



## Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK  
YVES BOT  
esitatud 19. aprillil 2012<sup>1</sup>

**Liidetud kohtuasjad C-71/11 ja C-99/11**

**Bundesrepublik Deutschland**  
**versus**  
**Y (C-71/11),**  
**Z (C-99/11)**

(eelotsusetaotlused, mille on esitanud Bundesverwaltungsgericht (Saksamaa))

Direktiiv 2004/83/EÜ — Miinimumnõuded, mida kolmandate riikide kodanikud ja kodakondsuseta isikud peavad täitma, et saada pagulase staatus — Pagulasseisundi andmise tingimused — Artikkel 9 — Mõiste „tagakiusamisaktid” — Põhjendatud tagakiusamishirmu esinemine — Usuvabaduse raske rikkumine — Ahmadiyya usurühmitusse kuuluvad Pakistani kodanikud — Pakistani ametiasutuste meetmed, mille eesmärk on piirata õigust oma usku avalikult väljendada

1. Eelotsusetaotlustega palutakse Euroopa Kohtul kindlaks määrata, millised aktid võivad endast kujutada tagakiusamisakte usuvabaduse raske rikkumise kontekstis. Tegemist on põhimõttelise küsimusega, kuna sellele küsimusele antavast vastusest sõltub, kes varjupaigataotlejatest võib saada pagulasseisundi ja rahvusvahelise kaitse direktiivi 2004/83/EÜ<sup>2</sup> tähenduses.

2. Eelotsusetaotlused on esitatud vaidlustes, mille pooled on Bundesrepublik Deutschland (Saksamaa Liitvabariik), keda esindab Bundesministerium des Inneren (liitvabariigi siseministeerium), keda omakorda esindab Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (liitvabariigi migratsiooni- ja pagulasamet),<sup>3</sup> ning Y (C-71/11) ja Z (C-99/11), kaks Pakistani kodanikku, kes taotleavad pagulasseisundit. Kõnealused kaks isikut on aktiivsed liikmed Ahmadiyya usurühmituses, mis on islami uuendusliikumine, mida Pakistanis enamuses olevad sunniidi moslemid ei ole pika aja jooksul tunnistanud ja mille usuline tegevus on Pakistani karistusseadustiku kohaselt rangelt piiratud. Näiteks ei või Y ja Z oma usku avalikult kuulutada, ilma et sellist tegevust võidaks pidada pühaduseteotuseks, mille eest on karistusseadustiku sätete kohaselt ette nähtud vangistus või lausa surmanuhtlus.

3. Bundesverwaltungsgericht (Saksamaa) esitab Euroopa Kohtule sisuliselt kolm küsimust. Esiteks küsib kõnealune kohus, mil määral võib see, kui on rikutud usuvabadust ja eelkõige isiku õigust vabalt ja täielikult oma usutavade kohaselt elada, endast kujutada tagakiusamisakti direktiivi artikli 9 lõike 1 punkti a tähenduses.

4. Seejärel küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtult, kas tagakiusamisakti mõiste ei peaks piirduma üksnes rikkumistega, mis puudutavad usuvabaduse nn tuuma.

1 — Algkeel: prantsuse.

2 — Nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiiv miinimumnõuete kohta, mida kolmandate riikide kodanikud ja kodakondsuseta isikud peavad täitma, et saada pagulase või muul põhjusel rahvusvahelist kaitset vajava isiku staatus, ja antava kaitse sisu kohta (ELT L 304, lk 12, ja parandus ELT 2005, L 204, lk 24; ELT eriväljaanne 19/07, lk 96; edaspidi „direktiiv”).

3 — Edaspidi „Bundesamt”.

5. Lõpuks küsib ta Euroopa Kohtult, kas pagulase kartus tagakiusamise ees on direktiivi artikli 2 punkti c tähenduses põhjendatud juhul, kui pagulane kavatseb päritoluriiki tagasipöördumisel teha usulisi toiminguid, mis seavad ohtu tema elu, vabaduse või tervise, või saab kõnealuselt isikult vastupidi oodata, et ta nende tegemisest loobub.

## I. Liidu õiguslik raamistik

6. Euroopa ühine varjupaigasüsteem põhineb pagulasseisundi konventsiooni<sup>4</sup> täielikul ja üldisel kohaldamisel ning Euroopa Liidu põhiõiguste hartaga<sup>5</sup> tunnustatud õiguste ja põhimõtete järgimisel.

7. Direktiivi eesmärk on kõnealuse süsteemi raames sätestada kõikidele liikmesriikidele kehtivad miinimumnõuded ja ühised kriteeriumid varjupaigataotlejate tunnustamiseks pagulastena Genfi konventsiooni artikli 1 tähenduses. Liikmesriikidel on järelikult vabadus kehtestada või säilitada soodsamaid norme, mille alusel otsustada, kes vastab pagulasseisundi andmise nõuetele, kui need normid on kooskõlas direktiiviga.<sup>6</sup>

8. Mõiste „pagulane” on direktiivi artikli 2 punktis c määratletud samalaadses sõnastuses nagu Genfi konventsiooni artikli 1 jaotise A lõike 2 esimeses lõigus järgmiselt:

„*pagulane* – kolmanda riigi kodanik, kes põhjendatud kartuse tõttu rassilise, usulise, rahvusel, poliitilistel vaadetel või teatavasse sotsiaalsesse gruppi kuulumisel põhineva tagakiusamise ees viibib väljaspool kodakondsuse riiki ja ei saa või kõnealuse kartuse tõttu ei taha anda ennast nimetatud riigi kaitse alla [...]”.

9. Genfi konventsiooni koostajad otsustasid tagakiusamisakti mõiste määratlemata jätta. Nimetatud mõiste on direktiivi artikli 9 lõikes 1 määratletud järgmiselt:

„Tagakiusamisaktid Genfi konventsiooni artikli 1 A tähenduses peavad:

- a) olema olemuse või kordumise poolest piisavalt tõsised, et need kujutaksid endast põhiliste inimõiguste rasket rikkumist, eelkõige õiguste rikkumist, mille suhtes ei saa teha inimõiguste ja põhivabaduste Euroopa konventsiooni [7] artikli 15 lõike 2 alusel erandit; või
- b) olema kogum mitmesugustest meetmetest, sealhulgas inimõiguste rikkumisest, mis on piisavalt raske, et mõjutada isikut samal viisil, nagu nimetatud punktis a.”

10. Direktiivi artikli 9 lõikes 2 on esitatud mitteammendav nimekiri aktidest, mis võivad selle määratluse alla kuuluda. Kõnealuste aktide hulka kuuluvad eelkõige „füüsilise või vaimse vägivalda, sealhulgas seksuaalse vägivalda aktid”, „õigus-, haldus-, politsei- ja/või kohtumeetmed, mis on olemuslikult diskrimineerivad või mida rakendatakse diskrimineerival viisil”, või „süüdimõistmine või karistamine, mis on ebaoproportsionaalne või diskrimineeriv”.

11. Lisaks on direktiivi artikli 9 lõikes 3 sätestatud nõue, et tagakiusamisaktide ja direktiivi artiklis 10 nimetatud põhjuste vahel peab olema seos. Kõnealuseid põhjuseid on viis, nende hulgas ka usutunnistus.

4 — Kõnealune konventsioon allkirjastati Genfis 28. juulil 1951 (*Recueil des traités des Nations unies*, 1954, 189. kd, nr 2545, lk 150 (edaspidi „Genfi konventsioon”)) ning see jõustus 22. aprillil 1954. Seda täiendati 31. jaanuaril 1967 pagulasseisundi protokolliga, mis jõustus 4. oktoobril 1967. Huvitav on tutvuda ka ÜRO Pagulaste Ülemkomissari Ameti (UNHCR) poolt 1992. aasta jaanuaris koostatud käsiraamatuga pagulasseisundi kindlaksmääramise menetluse ja kriteeriumide kohta pagulasseisundi 1951. aasta konventsiooni ja 1967. aasta protokollil alusel, mis on kättesaadav veebiaadressil <http://unhcr.org/refworld/docid/3ae6b32b0.html>.

