



## Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO  
ELEANOR SHARPSTON  
przedstawiona w dniu 11 lipca 2013 r.<sup>1</sup>

**Sprawy połączone od C-199/12 do C-201/12**

**X, Y i Z  
przeciwko  
Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel**

[wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożone przez Raad van State (Niderlandy)]

Dyrektywa 2004/83/WE — Warunki, jakie spełnić muszą cudzoziemcy lub bezpaństwowcy ubiegający się o status uchodźcy — Znaczenie prześladowania — Orientacja seksualna

1. Niniejsze wnioski o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym przedłożone przez Raad van State (Niderlandy) dotyczą trzech skarżących, którzy są obywatelami państw trzecich ubiegającymi się o status uchodźcy. Każdy z nich twierdzi, że posiada uzasadnione obawy bycia prześladowanym ze względu na swoją orientację seksualną.

2. Sąd krajowy podnosi trzy pytania dotyczące oceny wniosków o status uchodźcy zgodnie z przepisami rozdziału III dyrektywy Rady 2004/83/WE (zwanej dalej „dyrektywą”)<sup>2</sup>. Po pierwsze, czy obywatele państw trzecich, którzy są homoseksualistami, tworzą szczególną grupę społeczną w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy? Po drugie, w jaki sposób władze państwowe powinny dokonywać oceny, co stanowi akt prześladowania odnośnie do czynności homoseksualnych do celów art. 9 dyrektywy? Po trzecie, czy penalizacja tych czynności w kraju pochodzenia wnioskodawcy z możliwością pozbawienia wolności w razie skazania oznacza prześladowanie w rozumieniu dyrektywy?

### Ramy prawne

#### *Konwencja dotycząca statusu uchodźców*

3. Artykuł 1(A) pkt 2 akapit pierwszy Konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźców (zwanej dalej „konwencją genewską”)<sup>3</sup> stanowi, że termin „uchodźca” oznacza każdą osobę, która „na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych przebywa poza granicami

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osób, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony (Dz.U. L 304, s. 12).

3 — Podpisana w Genewie w dniu 28 lipca 1951 r. [*Recueil des traités des Nations unies*, tom 189, s. 150, nr 2545 (1954)], która weszła w życie w dniu 22 kwietnia 1954 r. Została uzupełniona i zmieniona Protokołem dotyczącym statusu uchodźców zawartym w Nowym Jorku w dniu 31 stycznia 1967 r., który wszedł w życie w dniu 4 października 1967 r. Te dwa akty łącznie nazywać będą „konwencją genewską”.

państwa, którego jest obywatelem, i nie może lub nie chce z powodu tych obaw korzystać z ochrony tego państwa, albo która nie ma żadnego obywatelstwa i znajdując się na skutek podobnych zdarzeń poza państwem swojego dawnego stałego zamieszkania, nie może lub nie chce z powodu tych obaw powrócić do tego państwa”.

### *Prawo Unii Europejskiej*

#### Karta praw podstawowych

4. Artykuł 7 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą”)<sup>4</sup> stanowi: „Każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się”. Artykuł 21 karty zakazuje dyskryminacji między innymi ze względu na orientację seksualną. Artykuł 52 ust. 3 karty stanowi, że prawa te należy interpretować zgodnie z odpowiadającymi im prawami zagwarantowanymi w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (zwanej dalej „EKPC”)<sup>5</sup>.

#### Dyrektywa

5. Dyrektywa jest jednym z kilku środków mających na celu utworzenie Wspólnego Europejskiego Systemu Azylowego<sup>6</sup>. System ten opiera się na pełnym stosowaniu konwencji genewskiej, która zawiera fundament międzynarodowego reżimu prawnego dla ochrony uchodźców<sup>7</sup>. Dyrektywa ma na celu ustanowienie minimalnych norm oraz kryteriów wspólnych dla wszystkich państw członkowskich w zakresie uznawania uchodźców i istoty statusu uchodźcy<sup>8</sup> w celu określenia osób rzeczywiście potrzebujących międzynarodowej ochrony<sup>9</sup> oraz sprawiedliwego i efektywnego postępowania azylowego. W ten sposób dyrektywa przestrzega praw, wolności i zasad uznanych kartą<sup>10</sup>. Motyw 21 dyrektywy stanowi: „Równie konieczne jest wprowadzenie wspólnego pojęcia podłoża prześladowania »członka szczególnej grupy społecznej«”.

6. Artykuł 2 lit. c) dyrektywy 2004/83 stanowi, że „»uchodźca« oznacza obywatela państwa trzeciego, który posiadając uzasadnioną obawę bycia prześladowanym z powodów rasowych, religijnych, narodowościowych, przekonań politycznych lub członkostwa w określonej grupie społecznej, znajduje się poza państwem, którego jest obywatelem, i jest niezdolny do wykorzystania bądź, ze względu na taką obawę, nie chce wykorzystać ochrony takiego państwa, lub bezpaństwowca, który, będąc poza państwem poprzedniego miejsca stałego pobytu, z takich samych powodów jak wskazano powyżej, jest niezdolny do powrotu lub – posiadając taką obawę – nie chce wrócić do niego, i do którego art. 12 nie ma zastosowania”.

4 — Dz.U. C 83, s. 389.

5 — Prawa stanowiące odpowiedniki zawarto odpowiednio w art. 8 EKPC i 14 EKPC. Artykuł 8 chroni prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego osoby. Artykuł 14 stanowi, że prawa i wolności ustanowione w EKPC powinny być chronione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn.

6 — Zobacz motywy 1 i 2 oraz art. 1 dyrektywy.

7 — Zobacz motyw 3 dyrektywy. Zobacz też motyw 15 dyrektywy, który stanowi, że konsultacje z Wysokim Komisarzem Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców mogą stanowić cenne wskazówki dla państw członkowskich podczas określania statusu uchodźcy zgodnie z art. 1 konwencji genewskiej.

8 — Zobacz motyw 4 dyrektywy.

9 — Zobacz motywy 6, 16 i 17 dyrektywy.

10 — Zobacz motyw 10 dyrektywy.

7. Państwa członkowskie mogą wprowadzić lub utrzymywać bardziej korzystne normy dla określania, kto kwalifikuje się jako uchodźca, w zakresie w jakim normy te są zgodne z dyrektywą<sup>11</sup>. Artykuł 4 dyrektywy określa zasady oceny wniosków o udzielenie międzynarodowej ochrony<sup>12</sup>. Artykuł 4 ust. 3 dyrektywy stanowi, że ocena wniosku o udzielenie międzynarodowej ochrony powinna być przeprowadzana indywidualnie. Przykładowy wykaz „podmiotów dopuszczających się prześladowań” obejmujący państwo i podmioty niebędące państwami zawarty jest w art. 6 dyrektywy.

8. Artykuł 9 ust. 1 dyrektywy stanowi:

„Akty prześladowania w rozumieniu art. 1A konwencji genewskiej muszą:

- a) być wystarczająco poważne ze względu na swoją istotę lub powtarzalność, żeby stwarzały poważne naruszenie praw człowieka, w szczególności praw, których nie można naruszać, zgodnie z artykułem 15 ust. 2 [EKPC]; lub
- b) być kumulacją różnych działań, w tym takich naruszeń praw człowieka, które są wystarczająco poważne ze względu na oddziaływanie na jednostkę w podobny sposób, jak zostało to określone w lit. a)<sup>13</sup>.

9. Artykuł 9 ust. 2 stanowi:

„Akty prześladowania określone w ust. 1 mogą między innymi przybierać formę:

[...]

- c) oskarżeń lub kar, które mają charakter nieproporcjonalny lub dyskryminujący;

[...]”.

