



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNE PRAVOBRANILKE
ELEANOR SHARPSTON,
predstavljeni 11. julija 2013¹

Združene zadeve od C-199/12 do C-201/12

**X, Y in Z
proti**

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

„Direktiva 2004/83/ES — Pogoji, ki jih morajo izpolnjevati državljani tretjih držav ali osebe brez državljanstva, ki so zaprosili za priznanje statusa begunca — Pomen preganjanja — Spolna usmerjenost“

1. Ti predlogi za sprejetje predhodne odločbe, ki jih je vložilo Raad van State (Nizozemska), se nanašajo na tri državljane tretjih držav, ki so zaprosili za status begunca. Vsak od njih se sklicuje na utemeljen strah pred preganjanjem na podlagi spolne usmerjenosti.
2. Nacionalno sodišče postavlja tri vprašanja glede obravnavanja prošenj za pridobitev statusa begunca v skladu z določbami poglavja III Direktive Sveta 2004/83/ES (v nadaljevanju: Direktiva)² Prvič, ali homoseksualno usmerjeni državljani tretjih držav tvorijo določeno družbeno skupino v smislu člena 10(1)(d) Direktive? Drugič, kako naj nacionalni organi ocenijo, kaj je dejanje preganjanja v zvezi s homoseksualnimi dejavnostmi za namene člena 9 Direktive? Tretjič, ali kaznivost teh dejavnosti v izvorni državi prosilca z možnostjo zaporne kazni v primeru obsodbe pomeni preganjanje v smislu Direktive?

Pravni okvir

Konvencija o statusu beguncev

3. Prvi pododstavek člena 1(A)(2) Konvencije o statusu beguncev (v nadaljevanju: Ženevska konvencija)³ določa, da se izraz „begunec“ uporablja za vsako osebo, ki „se zaradi utemeljenega strahu pred preganjanjem, osnovanem na rasi, veri, narodni pripadnosti, pripadnosti določeni družbeni skupini ali določenem političnem prepričanju, nahaja izven države, katere državljan je, in ne more, ali zaradi takšnega strahu noče uživati varstva te države, ali osebo, ki nima državljanstva, in se nahaja izven države, kjer je imela običajno prebivališče, pa se zaradi takšnih dogodkov ne more ali noče zaradi omenjenega strahu vrniti v to državo“.

1 — Jezik izvirnika: angleščina.

2 — Direktiva Sveta 2004/83/ES z dne 29. aprila 2004 o minimalnih standardih glede pogojev, ki jih morajo izpolnjevati državljani tretjih držav ali osebe brez državljanstva, da se jim prizna status begunca ali osebe, ki iz drugih razlogov potrebuje mednarodno zaščito, in o vsebini te zaščite (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 19, zvezek 7, str. 96).

3 — Podpisana 28. julija 1951 v Ženevi (*Recueil des traités des Nations unies*, zv. 189, str. 150, št. 2545 (1954)), veljati je začela 22. aprila 1954. Dopolnjena in spremenjena je bila s Protokolom o statusu beguncev, sklenjenim 31. januarja 1967 v New Yorku, ki je začel veljati 4. oktobra 1967. S poimenovanjem „Ženevska konvencija“ se sklicujem na oba instrumenta skupaj.

Pravo Evropske unije

Listina o temeljnih pravicah

4. Člen 7 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina)⁴ določa: „[v]sakdo ima pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, stanovanja ter komunikacij“. V členu 21 Listine je prepovedana diskriminacija na podlagi med drugim spolne usmerjenosti. Člen 52(3) Listine določa, da je treba te pravice razlagati skladno z ustreznimi pravicami, zagotovljenimi z Evropsko konvencijo o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju: EKČP).⁵

Direktiva

5. Direktiva je eden od ukrepov za uresničevanje skupnega evropskega azilnega sistema.⁶ Ta sistem je osnovan na izvajanju Ženevske konvencije, ki je temelj mednarodne pravne ureditve za zaščito beguncev.⁷ Z Direktivo se želijo uveljaviti minimalni standardi in skupna merila vseh držav članic za priznavanje in vsebino statusa begunca,⁸ ugotavljanje, katere osebe resnično potrebujejo mednarodno zaščito,⁹ ter pošten in učinkovit azilni postopek. Direktiva pri tem spoštuje pravice, svoboščine in načela, priznana z Listino.¹⁰ V uvodni izjavi 21 preambule Direktive je navedeno: „Prav tako je treba uvesti skupni koncept ‚pripadnosti določeni družbeni skupini‘ kot razlog za preganjanje.“

6. Člen 2(c) Direktive določa: „begunec‘ pomeni državljan tretje države, ki se zaradi utemeljenega strahu pred preganjanjem zaradi rasne, verske, nacionalne pripadnosti, političnega prepričanja ali pripadnosti določeni družbeni skupini nahaja izven države, katere državljan je, in ne more ali zaradi tega strahu noče izkoristiti zaščite te države, ali osebo brez državljanstva, ki se nahaja izven prejšnje države stalnega prebivališča zaradi enakih razlogov, kot so navedeni zgoraj, in se zaradi tega strahu noče vrniti vanjo, in za katero se ne uporablja člen 12“.

7. Države članice lahko uvedejo ugodnejša pravila za ugotavljanje, kdo izpolnjuje pogoje za status begunca, če so ta skladna z Direktivo.¹¹ Člen 4 določa pravila za obravnavanje prošelj za mednarodno zaščito.¹² Člen 4(3) Direktive določa, da se obravnava prošnje za mednarodno zaščito izvede v vsakem posameznem primeru posebej. Člen 6 vsebuje ponazorilni seznam „subjektov preganjanja“, vključno z državo in nedržavnimi subjekti.

4 — UL 2010, C 83, str. 389.

5 — Ustrezne pravice so določene v členih 8 in 14 EKČP. Člen 8 ščiti pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja. Člen 14 določa, da je treba uživanje pravic in svoboščin, določenih z EKČP, zagotoviti brez razlikovanja glede na spol, raso, barvo kože, jezik, vero, politično ali drugo prepričanje, narodnostni ali socialni izvor, pripadnost narodni manjšini, lastnino, rojstvo ali kakšne druge okoliščine.

6 — Glej uvodni izjavi 1 in 2 v preambuli in člen 1 Direktive.

7 — Glej uvodno izjavo 3 preambule Direktive. Glej tudi uvodno izjavo 15, v kateri je navedeno, da posvetovanja z visokim komisarjem Združenih narodov za begunce lahko prinesejo dragocene napotke državam članicam pri določanju statusa begunca skladno s členom 1 Ženevske konvencije.

8 — Glej uvodno izjavo 4 preambule Direktive.

9 — Glej uvodne izjave 6, 16 in 17 preambule Direktive.

10 — Glej uvodno izjavo 10 preambule Direktive.

11 — Glej člen 3 Direktive.

