

НАСОКИ ЗА МЕЃУНАРОДНА ЗАШТИТА БР. 9:

Барања за статус на бегалец засновани на сексуална ориентација и/или родов идентитет во контекст на Член 1А(2) од Конвенцијата од 1951 и/или нејзиниот Протокол од 1967 во врска со статусот на бегалците

УНХЦР ги објавува овие Насоки во согласност со неговиот мандат, наведен во *Статутот на Канцеларијата на високиот комесар за бегалци на Обединетите Нации*, заедно со Член 35 од *Конвенцијата од 1951 во врска со статусот на бегалците* и Член II од *Протоколот од 1967*. Овие Насоки се надополнување на *Прирачникот на УНХЦР за процедури и критериуми за утврдување на бегалски статус согласно Конвенцијата од 1951* (Реобјавен, Женева, 2011). Тие особено треба да се читаат во комбинација со *Насоките на УНХЦР за меѓународна заштита бр. 1: родово прогонување во контекст на Член 1А(2) од Конвенцијата од 1951 и/или нејзиниот Протокол од 1967 во врска со статус на бегалците* (мај 2002); *Насоките на УНХЦР за меѓународна заштита бр. 2: „Припадност на одредена социјална група“ во контекст на Член 1А(2) од Конвенцијата од 1951 и/или нејзиниот Протокол од 1967 во врска со статус на бегалците* (мај 2002); и *Насоките на УНХЦР за меѓународна заштита бр. 6: барања за бегалски статус врз основа на религија според Член 1А(2) од Конвенцијата од 1951 и/или нејзиниот Протокол од 1967 во врска со статус на бегалците* (април 2004). Тие се замена за *Насоката на УНХЦР за барања за бегалски статус во врска со сексуална ориентација и родов идентитет* (ноември 2008).

Овие Насоки имаат за цел да им дадат правни толкувачки насоки на владите, правниците, носителите на одлуки и судството, како и на персоналот на УНХЦР што одлучува за статус на бегалец според мандатот.

Прирачникот на УНХЦР за процедури и критериуми за утврдување на статус на бегалец и Насоките за меѓународна заштита се достапни како компилација на:
<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f33c8d92.html>.

I. ВОВЕД

1. Во многу краишта на светот, лица се соочуваат со сериозни прекршувања на човековите права и други форми на прогонување поради нивната вистинска или претпоставена сексуална ориентација и/или родов идентитет. Иако прогонувањето на лезбејки, геј, бисексуални, трансродови и интерсексуални (понатаму во текстот „ЛГТБИ“)¹ лица и оние што се перцепирани како ЛГТБИ не е нов феномен,² во многу земји на азил постои поголема свест дека лицата што бегаат од прогонување поради нивната сексуална ориентација и/или родов идентитет можат да се квалификуваат како бегалци според Член 1А(2) од Конвенцијата од 1951 година во врска со статусот на бегалци и/или нејзиниот Протокол од 1967 (понатаму во текстот „Конвенција од 1951“).³ Сепак, примената на дефиницијата за бегалец и натаму е недоследна во оваа област.
2. Документирано е дека ЛГБТИ лица се мета на убиства, сексуално и родово насилство, физички напади, мачење, произволен притвор, обвинувања за неморално или девијантно однесување, негирање на правата на здружување, изразување и информирање, и дискриминација при пристап до вработување, здравствена заштита и образованието во сите региони во светот.⁴ Во многу земји има строги кривични закони за консензуални истополови врски, а многу од нив пропишуваат затвор, телесна казна и/или смртна казна.⁵ Во овие и во други земји, властите можеби не се подготвени или способни да ги заштитат лицата од злоупотреба и прогонување од не-државни актери, што резултира со тоа сторителите да поминат неказнето и имплицитно, ако не експлицитно, толерирање на ваква злоупотреба и прогонување.
3. Фактори што може да придонесат или да ги влошат ефектите од насилство и дискриминација се полот, возраста, националноста, етничката/расната припадност, социјален или економски статус и ХИВ статус. Поради ваквата повеќеслојна дискриминација, ЛГБТИ лицата често се значително маргинализирани во општеството и изолирани од нивните заедници и семејства. Не е невообичаено и некои лица да чувствуваат срам и/или внатрешна хомофобија. Поради овие и други фактори, тие можеби се инхибирани да ги информираат проценителите за азил дека стравот од прогонување е поврзан со нивната сексуална ориентација и/или родов идентитет.
4. Искуствата на ЛГТБИ лицата значително се разликуваат и тие се под силно влијание на нивното културолошко, економско, семејно, политичко, религиозно и социјално опкружување. Потеклото на барателот може да влијае на начинот на кој тој ја изразува својата сексуална ориентација и/или родов идентитет, или може да ги објасни причините поради кои тој не живее отворено како ЛГТБИ. Важно е одлуките за барања на азил за ЛГТБИ бегалци да не се темелат на површно разбирање на искуствата на ЛГТБИ лицата, ниту на погрешни, културолошки несоодветни или стереотипни претпоставки. Овие Насоки нудат суштински и процедурални насоки за утврдување на статусот на бегалец лица врз основа на нивната сексуална ориентација и/или родов идентитет, со цел да се добие соодветно и усогласено толкување на дефиницијата на бегалец од Конвенцијата од 1951.⁶

II. МЕЃУНАРОДНО ПРАВО ЗА ПРАВАТА НА ЧОВЕКОТ

5. Според член 1 од Универзалната декларација за човековите права: „сите човечки суштества се раѓаат слободни и еднакви по достоинство и права“, а Член 2 вели дека „секој има право на сите права и слободи наведени во оваа Декларација“.⁷ Сите луѓе, вклучувајќи ги и ЛГТБИ лицата, имаат право да уживаат заштита според меѓународното право за правата на човекот врз основа на еднаквост и недискриминација.⁸
6. Иако главните меѓународни договори за човекови права не признаваат експлицитно право на еднаквост врз основа на сексуална ориентација и/или родов идентитет,⁹ дискриминацијата врз овие основи се смета за

¹ За дискусија на овие термини, види подолу III. Терминологија. За целта на овие Насоки, „родов идентитет“ опфаќа и „интерсексуалност“.

² Конвенцијата од 1951 беше подготвена како одговор на прогонувањето за време на Втората светска војна, кога нетолеранцијата и насилството доведоа до смрт на илјадници лица со ЛГТБИ потекло. Види UNHCR, „Summary Conclusions: Asylum-Seekers and Refugees Seeking Protection on Account of their Sexual Orientation and Gender Identity“, November 2010, Експертска тркалезна маса организирана од УНХЦР, Женева, Швајцарија, 20 септември – 1 октомври 2010 (понатаму во текстот „UNHCR, Summary Conclusions of Roundtable“), достапна на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c999a42.html>, пара. 3.

³ Генерално собрание на ОН, Конвенција во врска со статус на бегалците, 28 јули 1951; Протокол во врска со статус на бегалците, 31 јануари 1967.

⁴ Види, UN Human Rights Council, „Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on Discriminatory Laws and Practices and Acts of Violence against Individuals based on their Sexual Orientation and Gender Identity“, 17 November 2011 (понатаму во текстот „OHCHR, Report on Sexual Orientation and Gender Identity“), достапен на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ef09202.html>. За преглед на правото и доктрината, види и International Commission of Jurists (понатаму во текстот „ICJ“), *Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law, References to Jurisprudence and Doctrine of the United Nations Human Rights System*, 2010, четврто ажурирано издание, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c627bd82.html>; ICJ, *Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law, Jurisprudential, Legislative and Doctrinal References from the Council of Europe and the European Union*, October 2007, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a54bbb5d.html>; ICJ, *Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law: References to Jurisprudence and Doctrine of the Inter-American System*, July 2007, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ad5b83a2.html>.

⁵ Види International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, „State-sponsored Homophobia, A World Survey of Laws Prohibiting Same-Sex Activity between Consenting Adults“, May 2012, достапно на: http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2012.pdf.

⁶ Овие Насоки се надополнување на „Насоки за меѓународна заштита бр. 1: родово прогонување во контекст на Член 1А(2) од Конвенцијата од 1951 и/или нејзиниот Протокол од 1967 во врска со статус на бегалци“ на УНХЦР, 7 May 2002 (понатаму во текстот „УНХЦР, Насоки за родово прогонување“), достапни на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f1c64.html>.

⁷ Генерално собрание на ОН, Универзална декларација за човековите права, 10 декември 1948

⁸ ОХЦХР, Извештај за сексуална ориентација и родов идентитет, пара. 5.

⁹ Меѓутоа, некои регионални инструменти изричито забрануваат дискриминација врз основа на сексуална ориентација. Види, на пример, Повелба за фундаментални права на Европската Унија, Член 21, 18 декември 2000, и Резолуција на Организацијата на американски држави, човекови права, сексуална ориентација и родов идентитет

забранета според меѓународното право за правата на човекот.¹⁰ На пример, пропишаните основи „пол“ и „друг статус“ опфатени во клаузулите за недискриминација на главните меѓународните инструменти за човекови права се прифатени дека ги опфаќаат и сексуалната ориентација и родовиот идентитет.¹¹ Бидејќи почитувањето на основните права како и принципот на недискриминација се суштински аспект на Конвенцијата од 1951 и меѓународното право за бегалци,¹² дефиницијата за бегалец мора да се толкува и да се применува со нивно почитување, што ја опфаќа и забраната за дискриминација врз основа на сексуална ориентација и родов идентитет.

7. Јоџакарта Принципите за примена на меѓународното право за правата на човекот во врска со сексуална ориентација и родов идентитет беа усвоени во 2007 година од група на експерти за човекови права и иако не се обврзувачки, тие се одраз на добро утврдени принципи на меѓународното право.¹³ Тие ја одредуваат рамката за заштита на човековите права што се применува во контекст на сексуална ориентација и/или родов идентитет. Принцип 23 го опишува правото да се побара и ужива азил од прогонување во врска со сексуална ориентација и/или родов идентитет:

Секој има право да побара и ужива азил од прогонување во други земји, вклучувајќи го и прогонувањето поврзано со сексуална ориентација или родов идентитет. Држава не смее да отстрани, протера или екстрадира лице во друга држава каде што тоа лице може да се соочи со основан страв од мачење, прогонување или било која друга форма на сурово, нехумано или деградирачко однесување или казна, врз основа на сексуална ориентација или родов идентитет.

III. ТЕРМИНОЛОГИЈА

8. Овие Насоки имаат за цел да опфатат и да бидат релевантни за низа барања во врска со сексуалната ориентација и/или родов идентитет. Концептите за сексуална ориентација и родов идентитет се објаснети во Јоџакарта Принципите и оваа терминологија се користи и за целта на овие Насоки. Сексуална ориентација се однесува на: „способноста на секое лице за длабока емотивна, љубовна и сексуална привлечност кон, и интимни врски, со лица од поинаков пол или ист пол или повеќе од еден пол“.¹⁴ Родов идентитет се однесува на: „секое лице длабоко го чувствува внатрешното и индивидуално искуство на родот, кое може но и не мора да се совпаѓа со полот при раѓање, вклучувајќи го и личното чувство за телото и другите исказувања на родот, како што се облеката, говорот и манеризмите“.¹⁵
9. Сексуалната ориентација и родовиот идентитет се широки концепти што создаваат простор за себеидентификација. Повеќедецениското истражување покажа дека сексуалната дискриминација може да се одвива во континуитет, и да опфаќа исклучива и неисклучива привлечност кон истиот или спротивниот пол.¹⁶ Родовиот идентитет и неговото исказување исто така имаат многу форми, а некои лица не се идентификуваат ниту како машки ниту како женски или пак и двете. Без разлика дали сексуалната ориентација, меѓу другото, е одредена генетски, хормонски, со развојни, општествени и/или културолошки влијанија (или нивна комбинација), повеќето луѓе имаат мало или никакво чувство на избор во врска со нивната сексуална ориентација.¹⁷ Иако кај повеќето луѓе сексуалната ориентација или родовиот идентитет се утврдуваат на рана возраст, кај други тие може да еволуираат во текот на животот. Различни луѓе во различен период од животот сфаќаат дека се ЛГТБИ и нивната сексуална и родова експресија може да се разликува низ годините, и други социјални и културолошки детерминанти.¹⁸
10. Барањата за бегалец врз основа на сексуална ориентација и/или родов идентитет често доаѓаат од припадници на специфични подгрупи, односно лезбејки, геј, бисексуални, трансродови, интерсексуални и квир¹⁹ лица (обично се крати како „ЛГБТ“, „ЛГБТИ“ или „ЛГБТИК“²⁰). Искуствата на припадниците на овие различни групи често се разликуваат и, како што е наведено погоре во параграф 4, меѓу самите припадници. Затоа е неопходно носителите на одлуки да го сфатат како контекстот на секое поединечно барање, така и индивидуалните приказни кои не можат лесно да се вклопат во вообичаените искуства или етикети.²¹

Лезбејка

¹⁰ Дискриминација како што се користи во Повелбата за цивилни и политички права треба да се разбере дека имплицира на секое разликување, исклучување, ограничување или преференција што се базира на раса, боја, пол, јазик, религија, политичко или друго мислење, сопственост, раѓање или друг статус, и што има за цел или ефект да го поништи или попречи признавањето, уживањето или спроведувањето на сите права и слободи на сите лица, на еднаква основа“. UN Human Rights Committee, CCRPR General Comment No. 18: Non-Discrimination, 10 November 1989, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/453883fa8.html>, пара. 7.

