and finds that there is reason to worry if the subjective element is given to much of an independent assessment.

The thesis finds that “*well-founded fear of persecution*” has to be linked to one of the five Convention grounds and analyzes the “*membership of a particular social group*” ground, of which there are different approaches to. The main approaches are being discussed, and the thesis finds that both of the dominant approaches are suited for encompassing LGBTI-individuals. The thesis also finds that the Convention ground has been made more equal to the other grounds over time, both internationally and in Denmark. An example if this is the question of if you can deny asylum on the grounds that the individual can conceal their sexual orientation, where the answer now is no. A homosexual is entitled to living openly, as much as one is entitled to openly share ones political views. The thesis finds that the Convention ground is well suited for encompassing LGBTI-individuals.

1. Innledning

1.1 Emnet

Emnet for avhandlingen er utlendingsrett, nærmere bestemt asylrett. Det har aldri vært flere mennesker som har blitt drevet fra sine hjem enn det er i dag, 70,8 millioner i tallet (pr. slutten av 2018).¹ Av disse er 41,3 millioner drevet på flukt i sitt eget land, resten har krysset en landegrense i søken etter beskyttelse.² Temaet dukker ofte opp i den politiske debatt, og det har vært det springende punkt ved folketingsvalg.³ Kapitteloverskriften til udlændingeloven (heretter udl.)⁴ sitt første kapittel, «Udlændinges indrejse og ophold» er tilsynelatende evig aktuelt.

Etter FNs verdenserklæring om menneskerettigheter har enhver, i et annet land, en rett til å søke asyl mot forfølgelse.⁵ «Asyl» betyr med andre ord et fristed mot forfølgelse.

Den mer individbaserte tankegangen som hadde blitt til på flyktningområdet i perioden mellom 1938 og 1950,⁶ skulle også bli med videre, da FNs konvensjon om flyktnings stilling ble vedtatt i 1951, og med Protokollen av 1967. Begge disse to, konvensjonen og protokollen, vil bli referert til som «flyktningkonvensjonen» eller «konvensjonen» i denne avhandlingen.⁷ Med protokollen ble den geografiske og tidsmessige begrensningen konvensjonen hadde fjernet. En flyktningdefinisjon slik vi har i dag og som det i denne avhandlingen vil bli foretatt en analyse av, var født.

Regelen som søkes belyst i denne avhandlingen, er i dansk rett plassert i udl. § 7 (1). Bestemmelsen er plassert i lovens første kapittel, som regulerer utlendingers innreise og opphold i Danmark. Et sammensatt og komplekst rettskildebilde betraktelig større enn denne ene bestemmelsen, tjener som inspirasjon for valg av tema og problemformulering. Det er tungt preget av menneskerettigheter som har resultert i motsvarende forpliktelser for Danmark.⁸ Disse er dels på europeisk plan, dels i regi av FN. Menneskerettighetsinstrumenters påvirkning av rettsgrunnlaget for utlendingers adgang til Danmark vil bli belyst fortløpende, i den grad det er relevant for avhandlingen.

1.2 Problemformulering

Etter udl. § 7 (1) gis det oppholdstillatelse til en utlending omfattet av flyktningkonvensjonen. Av konvensjonens art. 1 A (2) kan man utlede definisjonen på en flyktning. Bestemmelsen definerer en flyktning som en person som har en «*velbegrunnet frygt for forfølgelse*» på grunn av en eller flere *forfølgelsesgrunner*.

Ut fra FNs Høykommissær for flyktninger, UNCHR, sin Håndbok (hvis relevans og vekt er redegjort for nedenfor under avsnitt 2.5) pkt. 28, kan man konkludere med at man *konstaterer* at noen er en flyktning, man *gjør* ingen til en flyktning gjennom å vurdere at vilkårene er oppfylt. Som Jesper Lindholm treffende sier det, «*ansøgeren bliver ikke flygtning som følge af*

¹ FNs Høykommissær for flyktninger (u.å.), hentet 3. mars 2020

² Ibid

³ Kjær 2003: 13

⁴ Med udlændingeloven/udl. refereres det i avhandlingen til lovbekendtgørelse 2019-10-02 nr.1022

⁵ FNs verdenserklæring om menneskerettigheter av 10. desember 1948 (heretter UDHR)

⁶ Jacobsen, Larsen, Lassen, Lindholm & Vedsted 2017: 150

⁷ Convention Relating to the Status of Refugees av 28. juli 1951 & Protocol relating to the Status of Refugees av 31. januar 1967.

⁸ Vedsted-Hansen 2017: 19-20

*anerkendelsen, men anerkendes, fordi vedkommende er flyktning».*⁹ Flyktningdefinisjonens noe vage ord og uttrykk, burde være velegnet for en analyse.

For å få status som flyktning holder det ikke å ha et tilhørsforhold til særlig sosialgruppe, ha politiske overbevisninger eller å være omfattet av en annen forfølgelsesgrunn. For å få status som flyktning må for eksempel tilhørsforholdet resultere i en velbegrunnet frykt for forfølgelse, jf. ordlydens «*på grund af*». Avhandlingen vil derfor også redegjøre for det som må kunne betraktes som «kjernevilkår», eller «inngangsvilkår», nemlig velbegrunnet frykt, og forfølgelse.

Det er med andre ord hva som skal til for å være omfattet av konvensjonen, denne avhandlingen vil ta sikte på å svare på. Problemformuleringen er: *Asylsøkeres rett til flyktningstatus på bakgrunn av tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe, med fokus på seksuell orientering og kjønnsidentitet.*

1.3 Avgrensning mot andre spørsmål

Å få status som flyktning, er kun en av flere måter å få en oppholdstillatelse i Danmark på. Som eksempel kan nevnes familiesammenføring, som også resulterer i oppholdstillatelse. Videre er det, i §§ 7 (2) og (3), alternative grunnlag for å få asyl. Av § 7 (2) følger det at det gis oppholdstillatelse til en utlending som risikerer dødsstraff eller tortur ved en tilbakevending til sitt hjemland (B-status/beskyttelsesstatus), og etter § 7 (3) kan en oppholdstillatelse gis i tilfeller som nevnt i (2), men der hvor risikoen stammer fra forholdene i hjemlandet slik at forfølgelsen har preg av vilkårlighet, med andre ord en slags «blotte tilstedeværelse»-variant.¹⁰ Til tross for at det er mange på flukt fra sine hjem, omfatter konvensjonen kun visse andeler av de menneskene som lever på flukt.¹¹ Da avhandlingens hovedformål er å kartlegge hva som skal til for å bli ansett som en flyktning, jf. konvensjonens art. 1 A (2), avgrenses oppgaven mot de spørsmål beskyttelse etter udl. §§ 7 (2) og (3) reiser. Videre avgrenses avhandlingen mot inngående behandling av *non-refoulement*.

Til tross for aktualiteten av temaene, er det noen tilhørende temaer og problemstillinger det vil føre for langt å behandle i denne avhandlingen. Oppgaven avgrenses mot utførlig redegjørelse for temaer og problemstillinger relatert til folkerett generelt, herunder spørsmål rundt inkorporering av internasjonale menneskerettighetskonvensjoner, og om folkerettens rettssubjekter. Videre avgrenses avhandlingen mot å behandle EUs kvalifikasjonsdirektiv inngående, på grunn av rettsforbeholdet (se dog avsnitt 2.4).

Som det følger av avsnitt 1.2 in fine, er det forfølgelsesgrunnen tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe denne avhandlingen vil ta sikte på å behandle, og oppgaven avgrenses mot å behandle de øvrige forfølgelsesgrunnene; rase, religion, politisk overbevisning og nasjonalitet. Videre avgrenses oppgaven noe innad i forfølgelsesgrunnen tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe. Avhandlingen vil ha et særlig fokus på seksuell orientering og kjønnsidentitet.

1.4 Metode

Metoden som blir brukt i avhandlingen er rettsdogmatisk.

⁹ Lindholm 2014: 213. Se også Vedsted-Hansen 2017: 384 som omtaler den konstaterende karakteren av avgjørelsene. Utstedelsen i seg selv av oppholdstillatelsen vil dog være konstitutiv.

¹⁰ Lassen & Lindholm 2017: 149

¹¹ Ibid

I juridisk teori beskrives rettsdogmatikkens oppgave som at den skal «beskrive, fortolke/analysere og systematisere gjeldende ret». ¹² Det kanskje mest vesentlige kjennemerke for metoden, er forholdet mellom teori og praksis. ¹³ Det samme påpekte Ragnar Knoph: praksisen og teorien drar nytte av hverandre, et synspunkt som stadig er relevant. ¹⁴

Stig Jørgensen uttrykker det slik: «Dogmatikkens oppgave er at bistå de rettsanvendende myndigheter med at fremdrage og analysere disse hensyn, at sette dem ind i en systematisk sammenheng, så de kan harmonere med hinanden, og til slut sammenfatte dem i juridiske begreber, maksimer og regler for fortolkning og rettsanvendelse». ¹⁵

Dette vil bli forsøkt oppnådd ved en gjennomgang av alle relevante rettskilder og juridisk litteratur på området, nasjonale som internasjonale. Blant annet vil praksis gjennomgås der det er relevant, primært fra Flygtningenævnet (nærmere omtalt i avsnitt 2.5), men også noe fra andre instanser. Flygtningenævnet vil i avhandlingen bli forkortet til «FLN». Man kan argumentere for at praksis fra FLN skal med, i og med at det omtrent er meningsløst å fastlegge gjeldende rett på området uten å dra inn praksisen deres. ¹⁶ Videre vil FLN sine formannskapsberetninger bli referert til der det er relevant. Disse kan anses som forvaltningsrettslige retningslinjer, med en lavere rettskildeverdi enn praksisen fra FLN, men uansett interessante og relevante, i og med at de viser hvilke kilder FLN bruker, samt hvordan de brukes. ¹⁷ I tillegg til dette vil relevant litteratur fra anerkjente forfattere gjennomgås. Til tross for at juridisk litteratur i dansk rett nyter en begrenset rettskildeverdi, strengt tatt at det ikke er en selvstendig rettskilde, vil litteratur fra anerkjente forfattere, nasjonale som internasjonale, ha sin plass i denne fremstillingen, blant annet fordi det brukes av domstolene på flere områder, ¹⁸ og argumentasjonsverdien ofte er høy. Det er flere anerkjente verker innenfor asylområdet, og det er mange henvisninger til litteratur å finne i disse. Det fremstår naturlig å anvende disse i den graden det er passende, også på bakgrunn av at juridisk litteratur på både det folkerettslige og nasjonale utlendingsrettsområdet spiller en større rolle som rettskilde enn tidligere. ¹⁹

Avhandlingen vil innenfor rammene av rettsdogmatikken på enkelte punkter inneholde noe sammenligning, nærmere bestemt til den norske og til den EU-rettslige reguleringen, for å se hvordan de har løst og regulert konkrete problemstillinger. Bakgrunnen for dette er todelt. For det første tankegangen om at det er praksisen og reguleringen i de enkelte landene som avgjør i hvilke situasjoner noen blir anerkjent som flyktning, og dermed får asyl, eller ikke, og for den enkelte oppleves som livsviktig. For det andre er det de samme internasjonale reglene som er grunnsteinen, og eventuelle forskjeller i praktisering og omsetting av disse er derfor spennende i seg selv. Praksisen er viktig og synet på hvordan konvensjonen skal fortolkes kan variere de kontraherende stater imellom. Problemstillingen egner seg best besvart gjennom bruk av rettsdogmatisk metode, da målet er å «undersøge og beskrive retstilstanden på et givet område ved hjelp af anerkendte retskilder». ²⁰

¹² Evald & Schaumburg-Müller 2004: 207

¹³ Ibid: 212

¹⁴ Ibid: 214 som refererer til Knoph 1934: 20

¹⁵ Jørgensen 1990: 75

¹⁶ Lindholm 2014: 62

¹⁷ Ibid: 70

¹⁸ Ibid: 71

¹⁹ Ibid: 62

²⁰ Vestergaard 2019: 14

Nedenfor vil reguleringen og aktørene på asylområdet bli gjennomgått. Etter dette vil avhandlingen gå over til de materielle vilkårene i flyktningdefinisjonen, før den kulminerer i en konklusjon på problemstillingen.

2. Reguleringen og aktørene på asylområdet

I dette kapitlet vil asylrettens sammensatte rettskildetilstand og noen relevante folkerettslige prinsipper redegjøres for. Videre vil hvilke aktører man møter på området kort belyses. Dette er nødvendig for å svare på problemstillingen. Både i inneværende kapittel, samt i avhandlingens tredje kapittel, vil kildenes relevans, hvilken slutning man kan trekke ut fra de, samt hvilken vekt de har, redegjøres for der det er relevant.

2.1 Den folkerettslige karakteren og noen utvalgte prinsipper

Innledningsvis slås det fast at konvensjoner på b.la. menneskerettighetsområdet i høy grad regulerer rettsforholdet mellom borger og stat, og at individet dermed har fått en styrket stilling i folkeretten nå, sammenlignet med tidligere.²¹

Suverenitetsprinsippet, som er sentralt i folkeretten, er i FN-pakten fra 1945 uttrykt slik: «*Organisationen hviler på grunsætningen om alle dens medlemmers suveræne ligeberettigelse*». ²² Prinsippet kan best beskrives som å innebære i hovedsak to ting. For det første som en rett stater har til å kunne være underkastet (kun) sin egen vilje, ikke andres. For det andre innebærer også denne suvereniteten at statene står fritt til å la seg underkaste andres vilje i alle aspektene i maktapparatet, om så være dømmende, utøvende eller lovgivende myndighet. Med andre ord kan man gi avkall på deler av suvereniteten, eller avtale innskrenkninger i den.²³ Det er gjerne slike innskrenkninger og avkall folkerettslige avtaler i praksis innebærer for blant annet en stats lovgivende myndighet, og flyktningkonvensjonen er intet unntak. Disse kan betegnes som suverenitetsbegrensninger, av typen frivillige.²⁴ Det er klart at disse begrensningene i suvereniteten også kan modifisere det som er en sentral del av suverenitetsprinsippet: at de enkelte stater som utgangspunkt har rett til å kontrollere hvem som reiser inn og hvem som oppholder seg på sitt territorium.

Det dualistiske prinsipp, som står som motsetning til monisme, er prinsippet om at folkeretten og den nasjonale retten er to adskilte rettssystemer.²⁵ Det dualistiske prinsipp, slik det står i blant annet Danmark og Norge, innebærer at en folkerettslig regel ikke som utgangspunkt er direkte anvendelig i landets nasjonale rettssystem. Derfor må en folkerettslig regel omsettes til en nasjonal regel, dersom rettssubjektene skal kunne påberope seg den, og rettsavenderne anvende den.²⁶ Avsnitt 2.2 vil blant annet inneholde en kort redegjørelse av metoden som er brukt i Danmark for å omsette flyktningkonvensjonen.

2.2 Nasjonal rett og kort om oppfyllelse av folkerettslige forpliktelser

Det følger av udl. § 7 (1) at «*Efter ansøgning gis det opholdstilladelse med henblik på midlertidig ophold til en udlænding, hvis udlændingen er omfattet af flygtningekonventionen af 28. juli 1951*». Nettopp denne måten å omsette konvensjonen på, gjennom henvisning til den,

²¹ Terkelsen 2019: 64

²² FN-paktens art. 2

²³ Ruud & Ulfstein 2018: 21

²⁴ Vedsted-Hansen 2017: 28

²⁵ Ruud, M. & Ulfstein 2018: 55

²⁶ Terkelsen 2019: 162

resulterer i at det i realiteten er konvensjonen de danske rettsanvenderne skal bruke, og at det vanskelig kan bli tale om avvikelser fra denne.²⁷

Selv om det ikke ut av konvensjonen kan utledes et rettskrav på asyl²⁸ for personene omfattet av flyktningdefinisjonen i konvensjonens art. 1 A (2), har flere land, herunder Danmark gjennom udl. § 7, utformet sitt regelverk på en slik måte at det er et rettskrav,²⁹ noe en naturlig språklig forståelse også støtter oppom da ordlyden er «*efter ansøgning gis der (...)*».

Det finnes forskjellige måter å omsette en folkerettslig regel på. Disse kan også refereres til som oppfyllelsesmåter.³⁰ Der den mest alminnelige oppfyllelsesmåten i dansk rett er omskrivning,³¹ er alternativet inkorporering, nærmere bestemt ved en partikulær henvisning,³² valgt for i udl. § 7 (1). Inkorporering beskrives som at folkeretten gjennomføres ved «at det i en lov fastsettes, at visse folkeretlige regler som sådan gælder i dansk ret»³³, og det er det som er valgt, gjennom henvisningen til konvensjonen i lovens bestemmelse. Formålet med å gjennomføre de folkerettslige forpliktelsene på denne måten er å gjennomføre de så korrekt som mulig.³⁴ I tillegg til dette blir den folkerettslige avtalen anvendelig for rettsanvendere i dansk rett, på lovnivå, samtidig som man kan påberope seg og støtte sin rett på den folkerettslige forpliktelsen, for eksempel konvensjonen, da selve konvensjonen er det som skal legges til grunn av rettsanvenderne.³⁵

Ved en eventuell motstrid mellom en intern dansk regel og den inkorporerte folkerettslige forpliktelsen, skilles det mellom eldre og nye (etter inkorporeringen) regler.

Konstateres en motstrid mellom en eldre dansk regel, og en inkorporert forpliktelse, vil den eldre danske regelen måtte vike. Ved motstrid vil *nyere* danske regler gå foran en inkorporert konvensjon, men kun dersom fravikelsen av den internasjonale forpliktelsen klart er tilsiktet av lovgiver.³⁶

En praktisk betydning av å inkorporere er også at oppmerksomheten rundt den folkerettslige forpliktelsen økes, og det fører til at konvensjonen oftere tas i bruk i forbindelse med behandlingen av konkrete saker der den er rettsgrunnlag.³⁷

2.3 Flyktningkonvensjonen og forholdet til andre internasjonale menneskerettsinstrumenter

Ingen konvensjoner eller sedvanerettsregler sier eksplisitt at flyktninger har rett til asyl.³⁸ Likevel er det slik at det i konvensjonen er inntatt en bestemmelse om *non-refoulement* i art. 33. Dette er et internasjonalt anerkjent forbud mot å utsende utlendinger til land der den

²⁷ Vedsted-Hansen 2004: 621 som gjengitt i Lindholm 2014: 214

²⁸ Lassen & Lindholm 2017: 159-161 & Hathaway 1991: 14 (med bakgrunn i suverenitetsprinsippet)

²⁹ Lassen & Lindholm 2017: 158-159. I Norge for eksempel gir utlendingsloven § 28 et krav på oppholdstillatelse dersom man faller innunder definisjonen (omskrevet), og i EUs kvalifikasjonsdirektiv gir art. 24 et krav på oppholdstillatelse dersom man har fått tildelt internasjonal beskyttelse, herunder flyktningstatus.

