



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
E. SHARPSTON
van 11 juli 2013¹

Gevoegde zaken C-199/12 tot en met C-201/12

**X, Y en Z
tegen**

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

„Richtlijn 2004/83/EG — Voorwaarden voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als vluchteling — Begrip ‚vervolgning‘ — Seksuele gerichtheid”

1. De onderhavige prejudiciële verwijzingen van de Raad van State (Nederland) betreffen drie verzoeken van onderdanen van derde landen om erkenning als vluchteling. Ieder van hen stelt gegronde vrees te hebben voor vervolging wegens zijn seksuele gerichtheid.
2. De nationale rechter werpt drie vragen op in verband met de beoordeling van verzoeken om erkenning als vluchteling volgens de bepalingen van hoofdstuk III van richtlijn 2004/83/EG (hierna: „richtlijn”).² De eerste is of homoseksuele onderdanen van derde landen een specifieke sociale groep in de zin van artikel 10, lid 1, sub d, van de richtlijn vormen. De tweede vraag is hoe nationale autoriteiten moeten bepalen wat voor de toepassing van artikel 9 van de richtlijn een daad van vervolging wegens homoseksuele activiteiten vormt; en de derde vraag, of de strafbaarstelling van die activiteiten in het land van herkomst van de verzoeker, met de mogelijkheid van oplegging van gevangenisstraf bij veroordeling, vervolging oplevert in de zin van de richtlijn.

Toepasselijke bepalingen

Vluchtelingenverdrag

3. Volgens artikel 1 A, lid 2, eerste alinea van het Verdrag betreffende de status van vluchtelingen (hierna: „Vluchtelingenverdrag”)³ geldt als „vluchteling” elke persoon die „uit gegronde vrees voor vervolging wegens zijn ras, godsdienst, nationaliteit, het behoren tot een bepaalde sociale groep of zijn politieke overtuiging, zich bevindt buiten het land waarvan hij de nationaliteit bezit, en die de bescherming van dat land niet kan of, uit hoofde van bovenbedoelde vrees, niet wil inroepen, of die, indien hij geen nationaliteit bezit en verblijft buiten het land waar hij vroeger zijn gewone verblijfplaats had, daarheen niet kan of, uit hoofde van bovenbedoelde vrees, niet wil terugkeren”.

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Richtlijn van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming (PB L 304, blz. 12).

3 — Ondertekend te Genève op 28 juli 1951 [*United Nations Treaty Series*, Vol. 189, blz. 150, nr. 2545 (1954)], in werking getreden op 22 april 1954. Het Verdrag is aangevuld en gewijzigd bij het Protocol betreffende de status van vluchtelingen, vastgesteld te New York op 31 januari 1967 en in werking getreden op 4 oktober 1967. Ik duid beide tezamen aan als het „Vluchtelingenverdrag”.

Unierecht

Het Handvest van de grondrechten

4. Artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”)⁴ luidt: „Eenieder heeft recht op eerbiediging van zijn privéleven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn communicatie.” Artikel 21 van het Handvest verbiedt discriminatie op grond van onder meer seksuele gerichtheid. Volgens artikel 52, lid 3, van het Handvest moeten die rechten worden uitgelegd in overeenstemming met daarmee corresponderende rechten die zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”).⁵

De richtlijn

5. De richtlijn is één van de maatregelen waarmee een gemeenschappelijk Europees asielstelsel tot stand moet worden gebracht.⁶ Dat stelsel is gebaseerd op toepassing van het Vluchtelingenverdrag, dat de hoeksteen van het internationale rechtsstelsel ter bescherming van vluchtelingen vormt.⁷ De richtlijn stelt voor alle lidstaten minimumnormen en gemeenschappelijke criteria vast met betrekking tot de erkenning van vluchtelingen, de inhoud van de status van vluchteling⁸ en de identificatie van personen die werkelijk internationale bescherming behoeven⁹, ter verzekering van een rechtvaardige en doelmatige asielprocedure. Daarbij neemt de richtlijn de in het Handvest erkende rechten en vrijheden in acht.¹⁰ Volgens punt 21 van de considerans van de richtlijn is het „[m]et name [...] nodig tot een gemeenschappelijke opvatting te komen aangaande de vervolgingsgrond ,het behoren tot een bepaalde sociale groep”.

6. Artikel 2, sub c, van de richtlijn bepaalt dat onder „vluchteling” wordt verstaan „een onderdaan van een derde land die zich wegens een gegronde vrees voor vervolging om redenen van ras, godsdienst, nationaliteit, politieke overtuiging of het behoren tot een bepaalde sociale groep, buiten het land bevindt waarvan hij de nationaliteit bezit en de bescherming van dat land niet kan of, wegens deze vrees, niet wil inroepen, dan wel een staatloze die zich om dezelfde reden buiten het land bevindt waar hij vroeger gewoonlijk verbleef en daarheen niet kan, dan wel wegens genoemde vrees niet wil terugkeren, en op wie artikel 12 niet van toepassing is”.

7. De lidstaten kunnen ter bepaling van wie als vluchteling wordt erkend gunstiger normen vaststellen, mits die met de richtlijn verenigbaar zijn.¹¹ Artikel 4 bevat de regels voor de beoordeling van verzoeken om internationale bescherming.¹² Volgens artikel 4, lid 3, van de richtlijn vindt de beoordeling van een verzoek om internationale bescherming plaats op individuele basis. Artikel 6 geeft een indicatieve lijst van „actoren van vervolging”, die behalve de staat ook niet-overheidsactoren omvat.

4 — PB 2010, C 83, blz. 389.

5 — De artikelen 8 en 14 EVRM bevatten de respectieve corresponderende rechten. Artikel 8 beschermt het recht op eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven. Artikel 14 garandeert dat het genot van de rechten en vrijheden van het EVRM worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status.

6 — Zie de punten 1 en 2 van de considerans en artikel 1 van de richtlijn.

7 — Zie punt 3 van de considerans van de richtlijn. Zie ook punt 15, waarin wordt opgemerkt dat het Handboek van het Hoge Commissariaat van de Verenigde Naties voor Vluchtelingen (UNHCR) waardevolle aanwijzingen voor de lidstaten kan bieden bij het vaststellen van de vluchtelingenstatus overeenkomstig artikel 1 van het Vluchtelingenverdrag.

8 — Zie punt 4 van de considerans van de richtlijn.

9 — Zie de punten 6, 16 en 17 van de considerans van de richtlijn.

10 — Zie punt 10 van de considerans van de richtlijn.

11 — Zie artikel 3 van de richtlijn.

12 — Er zijn thans drie zaken (A, B en C, C-148/13–C-150/13) bij het Hof aanhangig met betrekking tot de uitlegging van artikel 4 van de richtlijn en de gemeenschappelijke criteria ter beoordeling van de geloofwaardigheid van het betoog van een asielzoeker inzake zijn seksuele gerichtheid.

