

RÄTTSLIGT STÄLLNINGSTAGANDE

Utredning och prövning av den framåtsyftande risken för personer som åberopar skyddsskäl på grund av sexuell läggning, könsöverskridande identitet eller könsuttryck

RS/015/2021



Fastställelsebeslut: RA/044/2021			Version 1.0
Beslutsdatum: 2021-02-25			
Gäller för: hela myndigheten			
Gäller från och med: 2021-02-25			
Datum för revidering	Version	Avsnitt som reviderats	Beslutsbeteckning
ange datum	nummer	inhåll	XX/XXX/XXXX
ange datum	nummer	inhåll	XX/XXX/XXXX

Fakta om rättsliga ställningstaganden

Rättsliga ställningstaganden utgör Migrationsverkets uttalanden om hur en författning bör tolkas och är styrande för myndighetens medarbetare. De beslutas av chefen för rättsavdelningen.

Rättsliga ställningstaganden förs in i en särskild dokumentserie, RS-serie. Dokumentserien är gemensam för hela myndigheten. Beslut om fastställande, ändringar och upphävande av ett rättsligt ställningstagande förs in i beslutsdokumentserien för chefen för rättsavdelningen.

Innehållsförteckning

Fakta om rättsliga ställningstaganden	1
1. Bakgrund och sammanfattning	4
2. Ställningstagandets tillämpningsområde	4
Sexuell läggning.....	5
Könsöverskridande identitet och könsuttryck.....	5
3. Gällande rätt.....	6
4. Rättslig bedömning	6
4.1 Tillhörighet till grupp.....	6
4.1.1 Särskild samhällsgrupp	6
4.1.2 Allmänt om utredningen	6
4.1.3 Relevanta teman vid utredningen.....	7
4.1.4 Bedömning.....	8
4.2 Situationen för gruppen i hemlandet.....	9
4.2.1 Landinformation.....	9
4.2.2. Kriminaliserande lagstiftning.....	9
4.2.3 Myndighetsskydd.....	9
4.4 Framåtsyftande bedömning.....	10
4.5 Möjlighet till myndighetsskydd och internflykt.....	11
4.6 Risk för förföljelse eller allvarliga övergrepp som åberopas	12
sent i processen eller i ett verkställighetsärende	12
5. Barnkonsekvensanalys	13
3 Gällande rätt.....	14
3.1 Tillämpliga lagrum - 4 kap. 1 § utlänningslagen	14
3.2 Relevant EU-rätt	14
3.3 Uttalanden i förarbetena till utlänningslagen	15
3.4 Praxis från Migrationsöverdomstolen	17
3.4.1 Prövning av asylskäl	17
3.4.2 Praxis angående förföljelse pga. sexuell läggning	18
3.5 Praxis från EU-domstolen.....	19
3.6 Praxis från Europadomstolen.....	21
3.7 Övrig praxis	22
3.8 UNHCR:s handbok och riktlinjer	22

3.9 Verkställighetsärenden.....	23
3.9.1 Tillämpliga bestämmelser	23
3.9.2 Uttalanden i förarbetena.....	23
3.9.3 Praxis.....	24

1. Bakgrund och sammanfattning

Detta rättsliga ställningstagande ska ge stöd för utredning och bedömning av den framåtsyftande risken för personer som åberopar skyddsskäl på grund av faktisk eller tillskriven sexuell läggning, könsöverskridande identitet eller könsuttryck.

Bedömningen görs lämpligen i följande steg:

1. Bedöm om den sökande har gjort sin tillhörighet till en grupp som riskerar förföljelse på grund av faktisk eller tillskriven sexuell läggning, könsöverskridande identitet eller könsuttryck sannolik.
2. Bedöm situationen för den gruppen i den sökandes hemland utifrån relevant och aktuell landinformation. Det bör fastställas om den aktuella gruppen är utsatt för övergrepp som till sin natur och omfattning utgör skyddsgrundande förföljelse och om den aktuella gruppen kan få ett effektivt skydd av myndigheter.
3. Bedöm om den sökande har gjort sannolikt tidigare förföljelse eller skyddsgrundande behandling i hemlandet.
4. Gör en framåtsyftande bedömning av den sökandes personliga risk. Som i alla asylärenden ska en individuell prövning göras där frågan är om det gjorts sannolikt att den sökande känner en välgrundad fruktan att utsättas för förföljelse vid ett återvändande.
5. Om sökanden bedöms vara i behov av skydd på grund av sin tillhörighet till en grupp, som riskerar förföljelse på grund av sexuell läggning, könsöverskridande identitet eller könsuttryck måste slutligen en bedömning göras av om det finns ett myndighetsskydd vid ett återvändande till hemorten eller ett internflyktsalternativ inom hemlandet.

2. Ställningstagandets tillämpningsområde

Detta ställningstagande ska tillämpas i de ärenden där det står klart eller finns indikationer på att sökanden åberopar förföljelse på grund av sin faktiska eller tillskrivna sexuella läggning, sin könsöverskridande identitet eller sitt könsuttryck.

Sexuell läggning

Med begreppet sexuell läggning avses enligt förarbetena till utlänningslagen homo-, bi- och heterosexuell läggning (prop. 2005/06:6 s 21).¹

Könsöverskridande identitet och könsuttryck

I förarbetena anges att med begreppet kön i utlänningslagen avses förutom biologiskt kön även s.k. socialt kön. Det senare begreppet avser socialt eller kulturellt bestämda, stereotypa, föreställningar om hur män respektive kvinnor ska bete sig. Även transsexualism anses vara en fråga om könstillhörighet. Andra sådana förhållningssätt till könsidentiteten som avviker från vad som i ett samhälle anses vara normen för det födelseregistrerade könet och som förekommer inom kretsen av s.k. transpersoner, t.ex. transvestism, bör i vissa fall också omfattas av begreppet kön i flyktingbestämmelsens mening. Så kan vara fallet om en person utsätts för förföljelse just på grund av hans eller hennes förhållningssätt till könsidentiteten (a. prop. s 34).² Med könsuttryck avses det sätt på vilket en person uttrycker sitt kön, t.ex. genom kläder, kroppsspråk och röst. Även intersexuella personer kan riskera att utsättas för förföljelse som har koppling till kön.

I många kulturer är sexualitet och frågor kring könsidentitet tabubelagt och förknippat med stigma vilket kan göra att sökande kan ha svårt att prata om sådana skäl. Det finns därför anledning att tolka dessa begrepp extensivt vid tillämpningen av detta ställningstagande och det krävs inte att den sökande själv känner till och använder särskilda begrepp. Vad som kan utmärka de grupper som omfattas av ställningstagandet är ofta att medlemmarna i den av övriga samhället inte anses passa in i normen för män och kvinnor förväntas leva och bete sig, t.ex. att ha en heterosexuell läggning eller att identifiera sig som det kön personen antogs ha vid födseln. Personer som av andra anses tillhöra en sådan grupp omfattas även om de inte själva definierar sig som tillhörig gruppen, så kallad tillskriven sexuell läggning eller könsidentitet.

Begreppet hbt-personer används som samlingsbenämning för personer som är homosexuella, bisexuella eller transpersoner.

¹ UNHCR använder i sina riktlinjer den definition av sexuell läggning som finns i de så kallade Yogyakartaprinciperna (Principer om tillämpning av det internationella skyddet av de mänskliga rättigheterna vad gäller sexuell läggning och könsidentitet) som har utarbetats av den Internationella juristkommissionen (ICJ): "sexuell läggning" avser varje enskild persons förmåga till djupt känslomässig, kärleksfull och sexuell attraktion till och intim och sexuell relation med enskilda personer av motsatt kön eller samma kön eller mer än ett kön.

