



Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-ЖА Е. SHARPSTON
представено на 11 юли 2013 година¹

Съединени дела C-199/12—C-201/12

**X, Y и Z
срещу**

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

„Директива 2004/83/ЕО — Изисквания към гражданите на трети страни или лицата без гражданство, които са подали молба за предоставяне на статут на бежанец — Значение на понятието „преследване“ — Сексуална ориентация“

1. Настоящите преюдициални запитвания от Raad van State (Нидерландия) се отнасят до трима граждани на трети страни, които са подали молби за предоставяне на статут на бежанец. Всеки от тях твърди, че има основателни опасения от преследване поради сексуалната си ориентация.
2. Националната юрисдикция повдига три въпроса във връзка с преценката на молбите за предоставяне на статут на бежанец съгласно разпоредбите на глава III от Директива 2004/83/ЕО на Съвета (наричана по-нататък „Директивата“)². Първо, образуват ли гражданите на трети страни, които са с хомосексуална ориентация, определена социална група по смисъла на член 10, параграф 1, буква г) от Директивата? Второ, как следва националните органи да преценяват какво представлява акт на преследване във връзка с хомосексуални действия по смисъла на член 9 от Директивата? Трето, криминализирането на тези действия в страната на произход на молителя с възможността за лишаване от свобода при постановяването на осъдителна присъда представлява ли преследване по смисъла на Директивата?

Правна уредба

Конвенцията за статута на бежанците

3. Член 1А, точка 2, първи абзац от Конвенцията за статута на бежанците (наричана по-нататък „Женевската конвенция“)³ предвижда, че терминът „бежанец“ се прилага към всяко лице, което „при основателни опасения от преследване по причина на раса, религия, националност, принадлежност към определена социална група или политически убеждения, се намира извън страната, чийто гражданин то е, и не може да се ползва от закрилата на тази страна, или не

¹ — Език на оригиналния текст: английски.

² — От 29 април 2004 година относно минималните стандарти за признаването и правното положение на гражданите на трети страни или лицата без гражданство като бежанци или като лица, които по други причини се нуждаят от международна закрила, както и относно съдържанието на предоставената закрила (ОВ L 304, стр. 12; Специално издание на български език, 2007 г., глава 19, том 7, стр. 52).

³ — Подписана в Женева на 28 юли 1951 г. (United Nations Treaty Series, том 189, стр. 150, бр. 2545 (1954 г.) и влязла в сила на 22 април 1954 г. Изменена и допълнена с Протокола за статута на бежанците, подписан в Ню Йорк на 31 януари 1967 г. и влязъл в сила на 4 октомври 1967 г. Наричам общо и двата акта „Женевската конвенция“.

желае да се ползва от такава закрила поради тези опасения; или, бидейки без гражданство и намирайки се извън страната на своето предишно обичайно местоживее в резултат на подобни събития, не може да се завърне или, поради такива опасения, не желае да се завърне в нея“.

Правото на Европейския съюз

Хартата на основните права

4. Член 7 от Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата“)⁴ предвижда: „[в]секи има право на зачитане на неговия личен и семеен живот, на неговото жилище и тайната на неговите съобщения“. Член 21 от Хартата забранява дискриминацията, основана по-специално на сексуална ориентация. Член 52, параграф 3 от Хартата предвижда, че посочените права следва да се тълкуват както съответстващите им права, гарантирани от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи (наричана по-нататък „ЕКПЧ“)⁵.

Директивата

5. Директивата е част от поредица мерки, насочени към изграждането на обща европейска система за убежище⁶. Системата се основава на прилагането на Женевската конвенция, която представлява крайъгълен камък на международноправния режим за закрила на бежанците⁷. С Директивата се въвеждат минимални стандарти и общи критерии за всички държави членки относно признаването на бежанците и съдържанието на статута на бежанец⁸, определянето на лицата, които реално се нуждаят от международна закрила⁹, и относно справедлива и ефективна процедура за предоставянето на убежище. Във връзка с това Директивата зачита правата, свободите и принципите, признати в Хартата¹⁰. Съображение 21 от нея гласи: „[н]еобходимо е също така да се приеме ново общо определение на основанието за преследване „принадлежност към определена социална група“.

6. Член 2, буква в) от Директивата предвижда: „бежанец“ е всеки гражданин на трета страна, който поради основателните си опасения от преследване по причина на своята раса, вероизповедание, националност, политическите си възгледи или принадлежността си към определена социална група се намира извън страната, чийто гражданин е той, и който не може или поради тези опасения не желае да се обърне за закрила към тази страна, или всяко лице без гражданство, което, като се намира по горепосочените причини извън страната на обичайното си местожителство, не може или поради своите опасения не желае да се завърне в нея и което не попада в приложното поле на член 12“.

4 — ОВ С 83, 2010 г., стр. 389.

5 — Правата, които отговарят на посочените, са предвидени съответно в членове 8 и 14 от ЕКПЧ. Член 8 закрива правото на зачитане на личния и семейния живот. Член 14 гарантира, че упражняването на правата и свободите, предвидени в ЕКПЧ, се осигурява без дискриминация, основана по-специално на пол, раса, цвят на кожата, език, религия, политически и други убеждения, национален или социален произход, принадлежност към национално малцинство, имущество, рождение или друг някакъв признак.

6 — Вж. съображения 1 и 2, както и член 1 от Директивата.

7 — Вж. съображение 3 от Директивата. Вж. също съображение 15, съгласно което консултациите с ВКБООН могат да предоставят полезни указания на държавите членки, когато от тях се иска да се произнесат по евентуалното предоставяне на статут на бежанец по силата на член 1 от Женевската конвенция.

8 — Вж. съображение 4 от Директивата.

9 — Вж. съображения 6, 16 и 17 от Директивата.

10 — Вж. съображение 10 от Директивата.

7. Държавите членки могат да приемат по-благоприятни стандарти за определяне на лицата, които отговарят на условията за предоставяне на статут на бежанец, стига тези стандарти да са съвместими с Директивата¹¹. Член 4 установява правилата относно преценката на молбите за международна закрила¹². Член 4, параграф 3 от Директивата предвижда, че преценката на молбата за международна закрила следва да бъде извършена на лично основание. Член 6 съдържа неизчерпателен списък на „субекти на преследванията“, включително държавата и недържавни субекти.

