



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. SHARPSTON
fremsat den 11. juli 2013¹

Forenede sager C-199/12 – C-201/12

**X, Y og Z
mod**

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

»Direktiv 2004/83/EF — betingelser, der skal opfyldes af tredjelandstatsborgere eller statsløse, som ansøger om flygtningestatus — betydningen af begrebet »forfølgelse« — seksuel orientering«

1. Disse anmodninger om præjudiciel afgørelse fra Raad van State (Nederlandene) vedrører tre tredjelandstatsborgere, som ansøger om flygtningestatus. Disse har hver for sig påberåbt sig, at de har en velbegrundet frygt for forfølgelse som følge af deres seksuelle orientering.

2. Den nationale ret har rejst tre spørgsmål vedrørende vurderingen af ansøgninger om flygtningestatus i henhold til bestemmelserne i kapitel III i Rådets direktiv 2004/83/EF (herefter »direktivet«)². Med det første spørgsmål ønsker retten oplyst, om tredjelandstatsborgere, som er homoseksuelle, udgør en bestemt social gruppe som omhandlet i direktivets artikel 10, stk. 1, litra d). Med det andet spørgsmål ønsker den oplyst, hvorledes de nationale myndigheder skal vurdere, hvad der udgør forfølgelse som følge af homoseksuelle aktiviteter som omhandlet i direktivets artikel 9. Og med det tredje spørgsmål ønsker den oplyst, om kriminalisering af disse aktiviteter i ansøgerens hjemland med risiko for fængsling, ifald der idømmes en straf, udgør forfølgelse i direktivets forstand.

Retsforskrifter

Konventionen om flygtninges retsstilling

3. I henhold til artikel 1, afsnit A, stk. 2, første punktum, i konventionen om flygtninges retsstilling (herefter »Genèvekonventionen«)³ anerkendes en person som »flygtning«, når denne »som følge af velbegrundet frygt for forfølgelse på grund af sin race, religion, nationalitet, sit tilhørsforhold til en særlig social gruppe eller sine politiske anskuelser befinder sig uden for det land, i hvilket han har statsborgerret, og som ikke er i stand til – eller på grund af sådan frygt, ikke ønsker – at søge dette lands beskyttelse; eller som ikke har nogen statsborgerret, og på grund af sådanne begivenheder befinder sig uden for det land, hvor han tidligere havde fast bopæl, og ikke er i stand til – eller på grund af sådan frygt ikke ønsker – at vende tilbage dertil«.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Af 29.4.2004 om fastsættelse af minimumsstandards for anerkendelse af tredjelandstatsborgere eller statsløse som flygtninge eller som personer, der af anden grund behøver international beskyttelse, og indholdet af en sådan beskyttelse (EUT L 304, s. 12).

3 — Undertegnet i Genève den 28.7.1951 (*United Nations Treaty Series*, bind 189, s. 150, nr. 2545 (1954)), der trådte i kraft den 22.4.1954. Konventionen er blevet suppleret af og ændret ved protokollen vedrørende flygtninges retsstilling, indgået i New York den 31.1.1967, der trådte i kraft den 4.10.1967. Jeg henviser samlet til de to instrumenter som »Genèvekonventionen«.

EU-retten

Chartret om grundlæggende rettigheder

4. Artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«)⁴ bestemmer, at »[e]nhver har ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin kommunikation«. I henhold til chartrets artikel 21 er forskelsbehandling på grund af bl.a. seksuel orientering forbudt. Chartrets artikel 52, stk. 3, bestemmer, at disse rettigheder skal fortolkes i overensstemmelse med tilsvarende rettigheder, som er sikret ved Den Europæiske Konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMRK«)⁵.

Direktivet

5. Direktivet er en af flere foranstaltninger, der har til formål at skabe et fælles europæisk asylsystem⁶. Systemet er baseret på en gennemførelse af Genèvekonventionen, som udgør hovedhjørnestenen i det internationale retssystem til beskyttelse af flygtninge⁷. Direktivet fastsætter minimumsstandarder og fælles kriterier for alle medlemsstater for anerkendelse af flygtningestatus og indholdet af denne status⁸, for identifikation af personer, som reelt har behov for international beskyttelse⁹, og for en retfærdig og effektiv asylprocedure. Direktivet respekterer i den forbindelse de rettigheder, friheder og principper, som er anerkendt ved chartret¹⁰. Det fremgår af 21. betragtning til direktivet, at »[d]et [...] ligeledes [er] nødvendigt at indføre en fælles opfattelse af forfølgelsesgrunden »tilhørsforhold til en given social gruppe««.

6. I henhold til direktivets artikel 2, litra c), har begrebet »flygtning« betydningen »en tredjelandstatsborger, som i kraft af en velbegrundet frygt for forfølgelse på grund af race, religion, nationalitet, politisk anskuelse eller tilhørsforhold til en bestemt social gruppe opholder sig uden for det land, hvor den pågældende er statsborger, og som ikke kan eller, på grund af en sådan frygt, ikke vil påberåbe sig dette lands beskyttelse, eller en statsløs person, som opholder sig uden for det land, hvor han tidligere havde sit sædvanlige opholdssted, af samme grunde som anført ovenfor, og som ikke kan eller, på grund af en sådan frygt, ikke vil vende tilbage til dette land, og som ikke er omfattet af artikel 12«.

7. Medlemsstaterne kan indføre gunstigere standarder for fastsættelse af, hvem der kan anerkendes som flygtning, for så vidt som disse standarder er forenelige med direktivet¹¹. Artikel 4 fastsætter de bestemmelser, der gælder for vurdering af ansøgninger om international beskyttelse¹². Direktivets artikel 4, stk. 3, bestemmer, at vurderingen af en ansøgning om international beskyttelse skal foretages ud fra det specifikke sagsforhold. Artikel 6 indeholder en illustrativ liste over »aktører, der kan stå bag forfølgelse«, herunder staten og ikke-statslige aktører.

4 — EUT 2010 C 83, s. 389

5 — De tilsvarende rettigheder er fastsat i henholdsvis EMRK's artikel 8 og 14. Artikel 8 beskytter retten til respekt for en persons privatliv og familieliv. Artikel 14 sikrer, at de i EMRK anerkendte rettigheder og friheder skal sikres uden forskel på grund af køn, race, farve, sprog, religion, politisk eller anden overbevisning, national eller social oprindelse, tilhørighed til et nationalt mindretal, formueforhold, fødsel eller ethvert andet forhold.

6 — Jf. første og anden betragtning til direktivet samt direktivets artikel 1.

7 — Jf. tredje betragtning til direktivet. Jf. også 15. betragtning, hvoraf det følger, at UNHCR kan give medlemsstaterne en værdifuld vejledning i forbindelse med anerkendelse af flygtningestatus i henhold til Genèvekonventionens artikel 1.

8 — Jf. fjerde betragtning til direktivet.

9 — Jf. 6., 16. og 17. betragtning til direktivet.

10 — Jf. tiende betragtning til direktivet.

11 — Jf. direktivets artikel 3.

12 — Der verserer for nærværende tre sager for Domstolen: forenede sager C-148/13 – C-150/13, A, B og C, som vedrører fortolkningen af direktivets artikel 4 og de fælles standarder for den måde, hvorpå en ansøgers påståede seksuelle orientering skal vurderes.