10. Artykuł 9 ust. 3 dyrektywy stanowi: „Zgodnie z art. 2 lit. c) musi istnieć związek pomiędzy powodami określonymi w art. 10 i aktami prześladowania określonymi w ust. 1”.

11. Artykuł 10 dyrektywy zatytułowany jest „Powody prześladowania”. Artykuł 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy stanowi:

„[G]rupa jest identyfikowana jako szczególna grupa społeczna, jeśli w szczególności:

- członkowie takiej grupy mają wspólne cechy wrodzone lub wspólne pochodzenie, których nie można zmienić, albo mają wspólne cechy lub wierzenia tak ważne dla tożsamości lub świadomości, że nie można zmuszać danej osoby do odstąpienia od nich, i
- posiada odrębną tożsamość w odpowiednim państwie, to znaczy jest postrzegana jako odrębna od otaczającego społeczeństwa,

11 — Zobacz art. 3 dyrektywy.

12 — Obecnie przed Trybunałem toczą się trzy sprawy – sprawy połączone od C-148/13 do C-150/13 A, B i C – dotyczące wykładni art. 4 dyrektywy oraz wspólnych kryteriów oceny wiarygodności orientacji seksualnej deklarowanej przez wnioskodawcę.

13 — Prawa niezbywalne na podstawie art. 15 ust. 2 EKPC obejmują: prawo do życia (art. 2), zakaz tortur, niewolnictwa i pracy przymusowej (odpowiednio art. 3 i 4) oraz zakaz karania bez podstawy prawnej (art. 7).

w zależności od warunków istniejących w państwie pochodzenia, określona grupa społeczna może stanowić grupę opartą na wspólnych cechach związanych z orientacją seksualną. Orientacja seksualna nie może być rozumiana jako obejmująca działania uznawane za przestępcze zgodnie z prawem krajowym państw członkowskich: aspekty związane z płcią mogą być brane pod uwagę, nie tworząc same w sobie domniemania o stosowalności niniejszego artykułu;

[...]”.

### *Prawo krajowe*

12. Vreemdelingenwet 2000 (ustawa o cudzoziemcach z 2000 r., zwana dalej „Vw 2000”) upoważnia właściwego ministra (zwanego dalej „ministrem”) <sup>14</sup> do uwzględnienia, oddalenia lub pozostawienia bez rozpoznania wniosku o przyznanie zezwolenia na pobyt czasowy (status uchodźcy). Zezwolenie na pobyt czasowy może zostać wydane względem cudzoziemca będącego uchodźcą w rozumieniu konwencji genewskiej.

13. Vreemdelingencirculaire 2000 (okólnik w sprawie cudzoziemców z 2000 r., zwany dalej „Vc 2000”) zawiera określone przez ministra przepisy administracyjne w celu wykonania Vw 2000. Okólnik stanowi, że zgodnie z obowiązującą polityką oraz orzecznictwem pod pojęciem prześladowania z powodu przynależności do grupy społecznej w rozumieniu art. 1A konwencji genewskiej należy także rozumieć prześladowania z powodu orientacji seksualnej. Wnioski o status uchodźcy oparte na takiej podstawie oceniane są ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji wnioskodawcy w jego państwie pochodzenia. W przypadku gdy bycie homoseksualistą lub uzewnętrznianie orientacji seksualnej podlega sankcjom karnym w kraju pochodzenia wnioskodawcy, stosowana kara musi charakteryzować się pewnym ciężarem. Sama kara grzywny z reguły nie wystarcza, aby wniosek, że należy automatycznie przyznać status uchodźcy, był uprawniony. Sama okoliczność karania homoseksualizmu lub zachowań homoseksualnych w państwie pochodzenia wnioskodawcy nie prowadzi do automatycznego uznania go za uchodźcę. Wnioskodawca musi uwiarygodnić, że posiada przekonującą podstawę do uzasadnionych obaw przed prześladowaniem. Od wnioskujących osób homoseksualnych nie wymaga się ukrywania ich skłonności seksualnych w razie powrotu do państwa pochodzenia.

### **Okoliczności faktyczne, przebieg postępowania i pytania prejudycjalne**

14. Skarżący w postępowaniu głównym są anonimowi i określani jako X, Y i Z. X jest obywatelem Sierra Leone, Y pochodzi z Ugandy, natomiast Z – z Senegalu.

15. W Sierra Leone czyny homoseksualne stanowią przestępstwa na podstawie art. 61 Offences against the Person Act (ustawy o czynach karnych przeciwko osobie) z 1861 r. i podlegają karze pozbawienia wolności od lat 10 do dożywotniego pozbawienia wolności. W Ugandzie na podstawie art. 145 kodeksu karnego z 1950 r. osoba uznana za winną czynu karnego określonego jako „akt płciowy sprzeczny z porządkiem natury” podlega karze pozbawienia wolności. Maksymalny wymiar kary to dożywotnie pozbawienie wolności. Władze Senegalu penalizują czyny homoseksualne. Zgodnie z art. 319 ust. 3 Code Pénale (kodeksu karnego) osoba skazana za popełnienie niektórych czynów homoseksualnych podlega skazaniu na karę pozbawienia wolności od jednego roku do lat pięciu oraz grzywnę w wysokości od 100 000 XOF <sup>15</sup> do 1 500 000 XOF (w przybliżeniu od 150 EUR do 2 000 EUR).

14 — W momencie składania wniosków ministrem właściwym był „Minister voor Immigratie en Asiel” (minister ds. imigracji i azylu). Od tego czasu jego tytuł uległ zmianie na „Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel” (minister ds. imigracji, integracji i azylu).

15 — Zachodnioafrykańskie franki CFA

16. We wszystkich trzech przypadkach minister odrzucił pierwotnie złożone wnioski o zezwolenie na pobyt (o przyznanie statusu uchodźcy) na podstawie Vw 2000. Wówczas każdy z wnioskodawców złożył odwołanie od powyższych decyzji. X i Z odwołali się do Rechtbank. Y złożył wniosek o zastosowanie środka tymczasowego. Wnioski, odpowiednio, X i Y zostały uwzględnione, natomiast odwołanie Z do Rechtbank zostało oddalone.

17. Następnie minister złożył odwołania w sprawach X i Y do Raad van State. Z odwołał się również do tego sądu.

18. We wszystkich trzech przypadkach orientacja homoseksualna wnioskodawcy nie jest kwestionowana<sup>16</sup>.

19. W związku z tym Raad van State zwraca się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1. Czy cudzoziemcy z orientacją homoseksualną tworzą szczególną grupę społeczną w rozumieniu art. 10 ust. 2 lit. d) [dyrektywy]?
2. W przypadku odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze: jakie akty homoseksualne objęte są zakresem stosowania dyrektywy oraz czy może to, gdy w związku z tymi aktami ma miejsce prześladowanie i są spełnione pozostałe przesłanki, prowadzić do przyznania statusu uchodźcy? To pytanie składa się z następujących pytań częściowych:
  - a) Czy od homoseksualnych cudzoziemców można spodziewać się, że w swojej ojczyźnie będą ukrywać przed każdym swoją orientację seksualną w celu uniknięcia prześladowania?
  - b) W przypadku odpowiedzi przeczącej na poprzednie pytanie częściowe: czy od homoseksualnego cudzoziemca można oczekiwać, że przy uzewnętrznianiu swojej orientacji seksualnej w swojej ojczyźnie zachowa powściągliwość w celu uniknięcia prześladowania, a jeśli tak, to w jakiej mierze? Co więcej, czy można od osób homoseksualnych spodziewać się więcej powściągliwości niż od osób heteroseksualnych?
  - c) Jeżeli w tym kontekście można dokonać rozróżnienia między formami uzewnętrzniania odnoszącymi się do istoty orientacji seksualnej a takimi, które nie odnoszą się do tej istoty, to co należy rozumieć poprzez istotę orientacji homoseksualnej i w jaki sposób można ją określić?
3. Czy okoliczność faktyczna, że czynności homoseksualne na podstawie [Offences against the Person Act 1861 r. w Sierra Leone, Penal Code Act Ugandy i Code Pénale Senegal] podlegają karze i są zagrożone karą pozbawienia wolności, stanowi akt prześladowania w rozumieniu art. 9 ust. 1 lit. a) w związku z art. 9 ust. 2 lit. c) dyrektywy? W przypadku odpowiedzi przeczącej: przy spełnieniu jakich okoliczności zachodzi taki przypadek?”