8. Член 9, параграф 1 от Директивата гласи:

„Актовете, считани за преследване по смисъла на член 1А от Женевската конвенция:

- а) трябва да бъдат достатъчно сериозни по своето естество или по повторения си характер, за да представляват тежко нарушение на основните права на човека, и по-конкретно на правата, упражняването на които не е възможно да бъде ограничено по какъвто и да било начин по силата на член 15, параграф 2 от [ЕКПЧ], или
- б) трябва да представляват съвкупност от различни мерки, включително и нарушения на правата на човека, която да бъде достатъчно тежка, за да засегне индивида по начин, сравним с посоченото в буква а)“¹³.

9. Член 9, параграф 2 предвижда:

„Актовете на преследване по смисъла на параграф 1 могат да вземат по-конкретно следните форми:

[...]

- в) преследвания или наказания, които са несъразмерни или дискриминационни;

[...]“.

10. Член 9, параграф 3 гласи: „[с]ъгласно член 2, буква в) между мотивите, посочени в член 10, и актовете на преследване по параграф 1 трябва да има връзка“.

11. Член 10 е озаглавен „Мотиви за преследване“. Член 10, параграф 1, буква г) гласи:

„една група се счита за определена социална група, когато по-конкретно:

- нейните членове споделят една вродена характеристика или обща история, която не подлежи на изменение, или споделят характеристика или вярване, до такава степен съществено за идентичността или съзнанието, че не би следвало от лицето да се изисква да се откаже от нея, и
- тази група има собствена идентичност в съответната държава, защото е разглеждана като различна от заобикалящото я общество;

11 — Вж. член 3 от Директивата.

12 — В момента пред Съда има три висящи дела, а именно съединени дела А, В и С (C-148/13—C-150/13) относно тълкуването на член 4 от Директивата и общите критерии за преценка дали може да се кредитира твърдението за съответната сексуална ориентация на жалбоподателя.

13 — Неотменими съгласно член 15, параграф 2 от ЕКПЧ са правото на живот (член 2), забраната на изтезанията и забраната на робството и принудителния труд (съответно членове 3 и 4) и правото на лицата да не се налага наказание без предварителното провеждане на надлежно производство (член 7).

в зависимост от условията, преобладаващи в страната на произход, специфична социална група може да бъде и група, чиито членове имат като обща характеристика определена сексуална ориентация. Сексуалната ориентация не може да се разбира като включваща деяния, обявени за престъпления от вътрешното законодателство на държавите членки. Аспектите, свързани с равнопоставянето между мъжете и жените, биха могли да бъдат взети под внимание, без обаче да представляват сами по себе си презумпция за приложимостта на този член“.

Националната правна уредба

12. Vreemdelingenwet 2000 (Закон за чужденците от 2000 г.) (наричан по-нататък „Vw 2000“) оправомощава компетентния министър (наричан по-нататък „министърът“) ¹⁴ да приема, отхвърля или оставя без разглеждане молбата за издаването на разрешение за временно пребиваване (статут на бежанец). Разрешение за временно пребиваване може да бъде издадено на чужденец, който е бежанец по смисъла на Женевската конвенция.

13. Vreemdelingencirculaire 2000 (Циркулярно писмо относно чужденците от 2000 г., наричано по-нататък: „циркулярното писмо“) съдържа приетите от министъра подзаконовни разпоредби за изпълнение на Vw 2000. В циркулярното писмо е посочено, че съгласно установените политика и съдебна практика под преследване по причина на принадлежност към определена социална група по смисъла на член 1А от Женевската конвенция следва да се разбира и преследването по причина на сексуалната ориентация. Молбите за предоставяне на статут на бежанец на това основание се разглеждат, като се обръща особено внимание на положението на молителя в страната на произход. Когато в страната на произход на молителя са наказуеми хомосексуалността или изразяването на сексуална ориентация, е необходимо приложимото наказание да бъде относително тежко. Налагането единствено на глоба в общия случай би било недостатъчно, за да обоснове автоматично предоставяне на статут на бежанец. Само по себе си обстоятелството, че хомосексуалността или извършването на хомосексуални действия е криминализирано в страната на произход на молителя не води до извода, че следва автоматично да бъде предоставен статут на бежанец. Молителят трябва надлежно да докаже, че той лично има основателни опасения от преследване. От молителите с хомосексуална ориентация не се очаква да прикриват последната при завръщането си в страната на произход.

Фактическата обстановка, производството и отправените въпроси

14. Анонимността на жалбоподателите в главното производство е запазена и същите са обозначени като X, Y и Z. X е гражданин на Сиера Леоне, Y — на Уганда, а Z — на Сенегал.

15. В Сиера Леоне извършването на хомосексуални действия е престъпление по член 61 от Закона за престъпленията против личността от 1861 г. (Offences against the Person Act 1861), което се наказва с лишаване от свобода за срок от най-малко десет години или с доживотен затвор. В Уганда съгласно член 145 от Наказателния кодекс от 1950 г. (Penal Code Act 1950) с лишаване от свобода се наказва лицето, признато за виновно в извършването на престъпление, определено като „противоестествено плътско сношение“. Най-тежкото възможно наказание е доживотен затвор. Властите в Сенегал криминализират хомосексуалните действия. Съгласно член 319, параграф 3 от Наказателния кодекс (Code Pénal) осъденият за извършването на определени хомосексуални действия се наказва с лишаване от свобода от 1 до 5 години и глоба от 100 000 до 1 500 000 XOF франка ¹⁵ (приблизително от 150 до 2000 EUR).

14 — Към момента на подаване на молбите компетентен министър е бил Minister voor Immigratie en Asiel (министър по въпросите на имиграцията и убежището). Наименованието му е променено на Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel (министър по въпросите на имиграцията, интеграцията и убежището).

15 — CFA франк BCEAO.

16. И по трите дела министърът отхвърля първоначалните молби за предоставяне на разрешение за пребиваване със статут на бежанец съгласно Vw 2000. Всеки от молителите обжалва съответното решение. X и Z обжалват пред Rechtbank. Y подава искане за временни мерки. Исканията на X и Y са уважени. Жалбата на Z е отхвърлена от Rechtbank.

17. Министърът обжалва решенията по делата на X и Y пред Raad van State. Z също подава жалба пред посочения съд.

18. Хомосексуалната ориентация на молителите не е предмет на спор по никое от трите дела¹⁶.

