



Sbírka soudních rozhodnutí

STANOVISKO GENERÁLNÍ ADVOKÁTKY
ELEANOR SHARPSTON
přednesené dne 11. července 2013¹

Spojené věci C-199/12 až C-201/12

X, Y a Z

proti

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

[žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce, podané rozhodnutími Raad van State (Nizozemsko)]

„Směrnice 2004/83/ES — Podmínky, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, jež žádají o postavení uprchlíka — Význam pojmu ‚pronásledování‘ — Sexuální orientace“

1. Tyto žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce předložené Raad van State (Nizozemsko) se týkají tří žadatelů o postavení uprchlíka, kteří jsou státními příslušníky třetích zemí. Všichni tři žadatelé uplatňují, že mají oprávněné obavy před pronásledováním z důvodu své sexuální orientace.

2. Vnitrostátní soud pokládá tři otázky týkající se posouzení žádostí o postavení uprchlíka podle ustanovení kapitoly III směrnice Rady 2004/83/ES (dále jen „směrnice“)². Zaprvé, tvoří státní příslušníci třetích zemí, kteří jsou homosexuální orientace, určitou společenskou vrstvu ve smyslu čl. 10 odst. 1 písm. d) směrnice? Zadruhé, jak mají vnitrostátní orgány posoudit, co představuje akt pronásledování v důsledku homosexuálního jednání pro účely článku 9 směrnice? Zatřetí, představuje trestnost takového jednání v zemi původu žadatele, s možností uložení trestu odnětí svobody, pronásledování ve smyslu směrnice?

Právní rámec

Úmluva o právním postavení uprchlíků

3. Článek 1 oddíl A odst. 2 první pododstavec Úmluvy o právním postavení uprchlíků (dále jen „Ženevská úmluva“)³ stanoví, že pojem „uprchlík“ se vztahuje na kteroukoliv osobu, jež „má oprávněné obavy před pronásledováním z důvodů rasových, náboženských nebo národnostních nebo z důvodů příslušnosti k určitým společenským vrstvám nebo i zastávání určitých politických názorů, je

1 — Původní jazyk: angličtina.

2 — Směrnice ze dne 29. dubna 2004 o minimálních normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli žádat o postavení uprchlíka nebo osoby, která z jiných důvodů potřebuje mezinárodní ochranu, a o obsahu poskytované ochrany (Úř. věst. L 304, s. 12; Zvl. vyd. 19/07, s. 96).

3 — Podepsané v Ženevě dne 28. července 1951 (United Nations Treaty Series, svazek 189, s. 150, č. 2545 (1954)), která vstoupila v platnost dne 22. dubna 1954. Úmluva byla doplněna a pozměněna Protokolem týkajícím se právního postavení uprchlíků uzavřeným v New Yorku dne 31. ledna 1967, který vstoupil v platnost dne 4. října 1967. Oba tyto dokumenty budu dále společně označovat jako „Ženevská úmluva“.

neschopna přijmout nebo, vzhledem ke shora uvedeným obavám, odmítá ochranu své vlasti; totéž platí pro osobu bez státní příslušnosti, která se nachází mimo zemi svého dosavadního pobytu následkem shora zmíněných událostí a která vzhledem ke shora uvedeným obavám se tam nechce nebo nemůže vrátit“.

Právo Evropské unie

Listina základních práv

4. Článek 7 Listiny základních práv Evropské unie (dále jen „Listina“)⁴ stanoví: „Každý má právo na respektování svého soukromého a rodinného života, obydlí a komunikace“. Článek 21 Listiny zakazuje diskriminaci založenou, mimo jiné, na sexuální orientaci. Článek 52 odst. 3 Listiny stanoví, že uvedená práva je třeba vykládat v souladu s odpovídajícími právy zaručenými Úmluvou o ochraně lidských práv a základních svobod (dále jen „EÚLP“)⁵.

Směrnice

5. Směrnice je jedním z několika opatření směřujících k vytvoření společného evropského azylového systému⁶. Uvedený systém je založen na provedení Ženevské úmluvy, která je základem mezinárodního právního režimu na ochranu uprchlíků⁷. Účelem směrnice je stanovit minimální normy a společná kritéria pro všechny členské státy, pokud jde o přiznávání postavení uprchlíka a obsah postavení uprchlíka⁸, o zjišťování totožnosti osob, které mezinárodní ochranu skutečně potřebují⁹, a o spravedlivé a efektivní azylové řízení. Směrnice přitom ctí práva, svobody a zásady uznané Listinou¹⁰. Bod 21 odůvodnění směrnice stanoví: „Je rovněž nezbytné zavést společný přístup k pronásledování z důvodu příslušnosti k určitým společenským vrstvám“.

6. Článek 2 písm. c) směrnice stanoví: „uprchlíkem‘ [se rozumí] státní příslušník třetí země, který se v důsledku oprávněných obav před pronásledováním z důvodů rasových, náboženských nebo národnostních nebo z důvodů příslušnosti k určitým společenským vrstvám nebo i zastávání určitých politických názorů nachází mimo zemi své státní příslušnosti a je neschopen přijmout, nebo vzhledem ke shora uvedeným obavám odmítá ochranu dotyčné země, nebo osoba bez státní příslušnosti, která se ze stejných shora uvedených důvodů nachází mimo zemi svého dosavadního pobytu, která vzhledem ke shora uvedeným obavám se tam nechce nebo nemůže vrátit a na kterou se nevztahuje článek 12“.

7. Členské státy mohou zavést příznivější normy pro určování osob splňujících podmínky pro získání postavení uprchlíka, jsou-li slučitelné se směrnicí¹¹. Článek 4 stanoví pravidla posuzování žádostí o mezinárodní ochranu¹². Článek 4 odst. 3 směrnice stanoví, že posouzení žádosti o mezinárodní ochranu se provádí jednotlivě. V článku 6 je uveden demonstrativní výčet „původců pronásledování“, včetně státu a nestátních původců.

4 — Úř. věst. C 83, s. 389.

5 — Odpovídající práva jsou stanovena v článcích 8 a 14 EÚLP. Článek 8 chrání právo na respektování soukromého a rodinného života. Článek 14 stanoví, že užívání práv a svobod přiznaných EÚLP musí být zajištěno bez diskriminace založené na jakémkoli důvodu, jako je pohlaví, rasa, barva pleti, jazyk, náboženství, politické nebo jiné smýšlení, národnostní nebo sociální původ, příslušnost k národnostní menšině, majetek, rod nebo jiné postavení.

6 — Viz body 1 a 2 odůvodnění a článek 1 směrnice.

7 — Viz bod 3 odůvodnění směrnice. Viz rovněž bod 15 odůvodnění, který stanoví, že při určování postavení uprchlíka v souladu s článkem 1 Ženevské úmluvy mohou členskými státy poskytnout cennou pomoc konzultace s Vysokým komisařem OSN pro uprchlíky.