12 — Sodišče trenutno obravnava tri zadeve (združene zadeve od C-148/13 do C-150/13, A, B in C) glede razlage člena 4 Direktive in skupnih meril za preverjanje verodostojnosti zatrjevane spolne usmerjenosti prosilca.

8. Člen 9(1) Direktive določa:

„Dejanja preganjanja v smislu člena 1A Ženevske konvencije morajo:

- (a) biti dovolj resne narave ali dovolj ponavljajoča, da predstavljajo hudo kršitev temeljnih človekovih pravic, zlasti pravic, od katerih odstopanja niso mogoča po členu 15(2) [EKČP]; ali
- (b) predstavljati akumulacijo različnih ukrepov, vključno s kršitvami človekovih pravic, ki je dovolj huda, da vpliva na posameznika na podoben način, kot je opisano v točki (a).¹³

9. Člen 9(2) določa:

„Dejanja preganjanja, opredeljena v odstavku 1, imajo lahko med drugim naslednje oblike:

[...]

- (c) pregon ali kazen, ki je nesorazmerna ali diskriminatorna;

[...]“

10. Člen 9(3) določa: „Skladno s členom 2(c) mora obstajati povezava med razlogi iz člena 10 in dejanji preganjanja, kot so določena v odstavku 1.“

11. Naslov člena 10 je „Razlogi za preganjanje“. Člen 10(1)(d) določa:

„skupina šteje za določeno družbeno skupino zlasti v naslednjih primerih:

- kadar je članom te skupine skupna prirojena lastnost ali skupno poreklo, ki je nespremenljivo, ali značilnost ali prepričanje, ki je tako temeljnega pomena za identiteto ali zavedanje, da se osebe ne sme prisiliti, naj se mu odreče, in
- kadar ima skupina v ustrezni državi različno identiteto, saj jo družba, ki jo obkroža, dojema kot različno;

v odvisnosti od okoliščin v izvorni državi lahko določena družbena skupina zajema skupino, ki temelji na skupni lastnosti spolne usmerjenosti. Spolne usmerjenosti se ne sme razumeti kot nečesa, kar vključuje dejanja, ki po nacionalnem pravu držav članic veljajo za kazniva. Vidiki, povezani s spolom, se lahko upoštevajo, ne da bi sami po sebi pomenili predpostavko za uporabo tega člena“.

Nacionalno pravo

12. V skladu z Vreemdelingenwet 2000 (zakon o tujcih iz leta 2000, v nadaljevanju: Vw 2000) lahko pristojni minister (v nadaljevanju: minister)¹⁴ prošnji za izdajo dovoljenja za začasno prebivanje (status begunca) ugotovi, jo zavrne ali je ne obravnava. Dovoljenje za začasno prebivanje je mogoče izdati tujcu, ki je begunec v smislu Ženevske konvencije.

13 — Pravice, od katerih odstopanja niso mogoča, iz člena 15(2) EKČP so pravica do življenja (člen 2), prepoved mučenja in prepoved suženjstva in prisilnega dela (člena 3 in 4) ter pravica posameznika, da se ga ne kaznuje brez ustreznega predhodnega sodnega postopka (člen 7).

14 — Pristojni minister na dan predložitve prošnje je bil Minister voor Immigratie en Asiel. Njegov spremenjeni naziv se glasi Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel.

13. Vreemdelingencirculaire 2000 (okrožnica o izvajanju zakona o tujcih iz leta 2000, v nadaljevanju: okrožnica) vsebuje smernice, ki jih je minister določil za izvajanje Vw 2000. V okrožnici sta navedeni uveljavljena politika in sodna praksa, da se preganjanje zaradi pripadnosti določeni družbeni skupini v smislu člena 1(A) Ženevske konvencije, razume tudi kot preganjanje zaradi spolne usmerjenosti. Prošnje za status begunca, ki temeljijo na takem razlogu, se ocenijo ob posebnem upoštevanju položaja prosilca v njegovi izvorni državi. Če so v izvorni državi prosilca za homoseksualnost ali izražanje spolne usmerjenosti zagrožene kazenske sankcije, je potrebna določena raven strogosti veljavne kazni. Na splošno zgolj globa ne bi zadoščala za ugotovitev, da je treba status begunca avtomatično odobriti. Zgolj dejstvo, da se v izvorni državi prosilca homoseksualnost ali homoseksualna dejanja kaznujejo, ne pomeni, da je treba status begunca avtomatično priznati. Prosilec mora verjetno izkazati, da ima osebno utemeljen razlog za strah pred preganjanjem. Od homoseksualnih prosilcev se ne pričakuje, da ob vrnitvi v izvorno državo skrivajo spolno usmerjenost.

Dejansko stanje, postopek in vprašanja za predhodno odločanje

14. Imena prosilcev v postopku v glavni stvari so bila zaradi zagotavljanja anonimnosti spremenjena v X, Y in Z. X je državljan Sierre Leone, Y Ugande, Z pa Senegala.

15. V Sierri Leone so homoseksualna dejanja kazniva v skladu s členom 61 zakona iz leta 1861 o kaznivih ravnanjih zoper osebo (Offences against the Person Act 1861), zanje pa je zagrožena zaporna kazen od najmanj 10 let do dosmrtnega zapor. V Ugandi je v skladu s členom 145 kazenskega zakonika iz leta 1950 (Penal Code Act 1950) osebi, krivi za kaznivo dejanje, opisano kot „spolno občevanje v nasprotju z naravnim redom“, zagrožena zaporna kazen. Najdaljša kazen je dosmrtna. Senegalski organi kaznujejo homoseksualna dejanja. V skladu s členom 319(3) kazenskega zakonika (Code Pénale) sta za določena homoseksualna dejanja zagroženi zaporna kazen od enega do pet let ter denarna kazen od 100.000 XOF¹⁵ do 1.500.000 XOF (približno od 150 do 2 000 EUR).

16. Minister je v vseh treh primerih zavrnil začetne prošnje za dovoljenje za prebivanje (status begunca) v skladu z Vw 2000. Vsi trije prosilci so se zoper te odločbe pritožili. X in Z sta se pritožila pri Rechtbank. Y je zaprosil začasne ukrepe. X in Y sta s pritožbo uspela. Pritožba Z pri Rechtbank je bila zavrnjena.

17. Minister se je v zadevah X in Y pritožil pri Raad van State. Tudi Z se je pritožil pri tem sodišču.

18. Homoseksualna usmerjenost prosilca v nobeni od treh zadev ni sporna.¹⁶

19. Zato je Raad van State Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

- „1. Ali homoseksualno usmerjeni tujci tvorijo določeno družbeno skupino v smislu člena 10(1)(d) [Direktive]?
2. Če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen: katera homoseksualna dejanja spadajo na področje uporabe Direktive in ali lahko preganjanje zaradi teh dejanj, če so izpolnjeni drugi pogoji, vodi do priznanja statusa begunca? To vprašanje zajema ta podvprašanja:
 - (a) Ali je mogoče od homoseksualnih tujcev pričakovati, da v izvorni državi spolno usmerjenost skrivajo pred vsakomer, zato da se izognejo preganjanju?

