

Asylprövningen vid flyktingskap på grund av sexuell läggning

En analys av riskprövningen och möjligheten till skydd i hemlandet

Aino Gröndahl



1. Inledning

1.1 Förord

I ca 80 länder i världen är homosexualitet fortfarande kriminaliserad. En relation med någon av samma kön kan resultera i långa fängelsestraff, kroppsstraff och i värsta fall döden. Internationella människorättsorganisationer har sedan flera år tillbaka tagit ställning mot kriminalisering. FN:s kommitté för mänskliga rättigheter fastslog 1994 att förbud mot "homosexuella handlingar" strider mot mänskliga rättigheter (*Toonen v. Australia*). Europadomstolen fastslog 1981 att förbuden strider mot rätten till respekt för privatliv i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (*Dudgeon v. Storbritannien*). Förbud ger myndigheter rätt och skyldighet att inskränka homo-, bisexuellas och transpersoners (hbt-personer) mänskliga rättigheter. Trots detta går utvecklingen bakåt på många håll i världen. Förbud mot manlig homosexualitet utvidgas till att omfatta kvinnor. Politiska makthavare uttalar sig för kriminalisering, förnekar att hbt-personer skulle finnas i "deras" land, alternativt att de som upptäcks kommer att avrättas. I flera länder publicerar media listor på hbt-personer i syfte att åstadkomma detta.

Förföljelse och bestraffning av hbt-personer har väckt omvärldens reaktioner, exempelvis då två tonårspojkar som hade en relation med varandra avrättades offentligt genom hängning i Iran. Förbudet mot homosexualitet i Uganda föreslås utökas till dödsstraff. I St. Petersburg i Ryssland gick nyligen ett lagförbud igenom som kriminaliserar "propaganda" för homo- och bisexualitet och transidentiteter. På senare tid har frågorna även uppmärksammats i debatten om flyktingar och asylprocessen. Såväl intern som internationell kritik har riktats mot Sveriges utvisningar av hbt-personer. Varje år söker tusentals hbt-personer asyl och internationellt skydd i Europa efter att ha flytt från sina hemländer. Att söka asyl är en mänsklig rättighet enligt FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna. EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna anger att rätten till asyl ska garanteras utifrån Genèvekonventionen om flyktingars rättsliga ställning. Att ge skydd åt den som riskerar förföljelse är en skyldighet. EU och många europeiska länder har erkänt sexuell läggning som en skyddsgrund i skyddsgrundsdirektivet, som införlivats i Sverige. Internationell praxis och en mer enhetlig tillämpning av flyktingkonventionen, föranledde att Sverige erkände sexuell läggning som flyktinggrund. Trots risken att straffas och utsättas för våld på grund av sin sexualitet, skickas många asylsökande tillbaka till länder där de riskerar förföljelse.

1.2 Bakgrund och syfte

Denna rapport sammanställer resultaten av rapportförfattarens examensarbete vid juridiska institutionen i Uppsala 2012, *Asylprövningen vid flyktingskap på grund av sexuell läggning. En analys av riskprövningen och möjligheten till skydd i hemlandet*. Rättstillämpningen analyserades när en asylsökande åberopar sin sexuella läggning som grund till förföljelse. Asylprövningen och vad som krävs för att en asylsökande ska flyktingförklaras och därmed få rätt till uppehållstillstånd regleras i utlänningslagen (SFS 2005:716, herefter UtlL). Flyktingbestämmelsen i 4 kap. 1 § anger:

Med flykting avses i denna lag en utlänning som

- befinner sig utanför det land som utlänningen är medborgare i, därför att han eller hon känner *välgrundad fruktan för förföljelse* på grund av ras, nationalitet, religiös eller politisk uppfattning eller på grund av kön, *sexuell läggning* eller annan tillhörighet till en viss samhällsgrupp, och
- *inte kan*, eller på grund av sin fruktan *inte vill*, begagna sig av detta lands skydd.

Detta gäller *oberoende* av om det är landets myndigheter som är ansvariga för att utlänningen riskerar att utsättas för förföljelse eller om dessa inte kan antas erbjuda trygghet mot förföljelse från enskilda.

Dessa rekvisit måste vara uppfyllda för att asylsökanden ska kunna få flyktingstatus. I examensarbetet undersöktes hur kriterierna tolkas i praxis och förarbeten när förföljelsegrunden är sexuell läggning. Sexuell läggning infördes som grund för flyktingskap i 2005 års UtlL och kom då att utgöra tillhörighet till viss samhällsgrupp. *Riskbedömningen* är avgörande för att någon ska anses vara flykting. Asylsökanden har göra sannolikt att denne känner välgrundad fruktan för förföljelse vid ett återvändande till hemlandet. Förföljelsen måste grunda sig i en eller flera av de grunder som anges, varav sexuell läggning är en. Vidare ska asylsökanden inte kunna få *skydd i hemlandet*, vilket framgår av kravet att personen inte kan, eller på grund av sin fruktan inte vill använda sig av landets skydd. Eftersom förföljelse risken och hemlandets skydd är avgörande i asylprövningen, fokuserade utredningen på vilka kriterier som uppställs inom ramen för tolkningen av dessa rättsfrågor.

1.3 Avgränsning

För att utreda asylprövningen togs utgångspunkt i tolkning och tillämpning av lagtext och förarbeten. I skrivande stund saknas till stor del fortfarande Migrationsöverdomstolens vägledande praxis vid sexuell läggning som asylskäl. Detta påtalade även Migrationsverket 2011 i Rättschefens rättsliga ställningstagande RCI 03/2011. Behovet framhölls av en metod för riskprövningen då sexuell läggning är förföljelsegrund. Migrationsverket är första prövningsinstans i asylärenden, och tanken är att tyngdpunkten i asylprocessen ska ligga här. Migrationsverkets beslut får överklagas till tre migrationsdomstolar, som finns i Stockholm, Göteborg och Malmö. Domarna kan överklagas till Migrationsöverdomstolen om prövningstillstånd beviljas då det är av vikt för ledning av rättstillämpningen eller om det annars finns synnerliga skäl att pröva fallet. I slutet av 2011 hade

prövningstillstånd ännu inte beviljats i något ärende med hbt-relaterade asylskäl.

Det har redan gjorts ett antal både interna och externa granskningar av Migrationsverkets prövning då asylskälen är hbt-relaterade. Några av dessa användes som underlag i examensarbetet *Asylprövningen vid flyktingskap på grund av sexuell läggning*. Mycket av den problematik som framgår i granskningar av Migrationsverkets prövning, är samma som hos migrationsdomstolarna. Verkets beslut och rättschefens ställningstaganden är inte bindande för övre prövningsinstanser. I egenskap av överklagandeinstans väger migrationsdomstolarnas praxis tyngre än Migrationsverkets beslut. Avsaknaden av praxis från Migrationsöverdomstolen motiverade en analys av förarbeten och migrationsdomstolarnas rättstillämpning, för att utreda rättsläget i den utsträckning som är möjlig. Domstolarnas praxis är inte prejudicerande. Generella slutsatser torde inte kunna dras av domskälen. Domstolarnas och Migrationsverkets tolkning av förarbetena är dock avgörande i de asylprocesser som sker innan Migrationsöverdomstolen fastslår något annat om rättstillämpningen. Utredningen är därför relevant i analysen av asylprövningen idag när sexuell läggning är asylskäl.

