



JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Lovisa Henriksson

# Go Back to Where You Came From (the Closet)

En studie av diskretionskrav i den svenska asyl-  
processen och dess förhållande till gällande rätt  
samt mänskliga rättigheter

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Anna Zemskova

Termin: VT24

# Innehåll

<b>SUMMARY .....</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING.....</b>	<b>2</b>
<b>FÖRKORTNINGAR .....</b>	<b>3</b>
<b>1 INLEDNING.....</b>	<b>4</b>
1.1 Bakgrund.....	4
1.2 Syfte och frågeställning.....	4
1.3 Avgränsning.....	5
1.4 Metod och teori.....	6
1.5 Material .....	8
1.6 Forskningsläge .....	10
1.7 Disposition .....	11
<b>2 UNDERSÖKNING .....</b>	<b>12</b>
2.1 Reglering av sexuell läggning som asylskäl .....	12
2.2 Förbjudna diskretionskrav i rättskällorna .....	13
2.3 Förbjudna diskretionskrav i praktiken .....	15
2.3.1 Migrationsverkets rättsliga ställningstagande .....	15
2.3.2 Rättsutredningar av RFSL.....	15
2.3.3 Diskretionsdomar i Migrationsdomstolen .....	16
2.4 Förhållandet mellan mänskliga rättigheter och förekomsten av diskretionskrav .....	19
<b>3 ANALYS.....</b>	<b>22</b>
<b>KÄLLFÖRTECKNING .....</b>	<b>27</b>

# Summary

This essay aims to examine the relationship between the Swedish asylum process and the prohibition of discretion requirements, prohibitions that are found in Swedish and international law. This is done by focusing on case law where discretion requirements are present and applicable law, using a legal dogmatic and legal analytical method. In Sweden, migration has been regulated by separate legislation since 1914. Since 2006, asylum seekers in Sweden have been able to cite sexual orientation as a ground for protection in their applications. This was largely positively received by the affected organizations and authorities that were part of the asylum process at the time. Mainly, there were critical voices concerned that the legislation might be too vague or that insufficient training efforts would be undertaken. Today, the regulation regarding sexual orientation as an asylum ground and basis for protection is found in Chapter 4, Paragraph 1 of the Aliens Act. The prohibitions against discretion requirements are found today in the government bill 2005/06:6, which is part of the preparatory work for the Aliens Act. It is also present in the case law of the Court of Justice of the European Union, in the joined cases C199/12-C201/12, and the UNHCR guidelines on the application of the UN Refugee Convention. It is prohibited in any way to require an asylum seeker to live discreetly to thereby reduce the risk of persecution due to their sexual orientation. It is also prohibited to use such risk reduction as a justification for rejecting an asylum application. The Swedish Migration Agency and RFSL, two parties with a significant interest in how the asylum process for LGBTQ+ individuals is conducted, have both expressed their views on the issue of discretion requirements. Their views are contrasted with six cases from Migration Courts across Sweden where discretion requirements are included in the rejection justifications. A consequence of the presence of discretion requirements in the asylum process is that the applicants' human rights are violated during the process. Several articles from the UN Universal Declaration of Human Rights are of interest in the discussion of discretion requirements.

# Sammanfattning

Uppsatsen ämnar undersöka den svenska asylrättsprocessens förhållande till förbjudna diskretionskrav, förbud som återfinns i svensk och internationell rätt. Detta görs genom ett fokus på rättsfall med förekomst av diskretionsfall samt gällande rätt, utifrån en rättsdogmatisk och rättsanalytisk metod.

I Sverige har migration reglerats i egen separat lagstiftning sedan 1914. Som asylsökande har man i Sverige sedan 2006 kunnat ange sexuell läggning som skyddsgrund i sin ansökan. Det mottogs till största del positivt av de påverkade organisationer och myndigheter som på något sätt var en del av asylprocessen vid lagstiftningstillfället. Främst höjdes röster som var kritiska till att lagstiftningen eventuellt var för otydlig, eller att otillräckliga utbildningsinsatser skulle genomföras. Idag återfinns regleringen om sexuell läggning som asylskäl och skyddsgrund i 4 kapitlet 1 § utlänningslagen.

Förbuden mot diskretionskrav återfinns idag i proposition 2005/06:6, som är en del av förarbetet till utlänningslagen. Det finns även i EU-domstolens praxis, *De förenade målen C199/12-C201/12* och UNHCR:s riktlinjer för hur FN:s flyktingkonvention ska tillämpas. Det är förbjudet att på något sätt kräva att en asylsökande ska leva diskret för att därmed minska risken för förföljelse på grund av sin sexuella läggning. Det är även förbjudet att använda en sådan riskminskning som motivering för ett avslag på en asylansökan.

Migrationsverket och RFSL, två parter med stort intresse i frågan om hur asylprocessen för HBTQ+-personer går till, har båda uttalat sig i frågan om diskretionskrav. Deras syn på frågan ställs i kontrast till sex rättsfall från Migrationsdomstolar runt om i Sverige där diskretionskrav förekommer i avslagsmotiveringarna.

En konsekvens av förekomsten av diskretionskrav i asylrättsprocessen är att de sökandes mänskliga rättigheter kränks under processen. Ett antal artiklar ur FN:s allmänna deklaration om de mänskliga rättigheterna är av intresse för diskussionen om diskretionskrav.

# Förkortningar

SOU	Statens offentliga utredningar
RFSL	Riksförbundet för homosexuellas, bisexuellas, transpersoner, queeras och intersexpersoners rättigheter
RFSU	Riksförbundet för sexuell upplysning
AFMR	Förenta nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna
EU	Europeiska unionen
FN	Förenta nationerna
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees, FN:s flyktingorgan
HBTQ+	Paraplybegrepp för personer med annan läggning än heterosexualitet

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

År 2023 var det 12 644 personer som sökte asyl i Sverige, 7 979 män respektive 4 665 kvinnor.<sup>1</sup> Att folk rör sig över landsgränser sökandes efter ett bättre liv är inte en ny företeelse. Sedan människans begynnelse har vi förflyttat oss från område till område. Det är i stället reglerna om vem, var, när, hur och varför man migrerar som ändrats. Samtidigt har synen på sexualitet förändrats, framförallt sexualitet som bryter mot samhällets normer. Från att i perioder varit olagligt, till sjukdomsstämplat, är homosexualitet slutligen accepterat i samhället. Frågan är om det verkligen gäller alla? När reglerna om vem som får söka skydd och asyl i Sverige möter verkligheten HBTQ+-personer lever i uppstår en kamp mellan teori och praktik. Denna kamp resulterar i vissa fall i diskretionskrav. I svensk lagstiftning är diskretionskrav förbjudna<sup>2</sup>, men de förekommer alltjämt i avslagsmotiveringar för HBTQ+-flyktingars asylansökningar.<sup>3</sup> Hur kan det vara så?

## 1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsens syfte är att kritiskt granska den svenska asylrättsprocessens förhållande till förbjudna diskretionskrav, ett förbud som finns i både svensk och internationell rätt. Den kritiska granskningen ska bestå av en undersökning av förhållandet mellan teorin, det vill säga rättskällorna, och praktiken, hur rättskällorna tillämpas i verkligheten. För att kunna uppfylla syftet ska följande frågeställningar besvaras:

1. Hur förhåller sig den praktiska bedömningen av den sökandes sexuella läggning i asylrättsprocessen till förbudet av diskretionskrav i gällande lagstiftning?

---

<sup>1</sup> Statistiska Centralbyrån. 2024. *Asylsökande i Sverige*.

<sup>2</sup> Proposition 2005/06:6. *Flyktingskap och förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning*. Sid. 27.

<sup>3</sup> Gröndahl, Aino. *Avslagsmotiveringar i HBTQI-asylärenden – En uppföljning av rättsutredningen*. RFSL. 2023.

2. Om det förekommer förbjudna diskretionskrav i asylrättsprocessen, kränker det i så fall FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna?

