Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
ELEANOR SHARPSTON
föredraget den 11 juli 2013 [1]

Förenade målen C-199/12–C-201/12

X, Y och Z
mot

Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel

”Direktiv 2004/83/EG — Villkor som ska vara uppfyllda av tredjelandsmedborgare eller statslösa personer som ansöker om flyktingstatus — Innebörd av förföljelse — Sexuell läggning”

1. Respektive begäran om förhandsavgörande från Raad van State (Nederländerna) avser tre tredjelandsmedborgare som har ansökt om flyktingstatus. Samtliga har gjort gällande att de har en välgrundad fruktan för förföljelse på grund av sin sexuella läggning.

2. Den nationella domstolen har ställt tre tolkningsfrågor angående bedömningen av ansökningar om flyktingstatus enligt kapitel III i rådets direktiv 2004/83/EG (nedan kallat direktivet). [2] Den nationella domstolen har sökt klarhet i, för det första, om tredjelandsmedborgare som är homosexuella utgör en särskild samhällsgrupp i den mening som avses i artikel 1.1 d i direktivet, för det andra hur nationella myndigheter ska bedöma vilka handlingar som utgör förföljelse på grund av homosexuella aktiviteter i den mening som avses i artikel 9 i direktivet och för det tredje om en kriminalisering av dessa aktiviteter i sökandens ursprungsland, med risk för att fängelsestraff utdöms om personen fälls, ska betraktas som förföljelse i den mening som avses i direktivet.

Tillämpliga bestämmelser

Konventionen om flyktingars rättsliga ställning

3. Enligt första stycket i artikel 1 A 2 i 1951 års konvention om flyktingars rättsliga ställning (nedan kallad Genèvekonventionen) [3] anges att begreppet ”flykting” ska tillämpas på person som ”i anledning av välgrundad fruktan för förföljelse på grund av sin ras, religion, nationalitet, tillhörighet till viss samhällsgrupp eller politiska åskådning befinner sig utanför det land, vari han är medborgare, samt är

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet (EUT L 304, s. 12).

3 — Undertecknades i Genève den 28 juli 1951 (Förenta nationernas fördragssamling, volym 189, s. 150, nr 2545 (1954)) (nedan kallad Genèvekonventionen) och trädde i kraft den 22 april 1954. Denna konvention kompletterades och ändrades genom protokollet angående flyktingars rättsliga ställning, som antogs i New York den 31 januari 1967 och trädde i kraft den 4 oktober 1967 (konventionen och protokollet kallas nedan gemensamt för Genèvekonventionen).

ur stånd att eller på grund av sådan fruktan, som nyss sagts, icke önskar att begagna sig av sagda lands skydd eller den som, utan att vara medborgare i något land, till följd av händelser som förut sagts befinner sig utanför det land, vari han tidigare haft sin vanliga vistelseort, samt är ur stånd att eller på grund av sådan fruktan, som nyss sagts, icke önskar att återvända dit".

Unionsrätt

Stadgan om de grundläggande rättigheterna

4. Artikel 7 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) har följande lydelse: [4] "Var och en har rätt till respekt för sitt privatliv och familjeliv, sin bostad och sina kommunikationer." Artikel 21 i stadgan förbjuder all diskriminering på grund av bland annat sexuell läggning. I artikel 52.3 i stadgan anges att dessa rättigheter ska tolkas i överensstämmelse med motsvarande rättigheter i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen). [5]

Direktivet

5. Direktivet är en i en rad åtgärder avsedda att införa ett gemensamt europeiskt asylsystem. [6] Detta system grundar sig på genomförande av Genèvekonventionen, som utgör grundstenen i det folkrättsliga systemet för skydd av flyktingar. [7] Syftet med direktivet är att fastställa miniminormer och gemensamma kriterier för alla medlemsstater för att erkänna flyktingar och för innebörden av flyktingstatus, [8] för att fastställa vilka personer som har ett verkligt behov av internationellt skydd, [9] samt för ett rimligt och effektivt asylförfarande. Direktivet står därför i överensstämmelse med de grundläggande rättigheter, friheter och principer som erkänns i stadgan. [10] I skäl 21 i direktivet anges följande: "Det är också nödvändigt att införa ett gemensamt begrepp för förföljelsegrunden 'tillhörighet till viss samhällsgrupp'."