15 — Zahodnoafriški CFA-frank (BCEAO).

16 — Visoki komisariat Združenih narodov za begunce (v nadaljevanju: UNHCR) je v svojih stališčih zajel lezbijke, geje, biseksualce, transseksualce in obojespolnike ter za ponazoritev širokega pomena izraza „spolna usmerjenost“ uporabil akronim „LGBTQ“. Ker pa postopek v glavni stvari zadeva tri homoseksualne prosilce za status begunca moškega spola, sem v teh sklepnih predlogih ohranila navedeni opis.

- (b) Če je odgovor na prejšnje vprašanje nikalen, ali je mogoče od homoseksualnega tujca pričakovati, da se v izvorni državi zadržuje pri izživiljanju spolne usmerjenosti, zato da se izogne preganjanju, in če je tako, koliko? Ali je v zvezi s tem mogoče od homoseksualcev pričakovati večjo zadržanost kot od heteroseksualcev?
- (c) Če je glede tega mogoče razlikovati med izražanjem, ki se nanaša na jedro spolne usmerjenosti, in tistim, ki se na to ne nanaša, kako je treba razumeti jedro spolne usmerjenosti in kako ga je mogoče določiti?
3. Ali že zgolj dejstvo, da se homoseksualne dejavnosti na podlagi [zakona Sierre Leone iz leta 1861 o kaznivih ravnanjih zoper osebo, kazenskega zakonika Ugande in kazenskega zakonika Senegala (Offences against the Person Act, Penal Code Act of Uganda in Code Pénale of Senegal)] kaznujejo in je zanje zagrožena zaporna kazen, pomeni dejanje preganjanja v smislu odstavka 1(a) člena 9 Direktive v povezavi z odstavkom 2(c) tega člena? Če ne, v katerih okoliščinah bi to veljalo?

20. Pisna stališča so predložili X, Y in Z, UNHCR, nemška, grška, francoska in nizozemska vlada in vlada Združenega kraljestva ter Komisija, ki so bili vsi (razen Združenega kraljestva) zastopani na obravnavi 11. aprila 2013.

Presoja

Uvodne ugotovitve

21. Vprašanja nacionalnega sodišča se deloma prekrivajo. Pri razlagi členov 9 in 10(1)(d) Direktive je treba spomniti na ta načela.

22. Prvič, iz ustaljene sodne prakse izhaja, da je treba določbe Direktive razlagati ob upoštevanju njene splošne sistematike in namena ter ob spoštovanju Ženevske konvencije in drugih upoštevnihih pogodb, ki so navedene v njeni pravni podlagi (člen 78(1) PDEU).¹⁷ Kot je razvidno iz uvodne izjave 10 Direktive, je treba pri tej razlagi spoštovati tudi pravice, priznane z Listino.¹⁸

23. Drugič, Ženevska konvencija daje okvir in tako nakazuje namen in splošne sistematiko Direktive, ki se na konvencijo pogosto sklicuje. Zato se mora Sodišče, ker je zaproseno za razlago členov 9 in 10(1)(d) Direktive, pri tej razlagi sklicevati na Ženevsko konvencijo.¹⁹

24. Tretjič, niti Ženevska konvencija niti EKČP se izrecno ne sklicujeta na pravico do izražanja spolne usmerjenosti. Sodna praksa Evropskega sodišča za človekove pravice glede spolne usmerjenosti se je razvila v okviru obravnavanja kršitev člena 8 EKČP (pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja) in prepovedi diskriminacije v členu 14 EKČP.²⁰ Zato je treba vprašanja, ki jih je postavilo nacionalno sodišče, preučiti ob upoštevanju načel, ki jih je razvilo Evropsko sodišče za človekove pravice.²¹

17 — Glej sodbo Sodišča z dne 5. septembra 2012 v združenih zadevah Y in Z (C-71/11 in C-99/11, točka 48 in navedena sodna praksa).

18 — Glej sodbo Sodišča z dne 19. decembra 2012 v zadevi Abed El Karem El Kott in drugi (C-364/11, točki 42 in 43 ter navedena sodna praksa).

19 — Glej točko 32 mojih sklepnihi predlogov v zadevi Abed El Karem El Kott in drugi, navedeni v opombi 18 zgoraj.

20 — Sodba z dne 22. oktobra 1981 v zadevi Dudgeon proti Združenemu kraljestvu (Series A št. 45, točke od 60 do 62) glede pravice do zasebnega življenja. Glej sodbo z dne 19. februarja 2013 v zadevi X in drugi proti Avstriji (VS, št. 19010/07, točka 95) glede pravice do družinskega življenja.

21 — Nekateri regionalni instrumenti zagotavljajo pravico do nediskriminacije, kot Afriška listina človekovih pravic in pravic ljudstev. Vendar tako kot v Ženevski konvenciji in EKČP pravica do izražanja spolne usmerjenosti ni izrecno zagotovljena. Glej „Making Love a Crime – Criminalisation of Same-Sex Conduct in Sub-Saharan Africa“, poročilo, ki ga je 25. junija 2013 objavil Amnesty International: www.amnesty.org/en/library/into/AFRO1/001/2013/en.

25. Četrtrič, v tem smislu Ženevska konvencija, tako kot EKČP, ni vklesana v kamen. Gre za živ instrument, ki ga je treba razlagati ob upoštevanju sedanjih razmer in v skladu z razvojem mednarodnega prava.²² Sodna praksa Evropske komisije za človekove pravice v zvezi z različnim obravnavanjem homoseksualnih in heteroseksualnih odnosov glede minimalne starosti za privolitev odraža ta razvoj pristopa pri razlagi EKČP. Tako je Komisija pred letom 1997 menila, da je določitev višje minimalne starosti za privolitev v homoseksualne odnose skladna z EKČP.²³ V zadevi Sutherland proti Združenemu kraljestvu je Komisija ponovno preučila svojo ustaljeno sodno prakso in se od nje odmaknila, saj je odločila, da je ohranjanje višje minimalne starosti za privolitev v homoseksualna dejanja diskriminatorno in pomeni kršitev pravice prosilca do spoštovanja njegovega zasebnega življenja ob upoštevanju sodobnega razvoja dogodkov.²⁴

26. Nazadnje menim, da gre pri samem bistvu vprašanj nacionalnega sodišča za določitev splošnih meril, ki bi se uporabljala pri ugotavljanju, kdo res potrebuje mednarodno zaščito in zaprosi za status begunca v skladu z Direktivo zaradi svoje homoseksualnosti. Kar je izpostavljeno v vprašanju 2, bi lahko opisali bolj kot zadeve pravne politike, ne kot vprašanja zakonske razlage. Zato bom najprej obravnavala vprašanja 1 in 3, ki bolj neposredno izpostavljata nejasnosti glede razlage besedila Direktive, šele potem bom obravnavala vprašanja 2.