8. Direktivets artikel 9, stk. 1, er affattet således:

»Forfølgelse som omhandlet i artikel 1, afsnit A, i Genèvekonventionen skal:

- a) være tilstrækkelig alvorlig på grund af sin karakter eller gentagne forekomst til at udgøre en alvorlig krænkelse af de grundlæggende menneskerettigheder, navnlig de rettigheder, der ikke kan fraviges i henhold til [EMRK's] artikel 15, stk. 2, [...] eller
- b) bestå i anvendelse af flere foranstaltninger, herunder krænkelse af menneskerettighederne, der er tilstrækkelig alvorlige til at berøre et menneske på en måde som omhandlet i litra a)¹³.

9. Artikel 9, stk. 2, bestemmer:

»Forfølgelse, der i henhold til stk. 1 kan betragtes som sådan, kan f.eks. tage form af:

[...]

- c) uforholdsmæssig eller diskriminerende retsforfølgning eller straf

[...]«

10. Artikel 9, stk. 3, er affattet således: »I overensstemmelse med artikel 2, litra c), skal der være en sammenhæng mellem de i artikel 10 nævnte årsager og forfølgelse i henhold til stk. 1.«

11. Artikel 10 har overskriften »Årsagerne til forfølgelse«. Artikel 10, stk. 1, litra d), er affattet således:

»En gruppe betragtes som udgørende en bestemt social gruppe, navnlig når:

- medlemmerne af den pågældende gruppe har samme medfødte karakteristiske træk eller en fælles baggrund, der ikke kan ændres, eller er fælles om et karakteristisk træk eller en tro, der er så grundlæggende for deres identitet eller samvittighed, at ingen mennesker bør tvinges til at give afkald derpå
- den pågældende gruppe har en særskilt identitet i det relevante land, fordi den opfattes som værende anderledes af det omgivende samfund.

Afhængigt af omstændighederne i hjemlandet kan en bestemt social gruppe omfatte en gruppe, hvis fælles karakteristiske træk er seksuel orientering. Seksuel orientering kan ikke forstås således, at det omfatter handlinger, der betragtes som kriminelle i henhold til medlemsstaternes nationale lovgivning. Kønrelaterede aspekter kan dog tages i betragtning, idet de imidlertid ikke i sig selv kan danne grundlag for formodning om, at denne artikel finder anvendelse.«

National ret

12. Vreemdelingenwet 2000 (udlændingeloven, herefter »Vw 2000«) bemyndiger den relevante minister (herefter »ministeren«)¹⁴ til at imødekomme, afslå eller undlade at behandle ansøgninger om tidsbegrænset opholdstilladelse (flygtningestatus). En udlænding, der er flygtning i Genèvekonventionens forstand, kan meddeles en tidsbegrænset opholdstilladelse.

13 — De ufravigelige rettigheder i henhold til EMRK's artikel 15, stk. 2, er retten til livet (artikel 2), forbuddet mod tortur, slaveri og tvangs- eller pligtarbejde (henholdsvis artikel 3 og 4) og den enkeltes ret til ikke at blive straffet uden forudgående retslig procedure (artikel 7).

14 — På det tidspunkt, hvor ansøgningerne blev indgivet, var den relevante minister »Minister voor Immigratie en Asiel«. Dennes titel er senere blevet ændret til »Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel«.

13. Vreemdelingen circulaire 2000 (udlændingecirkulæret af 2000, herefter »cirkulæret«) indeholder de politiske bestemmelser, som ministeren har fastlagt i forbindelse med gennemførelsen af Vw 2000. Det fremgår af cirkulæret, at det er fast politik og retspraksis, at forfølgelse på grund af tilhørsforhold til en social gruppe, som omhandlet i Genèvekonventionens artikel 1, afsnit A, også omfatter forfølgelse på grund af seksuel orientering. En asylansøgning, hvori ansøgeren påberåber sig problemer af en sådan grund, skal bedømmes med særlig hensyntagen til den stilling, som ansøgeren har i sit hjemland. Hvis homoseksualitet eller tilkendegivelse af homoseksuelle følelser er strafbare i en ansøgers hjemland, skal der være tale om en straf af en vis strengthed. En enkelt bøde vil generelt ikke være tilstrækkeligt til at føre til den konklusion, at der automatisk skal meddeles flygtningestatus. At homoseksualitet eller homoseksuelle aktiviteter kriminaliseres i en ansøgers hjemland, medfører ikke i sig selv, at der automatisk skal meddeles flygtningestatus. Ansøgeren må sandsynliggøre, at han personligt har en velbegrundet frygt for forfølgelse. Det forventes ikke, at homoseksuelle ansøgere skjuler deres seksuelle orientering ved tilbagevenden til deres hjemland.

De faktiske omstændigheder, retsforhandlingerne og de præjudicielle spørgsmål

14. Ansøgerne i hovedsagen er blevet anonymiserede og omtales som X, Y og Z. X er statsborger i Sierra Leone, Y i Uganda og Z i Senegal.

15. Homoseksuelle aktiviteter straffes i Sierra Leone i henhold til section 61 i Offences against the Person Act af 1861 med fængsling i mindst 10 år og op til livstid. I Uganda straffes en person, som kendes skyldig i at have begået en strafbar handling, der beskrives som »en naturstridig kødelig omgang« i henhold til section 145 i Penal Code Act af 1950 med fængsling. Den maksimale straf er livstid. De senegalesiske myndigheder kriminaliserer homoseksuelle aktiviteter. I henhold til artikel 319, stk. 3, i Code Pénal straffes en person, som er kendt skyldig i at have udført visse seksuelle handlinger mellem personer af samme køn, med fængsling i mindst et og højst 5 år og en bøde på mellem 100 000 XOF¹⁵ og 1 500 000 XOF (ca. 150 EUR til 2 000 EUR).

16. I alle tre sager har ministeren afslået den oprindelige ansøgning om opholdstilladelse (flygtningestatus) i henhold til Vw 2000. Hver af ansøgerne har herefter appelleret denne afgørelse. X og Z har appelleret afgørelsen til Rechtbank. Y har nedlagt påstand om, at der træffes foreløbige forholdsregler. X' og Y's påstand er blevet taget til følge. Z' appel til Rechtbank blev afvist.

17. Ministeren appellerede herefter afgørelserne i sagerne X og Y til Raad van State. Z har ligeledes appelleret til denne ret.

18. I alle tre sager er ansøgernes homoseksuelle orientering ubestridt¹⁶.

19. Raad van Staat har forelagt følgende spørgsmål for Domstolen til præjudiciel afgørelse:

»1) Udgør udlændinge med en homoseksuel orientering en bestemt social gruppe som omhandlet i [direktivets] artikel 10, stk. 1, litra d) [...]?

15 — Vestafrikansk CFA-franc (BCEAO).

16 — De Forenede Nationers Højkommissariat for Flygtninge (herefter »UNHCR«) har inkluderet lesbiske, bøsser, biseksuelle, transseksuelle og tvekønnede i sit skriftlige indlæg og anvender forkortelsen »LBTT« som et vidtfavnende udtryk for begrebet »seksuel orientering«. Da hovedsagen vedrører tre homoseksuelle mænd, der ansøger om flygtningestatus, har jeg dog bevaret denne formulering i dette forslag til afgørelse.