20. Uwagi na piśmie wnieśli: X, Y i Z, UNHCR, rządy niemiecki, grecki, francuski, niderlandzki, Zjednoczonego Królestwa oraz Komisja, z których wszyscy (poza Zjednoczonym Królestwem) byli reprezentowani na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2013 r.

16 — Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców (UNHCR) uwzględnił w swoich uwagach lesbijki, gejów, biseksualistów, transseksualistów i interseksualistów oraz zastosował skrót „LGBTI” celem ukazania szerokiego znaczenia wyrażenia „orientacja seksualna”. Jednakże ponieważ postępowanie główne dotyczy trzech mężczyzn homoseksualnych wnioskujących o przyznanie im statusu uchodźcy, w niniejszej opinii zachowałam powyższe objaśnienie.

## Ocena

### *Uwagi wstępne*

21. Pytania przedłożone przez sąd krajowy w części się pokrywają. Dokonując wykładni art. 9 i art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy, należy uwzględnić następujące zasady.

22. Po pierwsze, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem wykładni przepisów dyrektywy należy dokonywać w świetle jej ogólnej systematyki i celu, z poszanowaniem konwencji genewskiej i innych odpowiednich traktatów, o których mowa w postanowieniu stanowiącym jej podstawę prawną (art. 78 ust. 1 TFUE)<sup>17</sup>. Jak wynika z motywu 10 dyrektywy, należy ją interpretować, uwzględniając również zasady uznane w karcie<sup>18</sup>.

23. Po drugie, konwencja przedstawia kontekst i w ten sposób pomaga wskazać cel i ogólną systematykę dyrektywy, która często się do niej odwołuje. W związku z tym, choć do Trybunału zwrócono się o dokonanie wykładni art. 9 i art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy, przy dokonywaniu jej musi on uwzględnić konwencję genewską<sup>19</sup>.

24. Po trzecie, zarówno w konwencji genewskiej, jak i w EKPC brakuje wyraźnego odwołania do prawa do uzewnętrzniania orientacji seksualnej. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące orientacji seksualnej rozwijało się w kontekście rozpatrywania naruszenia art. 8 EKPC (prawo do życia prywatnego i rodzinnego) oraz zakazu dyskryminacji zawartego w art. 14 EKPC<sup>20</sup>. Zatem pytania podniesione przez sąd krajowy należy rozpatrywać w świetle zasad stworzonych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka<sup>21</sup>.

25. Po czwarte, w tym zakresie konwencja genewska, podobnie jak EKPC, nie ma charakteru całkowicie niewzruszalnego. Stanowi akt, który należy interpretować w świetle współczesnych uwarunkowań oraz zgodnie z rozwojem prawa międzynarodowego<sup>22</sup>. Orzecznictwo Europejskiej Komisji Praw Człowieka dotyczące odmiennego traktowania stosunków homoseksualnych i heteroseksualnych w odniesieniu do minimalnego wieku przyzwolenia na nie pokazuje wspomnianą ewolucję podejścia przy dokonywaniu wykładni EKPC. Zatem przed 1997 r. Komisja uznała, że ustanowienie wyższego pułapu w przypadku minimalnego wieku przyzwolenia na stosunki homoseksualne jest zgodne z EKPC<sup>23</sup>. W decyzji w sprawie Sutherland przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Komisja zweryfikowała ten pogląd i odstąpiła od swojego utrwalonego orzecznictwa, rozstrzygając, że utrzymywanie wyższego minimalnego wieku przyzwolenia na akty homoseksualne stanowi dyskryminację i naruszenie prawa wnioskodawcy do poszanowania jego życia prywatnego w świetle współczesnych uwarunkowań<sup>24</sup>.

17 — Zobacz wyrok z dnia 5 września 2012 r. w sprawach połączonych C-71/11 i C-99/11 Y i Z, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo.

18 — Wyrok z dnia 19 grudnia 2012 r. w sprawie C-364/11 Abed El Kareem El Kott i in., pkt 42, 43 i przytoczone tam orzecznictwo.

19 — Zobacz pkt 32 mojej opinii w ww. w przypisie 18 sprawie Abed El Kareem El Kott i in..

20 — Zobacz wyroki ETPC: z dnia 22 października 1981 r. w sprawie Dudgeon przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, pkt 60–62, Seria A nr 45, dotyczący prawa do życia prywatnego; z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie X i in. przeciwko Austrii [GC] nr 19010/07, pkt 95, dotyczący prawa do życia rodzinnego.

21 — Niektóre regionalne instrumenty prawne gwarantują prawo do niedyskryminacji, jak na przykład Afrykańska karta praw człowieka i ludów. Jednakże, podobnie jak w przypadku konwencji genewskiej i EKPC, nie zostało tam wyraźnie wymienione prawo do wyrażania orientacji seksualnej. Zobacz: „Making Love a Crime – Criminalisation of Same-Sex Conduct in Sub-Saharan Africa”, sprawozdanie opublikowane przez Amnesty International w dniu 25 czerwca 2013 r.: [www.amnesty.org/en/library/into/AFRO1/001/2013/en](http://www.amnesty.org/en/library/into/AFRO1/001/2013/en).

22 — Zobacz wyrok ETPC w sprawie Mamatkulov i Askarov przeciwko Turcji [GC] nr 46827/99 i 46951/99, pkt 121, ETPC 2005-I, dotyczący EKPC w ogólności. Zobacz pkt 5–7 wytycznych nr 9 z dnia 23 października 2012 r. w sprawie ochrony międzynarodowej, dostępnych pod następującym adresem: [www.unhcr.org/509136ca9.html](http://www.unhcr.org/509136ca9.html) (zwanymi dalej „wytycznymi UNHRC”) odnośnie do konwencji genewskiej.

23 — Decyzja Komisji z dnia 30 września 1975 r. w sprawie X przeciwko Republice Federalnej Niemiec nr 5935/72, pkt 2; decyzja Komisji z dnia 17 lipca 1986 r. w sprawie Johnson przeciwko Zjednoczonemu Królestwu nr 10389/83

24 — Decyzja Komisji z dnia 1 lipca 1997 r., nr 25186/94, pkt 58–66.

26. Wreszcie wydaje mi się, że sednem pytań sądu krajowego jest ustalenie wspólnych kryteriów, które powinny znaleźć zastosowanie w trakcie ustalania osób rzeczywiście potrzebujących międzynarodowej ochrony, które ubiegają się o przyznanie im statusu uchodźcy na podstawie dyrektywy, powołując się na swój homoseksualizm. Zagadnienia poruszane w pytaniu drugim można określić raczej jako zagadnienia polityki prawnej niż pytania dotyczące wykładni ustawowej. W związku z powyższym w pierwszej kolejności, przed przystąpieniem do pytania drugiego, zajmę się pytaniami pierwszym i trzecim, które podnoszą prostsze zagadnienia dotyczące wykładni brzmienia dyrektywy.

*W przedmiocie pytania pierwszego*

27. W pytaniu pierwszym sąd krajowy dąży do ustalenia, czy osoby ubiegające się o status uchodźcy, które mają orientację homoseksualną, mogą stanowić szczególną grupę społeczną do celów art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy.

