



Oikeustapauskokoelma

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
ELEANOR SHARPSTON
11 päivänä heinäkuuta 2013¹

Yhdistetyt asiat C-199/12–C-201/12

**X, Y ja Z
vastaan**

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

Direktiivi 2004/83/EY — Edellytykset, jotka pakolaisasemaa hakevien kolmansien maiden kansalaisten tai kansalaisuudettomien henkilöiden on täytettävä — Vainon käsite — Sukupuolinen suuntautuminen

1. Nyt käsiteltävinä olevat Raad van Staten (Alankomaat) esittämät ennakkoratkaisupyynnot koskevat kolmea pakolaisaseman hakijaa, jotka ovat kolmansien maiden kansalaisia. Kullakin heistä on mielestään perusteltua aihetta pelätä joutuvansa vainotuksi sukupuolisen suuntautumisensa perusteella.

2. Kansallinen tuomioistuin esittää kolme kysymystä pakolaisasemahakemusten arvioinnista neuvoston direktiivin 2004/83/EY (jäljempänä direktiivi)² III luvun säännösten kannalta. Onko homoseksuaaleja kolmansien maiden kansalaisia pidettävä direktiivin 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitettuna erityisenä yhteiskunnallisena ryhmänä? Kuinka kansallisten viranomaisten olisi arvioitava sitä, mikä direktiivin 9 artiklan soveltamisen kannalta merkitsee vainoksi katsottavaa tekoa siltä osin kuin kyse on homoseksuaalisesta toiminnasta? Merkitseekö se, että tällainen toiminta on hakijan alkuperämaassa säädetty rangaistavaksi ja siitä tuomitseminen voi johtaa vankeuteen, direktiivissä tarkoitettua vainoa?

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yleissopimus pakolaisten oikeusasemasta

3. Pakolaisten oikeusasemaa koskevan yleissopimuksen (jäljempänä Geneven yleissopimus)³ 1 artiklan A kohdan 2 alakohdan ensimmäisen alakohdan mukaan tässä yleissopimuksessa tarkoitetaan ”pakolaisella” jokaista henkilöä, jolla ”on perusteltua aihetta pelätä joutuvansa vainotuksi rodun, uskonnon, kansallisuuden, tiettyyn yhteiskuntaluokkaan kuulumisen tai poliittisen mielipiteen johdosta, [joka] oleskelee kotimaansa ulkopuolella ja on kykenemätön tai sellaisen pelon johdosta haluton turvautumaan sanotun maan suojaan; tai joka olematta minkään maan kansalainen oleskelee entisen pysyvän asuinmaansa ulkopuolella ja edellä mainittujen seikkojen tähden on kykenemätön tai sanotun pelon vuoksi haluton palaamaan sinne”.

1 — Alkuperäinen kieli: englanti.

2 — Kolmansien maiden kansalaisten ja kansalaisuudettomien henkilöiden määrittelyä pakolaisiksi tai muuta kansainvälistä suojelua tarvitseviksi henkilöiksi koskevista vähimmäisvaatimuksista sekä myönnetyn suojelun sisällöstä 29.4.2004 annettu neuvoston direktiivi 2004/83/EY (EUVL L 304, s. 12).

3 — Yleissopimus allekirjoitettiin Genevessä 28.7.1951 (Yhdistyneiden Kansakuntien sopimuskokoelma, nide 189, s. 150, nro 2545 (1954)), ja se tuli voimaan 22.4.1954. Sitä on täydennetty ja tarkistettu pakolaisten oikeusasemaa koskevalla pöytäkirjalla, joka tehtiin New Yorkissa 31.1.1967 ja joka tuli voimaan 4.10.1967. Viitataan molempiin asiakirjoihin yhteisellä ilmauksella ”Geneven yleissopimus”.

Euroopan unionin oikeus

Perusoikeuskirja

4. Euroopan unionin perusoikeuskirjan (jäljempänä perusoikeuskirja)⁴ 7 artiklan mukaan ”jokaisella on oikeus siihen, että hänen yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiaan sekä viestejään kunnioitetaan”. Perusoikeuskirjan 21 artiklassa kielletään muun muassa sukupuoliseen suuntautumiseen perustuva syrjintä. Perusoikeuskirjan 52 artiklan 3 kohdan mukaan kyseisiä oikeuksia on tulkittava yhdenmukaisesti niiden vastaavien oikeuksien kanssa, jotka on taattu ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyssä yleissopimuksessa (jäljempänä Euroopan ihmisoikeussopimus).⁵

Direktiivi

5. Direktiivi on yksi lukuisista toimista, joilla pyritään yhteiseen eurooppalaiseen turvapaikkajärjestelmään.⁶ Tämä järjestelmä perustuu siihen, että pannaan täytäntöön Geneven yleissopimus, joka on pakolaisten suojelua koskevan kansainvälisen oikeudellisen järjestelmän kulmakivi.⁷ Direktiivin tarkoituksena on säätää kaikkien jäsenvaltioiden noudatettaviksi vähimmäisvaatimuksista ja yhteisistä perusteista pakolaisaseman tunnustamista ja sisältöä,⁸ kansainvälistä suojelua todella tarvitsevien henkilöiden yksilöimistä⁹ sekä oikeudenmukaista ja tehokasta turvapaikkamenettelyä varten. Tässä yhteydessä direktiivin säännöksissä kunnioitetaan perusoikeuskirjassa tunnustettuja oikeuksia ja vapauksia ja noudatetaan sen periaatteita.¹⁰ Direktiivin johdanto-osan 21 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa: ”On myös tarpeen ottaa käyttöön ’tiettyyn yhteiskunnalliseen ryhmään kuulumisen’ perusteella tapahtuvan vainon yhteinen käsite.”

6. Direktiivin 2 artiklan c alakohdan mukaan direktiivissä tarkoitetaan ”’pakolaisella’ kolmannen maan kansalaista, jolla on perusteltua aihetta pelätä joutuvansa vainotuksi rodun, uskonnon, kansallisuuden, poliittisten mielipiteiden tai tiettyyn yhteiskunnalliseen ryhmään kuulumisen vuoksi ja joka oleskelee kansalaisuusmaansa ulkopuolella ja on kykenemätön tai sellaisen pelon johdosta haluton turvautumaan sanotun maan suojaan, ja kansalaisuudetonta henkilöä, joka oleskelee entisen pysyvän asuinmaansa ulkopuolella edellä mainittujen seikkojen tähden ja on kykenemätön tai sanotun pelon vuoksi haluton palaamaan sinne ja jota 12 artikla ei koske”.

4 — EUVL 2010, C 83, s. 389.

5 — Vastaavat oikeudet tunnustetaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 ja 14 artiklassa. Sen 8 artiklassa suojataan henkilön oikeutta nauttia yksityis- ja perhe-elämän kunnioitusta. Sen 14 artiklassa määrätään, että Euroopan ihmisoikeussopimuksessa tunnustetut oikeudet ja vapaudet taataan ilman minkäänlaista sukupuoleen, rotuun, ihonväriin, kieleen, uskontoon, poliittisiin tai muihin mielipiteisiin, kansalliseen tai yhteiskunnalliseen alkuperään, kansalliseen vähemmistöön kuulumiseen, varallisuuteen, syntyperään tai muuhun asemaan perustuvaa syrjintää.

6 — Ks. direktiivin johdanto-osan ensimmäinen ja toinen perustelukappale ja 1 artikla.

7 — Ks. direktiivin johdanto-osan kolmas perustelukappale. Ks. myös sen 15 perustelukappale, jossa todetaan, että Yhdistyneiden Kansakuntien pakolaisasiain päävaltuutetun kanssa käytävät keskustelut voivat antaa jäsenvaltioille arvokkaita suuntaviivoja niiden määrittellessä pakolaisasemaa Geneven yleissopimuksen 1 artiklan mukaisesti.

8 — Ks. direktiivin johdanto-osan neljäs perustelukappale.

9 — Ks. direktiivin johdanto-osan 6, 16 ja 17 perustelukappale.

10 — Ks. direktiivin johdanto-osan kymmenes perustelukappale.

7. Jäsenvaltiot voivat säätää suotuisampia säännöksiä sen määrittelemiseksi, kenelle voidaan myöntää pakolaisasema, kunhan tällaiset säännökset sopivat yhteen direktiivin kanssa.¹¹ Direktiivin 4 artiklassa on säännökset kansainvälistä suojelua koskevien hakemusten arvioinnista.¹² Direktiivin 4 artiklan 3 kohdan mukaan kansainvälistä suojelua koskeva hakemus on arvioitava tapauskohtaisesti. Direktiivin 6 artiklassa on esimerkkiluettelo ”vainoa harjoittavista toimijoista”, joita voivat olla valtio ja muut kuin valtiolliset toimijat.