8. Artikel 9, lid 1, van de richtlijn luidt:

„Daden van vervolging in de zin van artikel 1 A van het Vluchtelingenverdrag moeten:

- a) zo ernstig van aard zijn of zo vaak voorkomen dat zij een ernstige schending vormen van de grondrechten van de mens, met name de rechten ten aanzien waarvan geen afwijking mogelijk is uit hoofde van artikel 15, lid 2, [EVRM];
- b) een samenstel zijn van verschillende maatregelen, waaronder mensenrechtenschendingen, die voldoende ernstig zijn om iemand op een soortgelijke wijze te treffen als omschreven in punt a.”¹³

9. Artikel 9, lid 2, bepaalt:

„Daden van vervolging in de zin van lid 1 kunnen onder meer de vorm aannemen van:

[...]

- c) onevenredige of discriminerende vervolging of bestraffing;

[...]”

10. Volgens artikel 9, lid 3, moet er, overeenkomstig artikel 2, aanhef en sub c, een verband zijn tussen de in artikel 10 genoemde redenen en de daden die in het eerste lid als vervolging worden aangemerkt.

11. Artikel 10 heeft het opschrift „Gronden van vervolging”. Lid 1, sub d, ervan luidt:

„[E]en groep wordt geacht een specifieke sociale groep te vormen als met name:

- leden van de groep een aangeboren kenmerk vertonen of een gemeenschappelijke achtergrond hebben die niet gewijzigd kan worden, of een kenmerk of geloof delen dat voor de identiteit of de morele integriteit van de betrokkenen dermate fundamenteel is, dat van de betrokkenen niet mag worden geëist dat zij dit opgeven, en
- de groep in het betrokken land een eigen identiteit heeft, omdat zij in haar directe omgeving als afwijkend wordt beschouwd.

Afhankelijk van de omstandigheden in het land van herkomst kan een specifieke sociale groep een groep zijn die als gemeenschappelijk kenmerk seksuele gerichtheid heeft. Seksuele gerichtheid omvat geen handelingen die volgens het nationale recht van de lidstaten als strafbaar worden beschouwd. Genderaspecten kunnen in overweging worden genomen, maar zijn op zichzelf geen aanleiding voor de toepassing van dit artikel”.

13 — De rechten die volgens artikel 15, lid 2, EVRM onaantastbaar zijn, zijn het recht op leven (artikel 2), het verbod op foltering, slavernij en dwangarbeid (respectievelijk artikel 3 en artikel 4) en het recht om niet gestraft te worden zonder voorafgaande strafbepaling (artikel 7).

Nationaal recht

12. Volgens de Vreemdelingenwet 2000 (hierna: „Vw 2000”) kan de bevoegde minister (hierna: „minister”)¹⁴ de aanvraag tot verlening van een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd inwilligen, afwijzen dan wel niet in behandeling nemen. Een verblijfsvergunning asiel voor bepaalde tijd kan worden verleend aan een vreemdeling die vluchteling is in de zin van het Vluchtelingenverdrag.

13. De Vreemdelingencirculaire 2000 (hierna: „Vc 2000”) bevat de door de minister ter uitvoering van de Vw 2000 vastgestelde beleidsregels. Volgens de Vc 2000 is het staand beleid en staande jurisprudentie dat onder vervolging wegens het behoren tot een sociale groep als bedoeld in artikel 1 A van het Vluchtelingenverdrag, mede vervolging wegens seksuele gerichtheid wordt begrepen. Op deze grond berustende asielverzoeken worden beoordeeld met bijzondere aandacht voor de positie van de aanvrager in zijn land van herkomst. Indien homoseksualiteit of het uiting geven aan deze seksuele gerichtheid in het land van herkomst van een aanvrager strafbaar is, moet de voorziene straf wel van een zeker gewicht zijn. Een enkele boete zal in het algemeen onvoldoende zijn om te concluderen dat er sprake is van vluchtelingschap. Uit het feit dat homoseksualiteit of homoseksuele handelingen in het land van herkomst van de aanvrager strafbaar zijn gesteld, volgt niet dat de persoon automatisch als vluchteling moet worden erkend. De asielzoeker moet aannemelijk maken dat hij persoonlijk een gegronde vrees voor vervolging heeft. Van homoseksuele asielzoekers wordt niet verlangd dat zij hun seksuele gerichtheid bij terugkeer naar hun land van herkomst verbergen.

Feiten, procedure en prejudiciële vragen

14. De asielzoekers in elk hoofdgeding zijn geanonimiseerd en zij worden aangeduid als X, Y en Z. X is een onderdaan van Sierra Leone, Y van Uganda en Z van Senegal.

15. In Sierra Leone zijn homoseksuele handelingen strafbaar uit hoofde van Section 61 van de Offences against the Person Act uit 1861 en staat daarop gevangenisstraf van ten minste tien jaar tot levenslang. In Oeganda wordt krachtens Section 145 van de Penal Code Act 1950 degene die schuldig wordt bevonden aan het als „tegennatuurlijke vleeselijke gemeenschap” omschreven delict, gestraft met gevangenisstraf, maximaal levenslang. De Senegalese wetgever stelt homoseksuele handelingen strafbaar; krachtens artikel 319, lid 3, van de Code Pénal wordt het verrichten van bepaalde homoseksuele handelingen gestraft met gevangenisstraf van één tot vijf jaar en boete tussen 100 000 XOF¹⁵ en 1 500 000 XOF (ongeveer 150 EUR tot 2 000 EUR).

16. In alle drie de zaken heeft de minister de aanvankelijke aanvraag voor een verblijfsvergunning asiel uit hoofde van de Vw 2000 afgewezen. Elke verzoeker stelde vervolgens beroep in tegen het hem betreffende besluit. X en Z stelden beroep in bij de rechtbank en Y verzocht om een voorlopige voorziening. X en Y werden in het gelijk gesteld, maar het beroep van Z werd door de rechtbank ongegrond verklaard.

17. De minister heeft in de zaken betreffende X en Y hoger beroep ingesteld bij de Raad van State; Z deed hetzelfde.

18. In geen van de drie onderhavige zaken wordt de homoseksuele gerichtheid van de aanvrager bestreden.¹⁶

14 — Toen de onderhavige aanvragen werden ingediend, was dit de minister voor Immigratie en Asiel. Deze titel is inmiddels gewijzigd in „minister voor Immigratie, Integratie en Asiel”.

15 — West-Afrikaanse CFA-frank.

16 — De Hoge Commissaris van de Verenigde Naties voor Vluchtelingen („UNHCR”) heeft in zijn opmerkingen gesproken van zowel lesbiennes en homoseksuelen, als bi-, trans- en interseksuelen en daarbij de verzamelterm „LGBTI” (LHBTI) gebruikt om een ruime opvatting van „seksuele gerichtheid” tot uitdrukking te brengen. Aangezien het hier echter drie mannelijke homoseksuele asielzoekers betreft, blijf ik in deze conclusie die omschrijving hanteren.