### 1.3 Avgränsning

I uppsatsen tas sex asylrättsfall upp. En avgränsning har gjorts, då dessa fall kommer enbart från Migrationsdomstolarna, inte Migrationsöverdomstolen. De är inte från en prejudikatinstans, men har ändå ett stort värde för uppsatsen. Syftet med uppsatsen är att få en förståelse för hur lagstiftningen tillämpas i praktiken. För att få en sådan förståelse behövs inte prejudicerande fall från högsta instansen. Vad som behövs är rättsfall där juridiken tillämpas på verkliga fall, varför det enbart är fall från lägre instanser som tagits med i uppsatsen. Det är dessutom så att vid en sökning på Migrationsdomstolens egen hemsida återfinns endast 18 fall från år 2023<sup>4</sup>. För att kunna få en bred förståelse för hur diskretionskrav förekommer i verkligheten behövdes en extensiv undersökning av ett stort antal rättsfall göras. En sökning med sökorden ”asyl sexuell läggning” gjordes på ”JP Rättsfallsnet – Migration”. Fall som föll utanför uppsatsens undersökningsområde sällades sedan bort. Rättsfall som visade sig vara av intresse lades in i ett excelark, med tydliga anvisningar till årtal, rättsfrågor och förekomsten av diskretionskrav. På så sätt kunde en representativ bild av rättsfall som föll innanför uppsatsens avgränsningar presenteras.

Det är endast rättsfall med förekomst av diskretionskrav som tagits upp i uppsatsen. Avgränsningen gjordes för att kunna uppfylla uppsatsens syfte, att se hur lagstiftningen gällande diskretionskrav förhåller sig till den praktiska bedömningen. Det blir således inte aktuellt att ta upp rättsfall som inte innehåller diskretionskrav, då det inte hade bidragit till analysen om diskretionskrav. För en bredare bild av asylrättsfall med HBTQ+-sökande i Sverige, utan fokus på enbart diskretionskrav, hänvisas läsaren till tidigare publicerad forskning och utredningar.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Migrationsöverdomstolen. *Avgöranden*.

<sup>5</sup> Exempelvis Gröndahl, A. *Avslagsmotiveringar i HBTQI-asylärenden*. 2020.

En annan avgränsning som gjorts är tidsspannet för de rättsfall från Migrationsdomstolarna som tagits upp. Uppsatsen handlar om hur lagstiftningen tillämpas praktiskt idag, och därmed har ett urval av rättsfall från tidigast 2020 gjorts. På så sätt kan rättstillämpningen presenteras på ett korrekt sätt, till skillnad från om äldre rättsfall tagits med.

I undersökningens sista del tas förhållandet mellan mänskliga rättigheter och förekomsten av diskretionskrav upp. Här har ytterligare en avgränsning gjorts, gällande vilket juridiskt dokument som stadgar mänskliga rättigheter som skulle tas upp. Det finns många, framförallt internationellt bindande, sådana. I uppsatsen har AFMR använts som rättskälla för analysen av diskretionskrav och mänskliga rättigheter, i stället för exempelvis ”Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna”. Detta beror på att det redan finns en stark koppling till FN i uppsatsen i form av UNHCR:s riktlinjer för tillämpning av FN:s flyktingkonvention. Riktlinjerna är en grundläggande rättskälla för juridiken som reglerar asylrätten i Sverige, de tas bland annat upp i Migrationsverkets rättsliga ställningstagande<sup>6</sup>. Därmed blir det en självklar avgränsning att endast fokusera på AFMR i stället för andra rättsliga dokument.

## 1.4 Metod och teori

För att uppfylla uppsatsens syfte har dels en rättdogmatisk metod, dels en rättsanalytisk metod, använts. Den rättdogmatiska metoden består av en undersökning av den gällande rätten med utgångspunkt i de allmänt accepterade rättskällorna. Dessa innefattar lagstiftning, förarbeten, prejudikat samt rättdogmatisk litteratur. Rättdogmatisk litteratur, eller doktrin, är bland annat juridiska uppsatser och monografier.<sup>7</sup> Utifrån denna metodik har en mängd olika material använts i uppsatsen. Utlänningslagens lagtext och förarbeten har använts för att urskilja hur rättsläget ser ut idag. Viss historisk bakgrund har getts, men det är framförallt gällande rätt som det lagts vikt vid.

---

<sup>6</sup> Migrationsverket. RS/015/2021. *Rättsligt ställningstagande - Utredning och prövning av den framåtsyftande risken för personer som återoppar skyddsskäl på grund av sexuell läggning, könsöverskridande identitet eller könsuttryck.*

<sup>7</sup> Kleineman. 2021. Sid. 21.



Andra rättskällor som använts är EU-domstolens avgörande i *De förenade målen C-199/12-C-201/12* samt UNHCR:s riktlinjer<sup>8</sup>.

Viss kritik har framförts gällande den rättsdogmatiska metoden. Rättsdogmatik skildrar enbart hur den gällande rätten ser ut, inte hur den tillämpas i samhället.<sup>9</sup> Det finns visst utrymme för att driva en kritisk rättsdogmatisk forskning som går bortom att endast beskriva rättsläget. Den ska dock fortsatt hålla sig inom ramen för den rättsdogmatiska metoden. Detta görs genom att tydligt markera för läsaren vid varje tillfälle ett perspektiv tas upp som inte är en ren rättskälla.<sup>10</sup> Här har ett val gjorts för att kunna ge en så bred och nyanserad bild som möjligt av asyllagstiftningen i uppsatsen. Uppsatsens syfte är att visa hur teorin och praktiken går hand i hand, eller snarare inte gör det, och därmed är just tillämpningen av lagstiftningen det centrala. För att kunna belysa detta på ett vetenskapligt korrekt sätt, utan att hamna utanför den rättsdogmatiska metoden, har en rättsanalytisk metod också använts. På så sätt har rätten kunnat analyserats utifrån mer än bara de allmänt accepterade rättskällorna.<sup>11</sup> Detta har inneburit att uppsatsen bland annat kunnat ta upp rättsutredningar från RFSL, litteratur skriven om området<sup>12</sup> samt andra källor som inte faller inom de allmänt accepterade rättskällorna. Det är även genom den rättsanalytiska metoden som de sex svenska migrationsrättsfall kunnat tas upp. De är nämligen inte från den högsta prejudikatinstansen, Migrationsöverdomstolen, utan från Migrationsdomstolar runt om i Sverige. Enligt rättsdogmatiken ska endast prejudikatinstanserna tas upp, eftersom de tillhör gruppen allmänt accepterade rättskällor.<sup>13</sup> I och med att även en rättsanalytisk metod använts kan rättsfallen från de övriga migrationsdomstolarna användas. Uppsatsens syfte har på så sätt kunnat uppfyllas, samtidigt som den vetenskapliga metoden bibehållits.

---

<sup>8</sup> UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). *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*. HCR/GIP/12/01. 2012.

<sup>9</sup> Kleineman. 2021. Sid. 24.

<sup>10</sup> Ibid, sid. 40–41.

<sup>11</sup> Sandgren. 2018. Sid. 50.

<sup>12</sup> Se ”Tryckta källor” i Källförteckningen.

<sup>13</sup> Kleineman. 2021. Sid. 21.

