



## Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE  
ELEANOR SHARPSTON  
od 11. srpnja 2013.<sup>1</sup>

**Spojeni predmeti C-199/12 do C-201/12**

**X, Y i Z  
protiv**

**Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel**

„Direktiva 2004/83/EZ – Uvjeti koje državljani trećih zemalja ili osobe bez državljanstva trebaju ispunjavati za stjecanje statusa izbjeglice – Značenje proganjanja – Seksualna orijentacija“

1. Ovi zahtjevi za prethodnu odluku koje je uputio Raad van State (Nizozemska) odnose se na tri državljana trećih zemalja koji su zatražili da im se prizna status izbjeglice. Svaki od njih tvrdi da ima osnovan strah od proganjanja zbog svoje seksualne orijentacije.
2. Nacionalni sud postavlja tri pitanja u vezi ocjene zahtjeva za status izbjeglice na temelju poglavlja III. Direktive Vijeća 2004/83/EZ (u daljnjem tekstu: Direktiva)<sup>2</sup>. Kao prvo, čine li državljani treće zemlje koji su homoseksualne orijentacije posebnu društvenu skupinu u smislu članka 10. stavka 1. točke (d) Direktive? Kao drugo, na koji način nacionalna tijela trebaju ocijeniti što je djelo proganjanja u vezi homoseksualnih aktivnosti za potrebe članka 9. Direktive? Kao treće, predstavlja li kriminalizacija tih aktivnosti u državi podrijetla podnositelja zahtjeva, uz mogućnost izricanja kazne zatvora u slučaju utvrđenja krivnje, proganjanje u smislu Direktive?

### Pravni okvir

#### *Konvencija o statusu izbjeglica*

3. U članku 1. odjeljku (A) prvom podstavku točke 2. Konvencije o statusu izbjeglica (u daljnjem tekstu: Ženevska konvencija)<sup>3</sup> predviđeno je da se pojam „izbjeglica“ odnosi na svaku osobu koja „se uslijed osnovanog straha od proganjanja zbog svoje rase, vjere, nacionalnosti, pripadnosti posebnoj društvenoj grupi ili političkog mišljenja nalazi izvan države čije ima državljanstvo te se ne može ili se zbog tog straha ne želi staviti pod zaštitu te države; ili koja, ako nema državljanstvo i nalazi se izvan države u kojoj je imala svoje stalno boravište, ne može ili se zbog tog straha ne želi tamo vratiti“.

1 — Izvorni jezik: engleski

2 — Direktiva od 29. travnja 2004. o minimalnim standardima za kvalifikaciju i status državljana treće zemlje ili osoba bez državljanstva kao izbjeglica ili osoba kojima je na drugi način potrebna međunarodna zaštita te o sadržaju odobrene zaštite (SL 2004., L 304, str. 12.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 12., str. 64.).

3 — Potpisana u Ženevi 28. srpnja 1951. (Zbornik ugovora Ujedinjenih naroda, sv. 189., str. 150., br. 2545 (1954.)) te stupila na snagu 22. travnja 1954. Dopunjena je i izmijenjena Protokolom o statusu izbjeglica, koji je sklopljen u New Yorku 31. siječnja 1967. Ta dva instrumenta zajedno nazivam „Ženevska konvencija“.

## Pravo Europske unije

### Povelja o temeljnim pravima

4. U članku 7. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja)<sup>4</sup> predviđeno je: „[s]vatko ima pravo na poštovanje svojeg privatnog i obiteljskog života, doma i komuniciranja”. Člankom 21. zabranjena je diskriminacija na temelju, među ostalim, spolne orijentacije. U članku 52. stavku 3. Povelje navedeno je da se ta prava trebaju tumačiti u skladu s odgovarajućim pravima koja su zajamčena Europskom konvencijom o ljudskim pravima i temeljnim slobodama (u daljnjem tekstu: EKLP)<sup>5</sup>.

### Direktiva

5. Direktiva je jedna od nekoliko mjera kojima se nastoji uspostaviti Zajednički europski sustav azila<sup>6</sup>. Taj se sustav temelji na provedbi Ženevske konvencije koja predstavlja temelj međunarodnog pravnog režima za zaštitu izbjeglica<sup>7</sup>. Direktivom se nastoje uspostaviti minimalni standardi i zajednički kriteriji u svim državama članicama u pogledu priznavanja statusa izbjeglica i obilježjima tog statusa<sup>8</sup>, utvrđivanja osoba kojima je zaista potrebna međunarodna zaštita<sup>9</sup> te u pogledu poštenog i učinkovitog postupka azila. Direktiva pritom poštuje prava, slobode i načela priznata Poveljom<sup>10</sup>. U uvodnoj izjavi 21. Direktive navedeno je: „Jednako je potrebno uvesti zajedničku definiciju proganjanja zbog ‚pripadnosti određenoj društvenoj skupini’.”

6. U članku 2. točki (c) Direktive predviđeno je: „izbjeglica’ znači državljanin treće zemlje koji je, zbog osnovanog straha od proganjanja zbog svoje rase, vjere, nacionalnosti, političkog mišljenja ili pripadnosti određenoj društvenoj skupini, izbjegao iz svoje nacionalne države te nije u mogućnosti ili, zbog takvog straha, ne želi staviti se pod zaštitu te države, kao i osoba bez državljanstva koja se nalazi izvan države prethodnog uobičajenog boravišta, a koja se zbog istih gore navedenih razloga, ili zbog takvog straha, ne želi vratiti u tu državu, te na koju se ne primjenjuje članak 12.”.

7. Države članice mogu uvesti povoljnije standarde prema kojima se određuje koje osobe ispunjavaju uvjete za dobivanje statusa izbjeglica, pod uvjetom da su ta pravila u skladu s Direktivom<sup>11</sup>. Članak 4. sadržava pravila o procjeni zahtjeva za međunarodnu zaštitu<sup>12</sup>. U članku 4. stavku 3. Direktive predviđeno je da se zahtjevi za međunarodnu zaštitu procjenjuju pojedinačno. U članku 6. nalazi se ilustrativan popis „počinitelja proganjanja”, koji uključuje državu i nedržavna tijela.

4 — SL 2010., C 83, str. 389. (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 1., svezak 7., str. 104.)

5 — Odgovarajuća prava nalaze se u članku 8., odnosno u članku 14. EKLP-a. Člankom 8. štiti se pravo na poštovanje privatnog i obiteljskog života pojedinca. Člankom 14. je predviđeno da se prava i slobode navedene u EKLP-u osiguravaju bez diskriminacije na osnovama kao što su spol, rasa, boja kože, jezik, vjeroispovijed, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno podrijetlo, pripadnost nacionalnoj manjini, imovina, rođenje ili druga okolnost.

6 — Vidjeti uvodne izjave 1. i 2. te članak 1. Direktive.

7 — Vidjeti uvodnu izjavu 3. Direktive. Također vidjeti uvodnu izjavu 15. u kojoj je navedeno da konzultacije s UNHCR-om mogu dati vrijedne smjernice državama članicama prilikom određivanja statusa izbjeglica u skladu s člankom 1. Ženevske konvencije.

8 — Vidjeti uvodnu izjavu 4. Direktive.

9 — Vidjeti uvodne izjave 6., 16. i 17. Direktive.

10 — Vidjeti uvodnu izjavu 10. Direktive.

11 — Vidjeti članak 3. Direktive.