8 — Viz bod 4 odůvodnění směrnice.

9 — Viz body 6, 16 a 17 odůvodnění směrnice.

10 — Viz bod 10 odůvodnění směrnice.

11 — Viz článek 3 směrnice.

12 — V současné době jsou před Soudním dvorem projednávány tři věci, jmenovitě spojené věci C-148/13 až C-150/13, A, B a C, týkající se výkladu článku 4 směrnice a společných kritérií pro posouzení hodnověrnosti sexuální orientace deklarované žalobcem.

8. Článek 9 odst. 1 směrnice stanoví:

„Za pronásledování ve smyslu čl. 1 [oddíl] A Ženevské úmluvy je považováno jednání, které je

- a) svou povahou nebo opakováním dostatečně závažné, aby představovalo vážné porušení základních lidských práv, zejména práv, od nichž se podle čl. 15 odst. 2 [EÚLP] nelze odchýlit nebo
- b) souběhem různých opatření, včetně porušování lidských práv, který je dostatečně závažný k tomu, aby postihl jednotlivce způsobem podobným uvedenému v písmenu a).¹³“

9. Článek 9 odst. 2 stanoví:

„Za pronásledování ve smyslu odstavce 1 mohou být mimo jiné považována tato jednání:

[...]

- c) nepřiměřené nebo diskriminační trestní stíhání nebo trestání;

[...]“

10. Článek 9 odst. 3 stanoví: „V souladu s čl. 2 písm. c) musí existovat souvislost mezi důvody uvedenými v článku 10 a jednáním kvalifikovaným v odstavci 1 jako pronásledování.“

11. Článek 10 má nadpis „Důvody pronásledování“. Článek 10 odst. 1 písm. d) stanoví:

„skupina tvoří určitou společenskou vrstvu, zejména jestliže:

- příslušníci této skupiny sdílejí vrozený charakteristický rys nebo společnou minulost, kterou nelze změnit, nebo sdílejí charakteristiku nebo přesvědčení, které jsou natolik zásadní pro totožnost nebo svědomí, že daná osoba nemá být nucena, aby se jí zřekla a
- tato skupina má v dotyčné zemi odlišnou totožnost, protože ji okolní společnost vnímá jako odlišnou;

v závislosti na okolnostech existujících v zemi původu může určitá společenská vrstva představovat skupinu založenou na společném charakteristickém rysu sexuální orientace. Sexuální orientaci nelze chápat tak, že by zahrnovala akty považované podle vnitrostátních právních předpisů členských států za trestné. O hlediscích spojených s pohlavím lze uvažovat, aniž by sama vytvářela domněnku použitelnosti tohoto článku.“

Vnitrostátní právní předpisy

12. Vreemdelingenwet 2000 (zákon o cizincích z roku 2000; dále jen „Vw 2000“) zmocňuje příslušného ministra (dále jen „ministr“) ¹⁴, aby vyhověl žádosti o povolení k přechodnému pobytu (postavení uprchlíka), zamítl ji nebo se jí nezabýval. Povolení k přechodnému pobytu může být vydáno cizinci, který je uprchlíkem podle Ženevské úmluvy.

13 — Práva, od nichž se nelze odchýlit podle čl. 15 odst. 2 EÚLP, jsou právo na život (článek 2), zákazy mučení a otroctví a nucených prací (články 3 a4) a právo nebýt trestán bez předchozího řádného procesu (článek 7).

14 — V době podání žádosti byl příslušným ministrem „Minister voor Immigratie en Asiel“. Nové označení jeho funkce zní „Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel“.

13. Vreemdelingencirculaire 2000 (oběžník k provedení zákona o cizincích; dále jen „oběžník“) obsahuje správní předpisy stanovené ministrem k provedení Vw 2000. V oběžníku je uvedeno, že podle platné politiky a judikatury je třeba pronásledováním z důvodu příslušnosti ke společenské vrstvě ve smyslu článku 1 oddílu A Ženevské úmluvy rozumět také pronásledování na základě sexuální orientace. Žádosti o postavení uprchlíka založené na tomto důvodu jsou posuzovány se zvláštním ohledem na postavení žadatele v jeho zemi původu. Jsou-li homosexualita nebo vyjádření homosexuální orientace v zemi původu žadatele trestné, je rovněž nutné, aby případný trest dosahoval určité míry přísnosti. Jednorázový peněžitý trest obecně neodůvodňuje automatické přiznání postavení uprchlíka. Samotná trestnost homosexuality nebo homosexuálního jednání v zemi původu žadatele není bez dalšího důvodem pro přiznání postavení uprchlíka. Žadatel musí věrohodně prokázat, že má právě on oprávněné obavy před pronásledováním. Od homosexuálních žadatelů se neočekává, že budou při návratu do své země původu skrývat svou sexuální orientaci.

Skutkový stav, původní řízení a předběžné otázky

14. Totožnost žalobců v původním řízení byla utajena a jsou označováni jako X, Y a Z. X je státním příslušníkem Sierry Leone, Y pochází z Ugandy a Z ze Senegalu.

15. V Sieře Leone je homosexuální jednání trestné podle článku 61 Offences against the Person Act (zákon o trestných činech proti fyzickým osobám) z roku 1861 a je trestáno odnětím svobody v délce od deseti let do doživotí. V Ugandě je osoba, která je shledána vinnou z trestného činu popsáno jako „pohlavní styk proti řádu přírody“ podle článku 145 Penal Code Act (trestní zákoník) z roku 1950, trestána odnětím svobody. Horní hranicí trestu je doživotí. Také v Senegalu je homosexuální jednání trestné. Podle článku 319 třetího pododstavce Code Pénale (trestní zákoník) se některá homosexuální jednání trestají odnětím svobody od jednoho roku do pěti let a pokutou od 100 000 XOF¹⁵ do 1 500 000 XOF (přibližně 150 až 2 000 EUR).

16. Ve všech třech věcech ministr zamítl prvotní žádost o povolení k pobytu (postavení uprchlíka) podle Vw 2000. Všichni žadatelé tato rozhodnutí napadli. X a Z podali žalobu k Rechtbank, zatímco Y podal návrh na nařízení předběžného opatření. Návrhům X a Y bylo vyhověno. Žalobu Z Rechtbank zamítl.

17. Ministr se poté ve věcech X a Y odvolal k Raad van State. Odvolání k uvedenému soudu podal také Z.

18. Ve všech třech věcech je homosexuální orientace žadatelů nesporná¹⁶.

19. Raad van State proto položil Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1. Tvoří cizinci s homosexuální orientací určitou společenskou vrstvu ve smyslu čl. 10 odst. 1 písm. d) směrnice?

15 — Západoafrický CFA frank (BCEAO).