19. Вследствие на това Raad van State решава да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

- „1. Чужденците с хомосексуална ориентация обособяват ли определена социална група по смисъла на член 10, параграф 1, буква г) от [Директивата]?
2. При утвърдителен отговор на първия въпрос, извършването на какъв вид хомосексуални действия попада в приложното поле на Директивата и може ли преследването на тези действия да обоснове предоставянето на статут на бежанец при изпълнение на останалите изисквания за това? Този въпрос обхваща следните подвъпроси:
 - а) Може ли да се очаква, че за да избегнат преследване, чужденците с хомосексуална ориентация следва да прикриват сексуалната си ориентация от всички в тяхната страна на произход?
 - б) При отрицателен отговор на предходния въпрос, може ли да се очаква, че за да избегнат преследване, чужденците с хомосексуална ориентация следва да се въздържат да проявяват сексуалната си ориентация в страната си на произход, и ако това е така, в каква степен? В този контекст може ли да се очаква, че лицата с хомосексуална ориентация следва да се въздържат в по-голяма степен от хетеросексуалните?
 - в) Ако във връзка с това може да се прави разграничение между проявления на сексуалната ориентация, с които се засяга нейната същина, и такива, с които не се засяга нейната същина, какво следва да се разбира под „същина“ на сексуалната ориентация и по какъв начин може да се определи тя?
3. Само по себе си обстоятелството, че хомосексуалните действия са наказуеми, и заплахата за налагане на наказание лишаване от свобода при извършването им — така, както е предвидено в [Закона за престъпленията против личността от 1861 г. на Сиера Леоне, Наказателния кодекс на Уганда и Наказателния кодекс на Сенегал] — представлява ли акт на преследване по смисъла на член 9, параграф 1, буква а) във връзка с член 9, параграф 2, буква в) от Директивата? При отрицателен отговор на този въпрос, при какви обстоятелства следва да се смята, че случаят е такъв?“.

20. Писмени становища представят X, Y и Z, ВКБООН, германското, гръцкото, френското, нидерландското правителство, правителството на Обединеното кралство и Комисията, чиито представители (с изключение на Обединеното кралство) се явяват в заседанието на 11 април 2013 г.

16 — Върховният комисариат за бежанците на Организацията на обединените нации (наричан по-нататък „ВКБООН“) включва в представеното от него становище лесбийките, гейовете, бисексуалните, транссексуалните и интерсексуалните лица; той също използва съкращението „ЛГБТИ“, придавайки широк смисъл на израза „сексуална ориентация“. Тъй като молителите в главните производства все пак са трима мъже с хомосексуална ориентация, в настоящото заключение се придържам към това описание.

Съображения

Предварителни бележки

21. Въпросите на националната юрисдикция до известна степен се припокриват. При тълкуването на член 9 и на член 10, параграф 1, буква г) от Директивата следва да се вземат под внимание изложените по-долу принципи.

22. Първо, съгласно установената съдебна практика Директивата трябва да се тълкува в светлината на нейната обща структура и цел при зачитане на Женевската конвенция и съответните други договори, посочени в правното ѝ основание (член 78, параграф 1 ДФЕС)¹⁷. Видно от съображение 10, Директивата трябва да се тълкува и в съответствие с признатите от Хартата права¹⁸.

23. Второ, Женевската конвенция осигурява контекста — и по този начин спомага за определянето на общата структура и целите — на Директивата, която често се позовава на нея. Поради това, макар Съдът да е помолен да даде тълкуване на член 9 и на член 10, параграф 1, буква г) от Директивата, при тълкуването той трябва да се позовава на Женевската конвенция¹⁹.

24. Трето, нито в Женевската конвенция, нито в ЕКПЧ изрично се урежда правото на изразяване на сексуалната ориентация. Практиката на Европейския съд по правата на човека във връзка със сексуалната ориентация се развива в контекста на разглежданите нарушения на член 8 от ЕКПЧ (право на личен и семеен живот) и на забраната за дискриминация, съдържаща се в член 14 от ЕКПЧ²⁰. Поради това се налага отправените от националната юрисдикция въпроси да бъдат разгледани с оглед на принципите, развити от Европейския съд по правата на човека²¹.

25. Четвърто, в това отношение Женевската конвенция, подобно на ЕКПЧ, не е неизменна. Тя е жив инструмент, който следва да се тълкува с оглед на съвременните условия и в съответствие с развитието на международното право²². Практиката на Европейската комисия по правата на човека във връзка с различното третиране на хомосексуалните и хетеросексуалните отношения от гледна точка на минималната възраст за изразяване на валидно съгласие показва еволюцията в подхода за тълкуване на ЕКПЧ. В този смисъл до 1997 г. Комисията приема, че определянето на по-висока минимална възраст за изразяване на валидно съгласие при хомосексуалните отношения е в съответствие с ЕКПЧ²³. В Решение по дело Sutherland c/y Обединеното кралство Комисията преразглежда и се отклонява от установената си практика, като решава, че запазването на по-висока минимална възраст за изразяването на валидно съгласие при хомосексуалните действия е проява на дискриминация и нарушение на правото на жалбоподателя на зачитане на неговия личен живот с оглед на съвременното развитие²⁴.

17 — Вж. Решение от 5 септември 2012 г. по съединени дела Y и Z (C-71/11 и C-99/11, точка 48 и цитираната съдебна практика).

18 — Решение от 19 декември 2012 г. по дело Abed El Kareem El Kott и др. (C-364/11, точки 42 и 43 и цитираната съдебна практика).

19 — Вж. точка 32 от моето заключение по дело Abed El Kareem El Kott и др., посочено по-горе в бележка под линия 18.

20 — Решение по дело Dudgeon c/y Обединеното кралство (ЕСПЧ, 22 октомври 1981 г., серия А, бр. 45, § 60—62) във връзка с правото на личен живот. Вж. Решение по дело X и др. c/y Австрия (ЕСПЧ [ГО], 19 февруари 2013 г. по индивидуална жалба № 19010/07, § 95) във връзка с правото на семеен живот.

21 — Някои регионални инструменти, като например Африканската харта за правата на човека и народите, гарантират правото на недопускане на дискриминация. Както в Женевската конвенция и в ЕКПЧ обаче, и в тях не се гарантира изрично правото на изразяване на сексуалната ориентация. Вж. „Making Love a Crime — Criminalisation of Same-Sex Conduct in Sub-Saharan Africa“ — доклад, публикуван от Амнести интернешънъл на 25 юни 2013 г.: www.amnesty.org/en/library/into/AFRO1/001/2013/en.

22 — Вж. Решение по дело Mamatkulov и Askarov c/y Турция (ЕСПЧ [ГО], индивидуални жалби № 46827/99 и № 46951/99, § 121, 2005-I) общо относно ЕСПЧ. Вж. точки 5—7 от Насоки за международната закрила № 9 от 23 октомври 2012 г., на разположение на интернет адрес www.unhcr.org/509136ca9.html (наричани по-нататък „Насоките на ВКБООН“) относно Женевската конвенция.

