

# Norges Høyesterett – Dom.

---

- INSTANS:** Norges Høyesterett – Dom.
- DATO:** 2012-03-29
- PUBLISERT:** HR-2012-667-A – Rt-2012-494
- STIKKORD:** Utlendingsrett. Asyl. Homofili.
- SAMMENDRAG:** Saken gjaldt gyldigheten av vedtak truffet av Utlendingsnemnda, og reiste spørsmålet om en irakisk statsborger har rett til asyl under henvisning til at han som homofil har en velbegrunnet frykt for forfølgelse i Irak. Etter tolking av flyktningkonvensjonen artikkel 1 A kom Høyesterett i motsetning til lagmannsretten til at det ikke skulle legges til grunn at asylsøkeren ville holde sin seksuelle legning skjult i hjemlandet. Høyesterett uttalte at en homofil som vil være åpen om sin seksuelle legning i et hjemland hvor homofile er utsatt for forfølgelse, har krav på beskyttelse. Hvis han velger å hemmeligholde den seksuelle legningen av frykt for forfølgelse, har han også krav på beskyttelse. Det samme gjelder hvis begrunnelsen for hemmeligholdet er sammensatt, såfremt frykten for forfølgelse er sentral for valget. Da lagmannsretten ikke hadde tatt stilling til hva som var årsaken til at søkeren ville holde sin legning skjult, ble dommen med ankeforhandling opphevet.
- SAKSGANG:** Oslo tingrett TOSLO-2009-200865 – Borgarting lagmannsrett LB-2010-147688 – Høyesterett HR-2012-667-A, (sak nr. 2011/1688), sivil sak, anke over dom.
- PARTER:** A (advokat Stina Saastad – til prøve) mot Staten v/Utlendingsnemnda (Regjeringsadvokaten v/advokat Marius Emberland).
- FORFATTER:** Indreberg, Webster, Kallerud, Bull, Matningsdal.

**Henvisninger i teksten:** [LOV-1988-06-24-64-§15](#) (Utlil – opphevet), [LOV-1988-06-24-64-§16](#) (Utlil – opphevet), [LOV-1988-06-24-64-§17](#)(Utlil – opphevet), [LOV-1988-06-24-64-§8](#) (Utlil – opphevet), [LOV-1999-05-21-30-EMK-A3](#) (Menneskerettsloven), [LOV-1999-05-21-30-EMK-A8](#) (Menneskerettsloven), [LOV-1999-05-21-30-EMK-A9](#) (Menneskerettsloven), [LOV-2005-06-17-90-§20-2](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-§20-8](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-§29-23](#) (Tvisteloven), [LOV-2005-06-17-90-§30-3](#) (Tvisteloven), [LOV-2008-05-15-35-§29](#)(Utlendingsloven), [LOV-2008-05-15-35-§30](#) (Utlendingsloven)

---

(1)

Dommer **Indreberg**: Saken gjelder gyldigheten av vedtak truffet av Utlendingsnemnda, og reiser spørsmålet om en irakisk statsborger har rett til asyl under henvisning til at han som homofil har en velbegrunnet frykt for forfølgelse i Irak.

(2)

A søkte 9. juli 2002 asyl i Norge. Han oppga at han var Feyli-kurder, og at han fryktet irakiske myndigheter etter at han i mai 2002 var blitt dømt for landsforræderi til 25 års fengsel. Den 18. november 2005 opplyste han for Utlendingsdirektoratet – UDI – at han var homofil, og oppga også dette som asylgrunn. I mellomtiden var det kommet for en dag at A i 1998 hadde søkt om asyl i Nederland under en annen identitet, og at han var blitt registrert i Tyskland med en tredje identitet. Han hadde videre levert ny søknad om asyl i Nederland i 2003, men var blitt returnert til Norge.

(3)

Ved vedtak 12. april 2006 avslo UDI søknaden om asyl. A fikk heller ikke vern mot retur etter utlendingsloven 1988 § 15 første ledd første eller annet punktum, eller oppholdstillatelse på humanitært grunnlag etter utlendingsloven 1988 § 8 annet ledd. UDI fant det ikke sannsynliggjort at A hadde vært utsatt for reaksjoner fra det tidligere regimet i Irak – som dessuten ikke lenger satt ved makten – og at hans troverdighet var såpass svekket at det ikke kunne legges til grunn at han var homofil.

(4)

Vedtaket ble påklaget til Utlendingsnemnda – UNE, som i det vesentlige og resultatet var enig med UDI. Klagen førte derfor ikke fram, se UNEs vedtak 27. august 2007.