28. Wszyscy uczestnicy postępowania, którzy przedłożyli Trybunałowi uwagi (poza Zjednoczonym Królestwem, które nie odniosło się do tego aspektu), są zgodni, że odpowiedź powinna brzmieć „tak”.

29. Ja również zgadzam się z tym poglądem.

30. W postępowaniu głównym w sprawie dotyczącej Z dowód przedłożony sądowi krajowemu pierwszej instancji (Rechtbank) nie przekonał tego sądu, że w Senegalu osoby o orientacji homoseksualnej są ogólnie prześladowane lub dyskryminowane; z tego też względu Rechtbank stwierdził, że wnioskodawca nie należy do szczególnej grupy społecznej w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy<sup>25</sup>.

31. Artykuł 10 dyrektywy składa się z dwóch ustępów. Artykuł 10 ust. 1 tego aktu zobowiązuje państwa członkowskie do uwzględnienia niektórych elementów przy dokonywaniu oceny *powodów prześladowania*. Artykuł 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy definiuje w tym kontekście pojęcie tego, co stanowi szczególną grupę społeczną. Artykuł 10 ust. 2 zajmuje się w dalszej kolejności tym, jak ocenić, czy dany wnioskodawca posiada *uzasadnioną obawę bycia prześladowanym*. Wynika z tego, że wnioskodawca nie musi wykazać, że jest prześladowany lub dyskryminowany w swoim państwie pochodzenia<sup>26</sup> [elementy wchodzące w zakres art. 10 ust. 2 dyrektywy mające na celu wykazanie, że wnioskodawca należy do szczególnej grupy społecznej (tzn. że jest objęty zakresem stosowania art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy].

32. Czy homoseksualiści mogą być identyfikowani jako „szczególna grupa społeczna” w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy?

33. W przeciwieństwie do konwencji genewskiej, która odnosi się jedynie do „przynależności do określonej grupy społecznej”, termin „orientacja seksualna” jest stosowany w dyrektywie, jednakże nie został w niej zdefiniowany. Możliwe, że prawodawca Unii odniósł się wyraźnie w art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy do przynależności do grupy społecznej w związku z orientacją seksualną, ponieważ

25 — Powyższa ocena Rechtbank została przywołana we wniosku Raad van State o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Jednakże sąd odsyłający nie wskazał, czy podziela pogląd Rechtbank. Moim zdaniem Raad van State odniósł się do oceny Rechtbank w celu wyjaśnienia swoich własnych powodów zwrócenia się o wykładnię art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy. Dlatego też uwzględniłam ocenę Rechtbank w przeprowadzanej przeze mnie analizie.

26 — Możliwe, że Rechtbank zwiódła okoliczność, iż art. 10 ust. 1 lit. d) tiret drugie dyrektywy odnosi się do grupy posiadającej odrębną tożsamość, ponieważ jest „postrzegana jako odrębna od otaczającego społeczeństwa”. Jednakże bycie „postrzeganym jako odrębny” jest samo w sobie stanem neutralnym, natomiast bycie prześladowanym lub dyskryminowanym oczywiście nie.

w momencie składania propozycji przez Komisję zaczęto uznawać, iż osoby fizyczne mogą być zmuszone do ucieczki przed prześladowaniem i do ubiegania się o ochronę międzynarodową na tej podstawie<sup>27</sup>, nawet jeśli podstawa taka nie została wyraźnie uwzględniona w konwencji genewskiej<sup>28</sup>.

34. Artykuł 10 ust. 1 lit. d) zaczyna się od słów: „grupa jest identyfikowana jako szczególna grupa społeczna, jeśli w szczególności [...]” i bezpośrednio po tych słowach następują dwa tiret (pierwsze zawierające trzy opcje rozdzielone słowem „lub”). Tiret połączone są spójnikiem „i” wskazującym, że zawierają podlegające spełnieniu przesłanki kumulatywne. Jednakże w dalszej części tekst stanowi (w sposób wyraźny): „[w] zależności od warunków istniejących w państwie pochodzenia określona grupa społeczna może stanowić grupę opartą na wspólnych cechach związanych z orientacją seksualną [...]”.

35. Analizując ten akapit oraz konfrontując go z dwoma tiret, które bezpośrednio go poprzedzają, dochodzę do wniosku, że prawodawca Unii dał możliwie najwyraźniejsze wskazanie, że osoby ze wspólną cechą orientacji seksualnej mogą rzeczywiście należeć do szczególnej grupy społecznej do celów art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy. Spełniają one przesłanki określone w art. 10 ust. 1 lit. d) tiret pierwsze (powiedziałabym, że w każdym wypadku, ponieważ wchodzi w zakres opcji trzeciej: gdyż „mają wspólne cechy [...] tak ważne dla tożsamości [...], że nie można zmuszać danej osoby do odstąpienia od nich”). W zależności od okoliczności w państwie pochodzenia mogą one również spełniać przesłanki art. 10 ust. 1 lit. d) tiret drugie (zgodnie z którym grupa „posiada odrębną tożsamość w odpowiednim państwie, to znaczy jest postrzegana jako odrębna od otaczającego społeczeństwa”). To, czy przesłanki zawarte w art. 10 ust. 1 lit. d) tiret drugie dyrektywy są spełnione, wiąże się z oceną prawną, społeczną i kulturową obyczajów panujących w państwie pochodzenia wnioskodawcy. Jest to kwestia pozostająca do rozstrzygnięcia przez właściwe organy krajowe na podstawie okoliczności faktycznych, podlegająca kontroli sądu krajowego.

36. W związku z tym sądzę, że na pytanie pierwsze należy udzielić odpowiedzi, zgodnie z którą osoby ubiegające się o status uchodźcy posiadające orientację homoseksualną mogą, w zależności od warunków istniejących w ich państwie pochodzenia, tworzyć szczególną grupę społeczną w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy 2004/83. Do sądu krajowego należeć będzie ocena, czy grupa taka posiada „odrębną tożsamość” w przypadku państwa pochodzenia każdego z wnioskodawców, to znaczy czy „jest postrzegana jako odrębna od otaczającego społeczeństwa” do celów tiret drugie tego przepisu.

#### *W przedmiocie pytania trzeciego*

37. Poprzez pytanie trzecie sąd krajowy dąży do ustalenia, czy penalizacja czynów homoseksualnych oraz możliwość pozbawienia wolności w przypadku skazania stanowi akt prześladowania w rozumieniu art. 9 dyrektywy.

27 — Zobacz COM(2001) 510 wersja ostateczna, szczególnie część 3.

28 — Wytyczne UNHCR odnoszą się obecnie do Zasad Yogyakarta odnoszących się do stosowania prawa międzynarodowego w zakresie praw człowieka w związku z orientacją seksualną i tożsamością płciową, przyjętych w 2007 r. W akapicie czwartym preambuły do Zasad Yogyakarta „orientacja seksualna” jest określona „jako zdolność każdej osoby do rozwinięcia głębokiego uczuciowego, emocjonalnego i seksualnego pociągu oraz intymnych i seksualnych związków z osobami innej płci lub tej samej płci, lub różnych płci”.



38. W postępowaniu krajowym dokonano pewnych ustaleń dotyczących wszystkich trzech wnioskodawców. Jeśli chodzi o X, w Sierra Leone sam homoseksualizm nie jest karalny, natomiast niektóre akty homoseksualne podlegają sankcjom karnym. Co się tyczy Y, w Ugandzie homoseksualizm sam w sobie jest karalny<sup>29</sup>. W przypadku Z wygląda na to, że sam homoseksualizm nie jest karalny w Senegal, jednak niektóre akty homoseksualne podlegają sankcjom karnym<sup>30</sup>.

