



Teismo praktikos rinkinys

GENERALINĖS ADVOKATĖS
ELEANOR SHARPSTON IŠVADA,
pateikta 2013 m. liepos 11 d.¹

Sujungtos bylos C-199/12–C-201/12

**X, Y ir Z
prieš**

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

„Direktyva 2004/83/EB — Sąlygos, kurias turi įvykdyti trečiųjų šalių piliečiai arba asmenys be pilietybės, prašantys suteikti pabėgėlio statusą — „Persekiojimo“ sąvoka — Seksualinė orientacija“

1. Šie *Raad van State* (Nyderlandai) prašymai priimti prejudicinį sprendimą susiję su trimis pareiškėjais, kurie yra trečiųjų šalių piliečiai, pateikę prašymus suteikti pabėgėlio statusą. Kiekvienas iš jų teigia pagrįstai bijantis persekiojimo dėl seksualinės orientacijos.

2. Nacionalinis teismas kelia tris klausimus, susijusius su prašymų suteikti pabėgėlio statusą vertinimu pagal Tarybos direktyvos 2004/83/EB (toliau – direktyva)² III skyrių. Pirma, ar homoseksualūs trečiųjų šalių piliečiai priklauso tam tikrai socialinei grupei, kaip ji suprantama pagal direktyvos 10 straipsnio 1 dalies d punktą? Antra, kaip nacionalinės valdžios institucijos turėtų nustatyti, kas yra su homoseksualumu susiję persekiojimo veiksmai, kaip jie suprantami pagal direktyvos 9 straipsnį? Trečia, ar tai, kad pareiškėjo kilmės šalyje nustatyta baudžiamoji atsakomybė už homoseksualinius veiksmus ir priėmus apkaltinamąjį nuosprendį asmuo gali būti nubaustas laisvės atėmimo bausme, yra persekiojimas, kaip jis suprantamas pagal direktyvą?

Teisinis pagrindas

Konvencija dėl pabėgėlių statuso

3. Konvencijos dėl pabėgėlių statuso (toliau – Ženevos konvencija)³ 1 straipsnio A skirsnio 2 punkto pirmoje pastraipoje numatyta, kad sąvoka „pabėgėlis“ taikoma asmeniui, kuris „dėl visiškai pagrįstos baimės būti persekiojamam dėl rasės, religijos, pilietybės, priklausymo tam tikrai socialinei grupei ar politinių įsitikinimų yra už šalies, kurios pilietis jis yra, ribų ir negali arba bijo naudotis tos šalies gynyba; arba neturėdamas atitinkamos pilietybės ir būdamas už šalies, kurioje anksčiau buvo jo nuolatinė gyvenamoji vieta, ribų dėl tokių įvykių negali ar bijo į ją grįžti“.

1 — Originalo kalba: anglų.

2 — 2004 m. balandžio 29 d. Direktyva dėl trečiųjų šalių piliečių ar asmenų be pilietybės priskyrimo pabėgėliams ar asmenims, kuriems reikalinga tarptautinė apsauga, jų statuso ir suteikiamos apsaugos pobūdžio būtiniausių standartų (OL L 304, p. 12; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 19 sk., 7 t., p. 96).

3 — Pasirašyta Ženevoje 1951 m. liepos 28 d. (*Jungtinių tautų sutarčių rinkinys*, 189 t., p. 150, 1954, Nr. 2545), įsigaliojo 1954 m. balandžio 22 d. Ji buvo papildyta ir iš dalies pakeista pagal Protokolą dėl pabėgėlių statuso, priimtą Niujorke 1967 m. sausio 31 d., kuris įsigaliojo 1967 m. spalio 4 d. Toliau šie du teisės aktai kartu vadinami Ženevos konvencija.

Europos Sąjungos teisė

Pagrindinių teisių chartija

4. Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos (toliau – Chartija)⁴ 7 straipsnyje numatyta: „Kiekvienas asmuo turi teisę į tai, kad būtų gerbiamas jo privatus ir šeimos gyvenimas, būsto neliečiamybė ir komunikacijos slaptumas“. Pagal Chartijos 21 straipsnį draudžiama diskriminacija dėl, be kita ko, seksualinės orientacijos. Chartijos 52 straipsnio 3 dalyje numatyta, kad šios teisės turi būti aiškinamos atsižvelgiant į atitinkamas teises, garantuojamas pagal Žmogaus teisių ir pagrindinių laisvių apsaugos konvenciją (toliau – EŽTK)⁵.

Direktyva

5. Direktyva yra viena iš kelių priemonių, skirtų Bendrajai Europos prieglobsčio sistemai sukurti⁶. Ši sistema grindžiama Ženevos konvencijos, kuri sudaro tarptautinio teisinio pabėgėlių apsaugos režimo pamatus, įgyvendinimu⁷. Pagal direktyvą siekiama visoms valstybėms narėms nustatyti pabėgėlių pripažinimo ir pabėgėlių statuso apibūdinimo turinio⁸, asmenų, kuriems tikrai reikia tarptautinės apsaugos, nustatymo⁹ ir teisingos bei veiksmingos prieglobsčio suteikimo procedūros būtiniausius standartus ir bendrus kriterijus. Jie direktyvoje nustatyti atsižvelgiant į Chartijoje patvirtintas teises, laisves ir principus¹⁰. Direktyvos 21 konstatuojamojoje dalyje numatyta: „Taip pat būtina nustatyti bendrą persekiojimo priežasties „priklausomybę tam tikrai socialinei grupei“ sąvoką“.

6. Direktyvos 2 straipsnio c punkte numatyta: „pabėgėlis“ – trečiosios šalies pilietis, kuris dėl pagrįstos persekiojimo dėl rasės, religijos, tautybės, politinių pažiūrų ar priklausymo tam tikrai socialinei grupei baimės yra ne savo pilietybės šalyje ir negali arba dėl tokios baimės nepageidauja atsiduoti tos šalies globai [pasinaudoti tos šalies apsauga] arba asmuo be pilietybės, kuris, būdamas ne savo gyventojų šalyje dėl pirmiau minėtų priežasčių, negali ar dėl tokios baimės nenori į ją grįžti, ir kuriam netaikomas 12 straipsnis“.

7. Valstybės narės gali numatyti palankesnes taisykles, pagal kurias nustatoma, kuris asmuo gali būti laikomas pabėgėliu, jeigu tokios taisyklės neprieštarauja Direktyvos nuostatomis¹¹. 4 straipsnyje nustatytos taisyklės, pagal kurias reglamentuojamas tarptautinės apsaugos prašymų įvertinimas¹². Direktyvos 4 straipsnio 3 dalyje numatyta, kad tarptautinės apsaugos prašymas įvertinamas individualiai. „Persekiojimo dalyvių“ pavyzdinis sąrašas, į kurį įtraukta valstybė ir nevalstybiniai dalyviai, pateiktas 6 straipsnyje.

4 – OL C 83, 2010, p. 389.

5 – Atitinkamos teisės numatytos atitinkamai EŽTK 8 ir 14 straipsniuose. Pagal 8 straipsnį saugoma teisė į asmens privataus ir šeimos gyvenimo gerbimą. Pagal 14 straipsnį užtikrinamas naudojimasis EŽTK numatytais teisėmis ir laisvėmis be jokios diskriminacijos, kaip antai diskriminacijos dėl lyties, rasės, odos spalvos, kalbos, religijos, politinių arba kitokių pažiūrų, tautinės arba socialinės kilmės, priklausymo tautinei mažumai, nuosavybės, gimimo arba kitais pagrindais.

6 – Žr. direktyvos 1 ir 2 konstatuojamąsias dalis bei 1 straipsnį.

7 – Žr. direktyvos 3 konstatuojamąją dalį. Taip pat žr. 15 konstatuojamąją dalį, kurioje numatyta, kad konsultacijos su Jungtinių Tautų pabėgėlių reikalų vyriausiojo komisaru gali suteikti vertingų rekomendacijų valstybėms narėms nustatant pabėgėlio statusą pagal Ženevos konvencijos 1 straipsnį.

8 – Žr. direktyvos 4 konstatuojamąją dalį.

9 – Žr. direktyvos 6, 16 ir 17 konstatuojamąsias dalis.

10 – Žr. direktyvos 10 konstatuojamąją dalį.

11 – Žr. direktyvos 3 straipsnį.