23 — Решение по дело X. c/y Федерална република Германия (Комисия, 30 септември 1975 г. по индивидуална жалба № 5935/72, § 2) и Решение по дело Johnson c/y Обединеното кралство (Комисия, 17 юли 1986 г. по индивидуална жалба № 10389/83).

24 — Комисия, Решение от 1 юли 1997 г. по индивидуална жалба № 25186/94, § 58—66.

26. Накрая, според мен същността на въпросите на националната юрисдикция се свежда до определяне на общи критерии, които следва да се прилагат при установяване на действително нуждаещите се от международна закрила лица, които са подали молба за предоставяне на статут на бежанец съгласно Директивата поради своята хомосексуална ориентация. Аспектите, повдигнати в рамките на втория въпрос, биха могли да се определят като проблеми, свързани с политиката на правоприлагане, а не толкова с тълкуването на правната уредба. Поради това най-напред ще се спра на първия и третия въпрос, които повдигат по-конкретни проблеми относно тълкуването на текста на Директивата, след което ще разгледам втория въпрос.

По първия въпрос

27. С първия си въпрос националната юрисдикция иска да установи дали молителите за предоставяне на статут на бежанец, които са с хомосексуална ориентация, съставляват определена социална група за целите на член 10, параграф 1, буква г) от Директивата.

28. Всички, които са представили становища пред Съда (с изключение на Обединеното кралство, което не разглежда въпроса), са съгласни, че отговорът на този въпрос следва да бъде утвърдителен.

29. Споделям тази гледна точка.

30. В главното производство, по което страна е Z, представените пред националната юрисдикция в първоинстанционното производство (Rechtbank) доказателства не удостоверяват, че в Сенегал лицата с хомосексуална ориентация по принцип са подложени на преследване или дискриминация, поради което Rechtbank приема, че молителят не е член на определена социална група по смисъла на член 10, параграф 1, буква г) от Директивата²⁵.

31. Член 10 съдържа два параграфа. Първият параграф указва на държавите членки да вземат под внимание определени елементи при преценка на *мотивите за преследване*. Във връзка с това член 10, параграф 1, буква г) дефинира понятието за определена социална група. След това параграф 2 урежда въпроса по какъв начин да се прецени дали определен молител има *основателни опасения от преследване*. От това следва, че молителят не е длъжен да доказва, че е подложен на преследване или дискриминация в страната си на произход²⁶ (обстоятелства, които са част от член 10, параграф 2), за да покаже, че е част от определена социална група (тоест, че попада в обхвата на член 10, параграф 1, буква г).

32. Могат ли хомосексуалните мъже да бъдат „членове на определена социална група“ по смисъла на член 10, параграф 1, буква г) от Директивата?

33. За разлика от Женевската конвенция, в която се споменава единствено „принадлежност към определена социална група“, понятието „сексуална ориентация“ е използвано в Директивата, но не е дефинирано. Може би в член 10, параграф 1, буква г) от Директивата законодателят на Съюза изрично посочва принадлежността към социална група по признака сексуална

25 — За тази извършена от Rechtbank преценка се споменава в преюдициалното запитване на Raad van State. Запитващата юрисдикция обаче не посочва дали споделя становището на Rechtbank. Моето мнение е, че Raad van State споменава извършената от Rechtbank преценка, за да изясни собствените си съображения за поисканите насоки за тълкуване на член 10, параграф 1, буква г) от Директивата. Поради това в моите съображения съм взела под внимание извършената от Rechtbank преценка.

26 — Rechtbank може да е бил подведен от обстоятелството, че второто тире на член 10, параграф 1, буква г) се отнася за група, която има собствена идентичност, защото е „разглеждана като различна от заобикалящото я общество“. Да бъдеш „разглеждан като различен“ обаче е неутрално положение. Да бъдеш преследван или дискриминиран очевидно не е такова.

ориентация, тъй като към момента, в който Комисията внася предложението си, започва да се приема, че е възможно на това основание лицата да бъдат принудени да се укриват от преследване и да търсят международна закрила²⁷, въпреки че подобен признак не е бил включен изрично в Женевската конвенция²⁸.

34. Член 10, параграф 1, буква г) започва с думите „една група се счита за определена социална група, когато по-конкретно [...]“; непосредствено след тях има две тирета (първото включва три възможности, отделени със съюза „или“). Тиретата са свързани със съюза „и“, което показва, че съдържат кумулативни условия, които следва да бъдат изпълнени. По-нататък обаче в текста (изрично) се уточнява, че „в зависимост от условията, преобладаващи в страната на произход, специфична социална група може да бъде и група, чиито членове имат като обща характеристика определена сексуална ориентация [...]“.

35. Разглеждайки текста и съпоставяйки го с двете тирета, които се намират непосредствено преди него, смятам, че законодателят на Съюза е дал възможно най-ясно указание, че лицата, чиято обща характеристика е сексуалната ориентация, действително могат да бъдат членове на определена социална група за целите на член 10, параграф 1, буква г). Те отговарят на условията по първото тире (бих казала във всички случаи, тъй като положението им отговаря на третата възможност: а именно, че „споделят характеристика [...], до такава степен съществен[а] за идентичността [...], че не би следвало от лицето да се изисква да се откаже от нея“). В зависимост от обстоятелствата в страната на произход е възможно да отговарят на условията и по второто тире (а именно, че „тази група има собствена идентичност в съответната държава, защото е разглеждана като различна от заобикалящото я общество“). Дали лицата отговарят на условията по второто тире се преценява с оглед на правните норми, обществените и културни нагласи в страната на произход на молителя. Компетентните национални органи следва да се произнесат по този въпрос с оглед на фактите, а националната юрисдикция — да упражни контрол върху констатациите им.

36. Ето защо считам, че отговорът на първия въпрос следва да бъде в смисъл, че молителите за предоставяне на статут на бежанец, които са с хомосексуална ориентация, могат в зависимост от обстоятелствата в страната им на произход да образуват определена социална група по смисъла на член 10, параграф 1, буква г) от Директива 2004/83. Националната юрисдикция следва да прецени дали тази група има „собствена идентичност“ във всяка от страните на произход на молителите, „защото е разглеждана като различна от заобикалящото я общество“ по смисъла на второто тире в тази разпоредба.

По третия въпрос

37. С третия въпрос националната юрисдикция иска да се установи дали криминализирането на хомосексуалните действия и възможността за лишаване от свобода при постановяване на осъдителна присъда представляват акт на преследване по смисъла на член 9 от Директивата.

27 — Вж. COM(2001) 510 окончателен, и по-специално част 3.