39. Biorąc pod uwagę, że nie jest sporne, iż trzech wnioskodawców jest homoseksualistami, w niniejszej opinii nie wprowadzam rozróżnienia pomiędzy sytuacją w Ugandzie (gdzie ustalono, że homoseksualizm jest karalny sam w sobie) a sytuacją w Sierra Leone czy też w Senegal (gdzie sankcjom karnym podlegają niektóre akty homoseksualne)<sup>31</sup>.

40. X, Y i Z podnoszą, że art. 9 dyrektywy należy interpretować jako oznaczający, że sama penalizacja zachowań homoseksualnych stanowi akt prześladowania. Istnieje pewna wspólna płaszczyzna na rzecz poglądu przeciwnego pomiędzy Komisją, rządami państw członkowskich, które przedłożyły uwagi, i UNHCR.

41. W Unii Europejskiej nastąpiła zmiana podejścia polegająca na tym, że przepisy penalizujące oraz nakładające sankcje na czyny homoseksualne w sferze prywatnej pomiędzy wyrażającymi na nie zgodę osobami pełnoletnimi są obecnie uznawane za sprzeczne z EKPC<sup>32</sup>. W związku z tym oczywiste jest, że w państwach członkowskich środki takie obecnie stanowiłyby naruszenie praw podstawowych jednostki, bez względu na to, czy byłyby stosowane w sposób czynny, czy też nie. Jednakże celem dyrektywy nie jest udzielenie ochrony za każdym razem, gdy jednostka nie może w pełni i skutecznie korzystać ze swobód gwarantowanych kartą lub EKPC w swoim państwie pochodzenia. Inaczej rzecz ujmując: dyrektywa nie ma na celu eksportowania tych norm<sup>33</sup>, a raczej ograniczenie przyznawania statusu uchodźcy na rzecz tych osób, które mogą być narażone na poważną odmowę lub systemowe naruszanie ich najbardziej podstawowych praw, oraz tych, których życie stało się nie do zniesienia w ich państwie pochodzenia.

42. Czy to, co stanowiłoby naruszenie prawa podstawowego w Unii Europejskiej, automatycznie stanowi akt prześladowania w rozumieniu art. 9 ust. 1 dyrektywy?

43. Artykuł 9 ust. 1 dyrektywy stanowi, że: „[a]kty prześladowania w rozumieniu art. 1A konwencji genewskiej muszą: a) być wystarczająco poważne ze względu na swoją istotę lub powtarzalność, żeby stwarzały poważne naruszenie praw człowieka [...] lub b) być kumulacją różnych działań, w tym takich naruszeń praw człowieka, które są wystarczająco poważne ze względu na oddziaływanie na jednostkę, w podobny sposób, jak zostało to określone w lit. a)”. Z zawartych w nim wyrażen: „wystarczająco poważne”, „poważne naruszenie” i „kumulacja [...] naruszeń [...]”, które są wystarczająco poważne” wynika, że nie każde naruszenie praw człowieka (niezależnie od tego, jak może być dolegliwe) można uznać za kwalifikujące się jako „akt prześladowania” do celów art. 9 dyrektywy. W istocie przykładowy wykaz aktów prześladowania zawarty w art. 9 ust. 2 dyrektywy wyraźnie odsyła

29 — W przypadku X oraz Y powyższe ustalenia w pierwszej instancji (dokonane odpowiednio przez Rechtbank oraz sędziego, który rozpatrywał wniosek o zastosowanie środków tymczasowych) wspomniane są we wnioskach o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym przedłożonych przez Raad van State. Niemniej jednak sąd odsyłający nie wskazał, czy podziela poglądy sądów pierwszej instancji. Moim zdaniem Raad van State odniósł się do tych ustaleń w celu wyjaśnienia swoich powodów zwrócenia się o wytyczne w przedmiocie wykładni art. 9 ust. 1 dyrektywy i w związku z powyższym uwzględniłam je w mojej ocenie.

30 — Zobacz pkt 15 powyżej.

31 — Wydaje mi się, że władze Niderlandów zajmują zbliżone stanowisko w wytycznych. Zobacz pkt 13 powyżej.

32 — Oprócz ww. w przypisie 20 wyroku w sprawie Dudgeon znane sprawy stanowią wyroki [ETPC]: z dnia 26 października 1988 r. w sprawie Norris przeciwko Irlandii, Seria A nr 142; z dnia 22 kwietnia 1993 r. w sprawie Modinos przeciwko Cypru, Seria A nr 259. Ustawodawstwo krajowe stanowiące przedmiot sporu w sprawie Modinos zostało uchylone stosunkowo niedawno (w 1997 r.). Zobacz też orzecznictwo Europejskiej Komisji Praw Człowieka dotyczące dyskryminacji oraz wieku przyzwolenia na akty homoseksualne i heteroseksualne, o którym mowa w pkt 25 oraz w przypisach 23 i 24 powyżej.

33 — Wyroki ETPC: w sprawie F. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu nr 17341/03, pkt 3; w sprawie I.I.N. przeciwko Niderlandom nr 2035/04. Takie eksportowanie faktycznie mogłoby być traktowane jako forma imperializmu kulturowego lub praw człowieka.

do normy ustanowionej w art. 9 ust. 1 tego aktu, gdyż stanowi: „akty prześladowania *określone w ust. 1*”<sup>34</sup> mogą między innymi przybierać formę [aktów] wymienionych w art. 9 ust. 2 lit. a)–f). Artykuł 9 ust. 3 dyrektywy wyjaśnia natomiast, że musi istnieć związek pomiędzy powodami prześladowania (określonymi w art. 10) i aktami prześladowania określonymi w art. 9 ust. 1.

44. Trudność koncepcyjna pojawia się z uwagi na to, że w przypadku gdy karta chroni wolność podstawową, *każde* oskarżenie lub ukaranie osoby korzystającej z niej byłoby *na terenie Unii Europejskiej* z definicji „nieproporcjonalne”. W związku z tym przyjmuję, że odniesienie w art. 9 ust. 2 lit. c) – pozycji w niewyczerpującym wykazie aktów prześladowania, która wydaje się najbardziej adekwatna do niniejszego postępowania – do „oskarżeń lub kar, które mają charakter nieproporcjonalny lub dyskryminujący” jest równoważne z „oskarżeniem lub karą, która ma charakter ciężki lub dyskryminacyjny”.

45. Wydaje mi się, że przy rozstrzyganiu, czy – na tej podstawie – czyny zakazujące uzewnętrzniania orientacji seksualnej stanowią „akty prześladowania” w rozumieniu art. 9 ust. 1 dyrektywy, władze krajowe powinny uwzględnić w szczególności: (i) dowody dotyczące stosowania przepisów karnych w kraju pochodzenia wnioskodawcy, takie jak to, czy władze rzeczywiście wnoszą oskarżenia i ścigają jednostki; (ii) czy sankcje karne są egzekwowane, a jeśli tak, to jak poważne są te sankcje w praktyce; oraz (iii) informacje dotyczące ogólnie praktyk i obyczajów społecznych w państwie pochodzenia osoby ubiegającej się o azyl<sup>35</sup>.

46. Kryterium, jakie należy zastosować przy ocenie wniosku o przyznanie statusu uchodźcy, jest to, czy jakiegokolwiek pojedyncze zdarzenie, czy też szereg zdarzeń wskazuje na to, że wnioskodawca posiada uzasadnione obawy, iż przysługujące mu podstawowe prawa człowieka prawdopodobnie nie byłyby respektowane, gdyby powrócił do swojego państwa pochodzenia<sup>36</sup>.

47. Sankcje karne skutkujące długim okresem pozbawienia wolności za uzewnętrznianie orientacji homoseksualnej mogłyby stanowić naruszenie art. 3 EKPC (zakaz nieludzkiego i poniżającego traktowania lub karania) i tym samym byłyby wystarczająco poważne, aby stwarzać poważne naruszenie podstawowych praw człowieka do celów art. 9 ust. 1 dyrektywy.