5 — Edaspidi „harta”. Vt ETL artikli 78 lõige 1, harta artikkel 18 ja direktiivi põhjendus 10.

6 — Direktiivi artikkel 3.

7 — Kõnealune konventsioon allkirjastati Roomas 4. novembril 1950 (edaspidi „EIÕK”).

12. Vastavalt direktiivi artikli 10 lõike 1 punktile b):

„[...]”

- b) usutunnistuse mõiste hõlmab eelkõige teistlikke, mitteteistlikke ja ateistlikke uskumusi, osalemist või hoidumist eraviisilistest või avalikest formaalsetest üksinda või ühiselt läbiviidavatest jumalateenistustest, muudest religioossetest tegevustest või seisukohtade väljendustest või isikliku või ühiskondliku käitumise vormidest, mis põhinevad või tulenevad mõnest religioosset uskumusest”.

## II. Põhikohtuasjad ja eelotsuse küsimused

13. Bundesamt jättis varjupaigataotlused, mis Y (C-71/11) ja Z (C-99/11) esitasid Grundgesetz'i (põhiseadus) artikli 16a lõike 1 alusel, rahuldamata vastavalt 4. mai 2004. aasta ja 8. juuli 2004. aasta otsustega. Bundesamt leidis, et ei olnud piisavalt tõendeid, mis võimaldaksid väita, et asjaomased isikud lahkusid oma päritoluriigist põhjendatud tagakiusamishirmu tõttu.

14. Siiski otsustas Oberverwaltungsgericht Verwaltungsgerichti otsuseid läbi vaadates 13. novembril 2008, et kuna Y ja Z on aktiivsed ahmaadid, ähvardab neid tagakiusamise oht Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet'i (välismaalaste liitvabariigi territooriumile sisenemise ja riigis elamise seadus) 25. veebruaril 2008 avaldatud redaktsiooni § 60 lõike 1 esimese lause<sup>8</sup> tähenduses, ning et juhul, kui nad pöörduvad tagasi oma päritoluriiki, ei saa nad oma usutavasid avalikult järgida ilma, et see ohustaks nende elu, isikupuutumust ja vabadust.

15. Bundesverwaltungsgerichtile esitati mõlemas kohtuasjas kassatsioonkaebus. Kõnealune kohus kahtleb direktiivi tõlgendamises eelkõige seetõttu, et Saksa kohtute praktikas esineb erinevusi.

16. Seetõttu toob kõnealune kohus kohtuasjas C-99/11 esitatud eelotsusetaotluse raames välja kaks kohtupraktika suunda.<sup>9</sup> Esimene suund, mida kaitsevad Bundesamt ja Bundesbeauftragter für Asylangelegenheiten (varjupaiga küsimuste volinik), pärineb direktiivi jõustumisele eelnevast ajast ning selles piirdub tagakiusamise mõiste tegudega, mis rikuvad usuvabaduse nn tuuma või inimesele n-ö eluliselt vajalikku usulist miinimumi. Nimetatud tuum koosneb ühelt poolt igäühe õigusest tunnistada vabalt valitud usku või ühtegi usku mitte tunnistada ja teiselt poolt õigust väljendada oma usku eraviisiliselt või sama usu tunnistajate hulgas.<sup>10</sup> Selle kohtupraktika kohaselt ei kujuta sellised usu avaliku väljendamise piirangud nagu on kehtestatud Ahmadiyya usurühmituse liikmetele, endast usuvabaduse piisavalt rasket rikkumist, et pidada neid tagakiusamisaktiks, välja arvatud juhul, kui isiku elu, puutumust või vabadust on juba ähvardatud. Kui seda ei ole juhtunud, eeldavad ametiasutused, et isik käitub päritoluriiki tagasipöördumisel mõistlikult ning hoidub oma usu avalikust väljendamisest või piirab seda.

17. Teist kohtupraktika suunda järgivad alates direktiivi jõustumisest Oberverwaltungsgericht ja teised Saksa halduskohtud. Selle eesmärk on hõlmata tagakiusamise mõistega rikkumised, mille ajendiks on teatavate usutavade avalik järgmine. Sellisel juhul võib olla tegemist tavadega, mis on isiku jaoks eriti olulised ja/või usulises doktriinis kesksed.

8 — *BGBI.* 2008 I, lk 162. Kõnealuses sättes on ette nähtud, et „[Genfi] konventsiooni kohaselt ei saadeta välismaalast riigist välja sellisesse riiki, kus tema elu või vabadus on ohus rassi, usu, kodakondsuse, sotsiaalsesse gruppi kuulumise või poliitiliste veendumuste pärast.”

9 — Vt ka kaalutlused, mis Bundesverwaltungsgericht on esitanud 5. märtsi 2009. aasta kohtuotsuses (BVerwG 10 C 51.07), mis on kättesaadav inglise keeles kõnealuse kohtu veebilehel (<http://www.bverwg.de>).

10 — See kohtupraktika selgitab märkusi, mis Saksamaa Liitvabariik esitas direktiivi vastuvõtmisele eelnenud tööde käigus, eelkõige neid, mis puudutavad direktiivi artikli 10 lõike 1 punkti b. Saksamaa Liitvabariik mainib, et „Genfi konventsiooniga kaitstakse usutavade eraviisilist järgimist, kuid mitte nende avalikku järgimist” (vt Euroopa Liidu Nõukogu veebilehel numbri 7882/02 all leitava dokumendi artikli 12 punkt b).

18. Neil asjaoludel ning kahtluste hajutamiseks otsustas Bundesverwaltungsgericht menetluse peatada ning esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused, mis on kohtuasjades C-71/11 ja C-99/11 sõnastatud peaaegu identselt:

- „1) Kas direktiivi [...] artikli 9 lõike 1 punkti a tuleb tõlgendada nii, et tagakiusamisakt nimetatud sätte tähenduses ei ole usuvabaduse mis tahes riive, millega rikutakse EIÖK artiklit 9, vaid usuvabaduse kui põhilise inimõiguse raske rikkumisega on tegemist üksnes siis, kui rikkumine puudutab selle tuuma?
- 2) Kui vastus esimesele küsimusele on jaatav:
- a) Kas usuvabaduse tuum on piiratud usu tunnistamise ja usuliste toimingute tegemisega kodus ja naabruskonnas või võib tagakiusamisakt direktiivi [...] artikli 9 lõike 1 punkti a tähenduses seisneda ka selles, et usutavade avalik järgimine toob päritoluriigis kaasa ohu elule, kehalisele puutumatusse või füüsilisele vabadusele, mistõttu taotleja sellest loobub?
- b) Juhul kui usuvabaduse tuum võib hõlmata ka teatavate usuliste toimingute avalikku tegemist:
- Kas sellisel juhul on usuvabaduse raskeks rikkumiseks piisav, et taotleja peab usuliste toimingute tegemist enda usulise identiteedi säilitamiseks hädavajalikuks,
  - või on lisaks nõutav, et usurühmitus, kuhu taotleja kuulub, käsitab kõnealuseid usulisi toiminguid oma usukäsituse keskse osana,
  - või võib teistest asjaoludest, näiteks päritoluriigis kujunenud üldisest olukorrast tuleneda täiendavaid piiranguid?
- 3) Kas põhjendatud kartusega tagakiusamise ees direktiivi [...] artikli 2 punkti c tähenduses on tegemist siis, kui on tuvastatud, et taotleja asub pärast päritoluriiki tagasipöördumist tegema teatavaid – usuvabaduse tuumast välja jäävaid – usulisi toiminguid, kuigi need toovad kaasa ohu tema elule, kehalisele puutumatusse või füüsilisele vabadusele, või on taotlejalt mõistlik oodata, et ta sellistest toimingutest edaspidi loobub?”