- 2) Såfremt det første spørgsmål skal besvares bekræftende: Hvilke homoseksuelle aktiviteter er omfattet af direktivet, og såfremt sådanne aktiviteter udsættes for forfølgelse, og de øvrige krav er opfyldt, kan dette da føre til anerkendelse af flygtningestatus? Dette spørgsmål omfatter også følgende underspørgsmål:
- a) Kan det af en udlænding med en homoseksuel orientering forventes, at han i sit hjemland holder sin orientering hemmelig for alle for at undgå forfølgelse?
 - b) Såfremt det forrige spørgsmål besvares benægtende: Kan der af en udlænding med en homoseksuel orientering forventes tilbageholdenhed med at give sin orientering et indhold i hjemlandet for at undgå forfølgelse, og hvis ja, i hvilket omfang? Kan der herved forventes en større tilbageholdenhed af homoseksuelle end af heteroseksuelle?
 - c) Såfremt der i denne sammenhæng kan sondres mellem tilkendegivelser, der vedrører orienteringens kerneområde, og tilkendegivelser, der ikke gør det, hvad skal der da forstås ved en seksuel orienterings kerneområde, og på hvilken måde kan dette fastslås?
- 3) Udgør kriminaliseringen af homoseksuelle aktiviteter og trussel om fængselsstraf i henhold til [Sierra Leones Offences against the Person Act 1861, Ugandas Penal Code Act og Senegals Code Pénale] i sig selv forfølgelse som omhandlet i direktivets artikel 9, stk. 1, litra a), læst i sammenhæng med stk. 2, litra c)? Hvis ikke, under hvilke omstændigheder er dette da tilfældet?»

20. X, Y og Z, UNHCR, den tyske, den græske, den franske og den nederlandske regering samt Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg, og alle (på nær Det Forenede Kongerige) var repræsenteret på retsmødet den 11. april 2013.

Bedømmelse

Indledende bemærkninger

21. Der er en vis grad af overlap mellem den nationale rets spørgsmål. Ved fortolkningen af direktivets artikel 9 og artikel 10, stk. 1, litra d), skal følgende principper erindres.

22. For det første er det fast retspraksis, at direktivet skal fortolkes i lyset af dets generelle opbygning og formål samt under iagttagelse af Genèvekonventionen og andre relevante traktater som omhandlet i artikel 78, stk. 1, TEUF¹⁷. Som det fremgår af tiende betragtning til direktivet, skal det også fortolkes på en måde, som er forenelig med de rettigheder, der anerkendes i chartret¹⁸.

23. For det andet angiver Genèvekonventionen den kontekst, som direktivet, der hyppigt henviser til konventionen, indgår i, og bidrager hermed til at vise den almindelige opbygning af og formålet med direktivet. Når Domstolen anmodes om at fortolke direktivets artikel 9 og artikel 10, stk. 1, litra d), skal den således gøre dette under henvisning til Genèvekonventionen¹⁹.

17 — Jf. dom af 5.9.2012, forenede sager C-71/11 og C-99/11, Y og Z, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis.

18 — Dom af 19.12.2012, sag C-364/11, Abed El Karem El Kott m.fl., præmis 42 og 43 og den deri nævnte retspraksis.

19 — Jf. mit forslag til afgørelse i sagen Abed El Karem El Kott m.fl., nævnt i fodnote 18 ovenfor.

24. For det tredje henviser hverken Genèvekonventionen eller EMRK udtrykkeligt til en ret til at udtrykke sin seksuelle orientering. Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols praksis vedrørende seksuel orientering er udviklet inden for rammerne af tilsidesættelse af EMRK's artikel 8 (retten til privatliv og familieliv) og forbuddet mod forskelsbehandling i EMRK's artikel 14²⁰. Det er således nødvendigt at vurdere spørgsmålene, som den nationale ret har forelagt, i lyset af de principper, som Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol har fastslået²¹.

25. For det fjerde kan Genèvekonventionen, ligesom EMRK, udvikles. Den er et levende instrument, der skal fortolkes i lyset af de forhold, der hersker i dag, og i overensstemmelse med udviklingen i international ret²². Den Europæiske Menneskerettighedskommissions praksis vedrørende forskellig behandling af homoseksuelle og heteroseksuelle, henset til den seksuelle lavalder, viser, at der har været denne udvikling i fortolkningen af EMRK. Før 1997 mente Kommissionen således, at det ville være foreneligt med EMRK at fastsætte en højere seksuel lavalder for homoseksuelle²³. I *Sutherland mod Det Forenede Kongerige* reviderede og fraveg Kommissionen sin faste praksis ved at fastslå, at opretholdelse af en højere seksuel lavalder for homoseksuelle aktiviteter var et udtryk for forskelsbehandling og udgjorde en tilsidesættelse af ansøgerens ret til respekt for sit privatliv i lyset af den moderne udvikling²⁴.

26. Endelig mener jeg, at kernen i den nationale rets spørgsmål er fastsættelsen af de fælles kriterier, der skal danne grundlag for identifikation af personer, som reelt har behov for international beskyttelse, og som søger flygtningestatus i henhold til direktivet med den begrundelse, at de er homoseksuelle. Det andet spørgsmål må nærmere betegnes som værende et politisk spørgsmål snarere end et fortolkningsspørgsmål. Jeg vil derfor først behandle det første og det tredje spørgsmål, som rejser mere direkte spørgsmål om fortolkningen af direktivets ordlyd, før jeg behandler det andet spørgsmål.

Det første spørgsmål

27. Med det første spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, hvorvidt udlændinge, som ansøger om flygtningestatus, og som har en homoseksuel orientering, udgør en bestemt social gruppe som omhandlet i direktivets artikel 10, stk. 1, litra d).

28. Alle de procesdeltagere, der har afgivet indlæg til Domstolen (bortset fra Det Forenede Kongerige, som ikke har taget stilling til dette punkt), er enige om, at dette spørgsmål bør besvares bekræftende.

29. Jeg kan tilslutte mig denne opfattelse.

20 — Dom af 22.10.1981, *Dudgeon mod Det Forenede Kongerige*, præmis 60-62, serie A nr. 45, vedrørende retten til privatliv. Jf. dom af 19.2.1931, X m.fl. mod Østrig [GC], nr. 19010/07, præmis 95, vedrørende retten til familieliv.

21 — Visse regionale instrumenter sikrer retten til ikke-diskrimination såsom African Charter on Human and People's Rights. Der er imidlertid ligesom med Genèvekonventionen og EMRK ingen udtrykkelig sikring af retten til give udtryk for seksuel orientering. Jf. »Making Love a Crime – Criminalisation of Same-Sex Conduct in Sub-Saharan Africa«, som er en rapport offentliggjort af Amnesty International den 25.6.2013: www.amnesty.org/en/library/into/AFRO1/001/2013/en

22 — Jf. dom af 4.2.2005 i sagen *Mamatkulov og Askarov mod Tyrkiet* [GC], nr. 46827/99 og 46951/99, præmis 121, 2005-I, vedrørende EMRK generelt. Jf. punkt 5-7 i retningslinjerne om international beskyttelse, nr. 9 af 23.10.2012, som findes på www.unhcr.org/509136ca9.html (herefter »UNHCR's retningslinjer«), for så vidt angår Genèvekonventionen.