48. W świetle powyższych rozważań jest dla mnie jasne (nawet w przypadku braku szczegółowych informacji dotyczących cech czynów karnych dotyczących wnioskodawców w postępowaniu głównym), że w sensie ogólnym kary nakładane w Sierra Leone, Ugandzie i Senegalii mogą potencjalnie stanowić karę, która jest „nieproporcjonaln[a]” w rozumieniu art. 9 ust. 2 lit. c) dyrektywy. Prawdą jest, że ustawowe kary za popełnienie niektórych czynów homoseksualnych w Senegalii nie są tak drakońskie jak kary w Sierra Leone czy też w Ugandzie. Przed dojściem do wniosku, że z tego powodu próg dotyczący aktu prześladowania na podstawie art. 9 ust. 1 dyrektywy nie został osiągnięty, sąd krajowy powinien uwzględnić ryzyko jednorazowego lub wielokrotnego oskarżenia i nakładania kary w przypadku skutecznego oskarżenia.

49. Ogólne rzecz biorąc, to zatem do organów krajowych należy, po rozstrzygnięciu, czy danego wnioskodawcę uznać z uwagi na jego orientację homoseksualną za należącego do określonej grupy społecznej w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy, zbadanie w dalszej kolejności, czy okoliczności w jego państwie pochodzenia są takie, że powodują powstanie aktów prześladowania w rozumieniu art. 9 ust. 1 tego aktu. W tym celu należy ocenić, czy środki represyjne znajdują zastosowanie do osób, które przynależą lub które uważane są za przynależące do tej grupy społecznej<sup>37</sup>, czy środki te są

34 — Wyróżnienie moje.

35 — Zatem na przykład jeśli publiczne wyrażanie intymności seksualnej pomiędzy dorosłymi osobami heteroseksualnymi jest potępiane i karane na gruncie prawa karnego, samo zastosowanie tych samych zasad do homoseksualnych osób dorosłych nie oznaczałoby aktu prześladowania. Jednakże sytuacja przedstawiałaby się odmiennie, gdyby prawo nigdy nie było egzekwowane wobec osób heteroseksualnych, natomiast byłoby czynnie egzekwowane wobec homoseksualistów. Zobacz ponadto pkt 75 poniżej.

36 — Zobacz ww. w przypisie 17 wyrok w sprawie Y i Z, pkt 53, 54.

37 — Zobacz art. 9 ust. 3 i art. 10 ust. 2 dyrektywy.

egzekwowane, jak również dotkliwość nałożonych sankcji oraz czy – w rezultacie – wnioskodawca posiada uzasadnione obawy bycia prześladowanym. Rozstrzygnięcie tych kwestii przez organy krajowe musi oczywiście podlegać kontroli sądów krajowych w celu zagwarantowania prawidłowego stosowania kryteriów ustanowionych dyrektywą.

50. W związku z powyższym uważam, że na przedłożone pytanie trzecie należy udzielić odpowiedzi, zgodnie z którą penalizacja czynów nie stanowi sama w sobie aktu prześladowania do celów art. 9 ust. 1 dyrektywy. Natomiast do właściwych organów krajowych należy ocena, w świetle okoliczności dotyczących państwa pochodzenia wnioskodawcy, w szczególności: (i) ryzyka i częstotliwości oskarżenia; (ii) w przypadku skutecznego skazania dotkliwość sankcji zazwyczaj stosowanych; oraz (iii) wszelkich innych środków i praktyk społecznych, przed których stosowaniem wnioskodawca może żywić uzasadnione obawy, bez względu na to, czy dany wnioskodawca mógłby podlegać aktom, które są wystarczająco poważne ze względu na swoją istotę lub powtarzalność, żeby stwarzały poważne naruszenie praw człowieka, czy też kumulacji działań, w tym takich naruszeń praw człowieka, które są wystarczająco poważne, aby w podobny sposób oddziaływać na wnioskodawcę.

#### *W przedmiocie pytania drugiego*

51. W pytaniu drugim sąd krajowy zwraca się o wytyczne dotyczące tego, czy w przypadku gdy wnioskodawcę homoseksualnego należy uznać za należącego do szczególnej grupy społecznej do celów art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy, istnieją niektóre zachowania homoseksualne, które są objęte zakresem stosowania dyrektywy i które oznaczają, że status uchodźcy powinien zostać przyznany.

52. W dalszej kolejności sąd krajowy zadaje szereg pytań częściowych<sup>38</sup>, dotyczących wspólnych kryteriów, które mogłyby znajdować zastosowanie przy rozstrzyganiu, kto kwalifikuje się jako uchodźca. Sąd krajowy pyta, po pierwsze, do jakiego stopnia uzewnętrznianie orientacji homoseksualnej w sferze publicznej bądź prywatnej chronione jest artykułem 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy; po drugie – czy od wnioskodawcy można oczekiwać ukrywania orientacji seksualnej w celu uniknięcia prześladowania w swoim państwie pochodzenia; po trzecie – czy można oczekiwać zachowania powściągliwości przy wyrażaniu orientacji homoseksualnej, a jeśli tak, to w jakim stopniu; po czwarte – co należy wówczas uznawać za stanowiące istotę orientacji seksualnej; wreszcie – czy prawo Unii w ogólności lub dyrektywa w szczególności sprzeciwiają się wprowadzeniu rozróżnienia dotyczącego ochrony, do której uprawnieni są cudzoziemcy, w zależności od tego, czy ich orientacja seksualna jest homoseksualna, czy też heteroseksualna.

53. Zanim przystąpię do rozpatrywania tych pytań częściowych, należy przedstawić kilka uwag wstępnych.

54. Po pierwsze, sąd krajowy w tym przypadku zasadniczo zwraca się o wytyczne dotyczące tego, w jaki sposób przeprowadzić szczegółową ocenę wymaganą na podstawie art. 9 i 10 dyrektywy. Artykuł 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy ustanawia wyraźną granicę tego, co może stanowić grupę społeczną opartą na wspólnej cesze orientacji seksualnej, gdyż stanowi wyraźnie, że: „[o]rientacja seksualna nie może być rozumiana jako obejmująca działania uznawane za przestępcze zgodnie z prawem krajowym państw członkowskich”. Zatem na przykład orientacja seksualna polegająca na przeprowadzeniu przez wnioskodawcę przymusowego okaleczenia organów płciowych jego partnerki (kobiety), aby stała się „godna” kontaktów seksualnych z nim, nie kwalifikowałaby się do ochrony na podstawie art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy. Artykuł 9 tego aktu zawiera definicję [art. 9 ust. 1 lit. a) i b)], po której następuje niewyczerpujący wykaz (art. 9 ust. 2) oraz przesłanka, że musi istnieć związek pomiędzy powodami a aktami prześladowania (art. 9 ust. 3), ale jest otwarty, jeśli chodzi o to, co może stanowić akt prześladowania.

38 — Zmieniłam kolejność przedmiotowych pytań częściowych w celu wyodrębnienia różnych zagadnień podniesionych przez sąd krajowy.

55. Po drugie, nie jest całkowicie jasne, w jaki sposób postawione pytania częściowe odnoszą się do zagadnień podniesionych w postępowaniu głównym, a raczej wydaje się, że sąd krajowy wnosi o wskazówki, w jaki sposób dyrektywa mogłaby być stosowana w ogólności. Znajduje się to poza gestią Trybunału w postępowaniu w przedmiocie wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym<sup>39</sup>.