16 — Vysoký komisař OSN pro uprchlíky (dále jen „UNHCR“) do svého vyjádření zahrnuje osoby lesbické, homosexuální, bisexuální, transsexuální a intersexuální orientace a k vystižení širokého významu pojmu „sexuální orientace“ proto používá zkratku „LGBTI“. Ovšem vzhledem k tomu, že původní řízení se týká tří homosexuálních žadatelů o postavení uprchlíka mužského pohlaví, používám v tomto stanovisku právě tento výraz.

2. Pokud je třeba na otázku 1 odpovědět kladně: Jaká homosexuální jednání spadají do oblasti působnosti směrnice a mohou akty pronásledování z důvodu těchto jednání, jsou-li splněny ostatní podmínky, vést k uznání postavení uprchlíka? Tato otázka se skládá z následujících podotázek:
- a) Může být od homosexuálních cizinců očekáváno, že svou sexuální orientaci budou v zemi původu přede všemi tajit, aby se vyhnuli pronásledování?
 - b) Pokud je třeba na předchozí podotázku odpovědět záporně: Lze od homosexuálního cizince očekávat, že se zdrží vyjádření své sexuální orientace v zemi původu, aby se vyhnul pronásledování, a pokud ano, v jaké míře? Může být od homosexuálů očekáváno více zdrženlivosti než od heterosexuálů?
 - c) Pokud lze v této souvislosti rozlišovat mezi vyjádřeními, která se týkají jádra sexuální orientace, a takovými, u kterých tomu tak není: Co se rozumí jádrem sexuální orientace a jak je možno jej určit?
3. Představuje již samotná skutečnost, že je homosexuální jednání [podle Offences against the Person Act z roku 1861 v Sieře Leone, Penal Code Act v Ugandě a Code Pénale v Senegal] trestné a hrozí za ně trest odnětí svobody, akt pronásledování ve smyslu čl. 9 odst. 1 písm. a) ve spojení s čl. 9 odst. 2 písm. c) směrnice? Pokud nikoliv: Za jakých okolností by tomu tak bylo?“

20. Písemná vyjádření předložili X, Y a Z, Vysoký komisař OSN pro uprchlíky, německá, řecká, francouzská a nizozemská vláda, vláda Spojeného království a Komise, přičemž všichni (kromě Spojeného království) byli zastoupeni na jednání dne 11. dubna 2013.

Posouzení

Úvodní poznámky

21. Otázky položené vnitrostátním soudem se do určité míry překrývají. Při výkladu článku 9 a čl. 10 odst. 1 písm. d) směrnice je třeba mít na paměti následující zásady.
22. Z ustálené judikatury zaprvé vyplývá, že výklad ustanovení směrnice musí být prováděn ve světle systematiky a účelu této směrnice, s ohledem na Ženevskou úmluvu a ostatní příslušné smlouvy uvedené v čl. 78 odst. 1 SFEU¹⁷. Z bodu 10 odůvodnění směrnice vyplývá, že směrnici je třeba rovněž vykládat v souladu s právy uznanými Listinou¹⁸.
23. Zadruhé Ženevská úmluva tvoří rámec – a tudíž pomáhá určit účel a obecnou systematiku – směrnice, která na ni často odkazuje. Ačkoli byl tedy Soudní dvůr požádán o výklad článku 9 a čl. 10 odst. 1 písm. d) směrnice, je nutné při jeho poskytnutí odkázat na Ženevskou úmluvu¹⁹.

17 — Viz rozsudek ze dne 5. září 2012, Y a Z (C-71/11 a C-99/11, bod 48 a citovaná judikatura).

18 — Rozsudek ze dne 19. prosince 2012, Abed El Kareem El Kott a další (C-364/11, body 42 a 43 a citovaná judikatura).

19 — Viz bod 32 mého stanoviska ve věci Abed El Kareem El Kott a další, uvedené v poznámce pod čarou 18 výše.

24. Zatřetí Ženevská úmluva ani EÚLP neobsahují výslovný odkaz na právo na vyjádření sexuální orientace. Judikatura Evropského soudu pro lidská práva týkající se sexuální orientace vzniká v rámci případů porušení článku 8 EÚLP (právo na soukromý a rodinný život) a zákazu diskriminace stanoveného v článku 14 EÚLP²⁰. Otázky položené vnitrostátním soudem je tedy třeba posoudit ve světle zásad stanovených Evropským soudem pro lidská práva.²¹

25. Začtvrté Ženevská úmluva, stejně jako EÚLP, není v tomto ohledu vytesána do kamene. Jde o živý dokument, který je třeba vykládat ve světle současných podmínek a v souladu s vývojem mezinárodního práva²². Vývoj ve výkladu EÚLP ilustruje judikatura Evropské komise pro lidská práva týkající se rozdílného zacházení s homosexuálními a heterosexuálními vztahy, pokud jde o hranici věkové odpovědnosti. Do roku 1997 měla tato komise za to, že stanovení vyšší hranice věkové odpovědnosti pro homosexuální vztahy je v souladu s EÚLP²³. Ve věci *Sutherland v. Spojené království* komise svůj postoj přehodnotila a odchýlila se od své ustálené judikatury, když rozhodla, že s ohledem na poslední vývoj představuje uplatňování vyšší hranice věkové odpovědnosti pro homosexuální jednání diskriminaci a porušení práva žadatele na respektování jeho soukromého života²⁴.

26. Konečně mám za to, že jádrem otázek položených vnitrostátním soudem je stanovení společných kritérií, jež by se měla uplatnit při identifikaci osob, které skutečně potřebují mezinárodní ochranu a žádají na základě směrnice o postavení uprchlíka z důvodu své homosexuality. Problematiku vyplývající z druhé otázky lze spíše charakterizovat jako politické záležitosti než jako otázky výkladu zákona. Proto než přistoupím k řešení druhé otázky, budu se nejprve zabývat první a třetí otázkou, které se týkají jednodušších aspektů výkladu znění směrnice.

K první otázce

27. Svou první otázkou se vnitrostátní soud táže, zda žadatelé o postavení uprchlíka, kteří jsou homosexuální orientace, mohou tvořit určitou společenskou vrstvu pro účely čl. 10 odst. 1 písm. d) směrnice.

28. Všichni zúčastnění, kteří předložili Soudnímu dvoru svá vyjádření (kromě Spojeného království, které se k této otázce nevyjádřilo), se shodují, že odpověď na tuto otázku by měla být kladná.

29. S tím souhlasím.

30. V původním řízení ve věci žalobce Z došel vnitrostátní soud prvního stupně (*Recthbank*) patrně k závěru, že homosexuálové nejsou v Senegalu pronásledováni či vystaveni diskriminaci z důvodu jejich sexuální orientace a že žalobce proto není příslušníkem určité společenské vrstvy ve smyslu čl. 10 odst. 1 písm. d) směrnice²⁵.