¹¹ Комисијата за човекови права на ОН во 1994 г. во епохалната одлука во *Тунен против Австралија* одлучи дека Меѓународната повелба за цивилни и политички права (усвоена од Генералното собрание на ОН на 16 декември 1966, понатаму во текстот „ИЦЦП“) забранува дискриминација врз основа на сексуална ориентација, види CCRPR/C/50/D/488/1992, 4 April 1994, (понатаму во текстот *Toonen v. Australia*) достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48298b8d2.html>. Ова потоа беше потврдено од неколку други тела на ОН за човекови права, заедно со признанието дека родовиот идентитет е меѓу забранетите основи за дискриминација. Види OHCHR, Report on Sexual Orientation and Gender Identity, para. 7.

¹² Конвенција од 1951, Премабула, пара. 1, Член 3

¹³ МСП, Јоџакарта Принципи – Принципи за примена на меѓународното право за правата на човекот во врска со сексуална ориентација и родов идентитет (понатаму во текстот „Јоџакарта принципи“), март 2007, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48244e602.html>.

¹⁴ Јоџакарта принципи, Премабула

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ American Psychological Association, “Sexual Orientation and Homosexuality” (понатаму во текстот “APA, Sexual Orientation and Homosexuality”), достапно на: <http://www.apa.org/helpcenter/sexual-orientation.aspx>.

¹⁷ Кај научниците нема консензус за причините поради кои едно лице развива одредена сексуална ориентација. Види, APA, Sexual Orientation and Homosexuality.

¹⁸ Application No. 76175, New Zealand Appeals Authority, 30 April 2008, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/482422f62.html>, para. 92.

¹⁹ *Keup* е традиционално пејоративен израз, меѓутоа некои ЛГБТ лица го користат за да се опишат себеси.

²⁰ УНХПР одлучи да ги ослободува како „ЛГБТИ“ лица, со намера да опфати широка лепеза на лица кои стравуваат од прогонување поради нивната сексуална ориентација и/или родов идентитет. Види UNHCR, *Working with Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender & Intersex Persons in Forced Displacement*, 2011, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4e6073972.html>. За дополнителни информации за терминологијата, види на пример, Gay & Lesbian Alliance Against Defamation, “Media Reference Guide: A Resource for Journalists”, ажурирано во мај 2010, достапно на: <http://www.glaad.org/reference>.

²¹ Размислувањата во врска со секоја група се интегрирани во овие Насоки.

Лезбејка е жена која чувствува физичка, романтична и/или емотивна привлечност кон други жени. Лезбејките често страдаат од повеќекратна дискриминација поради нивниот пол, нивниот често инфериорен социјален и/или економски статус, заедно со сексуалната ориентација. Лезбејките често трпат штети од не-државни актери, како што се дела на „корективно“ силување, одмаздничко насилство од поранешни партнери или сопрузи, принуден брак, и кривични дела извршени во име на „честа“ од членови на семејството. Некои лезбејки барателки на азил немале искуство на прогонување во минатото; на пример, ако имале малку или никакви лезбејски врски. Лезбејките можеби имале хетеросексуални врски, често, но не и секогаш поради општествен притисок да се омажат и да родат деца. Тие може дури подоцна во животот да имаат лезбејска врска или да се идентификуваат како лезбејки. Како кај сите барања за бегалци, важно е проценката на нејзиниот страв од прогонување да се однесува на иднината и одлуките да не се засноваат на стереотипни идеи за лезбејки.

Геј мажи

Геј често се користи за да се опише маж што чувствува физичка, романтична и/или емотивна привлечност кон други мажи, иако геј може да се користи и за да се опишат геј мажи и жени (лезбејки). Геј мажите се бројчано доминантни кај барањата за бегалци поради сексуална ориентација и родов идентитет, сепак нивните барања не треба да се сфатат како „образец“ за други случаи на сексуална ориентација и/или родов идентитет. Геј мажите се често повидливи од другите ЛГТБИ групи во јавниот живот во многу општества и може да бидат во фокусот на негативни политички кампањи. Но важно е да се избегнуваат претпоставките дека сите геј мажи јавно ја искажуваат својата сексуалност или дека сите геј мажи се феминизирани. Бидејќи се спротивставиле на машката привилегија со прифаќање на улоги и карактеристики што се сметаат за „женски“, геј мажите може да се сметаат за „предавници“, без разлика дали се феминизирани или не. Тие се особено изложени на ризик во затворите, војската²² и други опкружувања и работни места каде што традиционално доминираат мажи. Некои геј мажи можеби имале хетеросексуални врски поради притисок од општеството, меѓу другото и да се оженат и имаат деца.

Бисексуалци

Бисексуалец опишува лице што чувствува физичка, романтична и/или емотивна привлечност кон мажи и жени. Изразот бисексуалност често недоследно се толкува и применува, честопати со премногу тесно разбирање. Бисексуалноста не мора да значи привлечност кон двата пола во исто време, ниту пак мора да значи еднаква привлечност или број на врски со двата пола. Бисексуалноста е уникатен идентитет, што бара посебно да се истражи. Во некои земји прогонувањето може да биде јасно насочено кон геј или лезбејско однесување, но сепак опфаќа чиновни лица што се идентификуваат како бисексуалци. Бисексуалците често ја опишуваат својата сексуална ориентација како „флуидна“ или „флексибилна“ (види параграф 47).

Трансродови лица

Трансродови ги опишува луѓето чиј родов идентитет и/или родово изразување се разликува од биолошкиот пол со кои се родиле.²³ Трансродов е родов идентитет, не сексуална ориентација и трансродово лице може да биде хетеросексуалец, геј, лезбејка или бисексуалец.²⁴ Трансродовите лица се облекуваат или се однесуваат на начин што често е поинаков од она што обично се очекува од општеството врз основа на полот со кои се родиле. Исто така, тие можеби не изгледаат и не се однесуваат вака постојано. На пример, лица може да одберат да го изразат својот одбран род само во одредено време во опкружување каде што се чувствуваат безбедно. Бидејќи не се вклопуваат во прифатените бинарни перцепции за маж и жена, може да се смета дека тие се закана за општествените норми и вредности. Овој неконформизам ги изложува на ризик од штета. Трансродовите лица често се многу маргинализирани и нивните барања може да откријат искуства со сериозно физичко, психолошко и/или сексуално насилство. Кога нивната себе-идентификација и физички изглед не се совпаѓаат со полот во официјалните и личните документи, трансродовите лица се изложени на особен ризик.²⁵ Транзицијата за менување на родениот пол не е процес од еден чекор и може да опфаќа цела лепеза на лични, правни и медицински прилагодувања. Не сите трансродови лица одбираат медицински третман или други чекори што ќе им помогнат надворешниот изглед да се совпадне со нивниот внатрешен идентитет. Затоа е важно носителите да не ставаат премногу акцент на операции за менување на полот.

Интерсексуалци

Изразот *интерсексуалци* или „нарушувања на половиот развој“ (ДСД)²⁶ се однесува на состојба кога лице е родено со репродуктивна или сексуална анатомија и/или хромозомски шеми што се чини дека не се совпаѓаат со типичните биолошки замисли за маж или жена. Овие состојби може да бидат очигледни при раѓање, може да се појават во пубертет или може да се откријат само при лекарски преглед. Лицата со овие состојби

²² Види на пример, *RRT Case No. 060931294*, [2006] RRTA 229, Australia, RRTA, 21 December 2006, достапно на:

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/47a707ebd.html>; *MS (Risk - Homosexuality - Military Service) Macedonia v. SSHD*, CG [2002] UKIAT 03308, UK Immigration and Asylum Tribunal, 30 July 2002, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/46836aba0.html>, кога беше заклучено дека „ужасните затворски услови“ во таа земја ќе ги нарушат правата на барателот согласно Европската конвенција за заштита на човековите права и фундаментални слободи (ELXP), Член 3.

Лезбејките исто може да бидат изложени на ризик во вакво опкружување. Види *Smith v. Minister of Citizenship and Immigration*, 2009 FC 1194, Canada, Federal Court, 20 November 2009, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b3c7b8c2.html>.

²³ Изразот може да опфаќа, но не е ограничен на транссексуалци (постар израз кој потекнува од медицинските и психолошките кругови), лица што се облекуваат како спротивниот пол и други лица со родови варијанти. Види APA, "Answers to Your Questions about Transgender People, Gender Identity and Gender Expression", достапно на: <http://www.apa.org/topics/sexuality/transgender.aspx>.

²⁴ Види и, *RRT Case No. 0903346*, [2010] RRTA 41, Australia, Refugee Review Tribunal, 5 February 2010, (понатаму во текстот "*RRT Case No. 0903346*") достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b8e783f2.html>, што се однесува на трансродова барателка која страуваше од прогонување поради нејзиниот родов идентитет.

²⁵ Европскиот суд за човекови права утврди дека властите мора правно да го признаат сменетиот пол. Види *Goodwin v. United Kingdom*, Барање бр 28957/95, Европски суд за човекови права, 11 јули 2002, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad9f762.html>, утврди прекршување на правото на барателот на приватност, наведувајќи дека „стресот и отуѓувањето што произлегло од несладот меѓу положбата во општеството на транссексуалец после операција и статусот што го наметнува законот што одбива да се признае промената на полот не може, според ставот на судот, да се смета за мала непријатност поради формалност“, пас. 77 и дека „според Член 8 од Конвенцијата, поимот за лична автономија е важен принцип што стои зад толкување на нејзините гаранции, заштита се дава на личната сфера на секој поединец, вклучувајќи го и правото да се утврдат детали за нивниот идентитет како индивидуални човечки суштества“, пас 90. Види и Council of Europe Recommendation CM/Rec (2010)5 of the Committee of Ministers to Member States on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, recognizing that "Member states should take appropriate measures to guarantee the full legal recognition of a person's gender reassignment in all areas of life, in particular by making possible the change of name and gender in official documents in a quick, transparent and accessible way."

²⁶ Некои лица (и/или во нивните лекарски картони) го користат само името на конкретната состојба, како на пример вродена надбубрежна хиперплазија или синдром на андрогена нечувствителност, наместо да го користат изразот интерсексуалност или ДСД

порано се нарекуваа „хермафродити“, но овој израз се смета за застарен и не треба да се користи освен ако барателот не го користи.²⁷ Интерсексуалец може да се идентификува како машко или женско, додека нивната сексуална ориентација може да биде лезбејка, геј, бисексуалец, или хетеросексуалец.²⁸ Интерсексуалците може да бидат предмет на прогонување поради нивната атипична анатомија. Може да се соочат со дискриминација и злоупотреба затоа што имаат физичка маана или медицинска состојба, или поради неконформизам со очекуваниот телесен изглед на мажите и жените. Властите не регистрираат некои интерсексуални деца при раѓање, што може да доведе до различни ризици и негирање на нивните човекови права. Во некои земји, интерсексуалноста може да се смета за нешто лошо или за вештерство и може да доведе до тоа целото семејство да биде цел на злоупотреба.²⁹ Слично со трансродовите лица, постои ризик дека ќе бидат повредени при транзицијата во одбраниот пол бидејќи, на пример, во личните документи не е наведен нивниот одбран пол. Лицата што себеси се идентификуваат како интерсексуалци може да бидат сметани за трансродови, бидејќи во одредена култура може едноставно да не постои разбирање за интерсексуалната состојба.