56. Po trzecie, na poziomie bardziej pragmatycznym sąd krajowy wyjaśnia, iż władze Niderlandów twierdzą, że zachowania homoseksualne zasługują na taką samą ochronę jak zachowania heteroseksualne. Nie sądzę jednak, by zachowania wnioskodawcy powinny stanowić główny przedmiot oceny. Artykuły 9 i 10 dyrektywy zasadniczo nie dotyczą postępowania osoby ubiegającej się o status uchodźcy, a raczej odnoszą się do ewentualnych aktów prześladowania oraz ich powodów, czyli aktywnego zachowania ewentualnych podmiotów dopuszczających się prześladowania, a nie codziennego zachowania ewentualnej ofiary.

57. Po czwarte, przy dokonywaniu takiej oceny oczywiście konieczne jest uwzględnienie wszelkich ograniczeń, które znajdowały zastosowanie do wnioskodawcy przed opuszczeniem przez niego państwa pochodzenia, niemniej jednak równie istotne jest zbadanie dostępnego materiału dowodowego celem dokonania oceny, czy wnioskodawca mógłby spotkać się z aktami prześladowania w przypadku powrotu. Zatem istotne jest, czy wnioskodawca posiada uzasadnioną obawę, że spotka się z poważnym naruszeniem przysługujących mu podstawowych praw człowieka. Na pytanie takie nie można udzielić odpowiedzi poprzez uwzględnienie wyłącznie aktów, które miały miejsce przed opuszczeniem przez wnioskodawcę państwa pochodzenia.

58. Po piąte, wydaje się, iż za pytaniami sądu krajowego kryje się założenie, że osoby homoseksualne ubiegające się o przyznanie statusu uchodźcy na podstawie art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy mają wybór (a być może nawet obowiązek) zachowywania się w swoich odnośnych państwach pochodzenia w sposób, który obniża ryzyko aktów prześladowania z powodu orientacji homoseksualnej. Odrzuciłabym taką tezę, gdyż jest ona sprzeczna z przysługującym im prawem do poszanowania tożsamości seksualnej.

59. Opierając się na powyższych ustaleniach, przejdę do rozpatrywania szeregu pytań częściowych przedłożonych przez sąd krajowy.

60. Pierwsze pytanie częściowe dotyczy tego, czy do celów dyrektywy istnieje rozróżnienie pomiędzy uzewnętrznianiem orientacji homoseksualnej wnioskodawcy w sferze prywatnej i publicznej.

61. Tekst dyrektywy nie wprowadza żadnego takiego rozróżnienia. Zatem wydaje mi się, że rozróżnienie tego rodzaju nie jest istotne dla rozstrzygnięcia, czy wystąpił akt prześladowania w rozumieniu art. 9 ust. 1 dyrektywy, a raczej właściwe pytanie stanowi, czy wnioskodawca z powodu swojej orientacji seksualnej należy do grupy społecznej do celów art. 10 ust. 1 lit. d) i czy istnieje wymagany przez art. 9 ust. 3 związek pomiędzy tym „powodem prześladowania” a aktem lub aktami prześladowania na podstawie art. 9 ust. 1.

62. Następnie sąd krajowy dąży do ustalenia, czy od wnioskujących o przyznanie statusu uchodźcy należy oczekiwać trzymywania w tajemnicy swojej orientacji seksualnej lub powściągliwości w jej uzewnętrznianiu w państwie pochodzenia. Z postanowienia odsyłającego nie wynika, czy pytanie to ma wpływ na sposób, w jaki właściwe organy krajowe rozpatrywały konkretne wnioski o udzielenie azylu. Możliwe, że sąd krajowy pragnie ustalić, czy wytyczne – w zakresie w jakim stwierdzają, że trzymanie w tajemnicy nie stanowi kryterium, które należy uwzględnić – jedynie odzwierciedlają normy

39 — Wyrok z dnia 16 grudnia 1981 r. w sprawie 244/80 Foglia, Rec. s. 3045, pkt. 18–20.

dyrektywy, czy też oznaczają stosowanie przez państwo członkowskie norm korzystniejszych, na co zezwala art. 3 tego aktu<sup>40</sup>. W zakresie, w jakim pytania te nie mają związku z postępowaniem głównym, nie stanowią one zagadnień, które Trybunał musi rozstrzygnąć w niniejszej sprawie. Niemniej jednak dla porządku zajmę się nimi pokrótce.

63. Nie sądzę, by od wnioskujących o przyznanie statusu uchodźcy należało oczekiwać trzymywania w tajemnicy orientacji seksualnej w celu uniknięcia prześladowania w państwie pochodzenia.

64. Za poglądem takim nie przemawia ani brzmienie, ani systematyka dyrektywy. W istocie byłoby przewrotne dokonywanie wykładni dyrektywy w taki sposób. Oznaczałoby to, że jeśli wnioskodawca (ofierze) nie udałoby się ukryć swojej orientacji seksualnej, w pewien sposób postrzegany byłby jako przyczyniający się do własnego ciężkiego położenia, tak jak podmiot dopuszczający się prześladowania, co jest nie do pogodzenia ze sformułowaniem art. 6 dyrektywy. W istocie wymóg utrzymywania przez wnioskodawców w tajemnicy swojej orientacji seksualnej mógłby zostać uznany za akt prześladowania sam w sobie.

65. Czy od osób homoseksualnych wnioskujących o przyznanie statusu uchodźcy można wymagać powrotu do kraju oraz zachowania powściągliwości w państwie pochodzenia?

66. Nie sądzę.

67. Po pierwsze, nie jest dla mnie jasne, w jaki sposób koncepcyjnie warunek taki miałby wpisać się w systematykę dyrektywy (lub w istocie konwencji genewskiej). Dyrektywa ustanawia minimalne normy kwalifikacji obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców (art. 1). W celu dokonania oceny, czy dany wnioskodawca spełnia te minimalne normy, państwo członkowskie dokonuje oceny okoliczności faktycznych (art. 4) w celu ustalenia, czy wnioskodawca był lub mógłby stać się przedmiotem aktów prześladowania lub poważnej szkody (zgodnie z definicją zawartą w art. 9) z niektórych szczególnych powodów prześladowania (zgodnie z definicją zawartą w art. 10). Jeśli wnioskodawca posiada uzasadnioną obawę bycia prześladowanym w taki sposób, jest on uprawniony do uzyskania statusu uchodźcy. Nigdzie w powyższym systemie nie można znaleźć argumentów przemawiających za wnioskiem, że można by uniknąć konieczności przyznania statusu uchodźcy, gdyby tylko wnioskodawca „przestał prowokować” podmioty dopuszczające się prześladowania przez bycie sobą.

68. Po drugie, prawdą jest, że nie można oczekiwać, iż osoba ubiegająca się o azyl ze względu na orientację homoseksualną będzie mogła żyć w swoim państwie pochodzenia w taki sam sposób jakby mogła żyć w Niderlandach<sup>41</sup>. Stwierdziwszy powyższe, rozstrzygnięcie, jak wiele „powściągliwości” byłoby a) wymagane, aby wnioskodawca mógł przebywać bezpiecznie w swoim państwie, a jednocześnie b) aby zachować przestrzeganie ochrony prawa podstawowego, którego zaprzeczenie uzasadnia przyznanie statusu uchodźcy, wydaje mi się procesem, który miałby charakter wybitnie subiektywny i mógłby prowadzić raczej do arbitralnych skutków, a nie do pewności prawnej. Sam sąd krajowy stanowi w swoim postanowieniu odsyłającym, że minister nie jest w stanie określić z góry stopnia powściągliwości, którego można oczekiwać. Stwierdzenie to samo z siebie sugeruje moim zdaniem, że podejście takie byłoby w praktyce niewykonalne.

69. Po trzecie, twierdzenie, że wszystko będzie dobrze, jeśli skarżący będzie zachowywał się dyskretnie po swoim powrocie do domu, stanowi ignorowanie rzeczywistości. Dyskrecja nie stanowi pewnej ochrony przed odkryciem i wynikającym z tego szantażem lub prześladowaniem.

