



Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
ELEANOR SHARPSTON
της 11ης Ιουλίου 2013¹

Συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-199/12 έως C-201/12

**X, Y και Z
κατά**

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

«Οδηγία 2004/83/EK — Προϋποθέσεις τις οποίες πρέπει να πληρούν οι υπήκοοι τρίτων χωρών ή οι ανιθαγενείς που ζητούν καθεστώς πρόσφυγα — Έννοια της διώξεως — Γενετήσιος προσανατολισμός»

1. Οι παρούσες αιτήσεις του Raad van State (Κάτω Χώρες) για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως αφορούν τρεις αιτούντες οι οποίοι είναι υπήκοοι τρίτων χωρών και ζητούν καθεστώς πρόσφυγα. Κάθε ένας από αυτούς διατείνεται ότι έχει βάσιμο φόβο διώξεως στηριζόμενο στον γενετήσιο προσανατολισμό του.

2. Το εθνικό δικαστήριο θέτει τρία ερωτήματα ως προς την αξιολόγηση αιτήσεων παροχής του καθεστώτος πρόσφυγα βάσει των διατάξεων του κεφαλαίου III της οδηγίας 2004/83/EK του Συμβουλίου (στο εξής: οδηγία)². Πρώτον, αποτελούν ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα υπό την έννοια του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της οδηγίας οι υπήκοοι τρίτων χωρών που είναι ομοφυλόφιλοι; Δεύτερον, κατά ποιον τρόπο πρέπει οι εθνικές αρχές να αξιολογούν, για τους σκοπούς εφαρμογής του άρθρου 9 της οδηγίας, τι συνιστά πράξη διώξεως σχετικά με ομοφυλοφιλικές δραστηριότητες; Τρίτον, καταλήγει σε δίωξη υπό την έννοια της οδηγίας η ποινικοποίηση των δραστηριοτήτων αυτών στη χώρα καταγωγής του αιτούντος, σε συνδυασμό με τη δυνατότητα επιβολής στερητικής της ελευθερίας ποινής σε περίπτωση κηρύξεως ενοχής;

Το νομικό πλαίσιο

Η Σύμβαση περί της νομικής καταστάσεως των προσφύγων

3. Η πρώτη περίοδος του άρθρου 1, τμήμα Α, παράγραφος 2, της Συμβάσεως περί της νομικής καταστάσεως των προσφύγων (στο εξής: Σύμβαση της Γενεύης)³ ορίζει ότι ο όρος «πρόσφυγ» εφαρμόζεται επί «[π]αντός προσώπου όπερ συνεπεία δεδικαιολογημένου φόβου διώξεως λόγω φυλής, θρησκείας, εθνικότητας, κοινωνικής [ομάδος] ή πολιτικών πεποιθήσεων ευρίσκεται εκτός της χώρας

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η αγγλική.

2 — Οδηγία της 29ης Απριλίου 2004 για θέσπιση ελάχιστων απαιτήσεων για την αναγνώριση και το καθεστώς των υπηκόων τρίτων χωρών ή των απάτριδων ως προσφύγων ή ως προσώπων που χρήζουν διεθνούς προστασίας για άλλους λόγους (ΕΕ L 304, σ. 12).

3 — Υπογράφηκε στη Γενεύη στις 28 Ιουλίου 1951 [*United Nations Treaty Series*, τόμος 189, σ. 150, αριθ. 2545 (1954)] και τέθηκε σε ισχύ στις 22 Απριλίου 1954. Συμπληρώθηκε και τροποποιήθηκε με το Πρωτόκολλο σχετικά με το καθεστώς των προσφύγων, το οποίο συνήφθη στη Νέα Υόρκη στις 31 Ιανουαρίου 1967 και τέθηκε σε ισχύ στις 4 Οκτωβρίου 1967. Θα αναφέρω τις δύο αυτές πράξεις συλλήβδην ως «Σύμβαση της Γενεύης».

της οποίας έχει την υπηκοότητα και δεν δύναται ή, λόγω του φόβου τούτου, δεν επιθυμεί να απολαύη της προστασίας της χώρας ταύτης, ή εάν μη έχον υπηκοότητα τινά και ευρισκόμενον εκτός της χώρας της προηγούμενης συνήθους αυτού διαμονής, δεν δύναται ή, λόγω του φόβου τούτου, δεν επιθυμεί να επιστρέψη εις ταύτην».

Το δίκαιο της Ένωσης

Ο Χάρτης των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων

4. Το άρθρο 7 του Χάρτη των Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (στο εξής: Χάρτης)⁴ ορίζει ότι «[κ]άθε πρόσωπο έχει δικαίωμα στον σεβασμό της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής του, της κατοικίας του και των επικοινωνιών του». Το άρθρο 21 του Χάρτη απαγορεύει τις διακρίσεις, μεταξύ άλλων, λόγω γενετήσιου προσανατολισμού. Το άρθρο 52, παράγραφος 3, του Χάρτη ορίζει ότι τα δικαιώματα αυτά πρέπει να ερμηνεύονται σύμφωνα με τα αντίστοιχα δικαιώματα που εγγυάται η Ευρωπαϊκή Σύμβαση για την Προάσπιση των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Θεμελιωδών Ελευθεριών (στο εξής: ΕΣΔΑ)⁵.

Η οδηγία

5. Η οδηγία είναι ένα από τα διάφορα μέτρα που έχουν ως σκοπό τη δημιουργία κοινού ευρωπαϊκού συστήματος για το άσυλο⁶. Το σύστημα αυτό στηρίζεται στην εφαρμογή της Συμβάσεως της Γενεύης η οποία αποτελεί τον ακρογωνιαίο λίθο του διεθνούς νομικού καθεστώτος για την προστασία των προσφύγων⁷. Η οδηγία έχει ως σκοπό να θέσει για όλα τα κράτη μέλη ελάχιστες απαιτήσεις και κοινά κριτήρια όσον αφορά την αναγνώριση των προσφύγων και το περιεχόμενο του καθεστώτος του πρόσφυγα⁸, όσον αφορά τον προσδιορισμό των προσώπων που όντως χρήζουν διεθνούς προστασίας⁹ και όσον αφορά μια δίκαιη και αποτελεσματική διαδικασία ασύλου. Κατ' αυτόν τον τρόπο, η οδηγία σέβεται τα δικαιώματα, τις ελευθερίες και τις αρχές που αναγνωρίζονται από τον Χάρτη¹⁰. Στην αιτιολογική σκέψη 21 της οδηγίας εκτίθεται: «Είναι εξίσου αναγκαίο να καθιερωθεί κοινή εννοιολογική αντίληψη του λόγου δίωξης που στηρίζεται στην “ιδιότητα μέλους συγκεκριμένης κοινωνικής ομάδας”».

6. Το άρθρο 2, στοιχείο γ', της οδηγίας ορίζει ότι ως «πρόσφυγας» νοείται «ο υπήκοος τρίτης χώρας ο οποίος, συνεπεία βάσιμου φόβου διώξεως λόγω φυλής, θρησκείας, ιθαγένειας, πολιτικών πεποιθήσεων ή συμμετοχής σε ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα, ευρίσκεται εκτός της χώρας της ιθαγένειάς του και δεν είναι σε θέση ή, λόγω του φόβου αυτού, δεν επιθυμεί να θέσει εαυτόν υπό την προστασία της εν λόγω χώρας ή ο ανιθαγενής ο οποίος, ευρισκόμενος εκτός της χώρας της προηγούμενης συνήθους διαμονής του για τους ίδιους προαναφερθέντες λόγους, δεν είναι σε θέση ή, λόγω του φόβου αυτού, δεν επιθυμεί να επιστρέψει σε αυτήν και στον οποίο δεν έχει εφαρμογή το άρθρο 12».

4 — ΕΕ 2010, C 83, σ. 389.

5 — Τα αντίστοιχα δικαιώματα περιλαμβάνονται στα άρθρα 8 και 14 της ΕΣΔΑ. Το άρθρο 8 προστατεύει το δικαίωμα σεβασμού της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής ενός προσώπου. Το άρθρο 14 εγγυάται ότι τα δικαιώματα και οι ελευθερίες που περιλαμβάνονται στην ΕΣΔΑ διασφαλίζονται χωρίς διακρίσεις λόγω φύλου, φυλής, χρώματος, θρησκείας, πολιτικών ή άλλων πεποιθήσεων, εθνικής ή κοινωνικής προελεύσεως, συμμετοχής σε εθνική μειονότητα, περιουσίας, γεννήσεως ή άλλης καταστάσεως.

6 — Βλ. αιτιολογικές σκέψεις 1 και 2 και άρθρο 1 της οδηγίας.

7 — Βλ. τρίτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας. Βλ. επίσης δέκατη πέμπτη αιτιολογική σκέψη, όπου εκτίθεται ότι οι διαβουλευσεις με την Ύπατη Αρμοστεία των Ηνωμένων Εθνών για τους Πρόσφυγες μπορούν να αποτελέσουν πολύτιμα στοιχεία για τα κράτη μέλη όταν τα τελευταία καλούνται να αποφασίσουν αν θα παράσχουν το καθεστώς πρόσφυγα σύμφωνα με το άρθρο 1 της Συμβάσεως της Γενεύης.

8 — Βλ. αιτιολογική σκέψη 4 της οδηγίας.

9 — Βλ. αιτιολογικές σκέψεις 6, 16 και 17 της οδηγίας.

10 — Βλ. αιτιολογική σκέψη 10 της οδηγίας.

7. Τα κράτη μέλη δύνανται να θεσπίζουν ευνοϊκότερους κανόνες για να καθορίσουν ποιος δικαιούται να θεωρηθεί πρόσφυγας, αρκεί οι κανόνες αυτοί να είναι συμβατοί με την οδηγία¹¹. Το άρθρο 4 παραθέτει τους κανόνες που διέπουν την αξιολόγηση των αιτήσεων διεθνούς προστασίας¹². Το άρθρο 4, παράγραφος 3, της οδηγίας ορίζει ότι η αξιολόγηση αιτήσεως διεθνούς προστασίας πρέπει να γίνεται σε ατομική βάση. Ενδεικτική απαρίθμηση των «φορέων δίωξης», στους οποίους περιλαμβάνονται το κράτος και μη κρατικοί φορείς, περιέχεται στο άρθρο 6.