I uppsatsens sista kapitel, där frågeställningarna besvaras och en analys utifrån undersökningen görs, kommer queerteori att tillämpas. Queerteori är ett samhällskritiskt perspektiv med fokus på genus och sexualitet. Enligt queerteorin är samhället i grunden heteronormativt, vilket innebär att personer som inte identifierar sig som heterosexuella har det svårare enbart på grund av sin sexuella läggning. Detta påverkar allt i samhället, inklusive rättssystemet. Teorin används i uppsatsens analys för att undersöka och förstå de bakomliggande samhällsstrukturerna som påverkar samtidens syn på HBTQ+-personer.<sup>14</sup>

## 1.5 Material

I uppsatsen har ett antal böcker skrivna på området asylrätt och sexuell läggning använts. Dels har två svenska böcker använts, för att kunna skildra det svenska asylrättssystemet. *Svensk invandringspolitik under 500 år: 1512–2012* av Julia Boguslaw har använts för att visa hur migrationspolitiken utvecklats i historien. *Migrationsrätt: Skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden* av Rebecca Thorburn Stern och Hanna Wikström har använts för att visa hur sexuell läggning kom att bli en skyddsgrund för asyl. Den har även använts för att beskriva hur rättsläget, specifikt gällande domstolsprocesser, ser ut på ett internationellt plan. Utöver detta har två böcker som endast skildrar ett internationellt perspektiv på asylrättssystemet använts. *Human rights and the revision of refugee law* av Romit Bhandari har använts för att konstatera att det förekommer rättsfall där frågan om diskretionskrav väcks även i internationella domstolar. Till sist har *Family life and the migrant* av Rowena Moffat med flera ur boken *Human Rights of migrants in the 21st century* använts för att skildra asylsökandes rätt till äktenskap och familj.

I syfte att förstå och spegla verkligheten har ett antal rättsfall från Migrationsdomstolar runt om i Sverige presenterats i uppsatsens undersökning. Det är sex rättsfall från domstolar i Malmö, Stockholm och Luleå. De är från åren 2020–2022 och presenteras i tidsordning i undersökningen. Vissa av rättsfallen har redan vid domsluten anonymiserats, och klagandens namn har bytts

---

<sup>14</sup> California State University, Fullerton. *Researching with Queer Theory*. 2024.

ut till exempelvis ”A” eller ”B”. Det är dock två rättsfall, UM 8186–21 och UM 4467–21, som inte var anonymiserade. Med respekt för individerna som varit inblandade, rättsfallens känsliga natur och fokuset på myndigheternas bedömning istället för klagandens egenskaper, har dessa anonymiserats i uppsatsen. Anonymiseringen påverkar inte rättsfallens funktion som rättskällor eller uppsatsens syfte.

Två rättsutredningar och en bilaga med tillhörande statistik från RFSL har utgjort en del av materialet i uppsatsen. RFSL är en intresseorganisation som jobbar för ”en jämlik värld där alla hbtqi-personers mänskliga rättigheter respekteras och ingen lämnas utanför”.<sup>15</sup> Rättsutredningarna är gjorda av Aino Gröndahl, asylrättsjurist med mycket expertis inom området. Genom att jämföra slutsatserna och fakta i rättsutredningarna konstaterades att de var trovärdiga källor med värdefull information för uppsatsen. För att dels balansera upp faktumet att en tung källa i uppsatsen kommer från en intresseorganisation, dels visa myndighetsperspektivet, tar uppsatsen även upp Migrationsverkets rättsliga ställningstagande. Det visar en tydlig bild av hur myndigheten ser på diskretionskrav, och vilken information som förmedlas offentligt och till medarbetarna.

Vid bakgrunden för hur sexuell läggning kom att bli en juridisk skyddsgrund i den svenska asylrättsprocessen har remissvar från SOU 2004:31 använts. Dessa gick inte att få tag på online eller i bibliotek, utan beställdes direkt från regeringsarkivet. Syftet med att använda remissvaren var att på ett konkret och trovärdigt sätt skildra hur olika organisationer involverade i asylprocessen såg på införandet av sexuell läggning som skyddsskäl. Samtliga remissvar finns tillgängliga hos författaren under VT24.

Slutligen ska nämnas att det har använts en del lagtext, förarbeten, riktlinjer och internationell rätt. Dessa har använts för att skildra gällande rätt, och utgör grunden för uppsatsen. Allt offentligt tryck är antingen en del av allmänt accepterade rättskällor, eller närliggande material som används vid den

---

<sup>15</sup> RFSL. *Kort om RFSL*. 2023.

rättsanalytiska metoden. I den ingår även de fåtal digitala källor som använts för att ge bakgrund till specifika fakta eller påståenden.

## 1.6 Forskningsläge

Det rådande forskningsläget gällande huruvida diskretionskrav förekommer eller inte är klarlagt. RFSL har kommit ut med två rättsutredningar de senaste fyra åren som tydligt och med god grund visat att diskretionskrav återfinns i det svenska systemet än idag.<sup>16</sup> Det har även skrivits om diskretionskravets existens i flertalet böcker, bland annat de som tagits upp i uppsatsen.<sup>17</sup> Därmed har uppsatsen inte tagit upp själva existensfrågan när det kommer till diskretionskrav, utan istället vilka konsekvenser dess fortsatta existens får.

På Lund University Student Papers (LUP), databasen för publicerade studentuppsatser vid Lunds universitet, kan endast 6 uppsatser inom området ”asylrätt sexuell läggning” hittas. Ingen av dessa är skrivna efter 2021. De handlar till största del om trovärdighetsbedömningen i asylprocessen, alltså inte om diskretionskrav. Sedan 2021 har Sverige haft riksdagsval med ny regering som resultat, vilket gör skillnad för politiken som påverkar asylrättslagstiftningen, Migrationsverket med mera. Flera av de rättsfall som tagits upp i uppsatsen är från 2022, vilket är efter den senaste uppsatsen om asylrätt och sexuell läggning vid Lunds universitet skrevs. Därmed finns det ett intresse av att fördjupa och förnya den kunskap som de tidigare uppsatserna beskrivit.

---

<sup>16</sup> Gröndahl, A. RFSL. Rättsutredningar från 2020 & 2023.

<sup>17</sup> Se Romit Bhandari. *Law and Migration - Human Rights and the Revision of Refugee Law*. Routledge, Abingdon. 2021 & Hanna Wikström & Rebecca Thorburn Stern. *Migrationsrätt, Skyddsbehov och trovärdighet – bedömning i asylärenden*. Liber AB, 2016.

## 1.7 Disposition

Undersökningens disposition ser ut som följande:

Först kommer reglering av sexuell läggning som asylskäl presenteras i avsnitt 2.1. Den historiska bakgrunden kommer först, för att därefter gå vidare till hur det ser ut idag.

Därefter kommer de förbjudna diskretionskraven i rättskällorna presenteras i avsnitt 2.2. De består av prop. 2005/06:6, *De förenade målen C199/12-C201/12 samt UNHCR:s riktlinjer*.

I avsnitt 2.3 fördjupas undersökningen av diskretionskrav genom en studie av hur de förekommer i praktiken. Detta görs i tre delar. I första delen, under rubrik 2.3.1, framställs Migrationsverkets rättsliga ställningstagande gällande HBTQ+-flyktingar, där diskretionskrav tas upp. I den andra delen, 2.3.2, redovisas två rättsutredningar av RFSL, specifikt de delar som gäller diskretionskrav. I den tredje delen, 2.3.3, presenteras ett antal domar från Migrationsdomstolar runt om i landet. Sakomständigheter och rättsfrågor tas upp, men det är de diskretionskrav som varje rättsfall innehåller som är av intresse för undersökningen. Dessa återges i 2.3.3, men kommer analyseras närmre först i uppsatsens analysdel.

Sist i undersökningen kommer avsnitt 2.4, där förhållandet mellan mänskliga rättigheter och förekomsten av diskretionskrav presenteras. Ett antal artiklar ur FN:s allmänna deklaration om de mänskliga rättigheterna presenteras med korta förklaringar till varför de är av intresse för diskussionen om diskretionskrav. Dessa kommer sedan utredas ytterligare i analysen.

I uppsatsens sista kapitel presenteras en analys och slutsats där frågeställningarna besvaras.