(5)

Omgjøringsbegjæringer fra A ble avslått 21. oktober 2009.

(6)

A tok ut stevning mot staten v/UNE med påstand om at UNEs avgjørelser var ugyldige. Han anførte ikke lenger at han hadde rett til asyl eller vern mot utsendelse fordi han var Feyli-kurder og av den grunn dømt for landsforræderi i Irak. Derimot gjorde han gjeldende at det forelå en velbegrunnet frykt for forfølgelse fra den irakiske staten og familien eller klanen i Irak på grunn av hans homofile legning. UNE på sin side bestred ikke lenger at A var homofil, men gjorde gjeldende at frykten for forfølgelse ikke var tilstrekkelig sannsynliggjort.

(7)

Oslo tingrett avsa 7. juli 2010 dom med slik domsslutning:

« 1. Staten v/Utlendingsnemnda frifinnes.

2. A, født \*.\*.1977, dømmes til å betale sakskostnader med 78 000 – syttiåttetusen – kroner til Staten v/Utlendingsnemnda. Oppfyllelsesfristen er 2 uker fra dommens forkynnelse. »

(8)

Tingretten la til grunn at A kunne være homofil. Hans troverdighet var imidlertid betydelig svekket, og han ble derfor ikke trodd når han opplyste at hans homofile legning var blitt avslørt før han forlot Irak. Tingretten kunne heller ikke se at det forelå en velgrunnet risiko for at A ville bli utsatt for alvorlige brudd på fundamentale menneskerettigheter i Irak. Tingretten fant

ikke at det utgjorde brudd på menneskerettighetene at A « vil være henvist til å opptre innenfor gjeldende sosiale og kulturelle rammebetingelser for homofile ».

(9)

A anket til Borgarting lagmannsrett, som 21. juli 2011 (27. juli 2011, Lovdatas anm.) avsa dom ( LB-2010-147688) med slik domsslutning:

« 1. Anken forkastes.

2. I sakskostnader for lagmannsretten betaler A til Staten v/Utlendingsnemnda 78.000 – syttiåttetusen – kroner innen 2 – to – uker etter at dommen er forkynt. »

(10)

Lagmannsretten sluttet seg i det vesentlige til tingrettens begrunnelse. Den la til grunn at A var homofil, og at homofile hvis legning er kjent i Irak, utsettes for en reell og nærliggende fare for forfølgelse i betydningen alvorlige brudd på fundamentale menneskerettigheter. Det springende punktet for lagmannsretten var om As homofile legning var kjent i Irak. Ved vurderingen av dette mente lagmannsretten at As troverdighet var så svekket at tvil ikke kunne komme ham til gode. Lagmannsretten la etter dette til grunn at det ikke var kjent i Irak at A var homofil. Videre forutsatte den at A ved retur ville innrette sin livsførsel slik at han unngikk forfølgelse. På denne bakgrunn kom lagmannsretten til at verken vilkårene for asyl i utlendingsloven 1988 § 17 eller for vern mot retur i § 15 var oppfylt.

(11)

A har anket til Høyesterett. Anken gjelder rettsanvendelsen. Saken står i samme stilling for Høyesterett som for lagmannsretten.

(12)

Den ankende part, A, har i det vesentlige gjort gjeldende:

(13)

Lagmannsretten har korrekt lagt til grunn at homofile i Irak utsettes for drap eller alvorlige overgrep fra egen familie eller fra væpnede grupper, og at dette utgjør forfølgelse i flyktningkonvensjonens forstand. Lagmannsrettens rettsanvendelse er imidlertid uriktig når den har kommet til at A, som er homofil, ikke har en velbegrunnet frykt for forfølgelse i Irak på grunn av måten han vil innrette sin livsførsel.

(14)

A mener utlendingsloven 1988 § 17 jf. § 16 jf. flyktningkonvensjonen artikkel 1 bokstav A annet ledd ikke kan forstås slik at det foreligger en plikt til å opptre diskret for å unngå forfølgelse. Spørsmålet er om det foreligger en velbegrunnet frykt for forfølgelse, ikke hva asylsøkeren kan gjøre for å unngå forfølgelse. Et slikt krav ville innebære at han ble bedt om å oppgi det forhold konvensjonen beskytter. Homofili er dessuten en så grunnleggende del av identiteten at å skulle skjule dette, vil kreve forsiktighet i alle situasjoner. Den det gjelder vil ha liten mulighet til å oppleve kjærlighet, og vil måtte leve under

overhengende frykt. Trusselen om eller frykten for forfølgelse vil altså være reell, uansett om man er diskret.