³⁰ Terkelsen 2019: 170

³¹ Ibid

³² Vedsted-Hansen 2017: 26

³³ Terkelsen 2019: 171

³⁴ Ibid: 172

³⁵ Bet. 1546/2014 s. 33-34

³⁶ Terkelsen 2019: 171-173

³⁷ Bet. 1546/2014 s. 39

³⁸ Einarsen 2000: 94

pågjeldende risikerer alvorlige overgrep.³⁹ I og med at det er et forbud mot å utsende utlendinger dersom de faller innunder art. 33 i konvensjonen (oppfylt i udl. § 31), kan man si den gir utlendingen et de facto rettskrav, om enn midlertidig, på opphold.

Oppfyller man vilkårene i flyktningdefinisjonen har man som utgangspunkt et rettskrav på oppholdstillatelse i Danmark, ved at man får «k-status»/«konvensjonsstatus».⁴⁰ Et eksempel på en enkel definisjon av hva en flyktning er finner vi i Hans Gammeltoft-Hansens *Flygtningeret: «Flyktning bliver man, når man forlader sit land på grund af visse former for overgreb»*.⁴¹

Som redegjørelsen nedenfor vil vise henger vilkårene i flyktningdefinisjonen tett sammen med andre menneskerettighetsinstrumenter. Dette er både nødvendig og praktisk da man kan lene seg på et veletablert regelverk med veletablerte termer, som må sies å være egnet for oppgaven. Til tross for at de danske reglene regulerer omtrent alt av praktisk betydning på utlendingsrettsområdet, blir de nasjonale reglene supplert med internasjonale, og de nasjonale reglene må fortolkes og anvendes i lys av de internasjonale.⁴²

Det vil føre for langt å redegjøre for alle relevante menneskerettighetsinstrumenter i denne sammenheng, men noen er det nødvendig å nevne kort, all den tid de figurerer meget i rettskildene og i juridisk teori, som blant annet redegjort for nedenfor i avsnitt 3.2.

En viktig aktør på den internasjonale menneskerettighetsarenaen er de forente nasjoner – FN. FN ble opprettet i 1945 med FN-pakten i kjølvannet av andre verdenskrig, og bygger på tre pilarer: fred og sikkerhet, utvikling og menneskerettigheter. Sistnevnte ble i FN-pakten art. 55 og 56 inntatt som en plikt til å samarbeide på området, noe som igjen resulterte i vedtakelsen av den ikke formelt juridisk bindende Verdenserklæringen om menneskerettigheter (*UDHR*) i 1948.⁴³

I UDHR art. 14 er retten til å søke og nyte asyl inntatt. Denne er dog av begrenset verdi, da den ikke inneholder en rett til og faktisk få beskyttelse i form av asyl.⁴⁴ Tre år etter kom *Flyktningekonvensjonen*, hvis generelle trekk er redegjort for ovenfor i innværende avsnitt, i 2.2, og i kapittel 3. Det er også grunn til å trekke frem konvensjonene fra 1966: konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, og konvensjonen om sivile og politiske rettigheter. I avhandlingen vil de bli referert til med sine engelske forkortelser, henholdsvis ICESCR og ICCPR. Begge disse viderefører rettighetene fra UDHR i en mer detaljert, og forpliktende form.⁴⁵ Begge konvensjonene er av betydning på asylrettens område, og vil derfor bli trukket frem der det er relevant i det følgende. UDHR, ICESCR og ICCPR utgjør sammen «*International Bill of Rights*».⁴⁶ Andre konvensjoner, slik som rasediskriminasjonskonvensjonen (CERD), kvinnekonvensjonen (CEDAW), barnekonvensjonen (CRC) og handicapkonvensjonen (CRPD) representerer også referansepunkter i asylspørsmål.⁴⁷

³⁹ Lassen & Lindholm 2017: 158 og udl. § 31

⁴⁰ Formandskabets beretning 2018: 95. Se også Vedsted-Hansen 2017: 454, Lassen & Lindholm 2017: 159 og selve ordlyden i udl. § 7

⁴¹ Gammeltoft-Hansen 1984: 10

⁴² Vedsted-Hansen 2017: 19-20

⁴³ Ruud & Ulfstein 2018: 217-218 og 237

⁴⁴ Øyen 2018: 175

⁴⁵ Ruud & Ulfstein 2018: 239 & 241

⁴⁶ Hathaway 1991: 106. For den historiske konteksten, se Vedsted-Hansen & Storgaard 2018: 195-196

⁴⁷ Hathaway & Foster 2014: 201

2.4 Den asylrettslige reguleringen på det europeiske plan og betydningen den har i Danmark

Folkeretten er som utgangspunkt global, men som et unntak til dette finnes også regler med geografisk begrenset område, og her trekkes gjerne europeiske traktater frem.⁴⁸ I en redegjørelse av hva som skal til for å få konvensjonsstatus og dermed asyl i Danmark, er det også nødvendig å se på reguleringen på området på det europeiske plan, og hvordan denne påvirker den danske asylpraksisen. Både Europarådet og den Europeiske Unionen har regelsett som enten tar sikte på å regulere asylretten i et visst omfang, eller har endt opp med å gjøre det gjennom sine domstoler. Nedenfor vil en kort redegjørelse av Europarådet og dets rolle, samt en noe mer omfattende om EU følge, da sistnevnte har en større betydning for problemstillingen.

Europarådet utspiller en rolle som en regional menneskerettighetsorganisasjon,⁴⁹ og vedtok ett år etter opprettelsen den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (heretter EMK), ratifisert av Danmark i 1953.⁵⁰ Konvensjonen inneholder en rekke sivile og politiske rettigheter.⁵¹ Av viktighet for denne avhandlingen kan b.la. nevnes retten til liv, vernet mot tortur og retten til religions- og ytringsfrihet, rettigheter som gjerne er gjenstand for vurderingen av om «*forfølgelsevilkåret*» i konvensjonens forstand er oppfylt, jf. avsnitt 3.2.⁵²

Tilhørende EMK er EMD, den europeiske menneskerettighetsdomstolen. EMK har en individuell klageadgang til EMD, noe som gjør kontrollsystemet EMK har til et av de mest effektive internasjonale menneskerettighetsinstrumentene.⁵³ Dommer avsagt av EMD er av stor betydning for medlemsstatene, herunder Danmark, uansett hvilken stat som er part i den avsatte dom. Dette ser man i dansk rettspraksis, og danske domstoler anvender EMK i overenstemmelse med EMD sin praksis.⁵⁴

Det er ikke bare i regi av Europarådet regulering som påvirker asylretten i Danmark har oppstått på europeisk plan. Danmark er medlem av Den Europeiske Union (heretter EU), og EU har utførlig regulert områder innenfor asylretten. Danmark har på flere områder tatt forbehold overfor noen av de nye samarbeidsområdene som ble introdusert ved Maastrichttraktaten som trådte i kraft i 1993. Asyl- og innvandringspolitikk faller inn under rettsforbeholdet (rettslige og indre anliggender, RIA) og gjør at Danmark ikke deltar fullt ut på området.⁵⁵ I praksis betyr dette at traktaten om den europeiske unions funksjonsområde, TEUF, tredje del, avsnitt V og rettsakter vedtatt med dette som hjemmelsgrunnlag, ikke er bindende for Danmark, jf. art. 2 i protokoll om Danmarks stilling, knyttet som bilag til Lisboa-traktaten.⁵⁶

Det er viktig å understreke at det ikke er slik at Danmark står helt og holdent utenfor EU-reguleringen på asylområdet, da det er slik at Danmark i vidt omfang reelt deltar.⁵⁷ I 2004 ble kvalifikasjonsdirektivet vedtatt.⁵⁸ Dette direktivet er nå revidert og 2004-direktivet er opphevet

⁴⁸ Ruud & Ulfstein 2011: 26

⁴⁹ Storgaard & Vedsted-Hansen 2019: 207

⁵⁰ Terkelsen 2019: 57

⁵¹ Storgaard & Vedsted-Hansen 2019: 213

⁵² Se også UNHCRs håndbok, pkt. 51 og 52

⁵³ Storgaard & Vedsted-Hansen 2019: 217

⁵⁴ Terkelsen 2017: 139

⁵⁵ Sørensen & Danielsen 2019: 459, og Vedsted-Hansen 2018: 105 f

⁵⁶ Vedsted-Hansen 2017: 23

⁵⁷ Vedsted-Hansen 2018: 106

⁵⁸ Direktiv 2004/83/EF av 29. april 2004

til fordel for 2011-direktivet med samme navn, denne gangen med økt fokus på ensartethet.⁵⁹ Danmark er som følge av RIA-forbeholdet ikke bundet av direktivet,⁶⁰ men helt uten betydning for Danmark er det og tilhørende praksis likevel ikke.

Danmark deltar i Dublinsamarbeidet⁶¹, og det er blant annet basert på vesentlige forutsetninger om en viss grad av harmonisering av asylretten blant medlemsstatene i EU-asyssystemet.⁶² I og med at Danmark deltar i samarbeidet, kan man konkludere med at EUs felles asyssystem, CEAS, har en viss betydning for Danmark.⁶³ Denne forutsetningen om harmonisering betyr at Danmark ikke kan ha hverken prosessuelle eller materielle regler på det asylrettslige området som avviker EU-reglene på området markant.⁶⁴ Et velfungerende Dublin-samarbeid er avhengig av en viss harmonisering og er nok i Danmarks beste interesse også rent politisk, med tanke på de føringene som er gitt i løpet av årene. Dette igjen gjør at spørsmålet om anvendelsen av EUs materielle regler på området reises, til tross for at de ikke har juridisk bindende virkning ovenfor Danmark.⁶⁵ Likevel kan det tenkes at danske asylmyndigheter kan bruke EU-rettslige standarder relatert til kvalifikasjonsdirektivet, relevant for denne avhandlingen materiell harmonisering av flyktningbegrepet i direktivet. Dette har flere årsaker: En er at det er de samme normer Danmark er folkerettslig bundet av gjennom flyktningkonvensjonen, som kvalifikasjonsdirektivet bygger på. Dette ser man i artikkel 2 d), der direktivet bruker samme flyktningdefinisjon som flyktningkonvensjonen gjør,⁶⁶ samt at det av direktivets preambel pkt. 3 og 4 følger at direktivet bygger på en fullstendig og inklusiv anvendelse av konvensjonen.

Det vil i praksis kunne være stor nytte av å se til argumentasjonen EU-domstolen anvender i saker om lignende spørsmål som de danske asylmyndighetene undertiden kan stå ovenfor, til tross for at domstolens fortolkning ikke er bindende. Likevel vil det være sjeldent Udlændingestyrelsen eller FLN uttrykkelig vil henvisne til CEAS-standarder og EU-domstolens fortolkning av disse.⁶⁷ Et eksempel på en slik henvisning finner man i Formandskabets 21. beretning side 214, der de henviser til de forente saker C-71/11 og C-99/11. Saken handlet om hvorvidt man kan kreve av en asylsøker å skjule eller opptre diskret angående sin religiøse overbevisning. Før denne prejudisielle avgjørelsen kom fra EU-domstolen hadde Udlændingestyrelsen avgjort, og FLN stadfestet, avslag på asyl med den grunn at asylsøkeren må kunne forventes å holde sin religiøse overbevisning skjult ved retur til hjemlandet. Stadfestelsen ble møtt med kritikk fra blant annet UNHCR. FLN gjenopptok saken, og i den fornyede avgjørelsen viste de til dommen fra EU-domstolen, som utførlig tok for seg samme problematikk.⁶⁸ Denne problemstillingen vil bli redegjort for under avsnitt 3.4.5.

Oppsummert nevnes det at EUs rettsakter på asylrettsområdet ikke er juridisk bindende for Danmark.⁶⁹ Likevel, som en betingelse for et fungerende Dublin-samarbeid, forventes det at danske asylmyndigheters fortolkning og anvendelse av konvensjonsregler i det vesentligste vil

⁵⁹ Direktiv 2011/95/EU av 13. desember 2011

⁶⁰ Se f.eks. Larsen 2017: 104, note 5, samt Lindholm 2014: 30

⁶¹ I dag bestående av Dublin III-forordningen og Eurodac-forordningen (se også Vedsted-Hansen 2018: 110). Deltakelsen er basert på en parallelavtale

⁶² Vedsted-Hansen 2018: 110 (og Det Europeiske Råd: Stockholmprogrammet, pkt. 6.2 og 6.2.1 (s. 32 ff.))

⁶³ Ibid (Common European Asylum System har eksistert siden ikrafttredelsen av Amsterdam-traktaten i 1999)

⁶⁴ Vedsted-Hansen 2018: 119

⁶⁵ Ibid

⁶⁶ Vedsted-Hansen 2018: 119 (samt TEUF art. 78 (1) og den uttrykkelige henvisningen til flyktningkonvensjonen)

⁶⁷ Ibid: 119 og 120

⁶⁸ Ibid (Se afgh/2012/14 fra FLN der dommen nevnes)

⁶⁹ Se også Lindholm 2014: 29 f

være i overenstemmelse med CEAS-rettsakter, for eksempel kvalifikasjonsdirektivet, som igjen svarer til Danmarks folkerettslige forpliktelser gjennom flyktningkonvensjonen.⁷⁰

2.5 Aktørene i behandlingen i Danmark, og kort om UNHCR

Asylavgjørelser treffes i førsteinstans av Udlændingestyrelsen, og klage vedrørende disse kan innbringes for FLN, jf. udl. § 53 a (1) 2. FLN er en administrativ klageinstans, noe som betyr at de er omfattet av blant annet forvaltningsloven.⁷¹ FLN er i tillegg et *domstolslignende organ*, som er uavhengig fra de øvrige utlendingsmyndighetene, noe som betyr at hverken FLN som helhet eller de enkelte medlemmene er underlagt noen instruksjonsbeføyelse hva gjelder behandling eller avgjørelse av enkeltsaker.⁷² Avgjørelsene FLN fatter er endelige, jf. udl. § 56 (8). Det var tidligere tvil om denne bestemmelsen betyr at videre *administrative* klagemuligheter er avskåret, eller om *domstolsprøving* er avskåret.⁷³ Det konkluderes kort med at *bevisbedømmelsen* ikke domstolsprøves, mens rettsspørsmål, herunder risikovurderingen, enkelte ganger har blitt det.⁷⁴

FNs Høykommissær for flyktninger, på engelsk og for resten av denne avhandlingen forkortet UNHCR, er det eneste organet som på internasjonalt nivå driver tilsyn på området. Det finnes heller ingen domstol eller annet organ som på supranasjonalt nivå kan avgjøre individklager om hvorvidt statene overholder deres forpliktelser eller ikke. Det følger av konvensjonens art. 35, med overskriften «*Co-operation of the national authorities with the United Nations*», at de kontraherende statene plikter å samarbeide med UNHCR og at sistnevnte skal føre tilsyn med statenes etterlevelse av konvensjonsforpliktelsene.⁷⁵

UNHCRs «Handbook on procedures and criteria for determining refugee status and guidelines on international protection», referert i avhandlingen til som Håndboken, gir viktige tolkningsuttalelser til konvensjonen, b.la. for innholdet i flyktningdefinisjonen. Håndboken er ment å være «*guidance of those whose task it is to determine refugee status*». Håndbokens rettskildemessige vekt har vært gjenstand for diskusjon i flere dommer. Fra Norge finnes blant annet dommen inntatt i Rt.2012.139, (med videre henvisning til Rt.2010.858 avsnitt 44), hvor Høyesterett i avsnitt 50 uttaler at Håndboken bør «*generelt sett tillegges atskillig vekt*». Fra USA nevnes dommen *INS v. Cordoza-Fonseca*, der USAs Høyesterett uttaler at Håndboken «*provides significant guidance in construing the Protocol (...)*». Britisk Høyesterett har på sin side bemerket at det kan være farlig å tillegge Håndboken den samme vekten som selve konvensjonen.⁷⁶ Håndboken eller de nedenfor omtalte retningslinjene er ikke rettslig bindende for statene, men som Kim U. Kjær har uttalt, de «har en helt særlig valør».⁷⁷

Basert på ovenfor, samt at Håndboken har blitt tillagt vekt over tid og er utarbeidet av UNHCR med sin kompetanse, må det konkluderes at den utgjør en viktig kilde.

Utover Håndboken har UNHCR blant annet også utstedt 13 «Guidelines on international protection», som utfyller Håndboken. Disse er utstedt med hjemmel i art. 35 i konvensjonen, og vil derfor også kunne utgjøre vektige bidrag i fortolkningen av konvensjonen.⁷⁸ Disse er, på

⁷⁰ Vedsted-Hansen 2018: 119

⁷¹ Vedsted-Hansen 2017: 408

⁷² Ibid: 407

⁷³ Ibid: 410-411

⁷⁴ Lindholm 2014: 216 med videre referanse til Vedsted-Hansen 2004: 621

⁷⁵ Se også preamblet til konvensjonen, siste pkt

⁷⁶ House of Lords, *Horvath v. Secretary of State for The Home Department*.

⁷⁷ Geist: 2009

⁷⁸ FNs Høykommissær for flyktninger (u.å.), hentet 17. april 2020

lik linje som Håndboken, ment å være veiledning for rettsanvendere og andre som beskjeftiger seg med asylrett.⁷⁹

3. Flyktningdefinisjonen

Nedenfor vil de generelle trekkene i flyktningkonvensjonen redegjøres for, før avhandlingen videre vil dreie inn på hva som ligger i vilkårene i flyktningdefinisjonen i konvensjonens art. 1 A (2), med fokus på hva som ligger i begrepet «tilhørsforhold til en særlig socialgruppe», herunder primært seksuell legning og kjønnsidentitet.

3.1 De generelle trekkene i flyktningkonvensjonen

Som redegjort for ovenfor er definisjonen på en flyktning, i avhandlingen referert til som flyktningdefinisjonen, inkorporert i udl. § 7 (1). Ordlyden i udl. § 7 (1) er kort og konsis: «Efter ansøgning gives der opholdstilladelse med henblik på midlertidig ophold til en udlænding, hvis udlændingen er omfattet af flygtningekonventionen af 28. juli 1951.»

Slik det fremgår av ordlyden i bestemmelsen, vises det her til hele flyktningkonvensjonen. Dette må forstås slik at udl. § 7 (1) inkorporerer ikke bare *flyktningdefinisjonen* i konvensjonens art. 1 A (2), men således også omfatter hele *flyktningbegrepet* i art. 1, inkludert utelukkelse etter art. 1 C-F.⁸⁰ Det er *definisjonen* i art. 1 A (2) som er gjenstand for undersøkelse i denne avhandlingen.

Ut av definisjonen i art. 1 A (2) kan man lese at uttrykket flyktning skal finne anvendelse på enhver person «*som følge af velbegrunnet frygt for forfølgelse på grund af sin race, religion, nationalitet, sit tilhørsforhold til en særlig social gruppe, eller sine politiske anskuelser befinder sig udenfor det land i hvilket han har statsborgerret, og som ikke er i stand til – eller på grund af sådan frygt, ikke ønsker – at søge dette lands beskyttelse (...)*».