8. Direktiivin 9 artiklan 1 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Geneven yleissopimuksen 1 artiklan A kohdassa tarkoitettujen vainoksi katsottavien tekojen on oltava:

- a) laatunsa tai toistuvuutensa vuoksi niin vakavia, että ne muodostavat vakavan loukkauksen ihmisten perusoikeuksia vastaan ja erityisesti niitä oikeuksia vastaan, joista ei voida poiketa [Euroopan ihmisoikeussopimuksen] 15 artiklan 2 kohdan nojalla; tai
- b) kertymä erilaisia toimenpiteitä, joihin kuuluu ihmisoikeusloukkauksia, ja joka on riittävän vakava vaikuttaakseen yksilöön a alakohdassa tarkoitettua vastaavalla tavalla.”¹³

9. Direktiivin 9 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Edellä 1 kohdan nojalla vainoksi katsottavat teot voivat olla muun muassa seuraavia:

– –

- c) kohtuuton tai syrjivä syytteen paneminen tai rankaiseminen;

– –”

10. Direktiivin 9 artiklan 3 kohdassa säädetään seuraavaa: ”Edellä 2 artiklan c alakohdan mukaan 10 artiklassa mainittujen syiden ja 1 kohdan nojalla vainoksi katsottavien tekojen välillä on oltava yhteys.”

11. Direktiivin 10 artiklan otsikko on ”Vainon syyt”. Direktiivin 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa säädetään seuraavaa:

”jotakin ryhmää pidetään erityisenä yhteiskunnallisena ryhmänä, jos erityisesti:

- ryhmän jäsenet jakavat jonkin luontaisen ominaisuuden tai heillä on yhteinen tausta, jota ei voida muuttaa, tai heille on yhteistä sellainen ominaisuus tai usko, joka on niin keskeinen osa identiteettiä tai omaatuntoa, ettei heitä pitäisi vaatia luopumaan siitä, ja
- ryhmällä on selvästi erottuva identiteetti asianomaisessa maassa, koska ympäröivä yhteiskunta mieltää sen erilaiseksi,

11 — Ks. direktiivin 3 artikla.

12 — Unionin tuomioistuimessa on tällä hetkellä vireillä kolme asiaa eli yhdistetyt asiat C-148/13–C-150/13, A, B ja C, jotka koskevat direktiivin 4 artiklan tulkintaa ja yhteisiä perusteita hakijan väitetyn sukupuolisen suuntautumisen uskottavuuden arvioimiseksi.

13 — Euroopan ihmisoikeussopimuksen 15 artiklan 2 kappaleen nojalla oikeudet, joista ei voida poiketa, ovat oikeus elämään (2 artikla), kidutuksen kielto (3 artikla), orjuuden ja pakotyön kielto (4 artikla) sekä henkilön oikeus siihen, ettei hänelle määrätä rangaistusta ilman sitä edeltävää asianmukaista tuomioistuinmenettelyä (7 artikla).

Alkuperämaan oloista riippuen tietty yhteiskunnallinen ryhmä voi olla ryhmä, jonka yhteisenä ominaisuutena on sukupuoli suuntautuminen. Sukupuoliseen suuntautumiseen ei voida katsoa kuuluvan tekoja, joita jäsenvaltioiden lainsäädännön mukaan pidetään rikollisina. Sukupuoleen liittyvät seikat voidaan ottaa huomioon, mutta ne eivät yksinään luo olettaa tämän artiklan sovellettavuudesta”.

Kansallinen oikeus

12. Vuoden 2000 ulkomaalaislaissa (Vreemdelingenwet 2000, jäljempänä Vw 2000) säädetään, että toimivaltainen ministeri (jäljempänä ministeri)¹⁴ voi hyväksyä, hylätä tai jättää käsittelemättä hakemuksen turvapaikkamenettelyssä myönnettävästä määräaikaisesta oleskeluluvasta. Tällainen määräaikainen oleskelulupa voidaan myöntää ulkomaalaiselle, joka on Geneven yleissopimuksessa tarkoitettu pakolainen.

13. Ulkomaalaislain soveltamisesta vuonna 2000 annetut ohjeet (Vreemdelingencirculaire 2000, jäljempänä ulkomaalaislain soveltamisohjeet) sisältävät ministerin antamat ohjeet Vw 2000:n soveltamiseksi. Soveltamisohjeissa todetaan, että vakiintuneiden käytäntöjen ja vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan Geneven yleissopimuksen 1 artiklan A kohdassa tarkoitettua tiettyyn yhteiskuntaluokkaan kuulumisesta johtuva vaino kattaa myös vainon sukupuolisen suuntautumisen perusteella. Tällaiseen syyhyn perustuvat turvapaikkahakemukset arvioidaan kiinnittämällä erityistä huomiota hakijan tilanteeseen hänen alkuperämaassaan. Jos homoseksuaalisuus tai sukupuolisen suuntautumisen ilmaiseminen on säädetty rangaistavaksi hakijan alkuperämaassa, säädetyn rangaistuksen on oltava jossakin määrin ankara. Pelkkä sakko ei yleensä riitä päätelmään, että kyse on pakolaisuudesta. Siitä, että homoseksuaalisuus tai homoseksuaaliset teot on säädetty rangaistaviksi hakijan alkuperämaassa, ei seuraa, että henkilö on automaattisesti tunnustettava pakolaiseksi. Turvapaikanhakijan on osoitettava uskottavasti, että hänellä on henkilökohtaisesti perusteltua aihetta pelätä joutuvansa vainotuksi. Homoseksuaalisten turvapaikanhakijoiden ei odoteta salaavan sukupuolista suuntautumistaan alkuperämaahansa palattuaan.

Tosiseikat, menettely ja ennakkoratkaisukysymykset

14. Pääasioissa kyseessä olevien hakijoiden nimet on salattu ja heihin viitataan kirjaimilla X, Y ja Z. X on Sierra Leonen, Y Ugandan ja Z Senegalin kansalainen.

15. Homoseksuaaliset teot ovat Sierra Leonessa rikoksia vuoden 1861 henkilöihin kohdistuvia rikoksia koskevan lain (Offences against the Person Act) 61 §:n nojalla, ja niistä voidaan määrätä vähintään 10 vuoden ja jopa elinkautinen vankeusrangaistus. Ugandassa vuoden 1950 rikoslain (Penal Code Act) 145 §:n mukaan henkilö, jonka katsotaan syyllistyneen ”luonnonvastaiseksi sukupuoliyhteydeksi” kuvattuun tekoon, voidaan määrätä vankeuteen. Enimmäisrangaistuksena on elinkautinen vankeus. Senegalin viranomaiset ovat säätäneet homoseksuaaliset teot rangaistaviksi. Rikoslain (Code pénal) 319 §:n 3 momentin mukaan tietyistä homoseksuaalisista teoista tuomitulle henkilölle on määrättävä vankeutta 1–5 vuotta ja sakkoa 100 000–1 500 000 frangia (XOF)¹⁵ (n. 150–2 000 euroa).

16. Kaikissa kolmessa asiassa ministeri hylkäsi Vw 2000:n nojalla alkuperäiset hakemukset turvapaikkamenettelyssä myönnettävästä oleskeluluvasta. Kukin hakija nosti kanteen itseään koskeneesta päätöksestä. X ja Z nostivat kanteen Rechtbankissa. Y haki turvaamistoimia. X:n ja Y:n vaatimukset hyväksyttiin. Z:n Rechtbankissa nostama kanne hylättiin.

14 — Nyt kyseessä olevien hakemusten tekemisen ajankohtana toimivaltaisena ministerinä oli minister voor Immigratie en Asiel (maahanmuutto- ja turvapaikkaministeri). Sittenministeristä on tullut ”minister voor Immigratie, Integratie en Asiel” (maahanmuutto-, kotouttamis- ja turvapaikka-asioiden ministeri).

15 — Länsi-Afrikan CFA-frangi (BCEAO).

17. Ministeri valitti sitten ratkaisusta X:n ja Y:n tapauksissa Raad van Stateen. Myös Z on tehnyt valituksen kyseiseen tuomioistuimeen.