12 — Pred Sudom se trenutno vode tri predmeta, a to su spojeni predmeti C-148/13 do C-150/13, A, B i C, koji se odnose na tumačenje članka 4. Direktive i zajedničke kriterije za ocjenu vjerodostojnosti deklarirane seksualne orijentacije podnositelja zahtjeva.

8. U članku 9. stavku 1. Direktive navedeno je:

„Djela proganjanja u smislu članka 1. [odjeljka (A)] Ženevske konvencije moraju:

- (a) biti dovoljno ozbiljna po svojoj prirodi ili ponavljanju da predstavljaju ozbiljno kršenje temeljnih ljudskih prava, posebno prava koja ne mogu biti ograničena prema članku 15. stavku 2. [EKLJP-a]; ili
- (b) biti skup različitih mjera, uključujući kršenja ljudskih prava, koje je dovoljno ozbiljno da utječe na pojedinca na sličan način kako je navedeno u točki (a).<sup>13</sup>

9. U članku 9. stavku 2. predviđeno je:

„Djela proganjanja u smislu stavka 1. mogu, među ostalim, biti u obliku:

[...]

- (c) sudskog progona ili kažnjavanja koje je nerazmjerno ili diskriminirajuće;

[...]”

10. U članku 9. stavku 3. navedeno je: „U skladu s člankom 2. točkom (c), mora postojati veza između razloga navedenih u članku 10. i djela proganjanja kako su opisana u stavku 1.”

11. Članak 10. nosi naslov „Razlozi proganjanja”. U članku 10. stavku 1. točki (d) navedeno je:

„skupina se smatra posebnom društvenom skupinom posebno ako:

- članovi te skupine dijele urođene osobine ili zajedničko porijeklo koje se ne može izmijeniti ili imaju zajedničku osobinu ili uvjerenje koje je toliko bitno za identitet ili svijest da osobu ne bi trebalo prisiljavati da ga se odrekne, i
- ta skupina ima samosvojan identitet u dotičnoj državi jer se smatra drugačijom od društva koje je okružuje;

ovisno o okolnostima u državi podrijetla, posebnom društvenom skupinom može se smatrati i skupina koja se temelji na zajedničkim osobinama seksualne orijentacije. Seksualna se orijentacija ne može shvaćati u smislu da uključuje djela koja se u skladu s nacionalnim pravom države članice smatraju kaznenim djelima. Aspekti povezani sa spolom mogu se uzeti u obzir, premda oni sami po sebi ne stvaraju pretpostavku za primjenjivost ovog članka”.

### *Nacionalno pravo*

12. Vreemdelingenwet 2000 (Zakon o strancima) (u daljnjem tekstu: Vw 2000) omogućuje nadležnom ministru (u daljnjem tekstu: ministar)<sup>14</sup> da odobri, odbije ili odbaci bez ispitivanja zahtjev za izdavanje dozvole za privremeni boravak (status izbjeglice). Dozvola za privremeni boravak može se odobriti strancu koji je izbjeglica u smislu Ženevske konvencije.

13 — U skladu s člankom 15. stavkom 2. EKLJP-a, neotuđiva prava su pravo na život (članak 2.), zabrana mučenja te ropstva i prisilnog rada (članak 3., odnosno članak 4.) te pravo pojedinca da ne bude kažnjen bez odgovarajućeg sudskog postupka (članak 7.).

14 — U vrijeme podnošenja zahtjeva nadležni ministar bio je „Minister voor Immigratie en Asiel”. Njegov naziv je promijenjen u „Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel”.

13. Vreemdelingen-circulaire 2000 (Smjernice o primjeni Zakona o strancima (u daljnjem tekstu: Smjernice)) sadržava načelna pravila koja je ministar predvidio radi primjene Vw-a 2000. U Smjericama je navedeno da, sukladno ustaljenoj politici i sudskoj praksi, proganjanje zbog pripadnosti društvenoj skupini u smislu članka 1. odjeljka (A) Ženevske konvencije podrazumijeva i proganjanje zbog seksualne orijentacije. Zahtjevi za status izbjeglice koji se temelje na tom razlogu procjenjuju se osobito vodeći računa o položaju podnositelja zahtjeva u njegovoj državi podrijetla. Ako su u državi podrijetla podnositelja zahtjeva predviđene kaznene sankcije za homoseksualnu orijentaciju ili izražavanje seksualne orijentacije, takve sankcije moraju imati određenu razinu težine. Jedna novčana kazna obično nije dovoljna za zaključak da se status izbjeglice mora automatski odobriti. Iz činjenice da su homoseksualnost ili homoseksualna djela kriminalizirani u državi podrijetla podnositelja zahtjeva ne proizlazi da se status izbjeglice treba automatski odobriti. Podnositelj zahtjeva mora iznijeti uvjerljive argumente da on osobno ima osnovan strah od proganjanja. Od podnositelja zahtjeva homoseksualne orijentacije ne očekuje se da nakon povratka u svoju državu podrijetla skrivaju svoju seksualnu orijentaciju.

### Činjenično stanje, postupak i prethodna pitanja

14. Tužitelji iz glavnog postupka su zbog anonimnosti nazvani X, Y i Z. X je državljanin Sijera Leonea, Y državljanin Ugande, a Z državljanin Senegala.

15. Homoseksualna djela u Sijera Leoneu predstavljaju kaznena djela u skladu s člankom 61. Zakona o kaznenim djelima protiv osobe iz 1861., te je za njih predviđena kazna zatvora od deset godina do doživotnog zatvora. U Ugandi je člankom 145. Kaznenog zakona iz 1950. predviđena kazna zatvora za osobu koja se proglasi krivom za kazneno djelo opisano kao „spolno općenje protivno prirodnom poretku”. Maksimalna kazna je doživotni zatvor. Senegalska tijela kriminaliziraju homoseksualna djela. U skladu s člankom 319. stavkom 3. Code Pénal (Kazneni zakon), osobi koja je proglašena krivom za počinjenje određenih homoseksualnih djela može se izreći kazna zatvora u trajanju od jedne do pet godina, te novčana kazna u iznosu od 100 000 XOF<sup>15</sup> do 1 500 000 XOF (otprilike 150 do 2000 eura).

16. Ministar je u sva tri slučaja odbio prvotne zahtjeve za dozvolu boravka (status izbjeglice) u skladu s Vw-om 2000. Svaki od podnositelja zahtjeva potom je uložio pravno sredstvo protiv tih odluka. X i Z podnijeli su tužbu pred Rechtbank. Y je podnio zahtjev za privremene mjere. X i Y uspjeli su u svojim zahtjevima. Z-ova tužba pred Rechtbankom je odbijena.

17. Ministar je potom podnio žalbu pred Raad van State u vezi predmeta X-a i Y-a. Z je također podnio žalbu tom sudu.

18. Homoseksualna orijentacija<sup>16</sup> podnositelja zahtjeva ne osporava se ni u jednom predmetu.

19. Stoga, Raad van State upućuje Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Čine li stranci homoseksualne orijentacije posebnu društvenu skupinu u smislu članka 10. stavka 1. točke (d) [Direktive]?