8. Το άρθρο 9, παράγραφος 1, της οδηγίας ορίζει:

«Οι πράξεις διώξεως κατά την έννοια του άρθρου 1 Α της Συμβάσεως της Γενεύης πρέπει:

- α) να είναι αρκούντως σοβαρές λόγω της φύσης ή της επανάληψής τους ώστε να συνιστούν σοβαρή παραβίαση βασικών ανθρωπίνων δικαιωμάτων, ειδικά των δικαιωμάτων από τα οποία δεν χωρεί παρέκκλιση βάσει του άρθρου 15, παράγραφος 2, της [ΕΣΔΑ]· ή
- β) να αποτελούν σώρευση διαφόρων μέτρων, συμπεριλαμβανομένων παραβιάσεων ανθρωπίνων δικαιωμάτων, η οποία να είναι αρκούντως σοβαρή ούτως ώστε να θίγεται ένα άτομο κατά τρόπο αντίστοιχο με τον αναφερόμενο στο στοιχείο α'»¹³.

9. Το άρθρο 9, παράγραφος 2, ορίζει:

«Οι πράξεις που μπορούν να χαρακτηρισθούν ως πράξεις δίωξης σύμφωνα με την παράγραφο 1 μπορούν μεταξύ άλλων να έχουν τη μορφή:

[...]

- γ) ποινικής δίωξης ή επιβολής ποινής η οποία είναι δυσανάλογη ή μεροληπτική·

[...]».

10. Το άρθρο 9, παράγραφος 3, ορίζει: «Σύμφωνα με το άρθρο 2, στοιχείο γ', πρέπει να υπάρχει συσχετισμός μεταξύ των λόγων που αναφέρονται στο άρθρο 12 και των πράξεων δίωξης όπως ορίζονται στην παράγραφο 1».

11. Το άρθρο 10 επιγράφεται «Λόγοι δίωξης». Στην παράγραφο του 1, στοιχείο δ', ορίζει:

«[η] ομάδα θεωρείται ως ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα όταν, μεταξύ άλλων:

- τα μέλη της ομάδας αυτής έχουν κοινά εγγενή χαρακτηριστικά ή κοινό ιστορικό παρελθόν το οποίο δεν μπορεί να μεταβληθεί ή έχουν από κοινού χαρακτηριστικά ή πεποιθήσεις τόσο θεμελιώδους σημασίας για την ταυτότητα ή τη συνείδηση ώστε ένα πρόσωπο να μην πρέπει να αναγκάζεται να τις αποκηρύξει και
- η ομάδα έχει ιδιαίτερη ταυτότητα στην οικεία χώρα, διότι γίνεται αντιληπτή ως διαφορετική ομάδα από τον περιβάλλοντα κοινωνικό χώρο.

11 — Βλ. άρθρο 3 της οδηγίας.

12 — Τώρα, ενώπιον του Δικαστηρίου εκκρεμούν τρεις υποθέσεις, οι συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-148/13 έως C-150/13, Α, Β και C, οι οποίες αφορούν την ερμηνεία του άρθρου 4 της οδηγίας και τα κοινά κριτήρια εκτίμησης της αξιοπιστίας του γενετήσιου προσανατολισμού που δήλωσε ο αιτών άσυλο.

13 — Τα δικαιώματα από τα οποία κατά το άρθρο 15, παράγραφος 2, της ΕΣΔΑ δεν χωρεί παρέκκλιση είναι το δικαίωμα στη ζωή (άρθρο 2), οι απαγορεύσεις των βασάνων και της δουλείας και αναγκαστικής εργασίας (αντιστοίχως άρθρα 3 και 4) και το δικαίωμα του ατόμου να μην του επιβληθεί ποινική κύρωση χωρίς προηγούμενη προσήκουσα δικαστική διαδικασία (άρθρο 7).

Ανάλογα με τις συνθήκες που επικρατούν στη χώρα καταγωγής μια ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα μπορεί να περιλαμβάνει ομάδα που βασίζεται στο κοινό χαρακτηριστικό του γενετήσιου προσανατολισμού. Ο γενετήσιος προσανατολισμός δεν μπορεί να νοηθεί ως περιλαμβάνων πράξεις θεωρούμενες αξιόποινες κατά το εθνικό δίκαιο των κρατών μελών. Μπορούν να λαμβάνονται υπόψη πτυχές συνδεδεμένες με το φύλο, χωρίς να αποτελούν αυτές καθ' εαυτές τεκμήριο της εφαρμογής του παρόντος άρθρου».

Το εθνικό δίκαιο

12. Ο Vreemdelingenwet 2000 (νόμος του 2000 περί αλλοδαπών, στο εξής: Vw 2000) παρέχει στον αρμόδιο υπουργό (στο εξής: υπουργός)¹⁴ την εξουσία να δέχεται, να απορρίπτει ή να θέτει χωρίς εξέταση στο αρχείο αίτηση άδειας διαμονής ορισμένου χρόνου (αίτηση καθεστώτος πρόσφυγα). Άδεια διαμονής ορισμένου χρόνου δύναται να χορηγηθεί σε αλλοδαπό ο οποίος είναι πρόσφυγας υπό την έννοια της Συμβάσεως της Γενεύης.

13. Η Vreemdelingendecret 2000 (εγκύκλιος του 2000 σχετικά με την εφαρμογή του νόμου περί αλλοδαπών· στο εξής: εγκύκλιος) περιλαμβάνει τις πολιτικού χαρακτήρα κατευθυντήριες γραμμές που ο υπουργός χάραξε για την εφαρμογή του Vw 2000. Η εγκύκλιος αναφέρει ότι αποτελεί πάγια πολιτική και νομολογία ότι η δίωξη λόγω συμμετοχής σε κοινωνική ομάδα υπό την έννοια του άρθρου 1, τμήμα Α, της Συμβάσεως της Γενεύης νοείται επίσης ως περιλαμβανούσα τη δίωξη λόγω γενετήσιου προσανατολισμού. Οι αιτήσεις καθεστώτος πρόσφυγα που στηρίζονται σε τέτοιον λόγο αξιολογούνται λαμβανομένης ιδιαιτέρως υπόψη της θέσεως του αιτούντος στη χώρα καταγωγής του. Όταν το να είναι κάποιος ομοφυλόφιλος ή το να εξωτερικεύσει γενετήσιο προσανατολισμό υπόκειται σε ποινικές κυρώσεις στη χώρα καταγωγής του αιτούντος, η εφαρμοστέα ποινή πρέπει να είναι κάποιας βαρύτητας. Απλώς και μόνον ένα πρόστιμο θα είναι εν γένει ανεπαρκές για να οδηγήσει στο συμπέρασμα ότι αυτομάτως πρέπει να παρασχεθεί καθεστώς πρόσφυγα. Από το ότι η ομοφυλοφιλία ή ομοφυλοφιλικές πράξεις είναι ποινικοποιημένες στη χώρα καταγωγής του αιτούντος δεν έπεται ότι αυτομάτως πρέπει να παρασχεθεί το καθεστώς πρόσφυγα. Ο αιτών πρέπει να αποδείξει ότι προσωπικά έχει βάσιμο φόβο διώξεως. Δεν αναμένεται οι ομοφυλόφιλοι αιτούντες να αποκρύψουν τον γενετήσιο προσανατολισμό τους κατά την επιστροφή τους στη χώρα καταγωγής τους.

Τα πραγματικά περιστατικά, η διαδικασία και τα προδικαστικά ερωτήματα

14. Τα ονόματα των αιτούντων στις κύριες δίκες έχουν αποκρυβεί για τη διασφάλιση ανωνυμίας και αναφέρονται ως X, Y και Z. Ο X είναι υπήκοος της Σιέρα Λεόνε και ο Y υπήκοος της Ουγκάντα, ενώ ο Z είναι Σενεγαλέζος.

15. Οι ομοφυλοφιλικές πράξεις είναι ποινικά αδικήματα στη Σιέρα Λεόνε κατά το άρθρο 61 του Offences against the Person Act 1861 (νόμου του 1861 περί των εγκλημάτων κατά του προσώπου), και υπόκεινται σε ποινή καθειρξεως δέκα ετών μέχρι ποινή ισόβιας καθειρξεως. Στην Ουγκάντα, κατά το άρθρο 145 του Penal Code Act 1950 (ποινικού κώδικα του 1950) στον κηρυχθέντα ένοχο για το αδίκημα που ορίζεται ως «σαρκική επαφή παρά φύση» επιβάλλεται ποινή καθειρξεως. Η ανώτατη ποινή είναι ισόβια κάθειρξη. Οι αρχές της Σενεγάλης έχουν ποινικοποιήσει ομοφυλοφιλικές πράξεις. Κατά το άρθρο 319, παράγραφος 3, του Code pénal (ποινικού κώδικα), στον κηρυχθέντα ένοχο για ορισμένες ομοφυλοφιλικές πράξεις επιβάλλεται ποινή φυλακίσεως μεταξύ ενός και πέντε ετών και πρόστιμο μεταξύ 100 000 XOF¹⁵ και 1 500 000 XOF (κατά προσέγγιση 150 ευρώ έως 2 000 ευρώ).

14 — Κατά τον χρόνο των αιτήσεων ο αρμόδιος υπουργός ήταν ο «Minister voor Immigratie en Asiel». Ο τίτλος του έκτοτε μετατράπηκε σε «Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel».

15 — Φράγκα CFA Δυτικής Αφρικής (BCEAO).

16. Και στις τρεις υποθέσεις ο υπουργός απέρριψε τις αρχικές αιτήσεις άδειας διαμονής (αιτήσεις καθεστώτος πρόσφυγα) βάσει του Vw 2000. Στη συνέχεια, κάθε αιτών άσκησε ένδικο βοήθημα κατά των αποφάσεων αυτών. Ο X και ο Z άσκησαν προσφυγή ενώπιον του Rechtbank (Κάτω Χώρες). Ο Y κατέθεσε αίτηση ασφαλιστικών μέτρων. Τα ένδικα βοηθήματα του X και του Y ευδοκίμησαν. Η προσφυγή που ο Z άσκησε ενώπιον του Rechtbank απορρίφθηκε.

17. Ακολούθως, ο υπουργός κατέθεσε ενώπιον του Raad van State αιτήσεις αναιρέσεως στις υποθέσεις του X και του Y. Επίσης ο Z κατέθεσε ενώπιον του δικαστηρίου αυτού αίτηση αναιρέσεως.

18. Και στις τρεις υποθέσεις δεν αμφισβητείται ο γενετήσιος προσανατολισμός του αιτούντος καθεστώτος πρόσφυγα¹⁶.