11. Не сите баратели се самоидентификуваат со ЛГБТИ терминологијата и конструкциите наведени погоре или можеби не ги знаат овие етикети. Некои можеби слушаат само (погрдни) изрази што ги користи прогонувачот. Носителите на одлуки затоа треба да бидат претпазливи при нефлексибилна примена на ваквите етикети бидејќи тие можат да водат кон негативна процена на веродостојноста или неуспех да се препознае валидно барање. На пример, при проценка на барањата за бегалец бисексуалците често се категоризираат како геј, лезбејки или хетеросексуалци, интерсексуалците можеби воопшто не се идентификуваат како ЛГБТИ (на пример, тие можеби не ја гледаат својата состојба како дел од нивниот идентитет) а мажи што имаат секс со мажи не се идентификуваат секогаш како геј. Исто така, важно е да се прави јасна разлика меѓу сексуалната ориентација и родовиот идентитет. Тоа се одделни концепти и, како што е објаснето погоре во параграф 8, претставуваат различни аспекти на идентитетот на секој човек.

IV. ТЕМЕЛНА АНАЛИЗА

A. Историја

12. Соодветната анализа дали ЛГБТИ барател е бегалец според Конвенцијата од 1951 треба да започне од премисата дека барателите имаат право да живеат во општеството онакви какви што се, без да го кријат тоа.³⁰ Како што е потврдено со ставот усвоен во голем број јурисдикции, сексуалната ориентација и/или родовиот идентитет се фундаментални аспекти на човекиот идентитет кои се или вродени или непроменливи, и од лицето не треба да се бара да се откаже од нив или да се крие.³¹ Иако сексуалната ориентација и/или родовиот идентитет на едно лице може да се открие преку сексуално однесување или сексуален чин, или со надворешниот изглед или облека, тие може да се видат и преку различни други фактори, како на пример како барателот живее во општеството, или како тој или таа го изразува (или сака да го изрази) својот идентитет.³²
13. Сексуалната ориентација и/или родовиот идентитет на барателот може да биде релевантна за барањето за бегалец кога лицето стравува од прогонување поради неговата вистинска или претпоставена сексуална ориентација и/или родов идентитет, кои не се или се смета дека не се повинуваат на доминантните политички, културолошки или општествени норми. Пресекоат на род, сексуална ориентација и родов идентитет е составен дел од проценката на барањата со што се отвораат прашања за сексуалната ориентација и/или родовиот идентитет. Штетата како резултат на неповинување на очекуваните родови улоги често е централен елемент во овие барања. Насоките на УНХЦР за родово прогонување признаваат дека:

Барањата за бегалец што се темелат на различна сексуална ориентација содржат родов елемент. Сексуалноста или сексуалните практики на барателот може да бидат релевантни за барањето за бегалец кога лицето било предмет на прогонувачки дејствија поради сексуалноста или сексуалните практики. Во многу вакви случаи, барателот одбил да се придржува до општествено или културолошки дефинираните улоги или очекувања за однесување припишани на тој пол.³³

14. Влијанието на родот е релевантно за барањата за бегалец од ЛГБТИ мажи и жени.³⁴ Носителите на одлуки треба да внимаваат на разликите кај нивните искуства врз основа на пол/род. На пример, хетеросексуалните или машките геј норми или информациите за земјата можеби не важат за

²⁷ US Citizenship and Immigration Services, "Guidance for Adjudicating Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Refugee and Asylum Claims", 27 December 2011 (понатаму во текстот "USCIS, Guidance for Adjudicating LGBTI Claims"), достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f269cd72.html>, p. 13

²⁸ Види повеќе, Advocates for Informed Choice website: <http://aiclegal.org/faq/#whatisintersex>.

²⁹ Jill Schnobelen, *Witchcraft Allegations, Refugee Protection and Human Rights: A Review of the Evidence*, UNHCR, New Issues in Refugee Research, Research Paper No. 169, January 2009, достапно на: <http://www.unhcr.org/4981ca712.pdf>.

³⁰ UNHCR, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department – Case for the First Intervener (United Nations High Commissioner for Refugees)*, 19 April 2010, (понатаму во текстот "UNHCR, HJ and HT"), достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bd1abbc2.html>, para. 1. За споредба со други основи од Конвенцијата, види пара 29. Види и, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department*, UK, [2010] UKSC 31, Supreme Court, 7 July 2010 (понатаму во текстот "HJ and HT"), достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c3456752.html>.

³¹ Види на пример *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, Canada, Supreme Court, 30 June 1993 (понатаму во текстот "*Canada v. Ward*"), достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b673c.html>; *Geovanni Hernandez-Montiel v. Immigration and Naturalization Service*, US, 225 F.3d 1084, A72-994-275, (9th Cir. 2000), 24 August 2000, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ba9c1119.html>, later affirmed by *Morales v. Gonzales*, US, 478 F.3d 972, No. 05-70672, (9th Cir. 2007), 3 January 2007, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4829b1452.html>; *Appellants S395/2002 and S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, [2003] HCA 71, Australia, High Court, 9 December 2003 (нататаму "S395/2002"), достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3fd9eca84.html>; *Refugee Appeal No. 74665*, New Zealand, Refugee Status Appeals Authority, 7 July 2004 (понатаму во текстот "*Refugee Appeal No. 74665*"), достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/42233ca54.html>; *HJ and HT*, фуснота погоре 30, пас. 11, 14, 78.

³² Јоџакрота Принципи. Принцип 3 тврди дека самодетфинираната сексуална ориентација и родов идентитет на секое лице е составен дел од личноста и еден од најосновните аспекти на себодредување, достоинство и слобода. Види повеќе S395/2002, para. 81; *Matter of Toboso-Alfonso*, US Board of Immigration Appeals, 12 March

1990, (понатаму во текстот "*Matter of Toboso-Alfonso*"), достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6b84.html>; *Nasser Mustapha Karouni v. Alberto Gonzales, Attorney General*, US, No. 02-72651, (9th Cir. 2005), 7 March 2005 (нататаму "*Karouni*") достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4721b5c32.html>, at III[6]; *Lawrence, et al. v. Texas*, US Supreme Court, 26 June 2003, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3f21381d4.html>, which беше заклучено дека „кога сексуалноста отворено се изразува со интимен однос со друга личност, тој однос е само еден елемент во подолготрајна лична врска“, p. 6.

³³ УНХЦР, Насоки за родово прогонување, пара. 16

³⁴ УНХЦР, Насоки за родово прогонување, пара. 3

искуствата на лезбејките чија положба може, во даден контекст, да биде слична на онаа на другите жени во тоа општество. Треба целосно да се земат предвид различните и еволуирачки идентитети и нивното изразување, вистинските околности на лицето, и културолошкиот, правниот, политичкиот и социјалниот контекст.³⁵

15. Општественото неодобрување на различните сексуални идентитети или нивното изразување обично не е само едноставно неодобрување на сексуалните практики. Тоа често се потенцира со реакција на неповинување на очекуваните културолошки, родови и/или општествени норми и вредности. Општествените норми за тоа кои се мажите и жените и како тие треба да се однесуваат обично се базираат на хетеро-нормативни стандарди. И мажите и жените може да бидат предмет на насилни чинови за да ги натераат да се повинуваат на општествените родови улоги и/или да ги заплашат другите така што ќе дадат „пример“. Ваквата штета може да биде „сексуализирана“ како начин за дополнителна деградација, објектификација или казнување на жртвата за сексуалната ориентација и/или родов идентитет, но може да биде и во други форми.³⁶

Б. Основан страв од прогонување

16. Изразот „прогонување“, иако не е изричито дефиниран во Конвенцијата од 1951, може да се смета дека опфаќа сериозни прекршувања на човековите права, меѓу кои и закана по живот или слобода како и други видови на сериозна штета. Исто така, помали форми на штета може кумулативно да претставуваат прогонување. Што претставува прогонување ќе зависи од околностите на случајот, како што се возраста, родот, мислењата, чувствата и психолошката состојба на барателот.³⁷
17. Дискриминацијата е чест елемент во искуствата на многу ЛГТБИ лица. Како и кај другите барања за бегалец, дискриминација се смета за прогонување кога мерките на дискриминација, поединечно или кумулативно, водат до последици што по природа се значително предрасудувачки кон засегнатото лице.³⁸ Проценката дали кумулативниот ефект на ваква дискриминација е на ниво на прогонување треба да се направи со користење на веродостојни, релевантни и најнови податоци за земјата на потекло.³⁹
18. Не сите ЛГТБИ баратели се соочиле со прогонување во минатото (види подолу во параграфите 30-33 за криењето како прогонување и параграф 57 за *sur place* барања). Минато прогонување не е предуслов за бегалски статус и всушност, основаноста на стравот од прогонување треба да се темели на проценката на тешкотите со кои барателот ќе мора да се соочи ако се врати во земјата на потекло.⁴⁰ Барателот не мора да покаже дека властите знаеле за неговата сексуална ориентација и/или родов идентитет пред да ја напушти земјата на потекло.⁴¹
19. Однесувањето и активностите може да бидат поврзани со ориентацијата или идентитетот на едно лице на сложени начини. Тоа може да биде изразено или откриено на многу суптилни или очигледни начини, преку изгледот, говорот, однесувањето, облеката и манеризмите; или пак воопшто да не се открива на овој начин. Иако одредена активност што ја изразува или открива сексуалната ориентација и/или родов идентитет на едно лице може понекогаш да се смета за тривијална, проблемот е какви се последиците што ќе следат по таквото однесување. Со други зборови, активност поврзана со сексуалната ориентација може само да го открие или разоткрие стигматизирано идентитет, тоа не предизвикува ниту е основа за прогонување. Според ставот на УНХЦР, разликата меѓу формите на изразување што се поврзани со „суштината“ на сексуалната ориентација и оние што не се, затоа е нерелевантна за целите на проценка на тоа дали постои основан страв од прогонување.⁴²

Прогонување

20. Законите за сериозно злоставување и насилство се чести во ЛГБТИ барањата. Физичко, психолошко и сексуално насилство, вклучувајќи и силување,⁴³ генерално го задоволуваат прагот што е потребен за да се утврди прогонување. Особено силувањето е признато како форма на мачење, што остава „длабоки психолошки лузни кај жртвата“.⁴⁴ Силувањето се користи за различни

³⁵ УНХЦР, Заклучоци од тркалезната маса, пара. 5

³⁶ УНХЦР, Заклучоци од тркалезната маса, пара. 6, 16

³⁷ UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, HCR/1P/4/ENG/REV. 3 (понатаму во текстот „УНХЦР Прирачник“), пара. 51–53

³⁸ *Ibid.*, пара. 54–55.

³⁹ *Molnar v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 98, Canada, Federal Court, 21 January 2005 (понатаму во текстот “*Molnar v. Canada*”) достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fe81df72.html>.

⁴⁰ Види на пример *Bromfield v. Mukasey*, US, 543 F.3d 1071, 1076-77 (9th Cir. 2008), 15 September 2008, достапно на:

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/498b08a12.html>, *RRT Case No. 1102877*, [2012] RRTA 101, Australia, Refugee Review Tribunal, 23 February 2012, достапно на:

<http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f8410a52.html>, para. 91

⁴¹ УНХЦР, *Прирачник*, пар. 83.

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

⁴³ Меѓународните кривични трибунали во нивното право го проширија обемот на злосторства со сексуално насилство што може да се гонат како силување за да се опфати и оралниот секс и вагинална или анална пенетрација со употреба на предмети или било кој дел од телото на сторителот. Види на пример, *Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgment)*, IT-95-17/1-T, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), 10 December 1998, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/40276a8a4.html>, para. 185; *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic (Appeal Judgment)*, IT-96-23 & IT-96-23/1-A, ICTY, 12 June 2002, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3debaafe4.html>, para. 128. Види и International Criminal Court, *Elements of Crimes*, 2011, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ff5dd7d2.html>, Articles 7 (1) (g)-1 and 8(2)(b)(xxii)-1. За право поврзано со бегалци, види *Ayala v. US Attorney General*, US, No. 09-12113, (11th Cir. 2010), 7 May 2010 (понатаму во текстот “*Ayala v. US Attorney General*”), достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c6c04942.html>, кога беше утврдено дека оралното силување претставува прогонување.