20 — Rozsudek ESLP ze dne 22. října 1981, *Dudgeon v. Spojené království*, body 60 až 62, Série A č. 45, týkající se práva na respektování soukromého života. Viz rozsudek ESLP ze dne 19. února 2013, *X a další v. Rakousko* [velký senát], č. 19010/07, bod 95, týkající se práva na respektování soukromého života.

21 — Některé regionální dokumenty zajišťují právo na zákaz diskriminace, jako je Africká charta lidských práv a práv národů, ale stejně jako Ženevská úmluva nebo EÚLP nezaručují výslovně právo na vyjádřenou sexuální orientaci. Viz „*Making Love a Crime – Criminalisation of Same-Sex Conduct in Sub-Saharan Africa*“, zpráva zveřejněná Amnesty International dne 25. června 2013: www.amnesty.org/en/library/into/AFRO1/001/2013/en.

22 — Viz rozsudek ESLP ze dne 4. února 2005, *Mamatkulov a Askarov v. Turecko* [velký senát], č. 46827/99 a 46951/99, bod 121, ESLP 2005-I, týkající se EÚLP obecně. Viz body 5 až 7 Pokynů k mezinárodní ochraně č. 9 ze dne 23. října 2012, dostupných na adrese www.unhcr.org/509136ca9.html (dále jen „Pokyny UNHCR“), pokud jde o Ženevskou úmluvu.

23 — Rozhodnutí komise ze dne 30. září 1975, *X. v. Německo*, č. 5935/72, bod 2, a ze dne 17. července 1986, *Johnson v. Spojené království*, č. 10389/83.

24 — Rozhodnutí komise ze dne 1. července 1997, č. 25186/94, body 58 až 66.

25 — Uvedený závěr *Rechtbank* je uveden v žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce předložené Raad van State. Předkládající soud však neuvedl, zda je stejného názoru jako *Rechtbank*. Pokud je mi známo, Raad van State zmínil závěr *Rechtbank* proto, aby vysvětlil vlastní důvody, proč žádá o vodítko k výkladu čl. 10 odst. 1 písm. d) směrnice. Závěr *Rechtbank* jsem proto vzala v úvahu ve svém posouzení.

31. Článek 10 sestává ze dvou odstavců. První odstavec ukládá členským státům, aby při posuzování *důvodů pronásledování* přihlížely k určitým hlediskům. Článek 10 odst. 1 písm. d) v této souvislosti vymezuje pojem „určité společenské vrstvy“. Druhý odstavec poté stanoví způsob posouzení, zda má určitý žadatel *oprávněné obavy z pronásledování*. Žadatel tedy nemusí prokázat, že je v zemi původu vystaven pronásledování nebo diskriminaci²⁶ (hlediska uvedená v čl. 10 odst. 2), aby prokázal, že je součástí určité společenské vrstvy (a tedy že se na něj vztahuje čl. 10 odst. 1 písm. d)).

32. Mohou homosexuální osoby mužského pohlaví „tvořit určitou společenskou vrstvu“ ve smyslu čl. 10 odst. 1 písm. d) směrnice?

33. Na rozdíl od Ženevské úmluvy, která zmiňuje pouze „příslušnost k určitým společenským vrstvám“, směrnice používá také pojem „sexuální orientace“, avšak nevymezuje jej. Je možné, že zákonodárce EU začlenil do čl. 10 odst. 1 písm. d) směrnice výslovný odkaz na příslušnost k určité společenské vrstvě z důvodu sexuální orientace proto, že v době, kdy Komise předložila svůj návrh, začínal převládat názor, že jednotlivci by měli z tohoto důvodu mít možnost uprchnout před pronásledováním a žádat o mezinárodní ochranu²⁷, i když tento důvod není v Ženevské úmluvě výslovně uveden²⁸.

34. Ustanovení čl. 10 odst. 1 písm. d) začíná slovy „skupina tvoří určitou společenskou vrstvu, zejména jestliže [...]“ a po této uvozuující větě bezprostředně následují dvě odrážky (první obsahuje tři varianty oddělené spojkami „nebo“). Tyto dvě odrážky jsou spojeny spojkou „a“, z čehož vyplývá, že jsou zde stanoveny kumulativní podmínky, které je nutno splnit. V dotčeném ustanovení je však dále (výslovně) uvedeno, že „v závislosti na okolnostech existujících v zemi původu může určitá společenská vrstva představovat skupinu založenou na společném charakteristickém rysu sexuální orientace [...]“.

35. Nahlížíme-li na uvedený text ve spojení se dvěma odrážkami, které mu bezprostředně předcházejí, mám za to, že zákonodárce EU co možná nejjasněji naznačil, že osoby, které sdílejí charakteristický rys sexuální orientace, mohou skutečně příslušet do určité společenské vrstvy pro účely čl. 10 odst. 1 písm. d). Splňují předpoklad uvedený v první odrážce (řekla bych, že v každém případě, protože splňují třetí podmínku: „sdílejí charakteristiku [...], která [je] natolik zásadní pro totožnost [...], že daná osoba nemá být nucena, aby se jí zřekla“). V závislosti na okolnostech existujících v zemi původu mohou rovněž splňovat podmínku uvedenou v druhé odrážce (že „tato skupina má v dotyčné zemi odlišnou totožnost, protože ji okolní společnost vnímá jako odlišnou“). Otázka, zda splňují tuto posledně jmenovanou podmínku, závisí na posouzení právních pravidel a společenských a kulturních zvyků v zemi původu žadatele. Jedná se o skutkovou otázku, již musí zodpovědět příslušné vnitrostátní orgány, s možností přezkoumání ze strany vnitrostátního soudu.

36. Mám tedy za to, že první otázku je třeba zodpovědět v tom smyslu, že žadatelé o postavení uprchlíka, kteří jsou homosexuální orientace, mohou v závislosti na okolnostech existujících v jejich zemi původu tvořit určitou společenskou vrstvu ve smyslu čl. 10 odst. 1 písm. d) směrnice 2004/83. Vnitrostátnímu soudu přísluší posoudit, zda má určitá skupina „odlišnou totožnost“ v zemi původu každého z žadatelů, „protože ji okolní společnost vnímá jako odlišnou“ ve smyslu druhé odrážky uvedeného ustanovení.

26 — Rechtbank mohl být uveden v omyl tím, že v čl. 10 odst. 1 písm. d) druhé odrážce je uvedena skupina s odlišnou totožností, protože ji „okolní společnost vnímá jako odlišnou“. Skutečnost, že tuto skupinu společnost „vnímá jako odlišnou“ je sama o sobě neutrální. Pronásledování a diskriminace zjevně neutrální nejsou.

27 — Viz COM(2001) 510 final, zejména část 3.