15 — Zapadnoafrički CFA franak (BCEAO)

16 — Visoki povjerenik Ujedinjenih naroda za izbjeglice (u daljnjem tekstu: UNHCR) u svojim očitovanjima obuhvatio je lezbijke, gejeve, biseksualne, transrodne i interseksualne osobe; te je upotrijebio akronim „LGBTI” kako bi prenio široko značenje izraza „seksualna orijentacija”. Međutim, budući da se glavni postupci odnose na tri muška homoseksualna podnositelja zahtjeva za status izbjeglice, u mišljenju sam zadržala navedeni opis.

2. U slučaju potvrdnog odgovora na prvo pitanje: Koje homoseksualne aktivnosti ulaze u polje primjene Direktive i mogu li djela proganjanja protiv tih aktivnosti, ukoliko su ispunjeni drugi uvjeti, dovesti do dodjeljivanja statusa izbjeglice? Ovo pitanje uključuje sljedeća potpitanja:
- (a) Treba li očekivati da stranci homoseksualne orijentacije skrivaju svoju orijentaciju od svih u svojim državama podrijetla kako bi izbjegli proganjanje?
  - (b) Ako je odgovor na pitanje 2(a) negativan, treba li očekivati – i, u tom slučaju, u kojoj mjeri – postojanje suzdržavanja stranaca homoseksualne orijentacije u izražavanju te orijentacije u državi podrijetla kako bi izbjegli proganjanje? U tom pogledu, treba li očekivati značajnije suzdržavanje od strane homoseksualnih osoba nego od heteroseksualnih osoba?
  - (c) Ukoliko je u tom pogledu moguće učiniti razliku u izražavanju koje predstavlja bitnu karakteristiku orijentacije od drugih oblika izražavanja, što se podrazumijeva pod bitnom karakteristikom orijentacije i na koji ju je način moguće utvrditi?
3. Predstavlja li sâmo kažnjavanje homoseksualnih djela praćeno prijetnjom kazne zatvora kakva je predviđena [Zakon Sijera Leonea iz 1861. o kaznenim djelima protiv osobe, Kazneni zakon Ugande i Code Pénale Senegala] djelo proganjanja u smislu članka 9. stavka 1. točke (a), u spoju s člankom 9. stavkom 2. točkom (c) Direktive? Ako je odgovor negativan, u kojim okolnostima bi to bio slučaj?”

20. Pisana očitovanja podnijeli su X, Y i Z, UNHCR, njemačka, grčka, francuska i nizozemska vlada, vlada Ujedinjene Kraljevine te Komisija, pri čemu su svi navedeni (osim vlade Ujedinjene Kraljevine) bili zastupani na raspravi održanoj 11. travnja 2013.

## Ocjena

### *Uvodna zapažanja*

21. Pitanja nacionalnog suda u određenoj se mjeri preklapaju. Potrebno je voditi računa o sljedećim načelima prilikom tumačenja članka 9. i članka 10. stavka 1. točke (d) Direktive.
22. Kao prvo, iz ustaljene sudske prakse proizlazi da se Direktiva mora tumačiti s obzirom na njezinu opću strukturu i svrhu te u skladu sa Ženevskom konvencijom i drugim relevantnim ugovorima koji su navedeni u odredbi koja predstavlja pravnu osnovu te direktive (članak 78. stavak 1. UFEU-a)<sup>17</sup>. Kako jasno proizlazi iz njezine uvodne izjave 10., Direktiva se mora tumačiti u skladu s pravima priznatima Poveljom<sup>18</sup>.
23. Kao drugo, Ženevska konvencija pruža kontekst te stoga upozorava na svrhu i opću strukturu Direktive u kojoj se na tu konvenciju često upućuje. Stoga, iako se od Suda traži da protumači članak 9. i članak 10. stavak 1. točku (d) Direktive, on se mora osloniti na Ženevsku konvenciju kako bi to učinio<sup>19</sup>.

17 — Vidjeti presudu od 5. rujna 2012. u spojenim predmetima C-71/11 i C-99/11, Y i Z, Zb., t. 48. i navedenu sudsku praksu.

18 — Presuda od 19. prosinca 2012., Abed El Karem El Kott i dr., C-364/11, Zb., str. I-0000., t. 42. i 43. i navedena sudska praksa.

19 — Vidjeti t. 32. mojeg mišljenja u predmetu Abed El Karem El Kott i dr., navedenom u prethodnoj bilješci.

24. Kao treće, pravo na izražavanje seksualne orijentacije izričito se ne spominje ni u Ženevskoj konvenciji ni u EKLJP-u. Sudska praksa Europskog suda za ljudska prava u vezi seksualne orijentacije razvila se u kontekstu razmatranja povreda članka 8. EKLJP-a (pravo na privatni i obiteljski život) i zabrane diskriminacije iz članka 14. EKLJP-a<sup>20</sup>. Zato je pitanja nacionalnog suda potrebno razmotriti s obzirom na načela koja je razvio Europski sud za ljudska prava<sup>21</sup>.

25. Kao četvrto, Ženevska konvencija, kao ni EKLJP, nije nepromjenjiva u tom pogledu. To je živući instrument koji se treba tumačiti s obzirom na uvjete sadašnjice te u skladu s razvojem međunarodnog prava<sup>22</sup>. Sudska praksa Europske komisije za ljudska prava u vezi različitog tretmana homoseksualnih i heteroseksualnih odnosa s obzirom na minimalnu dob potrebnu za pristanak na spolni odnos pokazuje taj razvoj pristupa u tumačenju EKLJP-a. Tako je Komisija prije 1997. smatrala da je sukladno EKLJP-u ako se odredi da je za pristanak na homoseksualni spolni odnos, u odnosu na heteroseksualni, potrebna starija dob<sup>23</sup>. Komisija je u predmetu Sutherland/Ujedinjena Kraljevina preispitala svoju sudsku praksu te od nje odstupila odlučivši da je propisivanje veće minimalne dobi za pristanak na homoseksualni spolni odnos predstavljalo diskriminaciju i povredu prava tužitelja na poštovanje njegova privatnog života imajući u vidu moderne vrijednosti<sup>24</sup>.

26. Naposljetku, čini mi se da se pitanja nacionalnog suda prije svega odnose na utvrđivanje zajedničkih kriterija koji se trebaju primjenjivati kada među osobama koje traže da im se zbog njihove homoseksualne orijentacije prizna status izbjeglice u skladu s Direktivom treba prepoznati one kojima je međunarodna zaštita zaista potrebna. Pitanja koja se javljaju u vezi drugog pitanja više se tiču pravne politike nego tumačenja propisa. Stoga, prije nego što se osvrnem na drugo pitanje, prvo ću razmotriti prvo i treće pitanje, koja otvaraju pitanja izravnije povezana s tumačenjem teksta Direktive.

#### *Prvo pitanje*

27. Svojim prvim pitanjem, nacionalni sud pita mogu li podnositelji zahtjeva za status izbjeglice koji su homoseksualne orijentacije činiti posebnu društvenu skupinu u smislu članka 10. stavka 1. točke (d) Direktive.

28. Svi koji su podnijeli očitovanja Sudu (osim vlade Ujedinjene Kraljevine koja se nije izjasnila o tom pitanju) smatraju da odgovor na to pitanje mora biti „da”.

29. I ja se slažem s tim stajalištem.

30. U glavnom postupku koji se odnosi na Z-a, dokazi koji su nacionalnom sudu (Rechtbank) podneseni u prvom stupnju nisu taj sud uvjerali da se osobe homoseksualne orijentacije u Senegalu općenito proganja ili diskriminira; stoga je Rechtbank zaključio da podnositelj zahtjeva ne pripada posebnoj društvenoj skupini u smislu članka 10. stavka 1. točke (d) Direktive<sup>25</sup>.