19. Στη συνέχεια, το Raad van State έθεσε στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

- «1) Αποτελούν οι αλλοδαποί με ομοφυλοφιλικό προσανατολισμό ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα υπό την έννοια του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της [οδηγίας];
- 2) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα: ποιες ομοφυλοφιλικές δραστηριότητες εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας, και δύναται πράξεις διώξεως σχετικά με τις δραστηριότητες αυτές, εφόσον πληρούνται οι λοιπές προϋποθέσεις, να οδηγήσουν στο να παρασχεθεί το καθεστώς πρόσφυγα; Το παρόν ερώτημα περιέχει επίσης τα ακόλουθα υποερωτήματα:
- α) Δύναται να αναμένεται αλλοδαποί με ομοφυλοφιλικό προσανατολισμό να αποκρύπτουν στη χώρα καταγωγής τους έναντι των πάντων τον προσανατολισμό τους, για να αποφύγουν διώξη;
- β) Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως στο προηγούμενο ερώτημα, δύναται, και αν ναι σε ποιον βαθμό, να αναμένεται αλλοδαποί με ομοφυλοφιλικό προσανατολισμό να επιδεικνύουν συγκράτηση όταν στη χώρα καταγωγής τους εξωτερικεύουν τον προσανατολισμό αυτόν, έτσι ώστε να αποφύγουν διώξη; Δύναται συναφώς να αναμένεται ομοφυλόφιλοι να επιδεικνύουν μεγαλύτερη συγκράτηση από ό,τι ετεροφυλόφιλοι;
- γ) Αν συναφώς δύναται να γίνει διάκριση μεταξύ των εξωτερικεύσεων που αφορούν τον σκληρό πυρήνα του προσανατολισμού και των λοιπών εξωτερικεύσεων του προσανατολισμού αυτού, τι νοείται ως σκληρός πυρήνας του προσανατολισμού και με ποιον τρόπο μπορεί τούτο να καθοριστεί;
- 3) Αποτελεί η απλώς και μόνον ποινικοποίηση ομοφυλοφιλικών δραστηριοτήτων και απειλή στερητικής της ελευθερίας ποινής για αυτές, όπως ορίζεται στον [Offences against the Person Act 1861 της Σιέρα Λεόνε, στον Penal Code Act της Ουγκάντα και στον Code pénal της Σενεγάλης], πράξη διώξεως υπό την έννοια του άρθρου 9, παράγραφος 1, στοιχείο α', σε συνδυασμό με την παράγραφο 2, στοιχείο γ', της οδηγίας; Αν όχι, υπό ποιες συνθήκες πρόκειται περί αυτού;»

20. Γραπτές παρατηρήσεις υπέβαλαν οι X, Y και Z, ο ΥΑΠ, η Γερμανική, η Ελληνική, η Γαλλική και η Ολλανδική Κυβέρνηση, η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου καθώς και η Επιτροπή, όλοι εκ των οποίων, εκτός από το Ηνωμένο Βασίλειο, εκπροσωπήθηκαν κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση της 11ης Απριλίου 2013.

16 — Ο Υπάτος Αρμοστής των Ηνωμένων Εθνών για τους Πρόσφυγες (στο εξής: ΥΑΠ) περιέλαβε στο πεδίο που καλύπτουν οι παρατηρήσεις του τις λεσβίες, τους ομοφυλόφιλους, τους αμφιφυλόφιλους, τα τρανσεξουαλικά άτομα και τα διαφυλικά άτομα· επίσης, χρησιμοποίησε το ακρώνυμο «ΛΟΑΤΔ» για να δώσει ευρύ περιεχόμενο στην έκφραση «γενετήσιος προσανατολισμός». Παρά ταύτα, εφόσον οι κύριες δίκες αφορούν τρεις ομοφυλόφιλους που ζητούν καθεστώς πρόσφυγα, διατήρησα στις προτάσεις μου την περιγραφή αυτή.

Εκτίμηση

Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

21. Μέχρι ενός σημείου, τα ερωτήματα του εθνικού δικαστηρίου επικαλύπτουν το ένα τα άλλα. Κατά την ερμηνεία των άρθρων 9 και 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της οδηγίας πρέπει να ληφθούν υπόψη οι ακόλουθες αρχές.

22. Πρώτον, αποτελεί πάγια νομολογία ότι η οδηγία πρέπει να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα του όλου συστήματός της και του σκοπού της, και κατά τρόπο σύμφωνο με τη Σύμβαση της Γενεύης και με τις άλλες συναφείς συμβάσεις που αφορά η νομική της βάση (το άρθρο 78, παράγραφος 1, ΣΛΕΕ)¹⁷. Όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 10, η οδηγία πρέπει επίσης να ερμηνεύεται κατά τρόπο σύμφωνο με τα δικαιώματα που αναγνωρίζονται από τον Χάρτη¹⁸.

23. Δεύτερον, η Σύμβαση της Γενεύης παρέχει το πλαίσιο και έτσι δείχνει τον σκοπό και το όλο σύστημα της οδηγίας, η οποία συχνά παραπέμπει στη Σύμβαση αυτή. Επομένως, το Δικαστήριο, ενώ καλείται να ερμηνεύσει τα άρθρα 9 και 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της οδηγίας, θα πρέπει, όταν το πράξει, να παραπέμπει στη Σύμβαση της Γενεύης¹⁹.

24. Τρίτον, ούτε η Σύμβαση της Γενεύης ούτε η ΕΣΔΑ ρητώς αναφέρουν ένα δικαίωμα εξωτερικεύσεως του γενετήσιου προσανατολισμού. Η νομολογία του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου (στο εξής: ΕΔΔΑ) σχετικά με τον γενετήσιο προσανατολισμό διαμορφώθηκε στο πλαίσιο της εξετάσεως παραβάσεων του άρθρου 8 της ΕΣΔΑ (δικαίωμα στην ιδιωτική και οικογενειακή ζωή) και της κατά το άρθρο 14 της ΕΣΔΑ απαγορεύσεως των δυσμενών διακρίσεων²⁰. Έτσι, τα ερωτήματα που έθεσε το εθνικό δικαστήριο είναι αναγκαίο να εξεταστούν υπό το πρίσμα των αρχών που διαμόρφωσε το ΕΔΔΑ²¹.

25. Τέταρτον, από την άποψη αυτή, η Σύμβαση της Γενεύης, όπως η ΕΣΔΑ, δεν είναι ένα πέτρινο μνημείο. Είναι μια ζωντανή πράξη που πρέπει να ερμηνεύεται υπό το πρίσμα των τωρινών συνθηκών και σύμφωνα με τις εξελίξεις στο διεθνές δίκαιο²². Η νομολογία της Ευρωπαϊκής Επιτροπής των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου σχετικά με τη διαφορετική μεταχείριση των ομοφυλοφιλικών και των ετεροφυλοφιλικών σχέσεων όσον αφορά την κατώτατη ηλικία συναινέσεως δείχνει την εξελικτική αυτή προσέγγιση κατά την ερμηνεία της ΕΣΔΑ. Έτσι, πριν από το 1997 η Ευρωπαϊκή Επιτροπή των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου θεωρούσε ότι συνάδει με την ΕΣΔΑ το να καθορίζεται υψηλότερη κατώτατη ηλικία συναινέσεως για τις ομοφυλοφιλικές σχέσεις²³. Στην υπόθεση Sutherland κατά Ηνωμένου Βασιλείου, η Ευρωπαϊκή Επιτροπή των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου επανεξέτασε την

17 — Βλ. απόφαση της 5ης Σεπτεμβρίου 2012, C-71/11 και C-99/11, Υ και Ζ (σκέψη 48 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

18 — Απόφαση της 19ης Δεκεμβρίου 2012, C-364/11, Abed El Kareem El Kott κ.λπ. (σκέψεις 42 και 43 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

19 — Βλ. σημείο 32 των προτάσεών μου στην προαναφερθείσα στην υποσημείωση 18 υπόθεση Abed El Kareem El Kott κ.λπ.

20 — ΕΔΔΑ, απόφαση Dudgeon κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 22ας Οκτωβρίου 1981, σειρά Α αριθ. 45, §§ 60 έως 62, σχετικά με το δικαίωμα στην ιδιωτική ζωή. Βλ. ΕΔΔΑ, απόφαση X κ.λπ. κατά Αυστρίας [GC] της 19ης Φεβρουαρίου 2013, προσφυγή αριθ. 19010/07, ECHR 2013, § 95, σχετικά με το δικαίωμα στην οικογενειακή ζωή.

21 — Ορισμένες διεθνείς περιφερειακές συμβάσεις εγγυώνται το δικαίωμα μη υποβολής σε δυσμενείς διακρίσεις, όπως ο Αφρικανικός Χάρτης των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου και των Λαών. Πάντως, όπως συμβαίνει με τη Σύμβαση της Γενεύης και την ΕΣΔΑ, δεν υπάρχει ρητή εγγύηση του δικαιώματος εξωτερικεύσεως του γενετήσιου προσανατολισμού. Βλ. «Making Love a Crime – Criminalisation of Same-Sex Conduct in Sub-Saharan Africa», έκθεση που δημοσιεύθηκε από τη Διεθνή Αμνηστία στις 25 Ιουνίου 2013: www.amnesty.org/en/library/into/AFRO1/001/2013/en.

22 — Βλ. ΕΔΔΑ, απόφαση Mamatkulon και Askarov κατά Τουρκίας [GC] της 4ης Φεβρουαρίου 2005, προσφυγές αριθ. 46827/99 και 46951/99, ECHR 2005-1, § 121, σχετικά εν γένει με την ΕΣΔΑ. Βλ. παραγράφους 5 έως 7 των κατευθυντηρίων γραμμών για τη διεθνή προστασία αριθ. 9 της 23ης Οκτωβρίου 2012, οι οποίες είναι διαθέσιμες στο www.unhcr.org/509136ca9.html (στο εξής: κατευθυντήριες γραμμές του ΥΑΠ), σχετικά με τη Σύμβαση της Γενεύης.

23 — Ευρωπαϊκή Επιτροπή των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, αποφάσεις X κατά Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας της 30ής Σεπτεμβρίου 1975, προσφυγή αριθ. 5935/72, § 2, και Johnson κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 17ης Ιουλίου 1986, προσφυγή αριθ. 10389/83.

πάγια νομολογία της και απέστη από αυτήν, κρίνοντας ότι η διατήρηση υψηλότερης κατώτατης ηλικίας συναινέσεως για τις ομοφυλοφιλικές πράξεις εισάγει δυσμενείς διακρίσεις και συνιστά προσβολή του δικαιώματος του αιτούντος να γίνει η ιδιωτική του ζωή σεβαστή υπό το πρίσμα των σύγχρονων εξελίξεων²⁴.