19. Märkused esitasid põhikohtuasjade pooled, Saksamaa, Prantsuse ja Madalmaade valitsus ning Euroopa Komisjon.

### III. Kohtujuristi analüüs

#### A. Sissejuhatavad märkused

20. Direktiivi artikli 2 punkti c kohaselt eeldab pagulasseisundi andmine, et kolmanda riigi kodanikul on *põhjendatud kartus* rassilise, usulise, rahvusel, poliitilistel vaadetel või teatavasse sotsiaalsesse gruppi kuulumisel põhineva *tagakiusamise ees* <sup>11</sup> oma päritoluliikmesriigis.

21. Pagulasseisundi andmiseks peab varjupaigataotluse läbivaatamise eest vastutav asutus seega jõudma järeldusele, et asjaomast isikut kiusatakse taga või ähvardab teda tagakiusamise oht.

11 — Kohtujuristi kursiiv.

22. Direktiivi artiklite 9 ja 10 koostoimest tuleneb, et tagakiusamise mõiste koosneb kahest osast. Esimene osa on reaalne. See on direktiivi artiklis 9 määratletud „tagakiusamisakt”. See osa on otsustava tähtsusega, kuna sellel põhineb isiku kartus ning see selgitab, miks isik ei saa või ei taha anda ennast oma päritoluriigi kaitse alla. Teine osa on vaimne. Tegemist on direktiivi artiklis 10 viidatud põhjusega, miks akt või aktid toime pannakse või meetmed võetakse.

23. Varjupaigataotluse läbivaatamise eest vastutav asutus peab seejärel rahvusvahelise kaitse taotluse faktidele ja asjaoludele antud hinnangu alusel kontrollima, kas pagulase kartus tagakiusamise ees päritoluriiki tagasipöördumisel on põhjendatud.

24. Eelotsuse küsimustega palub eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtul täpsustada mõlema nimetatud tingimuse ulatust usuvabaduse rikkumisele tugineva varjupaigataotluse kontekstis.

25. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimustele antava vastuse tähtsus on selge.

26. Tuleb kindlaks määrata, millistel varjupaigataotlejatel on tõepoolest alust karta „tagakiusamisakte” usuvabaduse rikkumise tõttu ning seega võimalus taotleda pagulasseisundit.

27. See võimaldab Euroopa Kohtul määrata esiteks kindlaks kõikidele liikmesriikidele ühised kriteeriumid, mille alusel hinnata iga usutunnistusele tuginevat rahvusvahelise kaitse taotlust, ning ühtlasi tuua välja miinimumtaseme, allpool mida ei saa liikmesriigid keelduda tunnustamast tagakiusamisakti esinemist varjupaigataotleja puhul, kelle usuvabadust piiratakse tema päritoluliikmesriigi märkimisväärselt.

28. Eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimustele antav vastus peab lähtuma eesmärgist, mida liidu seadusandja taotleb Euroopa ühise varjupaigasüsteemi raames. Tuleb meeles pidada, et eesmärk ei ole tagada kaitset iga kord, kui isik ei saa päritoluliikmesriigis täielikult ja tõhusalt kasutada talle hartaga või EIÕK-ga antud garantiisid, vaid anda pagulasseisund vaid isikutele, keda ähvardab tõsine kõige põhilisematest õigustest ilmajätmine või nende süstemaatiline rikkumine ja kelle elu päritoluriigis on muutunud väljakannatamatuks.

29. Seetõttu on hädavajalik eristada tagakiusamisakti mõistet kõikidest muudest diskrimineerivatest meetmetest. Niisiis tuleb teha vahet olukorra vahel, kus isiku üht põhiõigust piiratakse või teda diskrimineeritakse selle kasutamisel ning isiku emigreerumise põhjus on isiklik mugavus või elutingimuste või sotsiaalse staatuse parandamine, ning sellise olukorra vahel, kus isiku õigusi piiratakse sel määral, et tal on oht ilma jääda kõige põhilisematest õigustest, ilma et päritoluriik teda kaitseks.

#### B. *Esimene küsimus*

30. Esimese küsimusega palub eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtul sisuliselt selgitada, kas ja vajaduse korral mil määral kujutab akt, mis piirab usuvabadust ja eelkõige igäühe õigust oma usku väljendada, endast „tagakiusamisakti” direktiivi artikli 9 lõike 1 punkti a tähenduses.

31. Sellele küsimusele vastamine eeldab minu arvates, et kõigepealt analüüsitakse küsimust, kas isikult saab nõuda, et ta piiraks oma usu väljendamise teatavaid aspekte sellega, mida eelotsusetaotluse esitanud kohus nimetab tuumaks. Nimelt juhul, kui on võimalik vastata jaatavalt, mõjutab see otseselt direktiivi artikli 9 lõike 1 punkti a kohaldamisala.

#### 1. Õigus usuvabadusele direktiivi raames

32. Usuvabadus on Euroopa Liidus sätestatud harta artikli 10 lõikega 1. See õigus on samas sõnastuses tagatud ka EIÕK artikli 9 lõikega 1. Harta artikli 52 lõike 3 kohaselt tuleb kõnealuse õiguse tähendus ja ulatus seega kindlaks määrata vastavalt Euroopa Inimõiguste Kohtu asjakohasele praktikale.<sup>12</sup>

33. Euroopa Inimõiguste Kohus leiab, et usuvabadus on demokraatliku ühiskonna üks alustalasisid. Kõnealuse kohtu hinnangul on selle näol tegemist usklike identiteedi ja elukäsituse põhielemendiga ning ateistide, agnostikute, skeptikute või usuleigete jaoks on see väärtuslik hüve.<sup>13</sup>

34. Ühelt poolt kuulub usuvabadus inimese sisemisse sfääri, see tähendab, et tegemist on vabadusega uskuda, mitte uskuda või usku vahetada. Usu mõistet tõlgendatakse laialt, kuna nagu nähtub direktiivi artikli 10 lõike 1 punktist b, hõlmab see nii teistlikke, mitteteistlikke kui ka ateistlikke uskumusi. See hõlmab nii traditsioonilisi uske nagu katoliiklus ja islam kui ka uuemaid ja vähemuses olevaid uske.

35. See usuvabaduse koostisosa kuulub absoluutse kaitse alla.

36. Teiselt poolt tähendab usuvabadus vabadust oma usku väljendada. Seda võib teha väga erinevat moodi, kuna usku võib väljendada üksi või koos teistega, eraviisiliselt või avalikult, kultuse, õpetamise, tavade või kombetalituste sooritamiseega.

37. Vabadus usku väljendada seevastu ei ole absoluutne. Nimetatud vabadus ei kaitse ükskõik millist tegu, mida põhjendatakse usu või veendumusega või mida need on innustanud, ning see ei taga alati õigust käituda nii, nagu usuline veendumus ette näeb.<sup>14</sup> Lisaks võib sellele seada riiklikul tasemel piiranguid tingimustel, mis on sõnaselgelt nimetatud harta artikli 52 lõikes 1 ja EIÕK artikli 9 lõikes 2.

38. Kas sellisel juhul on võimalik uskude puhul eristada nn tuuma, mille siseriiklikud asutused peaksid kindlaks määrama nii, et selle üle teostavad kontrolli siseriiklikud kohtud ja Euroopa Kohus, kellelt siseriiklikud kohtud paluvad eelotsusetaotlust, nagu käesoleval juhul?

39. Minu vastus sellele küsimusele on eitav mitmel põhjusel.

40. Esiteks on selline lähenemisviis minu arvates vastuolus direktiivi artiklitega 9 ja 10.

41. Esmajärjekorras on igapähele selge, et olenemata eristamise teostajate ülimalt hoolikusest sisaldab selline üritus juba oma olemuselt meelevaldsuse ohtu. Sellest siis oht – või kindlus – et arvamusi on sama palju kui asjassepuutuvaid isikuid. Selline suhtelisus niivõrd põhilise ja igapähe jaoks isikliku mõiste määramisel ei ole kindlasti kooskõlas direktiivi eesmärgiga tuua välja ühtne miinimumtase, millest kõik aru saavad.