1.4 Material

Underlaget består av 70 fall från migrationsdomstolarna samt avslagsbesluten från underinstansen Migrationsverket. Urvalet av fall som hänvisas till grundar sig i resonemang som är talande för de som generellt förekommer kring rättsfrågorna i utredningen. Tillämpningen av svensk lagstiftning, förarbeten och kommentarer till utlänningslagen, analyseras utifrån internationella bestämmelser, riktlinjer från FN:s flyktingorgan UNCHR och EU:s skyddsgrundsdirektiv. Många fall innehåller sekretessbelagda uppgifter men ligger ändå till grund för och bekräftar utredningens slutsatser. För att få tillgång till rättsfall har författaren haft kontakt med migrationsdomstolarna; Förvaltningsrätterna i Stockholm, Malmö samt Göteborg, och tagit del av avgöranden där asylskälen varit hbt-relaterade. Tillgången till fall som avser transpersoner har i viss mån varit begränsad. Det kan förklaras av att många uppgifter är sekretessbelagda, samt att en del fall där asylskälet enligt författarens mening snarare verkar röra sig om könsidentitet och/eller könsuttryck och borde falla inom ramen för förföljelsegrunden kön, i utredningen har hanterats som sexuell läggning. Det är viktigt att framhålla att homosexuella inte ska läsas som synonymt med hbt-personer i rapporten. Det senare används som ett samlingsbegrepp i hänvisningar till homo-, bis sexuellas och transpersoners situation i ett större sammanhang. Det råder sällan en skarp skillnad mellan diskriminering antingen mot viss uppfattad sexuell läggning *eller* könsidentitet. Under arbetets gång har kontakt även haft med ett ombud för ett stort antal hbt-personer i asylärenden, Stig-Åke Petersson, asylhandläggare vid RFSL (Riksförbundet för homosexuella, bis sexuellas och transpersoners rättigheter). Även i övrigt har kontinuerlig kontakt haft med RFSL, särskilt inom

ramen för hbt-flyktingnätverket Newcomer. Rapportförfattaren har under arbetets gång kontaktats av asylsökande, personer som fått avslag och utvisats, samt personer som lever papperslösa efter att ha fått avslag. Deras beskrivning av hemlandets situation och asylprövningen i Sverige, bekräftar vad som framkommer i rättsfallen hos Migrationsverket och migrationsdomstolarna.

2. Riskbedömningen när sexuell läggning utgör asylskäl

2.2 Betydelsen av vetskap

Riskprövningen ska vara *framåtsyftande*. Det innebär att avgörande ska vara om det finns anledning att anta att sökanden vid ett återvändande kan komma att utsättas för förföljelse. Det krävs inte att förföljelse redan har skett i hemlandet för att få asyl. Om förföljelse redan har skett, anses det indikera att förföljelse risk fortfarande finns. Att riskprövningen ska vara framåtsyftande framhölls särskilt av regeringen då EU:s skyddsgrundsdirektiv införlivades i UtlL. Vid granskningen migrationsdomstolarnas praxis och Migrationsverkets resonemang, kunde några särskilda omständigheter urskiljas. Dessa föranledde ofta att flyktingstatus och uppehållstillstånd beviljades vid den individuella riskprövningen. Det fick betydelse om sökandens sexuella läggning var känd i hemorten, och om myndigheterna hade vetskap om sökandens läggning. I några fall var avgörande att asylsökanden inte hade uppgett sig vilja dölja sin homosexualitet, samt att den var allmänt känd i hemlandet, eller att personen avsåg ”leva ut” sin sexualitet vid ett återvändande. I ett fall framhölls att sökanden var en offentlig person som ”öppet hade deklarerat sin sexuella läggning”. I ett annat fall hade personen försökt dölja sin läggning, men då den hade ”uppdagats” i hemlandet skulle personen inte rimligen behöva dölja den i fortsättningen. Migrationsdomstolarna ansåg i samtliga dessa fall att landinformationen visade en mycket svår situation för hbt-personer. I de fall övergrepp redan hade begåtts mot sökanden, fick det stor betydelse, liksom om personen ”levt öppet med sin sexuella läggning” i Sverige.

Den gemensamma omständigheten för att asyl beviljades i dessa fall var att den sexuella läggningen på något sätt hade kommit till kännedom för personer i ett land där situationen för homosexuella konstaterades vara svår. Att vetskapen fick stor betydelse framgår av resonemangen i flyktingstatusförklaringarna. De innehåller formuleringar om att den homosexuella läggningen ”öppet har deklarerats”, var ”allmänt känd” eller hade ”uppdagats” i hemlandet, att sökanden ”uttryckt en önskan att inte dölja” eller hade för ”avsikt att leva öppet” vid ett återvändande. I samtliga fall gjordes återkommande hänvisningar till förarbetena. Några specifika uttalanden framhölls och dessa tillämpades för att bevilja asyl. Ett avgörande uttalande finns i förarbetet inför lagändringen enligt vilken sexuell läggning kom att utgöra tillhörighet till en viss samhällsgrupp enligt flyktingdefinitionen i UtlL 4:1. I proposition 2005/06:6 *Flyktingskap och förföljelse på grund*

av *sexuell läggning* framhåller regeringen:

”sexuell läggning skall betraktas som en grundläggande egenskap hos individen som det aldrig kan komma i fråga att kräva att han eller hon avstår från. Sexuell läggning är alltså en sådan egenskap som kan definiera en samhällsgrupp i flyktingbestämmelsens mening. Detta gäller även om en homosexuell person i hemlandet har dolt sin sexuella läggning, eller har levt på ett sätt som minimerat risken för förföljelse”

Socialförsäkringsutskottet uttalar i sitt betänkande 2005/06:SfU4 *Förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning* att det ”aldrig kan komma i fråga att avvisa t.ex. en homosexuell person till hemlandet om han eller hon riskerar förföljelse på grund av sin sexuella läggning.” Vidare anser utskottet att även utan uppmärksamhet i svenska massmedier är förföljelse risken förmodligen betydligt större för den som levt helt öppet som homosexuell i Sverige, jämfört med någon som dolt sin läggning både i Sverige och i hemlandet.

”Redan det förhållandet att personen levt öppet som homosexuell i Sverige torde kunna innebära en risk för avslöjande och därmed förföljelse i hemlandet. Dessutom anser utskottet att det inte är rimligt att kräva att en person som levt öppet i Sverige som homosexuell i fortsättningen skall dölja sin sexuella läggning för att undgå förföljelse i hemlandet.”

2.2 Problematiken med begreppet ”öppenhet”

Regeringens och socialförsäkringsutskottets uttalanden i förarbetena framstår som tydliga avseende riskprövningen i de fall en asylsökande kan anses ha ”levt öppet med en homosexuell läggning i Sverige”. Det anges uttryckligen att risken i hemlandet ska antas öka för en person som lever ”öppet homosexuell i Sverige”. En asylsökande som uppfyller innebörden av det begreppet, ska alltså inte behöva avstå sin homosexuella läggning när denna väl har uttryckts. Uttrycket ”leva öppet som homosexuell” återkommer på flera ställen i såväl förarbeten som migrationsdomstolarnas och Migrationsverkets praxis. Det framgår varken i förarbetena eller praxis vad som avses med uttrycket ”leva öppet som homosexuell”. Detta är problematiskt, eftersom först när någon väl konstateras leva öppet tycks det anses vara orimligt att personen måste avstå eller dölja sin läggning vid ett återvändande, vilket då leder till asyl. Socialförsäkringsutskottet anser exempelvis att det ”inte är rimligt att kräva att en person som levt öppet i Sverige i fortsättningen skall dölja sin sexuella läggning för att undgå förföljelse.” Resonemanget talar för att det anses särskilt orimligt att kräva ett avstående från en person som bedöms ha levt öppet eller uttrycker en avsikt att göra det. En risk med att tillämpa ett sådant synsätt, är att det endast anses orimligt att kräva ett avstående från någon som uppfyller begreppet ”leva öppet”. Det finns dock anledning att skilja mellan vetskap om någons sexuella läggning, praktik och/eller identitet, respektive begreppet att ”leva öppet som homosexuell”. Det uttrycket antyder det krävs någon form av ställningstagande och en avsiktlighet hos asylsökanden i förhållande till en viss självidentifikation. Att leva öppet förefaller likställas med

ett levnadssätt som innebär ett praktiserande av samkönade relationer. Vetskap hos omgivningen om exempelvis någons sexuella praktik kan dock givetvis uppkomma utan att detta varit personens avsikt eller vilja, och därmed innebära risk för förföljelse. Förarbetsuttalandena tycks ge uttryck för en föreställning om att en person som lever öppet genom att på något sätt manifesteras en sexuell läggning, på grund av det i större utsträckning förtjänar att i fortsättningen inte behöva dölja densamma. Det framstår visserligen som rimligt att förföljelse risken ska antas öka då det finns vetskap om asylsökandens icke-heterosexuella läggning eller praktik i ett land där hbt-personer förföljs. Problemet ligger i risken att förarbetena tillämpas så att endast den som avsiktligt ”lever öppet med sin sexuella läggning” inte ska behöva avstå den, så att ”öppenhet” blir ett krav för asyl.