12 – Šiuo metu Teisingumo Teismas nagrinėja tris bylas (*A, B ir C*, sujungtos bylos C-148/13–C-150/13), susijusias su direktyvos 4 straipsnio aiškinimu ir su pareiškėjo nurodomos seksualinės orientacijos įtikinamumo įvertinimo bendrais kriterijais.

8. Direktyvos 9 straipsnio 1 dalyje nustatyta:

„Persekiojimo veiksmai pagal Ženevos konvencijos 1A straipsnį [1 straipsnio A skirsnį] turi būti:

- a) pakankamai rimti savo pobūdžiu ar dažnumu, kad sudarytų sunkų pagrindinių žmogaus teisių pažeidimą, visų pirma tų teisių, kurių negalima varžyti pagal [EŽTK] 15 straipsnio 2 dalį; arba
- b) įvairių priemonių sancaupa, įskaitant žmogaus teisių pažeidimus, kurie yra pakankamai sunkūs, kad veiktų asmenį panašiai, kaip minėta a punkte.“¹³

9. 9 straipsnio 2 dalyje nustatyta:

„Persekiojimo veiksmai pagal šio straipsnio 1 dalį, *inter alia*, gali būti tokios formos:

<...>

- c) persekiojimas ar baudimas, kuris yra neproporcingas ir diskriminuojantis;

<...>“

10. 9 straipsnio 3 dalyje nurodyta: „Pagal 2 straipsnio c punktą turi būti sąsaja tarp 10 straipsnyje minimų priežasčių ir persekiojimo veiksmų pagal šio straipsnio 1 dalį“.

11. 10 straipsnio pavadinimas – „Persekiojimo priežastys“. 10 straipsnio 1 dalies d punkte numatyta:

„grupe laikoma tam tikra socialinė grupė, kurioje visų pirma:

- tos grupės nariai turi tas pačias prigimtines savybes ar bendrą istoriją, kurios negalima pakeisti, arba turi tas pačias savybes ar įsitikinimus, kurie yra tokie svarbūs to asmens tapatumui ar sąžinei, kad jis negali būti verčiamas jų atsisakyti;
- ta grupė turi individualų tapatumą atitinkamoje šalyje, nes aplinkinės visuomenės suvokiama kaip skirtinga;

atsižvelgiant į aplinkybes kilmės šalyje, tam tikrai socialinei grupei gali priklausyti grupė, susidariusi dėl būdingos seksualinės orientacijos. Seksualinė orientacija nėra veiksmai, kurie pagal valstybių narių įstatymus būtų laikomi nusikaltimu: su lytimi susiję aspektai gali būti nagrinėjami, nors savime nesudaro šio straipsnio taikomumo prezumpcijos.“

Nacionalinė teisė

12. Pagal 2000 m. Užsieniečių įstatymą (*Vreemdelingenwet 2000*; toliau – *Vw 2000*) atitinkamam ministrui (toliau – ministras)¹⁴ suteikiama teisė patenkinti, atmesti arba palikti nenagrinėtą prašymą suteikti laikinąjį leidimą gyventi (pabėgėlio statusą). Laikinąjį leidimą gyventi galima suteikti užsieniečiui, kuris yra pabėgėlis pagal Ženevos konvenciją.

13 — Pagal EŽTK 15 straipsnio 2 dalį neatimamos teisės yra teisė į gyvybę (2 straipsnis), kankinimo, vergijos ir priverčiamojo darbo uždraudimas (atitinkamai 3 ir 4 straipsniai) ir asmens teisė nebūti baudžiamam prieš tai tinkamai neišnagrinėjus bylos (7 straipsnis).

14 — Tuo metu, kai buvo pateikti prašymai, atitinkamas ministras buvo *Minister voor Immigratie en Asiel* (imigracijos ir prieglobsčio reikalų ministras). Nuo to laiko jo pareigų pavadinimas pakeistas į *Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel* (imigracijos, integracijos ir prieglobsčio reikalų ministras).

13. *Vreemdelingencirculaire 2000* (2000 m. Aplinkraštis dėl užsieniečių; toliau – *Vc 2000*) išdėstytos ministro priimtos administracinės teisės nuostatos, skirtos įgyvendinti *Vw 2000*. Aplinkraštyje nurodyta, kad, remiantis galiojančia politika ir teismų praktika, persekiojimui dėl priklausymo socialinei grupei, kaip ji suprantama pagal Ženevos konvencijos 1 straipsnio A skirsnį, taip pat priskiriamas persekiojimas dėl seksualinės orientacijos. Nagrinėjant prieglobsčio prašymą, pateiktą remiantis tokiu pagrindu, ypatingas dėmesys skiriamas pareiškėjo padėčiai kilmės šalyje. Jeigu pareiškėjo kilmės šalyje baudžiama už homoseksualumą arba seksualinės orientacijos išreiškimą, taikoma bausmė turi būti tam tikro griežtumo. Paprastai vien piniginės baudos nepakaktų, jog būtų galima padaryti išvadą, kad turėtų būti automatiškai suteiktas pabėgėlio statusas. Tik fakto, kad pareiškėjo kilmės šalyje baudžiama už homoseksualumą arba homoseksualinius veiksmus, nepakanka, kad būtų suteiktas pabėgėlio statusas. Pareiškėjas turi įtikinti, kad jis asmeniškai turi rimtą priežastį bijoti būti persekiojamas. Nereikalaujama, kad į savo kilmės šalį grįžę homoseksualūs pareiškėjai slėptų savo seksualinę orientaciją.

Faktinės aplinkybės, procesas ir prejudiciniai klausimai

14. Pagrindinėse bylose pareiškėjų tapatybė neatskleidžiama ir jie vadinami X, Y bei Z. X yra Siera Leonės pilietis, Y – Ugandos pilietis, o Z – Senegalo pilietis.

15. Siera Leonėje homoseksualiniai veiksmai laikomi nusikalstama veika pagal 1861 m. *Offences against the person Act* (Įstatymas dėl nusikaltimų prieš asmenį) 61 skyrių ir už juos gali būti baudžiama laisvės atėmimo bausme nuo dešimties metų iki gyvos galvos. Ugandoje pagal 1950 m. *Penal Code Act* (Baudžiamasis kodeksas) 145 straipsnį asmuo, pripažintas kaltu padaręs nusikaltimą, kuris apibūdinamas kaip „priešingi gamtai kūniški santykiai“, baudžiamas laisvės atėmimo bausme. Griežčiausia taikoma bausmė yra laisvės atėmimas iki gyvos galvos. Senegalo valdžios institucijos taiko baudžiamąją atsakomybę už homoseksualinius veiksmus. Pagal *Code Pénal* (Baudžiamojo kodekso) 319 straipsnio trečią pastraipą už tam tikrus homoseksualinius veiksmus asmenys baudžiami laisvės atėmimo bausme nuo vienerių iki penkerių metų ir pinigine bauda nuo 100 000 iki 1 500 000 XOF¹⁵ (apie 150–2 000 EUR).

16. Visose trijose bylose ministras atmetė pirminius prašymus suteikti leidimą gyventi šalyje (pabėgėlio statusą) pagal *Vw 2000*. Vėliau pareiškėjai apskundė šiuos sprendimus. X ir Z pateikė skundus *Rechtbank* (Pirmosios pakopos teismas). Y pateikė prašymą taikyti laikinąsias apsaugos priemones. X ir Y skundai buvo patenkinti. *Rechtbank* atmetė Z skundą.

17. Paskui ministras pateikė *Raad van State* (Valstybės Taryba) apeliacinius skundus X ir Y bylose. Z taip pat pateikė apeliacinį skundą šiam teismui.

18. Visose trijose bylose pareiškėjų homoseksualinė orientacija neginčijama¹⁶.

19. Todėl *Raad van State* Teisingumo Teismui pateikia šiuos prejudicinius klausimus:

„1. Ar homoseksualūs užsieniečiai sudaro tam tikrą socialinę grupę, kaip ji suprantama pagal [direktyvos] 10 straipsnio 1 dalies d punktą?

15 — Vakarų Afrikos CFA frankas (BCEAO).

16 — Jungtinių Tautų pabėgėlių reikalų vyriausiasis komisaras (toliau – JTTPRVK) seksualinės orientacijos sąvoką aiškina plačiai. Todėl JTTPRVK savo pastabas taiko lesbietėms, gėjams, biseksualiems, transseksualiems bei interseksualiems asmenims ir siekdamas perteikti plačią sąvokos „seksualinė orientacija“ reikšmę vartoja akronimą LGBTI. Tačiau kadangi pagrindinės bylos susijusios su trimis pabėgėlio statuso prašytojais, kurie yra homoseksualūs vyrai, šioje išvadoje ir toliau vartoju tą apibūdinimą.