⁴⁴ *Aydin v. Turkey*, 57/1996/676/866, Council of Europe, European Court of Human Rights, 25 September 1997, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b7228.html>, para. 83. Види и *HS (Homosexuals: Minors, Risk on Return) Iran v. Secretary of State for the Home Department*

цели, како „заплашување, деградирање, понижување, дискриминација, казна, контрола или уништување на лицето. Како и мачењето, силувањето е нарушување на личното достоинство.“⁴⁵

21. Многу општества, на пример, и натаму сметаат дека хомосексуалноста, бисексуалноста и/или трансродовото однесување или лица, се одраз на болест, ментално заболување или морален неуспех, па затоа може да користат различни мерки во обид да сменат нечија сексуална ориентација и/или родов идентитет. Напорите да се смени сексуалната ориентација или родов идентитет на едно лице со сила или принуда може да претставуваат мачење, или нехумано или деградирачко однесување, што имплицира на други сериозни прекршувања на човековите права, како што се правата на слобода и безбедност на личноста. Екстремни примери кои го задолуваат прагот за прогонување се принудна институционализација, принудна операција за промена на пол, принудна терапија со електро шокови и принудно ињектирање на лекови или хормонска терапија.⁴⁶ Медицинското и научно истражување без согласност исто така експлицитно се смета за форма на мачење или нехумано и деградирачко однесување според Меѓународната повелба за цивилни и политички права.⁴⁷ Некои интерсексуалци може да бидат принудени на операција за да станат „нормални“, и кога тоа ќе се направи без нивна согласност, тогаш веројатно претставува прогонување. Исто така е важно во овие случаи да се прави разлика меѓу операција потребна за да се спаси животот или здравјето и операција од козметички причини или општествено прилагодување. Проценката треба да се фокусира на тоа дали операцијата или третманот биле доброволни и се случиле со информирана согласност на лицето.⁴⁸
22. Приведувањето, вклучувајќи го и она во психолошки или медицински институции, само поради сексуална ориентација и/или родов идентитет се смета за прекршување на меѓународната забрана за произволно лишување од слобода и обично би претставувало прогонување.⁴⁹ Исто така, како што наведе Специјалниот известувач на ОН за мачење и друго сурово, нехумано или деградирачко однесување или казна, обично постои строга хиерархија во установите за притвор и оние што се на дното на оваа хиерархија, како на пример приведени ЛГБТИ лица, страдаат од повеќекратна дискриминација. Трансродови затвореници кои од мажи станале жени се изложени на особен ризик од физичко и сексуално злоставување ако се сместат кај општата машка популација во затворот.⁵⁰ Административна сегрегација или притвор во самица само затоа што едно лице е ЛГБТИ исто така може да резултира со сериозни психолошки штети.⁵¹
23. Општествените норми и вредности, меѓу кои и таканаречената семејна „чест“, обично се тесно испретплетени во барањата за бегалец на ЛГБТИ лицата. Иако „само“ неодобрување од семејството или заедницата нема да претставува прогонување, тоа може да биде важен фактор во севкупниот контекст на барањето. Кога неодобрувањето од семејството или заедницата се манифестира, на пример, со закани за сериозно физичко насилство па дури и смрт од страна на членови на семејството или пошироката заедница, во име на „чест“, тоа јасно би се класификувало како прогонување.⁵² Во други форми на прогонување спаѓаат принуден или малолетнички брак, принудна бременост и/или силување во брак (за силување, види погоре параграф 20). Во контекст на случаи на сексуална ориентација и/или родов идентитет, ваквите форми на прогонување често се користат како средство за негирање или „коригирање“ на неконформизмот. Лезбежките, бисексуалните жени и трансродовите лица се изложени на особен ризик од ваква штета поради силните родови нееднаквости што ја ограничуваат автономијата во одлучувањето за сексуалноста, репродукцијата и семејниот живот.⁵³
24. ЛГБТИ лицата исто така можеби не можат целосно да ги уживаат своите човекови права кога се работи за приватно и семејно право, како што е наследство, старателство, права за посета на деца и права на пензија.⁵⁴ Нивните права на слобода на изразување, поврзување и здружување може да бидат ограничени.⁵⁵ Може да им бидат ускратени и низа економски и социјални права во врска со

[2005] UKAIT 00120, UK Asylum and Immigration Tribunal (AIT), 4 August 2005, достапно на <http://www.unhcr.org/refworld/docid/471dfafe0.html>, кога се призна дека сексуалниот напад што барателот го доживеал во притвор се смета за мачење, пас. 57, 134; *Arrêt n° 36 527*, Belgium: Conseil du Contentieux des Etrangers, 22 December 2009, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4da94692.html>, се однесува на тоа дека мачењето и сериозни те прекршувања на физичкиот интегритет на барателот во затвор претставуваат прогонување.

⁴⁵ *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu (Appeal Judgment)*, ICTR-96-4-A, International Criminal Tribunal for Rwanda, 1 June 2001, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4084f424.html>, пара. 687.

⁴⁶ Јоѓакарта Принципи. Принцип 18: „И покрај спротивните класификации, сексуалната ориентација и родов идентитет на едно лице не се, сами по себе, медицинска состојба и не треба да се третираат, лекуваат или потиснуваат“. Види и *Alla Konstantinova Pitcherskaia v. Immigration and Naturalization Service*, US, 95-70887, (9th Cir. 1997), 24 June 1997 (понатаму во текстот *“Pitcherskaia v. INS”*), достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4152e0fb26.html>.

⁴⁷ ИЦЦПР, Член 7, „... Особено, никој нема да подлежи, без слободна согласност, на медицински или научни експерименти“. Што е потврдено, на пример, од Комисијата на ОН против тортура и Специјалниот известувач на ОН за мачење и друго сурово, нехумано или деградирачко однесување или казна, дека овде спаѓа и принудување на мажи за кои има сомневања за хомосексуално однесување на анални прегледи без согласност за да се докаже нивната хомосексуалност. Види и OHCHR, Report on Sexual Orientation and Gender Identity, para. 37.

⁴⁸ Види, UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW), *Communication No. 4/2004*, 29 August 2006, CEDAW/C/36/D/4/2004, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fdb288e2.html>, смета дека стерилизацијата без согласност е прекршување на правото на жените на информирана согласност и достоинство, пара 11.3. Во однос на операција по раѓање, примарна цел е најдоброто интерес на детето, земајќи ги предвид правата и обврските на родителите, правните старатели или други лица што се правно одговорни за него (Конвенција за правата на детето (ЦПЦ), Член 3). Ако се размислува за операција за промена на пол или реконструктивна операција подоцна во детството, „државата ќе му овозможи на детето, кое е способно да формира свои ставови, право слободно да ги искаже тие ставови за сите прашања што го засегаат детето, а ставовите на детето ќе добијат соодветна тежина согласно возраста и зрелоста на детето“. (ЦПЦ, Член 12(1)).

⁴⁹ Види, UN Working Group on Arbitrary Detention, Opinions No. 22/2006 on Cameroon and No. 42/2008 on Egypt; A/HRC/16/47, annex, para. 8(e). Види и, UNHCR, „Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention“, 2012, (понатаму во текстот „УНХЦП, Насоки за приведување“), достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/503489533b8.html>.

⁵⁰ OHCHR, Report on Sexual Orientation and Gender Identity, para. 34.

⁵¹ Како што е наведено во Насоките на УНХЦП за приведување, „притворот во самица не е соодветен начин да се раководи или да се обезбеди заштита на вакви лица“, пар. 65.

⁵² Комисијата на ОН за човекови права и Интер-американската комисија за човекови права заклучија дека неделувањето на државата визави закани со смрт претставува прекршување на правото на живот. Види и *RRT Case No. 0902671*, [2009] RRTA 1053, Australia, Refugee Review Tribunal, 19 November 2009, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b57016f2.html>, кој утврди дека „шансите барателот да се соочи со сериозна штета, можеби смрт поради убивство на честа, ако се врати во земјата на потекло сега или во блиска иднина се реални и претставуваат сериозна штета... бидејќи е намерно и опфаќа прогонување од причина од Конвенцијата“. Види и *Muckette v. Minister of Citizenship and Immigration*, 2008 FC 1388, Canada, Federal Court, 17 December 2008, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4989a27e2.html>. Случајот беше вратен на повторно разгледување бидејќи понискиот суд „не успеал да утврди дали законите со смрт имаат одредена реалност и всушност ги отфрлил бидејќи никој не се обидел да го убие барателот.“

⁵³ OHCHR, Report on Sexual Orientation and Gender Identity, para. 66.

⁵⁴ *Ibid*, para. 68–70.

⁵⁵ *Ibid*, para. 62–65.

домувањето, образованието⁵⁶ и здравствената грижа.⁵⁷ Млади ЛГБТИ лица може да бидат спречени да одат на училиште, да бидат малтретирани и/или избркани. Отфрлањето од заедницата може да има штетно влијание врз менталното здравје на тие лица, особено ако таквото отфрлање трае подолг временски период и кога тоа не е казнето или забележано. Кумулативниот ефект од таквите ограничувања на остварување на човековите права може да претставува прогонување во одреден случај.

25. ЛБТИ лицата може да се соочат со дискриминација и при наоѓање и задржување на работа.⁵⁸ Нивната сексуална ориентација и/или родов идентитет може да бидат разоткриени на работното место што може да доведе до малтретирање, деградирање или отпуштање. За трансродовите лица особено, лишувањето од работа, често во комбинација со немање на дом и семејна поддршка, може често да ги натера на сексуална работа, поради што се подложни на различни физички опасности и здравствени ризици. Иако отпуштањето од работното место генерално не се смета за прогонување, дури и кога е дискриминарачко или неправично, ако лице може да покаже дека поради ЛГБТИ идентитетот ќе биде малку веројатно да најде било каква платена работа во земјата на потекло, ова може да претставува прогонување.⁵⁹

Закони што ги криминализираат истополовите врски

26. Многу лезбејки, геј или бисексуални баратели доаѓаат од земји каде што консензуалните истополови врски се криминализирани. Утврдено е дека таквите кривични закони се дискриминарачки и ги прекршуваат меѓународните норми за човекови права.⁶⁰ Кога лицата се изложени на ризик од прогонување или казна како што е смртна казна, затворска казна или строга телесна казна, како камшикување, нивниот прогонувачки карактер е особено видлив.⁶¹
27. Дури и да се спроведуваат нередовно, ретко или никогаш, кривичните закони што забрануваат истополови врски може да доведат до неподносливи тешкотии за ЛГБ лице што би дошле до ниво на прогонување. Во зависност од контекстот во земјата, криминализацијата на истополовите врски може да создаде или да придонесе за тешка атмосфера на нетолеранција и да создаде закана од кривично гонење поради таквите врски. Постоенето на ваквите закони може да се користи за уцена и за изнудување пари од страна на властите или не-државни актери. Тие може да промовираат политички говор што може да ги изложи ЛГБ лицата на ризик од прогонувачка штета. Тие исто така може да ги попречат ЛГБ лицата да побараат и да добијат заштита од државата.
28. Проценката на „основаниот страв од прогонување“ во вакви случаи треба да се темели на факти и да се фокусира на индивидуалните и на контекстуалните околности на случајот. Треба да се испитаат правниот систем во земјата вклучувајќи ги сите релевантни закони, нивното толкување, примена и вистинско влијание врз барателот.⁶² Елементот „страв“ не се однесува само на лицата на кои овие закони веќе биле применети, туку и на лица кои сакаат да го избегнат ризикот од примена на тие закони на нив. Кога во информациите за земјата на потекло не е наведено дали законите навистина се спроведуваат или не и до која мера, раширената и генерализирана клима на хомофобија во земјата на потекло може да биде доказ што укажува дека ЛГБТИ лицата сепак се прогонувани.
29. Дури и кога консензуалните истополови врски не се криминализирани со одредени одредби, закони со општа примена, на пример, закони за јавен морал или јавен ред и мир (скитање, на пример) може да бидат селективно применети и спроведени против ЛГБТИ лица на дискриминарачки начин, со што животот на барателот ќе му биде неподнослив, а тоа претставува прогонување.⁶³

Криење на сексуалната ориентација и/или родовиот идентитет

30. ЛГБТИ лицата често чуваат како тајна аспекти, а понекогаш и големи делови од нивниот живот. Многумина од нив не живееле отворено како ЛГБТИ во земјата на потекло, а некои можеби немале никакви интимни врски. Многумина ги потиснуваат својата сексуална ориентација и/или родов идентитет за да избегнат сериозни последици ако бидат откриени, како што е ризикот од строги

⁵⁶ *Ibid*, пара. 58–61

⁵⁷ *Ibid*, пара. 54–57.

⁵⁸ *Ibid*, пара. 51–53.

⁵⁹ USCIS, Guidance for Adjudicating LGBTI Claims, p. 23. Види и, *Kadri v. Mukasey*, US, Nos. 06-2599 & 07-1754, (1st Cir. 2008), 30 September 2008, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/498b0a212.html>. Случајот беше одложен за да се разгледа стандардот на економско прогонување, во врска со *In re T-Z*, 24 I &

N. Dec. 163 (US Board of Immigration Appeals, 2007), кој утврди дека „[нефизичка] штета или страдање... како намерно наметнување на сериозна економска неповолност или лишување од слобода, храна, дом, вработување и други основни работи во животот може да претставува прогонување“.

⁶⁰ Види на пример, *Toonen v. Australia*, горе фуснота 11, кој утврди дека законот за содомија во таа територија ги прекршува правата на приватност и еднаквост пред законот.