6. Enligt artikel 2 c i direktivet avses med "flykting" "en tredjelandsmedborgare som med anledning av välgrundad fruktan för förföljelse på grund av ras, religion, nationalitet, politisk åskådning eller tillhörighet till viss samhällsgrupp befinner sig utanför det land där han eller hon är medborgare och som inte kan eller på grund av sin fruktan inte vill begagna sig av det landets skydd, eller en statslös person som av samma skäl som nämnts ovan befinner sig utanför det land där han eller hon tidigare hade sin vanliga vistelseort och som inte kan eller på grund av sin fruktan inte vill återvända dit och som inte omfattas av artikel 12".

4 — EUT C 83, 2010, s. 389.

5 — De motsvarande rättigheterna i Europakonventionen finns i artiklarna 8 och 14. Artikel 8 innehåller en rätt till skydd för personers privat- och familjeliv och i artikel 14 garanteras att de fri- och rättigheter som anges i Europakonventionen ska säkerställas utan åtskillnad såsom på grund av kön, ras, hudfärg, språk, religion, politisk eller annan åskådning, nationellt eller socialt ursprung, tillhörighet till nationell minoritet, förmögenhet, börd eller ställning i övrigt.

6 — Se skälen 1 och 2 i direktivet.

7 — Se skäl 3 i direktivet. Se även skäl 15 som anger att samråd med FN:s flyktingkommissariat kan ge medlemsstaterna värdefull vägledning när det gäller att fastställa flyktingstatus enligt artikel 1 i Genèvekonventionen.

8 — Se skäl 4 i direktivet.

9 — Se skälen 6, 16 och 17 i direktivet.

10 — Se skäl 10 i direktivet.

7. Medlemsstaterna får införa förmånligare bestämmelser för att fastställa vem som ska betraktas som flykting, förutsatt att de är förenliga med direktivet.[11] I artikel 4 finns de bestämmelser som ska tillämpas avseende bedömningen av ansökningar om internationellt skydd.[12] I punkt 3 i nämnda artikel anges att denna bedömning ska vara individuell. I artikel 6 finns en exemplifierande lista på ”aktörer som utövar förföljelse”, bland annat stater och grupper som inte företräder staten.

8. I artikel 9.1 i direktivet föreskrivs följande:

”Förföljelse enligt lydelsen i artikel 1 A i Genèvekonventionen måste utgöras av handlingar som

a) är tillräckligt allvarliga till sin natur eller på grund av sin upprepning för att innebära en allvarlig överträdelse av de grundläggande mänskliga rättigheterna, särskilt de rättigheter från vilka det inte går att göra undantag enligt artikel 15.2 i [Europakonventionen], eller

b) är en ackumulation av olika åtgärder, däribland sådana överträdelser av de mänskliga rättigheterna som är tillräckligt allvarliga för att påverka en individ på ett liknande sätt som i punkt a.”[13]

9. Artikel 9.2 har följande lydelse:

”Förföljelse, enligt punkt 1, kan bl.a. ta sig uttryck i

…

c) åtal eller straff som är oproportionerliga eller diskriminerande,

…”

10. I artikel 9.3 anges följande:

”Enligt artikel 2 c måste det finnas ett samband mellan de skäl som anges i artikel 10 och den förföljelse som anges i punkt 1.”

