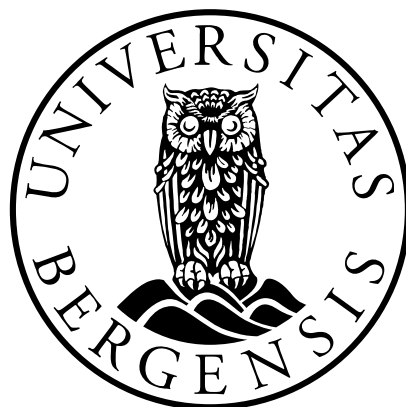


Beskyttelse av konvertitter

Beskyttelse av konvertitter som kan henvises til eller som er forventet å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet.

Kandidatnummer: 83

Antall ord: 14 993



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

11.12.2017

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema for oppgaven.....	3
1.2 Aktualisering av temaet.....	5
1.3 Avgrensning av avhandlingen.....	5
1.4 Begrepsavklaring.....	6
1.5 Fremstillingen videre.....	7
2 Kan konvertitter nektes beskyttelse under henvisning til at de kan skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet?.....	8
2.1 Innledning.....	8
2.2 Ordlyd og formålsbetraktninger.....	8
2.3 Norsk rettspraksis.....	11
2.4 Norsk forvaltningspraksis.....	14
2.5 UNHCRs anbefalinger.....	14
2.6 Praksis fra EU-domstolen.....	16
2.7 EMK artikkel 9 og EMD-praksis.....	18
2.8 Konklusjon.....	23
3 Har konvertitter rett på beskyttelse når det forventes at de vil skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet?.....	24
3.1 Innledning.....	24
3.2 Ordlyd og formålsbetraktninger.....	24
3.3 Norsk rettspraksis.....	26
3.4 Homofilidømmens overføringsverdi.....	28
3.5 Instruks fra Justis- og beredskapsdepartementet.....	32
3.6 Norsk forvaltningspraksis.....	34
3.7 Statspraksis.....	35
3.8 EMK artikkel 9.....	37
3.9 Konklusjon.....	40
4 Sammensatt begrunnelse for hemmelighold.....	42
4.1 Innledning.....	42
4.2 Kort om rettstilstanden.....	42

4.3	Konklusjon.....	43
5	Konklusjon og avsluttende bemerkninger	45
6	Kilder	47
6.1	Litteraturliste.....	47
6.2	Lovgivning og forarbeider	48
6.3	Instrukser.....	49
6.4	Praksis	49
6.5	Internett.....	51

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven.

Det overordnede temaet for avhandlingen er konvertitters rett til beskyttelse i Norge.

Utlendingsloven(utl.) § 28 er den sentrale bestemmelsen som regulerer når utlendinger har rett til oppholdstillatelse i Norge. Kjernen i § 28 beskytter asylsøkere som har en ”velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning” jf. 1.ledd bokstav a). Ifølge utl. § 30 (1) a) 5.strekpunkt skal ”religion” særlig omfatte ”å skifte religion eller (...) livssyn.” Bestemmelsen er derfor sentral for konvertitter som søker asyl i Norge.

Når det gjelder konvertitters rett til asyl i Norge er det uenighet om hvor langt deres rett til beskyttelse strekker seg. Uenigheten er knyttet til om utlendingsforvaltningen anvender en praksis der det *ikke* regnes som forfølgelse når asylsøkeren kan praktisere sin religiøse tro i det private rom, og dermed tilpasser seg de sosiale, religiøse og kulturelle normene ved retur til hjemlandet.¹ En henvisning til at konvertitter må tilpasse seg slike normer, kan medføre at søkeren i flere sammenhenger må skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur. Spørsmålet er om en henvisning til at konvertitter må skjule troen for å unngå forfølgelse er i strid med den norske utlendingsloven og Norges forpliktelser etter Flyktningkonvensjonen? Det kan også oppstå situasjoner der det forventes at *konvertitten selv velger* å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur. I hvilken grad har norske myndigheter en plikt til å beskytte konvertitter i disse tilfellene?

Nærmere bestemt er de to hovedproblemstillingene jeg vil ta for meg:

- (1) Kan konvertitter nektes beskyttelse *under henvisning* til at asylsøkeren kan skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet?

¹ Det fremgår av UNEs praksisnotat av 28.01.2016 at de ikke baserer seg på en praksis der de forventer at konvertitter vil tilpasse seg sosiale, religiøse og kulturelle normer i hjemlandet for å unngå forfølgelse. UNE har imidlertid blitt kritisert, blant annet av NOAS, for at det er dette de *faktisk* gjør. Jeg kommer tilbake til dette senere.

(2) Har konvertitter rett på beskyttelse når *det forventes at de vil skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet?*

Problemstillingene er nært knyttet til hverandre. Men det er hensiktsmessig å holde de atskilt for å få en ryddig behandling av rettskildene. Det som skiller problemstillingene er at den første knytter seg til *et krav staten pålegger* konvertitter, nemlig at asylsøkeren må tilpasse eller skjule religionsutøvelsen for å unngå forfølgelse. Mens den andre problemstillingen gjelder tilfeller der asylsøkeren *selv er forventet å tilpasse religionsutøvelsen for å unngå forfølgelse* dersom han returneres til hjemlandet—det foreligger med andre ord *ikke* et statlig krav om å tilpasse eller skjule religionsutøvelsen.

Skillet mellom de problemstillingene ble tydelig i Rt-2012-494 (Homofilidommen). Høyesterett vurderte først om staten kan pålegge en homofil asylsøker å skjule legningen for å unngå forfølgelse. Deretter var vurderingstemaet om en asylsøker som risikerer forfølgelse og som ”ut fra de faktiske opplysningene i saken må forventes å ville skjule sin seksuelle legning ved retur, har krav på beskyttelse.”²

Det er alminnelig juridisk metode som danner grunnlaget for løsningen av de to problemstillingene. Metodisk har avhandlingens tema et mangfoldig rettskildebilde. Av de viktigste rettskildene er flyktningdefinisjonen i utlendingsloven § 28 (1) a) jf. Flyktningkonvensjonen(FK) art. 1 A (2), norsk rettspraksis, en instruks gitt av Justis- og beredskapsdepartementet, forvaltningspraksis, statspraksis, praksis fra EU-domstolen, Den Europeiske menneskerettskonvensjon(EMK) med tilhørende praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstol(EMD), samt anbefalinger fra UNHCR.

Avhandlingen reiser et bredt spekter av metodiske utfordringer. De mest sentrale metodiske spørsmålene gjelder forholdet mellom lov og konvensjon (her: Utlendingsloven og Flyktningkonvensjonen), forholdet mellom instruks og lov (her: Instruks gitt av Justis- og Beredskapsdepartementet og tolkningen av utl. § 28 (1) a)), forholdet mellom forvaltningspraksis og rettspraksis, og Homofilidommens overføringsverdi til andre forfølgelsesgrunner enn homofili (her: konvertitter).

² Avsnitt 38

Løsningen av de metodiske utfordringene vil jeg beskrive underveis i avhandlingen der de mest naturlig hører hjemme. En avklaring av de metodiske utfordringene er nødvendig før jeg kan løse de to hovedproblemstillingene avhandlingen reiser.

1.2 Aktualisering av temaet

I flere stater i verden risikerer mennesker som skifter religion å bli forfulgt. I eksempelvis Iran er den dominerende tolkningen av Sharia-lovgivningen at frafall fra islam (apostasi), skal straffes med dødsstraff.³ Det er derfor ingen overraskelse at konvertitter flykter fordi de risikerer forfølgelse i hjemlandet. Flere konvertitter kommer årlig til Norge for å søke asyl og siden 2010 har 324 saker blitt behandlet av UNE.⁴ Majoriteten av disse kommer fra Iran og Afghanistan med henholdsvis 156 og 129 søkere.⁵

De fleste konvertittsaker avslås enten fordi konverteringen ikke er troverdig eller fordi det ikke foreligger noen reell risiko for forfølgelse, for eksempel fordi det foreligger et trygt internfluktalternativ. Antallet konvertittsaker som behandles i Norge tilsier allikevel at det i er aktuelt å vurdere spørsmål knyttet til beskyttelse av konvertitter som kan henvises til å skjule troen eller som er forventet å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet.

1.3 Avgrensning av avhandlingen

Av hensyn til oppgavens omfang er det nødvendig å foreta noen avgrensninger.

For det første må oppgaven avgrenses mot spørsmål knyttet til *bevisvurderingen for realiteten i religionskonverteringen*. Bevisvurderingen ville åpnet for en rekke spennende spørsmål, som eksempelvis skillet mellom søkere som har konvertert i hjemlandet og såkalte *sur place*-konvertitter. Vurderinger av hvilket *beviskrav* som skal legges til grunn og hvilke *momenter* som er relevante i bevisvurderingen ville både blitt for omfattende og samtidig ligget på siden av avhandlingens hovedtema. Avhandlingen bygger derimot på en forutsetning om at konvertittenes religionskonvertering er reell og avgrenses til vurderingen av deres rett til beskyttelse.

³ Landinfo (7. juli 2011) side 12. Det er imidlertid uenighet om hvorvidt dødsstraff faktisk praktiseres.

⁴ Utlendingsnemndas praksisbase f.o.m. 2010 (tall hentet 22.11.2017)

⁵ *ibid.*

For det annet må avhandlingen avgrenses mot *bevisspørsmål som gjelder den konkrete forfølgelsesfaren* ulike konvertitter risikerer ved retur til hjemlandet. Dette ville åpnet for omfattende spørsmål, som eksempelvis vurderinger av det aktuelle returlandets behandling av konvertitter. Dette ligger også på siden av avhandlingens hovedtema.

Den tredje avgrensningen gjelder den nedre grensen for forfølgelse av konvertitter, jf. ”velbegrunnet frykt for forfølgelse” i utl. § 28 (1) a), og jf. ”well-founded fear of being persecuted” i FK art. 1 A (2). I likhet med de andre avgrensningene utelater dette drøfting av en rekke interessante spørsmål. Hva utgjør forfølgelse? Når utgjør sosiale sanksjoner forfølgelse? Når utgjør offentlige reaksjoner forfølgelse? Det å skjule troen på grunn av sosialt press eller familieforhold er en ting, å skjule troen fordi man frykter forfølgelse er noe helt annet. I praksis blir det ofte avgjørende å foreta en nøye og forsiktig vurdering av hver enkelt sak for å skille de som virkelig har behov for beskyttelse fra de som ikke har et slikt behov. Disse vurderingene ender fort opp i en proporsjonalitetsvurdering, som er vanlig i drøftelser av menneskerettsbrudd. Men en avgrensning mot dette blir nødvendig for å unngå drøftelser som ligger utenfor oppgavens hovedtema. Oppgaven bygger med andre ord på en forutsetning om at det foreligger forfølgelsesfare ved returnering av konvertittene.⁶

Avhandlingen vil fokusere stramt på de oppstilte problemstillingene. Dette er hensiktsmessig både av hensyn til oppgavens omfang og ikke minst kvaliteten i drøftelsene.

1.4 Begrepsavklaring

Kjernen i utl. § 28 (1) a) er at en person regnes som flyktning når den har en ”velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av etnisitet, avstamning, hudfarge, religion, nasjonalitet, medlemskap i en spesiell sosial gruppe eller på grunn av politisk oppfatning”. Når avhandlingen refererer til ”forfølgelsesgrunnene”, skal dette forstås som en generell henvisning til grunnene listet opp i utl. § 28 (1) a). Henvisning til bestemte forfølgelsesgrunner vil spesifiseres.

Når det gjelder hva som ligger i å ”skjule troen” må dette betraktes som en samlebetegnelse for noe som ikke kan sies å være en rettslig klarlagt definisjon. UNHCR bruker eksempelvis både formuleringen ”compelled to hide (...) in order to avoid persecution”⁷ og formuleringen ”the

⁶ Jeg sier likevel litt om grensen for ”forfølgelse” og ”persecuted” under punkt 2.2.

⁷ UNHC (2004). pkt. 13 s. 5

claimant should not be expected or required to suppress his or her religious views.”⁸ Det sentrale må imidlertid være at konvertitten modererer religionsutøvelsen på en slik måte at den *unngår forfølgelse*.

Øvrig begrepsavklaring foretas underveis.

1.5 Fremstillingen videre

I den videre fremstillingen vil jeg først behandle spørsmålet om konvertitter kan nektes beskyttelse under henvisning til å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet. Deretter vil jeg ta for meg spørsmålet om en konvertitt har krav på beskyttelse når det forventes at asylsøkeren vil skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet.

Hovedfokuset for den første problemstillingen blir en rettsdogmatisk tilnærming til problemstillingen der ordlyd, formål, norsk rettspraksis, UNHCRs anbefalinger, EU-praksis og tolkning av EMK står sentralt. For den andre problemstillingen er det flere rettskilder som taler for ulik løsning av spørsmålet. Det blir nødvendig å foreta en grundig juridisk analyse av rettskildene som gjør seg gjeldende og vektingen av disse. I kjernen av denne delen av avhandlingen står spørsmålet om metoden Høyesterett gir anvisning på i Homofilidommen skal ha overføringsverdi i konvertittsaker. En eventuell overføring vil medføre brudd med både gjeldende og alminnelig praksis på utlendingsforvaltningens område.

⁸ *ibid.* s. 5

2 Kan konvertitter nektes beskyttelse under henvisning til at de kan skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet?