(15)

Dersom lagmannsretten skal forstås slik at den mener A vil velge å opptre diskret, skulle den tatt stilling til årsaken til dette, slik den britiske høyesterett har gitt anvisning på i sin dom 7. juli 2010, UKSC 31. I dommens avsnitt 82, som inneholder en metode for å bedømme om en asylsøker har velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av homofili, fastsettes det at søknaden om asyl skal aksepteres dersom en vesentlig grunn til at søkeren vil leve diskret ved retur, er frykt for forfølgelse hvis han levde som åpen homofil. Ved tolkning av flyktningkonvensjonen har statspraksis betydning, og blant annet Sverige har lagt om praksis i tråd med den metoden den britiske dommen gir anvisning på. I brev til Justisdepartementet 2. september 2011 har UDI anbefalt en tilsvarende praksisendring i Norge. Om A også av andre grunner enn frykt for forfølgelse kan tenkes å ville skjule sin homofile legning, utelukker ikke det ham fra beskyttelse.

(16)

Retur av A vil også innebære at han ikke kan utøve retten til familieliv, jf. den europeiske menneskerettskonvensjon – EMK – artikkel 8. Det er ikke tvilsomt at denne retten også omfatter homofilt samliv, og A har hatt en samboer siden 2006. Det vil verken være mulig for ham å fortsette familielivet i Irak eller å søke familiegjening fra Irak uten samtidig å innrømme sin legning. Den europeiske menneskerettsdomstolen – EMD – har åpnet for at en stat kan bli ansvarlig for konvensjonsbrudd ved retur av personer til land hvor de utsettes for brudd på EMK artikkel 9, dersom krenkelsene er tilstrekkelig alvorlige. Det er sannsynlig at så alvorlige krenkelser som A vil bli utsatt for ved retur, kommer i samme stilling.

(17)

Det er heller ikke tvilsomt at retten til respekt for privatlivet i artikkel 8 omfatter seksuell legning. Dersom man ikke aktivt skjuler sin legning i Irak, er man imidlertid utsatt for slik fare at retur vil være en krenkelse av EMK artikkel 3. Det foreligger derfor et absolutt forbud mot å returnere A til Irak.

(18)

A har nedlagt slik påstand:

- « 1. Utlendingsnemnda sine vedtak av 27.08.07 og 21.10.09 er ugyldige.
2. Staten ved Utlendingsnemnda erstatter As saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett. »

(19)

Ankematparten, *staten v/Utlendingsnemnda*, har i det vesentlige gjort gjeldende:

(20)

Lagmannsrettens rettsanvendelse er korrekt. Det er ikke riktig at lagmannsretten har pålagt A å leve diskret ved retur til Irak. Derimot har den

ut fra en konkret bevisvurdering funnet at han faktisk vil gjøre det. Videre har lagmannsretten spurt seg hvorfor A vil leve diskret, og kommet til at det skyldes et ønske om å tilpasse seg de rådende sosiokulturelle normer i Irak. Han har da ingen velbegrunnet frykt for å bli forfulgt på grunn av sin homofili, jf. flyktningkonvensjonen artikkel 1 bokstav A annet ledd.

(21)

Ved tolkningen av flyktningkonvensjonen må det legges avgjørende vekt på ordlyden og formålet, som begge trekker i retning av en slik forståelse. Retningslinjene fra FNs høykommissær for flyktninger – UNHCR – taler heller ikke for en annen tolkning. Statspraksis er en relevant rettskilde, men testen det gis anvisning på i avsnitt 82 i dommen fra den britiske høyesterett 7. juli 2010, gir ikke uttrykk for en ensartet statspraksis. Staten kan langt på vei tiltre testen, men mener det ikke er rettskildemessig dekning for å legge til grunn at en homofil som vil skjule sin legning ved retur til hjemlandet, har krav på beskyttelse der frykten for forfølgelse kun utgjør en vesentlig årsak - « a material reason » – for dette valget. Det må kreves at det er frykten for forfølgelse som er årsaken. Det utgjør ikke forfølgelse i konvensjonens forstand å måtte tilpasse seg de begrensningene i livsutfoldelse som gjelder for homofile i Irak. Retten til å leve åpent som homofil er en del av retten til privatliv, jf. blant annet EMK artikkel 8, men er ikke vernet av flyktningkonvensjonen.

(22)

Returvernet som kan utledes av EMK artikkel 3, er lovfestet i utlendingsloven 1988 § 15. Lagmannsretten har ikke anvendt bestemmelsen uriktig. De begrensningene i livsutfoldelse som homofile opplever i Irak, vil ikke overskride terskelen for EMK artikkel 3.