⁶¹ Европска Унија, Европски Парламент, Директива 2011/95/EU на Европскиот Парламент и на Советот од 13 декември 2011 за стандарди за квалификација на државјани на трети земји или лица без држава како корисници на меѓународна заштита, за еднаков статус за бегалци или лица што може да добијат супсидијарна заштита, и за содржината на одобрената заштита (понатаму во текстот „ЕУ Директива за квалификација“). Член 9: COC and Vrije Universiteit Amsterdam, *Fleeing Homophobia, Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, September 2011 (понатаму во текстот “Fleeing Homophobia Report”) достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4ebba7852.html>, pp. 22–24. Види и *Arrêt n° 50 966*, Belgium, Conseil du Contentieux des Etrangers, 9 November 2010, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad9672.html>, во врска со лезбејка. утврди дека затворска казна за хомосексуално однесување од 1-5 години и парична казна од

100 000 до 1 500 000 франци и фактот дека општеството е хомофобично се доволна основа тоа да сочинува прогонување во околностите на случајот, пас. Слично и во *Arrêt n° 50 967*, Belgium, Conseil du Contentieux des Etrangers, 9 November 2010, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad97d92.html>, во врска со геј маж.

⁶² УНХЦР, *Прирачник*, пара. 25

⁶³ *RRT Case No. 1102877*, [2012] RRTA 101, Australia, Refugee Review Tribunal, 23 February 2012, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f8410a52.html>, paras. 89, 96; *RRT Case No. 071862642*, [2008] RRTA 40, Australia: Refugee Review Tribunal, 19 February 2008, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4811a7192.html>.

кривични казни, произволни рации во домот, дискриминација, неодобрување од општеството или исклучување од семејството.

31. Тоа што барателот може да избегне прогонување со криење или ако биде „дискретен“ во врска со сексуалната ориентација или родов идентитет, или тоа го правел претходно, не е оправдана причина да се одбие бегалски статус. Како што е потврдено со многубројни одлуки во различни јурисдикции, на лице не може да му се одбие бегалски статус врз основа на барање да го сменат или скријат својот идентитет, мислења или карактеристики за да избегнат прогонување.⁶⁴ ЛГБТИ лицата имаат поеднакво право како и другите на слобода на изразување и здружување.⁶⁵
32. Со овој генерален принцип на ум, прашањето што треба да се разгледа е со какви тешкотии би се соочил барателот ако се врати во земјата на потекло. Ова бара испитување на конкретни факти за тоа што би можело да се случи ако барателот се врати во земјата на државјанство или вообичаено живеалиште и дали тоа претставува прогонување. Прашањето не е дали ако е дискретен барателот би можел да живее во таа земја без да привлече неповолни последици. Важно е да се напомене и дека дури и барателите досега да успеале да избегнат штета преку криење, нивните околности може да се сменат со тек на време и тајноста можеби не е опција во текот на целиот живот. Ризикот од откривање не секогаш е поврзан со нивното однесување. Речиси секогаш постои можност од разоткривање спротивно на волјата на лицето, на пример, случајно, со гласини или се поголеми сомнежи.⁶⁶ Важно е и да се сфати дека дури и ЛГБТИ лицата да ја кријат својата сексуална ориентација или родов идентитет, се уште може да постои ризик од разоткривање и штета затоа што не ги следат очекуваните општествени норми (на пример, да стапат во брак и да имаат деца). Отсуството на одредени очекувани активности и однесување покажува разлика меѓу нив и другите луѓе, а тоа може да ги изложи на ризик за штета.⁶⁷
33. Принуденоста да се крие сексуалната ориентација и/или родовиот идентитет исто така може да доведе до значителна психолошка и друга штета. Дискриминирачки и неодобрувачки ставови, норми и вредности може да имаат сериозен ефект врз менталното и физичкото здравје на ЛГБТИ лицата⁶⁸ и во одредени случаи може да доведе до неподносливи тешкотии што претставуваат прогонување.⁶⁹ Фактори што треба да се земат предвид се и чувството на себеотрекување, вознемиреност, срам, изолација па дури и себемраза, кои може да се наталожат како одговор на неможноста да се биде отворен за својата сексуалност или родов идентитет.

Чинители на прогонување

34. Во дефиницијата за бегалец постои рамка за да се препознае прогонување што доаѓа од државни и не-државни актери. Државното прогонување може да се врши, на пример, преку криминализација на консензуални истополови односи и со спроведување на сродните закони, или како резултат на штета предизвикана од официјални лица на државата или под контрола на државата, како што се полицијата и војската. Индивидуални чинови на „нечесни“ офицери исто може да се сметаат за државно прогонување, особено ако офицерот е припадник на полицијата и други агенции чија цел е заштита на луѓето.⁷⁰
35. Во ситуации кога заканата од штета доаѓа од не-државни актери, се утврдува прогонување кога државата не може или не сака да обезбеди заштита од таква штета. Не-државните актери, како членови на семејството, соседи или пошироката заедница, може да бидат директно или индиректно вклучени во прогонувачки дела, како што се заплашување, малтретирање, семејно насилство, или други форми на физичко, психолошко или сексуално насилство. Во некои земји, вооружени или насилни групи, како паравоени и бунтовнички групи, како и криминални банди и одмаздници, може да напаѓаат ЛГБТИ лица.⁷¹

⁶⁴ На пример, *HJ and HT*, фуснота 30 погоре; UNHCR, *HJ and HT*, фуснота 30 погоре, пас. 26–33; *S395/2002*, фуснота 31 погоре; *Refugee Appeal No. 74665*, фуснота 31 погоре; *Karouli*, фуснота 32 погоре; *KHO:2012-1*, Finland, Supreme Administrative Court, 13 January 2012, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f3cdf7e2.html>. Види и, UNHCR, "Guidelines on International Protection No. 2: "Membership of a Particular Social Group" Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees", 7 May 2002, HCR/GIP/02/02 (понатаму во текстот "UNHCR, Guidelines on Social Group"), достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f234f.html>, paras. 6, 12; UNHCR, "Guidelines on International Protection No. 6: Religion-Based Refugee Claims under Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees", 28 April 2004, HCR/GIP/04/06, (понатаму во текстот "UNHCR, Guidelines on Religion"), para. 13; UNHCR, *Secretary of State for the Home Department (Appellant) v. RT (Zimbabwe), SM (Zimbabwe) and AM (Zimbabwe) (Respondents) and the United Nations High Commissioner for Refugees (Intervener) - Case for the Intervener*, 25 May 2012, 2011/0011, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fc369022.html>, para. 9.

⁶⁵ Како што е наведено до Врховниот Суд на БВ во *HJ and HT*, фуснота 30 погоре: „Основниот мотив на Конвенцијата е... дека луѓето треба да можат да живеат слободно, без страв дека ќе трпат штета со нужен интензитет или времетраење затоа што се, на пример, црни или потомци на поранешен диктатор, или геј. Во отсуство на некаква индикација за спротивното, импликацијата е дека тие мора да бидат слободни да живеат отворено на овој начин без страв од прогонување. Со тоа што ќе им дозволи да живеат отворено и без тој страв, државата што ги прима им нуди заштита што е сурогат за заштитата што требало да им ја пружи нивната држава.“, пара. 53.

⁶⁶ *S395/2002*, фуснота 31 погоре, пара. 56–58.

⁶⁷ *SW (lesbians - HJ and HT applied) Jamaica v. Secretary of State for the Home Department*, UK, CG [2011] UKUT 00251(IAC), Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber), 24 June 2011, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4e0c3fae2.html>.

⁶⁸ Дискриминацијата на ЛГБТИ лицата се поврзува со ментални проблеми. Студија покажала дека интернализираните негативни ставови кон не-хетеросексуалноста кај ЛГБ лицата се поврзани со потешки кај самодовербата, со депресија, психосоцијално и психолошко страдање, физичкото здравје, интимноста, социјалната поддршка, квалитетот на врските и развојот на кариерата. Види и APA, "Practice Guidelines for LGB Clients, Guidelines for Psychological Practice with Lesbian, Gay, and Bisexual Clients" (понатаму "APA, Practice Guidelines for LGB Clients"), достапно на: <http://www.apa.org/pi/lgbt/resources/guidelines.aspx?item=3>.

⁶⁹ *Pathmakanthan v. Holder*, US, 612 F.3d 618, 623 (7th Cir. 2010), достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d249efa2.html>.

⁷⁰ Види *Ayala v. US Attorney General*, фуснота 42 погоре. Однесувањето на група полициски службеници (кражба и сексуален напад) претставуваше прогонување и се сметаа дека е поради сексуалната ориентација на барателот.

⁷¹ *P.S., a/k/a S.J.P., v. Holder, Attorney General*, US, No. 09-3291, Agency No. A99-473-409, (3rd Cir. 2010), 22 June 2010, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fbf263f2.html>, се однесува на геј-маж напад од не-државна вооружена група. Види и *RRT Case No. N98/22948*, [2000] RRTA 1055, Australia, Refugee Review Tribunal, 2 November 2000, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b7a97fd2.html>, кога беше заклучено дека барателот е изложен на ризик од прогонување од страна на одмазднички групи. Поради тоа што сиромашните геј мажи се сметаат за „потрошна роба“ тие се изложени на ризик од операции за „општествено чистење“.

36. Во сценарија каде што се вклучени не-државни чинители на прогонување, државната заштита од тој страв треба да биде достапна и ефективна.⁷² Обично државната заштита се смета дека не е достапна ниту ефективна кога, на пример, полицијата на одговара на барањата за заштита или властите одбиваат соодветно да истражат, обвинат или казнат (не-државни) сторители на насилство против ЛГБТИ лица.⁷³ Во зависност од ситуацијата во земјата на потекло, законите со кои се криминализираат истополовите врски обично се знак дека нема заштита за ЛГБ лицата. Кога во земјата на потекло постојат такви закони, неразумно би било да се очекува барателот прво да побара државна заштита од штета врз основа на она што според законот, е кривично дело. Во такви ситуации, во отсуство на докази за спротивното, треба да се претпостави дека земјата не може или не сака да го заштити барателот.⁷⁴ Како и кај другите видови на барања, барателот не мора да покаже дека побарал заштита од властите пред да побегне. Лицето треба да покаже дека заштитата не би била достапна ниту ефективна по враќањето.
37. Кога правната и социо-економската ситуација на ЛГБТИ лицата се подобрува во земјата на потекло, достапноста и ефективноста на државната заштита треба внимателно да се процени врз основа на веродостојни и најнови информации за земјата на потекло. Реформите не треба да се само преодни. Кога законите што ги криминализираат истополовите врски се укинуваат или кога се преземени други позитивни мерки, таквите реформи може нема да имаат веднаш или во блиска иднина влијание врз тоа како општеството генерално ги гледа луѓето со поинаква сексуална ориентација и/или родов идентитет.⁷⁵ Постојењето на одредени елементи, како закони против дискриминација или постоење на ЛГБТИ организации и настани, не мора секогаш да ја поткопува основаноста на стравот на барателот.⁷⁶ Општествените ставови можеби не се во согласност со законот и предрасудите може да се вкоренети, со континуиран ризик кога властите не ги спроведуваат законите за заштита.⁷⁷ Потребни се де факто, а не само де јуре промени, а неопходна е и анализа на околностите во секој случај одделно.

В. Причинска врска („од причини“)

38. Како и кај другите видови на барања за бегалец, основаниот страв од прогонување мора да биде „од причини“ од една или повеќе од петте основи содржани во дефиницијата за бегалец во Член 1A(2) од Конвенцијата од 1951. Основата од Конвенцијата треба да биде придонесувачки фактор кон основаниот страв од прогонување, иако таа не мора да биде единствена, ниту пак доминантна причина.
39. Сторителите може да го рационализираат насилството врз ЛГБТИ лицата со спомнување на намерата за „коригирање“, „лекување“ или „третирање“ на лицето.⁷⁸ Намерата или мотивот на сторителот може да бидат релевантен фактор за утврдување на „причинската врска“, но тоа не е предуслов.⁷⁹ Не е потребно прогонувачот да има казни намерни за да се утврди причинска врска.⁸⁰ Фокусот е на причините поради кои барателот стравува од потешкотии во севкупниот контекст на случајот, и како лицето ќе ја доживее таа штета, отколку на ставовите на прогонувачот. Сепак, кога може да се покаже дека прогонувачот припишува или импутира основа од Конвенцијата на барателот, ова е доволно за да се задоволи причинската врска.⁸¹ Кога прогонувачот е не-државен актер, причинската врска може да се утврди или кога не-државниот актер веројатно ќе му наштети на ЛГБТИ лицето поради причина од Конвенцијата или кога државата веројатно нема да го заштити од причина од Конвенцијата.⁸²

Г. Основи од Конвенцијата

40. Петте основи од Конвенцијата, т.е. раса, религија, националност, припадност на одредена социјална група и политичко мислење, не се заемно исклучиви и може да се преклопуваат. Кај одреден случај повеќе од една основа од Конвенцијата може да биде релевантна. Барањата за бегалци врз основа на сексуалната ориентација и/или родовиот идентитет најчесто се признаваат на основата „припадност на одредена социјална група“. Но и други основи може да се релевантни во зависност од политичкиот, религиозниот и културолошкиот контекст на барањето. На пример, барањата на ЛГБТИ активисти и бранители на човековите права (или оние за кои се смета дека се активисти/бранители) можат да се базираат на политичко мислење или религија ако, на пример,

⁷² УНХЦР, *Прирачник*, пара. 97–101; UN Human Rights Committee, General Comment no. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, достапно на <http://www.unhcr.org/refworld/docid/478b28ae2.html>, paras. 8, 15–16; CEDAW, General Recommendation No. 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 19 October 2010, CEDAW/C/2010/47/GC.2, достапно на <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4d467ea72.html>, para. 36.