42. Selle kohta märkis Euroopa Inimõiguste Kohus eespool viidatud otsuses *Leyla Şahin vs. Türgi*, mis puudutas islami pearäti kandmist Istanbuli ülikoolis (Türgi), et „ei ole võimalik tuvastada kogu Euroopas ühtset arusaama usu tähendusest ühiskonnas [...] ning usulise veendumuse avaliku väljendamise tähendus ja mõju on erinevad sõltuvalt ajastust ja kontekstist.”<sup>15</sup> Ammugi ei ole see siis võimalik kogu maailmas ja läbi aegade. Usk ei tähenda mitte üksnes veendumust, vaid eeldab ka identiteedilt ühtseid rühmasid, mida seob rassiline kuuluvus või rahvus. Usus segunevad rahvuslikud ja kultuurilised traditsioonid, usk tähendab radikaalseid, konservatiivseid või uuenduslikke tõlgendusi ning hõlmab mitmesuguseid uskumusi, kombetalitusi ja tavasid, mis võivad olla väga olulised ühes usus ning tähtsusetud teises.

43. Kombetalituste sooritamine näiteks võib hõlmata tseremoniaalseid toiminguid, mida seostatakse teatavate eluetappidega, ning mitmesuguseid tavasid, mis on nendele omased, sealhulgas kultusepaikade ehitamine, rituaalsete väljendite ja esemete kasutamine, sümbolite esitlemine ning pidu- ja puhkepäevade pidamine, samuti selliseid tavasid nagu toitumisega seotud ettekirjutuste

13 — Vt Euroopa Inimõiguste Kohtu 13. detsembri 2001. aasta otsus kohtuasjas *Bessaraabia õigeusu kirik jt vs. Moldova* (*Recueil des arrêts et décisions* 2001-XII, punkt 114 jj ning seal viidatud kohtupraktika).

14 — Vt Euroopa Inimõiguste Kohtu 10. novembri 2005. aasta otsus kohtuasjas *Leyla Şahin vs. Türgi* (*Recueil des arrêts et décisions* 2005-XI, punkt 105).

15 — Punkt 109 ja seal viidatud kohtupraktika.

järgimine või usule omaste riiete või peakatete kandmine. Lisaks võivad usu järgimine ja õpetamine eeldada vabadust valida oma usujuhid, vaimulikud ja õpetajad, vabadust pidada koosolekuid, asutada vaimulikke seminare või usukoole, pidada ülal heategevuslikke asutusi ning koostada, trükkida ja levitada väljaandeid.<sup>16</sup>

44. Igal nimetatud aktil on eriline tähtsus olenevalt asjaomase usu ettekirjutustest ja sama kogukonna raames olenevalt isiku omapärast. See selgitab, miks on Pagulaste Ülemvoliniku Ameti arvates usul põhinevad varjupaigataotlused kõige keerulisemad.<sup>17</sup>

45. Kõik nimetatud elemendid räägivad seega usuvabaduse laia tõlgendamise kasuks, mis hõlmaks kõiki nimetatud osiseid, olgu need siis avalikud või eraviisilised, kollektiivsed või individuaalsed.

46. Just see ongi põhjus, miks liidu seadusandja on direktiivi artikli 9 lõikes 1 esile toonud, et tagakiusamisakt tähendab reaalselt akti, mille olemus on kõige objektiivsem kriteerium tagakiusamise hindamiseks, ning seda olenemata vabadusest, mida see riivab, juhul kui akti ajendiks on mõni direktiivi artiklis 10 nimetatud põhjus. Kui näiteks otsustatakse, et nn tuum koosneb sellest, mida ma nimetasin sisemisse sfääri kuuluvaks vabaduseks, oleks seda vabadust tõsiselt riivav akt tagakiusamine, samas kui see ei oleks tagakiusamine juhul, kui karistatakse vaid kõnealuse vabaduse välist väljendamist. Sellel aga puuduks minu arvates igasugune mõte.

47. Lisaks on direktiivi artikli 9 lõike 1 punktis a põhiliste inimõiguste hulgas esile toodud vaid selliseid, mille suhtes ei saa teha erandit. Liidu seadusandja eesmärk ei olnud direktiiviga kaitstud õigusi täiendavalt jaotada, vaid koostada piisavalt avatud ja kohandatav tekst, mis kajastaks tagakiusamise väga erinevaid ja pidevalt muutuvaid vorme.<sup>18</sup> Sellise tõlgenduse kasuks otsustamisega annaksime võimaluse kohaldada seda analoogia alusel ka teistele põhivabadustele ja -õigustele ning tekitaksime ohu, et rahvusvahelise kaitse kohaldamisala kitseneks võrreldes liidu seadusandja kasutatud sõnastusega märkimisväärselt.

48. Lõpuks on usul põhinevate varjupaigataotluste puhul lihtne nentida, et tagakiusamise reaalsed ja vaimse poolega seotud elemendid, millele viidatakse vastavalt direktiivi artiklites 9 ja 10, segunevad omavahel. Seetõttu ei ole mingit objektiivset põhjust teha usuvabaduse kohaldamisalal vahet selle alusel, kas usuvabadus konkretiseerib reaalse tagakiusamisakti vastavalt direktiivi artikli 9 lõike 1 punktile a või on selle põhjuseks direktiivi artikli 10 lõike 1 punkti b alusel.

49. Teiseks ei esine Euroopa Kohtu praktikas ega eelkõige Euroopa Inimõiguste Kohtu praktikas ühtegi elementi, mis võimaldaks väita, et usuvabaduse tuum peaks piirduma sisemise sfääriga ja vabadusega väljendada usku eraviisiliselt või sama usu tunnistajate hulgas, välistades seega usu avaliku väljendamise.

50. Nagu Euroopa Inimõiguste Kohus on leidnud eespool viidatud kohtuotsuses Bessaraabia õigeusu kirik jt vs. Moldova: „[usu] tunnistamine sõnade ja tegudega on seotud usuliste veendumuste olemasoluga.”<sup>19</sup> Usu väljendamist ei saa lahutada usust ning see on usuvabaduse põhiline ois, teostatagu seda siis avalikus või eraviisilises vormis. Nagu Euroopa inimõiguste komisjon on

16 — Vt ÜRO peassaamblee poolt 25. novembril 1981 välja kuulutatud deklaratsiooni igasuguse usul ja veendumustel põhineva sallimatuse ja diskrimineerimise kaotamise kohta artikkel 6 ja ÜRO peassaamblee poolt 16. detsembril 1966 vastu võetud ning 23. märtsil 1976 jõustunud kodaniku- ja poliitiliste õiguste rahvusvahelise pakti artiklit 18 puudutava inimõiguste komitee üldise märkuse nr 22 punkt 4.

17 — Vt lisaks Pagulaste Ülemkomissari Ameti poolt 28. aprillil 2004 koostatud rahvusvahelise kaitse suunised: varjupaigataotlused, mis põhinevad usul 1951. aasta pagulasseisundi konventsiooni artikli 1 jaotise A lõike 2 tähenduses ja/või 1967. aasta pagulasseisundi protokollil tähenduses, mis on kättesaadav veebiaadressil <http://www.unhcr.org/refworld/docid/415a9af54.html>, samuti käesoleva ettepaneku 16. joonealuses märkuses viidatud üldine märkus nr 22.

18 — Vt komisjoni kommentaarid artiklile 11 „Tagakiusamise olemus” (direktiivi praegune artikkel 9) ettepanekus nõukogu direktiiviks (miinimumnõuete kohta, mida kolmandate riikide kodanikud ja kodakondsuseta isikud peavad täitma, et saada pagulase või muul põhjusel rahvusvahelist kaitset vajava isiku staatus, ja antava kaitse sisu kohta), mille komisjon esitas 12. septembril 2001 (KOM(2001) 510 (lõplik)).