Med protokollen fra 1967 ble den tidsmessige avgrensningen som fulgte med definisjonen («*på grund af begivenheder, indtrådt før den 1. januar 1951(..)*») og den (valgfrie) geografiske avgrensningen i art. 1 B (1) fjernet. Dette betyr i praksis at det ikke er mulig å tiltre konvensjonen med tidsmessig og geografisk avgrensning.⁸¹

Karakteristisk og sentralt i asylretten, herunder i flyktningdefinisjonen, er at det først er når en person ikke har mulighet til å oppnå *nasjonal* beskyttelse (mot forfølgelse), at vedkommende skal kunne oppnå *internasjonal* beskyttelse (mot forfølgelse). Med andre ord går nasjonal beskyttelse foran internasjonal, og det er først når det er godtgjort at asylsøkeren ikke kan oppnå beskyttelse mot forfølgelsen i hjemlandet, at for eksempel Danmark plikter til å yte den beskyttelsen.⁸²

Ut fra definisjonen i konvensjonen kan man dermed stille opp følgende fem vilkår for å bli ansett som en flyktning: 1) velbegrunnet frykt, 2) forfølgelse, 3) på bakgrunn av en av forfølgelsesgrunnene, 4) manglende beskyttelse i hjemlandet, og 5) at man oppholder seg utenfor hjemlandet. I Lindholms *Danske asylafgørelser* (s. 123) kan man lese at litteraturen stort sett opererer med *fire* vilkår, der manglende beskyttelse i hjemlandet ikke er nevnt. I Øyen

⁷⁹ F.eks. UNHCR Guidelines on Membership of a Particular Social Group, s. 1

⁸⁰ Einarsen 2000: 123 f & Lindholm 2014: 25

⁸¹ Lassen & Lindholm 2017: 152

⁸² Ibid: 158

(red.) sin norske *Lærebok i utlendingsrett* (s. 179) listes *fem* vilkår opp. Her er manglende beskyttelse i hjemlandet et selvstendig vilkår, noe man også ser i Håndboken.⁸³ Man kan stille spørsmålet om antall vilkår vil utgjøre en materiell forskjell i tolkningsarbeidet, eller kun utgjøre en forskjell for oversikten. Vilkårene i definisjonen henger sammen og må ses i lys av hverandre; det holder ikke at tre vilkår er oppfylt, dersom det mangler ett eller to. Dersom man skal konkludere med at inkluderingen av «manglende beskyttelse i hjemlandet» som selvstendig vilkår kun tjener pedagogiske formål, vil man være avhengig av å kunne tolke dette vilkåret innunder ett av de fire andre vilkårene. Det mest nærliggende vil nok være vilkåret om en velbegrunnet frykt. For om man nyter beskyttelse i hjemlandet, for eksempel gjennom internt fluktoalternativ, har man da en velbegrunnet frykt (for forfølgelse)? Dette kan besvares benektende. Med andre ord vil inkluderingen av vilkår 4) ovenfor, manglende beskyttelse i hjemlandet, kun tjene pedagogiske formål, og ikke påvirke fortolkningen av definisjonen.

Hva gjelder generelle føringer for hvor rigid tolkningen av flyktningdefinisjonen skal være, er UNHCR sin forståelse at meningen er å forstå konvensjonen slik at definisjonen skal være inkluderende, ikke restriktiv.⁸⁴ Dette vil kunne tenkes å gi utslag der det er tvil, og burde bidra til at meget innskrenkende fortolkninger ikke finner sted.

I denne avhandlingen vil det redegjøres for det som betraktes som «kjernevilkår», eller «inngangsvilkår», nemlig *velbegrunnet frykt*, og *forfølgelse*. *Forfølgelse* vil bli viet mer plass enn *velbegrunnet frykt*, da forfølgelsesbegrepet er mer relevant for problemstillingen i avhandlingen. I avsnitt 3.4 vil det redegjøres for innholdet av forfølgelsesgrunnen *tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe*. Med tanke på at denne forfølgelsesgrunnen er såpass omfattende, vil fokuset etterfølgende være på forfølgelse basert på seksuell legning og kjønnsidentitet.

3.2 Forfølgelse

Begrepet «*forfølgelse*» er ikke et entydig begrep. Det er heller ikke definert i konvensjonen, til tross for at det er en sentral del (til og med et nøkkelementet)⁸⁵ av flyktningdefinisjonen. Begrepet er, som redegjort for nedenfor i avsnitt 3.2.1, linket til de øvrige menneskerettighetene.

At begrepet ikke er definert var helt bevisst fra forfatterne av konvensjonen, da de forutså at det ville bli en umulig oppgave å forutse og uttømmende oppregne alle former for handlinger som skal resultere i et krav på internasjonal beskyttelse.⁸⁶ Det kan tenkes at i alle fall *eksempler* kunne vært brukt i en ikke-uttømmende beskrivelse (se mer om denne tilnærmingen i forbindelse med EUs kvalifikasjonsdirektiv i avsnitt 3.2.1 nedenfor), men slik uttrykket står udefinert, kan det i alle fall potensielt ha en større grad av fleksibilitet og tidløshet, enn om man aktivt hadde forsøkt å definere det. Atle Grahl-Madsen skriver i sin doktoravhandling, at det virker det som om forfatterne av konvensjonen har villet skape et fleksibelt regime, klar for å være anvendelig selv ved nye type hendelser, og at de ikke ville «oppfinne» nye måter å forfølge folk på.⁸⁷ Dette harmonerer godt med preamblet til protokollen fra 1967, som anerkjenner at «new refugee situations have arisen» etter 1951. Med tanke på at både punktet før og etter omhandler – og nevner – begrensningen i tid (1. januar 1951), kan nok henvisningen til nye flyktningssituasjoner leses som kun en rettferdiggjørelse av fjerningen av tidsbegrensningen.

⁸³ Håndboken pkt 97-100

⁸⁴ FNs generalforsamling: Note on international protection, pkt. 25

⁸⁵ Zimmermann & Mahler 2011: 345

⁸⁶ Hathaway & Foster 2014: 182

⁸⁷ Grahl-Madsen 1966: 193

Hathaway & Foster anfører likevel at behovet for en fleksibel tilnærming til begrepet forfølgelse er særlig viktig i dag, med referanse til protokollen fra 1967, i anvendelsen av flyktningdefinisjonen på en måte som sikrer relevansen til «new refugee situations».⁸⁸ Denne fleksibiliteten har likevel en grense, og det må finnes en balanse mellom hensynet til fleksibiliteten som uttrykket gir, og at akter med definisjonen som grunnlag nettopp har definisjonen i konvensjonen som tilstrekkelig grunnlag.⁸⁹

I Håndbokens pkt. 51-53 finnes dens noe sparsommelige bidrag i fastleggelsen. Av pkt. 51 følger det at det ikke finnes noen universelt akseptert definisjon på «*forfølgelse*» og at forsøk på en slik definisjon har blitt møtt med lite suksess. Årsaken til at forsøkene har mislykkes kan nok trekkes fra erindringene redegjort for ovenfor, om at man neppe klarer å se for seg en uttømmende liste, eller fleksible nok begreper til at definisjonen kan tåle tidens tann. En annen grunn til at forsøkene har mislykkes kan være at forsøkene har vært preget av et ønske om at definisjonen skal vise til helt klare tilfeller, noe man, kanskje umiddelbart, kan kjenne igjen når man ser det.⁹⁰ En redegjørelse for hva begrepet inneholder er essensielt i søken etter svaret på hva som skal til for å være omfattet av flyktningdefinisjonen. I denne søken må det være klart at å definere for eksempel forfølgelse med andre vage ord eller uttrykk som ikke nødvendigvis kan forstås entydig og klart, vil kunne tjene som kun henvisninger til andre, udefinerte begreper.⁹¹ Det vil være av liten, om noe verdi.

Den individuelle karakteren av ikke bare vurderingen, men også i vilkåret som sådan, kommer til uttrykk i blant annet *asylkriteriet*, slik dette er utformet av FLNs formannskap. FLN har helt siden opprettelsen kommet med overordnede retningslinjer om hvordan asyldefinisjonen, og dermed vilkårene, skal operasjonaliseres.⁹² Det er dette som samlet kalles det generelle asylkriteriet. Asylkriteriet kan oppsummeres slik formannskapet gjør i sin nyeste beretning: «*Kriteriet for hvornår Flyktningenævnet anser betingelsene for at meddele opholdstillatelse etter udlændingelovens § 7, stk. 1, for oppfyldt, kan generelt uttrykkes således, at der skal være tale om en person, som har en velbegrunnet frygt for at blive udsat for en konkret, individuel forfølgelse af en vis styrke ved en eventuelt tilbagevenden til sit hjemland*».⁹³

Som en strategi vedrørende fleksibilitet contra prinsipiell kontinuitet nevnt forrige side, tar Hathaway & Foster til orde for at man best møter denne utfordringen ved å se på forfølgelse som at det «*requires evidence of a sustained or systemic denial of human rights demonstrative of a failure of state protection*». De tar også frem viktigheten av at forfølgelsesbegrepet må være å anse som «*a living thing, adopted by civilised countries for a humanitarian end which is constant in motive but mutable in form*». Målet må være å få en innholdsfastleggelse som sikrer at vilkåret om forfølgelse både har en viss objektivitet og fleksibilitet.⁹⁴

3.2.1 Menneskerettighetskrenkelser som målestokk for forfølgelse

Flere anerkjente forfattere av juridisk teori på asylrettens område har tatt for seg linken «forfølgelse» har til menneskerettighetene.⁹⁵ Denne tilnærmingen til begrepet er meget tiltalende, av de grunner som fremkommer umiddelbart nedenfor, og at den nyter stor

⁸⁸ Hathaway & Foster 2014: 182

⁸⁹ Ibid, med videre referanse til både britisk høyesterett, og til australsk høyesterett

⁹⁰ Lassen & Lindholm 2017: 165

⁹¹ Ibid

⁹² Ibid: 164

⁹³ Formandsskabets beretning 2018: 96

⁹⁴ Hathaway & Foster 2014: 183 (Det siste sitatet er fra R v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Dep., ex parte Shah)

⁹⁵ Se blant annet Lassen & Lindholm 2017, Hathaway & Foster 2014, Einarsen 2000 og Lindholm 2014

oppslutning. Derfor vil avhandlingen fokusere på denne tilnærmingen i søken etter hva som skal til for å bli ansett som en flyktning.⁹⁶

Forfølgelsesbegrepet kan best betegnes som en rettslig standard, der resultatet av likeartede handlinger, i forskjellige saksforhold, burde være samme rettsvirkning.⁹⁷ Vurderingen av om vilkåret er oppfylt er basert på konkrete vurderinger.⁹⁸

Ofte er det trusler mot liv eller frihet som utgjør forfølgelse. Disse begrepene vil kunne falle innunder problemstillingen umiddelbart ovenfor om tautologiske begrep, og dermed ikke nødvendigvis lette arbeidet en beslutningstaker står ovenfor.⁹⁹ At konvensjonen som sådan, og dermed også *forfølgelse*, er linket til menneskerettighetene i øvrig finner man blant annet uttrykk for i konvensjonens preambel som i første punkt viser til prinsippet om at mennesker skal kunne nyte grunnleggende rettigheter og friheter, og i neste punkt at FN vil sikre at flyktninger kan nyte disse rettighetene i videst mulig omfang. Videre finner man uttrykk for at denne koblingen eksisterer i diverse dommer fra høyesteretter, samt i juridisk teori.¹⁰⁰

Med tanke på at preamblet i en traktat utgjør en del av konteksten, og således også kan belyse formålet for traktaten,¹⁰¹ vil det at menneskerettighetene er såpass fremtredende i preamblet, bety at menneskerettighetskrenkelser er koblet opp mot vurderingen av forfølgelsesbegrepet. Videre vil en slik kobling være nærliggende,¹⁰² og det er intet i forarbeidene som skulle tilsi at å bruke menneskerettslige normer for å tolke forfølgelsesbegrepet strider mot traktatkonsipistenes holdning eller tanker.¹⁰³ De beste grunner taler for denne koblingen, da man kan unngå å måtte skape nye begreper og ny terminologi, noe som kan bli holdt til et minimum, om man «låner» fra allerede noenlunde etablerte standarder.

Håndboken viser til at man fra artikkel 33 i konvensjonen, om non-refoulement, kan utlede at en trussel mot liv eller frihet, eller andre alvorlige brudd på menneskerettighetene vil utgjøre forfølgelse.¹⁰⁴ Det er her viktig å slå fast at forfølgelsesbegrepet ikke er begrenset slik at alt som *ikke* er en trussel mot liv eller frihet aldri vil utgjøre forfølgelse.¹⁰⁵

I 1991 anførte Hathaway, som nevnt ovenfor, også at forfølgelsesbegrepet defineres best, dersom en benytter menneskerettigheter som standarden. Vilkaåret «forfølgelse» var å anse som oppfylt dersom det 1) er tale om at grunnleggende menneskerettigheter er krenket, 2) på en vedvarende eller systemisk måte, og 3) hvor den pågjeldende stat enten selv utøver forfølgelsen eller ikke evner eller ønsker å beskytte mot den.¹⁰⁶ I denne formuleringen er «Basic Human Rights» oversatt til «grunnleggende menneskerettigheter». Hathaway & Foster har, i andre utgave av *The Law of Refugee Status*, holdt den samme definisjonen ved like, dog med

⁹⁶ Se f.eks Goodwin-Gill & McAdam 2007: 94 f for en kobling til (internasjonal) strafferett

⁹⁷ Lassen & Lindholm 2017: 165

⁹⁸ Håndboken pkt. 52

⁹⁹ Lassen & Lindholm 2017: 165

¹⁰⁰ Se Hathaway & Foster 2014: 193 med videre henvisninger til dommer fra australsk høyesterett, som uttaler at konvensjonen er skrevet «*against the background of international human rights law*». Sitatet er hentet fra Applicant A, Aus, HC, 1997

¹⁰¹ Hathaway & Foster 2014: 193

¹⁰² Einarsen 2000: 288

¹⁰³ Ibid: 289

¹⁰⁴ Håndboken pkt. 51

¹⁰⁵ Ibid: pkt. 52

¹⁰⁶ Hathaway 1991: 101 f

tilsynelatende en forskjell hva gjelder «Basic Human Rights», som nå er blitt til bare «human rights». ¹⁰⁷ I spørsmålet om hvorvidt terskelen i hans tanker er senket, må svaret være nei, all den tid «basic human rights» slås fast å være det korrekte bare to sider etter «basic» var utelatt. ¹⁰⁸ Denne definisjonen har blitt anvendt meget i rettspraksis. ¹⁰⁹

En slags glideskala må stilles opp, hva gjelder hvor vedvarende eller systemisk en krenkelse skal være. Der Grahl-Madsen anfører at kort varighet som utgangspunkt ikke er nok, ¹¹⁰ og Hathaway anfører at det først er tale om forfølgelse der det er «sustained or systematic» nektelse av menneskerettigheter, ¹¹¹ tar Zimmermann & Mahler til orde, tydeligere, for at en slags glideskala heller må være riktig. Dette vises tydelig dersom man bruker tortur som et eksempel, der kan et enkelt tilfelle være tilstrekkelig. ¹¹² Det er her viktig å slå fast at Hathaway & Foster spesifiserer at de mener at «sustained» må bety at handlingene er «ongoing», og støtter seg også til tortureksempelen når de anfører at «the ongoing risk may be one that manifests in a single harm». ¹¹³ Videre er han meget klar i 1991-utgaven *Law of Refugee Status*, når han på side 109 slår fast at «*The failure to ensure these rights under any circumstances is thus appropriately considered to be tantamount to persecution*». ¹¹⁴ Dette sitatet er vedrørende første kategori i den gamle hierarkiske inndelingen introdusert av Hathaway, men viser at også han mener at én enkelt handling kan være tilstrekkelig. Med andre ord virker Zimmermann & Mahler, og Hathaway & Fosters tilnærminger å være overens. Terje Einarsen konkluderer også med at «*én enkelt, forsettlig og klar krenkelse av de grunnleggende, substansielle interessene som er vernet av «første kategori» av menneskerettigheter så å si alltid vil være «forfølgelse» i 1951-konvensjonens forstand (...)*». ¹¹⁵

For å avklare nærmere om hvorvidt bestemte overgrep utgjør forfølgelse, introduserte Hathaway i 1991 en oppdeling i fire kategorier. Denne hierarkiske oppbyggingen baserer seg på sentrale menneskerettighetsinstrumenter, betegnet som «International Bill of Rights», bestående av UDHR, ICCPR og ICESR.

- 1) krenkelser av de ufravikelige rettighetene i UDHR og ICCPR.
- 2) krenkelser av de i noen situasjoner fravikelige rettighetene i UDHR og ICCPR.
- 3) krenkelser av de sosiale og økonomiske rettighetene i UDHR og CESC.
- 4) krenkelser av rettigheter som alene følger av UDHR. ¹¹⁶

Krenkelser av rettigheter i kategori 1-3 vil være relevante for å konstituere forfølgelse, med varierende krav, hvorpå en krenkelse tilhørende kategori 4 i utgangspunkt ikke i seg selv vil konstituere forfølgelse. Tanken og argumentet bak denne hierarkiske ordningen er at rettighetene ordningen omfatter nyter en høy grad av anerkjennelse av et stort antall stater, og er mer eller mindre ukrenkelige. Hathaway gir dog i andre utgave av *The Law of Refugee Status* opp inndelingen i de fire kategoriene på bakgrunn av utviklingen på rettsområdet, herunder at andre menneskerettighetsinstrumenter enn de i «Bill of Rights» har tiltrukket et høyt antall

¹⁰⁷ Hathaway & Foster 2014: 183

¹⁰⁸ Ibid: 185.