2.1 Innledning

Det særlige spørsmålet den første delen av avhandlingen reiser, er om konvertitter kan nektes beskyttelse under henvisning til at de kan skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet.

Dersom en person skal ha rett til asyl må den anerkjennes som flyktning i rettslig forstand. Den som anerkjennes som flyktning etter utl. § 28 (1) jf. FK art. 1 A (2) har rett til oppholdstillatelse (asyl) i Norge, jf. utl. § 28 (2).

Kjernen av utl. § 28 (1) a) angir at en person skal anerkjennes som flyktning dersom den har en ”velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av (...) religion”. ”[R]eligion” omfatter, som nevnt, konvertitter, jf. utl. § § 30 (1) a) 5. strekpunkt jf. 28 (1) a). Flyktningdefinisjonen i § 28 baserer seg på FK art. 1 A (2), som angir at en person skal anerkjennes som flyktning dersom den har en ”well-founded fear of being persecuted for reasons of (...) religion”. Ettersom den primære rettskilden i norsk utlendingsrett er utlendingsloven, vil avhandlingen ta utgangspunkt i utl. § 28 (1) a). Som følge av at flyktningbegrepet i utl. § 28 (1) a) er gitt tilsvarende innhold som og skal tolkes i samsvar med den universelle flyktningdefinisjonen i FK art. 1 A (2), vil tolkningen av Flyktningkonvensjonen også stå sentralt.⁹

2.2 Ordlyd og formålsbetraktninger

Ordlyden av ”velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av (...) religion” tilsier at asylsøkeren må ha en reell grunn til å frykte forfølgelse. Denne forståelsen støttes også av forarbeidene til den norske utlendingsloven som påpeker at selv om det ”er klart at det ikke er tilstrekkelig å påvise en fjern mulighet for at overgrep kan inntreffe, må ikke kravet til risiko fastsettes

⁹ Øyen (2013) på side 33

strengere enn at søkere med en reell grunn til å frykte forfølgelse sikres rett til beskyttelse”.¹⁰ Det blir en konkret bedømmelse av om forfølgelsesfrykten er velbegrunnet.

Ettersom utl. § 28 (1) a) bygger på FK art. 1 A (2) blir det relevant å legge vekt på tolkningen av flyktningbegrepet slik det fremgår av Flyktningkonvensjonen. Kjernen av FK art. 1 A (2) er at konvertitter skal anerkjennes som flyktninger når de har en ”well-founded fear of being persecuted for reasons of (...) religion”. Wienkonvensjonen om traktatretten (WK) art. 31 slår fast generelle prinsipper for konvensjonstolkning. Selv om Norge ikke er part i Wienkonvensjonen, så kodifiserer den internasjonal sedvanerett for konvensjonstolkning.^{11,12} Det følger av WK art. 31 nr. 1 at konvensjoner skal tolkes i samsvar med ”the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

En ordlydstolkning av FK art. 1 A (2) gir ikke særlig mer enn en naturlig forståelse av utlendingslovens § 28 (1) a), nemlig at det må foreligge en reell forfølgelsesfare.

Når det gjelder termen ”persecuted” i FK art. 1 A (2) finnes det ingen definisjon av denne i Flyktningkonvensjonen eller dens forarbeider. Flyktningkonvensjonens artikkel 33 nr.1 gir en viss veiledning når den regner forfølgelse som at ”life or freedom would be threatened”. Det samme slutter UNHCR seg til i Håndboken og legger til at ”persecution” også omfatter ”[o]ther serious violations of human rights”.¹³ Håndboken er ikke rettslig bindende for medlemsstatene, men Høyesterett har tillagt uttalelsene stor vekt samtidig som dens rettskildestatus indirekte er forankret i FK art. 35 pkt. 1.^{14,15} Den norske utlendingsloven legger seg på tilsvarende linje i § 29 (1) og (2) der det fremgår at forfølgelse utgjør ”en alvorlig krenkelse av grunnleggende menneskerettigheter”. Forfølgelsesbegrepet må med andre ord avgrenses nedad mot sosiale sanksjoner i form av press, utestengelse, fordømmelse eller lignende handlinger, all den tid slike sanksjoner kumulativt ikke overskrider terskelen for forfølgelse.¹⁶ For konvertitter—i likhet de med likestilte forfølgelsesgrunner gitt i utl. § 28 (1) a)—betyr dette at de ikke har rett på beskyttelse dersom sanksjonene de risikerer ved retur ikke overskrider terskelen for

¹⁰ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) på side 86

¹¹ Øyen (2013) s. 38

¹² Guinea-Bissau v. Senegal (1991) s. 70

¹³ UNHCR Handbook avsnitt 51

¹⁴ Øyen (2013) s. 42

¹⁵ Det fremgår av FK art. 35 pkt. 1 at medlemsstatene er forpliktet til å samarbeide med UNHCR under utøvelsen av organets funksjoner og at UNHCR ”shall in particular facilitate its duty of supervising the application of the provisions of this Convention”

¹⁶ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) på side 415

forfølgelse. En nærmere vurdering av grensen for forfølgelse må avhandlingen, som nevnt, avgrenses mot.

Ordlyden i utl. § 28 (1) a) jf. § 28 (2) forutsetter at konvertitter som risikerer forfølgelse ved returnering, skal ha krav på beskyttelse, jf. også forutsetningsvis av FK art. 1 A (2), jf. FK art. 33 nr. 1. Dette taler i neste omgang for at konvertitter ikke kan nektes beskyttelse under henvisning til å skjule troen for å unngå forfølgelse ved returnering. Rent objektivt er det ingen deler av ordlyden som åpner for at myndighetene kan pålegge søkeren et slikt krav. En adgang til å pålegge konvertitter å skjule troen for å unngå forfølgelse kan heller ikke sies å følge av ordlyden av "well-founded fear of being persecuted for reasons of (...) religion" jf. FK. art. 1 A (2). En slik forståelse av artikkelen ville innebære en utvidende tolkning som strekker ordlyden mye lenger enn det en naturlig forståelse dekker.

En ordlydstolkning av "velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av (...) religion" taler således for at konvertitter ikke kan nektes beskyttelse under henvisning til at de kan skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet.

Det neste som må vurderes er hvilken løsning formålsbetraktninger taler for. Formålet med utl. § 28 (1) a) kan sies å være det samme som ordlydstolkningen angir; nemlig å beskytte asylsøkere som har en reell forfølgelsesfrykt.

Ettersom flyktningbegrepet er gitt samme innhold i utlendingsloven og Flyktningkonvensjonen vil også en formålstolkning av FK art. 1 A (2) være et relevant tolkningsbidrag for forståelsen av utl. § 28 (1) a). Ifølge Wienkonvensjonen er formålsbetraktninger relevant ved traktattolkning og må forstås "in the light of its object and purpose" jf. art. 31 nr. 1.

Formålet med Flyktningkonvensjonen er i følge konvensjonens innledning (i.e. "preamble") å sikre mennesker på flukt størst mulig utfoldelse av grunnleggende rettigheter og friheter. Høyesterett uttalte i Homofilidommen at formålet med Flyktningkonvensjonen er "å beskytte de som har behov for det, mot forfølgelse på grunn av forhold ved deres person som er så grunnleggende at de ikke kan eller ikke kan forventes å ville oppgi dem."¹⁷ Konvensjonen kan ikke sies å gi beskyttelse fra forfølgelse på grunn av religion dersom det var en forutsetning for beskyttelse at søkeren tok så drastiske steg som å skjule troen for å unngå forfølgelse. For å se det fra en annen relevant synsvinkel, så ville eksempelvis aldri stater pålagt asylsøkere å skjule

¹⁷ avsnitt 36

nasjonalitet eller etnisitet for å unngå forfølgelse. Dette er forfølgelsesgrunner som er likestilt med forfølgelse basert på religion.

På denne bakgrunn taler også formålet, i likhet med ordlyden, for at konvertitter ikke kan henvises til å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur. Et pålegg om å undertrykke tro og religionsutøvelse kan tvert om stride med Flyktningkonvensjonens mål om å sikre ”widest possible exercise of (...) fundamental rights and freedoms” jf. FKs preamble.

2.3 Norsk rettspraksis

Når det gjelder norsk rettspraksis foreligger foreløpig ingen dom fra Norges Høyesterett som behandler spørsmålet om konvertitter kan henvises til å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur. Derimot berører den nevnte Homofildommen problemstillingen.¹⁸ Saken vedrørte gyldigheten av UNEs vedtak om tilbakesendelse av en mannlig homofil irakisk asylsøker. Han søkte asyl i Norge i 2002 begrunnet med at han var dømt til 25 års fengsel for landsforræderi i Irak. I 2005 oppga han til UDI at han var homofil og anførte dette som asylgrunn. UNE sluttet seg i det vesentlige til UDIs vurdering som la til grunn at det ikke var sannsynliggjort at asylsøkeren hadde vært utsatt for reaksjoner fra regimet i Irak og at det heller ikke var troverdig at han var homofil. Et av spørsmålene Høyesterett behandlet var om asylsøkeren kunne nektes beskyttelse under henvisning til at han kunne oppgi eller skjule sin homofile identitet i hjemlandet, og på denne måten unngå forfølgelse. Sagt med førstvoterendes ord, var det omtvistede ”hvilken betydning det skal ha for beskyttelsesbehovet at homofile vil kunne unngå slike overgrep hvis de holder seg innenfor de rådende religiøse og kulturelle normene i Irak” jf. avsnitt 32.

I avsnitt 37 skriver førstvoterende at det av ordlyden og formålet til Flyktningkonvensjonen er ”nærliggende å utlede at en utlending ikke kan nektes beskyttelse under henvisning til at han eller hun kan oppgi sin homofile identitet i hjemlandet, og slik unngå forfølgelse.” I samme avsnitt vises det også til UNHCR sine sammenfallende uttalelser om dette.

Førstvoterende oppsummerer den norske rettstilstanden når han skriver at det ”ikke skal legges til grunn at asylsøkeren vil tilpasse seg hjemlandets sosiokulturelle normer når det gjelder seksuell orientering.”¹⁹ Selv om forfølgelse kunne vært unngått ved å holde seksuell orientering

¹⁸ Rt. 2012 s. 494

¹⁹ avsnitt 57

skjult, var det i følge Høyesterett klart at det ikke kunne pålegges et slikt krav. Høyesterett begrunnet dette med at ordlyden og formålet i Flyktningskonvensjonen, samt UNHCRs uttalelser, støtter en slik forståelse. Dersom de øvrige vilkårene for asyl var oppfylt, ville asylsøkeren ha krav på beskyttelse i Norge.

Ettersom Homofilidommen vedrørte en person med homofil legning må det tas stilling til om resonnementet også kan anvendes der forfølgelsesgrunnen er religion.

Nærmere bestemt blir spørsmålet om Homofilidommen gir grunnlag for å si at konvertitter ikke kan nektes beskyttelse under henvisning til å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet.

Når det gjelder Homofilidommens overføringsverdi til spørsmålene som reises i denne avhandlingen blir dette ytterligere aktualisert under neste hovedproblemstilling. Jeg vil derfor foreta en mer omfattende drøftelse av overføringsverdien i punkt 3.4. Foreløpig nøyer jeg meg med å vise til at *Homofilidommen skal gis overføringsverdi i konvertittsaker*.

En slik forståelse støttes også av en dom fra lagmannsretten.²⁰ Forholdet var at to iranske asylsøkere, som hadde konvertert fra islam til kristendommen, mente at UNEs avslag på asylsøknadene deres var ugyldig. I uttalelser i form av *obiter dicta* kom lagmannsretten med bemerkninger om forholdet til Homofilidommen. På bakgrunn av Homofilidommen slo lagmannsretten fast at det *ikke* kan forutsettes at konvertitter ikke skal praktisere sin religion for å unngå forfølgelse. Retten påpekte at mye taler for at samme betraktningssmåte som ble lagt til grunn av Høyesterett for homofili også skal anvendes der forfølgelsesgrunnen er religion. Begrunnelsen bygget på at det var ”vanskelig å peke på reelle grunner som tilsier at religiøs tro og praksis bør vurderes annerledes enn seksuell legning og praksis.”²¹ På dette punktet føyde med andre ord lagmannsretten seg etter Høyesteretts argumentasjon i Homofilidommen.

Dette inntrykket modifiseres derimot av lagmannsrettens uttalelser i to dommer fra 2015.²² Sakene gjaldt spørsmål om UNEs avslag på asylsøknadene til to konvertitter var ugyldige. I begge sakene kom lagmannsretten til at avslagene var gyldige fordi det ikke forelå noen velbegrunnet frykt for forfølgelse ved retur til Iran. Retten uttalte at konvertittene ikke sto i fare for forfølgelse dersom de ville ”holde seg innenfor de sosiokulturelle rammene som gjelder i

²⁰ LB-2010-134086

²¹ LB-2010-134086

²² LB-2015-168682 og LB-2015-68567

Iran, og praktisere sin tro i den private sfære.”²³ Lagmannsretten bygget med andre ord på en forutsetning om at konvertittene ville tilpasse sin religionsutøvelse for å unngå forfølgelse.

De to 2015-dommene trekker således i motsatt retning av lagmannsrettens *obiter dicta* uttalelser i 2010-dommen. Avgjørelser fra lagmannsretten har imidlertid svært liten selvstendig rettskildeværdi.²⁴ Resultatet i dommene kan ha argumentasjonsverdi, men vil ikke i seg selv være avgjørende. Og da i enda større grad i et slikt tilfelle der praksisen er sprikende.