20 — Presuda od 22. listopada 1981., Dudgeon/Ujedinjena Kraljevina, t. 60. do 62., serija A br. 45, u vezi prava na privatni život. Vidjeti presudu od 19. veljače 2013., X i dr./Austrija [GC], br. 19010/07, t. 95., u vezi prava na obiteljski život.

21 — Određeni regionalni instrumenti jamče pravo na nediskriminaciju, primjerice, Afrička povelja o ljudskim pravima i pravima naroda. Međutim, kao ni u Ženevskoj konvenciji i EKLJP-u, ni u njima se pravo na izražavanje seksualne orijentacije ne spominje izričito. Vidjeti „Making Love a Crime – Criminalisation of Same-Sex Conduct in Sub-Saharan Africa”, izvješće koje je 25. lipnja 2013. objavio Amnesty International 13: [www.amnesty.org/en/library/into/AFRO1/001/2013/en](http://www.amnesty.org/en/library/into/AFRO1/001/2013/en).

22 — Vidjeti presudu Mamatkulov i Askarov/Turska [GC], br. 46827/99 i 46951/99, t. 121., Reports of Judgments and Decisions, str. 2005-I., u vezi EKLJP-a općenito. Vidjeti točke 5. do 7. Smjernica o međunarodnoj zaštiti br. 9 od 23. listopada 2012., koje su dostupne na [www.unhcr.org/509136ca9.html](http://www.unhcr.org/509136ca9.html) (u daljnjem tekstu: Smjernice UNHCR-a), u vezi Ženevske konvencije.

23 — Odluke Komisije od 30. rujna 1975. u predmetu X./Savezna Republika Njemačka, br. 5935/72, t. 2., i od 17. srpnja 1986. u predmetu Johnson/Ujedinjena Kraljevina, br. 10389/83

24 — Odluka Komisije od 1. srpnja 1997., br. 25186/94, t. 58. do 66.

25 — Ta Rechtbankova ocjena spominje se u zahtjevu za prethodnu odluku koju je uputio Raad van State. Međutim, sud koji je uputio zahtjev ne navodi dijeli li Rechtbankovo stajalište. Po mojemu shvaćanju, Raad van State se poziva na Rechtbankovu ocjenu kako bi objasnio zašto traži smjernice za tumačenje članka 10. stavka 1. točke (d) Direktive. Stoga sam Rechtbankovu ocjenu uzela u obzir u svojoj analizi.

31. Članak 10. sastoji se od dva stavka. U prvom stavku se državama članicama nalaže da prilikom ocjene *razloga proganjanja* uzmu u obzir određene elemente. Članak 10. stavak 1. točka (d) u tom kontekstu definira što se podrazumijeva pod pojmom posebne društvene skupine. Drugi stavak bavi se pitanjem kako ocijeniti ima li određeni podnositelj zahtjeva *osnovani strah od proganjanja*. Proizlazi da podnositelj zahtjeva ne mora dokazati da je u svojoj državi podrijetla izložen proganjanju ili diskriminaciji<sup>26</sup> (elementi koji su dio članka 10. stavka 2.) kako bi dokazao da pripada posebnoj društvenoj skupini (odnosno da spada u područje primjene članka 10. stavka 1. točke (d)).

32. Mogu li se muškarci homoseksualne orijentacije smatrati „pripadnicima posebne društvene skupine” u smislu članka 10. stavka 1. točke (d) Direktive?

33. Za razliku od Ženevske konvencije u kojoj se govori samo o „pripadnosti posebnoj društvenoj grupi”, pojam „seksualna orijentacija” koristi se u Direktivi, ali nije definiran. Moguće je da je zakonodavac Unije u članku 10. stavku 1. točki (d) Direktive pripadnost posebnoj društvenoj skupini na osnovi seksualne orijentacije izričito spomenuo zato što se, u vrijeme kada je Komisija podnijela prijedlog te direktive, počelo priznavati da pojedinci mogu biti prisiljeni bježati od proganjanja i tražiti međunarodnu zaštitu na toj osnovi<sup>27</sup>, iako ista nije izričito navedena u Ženevskoj konvenciji<sup>28</sup>.

34. Članak 10. stavak 1. točka (d) počinje riječima „skupina se smatra posebnom društvenom skupinom posebno ako [...]”; nakon kojih slijede dvije alineje (prva sadržava tri mogućnosti odvojene riječju „ili”). Te dvije alineje povezane su riječju „i”, što znači da sadržavaju kumulativne uvjete koji se moraju ispuniti. Međutim, u tekstu se potom (izričito) navodi, „ovisno o okolnostima u državi podrijetla, posebnom društvenom skupinom može se smatrati i skupina koja se temelji na zajedničkim osobinama seksualne orijentacije [...]”.

35. Ako promotrim taj tekst i usporedim ga s dvije alineje koje joj neposredno prethode, čini mi se da je zakonodavac Unije potpuno jasno naveo da se osobe sa zajedničkom seksualnom orijentacijom doista mogu smatrati pripadnicima posebne društvene skupine u smislu članka 10. stavka 1. točke (d). Ispunjavaju uvjet iz prve alineje (jer u svakom slučaju spadaju pod treću mogućnost: „imaju zajedničku osobinu [...] koj[a] je toliko bitn[a] za identitet [...] da osobu ne bi trebalo prisiljavati da [je] se odrekne”). Ovisno o okolnostima u državi podrijetla, moguće je da ispunjavaju i uvjet iz druge alineje (da „ta skupina ima samosvojan identitet u dotičnoj državi jer se smatra drugačijom od društva koje je okružuje”). Za ocjenu ispunjavaju li uvjet iz druge alineje, potrebno je provesti analizu pravnih pravila te društvenih i kulturnih običaja u državi podrijetla podnositelja zahtjeva. To nadležna nacionalna tijela trebaju utvrditi na temelju činjenica, podložno nadzoru nacionalnog suda.

36. Stoga, smatram da se na prvo pitanje treba odgovoriti na način da podnositelji zahtjeva za status izbjeglice koji su homoseksualne orijentacije mogu, ovisno o okolnostima u njihovim državama podrijetla, činiti posebnu društvenu skupinu u smislu članka 10. stavka 1. točke (d) Direktive 2004/83. Na nacionalnom je sudu da ocijeni ima li takva skupina, u svakoj od država podrijetla odnosnih podnositelja zahtjeva, „samosvojan identitet jer se smatra drugačijom od društva koje je okružuje”, u smislu druge alineje te odredbe.

26 — Rechtbank je možda prevarila činjenica da se u članku 10. stavku 1. točki (d) drugoj alineji Direktive govori o skupini koja ima samosvojan identitet „jer se smatra drugačijom od društva koje je okružuje”. Međutim, „biti smatran drugačijim” samo po sebi je neutralan položaj. Biti izložen proganjanju ili diskriminaciji očito nije.

27 — Vidjeti COM(2001) 510 *final*, osobito dio 3.