28 — Pokyny UNHCR odkazují na Zásady uplatňování mezinárodní úpravy lidských práv ve vztahu k sexuální orientaci a genderové identitě přijaté v Yogyakarta v roce 2007. Ve čtvrtém bodu preambule k zásadám z Yogyakarta se uvádí, že „sexuální orientací“ se rozumí „schopnost určité osoby cítit hlubokou emoční, citovou a sexuální náklonnost k osobám odlišného pohlaví nebo stejného pohlaví nebo více než jednoho pohlaví a mít intimní sexuální vztahy s takovými osobami“.

Ke třetí otázce

37. Svou třetí otázkou se vnitrostátní soud táže, zda trestnost homosexuálního jednání s možností uložení trestu odnětí svobody představuje akt pronásledování ve smyslu článku 9 směrnice.

38. Ve vnitrostátním řízení byla učiněna určitá zjištění ohledně všech tří žadatelů. Pokud jde o X, homosexualita jako taková není v Sieře Leone trestná, některá homosexuální jednání jsou však trestána podle trestního práva. Pokud jde o Y, v Ugandě je trestná homosexualita jako taková²⁹. Pokud jde o Z, nebylo přímo zjištěno, že by homosexualita byla v Senegalů trestná, nicméně některá homosexuální jednání jsou trestána podle trestního práva³⁰.

39. Jelikož je nesporné, že všichni tři žadatelé jsou homosexuální orientace, nerozlišují v tomto stanovisku mezi situací v Ugandě (kde byla zjištěna trestnost homosexuality jako takové) a v Sieře Leone či v Senegalů (kde jsou trestána některá homosexuální jednání)³¹.

40. X, Y a Z tvrdí, že článek 9 směrnice je třeba vykládat v tom smyslu, že aktem pronásledování je samotná trestnost homosexuálního jednání. Do určité míry existuje shoda o opaku mezi Komisí, vládami členských států, které předložily vyjádření, a Vysokým komisařem OSN pro uprchlíky.

41. V rámci Evropské unie došlo k posunu v přístupu k dané věci – právní předpisy, které stanoví trestnost a ukládají sankce za homosexuální jednání v soukromí mezi souhlasícími dospělými osobami, jsou totiž v současné době považovány za neslučitelné s Evropskou úmluvou o lidských právech³². V členských státech je tedy všeobecně uznáváno, že taková opatření by v současné době představovala porušení základních práv, bez ohledu na to, zda byla aktivně uplatňována či nikoli. Cílem směrnice však není poskytovat ochranu vždy, kdy určitá osoba nemá možnost úplného a efektivního uplatňování svých svobod zaručených Listinou či EÚLP v zemi původu. Jinými slovy: cílem není vyvážet tyto normy do jiných zemí³³. Jejím cílem je omezit uznání postavení uprchlíka na takové případy, kdy dotčená osoba může být vystavena vážnému odepření nebo systematickému porušování jejích nejzákladnějších práv a její život se stal v zemi původu neúnosným.

42. Je situace, která je porušením základního práva v EU, nutně aktem pronásledování ve smyslu čl. 9 odst. 1 směrnice?

43. Článek 9 odst. 1 stanoví, že „[z]a pronásledování ve smyslu čl. 1 odst. A Ženevské úmluvy je považováno jednání, které je a) svou povahou nebo opakováním dostatečně závažné, aby představovalo vážné porušení základních lidských práv [...] nebo b) souběhem různých opatření, včetně porušování lidských práv, který je dostatečně závažný k tomu, aby postihl jednotlivce způsobem podobným uvedenému v písmenu a)“. Z odkazu na „dostatečně závažné“, „vážné porušení“ a „[souběh] [...] který je dostatečně závažný“ vyplývá, že ne každé porušení lidských práv (jakkoli zavrženíhodné může být) se považuje za „akt pronásledování“ pro účely článku 9. Demonstrativní výčet aktů pronásledování

29 — Ve věcech X a Y jsou tyto závěry učiněny v prvním stupni (ze strany Reichtbank a soudce, který projednával žádost o předběžné opatření) uvedeny v žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce předložené Raad van State. Předkládající soud však neuvedl, zda je stejného názoru jako soudy prvního stupně. Pokud je mi známo, Raad van State zmínil uvedené závěry proto, aby vysvětlil vlastní důvody, proč žádá o vodítko k výkladu čl. 9 odst. 1 směrnice; vzala jsem je proto v úvahu ve svém posouzení.

30 — Viz bod 15 tohoto stanoviska.

31 — Pokud je mi známo, nizozemské orgány používají obdobný přístup v oběžníku: viz bod 13 tohoto stanoviska.

32 — Kromě rozsudku Dudgeon, uvedeného v poznámce pod čarou 20 výše, jsou známé rozsudky ze dne 26. října 1988, Norris v. Irsko, série A, č. 142, a ze dne 22. dubna 1993, Modinos v. Kypr, série A č. 259. Vnitrostátní právní předpisy dotčené ve věci Modinos byly zrušeny relativně nedávno (v roce 1997). Viz rovněž judikatura Evropské komise pro lidská práva týkající se diskriminace a hranice věkové odpovědnosti pro homosexuální a heterosexuální jednání uvedenou v bodě 25 a poznámkách pod čarou 23 a 24 tohoto stanoviska.

33 — F. v. Spojené království, č. 17341/03, bod 3, a I. I. N. v. Nizozemsko, č. 2035/04. Takový vývoz může být skutečně považován za formu lidskoprávního a kulturního imperialismu.

v čl. 9 odst. 2 totiž obsahuje výslovný křížový odkaz na normu stanovenou v čl. 9 odst. 1, když stanoví, že za „akty pronásledování *ve smyslu odstavce 1*“³⁴ mohou být mimo jiné považována jednání uvedená v písmenech a) až f). Článek 9 odst. 3 dále vyjasňuje, že musí existovat souvislost mezi důvody pronásledování (článek 10) a akty pronásledování vymezenými v čl. 9 odst. 1.

44. Pojmové obtíže nastávají v tom směru, že v případech, kdy Listina chrání určitou základní svobodu, by *jakékoli* stíhání či trestání osoby za její výkon bylo v *rámci EU* „nepřiměřené“ už z podstaty věci. Odkaz v čl. 9 odst. 2 písm. c) – položka demonstrativního výčtu aktů pronásledování, která je patrně nejvíce relevantní v projednávané věci – na „nepřiměřené nebo diskriminační trestní stíhání nebo trestání“ proto považují za rovnocenný „závažnému či diskriminačnímu trestnímu stíhání či trestání“.

45. Mám za to, že při určování, zda – na základě uvedeného východiska – samotné akty zakazující vyjádření sexuální orientace představují „akty pronásledování“ ve smyslu čl. 9 odst. 1, by vnitrostátní orgány měly vzít v úvahu zejména i) důkazy o uplatňování trestněprávních ustanovení v zemi původu žadatele, například zda takové orgány skutečně dotčené obviní a trestně stíhají; ii) zda jsou uplatňovány trestní sankce, a pokud ano, nakolik jsou takové sankce v praxi závažné a iii) informace týkající se společenských praktik a zvyků v zemi původu obecně³⁵.