18. Hakijan homoseksuaalinen suuntautuminen on riidaton kaikissa kolmessa asiassa.¹⁶

19. Tässä tilanteessa Raad van State on esittänyt unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

- ”1) Onko homoseksuaalisesti suuntautuneita ulkomaalaisia pidettävä [direktiivin] 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitettuna erityisenä yhteiskunnallisena ryhmänä?
- 2) Jos ensimmäiseen kysymykseen on vastattava myöntävästi: millainen homoseksuaalinen toiminta kuuluu direktiivin soveltamisalaan ja voiko tämä johtaa, jos kyse on tällaiseen toimintaan kohdistuvista vainoksi katsottavista teoista ja jos muut edellytykset täyttyvät, pakolaisaseman myöntämiseen? Tämä kysymys sisältää seuraavat alakysymykset:
 - a) Voidaanko homoseksuaalisesti suuntautuneiden ulkomaalaisten odottaa pitävän suuntautumisen alkuperämaassaan salassa kaikilta välttyäkseen vainolta?
 - b) Jos edelliseen kysymykseen on vastattava kieltävästi, voidaanko homoseksuaalisesti suuntautuneilta ulkomaalaisilta odottaa pidättyvyyttä suuntautumisen ilmaisemisessa alkuperämaassaan välttyäkseen vainolta, ja jos voidaan, missä määrin? Voidaanko homoseksuaaleilta odottaa tältä osin pidemmälle menevää pidättyvyyttä kuin heteroseksuaaleilta?
 - c) Jos tässä yhteydessä voidaan erottaa toisistaan suuntautumisen ydinalueen ilmaiseminen ja muu ilmaiseminen, mitä tarkoitetaan suuntautumisen ydinalueella ja miten se voidaan määrittää?
- 3) Onko jo pelkkä homoseksuaalisen toiminnan säätäminen rangaistavaksi ja vankeusrangaistuksella uhkaaminen, kuten säädetään [Sierra Leonen vuoden 1861 laissa henkilöihin kohdistuvista rikoksista, Ugandan vuoden 1950 rikoslaissa ja Senegalin rikoslaissa], direktiivin 9 artiklan 1 kohdan a alakohdassa, luettuna yhdessä mainitun artiklan 2 kohdan c alakohdan kanssa, tarkoitettu vainoksi katsottava teko? Jos näin ei ole, missä olosuhteissa on kyse tällaisesta teosta?”

20. Kirjallisia huomautuksia ovat esittäneet X, Y ja Z, UNHCR, Saksan, Kreikan, Ranskan, Alankomaiden ja Yhdistyneen kuningaskunnan hallitukset sekä komissio, jotka olivat Yhdistynyttä kuningaskuntaa lukuun ottamatta edustettuina 11.4.2013 pidetyssä istunnossa.

Arviointi

Alustavat huomautukset

21. Kansallisen tuomioistuimen kysymyksissä on päällekkäisyyttä. Direktiivin 9 artiklan ja 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan tulkinnassa olisi pidettävä mielessä seuraavat periaatteet.

16 — Yhdistyneiden Kansakuntien pakolaisasiain päävaltuutettu (jäljempänä UNHCR) sisällytti huomautustensa soveltamisalaan lesbot, homot, biseksuaalit sekä trans- ja intersukupuoliset henkilöt ja käytti akronyymiä ”LHBTI” antaakseen laajan merkityksen ilmaisulle ”sukupuolinen suuntautuminen”. Pääasioiden oikeudenkäynnit koskevat kuitenkin kolmea miespuolista homoseksuaalista pakolaisaseman hakijaa, joten olen käyttänyt tätä nimitystä tässä ratkaisuehdotuksessa.

22. Ensinnäkin vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan direktiivin säännöksiä on tulkittava sen systematiikan ja päämäärän valossa sekä niin, että Geneven yleissopimusta ja muita sen oikeusperustassa (SEUT 78 artiklan 1 kohta) tarkoitettuja asiaa koskevia sopimuksia noudatetaan.¹⁷ Kuten direktiivin johdanto-osan kymmenennestä perustelukappaleesta ilmenee, tässä tulkinnassa on myös kunnioitettava perusoikeuskirjassa tunnustettuja oikeuksia.¹⁸

23. Toiseksi Geneven yleissopimuksessa on direktiivin konteksti, joten se osoittaa direktiivin tarkoituksen ja systematiikan; direktiivissä viitataan usein kyseiseen yleissopimukseen. Siksi unionin tuomioistuimen on direktiivin 9 artiklaa ja 10 artiklan 1 kohdan d alakohtaa tulkitessaan otettava huomioon Geneven yleissopimus.¹⁹

24. Kolmanneksi Geneven yleissopimuksessa ja Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ei viitata nimenomaisesti sukupuolisen suuntautumisen ilmaisemista koskevaan oikeuteen. Sukupuolista suuntautumista koskeva Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö on kehittynyt sen tarkastellessa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklan (oikeus yksityis- ja perhe-elämään) ja sen 14 artiklaan sisältyvän syrjintäkiellon loukkauksia.²⁰ Kansallisen tuomioistuimen esittämiä kysymyksiä on siis tarkasteltava Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen kehittämien periaatteiden valossa.²¹

25. Neljänneksi Geneven yleissopimus, kuten Euroopan ihmisoikeussopimus, ei ole kiveen hakattu. Se on elävä asiakirja, jota olisi tulkittava nykyolosuhteiden valossa ja kansainvälisen oikeuden kehityksen mukaisesti.²² Euroopan ihmisoikeustoimikunnan ratkaisukäytäntö, joka koskee homoseksuaalisten ja heteroseksuaalisten suhteiden erilaista kohtelua suojaikärajan osalta, on osoitus tällaisesta lähestymistavan kehityksestä Euroopan ihmisoikeussopimusta tulkittaessa. Niinpä ennen vuotta 1997 ihmisoikeustoimikunta katsoi, että korkeamman suojaikärajan asettaminen homoseksuaalisille suhteille oli Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukaista.²³ Asiassa Sutherland vastaan Yhdistynyt kuningaskunta ihmisoikeustoimikunta tarkasteli vakiintunutta ratkaisukäytäntöään uudelleen ja poikkesi siitä päättäessään, että korkeamman suojaikärajan pysyttäminen homoseksuaalisille teoille oli syrjivää ja loukkasi valittajan oikeutta nauttia yksityiselämänsä kunnioitusta, kun silloinen kehitys otettiin huomioon.²⁴

26. Lopuksi kansallisen tuomioistuimen kysymyksissä on mielestäni keskeisellä sijalla sellaisten yhteisten perusteiden määrittäminen, joita olisi sovellettava yksilöitäessä niitä kansainvälistä suojelua todella tarvitsevia henkilöitä, jotka hakevat pakolaisasemaa direktiivin nojalla homoseksuaalisuutensa perusteella. Ennakkoratkaisukysymyksestä 2 ilmeneviä seikkoja voitaisiin pitää oikeuspoliittisina asioina pikemminkin kuin laintulkintakysymyksinä. Niinpä käsittelen ensin kysymyksiä 1 ja 3, joissa on suoremmin kyse direktiivin sanamuodon tulkinnasta, ja vasta sitten kysymystä 2.

17 — Ks. yhdistetyt asiat C-71/11 ja C-99/11, Y ja Z, tuomio 5.9.2012, 48 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

18 — Asia C-364/11, Abed El Karem El Kott ym., tuomio 19.12.2012, 42 ja 43 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

19 — Ks. edellä alaviitteessä 18 mainitussa asiassa Abed El Karem El Kott ym. antamani ratkaisuehdotuksen 32 kohta.

20 — Ks. oikeudesta yksityiselämään asia Dudgeon v. Yhdistynyt kuningaskunta, tuomio 22.10.1981, 60–62 kohta, A-sarja, nro 45. Ks. oikeudesta perhe-elämään asia X ym. v. Itävalta (suuri jaosto), nro 19010/07, tuomio 19.2.2013, 95 kohta.

21 — Joissakin alueellisissa ihmisoikeusasiakirjoissa, kuten Afrikan ihmisoikeuksien ja kansojen oikeuksien peruskirjassa, taataan oikeus syrjimättömyyteen. Geneven yleissopimuksen ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen tavoin niissä ei kuitenkaan taata nimenomaisesti oikeutta sukupuolisen suuntautumisen ilmaisemiseen. Ks. Amnesty Internationalin 25.6.2013 julkaisema selonteko ”Making Love a Crime – Criminalisation of Same-Sex Conduct in Sub-Saharan Africa” osoitteessa www.amnesty.org/en/library/into/AFRO1/001/2013/en.

22 — Ks. yleisesti Euroopan ihmisoikeussopimuksesta asia Mamatkulov ja Askarov v. Turkki (suuri jaosto), nro 46827/99 ja nro 46951/99, tuomion 121 kohta, ECHR 2005-I. Ks. kansainvälistä suojelua koskevien suuntaviivojen nro 9 (Guidelines on International Protection No. 9), jotka on julkaistu 23.10.2012 ja jotka ovat luettavissa osoitteessa www.unhcr.org/509136ca9.html (jäljempänä UNHCR:n suuntaviivat), 5 ja 7 kohta Geneven yleissopimuksen osalta.