## 2 Undersökning

### 2.1 Reglering av sexuell läggning som asylskäl

Lagen angående förbud för vissa utlänningar att här i riket vistas (1914:196) var den första lagen i svensk rättshistoria som uteslutande reglerade frågor gällande migration. Dock fanns flyktingbegreppet ingenstans att hitta, varför det inte heller fanns asylbestämmelser för flyktingar i lagen. Vidare under 1900-talet skedde ett antal humanitära katastrofer, såsom andra världskriget, vilka resulterade i ett behov av att modernisera asylrätten. Det gav upphov till bland annat FN:s Flyktingkonvention år 1951. Sverige ratificerade konventionen och uppdaterade sin asylrätt i enlighet med denna.<sup>18</sup> Vidareutvecklingen av asylrätten nådde en ny punkt på 2000-talet när förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning inkluderades i flyktingbegreppet år 2006. Detta gjordes i ett försök att få svensk asylrätt att stämma överens med internationell rätt.<sup>19</sup>

Införandet av sexuell läggning som asylskäl möttes av övervägande positiva reaktioner från den bakomliggande statliga offentliga utredningens (SOU) remissinstanser. Den ”negativa” kritiken av utredningen och lagförslaget bestod främst av konstruktiv kritik som gav förbättringsförslag.<sup>20</sup> Majoriteten av remissinstanserna nämnde uttryckligen det positiva i att harmonisera den svenska asylrätten med den gällande internationella rätten. Det innefattade bland annat Svenska Ambassaden i New Delhi, Integrationsverket, UNHCR och Sveriges Advokatsamfund. Emellertid var det ett antal remissinstanser, däribland Svenska Röda Korset, Rädda Barnen och RFSL, som ansåg att lagförslaget var för otydligt. Det skulle enligt dem kunna leda till en rättsosäker process, om inte lagtexten preciserades. Samtidigt var det vissa remissinstanser som inte såg behovet av att ändra lagförslaget, utan ville behålla det och i

---

<sup>18</sup> Julia Boguslaw. *Svensk invandringspolitik under 500 år: 1512 – 2012*. Lund: Studentlitteratur. 2012. Sid. 85–103.

<sup>19</sup> Hanna Wikström & Rebecca Thorburn Stern. *Migrationsrätt, Skyddsbehov och trovärdighet – bedömning i asylärenden*. Liber AB, 2016. Sid. 124–125.

<sup>20</sup> SOU 2004:31. *Flyktingskap och könsrelaterad förföljelse*. Sid. 29.

stället satsa på utbildning av yrkesverksamma inom asylprocessen. Det var bland annat Stadsmissionen i Linköping, Kvinna till Kvinna och Vänsterpartiets Kvinnopolitiska Utskott som var av denna åsikt. Utbildningen skulle fokusera på frågor gällande asylfall där sexuell läggning eller kön spelade en central roll.<sup>21</sup>

Idag hittas regleringen av asylrätt vid förföljelse på grund av sexuell läggning i 4 kapitlet 1 § utlänningslagen (2005:716). Paragrafen stadgar att en person som befinner sig utanför sitt medborgarskapsland och som känner välgrundad fruktan för förföljelse på grund av sin sexuella läggning räknas som flykting. För flyktingstatus förutsätts dock att personen inte kan, eller på grund av sin fruktan inte vill, nyttja medborgarskapslandets skydd från förföljelsen. I likhet med nationalitet, könstillhörighet eller religiös uppfattning utgör därmed sexuell läggning en grund för flyktingstatus, eftersom personen anses tillhöra ”en viss samhällsgrupp”.<sup>22</sup>

## 2.2 Förbjudna diskretionskrav i rättskällorna

Det uttryckliga förbudet mot diskretionskrav i asylprocessen kan återfinnas i ett antal olika rättskällor i dagens samhälle. Propositionen som kom av SOU 2004:31 är en sådan rättskälla. I den står det skrivet att:

“...det får aldrig krävas att personen i fråga skall göra avkall på en sådan grundläggande egenskap vid ett återvändande.”<sup>23</sup>

Den ”grundläggande egenskap” som propositionen åsyftar är en persons sexuella läggning. Det är alltså enligt förarbetet förbjudet att basera ett avvisande av en asylansökan på premissen att den sökande kan leva diskret i hemlandet och därmed undvika förföljelse.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> Remissyttranden: *Flyktingskap och könsrelaterad förföljelse* (SOU 2004:31). Utrikesdepartementet. Dnr UD2004/21398/MAP.

<sup>22</sup> Utlänningslagen (2005:716).

<sup>23</sup> Proposition 2005/06:6. *Flyktingskap och förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning*. Sid. 27.

<sup>24</sup> *Ibid.*

I EU-domstolens avgörande i *De förenade målen C199/12-C201/12* utformades praxis gällande just diskretionskrav i asylrättsprocessen. I punkt 46 slår domstolen fast att:

”...en persons sexuella läggning utgör en egenskap som är så grundläggande för identiteten att han eller hon inte får tvingas avsvära sig den.”<sup>25</sup>

Här återkommer synen på sexualitet som en grundläggande egenskap hos individen samt att diskretionskrav är strikt förbjudna, liknande den som finns i prop. 2005/06:6. Domstolen konstaterar detta som ett led i argumentationen om att homosexuella personer är att anse som ”en viss samhällsgrupp”.<sup>26</sup>

Även i riktlinjerna för hur FN:s flyktingkonvention ska tillämpas har UNHCR uttalat sig om sexuell läggning som asylskäl samt diskretionskrav. Likt prop. 2005/06:6 och *De förenade målen C199/12-C201/12* konstaterar riktlinjerna att en individs sexuella läggning är en grundläggande mänsklig egenskap. Individen har en fundamental rätt att leva öppet, utan krav på att på något sätt dölja hela eller delar av sin identitet. Hur hen väljer att leva med sin sexuella läggning är upp till personen själv, och får inte inskränkas.<sup>27</sup> Vidare klarlägger riktlinjerna att diskretionskrav är förbjudna. Möjligheten att undvika förföljelse som annars hade uppfyllt kraven för flyktingstatus, om den sökande lever diskret med sin sexuella läggning, får aldrig läggas till grund för ett avslag på en asylansökan. Förbudet mot diskretionskrav baseras i riktlinjerna på rätten till yttrandefrihet och föreningsfrihet. Förbudet innefattar krav på att ändra eller dölja sin identitet, sina åsikter eller personliga uttryck för att på så sätt undgå förföljelse.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> EU-domstolens dom den 7 november 2013 i *De förenade målen C199/12-C201/12*.

<sup>26</sup> EU-domstolens dom den 7 november 2013 i *De förenade målen C199/12-C201/12*.

<sup>27</sup> UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). *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*. HCR/GIP/12/01. 2012. P. 12.

<sup>28</sup> *Ibid*, p. 31.



## 2.3 Förbjudna diskretionskrav i praktiken

### 2.3.1 Migrationsverkets rättsliga ställningstagande

Det nedan beskrivna ställningstagandet har gjorts av Migrationsverkets rättschef, och utgör en bindande vägledning för hur myndighetens tjänstemän ska utföra sitt arbete.<sup>29</sup>

I Migrationsverkets rättsliga ställningstagande gällande asylsökande som anger sexuell läggning som skyddsgrund tas frågan om diskretion upp. Det blir aktuellt vid den framåtsyftande bedömningen av huruvida den sökande kommer att utsättas för skyddsgrundande handling vid eventuellt återvändande till hemlandet. Migrationsverket lyfter att det i prop. 2005/06:6 står skrivet att hur den sökande levt i sitt hemland innan flykten kan komma att påverka denna bedömning. Om den sökande haft ett diskret levnadssätt när det kommer till dennes sexuella läggning kan det ses som en minskning av risken för utsatthet och förföljelse. Samtidigt påpekar Migrationsverket att huruvida den sökande har levt diskret eller ej, och om hen kan göra det vid ett återvändande, enligt både EU-domstolen och UNHCR är strikt förbjudet att lägga som grund för ett avvisande. Slutligen konstaterar Migrationsverket att det krävs en individuell bedömning i varje enskilt fall. Den ska dock både innehålla en bedömning av risk för förföljelse utifrån sökandens personliga förhållanden, samtidigt som den inte får innehålla ett diskretionskrav.<sup>30</sup>

### 2.3.2 Rättsutredningar av RFSL

Trots lagreglering, praxis, riktlinjer och rättsliga ställningstaganden förekommer förbjudna diskretionskrav i den svenska asylprocessen. I RFSL:s rättsutredning från 2020 granskade förbundets asylrättsjurist Aino Gröndahl den svenska asylrättsprocessen. Utredningen hade särskilt fokus på asylsökande som hävdade rätt till flyktingstatus på grund av sin sexuella läggning, könsidentitet och/eller könsuttryck.<sup>31</sup> Gröndahl konstaterar att trots uttryckligt

---

<sup>29</sup> Migrationsverket. RS/015/2021. Sid. 1.