46. Kritériem při posouzení žádosti o postavení uprchlíka je, zda jakákoli jediná událost či jejich souběh naznačují, že takový žadatel má oprávněné obavy z možného odepření jeho základních lidských práv v případě návratu do své země původu³⁶.

47. Trestní sankce spočívající v dlouhodobém odnětí svobody v důsledku vyjádření homosexuální orientace by mohly představovat porušení článku 3 EÚLP (zákaz nelidského či ponižujícího zacházení anebo trestu) a být tedy natolik závažné, aby představovaly vážné porušení základních lidských práv pro účely čl. 9 odst. 1 směrnice.

48. V tomto ohledu je podle mého názoru zjevné (i při absenci podrobných informací ohledně charakteristiky protiprávního jednání žalobců v původním řízení a konkrétních trestů, jež jsou zpravidla ukládány za takové jednání), že v obecném smyslu mohou tresty ukládané v Sieře Leone, Ugandě a Senegalů představovat „nepřiměřené“ sankce ve smyslu čl. 9 odst. 2 písm. c) směrnice. Je pravda, že zákonné sankce za určitá homosexuální jednání v Senegalů nejsou tak drakonické jako v Sieře Leone a Ugandě. Než však vnitrostátní soud dojde k závěru, že z uvedeného důvodu není dosaženo míry nezbytné k tomu, aby se jednalo o akt pronásledování podle čl. 9 odst. 1 směrnice, měl by přihlídnout k nebezpečí jednorázového či opakovaného trestního stíhání a případnému trestu, který by na základě takového stíhání mohl být uložen.

49. Obecně tedy přísluší vnitrostátním orgánům, jež určily, zda má být určitý žadatel z důvodu své homosexuální orientace považován za příslušníka určité společenské vrstvy ve smyslu čl. 10 odst. 1 písm. d), aby dále přezkoumaly, zda v důsledku okolností existujících v jeho zemi původu může dojít k aktům pronásledování ve smyslu čl. 9 odst. 1. Za tímto účelem by měly posoudit, zda mohou být proti příslušníkům nebo domnělým příslušníkům takové společenské vrstvy uplatněna represivní opatření³⁷; zda jsou taková opatření skutečně uplatňována a také závažnost takových sankcí a rovněž zda má v důsledku výše uvedeného žadatel oprávněné obavy před pronásledováním. Zjištění vnitrostátních orgánů ohledně uvedených otázek musí samozřejmě podléhat přezkoumání vnitrostátními soudy, aby bylo zaručeno správné použití kritérií stanovených směrnicí.

34 — Kurziva provedena autorem tohoto stanoviska.

35 — Pokud tedy například trestní právo zakazuje a trestá intimní sexuální jednání mezi dospělými heterosexuály na veřejnosti, pouhé použití stejných pravidel pro dospělé homosexuály by nepředstavovalo akt pronásledování. Situace by však byla odlišná, pokud by dotčená právní úprava nebyla na heterosexuály nikdy uplatňována, ale byla aktivně vynuována vůči homosexuálům. Viz dále bod 75 tohoto stanoviska.

36 — Viz rozsudek Y a Z, uvedený výše v poznámce pod čarou 17, body 53 a 54.

37 — Viz čl. 9 odst. 3 a čl. 10 odst. 2.

50. Mám tedy za to, že na třetí otázku položenou v projednávané věci je třeba odpovědět v tom smyslu, že samotná trestnost určitého jednání nepředstavuje akt pronásledování pro účely čl. 9 odst. 1 směrnice. Vnitrostátním orgánům totiž přísluší, aby ve světle okolností existujících v zemi původu žadatele posoudily zejména i) nebezpečí a četnost trestního stíhání; ii) závažnost sankcí běžně ukládaných na základě takového stíhání a iii) jakákoli jiná opatření a společenské zvyky, jejichž uplatnění se žadatel může oprávněně obávat, zda může být konkrétní žadatel vystaven aktům, které jsou s ohledem na svou povahu či opakování natolik závažné, aby představovaly vážné porušení lidských práv, nebo souběhu různých opatření, včetně porušování lidských práv, který je dostatečně závažný k tomu, aby jím byl žadatel postižen.

Ke druhé otázce

51. Svou druhou otázkou se vnitrostátní soud táže, zda v případě, kdy má být homosexuální žadatel považován za příslušníka určité společenské vrstvy pro účely čl. 10 odst. 1 písm. d) směrnice, existují určitá homosexuální jednání, která spadají do oblasti působnosti směrnice a v jejichž důsledku by mělo být přiznáno postavení uprchlíka.

52. Vnitrostátní soud poté pokládá několik dílčích otázek³⁸ týkajících se společných kritérií, jež by mohla být uplatněna při identifikaci osob, kterým má být přiznáno postavení uprchlíka. Dotazuje se zaprvé, v jakém rozsahu je soukromé či veřejné vyjádření homosexuální orientace chráněno čl. 10 odst. 1 písm. d) směrnice. Zadruhé, může být od žadatele očekáváno, že bude tajit svou sexuální orientaci, aby se vyhnul pronásledování v zemi původu? Zatřetí, lze od něj očekávat, že se zdrží vyjádření své homosexuální orientace, a pokud ano, do jaké míry? Začtvrté, co se rozumí jádrem sexuální orientace? Konečně, brání unijní právo obecně či směrnice konkrétně rozlišování mezi ochranou, na niž mají cizinci nárok, v závislosti na tom, zda je jejich sexuální orientace homosexuální či heterosexuální?

53. Než přistoupím k řešení uvedených podotázek, je namístě uvést některé poznámky.

54. Vnitrostátní soud chce v zásadě zjistit, jak má provést podrobné posouzení vyžadované podle článků 9 a 10 směrnice. Článek 10 odst. 1 písm. d) stanoví výslovnou hranici toho, co může tvořit společenskou vrstvu založenou na určité společné charakteristice sexuální orientace, když jasně stanoví, že „sexuální orientaci nelze chápat tak, že by zahrnovala akty považované podle vnitrostátních právních předpisů členských států za trestné“. Ochrana podle čl. 10 odst. 1 písm. d) by tak nepodléhala například sexuální orientace, v jejímž rámci by se žadatel účastnil povinného zmrzačení genitálií jeho sexuální partnerky, aby byla „hodna“ sexuálního vztahu s žadatelem. Článek 9 obsahuje sice vymezení (čl. 9 odst. 1 písm. a) a b)), po němž následuje demonstrativní výčet (čl. 9 odst. 2)) a požadavek na existenci souvislosti mezi důvody a akty pronásledování (čl. 9 odst. 3), je však otevřený, pokud jde o možné akty pronásledování.