11. Artikel 10 har rubriken ”Skäl till förföljelsen”. I artikel 10.1 d anges följande:

”En grupp skall anses utgöra en särskild samhällsgrupp, särskilt när

— gruppens medlemmar har en gemensam väsentlig egenskap eller en gemensam bakgrund som inte kan ändras, eller består av personer som har en gemensam egenskap eller övertygelse som är så grundläggande för identiteten eller samvetet att de inte får tvingas avsvära sig den,

— gruppen har en särskild identitet i det berörda landet eftersom den uppfattas som annorlunda av omgivningen.

11 — Se artikel 3 i direktivet.

12 — Tre mål pågår för närvarande vid domstolen, de förenade målen C-148/13–C-150/13, A, B och C, avseende tolkningen av artikel 4 i direktivet och de gemensamma förutsättningarna för att göra en trovärdighetsbedömning av en sökandes påstående om viss sexuell läggning.

13 — De undantagslösa rättigheterna enligt artikel 15.2 i Europakonventionen är rätten till livet (artikel 2), förbuden mot tortyr, slaveri och tvångsarbete (artiklarna 3 och 4) samt rätten att inte straffas utan ett vederbörligt rättsligt förfarande (artikel 7).

Beroende på omständigheterna i ursprungslandet kan en särskild samhällsgrupp omfatta en grupp grundad på en gemensam egenskap, t.ex. sexuell läggning. Sexuell läggning får inte tolkas så att det innefattar handlingar som anses brottsliga enligt medlemsstaternas nationella lagstiftning. Könsrelaterade aspekter kan beaktas, utan att dessa i sig ger upphov till en presumtion för denna artikels tillämplighet.”

Nationell rätt

12. Enligt 2000 års utlänningslag (Vreemdelingenwet 2000) (nedan kallad Vw 2000) har den relevanta ministern (nedan kallad ministern)[14] behörighet att bevilja, avslå eller avvisa en ansökan om uppehållstillstånd för en viss tid (flyktingstatus). En utländsk medborgare som betraktas som flykting enligt Genèvekonventionen kan beviljas uppehållstillstånd för bestämd tid.

13. 2000 års riktlinjer för tillämpningen av utlänningslagen (Vreemdelingencirculaire 2000) (nedan kallade riktlinjerna) slår fast det förfarande ministern har inrättat för att genomföra Vw 2000. I riktlinjerna anges att det utgör fast policy och rättspraxis att förföljelse på grund av tillhörighet till viss samhällsgrupp som avses i artikel 1 A i Genèvekonventionen också omfattar förföljelse på grund av sexuell läggning. Ansökningar om flyktingstatus baserade på denna grund bedöms med särskild hänsyn till sökandens ställning i ursprungslandet. Om personer som är homosexuella eller ger uttryck för en sexuell läggning kan bli ålagda straffrättsliga påföljder i sökandens ursprungsland, ska det tillämpliga straffet ha viss svårighetsgrad. Enstaka böter ska i normala fall inte räcka för ett automatiskt beslut att bevilja flyktingstatus. Det faktum att homosexualitet eller homosexuella gärningar är straffbara i sökandens ursprungsland innebär inte automatiskt att flyktingstatus ska beviljas. Sökandena måste lägga fram trovärdiga argument för att de personligen har en välgrundad fruktan för förföljelse. Homosexuella sökande ska inte behöva dölja sin sexuella läggning vid återkomst till ursprungslandet.

Bakgrund, förfarandet och tolkningsfrågorna

14. Identiteten på sökandena i de nationella målen har dolts och sökandena kallas nedan för X, Y och Z. X är medborgare i Sierra Leone, Y i Uganda och Z i Senegal.