28 — Smjernice UNHCR-a sada upućuju na Načela iz Yogyakarte o primjeni međunarodnog prava o ljudskim pravima u odnosu na seksualnu orijentaciju i rodni identitet, usvojena 2007. U točki 4. preambule Načela iz Yogyakarte navedeno je da se „seksualna orijentacija” odnosi na „spособnost osoba za duboku emocionalnu i seksualnu privlačnost prema pojedincima drugog spola, istog spola ili onima koji imaju više od jednog spola, te za intimne i seksualne odnose s njima”.

### Treće pitanje

37. Svojim trećim pitanjem, nacionalni sud pita predstavljaju li kriminalizacija homoseksualnih djela i mogućnost izricanja kazne zatvora osobi koja je za iste proglašena krivom djelo proganjanja u smislu članka 9. Direktive.

38. U nacionalnim postupcima doneseni su određeni zaključci u pogledu sva tri podnositelja zahtjeva. Što se tiče X-a, homoseksualnost sama po sebi nije kriminalizirana u Sijera Leoneu; ali se za određena homoseksualna djela mogu izreći kaznene sankcije. Što se tiče Y-a, u Ugandi je kriminalizirana i sama homoseksualnost<sup>29</sup>. Što se tiče Z-a, čini se da homoseksualnost kao takva nije kriminalizirana u Senegal, ali su za određena homoseksualna djela predviđene kaznene sankcije<sup>30</sup>.

39. Budući da nije sporno da su tri podnositelja zahtjeva homoseksualci, u ovom mišljenju nisam pravila razliku između situacije u Ugandi (gdje je, kako je utvrđeno, homoseksualnost kriminalizirana kao takva) te situacije u Sijera Leoneu i Senegal (gdje su kaznene sankcije predviđene za određena homoseksualna djela)<sup>31</sup>.

40. X, Y i Z ističu da se članak 9. Direktive treba protumačiti na način da i sama kriminalizacija homoseksualnih aktivnosti predstavlja djelo proganjanja. Komisija, vlade država članica koje su podnijele očitovanja i UNHCR u određenoj mjeri zajednički zastupaju suprotno stajalište.

41. U Europskoj uniji došlo je do promjene pristupa u smislu da se zakonodavstvo koje kriminalizira i predviđa sankcije za homoseksualna djela koja u privatnosti vrše dvije suglasne odrasle osobe smatra protivnim EKLJP-u<sup>32</sup>. Stoga je jasno da bi danas takve mjere u svim državama članicama predstavljale povredu temeljnih prava pojedinca, neovisno o tome bi li se aktivno primjenjivale ili ne. Međutim, cilj Direktive nije odobriti zaštitu kada god pojedinac u svojoj državi podrijetla ne može potpuno i učinkovito ostvarivati slobode zajamčene Poveljom ili EKLJP-om. Drugim riječima: cilj nije da se ti standardi izvoze<sup>33</sup>. Umjesto toga, cilj je priznavanje statusa izbjeglice ograničiti na one pojedince čija bi ključna temeljna prava mogla biti ozbiljno uskraćena ili sustavno kršena te kojima je život postao nepodnošljiv u njihovoj državi podrijetla.

42. Je li djelo koje u Uniji predstavlja povredu temeljnog prava nužno i djelo proganjanja u smislu članka 9. stavka 1. Direktive?

43. U članku 9. stavku 1. navedeno je da „[d]jela proganjanja u smislu članka 1. [odjeljka (A)] Ženevske konvencije moraju (a) biti dovoljno ozbiljna po svojoj prirodi ili ponavljanju da predstavljaju ozbiljno kršenje temeljnih ljudskih prava [...] ili (b) biti skup različitih mjera, uključujući kršenja ljudskih prava, koje je dovoljno ozbiljno da utječe na pojedinca na sličan način kako je navedeno u točki (a)”. Iz izraza „dovoljno ozbiljna”, „ozbiljno kršenje” i „skup [...] koj[i] je dovoljno ozbilj[an]” proizlazi da se neće svaka povreda ljudskih prava (koliko god bila odbojna) smatrati „djelom proganjanja” u smislu članka 9. Doista, u ilustrativnom opisu djela proganjanja iz članka 9. stavka 2. izričito se upućuje na

29 — U predmetima koji su se odnosili na X-a i Y-a, ta utvrđenja iz prvostupanjskog postupka (do kojih je došao Rechtbank, odnosno sudac koji je razmatrao zahtjev za privremene mjere) spominju se u zahtjevima za prethodnu odluku koje je uputio Raad van State. Međutim, sud koji je uputio zahtjev nije naveo dijeli li isto mišljenje kao i prvostupanjski sudovi. Po mojemu shvaćanju, Raad van State se poziva na ta utvrđenja kako bi objasnio zašto traži smjernice za tumačenje članka 9. stavka 1. Direktive; stoga sam ih uzela u obzir u svojoj ocjeni.

30 — Vidjeti gore t. 15.

31 — Koliko shvaćam, nizozemska tijela u Smjernicama zauzimaju slično stajalište: vidjeti gore t. 13.

32 — Osim presude Dudgeon, navedene gore u bilješci 20., dobro poznate su i presude od 26. listopada 1988., Norris/Irska, serija A br. 142, i od 22. travnja 1993. Modinos/Cipar, serija A br. 259. Zakonodavstvo koje se razmatralo u predmetu Modinos je relativno nedavno stavljeno izvan snage (1997.). Također vidjeti sudsku praksu Europske komisije za ljudska prava u vezi diskriminacije i minimalne dobi za pristanak na homoseksualna i heteroseksualna djela, navedenu gore u točki 25. i bilješkama 23. i 24.

33 — Presude F./Ujedinjena Kraljevina, br. 17341/03, t. 3., i I. I. N./Nizozemska, br. 2035/04. Takav bi se izvoz standarda mogao smatrati oblikom imperijalizma ljudskih prava ili kulturnog imperijalizma.



standard iz članka 9. stavka 1., navodom da „djela proganjanja *u smislu stavka 1.*”<sup>34</sup> mogu, među ostalim, uključivati ona koja se potom navode u točkama (a) do (f). U članku 9. stavku 3. dalje se pojašnjava da mora postojati veza između razloga proganjanja (članak 10.) i djela proganjanja kako su definirana u članku 9. stavku 1.

44. Načelni problem nastaje zato što bi, kada Povelja štiti neku temeljnu slobodu, *svaki* sudski progon ili kažnjavanje osobe koja istu ostvaruje bio, *u Uniji*, po definiciji „nerazmjernan”. Zato smatram da navod „sudski progon ili kažnjavanje koje je nerazmjerno ili diskriminirajuće” u članku 9. stavku 2. točki (c) – djelo proganjanja iz neiscrpnog popisa koje se čini najrelevantnijim za predmetni postupak – znači isto što i „sudski progon ili kažnjavanje koje je ozbiljno ili diskriminirajuće”.

45. Čini mi se da nacionalna tijela, kada – na toj osnovi – utvrđuju jesu li djela koja zabranjuju izražavanje seksualne orijentacije takva da predstavljaju „djela proganjanja” u smislu članka 9. stavka 1., osobito trebaju uzeti u obzir (i) dokaze o primjeni kaznenih odredbi u državi podrijetla podnositelja zahtjeva, primjerice, o tome podižu li tijela doista optužbe i progone li pojedince; (ii) izvršavaju li se kaznene sankcije te, ako se izvršavaju, koliko su te sankcije teške u praksi i (iii) informacije o praksama i običajima u društvu države podrijetla općenito<sup>35</sup>.