Vprašanje 1

27. Nacionalno sodišče želi s prvim vprašanjem izvedeti, ali prosilci za priznanje statusa begunca, ki so homoseksualno spolno usmerjeni, lahko tvorijo določeno družbeno skupino v smislu člena 10(1)(d) Direktive.

28. Vsi, ki so Sodišču predložili stališča (razen Združenega kraljestva, ki te točke ni obravnavalo), se strinjajo, da bi moral biti odgovor na to vprašanje pritrdilen.

29. Tudi sama se strinjam s tem stališčem.

30. Dokazi, ki so bili predloženi nacionalnemu sodišču na prvi stopnji (Rechtbank) v postopku v glavni stvari glede Z, tega sodišča niso prepričali, da so v Senegalu osebe s homoseksualno usmerjenostjo na splošno preganjane ali diskriminirane, tako da je Rechtbank presodilo, da prosilec ne pripada določeni družbeni skupini v smislu člena 10(1)(d) Direktive.²⁵

31. Člen 10 ima dva odstavka. V prvem odstavku so navodila državam članicam, naj pri ocenjevanju *razlogov za preganjanje* upoštevajo določene elemente. Člen 10(1)(d) v tem okviru določa, kaj je zajeto s pojmom določene družbene skupine. V drugem odstavku je obravnavano vprašanje, kako oceniti, ali ima določen prosilec *utemeljen strah pred preganjanjem*. Iz tega sledi, da prosilcu ni treba dokazati, da je v izvorni državi preganjan ali diskriminiran²⁶ (elementi, ki so del člena 10(2)), da bi pokazal pripadnost določeni družbeni skupini (to je, da spada na področje uporabe člena 10(1)(d)).

22 — Glej zadevo Mamatkulov in Askarov proti Turčiji [VS] (pritožbi št. 46827/99 in 46951/99, točka 121, *Reports of Judgments and Decisions* 2005-I) glede EKČP na splošno. Glej točke od 5 do 7 Smernic o mednarodni zaščiti št. 9 z dne 23. oktobra 2012, ki so na voljo na spletni strani www.unhcr.org/509136ca9.html (v nadaljevanju: Smernice UNHCR), v povezavi z Ženevsko konvencijo.

23 — X. proti Zvezni republiki Nemčiji, št. 5935/72, odločba Komisije z dne 30. septembra 1975, točka 2, in Johnson proti Združenemu kraljestvu, št. 10389/83, odločba Komisije z dne 17. julija 1986.

24 — Št. 25186/94, odločba Komisije z dne 1. julija 1997, točke od 58 do 66.

25 — Ta presoja Rechtbank je navedena v predlogu za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Raad van State. Vendar predložitveno sodišče ni navedlo, ali je enakega mnenja kot Rechtbank. Kolikor vem, se je Raad van State sklicevalo na presojo Rechtbank, da bi pojasnilo, zakaj je zaprosilo za smernice za razlago člena 10(1)(d) Direktive. Zato sem v svoji analizi upoštevala presojo Rechtbank.

26 — Rechtbank je morda zavedlo dejstvo, da se druga alineja člena 10(1)(d) sklicuje na skupino, ki ima razločno identiteto, saj jo „družba, ki jo obkroža, dojemata kot različno“. Vendar „dojemati kot različno“ samo po sebi pomeni nevtralnno stanje. Preganjanje ali diskriminacija pa nedvomno ne.

32. Ali so moški homoseksualci lahko „pripadniki določene družbene skupine“ v smislu člena 10(1)(d) Direktive?

33. Drugače kot v Ženevski konvenciji, ki se sklicuje zgolj na „pripadnost določeni družbeni skupini“, se v Direktivi uporablja pojem „spolna usmerjenost“, vendar ni opredeljen. Morda se je zakonodajalec EU izrecno skliceval na pripadnost družbeni skupini zaradi spolne usmerjenosti v členu 10(1)(d) Direktive, ker se je v času, ko je Komisija predložila predlog, vse bolj priznavalo, da so lahko posamezniki na tej podlagi prisiljeni bežati pred preganjanjem in zaprositi za mednarodno zaščito²⁷, čeprav ta razlog ni bil izrecno vključen v Ženevsko konvencijo.²⁸

34. Člen 10(1)(d) se začne: „skupina šteje za določeno družbeno skupino zlasti v naslednjih primerih [...]“, tem besedam pa neposredno sledita dve alineji (prva vsebuje tri možnosti, ki so ločene z besedo „ali“). Alineji sta povezani z besedo „in“, kar pomeni, da vsebujeta kumulativne pogoje, ki morajo biti izpolnjeni. Vendar besedilo potem (izrecno) navaja: „v odvisnosti od okoliščin v izvorni državi lahko določena družbena skupina zajema skupino, ki temelji na skupni lastnosti spolne usmerjenosti [...]“

35. Če pogledam to besedilo in ga primerjam z alineama, ki sta neposredno pred njim, menim, da je zakonodajalec EU kar najbolj jasno navedel, da so osebe s skupno lastnostjo spolne usmerjenosti dejansko lahko pripadniki določene družbene skupine za namene člena 10(1)(d). Izpolnjujejo zahteve prve alineje (rekla bi, da v vsakem primeru, saj spadajo pod tretjo možnost: skupna jim je „značilnost [...]“, ki je tako temeljnega pomena za identiteto [...], da se osebe ne sme prisiliti, naj se [ji] odreče“. Odvisno od okoliščin v izvorni državi lahko izpolnjujejo tudi zahtevo druge alineje (da „ima skupina v ustrezni državi razločno identiteto, saj jo družba, ki jo obkroža, dojema kot različno“). Pri vprašanju, ali izpolnjujejo zahteve druge alineje ali ne, je potrebna ocena pravnih pravil ter družbenih in kulturnih običajev v izvorni državi prosilca. To morajo ugotoviti pristojni nacionalni organi na podlagi dejstev pod nadzorom nacionalnega sodišča.

36. Glede na navedeno menim, da je treba na prvo vprašanje odgovoriti tako, da prosilci za priznanje statusa begunca, ki so homoseksualno usmerjeni, odvisno od okoliščin v njihovi izvorni državi, lahko tvorijo določeno družbeno skupino v smislu člena 10(1)(d) Direktive 2004/83. Nacionalno sodišče je tisto, ki bo ocenilo, ali ima taka skupina „razločno identiteto“ v izvorni državi posameznega prosilca, „saj jo družba, ki jo obkroža, dojema kot različno“, za namene druge alineje navedene določbe.

Vprašanje 3

37. Nacionalno sodišče želi s tretjim vprašanjem izvedeti, ali kaznivost homoseksualnih dejanj in možnost zaporne kazni v primeru obsodbe pomenita dejanje preganjanja v smislu člena 9 Direktive.