23 — Asia X. v. Saksan liittotasavalta, nro 5935/72, ihmisoikeustoimikunnan ratkaisu 30.9.1975, 2 kohta ja asia Johnson v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro 10389/83, ihmisoikeustoimikunnan ratkaisu 17.7.1986.

24 — Asia nro 25186/94, ihmisoikeustoimikunnan ratkaisu 1.7.1997, 58–66 kohta.

Kysymys 1

27. Kansallinen tuomioistuin tiedustelea ensimmäisellä kysymyksellään, voidaanko homoseksuaalisesti suuntautuneita pakolaisaseman hakijoita pitää direktiivin 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitettuna erityisenä yhteiskunnallisena ryhmänä.

28. Kaikki unionin tuomioistuimelle huomautuksia esittäneet (paitsi Yhdistynyt kuningaskunta, joka ei käsitellyt tätä seikkaa) ovat yhtä mieltä siitä, että mainittuun kysymykseen olisi vastattava myöntävästi.

29. Minäkin kannatan tätä näkemystä.

30. Z:aa koskevassa pääasiassa on niin, että asian ensimmäisessä oikeusasteessa käsitelleelle kansalliselle tuomioistuimelle (Rechtbank) esitetty näyttö ei vakuuttanut kyseistä tuomioistuinta siitä, että Senegalissa homoseksuaalisesti suuntautuneita henkilöitä vainottaisiin tai syrjittäisiin yleisesti, joten Rechtbankin mielestä hakija ei ole direktiivin 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitettu erityisen yhteiskunnallisen ryhmän jäsen.²⁵

31. Kyseisessä 10 artiklassa on kaksi kohtaa. Ensimmäisen kohdan mukaan jäsenvaltioiden on otettava huomioon tiettyjä seikkoja arvioidessaan *vainon syitä*. Mainitussa 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa määritellään tässä asiayhteydessä erityisen yhteiskunnallisen ryhmän käsite. Artiklan toinen kohta koskee sitten sitä, kuinka arvioida, onko tietyn hakijan *pelko joutua vainotuksi perusteltu*. Tästä seuraa, ettei hakijan tarvitse osoittaa joutuvansa vainotuksi tai syrjityksi alkuperämaassaan²⁶ (10 artiklan 2 kohtaan sisältyvät seikat) sen osoittamiseksi, että hän kuuluu erityiseen yhteiskunnalliseen ryhmään (eli että hän kuuluu 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan soveltamisalaan).

32. Voidaanko miespuolisia homoseksuaaleja pitää direktiivin 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitettuina ”erityisen yhteiskunnallisen ryhmän jäseninä”?

33. Erotuksena Geneven yleissopimuksesta, jossa mainitaan vain ”kuuluminen tiettyyn yhteiskuntaluokkaan”, direktiivissä käytetään muttei määritellä käsitettä ”sukupuolinen suuntautuminen”. Saattaa olla niin, että unionin lainsäätäjät sisällytti direktiivin 10 artiklan 1 kohdan d alakohtaan nimenomaisen maininnan sukupuoliseen suuntautumiseen perustuvasta yhteiskunnalliseen ryhmään kuulumisesta, koska komissio teki ehdotuksensa aikana, jolloin alettiin myöntää, että on henkilöitä, jotka saattavat joutua pakenemaan vainoa ja hakemaan kansainvälistä suojelua mainitulla perusteella,²⁷ vaikkei tällainen peruste nimenomaisesti sisällykään Geneven yleissopimukseen.²⁸

25 — Tällainen Rechtbankin arviointi mainitaan Raad van Staten ennakkoratkaisupyyntönsä. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei kuitenkaan ole ilmoittanut, onko se Rechtbankin kanssa samaa mieltä. Ymmärtääkseni Raad van State on viitannut Rechtbankin arviointiin selittääkseen omat syynsä sille, että se pyytää neuvoa direktiivin 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan tulkinnasta. Siksi olen ottanut tarkastelussani Rechtbankin arvioinnin huomioon.

26 — Rechtbankia on saattanut johtaa harhaan se, että 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan toisessa luetelmakohdassa viitataan ryhmään, jolla on selvästi erottuva identiteetti, koska ”ympäröivä yhteiskunta mieltää sen erilaiseksi”. Se, että jokin ryhmä ”mielletään erilaiseksi”, on kuitenkin sinänsä neutraali asiointi. Vainotuksi tai syrjityksi joutuminen ei sitä selvästikään ole.

27 — Ks. KOM(2001) 510 lopullinen, erityisesti 3 osa.

28 — UNHCR:n suuntaviivoissa viitataan nyt vuonna 2007 hyväksytyihin Yogyakartan periaatteisiin, jotka koskevat kansainvälisen ihmisoikeusnormiston soveltamista sukupuoliseen suuntautumiseen ja sukupuoli-identiteettiin. Yogyakartan periaatteiden johdanto-osan neljännessä perustelukappaleessa ”sukupuolisella suuntautumisella” tarkoitetaan henkilön kykyä tuntea syvää emotionaalista, affektiivista ja seksuaalista viehtymystä eri sukupuolta tai samaa sukupuolta taikka useampaa kuin yhtä sukupuolta oleviin henkilöihin ja olla heihin intiimeissä sukupuolisuhteissa.

34. Direktiivin 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan alun mukaan ”jotakin ryhmää pidetään erityisenä yhteiskunnallisena ryhmänä, jos erityisesti –”; näitä sanoja seuraavat välittömästi kaksi luettelakohtaa (joista ensimmäinen sisältää kolme toisistaan ”tai”-sanalla erotettua vaihtoehtoa). Luettelakohdat on liitetty toisiinsa ”ja”-sanalla, mikä osoittaa, että ne sisältävät kumulatiivisesti täytettäviä edellytyksiä. Tekstissä todetaan kuitenkin sen jälkeen (nimenomaisesti), että ”alkuperämaan oloista riippuen tietty yhteiskunnallinen ryhmä voi olla ryhmä, jonka yhteisenä ominaisuutena on sukupuolinen suuntautuminen –”.

35. Kun tarkastelen kyseistä tekstiä ja vertaan sitä kumpaankin sitä välittömästi edeltävään luettelakohtaan, unionin lainsäätäjä näyttää minusta ilmaisseen mahdollisimman selvästi, että henkilöt, joiden yhteisenä ominaisuutena on sukupuolinen suuntautuminen, voivat todellakin olla 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitettujen erityisen yhteiskunnallisen ryhmän jäseniä. He täyttävät ensimmäisen luettelakohdan edellytykset (sanoisin, että he täyttävät ne joka tapauksessa, koska he kuuluvat siinä esitetyn kolmannen vaihtoehdon piiriin eli heille ”on yhteistä sellainen ominaisuus –, joka on niin keskeinen osa identiteettiä –, ettei heitä pitäisi vaatia luopumaan siitä”). Alkuperämaan olojen mukaan he saattavat täyttää myös toisen luettelakohdan edellytyksen (eli sen, että ”ryhmällä on selvästi erottuva identiteetti asianomaisessa maassa, koska ympäröivä yhteiskunta mieltää sen erilaiseksi”). Sen selvittämiseksi, täyttävätkö he todella toisen luettelakohdan edellytyksen, on arvioitava hakijan alkuperämaan oikeussääntöjä sekä siellä vallitsevia yhteiskunnallisia ja kulttuurisia tapoja ja asenteita. Tämä on asia, joka toimivaltaisten kansallisten viranomaisten on selvitettävä tosiseikkojen perusteella, mitä kansallinen tuomioistuin valvoo.

36. Niinpä ensimmäiseen kysymykseen olisi mielestäni vastattava siten, että homoseksuaalisesti suuntautuneita pakolaisaseman hakijoita voidaan heidän alkuperämaassaan vallitsevien olosuhteiden mukaan pitää direktiivin 2004/83 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitettuna erityisenä yhteiskunnallisena ryhmänä. Kansallisen tuomioistuimen asiana on arvioida, onko tällaisella ryhmällä mainitun säännöksen toisessa luettelakohdassa tarkoitettu ”selvästi erottuva identiteetti” kunkin hakijan alkuperämaassa, ”koska ympäröivä yhteiskunta mieltää sen erilaiseksi”.

Kysymys 3

37. Kolmannella kysymyksellään kansallinen tuomioistuin tiedustelee, merkitseekö se, että homoseksuaaliset teot on säädetty rangaistaviksi ja niistä tuomitseminen voi johtaa vankeuteen, direktiivin 9 artiklassa tarkoitettua vainoksi katsottavaa tekoa.