2. Jeigu atsakymas į pirmąjį klausimą būtų teigiamas: kokie homoseksualiniai veiksmai patenka į direktyvos taikymo sritį ir ar tuomet, kai dėl šių veiksmų persekiojama ir įvykdytos kitos sąlygos, galima suteikti pabėgėlio statusą? Šis klausimas apima šiuos dalinius klausimus:
- a) Ar galima tikėtis, kad užsienietis nuo visų slepia homoseksualinę orientaciją savo kilmės šalyje, kad išvengtų persekiojimo?
 - b) Jeigu į pirmą dalinį klausimą būtų atsakyta neigiamai: ar galima tikėtis, kad homoseksualus užsienietis susilaiko išreišdamas seksualinę orientaciją savo kilmės valstybėje, kad išvengtų persekiojimo, ir, jei taip, tai kiek? Ar šiuo aspektu iš homoseksualų galima tikėtis daugiau susilaikymo nei iš heteroseksualių asmenų?
 - c) Jeigu šiomis aplinkybėmis gali būti skirtumas tarp išraiškų, kurios priskiriamos pagrindinei homoseksualinės orientacijos sričiai, ir tų, kurios jai nepriklauso: kas suprantama kaip pagrindinė seksualinės orientacijos sritis ir kaip ją galima nustatyti?
3. Ar jau vien tai, kad homoseksualiniai veiksmai baudžiami pagal [1861 m. Siera Leonės *Offences against the Person Act*, Ugandos *Penal Code Act* ir Senegalo *Code Pénal*] ir už juos gresia laisvės atėmimo bausmė, yra persekiojimo veiksmas, kaip jis suprantamas pagal direktyvos 9 straipsnio 1 dalies a punktą kartu su 2 dalies c punktu? Jeigu ne: kokiomis aplinkybėmis taip yra?“

20. Rašytines pastabas pateikė X, Y ir Z, JTPRVK, Vokietijos, Graikijos, Prancūzijos, Nyderlandų ir Jungtinės Karalystės vyriausybės, taip pat Komisija; visų jų (išskyrus Jungtinę Karalystę) atstovai dalyvavo 2013 m. balandžio 11 d. įvykusiame teismo posėdyje.

Vertinimas

Pirminės pastabos

21. Nacionalinio teismo klausimai iš dalies sutampa. Aiškinant direktyvos 9 straipsnį ir 10 straipsnio 1 dalies d punktą reikėtų atsižvelgti į toliau nurodytus principus.

22. Pirmiausia pagal nusistovėjusią teismų praktiką direktyva turi būti aiškinama atsižvelgiant į bendrą jos sistemą ir tikslą, laikantis Ženevos konvencijos ir kitų svarbių sutarčių, nurodytų prie jos teisinio pagrindo (SESV 78 straipsnio 1 dalis)¹⁷. Iš direktyvos 10 konstatuojamosios dalies aiškiai matyti, kad ji turi būti aiškinama taip, kad neprieštarautų Chartijoje pripažintoms teisėms¹⁸.

23. Antra, Ženevos konvencija yra direktyvos, kurioje daug nuorodų į konvenciją, kontekstas, taigi remiantis ja galima nustatyti direktyvos tikslą ir bendrą struktūrą. Todėl nors Teisingumo Teismo prašoma išaiškinti direktyvos 9 straipsnį ir 10 straipsnio 1 dalies d punktą, tai darydamas jis turi atsižvelgti į Ženevos konvenciją¹⁹.

17 — Žr. 2012 m. rugsėjo 5 d. Sprendimo *Y ir Z* (sujungtos bylos C-71/11 ir C-99/11) 48 punktą ir jame nurodytą teismo praktiką.

18 — 2012 m. gruodžio 19 d. Sprendimo *Abed El Karem El Kott ir kt* (C-364/11) 42 ir 43 punktai bei juose nurodyta teismo praktika.

19 — Žr. mano išvados, pateiktos 17 išnašoje minėtoje byloje *Abed El Karem El Kott ir kt.*, 32 punktą.

24. Trečia, nei Ženevos konvencijoje, nei EŽTK nėra aiškiai nurodyta teisė išreikšti seksualinę orientaciją. Europos Žmogaus Teisių Teismo praktika, susijusi su seksualine orientacija, buvo formuojama nagrinėjant EŽTK 8 straipsnio (teisė į privatų ir šeimos gyvenimą) bei EŽTK 14 straipsnyje nurodyto diskriminacijos uždraudimo pažeidimus²⁰. Todėl nacionalinio teismo keliamus klausimus būtina nagrinėti atsižvelgiant į Europos Žmogaus Teisių Teismo suformuluotus principus²¹.

25. Ketvirta, šiuo požiūriu Ženevos konvencijos, kaip ir EŽTK, nuostatos nėra statiškos. Ji – „gyvas“ teisės aktas, kuris turėtų būti aiškinamas atsižvelgiant į dabartines sąlygas ir tarptautinės teisės pokyčius²². Europos žmogaus teisių komisijos praktika, susijusi su skirtingu požiūriu į homoseksualinius ir heteroseksualinius santykius nustatant veiksnio amžių, rodo tokią EŽTK aiškinimo raidą. Taigi, iki 1997 m. Komisija laikėsi požiūrio, kad vyresnio veiksnio amžiaus nustatymas homoseksualiniams santykiams suderinamas su EŽTK²³. Sprendime *Sutherland prieš Jungtinę Karalystę* Komisija peržiūrėjo savo praktiką ir nuo jos nukrypo, nes nusprendė, kad, atsižvelgiant į šiuolaikinius pokyčius, vyresnio veiksnio amžiaus nustatymas homoseksualiniams veiksmams yra diskriminacija ir taip pažeidžiama pareiškėjo teisė į privataus gyvenimo gerbimą²⁴.

26. Galiausiai manau, kad nacionalinis teismas užduoda minėtus klausimus iš esmės siekdamas išsiaiškinti, kokie yra bendrieji kriterijai, kurie turėtų būti taikomi nustatant asmenis, kuriems iš tiesų reikalinga tarptautinė apsauga ir kurie prašo suteikti pabėgėlio statusą pagal direktyvą remdamiesi tuo, kad jie yra homoseksualūs. Būtų galima teigti, kad antrajame klausime kalbama labiau apie teisinę politiką, o ne apie teisės aktų aiškinimą. Todėl pirmiausia išnagrinėsiu pirmąjį ir trečiąjį klausimus, susijusius su paprastesniais direktyvos teksto aiškinimo aspektais, o vėliau – antrąjį klausimą.

Pirmasis klausimas

27. Nacionalinis teismas užduoda pirmąjį klausimą siekdamas išsiaiškinti, ar pabėgėlio statuso prašytojai, kurie yra homoseksualinės orientacijos, gali sudaryti tam tikrą socialinę grupę, kaip ji suprantama pagal direktyvos 10 straipsnio 1 dalies d punktą.

28. Visi Teisingumo Teismui pastabas pateikę asmenys (išskyrus Jungtinę Karalystę, kuri šio klausimo nenagrinėjo) sutinka, kad į šį klausimą reikėtų atsakyti teigiamai.

29. Ir aš esu tos pačios nuomonės.

20 — 1981 m. spalio 22 d. Sprendimo *Dudgeon prieš Jungtinę Karalystę* (A serija Nr. 45) 60–62 punktai, kuriuose kalbama apie teisę į privatų gyvenimą. Žr. 2013 m. vasario 19 d. Sprendimo *X ir kt. prieš Austriją* (didžioji kolegija) (pareiškimas Nr. 19010/07) 95 punktą, kuriame kalbama apie teisę į šeimos gyvenimą.

21 — Tam tikri regioniniai instrumentai užtikrina teisę nebūti diskriminuojamam, pavyzdžiui, Afrikos žmogaus ir žmonių teisių chartija. Tačiau, kaip ir Ženevos konvencijoje ir EŽTK, juose nėra aiškiai užtikrinta teisė išreikšti seksualinę orientaciją. Žr. „Making Love a Crime – Criminalisation of Same-Sex Conduct in Sub-Saharan Africa“, *Amnesty International* 2013 m. birželio 25 d. paskelbtą ataskaitą: <http://www.amnesty.org/en/library/info/AFR01/001/2013/en>.