¹⁰⁹ Ibid: note 18

¹¹⁰ Grahl-Madsen 1966: 192

¹¹¹ Hathaway 1991: 102. Se også Hathaway & Foster 2014: 183

¹¹² Zimmermann & Mahler 2015: 348, med videre henvisning til Lambert i *International Journal of Refugee Law*, Vol. 13, 2001

¹¹³ Hathaway & Foster 2014: 195

¹¹⁴ Hathaway 1991: 109 jf 112

¹¹⁵ Einarsen 2000: 304

¹¹⁶ Hathaway 1991: 109-112

ratifikasjoner.¹¹⁷ Hathaway anfører selv at for eksempel barnekonvensjonen vil kunne utgjøre referansepunkter for hva som kan utgjøre forfølgelse, på lik linje som International Bill of Rights.¹¹⁸ Videre må det nå gjeldende og nedenfor omtalte utgangspunktet, om at de forskjellige menneskerettighetene er likeverdige og dermed dårlig egnet for hierarkiske inndelinger, sies å tale mot Hathaways gamle hierarkitilnærming. Problematikken rundt hierarkitilgangen har gitt grobunn for kritikk i juridisk litteratur.¹¹⁹

Terje Einarsen behandler også begrepet, og etter at han innledningsvis anfører at det er naturlig å koble forfølgelsesbegrepet til menneskerettighetene generelt, tar også han for seg spørsmålet om kategorisering. Hans kategorisering, med tittelen «Relevante krenkelses kategorier» er også delt i fire, og med fokus på ufravikelighet. 1) Alvorlige krenkelser av ufravikelige menneskerettigheter, 2) systematisk diskriminering på menneskerettighetenes område, 3) alvorlige krenkelser av sivile eller politiske rettigheter, og 4) alvorlige krenkelser av økonomiske, sosiale eller kulturelle rettigheter. Krenkelser i den første kategorien vil typisk lettere utgjøre forfølgelse (men ikke nødvendigvis).¹²⁰ Når Einarsen anfører at krenkelse i den første kategorien *typisk* lettere vil utgjøre forfølgelse enn krenkelser innenfor den andre, kan man stille seg spørsmålet om hvorfor ikke en krenkelse i den første kategorien *alltid* vil utgjøre forfølgelse. Han møter dette med at det er «*realitetene i den konkrete situasjonen som er avgjørende, ikke krenkelsesarten per se*».¹²¹ Videre svar kan nok finnes dersom man går sitatet på forrige side i denne avhandlingen nærmere etter i sømmene. Einarsen anfører at «*én enkelt, forsettlig og klar krenkelse av de grunnleggende, substansielle interessene som er vernet av «første kategori» av menneskerettigheter så å si alltid vil være «forfølgelse»*».¹²² Også her kan man spørre seg om ikke det *alltid*, ubetinget, vil være forfølgelse. Til dette svarer han at det er «*mulig unntak for tilfeller hvor en likevel ikke kan si at motivet for krenkelsen hadde noen sammenheng med [forfølgelsesgrunnene]*».¹²³ Han begrunner denne tilnærmingen med at standpunktet spiller liten rolle, i og med at vilkåret om bestemte årsaker uansett må være oppfylt.¹²⁴ En slik tilnærming synes å være noe (unødvendig) komplisert, ved at man blander vilkårene sammen, for som han selv anfører: vilkåret om forfølgelsesgrunn skal jo uansett være oppfylt. Hovedforskjellen mellom Einarsens kategorisering og Hathaway sin er at brudd på ufravikelige menneskerettigheter ikke er begrenset til ICCPR, og at systematisk diskriminering er utskilt som en egen kategori.¹²⁵ Problematikken nevnt nedenfor vedrørende rangering av menneskerettigheter møter Einarsen med formålet med anvendelsen av menneskerettighetene i forfølgelsesvurderingen, og at dette ikke nødvendigvis resulterer i en *generell* nedprioritering eller uthuling av noen rettigheter, på grunn av at adressaten for asylspørsmål og generelle menneskerettighetskrenkelser er forskjellig, samt at tidsaspektet er noe annerledes.¹²⁶

Selv om Hathaways inndeling aldri var ment å være en uttømmende fasitliste har den vært god som metode, blant annet fordi beslutningstakeren gjøres klar over, og må formulere karakteren av overgrepene, med tilhørende konkrete vurdering.¹²⁷

¹¹⁷ Hathaway & Foster 2014: 201-204

¹¹⁸ Ibid: 201

¹¹⁹ Lindholm 2014: 137. Lindholm reiser blant annet også flere spørsmål rundt dergoasjonsaspektet (137-139)

¹²⁰ Einarsen 2000: 288-302. Kulmineringen i inndeling fremgår av side 297 og 299

¹²¹ Einarsen 2000: 298

¹²² Ibid: 304

¹²³ Ibid

¹²⁴ Ibid

¹²⁵ Ibid: 298

¹²⁶ Ibid: 292

¹²⁷ Lassen & Lindholm 2017: 167-168

Til tross for at den hierarkiske inndelingen er oppgitt, står Hathaway & Foster stadig fast på at forfølgelsesbegrepet hører til i en menneskerettslig ramme, og anfører passende at: «*Given its consistency with the rules of treaty interpretation, its reliance on standards of indisputable global authority, and its sensitivity to the importance of dynamic and evolving interpretation, the human rights approach is ideally suited for the task of identifying serious harm for purposes of knowing whether an individual faces the risk of "being persecuted"*». ¹²⁸ Zimmermann & Mahler anfører også at oppfattelsen av forfølgelse er vevd sammen med menneskerettigheter generelt. ¹²⁹ Videre er det også nyttig å huske på at selv om inndelingen er oppgitt, og dermed også tankegangen om at hvorvidt en enkelt rettighet er fravikelig er av betydning, vil det være relevant å se på om rettigheten er fraveket, legitimt, i en unntakstilstand. ¹³⁰ Man er i den øvelsen nødt til å ha i mente at ikke nødvendigvis alle rettighetene som er genuint viktige har blitt gjort ufravelige. ¹³¹ Dette taler mot hierarkiske tilnærmelser der ufravelighet er en faktor. Det er nå anerkjent at menneskerettighetene anses for å være likeverdige, og av den grunn egner seg dårlig for hierarkiske inndelinger. ¹³² Selv om EUs kvalifikasjonsdirektiv i art. 9 (1) a) spesifikt nevner de rettighetene «der ikke kan fraviges(...)», kan det anføres at dette kun sementerer viktigheten av de ufravelige menneskerettighetene det vises til, og ikke at det begrenser meningen av «basic human rights» (som brukt i direktivet). ¹³³ Man skal være forsiktig med å lese art. 9 (1) som om den er uttømmende, da en slik tankegang gjør at stater kan risikere å bryte sine folkerettslige forpliktelser etter flyktningkonvensjonen. At ordlyden er «*navnlig de rettigheter, der ikke kan fraviges (..)*» (min uthevelse) begrenser forhåpentligvis risikoen. At direktivets ordlyd ikke byr på problemer i praksis ser man i EU-domstolens avgjørelse i *Y og Z-saken*, der domstolen konkluderer med at religionsfriheten, som nettopp er derogabel etter EMK art. 15, likevel er regnet som en grunnleggende menneskerettighet i direktivets art. 9 sin forstand. ¹³⁴

Selv om selve kjernen av forfølgelsesbegrepet må sies å være trusler mot liv eller (fysisk) frihet, ¹³⁵ er ikke (trusler om) andre menneskerettighetskrenkelsers avskåret fra å kunne konstituere forfølgelse. ¹³⁶

Hathaway & Foster foretar i dag i stedet vurderingen av om det foreligger overgrep som konstituerer forfølgelse ut fra en ramme som inneholder tre trinn, som noe forenklet kan kokes ned til:

- 1) er rettigheten det er tale om i en menneskerettighetstraktat som er ratifisert av et høyt antall stater? Hvis ikke, vil det nok ikke kunne konstituere forfølgelse. For eksempel vil traktatene som angår rase, kvinner, barn og handicap møte denne standarden.
- 2) forfølgelsesvilkåret burde ikke være oppfylt dersom fakta i saken viser at krenkelsene var rettferdiggjort basert på en unntakelse i rettigheten eller i derogasjon forbindelse med en unntakstilstand, som er anvendt legitimt.

¹²⁸ Hathaway & Foster 2014: 195

¹²⁹ Zimmermann & Mahler 2011: 345

¹³⁰ Lassen & Lindholm 2017: 169 og Hathaway & Foster 2014: 202-203

¹³¹ Human Rights Committee, General Comment No. 24 pkt 10

¹³² Hathaway & Foster 2014: 203, med videre henvisning til erklæringen fra verdenskonferansen om menneskerettigheter fra 1993: Vienna Declaration and Programme of Action, A/Conf.157/23, 12/7-93 pkt. 5, heretter «Wienerklæringen»

¹³³ Battjes 2006: 289-291 som gjengitt i Hathaway & Foster 2014: 205

¹³⁴ Se para 57 i dommen

¹³⁵ Goodwin-Gill & McAdam 2007: 92 (med videre referanser til Grahl-Madsen og atter videre til den mer restriktive skolen til Zink)

¹³⁶ Ibid (denne gangen med videre henvisninger til den mer liberale skolen Weis gir uttrykk for)

- 3) selv om rettigheten nyter et høyt antall ratifikasjoner og ikke er fraveket, er krenkelsene under en nedre grense? Det må kunne vises til klare og overbevisende grunner for å kunne plassere systemiske eller vedvarende krenkelse av rettigheter inntatt i traktater som nyter et høyt antall ratifikasjoner her. Dette vil heller være unntaket enn hovedregelen, og er avhengig av at det er foretatt en «critical analysis».¹³⁷

Samtidig som de oppsummerer med at å lene seg på menneskerettigheter for å kunne konstituere forfølgelse er både praktisk og strukturert, advarer de mot å anse øvelsen som mekanisk, blottet for analyser. Man kan slå fast at den tidligere hierarkiske inndelingen er erstattet med en tematisk en.¹³⁸ Denne tematiseringen kler rettsanvendererne på, i alle fall i den grad at man blir gjort bevisst på problemstillingene, samt har en struktur å lene seg på.

Etter å ha begrunnet tanken om å anvende menneskerettighetstilnærmingen på forfølgelsesspørsmålet, går Hathaway & Foster videre til å anvende denne tre-trinnsmetoden på menneskerettighetsområdene som er grunnlag for flest asylsøknader. Denne tematiske, men ikke hierarkiske inndelingen består av trusler mot fysisk sikkerhet (b.la. retten til liv og forbudet mot tortur),¹³⁹ trusler mot personlig frihet (b.la. frihetsberøvelser og bevegelsesfrihet),¹⁴⁰ samt trusler mot autonomi og selvrealisasjon (b.la. religions- og ytringsfrihet).¹⁴¹

Denne tilnærmingen skal sikre at prinsippet om at alle menneskerettigheter er likestilte er overholdt,¹⁴² samt nok fleksibilitet til at asylmyndighetene kan vurdere om den enkelte rettighetskrenkelse er tilstrekkelig for å konstituere forfølgelse.¹⁴³ Rettighetene er ikke listet opp uttømmende.¹⁴⁴

I motsetning til for eksempel den norske utlendingsloven,¹⁴⁵ er ikke forfølgelse forsøkt definert i udl. Selv om ikke dansk asylpraksis konkret har slått fast menneskerettighetenes rolle i defineringen av forfølgelsesbegrepet, er det ingen tvil om at både antall, frekvens og karakter av menneskerettighetskrenkelser er en del vurderingen. FLNs praksis kan sies å tilnærme seg Hathaway & Fosters tretrinnsvurdering.¹⁴⁶

Det følger av avsnitt 2.5 ovenfor at det ikke er utelukket å se til EUs kvalifikasjonsdirektiv, med tilhørende praksis, til tross for RIA-forbeholdet. EU har i sitt kvalifikasjonsdirektiv inntatt en definisjon i form av vilkår for å kunne konstatere forfølgelse.¹⁴⁷ Det er i bestemmelsen to alternativer, og i begge er det referanser til menneskerettighetene. Her er det verdt å nevne at direktivet i art. 9 (1) beskriver hva som skal til for at vilkåret er oppfylt, her med en referanse til de ufravikelige rettighetene i art. 15 i EMK, som er behandlet ovenfor. Mest interessant er nok likevel at det i art. 9 (2) er listet opp en rekke eksempler på hva forfølgelse kan ta form av. Denne tilnærmingen er annerledes enn den i konvensjonen og Håndboken, og vil nok kunne

¹³⁷ Hathaway & Foster 2014: 204-206. «Critical analysis»-uttrykket stammer fra canadisk føderal rett

¹³⁸ Ibid: 207

¹³⁹ Hathaway & Foster 2014: 208-238

¹⁴⁰ Ibid: 239-260

¹⁴¹ Ibid: 260-287

¹⁴² Ibid: 207

¹⁴³ Ibid & Lassen & Lindholm 2017: 170

¹⁴⁴ Ibid

¹⁴⁵ Se utlendingsloven § 29, som definerer forfølgelse for bruk i § 28. Bestemmelsen er bygget på kvalifikasjonsdirektivet. Se Øyen 2018: 212

¹⁴⁶ Lassen & Lindholm 2017: 170

¹⁴⁷ Se art. 9 (1) a)

bidra til noe klarhet. At ordlyden inkluderer «f. eks.» indikerer at listen ikke er uttømmende, og utformingen burde således heller ikke resultere i en restriktiv tolkning av forfølgelsesbegrepet.

3.2.2 Den nedre grensen for forfølgelse

I søken etter klarlegging av innholdet i udefinerte begreper kan øvelsen med å stille opp en «målestokk» være nyttig. For å gjøre dette vil man trenge å fastsette nedre og øvre grenser for når man kan anse et vilkår, her *forfølgelse*, for oppfylt. I denne øvelsen oppstår spørsmålet om hvorvidt man kan avgrense det nedad mot diskriminering. I *Udlændingeret* tar Lassen & Lindholm til orde for at begrepet normalt begrenses nedad til diskriminering, slik at ikke enhver forskjellsbehandling nødvendigvis fanges opp,¹⁴⁸ noe som harmonerer godt med Håndbokens pkt. 54 som slår fast at ikke alle ofre for forskjellsbehandling nødvendigvis er ofre for forfølgelse. Det kan heller ikke være slik at enhver, enkeltstående krenkelse av en persons menneskerettigheter automatisk vil utgjøre forfølgelse, med mindre det er tale om en særlig grov.¹⁴⁹ På den annen side er det ikke slik at det må anses som en *betingelse* at det foreligger en menneskerettghetskrenkelse.¹⁵⁰ Med andre ord må sakens øvrige omstendigheter også inngå i vurderingen. Hvorvidt mindre alvorlige overgrep vil kunne være tilstrekkelig, vil være avhengig av hyppighet, systematikk og intensitet.¹⁵¹

Håndboken omtaler kumulering av ulike gjerninger, som ikke alene ville vært tilstrekkelig for å anse vilkåret for oppfylt.¹⁵² Ulike former for diskriminering trekkes her frem som eksempel. I visse tilfeller kan disse gjerningene, i noen tilfeller kombinert med andre faktorer som generell usikkerhet i hjemlandet, utgjøre forfølgelse når de kumuleres. Den engelske versjonen av Håndboken konkluderer med at i noen tilfeller kan disse kumuleringssituasjonene resultere i at asylsøkerens sinnstilstand på et slikt vis at vilkåret kan være oppfylt på «cumulative grounds». In fine i pkt. 53 er det, slik det også er i pkt. 51, gitt uttrykk for at det er vanskelig, om ikke umulig, å gi en generell regel, i dette tilfellet i spørsmålet om hva som kreves av kumulative grunner, for at man kan anse vilkåret for oppfylt, og gjentar at det må foretas en helhetsvurdering i hver enkelt sak. Punkt 55 tar opp problemstillingen vedrørende den enkelte asylsøkers følelser med begrunnelsen at en persons psyke ikke nødvendigvis er lik den nestes,¹⁵³ og slår fast at dersom diskrimineringen, «in the mind of the person concerned», gir en følelse av usikkerhet vedrørende hans fremtidige eksistens, kan dette være tilstrekkelig for å konstatere forfølgelse. I tillegg bør landspesifikke forhold inngå i vurderingen.¹⁵⁴ Lassen & Lindholm beskriver det som at «jo mere kaos, desto mere lempelig bør vurderingen være», og understreker samtidig at denne faktoren i praksis er veldig vesentlig.¹⁵⁵ Håndbokens anbefaling relatert til «general atmosphere of insecurity in the country of origin» skal forstås slik at det utgjør en direkte lempelse hva gjelder forfølgelsesbegrepet for asylsøkere fra land som er preget av totalt kaos.¹⁵⁶

¹⁴⁸ Lassen & Lindholm 2017: 165

¹⁴⁹ Einarsen 200: 289. Se også tortureksempelen i Zimmermann & Mahler 2015: 348, redegjort for ovenfor i avsnitt 3.2.1

¹⁵⁰ Lindholm 2014: 131

¹⁵¹ Lassen & Lindholm 2017: 171

¹⁵² For et eksempel fra dansk asylpraksis kan det vises til avgjørelsen i rusl/2016/43/snd, der k-status ble meddelt på bakgrunn av kumulative grunner

¹⁵³ Lassen & Lindholm 2017: 171

¹⁵⁴ Håndbokens pkt 53

¹⁵⁵ Lassen & Lindholm 2017: 172

¹⁵⁶ Ibid

3.2.3 Forfølgeren

Som redegjort for ovenfor kan man si en betingelse for å konstatere forfølgelse er at den pågjeldende stat enten selv utøver forfølgelsen eller ikke evner eller ønsker å beskytte mot den.¹⁵⁷ Selv om forfølgeren, agent of persecution, ofte er staten, er det ikke noe betingelse at det er (sentrale) myndigheter som står bak. Det er intet å finne i hverken konvensjonens forarbeider eller i Håndboken, om at forfølgelsen må utgå fra staten, og motsetningsvis ikke noe grunnlag for å unnta forfølgelse fra ikke-statlige aktører.¹⁵⁸

Det avgjørende må heller være om myndighetene i opprinnelseslandet evner eller ønsker å beskytte mot forfølgelsen.¹⁵⁹ Dersom dette besvares benektende, vil delvilkåret være oppfylt. Håndbokens pkt. 65 slår fast at dersom alvorlig diskriminering utøves av andre enn staten, kan diskrimineringen bli ansett som forfølgelse dersom myndighetene vel vitende tolererer det, eller dersom myndighetene nekter, eller ikke er i stand til å yte effektiv beskyttelse.

Dette igjen harmonerer godt med FLNs holdning, noe som fremgår av formannskapetets nyeste beretning, der de anfører, på lik linje som Lassen & Lindholm, at det i utgangspunktet siktes til forfølgelse som utgår fra myndighetene, men at det også kan foreligge hvor myndighetene ikke er i stand til å yte beskyttelse mot konkrete og individuelle overgrep som er foretatt av andre, eller hvor handlingene tilskyndes eller aksepteres av myndighetene.¹⁶⁰

Avslutningsvis nevnes det, i likhet med in fine i avsnitt 3.2.4, at personer fra land som ikke har en effektiv regjering, ikke skal stilles dårligere enn personer fra velutviklede land.¹⁶¹

3.2.4 Oppsummering

Til tross for hvor sentralt forfølgelsesbegrepet er, er det ikke definert i konvensjonen. Det konkluderes her med at koblingen mellom menneskerettighetene som en definierende faktor for å kunne avgjøre hva som konstituerer forfølgelse, er anerkjent.¹⁶² De beste grunner taler for nettopp det, all den tid man har en eksisterende terminologi og et eksisterende regime for mange globalt anerkjente menneskerettigheter. En link til disse vil øke graden av forutsigbarhet, og integriteten til menneskerettighetssystemet generelt sett. Videre vil dette bidra til å ivareta en dynamisk fortolkningstilnærming av flyktningdefinisjonen. Man er nødt til å konstatere at ingen absolutt definisjon eller uttømmende liste kan nås, dette også selv om menneskerettigheter anvendes som fortolkningsgrunnlag, snarere at man heller kan skape verktøy for å lette fortolkningen. Det er ikke en betingelse at det er (risiko for) faktiske menneskerettighets-krenkelser vi taler om; andre typer alvorlige overgrep kan være tilstrekkelig.¹⁶³ Det er heller ikke et spørsmål kun om menneskerettigheter har vært krenket, det er like mye et spørsmål om i hvor stor grad og på hvilken måte.¹⁶⁴ FLNs formannskap uttaler sin beretning at det i forfølgelsesvurderingen «*indgår blandt andet baggrunden for og intensiteten af overgrebene, herunder om der er tale om overgreb af systematiseret og kvalificeret karakter*».¹⁶⁵ Denne tilnærmingen later til å ha bred oppslutning generelt i rettskildene, samt i juridisk litteratur. Den hierarkiske tilnærmingen Hathaway introduserte i 1991, vil på bakgrunn av menneskerettig-

¹⁵⁷ Se avsnitt 3.2.1

¹⁵⁸ Lassen & Lindholm 2017: 172 og Goodwin-Gill & McAdam 2007: 98

¹⁵⁹ Ibid

¹⁶⁰ Formandsskabets beretning 2018: 95-96.