28 — Понастоящем Насоките на ВКБООН препращат към Принципите от Джожджакарта относно приложението на международното право в областта на правата на човека във връзка със сексуалната ориентация и половата идентичност, приети през 2007 г. В параграф 4 от преамбюла на Принципите от Джожджакарта „сексуалната ориентация“ се отнася до „способността за лична дълбоко емоционална, дружеска и сексуална привързаност към лица от другия или същия пол, или към повече от един пол, както и за установяването на интимни и сексуални отношения с тези лица“.

38. В националните производства са направени някои констатации по отношение и на тримата молители. Що се отнася до X, сама по себе си хомосексуалността не е криминализирана в Сиера Леоне; някои хомосексуални действия обаче подлежат на наказателно преследване. По отношение на Y, в Уганда самата хомосексуалност е криминализирана²⁹. Във връзка със Z, самата хомосексуалност явно не е криминализирана в Сенегал, но някои хомосексуални действия подлежат на наказателно преследване³⁰.

39. След като няма спор, че тримата молители са хомосексуалисти, в настоящото заключение не провеждам разграничение между положението в Уганда (налице е констатация, че там самата хомосексуалност е криминализирана) и Сиера Леоне или Сенегал (където някои хомосексуални действия подлежат на наказателно преследване)³¹.

40. X, Y и Z твърдят, че член 9 от Директивата следва да се тълкува в смисъл, че самото криминализиране на хомосексуалните действия е акт на преследване. Налице е известно съвпадение в позициите на Комисията, правителствата на държавите членки, представили становища, и ВКБООН в подкрепа на противоположното становище.

41. В рамките на Европейския съюз има промяна в подхода, доколкото днес за нарушение на ЕКПЧ³² се счита законодателство, по силата на което хомосексуални действия в частната сфера между изразили съгласие пълнолетни лица се криминализират и за тях се налагат наказания. Поради това е ясно, че днес подобни мерки в държавите членки биха представлявали нарушение на основните права на лицата, независимо дали се прилагат активно или не. Целта на Директивата обаче не е да предоставя закрила винаги, когато лицето не може напълно и ефективно да упражнява гарантираните от Хартата или ЕКПЧ свободи в страната си на произход. Казано с други думи: целта не е тези стандарти да станат предмет на износ³³. Тя е по-скоро да се ограничи признаването на статута на бежанец само за лица, които биха могли да бъдат изложени на сериозно отричане или системно нарушаване на най-основните им права и чийто живот в страната на произход е станал непоносим.

42. Нарушението на основно право в рамките на Съюза представлява ли непременно и акт на преследване по смисъла на член 9, параграф 1 от Директивата?

43. Член 9, параграф 1 предвижда, че „[а]ктовете, считани за преследване по смисъла на член 1А от Женевската конвенция: а) трябва да бъдат достатъчно сериозни по своето естество или по повторения си характер, за да представляват тежко нарушение на основните права на човека [...], или б) трябва да представляват съвкупност от различни мерки, включително и нарушения на правата на човека, която да бъде достатъчно тежка, за да засегне индивида по начин, сравним с посоченото в буква а)“. От употребата на изразите „достатъчно сериозни“, „тежко нарушение“ и „съвкупност [...], която да бъде достатъчно тежка“, следва, че не всяко нарушение на правата на човека (колкото и възмутително да е то всъщност) ще бъде счетено за „акт на

29 — По делата на X и Y посочените констатации в първоинстанционното производство (направени съответно от Rechtbank и съдията по временните мерки) са упоменати в преюдициалното запитване на Raad van State. Запитващата юрисдикция обаче не уточнява дали споделя становището на съдилищата в първоинстанционното производство. Моето мнение е, че Raad van State се позовава на тези констатации, за да изясни собствените си мотиви да потърси насоки относно тълкуването на член 9, параграф 1 от Директивата; поради това съм взела същите под внимание в моите съображения.

30 — Вж. точка 15 по-горе.

31 — Според мен нидерландските власти възприемат сходна позиция в циркулярното писмо: вж. точка 13 по-горе.

32 — С изключение на Решение по дело Dudgeon, посочено по-горе в бележка под линия 20, добре известни са Решение по дело Norris с/у Ирландия (ЕСПЧ, 26 октомври 1988 г., серия А, № 142) и Решение по дело Modinos с/у Кипър (ЕСПЧ, 22 април 1993 г., серия А, № 259). Националното законодателство, което е предмет на разглеждане по делото Modinos, е отменено относително неотдавна (през 1997 г.). Вж. също практиката на Европейската комисия по правата на човека относно дискриминацията и възрастта, на която се дава валидно съгласие за хомосексуални и хетеросексуални действия, посочена в точка 25 и в бележки под линия 23 и 24 по-горе.

33 — Решение по дело F. с/у Обединеното кралство (индивидуална жалба № 17341/03, § 3) и Решение по дело I.I.N. с/у Нидерландия (индивидуална жалба № 2035/04). Подобен износ всъщност би могъл да се разглежда като определена форма на империализъм, свързан с правата на човека или културата.

преследване“ по смисъла на член 9. Всъщност неизчерпателният списък на актовете на преследване, съдържащ се в член 9, параграф 2, изрично препраща към стандарта, установен с член 9, параграф 1, доколкото в него е посочено, че „[а]ктовете на преследване по смисъла на параграф 1“³⁴ могат по-конкретно да бъдат сред посочените в букви а)–е). По-нататък в член 9, параграф 3 се пояснява, че между мотивите за преследване (член 10) и актовете на преследване по член 9, параграф 1 трябва да има връзка.

44. Налице е концептуално затруднение, доколкото в *рамките на ЕС* всяко наказателно преследване на лице, което упражнява закриляна от Хартата основна свобода, или *всяко* налагано за това наказание по дефиниция биха били „непропорционални“. Поради това приемам, че съдържащото се в член 9, параграф 2, буква в) позоваване на „преследвания или наказания, които са несъразмерни или дискриминационни“, което изглежда е най-релевантният в настоящото производство елемент в неизчерпателния списък с актове на преследване, е равнозначно на „преследване или наказание, което е сериозно или дискриминационно“.

45. Според мен, когато въз основа на изложеното националните органи определят дали актове, забраняващи изразяването на сексуалната ориентация, съставляват „актове на преследване“ по смисъла на член 9, параграф 1, те следва да вземат под внимание по-специално: (i) доказателствата относно прилагането на наказателноправните разпоредби в страната на произход на молителя, например дали съответните органи действително повдигат обвинения и образуват наказателни производства срещу лицата; (ii) дали наказанията се привеждат в изпълнение, и ако това е така, на практика колко тежки са тези наказания, и (iii) информацията относно общите практики и нагласите в обществото в страната на произход³⁵.