(23)

A har hatt en samboer siden 2006, og retur av A vil innebære et inngrep i hans rett til respekt for sitt familieliv jf. EMK artikkel 8. Dette er imidlertid et lovfestet inngrep som skal ivareta hensynet til innvandringskontroll, og det er ikke uforholdsmessig. Ved forholdsmessighetsvurderingen har det betydning at A har oppholdt seg her i påvente av avgjørelsen av hans asylsøknad, og at samlivet ble etablert etter at UDI hadde avslått asylsøknaden. Inngrepet er dermed tillatt etter EMK artikkel 8 nr. 2.

(24)

Det å kunne leve som homofil er også omfattet av retten til respekt for privatlivet i EMK artikkel 8. Forutsetningen for at denne rettigheten skal kunne gi returvern, er imidlertid at selve kjernen i rettigheten blir utfordret. Homofile er ikke utsatt for slike begrensninger i Irak at dette vilkåret er oppfylt. Høyesterett skal heller ikke foreta en dynamisk tolkning av EMK.

(25)

Staten v/Utlendingsnemnda har nedlagt slik påstand:

« 1. Anken forkastes.

2. Staten v/Utlendingsnemnda tilkjennes sakskostnader for Høyesterett. »

(26)

**Mitt syn på saken:**

(27)

Utlendingers adgang til riket reguleres i dag av utlendingsloven 2008 med tilhørende forskrifter. Saken dreier seg imidlertid om gyldigheten av vedtak som er truffet etter utlendingsloven 1988, og prøvingen av lagmannsrettens rettsanvendelse må dermed skje på grunnlag av 1988-loven. De rettsspørsmålene saken reiser er imidlertid aktuelle også etter den nye loven.

(28)

Etter § 17 i utlendingsloven 1988 har en flyktning som er i riket eller på norsk grense, etter søknad rett til asyl (fristed) i riket. Loven gjør enkelte unntak, men de er uten betydning her. En flyktning er etter § 16 en utlending som går inn under flyktningkonvensjonen artikkel 1 A jf. protokoll 31. januar 1967. De aktuelle deler av denne bestemmelsen lyder:

« For the purposes of the present Convention, the term « refugee » shall apply to any person who:

(2) ... owing to well-founded fear of being persecuted for reasons of race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, is outside the country of his nationality and is unable or, owing to such fear, is unwilling to avail himself of the protection of that country; ... »

(29)

Spørsmålet i saken er om lagmannsretten har anvendt loven riktig når den er kommet til at A ikke har en « well-founded fear of being persecuted » – altså en velbegrunnet frykt for forfølgelse – på grunn av homofili.

(30)

Det er ikke bestridt at homofile som søker beskyttelse som flyktninger, anses å tilhøre en « particular social group » – en spesiell sosial gruppe. FNs høykommissær for flyktninger begrunner det med at seksuell orientering er en grunnleggende del av menneskers identitet på samme måte som rase, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe og politisk oppfatning, jf. UNHCRs retningslinjer 21. november 2008 pkt. II A. Ifølge utlendingsloven 2008 § 30 første ledd bokstav d, som er utformet i tråd med artikkel 10 bokstav d i EUs rådsdirektiv 29. april 2004 om hvem som kvalifiserer for flyktningestatus eller subsidiær beskyttelse, har slike grupper følgende kjennetegn:

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

(31)

Det er heller ikke bestridt at homofile i Irak er utsatt for forfølgelse i konvensjonens forstand. De risikerer blant annet drap fra ekstreme væpnede grupper og æresdrap fra egen familie, uten at de kan regne med beskyttelse fra myndighetene.

(32)

Det som – iallfall et stykke på vei – er omtvistet, er hvilken betydning det skal ha for beskyttelsesbehovet at homofile vil kunne unngå slike overgrep hvis de holder seg innenfor de rådende religiøse og kulturelle normene i Irak.

(33)

Svaret beror på hvordan flyktningkonvensjonen skal forstås. Utgangspunktet for vurderingen må tas i den ordinære forståelsen av konvensjonens ordlyd, lest i den sammenhengen den inngår og i lys av konvensjonens formål, se Wienkonvensjonen om traktatretten artikkel 31 nr. 1 som kodifiserer alminnelig folkerett på dette punkt. Partenes etterfølgende praksis skal også tillegges vekt hvis den etablerer enighet om tolkningen, jf. artikkel 31 nr. 3 bokstav b.

(34)

Av ordlyden følger for det første at det må foretas en konkret vurdering av den enkelte sak for å avgjøre om det foreligger en velbegrunnet frykt for forfølgelse, og videre at dette må være en fremtidsrettet vurdering.