3. Riskprövningens problematik

3.1 Att ”manifesteras” eller dölja sin sexuella läggning

I såväl Migrationsverkets som migrationsdomstolarnas praxis kan utläsas ett slags krav på att sökanden ska manifesteras sin sexuella läggning i tillräcklig utsträckning för att förföljelse risken ska anses sannolik och därmed föranleda asyl. I *Rättschefens rättsliga ställningstagande RCI 03/2011 angående metod för utredning och prövning av den framåtsyftande risken för personer som åberopar skydds skäl på grund av sexuell läggning* uttalas:

Metoden är avsedd att ge ett stöd för att göra en framåtsyftande prövning. Därför blir de centrala frågorna: hur den sökande kommer att manifesteras sin tillhörighet till gruppen vid ett återvändande och hur andra (både privat och offentligt) kommer att agera på detta förhållningssätt. Migrationsverket får i sin bedömning inte kräva att den person som gör sannolikt att han vid ett återvändande offentligt visar sin sexuella läggning istället väljer ett diskret levnadssätt. Om personen själv anför att han/hon kommer att välja ett diskret levnadssätt vid ett eventuellt återvändande är den avgörande frågan vad orsaken till detta val är. Om orsaken är att det är så han/hon önskar leva eller att det beror på grund av socialt tryck ska ansökan avslås. Om – å andra sidan – orsaken är att han/hon riskerar en konkret skyddsgrundande förföljelse ska detta godtas.”

Liknande resonemang förs av migrationsdomstolarna. Ett fall från 2011 rörde en man från Bangladesh, där homosexualitet är förbjuden. Han hade hemlighållit en relation i hemlandet, eftersom han inte vågade leva öppet av rädsla för myndigheternas och omgivningens trakasserier, ett långt fängelsestraff, social utstötning och risk för våld. Migrationsverkets avslag motiverades med att det inte fanns ”någon risk för att klagandens omgivning eller myndigheterna i Bangladesh skulle få reda på hans sexuella läggning.” Vid överklagandet uttalade migrationsdomstolen:

”[Domstolen har] att göra dels en bedömning av *hur den enskilde kommer att manifesteras* sin tillhörighet till gruppen vid ett återvändande, dels en bedömning av *vilka reaktioner* ett sådant förhållningssätt kan få från såväl myndigheter som enskilda [...] Vid bedömningen av hur den enskilde kommer att manifesteras sin tillhörighet till gruppen kan viss *ledning ges av hur den enskilde agerat tidigare*, såväl i hemlandet som i asyllandet. [...] Efter att [han] kommit till Sverige har han ingått registrerat partnerskap och *därmed levtt öppet och manifesterat sin tillhörighet till en grupp baserad på sexuell läggning* [...] Vid en sammanvägd bedömning av [bl.a.] *hemlighållandet av relationen i hemlandet* [...] finner migrationsdomstolen att klaganden inte har gjort sannolikt att han vid ett återvändande *avser att manifesteras sin tillhörighet till en grupp baserat på sin sexuella läggning*. [...]

Klaganden har anfört att det endast är hans bror i Bangladesh som känner till hans sexuella läggning [Han] har till och med uppgett att han tror [att brodern] kan ha samma läggning. Det saknas under sådana förhållanden anledning att anta att hans bror skulle *agera på ett sådant sätt att klagandens sexuella läggning skulle bli känd* i hemlandet. För det fall det ändå skulle bli känt är frågan om de reaktioner som i så fall skulle möta klaganden kan förväntas nå upp till förföljelse [...] Vad som framkommit om diskriminering av homosexuella i Bangladesh innebär [...] inte att just klaganden kan förväntas riskera så allvarliga inskränkningar i sina rättigheter vid ett återsändande att han även får anses riskera förföljelse[...] Domstolen finner vid en framåtsyftande bedömning således, trots att situationen för homosexuella i Bangladesh är mycket svår, att det *inte finns en sådan individuell och konkret risk* [för klaganden att utsättas för förföljelse].”

Rättschefens fastställda metod och migrationsdomstolens resonemang innebär att den sexuella läggningen måste ”manifesteras” i tillräcklig utsträckning, för att förföljelse risk ska kunna anses föreligga. Uttrycket ”manifesteras” en viss sexuell läggning lägger tyngdpunkten personens levnadssätt och praktik, vilket tycks förutsätta att asylsökanden uttrycker sin icke-heterosexualitet genom att ha samkönade relationer som inte döljs. Att vid riskbedömningen kräva praktiserande i viss utsträckning, föranleder svårigheter att göra sannolik förföljelse risken vid ett återvändande för någon som dolt sin läggning i hemlandet, så som för mannen från Bangladesh som fick avslag både av Migrationsverket och domstolen. I ett annat fall från 2011 anförde en man från Kosovo att den enda orsaken till att han ännu inte utsatts för övergrepp var att han varit försiktig och inte öppet visat sin sexuella läggning. Domstolen ansåg att han inte gjort sannolik förföljelse risken och avlog:

”Migrationsdomstolen konstaterar att [...] inte utsatts för några hot eller våldshandlingar på grund av sin sexualitet innan han lämnade Kosovo. Som förklaring [har han] uppgett att han *levtt ett tillbakadraget liv*. Migrationsdomstolen anser dock att han inte har förmått göra sannolikt att det skulle föreligga en personlig hotbild [om] han skulle välja ett öppet liv som homosexuell vid ett återvändande.”

I ett tredje fall ansåg migrationsdomstolen att hotbilden från asylsökandens far skulle tas på allvar, och att han riskerade förföljelse i sin hemort i Turkiet. Vid två tillfällen hade mannen flytt till Istanbul och enligt domstolen var orsaken till att fadern funnit honom där att han aktivt sökt sig till andra kurder. Mannen ansågs ha möjlighet till internflykt i en annan del av Turkiet, och han bedömdes alltså inte riskera förföljelse där. Hans asylansökan avlogs, med motiveringen att i de orter han hänvisades till bodde 13,5 respektive 4 miljoner invånare:

”[därför finns enligt domstolen] anledning att utgå ifrån att det är möjligt att leva ett *anonymt liv* på båda dessa platser. Vid en sammantagen bedömning anser inte migrationsdomstolen att [han] gjort sannolikt att det finns en hotbild mot honom utanför hemorten [...] Förväntade svårigheter som beror på hans sexuella läggning bedöms inte vara större än att det är rimligt att han bosätter sig i någon annan del av Turkiet.”