<sup>30</sup> Ibid, sid. 11.

<sup>31</sup> RFSL 2020, sid. 7.

lagförbud mot diskretionskrav återfinns de i ett antal beslut från både Migrationsdomstolar och Migrationsverket.<sup>32</sup> Både i själva rättsutredningen och dess bilaga tas ett flertal exempel på diskretionskrav upp.<sup>33</sup> Utöver exemplen har en sammanställning av över 2 000 HBTQ-asylärenden från åren 2012–2020 gjorts. Sammanställningen har använts för att kunna föra statistik över HBTQ-asylärenden i två kategorier: de som innehåller tillräcklighetsavslag och de som inte gör det. Tillräcklighetsavslag innebär att den åberopade skyddsgrunden inte uppfyller kraven på att vara tillräckligt i sig för rätt till asyl.<sup>34</sup> Vid en exkludering av tillräcklighetsavslag fanns det i 16,56% av alla avslagsmotiveringar någon form av diskretionskrav. Om tillräcklighetsavslagen räknas med är det däremot en ännu högre andel som innehåller diskretionskrav. Då är det 53,44% av alla avslagsmotiveringar som innehåller diskretionskrav.<sup>35</sup>

I juni 2023 kom en uppföljande rättsutredning, skriven av samma författare, som tog vid där den tidigare utredningen avslutade. Utredningen konstaterar att det fortfarande förekommer diskretionskrav, både i Migrationsverkets och Migrationsdomstolarnas beslut. Nya exempel från båda myndigheterna presenteras, med få skillnader från de som kunde läsas i den föregående rättsutredningen. De nya exemplen kom från beslut tagna 2020–2022. Någon sammanställning och statistik som går att jämföra med den som finns i bilagan till rättsutredningen från 2020 finns inte. Det konstateras dock att diskretionskrav är ett fortsatt problem inom den svenska asylrättsprocessen.<sup>36</sup>

### 2.3.3 Diskretionsdomar i Migrationsdomstolen

I mål UM 197–20 vid Migrationsdomstolen i Luleå yrkade A om flyktingstatusförklaring, och överklagade i övrigt Migrationsverkets avslag på hennes asylansökan. A:s hemland var Etiopien, ett land vars lagstiftning förbjöd

---

<sup>32</sup> RFSL 2020, sid. 89–94.

<sup>33</sup> RFSL 2020 bilaga, sid. 7–10.

<sup>34</sup> Ibid, sid. 3–4.

<sup>35</sup> Ibid, sid. 7–10.

<sup>36</sup> RFSL 2023, sid. 61–67.

klagandens sexuella läggning bisexualitet. Vidare åberopade A riskerna vid ett eventuellt återvändande.<sup>37</sup>

”Mot denna bakgrund bedömer domstolen att det i målet inte framkommit något konkret som tyder på att A:s sexuella läggning har kommit någon i hemlandet till känna och att hon har en hotbild till följd av detta.”<sup>38</sup>

Migrationsdomstolen valde att avslå överklagandet mot bakgrund av detta.<sup>39</sup>

I mål UM 4152–19 vid Migrationsdomstolen i Malmö avgjordes huruvida klagande A (moder) och B (minderårig son) skulle berättigas asyl i Sverige. A och B kom ursprungligen från Uganda. De sökte asyl på basis av flera grunder, men den i denna undersökning intressanta grunden är A:s sexuella läggning som skyddsgrund. Migrationsdomstolen valde att avslå överklagandet.<sup>40</sup> De ansåg att A varken hade gjort sannolikt att hon hade en sexuell läggning som i situationen kunde utgöra skyddsgrund, eller att hon skulle attribueras en sådan läggning i Uganda.<sup>41</sup>

I mål UM 8186–21 vid Migrationsdomstolen i Stockholm yrkade S.D. att Migrationsverkets utvisningsbeslut skulle upphävas. Vidare yrkade han att han skulle beviljas uppehållstillstånd som skyddsbehövande eller på grund av synnerligen ömmande omständigheter. Migrationsdomstolen avslög överklagandet i sin helhet.<sup>42</sup> I sitt avgörande argumenterade domstolen för att S.D.:s sexuella läggning ej var allmänt känd i hemlandet, varken bland hans nära och kära eller allmänheten. Enligt domstolen fanns det inga tecken på att S.D. haft kontakt med folk han kände i Nigeria, varav det inte fanns grund för skyddsbehov på grund av tillskriven sexuell läggning.<sup>43</sup>

I mål UM 4467–21 vid Migrationsdomstolen i Stockholm överklagade E.J. Migrationsverkets beslut att avslå hennes asylansökan. Migrationsdomstolen valde att avslå alla yrkanden, även klagandens yrkande om att det skulle

---

<sup>37</sup> UM 197–20, sid. 1–8.

<sup>38</sup> Ibid, sid. 7.

<sup>39</sup> Ibid, sid. 1–8.

<sup>40</sup> UM 4152–19, sid. 1–9.

<sup>41</sup> Ibid, sid. 6.

<sup>42</sup> UM 8186–21, sid. 1–7.

<sup>43</sup> Ibid, sid. 5–6.

hållas muntlig förhandling i målet.<sup>44</sup> Utifrån landinformationen som presenterats i målet konstaterade domstolen att homosexualitet inte bara var tabubelagt i det gambiska samhället, utan även straffbelagt med som högst 14 års fängelse. E.J. framhöll att hon identifierade sig som bisexuell och haft en sexuell relation med en kvinna under sin tid i Sverige, dock samtidigt som hon sägs ha levt diskret. Domstolen tryckte dock på att hon tidigare haft en längre relation med en man i sitt hemland, och att hon vid tidpunkten för domstolsförfarandet hade en manlig partner i Sverige med vilken hon fått barn. Enligt domstolen levde hon i ett heterosexuellt förhållande och hade även gjort det tidigare i sitt hemland. Slutligen konstaterade domstolen att:

”... E.J. mot bakgrund av vad som har konstaterats ovan inte har uttalat en vilja att öppet manifesteras sin sexuella läggning vid ett återvändande till hemlandet.”<sup>45</sup>

I mål UM 13940–21 vid Migrationsdomstolen i Malmö överklagade A Migrationsverkets beslut att neka honom asyl. Han yrkade på att få uppehålls- och arbetstillstånd, statusförklaring och resedokument beviljade. Migrationsdomstolen avlog överklagandet i sin helhet.<sup>46</sup> Migrationsverket argumenterade i sitt yrkande att A inte gjort sin sexuella läggning trovärdig. Dock sade de samtidigt att:

”Om A gör sannolikt att han tillhör gruppen homosexuella och nu avser att leva öppet med sin läggning samt att hans familj hotat honom är det tillräckligt för att skyddsbehov ska anses föreligga.”<sup>47</sup>

Domstolen konstaterade i beslutet att de höll med om Migrationsverkets bedömning av A:s sexuella läggning i sin helhet, vilket resulterade i avslaget på den punkten.<sup>48</sup>

I mål UM 1635–22 vid Migrationsdomstolen i Stockholm överklagade Klaganden Migrationsverkets beslut att neka honom asyl. Migrationsdomstolen

---

<sup>44</sup> UM 4467–21, sid. 1–8.

<sup>45</sup> Ibid, sid. 5–6.

<sup>46</sup> UM 13940–21, sid. 1–6.

<sup>47</sup> Ibid, sid. 2.