Ser man bort fra de to 2015-dommene trekker de øvrige rettskildene klart i retning av at konvertitter ikke kan henvises til å skjule troen for å unngå forfølgelse: Det være seg ordlyds- og formålsbetraktninger, EMD-praksis (se pkt. 2.7), UNHCRs anbefalinger (se pkt. 2.5), Homofilidommens overføringsverdi, samt LB-2010-134086. Rettskildebildet taler dermed klart for å legge til grunn samme forståelse som lagmannsretten gjorde i 2010-dommen. Hertil kommer at lagmannsretten ikke tok stilling til Homofilidommen i 2015-dommene, selv om det var anført av ankende part A i LB-2015-68567 at de samme prinsippene måtte gjelde for konvertitter. Det er derfor legitimt å stille spørsmål ved om lagmannsretten i 2015-dommene ville kommet til et annet resultat dersom de tok stilling til metoden i Homofilidommen. Jeg antyder forsiktig her at svaret trolig er ja. Særlig basert på at de ovenfor nevnte rettskildene taler med tyngde for at 2010-dommen bare legger til grunn det som kan argumenteres for å være gjeldende rett. Og særlig fordi 2015-dommen går klart på tvers av Høyesteretts uttalelse om at det ”ikke skal legges til grunn at asylsøkeren vil tilpasse seg hjemlandets sosiokulturelle normer når det gjelder seksuell orientering.”²⁵

Det kan på denne bakgrunn legges til grunn at Homofilidommen og lagmannsrettsdommen fra 2010, taler for at konvertitter ikke kan henvises til å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet.

Det neste som må vurderes er om norsk forvaltningspraksis kan gi noe bidrag til vurderingen av problemstillingen.

²³ LB-2015-168682 s. 12 og tilsvarende uttalelse i LB-2015-68567

²⁴ Andenæs (2009) s. 97

²⁵ avsnitt 57 (min utheving)

2.4 Norsk forvaltningspraksis

Ettersom utlendingsretten er en del av forvaltningsretten,²⁶ kan forvaltningspraksis ha betydning, men da særlig der denne har festnet seg over tid.²⁷

Det fremgår av et praksisnotat fra UNE at de ikke forutsetter at konvertitter kan tilpasse seg hjemlandets sosiokulturelle normer. UNE understreker i notatet at de *ikke* krever at ”[konvertitter] skal avstå fra visse religiøse handlinger for å unngå forfølgelse.”²⁸ Praksisnotatet virker på denne måten oppklarende når det gjelder UNEs holdning til spørsmålet om konvertitter kan henvises til å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet.

UNE har imidlertid blitt kritisert for at det ikke er denne vurderingen de *faktisk* foretar overfor konvertitter, slik at praksisnotatet ikke stemmer med realiteten i vurderingene. Organisasjonen NOAS analyserte rundt 100 asylsaker der kristne konvertitter fra Iran hadde fått avslag på asylsøknaden og konkluderte med at UNE forutsetter nettopp det motsatte: Nemlig at konvertitter ved retur til Iran kan ”tilpasse seg hjemlandets sosiokulturelle normer.”²⁹

På tross av at det er uenighet om hvorvidt UNEs *uttalte praksis* og *faktiske praksis* samsvarer, så er det uansett klart at domstolen står fritt til å prøve forvaltningens lovtolkning.³⁰ Det er derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på om kritikken mot UNEs praksis er berettiget.

På bakgrunn av uenigheten omkring UNEs praksis må det legges til grunn at forvaltningspraksis verken taler for eller imot at konvertitter kan henvises til å skjule troen for å unngå forfølgelse.

2.5 UNHCRs anbefalinger

Anbefalinger fra UNHCR vil også være relevante ved tolkning av flyktningbegrepet i utlendingsloven og Flyktningkonvensjonen. Slike anbefalinger er ikke rettslig bindende.³¹ De tillegges likevel stor vekt i norsk rett, jf. blant annet forarbeidene til utlendingsloven der det står at ”[n]år norske myndigheter fortolker flyktningkonvensjonen veier UNHCR sitt syn

²⁶ jf. utl. § 80 og fvl. § 1

²⁷ Rt. 1987 s. 729 på side 732, Frihagen I (1991) s. 59 og 61, Andenæs (2009) s. 108-115

²⁸ Praksisnotat av 28.01.2016 på side 9

²⁹ NOAS (2014) på side 9

³⁰ Bernt og Rasmussen (2011) s. 352-353 og Eckhoff og Smith (2010) s. 539

³¹ Øyen (2013) s. 42

tungt.”³² UNHCR understreker i deres retningslinjer at flyktningretten mister sin betydning dersom man forlanger at søkeren holder troen skjult ved retur:

”(…) religious belief, identity, or way of life can be seen as so fundamental to human identity that one should not be compelled to hide, change or renounce this in order to avoid persecution. Indeed, the Convention would give no protection from persecution for reasons of religion if it was a condition that the person affected must take steps – reasonable or otherwise – to avoid offending the wishes of the persecutors. Bearing witness in words and deeds is often bound up with the existence of religious convictions.”³³

Den siterte uttalelsen er hentet fra UNHCRs retningslinjer for Religion-Based Refugee Claims. Høyesteretts har uttalt at UNHCRs anbefalinger ”generelt sett bør tillegges atskillig vekt”.³⁴ Det er imidlertid presisert at dette bare gjelder anbefalinger i *Håndboken*.

Spørsmålet blir derfor hvilken betydning uttalelsen hentet fra UNHCRs retningslinjer for *Religion-Based Refugee Claims* skal ha.

Selv om Høyesteretts uttalelser knytter seg til *Håndboken* og ikke de spesifikke retningslinjene om *Religion-Based Refugee Claims*, så er det blant annet påpekt av Øyen i litteraturen at UNHCR har gitt ”mer detaljerte tolkningsuttalelser som skal supplere og utfylle *Håndboken*.”³⁵ Det fremgår av innledningen til UNHCRs anbefaling om *Religion-Based Refugee Claims* at ”[t]hese Guidelines complement the UNHCR Handbook (...)” Tolkningsuttalelsene skal med andre ord anvendes som et supplement til *Håndboken* og gir en mer nyansert og bedre utdypning av forståelsen av flyktningbegrepet enn det *Håndboken* gjør. Hertil kommer at Høyesterett ofte legger vekt på denne typen tolkningsuttalelser i saker som berører flyktningbegrepet. Det var eksempelvis tilfelle i Homofilidommen der Høyesterett uten reservasjoner anvendte og viste til utfyllende uttalelser fra UNHCRs retningslinjer. Det må derfor legges til grunn at UNHCRs retningslinjer om Religion-Based Refugee Claims også skal tillegges betydelig vekt ved forståelsen av flyktningbegrepet i Flyktningkonvensjonen og dermed også utlendingsloven. Særlig når retningslinjene er klare og grundige.³⁶

³² Ot.prp. nr. 48 (2001-2002) s. 7 og en lignende uttalelse i Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 73.

³³ UNHC (2004). *Pkt. 13*, side 5

³⁴ Rt. 2010 s. 858 avsnitt 44 og Rt. 2012 s. 139 avsnitt 50

³⁵ Øyen (2013) på side 42

³⁶ Øyen (2013) på side 43

Som det fremgår av den siterte retningslinjen kan religion være så ”fundamental to human identity” at ingen bør bli ”compelled to hide (...) this” for å unngå forfølgelse. UNHCR støtter dermed utvetydig at ingen skal henvises til å skjule troen for å unngå forfølgelse.

Siden UNHCRs retningslinjer må tillegges betydelig vekt ved forståelsen av flyktningbegrepet, taler uttalelsen klart for at konvertitter ikke kan henvises til å skjule troen for å unngå forfølgelse.

2.6 Praksis fra EU-domstolen

EU-domstolen har også hatt befatning med et tilsvarende spørsmål. Avgjørelser fra EU-domstolen kan på samme måte som statspraksis ha betydning ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen.³⁷ Dette gjelder når praksisen bidrar til å stadfeste enighet om tolkningen av konvensjonen, jf. Wienkonvensjonen art. 31 nr.3 b).

Spørsmålet er imidlertid hvilken relevans eventuelle avgjørelser fra EU-domstolen kan ha ved tolkningen av flyktningbegrepet i den norske utlendingsloven.

Høyesterett har uttalt at avgjørelser fra EU-domstolen (avsagt av den tidligere EF-domstolen), som er truffet etter inngåelsen av EØS-avtalen, skal ha stor rettskildeværdi selv om de formelt sett ikke er bindende for norske domstoler.³⁸ Dette gjelder imidlertid bare for tolkningen av EØS-avtalen, der et overordnet hensyn er at det skal være ensartede regler (homogenitet) i EØS-retten og EU-retten, jf. blant annet EØS-avtalen art. 1. Når det gjelder beskyttelse av flyktninger er dette *ikke* en del av EØS-avtalen. Høyesteretts uttalelse om at EU-domstolens avgjørelser skal ha ”stor rettskildeværdi” kan derfor, som utgangspunkt, ikke gjelde for tolkningen av norsk rett.

Men ettersom avgjørelser fra EU-domstolen kan være relevant ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen,³⁹ kan det argumenteres for at EU-domstolens avgjørelser også kan ha betydning for tolkningen av den norske utlendingsloven, nettopp fordi den norske

³⁷ Se blant annet Rt-2012-494 avsnitt 50 der Høyesterett ramser opp praksis fra EU-domstolen i en rekke statspraksis som var relevant ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen.

³⁸ Dette følger blant annet av Rt-2002-391 på side 395 der førstvoterende uttaler at ”det er på det rene at slik senere praksis uansett skal tillegges stor vekt ved tolkningen av norsk lov” og Rt-1997-1954 der det fremkommer på side 1960 at avgjørelser fra EU-domstolen er ”sentrale rettskilder”.

³⁹ Se til eksempel Rt-2012-494 avsnitt 50 der førstvoterende nevner EU-retten i gjennomgang av statspraksis ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen.

utlendingsloven legger til grunn samme flyktningdefinisjon som Flyktningkonvensjonen. Det kan i alle fall legges til grunn at EU-domstolens avgjørelse har en viss argumentasjonsverdi for tolkningen av den norske utlendingsloven.

Den konkrete storkammeravgjørelsen fra EU-domstolen gjald tolkningen av artikkel 2(c) og 9(1)(a) i direktiv 2004/83/EC, som angir minimumsstandarder for å regnes som flyktning. Faktum gjaldt to medlemmer av Ahmadiyya-bevegelsen i Pakistan som søkte asyl i Tyskland fordi de hevdet seg forfulgt på religiøst grunnlag. Nærmere bestemt var spørsmålet for domstolen om det forelå ”well-founded fear of persecution, within the meaning of Article 2(c) of [the] Directive (...), if it is established that the applicant will carry out certain religious practices (...) after returning to the country of origin, even though they will give rise to a risk to his life, physical integrity or freedom, or can the applicant reasonably be expected to abstain from such practices?”⁴⁰ EU-domstolen uttalte at ”[t]he fact that he could avoid [the risk of persecution] by abstaining from certain religious practices is, in principle, irrelevant.”⁴¹ Domstolen begrunnet dette med at myndighetene ikke kan ”expect the applicant to abstain from those religious practices.”⁴²

Uttalelsene må regnes som nok et argument for at konvertitter ikke kan henvises til å skjule troen for å unngå forfølgelse ved returnering.

Praksis fra EU-domstolen taler, i samsvar med øvrige rettskilder, for at konvertitter ikke kan henvises til å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet.

Utgangspunktet etter en gjennomgang av ordlyd, formålsbetraktninger, norsk rettspraksis, UNHCRs anbefalinger og EU-domstolens praksis, er at flyktningdefinisjonen i utl. § 28 (1) a) jf. FK art. 1 A (2) *ikke* åpner for at konvertitter kan henvises til å skjule troen for å unngå forfølgelse ved returnering.

Det neste som må vurderes er om slik henvisning kan være i strid med grunnleggende menneskerettigheter.

⁴⁰ *Y and Z v Germany* avsnitt 45

⁴¹ *ibid.* avsnitt 79-80

⁴² *ibid.* avsnitt 79-80

2.7 EMK artikkel 9 og EMD-praksis

Det følger av utl. § 3 at loven skal anvendes i samsvar med ”internasjonale regler” som Norge er bundet av når disse har til formål ”å styrke individets stilling”. Ifølge forarbeidene sikter ”internasjonale regler” til ”Norges internasjonale forpliktelser etter folkeretten.”⁴³ Dermed blir internasjonale regler, slik som EMK relevant i avhandlingen.

Det følger av EMK art. 9 (1) 1.setning at enhver har rett til ”freedom of religion.”^{44,45} Videre fremgår det at religionsfriheten omfatter frihet til å ”change his religion or belief” og frihet til å ”alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance” jf. art. 9 (1) 1. setning.

Spørsmålet er om en henvisning til å skjule troen for å unngå forfølgelse er i strid med konvertitters rett til å ”manifest his religion or belief”, jf. art. 9 (1) 1. setning.

Artikkel 9 (1) verner konvertitters rett til å utøve religionen slik han eller hun selv ønsker. På bakgrunn av ordlyden i artikkel 9 (1) kan det argumenteres for at en henvisning til å skjule troen vil være i strid med konvertitters rett til så vel offentlig som privat å gi uttrykk for sin religion eller overbevisning. Uten å komme på kant med ordlyden kan det til og med anføres at slik henvisning ville ligge fullstendig på utsiden av hva artikkelen omfatter.