(35)

Termen « forfølgelse » innebærer at frykten må referere seg til alvorlige overgrep. Man blir ikke forfulgt selv om man som åpen homofil vil oppleve sosiale sanksjoner i form av misbilligelse, diskriminering og lignende – med mindre den kumulative effekten av slike sanksjoner blir så alvorlig at terskelen for forfølgelse er overtrådt. Dette er også norske myndigheters forståelse, jf. blant annet UNEs praksisnotat 25. mai 2011 punkt 3.1 og utlendingsloven 2008 § 29. Se også UNHCRs retningslinjer 21. november 2008 avsnitt 10 flg. Eksempler disse dokumentene gir på overgrep som anses som forfølgelse, omfatter blant annet drap eller dødsstraff, alvorlig fysisk eller seksuell vold, frihetsberøvelse av en viss varighet og tvangsmessig medisinsk behandling.

(36)

Formålet med flyktningkonvensjonen er å beskytte de som har behov for det, mot forfølgelse på grunn av forhold ved deres person som er så grunnleggende at de ikke kan eller ikke kan forventes å ville oppgi dem.

(37)

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

(38)

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

(39)

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

(40)

Som nevnt kan statspraksis være relevant ved tolkningen av konvensjoner, og A har gjort gjeldende at konvensjonen bør forstås slik som den britiske høyesterett har gjort i sin dom 7. juli 2010 i saken HJ and HT, UKSC 31. I dommens avsnitt 82 gis det anvisning på den tilnærming som bør følges ved bedømmelsen av søknader om asyl på grunnlag av homofili. Tilnærmingen beskrives slik:

« *The approach to be followed by tribunals*

82. When an applicant applies for asylum on the ground of a well-founded fear of persecution because he is gay, the tribunal must first ask itself whether it is satisfied on the evidence that he is gay, or that he would be treated as gay by potential persecutors in his country of nationality.

If so, the tribunal must then ask itself whether it is satisfied on the available evidence that gay people who lived openly would be liable to persecution in the applicant's country of nationality.

If so, the tribunal must go on to consider what the individual applicant would do if he were returned to that country.

If the applicant would in fact live openly and thereby be exposed to a real risk of persecution, then he has a well-founded fear of persecution – even if he could avoid the risk by living 'discreetly'.

If, on the other hand, the tribunal concludes that the applicant would in fact live discreetly and so avoid persecution, it must go on to ask itself *why* he would do so.

If the tribunal concludes that the applicant would choose to live discreetly simply because that was how he himself would wish to live, or because of social pressures, e g, not wanting to distress his parents or embarrass his friends, then his application should be rejected. Social pressures of that kind do not amount to persecution and the Convention does not offer protection against them. Such a person has no well-founded fear of persecution because, for reasons that have nothing to do with any fear of persecution, he himself chooses to adopt a way of life which means that he



is not in fact liable to be persecuted because he is gay.

If, on the other hand, the tribunal concludes that a material reason for the applicant living discreetly on his return would be a fear of the persecution which would follow if he were to live openly as a gay man, then, other things being equal, his application should be accepted. Such a person has a well-founded fear of persecution. To reject his application on the ground that he could avoid the persecution by living discreetly would be to defeat the very right which the Convention exists to protect – his right to live freely and openly as a gay man without fear of persecution. By admitting him to asylum and allowing him to live freely and openly as a gay man without fear of persecution, the receiving state gives effect to that right by affording the applicant a surrogate for the protection from persecution which his country of nationality should have afforded him. »

(41)

Som det fremgår, er tilnærmingen i all hovedsak slik jeg med utgangspunkt i konvensjonens ordlyd og formål allerede har gitt uttrykk for at jeg mener den er nærliggende å forstå. Spørsmålet om hvordan man skal bedømme situasjonen der det ikke alene er frykten for forfølgelse som er grunnen til hemmeligholdet, løses i siste avsnitt. Det fremgår her at det anses tilstrekkelig at frykten for forfølgelse er « a material reason » – en vesentlig årsak. Dette bør leses i sammenheng med dommens avsnitt 62, som lyder:

« Having examined the relevant evidence, the Secretary of State or the tribunal may conclude, however, that the applicant would act discreetly partly to avoid upsetting his parents, partly to avoid trouble with his friends and colleagues, and partly due to a well-founded fear of being persecuted by the state authorities. In other words the need to avoid the threat of persecution would be a material reason, among a number of complementary reasons, why the applicant would act discreetly. Would the existence of these other reasons make a crucial difference? In my view it would not. A Jew would not lose the protection of the Convention because, in addition to suffering state persecution, he might also be subject to casual, social anti-semitism. Similarly, a gay man who was not only persecuted by the state, but also made the butt of casual jokes at work, would not lose the protection of the Convention. It follows that the question can be further refined: is an applicant to be regarded as a refugee for purposes of the Convention in circumstances where the reality is that, if he were returned to his country of nationality, in addition to any other reasons for behaving discreetly, he would have to behave discreetly in order to avoid persecution because of being gay? »