<sup>48</sup> Ibid, sid. 5.

valde att avslå överklagandet i sin helhet.<sup>49</sup> Domstolen menade å ena sidan att trovärdigheten av den relation med en transperson som klaganden lagt till grund för sin asylansökan inte ifrågasattes. Å andra sidan ansåg domstolen att relationen i sig inte spelade någon roll, eftersom den inte var offentlig.

”Det har däremot enligt domstolen inte framkommit något i målet som ger stöd för att den nigerianska staten, eller någon annan i hemlandet, har fått kännedom om relationen, eller i övrigt fått kännedom om klagandens läggning.”<sup>50</sup>

## 2.4 Förhållandet mellan mänskliga rättigheter och förekomsten av diskretionskrav

Det finns ett antal uppmärksammade rättsfall vid internationella domstolar som hanterat frågan om en eller flera mänskliga rättigheter kan ha kränkts under en asylprocess där den sökande angett sexuell läggning som skyddsskäl. De har handlat om allt från trovärdighetsbedömningen av den sökandes sexuella läggning, till om homosexuella kan anses tillhöra rekvisitet ”en viss samhällsgrupp” i asyllagstiftning. Domstolarna som tagit upp fallen är bland annat Europadomstolen och EU-domstolen. Därtill kan även FN:s kommitté för mänskliga rättigheter nämnas som en instans där liknande fall granskats.<sup>51</sup> Det finns även ett antal asylrättsfall som tagits upp som handlar specifikt om diskretionskrav.<sup>52</sup>

Internationellt sett finns det en mängd olika rättsliga dokument som reglerar mänskliga rättigheter, tillika rättsligt bindande principer med samma effekt. Sådana principer, som i sig inte är bindande men refereras i dokument från UNHCR, är Yogyakartaprinciperna. Principerna handlar om tillämpning av det internationella skyddet av de mänskliga rättigheterna vad gäller sexuell läggning och könsidentitet. Det kan, utifrån både FN:s riktlinjer och

---

<sup>49</sup> UM 1635–22, sid. 1–6.

<sup>50</sup> Ibid, sid. 6.

<sup>51</sup> Wikström & Thorburn Stern. *Migrationsrätt, Skyddsbehov och trovärdighet – bedömning i asylärende*. Sid. 112–130.

<sup>52</sup> Bhandari, Romit. *Law and Migration - Human Rights and the Revision of Refugee Law*. Routledge, Abingdon. 2021. Sid. 161-169.

Yogyakartapriniciperna, anses vara ett brott mot de mänskliga rättigheterna när asylprocessen sker på ett sätt som strider mot bindande lagar och regler.<sup>53</sup>

Vid närmre studie av FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna utifrån tidigare beskrivna lagtext, praxis, doktrin och andra relevanta källor gällande diskretion, kan en sak konstateras. Vissa av artiklarna i förklaringen framstår som särskilt relevanta för just diskussionen om diskretionskrav. Det är artikel 3, 8, 14.1, 16.1, respektive 19.

Artikel 3 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna stadgar att var och en har rätt till liv, frihet och personlig säkerhet. För att detta ska säkerställas ska nedanstående artiklar också uppfyllas.<sup>54</sup>

I artikel 8 återfinns rätten till effektivt domstolssystem. Var och en har rätt till verksam hjälp från sitt lands nationella domstolar mot handlingar som kränker hans grundläggande rättigheter enligt lag eller författning.<sup>55</sup> I asylrättsprocessen är det Migrationsdomstolarna runt om i Sverige som är ansvarigt domstolsverk. De ska förhålla sig till aktuella rättskällor, såsom svensk lag, förarbeten samt utländsk bindande rätt.<sup>56</sup>

I artikel 14.1 står det att var och en har rätt att i andra länder söka och åtnjuta asyl från förföljelse.<sup>57</sup> I Sverige är det Migrationsverket och Migrationsdomstolarna som utgör grundpelarna i asylrättsprocessen.<sup>58</sup> Det är alltså i första hand dessa myndigheter som har en skyldighet att uppfylla art. 14.1.

I artikel 16.1 regleras rätten till äktenskap och familjeliv. Fullvuxna män och kvinnor har rätt att utan någon inskränkning med avseende på ras, nationalitet

---

<sup>53</sup> UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). *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*. HCR/GIP/12/01. 2012. P. 5–7.

<sup>54</sup> Förenta nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna (AFMR). Art. 3.

<sup>55</sup> AFMR. Art. 8.

<sup>56</sup> Migrationsverket. *Om du vill överklaga*. 2021. <https://www.migrationsverket.se/Pri-vatpersoner/Studera-i-Sverige/Om-du-vill-overklaga.html>.

<sup>57</sup> AFMR. Art. 14.1.

<sup>58</sup> Migrationsverket. *Migrationsverkets uppdrag*. <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Vart-uppdrag.html>.

eller religion ingå äktenskap och bilda familj. Män och kvinnor skall ha samma rättigheter i fråga om äktenskaps ingående, under äktenskapet och vid dess upplösning.<sup>59</sup> Denna rättighet gäller för alla, inklusive asylsökande, oavsett om de befinner sig i sitt hemland eller ett annat land.<sup>60</sup>

Slutligen återfinns i artikel 19 rätten till yttrande- och åsiktsfrihet. Denna rätt innefattar frihet att utan ingripande hysa åsikter samt söka, ta emot och sprida information och idéer med hjälp av alla uttrycksmedel. Rättigheten är oberoende av landsgränser.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> AFMR. Art. 16.1.

<sup>60</sup> Moffat, Rowena, Gunn, Ella & Farahat, Anuscheh. *Family life and the migrant*. Sid. 67-71.

<sup>61</sup> AFMR. Art. 19.

### 3 Analys

Diskretionskravets fortsatta existens inom det svenska asylrättsystemet är en kamp mellan teori och praktik. I teorin har det varit förbjudet att kräva diskretion sedan första dagen en sökande kunde hävda sexuell läggning som skyddsgrund för asyl. Propositionen, lagen, praxisen, riktlinjerna – allt har sagt nej till diskretionskrav. Ändå visar rättsfallen och rättsutredningarna som tagits upp i undersökningen en del av verkligheten som inte verkar vilja ändra sig.

I mål UM 197–20 återfinns diskretionskravet i domstolens argumentation gällande att A:s sexuella läggning inte blivit känt för någon i hennes hemland, och att hon därmed skulle fått en hotbild till följd av det. Det förutsätts att A vid ett återvändande fortsätter att dölja sin sexuella läggning. Enligt prop. 2005/06:6 får det aldrig förekomma ett krav på att en person ska leva diskret med sin sexuella läggning vid ett återvändande. Domstolen ifrågasätter alltså inte kvinnans bisexuella läggning, utan baserar sitt avslag på att så länge hon fortsätter leva diskret så kommer inte en hotbild utkristallisera sig. Detta är i direkt konflikt med såväl propositionen som *De förenade målen C199/12-C201/12* och UNHCR:s riktlinjer.

I mål UM 4152–19 valde Migrationsdomstolen att avslå A:s överklagan eftersom hon inte gjort det sannolikt att hon var bisexuell, eller att hon skulle tillskrivas den sexuella läggningen. Det är det sistnämnda som kan utpekas som diskretionsargument med hjälp av rättskällorna. Frågan om hennes trovärdighet gällande sin faktiska läggning är inte av intresse för uppsatsen. Genom att säga att hon inte kan tillskrivas bisexualitet säger domstolen en sak. Indirekt menar de att så länge hon fortsätter leva på ett sätt som gör att hon inte bryter mot normerna och påvisar en annan sexuell läggning än den i samhället accepterade, kommer hon att klara sig. Enligt EU-domstolens avgörande i *De förenade målen C199/12-C2201/12* är en persons sexuella läggning så grundläggande för ens identitet att man aldrig ska behöva avsvära sig den. Man ska enligt UNHCR:s riktlinjer få leva hur man vill med sin sexuella



läggning, både öppet och diskret, men att det är upp till en själv. I detta fall är det inte det, efter att domstolen sagt sitt.