19. De Raad van State heeft het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- „1) Vormen vreemdelingen met een homoseksuele gerichtheid een specifieke sociale groep als bedoeld in artikel 10, eerste lid en onder d, van [de richtlijn]?
- 2) Indien de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord: welke homoseksuele activiteiten vallen onder de reikwijdte van de richtlijn en kan ingeval van daden van vervolging ten aanzien van deze activiteiten en indien aan de overige vereisten is voldaan, dat leiden tot verlening van de vluchtelingenstatus? Deze vraag omvat mede de volgende subvragen:
- a) Kan van vreemdelingen met een homoseksuele gerichtheid worden verwacht dat zij hun gerichtheid in het land van herkomst voor eenieder geheimhouden teneinde vervolging te voorkomen?
- b) Indien de vorige vraag ontkennend moet worden beantwoord, kan en, zo ja, in welke mate, van vreemdelingen met een homoseksuele gerichtheid terughoudendheid worden verwacht bij het geven van invulling aan die gerichtheid in het land van herkomst teneinde vervolging te voorkomen? Kan van homoseksuelen daarbij een verdergaande terughoudendheid worden verwacht dan van heteroseksuelen?
- c) Indien in dit verband een onderscheid kan worden gemaakt tussen uitingen die het kerngebied van de gerichtheid betreffen en die waarbij dat niet het geval is, wat wordt verstaan onder het kerngebied van de gerichtheid en op welke wijze kan dit worden vastgesteld?
- 3) Is de enkele strafbaarstelling en bedreiging met gevangenisstraf van homoseksuele activiteiten, zoals vermeld in [de Offences against the Person Act 1861 van Sierra Leone, de Penal Code Act van Uganda en de Code Pénal van Senegal] een daad van vervolging, als bedoeld in artikel 9, lid 1, onder a, gelezen in samenhang met het tweede lid, aanhef en onder c, van de richtlijn? Zo nee, onder welke omstandigheden is hieraan wel voldaan?”

20. X, Y en Z, de UNHCR, de Duitse, de Griekse, de Franse, de Nederlandse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk alsmede de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend, en waren alle (behalve het Verenigd Koninkrijk) vertegenwoordigd ter terechtzitting van 11 april 2013.

Beoordeling

Opmerkingen vooraf

21. De vragen van de nationale rechter overlappen elkaar enigszins. Bij de uitlegging van de artikelen 9 en 10, lid 1, sub d, van de richtlijn dienen de volgende beginselen in gedachte te worden gehouden.

22. Ten eerste moet de richtlijn volgens vaste rechtspraak worden uitgelegd in het licht van de algehele systematiek en de doelstelling ervan, met inachtneming van het Vluchtelingenverdrag en de andere toepasselijke verdragen bedoeld in artikel 78, lid 1, VWEU, dat de rechtsgrondslag van de richtlijn vormt.¹⁷ Die uitlegging moet voorts de in het Handvest erkende rechten eerbiedigen, zoals uit punt 10 van de considerans van die richtlijn volgt.¹⁸

17 — Zie arrest van 5 september 2012, Y en Z (C-71/11 en C-99/11, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

18 — Arrest van 19 december 2012, Abed El Karem El Kott e.a. (C-364/11, punten 42 en 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23. Ten tweede vormt het Vluchtelingenverdrag de context van de richtlijn, die veelvuldig ernaar verwijst, en het geeft derhalve indicaties over de doelstelling en de algemene systematiek daarvan. Hoewel het Hof om uitlegging van de artikelen 9 en 10, lid 1, sub d, van de richtlijn wordt verzocht, zal het bij die uitlegging derhalve het Vluchtelingenverdrag in aanmerking moeten nemen.¹⁹

24. Ten derde spreekt noch het Vluchtelingenverdrag noch het EVRM met zoveel woorden van een recht om uiting te geven aan de seksuele gerichtheid. De rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna ook: „EHRM”) betreffende seksuele gerichtheid is tot stand gekomen in het kader van de beoordeling van inbreuken op artikel 8 EVRM (recht op eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven) en het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM.²⁰ De door de nationale rechter opgeworpen vragen dienen derhalve onderzocht te worden in het licht van de door het Europese Hof voor de rechten van de mens ontwikkelde beginselen.²¹

25. Ten vierde is de inhoud van het Vluchtelingenverdrag zomin als die van het EVRM voor eens en altijd gegeven. Het is een levend instrument dat naar hedendaagse opvattingen en in overeenstemming met internationaalrechtelijke ontwikkelingen moet worden geïnterpreteerd.²² Uit de rechtspraak van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens betreffende de verschillende behandeling van homoseksuele en heteroseksuele betrekkingen op het punt van de leeftijdsgrens waarbeneden ook vrijwillige handelingen strafbaar zijn, komt de ontwikkeling in de uitlegging van het EVRM naar voren. Zo achtte de Commissie het vóór 1997 in overeenstemming met het EVRM dat een hogere leeftijdsgrens gold voor homoseksuele betrekkingen.²³ In de uitspraak in de zaak Sutherland/Verenigd Koninkrijk herzag de Commissie haar standpunt en besliste dat een hogere leeftijdsgrens voor homoseksuele handelingen, in het licht van moderne ontwikkelingen, discriminerend was en inbreuk maakte op het recht van de verzoeker op eerbiediging van zijn privéleven.²⁴

26. Ten slotte gaat het in de vragen van de nationale rechter mijns inziens vooral om de gemeenschappelijke criteria aan de hand waarvan moet worden uitgemaakt welke van de personen die wegens hun homoseksualiteit om erkenning als vluchteling verzoeken op grond van de richtlijn, inderdaad internationale bescherming behoeven. De in de tweede vraag aangeroerde onderwerpen zijn meer van rechtspolitieke aard dan vragen van wetsuitlegging. Alvorens die vraag te behandelen, zal ik daarom eerst ingaan op de eerste en de derde vraag, die directer de uitlegging van de richtlijn betreffen.

Eerste vraag

27. Met zijn eerste vraag wenst de nationale rechter te vernemen of asielzoekers met een homoseksuele gerichtheid een specifieke sociale groep kunnen vormen voor de toepassing van artikel 10, lid 1, sub d, van de richtlijn.

19 — Zie punt 32 van mijn conclusie in de zaak *Abed El Karem El Kott e.a.*, arrest aangehaald in voetnoot 18.

20 — Arresten EHRM van 22 oktober 1981, *Dudgeon/Verenigd Koninkrijk*, series A, nr. 45, §§ 60-62 (met betrekking tot de eerbiediging van het privéleven), en 19 februari 2013, *X e.a./Oostenrijk [GK]*, nr. 19010/07, § 95 (met betrekking tot de eerbiediging van het familie- en gezinsleven).

21 — Sommige regelingen van regionale aard garanderen het recht om niet gediscrimineerd te worden, zoals het African Charter on Human and People's Rights. Maar evenmin als in het Vluchtelingenverdrag en het EVRM wordt het recht om uiting te geven aan de seksuele gerichtheid uitdrukkelijk gegarandeerd. Zie „Making Love a Crime – Criminalisation of Same-Sex Conduct in Sub-Saharan Africa”, een rapport van Amnesty International van 25 juni 2013; www.amnesty.org/en/library/into/AFRO1/001/2013/en.

22 — Arrest EHRM van 4 februari 2005, *Mamatkulov en Askarov/Turkije [GK]*, nrs. 46827/99 en 46951/99, § 121, ECHR 2005-I, betreffende het EVRM in het algemeen. Zie de punten 5-7 van de Guidelines on International Protection No. 9 van 23 oktober 2012 van de UNHCR, te vinden op www.unhcr.org/509136ca9.html (hierna: „UNHCR-richtlijnen”), betreffende het Vluchtelingenverdrag.