¹⁶¹ Goodwin-Gill & McAdam 2007: 100.

¹⁶² Lassen & Lindholm 2017: 168, og Hathaway & Foster 2014: 196 (spesielt da med tanke på common law-land, men også med henvisning til EUs kvalifikasjonsdirektiv)

¹⁶³ Lindholm 2014: 139

¹⁶⁴ Einarsen 2000: 289

¹⁶⁵ Formandsskabets beretning 2018: 95

hetenes likeverd, i dag ikke være holdbar. Det nyere verktøyet redegjort for ovenfor, fremstår umiddelbart som bedre egnet blant annet for å sikre en dynamisk fortolkning av konvensjonen, herunder forfølgelsesbegrepet. Hva gjelder begrepets nedre grense *kan* diskriminering utgjøre forfølgelse, men enhver forskjellsbehandling kan på sin side ikke resultere i det.¹⁶⁶

Skal man legge menneskerettigheter til grunn for fortolkningen, er det også viktig å slå fast at dette ikke resulterer i en betingelse om at det foreligger faktiske krenkelser, eller risiko for det, av rettslig bindende menneskerettigheter. Med andre ord kan ikke en flyktning fra et land som ikke har ratifisert en eneste menneskerettighetskonvensjon stilles svakere enn en asylsøker fra et land som har ratifisert mange.¹⁶⁷ Goodwin-Gill og McAdam anfører rent overordnet, passende til bruk i en avsluttende bemerkning, at en tilnærming «*in terms of reasons, interests, and measures receives support by analogy from the human rights field*».¹⁶⁸

3.3 Velbegrunnet frykt

Også sentralt i flyktningdefinisjonen er vilkåret om at asylsøkeren har en *velbegrunnet frykt* for å bli forfulgt. I dette ligger det at den (subjektive) frykten vedkommende har for å bli forfulgt, skal være (objektivt) begrunnet.¹⁶⁹ I det følgende vil begrepet bli behandlet kort, da de andre delene av flyktningdefinisjonen anses som mer relevant for avhandlingens problemstilling. Av samme grunner begrenses denne delen av avhandlingen mot å behandle sur place-problemstillinger, tidligere forfølgelse som selvstendig grunnlag, samt internt fluktalternativ, IFA, som også hører hjemme under velbegrunnet frykt. Innunder problemstillingen hører også spørsmålet om hvor meget man skal søke/uttømme nasjonale/egne myndigheter om beskyttelse, for å kunne si at man har behov for internasjonal beskyttelse. FLN tar i flere saker for seg dette,¹⁷⁰ og normen later til å være at man vurderer om asylsøkeren har gjort tilstrekkelig for å oppnå myndighetsbeskyttelse i sitt opprinnelsesland. Dersom myndighetene som eventuelt kunne hjulpet fryktes å ha en reaksjon som skulle gjøre saken verre, vil det ikke være noe krav om å ha uttømt mulighetene, da nok ofte etter å ha vurdert bakgrunnsmateriale om situasjonen i landet.¹⁷¹

Nedenfor vil objektiv risiko, subjektiv frykt og den tidsmessige faktoren redegjøres for.

3.3.1 Objektiv risiko

Kravet om at frykten skal være velbegrunnet har blitt praktisert annerledes gjennom tiden i forskjellige jurisdiksjoner. I common law-jurisdiksjoner hadde man en periode en tankegang om at det skulle være mer sannsynlig enn ikke, altså mer enn 50 % sannsynlighet («balance of probability») for at et individ ville bli forfulgt ved en retur til hjemlandet. Dette legger opp til at myndighetene må verifisere forklaringer på bakgrunn av en sannsynlighetsgrad. Denne tilnærmingen er ikke holdbar. Denne tilnærmingen er nå forkastet, og erstattet med at frykten er velbegrunnet dersom det foreligger «a reasonable chance» for at individet kan bli møtt med forfølgelse ved en retur til hjemlandet. Med andre ord skal man operere med *muligheten* og ikke *sannsynligheten* for forfølgelse. Det er tilstrekkelig at det er en ikke uavviselig risiko for forfølgelse.¹⁷²

¹⁶⁶ Lindholm 2014: 140

¹⁶⁷ Ikke-diskrimineringsprinsippet i konvensjonens art. 3

¹⁶⁸ Goodwin-Gill & McAdam 2007: 132

¹⁶⁹ Lassen & Lindholm 2017: 176

¹⁷⁰ Se f.eks. j. nr 1995-21-3453 og 3454, august 1995, som nevnt i Lassen & Lindholm 2017: 174

¹⁷¹ Formandskabets beretning 2012: 263-264 og Lassen & Lindholm 2017: 234 som viser til en konkret sak, også omtalt nedenfor under 3.4.3

¹⁷² Lassen & Lindholm: 176-177

Denne tilnærmingen ser man i FLNs praksis, der vendingen «*det kan ikke utelukkes*» ofte ses.¹⁷³ Hvor denne terskelen skal ligge er av stor viktighet. UNHCR anfører i Håndbokens pkt. 42 at kravet bør anses oppfylt dersom asylsøkerens kan «*establish, to a reasonable degree (...)*» at en retur vil være uutholdelig. Av samme punkt leses det at kredibiliteten til en asylsøker naturligvis må vurderes opp mot menneskerettighetssituasjonen i hjemlandet.

Lassen & Lindholm reiser en problemstilling om hvorvidt FLN i nyere praksis har tatt sannsynlighetsovervekt-tilnærmingen til seg, og dermed skjerpet kravet, fra «kan ikke utelukkes». Denne bekymringen stammer fra at FLN har uttalt ting som «har sandsynliggjort».¹⁷⁴ Både meddelelser¹⁷⁵ og avslag¹⁷⁶ på asyl har blitt begrunnet slik, også meget nylig. Man må også konstatere at man finner «*ikke kan utelukkes*» i ferske avgjørelser.¹⁷⁷ I Iran/2019/132/CERA uttaler FLN både at det ikke kan utelukkes at familien kommer i iranske myndigheters søkelys, og at ansøkerne har sannsynliggjort at de vil bli utsatt for forfølgelse. Praksis de siste årene kan dog tyde på at FLN oftere enn ikke konkluderer med at asylsøkeren enten har eller ikke har sannsynliggjort å være i risiko for overgrep. Når all fakta har kommet på bordet, burde en eventuell tvil komme asylsøkeren til gode,¹⁷⁸ og terskelen burde ligge lavere enn sannsynlighetsovervekt.¹⁷⁹ Dragingen man kan se de siste årene fra FLN kan virke noe uheldig, all den tid det kan sette terskelen for høyt i forhold til hva den nok burde være. Med andre ord burde standarden være at det er en *mulighet for*, heller enn en *sannsynlighet for* at overgrep vil finne sted, men den blotte mulighet for risiko er en for lav terskel.¹⁸⁰

3.3.2 Subjektiv frykt

«Frykt» er individuelt ladet. Frykt er subjektivt, og det er den *enkeltes* frykt som er gjenstand for vurdering.¹⁸¹ Dette betyr at asylsøkerens uttalelser skal være utgangspunktet i vurderingen av om hvorvidt vilkårene er oppfylt og dermed også vurderes i høyere grad enn en vurdering av hvordan situasjonen i hjemlandet er.¹⁸² UNHCR anfører i Håndbokens pkt. 38 at *velbegrunnet frykt* inneholder både et subjektivt, og et objektivt element. Dette kan også leses ut av ordlyden, i og med at «velbegrunnet» er en kvalifisering av «frykt». I juridisk teori er det likevel forskjellige skoler om hvorvidt kravet inneholder et subjektivt element. Hathaway & Foster anfører at til tross for at vektige kilder drar i andre retningen at *velbegrunnet frykt* er «*inherently objective*».¹⁸³ Einarsen anfører på sin side at det legges opp til en «*blandet sluttvurdering, hvor så vel subjektiv som objektiv frykt etter omstendighetene må tas i betraktning. Søkerens psykologiske tilstand og oppfatning av sin egen situasjon er altså relevant, men formentlig bare når denne har sin bakgrunn i faktiske forfølgelser i hjemlandet.*»¹⁸⁴ Han trekker så frem tyngden UNHCR har, og konkluderer med at UNHCR sine rettsoppfatninger utvilsomt er de mest tungtveiende på området.¹⁸⁵ Hathaway & Foster argumenterer for at inkluderingen av både et subjektivt og et objektivt element kun blir et ekstra hinder å overkomme for asylsøkere, snarere enn en rettferdig, inkluderende vurdering, noe som

¹⁷³ Av nyere praksis se f.eks. Niga/2019/5/STRAA

¹⁷⁴ Lassen & Lindholm: 178

¹⁷⁵ Se f.eks. Iran/2019/5/CHA

¹⁷⁶ Se f.eks. Guin/2019/3/thv

¹⁷⁷ Se f.eks. ovennevnte Niga/2019/5/STRAA

¹⁷⁸ Håndboken pkt. 203-204

¹⁷⁹ UNHCR, Interpreting article 1, pkt. 10 kulepunkt 2

¹⁸⁰ Lassen & Lindholm 2017: 177

¹⁸¹ Ibid: 176 (og Håndboken pkt. 37)

¹⁸² Lassen & Lindholm 2017: 176

¹⁸³ Hathaway & Foster 2014: 92

¹⁸⁴ Einarsen 2000: 390

¹⁸⁵ Ibid

i seg selv burde resultere i at tilnærmingen frastøtes.¹⁸⁶ Einarsen mener Hathaway (som også i 1991 avviste at vilkåret er blandet/todelt) sin argumentasjon er mangelfull, basert på tolkning av forarbeidene.¹⁸⁷ Grahl-Madsen mener vilkåret er blandet, men at det objektive elementet må utgjøre det sentrale element,¹⁸⁸ en tankegang som ikke fremstår som problematisk.

Hathaway & Fosters bekymringer later til å være velfunderte, og rettspraksisen de viser til kan virke urimelig streng, all den tid det subjektive element blir brukt som avslagsgrunn, og det subjektive og objektive dermed fremstår som kumulative vilkår som må være oppfylt. På den ene siden virker UNHCR sine tankegang å være klar, vilkåret inneholder en subjektiv og en objektiv side. Samtidig må man konstatere at dersom dette avler en praksis der man ender opp med en for *restriktiv* linje, vil neppe det være i tråd med tankegangen UNHCR ønsket å formidle. Gode grunner kan tale for å anta at det å søke om internasjonal beskyttelse *i seg selv* betyr at det subjektive element, frykten, er oppfylt,¹⁸⁹ og at man dermed får en objektivisering av begrepet. På den annen side kan man argumentere for at det i praksis gjør den delen av vurderingen unødvendig og uthulet. At begrepet *frykt* er med i definisjonen knesetter i alle fall prinsippet om at en asylsøker skal bli hørt vedrørende omstendigheter vedkommende mener er relevante i et beskyttelsesperspektiv.¹⁹⁰ Dette burde sikre en individuell tilnærming slik Håndboken også skisserer eksempel av i pkt. 40, samtidig som Hathaway & Fosters bekymringer burde kunne stilnes ved og ikke forskjellsbehandle en «hardhudet» asylsøker og en som viser redsel.

3.3.3 Fastsettelsestid – den tidsmessige faktoren

I motsetning til de fleste andre mer normale forvaltningsakter har flyktningvurderingen et særpreg hva gjelder vurderingens fokus på fremtiden. Dette fordi myndighetene i vurderingen av om asylsøkeren kan sies å ha en velbegrunnet frykt (for forfølgelse), skal ta med den fremtidige risikoen for forfølgelse, i tillegg til regeltolkning og bevisvurdering.¹⁹¹ Med andre ord kan avgjørelsen i asylsaker ikke alene baseres på «en bevismæssig vurdering af (fortidige) fakta, men tillige på en vurdering af den (fremtidige) risiko for forfølgelse».¹⁹² Dette kan også beskrives som at det på avgjørelsestidspunktet skal etableres et øyeblikksbilde av hvordan situasjonen vil være dersom asylsøkeren vender tilbake til sitt hjemland, eller hvordan situasjonen vil være dersom vedkommende på tidspunktet for vurderingen befant seg der.¹⁹³ Et godt eksempel på at denne praksisen ikke ble fulgt kan man finne i en avgjørelse fra det daværende Direktoratet for Udlændinge fra 1995. I avgjørelsen uttaler de at «ansøgeren på grund af sit serbiske tilhørsforhold vil være i stand til efter krigens ophør at tage ophold i sin hjemby (...)». FLN kom til motsatt utfall. Dersom man anlegger en slik tankegang kan det argumenteres for at enhver asylsøker vil kunne bli få avslag på sin søknad.¹⁹⁴

En samme type problemstilling har blitt sett etter den ovennevnte avgjørelse, da Udlændingestyrelsen i to saker fra oktober i 1998 prosederte på å utsette sakene for å kunne skaffe til veie mer informasjon om forholdene i området asylsøkerne kom fra. FLN fant ingen

¹⁸⁶ Hathaway & Foster 2014: 93-95

¹⁸⁷ Einarsen 2000: 392

¹⁸⁸ Grahl-Madsen 1966: 173 f, som gjengitt i Lindholm 2014: 149

¹⁸⁹ Lassen 2006: 314

¹⁹⁰ Lindholm 2014: 150-151 og Einarsen 2000: 382

¹⁹¹ Lindholm 2014: 214, med referanser også til Einarsen: 2000

¹⁹² Vedsted-Hansen 2004: 619 som gjengitt i Lindholm 2014: 214

¹⁹³ Lassen & Lindholm 2017: 181

¹⁹⁴ Ibid (samt J.nr 1995-21-3862, september 1995)

grunn til å utsette sakene, og henviste derfor styrelsen til å anvende udl. § 19, skulle de potensielt endrede forholdene tilsi det.¹⁹⁵

Av momenter i risikovurderingen som undertiden har resultert i feil utfall av saken, kan nevnes både det at asylsøkeren har utreist legalt og uten problemer, samt at vedkommende ikke har blitt utsatt for straffeprosesuelle overgrep. Igjen er budskapet at det skal lages en prognose, der *fremtidig* risiko er vektlagt. I denne prognosen skal man da konkludere med om det er *utelukket* at vedkommende vil bli utsatt for forfølgelse ved en retur til hjemlandet.¹⁹⁶ Dette harmonerer godt med det formannskapet i FLN uttaler; at det ikke er et krav at det ved asylsøkerens utreise forelå et asylgrunnlag, men at det avgjørende er hvordan situasjonen for asylsøkeren vil være ved en eventuell retur til hjemlandet.¹⁹⁷

3.4 Tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe

Av ordlyden i flyktningdefinisjonen følger det at ikke alle som har en velbegrunnet frykt for forfølgelse er å anse som flyktninger i konvensjonens forstand, det skal være på grunn av noen bestemte grunner.¹⁹⁸ Det er i konvensjonen oppstilt fem forskjellige årsaker. Det er med andre ord et krav om at forfølgelsen er basert på en av de fem årsakene. Disse årsakene er den pågjeldendes rase, nasjonalitet, religion, tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe eller politiske overbevisning. Det alle disse årsakene har til felles, er at de er knyttet til diskriminering på et eller annet vis, eller som Hathaway & Foster anfører; *“Although there are five independent grounds in which a claim for protection may be based, they embody multiple manifestations of a single idea: fundamental socio-political disfranchisement defined by reference to core norms of non-discrimination law.”*¹⁹⁹

Dersom frykten for forfølgelse skyldes at myndighetene eller andre i hjemlandet retter sin forfølgelse generelt og vilkårlig mot befolkningen, uavhengig rase, religion, tilhørsforhold i en særlig sosialgruppe e.l., vil ikke konvensjonen komme til anvendelse.²⁰⁰ Motsetningsvis; at det er en massefluktsituasjon endrer ikke dette, om personer risikerer forfølgelse på bakgrunn av konvensjonsgrunnene er de omfattet av konvensjonen, selv om det er et stort antall som risikerer forfølgelse av de samme grunner.²⁰¹ I noen tilfeller vil det være slik at myndighetene i et land aksepterer, praktiserer eller tilskynder en systematisk forfølgelse av hele grupper i landet på en slik måte at bare det å være «medlem» av gruppen, for eksempel at man er av en bestemt rase, er tilstrekkelig for at forfølgelse rettes mot en, og dermed tilfredsstillende konvensjonens krav om utskillelse, og dermed at forfølgelsen er konkret og individuell.²⁰² Grunnen til at det er krav om at det skal foreligge en forfølgelsesgrunn kan være at statene da konvensjonen ble skapt, ikke ville påta seg for store eller uforutsigbare forpliktelser, kombinert med at grunnene som stilles opp i konvensjonen må sies å være typiske for sin tid.²⁰³ Alt avhengig av tolkning vil de, til tross for at de er begrenset til fem i tallet, fortsette å være relevante.

Innledningsvis er det også hensiktsmessig å nevne at flere forfølgelsesgrunner kan påberopes i samme sak, og at de i noen tilfeller kan overlape hverandre,²⁰⁴ noe som også vil bli redegjort

¹⁹⁵ Lassen & Lindholm 2017: 181 (og Information fra Flygtningenævnet, nr. 20, november 1998)

¹⁹⁶ Ibid: 182

¹⁹⁷ Formandsskabets beretning 2018: 96.