23 — X. mod Forbundsrepublikken Tyskland, nr. 5935/72, Kommissionens beslutning af 30.9.1975, punkt 2, og *Johnson mod Det Forenede Kongerige*, nr. 10389/83, Kommissionens beslutning af 17.7.1986.

24 — Nr. 25186/94, Kommissionens beslutning af 1.7.1997, punkt 58-66.

30. I hovedsagen vedrørende Z fandt retten i første instans (Rechtbank) ikke, at de beviser, der blev fremført for denne ret, godtgjorde, at personer af homoseksuel orientering i Senegal generelt forfølges eller forskelsbehandles, og Rechtbank fandt derfor, at ansøgeren ikke var medlem af en bestemt social gruppe som omhandlet i direktivets artikel 10, stk. 1, litra d)²⁵.

31. Artikel 10 omfatter to stykker. I stk. 1 pålægges medlemsstaterne at tage hensyn til visse elementer ved vurderingen af *årsagerne til forfølgelse*. Artikel 10, stk. 1, litra d), definerer i den forbindelse, hvad der udgør en bestemt social gruppe. Stk. 2 omhandler, hvorledes det vurderes, om en bestemt ansøger har en *velbegrundet frygt for forfølgelse*. Det følger, at en ansøger ikke behøver at godtgøre, at denne faktisk er forfulgt eller forskelsbehandles i sit hjemland²⁶ (elementer, der udgør en del af artikel 10, stk. 2) for at kunne påberåbe sig, at han tilhører en bestemt social gruppe [dvs. at han er omfattet af artikel 10, stk. 1, litra d)].

32. Kan mandlige homoseksuelle udgøre »medlemmer af en bestemt social gruppe« som omhandlet i direktivets artikel 10, stk. 1, litra d)?

33. I modsætning til Genèvekonventionen, som kun henviser til »medlemskab af en bestemt social gruppe«, er begrebet »seksuel orientering« anvendt, men ikke defineret, i direktivet. Det kan være, at EU-lovgiver henviste udtrykkeligt til medlemskab af en social gruppe som følge af seksuel orientering i direktivets artikel 10, stk. 1, litra d), fordi det på det tidspunkt, hvor Kommissionen fremsatte sit forslag, var ved at blive anerkendt, at mennesker kunne være nødt til at flygte fra forfølgelse og søge international beskyttelse af den grund²⁷, selv om den ikke udtrykkeligt var nævnt i Genèvekonventionen²⁸.

34. Artikel 10, stk. 1, litra d), begynder med ordene »[e]n gruppe betragtes som udgørende en bestemt social gruppe, navnlig når: [...]« og efterfølges af to led (hvoraf det første indeholder tre muligheder adskilt af ordet »eller«). Leddene er på engelsk forbundet med hinanden ved ordet »and«, hvilket angiver, at de indeholder kumulative betingelser, der skal være opfyldt. Direktivet fortsætter dog herefter med (udtrykkeligt) at bestemme, at »[a]fhængigt af omstændighederne i hjemlandet kan en bestemt social gruppe omfatte en gruppe, hvis fælles karakteristiske træk er seksuel orientering [...]«.

35. Ud fra denne tekst, og sammenholdt med de to led, der går umiddelbart forud, mener jeg, at EU-lovgiver har tilkendegivet så klart, som det er muligt, at personer, som er fælles om et karakteristisk træk på baggrund af deres seksuelle orientering, faktisk kan udgøre medlemmer af en bestemt social gruppe som omhandlet i artikel 10, stk. 1, litra d). De opfylder det første led (efter min opfattelse under alle omstændigheder, fordi de er omfattet af den tredje mulighed, idet de »har samme medfødte karakteristiske træk [...], der er så grundlæggende for deres identitet [...], at ingen mennesker bør tvinges til at give afkald derpå«). Alt efter omstændighederne i deres hjemland kan de også opfylde det andet led (at »den pågældende gruppe har en særskilt identitet i det relevante land, fordi den opfattes som værende anderledes af det omgivende samfund«). For at tage stilling til, om de opfylder det andet led, er det fornødent at foretage en vurdering af de retlige forskrifter og af de sociale og kulturelle forhold i ansøgerens hjemland. Denne undersøgelse tilkommer det de kompetente nationale myndigheder at foretage under den nationale rets kontrol.

25 — Rechtbanks vurdering fremgår af Raad van States anmodning om en præjudiciel afgørelse. Den forelæggende ret har dog ikke anført, hvorvidt den er af samme opfattelse som Rechtbank. Efter min opfattelse har Raad van State henvist til Rechtbanks vurdering for at forklare sin egen begrundelse for at anmode Domstolen om en fortolkning af direktivets artikel 10, stk. 1, litra d). Jeg har derfor taget hensyn til Rechtbanks vurdering i min analyse.

26 — Rechtbank kan være blevet vildledt af den omstændighed, at artikel 10, stk. 1, litra d), andet led, henviser til en gruppe, som har en særskilt identitet i det relevante land, fordi den »opfattes som værende anderledes af det omgivende samfund«. At blive »opfattet som værende anderledes« er dog i sig selv en neutral situation. Det er en situation, hvor man bliver forfulgt eller forskelsbehandlet, klart ikke.

27 — Jf. KOM(2001) 510 endelig, navnlig del 3.

28 — UNHCR's retningslinjer henviser nu til Yogyakartaprincipperne om anvendelse af den internationale menneskerettighedslovgivning i forbindelse med seksuel orientering og kønsidentitet, som blev vedtaget i 2007. I fjerde betragtning til Yogyakartaprincipperne henviser »seksuel orientering« til »en persons kapacitet for dyb følelsesmæssig, hengiven og seksuel tiltrækning til og intime seksuelle relationer med personer af modsat køn eller samme køn eller flere køn«.

36. Følgelig er jeg af den opfattelse, at det første spørgsmål bør besvares med, at ansøgere om flygtningestatus, som har en homoseksuel orientering, alt afhængig af omstændighederne i deres hjemland kan udgøre en bestemt social gruppe som omhandlet i artikel 10, stk. 1, litra d), i direktiv 2004/83. Det tilkommer den nationale ret at tage stilling til, om en sådan gruppe har en »særskilt identitet« i hver enkelt ansøgers hjemland, »fordi den opfattes som værende anderledes af det omgivende samfund« som omhandlet i denne bestemmelses andet led.

Det tredje spørgsmål

37. Med det tredje spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, hvorvidt kriminaliseringen af homoseksuelle aktiviteter og truslen om fængselsstraf, ifald der idømmes en straf, udgør forfølgelse som omhandlet i direktivets artikel 9.

38. Der er foretaget en række konstateringer i hovedsagerne for alle tre ansøgere. Hvad angår X er homoseksualitet ikke som sådan kriminaliseret i Sierra Leone, men visse homoseksuelle aktiviteter kan strafferetligt forfølges. Hvad angår Y er homoseksualitet i sig selv kriminaliseret i Uganda²⁹. Hvad angår Z synes homoseksualitet ikke som sådan at være kriminaliseret i Senegal, men visse homoseksuelle aktiviteter kan strafferetligt forfølges³⁰.