Det kan også anføres at formålet med EMK, ifølge konvensjonens forord, er å sikre utfoldelse av fundamentale rettigheter og friheter. Dersom konvertitter kan forventes å ha en slags ”munnskurv” ved returnering, eller på annen måte må undertrykke troen, kan det argumenteres for at dette vil være i strid med målet om å sikre utfoldelse av den fundamentale menneskelige retten til religionsfrihet. En slik tankegang reflekteres i en uttalelse fra *HJ and HT-saken*, som Homofilidommen bygger på: “By allowing [gay people] to live openly and free from [the fear

⁴³ Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 402

⁴⁴ Ifølge Grl. § 16 har enhver innbygger i riket har ”fri religionsutøvelse”. Aall skriver at det er uvisst hva bestemmelsen omfatter og at EMK art. 9 er en mer spesifikk bestemmelse, Aall (2015) s. 254. Selv om Grunnloven er *lex superior* i forhold til EMK, så har EMK vist seg svært betydningsfull, mer vidtrekkende og legger reelt i større grad bånd på statens myndigheter, jf. Aall (2015) s. 24. Vurderingen foretas derfor etter EMK art. 9 og ikke Grl. § 16.

⁴⁵ Det bør også nevnes at aktivt å dele religion kan være vernet av ytringsfriheten i EMK art. 10. Aall fremhever at det ofte beror på skjønn hvor saken har sitt tyngdepunkt (Aall, 2011 s. 226). Ettersom religion ligger i oppgavens kjerne, blir derfor vurderingen foretatt etter EMK art. 9.

of prosecution], the receiving state affords them protection which is a surrogate for the protection which their home state should have afforded them.”⁴⁶

Det er imidlertid åpnet for at staten kan innskrenke adgangen til religionsfrihet i artikkelens annet ledd, slik at det ikke nødvendigvis er en menneskerettighetskrenkelse å pålegge en konvertitt å skjule troen. Det fremgår av art. 9 (2) at friheten til å ”manifest one’s religion” bare er underlagt de begrensninger som er ”prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others”.

Spørsmålet blir dernest om en henvisning til å skjule troen kan rammes av adgangen til å gjøre innskrenkninger i religionsfriheten etter art. 9 (2).

Ordlyden av art. 9 (2) angir en svært høy terskel, jf. eksempelvis at begrensningen må være ”necessary in a democratic society”. Formålet med bestemmelsen er å gi staten adgang til å innskrenke religionsfriheten av hensyn til ”public safety”, for å beskytte ”public order, health or morals” eller for å beskytte ”rights and freedoms of others”, jf. art. 9 (2). I *Kokkinakis v. Greece* fremgår det at unntaket i 2. ledd ”recognizes that in democratic societies, in which several religions coexist within one and the same population, it may be necessary to place restrictions on this freedom in order to reconcile the interests of the various groups and ensure that everyone’s beliefs are respected.”⁴⁷

I *Kokkinakis*-saken var et av spørsmålene for domstolen hvilke legitime inngrep staten kan gjøre i religionsfriheten. Saken gjaldt ekteparet Kokkinakis som ble arrestert etter å ha ringt på døren til fru Kyriakaki for å misjonere. Det særlige spørsmålet for EMD var om det var ”necessary in a democratic society (...) for the protection of the rights and freedoms of others” å innskrenke adgangen til å drive misjon i et slikt tilfelle. Domstolen anerkjente at staten har en ”certain margin of appreciation (...) in assessing the existence and extent of the necessity of an interference”, men at domstolene måtte avgjøre om ”the measures taken at national level were justified in principle and proportionate”, jf. avsnitt 47.

Domstolen foretok en distinksjon mellom det som er ”bearing Christian witness” og ”improper proselytism”, der førstnevnte måtte anses som ”an essential mission and a responsibility of

⁴⁶ HJ and HT v. Secretary of State for the Home Department side 26 avsnitt 53

⁴⁷ *Case of Kokkinakis v. Greece*, avsnitt 33

every Christian and every Church”.⁴⁸ Domstolen gikk ikke nærmere inn på hva den nedre grensen for ”improper proselytism” var, men kom fram til at det ikke var tilstrekkelig bevist hvordan klagerne (herr og fru Kokkinakis) hadde ”attempted to convince his neighbor by improper means.”⁴⁹

Ettersom dommen berører spørsmål knyttet til i hvilken grad staten kan innskrenke adgangen til å drive misjon, bygger den logisk nok på en forutsetning om at mennesker kan være åpne om sin egen tro uten å måtte skjule den. Dette kan blant annet begrunnes i et ”fra det mer til det mindre”-perspektiv. Til dette kommer at EMD fant at herr og fru Kokkinakis sin oppførsel overfor fru Kyriakaki *ikke* var ”improper proselytism”. Domstolen konkluderte med at handlingene til mr. og mrs. Kokkinakis ikke ble rammet av begrensningene i art. 9 (2) slik at klagernes rett til religionsfrihet etter art. 9 (1) var krenket.

På bakgrunn av *Kokkinakis*-dommen kan det derfor legges til grunn at en stat ikke kan henwise noen å skjule troen med grunnlag i innskrenkningene i art. 9 (2).

Det *Kokkinakis*-dommen imidlertid ikke gir noe klart svar på er om en stat kan henwise konvertitter til å skjule troen *ved returnering av asylsøkeren*. I slike tilfeller vil nemlig *virkingen* av henvisningen ikke oppstå før konvertitten er utenfor landets grenser og tilbake i hjemlandet. Den åpenbare krenkelsen av religionsfriheten skjer *i hjemlandet* (på grunn av forfølgelsesfaren konvertitten møter der) og ikke i staten som behandler asylsøknaden.

Staten er generelt tillagt videre skjønnsmargin i utlendingssaker på grunn av statens legitime behov for grensekontroll. Det har blitt hevdet at staten er gitt vid skjønnsmargin i utlendingssaker fordi EMD er blitt mer ”følsomme” for statens suverenitet på dette området.⁵⁰

Når det gjelder spørsmålet om en henvisning til å skjule troen kan rammes av adgangen til å gjøre innskrenkninger i religionsfriheten etter art. 9 (2), så har dette ikke vært gjenstand for direkte behandling i EMD.

Det fremgår imidlertid av flere EMD-dommer at ”the State’s duty of neutrality and impartiality is incompatible with any power on the State’s part to assess the legitimacy of religious beliefs

⁴⁸ *ibid.* avsnitt 48

⁴⁹ *ibid.* avsnitt 49

⁵⁰ Brems (2001) side 378.

or the ways which those beliefs are expressed.”⁵¹ Uttalelsen taler til inntekt for at staten ikke kan pålegge noen å skjule troen jf. ordlyden i sitatet om at statens plikt til nøytralitet og upartiskhet er uforenlig med en adgang for staten til å kontrollere måten ”those beliefs are expressed.”⁵²

En liknende forståelse støttes også av en uttalelse i *F.G. v. Sweden*. I dommen vises det til UNHCRs retningslinjer om at ingen burde ”be compelled to hide, change or renounce one’s religious beliefs in order to avoid persecution,”⁵³ og at dette er helt på linje med domstolens veletablerte praksis.⁵⁴ Med veletablert praksis vises til det refererte sitatet i avsnittet over. Den konkrete saken gjaldt en iransk mann som søkte asyl i Sverige begrunnet i hans politiske aktivitet i hjemlandet. I Sverige hadde han, *sur place*, konvertert fra islam til kristendommen, men ville holde dette utenfor grunnlaget for asylsøknaden sin. Dette ønsket fulgte også svenske myndigheter. EMDs storkammer kom derimot frem til at det ville være en krenkelse av EMK art. 2 og 3 dersom asylsøkeren ble sendt tilbake til Iran uten en *ex nunc* vurdering av hvilke konsekvenser konverteringen medførte og forfølgelsesrisikoen knyttet til den. Selv om faktum skiller seg fra problemstillingene denne avhandlingen reiser, så tilsier den konkrete uttalelsen at det er en krenkelse av EMK å henvise konvertitter til å skjule troen.

Ut over dette er imidlertid EMD-praksis svært beskjeden når det gjelder spørsmålet om konvertitter kan henvises til å skjule troen for å unngå forfølgelse. Men all den tid UNHCR gir klare bidrag til løsningen av problemstillingen, blir det aktuelt å vurdere hvilken betydning EMD tillegger UNHCRs uttalelser ved tolkningen av flyktningsspørsmål etter EMK.

Først og fremst må det påpekes at uttalelsen i *F.G. v. Sweden*, som gjaldt UNHCRs retningslinjer, kom fra fire av dissidentene. Det svekker uttalelsens vekt. Flertallet tok derimot ikke stilling til om UNHCRs retningslinje var i tråd med EMK. Dette gir større grunn til å legge vekt på uttalelsen fra mindretallet, særlig fordi mindretallet mener UNHCRs retningslinje er ”totally in line with the Court’s well-established case-law.”⁵⁵ Samtidig viser flertallet i dommen

⁵¹ Se blant annet Case of Leyla Sahin v. Turkey avsnitt 107 og Case of Eweide and Others v. The United Kingdom avsnitt 81

⁵² Min utheving

⁵³ UNHCR (2004). *Pkt. 13*, side 5

⁵⁴ The case of *F.G. v. Sweden*, avsnitt 5 og 6 i ”joint separate opinion of judges Ziemele, De Gaetano, Pinto De Albuquerque and Wojtyczek”

⁵⁵ *ibid.* avsnitt 6

generelt til at UNHCRs uttalelser om at ingen bør henvises til å skjule troen er ”relevant”, jf. pkt. IV i dommen.

Det er i tillegg gjennomgående i EMDs vurderinger at de aktivt tar i bruk uttalelser fra UNHCR i flyktningsspørsmål. I *M.S.S. v. Belgium and Greece* uttalte EMD blant annet at det er UNHCR sin oppgave å ”oversee how the States parties apply the Geneva Convention [relating to the Status of Refugees]”, jf. avsnitt 56. Uttalelsen kan tas til inntekt for at EMD vil se til UNHCRs vurderinger ved tolkning av flyktningbegrepet.

Selv om det på bakgrunn av den korte gjennomgangen i avsnittene over, ikke er åpenbart hvilken vekt EMD tillegger UNHCRs uttalelser, må det kunne legges til grunn at UNHCRs uttalelser vil ha betydning ved tolkningen flyktningsspørsmål etter EMK.

Siden det ikke foreligger EMD-praksis som direkte behandler spørsmålet om konvertitter kan henvises til å skjule troen for å unngå forfølgelse, må det legges til grunn at rettsstilstanden er uklar. Basert på vurderingene foretatt over, konkluderer jeg allikevel forsiktig med at EMD sannsynligvis vil komme til at en henvisning til å skjule troen *ikke* kan rammes av adgangen til å gjøre innskrenkninger i religionsfriheten etter art. 9 (2). I forlengelsen av dette blir konklusjonen at det er i strid med konvertitters rett til å ”manifest his religion or belief” å henvise konvertitter til å skjule troen for å unngå forfølgelse, jf. art. 9 (1) 1. setning.

Det neste spørsmålet som må vurderes er hvilken rettskildeverdi denne tolkningen av EMK art. 9 har for norsk rett.

Utgangspunktet er at EMDs avgjørelser har høy rettskildevekt ved tolkningen av EMK. Dette er fordi EMD er en viktig prejudikatdomstol på menneskerettighetenes område.⁵⁶ Høyesterett har for tolkningen av EMK sluttet seg til Justiskomiteens innstilling som fremhever at det er et ”overordna mål at norsk rettspraksis i størst moglege grad samsvarar med den til ei kvar tid gjeldande internasjonale tolkingspraksis.”^{57,58} Rettskildeverdien til EMDs tolkning av EMK har derfor generelt stor betydning i norsk rett.

Når det gjelder min konklusjon—om at EMD sannsynligvis vil komme til at en henvisning til å skjule troen *ikke* kan rammes av adgangen til å gjøre innskrenkninger i religionsfriheten etter

⁵⁶ Andenæs (2009) side 103

⁵⁷ Rt-2000-996, side 1007

⁵⁸ Innst.O. nr.51 (1998-1999) side 6

art. 9 (2)—kan imidlertid ikke denne tillegges nevneverdig betydning. Dette er nettopp fordi EMD ikke har behandlet spørsmålet om en henvisning til å skjule troen for å unngå forfølgelse er i strid med konvertitters rett til å ”manifest his religion or belief”, jf. art. 9 (1) 1. setning, eller om slik henvisning kan rammes av adgangen til å gjøre innskrenkninger i religionsfriheten etter art. 9 (2).

2.8 Konklusjon

Basert på gjennomgangen av rettskildene som er foretatt ovenfor blir konklusjonen at konvertitter *ikke* kan henvises til å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet. En slik forståelse er i samsvar med utlendingslovens ordlyd og formål tolket i lys av Flyktningkonvensjonen, norsk rettspraksis, UNHCRs anbefalinger, EU-praksis, rettigheter etter EMK og rettskildebildet for øvrig.

3 Har konvertitter rett på beskyttelse når det forventes at de vil skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet?

3.1 Innledning

Det særlige spørsmålet den andre delen av oppgaven reiser er om konvertitter har rett på beskyttelse når det forventes at de vil skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet.