46. Kriterij koji se treba primijeniti u procjeni zahtjeva za status izbjeglice je pitanje upućuje li određeni događaj ili njihov skup na to da podnositelj zahtjeva ima osnovani strah da će mu njegova temeljna ljudska prava vjerojatno biti uskraćena ako se vrati u svoju državu podrijetla<sup>36</sup>?

47. Kaznene sankcije koje se sastoje u dugotrajnim kaznama zatvora zbog izražavanja homoseksualne orijentacije mogu predstavljati povredu članka 3. EKLJP-a (zabrana nečovječnog i ponižavajućeg postupanja ili kazne) te tako biti dovoljno ozbiljne da predstavljaju kršenje temeljnih ljudskih prava u smislu članka 9. stavka 1. Direktive.

48. Ako se kazne predviđene u Sijera Leoneu, Ugandi i Senegalu na taj način promatraju, jasno je da (čak i u nedostatku detaljnih informacija o obilježjima kaznenih djela tužitelja u glavnom postupku i konkretnih kazni koje su za ista predviđene) one u općem smislu potencijalno mogu predstavljati kažnjavanje koje je „nerazmjerno” u smislu članka 9. stavka 2. točke (c) Direktive. Točno je da u Senegalu zakonske kazne za počinjenje određenih homoseksualnih djela nisu stroge kao u Sijera Leoneu ili Ugandi. Prije nego što zaključi da prag za postojanje djela proganjanja u skladu s člankom 9. stavkom 1. Direktive iz tog razloga nije dosegnut, nacionalni sud prvo treba razmotriti rizik od jednokratnog ili višekratnog progona te sankciju koja se može izreći ako je progon uspješan.

49. Stoga, općenito govoreći, na nacionalnim je tijelima da ocijene, nakon što utvrde treba li se određeni podnositelj zahtjeva zbog svoje homoseksualne orijentacije smatrati pripadnikom posebne društvene skupine u smislu članka 10. stavka 1. točke (d), jesu li okolnosti u njegovoj državi podrijetla takve da može doći do djela proganjanja u smislu članka 9. stavka 1. Kako bi to učinila, moraju utvrditi jesu li represivne mjere primjenjive na one koji pripadaju, ili za koje se smatra da pripadaju, toj društvenoj skupini<sup>37</sup>; izvršavaju li se te mjere te koliko su teške sankcije koje se izriču; te ima li podnositelj zahtjeva – posljedično – osnovani strah od proganjanja. Utvrđenja nacionalnih tijela o tim pitanjima moraju, naravno, biti podložna nadzoru nacionalnih sudova kako bi se zajamčila ispravna primjena kriterija iz Direktive.

34 – Moje isticanje

35 – Tako, primjerice, ako se javno izražavanje seksualne intimnosti među odraslim heteroseksualcima obeshrabruje i kaznenopravno sankcionira, puka primjena tih istih pravila na odrasle homoseksualce ne bi predstavljala djelo proganjanja. Međutim, situacija bi bila drugačija da se zakon nikada ne provodi protiv heteroseksualaca, a da se aktivno provodi protiv homoseksualaca. Dodatno vidjeti t. 75. u nastavku.

36 – Vidjeti presudu Y i Z, navedenu gore u bilješci 17., t. 53. i 54.

37 – Vidjeti članak 9. stavak 3. i članak 10. stavak 2.

50. U skladu s tim, smatram da se na treće prethodno pitanje treba odgovoriti na način da kriminalizacija aktivnosti sama po sebi ne predstavlja djelo proganjanja u smislu članka 9. stavka 1. Direktive. Umjesto toga, na nacionalnim je tijelima da ocijene, s obzirom na okolnosti u državi podrijetla podnositelja zahtjeva, a osobito s obzirom na (i) rizik i učestalost sudskog progona, (ii) težinu sankcije koja se obično izriče u slučaju uspješnog sudskog progona, i (iii) bilo koje druge mjere i društvene prakse od kojih podnositelj opravdano može strahovati, hoće li određeni podnositelj zahtjeva biti izložen djelima koja su dovoljno ozbiljna po svojoj prirodi ili ponavljanju da predstavljaju ozbiljno kršenje temeljnih ljudskih prava, ili skupu različitih mjera, uključujući kršenju ljudskih prava, koje je dovoljno ozbiljno da utječe na pojedinca na sličan način.

#### *Drugo pitanje*

51. Svojim drugim pitanjem, nacionalni sud traži smjernice o tome postoje li određene homoseksualne aktivnosti, ako se za podnositelja zahtjeva smatra da pripada posebnoj društvenoj skupini u smislu članka 10. stavka 1. točke (d) Direktive, koje spadaju u polje primjene Direktive te koje znače da se status izbjeglice treba dodijeliti.

52. Nacionalni sud potom postavlja nekoliko potpitanja<sup>38</sup> o zajedničkim kriterijima koji se mogu primijeniti prilikom utvrđivanja tko ispunjava uvjete za stjecanje statusa izbjeglice. Kao prvo, pita u kojoj je mjeri javno ili privatno izražavanje homoseksualne orijentacije zaštićeno člankom 10. stavkom 1. točkom (d) Direktive? Kao drugo, treba li se od podnositelja zahtjeva očekivati da skriva svoju seksualnu orijentaciju kako bi izbjegao proganjanje u svojoj državi podrijetla? Kao treće, može li se od njega očekivati da se suzdrži u izražavanju svoje homoseksualne orijentacije, te, ako se može, u kojoj mjeri? Kao četvrto, što se podrazumijeva pod bitnom karakteristikom seksualne orijentacije? Naposljetku, je li pravu Unije općenito ili Direktivi konkretno protivno ako se među strancima, u pogledu zaštite na koju imaju pravo, pravi razlika ovisno o tome jesu li homoseksualne ili heteroseksualne orijentacije?

53. Prije analize tih potpitanja, potrebno je iznijeti nekoliko uvodnih napomena.

54. Kao prvo, nacionalni sud tim potpitanjima zapravo traži smjernice o tome kako provesti detaljnu ocjenu predviđenu člancima 9. i 10. Direktive. Člankom 10. stavkom 1. točkom (d) određena je izričita granica u pogledu toga što može biti društvena skupina na temelju zajedničke seksualne orijentacije jer je u njemu jasno navedeno da se „seksualna [...] orijentacija ne može shvaćati u smislu da uključuje djela koja se u skladu s nacionalnim pravom države članice smatraju kaznenim djelima”. Tako, primjerice, podnositelj zahtjeva ne bi mogao ostvariti zaštitu na temelju članka 10. stavka 1. točke (d) ako se njegova seksualna orijentacija sastoji u tome da vrši prisilno genitalno sakaćenje svoje partnerice kako bi je učinio „dostojnom” da ima spolne odnose s njim. Članak 9. sadržava definiciju (članak 9. stavak 1. točke (a) i (b)), koju slijedi neiscrpan popis (članak 9. stavak 2.) i zahtjev da mora postojati veza između razloga i djela proganjanja (članak 9. stavak 3.), ali ne navodi konkretno što sve može biti djelo proganjanja.

55. Kao drugo, nejasno je na koji se način postavljena potpitanja točno odnose na pitanja koja su se pojavila u glavnom postupku. Više se čini da nacionalni sud traži savjete o tome na koji se način Direktiva općenito primjenjuje. Sud nije nadležan to ocjenjivati u okviru prethodnog postupka<sup>39</sup>.