3.2 Att kräva att en sexuell läggning manifesteras

I propositionen framhålls att kravet att fruktan för förföljelse skall vara välgrundad och ha fog för sig, gäller på samma sätt vid förföljelse på grund av sexuell läggning som andra förföljelsegrunder. Eftersom förföljelserisken ska bedömas på samma sätt avseende sexuell läggning som andra förföljelsegrunder i Util 4:1, måste ifrågasättas att det uppställs ett krav på manifesterande av en icke-heterosexuell praktik. En jämförelse kan göras med förföljelsegrunden politisk uppfattning, som varken förutsätter att personen har varit *politiskt aktiv* eller ens *verkligen hyser* en särskild politisk uppfattning. I förarbetena anges att det inte är ovanligt att en person förföljs på grund av att denne förmodas ha vissa politiska sympatier, exempelvis beroende på grupptillhörighet, klädstil eller beteende. Flyktingstatus på grund politisk uppfattning förutsätter dock att myndigheterna i hemlandet har *kännedom eller misstänker* att asylsökanden hyser en otillåten politisk uppfattning eller att det vid ett återvändande till hemlandet finns risk för att personens politiska åsikter *avslöjas* eller *tillskrivs* denne. Det krävs att det finns anledning att anta att personen vid ett återvändande skulle komma att utsättas för förföljelse på grund av sina åsikter, oavsett om de är personens egna eller pådyvlade av andra. Skillnaden gentemot sexuell läggning som förföljelsegrund är att det är tillräckligt att en viss politisk åsikt riskerar att tillskrivas samt att det kan innebära förföljelserisk. Det krävs alltså varken att personen verkligen har en viss politisk åsikt eller att personen genom sitt levnadssätt ska manifesteras och ge uttryck för en viss uppfattning. Eftersom bedömningen av flyktingskap baserat på de olika grunderna ska göras på samma sätt, framstår det inte som rimligt att avseende sexuell läggning kräva att just denna grupptillhörighet måste manifesteras. Följden blir att det tycks omöjligt att få flyktingstatus för någon som inte uppfyller detta, oavsett om denne avsiktligt dolt en icke-heterosexuell läggning eller bara inte har haft samkönade relationer och inte öppet visat en homo- eller bisexuell praktik i tillräcklig utsträckning.

3.3 Vaga och motstridiga förarbetsuttalanden

Resonemangen i de tre fallen som beskrevs är talande för ett stort antal fall som utgör underlag till utredningen. De bekräftar tesen att det är svårt att göra sannolik en förföljelserisk för någon vars levnadssätt inte har lett till kännedom. Det föranleder avslag som motiveras med att personen inte gjort sannolikt att denne i tillräcklig utsträckning kommer att manifesteras sin sexuella läggning. Regeringen framhåller i proposition 2005/06:6:

”Om en person i hemlandet har levt på ett sätt som minimerat risken för förföljelse, t.ex. genom att *dölja sin sexuella läggning*, kan denna omständighet ha betydelse vid riskbedömningen. Det hindrar dock inte att den enskilde, på grund av sin sexuella läggning, skall anses tillhöra en viss samhällsgrupp och det får aldrig krävas att personen i fråga skall göra avkall på en sådan grundläggande egenskap vid ett

återvändande. Riskbedömningen måste göras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet och de närmare gränsdragningarna för prövningen i detta avseende av asylskäl som rör förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning får överlämnas åt rättstillämpningen att göra.”

I anslutning till detta anför socialförsäkringsutskottet i sitt betänkande 2005/06:SfU4:

Enligt utskottets mening kan det aldrig komma i fråga att avvisa t.ex. en homosexuell person [...] om han eller hon riskerar förföljelse på grund av sin sexuella läggning. *Huruvida ett döljande av den sexuella läggningen utesluter risken för förföljelse torde vara en mycket grannlaga uppgift att bedöma.* Beträffande den som dolt sin läggning såväl i hemlandet som i Sverige, och uppgett det riktiga förhållandet endast för migrationsmyndigheterna, är sannolikt risken för förföljelse på denna grund *minimal*. Men för den som levt helt öppet som homosexuell i Sverige även utan uppmärksamhet i svenska massmedier är risken förmodligen betydligt större. Redan det förhållandet [...] torde kunna innebära en risk för avslöjande och därmed förföljelse i hemlandet [...] Dessutom anser utskottet att det inte är rimligt att kräva att en person som levt öppet i Sverige som homosexuell i fortsättningen skall dölja sin sexuella läggning för att undgå förföljelse i hemlandet. [...] stor försiktighet måste iaktas vid riskbedömningen men [...] det får ankomma på Migrationsverket och migrationsdomstolarna att i varje enskilt fall avgöra om personen behöver skydd[...]

Enligt regeringen kan det alltså få betydelse om asylsökanden levt på ett sätt som minimerat risken genom att dölja sin sexuella läggning. Socialförsäkringsutskottet anför att förföljelse risken kan antas vara minimal då någon har dolt sin läggning. Samtidigt framhålls att ett döljande inte ska hindra att personen ska anses tillhöra en viss samhällsgrupp på grund av sin sexuella läggning. Att grupp tillhörigheten inte påverkas av ett döljande, har dock ingen betydelse för förföljelse risken, och riskbedömningen är avgörande för att uppfylla skyddsbehov och asyl. Förarbetena ger utrymme för en tolkning enligt vilken risken kan anses utesluten för någon som avsiktligt dolt – eller inte uttryckligen manifesterat - sin läggning. Som visats har tolkningen av förarbetena föranlett avslag då någon har dolt sin läggning, anses kunna undvika förföljelse och leva diskret eller anonymt, och då personen inte har uttryckt en avsikt att manifestera sin läggning tillräckligt. Det är inte förenligt med att det samtidigt framhålls att ingen ska behöva göra avkall på den egenskap som grundar tillhörigheten till en viss samhällsgrupp. Resonemanget är ohållbart eftersom det anförs vara orimligt behöva avstå sin läggning, samtidigt som vaga förarbetsuttalanden ger utrymme för att återsända personer till att dölja sin läggning. Det behövs vägledning för asylprövningen vid sexuell läggning som tillhörighet till en viss samhällsgrupp, särskilt avseende betydelsen av personens levnadssätt. Det mest rimliga vore en konsekvent tillämpning av att ingen ska behöva avstå en så grundläggande egenskap som sexuell läggning, och om och hur den praktiseras bör sakna betydelse.

3.4 Avsaknad av enhetliga riskbedömningar

Eftersom utredningen visade att vetskap om och asylsökandens öppenhet med sin sexuella läggning enligt förarbeten och praxis oftast anses öka förföljelserisken, blev en följdfråga om bedömningarna var enhetliga. I undersökningen analyserades fall där det inte stod klart om asylsökandens sexuella läggning hade kommit till omgivningens kännedom i hemlandet. I flera fall framhöll asylsökanden själv att det fanns vetskap och därför förföljelserisk. Migrationsverket motiverade avslag med att det inte kunde fastställas om och vem som skulle ha fått vetskap. Migrationsdomstolarna tog i flera fall överhuvudtaget inte ställning till frågan eller vilken betydelse kännedom respektive avsaknanden av densamma hade. Avgörande för att förföljelserisken och ansågs uppfylld var istället att sökanden konstaterades vara homosexuell, att homosexuellas situation i hemlandet var svår och om personen levtt öppet i Sverige och ”bejakat sin läggning” genom att träffa andra homosexuella. Att domstolarna inte tog ställning, talade för att det inte ansågs vara nödvändigt vid riskprövningen att fastställa dels *om* kännedom uppstått, samt dels *vilken betydelse* detta kunde ha för prövningen. I ett fall från 2009 återopade en kvinna från Etiopien, där homosexualitet är olaglig, att hon hånat, hotats och våldtagits på grund av sin sexuella läggning, samt att hennes flickvän försvunnit. Migrationsdomstolen beviljade asyl och uttalade utifrån den framåtsyftande riskbedömningen:

”[A]vgörande för klagandens skyddsbehov kan enligt migrationsdomstolen i första hand inte vara om hennes homosexuella läggning har kommit till de etiopiska myndigheternas kännedom eller inte utan det avgörande är *istället om man kan leva öppet som homosexuell* i Etiopien. Migrationsdomstolen finner med hänsyn till tillgängligt landmaterial att så inte kan antas vara fallet. Av vad som framgår ovan kan det enligt svensk lagstiftning inte krävas att någon döljer sin sexuella läggning. [...] den förföljelse klaganden riskerar har sin grund i att hon är homosexuell till sin läggning i ett samhälle som gör det omöjligt eller i vart fall mycket svårt för henne att *leva öppet och bejaka* sin sexuella läggning. Migrationsdomstolen finner därför sammanfattningsvis att klaganden uppfyller [kriterierna i UtIL 4:1].