26. Τέλος, νομίζω ότι στο επίκεντρο των ερωτημάτων του εθνικού δικαστηρίου είναι ο καθορισμός κοινών κριτηρίων που πρέπει να ισχύουν για τον προσδιορισμό των προσώπων που όντως χρήζουν διεθνούς προστασίας τα οποία βάσει της οδηγίας ζητούν καθεστώς πρόσφυγα λόγω του ότι είναι ομοφυλόφιλοι. Τα ζητήματα που θέτει το ερώτημα 2 θα μπορούσαν να περιγραφούν περισσότερο ως ζητήματα νομικής πολιτικής και λιγότερο ως ζητήματα ερμηνείας νομοθετικών κειμένων. Κατά συνέπεια, θα εξετάσω πρώτα τα ερωτήματα 1 και 3, τα οποία θέτουν πιο άμεσα ζητήματα ερμηνείας του γράμματος της οδηγίας, πριν έλθω στο ερώτημα 2.

Ερώτημα 1

27. Με το πρώτο ερώτημά του το εθνικό δικαστήριο ερωτά αν οι αιτούντες καθεστώς πρόσφυγα που έχουν ομοφυλοφιλικό προσανατολισμό δύνανται να αποτελέσουν ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα υπό την έννοια του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της οδηγίας.

28. Όλοι όσοι υπέβαλαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο (εκτός από το Ηνωμένο Βασίλειο, το οποίο δεν εξέτασε το ζήτημα αυτό) συμφωνούν ότι η απάντηση στο ερώτημα αυτό πρέπει να είναι «ναι».

29. Και εγώ συντάσσομαι με την άποψη αυτή.

30. Στην κύρια δίκη σχετικά με τον Z, τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκομίστηκαν ενώπιον του πρωτοβαθμίου εθνικού δικαστηρίου (του Rechtbank) δεν το έπεισαν ότι στη Σενεγάλη τα πρόσωπα ομοφυλοφιλικού προσανατολισμού εν γένει διώκονται ή υπόκεινται σε δυσμενείς διακρίσεις, οπότε το Rechtbank εκτίμησε ότι ο αιτών δεν είναι μέλος ιδιαίτερης κοινωνικής ομάδας υπό την έννοια του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της οδηγίας²⁵.

31. Το άρθρο 10 έχει δύο παραγράφους. Η παράγραφος 1 επιβάλλει στα κράτη μέλη να λαμβάνουν υπόψη ορισμένα στοιχεία όταν αξιολογούν τους λόγους διώξεως. Το άρθρο 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', ορίζει, στο πλαίσιο αυτό, τι συνιστά ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα. Στη συνέχεια, η παράγραφος 2 ασχολείται με το πώς πρέπει να αξιολογείται αν ο συγκεκριμένος αιτών έχει *βάσιμο φόβο ότι θα υποστεί δίωξη*. Εντεύθεν προκύπτει ότι ο αιτών δεν χρειάζεται να αποδείξει ότι υπόκειται σε δίωξη ή σε δυσμενείς διακρίσεις στη χώρα καταγωγής του²⁶ (στοιχεία που αποτελούν μέρος του άρθρου 10, παράγραφος 2) για να στοιχειοθετήσει ότι ανήκει σε ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα (δηλαδή ότι εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ').

32. Μπορούν ομοφυλόφιλοι να αποτελέσουν «μέλη ιδιαίτερης κοινωνικής ομάδας» υπό την έννοια του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της οδηγίας;

24 — Ευρωπαϊκή Επιτροπή των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, έκθεση της 1ης Ιουλίου 2007, προσφυγή αριθ. 25186/94, §§ 58 έως 66.

25 — Η εν λόγω εκτίμηση του Rechtbank μνημονεύεται από το Raad van State στην αίτησή του προδικαστικής αποφάσεως. Παρά ταύτα, το αιτούν δικαστήριο δεν ανέφερε αν συντάσσεται με το Rechtbank. Εξ όσων αντιλαμβάνομαι, το Raad van State ανέφερε την εκτίμηση του Rechtbank για να εξηγήσει τους δικούς του λόγους να ζητήσει καθοδήγηση όσον αφορά την ερμηνεία του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της οδηγίας. Κατά συνέπεια, στην ανάλυσή μου έλαβα υπόψη την εκτίμηση του Rechtbank.

26 — Το Rechtbank ενδεχομένως οδηγήθηκε σε πλάνη από το ότι η δεύτερη υποπερίπτωση του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', αναφέρει μια ομάδα που έχει ιδιαίτερη ταυτότητα επειδή «γίνεται αντιληπτή ως διαφορετική ομάδα από τον περιβάλλοντα κοινωνικό χώρο». Πάντως, το να «γίνεται κάποιος αντιληπτός ως διαφορετικός» είναι, από μόνο του, μια ουδέτερη κατάσταση πραγμάτων. Το να υπόκειται κάποιος σε δίωξη ή σε δυσμενείς διακρίσεις σαφώς δεν είναι μια τέτοια κατάσταση.

33. Διαφορετικά από τη Σύμβαση της Γενεύης, η οποία αναφέρεται απλώς και μόνο σε «κοινωνική ομάδα», ο όρος «γενετήσιος προσανατολισμός» χρησιμοποιείται στην οδηγία αλλά δεν ορίζεται από αυτήν. Είναι δυνατόν ο νομοθέτης της ΕΕ να αναφέρθηκε ρητώς, στο άρθρο 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της οδηγίας, στη συμμετοχή σε κοινωνική ομάδα λόγω γενετήσιου προσανατολισμού επειδή κατά τον χρόνο κατά τον οποίο η Επιτροπή είχε καταθέσει την πρότασή της είχε αρχίσει να αναγνωρίζεται ότι επιμέρους άτομα μπορεί να είναι αναγκασμένα να φύγουν από τη χώρα διώξεως και να ζητήσουν διεθνή προστασία πάνω σε αυτή τη βάση²⁷, έστω και αν ο λόγος αυτός δεν είχε ρητώς περιληφθεί στη Σύμβαση της Γενεύης²⁸.

34. Το άρθρο 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', αρχίζει ως εξής: «η ομάδα θεωρείται ως ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα όταν, μεταξύ άλλων [...]»· οι λέξεις αυτές ακολουθούνται αμέσως από δύο υποπεριπτώσεις (η πρώτη περιέχει τρεις επιλογές οι οποίες χωρίζονται με τη λέξη «ή»). Οι υποπεριπτώσεις αυτές συνδέονται με τη λέξη «και», η οποία δείχνει ότι θέτουν σωρευτικές προϋποθέσεις. Πάντως, το κείμενο συνεχίζει, (ρητώς) ορίζοντας ότι, «ανάλογα με τις συνθήκες που επικρατούν στη χώρα καταγωγής, μια ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα μπορεί να περιλαμβάνει ομάδα που βασίζεται στο κοινό χαρακτηριστικό του γενετήσιου προσανατολισμού [...]».

35. Κοιτάζοντας το κείμενο αυτό και αντιπαραβάλλοντάς το με τις δύο υποπεριπτώσεις που εκτίθενται αμέσως πάνω από αυτό, νομίζω ότι ο νομοθέτης της ΕΕ έδωσε το σαφέστερο δυνατό στοιχείο ως προς το ότι τα πρόσωπα που έχουν ως κοινό χαρακτηριστικό τον γενετήσιο προσανατολισμό όντως δύνανται να είναι μέλη ιδιαίτερης κοινωνικής ομάδας υπό την έννοια του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ'. Εμπίπτουν στην πρώτη υποπερίπτωση (θα έλεγα, οπωσδήποτε επειδή εμπίπτουν στην τρίτη επιλογή: «έχουν από κοινού χαρακτηριστικά [...] τόσο θεμελιώδους σημασίας [...] ώστε ένα πρόσωπο να μην πρέπει να αναγκάζεται να τ[α] αποκηρύξει»). Ανάλογα με τις συνθήκες στη χώρα καταγωγής, δύνανται να εμπίπτουν επίσης στη δεύτερη υποπερίπτωση («η ομάδα έχει ιδιαίτερη ταυτότητα στην οικεία χώρα, διότι γίνεται αντιληπτή ως διαφορετική ομάδα από τον περιβάλλοντα κοινωνικό χώρο»). Το ζήτημα αν εμπίπτουν στη δεύτερη υποπερίπτωση συνεπάγεται αξιολόγηση των νομικών κανόνων και των κοινωνικών και πολιτιστικών ηθών στη χώρα καταγωγής του αιτούντος. Τούτο είναι ζήτημα που οι αρμόδιες εθνικές αρχές πρέπει να καθορίσουν με βάση τα πραγματικά περιστατικά, υποκείμενες στον έλεγχο του εθνικού δικαστηρίου.

36. Κατά συνέπεια, θεωρώ ότι στο πρώτο ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι οι αιτούντες καθεστώς πρόσφυγα που έχουν ομοφυλοφιλικό προσανατολισμό δύνανται, αναλόγως των συνθηκών στη χώρα καταγωγής τους, να αποτελέσουν ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα υπό την έννοια του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της οδηγίας 2004/83. Στο εθνικό δικαστήριο απόκειται να αξιολογήσει αν μια τέτοια ομάδα έχει «ιδιαίτερη ταυτότητα», στην περίπτωση της χώρας καταγωγής κάθε αιτούντος, «διότι γίνεται αντιληπτή ως διαφορετική ομάδα από τον περιβάλλοντα κοινωνικό χώρο», υπό την έννοια της δεύτερης υποπεριπτώσεως της διατάξεως αυτής.

Ερώτημα 3

37. Με το τρίτο ερώτημά του το εθνικό δικαστήριο ερωτά αν η ποινικοποίηση ομοφυλοφιλικών πράξεων και η δυνατότητα, μετά την κήρυξη της ενοχής, να επιβληθεί στερητική της ελευθερίας ποινή συνιστούν πράξη διώξεως υπό την έννοια του άρθρου 9 της οδηγίας.

27 — Βλ. COM(2001) 510 τελικό, και ειδικότερα μέρος 3.

28 — Οι κατευθυντήριες γραμμές του ΥΑΠ αναφέρουν τώρα τις αρχές της Yogyakarta για την εφαρμογή του διεθνούς δικαίου των δικαιωμάτων του ανθρώπου σχετικά με τον γενετήσιο προσανατολισμό και με την ταυτότητα φύλου, οι οποίες διατυπώθηκαν το 2007. Κατά το τέταρτο εδάφιο του προοιμίου των αρχών της Yogyakarta, ο «γενετήσιος προσανατολισμός» παραπέμπει «στην ικανότητα ενός ατόμου να νοιώσει βαθιά συγκινησιακή, συναισθηματική και σεξουαλική έλξη προς άτομα διαφορετικού φύλου ή του ίδιου φύλου ή περισσότερων φύλων και να έχει στενές σεξουαλικές σχέσεις με τα άτομα αυτά».