23 — Uitspraken ECRM van 30 september 1975, *X./Bondsrepubliek Duitsland*, nr. 5935/72, § 2, en 17 juli 1986, *Johnson/Verenigd Koninkrijk*, nr. 10389/83.

24 — Uitspraak ECRM van 1 juli 1997, nr. 25186/94, §§ 58-66.

28. Alle partijen die opmerkingen bij het Hof hebben ingediend (behalve het Verenigd Koninkrijk, dat niet op deze vraag inging), zijn het erover eens dat het antwoord op deze vraag bevestigend dient te zijn.

29. Ik ben dezelfde mening toegedaan.

30. In het hoofdgeding betreffende Z achtte de nationale rechter in eerste aanleg (de rechtbank) niet overtuigend bewezen dat personen met een homoseksuele gerichtheid in Senegal in het algemeen worden vervolgd of gediscrimineerd. De rechtbank was derhalve van oordeel dat verzoeker geen deel uitmaakt van een specifieke sociale groep in de zin van artikel 10, lid 1, sub d, van de richtlijn.²⁵

31. Artikel 10 omvat twee leden. Het eerste lid draagt de lidstaten op om bij de beoordeling van de *gronden voor vervolging* rekening te houden met bepaalde punten. In dit verband definieert artikel 10, lid 1, sub d, wat verstaan wordt onder „specifieke sociale groep”. Het tweede lid werkt vervolgens uit hoe moet worden beoordeeld of een bepaalde asielzoeker *gegronde vrees voor vervolging* heeft. De gevolgtrekking is dat een asielzoeker niet het bewijs hoeft te leveren dat hij in zijn land van herkomst het slachtoffer is van vervolging of discriminatie²⁶ (punten genoemd in artikel 10, lid 2) om aan te tonen dat hij tot een specifieke sociale groep behoort (ofwel dat hij onder artikel 10, lid 1, sub d, valt).

32. Kunnen mannelijke homoseksuelen „leden van een specifieke sociale groep” zijn in de zin van artikel 10, lid 1, sub d, van de richtlijn?

33. Anders dan het Vluchtelingenverdrag, dat slechts spreekt van „het behoren tot een bepaalde sociale groep”, gebruikt de richtlijn de uitdrukking „seksuele gerichtheid”, echter zonder deze te definiëren. De reden dat de Uniewetgever het behoren tot een sociale groep op grond van seksuele gerichtheid met zoveel woorden heeft opgenomen in artikel 10, lid 1, sub d, van de richtlijn kan zijn, dat ten tijde van de indiening van het Commissievoorstel de opvatting veld won dat mensen om die reden gedwongen kunnen zijn voor vervolging te vluchten en om internationale bescherming te verzoeken²⁷, al kwam een dergelijke grond in het Vluchtelingenverdrag niet expliciet voor.²⁸

34. De aanhef van artikel 10, lid 1, sub d, luidt: „een groep wordt geacht een specifieke sociale groep te vormen als met name”, welke woorden onmiddellijk worden gevolgd door twee streepjes (waarvan het eerste drie, door het woord „of” gescheiden varianten omvat). De twee streepjes worden verbonden door het woord „en”, wat aangeeft dat het om cumulatieve voorwaarden gaat waaraan voldaan moet worden. De tekst verklaart vervolgens echter (uitdrukkelijk) „[a]fhankelijk van de omstandigheden in het land van herkomst kan een specifieke sociale groep een groep zijn die als gemeenschappelijk kenmerk seksuele gerichtheid heeft”.

35. Kijkend naar deze tekst, en als ik deze afzet tegen de twee onmiddellijk eraan voorafgaande streepjes, lijkt mij dat de Uniewetgever op niet mis te verstane wijze heeft willen aangeven dat personen die seksuele gerichtheid als kenmerk delen, voor de toepassing van artikel 10, lid 1, sub d, inderdaad tot een specifieke sociale groep kunnen behoren. Zij voldoen aan het eerste streepje (naar mijn mening in ieder geval, omdat zij vallen onder de derde variant, dat zij „een kenmerk [...] delen

25 — De verwijzingsbeschikking van de Raad van State maakt melding van dat oordeel van de rechtbank. De verwijzende rechter geeft evenwel niet aan of hij dit oordeel deelt. Ik vat de verwijzingsbeschikking aldus op, dat de Raad van State naar het oordeel van de rechtbank verwijst in het kader van zijn motivering van de gevraagde uitlegging van artikel 10, lid 1, sub d, van de richtlijn. Ik heb het oordeel van de rechtbank in mijn bespreking derhalve mede in aanmerking genomen.

26 — De rechtbank werd wellicht misleid door het feit dat het tweede streepje van artikel 10, lid 1, sub d, doelt op een groep die in het betrokken land een eigen identiteit heeft omdat zij „in haar directe omgeving als afwijkend wordt beschouwd”. „Als afwijkend [worden] beschouwd” is op zichzelf echter een neutrale kwestie, vervolgd of gediscrimineerd worden is dit duidelijk niet.

27 — Zie COM(2001) 510 def., met name deel 3.

28 — De huidige UNHCR-richtlijnen verwijzen naar de Principles on the Application of International Human Rights Law in relation to Sexual Orientation en Gender Identity, in 2007 vastgesteld in Yogyakarta. In punt 4 van de considerans van de beginselen van Yogyakarta, verwijst „sexual orientation” (seksuele gerichtheid) naar „a person’s capacity for profound emotional, affection en sexual attraction to, and intimate sexual relations with, individuals of a different gender or the same gender or more than one gender”.

dat voor de identiteit [...] dermate fundamenteel is, dat van de betrokkenen niet mag worden geëist dat zij dit opgeven”). Afhankelijk van de omstandigheden in het land van herkomst kunnen zij ook voldoen aan het tweede streepje (dat „de groep in het betrokken land een eigen identiteit heeft, omdat zij in haar directe omgeving als afwijkend wordt beschouwd”). Of zij wel of niet voldoen aan deze voorwaarde hangt dus af van een beoordeling van de juridische, sociale en culturele zeden en gebruiken in het land van herkomst van de asielzoeker. Dit is als feitelijk oordeel voorbehouden aan de bevoegde nationale autoriteiten, behoudens toetsing door de nationale rechter.

36. Ik ben dan ook van oordeel dat het antwoord op de eerste vraag dient te luiden dat asielzoekers met een homoseksuele gerichtheid, afhankelijk van de omstandigheden in hun land van herkomst, een specifieke sociale groep in de zin van artikel 10, lid 1, sub d, van richtlijn 2004/83 kunnen vormen. Het is aan de nationale rechter om vast te stellen of een dergelijke groep in het land van herkomst van de betrokken verzoeker voor de toepassing van het tweede streepje van die bepaling een „eigen identiteit” heeft „omdat zij in haar directe omgeving als afwijkend wordt beschouwd”.

Derde vraag

37. Met zijn derde vraag wenst de nationale rechter te vernemen of de strafbaarstelling van homoseksuele handelingen en de mogelijkheid van oplegging van gevangenisstraf bij veroordeling, moeten worden aangemerkt als daad van vervolging volgens artikel 9 van de richtlijn.