I fallet framhöll domstolen alltså uttryckligen att avgörande inte kunde vara om sökandens läggning kommit till myndigheternas kännedom, utan om det alls gick att leva som öppet homosexuell i landet. Bedömningen att redan uppkommen vetskap inte ska vara avgörande, är emellertid inte enhetlig, vilket framgår exempelvis i ett fall rörande Iran 2010. Efter mannens flykt till Sverige berättade hans bror att hustrun uppgett för myndigheterna att mannen var bisexuell. Hans far hade misshandlat honom, pojkvännen greps och nu behandlades brodern illa. Islam föreskrev piskning för sex mellan män och dödsstraff för anal penetration. Domstolen flyktingförklarade mannen:

”Klaganden hävdar att myndigheterna och grannarna känner till hans sexuella läggning [...] Domstolen finner att klaganden visserligen har lämnat i viss mån motstridiga och vaga uppgifter om hur hans [...] bisexualitet har kommit till myndigheternas kännedom, men att det framförallt genom uppgifterna i broderns brev men också genom klagandens egna uppgifter finns *indikationer på att myndigheterna ändå känner till* hans [...] sexuella läggning. Vidare har det [...] framkommit att det kommit till grannarnas kännedom att han är bisexuell [...]. Mot bakgrund av att vad som framgår av landinformationen i målet om vilka risker bisexuella [...] löper i Iran, [har] han därmed gjort sannolikt att han [riskerar förföljelse].”

Ett liknande fall 2011 rörde också en man från Iran, som med sin pojkvän deltagit i fester med andra homosexuella män. De hade gripits upprepade gånger av polisen, men då endast alkohol och kortlekar hittades stannade påföljden vid piskstraff. Enligt mannen hade någon under en av festerna utan hans vetskap filmat honom då han hade sex med en annan än sin partner. Filmen skickades till pojkvännen som hotade att ge filmen till polisen. Mannen flydde till Sverige och kontaktades av pojkvännen som berättade att han lämnat filmen till polisen. Domstolen flyktingförklarade mannen:

”Domstolen anser att uppgifterna om denna film är av avgörande betydelse för målets utgång, eftersom det är genom denna film som myndigheterna genom denna skulle kunna känna till klagandens sexuella läggning. [...] Nästa fråga blir då om denna film *kommit till de iranska myndigheternas kännedom eller om det finns risk för att så kan ske*. [D]et finns skäl för att i vart fall godta uppgiften att klagandens sambo uttalat konkreta hot om att filmen kan komma att lämnas till myndigheterna. [S]ammanfattningsvis [har det] inte framkommit något som visar att de iranska myndigheterna för närvarande har vetskap om klagandens konversion eller hans sexuella läggning. Domstolen anser dock att det i målet kommit fram att det finns *konkreta hot* om att filmen kan komma att överlämnas till myndigheterna. Med hänsyn härtill och med beaktande av den mycket svåra och utsatta position som homosexuella konvertiter i Iran befinner sig i, anser domstolen att klaganden gjort sannolikt att han har ett skyddsbehov i Sverige.”

I såväl fallet från Etiopien som de två fallen från Irak beviljades asyl. Problematiken ligger i att flyktingförklaringen föranleddes på olika grunder och utifrån resonemang som kan sägas gå emot varandra. I det första fallet anfördes uttryckligen att avgörande inte kunde vara om vetskap uppstått, möjligheten att leva öppet som homosexuell skulle ges företräde framför om vetskap uppkommit eller inte. I de sista fallen var vetskap istället avgörande, och det krävdes att det åtminstone fanns konkreta och överhängande hot om avslöjande för myndigheterna. Diskrepansen i bedömningarna är tydlig. Rättstillämpningen är inte enhetlig och resonemangen framstår som motstridiga avseende betydelsen av vetskap. I samtliga fall har det gjorts en individuell prövning av asylsökandens situation och omständigheterna i det enskilda fallet. Den individuella bedömningen är en grundläggande och vedertagen princip inom asylrätten. Att så stora variationer förekommer avseende bedömningen av vilken betydelse kännedom har, är dock problematiskt. Utredningen visar nämligen att just den omständigheten ofta får avgörande betydelse vid asylprövningen då sexuell läggning utgör grund till förföljelse och prövas som asylskäl. Det leder till stor rättsosäkerhet att samma omständighet ibland bortses från helt och uttrycken anges inte kunna vara avgörande för frågan om skyddsbehov, och ibland anses frågan vara helt avgörande för flyktingförklaring. Avsaknanden av den omständigheten, kännedom, kan då föranleda avlag där personen kan tvingas återvända och riskera förföljelse.

4. Kriminalisering

4.1 Betydelsen av kriminalisering för hemlandets skydd

Förföljelse som utgår från *privata aktörer* kan utgöra grund för flyktingskap, under förutsättning att det finns ett samband mellan den skyddsgrundande behandling som riskeras vid ett återvändande och statens agerande. Om statens skydd är otillräckligt, kan internationellt skyddsbehov prövas. Asylsökanden måste först i tillräcklig utsträckning försöka få hjälp i hemlandet. Det är allmänt vedertaget att det i första åligger staten att skydda sina invånare mot privata aktörers övergrepp. Avgörande är statens *vilja och förmåga* att skydda. I flera fall ansåg migrationsdomstolarna att asylsökanden inte hade möjlighet att få skydd i hemlandet från privatpersoners förföljelse. Det rörde sig om sex fall och sökandena kom från Libyen, Pakistan, Bangladesh, Kuwait, Irak och Kenya. Gemensamt för fallen var att asylsökanden riskerade förföljelse främst från privata aktörer, så som den egna familjen och privatpersoner i samhället. Homosexuella handlingar eller homosexualitet kriminaliserades och bestraffades i hemlandet. I en del fall ansågs straffen i sig uppgå till förföljelse. Situationen för öppet homosexuella framstod som mycket svår. I förekommande fall fick det betydelse om sökanden levt öppet i Sverige eller uttryckt en avsikt att göra det vid ett återvändande. Inte i något av fallen gjorde Migrationsdomstolarna en ingående prövning av myndigheternas och landets vilja och förmåga att skydda. Istället konstaterades förbudet, straffen och situationen i landet innebära, åtminstone för öppet homosexuella, att myndigheterna inte kunde skydda från enskildas övergrepp på grund av sökandens sexuella läggning. Detta gällde även då lagen tillämpades sällan. Kriminaliseringen och de svåra straffen innebar även att möjligheterna att få skydd var uttömda trots myndigheterna överhuvudtaget inte hade kontaktats.

4.2 Avslag trots kriminalisering

Flera andra fall föranledde avslag, utan att kriminaliseringen i hemlandet beaktades. Två fall rörde Gambia 2011. I det ena anförde mannen att det var tillräckligt att han umgicks med homosexuella för att han själv skulle betraktas som homosexuell i landet. För myndigheterna spelade det inte någon roll om han var det eller inte. Homosexualitet var förbjuden och myndigheterna förföljde homosexuella. Mannens bror var homosexuell och hade flytt efter att ha hotats av myndigheter, som även kom till asylsökandens hus med pistoler. Han varnades av en polis om att han var efterlyst. Presidenten hade beordrat alla homosexuella att lämna landet inom ett dygn, och de som påträffades skulle halshuggas. Migrationsdomstolen avslög hans ansökan och ansåg att homosexuellas situation enligt landinformationen inte var sådan att den utgjorde grund för skyddsbehov. I avslaget anfördes att mannen ”inte personligen har utsatts för något. Han har inte själv haft några problem med myndigheterna.” I det andra fallet från Gambia anförde sökanden att han misshandlats och kränkts

på grund av sin sexuella läggning. Han överfölls då han skulle ha sex med en man, och fick en kallelse till polisstationen för att höras om ”bisexuella aktiviteter”. Han riskerade vid ett återvändande att lagföras och myndigheterna skulle inte skydda honom mot enskildas övergrepp. Domstolen avlog hans asylansökan med hänvisning till trovärdighetsbrister angående hur misshandeln gått till, utan att beakta mannens sexuella läggning och lagförbudet. Även i fallet med mannen från Bangladesh avlogs asylansökan utan hänsyn till att homosexualitet var förbjuden i landet, det inte ansågs sannolikt att han skulle manifesteras sin läggning i tillräcklig utsträckning.