15. Homosexuella gärningar utgör brott i Sierra Leone i enlighet med personbrottslagen från 1861 för vilka fängelse kan utdömas med minst 10 år och högst livstid. I Uganda ska, enligt 145 § i strafflagen från 1950, den som gör sig skyldig till ett brott som beskrivs som ”onaturligt könsumgänge” dömas till fängelse på viss tid eller högst livstid. I Senegal har myndigheterna kriminaliserat homosexuella gärningar. Enligt tredje stycket i artikel 319(3) i brottsbalken ska den som befinns vara skyldig till vissa homosexuella gärningar dömas till fängelse i ett till fem år och böter med mellan 100 000 XOF[15] och 1 500 000 XOF (cirka 150–2 000 euro).

16. I samtliga tre mål avslog ministern de ursprungliga ansökningarna om uppehållstillstånd (flyktingstatus) enligt Vw 2000. Sökandena överklagade dessa beslut var och en för sig. X och Z överklagade till Rechtbank och Y framställde yrkande om interimistiska åtgärder. X och Y:s ansökningar bifölls, medan Z:s överklagande till Rechtbank ogillades.

17. Ministern överklagade därefter avgörandena i målen rörande X respektive Y till Raad van State. Z överklagade också till nämnda domstol.

14 — När ansökningarna gjordes var den relevanta ministern Minister voor Immigratie en Asiel. Titeln för denna post har sedermera ändrats till ”Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel”.

15 — Västafrikanska CFA-franc (BCEAO).

18. Det är klarlagt att var och en av sökandena i de förenade målen har homosexuell läggning. [16]

19. Således har den nationella domstolen hänskjutit följande tolkningsfrågor till domstolen för förhandsavgörande:

”1. Utgör utländska medborgare med homosexuell läggning en särskild samhällsgrupp i den mening som avses i artikel 10.1 d i [direktivet]?

2. Om den första frågan ska besvaras jakande, vilka homosexuella gärningar omfattas då av direktivet och kan de innebära att flyktingstatus ska beviljas, om det förekommer förföljelse på grund av dessa gärningar och övriga villkor är uppfyllda? Denna fråga omfattar följande två delfrågor:

   a) Kan det krävas att en utländsk medborgare med homosexuell läggning hemlighåller sin läggning i ursprungslandet för alla och envar för att undgå förföljelse?

   b) Om föregående fråga ska besvaras nekande, kan det då krävas att utländska medborgare med homosexuell läggning ska iaktta återhållsamhet vid utlevelsen av sin läggning i ursprungslandet för att undgå förföljelse, och i så fall i vilken utsträckning? Kan ett mer långtgående krav på återhållsamhet ställas på homosexuella personer än på heterosexuella?

   c) Om det i detta sammanhang kan göras en uppdelning mellan yttringar som tillhör den sexuella läggningens inre kärna och de som inte gör det, hur ska då läggningens inre kärna förstås och på vilket sätt kan den fastställas?

3. Utgör det faktum att homosexuella handlingar är straffbara och kan leda till fängelsestraff, vilket föreskrivs i [Ugandas personbrottslag från 1861, Sierra Leones strafflag och Senegals brottsbalk], en sådan handling som utgör förföljelse i den mening som avses i artikel 9.1 a, jämförd med artikel 9.2 c, i direktivet? Om svaret på frågan är nekande, under vilka omständigheter skulle villkoren för detta då vara uppfyllda?”

20. Skriftliga yttranden har inkommit från X, Y och Z, UNHCR, den franska, den grekiska, den nederländska och den tyska regeringen, Förenade kungarikets regering samt kommissionen. Samtliga dessa parter (utom Förenade kungariket) var företrädda vid förhandlingen den 11 april 2013.

Bedömning

Inledande synpunkter

21. Den nationella domstolens tolkningsfrågor överlappar varandra i viss mån. Vid tolkningen av artiklarna 9 och 10.1 d i direktivet ska följande principer beaktas.