38. Kansallisissa oikeudenkäynneissä on tehty tiettyjä toteamuksia kaikkien kolmen hakijan osalta. X:ää koskevassa asiassa on todettu, että Sierra Leonessa homoseksuaalisuutta sinänsä ei ole säädetty rangaistavaksi mutta tietyistä homoseksuaalisista teoista voidaan määrätä rikosoikeudellisia seuraamuksia. Y:tä koskevassa asiassa on todettu, että Ugandassa homoseksuaalisuus sinänsä on säädetty rangaistavaksi.²⁹ Z:aa koskevassa asiassa on todettu, että homoseksuaalisuutta sinänsä ei näytä säädetyn rangaistavaksi Senegalissa mutta tietyistä homoseksuaalisista teoista voidaan määrätä rikosoikeudellisia seuraamuksia.³⁰

29 — X:n ja Y:n tapauksissa kyseiset ensimmäisessä oikeusasteessa tehdyt toteamukset (X:n osalta ne teki Rechtbank ja Y:n osalta turvaamistoimihakemuksen ratkaissut tuomari) mainitaan Raad van Staten ennakkoratkaisupyyntöissä. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin ei kuitenkaan ole ilmoittanut, onko se samaa mieltä kuin ensimmäiset oikeusasteet. Ymmärtääkseni Raad van State on viitannut kyseisiin toteamuksiin selittääkseen omat syynsä sille, että se pyytää neuvoa direktiivin 9 artiklan 1 kohdan tulkinnasta; siksi olen ottanut ne arvioinnissani huomioon.

30 — Ks. edellä 15 kohta.

39. Koska on riidatonta, että kyseiset kolme hakijaa ovat homoseksuaaleja, en ole tässä ratkaisuehdotuksessa erottanut toisistaan Ugandan tilannetta (josta on todettu, että homoseksuaalisuus sinänsä on säädetty rangaistavaksi) ja tilannetta Sierra Leonessa tai Senegalissa (joissa tietyistä homoseksuaalisista teoista voidaan määrätä rikosoikeudellisia seuraamuksia).³¹

40. X:n, Y:n ja Z:n mielestä direktiivin 9 artiklaa olisi tulkittava siten, että homoseksuaalisen toiminnan säätäminen rangaistavaksi on sinänsä vainoksi katsottava teko. Komissio, huomautuksia esittäneiden jäsenvaltioiden hallitukset ja UNHCR ovat tietyssä määrin yhtä mieltä vastakkaisesta näkemyksestä.

41. Euroopan unionissa lähestymistapa on siinä mielessä muuttunut, että lainsäädäntöä, jolla kriminalisoidaan aikuisten väliset heidän omaan tahtoonsa perustuvat yksityiset homoseksuaaliset teot ja säädetään niistä seuraamuksia, pidetään nykyisin Euroopan ihmisoikeussopimuksen vastaisena.³² Siksi on selvää, että jäsenvaltioissa tällaiset säännöt merkitsisivät nykyään henkilön perusoikeuksien loukkausta siitä riippumatta, sovellettaisiinko niitä konkreettisesti vai ei. Direktiivin tavoitteena ei kuitenkaan ole antaa suojaa aina, kun henkilö ei voi kattavasti ja tehokkaasti käyttää perusoikeuskirjassa tai Euroopan ihmisoikeussopimuksessa taattuja vapauksia alkuperämaassaan. Toisin sanoen tarkoituksena ei ole viedä kyseisiä standardeja unionin ulkopuolelle.³³ Tarkoituksena on, että pakolaisasema myönnetään vain henkilöille, jotka voivat olla alttiina sille, että heidän keskeisimmät oikeutensa joutuvat vakavan epäämisen tai systeemisen loukkauksen kohteeksi, ja joiden elämästä alkuperämaassaan on tullut sietämätöntä.

42. Merkitseekö se, mikä olisi Euroopan unionissa perusoikeuden loukkaus, välttämättä direktiivin 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua vainoksi katsottavaa tekoa?

43. Direktiivin 9 artiklan 1 kohdassa säädetään, että ”Geneven yleissopimuksen 1 artiklan A kohdassa tarkoitettujen vainoksi katsottavien tekojen on oltava a) laatunsa tai toistuvuutensa vuoksi niin vakavia, että ne muodostavat vakavan loukkauksen ihmisten perusoikeuksia vastaan – tai b) kertymä erilaisia toimenpiteitä, joihin kuuluu ihmisoikeusloukkauksia, ja joka on riittävän vakava vaikuttaakseen yksilöön a alakohdassa tarkoitettua vastaavalla tavalla”. Ilmauksista ”niin vakavia, että”, ”vakava loukkaus” ja ”kertymä – – joka on riittävän vakava” seuraa, ettei jokaista ihmisoikeusloukkausta (niin vastenmielinen kuin tämä voikin olla) pidetä 9 artiklassa tarkoitettuna ”vainoksi katsottavana tekona”. On nimittäin niin, että 9 artiklan 2 kohdan sisältämässä esimerkkiluettelossa vainoksi katsottavista teoista viitataan nimenomaisesti 9 artiklan 1 kohdassa säädettyyn vaatimukseen, koska kyseisen 2 kohdan mukaan ”*edellä 1 kohdan nojalla*”^[34] vainoksi katsottavat teot” voivat sisältää muun muassa teot, jotka sitten luetellaan a–f alakohdassa. Direktiivin 9 artiklan 3 kohdassa tehdään puolestaan selväksi, että vainon syiden (10 artikla) ja 9 artiklan 1 kohdan nojalla vainoksi katsottavien tekojen välillä on oltava yhteys.

44. Käsitteellinen vaikeus ilmenee siinä, että kun perusoikeuskirjassa suojataan perusvapautta, henkilön *mikä tahansa* syytteeseen paneminen tai rankaiseminen tällaisen vapauden käyttämisestä olisi *Euroopan unionissa* jo sinänsä ”kohtuutonta”. Niinpä katson, että 9 artiklan 2 kohdan c alakohdan – joka vaikuttaa vainoksi katsottavien tekojen luettelossa, joka ei ole tyhjentävä, relevanteimmalta säännökseltä nyt käsiteltävien asioiden kannalta – ilmaus ”kohtuuton tai syrjivä syytteeseen paneminen tai rankaiseminen” vastaa ”vakavaa tai syrjivää syytteeseen panemista tai rankaisemista”.

31 — Ymmärtääkseni Alankomaiden viranomaisilla on sama lähestymistapa ulkomaalaislain soveltamisohjeissa: ks. edellä 13 kohta.

32 — Edellä alaviitteessä 20 mainitun Dudgeon-tapauksen lisäksi tunnettuja tapauksia ovat asia Norris v. Irlanti, jossa annettiin tuomio 26.10.1988 (A-sarja, nro 142) ja asia Modinos v. Kypros, jossa annettiin tuomio 22.4.1993 (A-sarja, nro 259). Asiassa Modinos kyseessä ollut kansallinen lainsäädäntö kumottiin melko lyhyt aika sitten (vuonna 1997). Ks. myös edellä 25 kohdassa sekä alaviitteissä 23 ja 24 mainittu Euroopan ihmisoikeustoimikunnan ratkaisukäytäntö, joka koskee syrjintää sekä homoseksuaalisten ja heteroseksuaalisten tekojen suojaikärajaa.

33 — Asia F. v. Yhdistynyt kuningaskunta, nro 17341/03, tuomion 3 kohta ja asia I.I.N. v. Alankomaat, nro 2035/04. Tällaista vientiä voitaisiin tosiaankin pitää eräänlaisena ihmisoikeus- tai kulttuuri-imperialismina.

34 — Kursivointi tässä.

45. Mielestäni on niin, että selvittäessään, ovatko – tällä perusteella – toimet, joilla kielletään sukupuolisen suuntautumisen ilmaiseminen, sellaisia tekoja, että ne merkitsevät 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuja ”vainoksi katsottavia tekoja”, kansallisten viranomaisten olisi otettava huomioon erityisesti i) näyttö rikosoikeudellisten säännösten soveltamisesta hakijan alkuperämaassa, kuten se, panevatko viranomaiset todella henkilöitä syytteeseen ja ajavatko ne tällaisia syytteitä; ii) se, pannaanko rikosoikeudellisia seuraamuksia täytäntöön, ja jos pannaan, kuinka ankaria tällaiset seuraamukset ovat käytännössä, ja iii) tiedot käytännöistä sekä yleensä yhteiskunnan tavoista ja asenteista alkuperämaassa.³⁵

46. Pakolaisasemahakemuksen arvioinnissa sovellettavana kriteerinä on se, osoittaako jokin yksittäinen tapahtuma tai niiden kertymä sen, että hakijalla on perusteltua aiheutta pelätä, että hänen perustavanlaatuiset ihmisoikeutensa todennäköisesti evättäisiin, jos hän palaisi alkuperämaahansa.³⁶

47. Pitkäaikaiseen vankeuteen johtavat rikosoikeudelliset seuraamukset homoseksuaalisen suuntautumisen ilmaisemisesta voisivat merkitä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 3 artiklan (epäinhimillisen ja halventavan kohtelun tai rangaistuksen kielto) loukkausta, joten ne olisivat niin vakavia, että ne merkitsisivät direktiivin 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua vakavaa perustavanlaatuisten ihmisoikeuksien loukkausta.