I mål UM 8186–21 baseras avslaget på S.D.:s asylansökan och sedermera överklagan till domstolen på att hans sexuella läggning inte är känd i hemlandet. Detta är ytterligare ett exempel på ett indirekt diskretionskrav. Så länge S.D. fortsätter leva på ett sätt som döljer hans sexuella läggning menar domstolen att han inte kommer utsättas för skyddsgrundande förföljelse. Enligt UNHCR:s riktlinjer får inte domstolen i detta fall använda S.D.:s möjlighet att undvika förföljelse genom att leva diskret för att ge honom ett avslag. Att domstolen vidare konstaterar att ingen av de S.D. känner i hans hemland vet om hans sexuella läggning visar bara ännu mer hur de begär ett diskret levnadssätt av honom. Hur ska han annars flytta tillbaka till sitt hemland, till sin familj och vänner, utan att bli ”upptäckt”?

I mål UM 4467–21 finns ett klart och tydligt diskretionskrav. Domstolen konstaterar att det i hemlandet Gambia finns alla tecken på att homosexuella och andra HBTQ+-personer utsätts för skyddsgrundande förföljelse. Enligt UNHCR:s riktlinjer får inte möjligheten för E.J. att leva diskret med sin bisexualitet i Gambia resultera i ett avslag. Hennes sexuella läggning ger henne en rätt till skydd utifrån landinformationen som domstolen själva presenterar. Domstolen går ifrån rättskällorna när de börjar diskutera att E.J. tidigare haft en manlig partner med vilken hon fått barn, och att hon i nuläget har en pojkvän som hon har barn med. Domstolen konstaterade till slut att eftersom hon lever i ”ett heterosexuellt förhållande” nu och har gjort det tidigare, så har hon inte uttalat en vilja att öppet manifesteras sin sexuella läggning. De tar inte alls i beaktning att hon haft ett förhållande med en kvinna under tiden hon bott i Sverige, eller att bisexuella personer inte blir heterosexuella bara för att de är i ett olikkönat förhållande. Genom att argumentera på detta sätt har domstolen gått emot vad lagen, EU-domstolen och UNHCR säger, och använt sig av ett diskretionskrav.

I mål UM 13940–21 avslår domstolen A:s överklagan om sin nekade asylansökan med argumentet att han inte gjort sin sexuella läggning trovärdig. Det

är inte ett diskretionskrav i linje med någon av de tidigare beskrivna rättskällorna. Det är det däremot när domstolen konstaterar att A hade ansetts ha ett skyddsbehov i det fallet att han hade kunnat göra sin sexuella läggning trovärdig, och om han därefter ”avser leva öppet med sin läggning”. Här återfinns återigen ett indirekt diskretionskrav. Domstolen säger, i strid med UNHCR:s riktlinjer, att alla krav för skyddsgrund på grund av förföljelse föreligger men att A kan undvika detta. När de trycker på att han behöver avse att leva öppet med sin läggning lägger de ett krav att han måste göra det för att anses vara skyddsbehövande. Enligt riktlinjerna får en person leva precis hur öppet eller hur diskret hen vill, utan att det får påverka asylansökan.

I mål UM 1635–22 ifrågasätter inte domstolen den klagandes sexuella läggning eller det förhållande som ligger till grund för asylansökan. Avslaget grundas i stället på att det inte framkommit något bevis för att någon i hemlandet Nigeria känner till den klagandes sexuella läggning eller relation. Det förutsätts alltså att den klagande, vid ett återvändande, ska gömma sin läggning och relation. Enligt *De förenade målen C199/12-C201/12* får inte domstolen argumentera på detta sätt, eftersom den klagandes rätt till att leva sitt liv hur hen vill är absolut. Det handlar återigen om ett indirekt diskretionskrav, eftersom domstolen inte uttryckligen säger att den klaganden ska leva diskret men samtidigt ger ett avslag eftersom konsekvensen av dess uttalande blir detsamma.

Samtidigt som det tydligt förekommer diskretionskrav i den svenska asylprocessen tar Migrationsverkets rättsliga ställningstagande ett tydligt avstånd från diskretionskrav. Eller gör det faktiskt det? Migrationsverket radar å ena sidan upp samma rättskällor som förbjuder diskretionskrav som denna uppsats gör. Å andra sidan trycker de på att det enligt prop. 2005/06:6 ska beaktas om en sökande tidigare levt diskret med sin sexuella läggning. Frågan blir om myndigheten säger en sak men gör något annat. Enligt RFSL:s rättsutredningar är det just formuleringarna från Migrationsverket och Migrationsdomstolarna som är problemet bakom diskretionskravens fortsatta existens. Efter en genomgående undersökning av rättsfall, lagstiftning och doktrin är det svårt att inte hålla med rättsutredningarna.

Ytterligare en dimension av hur teorin förhåller sig till verkligheten är frågan om huruvida förekomsten av diskretionskrav kan kränka mänskliga rättigheter.

Först kan konstateras att artikel 8 AFMR kränks om förekomsten av diskretionskrav i asylrättsprocessen kan anses inskränka rätten till ett effektivt domstolssystem. I och med att Migrationsdomstolarna är den enda instansen asylsökande kan vända sig till gällande sina asylansökningar uppstår problem om denna process inte följer gällande rätt. Som visat gång på gång i uppsatsen går domstolarna mot lagstiftningen. Diskretionskrav i asylrättsprocessen leder till en inskränkning av rätten till ett effektivt domstolssystem och artikel 8 AFMR kränks.

Sedan kan det antas att artikel 14.1 AFMR kränks vid förekomsten av diskretionskrav om rätten till asyl och skydd från förföljelse inskränks. När de ansvariga myndigheterna frångår svensk och internationell gällande rätt och utför avslag på asylansökningar på olaglig grund inskränks denna rätt. Diskretionskrav är en olaglig motivering för avslag, och därmed kränks artikel 14.1 AFMR vid dess förekomst.

Vidare kan det argumenteras för att artikel 16.1 AFMR kränks vid förekomsten av diskretionskrav om rätten till äktenskap och familjeliv inskränks. De som söker asyl med sexuell läggning som skyddsgrund och får avslag med diskretionskrav som motivering kommer inte kunna nyttja sin rätt fullt ut. De tvingas åka hem till ett land där de inte kan bilda familj eller gifta sig med vem de vill, i stället för att stanna där de kan göra det. Diskretionskravet grundar sig i att den sökande ska leva gömt när hen återvänder till sitt hemland, utan förutsättningar för att leva ett fritt liv. Artikel 16.1 AFMR kränks därmed vid förekomst av diskretionskrav.

Därefter kan det diskuteras om yttrande- och åsiktsfriheten i artikel 19 AFMR kränks vid förekomsten av diskretionskrav. Enligt UNHCR:s riktlinjer baseras förbudet mot diskretionskrav på rätten till yttrandefrihet och föreningsfrihet. Bryter någon mot förbudet mot diskretionskrav är det alltså enligt riktlinjerna att bryta mot artikel 19 AFMR.

Slutligen kan konstateras att om de ovan beskrivna artiklarna kränks, kan det med säkerhet antas att artikel 3 AFMR också kränks. När yttrandefriheten, asylrätten, rätten till en effektiv domstolsprocess med flera inskränks uppfylls inte rätten till liv, frihet och personlig säkerhet. Vid förekomsten av diskretionskrav i asylrättsprocessen kränks således även artikel 3 AFMR.