19 — Punkt 114.

meenutanud, tähendab tekstides nimetatud valik „eraviisiliselt või avalikult” üksnes seda, et see võimaldab usklikul väljendada ühes ja/või teises vormis oma usku, ning seda ei tule tõlgendada nii, et need võimalused on üksteist vastastikku välistavad või jätavad valikuvõimaluse ametivõimudele.<sup>20</sup>

51. Lõpuks kolmandaks juhul, kui tegemist on tagakiusamisega – väljend, mis manab silmade ette tagaetavad inimesed – piisab piinajatele ka kõige väiksemast või tühisemast põhjusest, et panna usklike kallal toime vägivaldaakte, ning ainult need oma olemusliku tõsidusega, millele lisanduvad nende tagajärjed ja esitatud põhjus, on tagakiusamise objektiivseks kriteeriumiks Niisiis võimaldab just nimetatud kriteerium välja tuua sellise kõikidele liikmesriikidele ühise hindamise künnise, nagu püütakse leida direktiiviga.

52. Seetõttu iseloomustab tagakiusamist mitte usuvabaduse valdkond, vaid asjaomasele isikule avaldatava surve olemus ja tagajärjed.

## 2. Tagakiusamisakt usuvabaduse rikkumise kontekstis

53. Nagu eespool nenditud, on tagakiusamisakt määratletud direktiivi artikli 9 lõikes 1. Kõnealuse sätte kohaselt peab tegemist olema akti või meetmete kogumiga, mis on oma olemuselt või kordumise poolest „piisavalt tõsine”, et kujutada endast mõne põhilise inimõiguse „rasket rikkumist”. Kõnealune mõiste on seega selgelt määratletud objektiivse kriteeriumi alusel, milleks on akti või läbielatud olukorra olemus ja olemuslik tõsidus ning tagajärjed, mida asjaomane isik on olnud sunnitud päritoluriigis taluma. See element on määrava tähtsusega, kuna direktiivi artikli 2 punkti c kohaselt peab see selgitama, miks varjupaigataotleja ei saa või ei taha päritoluriiki tagasi pöörduda.

54. Reaalse tagakiusamisakti kindlaksmääramiseks peab varjupaigataotluse läbivaatamise eest vastutav asutus seega uurima selle konkreetse olukorra olemust, millesse satub isik oma päritoluriigis juhul, kui ta teostab oma põhivabadust või rikub piiranguid, mis on sellele kõnealuses riigis kehtestatud.

55. Lähtudes eeltoodud põhjendustest, mis tulenevad Euroopa ühise varjupaigasüsteemi eesmärgist, peab kõnealune akt minu arvates olema väga tõsine, see tähendab selline, et asjaomane isik ei saa õiguspäraselt enam oma päritoluriigis elada ega suuda seal elamist välja kannatada.

56. Tagakiusamine tähendab eriti ränka tegu, kuna see seisneb selles, et inimene jäetakse tema nahavärvi, rahvuse, soo ja seksuaalse sättumuse, poliitiliste vaadete või usu tõttu ilmselt ja räigelt ilma kõige põhilisematest õigustest. Olenemata sellest, millise vormi tagakiusamine võtab, ja lisaks diskrimineerimisele toob tagakiusamine kaasa inimese eitamise ning seda kasutatakse tema ühiskonnast väljajätmiseks. Tagakiusamise tagamõte on keelamine: keeld elada ühiskonnas koos teistega oma soo tõttu, keeld saada samaväärse kohtlemise osaliseks veendumuste tõttu või keeld saada samu teenuseid ja haridust rassilise kuuluvuse tõttu. Nimetatud keelud sisaldavad karistust: karistust selle eest, kes isik on või mida ta esindab.

57. Seepärast on tagakiusamine inimsusevastane kuritegu Rahvusvahelise Kriminaalkohtu Rooma statuudi<sup>21</sup> artikli 7 lõike 1 punkti h tähenduses ja rahvusvaheliste kriminaalkohtute statuutide tähenduses, juhul kui seda pannakse kollektiivselt ja süstemaatiliselt toime teatava elanikkonna rühma suhtes.

58. Kui tagakiusamisakt pannakse üksikult ja eraldiseisvana toime isiku vastu, on tegemist samavõrd ränga ja talumatu ründega inimese ja eelkõige tema kõige põhilisemate õiguste vastu.

20 — Vt Euroopa inimõiguste komisjoni 12. märtsi 1981. aasta otsus kohtuasjas X vs. Ühendkuningriik, D. R. 22, lk 39, punkt 5.

21 — Statuut võeti vastu Roomas 17. juulil 1998 ning jõustus 1. juulil 2002 (*Recueil des traités des Nations unies*, 2187. kd., nr 38544). Statuudi artikli 7 lõike 2 punktis g on tagakiusamine määratletud kui „põhiõiguste tahtlik[...] ja raske[...] rikkumi[ne] vastuolus rahvusvahelise õigusega, põhjendades seda grupi või ühisuse omadustega”.



59. See nähtub ka direktiivi ettevalmistavatest materjalidest.

60. Juba ühises seisukohas 96/196/JSK<sup>22</sup> määratles nõukogu tagakiusamise kui mõiste, mis tähistab tegusid, mis ründavad selliseid inimõigusi nagu õigus elule, õigus vabadusele või õigus kehalisele puutumatusse, või mis märgatavalt takistavad isikul oma elu jätkamist päritoluriigis.<sup>23</sup>

61. Seejärel viitas liidu seadusandja 2002. aastal nõukogu dokumentides põhilistele inimõigustele, rõhutades kõigepealt „õigust elule, kaitset piinamise eest, õigust vabadusele ja turvalisusele”, ning viitas pärast seda, kui teatavad liikmesriigid olid väljendanud reservatsioone, õigustele, millest ei saa EIÕK artikli 15 lõike 2 kohaselt taganeda.<sup>24</sup>

62. Nimetatud sättes viidatud õigused on iga inimese nn absoluutsed või võõrandamatud õigused. Neid ei või vähemalgi määral piirata isegi erakorralises seisukorras. Need õigused on õigus elule, kaitse piinamise või ebainimliku või alandava kohtlemise ja karistamise eest, kaitse orjuses ja sunduses pidamise eest ning kaitse omavolilise vahistamise või kinnipidamise eest.<sup>25</sup>

63. Seega juhul, kui mõnel direktiivi artiklis 10 nimetatud põhjusel ähvardab meest ilma igasuguse muu menetluseta hukkamise, piinamise või vangistamise oht või naist suguelundite pealesunnitud moonutamise või orjastamise oht, on olemas ilmne ja vaieldamatu tagakiusamisakt. Võimalikud kannatused on oma olemuselt tõsised ja korvamatud ning riigi võimetus oma kodanikke selliste väärkohtlemiste eest kaitsta toob kaasa rahvusvahelise kaitse kohustuse. Lisaks ei või liikmesriigid neid isikuid päritoluriiki tagasi saata, vastasel korral toob see kaasa vastutuse harta artikli 19 lõike 2 ja direktiivi artikli 21 kohaselt ning EIÕK raames liikmesriikide võetud kohustuste kohaselt.<sup>26</sup>

64. Kui tagakiusamisakt seisneb sellise õiguse rikkumises, mille suhtes ei saa teha erandit, on tagakiusamise esinemine tõendatud *ipso facto*, juhul kui kõnealuse rikkumise aluseks on usulise diskrimineerimise põhjused.

65. Kuid milline on olukord juhul, kui isik põhjendab oma varjupaigataotlust sellega, et rikutakse tema usu väljendamise vabadust, mis ei ole EIÕK artikli 15 lõikes 2 nimetatud absoluutne õigus?

66. Minu arvates tuleb ka sel juhul lähtuda samast kriteeriumist.

67. Usu väljendamise vabadus ei ole õigus, mille suhtes ei saa teha erandit. Siiski on tegemist põhiõigusega ning võiks arvata, et selle õiguse piiramise või rikkumise eest tuleb karistada isegi juhul, kui rikkumine on kerge.