48. Tässä valossa tarkasteltuna on mielestäni selvää (sellaisten yksityiskohtaisten tietojen puuttuessaakin, jotka koskisivat pääasioiden hakijoihin liittyvien rikosten piirteitä ja tällaisista rikoksista yleensä säädettyjä erityisiä seuraamuksia), että yleisessä mielessä seuraamukset, joista Sierra Leonessa, Ugandassa ja Senegalissa on säädetty, voivat potentiaalisesti merkitä direktiivin 9 artiklan 2 kohdan c alakohdassa tarkoitettua ”kohtuutonta” rangaistusta. On totta, etteivät lakisääteiset seuraamukset tietyistä homoseksuaalisista teoista ole Senegalissa yhtä ankaria kuin Sierra Leonessa tai Ugandassa. Ennen kuin kansallinen tuomioistuin katsoo, että tästä syystä direktiivin 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu vainoksi katsottavan teon kriteeri ei täyty, sen olisi tarkasteltava sitä, onko kyseessä kertaluonteisen vai toistuvan syytteeseenpanon riski, ja määrättyä rangaistusta, jos syytteen ajaminen menestyy.

49. Todettakoon siis yleisesti, että selvitettyään, onko tiettyä hakijaa pidettävä homoseksuaalisen suuntautumisensa vuoksi 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitettuna erityisen yhteiskunnallisen ryhmän jäsenenä, kansallisten viranomaisten on tutkittava, ovatko olosuhteet hänen alkuperämaassaan sellaiset, että ne johtavat 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuihin vainoksi katsottaviin tekoihin. Tässä tutkinnassa niiden olisi arvioitava sitä, sovelletaanko rangaistustoimenpiteitä niihin, jotka ovat tai joiden arvellaan olevan kyseisen yhteiskunnallisen ryhmän jäseniä,³⁷ sitä, pannaanko kyseisiä toimenpiteitä täytäntöön, määrättävien seuraamusten ankaruutta ja siis sitä, onko hakijalla perusteltua aiheutta pelätä joutuvansa vainotuksi. Kansallisten viranomaisten näistä seikoista tekemä ratkaisu on tietenkin voitava saattaa kansallisten tuomioistuinten valvontaan direktiivissä säädettyjen kriteerien asianmukaisen soveltamisen varmistamiseksi.

50. Katson siis, että kolmanteen ennakkoratkaisukysymykseen olisi vastattava siten, että toiminnan säätäminen rangaistavaksi ei sinänsä merkitse direktiivin 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua vainoksi katsottavaa tekoa. Toimivaltaisten kansallisten viranomaisten asiana on arvioida hakijan alkuperämaassa vallitsevien sellaisten olosuhteiden valossa, jotka koskevat erityisesti i) syytteeseenpanon riskiä ja yleisyyttä, ii) tavallisesti määrättävän seuraamuksen ankaruutta, mikäli syytteen ajaminen menestyy, sekä iii) mahdollisia muita toimenpiteitä ja yhteiskunnallisia käytäntöjä,

35 — Jos siis esimerkiksi heteroseksuaalisia aikuisia yritetään saada luopumaan läheisen parisuhteensa julkisesta ilmaisemisesta ja tällainen ilmaiseminen on rikoslaissa säädetty rangaistavaksi, pelkkä samojen sääntöjen soveltaminen homoseksuaalisiin aikuisiin ei merkitsisi vainoksi katsottavaa tekoa. Tilanne olisi kuitenkin toinen, jos tällaista lakia ei pantaisi koskaan täytäntöön heteroseksuaaleja vastaan mutta se pantaisiin aktiivisesti täytäntöön homoseksuaaleja vastaan. Ks. myös jäljempänä 75 kohta.

36 — Ks. edellä alaviitteessä 17 mainitut yhdistetyt asiat Y ja Z, tuomion 53 ja 54 kohta.

37 — Ks. 9 artiklan 3 kohta ja 10 artiklan 2 kohta.

joiden kohteeksi hakija voi perustellusti pelätä joutuvansa, kohdistuuko tiettyyn hakijaan todennäköisesti joko tekoja, jotka ovat laatunsa tai toistuvuutensa vuoksi niin vakavia, että ne merkitsevät vakavaa ihmisoikeusloukkausta, tai sellainen eri toimenpiteiden, joihin kuuluu ihmisoikeusloukkauksia, kertymä, joka on riittävän vakava vaikuttaakseen hakijaan vastaavalla tavalla.

Kysymys 2

51. Kansallinen tuomioistuin tiedustelee toisella kysymyksellään sitä, että jos homoseksuaalisen hakijan on katsottava kuuluvan direktiivin 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitettuun erityiseen yhteiskunnalliseen ryhmään, onko olemassa jotakin homoseksuaalista toimintaa, joka kuuluu direktiivin soveltamisalaan ja joka merkitsee sitä, että pakolaisasema olisi myönnettävä.

52. Kansallinen tuomioistuin kysyy sitten useita alakysymyksiä³⁸ yhteisistä perusteista, joita voitaisiin soveltaa selvitetessä, ketä on pidettävä pakolaisena. Missä määrin direktiivin 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa suojataan homoseksuaalisen suuntautumisen julkista tai yksityistä ilmaisemista? Olisiko hakijan odotettava salaavan sukupuolisen suuntautumisensa välttyäkseen vainolta alkuperämaassaan? Voidaanko hänen odottaa harjoittavan pidättyvyyttä homoseksuaalisen suuntautumisensa ilmaisemisessa, ja jos voidaan, missä määrin? Mitä olisi pidettävä sukupuolisen suuntautumisen ydinalueena? Onko unionin oikeus yleensä tai direktiivi erityisesti esteenä sille, että suojassa, johon ulkomaalaisilla on oikeus, tehdään ero sen mukaan, onko heidän sukupuolinen suuntautumisensa homoseksuaalista vai heteroseksuaalista?

53. Ennen näiden alakysymysten käsittelyä on tarpeen tehdä muutamia alustavia huomautuksia.

54. Ensinnäkin kansallinen tuomioistuin tiedustelee pääasiallisesti sitä, miten direktiivin 9 ja 10 artiklassa edellytetty yksityiskohtainen arviointi on toteutettava. Direktiivin 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa asetetaan nimenomainen raja sille, mikä voi muodostaa sukupuolista suuntautumista koskevaan yhteiseen ominaisuuteen perustuvan yhteiskunnallisen ryhmän, koska siinä säädetään selvästi, että ”sukupuoliseen suuntautumiseen ei voida katsoa kuuluvan tekoja, joita jäsenvaltioiden lainsäädännön mukaan pidetään rikollisina”. Niinpä esimerkiksi sellainen sukupuolinen suuntautuminen, jonka mukaisesti miespuolinen pakolaisaseman hakija silvotuttaa naispuolisen sukupuolikumppaninsa sukupuolielimiä, jotta tämä ”kelpaisi” sukupuolisuhteisiin hänen kanssaan, ei saisi suojaa 10 artiklan 1 kohdan d alakohdasta. Direktiivin 9 artikla sisältää määritelmän (9 artiklan 1 kohdan a ja b alakohta) ja sen jälkeen luettelon, joka ei ole tyhjentävä (9 artiklan 2 kohta), sekä vaatimuksen, jonka mukaan vainon syiden ja vainoksi katsottavien tekojen välillä on oltava yhteys (9 artiklan 3 kohta), mutta artikla on avoin sen osalta, mitä voidaan pitää vainoksi katsottavana tekona.

55. Toiseksi on epäselvää, miten esitetyt alakysymykset tarkalleen ottaen liittyvät pääasioissa kyseessä olevaan problematiikkaan. Kansallinen tuomioistuin näyttää pyytävän neuvoa siitä, miten direktiiviä yleisesti voitaisiin soveltaa. Tämä ei kuulu unionin tuomioistuimen toimivaltaan ennakkoratkaisumenettelyssä.³⁹

56. Kansallinen tuomioistuin selittää kolmanneksi pragmaattisemmassa mielessä, että Alankomaiden viranomaisten mukaan homoseksuaalinen toiminta ansaitsee saman suojan kuin heteroseksuaalinen toiminta. Mielestäni hakijan toiminnan ei kuitenkaan pitäisi olla arvioinnissa keskeisintä. Direktiivin 9 ja 10 artikla eivät pääosiltaan koske pakolaisasemaa hakevan henkilön käyttäytymistä. Ne koskevat pikemminkin mahdollisia vainoksi katsottavia tekoja ja niiden syitä eli mahdollisten vainon harjoittajien aktiivista käyttäytymistä eivätkä mahdollisen uhrin päivittäistä käyttäytymistä.