² I Yogyakartaprinciperna anges att "könsidentitet" avser var och ens djupt enskilda och individuella uppfattning av kön som kan eller inte kan överensstämma med det kön som tillskrivits vid födseln, inklusive den personliga uppfattningen om kroppen (som kan omfatta en frivilligt vald förändring av kroppens utseende eller funktion med hjälp av medicinska, kirurgiska eller andra medel) och andra könsrelaterade uttryckssätt som t.ex. klädsel, språk och manér.

3. Gällande rätt

Se bilaga

4. Rättslig bedömning

Både nationellt och internationellt har domstolar funnit att det finns ett behov av att utveckla metoder för prövning av asylskäl. Migrationsöverdomstolen har i MIG 2007:12 beskrivit metoden för asylprövning. Vägledning för prövning av asylärenden finns också i RCI 09/2013 angående metod för prövning av tillförlitlighet och trovärdighet.

För personer som åberopar skyddsbehov på grund av sin faktiska eller tillskrivna sexuella läggning, könsöverskridande identitet eller könsuttryck är en lämplig metod för utredning och prövning av den framåtsyftande risken följande.

4.1 Tillhörighet till grupp

Inledningsvis ska den sökande göra sin tillhörighet till en grupp som riskerar förföljelse på grund av faktisk eller tillskriven sexuell läggning, könsöverskridande identitet eller könsuttryck sannolik. Det är viktigt att komma ihåg att Migrationsverket inte ska försöka fastställa en persons sexuella läggning eller könsidentitet vilket i många fall vore omöjligt. Det verket ska pröva i denna del är om en person som åberopar skyddsbehov pga. sin sexuella läggning, könsidentitet eller könsuttryck har gjort sin tillhörighet till en sådan grupp sannolik. EU-domstolen har också bekräftat att en sökandes påstående om sexuell läggning är en sådan omständighet som kan bli föremål för bedömning (C-148/13 – C-150/13).

4.1.1 Särskild samhällsgrupp

Att homo- och bisexuella kan anses utgöra en särskild samhällsgrupp framgår av lagtexten och förarbetena där det anges att i situationer där förföljelsen har sin grund i den utsattes sexuella läggning kan det ofta framgå ganska tydligt att han eller hon tillhör en viss samhällsgrupp (prop. 2005/06:6 s 26). Även personer som har en könsöverskridande identitet eller riskerar förföljelse pga. sitt könsuttryck uppfattas ofta som annorlunda och avvikande från den rådande normen i samhället för hur män och kvinnor ska vara och bete sig. De kan därmed anses utgöra en särskild samhällsgrupp som omfattas av begreppet kön.

4.1.2 Allmänt om utredningen

I många fall finns enbart den sökandes egen berättelse att bedöma i denna del. Synen på sexuell läggning och könsidentitet skiljer sig mellan olika kulturer och de begrepp som används i Sverige och andra västerländska länder har kanske ingen motsvarighet i den sökandes hemland.

För många kan det vara svårt att prata om frågor som rör sexuell läggning och könsidentitet. I förarbetena till utlänningslagen betonas att utredningarna i dessa asylärenden måste bedrivas med hänsyn tagen till att det kan vara svårt för sökanden att berätta om sina upplevelser, inte minst när det ska ske inför en myndighetsperson (prop. 2005/06:6 s 29).

4.1.3 Relevanta teman vid utredningen

Vid den muntliga utredningen ska den sökande få möjlighet att berätta om sina erfarenheter och varför sökanden anser sig ha behov av skydd. Vid utredningen kan följande teman som beskrivs närmare i UNHCR:s riktlinjer rörande bedömningen av påståenden om förföljelse baserad på sexuell läggning eller könsidentitet³ fungera som utgångspunkt. Det är dock viktigt att komma ihåg att upplevelserna och känslorna inför sin läggning eller identitet är högst personliga och att det inte finns ett rätt eller fel svar på frågorna.

En bra utgångspunkt för utredningen i denna del är hur personen beskriver sig själv. Hur en sökande beskriver sig själv påverkas dock till exempel av sökandens sociala eller kulturella bakgrund, kön, etnicitet eller ålder. Vissa personer kan också känna skam över sin läggning eller könstillhörighet vilket kan medföra att personen inte själv identifierar sig som t.ex. homosexuell eller transperson.

Frågor kring sökandens barndom kan ställas. I en del fall kan den sökande beskriva en känsla av att vara annorlunda än andra redan tidigt i livet. Detta kan ha lett till en känsla av stigmatisering under uppväxten när sökanden börjat förstå att omgivningen uppfattar att personen inte följer normen för hur män och kvinnor förväntas vara och bete sig och att omgivningen, och kanske även den egna familjen, därför inte accepterar sökanden. Det kan också leda till känslor av skam och isolering. Frågor om när sökanden själv upptäckt eller förstått sin tillhörighet till en utsatt grupp kan också ställas.

Frågor kan även ställas kring familjeliv och relationer men utredningen ska inte beröra sexuella handlingar eller erfarenheter. Enligt EU-domstolen har myndigheter inte rätt att företa detaljerade förhör om den sökandes sexuella vanor eller goda bevis som t.ex. videoupptagningar av sexuella handlingar (C- 148/13- C-150/13). Mot bakgrund av att skyddsbehovet ofta snarare är kopplat till en fråga om identitet och att personen anses bryta mot rådande normer i samhället har utredningar som fokuserar på sexuella handlingar dessutom ett begränsat värde för bedömningen av personens skyddsbehov. Istället kan frågor röra funderingar inför framtiden vad gäller relationer så som vänner och familj. En person kan tillhöra gruppen homosexuella utan att tidigare ha haft kärleks- eller sexuella relationer med personer av samma kön. En person kan också vara gift med någon av motsatt kön och/eller ha barn och tillhöra gruppen. Är den sökande gift eller har barn kan frågor ställas om varför denna familjerelation valts.

³ Guidelines on International Protection no 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees", 23 oktober 2012, HCR/GIP/12/09

Frågor om organisationer och mötesplatser i hemlandet kan vara relevanta att ställa men alla kan inte förväntas ha kunskap om sådant. En sökandes förklaring till detta får bedömas i sitt sammanhang. När det gäller möjlighet till organisering och mötesplatser kan förutsättningarna för olika grupper och för män och kvinnor se väldigt olika ut. Till exempel är kvinnor i en del länder förvisade till den privata sfären medan män i högre grad vistas utanför hemmet. Detta påverkar naturligtvis också förutsättningarna för organisation och mötesplatser.

Om en sökandes identitet också är kopplad till religion eller andra skyddsgrundande grupptillhörigheter kan det vara värdefullt att utreda detta med koppling till den sexuella läggningen eller könsidentiteten. Till exempel kan religion i vissa fall medföra att hbt-personer har en komplex och kanske ambivalent hållning till sin egen identitet.

Om sökanden anför risk pga. sin transexualitet kan frågor ställas kring eventuella steg som tagits för att korrigera könstillhörigheten. Medicinska förändringar är dock inget krav för att en person ska tillhöra gruppen och alla har inte heller någon sådan önskan.