68. Selline piiramine on aga oma olemuselt vajalik ühiskonna elu tasakaalustamiseks. Seepärast juhul, kui teatavaid usutavasid piiratakse õigusnormidega, mille eesmärk on tagada tasakaal ühes riigis tunnistatavate eri uskude tavade vahel, ei ole tegemist tagakiusamisaktiga ega isegi mitte usuvabaduse piiramisega. Vastupidi – selliste õigusnormide ajendiks on soov säilitada tõeline uskude paljusid ning tagada õigusrriigi raames ning vastavalt harta artikli 52 lõikele 1 ja EIÕK artikli 9 lõikele 2 eri uskude

22 — 4. märtsi 1996. aasta ühine seisukoht, milles nõukogu Euroopa Liidu lepingu artikli K.3 alusel määratles, kuidas ühtlustada pagulasseisundit käsitleva 28. juuli 1951. aasta Genfi konventsiooni artiklis 1 kasutatud mõiste „pagulane” kohaldamist (EÜT L 63, lk 2; ELT eriväljaanne 19/01, lk 20).

23 — Punkt 4.

24 — Vt dokumendid, mis on kättesaadavad nõukogu veebilehel numbrite 13620/01, 11356/02, 12620/02 ja 13648/02 all.

25 — Need õigused on sätestatud vastavalt EIÕK artiklis 2, artiklis 3, artikli 4 lõikes 1 ja artiklis 7 ning harta artiklis 2, artiklis 4, artikli 5 lõikes 1 ja artiklis 49.

26 — Vt Euroopa Inimõiguste Kohtu 7. juuli 1989. aasta otsus kohtuasjas Soering vs. Ühendkuningriik (A-seeria, nr 161, punktid 88 ja 113); 4. veebruari 2005. aasta otsus kohtuasjas Mamatkoulou ja Askarov vs. Türgi (*Recueil des arrêts et décisions* 2005-I, punkt 91); 12. mai 2010. aasta otsus kohtuasjas Khodzhayev vs. Venemaa (punktid 89–105), ja 8. juuli 2010. aasta otsus kohtuasjas Abdulazhon Isakov vs. Venemaa (punktid 106–112 ja 120–131).

rahulik kooseksisteerimine, nagu on demokraatlikus ühiskonnas sobilik.<sup>27</sup> See soov õigustab ka seda, et teatavatest keeldudest üleastumine on kriminaalkorras karistatav, tingimusel, et ettenähtud karistused on proportsionaalsed ning nende määramisel järgitakse isikuvabadusi ja eelkõige kaitseõigusi.

69. Niisiis nähtub asjaomaste isikute suhtes võetud või potentsiaalselt võetavate meetmete või rakendatavate karistuste tasemest ebaproportsionaalsus, mis on tagakiusamise objektiivne märk ehk sellise inimõiguse rikkumine, millest ei saa teha erandit.

70. Sellisel juhul peab varjupaigataotluse läbivaatamise eest vastutav asutus konkreetselt kontrollima, milline on eeskiri, millele päritoluriigis viidatakse, ja milline on see surveavaldus laiemas tähenduses, mitte üksnes karistusõiguse mõttes, mida selle puhul realselt kohaldatakse.

71. Minu pakutav tõlgendus sarnaneb tõlgendusega, mille Euroopa Inimõiguste Kohus esitas kohtuasjas Z. ja T. vs. Ühendkuningriik<sup>28</sup> tehtud vastuvõetamatuks tunnistamise otsuses.

72. Sellele kohtuasjale tuleb viidata, kuna Euroopa Inimõiguste Kohtule esitatud küsimus on väga sarnane või lausa samane sellega, mille Bundesverwaltungsgericht esitab oma eelotsusetaotlustes Euroopa Kohtule. Lisaks tuleb Euroopa Inimõiguste Kohtu seisukoht esile tuua, kuna nagu mainitud, on usuvabadus tagatud samadel tingimustel hartas ja EIÕK-s ning seega tuleb kõnealuse vabaduse tähendus ja ulatus kindlaks määrata Euroopa Inimõiguste Kohtu praktika kohaselt.

73. Nimetatud kohtuasjas esitati Euroopa Inimõiguste Kohtule küsimus, kas lepinguosalise riigi võib EIÕK artikli 9 kohaselt vastutusele võtta juhul, kui ta keeldub andmast pagulasseisundit isikule, kes päritoluriiki tagasipöördumisel jääks ilma õigusest oma usku avalikult ja vabalt tunnistada. Kõnealuses kohtuasjas väitsid kaks kristlasest Pakistani kodanikku, et päritoluriiki tagasipöördumisel ei oleks neil võimalik kristlastena elada ilma, et neid ähvardaks vaenuliku kohtlemise oht või ilma, et nad võtaksid meetmeid oma usutunnistuse varjamiseks. Kaebajate väitel tähendaks nõue, et nad tegelikkuses muudaksid oma käitumist ja varjaksid kuulumist kristlaste hulka ning loobuksid võimalusest oma usust kõnelda ning seda teiste ees tunnistada, tegelikult nende usuvabaduse mittetunnustamist.

74. Euroopa Inimõiguste Kohus jättis nende kaebuse rahuldamata EIÕK artiklites 2–6 nimetatud põhiliste tagatiste ja EIÕK ülejäänud sätete eristuse alusel.

75. Euroopa Inimõiguste Kohus kinnitas, et lepinguosalise riigi võib vastutusele võtta juhul, kui territooriumilt väljasaatmise meede tähendab seda, et isikut ähvardab päritoluriiki tagasipöördumisel reaalne surmasaamise, piinamise, omavolilise kinnipidamise või ilmselge õigusemõistmisest keeldumise oht. Kõnealune kohtupraktika tugineb nimetatud sätete põhjanevale tähtsusele. Euroopa Inimõiguste Kohtu kavatsus ei olnud aga kohaldada neid ülekaalukaid põhjuseid automaatselt EIÕK ülejäänud sätetele, kuna, nagu ta lisis, puhtpragmaatilistel kaalutlustel „ei saa nõuda, et väljasaatev lepinguosaline riik saadab välismaalase tagasi üksnes riiki, kus tingimused vastavad tõepoolest täielikult kõikidele [EIÕK-s] sätestatud õiguste ja vabadustega seotud tagatistele”.

76. Kõnealune kohus ei laiendanud niisiis seda kohtupraktikat EIÕK artiklile 9, juhul kui isikut võidakse takistada üksnes oma usutalituste sooritamisel. Ta selgitas, et vastasel juhul tähendaks see, et lepinguosalistele riikidele pandaks kohustus „olla ülejäänud maailma usuvabaduse kaudseteks garantideks”. Riigi võib vastutusele võtta üksnes erakorralistel asjaoludel, juhul kui asjaomast isikut ähvardab kõnealuse vabaduse „ilmselge rikkumise reaalne oht”. Euroopa Inimõiguste Kohtu arvates on aga keeruline kujutada ette kohtuasja, milles kõnealuse vabaduse piisavalt ilmselge rikkumine ei tähenda ühtlasi seda, et asjaomast isikut ähvardab reaalne surmasaamise, piinamise või ebainimliku või alandava kohtlemise või ilmselge õigusemõistmisest keeldumise või omavolilise kinnipidamise oht.

27 — Nende põhimõtete kohaldamise kohta vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Leyla Şahin vs. Türgi (punktid 104–123 ja seal viidatud kohtupraktika).

28 — Vt Euroopa Inimõiguste Kohtu 28. veebruari 2006. aasta otsus kohtuasjas Z. ja T. vs. Ühendkuningriik (*Recueil des arrêts et décisions*, 2006-III).