38. In de nationale procedures zijn ten aanzien van alle drie de verzoekers een aantal feiten vastgesteld. Wat X betreft, is homoseksualiteit in Sierra Leone op zichzelf niet strafbaar, maar worden bepaalde homoseksuele handelingen wel met straf bedreigd. Wat betreft Y, is in Uganda homoseksualiteit als zodanig strafbaar.²⁹ Met betrekking tot Z schijnt homoseksualiteit als zodanig in Senegal niet strafbaar te zijn; wel staan er straffen op bepaalde homoseksuele handelingen.³⁰

39. Aangezien niet bestreden is dat de drie verzoekers homoseksueel zijn, maak ik in deze conclusie geen onderscheid tussen de situatie in Uganda (waar vaststaat dat homoseksualiteit op zichzelf strafbaar is) en Sierra Leone of Senegal (waar straffen zijn gesteld op bepaalde homoseksuele handelingen).³¹

40. X, Y en Z stellen dat artikel 9 van de richtlijn aldus dient te worden uitgelegd, dat de strafbaarstelling van homoseksuele activiteiten als zodanig een daad van vervolging is. De Commissie, de regeringen van de lidstaten die opmerkingen hebben ingediend, en de UNHCR wijzen in grote lijnen dit standpunt af.

41. Er heeft in de Europese Unie een verschuiving in de opvattingen plaatsgevonden, in de zin dat wetgeving waarbij homoseksuele handelingen in de privésfeer tussen toestemmende volwassenen strafbaar worden gesteld, thans in strijd met het EVRM wordt geacht.³² Het spreekt daarom vanzelf dat dergelijke maatregelen in alle lidstaten heden ten dage als inbreuk op de grondrechten zouden worden aangemerkt, of zij nu daadwerkelijk worden toegepast of niet. Het doel van de richtlijn is echter niet om bescherming te verlenen elke keer dat een persoon de door het Handvest of het

29 — De verwijzingsbeschikking van de Raad van State maakt melding van deze oordelen in eerste aanleg (van de rechtbank respectievelijk de voorzieningenrechter) in de zaken betreffende X en Y. De verwijzende rechter geeft echter niet aan of hij deze oordelen deelt. Ik vat de verwijzingsbeschikking aldus op, dat de Raad van State naar deze oordelen verwijst in het kader van zijn motivering van de gevraagde uitlegging van artikel 9, lid 1, van de richtlijn. Ik heb de bevindingen van de rechtbank derhalve mede betrokken in mijn beoordeling.

30 — Zie supra, punt 15.

31 — Naar ik heb begrepen, stellen de Nederlandse autoriteiten zich in de Vc 2000 op een overeenkomstig standpunt (zie supra, punt 13).

32 — Afgezien van het arrest Dudgeon (aangehaald in voetnoot 20) zijn de meest bekende arresten van het EHRM die van 26 oktober 1988, Norris/Ierland, series A, nr. 142, en 22 april 1993, Modinos/Cyprus, series A, nr. 259. De nationale wetgeving waarop het arrest Modinos betrekking had, werd tamelijk recent (in 1997) ingetrokken. Zie ook de genoemde rechtspraak van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens met betrekking tot discriminatie en de leeftijdsgrens voor homoseksuele en heteroseksuele handelingen (zie supra, punt 25 en voetnoten 23 en 24).

EVRM gewaarborgde rechten niet volledig en daadwerkelijk kan uitoefenen in zijn land van herkomst. Anders gezegd: het is niet de bedoeling deze normen te exporteren.³³ Het doel bestaat er integendeel in, de toekenning van de vluchtelingenstatus te beperken tot personen die gevaar lopen te worden blootgesteld aan een ernstige ontkenning of stelselmatige schending van hun meest fundamentele rechten en wier leven in hun land van herkomst ondraaglijk is geworden.

42. Vormen gebeurtenissen die binnen de Europese Unie een inbreuk op een fundamenteel recht zouden zijn, ook noodzakelijkerwijs daden van vervolging in de zin van artikel 9, lid 1, van de richtlijn?

43. Volgens artikel 9, lid 1, moeten „[d]aden van vervolging in de zin van artikel 1 A van het Vluchtelingenverdrag [...] a) zo ernstig van aard zijn of zo vaak voorkomen dat zij een ernstige schending vormen van de grondrechten van de mens [...] b) een samenstel zijn van verschillende maatregelen, waaronder mensenrechtenschendingen, die voldoende ernstig zijn om iemand op een soortgelijke wijze te treffen als omschreven in punt a”. Uit het gebruik van uitdrukkingen als „zo ernstig van aard”, „ernstige schending” en „samenstel [...] voldoende ernstig” volgt dat niet iedere schending van mensenrechten (hoe weerzinwekkend ook) voor de toepassing van artikel 9 als „daad van vervolging” kan worden aangemerkt. De indicatieve lijst van daden van vervolging in artikel 9, lid 2, verwijst juist expliciet naar de maatstaven van artikel 9, lid 1, voor zover het bepaalt dat „daden van vervolging *in de zin van lid 1*”³⁴ onder meer de vorm kunnen aannemen van de sub a tot en met f beschreven handelingen. Artikel 9, lid 3, maakt vervolgens duidelijk dat er een verband moet zijn tussen de gronden van vervolging (artikel 10) en de daden van vervolging zoals gedefinieerd in artikel 9, lid 1.

44. Er is in zoverre een conceptueel probleem dat, waar het Handvest een fundamentele vrijheid beschermt, *iedere* vervolging of bestraffing van de uitoefening ervan *binnen de Europese Unie* per definitie „onevenredig” zou zijn. De „onevenredige of discriminerende vervolging of bestraffing” in artikel 9, lid 2, sub c (het voorbeeld in de niet-uitputtende lijst van daden van vervolging dat voor de onderhavige zaken het meest relevant lijkt), vat ik derhalve op als „ernstige of discriminerende vervolging of bestraffing”.

45. Mijns inziens moeten de nationale autoriteiten, wanneer zij op deze basis beoordelen of handelingen die verbieden om uiting te geven aan seksuele gerichtheid, „daden van vervolging” zijn in de zin van artikel 9, lid 1, met name rekening houden met (i) bewijs inzake de toepassing van strafbepalingen in het land van herkomst van de verzoeker, bijvoorbeeld of de autoriteiten daadwerkelijk overgaan tot vervolging; (ii) de daadwerkelijke tenuitvoerlegging van straffen en de zwaarte daarvan in de praktijk, en (iii) algemene informatie over de zeden en gebruiken van de samenleving in het land van herkomst.³⁵

46. De maatstaf bij de beoordeling van een asielerzoek moet zijn, of een gebeurtenis of samenstel daarvan kan worden opgevat als aanwijzing dat deze verzoeker een gegronde vrees heeft dat zijn mensenrechten hem bij terugkeer naar zijn land van herkomst worden onthouden.³⁶

47. Straffen die resulteren in een langdurig verblijf in de gevangenis voor het uiting geven aan een homoseksuele gerichtheid kunnen als inbreuk op artikel 3 EVRM (het verbod op onmenselijke en vernederende behandeling of bestraffing) ernstig genoeg zijn om een ernstige schending van de grondrechten van de mens in de zin van artikel 9, lid 1, van de richtlijn te vormen.