38. V nacionalnih postopkih so bila v zvezi z vsemi tremi prosilci ugotovljena določena dejstva. Glede X, homoseksualnost sama po sebi v Sierr Leone ni kazniva, vendar so nekatera homoseksualna dejanja predmet kazenskih sankcij. Glede Y, v Ugandi je homoseksualnost sama po sebi kazniva.²⁹ Glede Z, zdi se, da v Senegalu homoseksualnost sama po sebi ni kazniva, vendar so nekatera homoseksualna dejanja predmet kazenskih sankcij.³⁰

27 — Glej COM(2001) 510 final, zlasti del 3.

28 — Smernice UNHCR se zdaj sklicujejo na Načela iz Yogyakartate o uporabi mednarodnega prava človekovih pravic za področje spolne usmeritve in spolne identitete, ki so bila sprejeta leta 2007. V odstavku 4 preambule Načel iz Yogyakartate je navedeno, da se „spolna usmerjenost“ nanaša na „zmožnost osebe za globoko čustveno naklonjenost in spolno privlačnost do posameznikov drugega spola, istega spola ali več kot enega spola ter za intimne spolne odnose z njimi“.

29 — V zadevah X in Y so te ugotovitve na prvi stopnji (ugotovitve Rechtbank in sodnika, ki je obravnaval prošnjo za začasne ukrepe) navedene v predlogih za sprejetje predhodne odločbe Raad van State. Vendar predložitveno sodišče ni navedlo, ali je enakega mnenja kot sodišči na prvi stopnji. Po mojem razumevanju se je Raad van State skliceval na te ugotovitve, da bi pojasnilo, zakaj je zaprosilo za smernice za razlago člena 9(1) Direktive, zato sem jih upoštevala v svoji presoji.

30 — Glej točko 15 zgoraj.

39. Ker ni sporno, da so trije prosilci homoseksualci, v teh sklepnih predlogih nisem razlikovala med stanjem v Ugandi (za katero je bilo ugotovljeno, da je tam homoseksualnost sama po sebi kazniva) in Sierru Leone ali Senegalom (kjer so nekatera homoseksualna dejanja predmet kazenskih sankcij).³¹

40. X, Y in Z trdijo, da je treba člen 9 Direktive razlagati tako, da je kaznivost homoseksualnih dejavnosti sama po sebi dejanje preganjanja. Komisija, vlade držav članic, ki so predložile stališča, in UNCHR deloma podpirajo nasprotno stališče.

41. V Evropski uniji se je pristop spremenil, saj za zakonodajo, po kateri so homoseksualna dejanja v zasebni sferi med odraslimi, ki vanje privolijo, kazniva in predmet sankcij, zdaj velja, da je v nasprotju z EKČP.³² Zato je jasno, da bi danes taki ukrepi v državah članicah pomenili kršenje posameznikovih temeljnih pravic, ne glede na to, ali se jih dejavno uporablja ali ne. Vendar pa cilj Direktive ni zagotovitev zaščite vsakokrat, ko posameznik v svoji izvorni državi ne more popolno in učinkovito uveljavljati jamstev, ki jih priznava Listina ali EKČP. Če povem drugače: cilj ni izvažati te standarde.³³ Cilj je omejitev priznanja statusa begunca na tiste posameznike, ki so izpostavljeni nevarnosti hudega odrekanja ali sistematičnega kršenja njihovih najbolj temeljnih pravic in katerih življenje v njihovi izvorni državi je postalo neznosno.

42. Ali nekaj, kar bi bila kršitev temeljne pravice v EU, nujno pomeni dejanje preganjanja v smislu člena 9(1) Direktive?

43. Člen 9(1) določa: „[d]ejanja preganjanja v smislu člena 1A Ženevske konvencije morajo (a) biti dovolj resne narave ali dovolj ponavljajoča, da predstavljajo hudo kršitev temeljnih človekovih pravic, [...] ali (b) predstavljati akumulacijo različnih ukrepov, vključno s kršitvami človekovih pravic, ki je dovolj huda, da vpliva na posameznika na podoben način, kot je opisano v točki (a)“. Iz teh sklicevanj na „dovolj resno naravo“, „hudo kršitev“ in „akumulacijo [...], ki je dovolj huda“ izhaja, da vsaka kršitev človekovih pravic (naj bo še tako odvrtna) ne bo veljala za „dejanje preganjanja“ za namene člena 9. Dejansko se ponazorilni seznam dejanj preganjanja iz člena 9(2) izrecno sklicuje na standard, določen v členu 9(1), saj navaja, da lahko „[d]ejanja preganjanja, *opredeljena v odstavku 1*“³⁴, med drugim vključujejo tista dejanja, ki so zajeta v točkah od (a) do (f). V členu 9(3) je še pojasnjeno, da mora obstajati povezava med razlogi za preganjanje (člen 10) in dejanji preganjanja, kot so določena v členu 9(1).

44. Konceptualna težava nastane, ker bi bil, kadar je z Listino ščitena temeljna svoboščina, *vsak* pregon ali kaznovanje osebe zaradi uresničevanja te svoboščine, v EU, po definiciji „nesorazmeren“. Zato menim, da je treba sklicevanje v členu 9(2)(c) na „pregon ali kazen, ki je nesorazmerna ali diskriminatorna“ – kar je dejanje preganjanja iz neizčrpnega seznama, ki se zdi najpomembnejše za ta postopek – razumeti kot „pregon ali kazen, ki sta stroga ali diskriminatorna“.

31 — Kot razumem, imajo nizozemski organi v okrožnici podobno stališče: glej točko 13 zgoraj.

32 — Poleg zadeve Dudgeon, navedene v opombi 20 zgoraj, sta dobro znani sodbi z dne 26. oktobra 1988 v zadevi Norris proti Irski (Series A, št. 142) in z dne 22. aprila 1993 v zadevi Modinos proti Cipru (Series A, št. 259). Zadevna nacionalna zakonodaja v zadevi Modinos je bila nedavno preklicana (leta 1997). Glej tudi sodno prakso Evropske komisije za človekove pravice glede diskriminacije in starosti za privolitev v homoseksualna in heteroseksualna dejanja, omenjeno v točki 5 ter opombah 23 in 24 zgoraj.

33 — F. proti Združenemu kraljestvu (št. 17341/03, točka 3) in I.I.N. proti Nizozemski (št. 2035/04). Tak izvoz bi se dejansko lahko štel za obliko humanitarnega ali kulturnega imperializma.

34 — Moj poudarek.

45. Menim, da bi morali nacionalni organi pri ugotavljanju, ali so – na tej podlagi – dejanja, ki prepovedujejo izražanje spolne usmerjenosti, dejanja preganjanja v smislu člena 9(1), zlasti upoštevati (i) dokaze v zvezi z uporabo kazenskih določb v izvorni državi prosilca, na primer ali organi dejansko sprožijo kazenski pregon zoper posameznike in jih preganjajo, (ii) ali se izvršujejo kazenske sankcije in, če se, kako stroge so te sankcije v praksi, ter (iii) informacije o družbenih praksah in običajih v izvorni državi na splošno.³⁵

46. Pri presoji prošnje za priznanje statusa begunca se uporabi preizkus, ali neki dogodek oziroma neko kopičenje dogodkov kaže na utemeljen strah prosilca, da mu v primeru vrnitve v izvorno državo verjetno ne bodo priznane temeljne človekove pravice.³⁶

47. Kazenske sankcije, ki imajo za posledico dolgotrajno zaporno kazen zaradi izražanja spolne usmerjenosti, bi lahko pomenile kršitev člena 3 EKČP (prepoved nečloveškega ali ponižujočega ravnanja ali kaznovanja) in bi bile tako dovolj stroge, da bi pomenile hudo kršitev temeljnih človekovih pravic za namene člena 9(1) Direktive.