22. För det första följer det av fast rättspraxis att direktivet ska tolkas med hänsyn till dess allmänna systematik och syfte, med beaktande av Genèvekonventionen och de andra relevanta fördrag som avses i artikel 78.1 FEUF. [17] Såsom framgår av skäl 10 i direktivet ska tolkningen även stå i överensstämmelse med de rättigheter som erkänns i stadgan. [18]

16 — FN:s flyktingkommissariat (nedan kallat UNHCR) behandlade i sitt yttrande lesbiska, homosexuella, bisexuella och intersexuella personer samt personer med könsöverskridande identitet. UNHCR använde i detta avseende akronymen ”LGBTI” (lesbian, gay, bisexual, transgender och intersex) för att ge begreppet ”sexuell läggning” en bred betydelse. Eftersom målet i den nationella domstolen rör tre manliga homosexuella personer som har ansökt om flyktingstatus har jag använt den beskrivningen i detta förslag till förhandsavgörande.

17 — Se dom av den 5 september 2012 i de förenade målen C-71/11 och C-99/11, Y och Z, punkt 48 och där angiven rättspraxis.

18 — Se dom av den 19 december 2012 i mål C-364/11, Abed El Karem El Kott m.fl., punkterna 42 och 43 och där angiven rättspraxis.

23. För det andra ger Genèvekonventionen direktivet kontext och hjälper således till att bestämma direktivets syfte och allmänna systematik. I direktivet hänvisas ofta till konventionen. Således finner jag att även om domstolen har ombetts att göra en tolkning av artiklarna 9 och 10.1 d i direktivet måste den hänföra sig till Genèvekonventionen när den gör sin tolkning. [19]

24. För det tredje innehåller varken Genèvekonventionen eller Europakonventionen någon uttrycklig bestämmelse om en rätt att ge uttryck för sin sexuella läggning. Europadomstolens praxis om sexuell läggning har tillkommit inom ramen för överträdelser av artikel 8 i Europakonventionen (rätten till privat- och familjeliv) och diskrimineringsförbudet i artikel 14 i Europakonventionen. [20] Tolkningsfrågorna ska därför bedömas med beaktande av de principer som har etablerats av Europadomstolen. [21]

25. För det fjärde är Genèvekonventionen (i likhet med Europakonventionen) inte huggen i sten i detta avseende. Den är ett levande instrument som ska tolkas mot bakgrund av aktuella förutsättningar och i enlighet med utvecklingen i internationell rätt. [22] Den rättspraxis som har utvecklats i Europeiska kommissionen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europakommissionen) angående diskriminerande behandling av homosexuella och heterosexuella relationer i fråga om åldersgränsen för sexuellt umgänge visar hur detta angreppssätt har uppkommit med avseende på tolkningen av Europakonventionen. Före 1997 ansåg Europakommissionen att det var förenligt med Europakonventionen att fastställa en högre åldersgräns för sexuellt umgänge mellan homosexuella män. [23] I målet Sutherland mot Förenade kungariket ändrade Europakommissionen sin praxis och angav att det var diskriminerande att ha en högre åldersgräns för sexuellt umgänge mellan homosexuella män och att det mot bakgrund av den moderna utvecklingen stred mot sökandens rätt till respekt för privatlivet. [24]

26. Slutligen verkar den nationella domstolens tolkningsfrågor i huvudsak ha att göra med att slå fast vilka gemensamma krav som ska tillämpas för att fastställa vilka av de personer som ansöker om flyktingstatus enligt direktivet på grund av homosexualitet som verkligen behöver internationellt skydd. De frågor som aktualiseras i tolkningsfråga 2 kan beskrivas mer som rättspolitiska frågor, snarare än som lagtolkningsfrågor. Innan jag bedömer fråga 2 ska jag därför först behandla frågorna 1 och 3, som rör mer okomplicerade spörsmål om direktivets ordalydelse.

Tolkningsfråga 1

27. Den nationella domstolen har ställt fråga 1 för att få klarhet i om personer med homosexuell läggning som ansöker om flyktingstatus utgör en särskild samhällsgrupp i den mening som avses i artikel 1.1 d i direktivet.