4.1.4 Bedömning

Ovan beskrivna teman kan alltså fungera som utgångspunkt för utredningen. En persons tankar och känslor kring dessa teman är högst personliga och individuella och det finns inget facit kring vad som indikerar tillhörighet till gruppen eller inte utan en bedömning måste göras i det enskilda ärendet.

Upplevelserna för personer som tillhör de grupper som omfattas av ställningstagandet kan se väldigt olika ut beroende på från vilket land en person kommer och i vilken miljö personen vistas. Patriarkala strukturer i samhället medför naturligtvis också att situationen för en homosexuell man kan vara helt annorlunda än situationen för en homosexuell kvinna beroende på att förväntningarna på hur män och kvinnor förväntas leva är olika.

Vid bedömningen av om sökanden gjort sin tillhörighet till gruppen sannolik är det viktigt att skilja på uppgifter om tillhörigheten till gruppen och andra uppgifter i asylberättelsen. Även om det finns tillförlitlighetsbrister i delar av asylberättelsen kan sökanden ändå vara tillförlitlig i de delar som rör grupptillhörigheten och därför ha gjort sin tillhörighet till gruppen sannolik.

Migrationsöverdomstolen har i MIG 2013:25 bedömt att en sökande inte gjort sannolikt att han riskerar förföljelse pga. sin tillhörighet till en grupp som riskerar förföljelse pga. sexuell läggning.

Om den sökande inte gjort sin tillhörighet till den aktuella gruppen sannolik kan personen inte bedömas vara flykting på denna grund.

4.2 Situationen för gruppen i hemlandet

Om sökanden har gjort sin tillhörighet till en särskild samhällsgrupp sannolik måste situationen för den gruppen i sökandens hemland utredas. Av relevant och aktuell landinformation bör fastställas om den aktuella gruppen i personens hemland är utsatt för övergrepp som till sin natur och sin omfattning utgör skyddsgrundande förföljelse och om den aktuella gruppen kan få ett effektivt skydd av myndigheter.

4.2.1 Landinformation

Det kan ibland vara svårt att hitta relevant och specifik landinformation om situationen för och behandlingen av de personer som omfattas av detta ställningstagande. I många länder är möjligheterna att få information om och dokumentera övergrepp mot hbt-personer begränsade. Det stigma som kan vara förknippat med att tillhöra dessa grupper kan också medföra att många övergrepp inte rapporteras. Angående vissa grupper, t.ex. bisexuella, lesbiska, transpersoner och intersexuella är informationen ofta särskilt begränsad. Även tillgången på landinformation påverkas av att mannen ses som norm. Kvinnors situation är ofta mindre synlig och utredd. Landinformation gällande en grupp, t.ex. homosexuella män, är därför inte alltid relevant för homosexuella kvinnor eller transpersoner. Bristen på landinformation kan inte automatiskt leda till bedömningen att det inte förekommer förföljelse i landet.

4.2.2. Kriminaliserande lagstiftning

EU-domstolen har uttalat att en lagstiftning som straffbelägger homosexuella handlingar inte i sig anses ha en så betydande inverkan på den asylsökande att den kan utgöra förföljelse. Däremot kan själva det fängelsestraff som föreskrivs i anslutning till en viss lagbestämmelse som straffbelägger homosexuella handlingar utgöra förföljelse, förutsatt att det faktiskt tillämpas (C-199/12 – C-201/12).

4.2.3 Myndighetsskydd

I de fall hotbilden inte utgår från staten utan från privatpersoner eller icke-statliga organisationer måste en bedömning av tillgång till myndighetsskydd göras utifrån uppdaterad och relevant landinformation (se också rättschefens rättsliga ställningstagande angående vad som utgör ett godtagbart myndighetsskydd och förutsättningar för avvisning med omedelbar verkställighet med hänvisning till befintligt myndighetsskydd, SR 01/2015). Att t.ex. homosexualitet är förbjudet i ett land påverkar naturligtvis möjligheten för hbt-personer att få myndighetsskydd även om straff inte utdöms i praktiken. Lagar som kriminaliserar relationer mellan personer av samma kön är därför normalt en indikation på att myndighetsskydd inte är tillgängligt för hbt-personer. Också när samkönade relationer inte uttryckligen är kriminaliserade kan lagar med generell tillämpning, t.ex. gällande allmän moral eller ordningslagar tillämpas selektivt och riktat mot hbt-personer på ett diskriminerande sätt. En sådan tillämpning kan också vara en indikation på att det inte är möjligt för dessa personer att få skydd av myndigheterna men en noggrann bedömning måste göras i det enskilda fallet.

Vid bedömning av myndighetsskydd ska också beaktas att flera olika grunder för diskriminering och förtryck kan samverka. T.ex. kan kvinnor generellt ha svårare att få myndighetsskydd och riskerna med att uppsöka myndigheter kan se olika ut för olika grupper i ett land.

Enbart upphävandet eller frånvaron av lagar som diskriminerar eller kriminaliserar t.ex. homosexualitet är inte tillräckligt för att man ska kunna konstatera att myndighetsskydd finns. En bedömning måste göras av om de rättsvårdande myndigheterna har vilja och förmåga att beivra brott mot gruppen.

Även om det efter bedömningen enligt denna punkt skulle framkomma att det inte finns någon generell risk för personer som tillhör den aktuella gruppen måste naturligtvis även en individuell bedömning av sökandens uppgivna skäl och framtida risk göras i enlighet med de följande punkterna.

4.3 Eventuell tidigare förföljelse

Nästa steg är att bedöma om den sökande gjort tidigare förföljelse eller skyddsgrundande behandling i hemlandet sannolik. Denna bedömning ska inte bygga på spekulationer om vilka risker en person kan antas utsätta sig för eller hur någon borde ha betett sig i en viss situation. Sådana antaganden är oundvikligen subjektiva och ska inte läggas till grund för bedömningen av om sökandens berättelse är trovärdig eller inte.

Om den sökande utsatts för övergrepp från privatpersoner eller icke-statliga organisationer ska även utredas om den sökande har försökt att få skydd av myndigheterna i hemlandet. Om det är klart att myndighetsskydd saknas, t.ex. pga. lagar som kriminaliserar samkönade förhållanden eller i övrigt av landinformation framkommer att myndighetsskydd saknas för hbt-personer, kan det dock inte begäras att sökanden ska ha försökt få skydd av myndigheterna i hemlandet.

4.4 Framåtsyftande bedömning

Därefter ska en framåtsyftande bedömning av sökandens personliga risk göras. Som i alla asylärenden ska en individuell prövning göras där frågan är om det gjorts sannolikt att sökanden känner en välgrundad fruktan att utsättas för förföljelse vid ett återvändande.

I skyddsgrundsdirektivet anges att det faktum att den sökande redan har varit utsatt för förföljelse eller annan allvarlig skada, eller för direkta hot om sådan förföljelse eller sådan skada, är en allvarlig indikation på att den sökandes fruktan för förföljelse är välgrundad eller att det finns en verklig risk för att han eller hon kommer att lida allvarlig skada, såvida det inte finns goda skäl till att anta att sådan förföljelse eller allvarlig skada inte kommer att upprepas (artikel 4.4). Även Migrationsöverdomstolen har uttalat att tidigare förföljelse är en indikation på risk (MIG 2007:16).

Har sökanden gjort sannolikt tidigare förföljelse kan det alltså presumeras att det föreligger en risk även vid en framåtsyftande bedömning. För att bryta presumptionen krävs väsentligt förändrade förhållanden i hemlandet som medför att risken inte längre bedöms föreligga. Förändringar i lagstiftning är normalt inte tillräckligt om det inte också kan visas att det lett till förbättringar för gruppen även i praktiken.