¹⁹⁸ Lassen & Lindholm 2017: 165, og selve ordlyden «*på grund af*» i art. 1 A (2)

¹⁹⁹ Hathaway & Foster 2014: 390-391

²⁰⁰ Se ovenfor i avsnitt 3.2 om asylkriteriet

²⁰¹ Lassen & Lindholm 2017: 201-202

²⁰² Ibid: 201 og Håndbokens pkt 70, 73, 74 og 79

²⁰³ Øyen 2018: 222

²⁰⁴ Ibid: 223 og Håndboken pkt 67

for nedenfor. Til tross for at sosialgruppebegrepet skal tillegges selvstendig betydning, jf. nedenfor, vil det ofte være slik at denne grunnen vil være delvis sammenfallende med andre grunner.²⁰⁵

Videre er kravet om årsakssammenheng viktig å huske på samtidig som man undersøker forfølgelsesgrunnene. Ordlyden i konvensjonen, «*på grund af*» må forstås slik at det må være en link mellom den velbegrunnede frykten for forfølgelse, og forfølgelsesgrunnen.²⁰⁶ Det er med andre ord ikke nok å konstatere at vedkommende har en velbegrunnet frykt for forfølgelse, og at vedkommende for eksempel er i et tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe, dersom det ikke er *på grunn av sitt tilhørsforhold* han blir forfulgt. Dette kravet om årsakssammenheng har i engelsk litteratur blitt referert til som blant annet *the nexus clause*, nexus betyr her link eller sammenheng.²⁰⁷

Av forfølgelsesgrunnene er det noen som kan være umiddelbart konstaterbare, som rase eller nasjonalitet. Tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe kan også være det, f.eks. hva gjelder kjønn, men er ofte mindre åpenbart i forbindelse med f.eks. seksuell legning, som kan være like skjult som ens religion eller politiske overbevisning.²⁰⁸

Det fører dessverre for langt å redegjøre for alle forfølgelsesgrunnene, og det er derfor tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe denne avhandlingen vil redegjøre for i det følgende, med et etterfølgende fokus på seksuell legning og kjønnsidentitet. På dansk er forfølgelsesgrunnen oversatt til «tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe», og på norsk «medlemskap i en spesiell sosial gruppe». «*Tilhørsforhold*» er umiddelbart mer tiltalende enn «*medlemskap*», all den tid å være medlem av noe oftere krever en aktiv handling. På samme måte er *sosialgruppe*, altså i ett ord, også mer naturlig. Deler man det indikerer det at selve *gruppen* er sosial²⁰⁹, noe som fremstår som kunstig. Motivasjonen bak valget er den unike karakteren forfølgelsesgrunnen har, at grunnen er den minst klare, samt at det er den som er behandlet mest av domstolene.²¹⁰ Det gir forhåpentligvis god grobunn til drøfting.

3.4.1 Forfølgelse basert på tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe – de generelle trekkene

Begrepet har vært gjenstand for forskjellige tolkninger over årenes løp, og kan beskrives som vrient å arbeide med.²¹¹ UNHCR anfører i sine guidelines at det er den forfølgelsesgrunnen som er minst klar, og at grunnen blir påberopt i økende grad.²¹² Forarbeidene til konvensjonen yter lite veiledning om både grunnene bak inkluderingen og avgrensningen av begrepet, som ble lagt til i siste liten etter et forslag fra den svenske delegaten Petren, etter han sa at saker eksisterer der folk blir forfulgt på grunn av tilhørsforhold til særlige sosialgrupper, og at det var like greit å nevne de eksplisitt.²¹³ Einarsen anfører at begrepet burde forstås på bakgrunn av at forfølgelse historisk sett har vært motivert av andre grunner enn rase, nasjonalitet, religion og politisk oppfatning, for eksempel forfølgelse rettet mot homofile i nazi-Tyskland, og at en mulig årsak til den manglende debatten rundt inkluderingen av begrepet kan være at temaet var å regne som noe ømfintlig på den tiden, i og med at flere av statene som forhandlet blant annet

²⁰⁵ Lindholm 2014: 170

²⁰⁶ Hathaway & Foster 2014: 363

²⁰⁷ Se for eksempel Hathaway & Foster 2014: 362f, og Foster 2002: 266.

²⁰⁸ Hathaway & Foster 2014: 391

²⁰⁹ Lindholm 2014: 165 note 206

²¹⁰ Hathaway & Foster 2014: 424

²¹¹ Lassen & Lindholm 2017: 211

²¹² UNHCR Guidelines on Membership of a Particular Social Group, pkt. 1 & Aleinikoff 2013: 264

²¹³ Hathaway & Foster 2014: 423-424, som viser til A/CONF.2/SR.19

praktiserte straff for homofili.²¹⁴ En eventuell kaldkrigstilnærming, der tanken var at grunnen ble introdusert for å omfavne økonomiske-sosialklasser (f.eks. fra Østblokken), har blitt avvist av Einarsen, da svenskene ved samme anledning tok avstand fra å inkludere alle asylsøkere fra Østblokken.²¹⁵ Einarsen anfører også at rapporten fra svenskene i alle fall ikke skulle tilsi at forslaget *kun* siktet på å omfatte økonomisk-sosialgrupper.²¹⁶

Det er innledningsvis hensiktsmessig å nevne enkelte retningslinjer, her eksplisitt anført av UNHCR, slik at de er fremme i bevisstheten under den videre lesing. Begrepet «gruppe» eller «socialgruppe» burde ikke tolkes kunstig innskrenkende, og det må være klart at disse gruppene kan være små, for eksempel en familie²¹⁷, eller store, for eksempel kvinner.²¹⁸ Uavhengig av tolkningsalternativ er det i statspraksis vel anerkjent at det ikke gjelder noe krav om sammenheng i gruppen, på engelsk «cohesiveness», med andre ord er det ikke et krav at medlemmene i gruppen kjenner eller forbinder seg selv med hverandre, det viktige er det felles karakteristika de deler.²¹⁹ Til slutt blant de innledende, generelle bemerkninger, slås det fast at det ikke er noe krav om at *alle* medlemmene av gruppen er i forfølgelsesrisiko (f.eks. velger noen å gjemme sitt tilhørsforhold, eller å samarbeide med forfølgerne).²²⁰

Håndboken har noen punkter om forfølgelsesgrunnen, nemlig 77-79. Det hører her med til historien at Håndboken ble skrevet på en tid der denne typen saker kun hadde vist seg i begrenset omfang i praksis.²²¹ Håndboken, til tross for at den er noe sparsommelig på akkurat dette området, har i pkt. 77 anført at normalt sett vil en særlig sosialgruppe bestå av folk med likeartet bakgrunn, vaner eller sosial status.

På lik linje som de andre grunnene kan også denne overlappe med andre, noe Håndboken selv eksplisitt nevner i pkt. 77, som i praksis kan bety at en asylsøker kan kvalifisere for flyktningstatus på bakgrunn av mer enn en forfølgelsesgrunn. I UNHCRs guidelines finnes et eksempel på nettopp det: en asylsøker kan hevde at vedkommende er utsatt for forfølgelse på bakgrunn av å nekte å bære tradisjonelle bekledninger, for eksempel religiøse hodeplagg. Avhengig av situasjonen i samfunnet kan det hende at vedkommende kan nå gjennom med et krav både basert på politisk overbevisning (dersom staten anser nektingen som en politisk ytring de ønsker å dysse ned), eller for eksempel religion (dersom staten anser oppførselen å være basert på en religiøs overbevisning de ikke anerkjenner), eller atter igjen som tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe.²²² Det som definerer en gruppe som en særlig sosialgruppe kan ikke utelukkende være at de blir forfulgt eller har en frykt for å bli det, det må være på bakgrunn av det karakteristikum de innehar de blir forfulgt.²²³ Likevel, denne forfølgelsen kan bidra til og være en relevant faktor for å avgjøre hvor synlig en gruppe er i et spesifikt samfunn, og dermed kan resten av samfunnet oppfatte gruppen som en særlig sosialgruppe, og social perception-tilgangen, som redegjort for nedenfor, vil kunne bli aktuell.²²⁴

²¹⁴ Einarsen 2000: 184-185

²¹⁵ Lindholm 2014: 166 og Einarsen 2000: 185

²¹⁶ Ibid

²¹⁷ Hathaway & Foster 2014: 425

²¹⁸ UNHCR Guidelines on Membership of a Particular Social Group pkt. 18 og 19

²¹⁹ Ibid: pkt. 15

²²⁰ Ibid: pkt. 17

²²¹ Lassen & Lindholm 2017: 212

²²² UNHCR Guidelines on Membership of a Particular Social Group, pkt. 4

²²³ Ibid: pkt. 14

²²⁴ Ibid og Lindholm 2014: 170

Begrepet har vært gjenstand for flere forskjellige tilnærminger opp gjennom årene, og det er anerkjent som å være den konvensjonsgrunnen med minst klarhet. Til tross for at det kan virke fristende, fra et humanitært ståsted, å tolke begrepet som et slags sikkerhetsnett som fanger en opp dersom ingen andre grunner skulle føre frem, ville en slik tolkning uthullet kravet om årsakssammenheng, og vil ikke være holdbart.²²⁵

Nedenfor vil fire forskjellige tolkningsalternativer belyses: 1) sikkerhetsnett/liberal/vid, 2) restriktiv/snever, 3) protected characteristics, og 4) social perception.

3.4.2 De forskjellige tilnærmingene til begrepet

Undertiden og i noen stater har begrepet blitt underlagt en restriktiv tolkning, men denne praksisen har i stor grad blitt forlatt. Denne tolkningen gikk ut på at man kun kunne definere tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe på basis av de fire øvrige grunnene. Aberet med en slik tolkning er at dersom man er avhengig av en eller flere av de øvrige fire grunnene, resulterer det i en uthuling av begrepet, med fare for at det i praksis kan bli overflødig, noe som neppe var hensikten med inkluderingen av det. Det finnes også eksempler på en meget vid tolkning, der «sikkerhetsnett»-tankegangen har fått råde. Karakteristisk for denne tolkningen er at det kun kreves en viss gjenkjennelig ensartethet hos medlemmene, eventuelt deres bakgrunn, for at man anser de som tilhørende til en særlig sosialgruppe.²²⁶

Tankegangen bak en liberal tolkning er formodningen om at forfatterne av konvensjonen ønsket en utvidelse av flyktningbegrepet.²²⁷ Tolker man begrepet for vidt, risikerer man at årsakssammenhengkravet vil bli uthullet, jf. ovenfor. Tolker man det for snevert, for eksempel at man baserer tolkningen på de øvrige grunnene, vil begrepet risikere å bli overflødig. En gylden middelvei må søkes.

Mellom den restriktive og den liberale tolkningen, finnes det mellomløsninger, blant annet en slik amerikanske myndigheter har skapt. Denne tilnærmingen har bred oppslutning i både teori og i de nasjonale rettstilstandene, spesielt i common law landene, og kalles «*protected characteristics*».²²⁸ Teorien går ut på at begrepet «*særlig sosialgruppe*» tillegges en egen, selvstendig betydning, uavhengig de andre forfølgelsesgrunnene. Likevel kan man hente noe inspirasjon fra de andre forfølgelsesgrunnene. Begrepets anvendelse på en sosialgruppe (som dermed blir til en særlig en) skal være begrunnet i beskyttelseshensyn, sammenlignbare med de hensyn som ligger til grunn for anerkjennelsen av de øvrige kategoriene i flyktningdefinisjonen. Dette kan man si er tilfellet når medlemmene av gruppen deler et felles og uforanderlig karakteristikum som enten er av typen som *ikke kan endres*, for eksempel medfødte trekk som kjønn og slektskap eller historiske erfaringer, eller som *ikke bør kreves at endres*, fordi det er fundamentalt for den pågjeldendes identitet eller samvittighet, for eksempel seksuell orientering.²²⁹ Også dette er av inspirasjon hentet fra de andre forfølgelsesgrunnene.²³⁰ Først da blir tilhørsforholdet sammenlignbart med konvensjonens andre grunner.²³¹

²²⁵ Hathaway & Foster 2014: 424

²²⁶ Lassen & Lindholm 2017: 212 (med videre referanse til Grahl-Madsen 1966)

²²⁷ Lassen & Lindholm 2017: 212-213

²²⁸ Lindholm 2014: 167, se også UNHCR Guidelines on Membership of a Particular Social Group, pkt. 6-9

²²⁹ Lassen & Lindholm 2017:213 (vendingen stammer fra US Board of Immigration Appeals i “the matter of Acosta”, pkt. 10, men er også å finne i UNHCR Guidelines on Membership of a Particular Social Group, pkt. 6)

²³⁰ Hathaway & Foster 2014: 426 med videre referanse til Acosta-saken

²³¹ Lassen & Lindholm 2017:213

Denne tilnærmingen skal, ifølge Hathaway forstås i lys av prinsippet om *ejusdem generis* – en kasuistisk tilnærming basert på en oppdeling i underkategorier. Hathaway argumenterte i 1991 for at *ejusdem generis*-tilnærmingen var best egnet, basert på tankegangen om at asylsaker bør være fundert i politisk og sivil status, og at man basert på en fortolkning av forarbeidene kan konkludere med at traktatkonsipistene må ha ment og kun omfatte grupperingene kjent på det tidspunktet under sosialgruppebegrepet.²³² *Ejusdem generis* medfører at ikke alle tenkelige grupper faller innunder begrepet, man kan ekskludere grupper med karakteristika som er mulige å endre eller ta avstand fra, så lenge ikke det krever at man frasier seg grunnleggende menneskerettigheter.²³³ Et motargument til denne tilnærmingen er at en *ejusdem generis*-tilnærming krever en utforming av ordlyden slik at et generelt begrep følger i en liste over spesifikke, og at det dermed kan finnes *genus* som kobler gruppene sammen.²³⁴ En slik ordlyd er ikke i konvensjonen, og alle grunnene er uavhengige av hverandre, til tross for at de kan overlape. Man kan med andre ord argumentere for at selve ordlyden i konvensjonen utelukker *ejusdem generis*. På den annen side kan man også si at *ejusdem generis* er “another way of saying that the words derive meaning from the context in which they appear”,²³⁵ noe som gjør det mulig å forsvare bruken av prinsippet, slik som også ses i Acosta-saken der *genus* er at alle grunnene handler om å beskytte noe som er uforanderlig (for eksempel medfødt) eller ikke bør kreves endret.

Einarsen anfører som motargument til *ejusdem generis*, at målet med å legge til begrepet, må ha vært å anlegge det en vid fortolkning, og at man burde se på det som et «sikkerhetsnett for å fange opp andre irrasjonelle grunner for forfølgelse, enten forfølgere retter seg mot sosial klassetilhørighet, sivil status i samfunnet for øvrig, eller vilkårlig valgte personlige kjennetegn ved de personene som utsettes for målrettede overgrep».²³⁶ Med til Einarsens utsagn hører det som nok er en modifisering av sine egne uttalelser,²³⁷ når han konkluderer med at begrepet må tolkes vidt, og at «begrepet langt på vei vil kunne fungere som en restkategori som fanger opp forfølgelse som ikke nødvendigvis knytter seg til rase, religion, nasjonalitet eller politisk oppfatning, men uten at det for øvrig gjelder andre, lempeligere eller strengere kriterier for flyktningstatus etter denne kategorien».²³⁸

Det later til at Einarsens tolkning er et sted mellom den meget liberale man finner uttrykk for i Grahl-Madsen,²³⁹ og den mer kasuistiske med (minst fem; kjønn, homoseksualitet, familie, barn og funksjonshemmede) subkategorier som Hathaway introduserte i 1991.²⁴⁰ Som Einarsen selv argumenterer for, så trenger ikke nødvendigvis sikkerhetsnetteorien å gi vesentlig andre resultater enn *ejusdem generis*, for dette vil nødvendigvis avhenge av hvor fleksibel man er med tanke på subkategoriene.²⁴¹

Hathaway forlot den hierarkiske kategoriseringen hva gjelder forfølgelse, jf. avsnitt 3.2.1, og det er av interesse å se hvorvidt noe lignende har skjedd i forbindelse med tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe, i 2014-utgaven av *Law of Refugee Status*. Hathaway anfører at det stadig er en debatt mellom det han beskriver som «the dominant approaches», nemlig *ejusdem generis*

²³² Lindholm 2014: 168, med videre referanser til Hathaway 1991: 160f

²³³ Hathaway & Foster 2014: 427

²³⁴ Aleinikoff 2003: 289-290

²³⁵ Pearce & Geddes 2011: 135 som gjengitt i Hathaway & Foster 2014: 426

²³⁶ Einarsen 2000: 186

²³⁷ Lindholm 2014: 168

²³⁸ Einarsen 2000: 357

²³⁹ Grahl-Madsen: 1966, som gjengitt i Lassen & Lindholm 2017: 212

²⁴⁰ Hathaway 1991: 160f & Lindholm 2014: 168. Se også Hathaway & Foster 2014: 428

²⁴¹ Einarsen 2000: 361

eller social perception.²⁴² Sistnevnte, fra UNCHR sine retningslinjer, utgjør en fjerde tilnærming.²⁴³ Hathaway tar stadig til orde for en *ejusdem generis*-tilnærming, og konkluderer med at denne både gir beslutningstakere en standard, eller test, å forholde seg til samt at denne, siden den er linket til ikke-diskriminering som et rammeverk, ikke er for vag, men heller ikke statistisk hva gjelder muligheten til utvikling.²⁴⁴ Hathaway har ikke forlatt *ejusdem generis*, og anfører at det er bare denne som kan rettferdiggjøres ut fra konvensjonens formål.²⁴⁵

Social perception-teorien kan sies å ha tre faktorer: 1) gruppen må være identifiserbar på bakgrunn av en karakteristik som er felles for alle medlemmene, 2) karakteristikene må ikke være det at man er frykter forfølgelse, og 3) karakteristikken er egnet til å skille gruppen fra samfunnet ellers.²⁴⁶ Man kan her si at det nok er det tredje kriteriet som er unikt, noe retningslinjene også legger vekt på.²⁴⁷ Denne tilnærmingen har resultert i at asylkrav basert på f.eks. homoseksualitet ikke har nådd frem, i og med at disse gruppene ikke har vært egnet til å skille gruppen fra samfunnet ellers,²⁴⁸ noe som må sies å være en uheldig anvendelse av teorien.

UNHCR anfører i sine retningslinjer i stedet for å støtte én teori, at de to hovedtilnærmingene burde bli én enkelt standard, som implementerer begge de to dominerende teoriene. Dette, på bakgrunn av at kjernene i teoriene overlapper hverandre.²⁴⁹ Og mens denne igjen har blitt kritisert i teorien,²⁵⁰ gir i alle fall ordlyden i definisjonen i veiledningen en mulighet til å oppfylle kriteriet ved å tilfredsstillende én av teoriene. Denne, om enn velmenende, tankegangen fra UNHCR kan potensielt lede til det som må kunne betegnes som for rigide systemer. Dette igjen leder analysen til EUs kvalifikasjonsdirektiv som, som Hathaway & Foster korrekt påpeker, tilsynelatende omgjør UNHCR sin tilgang der det holder å tilfredsstillende kravene i én av testene (ved bruken av ordet «*or*» i retningslinjene), til en variant der *begge* testene må være tilfredsstillende. Ordlyden i direktivets artikkel 10 (1) d) bruker «*og*», og legger tilsynelatende opp til en test der kravene i både *protected characteristics* og *social perception* skal være møtt.