39. Da det er ubestridt, at de tre ansøgere er homoseksuelle, har jeg i dette forslag til afgørelse ikke sondret mellem den situation, der hersker i Uganda (hvor det er konstateret, at homoseksualitet som sådan er kriminaliseret) og Sierra Leone eller Senegal (hvor visse homoseksuelle aktiviteter kan strafferetligt forfølges)³¹.

40. X, Y og Z har gjort gældende, at direktivets artikel 9 skal fortolkes således, at kriminalisering af homoseksuelle aktiviteter i sig selv udgør forfølgelse. Der er en vis grad af enighed om det modsatte synspunkt blandt Kommissionen, regeringerne i de medlemsstater, der har indgivet skriftlige indlæg, og UNHCR.

41. Der er sket et skift i EU's tilgang til disse spørgsmål, således at lovgivning, hvorefter private, frivillige homoseksuelle aktiviteter mellem voksne, der kriminaliseres og straffes, nu betragtes som værende i strid med EMRK³². Det er derfor åbenbart, at sådanne foranstaltninger i medlemsstaterne i dag ville udgøre en tilsidesættelse af den enkeltes grundlæggende rettigheder, uanset om de finder aktiv anvendelse eller ej. Målet med direktivet er dog ikke at tildele beskyttelse, hver gang en person ikke til punkt og prikke kan udøve de garantier, der er anerkendt i chartret eller i EMRK, i sit hjemland. Sagt på en anden måde er målet ikke at eksportere disse standarder³³. Målet er snarere at begrænse anerkendelsen som flygtning til personer, der risikerer en alvorlig nægtelse eller en systemisk krænkelse af deres mest grundlæggende rettigheder, og hvis liv er blevet utåleligt i hjemlandet.

29 — I X' og Y's tilfælde er disse konstateringer ved første instans (foretaget af henholdsvis Rechtbank og den dommer, som behandlede begæringen om foreløbige foranstaltninger) anført i Raad van States anmodning om præjudiciel afgørelse. Den forelæggende ret har dog ikke anført, hvorvidt den er af samme opfattelse som retten i første instans. Efter min opfattelse har Raad van State henvist til disse konstateringer for at forklare sin egen begrundelse for at anmode Domstolen om en fortolkning af direktivets artikel 9, stk. 1, og jeg har derfor taget hensyn hertil i min bedømmelse.

30 — Jf. punkt 15 ovenfor.

31 — Jeg forstår, at de nederlandske myndigheder har indtaget et tilsvarende standpunkt i retningslinjerne, jf. punkt 13 ovenfor.

32 — Ud over dommen i sagen Dudgeon mod Det Forenede Kongerige, nævnt i fodnote 20 ovenfor, er de velkendte sager Norris mod Irland, 26.10.1988, Serie A nr. 142, og Modinos mod Cypern, 22.4.1993, Serie A nr. 259. Den pågældende nationale lovgivning i sagen Modinos mod Cypern blev ophævet relativt sent (i 1997). Jf. også Den Europæiske Menneskerettighedskommissions praksis vedrørende forskelsbehandling og den seksuelle lavalder for homoseksuelle og heteroseksuelle aktiviteter nævnt i punkt 25 og fodnote 23 og 24 ovenfor.

33 — F. mod Det Forenede Kongerige, nr. 17341/03, præmis 3, og I.I.N. mod Nederlandene, nr. 2035/04. En sådan eksport ville meget vel kunne blive betragtet som en form for menneskeretlig eller kulturel imperialisme.

42. Udgør det, der ville være en tilsidesættelse af grundlæggende rettigheder i EU, nødvendigvis forfølgelse som omhandlet i direktivets artikel 9, stk. 1?

43. Artikel 9, stk. 1, bestemmer, at »[f]orfølgelse som omhandlet i artikel 1, afsnit A, i Genèvekonventionen skal: a) være tilstrækkelig alvorlig på grund af sin karakter eller gentagne forekomst til at udgøre en alvorlig krænkelse af de grundlæggende menneskerettigheder [...] eller b) bestå i anvendelse af flere foranstaltninger, herunder krænkelse af menneskerettighederne, der er tilstrækkelig alvorlige til at berøre et menneske på en måde som omhandlet i litra a)«. Det følger af henvisningerne til »tilstrækkelig alvorlig«, »alvorlig krænkelse« og »anvendelse af flere foranstaltninger [...], der er tilstrækkelig alvorlig«, at ikke enhver tilsidesættelse af menneskerettigheder (selv om den bestemt kan være uacceptabel) vil blive betragtet som »forfølgelse« i artikel 9's forstand. Den vejledende liste over handlinger, der kan betragtes som forfølgelse, i artikel 9, stk. 2, krydshenviser udtrykkeligt til de kriterier, der er fastsat i artikel 9, stk. 1, idet det følger, at »[f]orfølgelse, *der i henhold til stk. 1 kan betragtes som sådan*,«³⁴ bl.a. kan antage de former, der er omhandlet i litra a)-f). Artikel 9, stk. 3, præciserer, at der skal være en sammenhæng mellem de i artikel 10 nævnte årsager til forfølgelse og den i artikel 9, stk. 1, omhandlede forfølgelse.

44. Der opstår en begrebsmæssig vanskelighed, idet *enhver* forfølgelse eller straf af en person for at udøve en grundlæggende frihed, når denne beskyttes i chartret, *inden for EU* pr. definition vil være »uforholdsmæssig«. Jeg går derfor ud fra, at henvisningen i artikel 9, stk. 2, litra c), – det punkt i den ikke-udtømmende liste over former for forfølgelse, der er mest relevant i hovedsagen – til »uforholdsmæssig eller diskriminerende retsforfølgning eller straf« kan sidestilles med »retsforfølgning eller straf, som er streng eller diskriminerende«.

45. Efter min opfattelse bør de nationale myndigheder ved fastsættelsen af, hvorvidt et forbud mod at udtrykke sin seksuelle orientering – på det grundlag – udgør »forfølgelse« som omhandlet i artikel 9, stk. 1, navnlig tage hensyn til i) oplysninger, der godtgør, hvorvidt der anvendes strafferetlige bestemmelser i ansøgerens hjemland, såsom om de nationale myndigheder faktisk rejser tiltale og straffer personer, ii) hvorvidt strafferetlige sanktioner håndhæves, og i bekræftende fald hvor alvorlige disse sanktioner er i praksis, og iii) oplysninger om samfundets praksis og skikke generelt i hjemlandet³⁵.

46. Ved vurderingen af en ansøgning om flygtningestatus er det nødvendigt at undersøge, hvorvidt en eller flere foranstaltninger danner grundlag for, at den pågældende ansøger har en velbegrundet frygt for, at hans grundlæggende menneskerettigheder ville blive krænket, hvis han vendte tilbage til sit hjemland³⁶.

47. Strafferetlige sanktioner, der indebærer længere fængselsstraf, for at udtrykke en homoseksuel orientering, kan udgøre en tilsidesættelse af EMRK's artikel 3 (forbuddet mod umenneskelig og nedværdigende behandling eller straf) og vil således være tilstrækkelig alvorlig til at udgøre en alvorlig krænkelse af de grundlæggende menneskerettigheder som omhandlet i direktivets artikel 9, stk. 1.