38. Στις εθνικές δίκες σχετικά και με τους τρεις αιτούντες έγιναν ορισμένες διαπιστώσεις. Όσον αφορά τον X, η ομοφυλοφιλία αυτή καθ' εαυτή δεν είναι ποινικοποιημένη στη Σιέρα Λεόνε· πάντως, ορισμένες ομοφυλοφιλικές πράξεις υπόκειται σε ποινικές κυρώσεις. Όσον αφορά τον Y, η ομοφυλοφιλία αυτή καθ' εαυτή είναι ποινικοποιημένη στην Ουγκάντα²⁹. Όσον αφορά τον Z, δεν προκύπτει ότι αυτή καθ' εαυτή η ομοφυλοφιλία είναι ποινικοποιημένη στη Σενεγάλη, αλλά ορισμένες ομοφυλοφιλικές πράξεις υπόκεινται σε ποινικές κυρώσεις³⁰.

39. Δεδομένου ότι δεν αμφισβητείται ότι οι τρεις αιτούντες είναι ομοφυλόφιλοι, στις προτάσεις μου δεν διακρίνω μεταξύ της καταστάσεως στην Ουγκάντα (για την οποία υπάρχει η διαπίστωση ότι αυτή καθ' εαυτή η ομοφυλοφιλία είναι ποινικοποιημένη) και στη Σιέρα Λεόνε ή στη Σενεγάλη (όπου ορισμένες ομοφυλοφιλικές πράξεις υπόκειται σε ποινικές κυρώσεις)³¹.

40. Οι X, Y και Z διατείνονται ότι το άρθρο 9 της οδηγίας πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι αυτή καθ' εαυτή η ποινικοποίηση ομοφυλοφιλικών δραστηριοτήτων είναι πράξη διώξεως. Μέχρι ενός σημείου, μεταξύ της Επιτροπής, των κυβερνήσεων των κρατών μελών που υπέβαλαν παρατηρήσεις και του ΥΑΠ υπάρχει κοινός τόπος υπέρ της αντίθετης απόψεως.

41. Εντός της Ευρωπαϊκής Ένωσης, έχει υπάρξει αλλαγή στην προσέγγιση, εφόσον νομοθεσία που ποινικοποιεί και επιβάλλει κυρώσεις για ομοφυλοφιλικές πράξεις στην ιδιωτική σφαίρα μεταξύ συναινούστων ενηλίκων θεωρείται τώρα αντίθετη προς την ΕΣΔΑ³². Κατά συνέπεια, είναι σαφές ότι σε όλα τα κράτη μέλη τέτοια μέτρα θα συνιστούσαν τώρα προσβολή των θεμελιωδών δικαιωμάτων ενός ατόμου, είτε τα μέτρα αυτά εφαρμόζονταν ενεργώς είτε όχι. Πάντως, ο σκοπός της οδηγίας δεν είναι να παρέχει προστασία οποτεδήποτε ένα άτομο δεν δύναται πλήρως και αποτελεσματικώς να ασκήσει στη χώρα καταγωγής του τις ελευθερίες που εγγυάται ο Χάρτης ή η ΕΣΔΑ. Για να πω το ίδιο με άλλον τρόπο: ο σκοπός δεν είναι να εξαχθούν οι απαιτήσεις αυτές³³. Αντιθέτως, η αναγνώριση του καθεστώτος πρόσφυγα πρέπει να περιορίζεται σε εκείνα τα άτομα που δύνανται να εκτεθούν σε κίνδυνο σοβαρής αρνήσεως ή συστημικής προσβολής των πιο βασικών δικαιωμάτων τους, και των οποίων η ζωή έχει καταστεί ανυπόφορη στη χώρα καταγωγής τους.

42. Αποτελεί οπωσδήποτε πράξη διώξεως υπό την έννοια του άρθρου 9, παράγραφος 1, της οδηγίας αυτό που θα συνιστούσε προσβολή θεμελιώδους δικαιώματος εντός της ΕΕ;

43. Το άρθρο 9, παράγραφος 1, ορίζει ότι «[ο]ι πράξεις διώξεως κατά την έννοια του άρθρου 1 Α της Σύμβασης της Γενεύης πρέπει α) να είναι αρκούντως σοβαρές λόγω της φύσης ή της επανάληψής τους ώστε να συνιστούν σοβαρή παραβίαση βασικών ανθρωπίνων δικαιωμάτων [...] ή β) να αποτελούν σώρευση διαφόρων μέτρων, συμπεριλαμβανομένων παραβιάσεων ανθρωπίνων δικαιωμάτων, η οποία να είναι αρκούντως σοβαρή ούτως ώστε να θίγεται ένα άτομο κατά τρόπο αντίστοιχο με τον αναφερόμενο στο στοιχείο α'». Από τις εκεί χρησιμοποιούμενες λέξεις «αρκούντως σοβαρές», «σοβαρή παραβίαση» και «σώρευση» [...] η οποία να είναι αρκούντως σοβαρή» προκύπτει ότι δεν θεωρείται «πράξη διώξεως» υπό την έννοια του άρθρου 9 οποιαδήποτε προσβολή ανθρωπίνων δικαιωμάτων (όσο αποκρουστική και αν όντως μπορεί να είναι). Πράγματι, η ενδεικτική απαρίθμηση

29 — Στις υποθέσεις του X και του Y οι διαπιστώσεις αυτές που έγιναν στον πρώτο βαθμό (αντιστοίχως, από το Rechtbank και από τον δικαστή ασφαλιστικών μέτρων) εκτίθενται στις αιτήσεις του Raad van State για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως. Πάντως, το αιτούν δικαστήριο δεν ανέφερε αν συντάσσεται με τα πρωτοβάθμια δικαστήρια. Εξ όσων αντιλαμβάνομαι, το Raad van State ανέφερε τις διαπιστώσεις αυτές για να εξηγήσει τους δικούς του λόγους να ζητήσει καθοδήγηση σχετικά με την ερμηνεία του άρθρου 9, παράγραφος 1, της οδηγίας· κατά συνέπεια, τις έλαβα υπόψη στην εκτίμησή μου.

30 — Βλ. σημείο 15 των προτάσεών μου.

31 — Αντιλαμβάνομαι ότι οι ολλανδικές αρχές διατυπώνουν παρόμοια θέση στις κατευθυντήριες γραμμές· βλ. σημείο 13 των προτάσεών μου.

32 — Εκτός από την προαναφερθείσα στην υποσημείωση 20 απόφαση *Dudgeon*, οι αποφάσεις αναφοράς είναι η απόφαση *Norris* κατά Ιρλανδίας της 26ης Οκτωβρίου 1988, σειρά Α αριθ. 142, και η απόφαση *Μοδινός* κατά Κύπρου της 22ας Απριλίου 1993, σειρά Α αριθ. 259. Η επίμαχη στην απόφαση *Μοδινός* νομοθεσία καταργήθηκε σχετικά πρόσφατα (το 1997). Βλ. επίσης προαναφερθείσα στο σημείο 25 των προτάσεών μου και στις υποσημειώσεις 23 και 24 νομολογία της Ευρωπαϊκής Επιτροπής των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου σχετικά με τις δυσμενείς διακρίσεις και την ηλικία συναινεσεως για τις ομοφυλοφιλικές και τις ετεροφυλοφιλικές πράξεις.

33 — Ευρωπαϊκή Επιτροπή των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου, αποφάσεις F. κατά Ηνωμένου Βασιλείου της 22ας Ιουνίου 2004, προσφυγή αριθ. 17341/03, § 3, και I.L.N. κατά Κάτω Χωρών της 9ης Δεκεμβρίου 2004, προσφυγή αριθ. 2035/04. Πράγματι, μια τέτοια εξαγωγή θα μπορούσε να θεωρηθεί μορφή ιμπεριαλισμού σχετικά με τα ανθρώπινα δικαιώματα ή πολιτιστικού ιμπεριαλισμού.

πράξεων διώξεως που περιέχεται στο άρθρο 9, παράγραφος 2, ρητώς παραπέμπει στην απαίτηση του άρθρου 9, παράγραφος 1, εφόσον αναφέρει ότι «οι πράξεις που *μπορούν να χαρακτηρισθούν ως πράξεις δίωξης σύμφωνα με την παράγραφο 1*»³⁴ δύνανται μεταξύ άλλων να περιλάβουν εκείνες που εκτίθενται στα στοιχεία α' έως στ'. Το άρθρο 9, παράγραφος 3, συνεχίζει καθιστώντας σαφές ότι πρέπει να υπάρχει συσχετισμός μεταξύ των λόγων διώξεως (άρθρο 10) και των πράξεων διώξεως όπως ορίζονται στο άρθρο 9, παράγραφος 1.

44. Ανακύπτει μια εννοιολογικής φύσεως δυσκολία εφόσον, όταν ο Χάρτης προστατεύει μια θεμελιώδη ελευθερία, *οποιαδήποτε* δίωξη ή επιβολή ποινής για την άσκησή της θα ήταν, *εντός της ΕΕ*, εξ ορισμού «δυσανάλογη». Κατά συνέπεια, θεωρώ ότι οι λέξεις «ποινικής δίωξης ή επιβολής ποινής η οποία είναι δυσανάλογη ή μεροληπτική» που περιέχονται στο άρθρο 9, παράγραφος 2, στοιχείο γ' –η περίπτωση που μεταξύ των πράξεων διώξεως που απαριθμούνται ενδεικτικά ασκεί τη μεγαλύτερη επιρροή στην παρούσα διαδικασία–, ισοδυναμούν με τις λέξεις «ποινικής δίωξης ή επιβολής ποινής η οποία είναι σοβαρή ή μεροληπτική».

45. Νομίζω ότι, κατά τον καθορισμό τού αν –πάνω σε αυτή τη βάση– πράξεις που απαγορεύουν την εξωτερική του γενετήσιου προσανατολισμού είναι ικανές να αποτελέσουν «πράξεις διώξεως» υπό την έννοια του άρθρου 9, παράγραφος 1, οι εθνικές αρχές θα πρέπει, ειδικότερα, να λαμβάνουν υπόψη i) αποδεικτικά στοιχεία ως προς την εφαρμογή ποινικών διατάξεων στη χώρα καταγωγής του αιτούντος, όπως το αν οι αρχές όντως απευθύνουν κατηγορίες και διώκουν επιμέρους άτομα· ii) αν εκτελούνται οι ποινικές κυρώσεις και, αν ναι, πόσο αυστηρές είναι στην πράξη οι κυρώσεις αυτές και iii) πληροφορικά στοιχεία ως προς τις πρακτικές και τα κοινωνικά ήθη εν γένει στη χώρα καταγωγής³⁵.