En slik tilgang, som også har vært lagt til grunn i enkelte steder i USA,²⁵¹ vil nok for mange kunne oppfattes som et ekstra hinder å komme over, og vil unektelig trekke i retning av en i praksis snevrere tolkning av begrepet enn det UNHCR la opp til, basert på at de i sine retningslinjer anfører at det optimale er én standard, basert på at man anvender begge løsningene (ordet «*or*»), men at det er tilstrekkelig at *én* er oppfylt.²⁵² Hathaway & Foster anfører at akkurat som at det ikke er noe basis for at asylsøkere kan *regne med* at tilfredsstillende av én av «testene» er nok for å sikre beskyttelse, så er det ikke noe grunnlag for å hevde at man skal måtte tilfredsstillende *begge* tester.²⁵³ UNHCR anfører i sine *Guidelines on International Protection No. 9* om asylkrav basert på seksualitet, pkt. 45, at testene er alternative, og ikke kumulative. En konklusjon hittil må bli at det ikke er støtte i konvensjonen, Håndboken eller retningslinjene, for å operere med en lukket liste over kategorier man må kunne plasseres i, og at sosialgruppe-begrepet på lik linje som resten av konvensjonen, må være egnet for en

²⁴² Hathaway & Foster 2014: 426

²⁴³ UNHCR Guidelines on Membership of a Particular Social Group, pkt. 7

²⁴⁴ Hathaway & Foster 2014: 427

²⁴⁵ Ibid: 432

²⁴⁶ Ibid: 427 (med videre referanse til australsk høyesterett)

²⁴⁷ UNHCR Guidelines on Membership of a Particular Social Group, pkt. 7

²⁴⁸ Hathaway & Foster 2014: 433

²⁴⁹ UNHCR Guidelines on Membership of a Particular Social Group, pkt. 10-11

²⁵⁰ Hathaway & Foster 2014: 429

²⁵¹ Ibid: 431

²⁵² UNHCR Guidelines on Membership of a Particular Social Group, pkt. 11

²⁵³ Hathaway & Foster 2014: 432

dynamisk fortolkning parat for fremtidens potensielle utfordringer.²⁵⁴ Å anvende *begge* testene, alternativt, vil i alle fall sørge for en bredest mulig anvendelse av konvensjonen.

I FLNs praksis later det til at man kan se en tendens i løpet av de siste årene til å tillegge sosialgruppebegrepet en større selvstendig betydning enn tidligere, men mye tyder i praksis på at man fortsatt velger å meddele beskyttelsesstatus, eller avslag på asyl, i stedet for å tillegge sosialgruppebegrepet i konvensjonen en helt selvstendig betydning.²⁵⁵

Det er mange eksempler på hva disse særlige sosialgruppene kan være basert på: kjønn, handicap, seksuell legning og familieforhold, for å nevne noen. Avhandlingen vil videre fokusere på seksuell orientering og kjønnsidentitet.

3.4.3 Seksuell orientering og kjønnsidentitet – de generelle trekkene

Det er et menneskerettslige rammeverk relatert til seksuell orientering og kjønnsidentitet, herunder relatert til asylspørsmål. Artikkel 1 i UDHR slår fast at alle mennesker er født frie, og med like rettigheter, og FNs Høykommissær for menneskerettigheter slår i sin «*Born Free and Equal – Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law*» (s. 2) fast at alle mennesker, uansett seksuell orientering, kjønnsidentitet eller seksuelle karakteristikk har krav på den beskyttelsen som er sørget for gjennom internasjonale menneskerettigheter. I Yogyakarta-prinsippene, som UNHCR viser til i sin veiledning om seksuell orientering og kjønnsidentitet pkt. 7, slår det i prinsipp 23 fast, med samme ordlyd som i UDHR art. 14, at alle har en rett til å søke og å nyte asyl på bakgrunn av forfølgelse basert på seksuell orientering eller kjønnsidentitet. Til tross for at disse prinsippene ikke er bindende, anfører UNHCR i samme punkt at disse prinsippene «reflect well-established principles of international law».

Det er flere kilder som slår fast at personer med en spesifikk seksuell orientering, eller som blir oppfattet for å ha en,²⁵⁶ kan utgjøre en særlig sosialgruppe. UNHCR ga i 2012 ut sin 9. veiledning, *Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) (...)*. I disse retningslinjene anfører UNHCR innledningsvis (pkt. 1) at til tross for at forfølgelse av lesbiske, homofile, biseksuelle, transkjønnede/transseksuelle og interseksuelle individer (heretter LGBTI) ikke er noe nytt, er det nå en økt bevissthet på området. I pkt. 6 slår UNHCR fast at med bakgrunn i internasjonale menneskerettigheter, må flyktningdefinisjonen tolkes dithen at seksuell orientering og kjønnsidentitet må være med i anvendelsen av definisjonen. I introduksjonen til retningslinjene kan man lese at de skal leses i sammenheng med blant annet retningslinje nr. 1, angående kjønnsbasert forfølgelse. I disse retningslinjenes pkt. 16 står det at en persons seksuelle orientering eller seksuelle aktiviteter er relevante i asylspørsmålet, dersom en person har blitt forfulgt basert på det. Videre har de samme retningslinjene fra 2002 i pkt. 17 en sammenligning over til å nekte å bære religiøs bekledning, og slår fast at dersom homoseksualitet er straffbart, og det faktisk håndheves, så kan dette utgjøre forfølgelse, en tankegang det blir redegjort for nedenfor i 3.4.5 og 3.4.6. Retningslinjene fra 2012 slår fast at, også her, vil de forskjellige forfølgelsesgrunnene kunne overlappe,²⁵⁷ men at asylkrav basert på seksualitet oftest blir plassert under kategorien tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe. Det er flere interessante

²⁵⁴ UNHCR Guidelines on Membership of a Particular Social Group, pkt. 3

²⁵⁵ Lassen & Lindholm 2017: 214

²⁵⁶ Det stilles ikke krav om at vedkommende faktisk er LGBTI-individ, det er nok at en eventuell forfølger tror det, jf. UNHCRs 9. veiledning pkt. 41

²⁵⁷ Se i det hele del D, som tar for seg i hvilken forfølgelsesgrunn LGBTI-problemstillinger best plasseres, særlig pkt. 40

problemstillinger knyttet til forfølgelse av LGBTI-individer, og nedenfor vil to av de bli redegjort for: Hvilken teori innenfor forfølgelsesgrunnen tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe som er best egnet for oppgaven (er det en forskjell?), og adgangen til å pålegge individer selvrepresjon og diskresjon for å unngå forfølgelse.

3.4.4 Protected characteristics og social perception

Etter man har konkludert med at personers seksuelle orientering, kjønnsidentitet eller seksuelle karakteristikk kan utgjøre en særlig sosialgruppe oppstår spørsmålet om hvilken av det som kan beskrives som de to «dominating approaches»²⁵⁸, enten protected characteristics/*ejusdem generis*, eller social perception som er best egnet for denne delen av særlig sosialgruppe.

Hathaway & Foster anfører, med henvisning til rettspraksis fra forskjellige land, at asylkrav basert på seksualitet «have long been accepted to fall within the social group ground on the basis of the *ejusdem generis* approach».²⁵⁹

For at det skal føre frem må karakteristikket, her seksualiteten, være av en slik art at det enten ikke *kan endres*, eller ikke *bør kreves at endres*, fordi det er fundamentalt for den pågjeldendes identitet eller samvittighet. Hathaway & Foster, som kaller disse «Acosta-kategorier» anfører at det er irrelevant om seksualitet faller innunder første eller andre kategori. Med dette mener de at det er irrelevant om man regner seksualitet som et (medfødt) uforanderlig karakteristikum, eller et karakteristikum som det ikke *bør kreves at endres*, fordi det er fundamentalt for den pågjeldendes identitet eller samvittighet, rett og slett fordi det er enten eller.²⁶⁰

Som asylmotiv har seksualitet vært anført i Danmark siden omtrent da kjønnsbasert forfølgelse begynte å bli et tema på internasjonalt plan.²⁶¹ Til tross for det, inntil de viktige avgjørelsene der to guatemalanske transkjønnede fikk k-status på bakgrunn av kjønnsidentitet i 2012, hadde ikke k-status blitt meddelt siden 1995 på bakgrunn av seksuell orientering.²⁶² I disse sakene viser FLN eksplisitt ikke bare til at de anvender tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe som konvensjonsgrunn, de viser til kvalifikasjonsdirektivet art. 10 (1) d) 1, protected characteristics, til tross for at Danmark ikke er bundet av direktivet.²⁶³ FLN konkluderer med at de anser det i direktivet anførte som i overenstemmelse med retningslinjene fra UNHCR, noe som nok kan leses som at de tillegger argumentene i retningslinjene vekt. Både i direktivet, art. 10 (a) d og i retningslinjene jf. ovenfor, er det anført at personer forfulgt på bakgrunn av seksualitet eller kjønnsidentitet meget vel kan utgjøre en særlig sosialgruppe.

Det fremstår ikke som om det er noen hindre for å anvende enten protected characteristics-, eller social-perception-tilnærmingen opp mot forfølgelse av LGBTI-individer. UNHCR sine retningslinjer om seksualitet, pkt. 46 slår nettopp dette fast, og de anfører at uavhengig tilnærming, vil LGBTI-individer kunne være omfattet av forfølgelsesgrunnen «*særlig sosialgruppe*».²⁶⁴

²⁵⁸ Hathaway & Foster 2014: 426

²⁵⁹ Ibid: 442

²⁶⁰ Ibid: 442-443 med henvisning til en avgjørelse fra New Zealand

²⁶¹ Lindholm 2014: 327

²⁶² Ibid: 301

²⁶³ Se Lindholm 2014: 330-331 som viser til avgjørelsene, som var omtrent identiske. Henvisningen til kvalifikasjonsdirektivet finnes også saksreferatet i Beretning 21 (2012): 263-264

²⁶⁴ Aleinikoff 2003: 304 konkluderer likt

3.4.5 Pålegg om selvrepresjon

Det er flere eksempler på at FLN tillegger kriminalisering av homoseksualitet i hjemlandet vekt.²⁶⁵ En undersøkelse av dansk asylpraksis fra 1990-2007 viser at en kriminalisering i seg selv ikke var tilstrekkelig, ansøkeren måtte også påvise at vedkommendes seksuelle orientering var kommet myndighetene eller andre forfølgere i hjemlandet til kunnskap, og at asylsøkeren konkret og individuelt ble forfulgt, eller var i risiko for å bli det.²⁶⁶ En slik tilnærming kan anses som et pålegg om diskresjon eller selvrepresjon, med andre ord at man ikke praktiserer eller lever ut sin seksuelle orientering. I spørsmålet om det er tilstrekkelig som grunn for avslag på asyl å pålegge noen et slikt krav hva gjelder seksualitet er svaret nei. Australsk høyesterett uttalte allerede i 2003 at konvensjonen da ville stå i fare for å miste sin mening uavhengig forfølgelsesgrunn,²⁶⁷ og i 2010 uttalte britisk høyesterett at til tross for at en diskresjon måtte være «reasonably tolerable» kan man ikke kreve at for eksempel homoseksualitet skal skjules.²⁶⁸ Argumentasjonen er sterk når de blant annet anfører at det ikke kreves tilbakeholdenhet fra heteroseksuelle, og at man ikke krever at ofre for forfølgelse på bakgrunn av de andre konvensjonsgrunnene viser tilbakeholdenhet. Dette harmonerer også godt med den norske høyesterettsdommen inntatt i Rt.2012.494, der det anføres at det ved asylvurderingen ikke kan forutsettes at «søkeren ved retur skal skjule sin homofile legning for å slik å unngå forfølgelse (...)».²⁶⁹ I spørsmålet om hvorvidt det er av betydning at asylsøkeren forut for sin utreise holdt sin legning skjult, burde det heller ses på om «en velbegrunnet frykt for forfølgelse er en sentral årsak til at søkere velger å skjule deres identitet».²⁷⁰

Hvordan man så skal gå frem blir spørsmålet. Hvilken metode skal man anvende? Norsk høyesterett støtter seg til den britiske metoden skapt i saken nevnt ovenfor, og uttaler at man ikke skal legge til grunn at vedkommende faktisk tilpasser seg normene i hjemlandet for seksuell orientering. I stedet skal man 1) vurdere om vedkommende faktisk er homofil eller vil bli oppfattet som det av potensielle forfølgere i hjemlandet, 2) undersøke om homofile som er åpne om sin legning i hjemlandet er utsatt for forfølgelse i konvensjonens forstand, 3) er svaret på de to forrige punktene ja, må man vurdere hva den enkelte søker ville gjort ved en retur til hjemlandet. Ville søkeren vært åpen om sin legning, har vedkommende en velbegrunnet frykt for forfølgelse, selv om forfølgelsen kunne vært unngått dersom vedkommende holdt sin legning skjult. Ville søkeren derimot holdt sin legning skjult og sånn sett unngått forfølgelse, må grunnen undersøkes. Dersom grunnen er at vedkommende selv mener å skjule sin legning er riktig eller sosialt press (under grensen for forfølgelse), må avslag meddeles, men er grunnen frykten for forfølgelse, skal asyl meddeles.²⁷¹

En tilnærming der man pålegger noen selvrepresjon og diskresjon, også om enn det skulle være «reasonably tolerable» vil kunne resultere i en for snever tolkning, og dermed for mange avslag. UNHCR sine guidelines fra 2012 om seksuell orientering og/eller kjønnsidentitet har i pkt. 12 inntatt samme standpunkt, «*applicants are entitled to live in society as who they are and need not hide that*». I pkt. 30-33 behandles dette ytterligere, og det slås fast i pkt. 31 at det at en asylsøker har gjemt, eller kan gjemme, sin seksuelle orientering eller kjønnsidentitet ikke er tilstrekkelig grunnlag for avslag. In fine i samme punkt trekkes både ytrings- og forsamlingsfrihet frem, begge deler noe LGBTI-individer er like berettiget til som alle andre.

²⁶⁵ Se for eksempel Came/2017/1/MGO

²⁶⁶ Lindholm 2014: 328 med videre henvisning til undersøkelse av dansk asylpraksis vedrørende LGBTI fra 2009 som også viser de mest alminnelige formene for forfølgelsesaktiviteter LGBTI-individer opplevde

²⁶⁷ S395/2002, para 40

²⁶⁸ HJ (Iran) and HT (Cameroon)

²⁶⁹ Rt.2012.494 pkt 37

²⁷⁰ Ibid: pkt 52 (vendingen stammer fra et brev fra Utlendingsdirektoratet til Justisdepartementet)

²⁷¹ Ibid: pkt 57

Dommen *X, Y og Z* fra EU-domstolen (2013) slår også det samme fast, man kan ikke stille krav om diskresjon eller selvrepresjon. I dommens para 47-48 trekker de også frem betydningen av kriminalisering, og uttaler her at en kriminalisering taler for at personene i en gruppe anses som en annerledes gruppe av samfunnet.²⁷²

Det er et forholdsvis overveldende og sterkt grunnlag i internasjonal rett egnet til å slå fast at et pålegg om selvrepresjon eller diskresjon ikke holder som asylavslag. FLN har rundt samme tid som dommen fra EU-domstolen gått gjennom en praksisendring på området. Helt til starten av 2013 var det i FLNs praksis slik at så lenge potensielle forfølgere i hjemlandet ikke var klar over den seksuelle orienteringen eller kjønnsidentiteten, stadfestet FLN avslag.²⁷³ I to avgjørelser fra 2013 uttaler FLN at det vil være en særlig belastning for asylsøkeren at vedkommende ikke kan leve åpent som homoseksuell, og pkt. 3) fra metoden ovenfor anvendes, når FLN vurderer årsaken til at vedkommende vil holde sin legning skjult ved en eventuell retur til hjemlandet.²⁷⁴ Til tross for at sakene er konkrete, må de på bakgrunn av sine klare ordelag kunne sies å ha bragt den danske rettstilstanden i overensstemmelse med den internasjonale. Videre vil en slik praksis være i overensstemmelse med den man ser på områdene for andre forfølgelsesgrunner, som for eksempel religion, jf. EU-domstolens avgjørelse C-71/11 og C-99/11 para 79-80, som igjen bringer en likestilling mellom forfølgelsesgrunnene. Dette harmonerer igjen godt med retten til å ha en indre overbevisning hva gjelder religion (forum internum) og retten til å kunne ytre den offentlig (forum externum) som inntatt i ICCPR art. 18. FLNs avgjørelse om den afghanske konvertitten i 2012, der de uttaler at det ikke kan kreves at «*at en asylsøker, for at undgå problemer i hjemlandet som følge af ansøgerens religiøse overbevisning, skal skjule eller hemmeligholde sin religiøse overbevisning(...)*»,²⁷⁵ kan nok sies å ha banet vei for avgjørelsene som kom januar 2013. De beste grunner må sies å tale for en slik likestilling, med tanke på at man ikke kan rangere de menneskerettighetene som gjerne ligger bak disse.

En gjennomgang av nyere praksis viser at denne linjen er fulgt. I oktober 2018 meddelte FLN k-status til en iransk mannlig statsborger, som anførte som asylkrav at han frykter henrettelse i og med at han er homoseksuell. Det understrekes at også dette er en konkret avgjørelse, i og med at FLN legger vekt på konkrete hendelser og aktiviteter. Likevel, de konkluderer: «*Det må efter ansøgerens forklaring lægges til grund, at han agter at leve åbent som homoseksuel også ved en tilbagevenden til kan.[sic.]*».²⁷⁶ De uttaler så at de på bakgrunn av bakgrunnsopplysningene om straff for (praktisert) homofili i Iran finner vilkårene i definisjonen oppfylt.²⁷⁷ I Niga/2019/5/STRAA ble en mannlig asylsøker meddelt k-status på bakgrunn av seksuell orientering. Forfølgelsesgrunn blir ikke drøftet, men FLN legger til grunn at myndighetene i Nigeria kan ha fått vite om legningen hans, og at det dermed ikke kan utelukkes at han vil være i risiko for forfølgelse ved en eventuell retur. I Iran/2019/20/MNR uttaler FLN at de finner at ansøkeren både har sannsynliggjort at han er homoseksuell, men også at «han agter at leve åbent som homoseksuell i Iran», og metoden anvendt blant annet i den norske dommen redegjort for ovenfor anvendes således igjen.

Et godt eksempel på at bakgrunnsopplysninger om for eksempel homoseksuelles stilling i hjemlandet anvendes finnes i Zimb/2020/1/MLVT der FLN uttaler at det å være homoseksuell

²⁷² Se om sosial perception i avsnitt 3.4.1

²⁷³ Lindholm 2014: 333-334 med videre henvisning til blant annet Iran/utrykt/2000

²⁷⁴ Iran/2013/49 og Afghanistan/utrykt/januar 2013, som referert til i Lindholm 2014: 335-336

²⁷⁵ Afgh/2012/15

²⁷⁶ Iran/2018/357, fra saksreferatet i 27. beretning fra Formannskapet

²⁷⁷ Ibid

i Zimbabwe ikke i seg selv kan begrunne asyl etter § 7 (1), basert på bakgrunnsopplysninger. Dette da til tross for at homofobiske holdninger råder i samfunnet. Vedkommende ble meddelt k-status på bakgrunn av konkrete trusler fra sine onkler.