48. Set i lyset heraf er det for mig klart (også selv om der ikke foreligger detaljerede oplysninger om, hvilke forseelser ansøgerne i hovedsagen har begået, og hvilke særlige strafferetlige sanktioner, der normalt pålægges for sådanne forseelser), at den straf, som pålægges i Sierra Leone, Uganda og Senegal, i generel forstand potentielt kan udgøre en straf, der er »uforholdsmæssig« som omhandlet i direktivets artikel 9, stk. 2, litra c). De strafferetlige sanktioner for at udføre visse homoseksuelle

34 — Min fremhævelse.

35 — Hvis f.eks. udtryk for seksuel intimitet i det offentlige rum mellem heteroseksuelle voksne søges hindret og forfølges strafferetligt, vil anvendelse af de samme regler på homoseksuelle voksne ikke udgøre forfølgelse. Det modsatte ville dog gøre sig gældende, hvis loven aldrig blev håndhævet over for heteroseksuelle, men blev håndhævet aktivt over for homoseksuelle. Jf. endvidere punkt 75 nedenfor.

36 — Jf. dommen i sagen Y og Z, nævnt i fodnote 17 ovenfor, præmis 53 og 54.

aktiviteter i Senegal er ganske vist ikke lige så strenge som i Sierra Leone eller Uganda. Men før den nationale ret fastslår, at kriterierne for forfølgelse i direktivets artikel 9, stk. 1, derfor ikke er opfyldt, bør den også undersøge risikoen for enkeltstående eller gentagen retsforfølgning og den straf, som i givet fald pålægges.

49. Efter at have fastslået, om en bestemt ansøger skal betragtes som medlem af en bestemt social gruppe som omhandlet i artikel 10, stk. 1, litra d), som følge af dennes homoseksuelle orientering, tilkommer det således generelt set de nationale myndigheder at undersøge, hvorvidt omstændighederne i hans hjemland er af en sådan art, at de giver anledning til forfølgelse som omhandlet i artikel 9, stk. 1. I den forbindelse skal de vurdere, hvorvidt der træffes repressive foranstaltninger over for dem, som er, eller som menes at være, medlemmer af den pågældende sociale gruppe³⁷, om disse foranstaltninger håndhæves, hvor alvorlige de pågældende sanktioner er, og om ansøgeren følgelig har en velbegrundet frygt for forfølgelse. De nationale myndigheders konklusion skal selvfølgelig drages under den nationale rets kontrol for at sikre, at de i direktivet fastlagte kriterier anvendes korrekt.

50. Følgelig mener jeg, at det tredje spørgsmål bør besvares med, at kriminaliseringen af en aktivitet ikke i sig selv udgør forfølgelse som omhandlet i direktivets artikel 9, stk. 1. Det tilkommer snarere de kompetente nationale myndigheder i lyset af omstændighederne i ansøgerens hjemland navnlig vedrørende i) risikoen for og hyppigheden af forfølgelse, ii) alvorligheden af den sanktion, der normalt pålægges i tilfælde af en succesfuld retsforfølgning, og iii) andre foranstaltninger og former for social praksis, som ansøgeren med rimelighed kan frygte at blive underlagt, at tage stilling til, om en bestemt ansøger må forventes enten at blive gjort til genstand for handlinger, som er tilstrækkeligt alvorlige på grund af deres karakter eller gentagne forekomst til at udgøre en alvorlig krænkelse af menneskerettighederne, eller for en række forskellige foranstaltninger, herunder krænkelse af menneskerettighederne, som er tilstrækkeligt alvorlige til at berøre ansøgeren på samme måde.

Det andet spørgsmål

51. Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, således at en homoseksuel ansøger tilhører en bestemt social gruppe som omhandlet i direktivets artikel 10, stk. 1, litra d), ønsker den nationale ret med det andet spørgsmål oplyst, om der er visse homoseksuelle aktiviteter, som er omfattet af direktivets anvendelsesområde, og som kan føre til anerkendelse af flygtningestatus.

52. Den nationale ret stiller herefter en række underspørgsmål³⁸ vedrørende de fælles kriterier for fastsættelse af, hvem der kan anerkendes som flygtning. Den ønsker for det første oplyst, i hvilket omfang offentlig eller privat udtryk for en homoseksuel orientering er beskyttet af direktivets artikel 10, stk. 1, litra d). For det andet ønsker den oplyst, om en ansøger forventes at holde sin seksuelle orientering hemmelig i sit hjemland for at undgå forfølgelse. For det tredje ønskes oplyst, om det kan forventes af ham, at han udviser tilbageholdenhed ved tilkendegivelsen af sin homoseksuelle orientering, og i bekræftende fald i hvilket omfang. For det fjerde ønskes oplyst, hvad der i givet fald forstås ved en seksuel orienterings kerneområde. Endelig ønsker den nationale ret oplyst, om EU-retten i almindelighed eller nærmere bestemt direktivet udelukker, at der sondres mellem den beskyttelse, som udlændinge har ret til, alt efter om de er homoseksuelle eller heteroseksuelle.

53. Før jeg behandler disse underspørgsmål, vil jeg gøre en række indledende bemærkninger.

37 — Jf. artikel 9, stk. 3, og artikel 10, stk. 2.

38 — Jeg har ændret i rækkefølgen af disse underspørgsmål for at adskille de forskellige spørgsmål, som den nationale ret har rejst.

54. For det første ønsker den nationale ret i det væsentlige oplyst, hvorledes den indgående vurdering, som kræves i henhold til direktivets artikel 9 og 10, skal foretages. Artikel 10, stk. 1, litra d), fastsætter med sin henvisning til, at »[s]eksuel orientering [ikke] kan [...] forstås således, at det omfatter handlinger, der betragtes som kriminelle i henhold til medlemsstaternes nationale lovgivning«, en udtrykkelig grænse for, hvad der kan udgøre en social gruppe på grundlag af deres fælles karakteristiske træk i form af deres seksuelle orientering. Således ville en seksuel orientering, der omfattede, at ansøgeren foretog rituel omskæring af sin kvindelige seksualpartner for at gøre hende »værdig« til at have et seksuelt forhold til ham, ikke kunne føre til beskyttelse i henhold til artikel 10, stk. 1, litra d). Artikel 9 indeholder en definition [artikel 9, stk. 1, litra a) og b)] efterfulgt af en ikke-udtømmende liste [artikel 9, stk. 2)] og et krav om, at der skal være en sammenhæng mellem årsagerne til forfølgelsen og forfølgelsen i sig selv (artikel 9, stk. 3), men er formuleret åbent for så vidt angår spørgsmålet om, hvad der kan udgøre forfølgelse.

55. For det andet er det uklart, hvorledes de stillede underspørgsmål helt præcist hænger sammen med de spørgsmål, der er rejst i hovedsagen. Den nationale ret synes at søge rådgivning om, hvorledes direktivet skal anvendes i almindelighed. Det har Domstolen ikke kompetence til at yde i den præjudicielle procedure³⁹.