77. Seetõttu leian ma neid asjaolusid arvestades, et direktiivi artikli 9 lõike 1 punkti a tuleb tõlgendada nii, et usuvabaduse raske rikkumine võib endast kujutada tagakiusamisakti juhul, kui varjupaigataotlejat ähvardab selle vabaduse kasutamise tõttu või sellele päritoluriigis kehtestatud piirangute rikkumise tõttu reaalne hukkamise, piinamise või ebainimliku või alandava kohtlemise või karistuse, orjuses või sunduses pidamise või omavolilise jälitamise või vangistamise oht.

78. Selline tõlgendus võimaldab minu arvates ühelt poolt määrata kindlaks kõikidele liikmesriikidele ühise miinimumtaseme, millest allapoole ei või liikmesriigid minna, ning teiselt poolt võimaldab see direktiivi artikli 3 kohaselt liikmesriikidel kehtestada või säilitada soodsamaid norme, loomulikult tingimusel, et need normid on kooskõlas direktiiviga.

79. Kohandagem seda arutluskäiku põhikohtuasja kaebajate olukorrale.

80. Pakistanis, kus sunniidi islam on riigiusk ja kus selle tunnistajad moodustavad elanikkonnast enamuse, on Ahmadiyya usurühmitus usuvähemus, mille liikmeid peetakse usutaganejateks. Alates määruse XX jõustumisest 28. aprillil 1984 tugevdab jumalateotust käsitlev seadus Pakistani karistusseadustiku §-e 295 ja 298-A veelgi, sätestades surmanuhtluse või vangistuse isikutele, kes sõnade või kirjutistega, žestide või nähtavate kujutistega, otseste või kaudsete vihjetega teotab prohvet Muhamedi püha nime või islamiga seotud sümboloid ja paiku. Lisaks karistatakse karistusseadustiku §-de 298 B ja 298 C alusel kolmeaastase vangistuse ja rahatrahviga Ahmadiyya usurühmituse liikmeid, kes kuulutavad oma usku avalikult, nimetavad seda islamiks, propageerivad seda, kutsuvad üles usku vahetama, kasutavad või laenavad islamiga seotud epiteete, kirjeldusi, tiitleid või tervitusi, tsiteerivad avalikult koraani värsse, järgivad islamiga seotud tavasid, näiteks matusetavasid, või mis tahes muul moel solvavad islamit.

81. Selle teabe alusel on direktiivi artiklites 9 ja 10 sätestatud kriteeriumid täidetud. Direktiivi artiklis 10 nimetatud tagakiusamisakti vaimne element seisneb selles, et põhjus on seotud usuga. Ahmaade on pealegi Pakistani karistusseadustiku §-des 298 B ja 298 C sõnaselgelt nimetatud. Reaalne element seisneb karistusõiguse sätetes, sealhulgas nendega kaasnevates karistustes.

82. Kui Pakistani ametiasutused kõnealuseid õigusnorme tõepoolest rakendavad – ning seda peab varjupaigataotluse läbivaatamise eest vastutav asutus kontrollima riikide ja inimõiguste kaitsega tegelevate organisatsioonide poolt korrapäraselt koostatavate aruannete alusel –, võib see saavutada tagakiusamise mõõtmed.

83. Kõnealuste õigusnormide eiramine toob nimelt kaasa rängad ja talumatud rüüdsed inimese vastu.

84. Ühelt poolt kujutab õigusnormides sisalduv keeld endast usuvabaduse ränka rikkumist, mis jätab isiku ilma tema isiksuse ühest olulisest osisest. Lisaks tähendab see harta artiklitega 11 ja 12 ning EIÕK artiklitega 10 ja 11 tagatud sõnavabaduse ja ühinemisvabaduse rikkumist, kuna usu avaliku väljendamise õigust piiratakse võetakse usklikelt õigusnormidega ka õigus vabalt ühinguid moodustada ja oma veendumusi väljendada.

85. Teiselt poolt kalduvad kõnealuse keeluga kaasnevad karistused kõige põhilisematest õigustest ilma jätma kõiki, kes ikkagi oma usku väljendavad, ähvardades neid vangistuse või lausa surmanuhtlusega.

86. Seetõttu leian vastusena eelotsusetaotluse esitanud kohtu esimesele küsimusele, et direktiivi artikli 9 lõike 1 punkti a tuleb tõlgendada nii, et usuvabaduse raske rikkumine, olenemata sellest, milline on selle rikkumise objektiks olev osis, võib endast kujutada „tagakiusamisakti” juhul, kui varjupaigataotlejat ähvardab selle vabaduse kasutamise tõttu või sellele päritoluriigis kehtestatud piirangute rikkumise tõttu reaalne hukkamise, piinamise või ebainimliku või alandava kohtlemise või karistuse, orjuses või sunduses pidamise või omavolilise jälitamise või vangistamise oht.

87. Selles kontekstis ja vastavalt direktiivi 2004/83 artiklile 3 on liikmesriikidel vabadus kehtestada või säilitada soodsamaid norme, tingimusel et need normid on kooskõlas nimetatud direktiiviga.

88. Arvestades minu ettepanekut, kuidas vastata esimesele küsimusele, ei ole minu arvates vaja analüüsida eelotsusetaotluse esitanud kohtu teist küsimust.

### *C. Kolmas küsimus*

89. Kolmanda küsimusega palub eelotsusetaotluse esitanud kohus Euroopa Kohtul sisuliselt selgitada, kas pagulase kartus tagakiusamise ees on direktiivi artikli 2 punkti c tähenduses põhjendatud juhul, kui pagulane kavatses päritoluriiki tagasipöördumisel teha usulisi toiminguid, mis seavad ohtu tema elu, vabaduse või isikupuutumatus, või on vastupidi mõistlik kõnealuselt isikult oodata, et ta nendest toimingutest loobub.

90. Konkreetselt on tegemist küsimusega, kas kõnealust sätet võib tõlgendada nii, et pagulase kartus tagakiusamise ees ei ole põhjendatud juhul, kui tal on võimalik päritoluriigis tagakiusamisakti vältida sellega, et ta loobub oma usu avalikust väljendamisest.

91. Ma olen absoluutselt sellise tõlgenduse vastu ja seda järgmistel põhjustel.

92. Esiteks ei anna direktiivi tekst ja eelkõige selle artikkel 4 mingit alust selliseks tõlgendamiseks.

93. Me teame, et rahvusvahelise kaitse taotluse puhul peab varjupaigataotluse läbivaatamise eest vastutav asutus vastavalt direktiivi artikli 2 punktile c kontrollima, kas isiku kartus tagakiusamise ees päritoluriiki tagasipöördumisel on põhjendatud. Kuna kartuse tunne on kahtlemata subjektiivne, tuleb tõendada, et see on objektiivsemate elementide alusel õigustatud. Kartuse põhjendatuse hindamine saab seega põhineda vaid konkreetselt nende ohtude hindamisel, mis ähvardavad asjaomast isikut päritoluriiki tagasipöördumisel.

94. See tähendab, et iga rahvusvahelise kaitse taotlust tuleb hinnata individuaalsetel alustel vastavalt direktiivi artiklis 4 sätestatud põhimõtetele.

95. Vastavalt direktiivi artikli 4 lõike 3 punktile a tähendab see, et analüüsida tuleb kogu olemasolevat teavet ja asjaomaseid fakte, mis on seotud taotleja päritoluriigi üldise olukorraga, eelkõige päritoluriigi õigusnorme ja nende kohaldamise viisi.

96. Seejärel tuleb analüüsida, kuidas käitaks isik päritoluriiki tagasi pöördudes, eelkõige seda, mida ta plaanib seal teha.

97. Vastavalt direktiivi artikli 4 lõikele 2, lõike 3 punktidele b–d ja lõikele 4 peab varjupaigataotluse läbivaatamise eest vastutav asutus sealjuures võtma arvesse kogu teavet, mida on varjupaigataotleja kohta võimalik hankida ning mis puudutab eelkõige taotleja isiksust, iseloomu, isiklikku olukorda, vaimulaadi ja vanust, samuti eelnevat elu ning päritoluriigist lahkumise järel toime pandud või tegemata jäetud tegusid.