46. При преценка на молбата за предоставяне на статут на бежанец следва да се прилага критерият дали отделно събитие или съвкупност от събития сочат, че молителят има основание да се опасява, че съществува вероятност да бъде лишен от основни човешки права при евентуалното си завръщане в страната на произход³⁶.

47. Наказанията, които се изразяват в продължително лишаване от свобода и са налагани поради изразяването на хомосексуална ориентация, биха могли да представляват нарушение на член 3 от ЕКПЧ (забрана на нечовешкото или унизително отнасяне или наказание) и поради това да са достатъчно сериозни, за да бъдат окачествени като тежко нарушение на основни права на човека по смисъла на член 9, параграф 1 от Директивата.

48. От тази гледна точка според мен е ясно (дори при липса на подробна информация относно фактическите състави на престъпленията, засягащи молителите в главното производство, и конкретните наказания, които обикновено се налагат за тях), че в общ смисъл наказанията, налагани в Сиера Леоне, Уганда и Сенегал, биха могли потенциално да представляват „несъразмерно“ наказание по смисъла на член 9, параграф 2, буква в) от Директивата. Вярно е, че предвидените по закон санкции за извършването на определени хомосексуални действия в Сенегал не са толкова тежки, колкото в Сиера Леоне или Уганда. Преди да направи извод, че поради тази причина не е изпълнено изискването, за да е налице акт на преследване по член 9, параграф 1 от Директивата, националната юрисдикция следва да вземе под внимание опасността от еднократно или повторно наказателно преследване и наказанието, което ще бъде наложено при евентуална осъдителна присъда.

34 — Курсивът е мой.

35 — Така например, ако проявата на сексуална близост на публични места между пълнолетни хетеросексуални лица не се насърчава и се наказва съгласно наказателното право, самото прилагане на същите правила по отношение на пълнолетни хомосексуални лица не би представлявало акт на преследване. Положението обаче би било по-различно, ако по отношение на хетеросексуалните лица законът изобщо не се прилага, а срещу хомосексуалните лица се прилага активно. Вж. в допълнение и точка 75 по-долу.

36 — Вж. Решение по съединени дела Y и Z, посочено по-горе в бележка под линия 17, точки 53 и 54.

49. Следователно по принцип, след като установят дали поради хомосексуалната си ориентация даден молител следва да се счита за член на определена социална група по смисъла на член 10, параграф 1, буква г), националните органи би трябвало да преценят и дали предвид положението в неговата страна на произход могат да възникнат актове на преследване по смисъла на член 9, параграф 1. За целта те трябва да преценят дали е възможно по отношение на лицата, които са членове на тази социална група или могат да бъдат възприемани за такива³⁷, да бъдат приложени наказателни мерки, дали тези мерки са приведени в изпълнение и каква е тежестта на наложените наказания, както и дали вследствие на това молителят има основателно опасение от преследване. Разбира се решението на националните органи по тези въпроси трябва да подлежи на обжалване пред националните съдилища, за да се гарантира правилното прилагане на установените в Директивата критерии.

50. Ето защо смятам, че на третия отправен въпрос следва да се отговори в смисъл, че само по себе си криминализирането на определено деяние не представлява акт на преследване по смисъла на член 9, параграф 1 от Директивата. Всъщност компетентните национални органи следва да преценят с оглед на обстоятелствата в страната на произход на молителя, отнасящи се по-специално до (i) опасността от наказателно преследване и неговата честота; (ii) в случай на осъждане, до тежестта на обичайно налаганото наказание, и (iii) до всякакви други мерки и обществени практики, на които молителят с основание се опасява, че би могъл да бъде подложен, дали има вероятност конкретният молител да бъде подложен или на актове, които са достатъчно сериозни по своето естество или по повтаряемия си характер, за да представляват тежко нарушение на основните права на човека, или на съвкупност от различни мерки, включително и нарушения на правата на човека, която да бъде достатъчно тежка, за да засегне молителя по сравним начин.

По втория въпрос

51. С втория въпрос националната юрисдикция иска указания дали, в случай че молител с хомосексуална ориентация следва да се счита за член на определена социална група по смисъла на член 10, параграф 1, буква г) от Директивата, има определени хомосексуални действия, които попадат в обхвата на Директивата и във връзка с които следва да се предостави статут на бежанец.

52. След това националната юрисдикция поставя поредица подвъпроси³⁸ относно общите критерии, които биха могли да се приложат при определяне на лицата, които отговарят на условията за предоставяне на статут на бежанец. Първо, тя иска да установи до каква степен член 10, параграф 1, буква г) от Директивата закриля изразяването в публичната или частната сфера на хомосексуалната ориентация. Второ, следва ли от молителя да се очаква да не проявява сексуалната си ориентация, за да избегне преследване в страната си на произход? Трето, може ли да се очаква от него да се въздържа при изразяването на хомосексуалната си ориентация, и ако това е така, до каква степен? Четвърто, какво представлява същината на сексуалната ориентация? Накрая, правото на Съюза като цяло или Директивата в частност препятстват ли провеждането на разграничение относно закрилата, на която чуждестранните граждани имат право, в зависимост от това дали са с хомосексуална или хетеросексуална ориентация?

53. Преди да разгледам тези подвъпроси, е необходимо да изложа някои предварителни бележки.

37 — Вж. член 9, параграф 3 и член 10, параграф 2.

38 — Прегрупирах съм подвъпросите, за да обособя отделните проблеми, повдигнати от националната юрисдикция.

54. Първо, с тези въпроси националната юрисдикция иска насоки във връзка с извършването на подробната преценка, изисквана по членове 9 и 10 от Директивата. Член 10, параграф 1, буква г) предвижда изрично ограничение по отношение на състава на социалната група, основана на сексуалната ориентация като обща характеристика, доколкото ясно предвижда, че „[с]ексуалната ориентация не може да се разбира като включваща деяния, обявени за престъпления от вътрешното законодателство на държавите членки“. Така например сексуална ориентация, при която молителят насилствено осакатява гениталиите на сексуалната си партньорка, за да стане тя „достойна“ за сексуални отношения с него, не отговаря на условията, за да се ползва от закрила по член 10, параграф 1, буква г). Член 9 съдържа определение (член 9, параграф 1, букви а) и б), а след това неизчерпателен списък (член 9, параграф 2) и изискване да е налице връзка между мотивите и актовете на преследване (член 9, параграф 3), но оставя открит въпроса кои актове представляват преследване.