56. For det tredje forklarer den nationale ret på et mere pragmatisk niveau, at de nederlandske myndigheder er af den opfattelse, at der bør gælde den samme grad af beskyttelse for homoseksuelle som for heteroseksuelle aktiviteter. Jeg mener dog ikke, at bedømmelsen skal tage udgangspunkt i ansøgerens aktiviteter. Artiklerne 9 og 10 vedrører i det væsentlige ikke adfærden hos den person, der ansøger om flygtningestatus. De vedrører snarere de mulige former for forfølgelse og årsagerne hertil, dvs. den aktive adfærd, som udøves af eventuelle forfølgere, og ikke det eventuelle offers daglige adfærd.

57. For det fjerde er det ved en sådan bedømmelse naturligvis vigtigt at tage hensyn til eventuelle begrænsninger, som ansøgeren var underlagt, før han forlod sit hjemland. Det er dog lige så relevant at undersøge de foreliggende oplysninger for at vurdere, om ansøgeren må forventes at blive forfulgt, hvis han vender tilbage. Spørgsmålet er derfor, om ansøgeren har en velbegrundet frygt for, at hans grundlæggende menneskerettigheder vil blive alvorligt krænket. Det spørgsmål kan ikke besvares alene ved at kigge på de handlinger, der blev foretaget, før ansøgeren forlod sit hjemland.

58. For det femte synes baggrunden for den nationale rets spørgsmål at være, at homoseksuelle ansøgere om flygtningestatus, der påberåber sig artikel 10, stk. 1, litra d), kan vælge (og måske også har et ansvar for) at udvise en adfærd i deres respektive hjemlande, der mindsker risikoen for forfølgelse på grund af deres seksuelle orientering. En sådan baggrund må jeg afvise, da den er i strid med deres ret til respekt for deres seksuelle identitet.

59. På denne baggrund vil jeg nu behandle de forskellige underspørgsmål, som den nationale ret har forelagt.

60. Hvad angår det første underspørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om der i direktivets forstand sondres mellem en ansøgers tilkendegivelse af sin homoseksuelle orientering i det offentlige rum og i privatsfæren.

39 — Jf. dom af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia, Sml. s. 3045, præmis 18-20.

61. Direktivets ordlyd indeholder ikke en sådan sontring. Jeg mener derfor ikke, at en sontring af denne art er relevant for at tage stilling til, om der foreligger forfølgelse som omhandlet i direktivets artikel 9, stk. 1. De relevante spørgsmål er snarere, hvorvidt ansøgeren på grund af sin seksuelle orientering er medlem af en social gruppe som omhandlet i artikel 10, stk. 1, litra d), og om der er sammenhæng som krævet i henhold til artikel 9, stk. 3, mellem »årsagen til forfølgelsen« og en eller flere foranstaltninger til forfølgelse som omhandlet i artikel 9, stk. 1.

62. Dernæst ønsker den nationale ret oplyst, om det bør forventes af ansøgere om flygtningestatus, at de hemmeligholder eller udviser tilbageholdenhed med at udtrykke deres seksuelle orientering i deres hjemland. Det fremgår ikke klart af forelæggelseskendelsen, om dette spørgsmål er stillet som en følge af den måde, hvorpå de kompetente nationale myndigheder har behandlet disse asylansøgninger. Den nationale ret ønsker måske at vide, om retningslinjerne, for så vidt som det fremgår heraf, at hemmeligholdelse ikke er et kriterium, der skal lægges til grund, alene afspejler de normer, der er fastsat i direktivet, eller om de er et udtryk for en medlemsstats anvendelse af gunstigere standarder i henhold til artikel 3⁴⁰. I det omfang disse spørgsmål er af generel karakter, tilkommer det ikke Domstolen at besvare disse. For god ordens skyld vil jeg dog behandle dem kort.

63. Efter min opfattelse bør det ikke forventes, at en ansøger om flygtningestatus holder sin seksuelle orientering hemmelig for at undgå forfølgelse i sit hjemland.

64. Hverken direktivets ordlyd eller opbygning støtter et sådant synspunkt. Efter min opfattelse ville det være helt forkert at fortolke direktivet på denne måde. Det ville betyde, at ansøgeren (offeret), såfremt denne ikke hemmeligholdt sin seksuelle orientering, i en vis udstrækning ville blive anset for selv at være delagtig som en aktør, der kan stå bag forfølgelse, hvilket er uforeneligt med den måde, hvorpå direktivets artikel 6 er affattet. Et krav om, at ansøgere skal holde deres seksuelle orientering hemmelig, vil faktisk i sig selv kunne blive anset for at udgøre forfølgelse.

65. Bør det forventes af homoseksuelle ansøgere om flygtningestatus, at de vender tilbage til deres hjemland og udviser tilbageholdenhed?

66. Det mener jeg ikke.

67. For det første er det uklart for mig, hvorledes en sådan betingelse begrebsmæssigt skulle kunne rummes inden for direktivets opbygning (eller for den sags skyld Genèvekonventionens). Direktivet fastsætter minimumsstandarder for anerkendelse af tredjelandstatsborgere eller statsløse som flygtninge (artikel 1). For at vurdere, om en bestemt ansøger opfylder disse minimumskriterier, skal medlemsstaten undersøge de foreliggende kendsgerninger og omstændigheder (artikel 4) for at fastslå, hvorvidt ansøgeren har været eller er udsat for forfølgelse eller alvorlig overlast (som defineret i artikel 9) af visse specifikke årsager til forfølgelse (som defineret i artikel 10). Har en ansøger en velbegrundet frygt for forfølgelse, har han ret til at blive tildelt flygtningestatus. Intet i denne opbygning støtter det synspunkt, at behovet for tildeling af flygtningestatus kunne undgås, hvis blot ansøgeren ville »ophøre med at provokere« de aktører, der kan stå bag forfølgelse, ved at være sig selv.

68. For det andet er det uomtvisteligt, at en person, som ansøger om asyl under påberåbelse af sin homoseksuelle orientering, ikke kan forvente at have ret til at leve i sit hjemland på samme måde, som han ville kunne leve i Nederlandene⁴¹. Men når det er sagt, forekommer det mig, at en fastsættelse af, hvor stor en grad af »tilbageholdenhed«, der a) ville være påkrævet for at sikre ansøgerens sikkerhed i hjemlandet, samtidig med at b) den er forenelig med målet om at bevare den grundlæggende ret, som, i fald den krænkes, begrundes tildelingen af flygtningestatus, er en proces, der i sig selv vil være

40 — Jf. punkt 13 ovenfor.

41 — Jf. f.eks. dommen i sagen F. mod Det Forenede Kongerige, nævnt i fodnote 31 ovenfor.

subjektiv, og som sandsynligvis vil føre til vilkårlige resultater og ikke retssikkerhed. Den nationale ret har selv anført i forelæggelseskendelsen, at ministeren ikke på forhånd kan fastsætte den grad af tilbageholdenhed, der må forventes. Efter min opfattelse viser denne tilkendegivelse i sig selv, at en sådan tilgang ikke fungerer i praksis.

69. For det tredje ville det være at vende det døve øre til virkeligheden at sige, at alt ville være godt, hvis blot ansøgeren ville udvise diskretion ved tilbagevenden til sit hjemland. Diskretion er ikke en sikker beskyttelse mod at blive opdaget og heraf følgende afpresning eller forfølgelse.