Även om den sökande inte tidigare varit utsatt för förföljelse kan det finnas en subjektiv och objektiv risk för att sökanden har en välgrundad fruktan för att bli utsatt vid ett återvändande. Denna risk får bedömas mot bakgrund av den aktuella landinformationen och den personliga situation den sökande skulle befinna sig i vid ett återvändande.

I förarbetena till utlänningslagen har regeringen uttalat att 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 (prop. 2005/06:6 s 27). EU-domstolen har dock uttalat att det inte är tillåtet att förvänta sig att en asylsökande hemlighåller sin sexuella läggning. Domstolen uttalar vidare att begreppet sexuell läggning inte enbart omfattar handlingar som är hänförliga till den berörda personens privata sfär utan också handlingar som är hänförliga till den tillvaro som personen för offentligt. I domen anges också att ett krav på att medlemmarna i en samhällsgrupp som har samma sexuella läggning ska hemlighålla sin läggning strider mot själva erkännandet av att det är fråga om en egenskap som är så grundläggande för identiteten att de berörda personerna inte får tvingas avsvära sig den (mål C-199/12-C-201/12).

Även UNHCR anger i sina riktlinjer att det faktum att en sökande kan undvika förföljelse genom att dölja eller vara ”diskret” med sin läggning eller könsidentitet, eller har gjort det tidigare, inte är en godtagbar anledning att neka flyktingstatus. I riktlinjerna anges också att även om en sökande hittills har kunnat undvika skada genom att dölja sin läggning kan förutsättningarna ändras över tid och att leva dolt kanske inte är ett alternativ på längre sikt. Det finns dessutom nästan alltid en möjlighet att upptäckas mot ens vilja, t.ex. genom ryktesspridning, olycka eller ökande misstänksamhet. Även om en hbt-person döljer sin läggning eller identitet kan de fortfarande vara utsatta för risk för att de inte följer de förväntade normerna, som att bilda familj. Även frånvaron av handlingar och uppträdande kan identifiera dem som annorlunda och utsätta dem för risk (p. 31-32).

Vid bedömningen av den framtida risken måste alltså en noggrann prövning göras av om sökanden riskerar förföljelse vid ett återvändande till hemlandet utifrån sökandens personliga omständigheter. Vid denna bedömning ska beaktas att det inte kan förväntas att sökanden ska leva på ett visst sätt för att undvika risken.

4.5 Möjlighet till myndighetsskydd och internflykt

Om sökanden bedöms vara i behov av skydd på grund av sin tillhörighet till en grupp, som riskerar förföljelse på grund av faktisk eller tillskriven sexuell läggning, könsöverskridande identitet eller könsuttryck måste utredningen avslutas med en bedömning av om det finns ett myndighetsskydd vid ett återvändande till hemorten eller ett internflyktsalternativ inom hemlandet.

4.6 Risk för förföljelse eller allvarliga övergrepp som åberopas sent i processen eller i ett verkställighetsärende

Det förekommer att den sökande i ett sent skede av processen, eller först på verkställighetsstadiet, åberopar sexuell läggning, könsöverskridande identitet eller könsuttryck som skäl för att beviljas skydd i Sverige.

Att nya asylskäl åberopas sent i processen kan ibland medföra att trovärdigheten i dem kan ifrågasättas. När det gäller sexuell läggning eller könsidentitet måste dock beaktas att det är något som kan upplevas som skamligt att tala om även i förhållandevis liberala samhällen och därför kan vara svårt att berätta om. Till detta kommer i Migrationsverkets ärenden att flera av de asylsökande kommer från kulturer där t.ex. homo- och bisexuell läggning är mycket tabubelagt och straffbart, i vissa fall även med dödsstraff. Om sökanden kan lämna en förklaring till varför dessa asylskäl inte åberopats tidigare bör uppgifterna inte anses som mindre trovärdiga enbart på grund av att de anförs sent i processen. Att enbart den omständigheten att den sexuella läggningen åberopas som grund för skyddsbehov sent i processen inte medför att sökandens uppgifter inte är trovärdiga har också bekräftats av EU-domstolen (mål C-148/13-C-150/13).

Mot denna bakgrund kan det i många fall inte ställas särskilt höga krav för att en person i ett verkställighetsärende ska göra behovet av skydd antagligt vilket krävs för att en ny prövning ska kunna beviljas. Enbart ett påstående om att sökanden tillhör en grupp som omfattas av detta ställningstagande är normalt inte tillräckligt men om det följs av en förklaring till varför det inte anförts tidigare och varför det kan medföra behov av skydd kan kravet ofta anses uppfyllt. Detta måste dock bedömas utifrån omständigheterna i varje enskilt fall.

När det i ett verkställighetsärende åberopas att det finns hinder för verkställighet på grund av sexuell läggning, könsidentitet eller könsuttryck uppkommer även frågan om personen haft giltig ursäkt för att inte åberopa omständigheten tidigare. Migrationsöverdomstolen har i MIG 2007:13 anförts att begreppet "giltig ursäkt" ska ges en restriktiv tolkning. Det ska dock vägas mot domstolens uttalande om att giltig ursäkt kan godtas i undantagsfall och hänvisningen till förarbetsuttalandena om att den som utsatts för traumatiska upplevelser kan ha haft svårt att berätta om detta i ett tidigare skede. Även sexuell läggning eller könsidentitet kan i vissa fall vara svårt att berätta om. Den som förtigit och dolt sin sexuella läggning eller könsidentitet i hela sitt liv borde därför i allmänhet ha giltig ursäkt för att inte ha åberopat detta tidigare i processen, medan den som i hemlandet varit öppen med sin läggning eller identitet (t.ex. deltagit i offentliga aktiviteter för hbt-personer) i allmänhet inte kan anses ha sådan giltig ursäkt.

5. Barnkonsekvensanalys

Även barn kan riskera förföljelse kopplat till sin sexuella läggning eller könsidentitet. Vid utredningen och bedömningen i sådana ärenden bör detta ställningstagande kunna vara ett stöd även om utredningen och bedömningen som i andra fall måste anpassas efter barnets ålder och mognad och ett barns särskilda situation i hemlandet. En barnkonsekvensanalys talar inte emot antagandet av detta ställningstagande.

Bilaga till RS/015/2021

3 Gällande rätt

3.1 Tillämpliga lagrum - 4 kap. 1 § utlänningslagen

Enligt 4 kap 1 § utlänningslagen (2005:716) avses med flykting 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.

Som flykting ska även anses en utlänning som är statslös och som

- av samma skäl som anges i första stycket befinner sig utanför det land där han eller hon tidigare har haft sin vanliga vistelseort, och
- inte kan, eller på grund av sin fruktan inte vill, återvända dit.

3.2 Relevant EU-rätt

I artikel 10.1 d i skyddsgrundsdirektivet⁴ anges följande. EU:s medlemsstater ska vid bedömningen av skälen till förföljelse bl.a. ta hänsyn till att en grupp ska anses utgöra en särskild samhällsgrupp, särskilt när gruppens medlemmar har en gemensam väsentlig egenskap eller en gemensam bakgrund som inte kan ändras, eller består av personer som har en gemensam egenskap eller övertygelse som är så grundläggande för identiteten eller samvetet att de inte får tvingas att avsvära sig den. Gruppen kan vidare ha en särskild identitet i det berörda landet eftersom den uppfattas som annorlunda av omgivningen.