46. Το εφαρμοστέο κριτήριο κατά την αξιολόγηση αιτήσεως να παρασχεθεί καθεστώς πρόσφυγα είναι: δείχνει οποιοδήποτε γεγονός ή η σώρευση του ότι ο αιτών έχει βάσιμο φόβο ότι βασικά ανθρώπινα δικαιώματά του μπορεί να μη γίνουν σεβαστά αν επιστρέψει στη χώρα καταγωγής του³⁶ ;

47. Ποινικές κυρώσεις που καταλήγουν σε μακρά στέρηση της ελευθερίας λόγω εξωτερικού ομοφυλοφιλικού προσανατολισμού μπορούν να οδηγήσουν σε παράβαση του άρθρου 3 της ΕΣΔΑ (απαγόρευση της απάνθρωπης και εξευτελιστικής μεταχείρισεως ή ποινής), και έτσι θα ήσαν αρκούντως σοβαρές ώστε να συνιστούν σοβαρή προσβολή βασικών ανθρωπίνων δικαιωμάτων υπό την έννοια του άρθρου 9, παράγραφος 1, της οδηγίας.

48. Υπό το πρίσμα αυτό, για μένα είναι σαφές (ακόμη και ελλείψει λεπτομερών στοιχείων ως προς τα χαρακτηριστικά των αδικημάτων που έχουν σχέση με τους αιτούντες των κύριων δικών και ως προς τις συγκεκριμένες ποινές που συνήθως επιβάλλονται για τα αδικήματα αυτά) ότι εν γένει οι ποινές που επιβάλλονται εντός της Σιέρα Λεόνε, της Ουγκάντα και της Σενεγάλης μπορούν δυνητικά να καταλήξουν στην επιβολή «δυσανάλογης» ποινής υπό την έννοια του άρθρου 9, παράγραφος 2, στοιχείο γ', της οδηγίας. Είναι αλήθεια ότι οι προβλεπόμενες από τον νόμο ποινές για την τέλεση ορισμένων ομοφυλοφιλικών πράξεων στη Σενεγάλη δεν είναι τόσο δρακόντειες όσο εκείνες στη Σιέρα Λεόνε ή στην Ουγκάντα. Πριν καταλήξει στο συμπέρασμα ότι, ως εκ τούτου, δεν πληρούται το ελάχιστο περιεχόμενο της πράξεως διώξεως υπό την έννοια του άρθρου 9, παράγραφος 1, της οδηγίας, το εθνικό δικαστήριο θα πρέπει να λάβει υπόψη τον κίνδυνο μιας εφάπαξ ή επαναλαμβανόμενης διώξεως και την ποινή που θα επιβληθεί αν ευδοκιμήσει η ποινική αγωγή.

34 — Η επισήμανση δική μου.

35 — Έτσι, π.χ., αν η δημόσια έκφραση σεξουαλικής οικειότητας μεταξύ ετεροφυλόφιλων ενηλίκων αποθαρρύνεται και τιμωρείται ποινικά, η απλώς και μόνον εφαρμογή των ιδίων κανόνων επί ομοφυλόφιλων ενηλίκων δεν θα κατέληγε σε πράξη διώξεως. Πάντως, τα πράγματα θα ήσαν διαφορετικά αν ο νόμος ουδέποτε εφαρμοζόταν κατά των ετεροφυλόφιλων αλλά εφαρμοζόταν ενεργώς κατά των ομοφυλόφιλων. Βλ., περαιτέρω, σημείο 75 των προτάσεών μου.

36 — Βλ. προαναφερθείσα στην υποσημείωση 17 απόφαση Υ και Ζ (σκέψεις 53 και 54).

49. Γενικά, απόκειται έτσι στις εθνικές αρχές, αφότου εξακριβώσουν αν ο συγκεκριμένος αιτών πρέπει, λόγω του ομοφυλοφιλικού προσανατολισμού του, να θεωρηθεί μέλος ιδιαίτερης κοινωνικής ομάδας υπό την έννοια του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', να εξετάσουν αν οι συνθήκες στη χώρα καταγωγής του είναι ικανές να οδηγήσουν σε πράξεις διώξεως υπό την έννοια του άρθρου 9, παράγραφος 1. Προς τούτο, θα πρέπει να αξιολογήσουν αν κατασταλτικά μέτρα έχουν εφαρμογή εις βάρος εκείνων που είναι, ή θεωρείται ότι είναι, μέλη της κοινωνικής αυτής ομάδας³⁷. αν εκτελούνται τα μέτρα αυτά και ποια είναι η βαρύτητα των κυρώσεων που επιβάλλονται και αν –επομένως– ο αιτών έχει βάσιμο φόβο διώξεως. Φυσικά, ο από τις εθνικές αρχές καθορισμός των ζητημάτων αυτών πρέπει να υπόκειται στον έλεγχο των εθνικών δικαστηρίων για να διασφαλίζεται η ορθή εφαρμογή των κριτηρίων που θέτει η οδηγία.

50. Κατά συνέπεια, θεωρώ ότι στο τρίτο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι αυτή καθ' εαυτή η ποινικοποίηση μιας δραστηριότητας δεν αποτελεί πράξη διώξεως υπό την έννοια του άρθρου 9, παράγραφος 1, της οδηγίας. Αντιθέτως, στις αρμόδιες εθνικές αρχές απόκειται να εκτιμούν, υπό το πρίσμα των συνθηκών που υπάρχουν στη χώρα καταγωγής του αιτούντος και, ειδικότερα, έχουν σχέση με i) τον κίνδυνο και τη συχνότητα διώξεως, ii) σε περίπτωση επιτυχούς διώξεως, τη βαρύτητα της κυρώσεως που συνήθως επιβάλλεται και iii) οποιαδήποτε άλλα μέτρα και κοινωνικές πρακτικές τα οποία ο αιτών εύλογα μπορεί να φοβάται, αν ο συγκεκριμένος αιτών κινδυνεύει να υποβληθεί είτε σε πράξεις που λόγω της φύσεως ή της επαναλήψεώς τους είναι αρκούντως σοβαρές ώστε να συνιστούν σοβαρή προσβολή ανθρωπίνων δικαιωμάτων είτε στη σώρευση διαφόρων μέτρων, στα οποία περιλαμβάνονται προσβολές ανθρωπίνων δικαιωμάτων, η οποία ομοίως είναι αρκούντως σοβαρή ώστε να θίγει τον αιτούντα.

Ερώτημα 2

51. Με το δεύτερο ερώτημά του το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινιστεί αν, στην περίπτωση που ο ομοφυλόφιλος αιτών πρέπει να θεωρηθεί μέλος ιδιαίτερης κοινωνικής ομάδας υπό την έννοια του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της οδηγίας, υπάρχουν ορισμένες ομοφυλοφιλικές δραστηριότητες που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας και που σημαίνουν ότι πρέπει να παρασχεθεί καθεστώς πρόσφυγα.

52. Στη συνέχεια, το εθνικό δικαστήριο θέτει σειρά υποερωτημάτων³⁸ σχετικά με τα κοινά κριτήρια που θα μπορούσαν να εφαρμοστούν κατά τον καθορισμό του ποιος δικαιολογεί ότι έχει την ιδιότητα του πρόσφυγα. Ερωτά, πρώτον, σε ποια έκταση προστατεύει το άρθρο 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της οδηγίας τη δημόσια ή την ιδιωτική εξωτερίκευση ομοφυλοφιλικού προσανατολισμού; Δεύτερον, πρέπει να αναμένεται να αποκρύψει ο αιτών τον γενετήσιο προσανατολισμό του για να αποφύγει δίωξη στη χώρα καταγωγής του; Τρίτον, δύναται να αναμένεται να επιδεικνύει αυτός συγκράτηση κατά την εξωτερίκευση του ομοφυλοφιλικού προσανατολισμού του και, αν ναι, σε ποια έκταση; Τέταρτον, τι θα πρέπει τότε να νοείται ως ο σκληρός πυρήνας του γενετήσιου προσανατολισμού; Τέλος, αποκλείει εν γένει το δίκαιο της Ένωσης και ειδικότερα η οδηγία να γίνει διάκριση σχετικά με την προστασία της οποίας δικαιούνται αλλοδαποί, αναλόγως του αν ο γενετήσιος προσανατολισμός τους είναι ομοφυλοφιλικός ή ετεροφυλοφιλικός;

53. Πριν εξετάσω τα υποερωτήματα αυτά, χρειάζονται ορισμένες προκαταρκτικές παρατηρήσεις.

54. Πρώτον, εδώ το εθνικό δικαστήριο ζητεί στην ουσία να διευκρινιστεί κατά ποιον τρόπο πρέπει να γίνει η εμπεριστατωμένη αξιολόγηση που απαιτείται από τα άρθρα 9 και 10 της οδηγίας. Το άρθρο 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', ρητώς θέτει ένα όριο ως προς το τι μπορεί να αποτελέσει κοινωνική ομάδα βασιζόμενη στο κοινό χαρακτηριστικό του γενετήσιου προσανατολισμού, εφόσον αναφέρει σαφώς ότι «ο γενετήσιος προσανατολισμός δεν μπορεί να νοηθεί ως περιλαμβάνων πράξεις θεωρούμενες

37 — Βλ. άρθρα 9, παράγραφος 3, και 10, παράγραφος 2.

38 — Προχώρησα σε αναδιάταξη των υποερωτημάτων αυτών για να διαχωρίσω τα διάφορα ζητήματα του θέτει το εθνικό δικαστήριο.

αξιοποινες κατά το εθνικό δίκαιο των κρατών μελών». Έτσι, π.χ., γενετήσιος προσανατολισμός στο πλαίσιο του οποίου ο αιτών προέβη σε αναγκαστικό ακρωτηριασμό του γεννητικού οργάνου του θηλυκού σεξουαλικού συντρόφου του για να την καταστήσει «άξια» να έχει σεξουαλικές σχέσεις μαζί του δεν πληροί τις προϋποθέσεις της προστασίας βάσει του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ'. Το άρθρο 9 περιέχει ορισμό (άρθρο 9, παράγραφος 1, στοιχεία α' και β') ακολουθούμενο από ενδεικτική απαρίθμηση (άρθρο 9, παράγραφος 2) και από την απαίτηση να υπάρχει συσχέτιση μεταξύ των λόγων και των πράξεων διώξεως (άρθρο 9, παράγραφος 3), αλλά είναι ανοικτό ως προς το τι μπορεί να αποτελέσει πράξη διώξεως.

55. Δεύτερον, δεν είναι σαφές ποια ακριβώς σχέση τα υποερωτήματα έχουν με ζητήματα που ανέκυψαν στις κύριες δίκες. Αντιθέτως, το εθνικό δικαστήριο φαίνεται να ζητεί να διευκρινιστεί κατά ποιον τρόπο η οδηγία θα πρέπει να εφαρμόζεται εν γένει. Τούτο βαίνει πέραν της αποστολής του Δικαστηρίου στην προδικαστική διαδικασία³⁹.