55. Второ, не е съвсем ясна връзката на подвъпросите с поставените в главните производства проблеми. По-скоро изглежда, че националната юрисдикция иска насоки относно прилагането на Директивата по принцип. В рамките на производството по преюдициално запитване Съдът не е компетентен да се произнесе по такъв въпрос³⁹.

56. Трето, в по-прагматичен аспект, националната юрисдикция пояснява, че според нидерландските власти хомосексуалните действия следва да се ползват от същата закрила като хетеросексуалните. Според мен обаче не действията на молителя следва да бъдат основен предмет на преценката. Членове 9 и 10 по същество не се отнасят до поведението на лицето, което иска да получи статут на бежанец. Предмет на внимание са по-скоро евентуалните актове на преследване и мотивите за тях, тоест активните действия на евентуалните субекти на преследване, а не ежедневно поведение на евентуалното пострадало лице.

57. Четвърто, очевидно при извършването на такава преценка е необходимо да се вземат под внимание ограниченията, прилагани по отношение на молителя, преди той да напусне страната си на произход. Също толкова важно обаче е да се разгледат и наличните доказателства относно вероятността молителят да бъде подложен на актове на преследване при евентуалното си завръщане. В този смисъл се поставя въпросът дали молителят има основателно опасение, че ще бъде извършено тежко нарушение на основните му права. Отговор на този въпрос не може да се даде, ако се разглеждат единствено събитията, настъпили преди молителят да е напуснал страната си на произход.

58. Пето, в отправените от националната юрисдикция въпроси явно се изхожда от позицията, че лицата с хомосексуална ориентация, подали молба за предоставяне на статут на бежанец на основание член 10, параграф 1, буква г), могат (а може би дори са длъжни) в съответната страна на произход да възприемат поведение, с което да намалят опасността от актове на преследване на основание на сексуалната им ориентация. Бих отхвърлила подобна позиция, тъй като тя е в разрез с правото на зачитане на сексуалната им идентичност.

59. По-долу ще разгледам отделните подвъпроси, отправени от националната юрисдикция, с оглед на направените уточнения.

60. По първия подвъпрос: дали за целите на Директивата се прави разграничение между изразяването на хомосексуалната ориентация на молителя в частната и в публичната сфера?

39 — Решение от 16 декември 1981 г. по дело Foglia/Novello (244/80, Recueil, стр. 3045, точки 18—20).

61. Текстът на Директивата не провежда подобно разграничение. Поради това считам, че то е ирелевантно за преценката дали е налице акт на преследване по смисъла на член 9, параграф 1 от Директивата. Релевантни са по-скоро въпросите дали поради сексуалната си ориентация молителят е член на социална група по смисъла на член 10, параграф 1, буква г) и налице ли е изискваната по член 9, параграф 3 връзка между „мотивите за преследване“ и акта или актовете на преследване по член 9, параграф 1.

62. На следващо място, националната юрисдикция иска да установи дали лицата, подали молба за предоставяне на статут на бежанец, следва да прикриват или да се въздържат при проява на сексуалната си ориентация в страната на произход. От акта за преюдициално запитване не става ясно дали въпросът има отношение към начина на разглеждане на конкретните молби за убежище от компетентните национални органи. Възможно е националната юрисдикция да иска да установи дали циркулярното писмо, доколкото в него се посочва, че укриването не е сред критериите, които се вземат под внимание, само отразява нормите на Директивата или представлява случай на прилагане на по-благоприятни стандарти от държава членка, което е допустимо съгласно член 3⁴⁰. Доколкото тези въпроси са повдигнати абстрактно, Съдът не следва да се произнася по тях. За изчерпателност обаче ще ги разгледам накратко.

63. Според мен лицето, подало молба за предоставяне на статут на бежанец, не следва да прикрива сексуалната си ориентация, за да не бъде преследвано в страната си на произход.

64. Нито текстът, нито структурата на Директивата подкрепят тезата, че прикриването е необходимо. Всъщност подобно тълкуване на Директивата би било превратно. То би означавало, че ако молителят (който е пострадало лице) не успее да прикрие сексуалната си ориентация, ще се приема, че до известна степен самият той е виновен, като субект на преследване, за сполетялата го участ, а това е в пълно противоречие със замисъла на член 6 от Директивата. Всъщност изискването жалбоподателите да прикриват сексуалната си ориентация само по себе си може да се счита за акт на преследване.

65. Следва ли молителите, които са с хомосексуална ориентация, да се завърнат у дома и да проявяват сдържаност в страната си на произход?

66. Не мисля така.

67. Първо, според мен от концептуална гледна точка не е съвсем ясно как подобно условие би могло да се впише в структурата на Директивата (или пък на Женевската конвенция). Директивата въвежда минимални стандарти относно условията, на които трябва да отговарят гражданите на трети страни или лицата без гражданство, за да могат да кандидатстват за статут на бежанец (член 1). За да прецени дали определен молител отговаря на минималните стандарти, държавата членка разглежда фактите и обстоятелствата (член 4), с цел да установи дали молителят е бил или може да бъде подложен на актове на преследване или на тежко посегателство (съгласно определението по член 9) по някой конкретен мотив (съгласно определението по член 10). Ако молителят има основателни опасения от подобно преследване, той има право да му бъде предоставен статут на бежанец. При това положение няма основание за подкрепа на твърдението, че необходимостта да се предостави статут на бежанец може да отпадне, ако молителят „престане да провокира“ субектите на преследване, изразявайки ориентацията си.

40 — Вж. точка 13 по-горе.

68. Второ, наистина лицето, което е подало молба за убежище поради хомосексуалната си ориентация, не може да очаква, че ще може да си позволи да живее в страната си на произход по същия начин, както би живяло в Нидерландия⁴¹. Въпреки това определянето на степента на „въздържаност“, която (а) би била необходима за безопасността на молителя в страната му, като (б) същевременно е съвместима и със зачитането на основното право, лишаването от което обуславя предоставянето на статут на бежанец, според мен е процес, който няма как да бъде лишен от субективизъм и вероятно ще доведе до произволен резултат, а не до правна сигурност. В акта си за преюдициално запитване самата национална юрисдикция посочва, че министърът не е в състояние да определи предварително степента на въздържаност, която да бъде изисквана. Само по себе си това твърдение според мен сочи, че подобен подход би бил трудно приложим на практика.

69. Трето, да се приеме, че ако молителят е дискретен, всичко ще бъде наред при завръщането в страната му, би означавало да се пренебрегне действителността. Дискретността не е сигурна защита срещу разкриване и вследствие от това от изнудване или преследване.