Problemstillingen ble blant annet relevant i Homofilidommen der Høyesterett, ikke bare drøftet om asylsøkeren kunne henvises til å skjule sin homofile legning, men også om han hadde krav på beskyttelse dersom det var forventet at han ville holde sin legning skjult for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet. Tilsvarende spørsmål når det gjelder konvertitter har ikke vært drøftet i Høyesterett. En vurdering av Homofilidommens overføringsverdi i konvertittsaker står derfor sentralt i denne delen av avhandlingen.

Det rettslige utgangspunktet er fremdeles utlendingsloven § 28 (1) a) jf. FK art. 1 A (2) der kjernen i bestemmelsen er at asylsøkeren må ha en ”velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av (...) religion”.

3.2 Ordlyd og formålsbetraktninger

Ordlyden av ”velbegrunnet frykt for forfølgelse på grunn av (...) religion” uttaler ikke entydig hvilken forståelse som skal legges til grunn for konvertitter som forventes å skjule troen for å unngå forfølgelse. Ordlyden rammer de som har en reell grunn til å frykte forfølgelse. På den ene siden kan det argumenteres for at konvertitter som forventes å skjule troen på grunn av forfølgelsesfrykt, nettopp har en reell grunn til å frykte forfølgelse. På den annen side kan det argumenteres for at konvertitter som forventes å skjule troen faktisk *ikke* lenger har en reell forfølgelsesfrykt, nettopp fordi handlemåten deres kan eliminere forfølgelsesfaren. En slik ordlydsforståelse taler for at konvertitter som forventes å skjule troen ikke er omfattet av flyktningdefinisjonen. Siden ordlyden kan forstås på flere måter trekker den i utgangspunktet ikke nevneverdig i den ene eller annen retning.

En formålstolkning av bestemmelsen gir nødvendigvis heller ikke et klart bilde av hvilken forståelse som skal legges til grunn. I Homofilidommen tolker Høyesterett formålet med FK art. 1 A (2). Formålstolkningen er relevant fordi flyktningbegrepet i utlendingsloven tolkes i samsvar med flyktningbegrepet i Flyktningkonvensjonen.⁵⁹

Høyesteretts formålstolkning i Homofilidommen baserer seg på at staten må ”beskytte de som har behov for det, mot forfølgelse på grunn av forhold ved deres person som er så grunnleggende at de ikke kan eller ikke kan forventes å ville oppgi dem.” Det faktum at søkeren selv forventes å skjule troen kan derfor tale for at det ikke er i strid med formålet å avslå asylsøknaden i disse tilfellene jf. ordlyden av ”ikke kan eller ikke kan forventes å ville oppgi dem.” I et slik tilfelle er det jo forventet at søkeren *vil* ”oppgi” troen, i hvert fall i visse sammenhenger, for nettopp å unngå forfølgelse.

Av Flyktningkonvensjonens "preamble" fremgår det imidlertid at konvensjonen skal ”assure refugees the widest possible exercise of (...) fundamental rights and freedoms”. Dersom mottakerstaten ikke gir beskyttelse fordi asylsøkeren oppgir at den vil skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur, kan dette være i strid med formålet til Flyktningkonvensjonen om å sikre størst mulig utfoldelse av grunnleggende rettigheter og friheter; her i form av religions- og ytringsfrihet. Ved å tilkjenne konvertitter som er forventet å skjule troen beskyttelse materialiseres personens rett til religionsutøvelse, hvilket kan sies å være i samsvar med konvensjonens formål, og dermed også utlendingslovens formål.

Samtidig følger det av førstvoterendes tolkning av Flyktningkonvensjonen i Homofilidommen at det er ”nærliggende - ut fra ordlyden og formålet - å legge vekt på hva som er *grunnen* til at søkeren vil holde sin seksuelle legning skjult,” jf. avsnitt 39 (min utheving). Det avgjørende i førstvoterendes ordlyds- og formålstolkning er ikke *hva* søkeren skal holde skjult, men *hvorfor* søkeren vil holde legningen skjult. Ordlyds- og formålstolkningen må derfor også kunne legges til grunn når asylsøkeren har andre forfølgelsesgrunner han vil holde skjult for å unngå forfølgelse. Det være seg religion, etnisitet, nasjonalitet og så videre. Dette fordi førstvoterendes ordlyds- og formålstolkning ikke fokuserer på selve forfølgelsesgrunnen, men på *handlingen* søkeren foretar – nemlig å *skjule*. Det logiske blir derfor å legge tilsvarende

⁵⁹ Utlendingslovens formålsparagraf gir indirekte støtte for en slik forståelse når det fremgår at loven skal gi grunnlag for ”vern av utlendinger som har krav på beskyttelse etter alminnelig folkerett eller internasjonale avtaler som Norge er bundet av”, jf. utl. § 1 (3).

ordlyds- og formålsforståelse til grunn for de likestilte forfølgelsesgrunnene i Flyktningkonvensjonen, og da også i utlendingsloven.

Både ordlyden og formålet taler således for at konvertitter som forventes å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur skal ha krav på beskyttelse.

Når det gjelder vektingen av ordlyds- og formålsbetraktninger har Høyesterett uttalt at ”det ved traktatolkning bare unntaksvis kunne tenkes at det som følger av ordlyd og formålsbetraktninger må vike for andre rettskilder.”⁶⁰ Vektingen av konvensjonstolkningen er relevant, nettopp fordi flyktningbegrepet i utlendingsloven og Flyktningkonvensjonen skal sammenfalle. Det innebærer at ordlyds- og formålsforståelsen også skal sammenfalle, og i neste omgang bør vektes likt.

3.3 Norsk rettspraksis

Som nevnt har Norges Høyesterett ikke tatt stilling til spørsmålet om konvertitter har krav på beskyttelse dersom det forventes at de vil skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet. Derimot ble også dette spørsmålet drøftet av Høyesterett i Homofilidommen. Den konkrete problemstillingen for Høyesterett var om asylsøkeren, som ut fra de faktiske opplysningene i saken måtte forventes å holde sin seksuelle legning skjult ved retur, hadde krav på beskyttelse.

I dommen sluttet Høyesterett seg til en metode som britisk høyesterett la til grunn for et tilsvarende spørsmål. Britisk høyesterett var tydelig på at dersom asylsøkeren var forventet å modifisere oppførselen ved retur, måtte domstolen vurdere *hvorfor* søkeren ville handle slik: ”If (...) the tribunal concludes that the applicant would (...) live discreetly and so avoid persecution, it must go on ask itself *why* he would do so.”⁶¹ Dommen slo fast at dersom begrunnelsen for hemmelighold baserte seg på sanksjoner som ikke ville regnes som forfølgelse, som for eksempel fordømmelse, utestengelse eller lignende, hadde asylsøkeren *ikke* rett til beskyttelse. Knyttet begrunnelsen for hemmelighold av legning seg derimot til at asylsøkeren hadde en reell forfølgelsesfrykt, hadde asylsøkeren rett til beskyttelse. Hva

⁶⁰ Rt-2012-139 avsnitt 45 og Rt-2010-858 avsnitt 43

⁶¹ HJ and HT v. Secretary of State for the Home Department, avsnitt 82

resultatet blir der begrunnelsen for hemmelighold er sammensatt kommer jeg tilbake til i slutten av avhandlingen.

I avsnitt 57 i Homofilidommen oppsummerer førstvoterende den norske rettstilstanden og legger seg på samme linje som britisk høyesterett:

”Dersom søkeren derimot ville skjult sin seksuelle orientering og på den måten unngå forfølgelse, må det undersøkes hva som er årsaken til dette. Hvis årsaken er at han eller hun selv mener det er riktig å holde den seksuelle legningen skjult, skal søknaden avslås. Det samme gjelder dersom årsaken er sosialt press – såfremt sanksjonene ikke er av en slik karakter eller omfang at de i seg selv utgjør forfølgelse. Er det derimot frykten for forfølgelse som er årsaken til at søkeren velger å skjule sin seksuelle identitet må kravet om ”velbegrunnet frykt for forfølgelse” anses oppfylt.”

Dersom årsaken til hemmelighold kommer av frykt for ”alvorlige overgrep”, så er det tilstrekkelig grunn til at det foreligger en velbegrunnet frykt for forfølgelse, jf. avsn. 39. Dette mener førstvoterende følger av at det ikke kan forutsettes i asylvurderingen at søkeren skal holde sin legning skjult, jf. avsn. 37.

Høyesterett påpekte at metoden fra britisk høyesterett ikke er en etablert praksis blant konvensjonsstatene, sml. Wienkonvensjonen art. 31 nr.3 b), og at statene opererer med noe sprikende tilnærming til problematikken. Høyesterett fant likevel at de beste grunner talte for å anvende metoden i norsk rett. I vurderingen ble det blant annet lagt vekt på at svensk og finsk rett har sluttet seg til metoden, og at praksisen i de nordiske statene beveger seg i den retningen.

Ettersom dommen vedrørte mennesker med homofil legning må det vurderes hvilken betydning saken har for konvertitter.

Nærmere bestemt blir spørsmålet om metoden Høyesterett gir anvisning på i Homofilidommen skal ha overføringsverdi i saker der religionskonvertering anføres som beskyttelsesgrunnlag etter utlendingsloven § 28 (1) a).

3.4 Homofilidommens overføringsverdi

Homofilidommen vedrørte, som nevnt, gyldigheten av UNEs vedtak om tilbakesendelse av en homofil irakisk asylsøker. Om dommen har overføringsverdi baserer seg først og fremst på graden av likhet mellom de to tilfellene. En slik vurdering blir ofte skjønnsmessig. Et moment er hvor likt faktum i de to tilfellene er. Et annet moment er om regelen dommen gir anvisning på egner seg for anvendelse på andre lignende tilfeller—om man for eksempel står overfor et mer generelt eller veldig spesielt tilfelle. I tillegg må man vurdere om dommen legger grunnlag for en god regel.

Det første som må vurderes er hvor stor likhet det er mellom spørsmålet for konvertitter og homofile. Det som skiller de to tilfellene fra hverandre er hvilken forfølgelsesgrunn for beskyttelse som gjør seg gjeldende. Mennesker med homofil legning faller innenfor termen ”spesiell sosial gruppe”, mens konvertitter faller innenfor ”religion”, jf. utl. § 28 (1) a). Det kan imidlertid argumenteres for at et slikt skille i faktum har svært liten betydning: Et menneskes religion og dets legning vil begge ha en sterk tilknytning til dets identitet. Ja, det kan argumenteres for at begge komponenter er uløselig knyttet til dets person. Dette sammenfaller blant annet med EMDs uttalelser om at religion er ”one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life.”⁶²

Selv om konvertitter og homofile faller innunder ulike forfølgelsesgrunner, har gruppene altså klare faktiske likhetstrekk. Dette taler for at metoden angitt i dommen også bør ha anvendelse for spørsmål som gjelder konvertitter.

Et lignende resonnement følger også av hensynet til at like tilfeller skal behandles likt. Hensynet baserer seg på at forhold som rettslig sett er like skal få samme behandling og samme rettsvirkning. Ved å behandle konvertitter og homofile likt sikrer man likebehandling av det som kan argumenteres for å være rettslig sett like tilfeller. De to forfølgelsesgrunnene er likestilt i utlendingsloven, på samme måte som i Flyktningkonvensjonen, med den følge at de tilkjennes lik rett til beskyttelse. Likebehandling av gruppene vil også være i tråd med den rettfærdighetstankegangen likhetshensynet bygger på. Likhetsprinsippet taler derfor klart for at konvertitter og homofile bør ha samme rett til beskyttelse. Motsetningsvis ville rettslig sett like

⁶² Case of Kokkinakis v. Greece avsnitt 31

tilfeller blitt behandlet ulikt. Konsekvenshensyn taler derfor også for en overføring av metoden i konvertittsaker.

Systemhensyn taler også for at denne forståelsen skal legges til grunn. Hensynet knytter seg til en tanke om at rettsanvendelsen skal være konsistent og ikke vilkårlig. Det kan argumenteres for at rettsanvendelsen vil bli mer konsistent og oppleves mindre vilkårlig for asylsøkerne dersom konvertitter og homofile behandles likt, nettopp av samme grunn som nevnt i avsnittet over – likebehandling av likestilte forfølgelsesgrunner. Dette vil også skape bedre harmoni ved praktiseringen av de to forfølgelsesgrunnene.

De to forfølgelsesgrunnenes likhet, hensynet til likebehandling, rettferdighetshensyn og konsekvens- og systemhensyn taler dermed klart for at metoden i Homofilidommen skal anvendes overfor konvertitter.

Det andre som må vurderes er om regelen dommen gir anvisning på, vil egne seg for overføring til et annet faktum. Selv om dommen vedrører homofile spesielt, så utelukker ikke dette i seg selv anvendelse av metoden i andre saker. Spørsmålene dommen reiste vedrørte nemlig ikke et så særegent tilfelle at overføring av dommen må utelukkes. Dette kan enkelt eksemplifiseres ved at de samme spørsmålene som homofilisaken reiste også kan bli aktuelle for likestilte forfølgelsesgrunner, slik som for konvertitter. Metoden i Homofilidommen er samtidig så generelt utformet at den vil være praktisk anvendbar for de andre forfølgelsesgrunnene. Dommens egnethet for overføring taler dermed for at Homofilidommen kan anvendes i konvertittsaker.

Det tredje som må vurderes er om Homofilidommen legger grunnlag for en god regel.