56. Τρίτον, σε ένα πιο πρακτικό επίπεδο, το εθνικό δικαστήριο εξηγεί ότι οι ολλανδικές αρχές θεωρούν ότι οι ομοφυλοφιλικές δραστηριότητες χρήζουν της ίδιας προστασίας με τις ετεροφυλοφιλικές δραστηριότητες. Πάντως, δεν θεωρώ ότι οι δραστηριότητες του αιτούντος πρέπει να είναι το σημείο εστίασεως της αξιολογήσεως. Στην ουσία, τα άρθρα 9 και 10 δεν αφορούν τη συμπεριφορά του προσώπου που ζητεί καθεστώς πρόσφυγα. Αντιθέτως, αφορούν δυνητικές πράξεις διώξεως και τους λόγους προς τούτο, δηλαδή την πραγματική συμπεριφορά δυνητικών φορέων διώξεως, και όχι την καθημερινή συμπεριφορά του δυνητικού θύματος.

57. Τέταρτον, φυσικά κατά την αξιολόγηση αυτή είναι αναγκαίο να ληφθούν υπόψη οποιοιδήποτε περιορισμοί επιβλήθηκαν στον αιτούντα πριν εγκαταλείψει τη χώρα καταγωγής του. Πάντως, είναι εξίσου σημαντικό να εξεταστούν τα διαθέσιμα αποδεικτικά στοιχεία για να αξιολογηθεί αν ο αιτών κινδυνεύει να βρεθεί αντιμέτωπος με πράξη διώξεως αν επιστρέψει. Έτσι, το ερώτημα είναι αν ο αιτών έχει βάσιμο φόβο ότι θα προσβληθούν σοβαρά τα βασικά ανθρώπινα δικαιώματά του. Σε ένα τέτοιο ερώτημα δεν μπορεί να δοθεί απάντηση με το να ληφθούν υπόψη μόνο πράξεις που έλαβαν χώρα πριν ο αιτών εγκαταλείψει τη χώρα καταγωγής του.

58. Πέμπτον, προκύπτει ότι η προκείμενη των ερωτημάτων του εθνικού δικαστηρίου είναι ότι οι ομοφυλόφιλοι αιτούντες καθεστώς πρόσφυγα που επικαλούνται το άρθρο 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', έχουν την επιλογή (και ίσως ακόμη και την ευθύνη) να συμπεριφέρονται στις αντίστοιχες χώρες καταγωγής τους κατά τρόπο που μειώνει τον κίνδυνο πράξεων διώξεως λόγω του γενετήσιου προσανατολισμού τους. Θα απέρριπτα μια τέτοια προκείμενη, επειδή αντιστρατεύεται το δικαίωμά τους να γίνεται σεβαστή η γενετήσια ταυτότητά τους.

59. Σε αυτό το υπόβαθρο έρχομαι να εξετάσω τα διάφορα υποερωτήματα του εθνικού δικαστηρίου.

60. Όσον αφορά το πρώτο υποερώτημα, υπάρχει για τους σκοπούς της οδηγίας διάκριση μεταξύ ιδιωτικής ή δημόσιας εξωτερικεύσεως του ομοφυλοφιλικού προσανατολισμού του αιτούντος;

61. Το γράμμα της οδηγίας δεν προβαίνει σε τέτοια διάκριση. Κατά συνέπεια, νομίζω ότι διάκριση αυτού του είδους δεν ασκεί επιρροή για οποιονδήποτε καθορισμό του αν πρόκειται για πράξη διώξεως υπό την έννοια του άρθρου 9, παράγραφος 1, της οδηγίας. Αντιθέτως, τα κρίσιμα ερωτήματα είναι αν ο αιτών, λόγω του γενετήσιου προσανατολισμού του, είναι μέλος κοινωνικής ομάδας υπό την έννοια του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', και αν υπάρχει συσχετισμός, όπως απαιτείται από το άρθρο 9, παράγραφος 3, μεταξύ αυτού του «λόγου διώξεως» και πράξεως ή πράξεων διώξεως κατά το άρθρο 9, παράγραφος 1.

39 — Απόφαση της 16ης Δεκεμβρίου 1981, 244/80, Foglia (Συλλογή 1981, σ. 3045, σκέψεις 18 έως 20).

62. Στη συνέχεια, το εθνικό δικαστήριο ερωτά αν οι αιτούντες καθεστώς πρόσφυγα πρέπει να αναμένεται να αποκρύπτουν τον γενετήσιο προσανατολισμό τους στη χώρα καταγωγής τους ή να επιδεικνύουν συγκράτηση κατά την εξωτερική του. Από την απόφαση περί παραπομπής δεν είναι σαφές αν το ερώτημα αυτό έχει σχέση με τον τρόπο κατά τον οποίο οι αρμόδιες εθνικές αρχές αντιμετώπισαν τις συγκεκριμένες αιτήσεις ασύλου. Είναι δυνατόν το εθνικό δικαστήριο να θέλει να διευκρινιστεί αν οι κατευθυντήριες γραμμές, στο μέτρο που εκθέτουν ότι η απόκρυψη δεν είναι κριτήριο που πρέπει να λαμβάνεται υπόψη, απλώς και μόνον αντικατοπτρίζουν τους κανόνες της οδηγίας ή συνιστούν εφαρμογή από τα κράτη μέλη ευνοϊκότερων κριτηρίων, όπως επιτρέπεται από το άρθρο 3⁴⁰. Εφόσον τα ερωτήματα αυτά τίθενται *in abstracto*, δεν απόκειται στο Δικαστήριο να δώσει απάντηση σε αυτά. Παρά ταύτα, χάριν πληρότητας, θα τα εξετάσω διά βραχέως.

63. Δεν θεωρώ ότι πρέπει να αναμένεται ο αιτών καθεστώς πρόσφυγα να αποκρύψει τον γενετήσιο προσανατολισμό του για να αποφύγει δίωξη στη χώρα καταγωγής του.

64. Ούτε το γράμμα ούτε το πνεύμα της οδηγίας υποστηρίζουν μια τέτοια άποψη. Πράγματι, θα ήταν διαστροφικό να ερμηνευθεί η οδηγία κατά αυτόν τον τρόπο. Τούτο θα σήμαινε ότι, αν ο αιτών (το θύμα) δεν κατάφερε να αποκρύψει τον γενετήσιο προσανατολισμό του, θα θεωρούνταν κατά κάποιο τρόπο ότι είναι υπεύθυνος για την τύχη του ως φορέας διώξεως, πράγμα που είναι ασυμβίβαστο με τον τρόπο που έχει σχεδιαστεί το άρθρο 6 της οδηγίας. Πράγματι, αυτή καθ' εαυτή η απαίτηση να αποκρύπτουν οι αιτούντες τον γενετήσιο προσανατολισμό τους θα μπορούσε να θεωρηθεί πράξη διώξεως.

65. Πρέπει να αναμένεται οι ομοφυλόφιλοι αιτούντες καθεστώς πρόσφυγα να επιστρέψουν και να επιδείξουν συγκράτηση στη χώρα καταγωγής τους;

66. Δεν το νομίζω.

67. Πρώτον, για μένα δεν είναι σαφές κατά ποιον τρόπο, εννοιολογικά, μια τέτοια προϋπόθεση θα μπορούσε να συνάδει με το όλο σύστημα της οδηγίας (ή μάλιστα της Συμβάσεως της Γενεύης). Η οδηγία θέτει τις ελάχιστες απαιτήσεις για τον χαρακτηρισμό υπηκόων τρίτων χωρών ή ανιθαγενών ως προσφύγων (άρθρο 1). Για να αξιολογήσει αν ο συγκεκριμένος αιτών ικανοποιεί τις ελάχιστες αυτές απαιτήσεις, το κράτος μέλος εξετάζει τα πραγματικά περιστατικά και τις συνθήκες (άρθρο 4) προκειμένου να καθορίσει αν ο αιτών υποβλήθηκε ή κινδυνεύει να υποβληθεί σε πράξεις διώξεως ή υπέστη ή κινδυνεύει να υποστεί σοβαρή βλάβη (όπως ορίζεται στο άρθρο 9) για συγκεκριμένους λόγους διώξεως (όπως ορίζονται στο άρθρο 10). Αν ο αιτών έχει βάσιμο φόβο ότι θα διωχθεί κατά αυτόν τον τρόπο, έχει δικαίωμα να του παρασχεθεί το καθεστώς πρόσφυγα. Σε κανένα σημείο του όλου συστήματος της οδηγίας δεν μπορεί κανείς να βρει στοιχεία για να υποστηρίξει ότι η ανάγκη παροχής του καθεστώτος πρόσφυγα μπορεί να αποφευχθεί μόνον αν ο αιτών «παύσει να προκαλεί» τους φορείς διώξεως με το να είναι ο εαυτός του.

68. Δεύτερον, είναι αλήθεια ότι δεν μπορεί να αναμένεται ότι ένα πρόσωπο που ζητεί άσυλο λόγω του ομοφυλοφιλικού προσανατολισμού του θα έχει τη δυνατότητα να ζητήσει στη χώρα καταγωγής του κατά τον ίδιο τρόπο που θα μπορούσε να ζητήσει στις Κάτω Χώρες⁴¹. Κατόπιν αυτού, το να καθοριστεί πόση «συγκράτηση» πρέπει α) να απαιτείται να επιδείξει ο αιτών για να είναι ασφαλής πίσω στη χώρα καταγωγής του ενώ β) θα διαφυλάσσεται το θεμελιώδες δικαίωμα του οποίου η άρνηση δικαιολογεί την παροχή καθεστώτος πρόσφυγα νομίζω ότι είναι μια διαδικασία εγγενώς υποκειμενική και ικανή να οδηγήσει σε αυθαίρετα αποτελέσματα και όχι σε ασφάλεια δικαίου. Το ίδιο το εθνικό δικαστήριο αναφέρει στην απόφασή του περί παραπομπής ότι ο υπουργός δεν μπορεί να καθορίσει εκ των προτέρων τον βαθμό συγκρατήσεως που δύναται να αναμένεται. Για μένα, από μόνη της η δήλωση αυτή δείχνει ότι στην πράξη μια τέτοια προσέγγιση θα ήταν ανεφάρμοστη.

40 — Βλ. σημείο 13 των προτάσεών μου.

41 — Βλ. π.χ. προαναφερθείσα στην υποσημείωση 33 απόφαση F. κατά Ηνωμένου Βασιλείου.

69. Τρίτον, το να λεχθεί ότι όλα θα είναι καλά αν ο αιτών συμπεριφερθεί με διακριτικότητα κατά την επιστροφή του συνιστά άγνοια της πραγματικότητας. Η διακριτικότητα δεν είναι ασφαλής προστασία από την αποκάλυψη και τη συνακόλουθη εκβίαση ή δίωξη.