Det fjärde fallet rörde en 17-årig pojke från Afghanistan att han umgåtts med personer i sin hemby som var känt homosexuella och att han haft flera sexuella partners. Det misstänktes i byn om att han var homosexuell, han var ringaktad och osams med sina morbröder. Hans farbror anmälde honom. Polisen utfärdade en arresteringsorder. Manlig homosexualitet var olaglig och fram till 2001 belagd med dödsstraff. Högsta domstolen ansåg att dödsstraffet borde återinföras, nu tillämpades långa fängelsestraff. Migrationsdomstolen avlog ansökan med motiveringen:

”[...] har uppgett att han öppet umgåtts med personer i byn som var kända homosexuella, att han haft flera sexuella partners i byn [...] haft ett förhållande med en pojke [i] tre år samt att det under flera år misstänkts i hembyn att han är homosexuell. Trots detta har *ingenting konkret* hänt [...] innan hans farbror *polis-anmälde* honom, annat än att han säger sig ha varit osams med sina morbröder och ringaktad av andra i byn. Inte heller har någon av de män från byn som var kända homosexuella råkat ut för någonting. [Det har] framkommit att [...] under sin ettåriga vistelse i Sverige inte har skaffat sig någon som helst *kunskap* om homosexuellas situation här [...] Detta är enligt domstolen ytterst anmärkningsvärt för en person som dels uppger sig ha flytt från sitt hemland på grund av att han är homosexuell, dels säger sig vilja leva öppet framöver utan att dölja sin sexuella läggning. [Berättelsen] om händelserna i Afghanistan framstår för domstolen inte som trovärdig. Detsamma gäller för påståendet att han är homosexuell. [Han har] inte gjort sannolikt att han vid ett återvändande [...] riskerar att utsättas för förföljelse.”

Ett femte fall från 2010 rörde en kvinna från Kenya. Hon och hennes flickvän i många år utsattes för trakasserier, hot och diskriminering från familjen och personer i byn. Myndigheterna saknade vilja och förmåga att hjälpa och skydda från sådana handlingar. Deras hus utsattes för en attack och flickvännen blev innebränd. Homosexualitet var förbjuden, och hbt-personer utsattes för diskriminering. Migrationsdomstolen konstaterade att kvinnan visserligen anfört att hon vänt sig till polisen som inte hade vidtagit några åtgärder. Trots detta ansågs hon inte ha ”uttömt möjligheten till skydd från kenyanska myndigheter mot övergrepp av grannar, släktingar till den avlidna sambon eller andra personer,” och hennes asylansökan avlogs. Det innebär att det ansågs rimligt att kräva av kvinnan att hon skulle söka skydd i landet från samma myndigheter som kriminaliserade henne. Att samma lagförbud i just Kenya i ett annat fall föranledde flyktingstatus visar att bedömningarna skiljer sig åt även avseende kriminalisering. Resonemangen i fallen innebär även att myndigheterna antogs vilja och kunna skydda asylsökanden från övergrepp på grund av dennes sexuella läggning som var förbjuden.

4.3 Orimligt att återvisa till länder som kriminaliserar

Sammanfattningsvis kan konstateras att förbud vars påföljder i sig anses uppgå till förföljelse i ett land där homosexuellas situation i allmänhet framstår som mycket svår, föranleder ibland men inte alltid asyl. Ibland anses det följa av kriminaliseringen i sig att landets skydd är uttömt och uteslutet, även då asylsökanden inte har kontaktat myndigheter. I andra fall beaktas överhuvudtaget inte förbudets betydelse för landets vilja eller förmåga att skydda personer som kriminaliserar. Ibland motiveras avslag med att förbudet förefaller tillämpas sällan, trots att det kan framgå av landinformationen att hbt-personer straffas enligt andra bestämmelser i lagen. Avsaknaden av enhetlighet är problematisk ur ett rättssäkerhetsperspektiv, men att överhuvudtaget göra en prövning av om asylsökanden har vidtagit tillräckliga åtgärder för att få skydd från samma myndigheter som kriminaliserar personen, kan inte anses rimligt. Detta gäller särskilt då övergreppen på grund av vilka skyddsbehovet uppstår, grundar sig på den sexuella läggning som är förbjuden. I UNHCR:s handbok anges att förföljelse måste skiljas från straff för lagöverträdelser, samt att personer som flyr från åtal eller straff för brott, normalt inte är att betrakta som flyktingar. I punkt 57 framhålls emellertid dels att oproportionerlig bestraffning i sig kan utgöra förföljelse, dels att också en brottmålsprocess på de grunder som nämns i konventionen kan utgöra förföljelse. För att avgöra om åtalet innebär förföljelse, kan en granskning vara nödvändig av den i frågavarande statens lagstiftning. Rättsskipningen kan strida mot allmänt accepterade mänskliga rättigheter, och tillämpningen av lagen kan vara diskriminerande. I UNHCR:s riktlinjer om tolkningen av artikel 1 (A) 2 Genèvekonventionen avseende förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning, anges att när homosexualitet är förbjuden i ett visst samhälle, kan allvarliga straffrättsliga ålägganden för homosexuella handlingar utgöra förföljelse, på samma sätt som avseende kvinnor som vägrar att bära slöja i vissa samhällen.

Fängelse eller kroppliga straff på grund av deltagande i samkönade sexuella aktiviteter är att betrakta som rättslig förföljelse. Påföljderna är tillräckligt allvarliga för att enligt skyddsgrundsdirektivet innebära allvarliga kränkningar av grundläggande mänskliga rättigheter, så som rätten till frihet i EKMR artikel 5 och rätten att inte utsättas för tortyr, omänsklig, förnedrande behandling eller bestraffning i artikel 3. Även rätten till privatliv inskränks. Europadomstolen har vid flera tillfällen fastslagit att kriminalisering mot homosexualitet strider mot i artikel 8, på grund av de menliga effekter på livet som redan existensen av förbudet innebär för homosexuella. Kriminalisering utgör därför en kränkning av artikel 8 i EKMR. I skyddsgrundsdirektivets anges att förföljelse i Genèvekonventionens mening kan ta sig uttryck i rättsliga, administrativa, polisiära och/eller judiciella åtgärder som är diskriminerande i sig eller genomförs på ett diskriminerande sätt. Det kan också röra sig om åtal eller straff som är oproportionerliga eller diskriminerande, om det finns ett samband mellan förföljelsen och asylskälen som anges, varav sexuell läggning är ett.

Eftersom förbudet i sig är diskriminerande, bör åtal eller bestraffning enligt lagar som direkt eller indirekt kriminaliserar hbt-personer förföljelse enligt skyddsgrundsdirektivet.

Straffrättsliga påföljder skapar ett allmänt klimat av homofobi, förstärker stigmatiseringen av hbt-personer, och möjliggör för statliga och privata aktörer att ostraffat förfölja och förtrycka. Kriminalisering utgör statligt sanktionerad homofobi. Förbudet innebär alltid att myndigheterna själva har befogenhet och skyldighet att tillämpa, åtala och vidta andra åtgärder vid misstanke om överträdelse. Utifrån UNHCR:s handbok, riktlinjer och skyddsgrundsdirektivet, kan förbud mot och bestraffning av sexuella handlingar mellan samtyckande personer av samma kön, vara tillräckligt för att utgöra förföljelse. Lagen faller inom ramen för sådana rättsliga, administrativa och judiciella åtgärder som är diskriminerande och kan utgöra förföljelse. Det bör alltid få betydelse vid asylprövningen, eftersom personer kriminaliseras på grund av något som enligt den svenska lagstiftaren ska "betraktas som en grundläggande egenskap hos individen" som aldrig ska behöva avstås. Det är inte heller rimligt att anta att staten har vilja att skydda från privata aktörers övergrepp mot hbt-personer. Det bör snarare presumeras att staten saknar vilja och förmåga att skydda. Det kan inte krävas att personen ska söka statens skydd och på olika sätt försöka uttömma myndigheternas hjälp från övergrepp på grund av sin sexuella läggning, när denna kriminaliseras. Det bör gälla även då förbudet inte föreskrivs i kodifierad lag utan framgår av religiös rätt.