22 — Žr. 2005 m. vasario 4 d. Sprendimo *Mamatkulov ir Askarov prieš Turkiją* (pareiškimai Nr. 46827/99 ir 46951/99, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-1) 121 punktą, kuriame kalbama apie EŽTK apskritai. Žr. 2012 m. spalio 23 d. Tarptautinės apsaugos gairių Nr. 9, su kuriomis galima susipažinti internete adresu www.unhcr.org/509136ca9.html (toliau – JTPRVK gairės), 5–7 punktus, kuriuose kalbama apie Ženevos konvenciją.

23 — 1975 m. rugšėjo 30 d. Komisijos sprendimo *X prieš Vokietijos Federacinę Respubliką* (pareiškimas Nr. 5935/72) 2 punktą ir 1986 m. liepos 17 d. Komisijos sprendimas *Johnson prieš Jungtinę Karalystę* (pareiškimas Nr. 10389/83).

24 — 1997 m. liepos 1 d. Komisijos sprendimo (pareiškimas Nr. 25186/94) 58–66 punktai.

30. Su Z susijusioje pagrindinėje byloje pirmosios instancijos nacionaliniam teismui (*Rechtbank*) pateiktas įrodymas neįtikino to teismo, kad homoseksualios orientacijos asmenys Senegale apskritai persekiojami ir diskriminuojami; todėl *Rechtbank* nusprendė, kad pareiškėjas nepriklausė tam tikrai socialinei grupei, kaip ji suprantama pagal direktyvos 10 straipsnio 1 dalies d punktą²⁵.

31. 10 straipsnį sudaro dvi dalys. 1 dalyje valstybėms narėms nurodyta vertinant *persekiavimo priešais* atsižvelgti į tam tikrus veiksmus. Atsižvelgiant į tai 10 straipsnio 1 dalies d punkte apibrėžiama, kas sudaro tam tikrą socialinę grupę. O 2 dalyje nurodyta, kaip įvertinti, ar pareiškėjas turi *pagrįstos baimės būti persekiojamas*. Galima daryti išvadą, kad pareiškėjui nebūtina įrodyti, jog yra persekiojamas arba diskriminuojamas savo kilmės šalyje²⁶ (aplinkybės, kurios patenka į 10 straipsnio 2 dalies taikymo sritį), kad įrodytų, jog priklauso tam tikrai socialinei grupei (t. y. kad jis patenka į 10 straipsnio 1 dalies d punkto taikymo sritį).

32. Ar homoseksualūs vyrai gali „priklausyti tam tikrai socialinei grupei“, kaip ji suprantama pagal direktyvos 10 straipsnio 1 dalies d punktą?

33. Direktyvoje, kitaip nei Ženevos konvencijoje, kurioje kalbama tik apie „priklausymą tam tikrai socialinei grupei“, vartojama sąvoka „seksualinė orientacija“, tačiau nepateikta jos apibrėžtis. Gali būti, jog ES teisės aktų leidėjas direktyvos 10 straipsnio 1 dalies d punkte pateikė aiškia nuorodą į priklausymą socialinei grupei remiantis seksualine orientacija todėl, kad tuo metu, kai Komisija pateikė pasiūlymą, buvo pradėdama pripažinti, jog asmenys gali būti priversti bėgti nuo persekiavimo ir prašyti tarptautinės apsaugos remdamiesi šiuo pagrindu²⁷, nors toks pagrindas nebuvo aiškiai įtrauktas į Ženevos konvenciją²⁸.

34. 10 straipsnio 1 dalies d punktas pradėdamas žodžiais „grupe laikoma tam tikra socialinė grupė, kurioje visų pirma <...>“ ir po jų iš karto pateiktos dvi įtraukos (pirmoje išdėstyti trys variantai, atskirti žodžiu „arba“). Įtraukos sujungtos žodeliu „ir“ (redakcijoje lietuvių kalba – kabliataškiu), kuris reiškia, kad jose išdėstytos kumuliacinės sąlygos, kurios turi būti įvykdytos. Tačiau toliau pateiktame tekste nurodyta (aiškiai), kad „atsižvelgiant į aplinkybes kilmės šalyje, tam tikrai socialinei grupei gali priklausyti grupė, susidariusi dėl būdingos seksualinės orientacijos <...>“.

35. Išnagrinėjusi tą tekstą kartu su dviem prieš pat jį pateiktomis įtraukomis manau, kad ES teisės aktų leidėjas kiek galėdamas aiškiau nurodė, jog vienodos seksualinės orientacijos asmenys iš tiesų gali priklausyti tam tikrai socialinei grupei, kaip ji suprantama pagal 10 straipsnio 1 dalies d punktą. Jie atitinka pirmoje įtraukoje nurodytus reikalavimus (sakyčiau – bet kuriuo atveju, nes jiems gali būti taikomas trečias reikalavimų variantas: jie „turi tas pačias savybes <...> [kurios] yra [tokios] [svarbios] to asmens tapatumui <...> kad jis negali būti verčiamas jų atsisakyti“). Atsižvelgiant į kilmės šalyje susiklosčiusias aplinkybes jie taip pat gali atitikti antros įtraukos reikalavimus (pagal kuriuos „ta grupė turi individualų tapatumą atitinkamoje šalyje, nes aplinkinės visuomenės suvokiama kaip skirtinga“). Tam, kad būtų galima išsiaiškinti, ar jie atitinka antroje įtraukoje nurodytus reikalavimus, reikia įvertinti pareiškėjo kilmės šalyje nusistovėjusias teises normas, socialinius ir kultūrinius papročius. Nacionalinės valdžios institucijos turi išspręsti šį klausimą atsižvelgdamos į faktines aplinkybes, ir turi būti sudaryta galimybė nacionaliniam teismui vykdyti tokio sprendimo kontrolę.

25 — Šis *Rechtbank* vertinimas paminėtas *Raad van State* prašyme priimti prejudicinį sprendimą. Tačiau prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nenurodė, ar jo nuomonė sutampa su *Rechtbank*. Kaip suprantu, *Raad van State* paminėjo *Rechtbank* vertinimą siekdamas paaiškinti, dėl kokių priežasčių jis prašo nurodyti, kaip turi būti aiškinamas direktyvos 10 straipsnio 1 dalies d punktas. Todėl atlikdama analizę atsižvelgiau į *Rechtbank* vertinimą.

26 — *Rechtbank* galėjo suklaidinti aplinkybę, kad 10 straipsnio 1 dalies d punkto antroje įtraukoje kalbama apie grupę, kuri turi individualų tapatumą, nes ji „aplinkinės visuomenės suvokiama kaip skirtinga“. Tačiau aplinkybė, kad grupė „suvokiama kaip skirtinga“, pati savaime yra neutrali. Bet akivaizdu, kad persekiojimas arba diskriminacija – ne.

27 — Žr. COM(2001) 510 galutinis, visų pirma 3 dalį.

28 — JTPRVK gairėse dabar daroma nuoroda į 2007 m. priimtus Yogyakartos principus dėl tarptautinių žmogaus teisių principų taikymo seksualinės orientacijos ir lytinės tapatybės atžvilgiais. Yogyakartos principų 4 konstatuojamojoje dalyje nurodyta, kad „seksualinė orientacija“ reiškia „asmens sugebėjimą jausti stiprų emocinį prierašumą ir seksualinį potraukį kitos arba tos pačios lyties, arba daugiau nei vienos lyties asmenims, taip pat jo sugebėjimą užmegzti intymius lytinius santykius su tokiais asmenimis“.

36. Todėl manau, kad į pirmąjį klausimą reikėtų atsakyti taip, kad pabėgėlio statuso prašytojai, kurie yra homoseksualinės orientacijos, atsižvelgiant į jų kilmės šalyje susiklosčiusias aplinkybes, gali sudaryti tam tikrą socialinę grupę, kaip ji suprantama pagal Direktyvos 2004/83 10 straipsnio 1 dalies d punktą. Nacionalinis teismas turės įvertinti, ar tokia grupė turi „individualų tapatumą“ kiekvieno pareiškėjo kilmės šalyje, „nes aplinkinės visuomenės suvokiama kaip skirtinga“, kaip numatyta tos nuostatos antroje įtraukoje.

Trečiasis klausimas

37. Nacionalinis teismas užduoda trečiąjį klausimą norėdamas išsiaiškinti, ar baudžiamosios atsakomybės už homoseksualinius veiksmus nustatymas ir galimybė kaltu dėl tokių veiksmų pripažintam asmeniui taikyti laisvės atėmimo bausmę yra persekiojimo veiksmai pagal direktyvos 9 straipsnį.