48. S tega vidika je jasno (čeprav ni podrobnih informacij o značilnostih kaznivih dejanj prosilcev v postopku v glavni stvari in specifičnih kaznih, ki so običajno naložene za ta kazniva dejanja), da sankcije, naložene v Sierr Leone, Ugandi in Senegal, na splošno lahko potencialno pripeljejo do kazni, ki je „nesorazmerna“ v smislu člena 9(2)(c) Direktive. Res je, da predpisane sankcije za storitev nekaterih homoseksualnih dejanj v Senegal niso tako stroge kot tiste v Sierr Leone ali Ugandi. Nacionalno sodišče bi moralo, preden ugotovi, da zato ni dosežen prag za dejanje preganjanja iz člena 9(1) Direktive, upoštevati tveganje enkratnega ali ponavljajočega se pregona in naložene kazni, če je pregon uspešen.

49. Tako morajo na splošno nacionalni organi, potem ko se prepričajo, ali določeni prosilec zaradi svoje spolne usmerjenosti velja za pripadnika določene družbene skupine v smislu člena 10(1)(d), dalje preučiti, ali so okoliščine v njegovi izvorni državi take, da bi lahko prišlo do dejanj preganjanja v smislu člena 9(1). V ta namen morajo oceniti, ali se za tiste, ki so ali domnevno so pripadniki zadevne družbene skupine, uporabljajo represivni ukrepi;³⁷ ali se ti ukrepi izvršujejo in kako stroge so naložene sankcije ter ali ima prosilec – posledično – utemeljen strah pred preganjanjem. Seveda mora biti odločanje nacionalnih organov o teh zadevah predmet nadzora nacionalnih sodišč, da se zagotovi pravilna uporaba meril, določenih v Direktivi.

50. Glede na navedeno menim, da je treba na tretje predloženo vprašanje odgovoriti tako, da kaznivost dejavnosti same po sebi ne pomeni dejanja preganjanja za namene člena 9(1) Direktive. Pravzaprav morajo pristojni nacionalni organi – ob upoštevanju okoliščin, ki veljajo za izvorno državo prosilca, zlasti v zvezi s (i) tveganjem in pogostostjo pregona, (ii) strogostjo običajno naložene sankcije v primeru uspešnega pregona in (iii) kakršnimi koli drugimi ukrepi in družbenimi praksami, ki se jih prosilec lahko utemeljeno boji – oceniti, ali bo posamezni prosilec verjetno podvržen dejanjem, ki so dovolj resne narave ali dovolj ponavljajoča, da predstavljajo hudo kršitev človekovih pravic, ali akumulaciji različnih ukrepov, vključno s kršitvami človekovih pravic, ki je dovolj huda, da vpliva na posameznika na podoben način.

35 — Če se na primer odvrta od izražanja spolne intimnosti v javnosti med heteroseksualnimi odraslimi in se ga kaznuje po kazenskem pravu, zgolj uporaba istih pravil za homoseksualne odrasle ne bi pomenila dejanja preganjanja. Položaj pa bi bil drugačen, če bi zakonodajalci dejavno izvrševali zoper homoseksualce, zoper heteroseksualce pa ne. Glej točko 75 spodaj.

36 — Glej združeni zadevi Y in Z, navedeni v opombi 1717 zgoraj, točki 53 in 54.

37 — Glej člena 9(3) in 10(2).

Vprašanje 2

51. Z drugim vprašanjem želi nacionalno sodišče pojasniti, ali – če naj se homoseksualnega prosilca obravnava kot pripadnika določene družbene skupine za namene člena 10(1)(d) Direktive – obstajajo določene homoseksualne dejavnosti, ki spadajo na področje uporabe Direktive, zaradi katerih je treba priznati status begunca.

52. Nacionalno sodišče je postavilo še vrsto podvprašanj³⁸ glede splošnih meril, ki bi se lahko uporabljala pri ugotavljanju, kdo izpolnjuje pogoje za begunca. Sprašuje, prvič – v kolikšnem obsegu je javno ali zasebno izražanje homoseksualne usmerjenosti zaščiten s členom 10(1)(d) Direktive? Drugič, ali je mogoče od prosilca pričakovati, da skriva spolno usmerjenost, zato da se izogne preganjanju v izvorni državi? Tretjič, ali se od njega lahko pričakuje, da se bo zadrževal pri izživljanju spolne usmerjenosti, in če je tako, koliko? Četrtrič, kaj naj bi potem razumeli kot jedro spolne usmerjenosti? Nazadnje, ali pravo EU na splošno oziroma Direktiva specifično nasprotuje razlikovanju glede zaščite, do katere so upravičeni tuji državljani, odvisno od njihove homoseksualne ali heteroseksualne spolne usmerjenosti?

53. Preden se posvetim tem podvprašanjem, je potrebnih več uvodnih ugotovitev.

54. Prvič, nacionalno sodišče želi pri tem predvsem prejeti pojasnila, kako opraviti podrobno oceno, ki jo zahtevata člena 9 in 10 Direktive. Člen 10(1)(d) določa izrecno ločnico glede tega, kaj je lahko družbena skupina, ki temelji na skupni lastnosti spolne usmerjenosti, saj jasno navaja, da „se [spolne usmerjenosti] ne sme razumeti kot nečesa, kar vključuje dejanja, ki po nacionalnem pravu držav članic veljajo za kazniva“. Tako na primer spolna usmerjenost, v okviru katere je prosilec sodeloval pri obveznem pohabljanju spolovil njegove spolne partnerice, da bi bila „vredna“ spolnih odnosov z njim, ne bi izpolnjevala pogojev za zaščito v skladu s členom 10(1)(d). Člen 9 vsebuje opredelitev (člen 9(1)(a) in (b)), ki ji sledita neizčrpen seznam (člen 9(2)) ter zahteva, da mora obstajati povezava med razlogi in dejanji preganjanja (člen 9(3)), vendar pušča odprto, kaj se lahko šteje kot dejanje preganjanja.