⁴ Europaparlamentet och rådets direktiv 2011/95/EU av den 13 december 2011 om normer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska anses berättigade till internationellt skydd, för en enhetlig status för flyktingar eller personer som uppfyller kraven för att betecknas som subsidiärt skyddsbehövande, och för innehållet i det beviljade skyddet

Beroende på omständigheterna i ursprungslandet kan en särskild samhällsgrupp omfatta en grupp grundad på en gemensam egenskap, t.ex. sexuell läggning.

3.3 Uttalanden i förarbetena till utlänningslagen

I förarbetena till utlänningslagen (prop. 2005/06:6, sid 23 – 29) anför regeringen bl.a. följande.

Förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning innebär att orsaken, eller delar av orsaken, till att förföljelsen riktar sig mot personen i fråga står att finna i hans eller hennes könstillhörighet eller sexuella läggning. Enligt vedertagen svensk och internationell praxis är kravet på orsakssamband uppfyllt om någon av de grunder för förföljelse som räknas upp i flyktingdefinitionen är en bidragande orsak till förföljelsen (s. 23).

Kön och sexuell läggning, ensamt eller i förening med andra kännetecken, skall kunna grunda tillhörighet till en viss samhällsgrupp även i den svenska utlänningslagens mening, och den som söker skydd undan sådan förföljelse skall därmed på denna grund kunna ges flyktingstatus (s 25).

I situationer där förföljelsen har sin grund i den utsattes sexuella läggning kan det ofta framgå ganska tydligt att han eller hon tillhör en viss samhällsgrupp. Exempelvis betraktas homosexuella i många länder av sin omgivning som en särskild samhällsgrupp och det är just deras sexuella läggning som utgör motivet till förföljelsen. Regeringen vill betona att 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 (s. 26).

Flyktingbestämmelsens krav att fruktan för förföljelse skall vara välgrundad, dvs. att fruktan skall ha fog för sig, gäller vid påståenden om förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning, på samma sätt som beträffande övriga grunder för förföljelse. Vid prövningen av om fruktan är välgrundad skall alltså göras en bedömning av risken för att sökanden kan komma att utsättas för förföljelse vid ett återvändande till hemlandet. Förhållandena i hemlandet och den enskildes personliga förhållanden skall vägas in i denna bedömning. 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 (s. 27).

Även kravet på avsaknad av hemlandets skydd och frågan om det finns ett s.k. inre flyktalternativ skall bedömas på samma sätt oavsett vilken grund för förföljelse som är aktuell. Det inre flyktalternativet, dvs. att den enskilde kan få skydd på en annan plats i hemlandet, är en internationellt vedertagen princip.

För att inre flykt skall bli aktuell som alternativ till flyktingskapet måste den enskilde ha tillgång till ett effektivt skydd mot förföljelse i hemlandet. Därutöver måste han eller hon också ha en realistisk möjlighet till försörjning och förutsättningar att leva på ett sätt som inte innebär onödigt lidande eller umbäranden. Hänvisningar till ett inre flyktalternativ måste göras med försiktighet och med beaktande av den enskildes personliga förhållanden och de allmänna förhållandena i hemlandet (s. 28).

Som några av remissinstanserna påpekat är det beträffande förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning viktigt att beakta samhällsstrukturen i den asylsökandes hemland och dess betydelse för statens vilja och förmåga att erbjuda invånarna skydd (s. 28).

Förföljelse som sker inom den privata sfären kan utgöra grund för flyktingskap beroende på de motiv som ligger bakom statens oförmåga eller ovilja att ge skydd. Statens oförmåga kan bero på t.ex. resursbrist eller ineffektivitet vilket inte kan knytas till någon förföljelsegrund. Den utsatte är då inte en flykting i lagens mening. En person, som riskerar att bli utsatt av enskilda för förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning, vägras emellertid i vissa fall skydd i hemlandet som en uppenbar följd av rådande politiska, sociala, religiösa eller kulturella strukturer, vilka i detta sammanhang får sägas innefatta det som benämns könsmaktsstruktur. I sådana fall kan personen vara att betrakta som flykting. Det förekommer t.ex. i vissa länder att könsstypning är förbjuden, men att traditionen är så djupt rotad att förbudet inte efterlevs. Om landets myndigheter genom att inte heller vidta nödvändiga åtgärder för att åstadkomma efterlevnad, i realiteten accepterar övergreppet har kvinnan ingen faktisk möjlighet att erhålla statens skydd mot förföljelsen.

Likaså är mannens rätt att utöva makt över kvinnan i vissa kulturer en så obestridd och grundläggande del av samhällsstrukturen att det är omöjligt för kvinnan att få statens skydd mot våld och frihetsinskränkningar eller hedersrelaterade repressalier från män i hennes anhörigkrets. Tradition och maktstrukturer kan få samma konsekvenser i fråga om våld och trakasserier som riktas mot homo- och bisexuella personer (s. 28).

Vid bedömningen av asylärenden där det förekommer uppgifter om förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning måste även beaktas att uppgifterna kan vara mycket känsliga för sökanden personligen. Exempelvis är människor med homo- eller bisexuell läggning oftast en mycket utsatt grupp. Många gånger kommer dessa personer från länder där homosexualitet är en tabubelagd företeelse och de kan på grund av sin sexuella läggning ha drabbats av trakasserier såväl från den egna familjekretsen som från myndigheter. Den egna sexuella läggningen kan vara förknippad med starka skuld känslor. Utredningarna i dessa asylärenden måste därför bedrivas med hänsyn tagen till att det kan vara svårt för sökanden att berätta om sina upplevelser, inte minst när det skall ske inför en myndighetsperson (s. 29).

Genom tillägget lagfästs att kön och sexuell läggning utgör grund för förföljelse enligt definitionen eftersom såväl kön som sexuell läggning är sådana grundläggande egenskaper som kan identifiera en samhällsgrupp i flyktingdefinitionens mening (s. 31).

3.4 Praxis från Migrationsöverdomstolen

3.4.1 Prövning av asylskäl

MIG 2006:1: Det är en vedertagen bevisrättslig princip inom förvaltningsprocessrätten att den som ansöker om en förmån har bevisbördan för att han eller hon uppfyller de krav som uppställs i lagen för att förmånen skall beviljas. Bevisbördan ligger därför initialt på sökanden även när frågan avser uppehållstillstånd på grund av skyddsskäl.

MIG 2007:12: Den sökande har bevisbördan, vilket innebär att det är han eller hon själv som i första hand har att tillhandahålla relevanta uppgifter till ledning för bedömningen av hans eller hennes behov av skydd. För att en sökande skall kunna få uppehållstillstånd som flykting eller skyddsbehövande i övrigt måste krav ställas på att denne talar sanning och hjälper utredaren så att alla fakta i ärendet kan klarläggas. Detta inbegriper även att den asylsökande måste göra sin identitet sannolik. Med hänsyn till de problem en sökande kan ha att tillhandahålla bevisning kan Migrationsverket och i vissa fall även en migrationsdomstol - trots att sökanden har den initiala bevisbördan - i vissa fall få dela ansvaret att fastställa vissa fakta bl.a. avseende inhämtande av landinformation. Utredningsansvaret avseende fakta kan också innebära att det allmänna i vissa fall måste bistå sökanden med att få autenticiteten i originalhandlingar bedömda av svenska ambassader eller låta sökanden få besvara frågor vid en förhandling. Det ligger i sakens natur att många av de förhållanden som åberopas av en asylsökande angående sitt skyddsbehov inte kan göras sannolika med skriftlig eller annan bevisning.