38. Nagrinėjant bylas, susijusias su visais trimis pareiškėjais, nacionaliniame teisme, buvo nustatytos tam tikros aplinkybės. Kalbant apie X, už patį homoseksualumą Siera Leonėje baudžiamoji atsakomybė nenustatyta; tačiau už tam tikrus homoseksualinius veiksmus taikomos baudžiamosios sankcijos. Kalbant apie Y, Ugandoje nustatyta baudžiamoji atsakomybė už patį homoseksualumą²⁹. Kalbant apie Z, homoseksualumas Senegale nekriminalizuotas, tačiau už tam tikrus homoseksualinius veiksmus taikomos baudžiamosios sankcijos³⁰.

39. Atsižvelgdama į tai, kad neginčijama, jog šie trys pareiškėjai yra homoseksualūs, šioje išvadoje neskyriau padėties Ugandoje (kurioje, kaip nustatyta, baudžiamoji atsakomybė taikoma už patį homoseksualumą) ir Siera Leonėje arba Senegale (kuriuose už tam tikrus homoseksualinius veiksmus taikomos baudžiamosios sankcijos)³¹.

40. X, Y ir Z teigia, kad direktyvos 9 straipsnis turi būti aiškinamas taip, kad jis reiškia, jog baudžiamosios atsakomybės už homoseksualinius veiksmus nustatymas pas savaime yra persekiojimo veiksmas. Komisija, valstybių narių, kurios pateikė pastabas, vyriausybės ir JTPRVK tam tikra prasme sutaria dėl priešingos nuomonės.

41. Europos Sąjungoje požiūris pasikeitė tiek, kad dabar laikoma, jog teisės aktai, pagal kuriuos taikoma baudžiamoji atsakomybė ir sankcijos už suaugusių asmenų savanoriškai neviešai atliekamus homoseksualinius veiksmus, prieštarauja EŽTK³². Todėl akivaizdu, kad šiais laikais valstybėse narėse tokios priemonės būtų laikomos asmens pagrindinių teisių pažeidimu, nepaisant to, ar jos iš tiesų taikomos. Tačiau direktyvos tikslas yra ne suteikti apsaugą tais atvejais, kai asmuo savo kilmės šalyje negali visiškai ir veiksmingai pasinaudoti pagal Chartiją arba EŽTK garantuojamomis laisvėmis. Kitaip tariant, nesiekama eksportuoti šių standartų³³. Direktyvos tikslas – apriboti asmenų, kuriems pripažįstamas pabėgėlio statusas, ratą tik tais asmenimis, kurių pačios pagrindinės teisės gali būti iš esmės paneigtos arba sistemiškai pažeistos ir kurių gyvenimas kilmės šalyje tampa nepakeliamas.

29 — X ir Y bylose tokios pirmojoje instancijoje padarytos išvados (kurias padarė atitinkamai *Rechtbank* ir prašymą dėl laikinųjų apsaugos priemonių taikymo išnagrinėjęs teisėjas) paminėtos *Raad van State* prašymuose priimti prejudicinį sprendimą. Tačiau prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nenurodo, ar jo nuomonė sutampa su pirmosios instancijos teismų nuomone. Manau, kad *Raad van State* tas išvadas nurodė siekdamas paaiškinti, kodėl jis pats prašo išsiaiškinti direktyvos 9 straipsnio 1 dalį; todėl į jas atsižvelgiau atlikdama vertinimą.

30 — Žr. šios išvados 15 punktą.

31 — Manau, kad Nyderlandų valdžios institucijos išdėstė panašų požiūrį aplinkraštyje: žr. šios išvados 13 punktą.

32 — Be 19 išnašoje minėto Sprendimo *Dudgeon*, dar žinomi 1988 m. spalio 26 d. Sprendimas *Norris prieš Airiją* (A serija Nr. 142) ir 1993 m. balandžio 22 d. Sprendimas *Modinos prieš Kiprą* (A serija Nr. 259). Sprendime *Modinos* nagrinėjami nacionalinės teisės aktai panaikinti palyginti neseniai (1997 m.). Taip pat žr. 25 punkte ir 23 bei 24 išnašose minėtą Europos žmogaus teisių komisijos praktiką, susijusią su diskriminacija ir veiksnio amžiumi homoseksualiniams bei heteroseksualiniams veiksams.

33 — Sprendimo *F prieš Jungtinę Karalystę* (pareiškimas Nr. 17341/03) 3 punktas ir Sprendimas *I. I. N. prieš Nyderlandus* (pareiškimas Nr. 2035/04). Toks eksportas iš tiesų galėtų būti laikomas žmogaus teisių arba kultūriniu imperializmu.

42. Ar veiksmai, kurie būtų pagrindinės teisės pažeidimas ES, būtinai yra persekiojimo veiksmai, kaip jie suprantami pagal direktyvos 9 straipsnio 1 dalį?

43. 9 straipsnio 1 dalyje numatyta, kad „persekiojimo veiksmai pagal Ženevos konvencijos 1A straipsnį turi būti: a) pakankamai rimti savo pobūdžiu ar dažnumu, kad sudarytų sunkų pagrindinių žmogaus teisių pažeidimą <...>; arba b) įvairių priemonių sancaupa, įskaitant žmogaus teisių pažeidimus, kurie yra pakankamai sunkūs, kad veiktų asmenį panašiai, kaip minėta a punkte“. Iš šioje dalyje vartojamų žodžių „pakankamai rimti“, „sunkų <...> pažeidimą“ ir „sancaupa <...> kurie yra pakankamai sunkūs“ galima padaryti išvadą, kad ne kiekvienas žmogaus teisių pažeidimas (kad ir koks jis iš tiesų būtų nepriimtinas) turi būti laikomas „persekiojimo veiksmis“, kaip jie suprantami pagal 9 straipsnį. Iš tiesų 9 straipsnio 2 dalyje pateiktame pavyzdiniame persekiojimo veiksmų sąraše daroma aiški nuoroda į 9 straipsnio 1 dalyje nustatytą standartą, nes jame numatyta, kad „persekiojimo veiksmai pagal šio straipsnio 1 dalį“³⁴, *inter alia*, gali būti tokie, kaip numatyta a–f punktuose. Toliau 9 straipsnio 3 dalyje aiškiai nurodyta, kad turi būti sąsaja tarp persekiojimo priežasčių (10 straipsnis) ir 9 straipsnio 1 dalyje apibrėžtų persekiojimo veiksmų.

44. Kyla su sąvokomis susijusių keblumų, nes tais atvejais, kai pagrindinė laisvė saugoma pagal Chartiją, *bet koks* asmens baudžiamasis persekiojimas arba baudimas už naudojimąsi tokia laisve *ES viduje* būtų iš esmės „neproporcingas“. Todėl manau, kad 9 straipsnio 2 dalies c punkte (tai nebaigtinio persekiojimo veiksmų sąrašo punktas, kuris, ko gera, labiausiai susijęs su šiomis bylomis) nurodytas „persekiojimas ar baudimas, kuris yra neproporcingas ir diskriminuojantis“, prilygsta „persekiojimui arba baudimui, kuris yra sunkus arba diskriminuojantis“.

45. Manau, kad nacionalinės valdžios institucijos, siekiamos nustatyti, ar (remiantis tuo pagrindu) veiksmai, kuriais draudžiama išreikšti seksualinę orientaciją, gali būti laikomi „persekiojimo veiksmis“, kaip jie suprantami pagal 9 straipsnio 1 dalį, turėtų visų pirma atsižvelgti į: i) įrodymus, susijusius su baudžiamosios teisės nuostatų taikymu pareiškėjo kilmės šalyje, kaip antai ar valdžios institucijos faktiškai reiškia asmenims kaltinimus ir juos persekioja; ii) tai, ar vykdomos baudžiamosios sankcijos, ir, jeigu taip, kiek tokios sankcijos praktiškai yra griežtos; bei iii) informaciją, susijusią su kilmės šalyje taikoma praktika ir visuomenės papročiais apskritai³⁵.