55. Zadruhé není zcela jasné, jak uvedené podotázky souvisejí s předmětem původního řízení. Vnitrostátní soud patrně spíše žádá o pokyny k obecnému použití směrnice. To však nespadá do rozsahu řízení o předběžné otázce před Soudním dvorem³⁹.

56. Zatřetí vnitrostátní soud na základě pragmatictějších hledisek vysvětluje, že nizozemské orgány mají za to, že homosexuální jednání zasluhuje stejnou ochranu jako jednání heterosexuální. Nemám však za to, že by posouzení mělo být zaměřeno zejména na jednání žadatele. Články 9 a 10 se v zásadě netýkají jednání osoby, která žádá o postavení uprchlíka. Týkají se možných aktů pronásledování a jeho důvodů, a tedy aktivního jednání možných původců pronásledování, nikoli každodenního chování možné oběti.

38 — Změnila jsem pořadí těchto dílčích otázek tak, abych oddělila různé problémy nastolené vnitrostátním soudem.

39 — Rozsudek ze dne 16. prosince 1981, Foglia (244/80, Recueil, s. 3045, body 18 až 20).

57. Začtvrté, v rámci takového posouzení je samozřejmě nezbytné přihlížet k jakýmkoli omezením, která se na žadatele vztahovala, než opustil zemi původu. Stejný význam má však přezkoumání dostupných důkazů s cílem vyhodnotit, zda může žadatel být vystaven aktům pronásledování po návratu do své země. Otázkou tedy je, zda má žadatel oprávněné obavy, že dojde k závažnému porušení jeho základních lidských práv. Takovou otázku nelze zodpovědět pouze s ohledem na akty, k nimž došlo předtím, než žadatel opustil svou zemi původu.

58. Zapáté, otázky vnitrostátního soudu patrně vycházejí z předpokladu, že homosexuální žadatelé o postavení uprchlíka, kteří se dovolávají čl. 10 odst. 1 písm. d), mají možnost volby (a případně i povinnost) chovat se v zemi původu tak, aby omezili nebezpečí aktů pronásledování z důvodu své sexuální orientace. S tímto předpokladem nemohu souhlasit, protože je v rozporu s právem na respektování jejich sexuální identity.

59. Na základě tohoto východiska nyní posoudím jednotlivé dílčí otázky položené vnitrostátním soudem.

60. Pokud jde o první podotázku, existuje pro účely směrnice rozdíl mezi vyjádřením homosexuální orientace žadatele v soukromí a na veřejnosti?

61. Znění směrnice takový rozdíl neobsahuje. Mám tedy za to, že takovéto rozlišení nemá význam pro určení, zda dochází k aktu pronásledování ve smyslu čl. 9 odst. 1 směrnice. Relevantní otázkou naopak je, zda je žadatel s ohledem na svou sexuální orientaci příslušníkem určité společenské vrstvy pro účely čl. 10 odst. 1 písm. d) a zda existuje souvislost vyžadovaná čl. 9 odst. 3 mezi „důvodem pronásledování“ a aktem či akty pronásledování podle čl. 9 odst. 1.

62. Vnitrostátní soud se dále táže, zda lze od žadatelů o postavení uprchlíka očekávat, že budou tajit svou sexuální orientaci nebo se zdrží jejího vyjádření v zemi původu. Z žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce jasně nevyplývá, zda má tato otázka význam, pokud jde o způsob, jakým příslušné vnitrostátní orgány postupovaly ve věci žádostí těchto konkrétních žadatelů o azyl. Je možné, že vnitrostátní soud chce vědět, zda oběžník, stanoví-li, že skrývání orientace není relevantním kritériem, pouze odráží normy stanovené směrnicí nebo zda představuje použití příznivějších norem členským státem, jak připouští článek 3⁴⁰. Vzhledem k tomu, že jsou otázky položeny abstraktním způsobem, nepřísluší Soudnímu dvoru, aby na ně odpověděl. Pro pořádek se však jimi budu stručně zabývat.

63. Nemám za to, že od žadatele o postavení uprchlíka může být očekáváno, že bude skrývat svou sexuální orientaci, aby se vyhnul pronásledování v zemi původu.

64. Takový závěr se neopírá o znění ani systematiku směrnice. Takový výklad směrnice by totiž byl zvrácený. Znamenal by, že pokud žadatel (oběť) neskrýval svou sexuální orientaci, lze jej svým způsobem v jeho těžké situaci považovat za původce pronásledování, což je neslučitelné s koncepcí článku 6 směrnice. Požadavek, aby žadatelé skrývali svou sexuální orientaci, lze totiž sám o sobě považovat za akt pronásledování.

65. Má se od homosexuálních žadatelů o postavení uprchlíka očekávat, že se vrátí domů a budou se v zemi původu chovat zdrženlivě?

66. To si nemyslím.

40 — Viz bod 13 tohoto stanoviska.

67. Není mi zaprvé jasné, jak by pojmově taková podmínka zapadala do systematiky směrnice (a také Ženevské úmluvy). Směrnice stanoví minimální normy, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli žádat o postavení uprchlíka (článek 1). K posouzení, zda určitý žadatel takové minimální normy splňuje, členské státy přezkoumávají skutečnosti a okolnosti (článek 4) s cílem určit, zda žadatel byl nebo může být vystaven aktům pronásledování nebo závažné újmě (vymezeným v článku 9) z určitých důvodů pronásledování (vymezených v článku 10). Má-li žadatel oprávněné obavy z takového pronásledování, má nárok na přiznání postavení uprchlíka. V uvedené systematice nelze nalézt žádnou oporu pro domněnku, že přiznání „postavení uprchlíka“ by nebylo nutné, kdyby žadatel „přestal provokovat“ původce pronásledování tím, že je, kým je.

68. Zadruhé je pravda, že osoba žádající o azyl z důvodu své homosexuální orientace nemůže očekávat, že bude moci v zemi původu žít stejně, jak by žila v Nizozemsku⁴¹. Určení míry „zdrženlivosti“ a) nutné k tomu, aby byl žadatel doma v bezpečí, a b) jež by byla ještě slučitelná se zachováním základního práva, jehož odepření je důvodem pro přiznání postavení uprchlíka, je podle mého názoru proces, který by byl nevyhnutelně subjektivní a který by zřejmě vedl spíše k nahodilým výsledkům než k zachování právní jistoty. Vnitrostátní soud sám ve své žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce uvádí, že ministr nebyl schopen dopředu určit míru zdrženlivosti, již lze očekávat. Mám za to, že toto prohlášení samo o sobě naznačuje, že takový postup by byl v praxi nepoužitelný.

69. Zatřetí tvrzení, že vše bude v pořádku, pokud se žadatel bude po svém návratu domů chovat diskrétně, je ignorováním reality. Diskrétnost není bezpečnou ochranou před odhalením a následným vydíráním nebo pronásledováním.