I förarbetena till lagen framhålls därför att beviskraven inte kan ställas allt för högt när det gäller påståenden om risk för förföljelse, eftersom någon fullständig bevisning som klart kan styrka att det finns en sådan risk sällan kan läggas fram. Motsvarande synsätt måste även anläggas när den sökande gör gällande att han eller hon är skyddsbehövande i övrigt. Sökandens berättelse får därför godtas om den framstår som trovärdig och sannolik. Inom asylrätten finns därför en bevislätnadsregel till förmån för den asylsökande, tvivelsmålets fördel (benefit of the doubt). En förutsättning för att den asylsökande skall kunna få förmånen av denna bevislätnadsregel är att han eller hon gjort ett ärligt försök att styrka sin berättelse och att hans eller hennes allmänna trovärdighet inte ifrågasätts.

MIG 2007:16: En indikation på att en risk för förföljelse finns är naturligt nog att den person som söker asyl tidigare har blivit förföljd. Denna omständighet räcker dock inte. Det krävs även att de missförhållanden som varit grogrund för denna förföljelse fortfarande är aktuella. En förutsättning för uppehållstillstånd i Sverige är följaktligen att förhållandena i hemlandet består och att det finns skäl att anta att sådan förföljelse kommer att upprepas.

MIG 2008:21: Det är endast under vissa omständigheter som diskriminerande åtgärder innebär förföljelse. Detta kan vara fallet om en person utsätts för diskriminerande åtgärder som är av avsevärt menlig natur, till exempel allvarliga inskränkningar i rätten att förtjäna sitt uppehälle eller att utöva sin religion eller då personen utesluts från det allmänna undervisningssystemet (UNHCR:s Handbok artikel 54).

MIG 2008:29: När myndigheternas ovilja att bereda en enskild skydd beror på sociala och kulturella strukturer och det förhållandet att den enskilda är en kvinna, har flyktinggrundande förföljelse på grund av kön ansetts föreligga. Ett rimligt internt flyktalternativ har bedömts tillräckligt, eftersom den enskilda kunnat erbjudas myndigheternas skydd i en annan del av hemlandet även om hon saknade social förankring där, då hon inte vid ett återvändande skulle komma att mötas av otillbörliga umbäranden ur humanitär synvinkel.

3.4.2 Praxis angående förföljelse pga. sexuell läggning

MIG 2013:25: Fråga om utlänningen har gjort sannolikt att han tillhör en grupp som riskerar förföljelse på grund av sin sexuella läggning. Även metod för prövning av fråga om förföljelse på grund av sexuell läggning.

Målet rör en man från Nigeria som i allmän domstol dömts till fängelse och utvisning. Innan domen vunnit laga kraft ansökte han om asyl i Sverige och angav att han riskerade skyddsgrundande behandling pga. sin sexuella läggning. Enligt då gällande bestämmelser lämnades ärendet över till migrationsdomstolen med ett yttrande från Migrationsverket. Migrationsdomstolen lät företa en ambassadutredning avseende artiklar som mannen lämnat in. Ambassadutredningen kunde inte verifiera artiklarna och domstolen ifrågasatte att de publicerats på så sätt som mannen angett. Domstolen ansåg att det även fanns andra skäl att ifrågasätta mannens trovärdighet och att han inte gjort sannolikt att han hade behov av skydd. Hans ansökan avslogs. Mannen överklagade till Migrationsöverdomstolen där det i denna typ av ärenden inte krävdes prövningstillstånd.

Migrationsöverdomstolen konstaterar inledningsvis att det är den sökande som ska göra sannolikt att han tillhör en grupp som riskerar förföljelse pga. sin sexuella läggning.

Migrationsöverdomstolen anser att det finns anledning att ifrågasätta delar av den skriftliga bevisningen och att han genom den inte gjort sannolikt att han är homosexuell och därmed riskerar skyddsgrundande behandling.

Migrationsöverdomstolen prövar därefter om han genom sin berättelse gjort detta sannolikt. Domstolen noterar att han inte i nämnvärd utsträckning kunnat svara på allmänna frågor om sin sexuella läggning och hur den har påverkat hans liv.

Han har även i övrigt under processen lämnat påfallande vaga uppgifter om sin personliga uppfattning om och sina känslor relaterade till sin sexuella läggning, vilket framstår som märkligt då den sexuella läggningen måste anses vara en grundläggande egenskap hos en individ. I detta fall är det särskilt anmärkningsvärt mot bakgrund av vad han anfört om inställningen till homosexuella personer i Nigeria. Mannen har istället i huvudsak redogjort för de övergrepp som han uppger att han har blivit utsatt för på grund av att han är homosexuell. I detta hänseende har han under processen lämnat motstridiga uppgifter på ett flertal punkter.

Mannen har dessutom väntat med att söka asyl till dess hovrätten fastställde hans utvisningsbeslut och hade då vistats i Sverige i drygt sex månader. Hans förklaring att han inväntade ett lagförslag om kriminalisering i hemlandet är inte rimlig. Den medför dessutom ytterligare en brist i hans trovärdighet då homosexuella handlingar har varit kriminaliserade i Nigeria sedan länge vilket han borde känt till om han som han uppgivit varit aktiv för att främja homosexuellas rättigheter i hemlandet. Att han väntat med att söka asyl talar emot att han skulle känna välgrundad fruktan vid ett återvändande. Ytterligare en omständighet som ger anledning att tvivla på hans berättelse är att han vid ett flertal tillfällen lämnat olika uppgifter om sin familjesituation och när hans barn är födda. Detta föranleder domstolen att ifrågasätta mannens allmänna trovärdighet. Vid en samlad bedömning anser Migrationsöverdomstolen att A inte gjort sannolikt att han är homosexuell eller att han i hemlandet tillskrivits en sådan läggning. Domstolen tar därför inte ställning till om situationen för homosexuella i Nigeria är sådan att det föreligger risk för förföljelse där.

3.5 Praxis från EU-domstolen

Dom den 7 november 2013 i X, Y och Z (de förenade målen C-199/12, C-200/12 och C-201-12)

EU-domstolen har den 7 november 2013 meddelat dom efter begäran om förhandsavgörande avseende tolkningen av skyddsgrundsdirektivet bl.a. i fråga om vad som utgör förföljelse på grund av homosexuella aktiviteter (mål C-199/12, C-200/12 och C-201/12). Målen gällde asylsökande från Sierra Leone, Uganda och Senegal, där det i de nationella domstolarna hade klarlagts att personerna i fråga var homosexuella. I domen anges bl.a. följande.

En persons sexuella läggning utgör en egenskap som är så grundläggande för identiteten att han eller hon inte får tvingas att avsvära sig den (p. 46). Det faktum att det existerar en sådan strafflagstiftning som i de nationella målen, med bestämmelser som riktar sig särskilt till homosexuella personer, gör att dessa personer kan anses utgöra en separat grupp som uppfattas som annorlunda av omgivningen (p. 48). Artikel 10.1 d i skyddsgrundsdirektivet ska därför tolkas så, att det faktum att det existerar en sådan strafflagstiftning som den som är i fråga i de nationella målen, med bestämmelser som riktar sig särskilt till homosexuella personer, gör att dessa personer ska anses utgöra en viss samhällsgrupp (p. 49).