46. Nagrinėjant prašymą suteikti pabėgėlio statusą reikia remtis tokiu kriterijumi: ar koks nors vienas arba daugiau įvykių rodo, kad pareiškėjas pagrįstai bijo, jog jeigu grįžtų į savo kilmės šalį, jo pagrindinės žmogaus teisės gali būti nepripažintos?³⁶

47. Baudžiamosios sankcijos už homoseksualinės orientacijos išreiškimą, susijusios su ilgalaikiu laisvės atėmimu, galėtų būti laikomos EŽTK 3 straipsnio pažeidimu (nežmoniško ir žeminančio asmens orumą elgesio arba bausmių draudimas), todėl būtų pakankamai sunkios, kad jas būtų galima laikyti sunkiu pagrindinių žmogaus teisių pažeidimu, kaip jis suprantamas pagal direktyvos 9 straipsnio 1 dalį.

48. Atsižvelgiant į tai man aišku (net nesant išsamios informacijos, susijusios su pagrindinėse bylose pareiškėjams priskiriamų teisės pažeidimų ypatybėmis ir su konkrečiomis bausmėmis, kurios paprastai skiriamos už tokius pažeidimus), kad apskritai Siera Leonėje, Ugandoje ir Senegale taikomos bausmės gali būti laikomos baudimu, kuris yra „neproporcingas“, kaip tai suprantama pagal direktyvos 9 straipsnio 2 dalies c punktą. Tiesa, kad įstatymuose numatytos bausmės už tam tikrus homoseksualinius veiksmus Senegale nėra tokios žiaurios kaip Siera Leonėje arba Ugandoje. Prieš

34 — Išskirta mano.

35 — Todėl, pavyzdžiui, jeigu heteroseksualių suaugusių asmenų viešas tarpusavio lytinis artumas varžomas ir baudžiamas pagal baudžiamąją teisę, vien tokių pačių nuostatų taikymas homoseksualiems suaugusiems asmenims nebūtų laikomas persekiojimo veiksmis. Tačiau požiūris skirtingas, jeigu tokios teisės nuostatos niekada nebūtų vykdomos heteroseksualių asmenų atžvilgiu, tačiau būtų aktyviai vykdomos homoseksualių atžvilgiu. Dar žr. šios išvados 75 punktą.

36 — Žr. 16 išnašoje minėto Sprendimo *Y ir Z* 53 ir 54 punktus.

padarydamas išvadą, kad todėl riba, nuo kurios tam tikri veiksmai laikomi persekiojimu pagal direktyvos 9 straipsnio 1 dalį, nėra pasiekta, nacionalinis teismas turėtų atsižvelgti į vienkartinio arba pakartotinio patraukimo baudžiamojon atsakomybėn grėsmę ir į bausmes, kurios skiriamos, jeigu asmuo pripažįstamas kaltu.

49. Todėl apskritai nacionalinės valdžios institucijos, išsiaiškinusios, ar turėtų būti laikoma, kad tam tikras pareiškėjas dėl savo homoseksualinės orientacijos priklauso tam tikrai socialinei grupei, kaip ji suprantama pagal 10 straipsnio 1 dalies d punktą, turėtų toliau nagrinėti, ar jo kilmės šalyje susiklosčiusios tokios aplinkybės, kad joje gali būti atliekami persekiojimo veiksmai, kaip jie suprantami pagal 9 straipsnio 1 dalį. Tam jos turėtų įvertinti, ar asmenims, kurie priklauso arba manoma, kad priklauso tokiai socialinei grupei, taikomos represinės priemonės³⁷; ar tokios priemonės vykdomos ir skiriamos sankcijos; taip pat, ar todėl pareiškėjas pagrįstai bijo būti persekiojamas. Žinoma, turi būti sudaryta galimybė nacionaliniams teismams kontroliuoti nacionalinių valdžios institucijų priimtus sprendimus šiais klausimais, kad būtų užtikrintas teisingas direktyvoje numatytų kriterijų taikymas.

50. Todėl manau, kad į trečiąjį prejudicinį klausimą reikėtų atsakyti taip, kad baudžiamosios atsakomybės nustatymas už tam tikrą veiklą pats savaime nėra persekiojimo veiksmas, kaip jis suprantamas pagal direktyvos 9 straipsnio 1 dalį. Kompetentingos nacionalinės valdžios institucijos, atsižvelgdamos į pareiškėjo kilmės šalyje susiklosčiusias aplinkybes, visų pirma turi įvertinti: i) patraukimo baudžiamojon atsakomybėn grėsmę ir dažnumą; ii) asmenį pripažinus kaltu paprastai skiriamų sankcijų griežtumą; ir iii) visas kitas priemones ir socialinius papročius, jeigu jie gali būti taikomi pareiškėjo atžvilgiu ir pareiškėjas to pagrįstai bijo; arba tam tikro pareiškėjo atžvilgiu gali būti atliekami veiksmai, kurie yra pakankamai rimti savo pobūdžiu arba dažnumu, kad sudarytų sunkų žmogaus teisių pažeidimą; arba taikoma įvairių priemonių sanakaupa, įskaitant žmogaus teisių pažeidimus, kurie yra pakankamai sunkūs, kad panašiai veiktų pareiškėją.

Antrasis klausimas

51. Nacionalinis teismas užduoda antrąjį klausimą siekdamas išsiaiškinti, ar, jeigu turi būti laikoma, kad homoseksualus pareiškėjas priklauso tam tikrai socialinei grupei, kaip numatyta direktyvos 10 straipsnio 1 dalies d punkte, tam tikri homoseksualiniai veiksmai patenka į direktyvos taikymo sritį ir reiškia, kad turėtų būti suteiktas pabėgėlio statusas.

52. Toliau nacionalinis teismas užduoda kelis dalinius klausimus³⁸, susijusius su bendrais kriterijais, kurie galėtų būti taikomi nustatant, kas gali būti laikomas pabėgėliu. Pirmiausia jis klausia, kiek homoseksualinės orientacijos išraiška viešai arba privačiai saugoma pagal direktyvos 10 straipsnio 1 dalies d punktą. Antra, ar reikėtų tikėtis, jog pareiškėjas slėptų savo homoseksualinę orientaciją, kad išvengtų persekiojimo savo kilmės šalyje? Trečia, ar galima tikėtis, kad jis susilaikytų išreikšdamas savo seksualinę orientaciją, ir, jeigu taip, tai kiek? Ketvirta, tuomet kas turėtų būti suprantama kaip pagrindinė seksualinės orientacijos sritis? Galiausiai, ar pagal ES teisę apskritai arba konkrečiai pagal direktyvą draudžiama skirtingai reglamentuoti apsaugą, kuria turi teisę naudotis užsieniečiai, atsižvelgiant į tai, ar jų seksualinė orientacija yra homoseksualinė, ar heteroseksualinė?

53. Prieš pradėdant nagrinėti šiuos dalinius klausimus reikia nurodyti kelias pirmines pastabas.

54. Pirmiausia, nacionalinis teismas šiose bylose iš esmės prašo išaiškinti, kaip atlikti išsamų įvertinimą, kurio reikalaujama pagal direktyvos 9 ir 10 straipsnius. 10 straipsnio 1 dalies d punkte nustatyti specialūs apribojimai, į kuriuos atsižvelgiant nustatoma, kas laikoma socialine grupe, susidariusia dėl būdingos seksualinės orientacijos, nes jame aiškiai numatyta, kad „seksualinė orientacija nėra veiksmas,

37 — Žr. 9 straipsnio 3 dalį ir 10 straipsnio 2 dalį.

38 — Šiuos dalinius klausimus išdėlioju kitokia tvarka, kad juos suskirstyčiau pagal įvairias problemas, kurias kelia nacionalinis teismas.

kurie pagal valstybių narių įstatymus būtų laikomi nusikaltimu“. Todėl, pavyzdžiui, pareiškėjas, turintis tokią seksualinę orientaciją, dėl kurios prievarta žlotų savo seksualinių partnerių moterų lyties organus, kad jos taptų „vertos“ turėti lytinių santykių su juo, negalėtų naudotis apsauga pagal 10 straipsnio 1 dalies d punktą. 9 straipsnyje pateikta apibrėžtis (9 straipsnio 1 dalies a ir b punktai) ir nebaigtinis sąrašas (9 straipsnio 2 dalis) bei numatytas reikalavimas, kad persekiojimo priežastys ir veiksmai būtų susiję (9 straipsnio 3 dalis), tačiau jame nėra išsamiai nurodyta, kas gali būti laikoma persekiojimo veiksmis.

55. Antra, neaišku, kaip užduodami daliniai klausimai konkrečiai susiję su pagrindinėse bylose keliamais klausimais. Panašu, kad nacionalinis teismas prašo patarti, kaip apskritai galima taikyti direktyvą. Tai nepatenka į Teisingumo Teismo kompetenciją per prejudicinių sprendimų priėmimo procedūrą³⁹.