5. Statliga respektive privata aktörer

5.1 Bedömningen av statliga eller privata övergrepp

En asylsökande ska kunna hänvisas till hemlandets skydd i princip endast när hotet kan härledas till privata aktörer. Bedömningen av i vilken egenskap någon begår övergrepp är därför direkt avgörande för avslag med hänvisning till hemlandets skydd. Även då homosexualitet inte uttryckligen kriminaliseras, bekräftar landinformationen ofta bilden av myndighetsövergrepp som beskrivs i asylberättelsen, i form av olika begränsningar av hbt-personers mänskliga rättigheter. Att poliser anförs agera som enskilda får den förödande och orimliga följden att personen får återvända. Utredningen har visat på en tendens hos både Migrationsverket och migrationsdomstolarna att argumentera för att myndighetspersoner som begår övergrepp mot hbt-personer agerar i egenskap av privatpersoner. Särskilt då kriminalisering inte verkar förekomma i landet eller avkriminalisering har skett, betraktas exempelvis polisiära trakasserier som isolerade kriminella handlingar, och avslag motiveras då med att asylsökanden inte har försökt uttömma hemlandsmyndigheternas skydd. Några fall kan användas för att illustrera dessa resonemang:

Ett fall avsåg en man från ~~Island~~ Island 2009. Han hade utsatts för övergrepp av enskilda och myndigheter. Efter en misshandel agerade polisen inte. Enligt landinformationen avkriminaliserades

homosexualitet 1993, men homosexuella var utsatta och kunde inte ånjuta sina mänskliga rättigheter. Migrationsdomstolen ansåg att myndigheterna inte hade ett sådant intresse för honom att han riskerade övergrepp från dem. Hans ansökan avslogs. I ett annat fall från Ryssland 2012, åberopade en man att han hade misshandlats och våldtagits eftersom han var homosexuell och transperson. Enligt landinformationen var toleransen var låg, särskilt från myndigheter förekom omfattande diskriminering. Prideparader hade förbjudits och ”homosexpropaganda” skulle förbjudas enligt ett lagförslag. Mannen hade inte polisanmält eftersom hbt-personer saknade myndigheters skydd. Migrationsdomstolen hänvisade till Migrationsverkets avslagsmotivering och ansåg att han inte hade gjort sannolikt att myndigheterna saknade vilja eller godtagbar förmåga att beivra de övergreppen. Enligt landinformationen dolde de flesta homosexuella sin läggning av rädsla för våld. Polisen ingrep oftast inte vid brott mot hbt-personer. Polisen hade i vissa fall underlåtit att ta emot anmälningar och med hot om våld om anmälaren återkom. Hatbrott och diskriminering på grund av sexuell läggning fanns inte i lagen. Migrationsverket ansåg att det inte verkade finnas någon systematisk diskriminering eller förföljelse från myndigheterna, trots att det framgick att polisen inte agerade vid brott mot hbt-personer. Rysslands skydd ansågs inte ha uttömts. Mannen uppmanades vända sig till högre instans om polisen inte agerade vid fortsatta övergrepp. Asylansökan avslogs. Ett tredje fall rörde en man från Kosovo. Han anförde att han attackerats på grund av sitt engagemang för homosexuellas rättigheter. Han hade inte fått hjälp av polisen då han anmält övergreppen. Migrationsdomstolen ansåg att mannens berättelse var trovärdig och fick stöd av landinformationen, men avslog hans asylansökan:

”[Sökanden] har vid något tillfälle anmält övergrepp han varit utsatt för till polisen, som inte varit behjälplig. *Enbart detta förhållande* kan enligt domstolen inte få till följd att fog finns för att påstå att myndigheterna i Kosovo *generellt är ovilliga att erbjuda hjälp*. Landinformationen tyder även på en förbättrad utveckling i Kosovo i fråga om situationen för homosexuella [Han] kan därmed inte anses ha uttömt möjligheterna att få skydd i hemlandet av myndigheterna mot *enskilda personers brottsliga handlingar*. Han kan därför inte beviljas uppehållstillstånd på grund av [flyktingskap].

Ett fjärde fall rörde en man från Serbien. Enligt landinformationen var våld och diskriminering mot homosexuella ett problem i landet. Homosexualitet sågs som en sjukdom och ett hot mot samhället. En Pride-parad ställdes in 2009 då polisen inte kunde garantera deltagarnas säkerhet. Förbud mot könsdiskriminering infördes, men homosexuellas situation hade inte förbättrats. Att visa sin homosexualitet offentligt var fortfarande riskfyllt. Mannen förskjöts av sin far. Fadern och mannens bror gav sitt ord på att de skulle döda honom. Han flydde till en annan ort, och misshandlades upprepade gånger av olika grupper. Han uppsökte polisen som vid ett tillfälle skrattade åt honom, och en annan gång körde honom till sjukhuset. I Migrationsverkets avslag anfördes att det framgick av landinformationen att myndigheterna i Serbien visade ”en konkret vilja att beivra brott riktade mot homosexuella.” Migrationsdomstolen ansåg att utifrån polisens agerande den gången de kört

mannen till sjukhuset, hade det varken gjorts sannolikt att landet saknade vilja och förmåga att ge mannen skydd, eller att händelserna var sanktionerade av de serbiska myndigheterna.

I ett annat fall anförde en man från Venezuela att han trakasserats, kränkts och hotats av en kollega. Han utsattes även för ett våldtäktsförsök vilket han anmälde, men polisen hånade honom och tog inte emot hans anmälan. Enligt migrationsdomstolen hade han inte gjort sannolik en individuell hotbild. Ingenting tydde på att trakasserier utförts på myndigheternas uppdrag eller var sanktionerade av dem. Myndigheterna saknade inte generellt vilja eller förmåga att skydda invånarna. Polisens agerande då mannen försökte anmäla våldtäktsförsöket utgjorde ”enskilda individers brottsliga handlingar.” Hans ansökan avslogs.

I ett sjätte fall hade en man arbetat för homosexuellas rättigheter i Vitryssland och omhändertagits av polis ett fyrtiotal gånger och utsatts för husrannsakingar. Enligt mannen var det allmänt känt om landet att homosexuella och aktivister riskerade förföljelse, samt att myndigheterna utövade ett statssanktionerat förtryck mot homosexuella. Migrationsdomstolen medgav att han var homosexuell, hade arbetat för homosexuellas rättigheter, samt att homosexuella diskriminerades och trakasserades, men avtog hans ansökan:

”Även om [...] blivit omhändertagen av polis med anledning av sina aktiviteter i hemlandet har emellertid inte framkommit i målet att dessa handlingar utgjort *ett led i en systematisk, organiserad och av statsmakterna sanktionerad förföljelse* av homosexuella personer. Dessa handlingar synes i stället vara att betrakta som övergrepp utförda av *enskilda personer*. Något stöd för att myndigheterna i Vitryssland inte kan antas erbjuda [...] trygghet mot förföljelse eller kriminella handlingar från enskilda har inte framkommit. [Det åberopade är därmed inte] tillräckligt för att konstatera att hans fruktan för förföljelse på grund av sin politiska uppfattning eller sexuella läggning är att anse som välgrundad.”