(42)

Den britiske høyesterettsdommen er følgelig prinsipiell på to måter. Først og fremst gjør den det klart at vurderingstemaet ikke er hvorvidt det å måtte innrette seg slik at man unngår forfølgelse i hjemlandet, vil være et så stort inngrep at søkeren ikke med rimelighet kan forventes å tåle det – slik det var lagt til grunn i de dommene som var påanket i saken. Men den legger også til grunn at årsaken til at vedkommende vil skjule sin seksuelle legning kan være sammensatt uten at kravet på beskyttelse faller bort, så lenge frykten for

forfølgelse er en vesentlig årsak. Som det straks vil fremgå, synes ikke dette siste aspektet å ha påkalt like stor interesse som det første.

(43)

Dersom den tolkningen av flyktningkonvensjonen dommen gir uttrykk for skal legges til grunn i Norge, må det enten være fordi den har fått bred aksept i andre konvensjonsstater eller fordi den støttes av de øvrige rettskilder, og for øvrig har gode grunner for seg. Jeg har allerede vært inne på ordlyden og formålet, og ser nå på praksis i enkelte andre konvensjonsstater. Gjennomgåelsen er basert på opplysninger innhentet av UNE.

(44)

I Sverige har lederen for Migrationsverket i et skriv 13. januar 2011 tatt stilling til hvilken metode som skal brukes for å prøve risikoen for personer som påberoper seg forfølgelse på grunn av seksuell legning – RCI 03/2011. Metoden sammenfattes slik på side 1: Det kan ikke kreves at en person som gjør det sannsynlig at han eller hun ved retur offentlig vil vise sin seksuelle legning, i stedet må velge et diskret levesett. Der vedkommende selv gir uttrykk for at han eller hun vil velge et diskret levesett, er det avgjørende spørsmålet hva årsaken til dette er. Skyldes det et ønske om å leve diskret eller sosialt press, skal søknaden avslås. « Om – å andra sidan – orsaken är att han/hon riskerar en konkret skyddsgrundande förföljelse ska detta godtas. »

(45)

I skrevet omtales den britiske høyesterettsdommen fra 2010. Det heter blant annet i sammenfatningen på side 4:

« Även om domen inte utgör svensk rätt överensstämmer resonemangen i domen med de tankar som framförts i förarbetena till utlänningslagen. Tänksättet går också tillämpa enligt svensk lag och praxis. »

(46)

I den nærmere omtalen av dommen heter det på samme side:

« Den brittiska domstolen har gjort ett försök att skapa en metod för utredningen och prövningen, som er betydligt mer konstruktiv än den som finns i vår nationella lag och praksis. »

(47)

Tilnærmingen i Finland synes å være den samme som i Sverige. Fra Innenriksdepartementet er det opplyst at det foretas en individuell vurdering av om søkeren har en velbegrunnet frykt for forfølgelse i hjemlandet på grunn av seksuell orientering. Dersom det er tilfelle, innvilges asyl, selv om vedkommende kunne unngått forfølgelse ved å skjule sin seksuelle orientering. Siden konvensjonens formål er å gi beskyttelse mot forfølgelse – ikke å garantere personer som tilhører en seksuell minoritet adgang til å leve fritt og åpent i hjemlandet – anses det ikke å være behov for beskyttelse der søkeren er villig til å skjule sin seksuelle identitet av sosiale, kulturelle eller religiøse årsaker, ikke på grunn av en velbegrunnet frykt for forfølgelse. I en

dom avsagt av Högsta Förvaltningsdomstolen 13. januar 2012 omtales den britiske høyesterettsdommen fra 2010. I omtalen av tilnærmingen det gis anvisning på i den britiske dommens avsnitt 82, pekes det på at det avgjørende der søkeren vil leve uten å avsløre sin seksuelle legning, er om dette skyldes sosialt press eller om han eller hun gjør dette på grunn av fare for forfølgelse. Högsta Förvaltningsdomstolen gir selv anvisning på at vurderingsstemaet er om søkeren er villig til å skjule sin seksuelle legning « av sosiale, kulturelle eller religiøse grunner og ikke av grunner som skyldes en velbegrunnet frykt for forfølgelse », som det heter i norsk oversettelse.