56. Trečia, kalbėdamas apie labiau praktinius aspektus nacionalinis teismas aiškina, kad, Nyderlandų valdžios institucijų manymu, homoseksualiniams veiksams turi būti taikoma tokia pati apsauga kaip ir heteroseksualiniams veiksams. Tačiau nemanau, kad pagrindinis vertinimo kriterijus turėtų būti pareiškėjo veiksmai. 9 ir 10 straipsniuose iš esmės nekalbama apie prašymą suteikti pabėgėlio statusą pateikusio asmens elgesį. Jie susiję su galimais persekiojimo veiksmais ir su jo priežastimis, t. y. su galimų persekiojimo dalyvių aktyvia veikla, o ne su galimos aukos kasdieniu elgesiu.

57. Ketvirta, savaime aišku, kad atliekant tokį vertinimą būtina atsižvelgti į visus apribojimus, kurie buvo taikomi pareiškėjui prieš jam išvykstant iš kilmės šalies. Tačiau taip pat svarbu išnagrinėti turimus įrodymus, kad būtų galima įvertinti, ar pareiškėjo atžvilgiu gali būti atliekami persekiojimo veiksmai, jeigu jis grįžtų. Taigi, reikia išsiaiškinti, ar pareiškėjas pagrįstai bijo, kad bus sunkiai pažeistos jo pagrindinės žmogaus teisės. Į tokį klausimą negalima atsakyti atsižvelgiant vien į veiksmus, kurie buvo atliekami prieš pareiškėjui išvykstant iš savo kilmės šalies.

58. Penkta, panašu, kad nacionalinio teismo klausimai grindžiami prielaida, jog pabėgėlio statuso prašytojai homoseksualai, kurie remiasi 10 straipsnio 1 dalies d punktu, gali (arba galbūt net privalo) savo atitinkamose šalyse elgtis taip, kad sumažintų persekiojimo veikslių dėl jų seksualinės orientacijos grėsmę. Tokią prielaidą atmesčiau, nes ji prieštarauja jų teisei į pagarbą jų seksualinei tapatybei.

59. Atsižvelgdama į šias aplinkybes išnagrinėsiu nacionalinio teismo užduotus dalinius klausimus.

60. Kalbant apie pirmąjį dalinį klausimą, ar pagal direktyvą yra skirtumas tarp pareiškėjo homoseksualinės orientacijos išreiškimo privačiai ir viešai?

61. Direktyvos tekste apie tokį skirtumą nekalbama. Todėl manau, kad nustatant, ar yra persekiojimo veiksmai, kaip jie suprantami pagal direktyvos 9 straipsnio 1 dalį, tokio pobūdžio skirtumas nesvarbus. Reikėtų atsakyti į klausimus, ar pareiškėjas dėl savo seksualinės orientacijos priklauso tam tikrai socialinei grupei, kaip ji suprantama pagal 10 straipsnio 1 dalies d punktą, ir ar yra sąsaja tarp tos „persekiojimo priežasties“ ir 9 straipsnio 1 dalyje numatyto persekiojimo veiksmo arba veiksmų, kaip reikalaujama pagal 9 straipsnio 3 dalį.

62. Toliau nacionalinis teismas klausia, ar reikėtų tikėtis, kad prieglobsčio statuso prašytojai slėptų arba susilaikytų išreikšdami savo seksualinę orientaciją savo kilmės šalyje. Iš nutarties dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą neaišku, ar šis klausimas susijęs su tuo, kaip kompetentingos nacionalinės valdžios institucijos nagrinėjo šiuos konkrečius prieglobsčio prašymus. Gali būti, kad nacionalinis

39 — 1981 m. gruodžio 16 d. Sprendimo *Foglia* (244/80, Rink. p. 3045) 18–20 punktai.

teismas nori išsiaiškinti, ar aplinkkraštyje, kuriame numatyta, jog į slėpimą atsižvelgti nebūtina, tik pakartotos direktyvos nuostatos, ar remdamasi juo valstybė narė taiko palankesnius standartus, kaip leidžiama pagal 3 straipsnį⁴⁰. Kadangi šie klausimai keliami abstrakčiai, Teisingumo Teismas neprivalo į juos atsakyti. Vis dėlto, siekdama nepalikti neišnagrinėtų klausimų, juos trumpai aptarsiu.

63. Nemanau, kad reikėtų tikėtis, jog pabėgėlio statuso pareiškėjas slėptų savo seksualinę orientaciją, kad išvengtų persekiojimo kilmės šalyje.

64. Toks požiūris nepatvirtinamas nei pagal direktyvos tekstą, nei pagal jos struktūrą. Iš tiesų toks direktyvos aiškinimas būtų nepagrįstas. Tai reikštų, kad jeigu pareiškėjas (auka) neslėptų savo seksualinės orientacijos, būtų laikoma, jog jis tam tikra prasme pats kaip persekiojimo dalyvis save pastatė į tokią padėtį, o tai nesuderinama su direktyvos 6 straipsnio formuluote. Iš tiesų reikalavimas pareiškėjams slėpti seksualinę orientaciją pats galėtų būti laikomas persekiojimo veiksmu.

65. Ar reikėtų tikėtis, kad pabėgėlio statuso prašytojai homoseksualai grįžtų namo ir susilaikytų savo kilmės valstybėje?

66. Aš taip nemanau.

67. Pirma, man neaišku, kaip tokia padėtis konceptualiai derėtų prie direktyvoje (arba net ir Ženevos konvencijoje) nustatytos sistemos. Direktyvoje numatyti trečiųjų šalių piliečių arba asmenų be pilietybės priskyrimo pabėgėliams būtinausi standartai (1 straipsnis). Siekdama įvertinti, ar tam tikras pareiškėjas atitinka šiuos būtinausius standartus, valstybė narė išnagrinėja faktus ir aplinkybes (4 straipsnis), kad nustatytų, ar pareiškėjas buvo arba gali būti persekiojamas arba prieš jį buvo arba gali būti imtasi smurto veiksmų (kaip apibrėžta 9 straipsnyje) dėl tam tikrų konkrečių persekiojimo priežasčių (kaip jos apibrėžtos 10 straipsnyje). Jeigu pareiškėjas pagrįstai bijo būti persekiojamas, jis turi teisę įgyti pabėgėlio statusą. Toje sistemoje nėra nuostatų, patvirtinančių teiginį, kad būtinybės suteikti pabėgėlio statusą būtų galima išvengti, jeigu tik pareiškėjas „nustotų provokuoti“ persekiojimo dalyvius būdamas savimi.

68. Antra, tiesa, kad asmuo, kuris pateikia prašymą suteikti prieglobstį remdamasis savo homoseksualine orientacija, negali tikėtis turėti teisę savo kilmės šalyje gyventi taip pat, kaip jis galėtų gyventi Nyderlanduose⁴¹. Atsižvelgiant į tai man atrodo, kad nustatymas, kiek turėtų būti reikalaujama „susilaikyti“: a) kad pareiškėjas galėtų būti saugus grįžęs namo; ir kad b) toks reikalavimas tebebūtų suderinamas su pagrindinės teisės, kurios nepripažinimas yra pagrindas suteikti pabėgėlio statusą, išsaugojimu, būtų procesas, kuris dėl savo pobūdžio būtų subjektyvus ir dėl to, užuot užtikrinus teisinį saugumą, galėtų atsirasti nepagrįstų padarinių. Pats nacionalinis teismas savo nutartyje dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą nurodo, kad ministras negali iš anksto nustatyti, kokios apimtys susilaikymo galima tikėtis. Manau, kad šis teiginys pats savaime rodo, jog praktiškai toks požiūris nebūtų įgyvendinamas.

69. Trečia, teigti, kad jeigu pareiškėjas grįžęs namo elgsis apdairiai, viskas bus gerai, reikštų nepaisyti realybės. Apdairumas nėra patikima apsauga nuo atskleidimo ir dėl to galimo šantažo arba persekiojimo.

70. Atsižvelgiant į tai nebūtina atsakyti į dalinį klausimą (kas yra seksualinės orientacijos „pagrindinė sritis“). Tačiau siekdama nepalikti neatsakytų klausimų, papildomai pateikiu toliau išdėstytas pastabas.

40 — Žr. šios išvados 13 punktą.