Ett sjunde fall avsåg en man från Ukraina, som riskerade förföljelse från myndigheter och enskilda, eftersom hans sexuella läggning hade blivit känd. Han misshandlades av vakter som hotade med fängelse. Hans familj trakasserades och flydde landet. Han försökte anmäla men avvisades och förnedrades av polisen som trakasserade honom i och utanför hemmet. Enligt landinformationen avkriminaliserades homosexualitet 1991. Hatpropaganda var inte förbjuden. Hbt-personer utsattes för omfattande diskriminering av polis, domstol och andra myndigheter. Organisationer för hbt-personers rättigheter motarbetades av myndigheterna. Synen på homosexuella var starkt fördömande, förföljelse och misshandel accepterades. Polisövergrepp var vanliga och lagfördes sällan. Utskottet för mänskliga rättigheter hade gjort homofoba uttalanden. Migrationsdomstolen medgav att mannens homosexualitet lett till misshandel och trakasserier, men anförde:

”Mot bakgrund av vad som framgår [om] *avkriminalisering* och diskrimineringsförbud får det anses att homosexuella i Ukraina inte riskerar förföljelse från myndigheterna. De trakasserier [...] utsatts för får, som Migrationsverket anført, betraktas som *kriminella gärningar utförda av enskilda personer*. [...] Fråga är således om myndigheterna i Ukraina har vilja och kapacitet att bereda [...] skydd mot allvarliga övergrepp om han skulle återvända till hemlandet. [...] [Det är ostridigt att han] vid flera tillfällen har utsatts för övergrepp dels av vakter och dels av poliser i hemstaden sedan hans homosexualitet blev känd.

Även hand före detta fru och hans barn har [förföljts och] därför lämnat hemlandet. På grund härav får det anses att myndigheterna i hans hemstad har varit oförmögna att erbjuda [skydd om han skulle återvända dit]. Homosexualitet är sedan flera år avkriminaliserat i Ukraina. Detta förhållande tillsammans med [landinformationen om] allmänhetens toleranta attityd mot homosexuella i exempelvis [huvudstaden] medför att det är rimligt att kräva [att han söker] sin tillflykt till en annan del av landet.”

I ett sista fall uppgav en man att han var homosexuell och rom, och hade trakasserats av en polis som kommit hem till honom vid flera tillfällen och fört honom till arresten. Han hade gjort flera polisanmälningar, men trakasserierna fortsatte. Enligt landinformationen var våld och diskriminering mot homosexuella ett problem. Diskrimineringsförbud på grund av sexuell läggning hade dock införts. Domstolen anförde att de händelser som mannen redogjort för var kriminella handlingar av en enskild polisman, som hemlandet skulle beivra. Det ansågs inte sannolikt att mannen saknade godtagbart myndighetsskydd. Vad han ”anfört om att tidigare polisanmälningar inte lett till något resultat förändrade inte denna bedömning.”

6. Utredningens slutsatser

6.1 Konsekvenser av att fokusera på praktik

Uttrycket ”leva öppet som homosexuell” är vanligt förekommande i lagens förarbeten och i praxis hos migrationsdomstolarna och Migrationsverket. En asylsökande som levt öppet efter sin ankomst till Sverige, ska inte behöva avstå sin läggning vid ett återvändande. Tyngdpunkten läggs då asylsökandens levnadssätt. Att det avgörande vid riskprovningen blir personens ”öppenhet” och ”manifesterande”, reducerar också asylskälet till att handla om samkönad sexuell praktik. Det blir mycket svårt att göra sannolik förföljelse risken för någon som exempelvis tidigare dolt sin läggning just för att undvika förföljelse. Konsekvensen blir avslag och ett återvändande till att fortsätta dölja sin läggning, trots att detta inte ska kunna komma i fråga. Det saknas även enhetlighet i bedömningarna avseende vetskap, öppenhet och betydelsen av att dölja sin läggning. Problematiken kan härledas till förarbetena, som anger att det kan ha betydelse för och beaktas vid riskprovningen, om någon tidigare i hemlandet har dolt sin sexuella läggning och därigenom minskat förföljelse risken. Samtidigt framhålls att ingen ska behöva avstå en så grundläggande egenskap. Motstridiga uttalanden och det ohållbara resonemanget föranleder bedömningar där risken anses utesluten för någon som levt diskret just för att undvika övergrepp, vilket i sin tur leder till avslag. Formuleringarna i förarbetena tillämpas på ett sätt som blir motsatsen till lagstiftarens intention att ingen ska behöva dölja sin sexuella läggning, samt att tidigare levnadssätt inte ska vara avgörande enligt en *framåtsyftande* riskbedömning.

6.2 Betydelsen av kriminalisering

Brist på kunskap om könsmaktsstrukturer hos myndigheter som prövar asylansökan, kan leda till att när homosexualitet exempelvis inte uttryckligen kriminaliseras i ett land, anses polisens passivitet vid övergrepp utgöra enskilda personers olagliga handlingar. Underlåtenhet att agera och polisens egna kränkningar av hbt-personer, anförs utgöra kriminella handlingar som begås i egenskap av privatpersoner. Det leder till avslag och personen uppmanas söka hjälp från myndigheterna, trots att det ofta är dessa som begår eller godtar övergreppen. Avslag sker även då länder kriminaliserar, och asylsökanden anses vara skyldig att söka hjälp från samma myndigheter som kriminaliserar personen. Detta är orimligt. Förbudet innebär alltid en möjlighet och skyldighet myndigheter att åtala och straffa hbt-personer. Att då tvingas återvända förutsätter också ett diskret levnadssätt. Svensk rättstillämpning kan jämföras med internationell rätt och andra länder där skyddgrundsdirektivet gäller. Rapporten *Fleeing Homophobia. På flykt från homofobi. Asylansökningar anknutna till sexuell läggning och könsidentitet i Europa* visar att nationella bedömningar varierar, av statligt skydd vid icke-statlig förföljelse där hbt-personer kriminaliseras. Sverige nämns som ett av de EU-länder som utvisar hbt-personer och kräver att statligt skydd ska sökas trots lagförbud. I några länder krävs inte att hbt-personer söker skydd vid lagförbud, det anses följa av förbudet att personen inte behöver söka statligt skydd. I de flesta EU-länder är tillämpning och åtal i teorin tillräckligt för asyl. I praktiken förvägras ofta skydd på grund av bristande information om lagens tillämpning. I fem länder nekas asyl trots att förbudet tillämpas. Sverige är ett av de länder där förbud inte är tillräckligt om det inte verkar tillämpas. I Italien är existensen av förbud tillräcklig för asyl. Tillämpningen utreds inte av migrationsmyndigheterna. Förbudet anses i sig utgöra förföljelse och begränsa en mänsklig rättighet. Granskningen av Migrationsverket, *Normkritisk studie av asylprövningen*, visar att det exempelvis i Nederländerna i regel saknar betydelse om personen levt öppet tidigare eller inte, och kriminalisering är ett legitimt skäl till asyl. Det krävs inte att personen har ”kommit ut” i hemlandet. Om personen gör det först i asyllandet och inte kan redovisa en historia om risk för åtal vid återvändande, krävs inte att personen ska leva dolt.

70 fall från migrationsdomstolarna, tillsammans med avslagsbesluten från Migrationsverket, har utgjort underlag till *Asylprövningen vid flyktingskap på grund av sexuell läggning* som ligger till grund för denna rapport. En individuell prövning av asylskälen har gjorts i samtliga fall. Inte i något av fallen har dock asylsökandens sexuella läggning i sig varit tillräcklig för att föranleda flyktingstatus, även då personen bara genom sin tillhörighet till en viss samhällsgrupp kriminaliseras i hemlandet och berövas sina mänskliga rättigheter. Migrationsöverdomstolens praxis kan förhoppningsvis föranleda en mer enhetlig och rimlig rättstillämpning när sexuell läggning utgör förföljelsegrund, så som i detta avseende redan sker i flera andra EU-länder. Förhoppningen är en ökad kunskap och därmed en mer rimlig och rättssäker asylprövning i Sverige för hbt-personer.