(48)

Både svensk og finsk praksis har altså den samme tilnærmingen som i den britiske dommen. Det drøftes imidlertid ikke hvordan myndighetene skal forholde seg der frykt for forfølgelse ikke er den eneste grunnen til at legningen holdes skjult.

(49)

Nederlandske og franske myndigheter opplyser at praksis ikke er påvirket av den britiske høyesterettsdommen. Nederland krever ikke at homofile skjuler sin seksuelle orientering. Hvordan man der forholder seg hvis det finnes at søkeren kommer til å skjule sin orientering, er ikke opplyst. I Frankrike synes praksis å være at en søker hvis seksuelle orientering ikke har vært kjent i hjemlandet, og som heller ikke vil være åpen om den ved retur, får avslag på søknaden. Tyske myndigheter opplyser at de baserer sin praksis på en dom avsagt av den føderale forvaltningsdomstolen i 1988. Det kan bli tale om å kreve at vedkommende søker oppgir atferd som kan utløse forfølgelse – men dette avgjøres individuelt. Det opplyses at en prejudisiell foreleggelse for EU-domstolen om forfølgelse på religiøst grunnlag trolig kan innvirke på vurderingen av søkere som søker asyl på grunn av homofili.

(50)

Som nevnt har EU i rådsdirektiv 29. april 2004 ( 2004/83/EC, Lovdatas anm.) fastsatt minimumsstandarder for hvem som kvalifiserer for flyktingestatus eller subsidær beskyttelse. Direktivet tar ikke uttrykkelig stilling til hvordan man skal bedømme personer som kommer til å skjule sin seksuelle identitet i hjemlandet, og EU-domstolen har ennå ikke behandlet spørsmålet.

(51)

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

(52)

Det samme inntrykket gir norsk forvaltningspraksis. Utlendingsdirektoratet – UDI – har i brev 2. september 2011 til Justisdepartementet foreslått at direktoratets praksis endres på bakgrunn av den britiske dommen. Det vises til at UDI etter gjeldende praksis legger til grunn at homofile og lesbiske asylsøkere vil tilpasse seg de sosiokulturelle normene i det offentlige rom i hjemlandet med mindre det er konkrete holdepunkter for noen annet, og at de bånd på livsutfoldelsen som en slik tilpasning medfører, normalt ikke vurderes

som forfølgelse dersom søkeren har mulighet til å leve ut sin seksuelle legning i det private rom. En eventuell praksisendring vil innebære en endring av vurderingstema. Temaet skal ikke lenger være hvorvidt de begrensninger i livsutfoldelse søkeren må tåle i seg selv utgjør forfølgelse, men i stedet om en velbegrunnet frykt for forfølgelse er en sentral årsak til at søkere velger å skjule sin seksuelle identitet. Tidvis bruker UDI i brevet uttrykket « den sentrale årsaken », ikke « en sentral årsak », uten at det er noe som tyder på at denne nyansen tillegges betydning. Det er opplyst at departementet i påvente av herværende dom, ennå ikke har besvart brevet.

(53)

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

(54)

Spørsmålet om beskyttelsesbehovet for homofile asylsøkere som kan unngå forfølgelse hvis de skjuler sin homofili, er i liten grad omtalt i nyere juridisk litteratur. I Vevstad (red): Utlendingsloven, kommentarutgave (2010) gir Terje Einarsen på side 236 uttrykk for en tilnærming til søknader begrunnet med religionsforfølgelse som synes å svare til UDIs praksis ved bedømmelsen av beskyttelsesbehovet til homofile søkere, slik den er beskrevet i brevet til Justisdepartementet. Den britiske dommen er for ny til å bli omtalt, og dette er som nevnt et rettsområde i utvikling. Det er derfor begrenset hvilken vekt denne fremstillingen av gjeldende rett kan tillegges.

(55)

Hvilket vurderingstema skal så anvendes ved vurderingen av en søknad om asyl fremsatt under henvisning til søkerens seksuelle orientering?