41 — Žr., pavyzdžiui, 33 išnašoje minėtą Sprendimą *F. prieš Jungtinę Karalystę*.

71. Manau, kad sąvoka „pagrindinė sritis“ perimta iš Sprendimo *Y ir Z*, kuriame Teisingumo Teismas nagrinėjo, ar nustatytais naudojimosi teise į religijos laisvę apribojimais buvo pažeistos pareiškėjų pagrindinės teisės. Nesu įsitikinusi, kad ši sąvoka gali būti vartojama, kalbant apie seksualinės orientacijos išreiškimą. Man atrodo, kad asmuo arba yra tam tikros seksualinės orientacijos, arba ne⁴². Nėra jokio „pagrindo“ arba „centro“, kurį reikėtų nagrinėti. Todėl man sunku pripažinti, kad įmanoma nustatyti seksualinės orientacijos išreiškimo pagrindinę sritį. Taip pat nemanau, kad Teisingumo Teismas turėtų eiti šiuo keliu.

72. Tačiau manau, kad, kalbant bendriau, Sprendime *Y ir Z* išdėstyti Teisingumo Teismo argumentai šiose bylose taikytini pagal analogiją⁴³. Direktyvos 9 ir 10 straipsnių tekste nenumatyta pagrindas, kuriuo remiantis būtų galima taikyti su „pagrindine sritimi“ susijusį požiūrį. 9 straipsnyje daroma nuoroda į neatimamas teises, numatyta EŽTK, ir jomis turėtų būti remiamasi kaip atskaitos tašku vertinant persekiojimo veiksmus. Niekur nenumatyta, kad turėtų būti skiriami skirtingi išraiškos būdai arba išraiškos atvejai, kurie nėra seksualiniai veiksmai arba meilės aktai. Iš esmės, jeigu būtų taikomas tokia prielaida grindžiamas požiūris, dėl jo galėtų atsirasti savivalė.

73. Paskutinis dalinis klausimas susijęs su tuo, ar pagal ES teisės aktus apskritai arba konkrečiai pagal direktyvą draudžiama skirti apsaugą, į kurią turi teisę užsieniečiai, atsižvelgiant į tai, ar jų seksualinė orientacija yra homoseksualinė, ar heteroseksualinė.

74. Kaip turėtų būti vertinami prašymai suteikti pabėgėlio statusą tais atvejais, kai tariami persekiojimo veiksmai vykdomi tiek homoseksualių, tiek heteroseksualių asmenų atžvilgiu?

75. Tarkime, kurioje nors trečiojoje šalyje dviejų asmenų meilės demonstravimas viešai (pavyzdžiui, laikymasis už rankų arba bučiniai) draudžiamas ir kad pagal įstatymus pripažintiems kaltais dėl tokio teisės pažeidimo asmenims gali būti taikomos sankcijos (atsižvelgiant į aplinkybes) nuo piniginės baudos iki nuplakimo. Teisės aktas, kuriame numatyta baudžiamoji atsakomybė ir bausmės už tokį elgesį, suformuluotas taip, kad jis vienodai taikomas ir heteroseksualams, ir homoseksualams. Sakykime, kad homoseksualinės orientacijos asmuo pabėga iš tos šalies ir atvyksta į ES valstybę narę prašyti prieglobsčio. Nebūtų akivaizdu, kad toks pareiškėjas būtų persekiojamas vien dėl savo seksualinės orientacijos. Tačiau jeigu jis sugebėtų įrodyti, kad toks teisės aktas praktiškai nuolat vykdomas arba pagal jį griežčiausios sankcijos skiriamos tik tais atvejais, kai bylos susijusios su homoseksualais (ir kad praktiškai heteroseksualai paprastai gali eiti gatve susikibę už rankų arba viešai bučiuotis nebaudžiami, arba kad jiems visada skiriamos tik labai nedidelės baudos), būtų didesnė tikimybė, kad jam pavyktų įrodyti, jog jis priklauso tam tikrai socialinei grupei, kaip ji suprantama pagal direktyvos 10 straipsnio 1 dalies d punktą. Tuomet reikėtų išsiaiškinti, ar homoseksualių asmenų patraukimas baudžiamajon atsakomybėn ir sankcijos, kurios jiems paprastai skiriamos pripažinus juos kaltais, yra persekiojimo veiksmai, kaip jie suprantami pagal direktyvos 9 straipsnio 1 dalį (mano nurodytu pavyzdiniu atveju ir mano vertinimu atsakymas būtų teigiamas).

76. Apibendrinama savo atsakymus į dalinius klausimus, kuriuos uždavė nacionalinis teismas, manau, jog į antrąjį prejudicinį klausimą reikėtų atsakyti taip, kad vertindamos, ar baudžiamosios atsakomybės nustatymas už homoseksualumo išreiškimą kaip seksualinės orientacijos išreiškimą yra persekiojimo veiksmas, kaip jis suprantamas pagal direktyvos 9 straipsnio 1 dalį, valstybės narės kompetentingos valdžios institucijos turi išsiaiškinti, ar pareiškėjo atžvilgiu gali būti atliekami veiksmai arba taikoma įvairių priemonių sancaupa, kurie yra pakankamai rimti savo pobūdžiu arba dažnumu, kad būtų laikomi sunkiu pagrindinių žmogaus teisių pažeidimu.

42 — Celibatas, kaip sąmoningas seksualinės orientacijos (fizinis) neišreiškimas, gali būti savanoriškai pasirenkamas dėl įvairių priežasčių, tačiau jis negali būti nustatytas nepaneigiant paties seksualinio individualumo egzistavimo.

43 — Žr. generalinio advokato Y. Bot išvados, pateiktos 16 išnašoje minėtoje byloje *Y ir Z*, 38–52 ir 62–68 punktu.

Išvada

77. Todėl manau, kad Teisingumo Teismas turėtų taip atsakyti į *Raad van State* pateiktus klausimus:

1. Homoseksualinės orientacijos pabėgėlio statuso prašytojai gali, atsižvelgiant į aplinkybes jų kilmės šalyje, sudaryti tam tikrą socialinę grupę, kaip ji suprantama pagal 2004 m. balandžio 29 d. Tarybos direktyvos 2004/83/EB dėl trečiųjų šalių piliečių ar asmenų be pilietybės priskyrimo pabėgėliams ar asmenims, kuriems reikalinga tarptautinė apsauga, jų statuso ir suteikiamos apsaugos pobūdžio būtinausių standartų 10 straipsnio 1 dalies d punktą. Nacionalinis teismas turi įvertinti, ar tokia grupė turi „individualų tapatumą“ kiekvieno pareiškėjo kilmės šalyje, „nes aplinkinės visuomenės suvokiama kaip skirtinga“, kaip numatyta tos nuostatos antroje įtraukoje.
2. Tai, kad numatyta baudžiamoji atsakomybė už homoseksualinius veiksmus, savaime nėra persekiojimo veiksmas pagal direktyvos 9 straipsnio 1 dalį. Kompetentingos nacionalinės valdžios institucijos, atsižvelgdamos į pareiškėjo kilmės šalyje susiklosčiusias aplinkybes, turi pirmiausia įvertinti:
 - baudžiamosios atsakomybės taikymo grėsmę ir dažnumą,
 - asmenį pripažinus kaltu paprastai taikomų sankcijų griežtumą ir
 - visas kitas priemones bei socialinius papročius, jeigu jie gali būti taikomi pareiškėjo atžvilgiu ir pareiškėjas to pagrįstai bijo,ar tam tikro pareiškėjo atžvilgiu gali būti atliekami veiksmai, kurie yra pakankamai rimti savo pobūdžiu arba dažnumu, kad sudarytų sunkų žmogaus teisių pažeidimą, arba taikoma įvairių priemonių sancaupa, įskaitant žmogaus teisių pažeidimus, kurie yra pakankamai sunkūs, kad panašiai veiktų pareiškėją.
3. Vertindamos, ar baudžiamosios atsakomybės nustatymas už homoseksualumo, kaip seksualinės orientacijos, išreiškimą yra persekiojimo veiksmas, kaip jis suprantamas pagal direktyvos 9 straipsnio 1 dalį, valstybės narės kompetentingos valdžios institucijos turi išsiaiškinti, ar pareiškėjo atžvilgiu gali būti atliekami veiksmai arba taikoma įvairių priemonių sancaupa, kurie yra pakankamai rimti savo pobūdžiu arba dažnumu, kad būtų laikomi sunkiu pagrindinių žmogaus teisių pažeidimu.