55. Drugič, ni čisto jasno, kako se postavljena podvprašanja nanašajo na vprašanja, postavljena v postopku v glavni stvari. Prej se zdi, da nacionalno sodišče prosi za nasvet, kako se lahko Direktiva uporablja na splošno. To je zunaj pristojnosti Sodišča v postopku predhodnega odločanja.³⁹

56. Tretjič, na bolj pragmatični ravni, nacionalno sodišče pojasnjuje, da po mnenju nizozemskih organov homoseksualne dejavnosti zaslužijo enako zaščito kot heteroseksualne dejavnosti. Vendar menim, da dejavnosti prosilca ne bi smele biti osrednja točka presoje. Člena 9 in 10 v bistvu ne obravnavata vedenja osebe, ki zaprosi za status begunca. Pravzaprav obravnavata morebitna dejanja preganjanja in razloge zanj, to je dejavno ravnanje morebitnih subjektov preganjanja, ne pa vsakodnevnega vedenja morebitne žrtve.

57. Četrtrič, pri taki presoji je seveda treba upoštevati morebitne omejitve, ki so veljale za prosilca, preden je zapustil izvorno državo. Vendar je enako pomembno preučiti razpoložljive dokaze, da se oceni verjetnost, ali bo prosilec podvržen dejanjem preganjanja, če se vrne. Tako se postavlja vprašanje, ali gre pri prosilcu za utemeljen strah, da mu bodo hudo kršene temeljne človekove pravice. Na tako vprašanje ni mogoče odgovoriti izključno s preučevanjem dejanj, ki so se zgodila, preden je prosilec zapustil izvorno državo.

38 — Ta podvprašanja sem prerazporedila, da bi ločila različna vprašanja, ki jih je postavilo nacionalno sodišče.

39 — Sodba z dne 16. decembra 1981 v zadevi Foglia proti Novello (244/80, Recueil, št. 3045, točke od 18 do 20).

58. Petič, zdi se, da vprašanja nacionalnega sodišča temeljijo na premisi, da imajo homoseksualni prosilci za priznanje statusa begunca, ki se opirajo na člen 10(1)(d), na voljo izbiro (in morda celo odgovornost), da se v zadevnih izvornih državah obnašajo tako, da se zmanjšuje tveganje za dejanja preganjanja zaradi njihove spolne usmerjenosti. Tako razmišljanje bi zavrnila, saj nasprotuje njihovi pravici do spoštovanja njihove spolne identitete.

59. V skladu s temi okoliščinami se bom lotila preučevanja različnih podvprašanj, ki jih je postavilo nacionalno sodišče.

60. O prvem podvprašanju – ali se za namene Direktive razlikuje med izražanjem homoseksualne usmerjenosti prosilca v zasebni ali v javni sferi?

61. V besedilu Direktive ni takega razlikovanja. Zato se zdi, da tako razlikovanje ni pomembno za kakršno koli ugotavljanje, ali gre za dejanje preganjanja v smislu člena 9(1) Direktive. Ustreznejši vprašanji sta, ali prosilec zaradi svoje spolne usmerjenosti pripada družbeni skupini za namene člena 10(1)(d) ter ali obstaja povezava iz člena 9(3) med tem „razlogom preganjanja“ in dejanjem ali dejanji preganjanja iz člena 9(1).

62. Dalje, nacionalno sodišče sprašuje, ali je mogoče od prosilcev za priznanje statusa begunca pričakovati, da v izvorni državi skrivajo svojo spolno usmerjenost oziroma se zadržujejo pri njenem izživljanju. Iz predložitvenega sklepa ni jasno, ali to vprašanje vpliva na način, kako so pristojni nacionalni organi obravnavali te prošnje za azil. Morda želi nacionalno sodišče izvedeti, ali okrožnica v delu, v katerem navaja, da skrivanje ni upoštevno merilo, zgolj odraža norme Direktive ali pa pomeni uporabo ugodnejših standardov s strani države članice, kot jih dopušča člen 3.⁴⁰ Ker so ta vprašanja postavljena abstraktno, Sodišču nanje ni treba odgovoriti. Vendar jih bom zaradi celovitosti kljub temu na kratko obravnavala.

63. Ne zdi se mi, da bi bilo treba od prosilca za status begunca pričakovati, da skriva spolno usmerjenost, zato da se izogne preganjanju v izvorni državi.

64. Taka zahteva ne izhaja niti iz besedila niti iz sistematike Direktive. Dejansko bi bila taka razlaga Direktive sprevržena. To bi pomenilo, da če prosilcu (žrtvi) ni uspelo prikriti spolne usmerjenosti, je bil nekako sam vpleten v lastno nesrečo kot subjekt preganjanja, kar je nezdržljivo s členom 6 Direktive, kot je zasnovan. Zahteva, da bi morali prosilci prikriti svojo spolno usmerjenost, lahko dejansko sama po sebi velja za dejanje preganjanja.

65. Ali bi bilo treba od homoseksualnih prosilcev za status begunca pričakovati, da se bodo vrnili domov in se zadrževali pri izživljanju v izvorni državi?

66. Menim, da ne.

67. Prvič, ni mi jasno, kako bi se tak pogoj konceptualno umestil v sistematiko Direktive (ali Ženevske konvencije). Direktiva določa minimalne standarde glede pogojev, ki jih morajo izpolnjevati državljani tretjih držav ali osebe brez državljanstva, da se jim prizna status begunca (člen 1). Da bi se ocenilo, ali določeni prosilec izpolnjuje te minimalne standarde, država članica obravnava dejstva in okoliščine (člen 4), da ugotovi, ali je prosilec podvržen ali izpostavljen preganjanju ali resni škodi (kot je opredeljeno v členu 9) zaradi določenih posebnih razlogov za preganjanje (kot so opredeljeni v členu 10). Če se prosilec utemeljeno boji takega preganjanja, ima pravico do priznanja statusa begunca. V tej sistematiki ni mogoče najti ničesar v podporo predlogu, da se je potrebi po priznanju statusa begunca mogoče izogniti, če bi prosilec le „prenehal izživati“ subjekte preganjanja s tem, da je, kar je.

40 — Glej točko 13 zgoraj.

68. Drugič, res je, da oseba, ki zaprosi za azil zaradi svoje spolne usmerjenosti, ne more pričakovati, da bo v izvorni državi lahko živela enako, kot bi živela na Nizozemskem.⁴¹ Vendar menim, da bi odločanje o tem, koliko „zadržanosti“ bi bilo (a) potrebne, da bi prosilec lahko varno ostal doma, medtem ko bi bila (b) še vedno ohranjena temeljna pravica, katere zanikanje utemeljuje priznanje statusa begunca, pomenilo postopek, ki bi bil po svoji naravi subjektiven in bi imel verjetno namesto pravne varnosti za posledico samovoljne rezultate. Samo nacionalno sodišče v predložitvenem sklepu navaja, da minister ne more vnaprej določiti stopnje zadržanosti, ki bi jo lahko pričakovali. Iz te ugotovitve po mojem mnenju samo po sebi izhaja, da bi bil tak pristop neizvedljiv v praksi.

69. Tretjič, reči, da bo vse v redu, če se bo prosilec po vrnitvi domov obnašal diskretno, pomeni ignorirati dejansko stanje. Diskretnost ni zanesljiva zaščita pred razkritjem in posledičnim izsiljevanjem ali preganjanjem.