3.4.6 Oppsummering

Innholdet i forfølgelsesgrunnen er stadig noe uklart, og det er forskjellige tilnærminger til begrepet. Hva gjelder LGBTI er dog dette klarere enn det har vært, i det man kan konkludere helt klart med at de nå er omfattet av grunnen. Man kan også slå fast at det som må kunne beskrives som et gap mellom andre forfølgelsesgrunner og tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe nå er å anse som minsket eller borte. Dette fordi man henter inspirasjon fra de andre grunnene for å sikre at man for eksempel ikke pålegger noen et krav om diskresjon eller selvrepresjon. Da det er mange av de samme problemstillingene, for eksempel overlapping av grunner, og hensynene bak hva konvensjonsgrunnene beskytter, fremstår dette som et skritt i riktig retning. Alle har krav på å kunne utfolde seg slik de ønsker, uansett om det er på bakgrunn av en politisk overbevisning, religion eller at man er homoseksuell. Kriminalisering av for eksempel homoseksualitet henger tett sammen med problemstillingen om selvrepresjon, og til tross for at ikke enhver person fra et land med anti-homolovgivning burde få asyl,²⁷⁸ burde i alle fall de som kommer fra land der man har kriminalisert for eksempel homoseksualitet, og håndhever straffebudet, få asyl.²⁷⁹ Dette uavhengig av om legningen har kommet potensielle forfølgere til kunnskap. Til tross for at FLN ikke i hver sak drøfter hvilken forfølgelsesgrunn som er best egnet i den konkrete saken er det liten tvil om at tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe er godt egnet for LGBTI-sakene, noe også Guatemala-sakene viser godt, samt brevet fra FLNs formann til LGBT Danmark, der de uttaler at «*Statusvalg i en asylsag sker således efter en konkret vurdering, og LGBT-personer vil efter nævnets opfattelse kunne anerkendes som tilhørende en særlig sosialgruppe og dermed som omfattet af Flyngningekonventionen, hvis de øvrige betingelser er opfyldt*».²⁸⁰ Nyere praksis later til å være ens etter praksisendringen.

4. Konklusjon

Avhandlingens hovedformål er å redegjøre for hva som skal til for å være omfattet av konvensjonen, basert på tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe, med særlig fokus på seksuell orientering og kjønnsidentitet. Definisjonen på en flyktning, fra konvensjonens art. 1 A (2) har derfor blitt analysert.

Nærmere bestemt har det som må kunne betraktes som hovedbestanddel, eller inngangsvilkår, nemlig «velbegrunnet frykt» og «forfølgelse» blitt redegjort for. Avhandlingen konkluderer med at det er en tett sammenheng mellom flyktningdefinisjonen, herunder «forfølgelse» og internasjonale menneskerettigheter, noe de beste grunner taler for, basert på både menneskerettighetenes dynamiske stil og dens terminologi. Avhandlingen viser også at den danske asylpraksisen blir tungt påvirket av menneskerettighetene, og at man må tolke konvensjonen i lys av disse. Til tross for at det ikke er noe krav at det foreligger (en risiko for) menneskerettighetskrenkelser for at forfølgelsesvilkåret er oppfylt, viser systemet seg godt egnet for fortolkningsoppgaven i flere tilfeller. Enhver krenkelse kan ikke resultere i at vilkåret er oppfylt, og begrepets grense nedad trekkes gjerne ved diskriminering. Hva gjelder mindre

²⁷⁸ Se blant annet debatten på information.dk/484383.

²⁷⁹ Denne tankegangen kommer også til uttrykk i X, Y & Z fra EU-domstolen, para 55-56

²⁸⁰ Brev, J.nr. 09/04638 som gjengitt i Lindholm 2014: 301, note 55

alvorlige overgrep er en konkret helhetsvurdering, der man vurderer hyppighet, systematikk og intensitet nødvendig.²⁸¹

I avsnittene om «velbegrunnet frykt» diskuteres både eksistensen av og vekten som bør tillegges det subjektive element i definisjonen. Til tross for gode argumenter for å objektivisere begrepet, konkluderer avhandlingen med en middelvei, der begge deler bør vurderes, om enn dog med en ikke for streng tilnærming til det subjektive. Den fremtidsrettede vurderingen man foretar burde baseres på om det er en ikke uavviselig risiko for at vedkommende vil bli utsatt for forfølgelse. Nyere praksis fra FLN tyder dog på at de har lagt en sannsynlighetsovervekt-tilnærming til seg, noe som anses som for strengt.²⁸²

Avhandlingen viser at forfølgelsesgrunnen «*tilhørsforhold til en særlig sosialgruppe*» er godt egnet for å fange opp LGBTI-individer, uansett hvilken av de to dominerende tilnærmingene, *protected characteristics* eller *social perception* man måtte anlegge. Klarleggingen av rettstilstanden internasjonalt har resultert i at det heller ikke i Danmark oppstilles krav om selvrepresjon eller diskresjon, for eksempel av sin seksuelle legning. De beste grunner taler for dette, da forfølgelsesgrunnen er selvstendig, men også burde tillegges de samme verdiene som de andre. Et godt eksempel er at en homoseksuell står like fritt til å leve ut sin seksualitet som en har til å gi uttrykk for sin politiske overbevisning, eller at man ikke kunstig legger bånd på hvor stor en «sosialgruppe» kan være (store mengder kan bli forfulgt på grunn av f.eks. religion). FLN beskjeftiger seg med konkrete saker, men det er klart at LGBTI-individer som blir forfulgt stiller bedre i dag enn for ti år siden. Å hente inspirasjon fra de andre grunnene har bidratt til og kan fortsette å bidra til en likestilling mellom forfølgelsesgrunnene, som med konvensjonens formål i mente, fremstår som riktig, spesielt med tanke på menneskerettighetene som gjerne ligger bak grunnene sitt likeverd. Man finner støtte i rettskildene og i juridisk litteratur for å gi grunnen en vid anvendelse, men en balanse må finnes, da man ikke kan tolke konvensjonen for bredt og dermed risikere at det går utover hva statene har samtykket til.²⁸³

Litteraturliste

Lover og forskrifter

Lovbekendtgørelse 2019-10-02 nr.1022, udlændingeloven.

Forarbeider, lovforslag og betenkninger

Justisministeriet: *Betænkning om inkorporering mv. inden for menneskeretsområdet. Afgivet af Udvalget om inkorporering mv. inden menneskeretsområdet*. Betænkning nr. 1546, København, 2014.

Internasjonale rettskilder

1945, 26. juni De forente nasjoners pakt

1948, 10. desember FNs verdenserklæring om menneskerettigheter
United Nations Universal Declaration of Human Rights

²⁸¹ Det vises til avsnitt 3.2 med tilhørende kilder, herunder 3.2.4 (oppsummering)

²⁸² Det vises til avsnitt 3.3 med tilhørende kilder

²⁸³ Det vises til avsnitt 3.4 med tilhørende kilder, herunder 3.4.6 (oppsummering)

- 1951, 28. juli FNs konvensjon om flyktningers rettslige status, flyktningkonvensjonen.
Convention relating to the Status of Refugees
- 1966, 16. desember FNs internasjonale konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)
- 1966, 16. desember FNs internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter
International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)
- 1967, 31. januar New York-protokollen om flyktningers rettsstilling.
Protocol relating to the Status of Refugees
- 1992, 7. februar Traktaten om den Europeiske Union (Maastricht-traktaten).
- 1997, 2. oktober Traktaten om endring av Maastricht-traktaten (Amsterdam-traktaten).
- 2004, 29. april Rådets direktiv om fastsettelse av minimumsstandarder for anerkjennelse av tredjelandstatsborgere eller statsløse som flyktninger eller personer som av annen grunn trenger internasjonal beskyttelse, og innholdet av sådan beskyttelse, 2004/83/EF.
(Kvalifikasjonsdirektivet).
- 2007, 13. desember EFT 2007/C 306/01. Lisboa-traktaten om endring av traktaten om den europeiske union og traktaten om opprettelse av det europeiske fellesskap.
- 2008, 15. mai Lov-2008-05-15-35 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven). Som sist endret ved Lov-2020-03-27-16
- 2010, 4. mai Den Europeiske Unions Tidende. Det Europeiske Råd – Stockholmprogrammet – et åpent og sikkert Europa i borgernes tjeneste og til deres beskyttelse. (2010/C 115/01). I fotnote referert til som «Det Europeiske Råd: Stockholmprogrammet».
- 2011, 13. desember Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om fastsettelse av standarder for anerkjennelse av tredjelandstatsborgere eller statsløse som personer med internasjonal beskyttelse, for en ensartet status for flyktninger eller for personer som er berettiget til subsidiær beskyttelse, og for innholdet av en sådan beskyttelse, 2011/95/EU.
(Kvalifikasjonsdirektivet).
- 2013, 26. juni Europa-Parlamentets og Rådets forordning om fastsettelse av kriterier og prosedyrer til avgjørelse av hvilken medlemsstat som er ansvarlig for behandlingen av en ansøking om internasjonal beskyttelse, som er inngitt av en tredjelandstatsborger eller en statsløs i en av medlemsstatene (omarbeidelse). (Dublin III). 604/2013.

2013, 26. juni

Europa-Parlamentets og Rådets forordning om opprettelse av «Eurodac» til sammenligning av fingeravtrykk med henblikk på en effektiv anvendelse av forordning (EU) nr. 604/2013 om fastsettelse av kriterier og prosedyrer til avgjørelse av hvilken medlemsstat som er ansvarlig for behandlingen av en søknad om internasjonal beskyttelse, som er inngitt av en tredjelandstatsborger eller en statsløs og om medlemsstatenes rettshåndhevende myndigheters og Europols adgang til å inngi anmodning om sammenligning med Eurodacopplysninger med henblikk på rettshåndhevelse og om endring av forordning (EU) nr. 1077/2011 om opprettelse av et europeisk agentur for den operasjonelle forvaltning av store it-systemer innenfor området med frihet, sikkerhet og rettferdighet (omarbeiding). (Eurodac). 603/2013.

Litteratur og andre kilder, unntatt websider

Aleinikoff, T. A. (2003). *Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of "membership of a particular social group"*. I Feller, E., Türk, V. & Nicholson, F. (Red.), *Refugee Protection in International Law – UNHCR's Global Consultations on International Protection* (s. 263-311.). Cambridge: Cambridge University Press

Battjes, H. (2006). *European Asylum Law and International Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers

Christensen, L. B., Hallberg, K., Homann, G., Kjær, K. U., Koch, I. E., Lassen, N., Mikkelsen P. B., Thomassen, H., Vedsted-Hansen, J. (2006). *Udlændingeret* (3. utg.). K København: Jurist- og Økonomiforbunders Forlag.
(I fotnotene er navnet på forfatteren bak kapitlet der teksten er funnet).

Einarsen, T. (2000). *Retten til vern som flyktning*. Bergen: Cicero Publisher.

Evald, J. & Schaumburg-Müller, S. (2004). *Retsfilosofi, retsvidenskap & retskildelære*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag

Flytningenævnet. (1998). *Information fra Flytningenævnet, nr. 20*. København: Flytningenævnet

Flytningenævnet. (2012). *Formandskabet, 21. beretning, 2018*. København: Flytningenævnet

Flytningenævnet. (2019). *Formandskabet, 27. beretning, 2018*. København: Flytningenævnet

Foster, M. (2002). Causation in Context: Interpreting the Nexus Clause in the Refugee Convention. *Michigan Journal of International Law*, s. 266.

Gammeltoft-Hansen, H. (1984). *Flyttingeret*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag

Goodwin-Gill, G. S. & McAdam, J. (2007). *The Refugee in International Law*. (3. utg.). Oxford: Oxford University Press

- Grahl-Madsen, A. (1966). *The Status of Refugees in International Law*. Leiden: A. W. Sijthoff.
- Halleskov Storgaard, L., Terkelsen, O. & Vedsted-Hansen, J. (2019). *Folkeret og menneskerettigheder*. København: Karnov Group Denmark A/S.
(I fotnotene er navnet på forfatteren bak kapitelet der teksten er funnet).
- Hathaway, J. C. (1991). *Law of Refugee Status*. Toronto: Butterworth-Heinemann.
- Hathaway, J. C. & Foster, M. (2014). *The Law of Refugee Status* (2. utg.). Cambridge: Cambridge University Press
- Jacobsen, B. D., Larsen, N. H., Lassen, N. M., Lindholm, J., Vedsted-Hansen, J. (2017). *Udlændingeret*. (4. utg.). København: Jurist- og Økonomiforbunders Forlag.
(I fotnotene er navnet på forfatteren bak kapitelet der teksten er funnet).
- Jørgensen, S. (1990). *Retfærdighed og ret*. Danmark: Jurist- og økonomiforbundets Forlag.
- Kjær, K. U. (2003). *Flygtning i Danmark – en kommenteret introduktion til det danske asylsystem*, Danmark: Akademisk forlag A/S og forfatteren
- Knoph, R. (1934). *Oversikt over Norges rett*. Oslo: Nationaltrykkeriet.
- Lindholm, J. (2014). *Danske asylafgjørelser – Baggrund, kontekst, analyse*. København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Paulsberg, C. G. & Safrayan, S. (2018). *Asylsøkeres, herunder uledsagede mindreåriges, rett til flyktningstatus som følge av deres religiøse overbevisning. En fremstilling av den internasjonale menneske- og flyktningrettens påvirkning av dansk asylrett*. (Mastergradsavhandling). Aarhus Universitet, Aarhus.
- Pearce, D. C. & Geddes, R. S. (2011). *Statutory Interpretation in Australia*. (7. utg.). Chatswood: LexisNexis Butterworths.
- Ruud, M. & Ulfstein, G. (2011). *Innføring i folkerett*. (4. utg.). Oslo: Universitetsforlaget AS.
- Ruud, M. & Ulfstein, G. (2018). *Innføring i folkerett*. (5. utg.). Oslo: Universitetsforlaget AS.
- Sørensen, E. K. & Danielsen, J. H. (2019). *EU-Retten* (7. utg.). København: Djøf Forlag.
- Terkelsen, O. (2017). *Folkeret og Dansk ret*. København: Karnov Group Denmark A/S.
- Vedsted-Hansen, J. (2004). *Beslutningselementer og judicium i Festskrift til Hans Gammeltoft-Hansen*, København: 2004, side 611-626.
- Vedsted-Hansen, J. (2018). Det retlige forbehold og personers mobilitet. I Olsen, B. E. & Sørensen, K. E. (Red.), *EU-retten i Danmark* (s. 105-132). København: Jurist- og Økonomiforbundets Forlag.
- Vestergaard, J. (2019). *Vejledning for specialestudierende på de juridiske kandidatuddannelser*. København: Gjellerup/Gads Forlag

The Yogyakarta Principles (2007). *Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity*.

Zimmermann, A. & Mahler, C. (2011). Article 1 A, para. 2 1951 Convention. I Zimmermann, A (Red.), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol – a Commentary* (s. 281-467). Oxford: Oxford University Press.

Øyen, Ø. D. (2018). Rett til flyktningstatus og asyl. I Øyen, Ø. D. (Red.), *Lærebok i utlendingsrett* (2. utg., s. 171 – 300). Oslo: Universitetsforlaget AS.

Avgjørelser fra Flyktningenævnet

Flyktningenævnets avgjørelser er i all hovedsak hentet fra: <https://fln.dk/da/Praksis>

Afgh/2012/14

Afgh/2012/15

Afghanistan/utrykt/januar 2013 (som referert til I Lindholm 2014: 335-336)

Came/2017/1/MGO

Guin/2019/3/thv

Iran/2013/49

Iran/2018/357

Iran/2019/5/CHA

Iran/2019/20/MNR

Iran/2019/132/CERA

J.nr. 1995-21-3862, september 1995.

J.nr. 1995-21-3453, august 1995 (som nevnt I Lassen & Lindholm 2017: 174).

J.nr. 1995-21-3454, august 1995 (som nevnt I Lassen & Lindholm 2017: 174).

Niga/2019/5/STRAA

Rusl/2016/43/snd

Zimb/2020/1/MLVT

Avgjørelser fra andre instanser

Australsk Høyesterett:

Applicant A (Aus. HC, 24. feb. 1997).

Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs. Hentet fra Hentet 12. mai fra: https://www.refworld.org/cases,AUS_HC,3fd9eca84.html.

Britisk Høyesterett:

United Kingdom High Court. *R v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, Ex parte Syeda K-Hatoon Shah*. (1997).

House of Lords, *Horvath v. Secretary of State for the Home Department*. (2000).

United Kingdom High Court. *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*. Hentet 12. mai fra: https://www.refworld.org/cases,UK_SC,4c3456752.html (2010).

EU-domstolen:

Forente saker C-71/11 og C-99/11, Bundesrepublik Deutschland mot Y og Z (2012).

Forente saker C-199/12, C 200/12 og C 2012/12, X, Y og Z mot Minister voor Immigratie en Asiel (2013).

Norges Høyesterett:

Rt.2010.858 (2010).

Rt.2012.494 (2012).

United States Board of Immigration Appeals:

The matter of Acosta, A-24159781, 1. mar. 1985.

United States Supreme Court:

INS v. Cordoza-Fonseca, 480 U.S. 421 (1987).

Websider

FNs Høykommissær for flyktninger. (u.å.) Figures at a glance. Hentet 3. mars 2020 fra: <https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html> (i fotnoter referert til som «FNs Høykommissær for flyktninger»).

FNs Høykommissær for flyktninger. (u.å.) UNHCR Handbooks and Guides. Hentet 17. april 2020 fra:

<https://www.unhcr.org/search?comid=4a2789926&cid=49aea93ae2&tags=GIP>

FNs Høykommissær for flyktninger. (u.å.) UNHCR Guidelines on International Protection – Consultation process. Hentet 17. april 2020 fra:

<https://www.unhcr.org/protection/globalconsult/544f59896/unhcr-guidelines-international-protection-consultation-process.html>

Frølich, T. G. (2014, 11. januar). Ekspert: Homoseksuelle fra Uganda bør få asyl. *Information*. Hentet fra <https://www.information.dk/udland/2014/01/ekspert-homoseksuelle-uganda-boer-faa-asyl>

Geist, A. (2009, 15. juni). Flygtningenævnet: Kritikken beror på en misforståelse. *Information*. Hentet fra <https://www.information.dk/indland/2009/06/flygtningenaevnet-kritikken-beror-paa-misforstaaelse>

Dokumenter fra FN

1993, 12. juli World Conference on Human Rights, Vienna Declaration and Programme of Action. A/CONF.157/23.

1994, 11. april. General Comment No. 24: *Issues relating to reservations made upon ratification or accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in relation to declarations under article 41 of the Covenant: 04/11/94*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, General Comment No. 24. (General Comments).

1994, 7. september General Assembly: 45th session, Executive Committee of the High Commissioner's programme: *Note on international protection*, A/AC.96/830.

- 2001, april UN High Commissioner for Refugees (UNHCR): *Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees*
- 2002, 7. mai 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.*
- 2002, 7. mai 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.*
- 2012, 23. oktober 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.*
- 2019, februar UN High Commissioner for Refugees (UNHCR): *Handbook on procedures and criteria for determining refugee status and guidelines on international protection. Under the 1951 convention and the 1967 protocol relating to the status of refugees.* Reissued, Geneva, February 2019. (I avhandlingen referert til som "Håndboken").
- 2019 United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights. *Born Free and Equal: Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in International Human Rights Law.* 2. utgave.