38 — Ta sam potpitanja prerasporedila kako bih odvojila različita pitanja koja je nacionalni sud postavio.

39 — Presuda od 16. prosinca 1981., Foglia, 244/80, Zb., str. 3045., t. 18. do 20.

56. Kao treće, u pragmatičnijem smislu, nacionalni sud objašnjava da nizozemska tijela smatraju da homoseksualne aktivnosti zaslužuju istu zaštitu kao i heteroseksualne aktivnosti. Međutim, ne smatram da aktivnosti podnositelja zahtjeva trebaju biti središnja točka ocjene. Članak 9. i 10. u biti se ne odnose na ponašanje osobe koja traži status izbjeglice. Umjesto toga, odnose se na moguća djela i razloge proganjanja, odnosno na aktivno postupanje mogućih počinitelja proganjanja, a ne na svakodnevno ponašanje moguće žrtve.

57. Kao četvrto, prilikom provedbe takve ocjene potrebno je, naravno, uzeti u obzir eventualna ograničenja kojima je podnositelj zahtjeva bio izložen prije nego što je napustio svoju državu podrijetla. Međutim, jednako je važno razmotriti dostupne dokaze kako bi se ocijenilo je li vjerojatno da će podnositelj zahtjeva biti izložen djelima proganjanja ako se vrati. Stoga, pitanje je ima li podnositelj zahtjeva osnovan strah od ozbiljnog kršenja svojih temeljnih ljudskih prava. Na takvo se pitanje ne može odgovoriti ako se u obzir uzmu isključivo djela koja su se dogodila prije nego što je podnositelj zahtjeva napustio svoju državu podrijetla.

58. Kao peto, čini se da je u pozadini pitanja nacionalnog suda pretpostavka da podnositelji zahtjeva za status izbjeglice koji su homoseksualne orijentacije imaju mogućnost izbora (možda čak i odgovornost) da se u svojim državama podrijetla ponašaju na način koji smanjuje rizik od djela proganjanja na temelju njihove seksualne orijentacije. Odbila bih takvu pretpostavku jer je protivna njihovu pravu na poštovanje njihova seksualnog identiteta.

59. Sada ću se, s obzirom na navedeno, posvetiti analizi potpitanja koja je nacionalni sud postavio.

60. U vezi prvog potpitanja, postoji li za potrebe Direktive razlika između privatnog i javnog izražavanja homoseksualne orijentacije podnositelja zahtjeva?

61. U tekstu Direktive ne pravi se takva razlika. Stoga mi se čini da takvo razlikovanje nije relevantno za ocjenu radi li se o djelu proganjanja u smislu članka 9. stavka 1. Direktive. Umjesto toga, relevantna pitanja su je li podnositelj zahtjeva na temelju svoje seksualne orijentacije pripadnik društvene skupine u smislu članka 10. stavka 1. točke (d) te postoji li veza, kako zahtijeva članak 9. stavak 3., između tog „razloga proganjanja” i djela ili djela proganjanja iz članka 9. stavka 1.

62. Dalje, nacionalni sud pita treba li se od podnositelja zahtjeva za status izbjeglice očekivati da u svojoj državi podrijetla skrivaju svoju seksualnu orijentaciju ili da se suzdržavaju u njezinu izražavanju. Iz odluke kojom je upućeno prethodno pitanje nije jasno ima li navedeno pitanje ikakav utjecaj na način na koji su nadležna nacionalna tijela rješavala predmetne zahtjeve za azil. Moguće je da nacionalni sud želi znati predstavljaju li Smjernice, utoliko što navode da skrivanje nije kriterij koji se treba uzeti u obzir, tek odraz odredbi Direktive ili primjenu povoljnijih standarda, kako dopušta članak 3.<sup>40</sup>. Budući da su ta pitanja apstraktno postavljena, Sud ne treba na njih odgovoriti. Radi cjelovitosti ću se ipak ukratko na njih osvrnuti.

63. Ne smatram da se od podnositelja zahtjeva za azil treba očekivati da skriva svoju seksualnu orijentaciju kako bi izbjegao proganjanje u svojoj zemlji podrijetla.

64. Ni tekst ni struktura Direktive ne podupiru takvo stajalište. Doista, bilo bi izopačeno Direktivu tumačiti na taj način. Značilo bi da će podnositelj zahtjeva (žrtva), ako ne uspije sakriti svoju seksualnu orijentaciju, na neki način sam biti upleten u svoju nesreću kao počinitelj proganjanja, što se nikako ne može pomiriti s načinom na koji je članak 6. Direktive oblikovan. Doista, sam zahtjev da podnositelji zahtjeva skrivaju svoju seksualnu orijentaciju mogao bi se smatrati djelom proganjanja.

40 — Vidjeti gornju t. 13.

65. Treba li se od podnositelja zahtjeva za status izbjeglice koji su homoseksualne orijentacije očekivati da se vrate u svoju državu podrijetla i da se tamo suzdržavaju u izražavanju svoje seksualne orijentacije?

66. Mislim da ne.

67. Kao prvo, nejasno mi je na koji bi se način, konceptualno, takav uvjet uklopio u strukturu Direktive (ili pak Ženevske konvencije). Direktivom su predviđeni minimalni standardi za kvalifikaciju i status državljana treće zemlje ili osoba bez državljanstva kao izbjeglica (članak 1.). Kako bi ocijenila zadovoljava li određeni podnositelj zahtjeva te standarde, država članica procjenjuje činjenice i okolnosti (članak 4.) da bi utvrdila je li podnositelj zahtjeva bio ili bi mogao biti izložen djelima proganjanja ili ozbiljnoj nepravdi (kako su definirani u članku 9.) zbog nekih posebnih razloga proganjanja (kako su definirani u članku 10.). Ako podnositelj zahtjeva ima osnovani strah od proganjanja, ima pravo na status izbjeglice. Nigdje se u toj strukturi ne može pronaći potpora za tvrdnju da bi se potreba za dodjelom statusa izbjeglice mogla izbjeći ako bi podnositelj zahtjeva „prestao provocirati” počinitelje proganjanja time što se ponaša u skladu s onime što jest.

68. Kao drugo, točno je da osoba koja podnese zahtjev za azil na temelju svoje homoseksualne orijentacije ne može očekivati da će u svojoj državi podrijetla moći živjeti na isti način kako bi to mogla u Nizozemskoj<sup>41</sup>. Međutim, čini mi se da bi provedba ocjene o tome koliko bi se podnositelj zahtjeva morao „suzdržavati” (a) da bude siguran u svojoj državi podrijetla, (b) a da to i dalje bude spojivo s očuvanjem temeljnog prava čija uskrata opravdava dodjelu statusa izbjeglice, bila proces koji bi po samoj svojoj naravi bio subjektivan te koji bi polučio proizvoljne rezultate, a ne pravnu sigurnost. Sam nacionalni sud u svojoj odluci kojom je upućeno prethodno pitanje ističe da ministar ne može unaprijed utvrditi stupanj suzdržavanja koji se može očekivati. Taj mi navod sam po sebi govori da bi takav pristup bio neprimjenjiv u praksi.

69. Kao treće, nerealno je misliti da će sve biti u redu ako se podnositelj zahtjeva diskretno ponaša nakon povratka u svoju državu podrijetla. Diskrecija ne predstavlja sigurnu zaštitu od otkrivanja i posljedične ucjene ili proganjanja.