⁷³ Види на пр. UK Home Office, “Sexual Orientation Issues in the Asylum Claim”, 6 October 2011, достапно на <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4eb8f0982.html>, p. 6.

⁷⁴ UNHCR, Summary Conclusions of Roundtable, para. 8.

⁷⁵ *RRT Case No. 0905785*, [2010] RRTA 150, Australia, Refugee Review Tribunal, 7 March 2010, достапно на <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c220be62.html>, заклучи дека декриминализацијата на хомосексуални чинови во таа земја е малку веројатно да има непосредно влијание врз тоа како луѓето гледаат на хомосексуалноста, пас. 88.

⁷⁶ USCIS, Guidance for Adjudicating LGBTI Claims, p. 25. See also *Guerrero v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 860, Canada, Federal Court, 8 July 2011, достапно на <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fa952572.html>, во кое е наведено дека присуството на многу невладини организации што се борат против дискриминација врз основа на сексуална ориентација само по себе не е убедлив фактор со оглед на ситуацијата во земјата.

⁷⁷ Види, *Judgment No. 616907*, K, France, Cour nationale du droit d’asile, 6 April 2009, резиме достапно на *Contentieux des réfugiés: Jurisprudence du Conseil d’État et de la Cour nationale du droit d’asile - Année 2009*, 26 October 2010, достапно на <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad9db02.html>, pp. 61–62, во кое геј маж се признава како бегалец во одредена територија врз основа на фактот дека иако законот од 2004 г. забранува секаква дискриминација поради сексуална ориентација, оние што јавно ја покажуваат својата сексуалност редовно се малтретиран и дискриминирани без да можат да добијат заштита од властите.

⁷⁸ Јоѓакарта Принципи, Принцип 18.

⁷⁹ УНХЦР, *Прирачник*, пар. 66.

⁸⁰ *Pitcherskaia v. INS*, фуснота 45 погоре, се утврди дека барањето барателот да ја докаже казнената намера на сторителот е неоправдано.

⁸¹ UNHCR, “Interpreting Article 1 of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees”, April 2001, достапно на <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3b20a3914.html>, para. 19.

⁸² УНХЦР, Насоки за социјална група, пара. 23

нивните активности се смета дека се спротивни на доминантните политички или религиозни ставови и/или практики.

41. Лица може да бидат предмет на прогонување поради нивната вистинска или претпоставена сексуална ориентација или родов идентитет. Мислењето, верувањето или припадноста може да му се припише на барателот од страна на државен или не-државен чинител на прогонување, дури и ако тие всушност не се ЛГБТИ, и врз основа на оваа перцепција тие може да бидат прогонувани. На пример, мажи и жени што не се совпааат во стереотипниот изглед и улоги може да се сметаат за ЛГБТИ. Не е потребно тие навистина да се ЛГБТИ.⁸³ Трансродови лица често трпат штета поради импутирана сексуална ориентација. Партнерите на трансродови лица може да се сметаат за геј или лезбејки или дека не се повинуваат на прифатените родови улоги и однесување или дека се дружат со трансродови лица.

Религија

42. Кога се смета дека лице не се повинува на учењето на одредена религија поради сексуалната ориентација или родов идентитет, и како последица на тоа трпи сериозна штета или казна, лицето може да има основан страв од прогонување од религиска причина.⁸⁴ Учењата на најголемите светски религии за сексуалната ориентација и/или родовиот идентитет се разликуваат и некои се промениле со тек на време или во одреден контекст, па така се движат од комплетно осудување, кога хомосексуалноста се смета за „нешто грозно“, „грев“, „пореметување“ или апостаза, до целосно прифаќање на различната сексуална ориентација и/или родов идентитет. Лица што не се ЛГБТИ исто така може да бидат предмет на прогонување поради религија, на пример, кога по грешка се смета дека се ЛГБТИ или кога ги поддржуваат или се смета дека ги поддржуваат нив или нивните права.
43. Негативните ставови на религиозните групи и заедници кон ЛГБТИ лицата може да се изразат на различен начин, од обесхрабрување на истополови односи, или трансродово однесување или изразување на идентитет, кај поддржувачите на активното противење, вклучувајќи протести, тепање, користење на погрдни имиња/посрамотување и „екскомуникација“, па дури и погубување. Религиската и политичката основа може да се преклопуваат кога религиозните и државните институции не се јасно одвоени.⁸⁵ Религиозните организации може да импутираат противење на нивното учење или владеење на ЛГБТИ лицата, без разлика дали тоа е навистина така или не. ЛГБТИ барателите може и натаму да се придржуваат до вера во која се соочиле со штета или закана од штета.

Припадност на одредена социјална група

44. Конвенцијата од 1951 не содржи конкретен список на одредени социјални групи. Затоа „изразот припадност на одредена социјална група треба да се чита на еволутивен начин, отворен за разновидната и променлива природа на групите во различни општества и меѓународните норми за човекови права што еволуираат.“⁸⁶ УНХЦР дефинира одредена социјална група како:

група на лица што делат заедничка карактеристика освен ризикот од прогонување, или кои општеството ги смета за група. Таа карактеристика често е вродена, непроменлива или е фундаментална за идентитетот, свеста или практикување на човековите права.⁸⁷

45. Двата пристапи – „заштитени карактеристики“ и „општествена перцепција“ – кон идентификување на „одредени социјални групи“ што се одразени во оваа дефиниција за *алтернативни*, не кумулативни тестови. Пристапот на „заштитени карактеристики“ испитува дали една група е обединета од вродена или неменлива карактеристика или од карактеристика што е толку фундаментална за човековото достоинство што лицето не треба да се принудува да се откаже од неа. Пристапот „општествена перцепција“, од друга страна, испитува дали одредена социјална група споделува заедничка карактеристика што ја прави јасно препознатлива или ги одделува припадниците на групата од општеството пошироко.
46. Без разлика дали се применува пристапот „заштитена карактеристика“ или „општествена перцепција“ постои широка согласност дека при правилна примена на некој од овие пристапи, лезбејките,⁸⁸ геј мажите,⁸⁹ бисексуалците⁹⁰ и трансродовите лица⁹¹ се припадници на „одредени

⁸³ УНХЦР, Насоки за родово прогонување, пара. 32; UNHCR, *Advisory Opinion by UNHCR to the Tokyo Bar Association Regarding Refugee Claims Based on Sexual Orientation*, 3 September 2004, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4551c0d04.html>, para. 5. Види и, *Kwasi Amanfi v. John Ashcroft, Attorney General*, US, Nos. 01-4477 and 02-1541, (3rd Cir. 2003), 16 May 2003, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47f0fb2c1a.html>, кој се однесува на барател кој тврдеше дека е прогонувач поради импутирана хомосексуалност.

⁸⁴ УНХЦР, Насоки за родово прогонување, пар 25. По аналогија види и *In Re S-A*, Interim Decision No. 3433, US Board of Immigration Appeals, 27 June 2000, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6f224.html>.

⁸⁵ УНХЦР, Насоки за родово прогонување, пас. 26.

⁸⁶ УНХЦР, Насоки за општествена група, пас. 3.

⁸⁷ НХЦР, Насоки за општествена група, пас. 11. Додаден акцент.

⁸⁸ Види на пример, *Pitcherskaia v. INS*, фуснота 45 порогор; *Decisions VA0-01624 and VA0-01625 (In Camera)*, Canada, Immigration and Refugee Board, 14 May 2001, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48246f092.html>; *Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)*, UK House of Lords (Judicial Committee), 25 March 1999, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3dec8abe4.html>, pp. 8–10.

⁸⁹ Види на пример, *Matter of Toboso-Alfonso*, фуснота 32 порогор; *Refugee Appeal No. 1312/93, Re GJ*, New Zealand, Refugee Status Appeals Authority, 30 August 1995, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b6938.html>.

⁹⁰ Види на пример, *VRAW v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, [2004] FCA 1133, Australia, Federal Court, 3 September 2004, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dada05c2.html>; *Decision T98-04159*, Immigration and Refugee Board of Canada, 13 March 2000, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dada1672.html>.

⁹¹ Види на пример, *RRT Case No. 0903346*, фуснота 24 порогор; *CE, SSR, 23 juin 1997, 171858, Ourbih*, 171858, France, Conseil d'Etat, 23 June 1997, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b67c14.html>.

социјални групи“ во рамки на дефиницијата за бегалец.⁹² Бројот на барања поднесени од интерсексуални баратели е релативно помал, но и тие би се квалификувале според еден од овие пристапи.

47. Сексуалната ориентација и/или родовиот идентитет се сметаат за вродени и непроменливи карактеристики или за карактеристики толку фундаментални за човековото достоинство што лицето не треба да се принудува да се откаже од нив. Кога идентитетот на барателот се уште се развива, тие може да ја опишат својата сексуална ориентација и/или родов идентитет како флуиден или може да бидат збунети или несигурни во врска со нивната сексуалност и/или идентитет. Во двете ситуации, овие карактеристики треба да се сметаат за фундаментални за нивниот идентитет што се развива и со право во основата на социјална група.
48. Не постои услов припадниците на општествената група да се дружат меѓу себе или да се општествено видливи за целите на дефиницијата за бегалци. „Општествена перцепција“ не значи дека се сугерира чувство на заедница или групна идентификација како што би можело да постои за припадници на организација или здружение. Така, припадниците на општествената група можеби и не се препознатливи еден за друг.⁹³
49. Носителите на одлуките не треба да се потпираат на стереотипи или претпоставки, како што се видливи знаци или нивно отсуство. Ова може да ги наведе во погрешна насока при утврдување дали барателот припаѓа на одредена социјална група. Не сите ЛГБТИ личности изгледаат или се однесуваат согласно стереотипните замисли. Исто така, иако некој атрибут или карактеристика што видливо се изразува може да го зајакне заклучокот дека барателот припаѓа на ЛГБТИ социјална група, тоа не е предуслов за признавање на групата.⁹⁴ Всушност, група лица можеби сака да избегне манифестирање на нивните карактеристики во општеството токму за да избегне прогонување (види параграфи 30-33 погоре).⁹⁵ Пристапот „општествена перцепција“ не бара заедничкиот атрибут да биде буквално видлив со голо око ниту пак атрибутот да може лесно да се идентификува кај јавноста.⁹⁶ Исто така, не е потребно одредени припадници на групата или нивните заеднички карактеристики да бидат јавно познати во општеството. Утврдувањето се темели едноставно на тоа дали групата е „јасно препознатлива“ или „се издвојува од општеството“ во поопшта, апстрактна смисла.

Политичко уверување

50. Изразот политичко уверување треба широко да се толкува за да се опфати секое мислење за сите прашања во кои може да е вклучена машинеријата на државата, општеството или политиките.⁹⁷ Тука може да спаѓа мислење за родовите улоги што се очекуваат во семејството или во однос на образованието, работата или други аспекти на животот.⁹⁸ Изразувањето на различна сексуална ориентација и родов идентитет може да се смета за политичко во одредени околности, особено во земји каде што таквиот неконформизам се смета дека е противречен на владината политика или кога се смета дека е закана за доминантните општествени норми и вредности. Изјави против ЛГБТИ може да бидат дел од реториката на официјално лице од владата, на пример, кој негира постоење на хомосексуалност во државата или тврди дека геј мажите и лезбејките не се сметаат за дел од националниот идентитет.