33 — Arresten EHRM van 22 juni 2004, F./Verenigd Koninkrijk, nr. 17341/03, § 3, en 9 december 2004, I.I.N./Nederland, nr. 2035/04. Een dergelijke export zou zelfs gezien kunnen worden als een vorm van cultuur- of mensenrechtenimperialisme.

34 — Mijn cursivering.

35 — Wanneer openbare uitingen van seksuele intimiteit tussen heteroseksuele volwassenen bijvoorbeeld worden ontmoedigd en strafbaar zijn, zou de enkele toepassing van dezelfde regels op homoseksuele volwassenen geen daad van vervolging vormen. Dit zou echter anders liggen, wanneer de wet tegen heteroseksuelen nooit werd toegepast maar wel tegen homoseksuelen. Zie verder infra, punt 75.

36 — Zie arrest Y en Z, aangehaald in voetnoot 17, punten 53 en 54.

48. In dat licht bezien is het mijns inziens duidelijk (ook zonder nadere informatie over de op de onderhavige verzoekers toepasselijke delicten en de ter zake normaliter opgelegde specifieke straffen) dat de in Sierra Leone, Uganda en Senegal opgelegde straffen in het algemeen gesproken zouden kunnen worden aangemerkt als „onevenredige” bestraffing in de zin van artikel 9, lid 2, sub c, van de richtlijn. De straffen die de wetgeving van Senegal stelt op het verrichten van zekere homoseksuele handelingen zijn inderdaad minder draconisch dan die in Sierra Leone of Uganda. Alvorens echter te concluderen dat deze straffen daarom niet de drempel overschrijden van de definitie van daad van vervolging in artikel 9, lid 1, van de richtlijn, dient de nationale rechter ook rekening te houden met het risico van eenmalige of herhaaldelijke vervolging alsmede met de bij veroordeling opgelegde straf.

49. Algemeen gesteld is het dus aan de nationale autoriteiten, na te hebben uitgemaakt of een bepaalde asielzoeker op grond van zijn homoseksuele gerichtheid moet worden aangemerkt als lid van een specifieke sociale groep in de zin van artikel 10, lid 1, sub d, om te onderzoeken of de omstandigheden in diens land van herkomst zodanig zijn dat er sprake is van daden van vervolging in de zin van artikel 9, lid 1. Daartoe moeten zij beoordelen of voor personen die behoren tot die sociale groep of die geacht worden daartoe te behoren, repressieve maatregelen gelden³⁷, of die maatregelen ook ten uitvoer worden gelegd en hoe zwaar de opgelegde sancties zijn, en of de asielzoeker diengevolge een gegronde vrees heeft voor vervolging. Het oordeel van de nationale autoriteiten ter zake moet uiteraard kunnen worden getoetst door de nationale rechter, om de juiste toepassing van de criteria van de richtlijn te waarborgen.

50. Ik ben dan ook van mening dat het antwoord op de derde prejudiciële vraag dient te luiden dat de loutere strafbaarstelling van een activiteit niet noodzakelijkerwijs een daad van vervolging vormt in de zin van artikel 9, lid 1, van de richtlijn. De bevoegde nationale autoriteiten moeten integendeel uitmaken of, in het licht van de omstandigheden in het land van herkomst van de verzoeker, met name (i) het risico en de frequentie van vervolging, (ii) de zwaarte van de bij veroordeling normaliter opgelegde straf en (iii) andere maatregelen en sociale praktijken waaraan de asielzoeker in redelijkheid kan vrezen te worden blootgesteld, een bepaalde asielzoeker gevaar loopt het slachtoffer te worden hetzij van handelingen die zo ernstig van aard zijn of zo vaak voorkomen dat zij een ernstige schending vormen van de grondrechten, hetzij van een samenstel van zulke maatregelen, waaronder schendingen van mensenrechten, dat voldoende ernstig is om de verzoeker op een soortgelijke wijze te treffen.

Tweede vraag

51. Met de tweede vraag wenst de nationale rechter te vernemen of, wanneer een homoseksuele asielzoeker eenmaal geacht kan worden te behoren tot een specifieke sociale groep in de zin van artikel 10, lid 1, sub d, van de richtlijn, bepaalde homoseksuele activiteiten kunnen worden aangewezen die onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen en dienen te leiden tot erkenning als vluchteling.

52. De nationale rechter stelt vervolgens een aantal subvragen³⁸ betreffende gemeenschappelijke criteria om uit te maken wie als vluchteling is aan te merken. Hij vraagt in de eerste plaats in hoeverre artikel 10, lid 1, sub d, van de richtlijn bescherming toekent voor het in het openbaar of in de privésfeer invulling geven aan een homoseksuele gerichtheid. Ten tweede, of van een asielzoeker kan worden verwacht dat hij zijn seksuele gerichtheid geheimhoudt teneinde vervolging in zijn land van herkomst te voorkomen; ten derde, of terughoudendheid kan worden verwacht bij het geven van invulling aan zijn seksuele gerichtheid, en zo ja, in welke mate? Ten vierde vraagt hij wat in dat geval

37 — Zie de artikelen 9, lid 3, en 10, lid 2.

38 — Ik heb deze subvragen herschikt om de verschillende door de nationale rechter opgeworpen kwesties uit elkaar te halen.

verstaan moet worden onder het kerngebied van een seksuele gerichtheid, en ten slotte, of het Unierecht in het algemeen, en de richtlijn in het bijzonder, verbiedt dat bij de bescherming waartoe vreemdelingen gerechtigd zijn een onderscheid wordt gemaakt al naargelang hun homoseksuele dan wel heteroseksuele gerichtheid.

53. Alvorens op deze subvragen in te gaan, zijn een aantal kanttekeningen op hun plaats.

54. Ten eerste verzoekt de nationale rechter in wezen om informatie over de door de artikelen 9 en 10 van de richtlijn verlangde gedetailleerde beoordeling. Artikel 10, lid 1, sub d, begrenst uitdrukkelijk wat kan worden verstaan onder een sociale groep die als gemeenschappelijk kenmerk seksuele gerichtheid heeft, waar het duidelijk verklaart: „[s]eksuele gerichtheid omvat geen handelingen die volgens het nationale recht van de lidstaten als strafbaar worden beschouwd”. Zo zal een seksuele gerichtheid volgens welke de verzoeker bijvoorbeeld de genitaliën van zijn vrouwelijke seksuele partner zou verminken teneinde haar „waardig” te maken om seksuele betrekkingen met haar te hebben, niet in aanmerking komen voor bescherming uit hoofde van artikel 10, lid 1, sub d. Artikel 9 omvat een definitie (artikel 9, lid 1, sub a en b) gevolgd door een niet-uitputtende lijst (artikel 9, lid 2) en het vereiste dat er een verband is tussen de gronden en de daden van vervolging (artikel 9, lid 3), maar laat verder open waaruit een daad van vervolging kan bestaan.