Som argument imot at Homofilidommen legger grunnlag for en god regel kan det anføres at overføring av metoden vil være juridisk betenkelig. Vanlig praksis i asylsaker er at man vurderer hva søkeren *faktisk vil oppleve* ved returnering. Det gjøres en fremtidsrettet risikovurdering av forfølgelsesfaren.⁶³ Dette er fordi utlendingsloven skal gi beskyttelse mot forfølgelse, og ikke kompensere for eksempelvis tidligere overgrep. Tidligere overgrep kan i seg selv være et viktig moment i risikovurderingen, men det avgjørende er om det faktisk foreligger reell fremtidig forfølgelsesfare. Det kan derfor anføres at søkere som forventes å

⁶³ Her er statspraksis, norsk retts- og forvaltningspraksis samt forarbeidene relativt entydige. Se til eksempel Ot.prp. nr. 75 (2006-2007) s. 86, NOU 2004:20 s. 149 og Rt-2012-139

skjule troen ved retur og slik unngår reell forfølgelsesfare, ikke har noen berettiget rett til opphold. Nettopp fordi det søkeren *faktisk vil oppleve* ikke kan knyttes til forfølgelse.

Denne forståelsen sammenfaller med kritikken *HJ og HT-saken* har fått i i artikkelen *Queer Cases Make Bad Law* av professor James C. Hathaway og Jason Pobjoy. I deres kritikk fremgår det at:

”In recognizing refugee status even where risk would be averted by concealment, the (...) courts departed in critical ways from accepted refugee law doctrine. The determination that none of the applicants would face the real risk of physical abuse—because they understandably decided that distinguishing their sexual identity and avoiding conduct associated with their sexuality was the safest course of action—raises a crucial challenge to satisfaction of the Convention’s ”well-founded fear” requirement. Only persons able to show a forward-looking risk of persecutory harm can establish a ”well-founded fear” and hence qualify as refugees. But if prudence means that the risk would, in fact, never accrue, how can the fear of being persecuted be said to be ”well-founded” in objective terms?”⁶⁴

Kritikken mot den britiske dommen er relevant fordi Høyesterett gjennom Homofilidommen i det vesentlige sluttet seg til metoden angitt av den britiske domstolen. Tilsvarende kritikk som kan anføres mot den britiske høyesterettsdommen kan derfor anføres mot den norske høyesterettsdommen. Som følge av at metoden hentet fra dommen avviker fra den alminnelige fremtidsrettede risikovurderingen i flyktningretten kan det argumenteres for at Homofilidommen ikke gir grunnlag for en god regel som bør ha overføringsverdi.

På den annen side er allerede bruddet med vanlig praksis og forståelse av flyktningretten skjedd til fordel for asylsøkere med homofil legning. Man kan da spørre seg om det eksisterer noen berettiget begrunnelse for å tilgodese homofile søkere fremfor konvertitter. Rettferdighets- og rimelighetsbetraktninger taler klart for at det ikke kan være grunnlag for en slik forskjellsbehandling.

⁶⁴ Hathaway og Pobjoy (2012) s. 330-331

Hva som objektivt sett gir en god regel kan også være vanskelig å slå fast. All den tid flere stater har sluttet seg til metoden angitt i den britiske dommen, og statspraksisen for øvrig trekker i denne retningen,⁶⁵ kan dette tale for at dommen faktisk *gir* anvisning på en god regel.

Det er også relevant å legge vekt på at konsekvensen av en regel som bare vil få anvendelse for mennesker med homofil legning gir dårligere vern for konvertitter. I et slikt tilfelle peker mye i retning av at en metodebruk som kun er beregnet på mennesker med homofil legning vil skape ubegrunnet diskriminering av konvertitter. Både mennesker som risikerer forfølgelse på bakgrunn av deres homofile legning og konvertitter som risikerer forfølgelse likestilles i utlendingsloven og Flyktningkonvensjonen. Allerede av denne grunn kan det argumenteres for at de to gruppene må tilkjennes samme vern.

Hertil kommer Høyesteretts uttalelse i Homofilidommen der det fremkommer at:

”Spørsmål om beskyttelsesbehovet for homofile asylsøkere som kan unngå forfølgelse hvis de skjuler sin homofili, er i liten grad omtalt i nyere juridisk litteratur. I Vevstad (red): Utlendingsloven, kommentarutgave (2010) gir Terje Einarsen på side 236 uttrykk for en tilnærming til søknader begrunnet med religionsforfølgelse som synes å svare til UDIs praksis ved bedømmelsen av beskyttelsesbehovet til homofile søkere, slik den er beskrevet i brevet til Justisdepartementet.”⁶⁶

Selv om uttalelsen ikke kan tas direkte til inntekt for at Høyesterett er enig med Einarsen, så gir førstvoterende en antydning på at religionsforfølgelse trolig vil bedømmes på samme måte som forfølgelse av homofile. Det må i det minste kunne legges til grunn at førstvoterende ikke gir noen avvisning av metodens overføringsverdi til konvertittspørsmål.

Dersom det skal åpnes for forskjellsbehandling av homofile fremfor konvertitter kreves en god begrunnelse. Det kan argumenteres for at de svakhetene ved og kritikken av metoden den britiske domstolen gir anvisning på, utgjør en slik grunn. Dette er imidlertid bare generell kritikk av metoden, men gir ingen konkrete holdepunkter for å legitimere forskjellsbehandling.

⁶⁵ Se Rt-2012-494 avsnitt 51

⁶⁶ Avsnitt 54

Ettersom bruddet med vanlig praksis i flyktningretten allerede er skjedd med Homofilidommen, kan det i hvert fall trygt legges til grunn at det *ikke* skaper en god regel å forskjellsbehandle asylsøkere med homofil legning fremfor konvertitter.

Konsekvenshensyn, systemhensyn, hensynet til likhet for loven, diskrimineringshensyn, rettferdighets- og rimelighetshensyn er blant de argumenter som taler klart i retning av at metoden i Homofilidommen skal ha anvendelse for konvertittspørsmål. De fleste og beste grunner taler derfor for at dommen skal ha overføringsverdi for konvertittspørsmål.

Konklusjonen er at metoden Høyesterett sluttet seg til i Homofilidommen skal anvendes i saker der religionskonvertering anføres som beskyttelsesgrunnlag etter utlendingsloven § 28 (1) a).

Det neste som må vurderes er om denne konklusjonen vil modifiseres på grunn av en instruks fra Justis- og beredskapsdepartementet.

3.5 Instruks fra Justis- og beredskapsdepartementet

Justis- og beredskapsdepartementet kom i 2012 med en instruks som gjaldt rekkevidden av metoden anlagt i Homofilidommen. Instruksen fra departementet er utformet i tråd med metoden angitt i Homofilidommen, men presiserer at instruksen er begrenset til ”kun å gjelde asylsaker vedrørende LHBTI-søkere.”⁶⁷

Problemet med instruksen er at den avgrenser anvendelsesområdet for metoden til kun å gjelde LHBTI-søkere.⁶⁸ Departementet begrunner innskrenkningen med at metoden Høyesterett oppstiller representerer en særegen tilnærming i norsk asylrett på et område som fremdeles er under utvikling i internasjonal rett. Samtidig fremhever de at det i teorien er fremsatt kritikk mot metoden som har opphav i den nevnte britiske høyesterettsdommen. Ytterligere begrunnelse eller argumentasjon mot overføringen av metoden fremkommer imidlertid ikke. Departementet vurderer eksempelvis ikke hva konsekvensene av den tilnærmingen de legger til grunn blir. Konsekvensen er at departementet mener LHBTI-gruppen skal ha utvidete rettigheter sammenlignet med tidligere, noe som isolert sett kan argumenteres for å være bra. Men baksiden er, som nevnt, at de andre gruppene som er vernet av utlendingsloven ikke får

⁶⁷ GI-07/2012 Instruks om tolkning av Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a – forfølgelse på grunn av seksuell orientering og kjønnsidentitet

⁶⁸ Lesbiske, homofile, bifile, transpersoner og intersexpersoner

en tilsvarende rett. Departementet oppfordrer med andre ord til positiv forskjellsbehandling av LHBTI-gruppen fremfor de andre likestilte gruppene som er beskyttet av utlendingsloven og Flyktningkonvensjonen, jf. også drøftelsen over om Homofilidommens overføringsverdi. Noen velfunderte argumenter for forskjellsbehandlingen fremkommer ikke. Snarere tvert om, verken adresseres eller begrunnes forskjellsbehandlingen. Det svekker dermed klart instruksens verdi at departementet ikke har foretatt en grundigere gjennomgang av begrunnelsen for den forskjellsbehandlingen de ikke bare åpner for, men instruerer om.

Det neste som må vurderes er hvilke implikasjoner instruksens vil ha for vurderingen av metodens anvendelse overfor konvertitter.

Instruksens er kun gitt til UDI. Selv om departementet nå også er gitt alminnelig instruksjonsmyndighet overfor UNE gjennom midlertidig opphevelse av utl. § 76 (2) 2. og 3. punktum, så foreligger ingen tilsvarende instruks overfor utlendingsnemnda.⁶⁹ Nemnda er derfor fri til å vurdere om metoden i Homofilidommen skal overføres til konvertittsaker. Men i praksis vil trolig ikke UNE avvike fra instruksens departementet har gitt UDI. Avvikende praksis i UNE og UDI ville med stor sannsynlighet medført at departementet også gjorde instruksens gjeldende overfor UNE.

Ved prøving av spørsmålet for domstolene vil imidlertid denne stå fritt i tolkningen av lovverket. Dette følger blant annet av Rt-1995-1427 (Naturfredningsdommen), som i nyere teori har blitt brukt som illustrasjon på hvor langt domstolens kontroll med forvaltningen rekker:

”[d]et er i dag et alminnelig prinsipp i forvaltningen at domstolene kan prøve ikke bare lovtolkningen, men også subsumsjonen ved anvendelsen av lover som gjør inngrep overfor den enkelte. Dette anses som en viktig del av rettssikkerheten.”⁷⁰

Det er altså et alminnelig prinsipp i forvaltningen at domstolen kan prøve lovtolkningen. Instruksens fra departementet vil for domstolen bare ha rettskildemessig betydning i form av

⁶⁹ På bakgrunn av Prop. 16 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven (innstramninger), trådte en rekke midlertidige lovendringer på utlendingsfeltet i kraft i november 2015. En av endringene innebar opphevelsen av utl. § 76 (2) 2. og 3.punktum, og ledet til at departementet har fått samme instruksjonsmyndighet overfor UNE som UDI. De midlertidige lovendringene har virkning til 1. januar 2018, men departementet har foreslått videreføring av endringene.

⁷⁰ Side 1433

argumentasjonsverdi ved lovtolkningen.⁷¹ Det er derfor ingen ting i veien for at domstolen kommer til et annet tolkningsresultat når de beste grunner taler for det. Som Eckhoff og Smith uttaler er det ”loven selv om er avgjørende, ikke det instruksjonen sier om hvordan den skal forstås.”⁷² I det foreliggende tilfelle er det klart at de beste grunner taler for at Homofilidommen har overføringsverdi, jf. pkt. 3.4.

Konklusjonen er at instruksjonen derfor ikke skal tillegges nevneverdig betydning for domstolens lovtolkning. Instruksjonen hindrer ikke at Homofilidommen gis overføringsverdi i konvertittsaker.

3.6 Norsk forvaltningspraksis

Når det gjelder hvordan norsk forvaltning forholder seg til problemstillingen, så fremgår det av et praksisnotat fra UNE at ”[m]etoden som ble brukt i [Homofilidommen] avsnitt 57 og 58 (...) blir ikke anvendt i saker om religion.”⁷³ Dette begrunner UNE med instruksjonen fra Justis- og beredskapsdepartementet vedrørende Homofilidommens rekkevidde.⁷⁴

Her foreligger altså praksis i forvaltningen som avviker fra den konklusjonen jeg har kommet til om at Homofilidommen skal ha overføringsverdi for konvertittspørsmål. Avviket gjør det relevant å avklare hvilken betydning forvaltningspraksisen har i forhold til Homofilidommens overføringsverdi.

Utgangspunktet er at domstolen står fritt i overprøvingen av legaliteten i forvaltningens vedtak.⁷⁵ Det beror på en helhetsvurdering om den praktiserte løsning fortjener å bli anerkjent av domstolene.⁷⁶

Det kan argumenteres for at det har en egenverdi at domstolens rettsanvendelse er i samsvar med forvaltningens praksis. I foreliggende tilfelle er det total motstrid i synet på om Homofilidommen skal gis overføringsverdi. Målet om ensartet praksis hos forvaltningen og domstolen kan derfor tale for at forvaltningspraksisen bør ha gjennomslagskraft.

⁷¹ Andenæs (2009). S. 122

⁷² Eckhoff og Smith (2010) s. 174

⁷³ Praksisnotat av 28.01.2016 på side 8

⁷⁴ GI-07/2012

⁷⁵ Bernt og Rasmussen (2011) s. 352-353

⁷⁶ Andenæs (2009) s. 109

Det er også relevant å legge vekt på hvorvidt forvaltningspraksisen representerer en god regel. I dette tilfeller nøyer jeg meg med å vise til drøftelsen under punkt 3.4 av om overføring av metoden i Homofilidommen vil skape en god regel: Det er gode grunner for å si at metoden både gir grunnlag for en god og dårlig regel. Det kan imidlertid anføres at det i hvert fall *ikke* gir noen god regel å åpne for forskjellsbehandling, slik forvaltningspraksisen gjør. Slik ugrunnet forskjellsbehandling taler derfor for at forvaltningspraksisen må vike for Homofilidommens overføringsverdi.