28. Med undantag för Förenade kungariket som inte yttrade sig i frågan, anser alla de som inkommit med skriftliga yttranden till domstolen att denna fråga ska besvaras jakande.

19 — Se punkt 32 i mitt förslag till avgörande i målet Abed El Karem El Kott m.fl. (ovan fotnot 18).

20 — Se Europadomstolens dom av den 22 oktober 1981 i målet Dudgeon mot Förenade kungariket, serie A nr 142, § 60–62, och av den 19 februari 2013 i målet X m.fl. mot Österrike [GC], ansökan nr 19010/07, § 95 angående rätten till familjeliv.

21 — Det finns vissa regionala instrument som garanterar rätten till icke-diskriminering, som till exempel *African Charter on Human and People's Rights*. Där garanteras dock inte, lika lite som i Genèvekonventionen och i Europakonventionen, någon rätt att uttrycka sin sexuella läggning. Se rapporten *Making Love a Crime – Criminalisation of Same-Sex Conduct in Sub-Saharan Africa*, som publicerades av Amnesty International den 25 juni 2013: www.amnesty.org/en/library/into/AFRO1/001/2013/en.

22 — Se Europadomstolens dom av den 6 februari 2003 i målet Mamatkulov och Askarov mot Turkiet [GC], ansökningarna nr 46827/99 och nr 46951/99, § 121, *Recueil des arrêts et décisions* 2005-I, avseende Europakonventionen i allmänhet. Se punkterna 5–7 i FN:s riktlinjer för internationellt skydd nr 9 av den 23 oktober 2012, tillgängliga på www.unhcr.org/509136ca9.html (nedan kallade UNHCR:s riktlinjer) avseende Genèvekonventionen.

23 — Se Europakommissionens avgörande av den 30 september 1975 i målet X mot Förbundsrepubliken Tyskland, ansökan nr 5935/72, § 2, och av den 17 juli 1986 i målet Johnson mot Förenade kungariket, ansökan nr 10389/83.

24 — Ansökan nr 25186/94, Europakommissionens avgörande av den 1 juli 1997, § 58–66.

29. Jag delar denna uppfattning.

30. I det nationella målet rörande Z fann den nationella domstolen i första instans (Rechtbank) att den åberopade bevisningen inte styrkte att homosexuella i Senegal generellt sett är utsatta för förföljelse eller diskriminering och gjorde därför bedömningen att sökanden inte tillhörde en särskild samhällsgrupp i den mening som avses i artikel 10.1 d i direktivet. [25]

31. Artikel 10 består av två punkter. I punkt 1 anges att medlemsstaterna ska ta hänsyn till vissa faktorer när de bedömer *skälen till förföljelsen*. I detta avseende definieras i artikel 10.1 d vad som avses med en särskild samhällsgrupp. I punkt 2 anges sedan hur bedömningen av huruvida en sökande har en *välgrundad fruktan för förföljelse* ska gå till. Det framgår att en sökande inte behöver styrka att han eller hon är utsatt för förföljelse eller diskriminering i sitt ursprungsland [26] (faktorer som ingår i artikel 10.2) för att bevisa att han eller hon ingår i en särskild samhällsgrupp (det vill säga att han eller hon omfattas av artikel 10.1 d).

32. Kan homosexuella män anses ”tillhöra en särskild samhällsgrupp” i den mening som avses i artikel 10.1 d i direktivet?