55. Ten tweede is het onduidelijk wat precies het verband is tussen de gestelde subvragen en de in de nationale procedures gerezen kwesties. Eigenlijk lijkt de nationale rechter advies te vragen over de toepassing van de richtlijn in het algemeen. Dat gaat de bevoegdheid van het Hof in de prejudiciële verwijzingsprocedure evenwel te buiten.³⁹

56. Ten derde, als meer pragmatische opmerking, legt de nationale rechter uit dat de Nederlandse autoriteiten van oordeel zijn dat homoseksuele activiteiten dezelfde bescherming verdienen als heteroseksuele activiteiten. Ik ben echter van mening dat de beoordeling zich niet dient te richten op de activiteiten van de verzoeker. De artikelen 9 en 10 bekommeren zich in wezen niet om het gedrag van de asielzoeker, maar wel om mogelijke daden van vervolging en de gronden daarvan. Met andere woorden, het gaat meer om de actieve opstelling van mogelijke actoren van vervolging dan om het gebruikelijke gedrag van het eventuele slachtoffer.

57. Ten vierde moet bij de beoordeling uiteraard rekening worden gehouden met de beperkingen die op de verzoeker van toepassing waren vóór hij zijn land van herkomst verliet. Het is echter evenzeer van belang dat het beschikbare bewijs wordt onderzocht om de kans te beoordelen dat de verzoeker bij terugkeer met daden van vervolging geconfronteerd zal worden. De vraag is dus of de verzoeker een gegronde vrees heeft dat hij het slachtoffer zal worden van een ernstige schending van zijn mensenrechten. Een dergelijke vraag kan niet beantwoord worden door uitsluitend te kijken naar handelingen die hebben plaatsgevonden voordat de verzoeker zijn land van herkomst verliet.

58. Ten vijfde lijkt de nationale rechter uit te gaan van de veronderstelling dat homoseksuele asielzoekers die zich beroepen op artikel 10, lid 1, sub d, de keuze hebben (en wellicht zelfs de verantwoordelijkheid) om zich in hun respectieve landen van herkomst te gedragen op een wijze die het risico van daden van vervolging om reden van hun seksuele gerichtheid zou beperken. Mijns inziens zou zo een veronderstelling moeten worden verworpen, omdat die indruist tegen hun recht op eerbiediging van hun seksuele identiteit.

59. Ik zal de verschillende subvragen van de nationale rechter bespreken tegen deze achtergrond.

60. Wat de eerste subvraag betreft: maakt het voor de toepassing van de richtlijn verschil of een asielzoeker in het openbaar of in de privésfeer invulling geeft aan zijn homoseksuele gerichtheid?

39 — Arrest van 16 december 1981, Foglia (244/80, Jurispr. blz. 3045, punten 18-20).

61. De tekst van de richtlijn maakt geen onderscheid van dien aard. Het lijkt me dan ook niet relevant voor de beoordeling of er sprake is van een daad van vervolging in de zin van artikel 9, lid 1, van de richtlijn. Van belang is slechts of de verzoeker wegens zijn seksuele gerichtheid behoort tot een sociale groep in de zin van artikel 10, lid 1, sub d, en of het door artikel 9, lid 3, vereiste verband aanwezig is tussen die „reden van vervolging” en een daad of daden van vervolging in de zin van artikel 9, lid 1.

62. De nationale rechter vraagt vervolgens of van asielzoekers mag worden verwacht dat zij in hun land van herkomst geheimhouding of terughoudendheid betrachten bij de invulling van hun seksuele gerichtheid. Uit de verwijzingsbeschikking wordt niet duidelijk of deze vraag verband houdt met de wijze waarop de bevoegde nationale autoriteiten de onderhavige asielverzoeken hebben behandeld. Wellicht wenst de nationale rechter te vernemen of de passage in de Vc 2000 volgens welke geheimhouding geen criterium is, louter een afspiegeling vormt van de normen van de richtlijn dan wel een toepassing van gunstiger normen door een lidstaat zoals toegestaan door artikel 3.⁴⁰ Voor zover deze vragen een abstract karakter hebben, kan het Hof hierop geen antwoord geven. Ik zal er voor de goede orde niettemin kort op ingaan.

63. Ik ben niet van mening dat van een asielzoeker verwacht kan worden dat hij in zijn land van herkomst zijn seksuele gerichtheid geheimhoudt om vervolging te voorkomen.

64. Noch de bewoordingen noch de systematiek van de richtlijn staven een dergelijk standpunt. Een dergelijke uitlegging van de richtlijn zou ook ongerijmd zijn. Het zou betekenen dat wanneer de asielzoeker (het slachtoffer) zou falen in het verbergen van zijn seksuele gerichtheid, hij in zekere zin werd geacht zelf als actor van vervolging aan zijn beproeving te hebben bijgedragen. Dit is onverenigbaar met de opzet van artikel 6 van de richtlijn. In feite zou een vereiste dat verzoekers hun seksuele gerichtheid geheimhouden, reeds kunnen worden opgevat als daad van vervolging.

65. Kan van homoseksuele asielzoekers worden verwacht dat zij naar huis terugkeren en in hun land van herkomst terughoudendheid betrachten?

66. Ik meen van niet.

67. Ten eerste is mij niet duidelijk hoe een dergelijke voorwaarde conceptueel kan worden ingepast in de systematiek van de richtlijn (of ook in die van het Vluchtelingenverdrag). De richtlijn bevat minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als vluchtelingen (artikel 1). Bij de beoordeling of een bepaalde verzoeker aan die minimumnormen voldoet, onderzoekt de lidstaat de feiten en omstandigheden (artikel 4) om vast te stellen of de aanvrager daden van vervolging of ernstige schade (zoals gedefinieerd in artikel 9) heeft ondergaan of zou kunnen ondergaan uit hoofde van bepaalde specifieke gronden van vervolging (zoals gedefinieerd in artikel 10). Wanneer een asielzoeker een gegronde vrees heeft voor zulke vervolging, heeft hij het recht te worden erkend als vluchteling. Deze regeling biedt nergens steun voor de stelling dat de noodzaak van die erkenning vermeden kon worden als de verzoeker de actoren van vervolging „maar niet zou provoceren” door zichzelf te zijn.

68. Ten tweede kan een persoon die op grond van zijn homoseksuele gerichtheid om asiel verzoekt, uiteraard niet verwachten dat hij in zijn land van herkomst hetzelfde leven kan leiden als hij in Nederland zou kunnen.⁴¹ Toch lijkt me dat de bepaling, welke mate van „terughoudendheid” a) nodig zou zijn om de veiligheid van de verzoeker in zijn eigen land te garanderen, maar b) nog voldoende overlaat van het fundamentele recht waarvan de ontkenning grond oplevert voor asielverlening, per

40 — Zie supra, punt 13.

41 — Zie bijvoorbeeld arrest F./Verenigd Koninkrijk, aangehaald in voetnoot 33.

definitie subjectief zal zijn en eerder willekeur in de hand werkt dan rechtszekerheid. De nationale rechter vermeldt zelf in de verwijzingsbeschikking dat de minister niet op voorhand kan aangeven hoeveel terughoudendheid verlangd kan worden. Dit geeft reeds aan dat een dergelijke benadering in de praktijk niet werkbaar zou zijn.