70. При това положение не е необходимо да се дава отговор на подвъпроса (какво представлява същината на сексуалната ориентация). Въпреки това за изчерпателност добавям следните съображения.

71. Считам, че понятието „същина“ е изведено от Решение по дело Y и Z, в което Съдът разглежда дали основните права на молителите са били нарушени в резултат от ограничаването на правото на свобода на религията. Не съм убедена, че това понятие може да бъде отнесено към проявата на сексуална ориентация. Струва ми се, че едно лице или има, или няма сексуална ориентация⁴². Сам по себе си въпросът за нейната „същина“ или „център“ не би могъл да се поставя. Поради това трудно мога да се съглася, че е възможно да се определи същината на проявата на сексуалната ориентация. Също не мисля, че Съдът следва да поема в тази посока.

72. В по-общ план обаче считам, че съображенията на Съда в Решение по дело Y и Z са приложими по аналогия към настоящия случай⁴³. В текста на членове 9 и 10 от Директивата няма основание за възприемането на основаващ се на „същината“ подход. Член 9 се позовава на неотменимите права по ЕКПЧ; те трябва да бъдат отправната точка за преценката на актовете на преследване. Няма основание да се приеме, че следва да се провежда разграничение между различните форми на изразяване или дори конкретни прояви, които не представляват сексуални актове или не изразяват близост. По дефиниция подход, основан на такава предпоставка, по всяка вероятност ще доведе до произволни решения.

73. Последният подвъпрос е дали правото на Съюза като цяло или Директивата в частност препятстват прокарването на разграничение относно закрилата, на която чуждестранните граждани имат право, в зависимост от това дали са с хомосексуална или хетеросексуална ориентация.

74. Как следва да се преценяват молбите за предоставяне на статут на бежанец, когато твърдените актове на преследване се прилагат както по отношение на хомосексуални, така и на хетеросексуални лица?

41 — Вж. например Решение по дело F. c/y Обединеното кралство, посочено по-горе в бележка под линия 33.

42 — Сексуалното въздържание като съзнателната липса на (физически) израз на лична сексуална ориентация може да бъде въпрос на добровolen избор по редица причини; не е възможно обаче налагането му, без да се отрече самото съществуване на сексуалните аспекти на личността.

43 — Вж. точки 38—52 и 62—68 от заключението на генерален адвокат Bot, представено на 19 април 2012 г. по дело Y и Z, посочено по-горе в бележка под линия 17.

75. Да допуснем, че в определена трета страна всяка открита демонстрация на близост между две лица (да се държат за ръце или да се целуват) е забранена и че съгласно закона при осъдителна присъда за такова престъпление (в зависимост от обстоятелствата) наказанието варира от парична глоба до бичуване. Законодателната мярка, с която това поведение се криминализира и се определя наказанието за него, е замислена да се прилага без разлика по отношение на хетеросексуални и хомосексуални лица. Да допуснем, че лице с хомосексуална ориентация избяга от тази страна и пристигне в държава — членка на ЕС, за да потърси убежище. Няма веднага да стане ясно, че такъв молител би бил подложен на преследване само поради сексуалната си ориентация. Ако обаче той успее да докаже, че на практика мярката се прилага редовно или пък че най-тежките наказания във връзка с нея се налагат по отношение на хомосексуални лица (и че на практика хетеросексуалните лица могат да се разхождат ръка за ръка по улицата, да се целуват безнаказано на обществени места или пък че неизменно им се налагат съвсем малки по размер глоби), има по-голяма вероятност той да докаже принадлежността си към определена социална група по смисъла на член 10, параграф 1, буква г) от Директивата. След това би било необходимо да се разгледа дали наказателните преследвания и наказанията, които обикновено се налагат на хомосексуално лице с осъдителната присъда, представляват акт на преследване по смисъла на член 9, параграф 1 от Директивата (в моя пример и съгласно моята преценка отговорът би бил утвърдителен).

76. Обединявайки отделните отговори, които дадох на различните подвъпроси, зададени от националната юрисдикция, считам, че на втория въпрос следва да се отговори в смисъл, че при преценка дали криминализирането на хомосексуалните прояви, като израз на сексуална ориентация, е акт на преследване по смисъла на член 9, параграф 1 от Директивата, компетентните органи на държавата членка трябва да проверят дали има вероятност молителят да бъде подложен на актове или съвкупност от различни мерки, които са достатъчно сериозни по своето естество или по повтаряемия си характер, за да представляват тежко нарушение на основните права на човека.

Заключение

77. Поради това считам, че Съдът следва да отговори на отправените от Raad van State преюдициални въпроси в следния смисъл:

- 1) Лицата с хомосексуална ориентация, подали молби за предоставяне на статут на бежанец, могат в зависимост от обстоятелствата в страната на произход да образуват определена социална група по смисъла на член 10, параграф 1, буква г) от Директива 2004/83/ЕО на Съвета от 29 април 2004 година относно минималните стандарти за признаването и правното положение на гражданите на трети страни или лицата без гражданство като бежанци или като лица, които по други причини се нуждаят от международна закрила, както и относно съдържанието на предоставената закрила. Националната юрисдикция следва да прецени дали тази група има „собствена идентичност“ във всяка от страните на произход на молителите, „защото е разглеждана като различна от заобикалящото я общество“ по смисъла на второто тире в тази разпоредба.
- 2) Само по себе си криминализирането на хомосексуалните действия не представлява акт на преследване по смисъла на член 9, параграф 1 от Директивата. Компетентните национални органи следва да преценят с оглед на обстоятелствата в страната на произход на молителя, отнасящи се по-специално до:
 - опасността от наказателно преследване и неговата честота,
 - тежестта на обичайно налаганото наказание в случай на осъждане, и

— всякакви други мерки и обществени практики, на които молителят с основание се опасява, че би могъл да бъде подложен,

дали има вероятност конкретният молител да бъде подложен или на актове, които са достатъчно сериозни по своето естество или по повторения си характер, за да представляват тежко нарушение на основните права на човека, или на съвкупност от различни мерки, включително и нарушения на правата на човека, която да бъде достатъчно тежка, за да засегне молителя по сравним начин.

- 3) При преценка дали криминализирането на хомосексуалните прояви, като израз на сексуална ориентация, е акт на преследване по смисъла на член 9, параграф 1 от Директивата, компетентните органи на държавата членка трябва да проверят дали има вероятност молителят да бъде подложен на актове или съвкупност от различни мерки, които са достатъчно сериозни по своето естество или по повторения си характер, за да представляват тежко нарушение на основните права на човека.