En lagstiftning som straffbelägger homosexuella handlingar kan inte i sig anses ha en så betydande inverkan på den asylsökande att den allvarlighetsgrad som krävs för att kriminaliseringen ska utgöra förföljelse enligt artikel 9.1 i direktivet är uppnådd (p. 55). Däremot kan själva det fängelsestraff som föreskrivs i anslutning till en viss lagbestämmelse som straffbelägger homosexuella handlingar utgöra förföljelse enligt denna artikel, förutsatt att det faktiskt tillämpas i det ursprungsland som har antagit straffbudet (p. 56). Det ankommer på de nationella myndigheterna att vid bedömningen av fakta och omständigheter särskilt undersöka huruvida det fängelsestraff som föreskrivs i lagstiftningen i den asylsökandes ursprungsland tillämpas i praktiken. Dessa aspekter beaktas när de nationella myndigheterna bedömer huruvida den asylsökande verkligen hyser välgrundad fruktan för att utsättas för förföljelse vid ett återvändande till ursprungslandet (p. 58–60). Ett fängelsestraff som föreskrivs för homosexuella handlingar och som verkligen tillämpas i det ursprungsland som har antagit en sådan lagstiftning betraktas som ett straff som är oproportionerligt eller diskriminerande och som därmed utgör förföljelse (p. 61).

Ett krav på att medlemmarna av en samhällsgrupp som har samma sexuella läggning ska hemlighålla sin läggning strider mot själva erkännandet av att det är fråga om en egenskap som är så grundläggande för identiteten att de berörda personerna inte får tvingas avsvära sig den. Det är således inte tillåtet att förvänta sig att en asylsökande hemlighåller sin homosexualitet i ursprungslandet för att undvika förföljelse (p. 70–71). En asylsökande ska tillerkännas flyktingstatus när det är fastställt att han eller hon kommer att löpa en verklig risk för förföljelse på grund av sin homosexualitet vid ett återvändande till sitt ursprungsland. I det avseendet ska hänsyn inte tas till att sökanden skulle kunna undvika risken genom att iaktta större återhållsamhet än en heterosexuell person gör när han eller hon ger uttryck för sin sexuella läggning (p. 75). Det är endast sådana homosexuella handlingar som är brottsliga enligt medlemsstaternas nationella lagstiftning som är undantagna från direktivets tillämpningsområde. De behöriga myndigheterna kan inte, vid prövningen av en ansökan om flyktingstatus, rimligen förvänta sig att en asylsökande för att undvika förföljelse hemlighåller sin homosexualitet i ursprungslandet eller iakttar återhållsamhet när han eller hon ger uttryck för sin sexuella läggning (p. 76).

Dom den 2 december 2014 i A, B och C (de förenade målen C-148/13 – C-150/13)

I domen uttalar EU-domstolen att artikel 4 i skyddsgrundsdirektivet jämförd med artikel 1 och 7 i EU-s rättighetsstadga utgör hinder för myndigheterna vid prövning av en asylansökan, då det åberopats sexuell läggning som grund för skyddsskäl, att företa detaljerade förhör om den sökandes sexuella vanor eller godta bevis som t.ex. videoupptagningar av sexuella/intima handlingar.

Domstolen uttalar också att det förhållandet att den sökande inte från början åberopade sin sexuella läggning som stöd för skyddsskäl, inte kan leda till slutsatsen att den sökande inte är trovärdig.

A, B och C ansökte om asyl i Nederländerna och åberopade risk för förföljelse i deras hemländer på grund av deras homosexuella läggning. Deras asylansökningar avslogs på grund av bristande trovärdighet.

EU-domstolens dom rör vilka metoder myndigheterna enligt artikel 4 i skyddsgrundsdirektivet jämförd med artikel 13.3 a i asylprocedurdirektivet får använda vid prövning av skyddsskäl på grund av sexuell läggning.

I artikel 4.1 i skyddsgrundsdirektivet anges att det är medlemsstaternas skyldighet att i samarbete med den sökande bedöma de relevanta faktorerna i ansökan. Domstolen konstaterar att även om det ankommer på den asylsökande att informera om sin sexuella läggning, som är en personlig angelägenhet, kan asylansökningar på denna grund bli föremål för en bedömningsprocess enligt artikel 4. De metoder som myndigheterna använder måste iakta rätten till människans värdighet och rätten till respekt för privatlivet och familjelivet enligt artikel 1 resp. 7 i EU:s rättighetsstadga, (p. 53 i domen).

I artikel 4.3. c i skyddsgrundsdirektivet anges att myndigheterna vid prövningen ska beakta sökandens personliga förhållanden. I artikel 13.3 i asylprocedurdirektivet anges att den sökandes personliga och allmänna omständigheter ska beaktas vid den personliga intervjun. EU-domstolen anser att detaljerade förhör om den sökandes sexuella vanor strider mot artikel 7 i rättighetsstadgan. Bevis som t.ex. videoupptagningar av sexuella/intima handlingar har inte nödvändigtvis något bevisvärde och strider också mot artikel 1 i rättighetsstadgan. Prövningen får heller inte uteslutande grundas på förhör som baseras på stereotypa uppfattningar om homosexuella (p. 62-65 i domen).

EU-domstolen bedömde vidare det förhållandet att den sökande inte från början åberopade sin sexuella läggning som stöd för skyddsskäl.

Skyldigheten för den sökande i artikel 4.1 i skyddsgrundsdirektivet, att så snart som möjligt lägga fram alla relevanta faktorer, mildras av kravet på att de prövande myndigheterna enligt artikel 13.3 a i asylprocedurdirektivet och artikel 4.3 i skyddsgrundsdirektivet ska beakta den sökandes personliga förhållanden, inklusive sökandens utsatta ställning, samt att göra en individuell prövning av en asylansökan. Med hänsyn till att frågor som rör en persons sexualitet är känsliga, kan man inte dra slutsatsen att en person inte är trovärdig på grund av att han/hon inte omedelbart har berättat om sin sexuella läggning. En sådan slutsats strider också mot kravet på myndigheterna i artikel 13.3 i asylprocedurdirektivet (p. 69-71).

3.6 Praxis från Europadomstolen

Europadomstolens dom i M.K.N. mot Sverige

Europadomstolen har i målet M.K.N. mot Sverige, dom den 27 juni 2013 (appl. nr. 72413/10), prövat frågan om sökanden hade gjort troligt att han, på grund av sin sexuella läggning, riskerade behandling i strid med artikel 3 i Europakonventionen. Domstolen noterade inledningsvis att den sökande hade uttryckt en avsikt att bo med sin hustru och sina barn. Än viktigare var dock att han i den nationella processen hade väntat med att göra gällande att han var homosexuell till dess han överklagade Migrationsverkets negativa beslut, vilket var mer än ett år efter hans ankomst till Sverige. Han nämnde inte heller sitt homosexuella förhållande under handläggningen i Europadomstolen förrän ett och ett halvt år efter att processen hade inletts.

I ansökan hade han uppgett att det fanns hot från Al-Tawahid och Al-Jihad men han nämnde inte hot från Mujahedin. Europadomstolen instämde därför i migrationsdomstolens bedömning att sökanden inte hade gett en rimlig förklaring till varför han väntade med att berätta om sin sexuella läggning i den nationella processen. Domstolen ansåg därför att vad sökanden gjort gällande om sitt homosexuella förhållande inte var trovärdigt. På grund av dessa trovärdighetsbrister ansåg domstolen att det inte fanns anledning att ta ställning till om situationen i hemlandet för homosexuella var sådan att ett avlägsnande dit skulle vara i strid med artikel 3 i Europakonventionen.