98. Nagu näha, on tegemist väga konkreetse teabega, mille ainus eesmärk on võimaldada kindlaks määrata, kas päritoluriiki tagasipöördumisel võib varjupaigataotlejal tema tegevuse tõttu olla põhjendatud kartus tagakiusamisaktide ees. Nimetatud sättes ei ole aga seevastu ühtki märget selle kohta, et kartuse põhjendatuse hindamisel tuleks üritada leida lahendus, mis võimaldaks varjupaigataotlejal elada päritoluriigis vägivalda kartmata, paludes tal eelkõige loobuda teatavatest õigustest ja vabadustest, mis on talle tagatud.

99. Teiseks ei taga selline tõlgendus hartas sätestatud põhiõiguste austamist vastupidi sellele, mis tuleneb direktiivi põhjendusest 10 ja Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikast.

100. Esiteks on see minu arvates vastuolus inimväärikuse austamise kohustusega, mis on sätestatud harta artiklis 1. Kui me nõuame varjupaigataotlejalt, et ta varjaks või muudaks oma usu avalikku väljendamist või loobuks sellest, nõuame me, et ta muudaks midagi, mis võib moodustada tema identiteedi põhiosa, see tähendab nõuame, et ta mõnes mõttes eitaks iseennast. Õigust seda nõuda ei ole aga kellelgi.

101. Teiselt poolt on selline tõlgendamine vastuolus harta artikliga 10, kuna see kaldub jätma asjaomast isikut ilma ühest põhiõigusest, mis on talle tagatud kõnealuse sätte, välja arvatud harta artikli 52 lõikes 1 sõnaselgelt lubatud juhtudel.

102. Lisaks, juhul kui varjupaigataotluse läbivaatamise eest vastutav asutus otsustab sellise tõlgendamise kasuks, varitseb oht, et ta raskendab veelgi põhiõiguste rikkumise olukorda, mida taotleja peab päritoluriigis taluma. Selline tõlgendamine muudaks taotleja osaliselt vastutavaks vägivalla eest, mida tal tuleb taluda, samas kui ta on rõhumise ohver.

103. Kolmandaks ei saa me põhjendatult eeldada, et varjupaigataotleja loobuks tagakiusamise vältimiseks oma usu väljendamisest või varjaks ükskõik millist muud oma identiteedi koostisosa, ilma et me seaks ohtu õigusi, mida direktiiviga kaitstakse, ja eesmäärke, mida sellega soovitakse saavutada.<sup>29</sup>

104. Tagakiusamine ei lakka olemast tagakiusamine seetõttu, et isik võib päritoluriiki tagasipöördumisel oma õiguste ja vabaduste kasutamisel tagasihoidlik olla ning varjata oma seksuaalsust ja poliitilisi vaateid, kuulumist teatavasse kogukonda või loobuda oma usutavade järgimisest.<sup>30</sup> Kui see oleks nii, puuduks direktiivil lihtsalt kasulik mõju, kuna see ei võimaldaks kaitsta isikuid, kelle suhtes pannakse toime tagakiusamisakte seetõttu, et nad on otsustanud kasutada päritoluriigis oma õigusi ja vabadusi. Põhikohtuasjade sarnastes kohtuasjades tähendaks see, et Y-lt ja Z-lt võetakse ära need õigused, mis direktiiv peaks neile tagama, ning millel nende varjupaigataotlus õigustatult põhineb, see tähendab õigus väljendada oma usku avalikult ja tagakiusamist kartmata.

105. Neljandaks ei allu kõnealuses valdkonnas miski mõistlikele kaalutlustele. Nagu Euroopa Kohus on sedastanud otsuses kohtuasjas Salahadin Abdulla jt,<sup>31</sup> peab ohu tõsidust igal juhul hindama tähelepanelikult ja ettevaatlikult, kuna kõne all on isikupuutumatus ja -vabadus, mis kuuluvad liidu põhiväärtuste hulka.<sup>32</sup> Oodata varjupaigataotlejalt, et ta käituks mõistlikult, samas kui tema elu on ebakindel ning ta kardab rünnakuid või vangistamist, ei võimalda õigesti hinnata ohtu, mis isikut ähvardab. See on ohtlik mäng ning varjupaigaõigus ei saa põhineda sellisel ennustusel. Lisaks näitaks see minu arvates hoolimatust. Olenemata pingutustest, mida asjaomane isik avalikus elus teeks, jääb ta päritoluriigis ikkagi usutaganejaks, teisitimõtlejaks või homoseksuaaliks. Kuid me teame, et teatavates riikides võib mis tahes tegevus, ka kõige tähtsusetum, anda alust igasugusteks väärkohtlemisteks.

106. Neist kaalutlustest lähtudes leian seega, et direktiivi artikli 2 punkti c tuleb tõlgendada nii, et põhjendatud kartus tagakiusamise ees on olemas juhul, kui varjupaigataotleja kavatseb päritoluriiki tagasipöördumisel jätkata usulist tegevust, mis toob kaasa tagakiusamise ohu. Neil asjaoludel ja selleks, et tagada hartas sätestatud põhiõiguste austamine, leian, et varjupaigataotluse läbivaatamise eest vastutav asutus ei saa asjaomaselt taotlejalt mõistlikult oodata, et ta loobub nimetatud tegevusest ja eelkõige oma usu väljendamisest.

29 — Loomulikult välistan ma oma analüüsis olukorrad, kus on tegemist eriti mõistusevastaste usuriitustega nagu inimohvrid või narkootikumide kasutamine.

30 — Vt Supreme Court of the United Kingdomi (Ühendkuningriik) otsus kohtuasjas HJ (Iraan) ja HT (Kamerun) vs. Secretary of State for the Home Department (2010) UKSC 31.

31 — 2. märtsi 2010. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-175/08, C-176/08, C-178/08 ja C-179/08 (EKL 2010, lk I-1493).

32 — Punkt 90.

#### IV. Ettepanek

107. Esitatud põhjendustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Bundesverwaltungsgericht'ile järgmiselt:

1. Nõukogu 29. aprilli 2004. aasta direktiivi 2004/83/EÜ miinimumnõuete kohta, mida kolmandate riikide kodanikud ja kodakondsuseta isikud peavad täitma, et saada pagulase või muul põhjusel rahvusvahelist kaitset vajava isiku staatus, ja antava kaitse sisu kohta, artikli 9 lõike 1 punkti a tuleb tõlgendada nii, et usuvabaduse raske rikkumine, olenemata sellest, milline on selle rikkumise objektiks olev osis, võib endast kujutada „tagakiusamisakti” juhul, kui varjupaigataotlejat ähvardab selle vabaduse kasutamise tõttu või sellele päritoluriigis kehtestatud piirangute rikkumise tõttu reaalne hukkamise, piinamise või ebainimliku või alandava kohtlemise või karistuse, orjuses või sunduses pidamise või omavolilise jälitamise või vangistamise oht.

Vastavalt direktiivi 2004/83 artiklile 3 on liikmesriikidel vabadus kehtestada või säilitada soodsamaid norme, tingimusel et need normid on kooskõlas nimetatud direktiiviga.

2. Direktiivi 2004/83 artikli 2 punkti c tuleb tõlgendada nii, et põhjendatud kartus tagakiusamise ees on olemas juhul, kui varjupaigataotleja kavatses päritoluriiki tagasipöördumisel jätkata usulist tegevust, mis toob kaasa tagakiusamise ohu. Neil asjaoludel ja selleks, et tagada Euroopa Liidu põhiõiguste hartas sätestatud põhiõiguste austamine, ei saa varjupaigataotleja läbivaatamise eest vastutav asutus asjaomaselt taotlejalt mõistlikult oodata, et ta loobub nimetatud tegevusest ja eelkõige oma usu väljendamisest.