38 — Olen muuttanut alakysymysten järjestystä voidakseni eritellä kansallisen tuomioistuimen esittämät eri ongelmat.

39 — Asia 244/80, Foglia, tuomio 16.12.1981 (Kok., s. 3045, Kok. Ep. VI, s. 251, 18–20 kohta).

57. Neljänneksi on niin, että tällaisessa arvioinnissa on tietenkin tarpeen ottaa huomioon mahdolliset rajoitukset, joita hakijaan sovellettiin ennen kuin hän lähti alkuperämaastaan. On kuitenkin yhtä relevanttia tutkia käytettävissä oleva näyttö sen arvioimiseksi, joutuuko hakija todennäköisesti kohtaamaan vainoksi katsottavia tekoja, jos hän palaa alkuperämaahansa. Kyse on siis siitä, onko hakijalla perusteltua aihetta pelätä, että hänen perustavanlaatuisia ihmisoikeuksiaan loukataan vakavasti. Tällaiseen kysymykseen ei voida vastata tarkastelemalla yksinomaan tekoja, jotka tapahtuivat ennen kuin hakija lähti alkuperämaastaan.

58. Viidenneksi kansallisen tuomioistuimen kysymysten taustalla näyttää olevan lähtökohtana se, että 10 artiklan 1 kohdan d alakohdan vetoavilla homoseksuaalisilla pakolaisaseman hakijoilla saattaa olla mahdollisuus (ja ehkä jopa velvollisuus) käyttäytyä alkuperämaassaan tavalla, joka vähentää heidän sukupuoliseen suuntautumisensa perustuvien vainoksi katsottavien tekojen riskiä. Torjuisin tällaisen lähtökohdan, koska se on vastoin heidän oikeuttaan siihen, että heidän sukupuoli-identiteettiään kunnioitetaan.

59. Tätä taustaa vasten tarkastelen seuraavaksi kansallisen tuomioistuimen esittämiä eri alakysymyksiä.

60. Ensimmäisellä alakysymyksellä tiedustellaan, erotetaanko direktiiviä sovellettaessa hakijan homoseksuaalisen suuntautumisen yksityinen ja julkinen ilmaiseminen toisistaan.

61. Direktiivin tekstissä ei tehdä tällaista erottelua. Siksi tällainen erottelu ei mielestäni ole relevantti selvitettäessä, onko kyse direktiivin 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettusta vainoksi katsottavasta teosta. Merkityksellinen kysymys on pikemminkin se, onko hakija sukupuolisen suuntautumisen vuoksi 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitettun yhteiskunnallisen ryhmän jäsen, ja se, onko tällaisen ”vainon syyn” ja 9 artiklan 1 kohdan nojalla vainoksi katsottavan teon tai vainoksi katsottavien tekojen välillä yhteys, kuten 9 artiklan 3 kohdassa edellytetään.

62. Kansallinen tuomioistuin kysyy seuraavaksi, olisiko pakolaisaseman hakijoiden odotettava salaavan sukupuolisen suuntautumisen alkuperämaassaan tai harjoittavan pidättyvyyttä sen ilmaisemisessa. Ennakkoratkaisupyynnön perusteella on epäselvää, liittyykö tämä kysymys siihen, miten toimivaltaiset kansalliset viranomaiset käsittelevät kyseiset nimenomaiset turvapaikkahakemukset. Saattaa olla, että kansallinen tuomioistuin haluaa tietää, heijastavatko ulkomaalaislain soveltamisohjeet – siltä osin kuin niiden mukaan salaaminen ei ole huomioon otettava kriteeri – vain direktiivin säännöksiä vai onko niissä kyse siitä, että jäsenvaltio soveltaa suotuisampia säännöksiä, mikä 3 artiklassa sallitaan.⁴⁰ Siltä osin kuin nämä kysymykset esitetään abstraktissa mielessä unionin tuomioistuimen ei ole vastattava niihin. Kattavuuden vuoksi käsittelen kuitenkin niitä lyhyesti.

63. Mielestäni pakolaisaseman hakijan ei olisi odotettava salaavan sukupuolista suuntautumistaan välttyäkseen vainolta alkuperämaassaan.

64. Kyseinen näkemys ei saa tukea direktiivin sanamuodosta eikä myöskään sen rakenteesta. Olisi nimittäin järjetöntä tulkita direktiiviä kyseisellä tavalla. Se tarkoittaisi, että jos hakija (uhri) jättäisi salaamatta sukupuolisen suuntautumisen, hänet katsottaisiin jotenkin osalliseksi omaan ahdinkoonsa vainon harjoittajana, mikä ei sovi yhteen direktiivin 6 artiklan sanamuodon kanssa. Sitä, että hakijoiden edellytettäisiin salaavan sukupuolisen suuntautumisen, voitaisiin nimittäin sinänsä pitää vainoksi katsottavana tekona.

65. Olisiko homoseksuaalisten pakolaisaseman hakijoiden odotettava palaavan kotiinsa ja harjoittavan pidättyvyyttä alkuperämaassaan?

66. Mielestäni ei olisi.

⁴⁰ — Ks. edellä 13 kohta.

67. Ensinnäkin minulle on epäselvää, miten tällainen edellytys sopisi käsitteellisesti direktiivin (tai vieläpä Geneven yleissopimuksen) rakenteeseen. Direktiivissä vahvistetaan kolmansien maiden kansalaisten ja kansalaisuudettomien henkilöiden pakolaisiksi määrittelyä koskevat vähimmäisvaatimukset (1 artikla). Arvioidakseen, täyttääkö tietty hakija kyseiset vähimmäisvaatimukset, jäsenvaltio tutkii tosiseikat ja olosuhteet (4 artikla) sen selvittämiseksi, onko hakijaan kohdistettu vai saatetaanko häneen kohdistaa vainoksi katsottavia tekoja tai vakavaa haittaa (kuten ne määritellään 9 artiklassa) tietyistä erityisistä vainon syistä (kuten ne määritellään 10 artiklassa). Jos hakijalla on perusteltua aihetta pelätä joutuvansa täten vainotuksi, hänellä on oikeus saada pakolaisasema. Direktiivin rakenteesta ei löydy seikkoja tueksi väitteelle, jonka mukaan pakolaisaseman myöntämisen tarve voitaisiin välttää, jos hakija vain ”lakkaisi provosoimasta” vainon harjoittajia sillä, että hän on oma itsensä.

68. Toiseksi on totta, että henkilö, joka hakee turvapaikkaa homoseksuaalisen suuntautumisensa perusteella, ei voi odottaa, että hänellä olisi oikeus elää alkuperämaassaan samalla tavalla kuin hän saattaisi elää Alankomaissa.⁴¹ Mielestäni kuitenkin sen määrittäminen, kuinka suurta ”pidättyvyyttä” a) hakijalta edellytettäisiin, jotta hän pysyisi turvassa kotiin palattuaan, samalla kun b) edelleen noudatettaisiin vaatimusta turvata perusoikeus, jonka epääminen tekee pakolaisaseman myöntämisen perustelluksi, vaikuttaa prosessilta, joka olisi luonnostaan subjektiivinen ja joka todennäköisesti johtaisi pikemmin mielivaltaisiin tuloksiin kuin oikeusvarmuuteen. Kansallinen tuomioistuin itse toteaa ennakkoratkaisupyyntönsä, ettei ministeri kykene selvittämään etukäteen, kuinka suurta pidättyvyyttä voitaisiin odottaa. Tällainen toteamus sinänsä antaa mielestäni ymmärtää, ettei kyseinen lähestymistapa voisi toimia käytännössä.

69. Kolmanneksi on niin, että toteamus, jonka mukaan kaikki sujuu hyvin, jos hakija käyttäytyy hillitysti kotiin palattuaan, merkitsee tietämättömyyttä realiteeteista. Hillitty käyttäytyminen ei ole varma suoja paljastumiselta ja siitä johtuvalta kiristykseltä tai vainolta.

70. Tällä perusteella on tarpeetonta vastata alakysymykseen (siitä, mitä on pidettävä sukupuolisen suuntautumisen ”ydinalueena”). Esitän kuitenkin kattavuuden vuoksi vielä seuraavat huomautukset.