40 — Zobacz pkt 13 powyżej.

41 — Zobacz na przykład ww. w przypisie 33 wyrok w sprawie F. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu.

70. Na tej podstawie zbędne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie częściowe (co stanowi „istotę” orientacji seksualnej). Jednakże pragnę dodać następujące uwagi dla zachowania porządku.

71. Rozumiem, że termin „istota” został zaczerpnięty z wyroku w sprawie Y i Z, w którym Trybunał rozważał, czy prawa podstawowe skarżących zostały naruszone ograniczeniami nałożonymi na korzystanie z praw do wolności religijnej. Nie jestem przekonana, czy termin ten da się przenieść na kontekst uzewnętrzniania orientacji seksualnej. Wydaje mi się, że orientację seksualną ma się lub nie<sup>42</sup>. Nie ma żadnej „istoty” bądź „sedna”, które należy uwzględnić jako takie. Zatem trudno byłoby mi się zgodzić z tym, że możliwe jest określenie istoty uzewnętrzniania orientacji seksualnej, jak również nie sądzę, by była to droga, którą Trybunał winien podążać.

72. Jednakże bardziej ogólnie rzecz ujmując, uważam, że argumentacja Trybunału w wyroku w sprawie Y i Z znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie w drodze analogii<sup>43</sup>. Nie ma podstaw do przyjęcia podejścia „istoty” w brzmieniu art. 9 i art. 10 dyrektywy. Artykuł 9 odnosi się do praw niezwykłych zawartych w EKPC i powinien być to punkt odniesienia przy ocenie aktów prześladowania. Nic nie sugeruje, że powinno dokonać się rozróżnienia pomiędzy różnymi rodzajami uzewnętrzniania lub w istocie przypadkami uzewnętrzniania, które nie stanowią czynów seksualnych bądź wyrażania uczuć. Z definicji podejście oparte na takiej przesłance mogłoby prowadzić do arbitralności.

73. Ostatnim pytaniem częściowym jest, czy prawo Unii w ogólności lub też dyrektywa w szczególności sprzeciwiają się wprowadzeniu rozróżnienia dotyczącego ochrony, do której uprawnieni są cudzoziemcy, w zależności od tego, czy ich orientacja seksualna jest homoseksualna, czy też heteroseksualna.

74. Jak należy oceniać wnioski o przyznanie statusu uchodźcy, gdy domniemane akty prześladowania znajdują zastosowanie zarówno do osób homoseksualnych, jak i heteroseksualnych?

75. Załóżmy, że w danym państwie trzecim jakiegokolwiek wyrażanie uczuć pomiędzy dwoma osobami (takie jak trzymanie się za ręce lub całowanie) jest zakazane oraz że zgodnie z prawem sankcja z tytułu skazania za takie przestępstwo może kształtować się (w zależności od okoliczności) od kary pieniężnej do chłosty. Środek legislacyjny uznający takie zachowanie za przestępstwo oraz wprowadzający karę za nie został zredagowany jako znajdujący zastosowanie do osób heteroseksualnych i homoseksualnych w jednakowy sposób. Załóżmy, że osoba o orientacji homoseksualnej ucieka z tego kraju i przybywa do państwa członkowskiego Unii, ubiegając się o azyl. Nie byłoby bezwzględnie oczywiste, że takiego wnioskującego dotknęło prześladowanie po prostu z powodu jego orientacji seksualnej. Niemniej jednak, gdyby był w stanie wykazać, że środek był w praktyce regularnie egzekwowany lub wiązał się z najcięższymi sankcjami wyłącznie, gdy dotyczył homoseksualistów (oraz że w praktyce heteroseksualiści mogli, ogólnie rzecz biorąc, swobodnie spacerować po ulicy, trzymając się za ręce, lub bezkarnie całować się publicznie bądź że stale otrzymywali tylko bardzo drobne grzywny), byłoby bardziej prawdopodobne, że będzie w stanie wykazać, iż należy do szczególnej grupy społecznej dla celów art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy. Wówczas należałoby zbadać, czy prześladowania i sankcje typowo nakładane na homoseksualistów w przypadku skazania stanowiły akt prześladowania w rozumieniu art. 9 ust. 1 dyrektywy (w moim przykładzie oraz w mojej ocenie odpowiedź powinna brzmieć „tak”).

42 — Celibat jako celowe niewyrażanie (fizyczne) własnej orientacji seksualnej może zostać wybrany dobrowolnie z różnych przyczyn, nie może on jednak zostać nałożony bez zaprzeczenia samego istnienia osobowości seksualnej.

43 — Zobacz opinia rzecznika generalnego Y. Bota w ww. w przypisie 17 sprawie Y i Z, pkt 38–52, 62–68.

76. Scalając wątki udzielonych przeze mnie odpowiedzi na różne pytania częściowe przedłożone przez sąd krajowy: sądzę, że na przedłożone pytanie drugie należy udzielić odpowiedzi, zgodnie z którą przy dokonywaniu oceny, czy penalizacja uzewnętrzniania homoseksualizmu stanowi akt prześladowania w rozumieniu art. 9 ust. 1 dyrektywy, właściwe organy państwa członkowskiego muszą rozważyć, czy wnioskodawca mógłby podlegać takim aktom lub kumulacji różnych działań, które są wystarczająco poważne ze względu na swoją istotę lub powtarzalność, żeby stwarzały poważne naruszenie podstawowych praw człowieka.

## Wnioski

77. Uważam zatem, że Trybunał powinien odpowiedzieć na pytania podniesione przez Raad van State w następujący sposób:

- 1) Osoby ubiegające się o status uchodźcy o orientacji homoseksualnej mogą, w zależności od okoliczności w swoim państwie pochodzenia, tworzyć szczególną grupę w rozumieniu art. 10 ust. 1 lit. d) dyrektywy Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osób, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony. To do sądu krajowego będzie należała ocena, czy grupa taka posiada „odrębną tożsamość” w przypadku państwa pochodzenia każdego z wnioskodawców, ponieważ „jest postrzegana jako odrębna od otaczającego społeczeństwa” do celów art. 10 ust. 1 lit. d) tiret drugie tej dyrektywy.
- 2) Penalizacja aktów homoseksualnych sama w sobie nie stanowi aktu prześladowania do celów art. 9 ust. 1 dyrektywy. Do właściwego organu krajowego należy ocena, w świetle okoliczności dotyczących państwa pochodzenia wnioskodawcy, czy z uwagi na:
  - ryzyko oraz częstotliwość oskarżania;
  - dotkliwość sankcji nakładanej zazwyczaj w przypadku skutecznego oskarżenia; oraz
  - wszelkie inne środki i praktyki społeczne, przed których zastosowaniem wnioskodawca może żywić obawę,dany wnioskodawca mógłby podlegać bądź to aktom, które są wystarczająco poważne ze względu na swoją istotę lub powtarzalność, żeby stwarzały poważne naruszenie, bądź kumulacji różnych działań, w tym takich naruszeń praw człowieka, które są wystarczająco poważne, by oddziaływać na wnioskodawcę w podobny sposób.
- 3) Przy dokonywaniu oceny, czy penalizacja uzewnętrzniania homoseksualizmu jako wyrażenia orientacji seksualnej stanowi akt prześladowania w rozumieniu art. 9 ust. 1 dyrektywy, właściwe organy państwa członkowskiego muszą rozważyć, czy istnieje prawdopodobieństwo, że wnioskodawca mógłby być dotknięty takimi aktami bądź też kumulacją różnych działań, które są wystarczająco poważne ze względu na swoją istotę lub powtarzalność, żeby stwarzały poważne naruszenie podstawowych praw człowieka.