3.7 Övrig praxis

UKSC 31: Supreme Court i Storbritannien har i dom den 7 juli 2010 redogjort för den metod som ska användas vid prövning av risk för förföljelse på grund av sexuell läggning. Beskrivningen av metoden inriktar sig på den framåtsyftande prövningen.

3.8 UNHCR:s handbok och riktlinjer

Den av Förenta nationernas flyktingkommissarie (UNHCR) utgivna ”Handbok om förfarandet och kriterierna vid fastställande av flyktingars rättsliga ställning” (handboken) är en viktig rättskälla när det gäller förfarandet för att fastställa om det föreligger skyddsbehov (se MIG 2006:1).

Som komplement till handboken har UNCHR gett ut riktlinjer rörande bedömningen av påståenden om förföljelse baserad på sexuell läggning och/eller könsidentitet (”Guidelines on International Protection no 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A (2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees”, 23 oktober 2012, HCR/GIP/12/09). I riktlinjerna anges bl.a. följande.

Sexuell läggning och könsidentitet är en grundläggande egenskap hos en individ som antingen är medfödd eller oföränderlig och som en person inte kan krävas avstå från eller dölja (p. 12). Många homosexuella sökande kommer från länder där sådana relationer är kriminaliserade. Det är allmänt accepterat att sådan kriminalisering är diskriminerande och strider mot internationella normer för mänskliga rättigheter. I de fall en person riskerar förföljelse eller bestraffning såsom dödsstraff, fängelsestraff eller allvarlig kroppslig bestraffning är karaktären av förföljelse särskilt tydlig (p. 26). Även om dessa lagar oregelbundet, sällan eller aldrig tillämpas kan ett förbud mot homosexuella relationer leda till en oacceptabel situation som når upp till nivån av förföljelse (p. 27). Det faktum att en sökande kan undvika förföljelse genom att dölja eller vara diskret med sin sexuella läggning eller tidigare har agerat så är inte ett giltigt skäl att avslå en asylansökan (p. 31).

Att bedöma en sökandes hbt-bakgrund är i huvudsak en fråga om trovärdighet. Bedömningen av trovärdighet måste göras på ett individuellt och hänsynsfullt sätt, genom att undersöka omständigheter kring sökandens personliga uppfattning, känslor och upplevelser av olikhet, stigma och skam mer än fokus på sexuella aktiviteter (p. 62). Sökandens egna berättelse är den huvudsakliga och ofta enda beviskällan.

Både allmänna och specifika frågor som är utformade på ett icke-fördömande sätt möjliggör för sökanden att förklara sina uppgifter. Att sökanden är gift, skild eller har barn betyder inte att sökanden inte är homosexuell. Det kan vara lämpligt att ställa några frågor angående orsaken till giftermålet. Om sökanden kan ge en sammanhängande och rimlig förklaring till giftermålet och/eller sina barn bör den delen av berättelsen godtas. Det kan också vara bra att ställa frågor om sökandens kunskaper om homosexuella kontakter, grupper och aktiviteter i hemlandet, som t.ex. mötesplatser för homosexuella (p. 63).

3.9 Verkställighetsärenden

3.9.1 Tillämpliga bestämmelser

I 12 kap. 18 § utlänningslagen anges bl.a. att om det i ett ärende om verkställighet av ett beslut om avvisning eller utvisning som fått laga kraft kommer fram nya omständigheter som innebär att det finns ett hinder mot verkställighet enligt 1, 2 eller 3 § får Migrationsverket, om hindret är bestående, bevilja permanent uppehållstillstånd.

I 12 kap. 19 § utlänningslagen anges att om utlännningen i ett ärende om verkställighet av ett beslut om avvisning eller utvisning som vunnit laga kraft återoppar nya omständigheter som kan antas utgöra ett bestående sådant hinder mot verkställigheten som avses i 1, 2 eller 3 §, och dessa omständigheter inte kunnat återopas av utlännningen tidigare, eller utlännningen visar giltig ursäkt för att inte ha återopat omständigheterna tidigare, ska Migrationsverket, om beslut om uppehållstillstånd inte kan meddelas enligt 18 §, ta upp frågan om uppehållstillstånd till ny prövning.

3.9.2 Uttalanden i förarbetena

I förarbetena till den nya utlänningslagen (prop. 2004/05:170, sid. 227) anger regeringen bl.a. följande beträffande kravet på giltig ursäkt i 12 kap 19 § utlänningslagen. ”Vad som kan anses som giltig ursäkt får avgöras i det enskilda ärendet. En giltig ursäkt i det enskilda fallet kan vara att utlännningen i hemlandet utsatts för traumatiska upplevelser som varit svåra att berätta om i ett tidigare skede.”

Regeringen har även uttalat (prop. 2005/06:6 s. 29) att ”Vid bedömningen av asylärenden där det förekommer uppgifter om förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning måste även beaktas att uppgifterna kan vara mycket känsliga för sökanden personligen. Exempelvis är människor med homo- eller bisexuell läggning oftast en mycket utsatt grupp. Många gånger kommer dessa personer från länder där homosexualitet är en tabubelagd företeelse och de kan på grund av sin sexuella läggning ha drabbats av trakasserier såväl från den egna familjekretsen som från myndigheter. Den egna sexuella läggningen kan vara förknippad med starka skuldskänslor. Utredningarna i dessa asylärenden måste därför bedrivas med hänsyn tagen till att det kan vara svårt för sökanden att berätta om sina upplevelser, inte minst när det skall ske inför en myndighetsperson.”

3.9.3 Praxis

MIG 2008:6: Bedömningen av huruvida åberopade omständigheter är att anses

som nya bör enligt Migrationsöverdomstolens mening inte enbart hänföra sig till det som prövats genom det lagakraftvunna beslutet om avvisning eller utvisning utan även till det som prövats genom beslut som fattats under verkställighetsstadiet, då den åberopade omständigheten bedömts utan någon begränsning i sak.

MIG 2007:13: Fråga om ”giltig ursäkt”. Asylprocessen är utformad så att den innefattar garantier för att prövningen skall kunna ske på ett så rättssäkert sätt som möjligt redan inom den ordinarie processen, hos Migrationsverket och migrationsdomstolarna. En asylsökande kan därför endast i undantagsfall anses ha giltig ursäkt för att inte ha åberopat alla för prövningen relevanta omständigheter innan ett sådant lagakraftvunnet beslut föreligger. När ett ärende har nått verkställighetsstadiet skall det alltså endast undantagsvis kunna bli fråga om prövning av omständigheter som inte har kunnat åberopas tidigare. Om utlänningen kan anses ha visat ”giltig ursäkt” för att inte ha åberopat dessa tidigare får avgöras i det enskilda ärendet. I förarbetena nämns som exempel att utlänningen i hemlandet utsatts för traumatiska upplevelser som varit svåra att berätta om i ett tidigare skede eller att det rör sig om nya tidigare okända sakuppgifter som utlänningen inte kunnat eller bort känna till (prop. 2004/05:170 s. 227). Migrationsöverdomstolen gör därför bedömningen att innebörden av begreppet ”giltig ursäkt” skall ges en restriktiv tolkning.