Det är en oroväckande bild som växer fram genom uppsatsens gång. Om inte vårt rättssystem fungerar, vad ska man då lita på i samhället? Denna uppsats syfte är inte att svartmåla en specifik person eller institution – snarare att synliggöra problematiken i dagens system. Någonstans i ledet från lagstiftning, EU-domstol och FN hela vägen ner till handläggare på Migrationsverket och tjänstemän på Migrationsdomstolarna har något gått fel. Den praktiska bedömningen av den sökandes sexuella läggning i asylrättsprocessen förhåller sig inte på ett korrekt sätt till förbudet av diskretionskrav i lagstiftningen. Det syns gång på gång i de rättsfall som tagits upp. Teorin säger en sak, praktiken gör något helt annat. Den bakomliggande orsaken kan kanske hittas i de remissvar som gavs till SOU 2004:31 redan när lagstiftningen bara låg i sin vagga. Vissa remissinstanser pekade på att lagstiftningen var för otydlig, andra på att den mänskliga faktorn och en oförändrad syn på sexuell läggning skulle komma i vägen. Kanske är detta något som de med makt i asylrättsprocessen måste göra något åt. Annars riskerar svenska myndigheter kränka FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, så länge förbjudna diskretionskrav får förekomma i asylrättsprocessen. De i uppsatsen utpekade artiklarna ur förklaringen kan alla lida stor skada av diskretionskravets fortsatta existens. När de mänskliga rättigheterna börjar lida är det dags för samhället att säga stopp. Det är dags att ändra systemet, till det bättre, för varje rädd HBTQ+-person ute i världen som längtar efter ett bättre, öppet och stolt liv.

# Källförteckning

## Litteratur

Bhandari, Romit. *Human rights and the revision of refugee law*. Routledge, Abingdon. 2021

Boguslaw, Julia. *Svensk invandringspolitik under 500 år: 1512 – 2012*. Studentlitteratur, Lund. 2012

Kleinman, Jan. *Rättsdogmatisk metod*. I; Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.). *Juridisk metodlära*. Upplaga 2.3. Studentlitteratur, Lund. 2021

Moffat, Rowena, Gunn, Ella & Farahat, Anuscheh. *Family life and the migrant*. I: Guild, Elspeth, Grant, Stefanie & Groenendijk, C. A. (red.). *Human rights of migrants in the 21st century*. Routledge, London. 2017

Sandgren, Claes. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*. Fjärde upplagan. Norstedts Juridik, Stockholm. 2018

Thorburn Stern, Rebecca & Wikström, Hanna. *Migrationsrätt: Skyddsbehov och trovärdighet: bedömning i asylärenden*. 1. Uppl. Stockholm: Liber

## Digitala källor

California State University, Fullerton. *Researching with Queer Theory*. 2024. <https://libraryguides.fullerton.edu/c.php?g=1134908&p=8436083> (Hämtad: 2024-06-07)

Forum för levande historia. *Sexuell läggning och kön ska bli skäl för att kunna söka asyl i Sverige*. 2015. <https://www.levandehistoria.se/hbtq/Jimmy-Sserwadda-sexuell-laggning-blir-skal-att-kunna-soka-asyl> (Hämtad: 2024-04-20)

Förenta nationernas generalförsamling. *Allmän förklaring om de mänskliga rättigheterna*, 217 A (III). 1948. <https://fn.se/wp->

[content/uploads/2016/07/Allmanforklaringomdemanskligarattigheterna.pdf](https://www.rfsf.se/content/uploads/2016/07/Allmanforklaringomdemanskligarattigheterna.pdf)

(Hämtad: 2024-04-18)

Gröndahl, Aino. *Avslagsmotiveringar i HBTQI-asylärenden*. RFSL. 2020.

<https://www.rfsf.se/wp-content/uploads/2020/12/Rapport-AVSLAGSMOTIVERINGAR-I-H-BTQI-ASYL%C3%84RENDEN-2020.11.09.pdf> (Hämtad:

2024-02-22)

Gröndahl, Aino. *Avslagsmotiveringar i HBTQI-asylärenden – En uppföljning av rättsutredningen*. RFSL. 2023. <https://www.rfsf.se/wp-content/uploads/2023/08/2023.-AVSLAGSMOTIVERINGAR-I-HBTQI-ASYLAREN-DEN.-EN-UPPFOLJNING-AV-RATTSUTREDNINGEN-.pdf> (Hämtad:

2024-02-22)

2024-02-22)

Gröndahl, Aino. *Bilaga: Statistik över avslagsmotiveringar i HBTQI-asylärenden*. RFSL. 2020. [https://www.rfsf.se/wp-content/uploads/2020/12/Rapport-AVSLAGSMOTIVERINGAR-I-HBTQ-I-ASYL%C3%84RENDEN-](https://www.rfsf.se/wp-content/uploads/2020/12/Rapport-AVSLAGSMOTIVERINGAR-I-HBTQ-I-ASYL%C3%84RENDEN-bilaga-statistik.pdf)

[bilaga-statistik.pdf](https://www.rfsf.se/wp-content/uploads/2020/12/Rapport-AVSLAGSMOTIVERINGAR-I-HBTQ-I-ASYL%C3%84RENDEN-bilaga-statistik.pdf) (Hämtad: 2024-02-22)

(Hämtad: 2024-02-22)

Migrationsöverdomstolen. *Avgöranden*. [https://www.domstol.se/migrations-overdomstolen/avgoranden/?f=DecisionType\\_list:decision;Case-](https://www.domstol.se/migrations-overdomstolen/avgoranden/?f=DecisionType_list:decision;Case-Type_list:migrationsmal;year_list:2023)

[Type\\_list:migrationsmal;year\\_list:2023](https://www.domstol.se/migrations-overdomstolen/avgoranden/?f=DecisionType_list:decision;Case-Type_list:migrationsmal;year_list:2023) (Hämtad: 2024-06-07)

Migrationsverket. *Migrationsverkets uppdrag*. <https://www.migrationsverket.se/Om-Migrationsverket/Vart-uppdrag.html> (Hämtad: 2024-05-21)

(Hämtad: 2024-05-21)

Migrationsverket. *Om du vill överklaga*. 2021. <https://www.migrationsverket.se/Privatpersoner/Studera-i-Sverige/Om-du-vill-overklaga.html> (Hämtad:

2024-05-21)

RFSL. *Kort om RFSL*. 2023. <https://www.rfsf.se/om-oss/kort-om-rfsf/> (Hämtad:

2024-06-07)

Statistiska Centralbyrån. *Asylsökande i Sverige*. 2024.

<https://www.scb.se/hitta-statistik/sverige-i-siffror/manniskorna-i-sverige/asylsokande-i-sverige/> (Hämtad: 2024-06-07)

UN High Commissioner for Refugees (UNHCR). *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*. HCR/GIP/12/01. 2012. <https://www.refworld.org/policy/legalguidance/unhcr/2012/en/89548> (Hämtad: 2024-04-18)

### **Offentligt tryck, lagtext, förarbeten med mera**

Migrationsverket. RS/015/2021. *Rättsligt ställningstagande - Utredning och prövning av den framåtsyftande risken för personer som åberopar skyddsskäl på grund av sexuell läggning, könsöverskridande identitet eller könsuttryck*. 2021-07-25

Prop. 2005/06:6. *Flyktingskap och förföljelse på grund av kön eller sexuell läggning*

Remissyttranden: *Flyktingskap och könsrelaterad förföljelse* (SOU 2004:31). Utrikesdepartementet. Dnr UD2004/21398/MAP

SOU 2004:31. *Flyktingskap och könsrelaterad förföljelse*

Utlänningslagen (2005:716)

### **Rättsfall**

EU-domstolens dom den 7 november 2013 i de förenade målen C-199/12-C-201/12

Förvaltningsrätten i Malmö (Migrationsdomstolen) dom 2020-11-02 i mål UM 4152–19

Förvaltningsrätten i Malmö (Migrationsdomstolen) dom 2022-03-17 i mål UM 13940–21

Förvaltningsrätten i Luleå (Migrationsdomstolen) dom 2020-02-07 i mål UM 197–20

Förvaltningsrätten i Stockholm (Migrationsdomstolen) dom 2022-02-16 i mål  
UM 4467–21

Förvaltningsrätten i Stockholm (Migrationsdomstolen) dom 2022-01-26 i mål  
UM 8186–21

Förvaltningsrätten i Stockholm (Migrationsdomstolen) dom 2022-03-21 i mål  
UM 1635–22