70. På den baggrund er det uforholdent at besvare underspørgsmålet (om hvad der udgør »kerneområdet« i en persons seksuelle orientering). For god ordens skyld vil jeg dog tilføje følgende bemærkninger.

71. Efter min opfattelse er begrebet »kerneområde« knyttet til Y og Z, hvor Domstolen har taget stilling til, hvorvidt ansørgernes grundlæggende rettigheder er krænkede af begrænsninger i udøvelsen af retten til religionsfrihed. Jeg er ikke overbevist om, at dette begreb kan overføres til rammerne for seksuel orientering. Efter min opfattelse har man en seksuel orientering, eller også har man det ikke⁴². Orienteringen har ingen »kerne« eller »center« som sådan. Jeg finder det således vanskeligt at antage, at det er muligt at fastsætte et kerneområde for det at udtrykke en seksuel orientering. Jeg mener heller ikke, at det er den indfaldsvinkel, Domstolen bør anlægge.

72. Generelt mener jeg dog, at Domstolens betragtninger i sagen Y og Z finder analog anvendelse⁴³. Der er intet i direktivets artikel 9 og 10, der giver anledning til at anvende en tilgang baseret på, at der skulle findes et »kerneområde«. Artikel 9 henviser til de ufravigelige rettigheder i henhold til EMRK, og det er disse, der bør danne udgangspunkt for en bedømmelse af, hvorvidt der er tale om forfølgelse. Der er intet, der taler for, at der skal foretages en sontring mellem forskellige udtryksmåder eller former for udtryk, der ikke udgør seksuelle handlinger eller udtryk for hengivenhed. En tilgang baseret på et sådant grundlag må pr. definition antages at føre til vilkårlighed.

73. Endelig ønsker den nationale ret oplyst, om EU-retten i almindelighed eller særligt direktivet udelukker, at der sondres mellem den beskyttelse, som udlændinge har ret til, alt efter om de er homoseksuelle eller heteroseksuelle.

74. Hvorledes skal en ansøgning om flygtningestatus vurderes, hvis både homoseksuelle og heteroseksuelle forfølges?

75. Lad os f.eks. antage, at det i et givent tredjeland er forbudt at vise enhver form for hengivenhed offentligt (f.eks. at holde i hånd eller kysse), og at straffen for en sådan overtrædelse (alt efter omstændighederne) kan gå fra en bøde til pisk. Lovbestemmelsen, hvorefter en sådan adfærd kriminaliseres og straffes, omfatter både heteroseksuelle og homoseksuelle. Lad os herefter antage, at en person med en homoseksuel orientering flygter fra et sådant land og ansøger om asyl i en EU-medlemsstat. Det ville ikke være åbenbart, at en sådan ansøger var forfulgt alene på grund af sin seksuelle orientering. Men hvis han kunne dokumentere, at foranstaltningen i praksis kun blev regelmæssigt håndhævet, eller at den kun blev håndhævet med de alvorligste strafferetlige sanktioner, over for homoseksuelle (og at heteroseksuelle i praksis kunne gå på gaden med hinanden i hånden og kysse offentligt uden at blive straffet, eller at de altid kun blev idømt mindre bøder), ville han have større sandsynlighed for at godtgøre, at han tilhørte en bestemt social gruppe som omhandlet i

42 — Cølibat, som det bevidste fravalg af (fysisk) at udtrykke ens seksuelle orientering, kan være et frivilligt valg af mange årsager, men det kan ikke pålægges nogen uden samtidig at fornægte eksistensen af seksuel personlighed.

43 — Jf. generaladvokat Bots forslag til afgørelse i sagen Y og Z, nævnt i fodnote 17 ovenfor, punkt 38-52 og 62-68.

direktivets artikel 10, stk. 1, litra d). Det ville i så fald være fornødent at undersøge, hvorvidt den retsforfølgning og de sanktioner, som homoseksuelle normalt idømmes, udgør forfølgelse som omhandlet i direktivets artikel 9, stk. 1 (i mit eksempel og efter min opfattelse ville svaret være bekræftende).

76. Samles trådene i min besvarelse af de forskellige underspørgsmål, som den nationale ret har stillet, mener jeg, at det andet spørgsmål bør besvares således, at de kompetente myndigheder i en medlemsstat ved vurderingen af, hvorvidt kriminalisering af tilkendegivelsen af en homoseksuel orientering som et udtryk for seksuel orientering udgør forfølgelse som omhandlet i direktivets artikel 9, stk. 1, skal tage hensyn til, om ansøgeren med sandsynlighed vil blive udsat for en foranstaltning eller flere forskellige foranstaltninger, der er tilstrækkeligt alvorlige på grund af deres karakter eller gentagne forekomst til at udgøre en alvorlig krænkelse af de grundlæggende menneskerettigheder.

Forslag til afgørelse

77. Jeg mener derfor, at Domstolen bør besvare de spørgsmål, som Raad van State har forelagt, således:

- »1) Ansøgere om flygtningestatus, som har en homoseksuel orientering, kan, alt efter omstændighederne i deres hjemland, udgøre en bestemt social gruppe som omhandlet i artikel 10, stk. 1, litra d), i Rådets direktiv 2004/83/EF af 29. april 2004 om fastsættelse af minimumsstandarder for anerkendelse af tredjelandsstatsborgere eller statsløse som flygtninge eller som personer, der af anden grund behøver international beskyttelse, og indholdet af en sådan beskyttelse. Det tilkommer den nationale ret at tage stilling til, om en sådan gruppe har en »særskilt identitet« i hver enkelt ansøgers hjemland, »fordi den opfattes som værende anderledes af det omgivende samfund« som omhandlet i denne bestemmelses andet led.
- 2) Kriminaliseringen af homoseksuelle aktiviteter udgør ikke i sig selv forfølgelse som omhandlet i direktivets artikel 9, stk. 1. Det tilkommer de kompetente nationale myndigheder i lyset af omstændighederne i ansøgerens hjemland navnlig vedrørende:
 - risikoen for og hyppigheden af forfølgelse
 - alvorligheden af de sanktioner, der normalt pålægges i tilfælde af en succesfuld retsforfølgning, og
 - andre foranstaltninger og former for social praksis, som ansøgeren med rimelighed kan frygte at blive underlagt,

at tage stilling til, om en bestemt ansøger må forventes enten at blive gjort til genstand for handlinger, som er tilstrækkeligt alvorlige på grund af deres karakter eller gentagne forekomst til at udgøre en alvorlig krænkelse af menneskerettighederne, eller for en række forskellige foranstaltninger, herunder krænkelse af menneskerettighederne, som er tilstrækkeligt alvorlige til at berøre ansøgeren på samme måde.

- 3) Ved vurderingen af, hvorvidt kriminalisering af tilkendegivelsen af en homoseksuel orientering som et udtryk for seksuel orientering udgør forfølgelse som omhandlet i direktivets artikel 9, stk. 1, skal de kompetente myndigheder i en medlemsstat tage hensyn til, om ansøgeren med sandsynlighed vil blive udsat for en foranstaltning eller flere forskellige foranstaltninger, der er tilstrækkeligt alvorlige på grund af deres karakter eller gentagne forekomst til at udgøre en alvorlig krænkelse af de grundlæggende menneskerettigheder.«