70. Na tej podlagi ni treba odgovoriti na podvprašanje (kaj je „jedro“ spolne usmerjenosti). Vendar zaradi celovitosti dodajam te preudarke.

71. Razumem, da izraz „jedro“ izhaja iz zadev Y in Z, v katerih je Sodišče preučilo, ali so bile temeljne pravice prosilcev kršene z omejitvami, naloženimi glede uresničevanja pravice do verske svobode. Nisem prepričana, da je mogoče ta izraz prenesti v okvir izražanja spolne usmerjenosti. Menim, da posameznik lahko ima spolno usmerjenost ali pa ne.⁴² Ni nobenega „jedra“ ali „središča“, ki bi ga bilo treba kot takega obravnavati. Tako bi težko sprejela, da je mogoče opredeliti jedro izražanja spolne usmerjenosti. Prav tako ne verjamem, da bi moralo Sodišče iti po tej poti.

72. Bolj splošno pa menim, da pri tem analogno velja sklepanje Sodišča v zadevah Y in Z.⁴³ V besedilu členov 9 in 10 Direktive ni podlage za pristop, ki se sklicuje na „jedro“. Člen 9 se sklicuje na pravice iz EKČP, od katerih odstopanja niso mogoča, in to bi moralo biti izhodišče za oceno dejanj preganjanja. Iz ničesar ni mogoče sklepati, da bi se lahko razlikovalo med različnimi vrstami izražanja ali dejansko stopnjami izražanja, ki niso spolna dejanja ali dejanja čustvene naklonjenosti. Tako utemeljen pristop bi po definiciji vodil v samovoljo.

73. Zadnje podvprašanje je, ali pravo EU na splošno oziroma Direktiva specifično nasprotuje razlikovanju glede zaščite, do katere so upravičeni tuji državljani, odvisno od njihove homoseksualne ali heteroseksualne spolne usmerjenosti.

74. Kako naj bi presojali prošnje za priznanje statusa begunca, kadar domnevna dejanja preganjanja veljajo za homoseksualce in heteroseksualce?

75. Recimo, da je v določeni tretji državi prepovedano javno izkazovanje naklonjenosti med dvema osebama (kot je držanje za roke ali poljubljanje) in da skladno z zakonodajo sankcija v primeru obsodbe za tako kaznivo dejanje (odvisno od okoliščin) sega od denarne kazni do bičanja. Zakonodajni ukrep, po katerem je tako vedenje kaznivo in se ga kaznuje, je oblikovan tako, da velja za heteroseksualce in homoseksualce. Recimo, da homoseksualna oseba zbeži iz te države in pride v državo članico EU, v kateri zaprosi za azil. Ne bi bilo takoj očitno, da bi bil tak prosilec preganjan zgolj zaradi svoje spolne usmerjenosti. Vendar, če bi lahko utemeljil, da se je ukrep v praksi redno uporabljal oziroma da so bile najstrožje sankcije izvršene le v primeru homoseksualcev (in da so v praksi heteroseksualci na splošno brez kaznovanja hodili po cesti z roko v roki ali se javno poljubljali oziroma da so bili dosledno deležni le milejših kazni), bi precej verjetneje lahko dokazal, da

41 — Glej na primer sodbo F. proti Združenemu kraljestvu, navedeno v opombi 33 zgoraj.

42 — Za celibat kot namerno (fizično) neizražanje posameznikove spolne usmerjenosti se je mogoče prostovoljno odločiti iz številnih razlogov; ne da pa se ga naložiti brez zanikanja samega obstoja spolne osebnosti.

43 — Glej točke od 38 do 52 in od 62 do 68 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Y. Bota, predstavljenih 19. aprila 2012, v združenih zadevah Y in Z, navedenih v opombi 17 zgoraj.

je bil del določene družbene skupine za namene člena 10(1)(d) Direktive. Potem bi bilo treba preučiti, ali so pregon in sankcije, ki so ob obsodbi običajno naložene homoseksualcu, pomenili dejanje preganjanja v smislu člena 9(1) Direktive (v mojem primeru in po moji presoji bi bil odgovor pritrdilen).

76. Če strnem vse odgovore na različna podvprašanja, ki jih je predložilo nacionalno sodišče, menim, da je treba na drugo predloženo vprašanje odgovoriti tako, da morajo pristojni organi države članice pri ocenjevanju, ali kaznivost izražanja homoseksualnosti kot izraza spolne usmerjenosti pomeni dejanje preganjanja v smislu člena 9(1) Direktive, preučiti, ali bo prosilec verjetno podvržen dejanjem, ali akumulaciji različnih ukrepov, ki so dovolj resne narave ali dovolj ponavljajoča, da predstavljajo hudo kršitev temeljnih človekovih pravic.

Predlog

77. Zato menim, da bi moralo Sodišče na vprašanja, ki jih je predložilo Raad van State, odgovoriti:

1. Homoseksualno usmerjeni prosilci za priznanje statusa begunca lahko, odvisno od okoliščin v njihovi izvorni državi, tvorijo določeno družbeno skupino v smislu člena 10(1)(d) Direktive Sveta št. 2004/83/ES z dne 29. aprila 2004 o minimalnih standardih glede pogojev, ki jih morajo izpolnjevati državljani tretjih držav ali osebe brez državljanstva, da se jim prizna status begunca ali osebe, ki iz drugih razlogov potrebuje mednarodno zaščito, in o vsebini te zaščite. Nacionalno sodišče je pristojno za oceno, ali ima taka skupina „razločno identiteto“ v izvorni državi posameznega prosilca, „saj jo družba, ki jo obkroža, dojema kot različno“, za namene druge alinee navedene določbe.
2. Kaznivost homoseksualnih dejanj sama po sebi ne pomeni dejanja preganjanja za namene člena 9(1) Direktive. Pristojni nacionalni organi morajo ob upoštevanju okoliščin, ki veljajo za izvorno državo prosilca, zlasti v zvezi s:
 - tveganjem in pogostostjo pregona;
 - strogostjo običajno naložene sankcije v primeru uspešnega pregona in
 - kakršnimi koli drugimi ukrepi in družbenimi praksami, ki se jih prosilec utemeljeno boji,oceniti, ali bo posamezni prosilec verjetno podvržen dejanjem, ki so dovolj resne narave ali dovolj ponavljajoča, da predstavljajo hudo kršitev človekovih pravic, ali akumulaciji različnih ukrepov, vključno s kršitvami človekovih pravic, ki je dovolj huda, da vpliva na posameznika na podoben način.
3. Pri ocenjevanju, ali kaznivost izražanja homoseksualnosti kot izraza spolne usmerjenosti pomeni dejanje preganjanja v smislu člena 9(1) Direktive, morajo pristojni organi države članice preučiti, ali bo prosilec verjetno podvržen dejanjem ali akumulaciji različnih ukrepov, ki so dovolj resne narave ali dovolj ponavljajoča, da predstavljajo hudo kršitev temeljnih človekovih pravic.