Forvaltningspraksisen har samtidig størst betydning der andre rettskildedefaktorer i liten grad taler for en annen løsning.⁷⁷ På bakgrunn av drøftelsen av Homofilidommens overføringsverdi er det klart at andre rettskildedefaktorer taler for en annen løsning, jf. blant annet hensynet til at like tilfeller skal behandles likt, systemhensyn og rettferdighets- og rimelighetshensyn. Samtidig kan det nevnes at Høyesteretts holdning overfor forvaltningens praksis har blitt mer kritisk i nyere tid.⁷⁸

På denne bakgrunn er konklusjonen at forvaltningspraksisen ikke skal tillegges betydning til fordel for Homofilidommens overføringsverdi.

3.7 Statspraksis

Som tidligere nevnt kan statspraksis være relevant ved tolkningen av Flyktningkonvensjonen jf. Wienkonvensjonen om traktatretten art. 31 nr. 3 bokstav (b). Ettersom flyktningdefinisjonen i utlendingsloven skal sammenfalle med Flyktningkonvensjonen, blir relevant statspraksis for tolkningen av konvensjonen også relevant ved tolkningen av utlendingsloven.

Statspraksis har bare betydning når den ”establishes the agreement of the parties regarding its interpretation”, jf. bokstav (b). Som det følger av Wienkonvensjonen er forutsetningen for å legge vekt på statspraksis at den etablerer en bred enighet om tolkningen av konvensjonen. Det neste som må vurderes er derfor om statspraksis etablerer bred enighet om tolkningen av

⁷⁷ Andenæs (2009) s. 112

⁷⁸ I Rt-2003-1821 avsnitt 39 der førstvoterende avfeier praksis fra merverdiavgiftsmyndighetene når han uttaler at ”den foreliggende forvaltningspraksis ikke tillegges nevneverdig vekt.” I Rt-2006-1601 avsnitt 31 uttalte førstvoterende at ”[s]elv en entydig ligningspraksis kan etter mitt syn ikke her forhindre at den tolkningen som fremstår som den riktige, blir lagt til grunn når dette er til fordel for skatteyter”.

konvensjonen hva gjelder konvertitter som forventes å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur.

Det vises til en dom fra den britiske Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) som gjaldt avslag på en asylsøknad og som etter anke til First-tier Tribunal ble utvidet til også å gjelde søkerens konvertering fra islam til kristendommen.⁷⁹

I dommen kom Upper Tribunal til at First-tier Tribunal hadde lagt feil forståelse av *HJ og HT-saken*⁸⁰ til grunn:

”the judge went wrong by basing her decision on whether Christian converts might be expected to tolerate living discreetly, which has not been the correct test since HJ and HT. (...) HJ and HT is not to the effect that all those who behave discreetly and avoid persecution are entitled to protection; everything depends on whether they modify their behavior, and, if so, why.”⁸¹

Upper Tribunal legger uomtvistet til grunn at metoden fra *HJ og HT* også skal ha anvendelse i konvertittsaker.

På avgjørende punkter satte Upper Tribunal underrettspraksisen til side og henviste saken til ny behandling hos First-tier Tribunal med formaning om å fokusere på ”how the appellant is likely to behave on return and why, and what consequences, if any, her conduct might attract. The stages or tests, to be adapted as necessary, are as set out in HJ and HT by Lord Hope at paragraph 35 and by Lord Roger at paragraph 82.”⁸²

Upper Tribunal er den øverste forvaltningsdomstolen i Storbritannia og setter presedens for senere saker.⁸³ Dommen har derfor stor betydning i britisk rettspraksis ved at den gir uttrykk for gjeldende rett.

Så vidt meg bekjent foreligger det ellers ikke betydningsfull statspraksis for konvertitter som forventes å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur. Selv om både britisk rett og antydningene i den norske lagmannsrettsdommen fra 2010 trekker i samme retning er dette

⁷⁹ AA/05355/2015

⁸⁰ Den britiske dommen som den norske Homofilidommen bygger på

⁸¹ AA/05355/2015 punkt 8 og 11

⁸² *ibid.* punkt 16 og 17

⁸³ Courts and Tribunals Judiciary s. 14

langt fra tilstrekkelig til å si at statspraksisen ”establishes the agreement of the parties regarding its interpretation”, jf. Wienkonvensjonen art. 31 nr. 3 bokstav (b).

Praksis fra EU-domstolen gir hellet ikke nevneverdig bidrag.⁸⁴ I EUs rådsdirektiv av 29. April 2004 er det fastsatt minimumsstandarder for hvem som skal tillegges flyktningstatus eller subsidiær beskyttelse.⁸⁵ I den tidligere nevnte *Y og Z mot Tyskland* behandlet EU-domstolen en konvertittsak. Domstolen tok imidlertid ikke stilling til hvordan man skal bedømme personer som forventes å skjule troen for å unngå forfølgelse.⁸⁶ Saksforholdet var nemlig at søkerne var forventet å delta i religiøs praksis som uansett ville utsette dem for reell forfølgelsesfare.

Det synes generelt å være lite rettspraksis på problemstillingen denne delen av avhandlingen reiser: Meget beskjeden statspraksis og fraværende praksis i EU-domstolen.

At det ikke foreligger bred statspraksis for denne typen konvertittspørsmål, er derimot ikke et argument *imot* at konvertitter skal gis samme rett til beskyttelse som homofile. Fravær av praksis kan blant annet ha sammenheng med at konvertitter har fått mindre fokus enn det eksempelvis homofile har fått. Det er også tilfelle at svært få konvertittspørsmål har sluppet igjennom i statenes øverste domstoler, slik som i Norge (hvor som nevnt ingen slike konvertittsaker har blitt behandlet av Høyesterett).

Det samlede inntrykket av statspraksis er imidlertid at det ikke foreligger noen festnet praksis, slik Wienkonvensjonen krever. Statspraksis kan derfor ikke brukes som et argument for at metoden i Homofilidommen skal ha anvendelse i konvertittspørsmål.

Det siste som må vurderes, er om EMK gir anvisning på hvordan problemstillingen skal løses.

3.8 EMK artikkel 9

Dersom overføring av Homofilidommen ikke skal stå seg for fremtiden, må tungtveiende grunner tale for en annen løsning. Slike tungtveiende grunner kan eksempelvis være dersom en tolkning av EMK tilsier en annen løsning.

⁸⁴ Når det gjelder EU-domstolens avgjørelses betydning for tolkningen av den norske utlendingsloven nøyer jeg meg med å vise til avhandlingens pkt. 2.1.7 som behandler dette.

⁸⁵ 2004/83/EC

⁸⁶ Det nevnte EU-direktivet tar heller ikke stilling til dette

Det neste som må vurderes er om det vil være i strid med retten til religionsfrihet etter EMK art. 9 (1) å nekte beskyttelse til konvertitter som er forventet å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet.

Ordlyden tilsier at konvertitter skal ha rett til å utfolde religion slik e selv ønsker innenfor begrensningene som måtte følge av art. 9 (2). I et tilfelle der innskrenkningene i religionsutøvelsen skjer på initiativ fra konvertitten selv, kan det argumenteres for at ordlyden ikke beskytter disse. I slike tilfeller kan handlingen regnes som en disposisjon der konvertitten gir avkall på retten til fri religionsutøvelse.

Ved avkall på rettigheter må det forutsettes at avkallet er ”utvilsomt og gyldig, herunder at den aksepterte begrensningen er rimelig.”⁸⁷ Aall skriver i en omfattende artikkel om avkall på rettigheter at det blir en vurdering av ”the legal consequences of a right owner’s dispositions.”⁸⁸

Dersom det forutsettes at en konvertitt som er forventet å skjule troen ved retur, har avgitt en fullstendig gyldig disposisjon, er det vanskelig å se hvordan staten likevel må beskytte personen. Dette på tross av at begrunnelsen for disposisjonen er forfølgelsesfaren personen risikerer. Det er ingen prinsipielle grunner for at man ikke kan foreta en slik disposisjon, ettersom konvertitter, slik som alle andre, har handlefrihet.

I situasjoner der konvertitten har foretatt en fullt ut gyldig disposisjon om å skjule troen, må det skilles mellom to tilfeller: (1) når disposisjonen *ikke* medfører at forfølgelsesfaren elimineres og (2) når disposisjonen medfører at forfølgelsesfaren elimineres.

Når det gjelder tilfelle nummer én: Selv om det foreligger en fullt ut gyldig disposisjon, er det klart at mennesker som rent *faktisk* risikerer forfølgelse ikke kan sendes tilbake dit forfølgelsesfaren er. Da kan det være fare for brudd på både EMK art. 2 og 3, som er omfattet av statenes eksterriale sikringsplikt.⁸⁹ I slike tilfeller har staten plikt til å beskytte asylsøkeren.

Når det gjelder tilfelle nummer to: I de tilfellene der konvertitten helt fritt og selvstendig velger å skjule troen slik at *forfølgelsesfaren elimineres*, kan det ikke lenger sies å eksistere noen beskyttelsesverdig forfølgelsesfare. En person som fullt ut og frivillig velger en slik

⁸⁷ Aall (2011) s. 230

⁸⁸ Aall (2010) pkt. 3.1.

⁸⁹ Aall (2011), s. 188-189.

handlemåte—og ved denne handlemåten eliminerer forfølgelsesfaren—bør få gehør for sitt valg.

De refererte tilfellene over bygger på en forutsetning om at det foreligger en gyldig disposisjon fra konvertitten; altså et gyldig avkall på rettigheter. Det kan imidlertid argumenteres for at tilfellet i de fleste konvertittsaker er at slike utsagn *ikke* utgjør noen gyldig disposisjon—at det *ikke* foreligger et ”utvilsomt og gyldig” avkall på retten til religionsfrihet.

Det er ikke vanskelig å forestille seg at når alternativet er risiko for forfølgelse, så vil de fleste velge å tilpasse religionsutøvelsen for å eliminere forfølgelsesfaren.

Spørsmålet blir om en forventning om at konvertitten vil skjule troen ved retur er en ”utvilsom og gyldig” disposisjon som myndighetene kan bygge på.

Det må foretas en nøye vurdering av konvertittens disposisjon, og om denne gir uttrykk for konvertittens frie og selvstendige vilje. Aall skriver om avkall på rettigheter at ”an action that does not reflect the free and informed will of the person concerned, is invalid and hence without consequences.”⁹⁰ Det kan argumenteres for at forfølgelsesfaren konvertitten risikerer ved returnering ”tvinger” den til å innta en holdning der den forventes å skjule troen. Om så er tilfellet kan ikke disposisjonen anses å reflektere ”the free and informed will of the person”.⁹¹

Når det står mellom å risikere forfølgelse, med de alvorlige krenkelsene dette medfører, og å skjule troen for å unngå slik risiko, er det ikke vanskelig å forestille seg hva de fleste velger å gjøre. Valget konvertitten gjør kan ikke sies å være fritt og uten tvang, men heller motsetningsvis kan det argumenteres for at det ikke foreligger noen annen logisk og rasjonell mulighet enn å skjule troen. Myndighetene bør i de aller fleste tilfeller ikke bygge på en slik disposisjon.

For å oppsummere: Dersom det ikke foreligger noen gyldig disposisjon om å skjule troen, blir konklusjonen at myndighetene heller *ikke* kan bygge på en slik disposisjon. I et slikt tilfelle kan det ikke sies å foreligge et gyldig avkall på retten til religionsfrihet etter EMK art. 9 (1).

⁹⁰ Aall (2010) pkt. 3.1

⁹¹ Aall (2010) pkt. 3.1

Motsetningsvis, i tilfeller der en disposisjon om å skjule troen fullt ut er gyldig, kan myndighetene bygge på disposisjonen. I et slik tilfelle foreligger et gyldig avkall på retten til religionsfrihet etter EMK art. 9 (1).

For begge tilfellene—både der det foreligger gyldig og ugyldig avkall på retten til religionsfrihet—må det foretas en selvstendig vurdering av beskyttelsesbehovet konvertitten har. Dersom konvertitten risikerer forfølgelse som medfører krenkelse av EMK art. 2 eller 3, er dette omfattet av statens eksterriale sikringsplikt.⁹² I slike tilfeller kan staten aldri returnere konvertitten til hjemlandet. I tilfeller der det *ikke* eksisterer forfølgelsesfare ved retur, kan staten heller ikke sies å ha *plikt* etter EMK til å beskytte asylsøkeren.

Til sist må det vurderes hvilke implikasjoner denne forståelsen av EMK har for Homofilidommens overføringsverdi.

En slik tolkning av EMK er ikke problematisk i relasjon til Homofilidommens overføringsverdi i saker der en konvertitt er forventet å skjule troen ved retur. Homofilidommens overføringsverdi fører nemlig til at norsk rett går lenger i beskyttelsen av konvertitter enn det EMK gjør. All den tid norsk rett gir bedre vern enn EMK, blir det heller ikke tale om at norsk rett er i strid med menneskerettighetene.

Tolkningen av EMK er derfor ikke en tungtveiende grunn som taler for en annen løsning enn at Homofilidommen skal gis overføringsverdi i konvertittsaker.