70. Z tohoto důvodu není nutné na tuto podotázku (co je „jádro“ sexuální orientace) odpovídat. Pro pořádek však doplním ještě následující poznámku.

71. Mám za to, že pojem „jádro“ je odvozen z rozsudku Y a Z, kde Soudní dvůr posuzoval, zda jsou základní práva žadatelů porušena omezeními výkonu práva na svobodu vyznání. Nejsem přesvědčena o tom, že stejný pojem lze použít v kontextu vyjádření sexuální orientace. Mám za to, že sexuální orientaci buď dotyčná osoba má, nebo nemá⁴². Neexistuje žádné „jádro“ nebo „centrum“, které by bylo možno takto posuzovat. Podle mého názoru lze proto jen obtížně přijmout možnost nalezení jádra vyjádření sexuální orientace. Nedomnívám se ani, že by se Soudní dvůr měl touto cestou ubírat.

72. Obecně však mám za to, že odůvodnění rozsudku Soudního dvora Y a Z lze v této věci použít obdobně⁴³. Znění článků 9 a 10 směrnice neposkytuje žádná východiska pro uplatnění koncepce založeného na „jádro“. Článek 9 odkazuje na práva stanovená v EÚLP, od nichž se nelze odchýlit, a právě ta by měla být základem posouzení aktů pronásledování. Nic zde nenaznačuje, že je namístě rozlišovat mezi různými druhy vyjádření nebo dokonce případy vyjádření, jež nejsou sexuálními akty nebo akty náklonnosti. Z podstaty věci by postup založený na takovém předpokladu vedl zřejmě k nahodilým závěrům.

73. Poslední podotázka zní, zda unijní právo obecně či směrnice konkrétně brání rozlišování mezi ochranou, na niž mají cizinci nárok, v závislosti na tom, zda je jejich sexuální orientace homosexuální či heterosexuální.

74. Jak mají být posuzovány žádosti o postavení uprchlíka, pokud se údajné akty pronásledování týkají homosexuálů i heterosexuálů?

41 — Viz například rozsudek F. v. Spojené království uvedený v poznámce pod čarou 33 výše.

42 — Celibát jako úmyslné (fyzické) nevyjádření sexuální orientace si lze zvolit z celé řady důvodů, nelze jej však uložit bez popření samotné existence sexuality.

43 — Viz body 38 až 52 a 62 až 68 stanoviska generálního advokáta Y. Bota ve věci Y a Z, uvedené v poznámce pod čarou 17 výše.

75. Předpokládejme, že jsou v určité třetí zemi zakázány jakékoli veřejné projevy náklonnosti mezi dvěma osobami (jako je držení se za ruce či líbání) a že podle zákona lze za takové jednání uložit (v závislosti na okolnostech) tresty od pokuty po bičování. Právní předpis kriminalizující a trestající takové jednání je formulován tak, že se vztahuje stejným způsobem na heterosexuály i na homosexuály. Předpokládejme, že osoba homosexuální orientace uprchne ze země a požádá v členském státu EU o azyl. Na první pohled není zřejmé, že takový žadatel je vystaven pronásledování pouze z důvodu své sexuální orientace. Pokud by však mohl prokázat, že dotčený předpis je v praxi pravidelně uplatňován, nebo že jsou ukládány nejpřísnější tresty, pouze v případech, kdy jsou dotčeni homosexuálové (a že heterosexuálové se mohou zpravidla beztrestně na ulici držet za ruce či veřejně líbat nebo že jsou jim vždy ukládány velmi nízké pokuty), je pravděpodobnější, že bude možné prokázat příslušnost takového žadatele k určité společenské vrstvě pro účely čl. 10 odst. 1 písm. d) směrnice. Poté by bylo nutné přezkoumat, zda stíhání homosexuálů a tresty jim ukládané v případě prokázání dotyčného jednání představují akt pronásledování ve smyslu čl. 9 odst. 1 směrnice (v mnou uvedeném příkladu a dle mého posouzení by odpověď byla kladná).

76. Spojíme-li mé odpovědi na jednotlivé dílčí otázky položené vnitrostátním soudem, mám za to, že na druhou otázku je třeba odpovědět v tom smyslu, že při posouzení, zda je trestnost vyjádření homosexuality jako vyjádření sexuální orientace aktem pronásledování ve smyslu čl. 9 odst. 1 směrnice, musí příslušné orgány členského státu posoudit, zda bude žadatel zřejmě vystaven aktům nebo souběhu různých opatření, která jsou svou povahou či opakováním dostatečně závažná, aby představovala vážné porušení základních lidských práv.

Závěry

77. Mám tudíž za to, že Soudní dvůr by měl na otázky položené Raad van State odpovědět takto:

- „1) Žadatelé o postavení uprchlíka, kteří jsou homosexuální orientace, mohou v závislosti na okolnostech existujících v jejich zemi původu tvořit určitou společenskou vrstvu ve smyslu čl. 10 odst. 1 písm. d) směrnice Rady 2004/83/ES ze dne 29. dubna 2004 o minimálních normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli žádat o postavení uprchlíka nebo osoby, která z jiných důvodů potřebuje mezinárodní ochranu, a o obsahu poskytované ochrany. Vnitrostátnímu soudu přísluší posoudit, zda má určitá skupina ‚odlišnou totožnost‘ v zemi původu každého z žadatelů, ‚protože ji okolní společnost vnímá jako odlišnou‘ ve smyslu druhé odrážky uvedeného ustanovení.
- 2) Samotná trestnost homosexuálního jednání nepředstavuje akt pronásledování pro účely čl. 9 odst. 1 směrnice. Vnitrostátním orgánům přísluší, aby ve světle okolností existujících v zemi původu žadatele posoudily zejména ve vztahu k:
 - nebezpečí a četnosti stíhání;
 - přísnosti sankcí, které jsou na základě takového stíhání zpravidla ukládány; a
 - jakýmkoli jiným opatřením a společenským praktikám, u nichž může mít žadatel přiměřeně důvodnou obavu, že jimi bude postižen;

zda bude dotyčný žadatel zřejmě vystaven buď aktům, jež jsou svou povahou či opakováním dostatečně závažné, aby představovaly vážné porušení lidských práv, nebo souběhu různých opatření, včetně porušování lidských práv, který je dostatečně závažný k tomu, aby postihl žadatele podobným způsobem.

- 3) Při posouzení, zda je trestnost vyjádření homosexuality jako vyjádření sexuální orientace aktem pronásledování ve smyslu čl. 9 odst. 1 směrnice, musí příslušné orgány členského státu posoudit, zda bude žadatel zřejmě vystaven aktům nebo souběhu různých opatření, které jsou svou povahou či opakováním dostatečně závažné, aby představovaly vážné porušení základních lidských práv.“