Г. АЛТЕРНАТИВА ЗА ВНАТРЕШНО БЕГСТВО ИЛИ ПРЕСЕЛБА

51. Концептот алтернатива за внатрешно бегство или преселба (ИФА) се однесува на тоа дали е можно едно лице да се пресели во одредена област на земјата каде што стравот од прогонување нема да биде основан и каде, со оглед на конкретните околности на случајот, од лицето може разумно да се очекува да води нормален живот.⁹⁹ Заштитата треба да биде достапна на вистински и значаен начин. Агенциите на Обединетите Нации, невладини организации, граѓански здруженија и други недржавни актери не се замена за заштита од државата.
52. Во контекст на холистичка проценка на барање за бегалски статус, за проценката за тоа дали постои ИФА потребни се две главни анализи: (i) анализа на релеванност¹⁰⁰ и (ii) анализа на разумност.¹⁰¹ Кога се разгледува релевантноста и разумноста на предложеното место за внатрешно бегство или преселба, мора да се земат во предвид родовите прашања.
53. Во однос на анализата за релевантност, ако земјата ги криминализира истополовите врски и спроведува соодветни закони, нормално ќе се претпостави дека таквите закони се применливи на целата територија. Кога стравот од прогонување е поврзан со ваквите закони, не е релевантно да

⁹² Сексуалната ориентација и/или родовиот идентитет се експлицитно вклучени во дефиницијата за бегалец во некои регионални и национални закони. На пример, Европската Унија усвои дефиниција за одредена општествена група, со што се признава дека „во зависност од околностите во земјата на потекло, одредена општествена група може да опфаќа група според заедничка карактеристика на сексуална ориентација“, EU Qualification Directive, Article 10.

⁹³ УНХЦР, Насоки за општествена група, пара. 15–16.

⁹⁴ *Judgment No. 634565/08015025, C, France, Cour nationale du droit d'asile*, 7 July 2009, резиме достапно на Contentieux des réfugiés: Jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour nationale du droit d'asile - Année 2009, 26 October 2010, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4dad9db02.html>, pp. 58–59, со кој реј маж се признава за бегалец иако тој никогаш ниту тврдел ниту отворено ја манифестира својата хомосексуалност.

⁹⁵ UNHCR, *HJ and HT*, фуснота 30 погоре, пара. 26.

⁹⁶ Види на пример, UNHCR, *Valdiviezo-Galdamez v. Holder, Attorney General. Brief of the United Nations High Commissioner for Refugees as Amicus Curiae in Support of the Petitioner*, 14 April 2009, available at: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/49ef25102.html>; *Gatimi et al. v. Holder, Attorney General*, No. 08-3197, United States Court of Appeals for the Seventh Circuit, 20 August 2009, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4aba40332.html>.

⁹⁷ *Canada v. Ward*, фуснота 31 погоре.

⁹⁸ УНХЦР, Насоки за родово прогонување, пара. 32

⁹⁹ Види UNHCR, "Guidelines on International Protection No. 4: 'Internal Flight or Relocation Alternative' Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees", 23 July 2003, HCR/GIP/03/04 (понатаму во текстот "UNHCR, Guidelines on Internal Flight Alternative"), para. 6.

¹⁰⁰ Елементите што треба да се испитаат во оваа анализа се следните: дали областа за преселба е практично, безбедно и правно достапна за лицето? Дали чинителот на прогонување е државен или не-државен? Дали барателот ќе биде изложен на ризик од прогонување или друга сериозна штета по преселбата?

¹⁰¹ Критериумот што треба да се испита во оваа анализа е: дали барателот може да води релативно нормален живот без да се соочи со прекумерни тешкотии?

се разгледува ИФА. Законите што не му дозволуваат на трансродово или интерсексуално лице да има пристап и да добива соодветен медицински третман ако го побара, или да ги смени родовите обележја во документите, исто така се применливи во целата земја и треба да се земат предвид кога се разгледува предложеното место за преселба.

54. Исто така, нетолеранцијата кон ЛГБТИ лицата обично постои во целата земја во многу ситуации и затоа алтернатива за внатрешно бегство често не е достапна. Преселбата не е релевантна алтернатива ако со тоа барателот се изложи на првичната или на нови форми на прогонување. Не треба да се потпира на ИФА кога преселбата значи (повторно)криење на сексуалната ориентација и/или родов идентитет за да се биде безбеден (види параграфи 30-33).¹⁰²
55. Во некои земји има социјален и политички прогрес кој понекогаш е локализиран во урбани области и во одредени случаи овие локации може да претставуваат алтернатива за преселба. Во овој контекст, важно е да се има на ум дека носителот на одлука го носи товарот да докаже дека анализата за преселба е релевантна за дадениот случај, како на пример да се идентификува предложеното место за преселба и да се соберат податоци за него (види подолу во параграф 66).¹⁰³
56. При утврдување дали внатрешното бегство е разумно, носителот на одлука треба да процени дали враќањето во предложеното место за преселба ќе предизвика нерамерни тешкотии, и треба да ги испита личните околности на барателот;¹⁰⁴ постоење на поранешно прогонување; безбедност и сигурност; почитување на човековите права; и можност за економско преживување.¹⁰⁵ Барателот треба да има пристап до минимално ниво на политички, граѓански и социо-економски права. Жените може да имаат помали економски прилики од мажите или можеби не можат да живеат одвоено од машки членови на семејството, и ова треба да се процени во севкупниот контекст на случајот.¹⁰⁶

Ѓ. БАРАЊА *SUR PLACE*

57. Барање *sur place* се јавува по пристигнувањето во земјата на азил, или како резултат на активностите на барателот во земјата на азил или како последица од настани кои се случиле или се случуваат во земјата на потекло на барателот по заминувањето.¹⁰⁷ До барања *Sur place* може да дојде и поради промени во личниот идентитет или родово изразување на барателот по пристигнување во земјата на азил. Треба да се напомене дека некои ЛГБТИ баратели не се идентификувале како ЛГБТИ пред да пристигнат во земјата на азил или свесно одлучиле да не се активни во својата сексуална ориентација или родов идентитет во земјата на потекло. Така нивниот страв од прогонување може да се јави или да најде израз додека тие се во земјата на азил, што доведува до барање за бегалец *sur place*. Многу вакви барања се доставуваат кога ЛГБТИ лице е вклучено во политички атквизам или медиумска работа, или кога нивната сексуална ориентација е разоткриена од некој друг.

V. ПРОЦЕДУРАЛНИ ПРАШАЊА

Општо

58. На ЛГБТИ лицата им е потребно опкружување на поддршка во текот на целата постапка за утврдување на бегалски статус, опфаќајќи го и пред-скринингот за да можат да ги искажат своите барања целосно и без страв. Безбедно опкружување е подеднакво важно во текот на консултациите со правните застапници.
59. Дискриминацијата, омразата и насилството во сите нивни форми можат негативно да влијаат врз способноста на барателот да го претстави своето барање. Некои можеби се длабоко погодени од чувство на срам, интернализирана хомофобија и траума, и како последица на тоа нивната способност да го претстават својот случај може да биде значително намалена. Кога барателот е во процес на прифаќање на својот идентитет или кога стравува отворено да ја искаже својата сексуална ориентација и родов идентитет, тој може да не е подготвен да го разоткрие вистинскиот степен на прогонување на кое бил подложен или од кое стравува.¹⁰⁸ Генерално не треба да се носат неповолни мислења поради тоа што некој не ја соопштил својата сексуална ориентација или родов идентитет во скрининг фазата или во раните фази на интервјуте. Поради нивната честопати сложена природа, барањата што се засноваат на сексуална ориентација и/или родов идентитет генерално не се погодни за забрзана обработка или за примена на концептите на „безбедна земја на потекло“.¹⁰⁹

¹⁰² Види на пример *Okoli v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 332, Canada, Federal Court, 31 March 2009, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a5b4bfa2.html>, кога се утврди дека криењето на непроменлива карактеристика, односно сексуалната ориентација на барателот е „недозволиво барање“ за проценка на алтернативата за внатрешно бегство, пара. 36–37, 39; *HJ and HT*, фуснота 30 погоре, пара. 21.

¹⁰³ УНХЦР, Насоки за алтернатива за внатрешно бегство, пара. 33–34.

¹⁰⁴ *Boer-Sedano v. Gonzales*, US, 418 F.3d 1082, (9th Cir. 2005), 12 August 2005, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4821a2ba2.html>, утврди дека поради здравствениот статус на барателот [ХИБ позитивен] преселбата би била неразумна

¹⁰⁵ УНХЦР, Насоки за алтернатива за внатрешно бегство, пара. 22–30

¹⁰⁶ УНХЦР, Насоки за родово прогонување

¹⁰⁷ УНХЦР, *Прирачник*, пара. 94, 96

¹⁰⁸ На пример, некои ЛГБТИ баратели може да ги сменат своите барања во текот на процесот, така што на почетокот може да изјават дека нивната сексуална ориентација им била импутирана или пак нивното барање може да е во врска со основа што не е поврзана со нивната сексуална ориентација или родов идентитет, за на крај да се изјаснат дека се ЛГБТИ.

¹⁰⁹ UNHCR, “Statement on the right to an effective remedy in relation to accelerated asylum procedures”, 21 May 2010, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4bf67fa12.html>, paras. 11–12

60. За да се осигура дека барањата за бегалци во врска со сексуална ориентација и/или родов идентитет се соодветно разгледани при процесот за утврдување на бегалски статус, треба да се имаат на ум следните мерки:

- i. Отворено и смирувачко опкружување често е суштинско за да се изгради доверба меѓу испитувачот и барателот и ќе помогне за откривање на лични и чувствителни информации. На почетокот на интервјуто, испитувачот треба да го увери барателот дека сите аспекти од неговото барање ќе бидат третирани во доверба.¹¹⁰Преведувачите исто така се обврзани на доверливост.
- ii. Испитувачите и носителите на одлуки треба да имаат објективен пристап за да не дојдат до заклучоци врз основа на стереотипни, неточни или несоодветни перцепции за ЛГБТИ лицата. Присуството или отсуството на одредено стереотипно однесување или изглед не треба да се основа за да се заклучи дека барателот има или нема одредена сексуална ориентација или родов идентитет.¹¹¹ Нема универзални карактеристики или квалитети што ги типифицираат ЛГБТИ лицата повеќе отколку хетеросексуалните лица. Нивните животни искуства може многу да се разликуваат дури иако се од истата земја.
- iii. Испитувачот и преведувачот мора да избегнат искажување, дали вербално или со говор на телото, на било какво мислење за сексуалната ориентација, родов идентитет, сексуално однесување или врски на барателот. Испитувачите и преведувачите кои не се чувствуваат пријатно поради различна сексуална ориентација и родов идентитет можат несакајќи да имаат дистанциран или понижувачки говор на телото. Самосвеста и специјализираната обука (види iv.) затоа се суштински аспекти за правично утврдување на статусот.
- iv. Специјализираната обука за одделни аспекти на ЛГБТИ барањата за бегалци е суштинска за носителите на одлуки, испитувачите, преведувачите, застапниците и правниците.
- v. Употребата на речник што е ненавредлив и покажува позитивен став кон различната сексуална ориентација и родов идентитет, особено на јазикот на барателот, е неопходна.¹¹² Употребата на несоодветна терминологија може да ги попречи барателите да ја претстават вистинската природа на нивниот страв. Употребата на навредливи термини може да биде дел од прогонувањето, на пример, во случаи на малтретирање. Дури и навидум неутрални или научни изрази може да го имаат истиот ефект како пејоративните изрази. На пример, иако е во широка употреба, „хомосексуалец“ се смета за навредлив израз во некои земји.
- vi. Специфичните барања на барателите во врска со полот на испитувачот или преведувачот треба поволно да се разгледаат. Ова може да му помогне на барателот да сведочи што е можно поотворено за чувствителни прашања. Ако преведувачот е од истата земја, со исто религиозно или културолошко минато, ова може да го зголеми чувството на срам кај барателот и да го спречи целосно да ги претстави сите релевантни аспекти на барањето.
- vii. Испрашувањето за инциденти со сексуално насилство треба да се прави со истата чувствителност како и кај било која друга жртва на сексуално насилство, без разлика дали жртвата е маж или жена.¹¹³ Почитување на човечкото достоинство на барателот на азил треба да биде водечки принцип во секој момент.¹¹⁴
- viii. За барања во врска со сексуална ориентација и/или родов идентитет поднесени од жени, во Насоките на УНХЦР за родово прогонување има и дополнителни заштитни механизми.¹¹⁵ На пример, жените баратели на азил треба да се интервјуираат одделно, без присуство на машки членови на семејството, за тие да имаат можност да го претстават својот случај.
- ix. Специфични процедурални заштитни механизми се применуваат во случај на дете барател, како што е процесуирање на приоритетна основа и назначување на квалификуван старател и правен застапник.¹¹⁶

61. Кога лице бара азил во земја каде што истополовите врски се криминализирани, овие закони може да го попречат неговиот пристап до процедури за азил или пак да го одврати лицето да ја спомне сексуалната ориентација или родов идентитет при интервјуата за утврдување на статусот. Во вакви ситуации, можеби е неопходно УНХЦР директно да се вклучи во случајот, како на пример да изврши утврдување на бегалски статус според нејзиниот мандат.¹¹⁷

¹¹⁰ УНХЦР, Насоки за родово прогонување, пара. 35, 36.iv.