3.9 Konklusjon

Alt i alt taler de beste grunner for at metoden Høyesterett la til grunn i Homofilidommen også skal anvendes overfor konvertitter. Dette medfører et brudd med instruksene fra Justis- og beredskapsdepartementet og den praksis UNE har på området.⁹³ Metoden fra Homofilidommen angir at det er årsaken til at en konvertitt forventes å skjule troen som er avgjørende. Dersom hemmeligholdet er begrunnet i reell frykt for forfølgelse, skal søkeren ha rett til beskyttelse. Er begrunnelsen for at søkeren ønsker å holde troen skjult fundert på annet grunnlag enn

⁹² Aall (2011) s. 59

⁹³ GI-07/2012 og UNEs praksisnotat av 28.01.2016

forfølgelsesfare, for eksempel at søkeren er redd for fordømmelse eller sosial utestengelse, vil søkeren ha rett til beskyttelse—med mindre sanksjonene kumulativt vil regnes som forfølgelse.

Hva så når årsaken til at konvertitten forventes å skjule troen ved retur er sammensatt? Dette er det siste spørsmålet avhandlingen åpner for å behandle.

4 Sammensatt begrunnelse for hemmelighold

4.1 Innledning

Som konkludert med ovenfor er det sentrale, for konvertitter som forventes å skjule troen ved retur til hjemlandet, å klargjøre hva *årsaken* til hemmeligholdet er. Dersom årsaken er at konvertitten har en berettiget frykt for forfølgelse har asylsøkeren rett på beskyttelse. Er årsaken derimot frykt for sanksjoner som ikke i seg selv eller kumulativt kvalifiserer som forfølgelse, har konvertitten ikke rett på beskyttelse. I noen tilfeller kan imidlertid begrunnelsen for hemmeligholdet ha flere årsaker. Det kan for eksempel være at en konvertitt delvis vil skjule troen for å unngå fordømmelse og delvis vil skjule troen for å unngå forfølgelse.

Spørsmålet blir om konvertitter skal ha rett til beskyttelse når årsaken til at konvertitten forventes å skjule troen ved retur er sammensatt.

4.2 Kort om rettstilstanden

Høyesterett oppsummerer i Homofilidommens avsnitt 58 den norske rettstilstanden når det gjelder sammensatt begrunnelse for hemmelighold:

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

Basert på drøftelsen foretatt ovenfor er det klart at Homofilidommen har overføringsverdi for spørsmål som gjelder konvertitter. Siden Homofilidommen tar stilling til hva resultatet blir der begrunnelsen for hemmelighold av legning er sammensatt, er det ingen logisk grunn til at metoden ikke også skal anvendes der begrunnelsen for hemmelighold av religionskonverteringen er sammensatt.

Når det gjelder det konkrete utdraget fra Homofilidommen har ikke Høyesterett presisert hva som ligger i uttrykket ”sentral”. I den henviste instruksjonen fra Justis- og beredskapsdepartementet fremgår det at forfølgelsen må være ”en viktig årsak” til

hemmeligholdet. Som det fremgår av instruksen trenger ikke frykten for forfølgelse ”være den eneste eller den mest dominerende årsaken til at søkeren velger hemmelighold. Det er tilstrekkelig at frykten er en viktig årsak for søkerens valg.”⁹⁴

I *HT og HJ-saken* uttaler dommer Lord Rodger om tilfeller der begrunnelsen for hemmelighold er sammensatt:

”[T]he need to avoid the threat of persecution would be a material reason, among a number of complementary reasons, why the applicant would act discreetly. Would the existence of these other reasons make a crucial difference? In my view it would not. (...) It follows that the question can be further refined: is an applicant to be regarded as a refugee for purposes of the Convention in circumstances where the reality is that, if he were returned to his country of nationality, in addition to any other reasons for behaving discreetly, he would have to behave discreetly to avoid persecution because of being gay?”⁹⁵

Det er ikke nødvendigvis bare frykten for forfølgelse som gjør at søkeren vil skjule troen, men også frykt for andre sanksjoner, som eksempelvis fordømmelse, stigmatisering eller utestengelse. Dette må regnes som tilleggsbegrunnelser som ikke gjør forfølgelsesfrykten noe mindre reell eller sentral. Eksempelvis ville en Rohingya, som både ble diskriminert og samtidig levde i fare for forfølgelse, ha et like stort behov for beskyttelse som en person som ”bare” levde i fare for forfølgelse. I motsatt fall ville mennesker med reelt behov for beskyttelse ikke få det vernet mot forfølgelse de har rett til og behov for. Dette ville stride mot både sammenhengen i rettssystemet og de rettferdighetshensyn som retten skal ivareta.

4.3 Konklusjon

Siden Homofilidommen er gitt overføringsverdi må samme metode anvendes for konvertitter som for homofile der begrunnelsen for hemmelighold er sammensatt.

⁹⁴ GI-07/2012

⁹⁵ Avsnitt 62

Konklusjonen er at konvertitter skal ha rett til beskyttelse når årsaken til at konvertitten forventes å skjule troen ved retur er sammensatt og forfølgelsesfrykten er en sentral årsak for søkerens hemmelighold.

5 Konklusjon og avsluttende bemerkninger

I avhandlingen har jeg tatt for meg to problemstillinger. Den første problemstillingen er om konvertitter kan nektes beskyttelse under henvisning til at de kan skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet. Basert på en gjennomgang av relevante rettskilder er konklusjonen at konvertitter ikke kan nektes beskyttelse under henvisning til å skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet.

Den andre problemstillingen er om konvertitter har rett til beskyttelse når det forventes at de vil skjule troen for å unngå forfølgelse ved retur til hjemlandet. Homofilidommens overføringsverdi var avgjørende for konklusjonen på denne problemstillingen. Etter metoden anlagt av Høyesterett i Homofilidommen er det avgjørende hva som er *årsaken* til at konvertitten vil skjule troen.⁹⁶ Dersom årsaken til hemmeligholdet er begrunnet i reell frykt for forfølgelse, skal søkeren ha rett til beskyttelse. Er årsaken til hemmeligholdet derimot knyttet til andre grunner enn forfølgelsesfrykt, har søkeren ikke rett til beskyttelse.

Løsningen av de to problemstillingene bygger på et flerfoldig rettskildebilde. De mest sentrale rettskildene jeg har vurdert er flyktningdefinisjonen i utlendingsloven § 28 (1) a) jf. Flyktningkonvensjonen (FK) art. 1 A (2), norsk rettspraksis, en instruks gitt av Justis- og beredskapsdepartementet, forvaltningspraksis, statspraksis, praksis fra EU-domstolen, anbefalinger fra UNHCR, samt EMK med tilhørende EMD-praksis.

Kjernen i avhandlingen har vært konvertitters rett til beskyttelse etter utl. § 28 (1) a) jf. FK art. 1 A (2). Det har nemlig oppstått problemer med tolkningen av utl. § 28 (1) a) fordi det eksisterer en instruks fra Justis- og beredskapsdepartementet som sier at forfølgelsesgrunnene i utlendingsloven skal behandles ulikt. Samtidig eksisterer det praksis fra Høyesterett, Homofilidommen, og spørsmål knyttet til dennes overføringsverdi for andre forfølgelsesgrunner enn homofili.

⁹⁶ Avsnitt 57 i dommen

Min vurdering og anbefaling er at Homofilidommen skal ha overføringsverdi for konvertitter. Departementsinstruksen strider dermed med den gjennomslagskraften overføringsverdien av Homofilidommen skal for tolkningen av utl. § 28 (1) a). Når bruddet med vanlig praksis i flyktningretten allerede er skjedd gjennom Homofilidommen, er det ingen gode grunner for å favorisere homofile fremfor de andre forfølgelsesgrunnene i utlendingsloven.

Avhandlingen illustrerer viktigheten av domstolens uavhengighet fra forvaltningen: Her i form av rettspraksis versus instruks gitt av et departement. Forholdet mellom utøvende og dømmende makt er imidlertid ikke et konfliktfritt område. Det gjør det nødvendig med en avklaring av rettstilstanden for rekkevidden av Homofilidommen. Slik avklaring kan enten skje gjennom lovgivning fra Stortinget eller ved at Høyesterett tar endelig stilling til spørsmålet.

6 Kilder

6.1 Litteraturliste

Bøker

Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære* 2. utgave, Oslo 2009

Brems, Eva. *Human Rights: Universality and Diversity*. Martinus Nijhoff Publishers, 2001

Bernt, Jan Fridthjof og Rasmussen, Ørnulf. *Frihagens forvaltningsrett. Bind I (2.utgave)*. Fagbokforlaget, 2011.

Eckhoff, Torstein og Smith, Eivind. *Forvaltningsrett* 9. utgave, Universitetsforlaget 2010

Frihagen, Arvid. *Forvaltningsrett. Bind I-III*. Oslo, 1991

Øyen, Øyvind Dybvik (red.). *Lærebok i Utlendingsrett*. Universitetsforlaget 2013

Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter* 3. utgave. Bergen 2011

Aall, Jørgen. *Rettsstat og menneskerettigheter*. Bergen 2015

Artikler

James C. Hathaway og Jason Pobjoy. *Queer Cases Make Bad Law*. International law and politics [vol. 44:315 2012]

Aall, Jørgen. *Wavier of Human Rights – Setting the Scene (Part I/III)*. Nordic Journal of Human Rights 03-04/2010 (Volum 28). S. 300-370.

Landinfo (7. juli 2011). *Temannotat: Kristne og konvertitter*

UNHCR (2004). UNHCR Guidelines on International Protection No. 6: Religion-Based Refugee Claims under Article 1 A(2) of the 1951 Convention and/or the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees

UNHCR (reissued December 2011). Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status. Under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees.

6.2 Lovgivning og forarbeider

Norske lover

Utlendingsloven Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 15 mai 2008 nr. 35

Norske forarbeider

NOU 2004:20 s. 149 Ny utlendingslov

Ot.prp. nr. 48 (2001-2002) Om lov om endringer i utlendingsloven

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

Prop. 16 L (2015-2016) Endringer i utlendingsloven (innstramminger)

Prop. 149 L (2016-2017) Endringer i utlendingsloven mv. (videreføring av innstramminger mv.)

Innst.O. nr.51 (1998-1999) Innstilling frå justiskomiteen om lov om styrking av menneskerettane si stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Innst.O. nr.42 (2007-2008) Innstilling fra kommunal- og forvaltningskomiteen om lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold der (utlendingsloven)

Traktater

EMK Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (Europarådets menneskerettskonvensjon) av 4. November 1950

Wienkonvensjonen Wienkonvensjonen om traktatretten av 23. mai 1969

Lovgivning fra EU

2004/83/EC Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless

persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted

Internasjonale avtaler

EØS-avtalen Agreement on The European Economic Area of 17 March 1993 (EEA Agreement)

6.3 Instruks

Norske instruks

GI-07/2012 Justis- og beredskapsdepartementet (29.06.2012). Instruks om tolkning av Utlendingsloven § 28 første ledd bokstav a – forfølgelse på grunn av seksuell orientering og kjønnsidentitet

Instruks fra andre stater

UK Home Office Country Policy and Information Note. Iran: Christians and Christian converts (February 2017).

6.4 Praksis

Norges Høyesterett

Rt-1981-809

Rt-1987-729 (Avbetalingstilleggsdommen)

Rt-1995-1427 (Naturfredningsdommen)

Rt-1997-1954

Rt-2000-1811

Rt-2001-1006

Rt-2002-391

Rt-2003-1821

Rt-2005-951

Rt-2006-1601

Rt-2007-234
Rt-2010-858
Rt-2012-139
Rt-2012-494 (Homofilidommen)

Lagmannsretten

LB-2010-134086 (Borgarting lagmannsrett)
LB-2015-68567 (Borgarting lagmannsrett)
LB-2015-168682 (Borgarting lagmannsrett)

Norsk forvaltningspraksis

Praksisnotat fra UNE (28.01.2016) *Forfølgelse på grunnlag av religion*

EMD

Case of F.G. v. Sweden European Court of Human Rights (Grand Chamber) (23.03.2016). Application no. 43611/11

Case of Kokkinakis v. Greece European Court of Human Rights (25.05.1993). Application no. 14307/88

Case of Tyrer v. The United Kingdom European Court of Human Rights (25.04.1978). Application no. 5856/72

Case of Boultif v. Switzerland European Court of Human Rights (02.08.2001). Application no. 54273/00

Case of Leyla Sahin v. Turkey European Court of Human Rights (10.11.2005). Application no. 44774/98

Case of Eweida and Others v. The United Kingdom European Court of Human Rights (15.01.2013). Application no. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10

ICJ

Guinea-Bissau v. Senegal International Court of Justice. Case Concerning the Arbitral Award of 31 July 1989. Guinea-Bissau v. Senegal. Judgement of 12 November 1991

EU-domstolen

Y and Z v. Germany Grand Chamber of the CJEU (05.09.2012).
Bundesrepublik Deutschland v Y (C-71/11) and Z (C-99/11)

Statspraksis

Britisk Høyesterett United Kingdom's Supreme Court (July 2010). HJ (Iran) and HT
(Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department
Upper Tribunal Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) (8 March 2016). [S
B] and The Secretary of State for the Home Department. Appeal number:
AA/05355/2015

6.5 Internett

Utlendingsnemndas praksisbase f.o.m. 2010. Søkeord: *konvertitt*
<http://praksis.une.no/CES5/?sk=NyLov>
[20.11.2017]
Courts and Tribunals Judiciary judiciary.gov.uk. *The Judicial System of
England and Wales.*
[https://www.judiciary.gov.uk/wp-
content/uploads/2016/05/international-
visitors-guide-12.pdf](https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/05/international-visitors-guide-12.pdf)
[04.12.2017]