71. Ymmärrän ilmaisun ”ydinalue” olevan peräisin yhdistetyissä asioissa Y ja Z annetusta tuomiosta, jossa unionin tuomioistuin tarkasteli sitä, oliko hakijoiden perusoikeuksia loukattu uskonnonvapautta koskevan oikeuden harjoittamiselle asetetuilla rajoituksilla. En ole vakuuttunut siitä, että mainittu ilmaisu on siirrettävissä sukupuolisen suuntautumisen ilmaisemisen asiayhteyteen. Mielestäni henkilöllä joko on tai ei ole tietty sukupuolinen suuntautuminen.⁴² Mitään ”ydinaluetta” tai ”keskusta” ei sinänsä ole tarkasteltava. Minun on siis vaikea hyväksyä, että on mahdollista eritellä sukupuolisen suuntautumisen ilmaisemisen ydinalue. Minusta unionin tuomioistuimen ei myöskään pitäisi lähteä tälle tielle.

72. Katson kuitenkin yleisemmin, että unionin tuomioistuimen yhdistetyissä asioissa Y ja Z antamia perusteluja voidaan soveltaa nyt käsiteltävissä asioissa analogisesti.⁴³ Direktiivin 9 ja 10 artiklan sanamuodossa ei ole mitään perustetta ”ydinaluetta” koskevalle lähestymistavalle. Sen 9 artiklassa viitataan Euroopan ihmisoikeussopimuksessa taattuihin oikeuksiin, joista ei voida poiketa, ja tämän olisi oltava lähtökohtana arvioitaessa vainoksi katsottavia tekoja. Mikään ei anna ymmärtää, että erityyppiset ilmaisemiset tai ilmaisemisen tilanteet, joissa ei ole kyse seksuaalisista teoista tai kiintymyksen osoituksista, olisi erotettava toisistaan. Tällaiseen lähtökohtaan perustuva lähestymistapa johtaa todennäköisesti jo sinänsä mielivaltaisuuteen.

41 — Ks. esim. edellä alaviitteessä 33 mainittu asia F. v. Yhdistynyt kuningaskunta.

42 — Selibaatti, jossa on kyse siitä, että henkilö jättää tarkoituksellisesti ilmaisematta (fyysisesti) sukupuolista suuntautumistaan, voi olla valittu vapaaehtoisesti useista syistä mutta siihen ei voida pakottaa kieltämättä itse sukupuolipersonallisuuden olemassaoloa.

43 — Ks. julkisasiamies Botin edellä alaviitteessä 17 mainituissa yhdistetyissä asioissa Y ja Z antaman ratkaisuehdotuksen 38–52 ja 62–68 kohta.

73. Viimeinen alakysymys koskee sitä, onko unionin oikeus yleensä tai direktiivi erityisesti esteenä sille, että suojassa, johon ulkomaalaisilla on oikeus, tehdään ero sen mukaan, onko heidän sukupuolinen suuntautumisensa homoseksuaalista vai heteroseksuaalista.

74. Miten pakolaisasemahakemuksia olisi arvioitava silloin, kun väitetyt vainoksi katsottavat teot kohdistuvat sekä homo- että heteroseksuaaleihin?

75. Oletettakoon, että jossakin tietyssä kolmannessa maassa kaikenlainen kahden henkilön välinen julkinen kiintymyksen osoittaminen (kuten käsi kädessä kulkeminen tai suuteleminen) on kiellettyä ja että lain mukaan tällaisesta rikoksesta tuomitsemiseen perustuva seuraamus voi vaihdella (olosuhteiden mukaan) sakosta ruoskintaan. Lainsäädäntötoimi, jolla tällainen käyttäytyminen säädetään rangaistavaksi ja siitä säädetään seuraamus, on laadittu sanamuodoltaan sellaiseksi, että sitä sovelletaan sekä hetero- että homoseksuaaleihin. Oletettakoon, että homoseksuaalisesti suuntautunut henkilö pakenee kyseisestä maasta, tulee Euroopan unionin jäsenvaltioon ja hakee sieltä turvapaikkaa. Ei olisi välittömästi selvää, että tällaiseen hakijaan kohdistuisi vainoa yksinkertaisesti hänen sukupuolisen suuntautumisensa perusteella. On kuitenkin niin, että jos hän kykenisi osoittamaan, että käytännössä kyseinen toimi pantaisiin säännöllisesti täytäntöön tai se sisältäisi ankarimmat seuraamukset vain silloin, kun kyse olisi homoseksuaaleista (ja että käytännössä heteroseksuaaliset voisivat yleensä kulkea kadulla käsi kädessä tai suudella julkisesti seuraamuksitta tai että he saisivat poikkeuksetta vain erittäin vähäisiä sakkoja), hän kykenisi todennäköisemmin osoittamaan kuuluvansa direktiivin 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitettuun erityiseen yhteiskunnalliseen ryhmään. Sitten olisi tarpeen tutkia, merkitsisivätkö homoseksuaaliin kohdistettavat syytteet ja hänelle saamansa tuomion perusteella tyypillisesti määrättävät seuraamukset direktiivin 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua vainoksi katsottavaa tekoa (tähän olisi antamassani esimerkissä käsitykseni mukaan vastattava myöntävästi).

76. Katson yhteenvedona vastauksistani kansallisen tuomioistuimen esittämiin eri alakysymyksiin, että toiseen ennakkoratkaisukysymykseen olisi vastattava siten, että arvioidessaan, onko se, että homoseksuaalisuuden ilmaiseminen sukupuolisen suuntautumisen ilmaisuna on säädetty rangaistavaksi, direktiivin 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu vainoksi katsottava teko, jäsenvaltion toimivaltaisten viranomaisten on tarkasteltava sitä, kohdistuuko hakijaan todennäköisesti sellaisia tekoja tai kertymä sellaisia eri toimenpiteitä, jotka ovat laatunsa tai toistuvuutensa vuoksi niin vakavia, että ne merkitsevät vakavaa perustavanlaatuisten ihmisoikeuksien loukkausta.

Ratkaisuehdotus

77. Mielestäni unionin tuomioistuimen olisi siis vastattava Raad van Staten esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

- 1) Homoseksuaalisesti suuntautuneita pakolaisaseman hakijoita voidaan heidän alkuperämaassaan vallitsevien olosuhteiden mukaan pitää kolmansien maiden kansalaisten ja kansalaisuudettomien henkilöiden määrittelyä pakolaisiksi tai muuta kansainvälistä suojelua tarvitseviksi henkilöiksi koskevista vähimmäisvaatimuksista sekä myönnetyn suojelun sisällöstä 29.4.2004 annetun neuvoston direktiivin 2004/83/EY 10 artiklan 1 kohdan d alakohdassa tarkoitettuna erityisenä yhteiskunnallisena ryhmänä. Kansallisen tuomioistuimen asiana on arvioida, onko tällaisella ryhmällä mainitun säännöksen toisessa luetelmakohdassa tarkoitettu ”selvästi erottuva identiteetti” kunkin hakijan alkuperämaassa, ”koska ympäröivä yhteiskunta mieltää sen erilaiseksi”.
- 2) Homoseksuaalisten tekojen säätäminen rangaistavaksi ei sinänsä merkitse direktiivin 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua vainoksi katsottavaa tekoa. Toimivaltaisten kansallisten viranomaisten asiana on arvioida hakijan alkuperämaassa vallitsevien sellaisten olosuhteiden valossa, jotka koskevat erityisesti

- syytteesenpanon riskiä ja yleisyyttä
- tavallisesti määrättävän seuraamuksen ankaruutta, mikäli syytteen ajaminen menestyy, sekä
- mahdollisia muita toimenpiteitä ja yhteiskunnallisia käytäntöjä, joiden kohteeksi hakija voi perustellusti pelätä joutuvansa

kohdistuuko tiettyyn hakijaan todennäköisesti joko tekoja, jotka ovat laatunsa tai toistuvuutensa vuoksi niin vakavia, että ne merkitsevät vakavaa ihmisoikeusloukkausta, tai sellainen eri toimenpiteiden, joihin kuuluu ihmisoikeusloukkauksia, kertymä, joka on riittävän vakava vaikuttaakseen hakijaan vastaavalla tavalla.

- 3) Arvioidessaan, onko se, että homoseksuaalisuuden ilmaiseminen sukupuolisen suuntautumisen ilmaisuna on säädetty rangaistavaksi, direktiivin 9 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu vainoksi katsottava teko, jäsenvaltion toimivaltaisten viranomaisten on tarkasteltava sitä, kohdistuuko hakijaan todennäköisesti sellaisia tekoja tai kertymä sellaisia eri toimenpiteitä, jotka ovat laatunsa tai toistuvuutensa vuoksi niin vakavia, että ne merkitsevät vakavaa perustavanlaatuisten ihmisoikeuksien loukkausta.