¹¹¹ Ова прашање е разгледано од повеќе судови во САД, *Shahinaj v. Gonzales*, 481 F.3d 1027, (8th Cir. 2007), 2 April 2007, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4821bd462.html>; *Razkane v. Holder, Attorney General*, No. 08-9519, (10th Cir. 2009), 21 April 2009, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a5c97042.html>; *Todorovic v. US Attorney General*, No. 09-11652, (11th Cir. 2010), 27 September 2010, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cd968902.html>.

¹¹² За предложена соодветна терминологија, види погоре, пара. 9–12.

¹¹³ УНХЦР, Насоки за родово прогонување, пара. 36.viii, xi.

¹¹⁴ UNHCR, "Summary Report, Informal Meeting of Experts on Refugee Claims relating to Sexual Orientation and Gender Identity", 10 September 2011 (понатаму во текстот "UNHCR, Summary Report of Informal Meeting of Experts"), достапен на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4fa910f92.html>, para. 34.

¹¹⁵ УНХЦР, Насоки за родово прогонување, пара. 35–37.

¹¹⁶ UNHCR, "Guidelines on International Protection No. 8: Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees", 22 December 2009, HCR/GIP/09/08, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b2f4f6d2.html>, paras. 65–77.

¹¹⁷ Генерално, само кога државите се уште не пристапиле кон меѓународни бегалски инструменти, или кога пристапиле но сеуште не воспоставиле национални процедури или кога овие процедури несе целосно функционални, УНХЦР може да се повика да утврди бегалски статус и да признае бегалци според својот мандат. Затоа, оваа функција може да се изврши во држава која е или во држава која не е потписничка на меѓународните бегалски инструменти. Во овие ситуации, УНХЦР врши утврдување на бегалски статус со цел на заштита (со цел да се заштитат бегалците од принудно протерување и притвор, на пример) и/или да потпомогне трајно решение. Види на пример UNHCR, *MM (Iran) v. Secretary of State for the Home Department - Written Submission on Behalf of the United Nations High Commissioner for Refugees*, 3 August 2010, 5/2009/2479, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4c6aa7db2.html>, para. 11.

Веродостојност и утврдување на сексуалната ориентација и/или родов идентитет на барателот

62. Утврдувањето на ЛГБТИ заднина на барателот во основа е прашање на веродостојност. Проценката на веродостојноста во вакви случаи треба да се направи на индивидуализиран и чувствителен начин. Истражување на елементи во врска со личните перцепции, чувства и искуства со различност, стигма и срам на барателот обично можат повеќе да му помогнат на носителот на одлука да ја потврди сексуалната ориентација или родов идентитет на барателот, отколку да се фокусира на сексуалните практики.¹¹⁸

Отворени и специфични прашања што се срочени без осудување може да му дозволат на барателот да го објасни своето барање на неконфронтирачки начин. Може да биде корисно да се направи список со прашања како подготовка за интервјуото, но треба да се има на ум дека не постои магична формула на прашања и не постојат „точни“ одговори. Корисни области за испрашување се следниве:

- i. Самоидентификација: Самоидентификацијата како ЛГБТИ лице треба да се сфати како индикација за сексуалната ориентација и/или родов идентитет на барателот. Општествената и културолошка позадина на барателот може да влијаат врз тоа како лицето се самоидентификува. На пример, некои ЛГБТИ лица може да чувствуваат срам и/или интернализирана хомофобија, поради што тие ја негираат својата сексуална ориентација и/или усвојуваат вербално и физичко однесување во согласност со хетеросексуалните норми и улоги. Баратели од многу нетолерантни земји, на пример, можеби не се подготвени да се идентификуваат како ЛГБТИ. Ова само по себе не треба да значи дека барателот нема барање врз основа на сексуална ориентација или родов идентитет, кога постојат други индикатори.
- ii. Детство: Во некои случаи, пред ЛГБТИ целосно да го разберат својот идентитет, тие може да се чувствуваат „поинакви“ како деца. Кога е релевантно, испитување на ова искуство на „различност“ може да помогне за утврдување на идентитетот на барателот. Основната привлечност што ја сочинува сексуалната ориентација кај возрасните може да се појави меѓу средината на детството и раната адолесценција,¹¹⁹ додека некои може да почувствуваат привлечност кон истиот пол дури подоцна во животот. Исто така, лицата можеби не се свесни за својот целосен родов идентитет се до адолесценција, раната зрелост или подоцна во животот, бидејќи родовите кодови во многу општества може да се помалку ограничувачки или строги во детството отколку во (раната) зрелост.
- iii. Само-спознавање: Изразот „декларирање“ може да значи дека едно ЛГБТИ лице го прифатило својот ЛГБТИ идентитет и/или лицето ги информирало другите за својот идентитет. Прашања во врска со овие процеси на „декларирање“ или себеспознавање може да бидат корисен начин за да се натера барателот да зборува за својот идентитет, како во земјата на потекло така и во земјата на азил. На пример, некои луѓе знаат дека се ЛГБТИ долго време пред да се впуштат во врска со друго лице, и/или отворено да го искажат својот идентитет. Некои, на пример, може да имаат сексуална активност (со партнери од ист пол и/или друг пол) пред да стават јасна етиката на својата сексуална ориентација. Предрасудите и дискриминацијата може да им отежнат на лицата да ја прифатат својата сексуална ориентација и/или родов идентитет, и затоа тоа може да биде бавен процес.¹²⁰
- iv. Родов идентитет: Фактот што трансродово лице не било на никаков медицински третман или не презело други чекори за надворешниот изглед да се совпаѓа со идентитетот што се претпочита, не треба да се земе како доказ дека лицето не е трансродово. Некои трансродови лица се идентификуваат со одбраниот идентитет без медицински третман како дел од транзицијата, додека други немаат пристап до таков третман. Можеби е соодветно да се постават прашања за можните чекори што трансродовиот барател ги направил во текот на транзицијата.
- v. Неконформизам: ЛГБТИ барателите можеби пораснале во култури каде што нивната сексуалност и/или родов идентитет е срамен или табу. Како резултат на тоа, тие може да имаат потешкотии со својата сексуална ориентација и/или родов идентитет во некој момент од животот. Ова може да ги оддалечи или да ги спротивстави со семејството, пријателите, заедниците и општеството генерално. Искуства со неодобрување и “различност“ или “другост“ може да предизвикаат чувства на срам, стигматизација или изолатија.
- vi. Семејни врски: Барателите може, но и не мора, да ја откриле својата сексуална ориентација и/или родов идентитет на блиски членови на семејството. Ваквото разоткривање може да биде исполнето со тешкотии и може да доведе до насилни и злоставувачки реакции кај членови на семејството. Како што е наведено погоре, барателот може да е во брак или да е разведен, и/или да има деца. Овие фактори сами по себе не значат дека барателот не е ЛГБТИ. Доколку постојат сомнежи во врска со веродостојноста на барателот кој е во брак, соодветно би било да се постават неколку прашања во врска со причините за бракот. Ако барателот може да

¹¹⁸ UNHCR, Summary Report of Informal Meeting of Experts, para. 32.

¹¹⁹ APA, Sexual Orientation and Homosexuality

¹²⁰ APA, Sexual Orientation and Homosexuality

даде доследно и разумно објаснување зошто е во брак и/или има деца, тој дел од сведочењето треба да се смета за веродостоен.¹²¹

- vii. Романтични и семејни врски: врските на барателот и привлечноста кон партнерите, или надежта дека ќе има врски во иднина, особено се дел од нивната приказна како ЛГБТИ лица. Но не сите, особено младите ЛГБТИ лица, имале романтична или сексуална врска. Фактот што барателот немал врска во земјата на потекло не мора да значи дека не е ЛГБТИ. Тоа може да е показател дека барателот сакал да избегне штета. Претпоставувајќи дека барателот бил во истополова врска, носителите на одлуки треба да бидат чувствителни кога прашуваат за минати и сегашни врски, бидејќи тоа засега лични информации за кои барателот можеби не е расположен да зборува во интервјуто. Детални прашања за сексуалниот живот на барателот треба да се избегнуваат. Тоа не е ефективен метод за утврдување на основаноста на стравот од прогонување поради сексуална ориентација и/или родов идентитет. Испитувачите и носителите на одлуки треба да имаат на ум дека сексуалната ориентација и родовиот идентитет се поврзани со идентитетот на лицето, без разлика дали тој идентитет се манифестира преку сексуални чинови.
- viii. Врски со заедницата: прашања за тоа дали барателот знае за ЛГБТИ контакти, групи и активности во земјата на потекло и на азил може да бидат корисни. Меѓутоа, важно е да се напомене дека барателите кои не биле отворени во врска со својата сексуална ориентација или родов идентитет во земјата на потекло можеби немаат информации за ЛГБТИ установи или култура. На пример, непознавање на општо познати места за средби и активности на ЛГБТИ групите не мора да значи дека не треба да му се верува на барателот. Невоспоставување врски со други припадници на ЛГБТИ заедницата во земјата на азил или непридржување на ЛГБТИ групи може да се објаснат со економски фактори, географска локација, јазични и/или културолошки бариери, непостоење на таква можност, личен избор или страв од разоткривање.¹²²
- ix. Религија: Кога личниот идентитет на барателот е поврзан со неговата вера или религија, ова може да биде корисно да се испита како дополнителна приказна за сексуалната ориентација или родов идентитет. Влијанието на религијата врз животот на ЛГБТИ лицата може да биде сложено, динамично и причина за амбивалентност.¹²³

Прашања за докази

- 64. Сведочењето на барателот е примарниот и често единствениот извор на докази, особено кога прогонувањето го вршат членови на семејството или заедницата. Кога нема податоци за земјата на потекло, носителот на одлука ќе мора да се потпира само врз изјавите на барателот. Нормално, доволно е интервју за да се изнесе на светлина приказната на барателот.¹²⁴ Од барателите никогаш не треба да се очекува ниту да се бара да донесат документарни или фотографски докази за интимни чинови. Би било несоодветно, исто така, да се очекува од една двојка да биде физички демонстративна на интервју за да се утврди нивната сексуална ориентација.
- 65. Медицинско „тестирање“ на сексуалната ориентација на барателот е прекршување на основните човекови права и не смее да се користи.¹²⁵ Од друга страна, медицински докази за операција за промена на пол, за хормонски третман или за биолошки карактеристики (во случај на интерсексуалци) може да ја потврдат нивната приказна.
- 66. Честопати недостасуваат релевантни и специфични информации за ситуацијата и третманот на ЛГБТИ лицата во земјата на потекло. Ова не треба автоматски да доведе до заклучок дека барањето е неосновано или дека во таа земја нема прогонување на ЛГБТИ лицата.¹²⁶ Можноста меѓународните организации и други групи кои можат да ја следат и документираат злоупотребата на ЛГБТИ лицата останува ограничена во многу земји. Засилениот активизам често се соочува со напади врз бранителите на човекови права, што ја попречува нивната способност да ги документираат прекршоците. Стигмата во врска со прашања за сексуалната ориентација и/или родов идентитет исто така придонесува за инцидентите да не се пријават. Информациите се особено ретки за одредени групи, особено бисексуалци, лезбејки, трансродови лица и интерсексуалци. Од суштинска важност е да не се избегне автоматско носење на заклучоци врз основа на информации за една или друга група, но тоа може да биде показател за ситуацијата на барателот во одредени околности.

¹²¹ USCIS, Guidance for Adjudicating LGBTI Claims, pp. 39–40.

¹²² *Essa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 1493, Canada, Federal Court, 20 December 2011, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f901c392.html>, paras. 30–31, се утврди дека инсистирањето на Одборот барателот да оди или да има знаење за геј места во земјата на азил за да биде геј не е разумно.

¹²³ APA, Practice Guidelines for LGB Clients

¹²⁴ УНХЦР, *Прирачник*, пара. 196, 203–204

¹²⁵ Види, "UNHCR's Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic to Determine the Credibility of Asylum Claims based on Persecution due to Sexual Orientation", April 2011, достапно на: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4daeb07b2.html>.

¹²⁶ Види на пример *Molnar v. Canada*, фуснота 39 погоре