(56)

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

(57)

Det skal altså ikke legges til grunn at asylsøkeren vil tilpasse seg hjemlandets sosiokulturelle normer når det gjelder seksuell orientering. Det må i stedet spørres om søkeren virkelig er homofil eller vil bli oppfattet som homofil av potensielle forfølgere i hjemlandet. Videre må det undersøkes om homofile

som er åpne om sin seksuelle orientering i hjemlandet, er utsatt for forfølgelse i konvensjonens forstand. Dersom det er tilfellet, må det vurderes hva den enkelte søker ville gjøre hvis han eller hun ble returnert til hjemlandet. Hvis søkeren ville være åpen om sin seksuelle orientering, har han eller hun en velbegrunnet frykt for forfølgelse, selv om forfølgelse kunne vært unngått ved å holde den seksuelle orienteringen skjult. Dersom søkeren derimot ville skjult sin seksuelle orientering og på den måten unngå forfølgelse, må det undersøkes hva som er årsaken til dette. Hvis årsaken er at han eller hun selv mener det er riktig å holde den seksuelle legningen skjult, skal søknaden avslås. Det samme gjelder dersom årsaken er sosialt press – såfremt sanksjonene ikke er av en slik karakter eller omfang at de i seg selv utgjør forfølgelse. Er det derimot frykten for forfølgelse som er årsaken til at søkeren velger å skjule sin seksuelle identitet, må kravet om « velbegrunnet frykt for forfølgelse » anses oppfylt.

(58)

Der begrunnelsen for hemmeligholdet er sammensatt, må ikke årsakskravet forstås så strengt at det i realiteten utelukker søkere som har reell grunn til å frykte forfølgelse, når denne frykten er sentral for vedkommendes valg.

(59)

Jeg går så over til å se på lagmannsrettens rettsanvendelse i lys av denne forståelsen.

(60)

Om den fremtidsrettede vurderingen skrev lagmannsretten:

« Lagmannsretten legger til grunn at det ikke er tilstrekkelig for å oppfylle kriteriet 'forfølgelse' i flyktningekonvensjonens forstand, jf. utlendingsloven 1988 § 17 første ledd og § 15 første ledd jf. § 16 at A ved retur vil måtte avfinne seg med de begrensninger som religion og kultur legger på homofil praksis i Irak. ... Derimot må det ut fra vitnet Nilsons redegjørelse anses på det rene at homofile hvis legning er kjent i Irak, utsettes for en reell og nærliggende fare for slik forfølgelse. »

(61)

Etter å ha kommet til at det ikke kan legges til grunn at As homofili er kjent på hjemstedet, konstaterte lagmannsretten:

« Med sitt kjennskap til hjemlandets sosiokulturelle normer må han forutsettes å ville innrette sin livsførsel slik at han unngår forfølgelse for sin seksuelle legnings skyld ».

(62)

Lagmannsretten kom altså til at A ikke vil bli utsatt for forfølgelse, men gikk ikke inn på årsaken til at han « må ... forutsettes å ville innrette sin livsførsel slik at han unngår forfølgelse », utover å vise til hans kjennskap til hjemlandets sosiokulturelle normer. Heller ikke i tingrettens dom, som lagmannsretten viste til, er årsaken vurdert. Jeg forstår derfor lagmannsretten slik at den har ansett årsaken til at A vil holde sin seksuelle legning skjult, som irrelevant. Lagmannsrettens rettsanvendelse er derfor uriktig. Høyesterett har

ikke grunnlag for å avgjøre spørsmålet om UNEs vedtak er ugyldige. Lagmannsrettens dom med ankeforhandling må dermed oppheves, jf. tvisteloven § 30-3 jf. § 29-23 fjerde ledd.

(63)

Med den konklusjonen jeg er kommet til, går jeg ikke inn på anførslene om at retur vil stride mot EMK artikkel 3 og 8.

(64)

Selv om A har påstått at UNEs vedtak er ugyldige, mens resultatet blir opphevelse av lagmannsrettens dom, legger jeg til grunn at A har krav på sakskostnader for Høyesterett, jf. tvisteloven § 20-8 første ledd jf. § 20-2 første og annet ledd. Spørsmålet om sakskostnader for tingretten og lagmannsretten må avgjøres av lagmannsretten ved den nye behandlingen av saken, jf. tvisteloven § 20-8 tredje ledd.

(65)

A har krevd dekket sakskostnader med 235 000 kroner inkludert merverdiavgift. I tillegg kommer rettsgebyr for Høyesterett, 23 220 kroner. Kostnadene anses nødvendige.

(66)

Jeg stemmer for denne

*dom:*

*1. Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.*

*2. I sakskostnader for Høyesterett betaler staten v/Utlendingsnemnda til A 258 220 – tohundreogfemtiåttetusentohundreogtjue – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.*

(67)

Dommer **Webster**: Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(68)

Dommer **Kallerud**: Likeså.

(69)

Dommer **Bull**: Likeså.

(70)

Dommer **Matningsdal**: Likeså.

(71)

Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

*dom:*

*1. Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.*

*2. I sakskostnader for Høyesterett betaler staten v/Utlendingsnemnda til A 258 220 – tohundreogfemtiåttetusentohundreogtjue – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.*