70. Πάνω σε αυτή τη βάση, παρέλκει η απάντηση στο υποερώτημα (τι είναι ο «σκληρός πυρήνας» του γενετήσιου προσανατολισμού). Πάντως, χάριν πληρότητας, προσθέτω τις ακόλουθες παρατηρήσεις.

71. Αντιλαμβάνομαι ότι ο όρος «σκληρός πυρήνας» απορρέει από την απόφαση Υ και Ζ, όπου το Δικαστήριο εξέτασε αν τα θεμελιώδη δικαιώματα των αιτούντων προσβλήθηκαν από περιορισμούς που επιβάλλονταν στην άσκηση του δικαιώματος θρησκευτικής ελευθερίας. Δεν είμαι πεπεισμένη ότι ο όρος αυτός δύναται να μεταφερθεί στο πλαίσιο της εξωτερικεύσεως του γενετήσιου προσανατολισμού. Νομίζω ότι κάποιος είτε έχει είτε δεν έχει γενετήσιο προσανατολισμό⁴². Δεν υπάρχει «σκληρός πυρήνας» ή «κέντρο» που να μπορεί να θεωρηθεί ως τέτοιος. Έτσι, δύσκολα μπορώ να δεχθώ ότι είναι δυνατόν να προσδιοριστεί ο σκληρός πυρήνας της εξωτερικεύσεως του γενετήσιου προσανατολισμού. Ούτε νομίζω ότι αυτό είναι μια ατραπός την οποία θα πρέπει να ακολουθήσει το Δικαστήριο.

72. Γενικότερα, όμως, θεωρώ ότι εδώ η συλλογιστική του Δικαστηρίου στην απόφαση Υ και Ζ έχει εφαρμογή κατ' αναλογία⁴³. Στο γράμμα των άρθρων 9 και 10 της οδηγίας δεν υπάρχει βάση για μια προσέγγιση «σκληρού πυρήνα». Το άρθρο 9 αναφέρει τα δικαιώματα από τα οποία κατά την ΕΣΔΑ δεν χωρεί παρέκκλιση· αυτό πρέπει να είναι το σημείο αναφοράς για την αξιολόγηση των πράξεων διώξεως. Δεν υπάρχει τίποτα που να δείχνει ότι πρέπει να γίνει διάκριση μεταξύ διαφορετικών μορφών εξωτερικεύσεως, ή μάλιστα περιπτώσεων εξωτερικεύσεως που δεν είναι σεξουαλικές πράξεις ή πράξεις αγάπης. Εξ ορισμού, προσέγγιση στηριζόμενη σε τέτοια προκειμένη μπορεί να οδηγήσει σε αυθαιρεσίες.

73. Το τελευταίο υποερώτημα είναι αν εν γένει το δίκαιο της Ένωσης και ειδικότερα η οδηγία αποκλείουν να γίνει διάκριση όσον αφορά την προστασία που δικαιούνται αλλοδαποί, αναλόγως του αν ο γενετήσιος προσανατολισμός τους είναι ομοφυλοφιλικός ή ετεροφυλοφιλικός.

74. Κατά ποιον τρόπο πρέπει οι αιτήσεις καθεστώτος πρόσφυγα να αξιολογούνται όταν οι φερόμενες πράξεις διώξεως καταλαμβάνουν τόσο τους ομοφυλόφιλους όσο και τους ετεροφυλόφιλους;

75. Ας υποθεθεί ότι σε συγκεκριμένη τρίτη χώρα οποιαδήποτε δημόσια εκδήλωση αγάπης μεταξύ δύο προσώπων (όπως το κράτημα από το χέρι ή το φίλημα) απαγορεύεται και ότι κατά τον νόμο η κύρωση σε περίπτωση καταδίκης για τέτοιο αδίκημα κυμαίνεται (αναλόγως της περιπτώσεως) από πρόστιμο μέχρι μαστίγωμα. Το νομοθετικό μέτρο που ποινικοποιεί και τιμωρεί μια τέτοια συμπεριφορά έχει σχεδιαστεί για να εφαρμόζεται εξίσου στους ετεροφυλόφιλους και στους ομοφυλόφιλους. Ας υποθεθεί ότι ένα πρόσωπο ομοφυλοφιλικού προσανατολισμού εγκαταλείπει τη χώρα αυτή και έρχεται σε κράτος μέλος της ΕΕ ζητώντας άσυλο. Δεν θα ήταν αμέσως φανερό ότι ένας τέτοιος αιτών θα υπέκειτο σε δίωξη απλώς και μόνο λόγω του γενετήσιου προσανατολισμού του. Πάντως, αν αυτός μπορούσε να δείξει ότι στην πράξη το μέτρο εκτελείται τακτικά, ή επισύρει τις αυστηρότερες κυρώσεις όταν εμπλέκονται ομοφυλόφιλοι (και ότι στην πράξη οι ετεροφυλόφιλοι εν γένει μπορούν να περπατούν στον δρόμο χέρι-χέρι ή να φιλιούνται δημόσια χωρίς να τιμωρηθούν ή ότι απαρεγκλίτως τιμωρούνται με ήσσονα πρόστιμα), θα ήταν πιο πιθανό να μπορέσει να αποδείξει ότι αποτελεί μέρος ιδιαίτερης κοινωνικής ομάδας υπό την έννοια του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο

42 — Η αγαμία, ως εσκεμμένη μη εξωτερίκευση (με σωματικό τρόπο) του γενετήσιου προσανατολισμού ενός προσώπου, δύναται να επιλεγεί προαιρετικά για ορισμένους λόγους· αλλά δεν μπορεί να επιβληθεί χωρίς άρνηση αυτής ταύτης της υπάρξεως σεξουαλικής προσωπικότητας.

43 — Βλ. σημεία 38 έως 52 και 62 έως 68 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα Υ. Bot στην προαναφερθείσα στην υποσημείωση 17 υπόθεση Υ και Ζ.

δ', της οδηγίας. Τότε θα ήταν αναγκαίο να εξεταστεί αν οι διώξεις και οι κυρώσεις που στερεότυπα επιβάλλονται σε ομοφυλόφιλο που έχει κηρυχθεί ένοχος καταλήγουν σε πράξεις διώξεως υπό την έννοια του άρθρου 9, παράγραφος 1, της οδηγίας (στο παράδειγμά μου και κατά την εκτίμησή μου, η απάντηση πρέπει να είναι ναι).

76. Συγκεντρώνοντας τα νήματα των απαντήσεών μου στα διάφορα υποερωτήματα του εθνικού δικαστηρίου, θεωρώ ότι στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι, κατά την αξιολόγηση του αν η ποινικοποίηση της εξωτερικεύσεως της ομοφυλοφιλικής ως εξωτερικεύσεως του γενετήσιου προσανατολισμού είναι πράξη διώξεως υπό την έννοια του άρθρου 9, παράγραφος 1, της οδηγίας, οι αρμόδιες αρχές κράτους μέλους πρέπει να εξετάζουν αν ο αιτών κινδυνεύει να υποβληθεί σε πράξεις, ή στη σώρευση διαφόρων μέτρων, που λόγω της φύσεώς τους ή της επαναλήψεώς τους είναι αρκούντως σοβαρές ώστε να συνιστούν σοβαρή προσβολή βασικών ανθρώπινων δικαιωμάτων.

Πρόταση

77. Κατά συνέπεια, είμαι της γνώμης ότι το Δικαστήριο πρέπει να απαντήσει στα ερωτήματα του Raad van State ως εξής:

- 1) Οι αιτούντες καθεστώς πρόσφυγα που έχουν ομοφυλοφιλικό προσανατολισμό δύνανται, αναλόγως των συνθηκών στη χώρα καταγωγής τους, να αποτελέσουν ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα υπό την έννοια του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της οδηγίας 2004/83/EK του Συμβουλίου, της 29ης Απριλίου 2004, για θέσπιση ελάχιστων απαιτήσεων για την αναγνώριση και το καθεστώς των υπηκόων τρίτων χωρών ή των απάτριδων ως προσφύγων ή ως προσώπων που χρήζουν διεθνούς προστασίας για άλλους λόγους. Στο εθνικό δικαστήριο απόκειται να αξιολογήσει αν μια τέτοια ομάδα έχει «ιδιαίτερη ταυτότητα», στην περίπτωση της χώρας καταγωγής κάθε αιτούντος, «διότι γίνεται αντιληπτή ως διαφορετική ομάδα από τον περιβάλλοντα κοινωνικό χώρο», υπό την έννοια της δεύτερης υποπεριπτώσεως της διατάξεως αυτής.
- 2) Αυτή καθ' εαυτή η ποινικοποίηση ομοφυλοφιλικών πράξεων δεν αποτελεί πράξη διώξεως υπό την έννοια του άρθρου 9, παράγραφος 1, της οδηγίας. Στις αρμόδιες εθνικές αρχές απόκειται να εκτιμούν, υπό το πρίσμα των συνθηκών που υπάρχουν στη χώρα καταγωγής του αιτούντος και, ειδικότερα, έχουν σχέση με:

- τον κίνδυνο και τη συχνότητα διώξεως·
- σε περίπτωση επιτυχούς διώξεως, τη βαρύτητα της κυρώσεως που συνήθως επιβάλλεται· και
- οποιαδήποτε άλλα μέτρα και κοινωνικές πρακτικές στα οποία ο αιτών εύλογα μπορεί να φοβάται ότι θα υποβληθεί,

αν ο συγκεκριμένος αιτών κινδυνεύει να υποβληθεί είτε σε πράξεις που λόγω της φύσεως ή της επαναλήψεώς τους είναι αρκούντως σοβαρές ώστε να συνιστούν σοβαρή προσβολή ανθρώπινων δικαιωμάτων είτε στη σώρευση διαφόρων μέτρων, στα οποία περιλαμβάνονται προσβολές ανθρώπινων δικαιωμάτων, η οποία ομοίως είναι αρκούντως σοβαρή ώστε να θίγει τον αιτούντα.

- 3) Κατά την αξιολόγηση του αν η ποινικοποίηση της εξωτερικεύσεως της ομοφυλοφιλικής ως εξωτερικεύσεως του γενετήσιου προσανατολισμού είναι πράξη διώξεως υπό την έννοια του άρθρου 9, παράγραφος 1, της οδηγίας, οι αρμόδιες αρχές κράτους μέλους πρέπει να εξετάζουν αν ο αιτών κινδυνεύει να υποβληθεί σε πράξεις, ή στη σώρευση διαφόρων μέτρων, που λόγω της φύσεώς τους ή της επαναλήψεώς τους είναι αρκούντως σοβαρές ώστε να συνιστούν σοβαρή προσβολή βασικών ανθρώπινων δικαιωμάτων.