70. S obzirom na navedeno, nije potrebno odgovoriti na potpitanje (što predstavlja „bitnu karakteristiku” seksualne orijentacije). Međutim, radi cjelovitosti dodajem sljedeća zapažanja.

71. Smatram da izraz „bitna karakteristika” proizlazi iz presude Y i Z, u kojoj je Sud zaključio da su temeljna prava podnositelja zahtjeva bila povrijeđena ograničenjima ostvarivanja prava na vjersku slobodu. Nisam uvjeren da se taj izraz može prenijeti u kontekst izražavanja seksualne orijentacije. Čini mi se da pojedinac ili ima seksualnu orijentaciju ili je nema<sup>42</sup>. Ne postoji „bit” ili „središte” koje se može utvrditi kao takvo. Stoga mi je teško prihvatiti da je moguće odrediti bitnu karakteristiku izražavanja seksualne orijentacije. Također, smatram da Sud to ne bi trebao ni pokušavati.

72. Međutim, u općenitijem smislu, smatram da se pristup Suda u presudi Y i Z primjenjuje po analogiji u ovom predmetu<sup>43</sup>. U tekstu članaka 9. i 10. Direktive nema temelja za pristup koji se oslanja na „bitnu karakteristiku”. Članak 9. upućuje na neotuđiva prava u EKLJP-u; te to treba biti referentna točka za ocjenu djela proganjanja. Ništa ne upućuje na to da se treba praviti razlika između različitih vrsta izražavanja ili primjera izražavanja koji nisu seksualna djela ili djela emocionalne naklonjenosti. Pristup koji se temelji na takvoj pretpostavci po definiciji će vjerojatno imati proizvoljne rezultate.

41 — Vidjeti, primjerice, presudu F./Ujedinjena Kraljevina, navedenu gore u bilješci 33.

42 — Pojedinac može celibat, kao namjerno neizražavanje (u fizičkom smislu) svoje seksualne orijentacije, dobrovoljno izabrati zbog nekoliko razloga; ali ga se na isti ne može prisiliti a da mu se pritom ne uskrati samo postojanje seksualne osobnosti.

43 — Vidjeti t. 38. do 52. i 62. do 68. mišljenja nezavisnog odvjetnika Y. Bota u predmetu Y i Z, navedenom gore u bilješci 17.

73. Posljednjim potpitanjem se pita je li pravu Unije općenito ili Direktivi konkretno protivno ako se među strancima, u pogledu zaštite na koju imaju pravo, pravi razlika ovisno o tome jesu li homoseksualne ili heteroseksualne orijentacije.

74. Kako se zahtjevi za status izbjeglice trebaju procjenjivati kada se navodna djela proganjanja primjenjuju i na homoseksualce i na heteroseksualce?

75. Pretpostavimo da je u nekoj trećoj zemlji svako javno izražavanje osjećaja između dviju osoba (primjerice, držanje za ruke ili ljubljenje) zabranjeno te da zakonom predviđene sankcije za takva kaznena djela, ako se utvrdi krivnja za iste, sežu (ovisno o okolnostima) od novčane kazne do bičevanja. Zakonodavna mjera koja kriminalizira i kažnjava takvo ponašanje oblikovana je tako da se primjenjuje i na heteroseksualce i na homoseksualce. Pretpostavimo da osoba homoseksualne orijentacije pobjegne iz te zemlje te dođe u državu članicu Unije i u njoj zatraži azil. Ne bi bilo odmah očito da bi takav podnositelj zahtjeva bio izložen proganjanju na temelju same njegove seksualne orijentacije. Međutim, ako bi uspio pokazati da se odnosna mjera u praksi redovito primjenjuje, ili dovodi do izricanja najtežih sankcija, samo kada je riječ o homoseksualcima (te da se heteroseksualci, u praksi, uglavnom mogu prošetati ulicom držeći se za ruke ili se nekažnjeno ljubiti u javnosti, ili da im se u pravilu izriču samo manje novčane kazne), vjerojatnije je da bi mogao dokazati da je bio dijelom posebne društvene skupine u smislu članka 10. stavka 1. točke (d) Direktive. Tada bi bilo potrebno razmotriti predstavljaju li sudski progoni i sankcije koje se homoseksualcima obično izriču ako se proglase krivima djela proganjanja u smislu članka 9. stavka 1. Direktive (u mojem primjeru i na temelju moje ocjene, odgovor bi bio potvrđan).

76. Ako povežem svoje odgovore na pojedina potpitanja nacionalnog suda, smatram da se na drugo prethodno pitanje treba odgovoriti na način da nadležna tijela države članice moraju, u ocjeni je li kriminalizacija izražavanja homoseksualnosti kao izražavanja seksualne orijentacije djelo proganjanja u smislu članka 9. stavka 1. Direktive, razmotriti je li vjerojatno da će podnositelj zahtjeva biti izložen djelima, ili skupu različitih mjera, koja su dovoljno ozbiljna po svojoj prirodi ili ponavljanju da predstavljaju ozbiljno kršenje temeljnih ljudskih prava.

## Zaključak

77. Stoga, smatram da Sud treba na sljedeći način odgovoriti na pitanja koja je uputio Raad van State:

1. Podnositelji zahtjeva za status izbjeglice koji su homoseksualne orijentacije mogu, ovisno o okolnostima u njihovim državama podrijetla, činiti posebnu društvenu skupinu u smislu članka 10. stavka 1. točke (d) Direktive 2004/83/EZ od 29. travnja 2004. o minimalnim standardima za kvalifikaciju i status državljana treće zemlje ili osoba bez državljanstva kao izbjeglica ili osoba kojima je na drugi način potrebna međunarodna zaštita te o sadržaju odobrene zaštite. Na nacionalnom je sudu da ocijeni ima li takva skupina, u svakoj od država podrijetla odnosnih podnositelja zahtjeva, „samosvojan identitet jer se smatra drugačijom od društva koje je okružuje”, u smislu druge alineje te odredbe.
2. Kriminalizacija homoseksualnih djela sama po sebi ne predstavlja djelo proganjanja u smislu članka 9. stavka 1. Direktive. Na nacionalnim je tijelima da ocijene, s obzirom na okolnosti u državi podrijetla podnositelja zahtjeva, a osobito s obzirom na:
  - rizik i učestalost progona;
  - težinu sankcije koja se obično izriče u slučaju uspješnog progona; i
  - bilo koje druge mjere i društvene prakse od kojih podnositelj opravdano može strahovati,

hoće li određeni podnositelj zahtjeva biti izložen djelima koja su dovoljno ozbiljna po svojoj prirodi ili ponavljanju da predstavljaju ozbiljno kršenje temeljnih ljudskih prava, ili skupu različitih mjera, uključujući kršenju ljudskih prava, koje je dovoljno ozbiljno da utječe na pojedinca na sličan način.

3. U ocjeni je li kriminalizacija izražavanja homoseksualnosti kao izražavanja seksualne orijentacije djelo proganjanja u smislu članka 9. stavka 1. Direktive, nadležna tijela države članice moraju razmotriti je li vjerojatno da će podnositelj zahtjeva biti izložen djelima, ili skupu različitih mjera, koja su dovoljno ozbiljna po svojoj prirodi ili ponavljanju da predstavljaju ozbiljno kršenje temeljnih ljudskih prava.