69. Ten derde is het een miskenning van de realiteit te menen dat alles goed komt als de verzoeker zich na terugkeer discreet gedraagt. Discretie biedt geen waterdichte bescherming tegen ontdekking en de afpersing of vervolging die daarvan het gevolg kunnen zijn.

70. In dit licht is het niet nodig de subvraag (naar wat het „kernegebied” van een seksuele gerichtheid vormt) te beantwoorden. Voor de goede orde teken ik evenwel nog het volgende aan.

71. Als ik het goed zie, is de uitdrukking „kernegebied” ontleend aan het arrest Y en Z, waarin het Hof moest beslissen of beperkingen gesteld aan de uitoefening van de godsdienstvrijheid een inbreuk vormden op de grondrechten van de verzoekers in kwestie. Ik ben er niet van overtuigd dat deze uitdrukking zich leent voor toepassing op het geval van invulling geven aan een seksuele gerichtheid. Een bepaalde seksuele gerichtheid heeft men of men heeft haar niet.⁴² Er is geen als zodanig aan te merken „kern” of „centrum”. Ik kan mij moeilijk voorstellen dat het kernegebied van het invulling geven aan een seksuele gerichtheid kan worden aangewezen, en ik geloof ook niet dat het Hof deze weg moet opgaan.

72. De algemene redenering van het Hof in dat arrest is mijns inziens hier echter wel naar analogie toepasbaar.⁴³ De formulering van de artikelen 9 en 10 van de richtlijn biedt geen ruimte voor een benadering aan de hand van een „kernegebied”. Artikel 9 verwijst naar een aantal rechten in het EVRM waarvan niet kan worden afgeweken, en dat dient het referentiepunt te zijn bij de beoordeling van daden van vervolging. Niets wijst erop dat een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen verschillende wijzen van invulling of zelfs uitingen die geen seksuele handelingen of uitdrukkingen van genegenheid zijn. Een benadering die wel daarop berust, mondt per definitie uit in willekeur.

73. De laatste subvraag is of het Unierecht in het algemeen en in het bijzonder de richtlijn verbiedt dat bij de bescherming waarop vreemdelingen aanspraak hebben verschil wordt gemaakt al naargelang zij een homoseksuele of heteroseksuele gerichtheid hebben.

74. Hoe moeten asielverzoeken beoordeeld worden wanneer de beweerde daden van vervolging zowel homoseksuelen als heteroseksuelen betreffen?

75. Gesteld dat in een bepaald derde land ieder openlijk blijk van affectie tussen twee personen (zoals handen vasthouden of kussen) is verboden en dat de wet voorziet in oplegging van een straf die (afhankelijk van de omstandigheden) kan variëren van een geldboete tot zweepslagen. De wettelijke bepaling die dit gedrag strafbaar stelt, is zo geformuleerd dat zij van toepassing is zowel op heteroseksuelen als homoseksuelen. Wanneer nu een persoon met een homoseksuele gerichtheid dat land ontvlucht naar een Unielidstaat waar hij om asiel verzoekt, dan is niet meteen duidelijk dat deze asielzoeker blootstaat aan vervolging louter op grond van zijn seksuele gerichtheid. Indien hij echter kan bewijzen dat de wetgeving in de praktijk slechts met regelmaat werd toegepast op homoseksuelen of dat de zwaarste straffen alleen aan hen werden opgelegd (en dat heteroseksuelen in de praktijk over het algemeen ongestraft hand in hand over straat konden lopen, elkaar in het openbaar konden kussen, of altijd met slechts lichte boetes werden bestraft), is de kans groter dat hij kan aantonen te behoren

42 — Men kan om allerlei redenen een keuze maken voor het celibaat, als een bewuste niet-invulling (fysiek) van een seksuele gerichtheid, maar de oplegging ervan staat gelijk met de ontkenning van de aanwezigheid van een seksuele persoonlijkheid.

43 — Zie de punten 38-52 en 62-68 van de conclusie van advocaat-generaal Bot in de zaak Yen Z, arrest aangehaald in voetnoot 17.

tot een specifieke sociale groep in de zin van artikel 10, lid 1, sub d, van de richtlijn. Vervolgens zou onderzocht moeten worden of de vervolgingen en de straffen waartoe een homoseksueel doorgaans werd veroordeeld een daad van vervolging in de zin van artikel 9, lid 1, van de richtlijn vormden (in mijn voorbeeld zou het antwoord mijns inziens bevestigend zijn).

76. De draden van mijn betoog ter beantwoording van de verschillende subvragen oppakkend, ben ik van oordeel dat de tweede prejudiciële vraag aldus moet worden beantwoord dat, bij de beoordeling of de strafbaarstelling van uitingen van homoseksualiteit als uitdrukking van een seksuele gerichtheid een daad van vervolging is in de zin van artikel 9, lid 1, van de richtlijn, de bevoegde autoriteiten van een lidstaat moeten onderzoeken of de verzoeker gevaar loopt te worden blootgesteld aan handelingen, of een samenstel van verschillende maatregelen, die zo ernstig van aard zijn of zo vaak voorkomen dat zij een ernstige schending van grondrechten vormen.

Conclusie

77. Ik ben derhalve van mening dat het Hof de door de Raad van State gestelde vragen als volgt dient te beantwoorden:

- „1) Asielzoekers met een homoseksuele gerichtheid kunnen, afhankelijk van de omstandigheden in hun land van herkomst, een specifieke sociale groep vormen in de zin van artikel 10, lid 1, sub d, van richtlijn 2004/83/EG van de Raad van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming. Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of een dergelijke groep in het land van herkomst van de betrokken verzoeker een „eigen identiteit” heeft „omdat zij in haar directe omgeving als afwijkend wordt beschouwd”, in de zin van het tweede streepje van die bepaling.
- 2) De strafbaarstelling van homoseksuele handelingen vormt als zodanig niet noodzakelijkerwijs een daad van vervolging volgens artikel 9, lid 1, van de richtlijn. Het is aan de bevoegde nationale autoriteiten te onderzoeken of, in het licht van de omstandigheden in het land van herkomst van de asielzoeker, waaronder met name:
 - het risico en de frequentie van vervolging;
 - de zwaarte van de bij veroordeling normaliter opgelegde straf, en
 - andere maatregelen en sociale praktijken waaraan de verzoeker in redelijkheid kan vrezen te worden blootgesteld,een bepaalde asielzoeker gevaar loopt het slachtoffer te worden hetzij van daden die zo ernstig van aard zijn of zo vaak voorkomen dat zij een ernstige schending vormen van de grondrechten, hetzij van een samenstel van verschillende maatregelen, waaronder mensenrechtenschendingen, dat voldoende ernstig is om de verzoeker op een soortgelijke wijze te treffen.
- 3) Bij de beoordeling of de strafbaarstelling van uitingen van homoseksualiteit als uitdrukking van seksuele gerichtheid een daad van vervolging is in de zin van artikel 9, lid 1, van de richtlijn, moeten de bevoegde autoriteiten van een lidstaat onderzoeken of de verzoeker gevaar loopt te worden blootgesteld aan handelingen, of een samenstel van verschillende maatregelen, die zo ernstig van aard zijn of zo vaak voorkomen dat zij een ernstige schending van grondrechten vormen.”