33. Till skillnad från Genèvekonventionen, som endast hänvisar till ”tillhörighet till viss samhällsgrupp”, används i direktivet begreppet ”sexuell läggning”. Begreppet har dock inte definierats. Eventuellt gjorde lagstiftaren en uttrycklig hänvisning till tillhörighet till en samhällsgrupp grundad på sexuell läggning i artikel 10.1 d i direktivet, eftersom det vid den tidpunkt då kommissionen lade fram förslaget till direktivet hade börjat erkännas att personer kunde behöva fly undan förföljelse och söka internationellt skydd på denna grund, [27] även om någon sådan grund inte uttryckligen föreskrevs i Genèvekonventionen. [28]

34. Artikel 10.1 d inleds med orden ”[e]n grupp skall anses utgöra en särskild samhällsgrupp, särskilt när …”. På dessa ord följer omedelbart två strecksatser (varav den första består av tre led som skilts åt med ordet ”eller”). Strecksatserna har kopplats samman med ordet ”och” [*], vilket antyder att de är kumulativa villkor som måste vara uppfyllda. Texten fortsätter dock sedan med att ange att ”[b]eroende på omständigheterna i ursprungslandet kan en särskild samhällsgrupp omfatta en grupp grundad på en gemensam egenskap, t.ex. sexuell läggning. …” [* I den svenska språkversionen av direktivet ingår inte ordet ”och”. Övers. anm.]

35. Om man läser den texten och jämför den med de två närmast föregående strecksatserna, förefaller EU-lagstiftaren, enligt min uppfattning, på tydligast möjliga sätt ha antytt att personer med en gemensam egenskap i form av sexuell läggning faktiskt kan tillhöra en särskild samhällsgrupp i den mening som avses i artikel 10.1 d. De uppfyller den första strecksatsen (enligt min uppfattning under alla förhållanden eftersom de omfattas av det tredje ledet, nämligen de har en ”gemensam egenskap … som är så grundläggande för identiteten … att de inte får tvingas avsvära sig den”). Beroende på situationen i ursprungslandet kan de också uppfylla den andra strecksatsen (det vill säga att ”gruppen har en särskild identitet i det berörda landet eftersom den uppfattas som annorlunda av

25 — Rechtbanks bedömning har omnämnts i Raad van States begäran om förhandsavgörande. Den hänskjutande domstolen har dock inte angett om den delar Rechtbanks uppfattning. Jag har förstått att avsikten med Raad van States hänvisning till Rechtbanks bedömning var att förklara anledningen till att Raad van States sökte klarhet i tolkningen av artikel 10.1 d i direktivet. Jag har därför vid min utredning tagit hänsyn till Rechtbanks bedömning.

26 — Rechtbank kan ha vilseletts av omständigheten att den andra strecksatsen i artikel 10.1 d hänvisar till en grupp som har en särskild identitet i det berörda landet eftersom den ”uppfattas som annorlunda av omgivningen”. Att ”uppfattas som annorlunda” är dock i sig självt ett neutralt tillstånd. Uppenbarligen är det emellertid inte ett neutralt tillstånd att vara förföljd eller att diskrimineras.

27 — Se KOM(2001) 510 slutlig, särskilt del 3.

28 — Numera hänvisar UNHCR:s riktlinjer till Yogyakartaprinciperna om tillämpning av det internationella skyddet av de mänskliga rättigheterna vad gäller sexuell läggning och könsidentitet, som antogs 2007. I fjärde stycket i ingressen till Yogyakartaprinciperna anges att ”sexuell läggning” avser ”varje enskild persons förmåga till djupt känslomässig, kärleksfull och sexuell attraktion till och intim och sexuell relation med enskilda personer av motsatt kön eller samma kön eller mer än ett kön”.

omgivningen”). För att avgöra huruvida de uppfyller det andra ledet måste rättsreglerna och de sociala och kulturella sedvänjorna i sökandens ursprungsland bedömas, vilket är något som ankommer på de behöriga nationella myndigheterna att göra utifrån de faktiska omständigheterna, med möjlighet till överprövning i den nationella domstolen.

36. Följaktligen anser jag att fråga 1 ska besvaras så att personer med homosexuell läggning som ansöker om flyktingstatus, beroende på omständigheterna i deras ursprungsländer, kan tillhöra en särskild samhällsgrupp i den mening som avses i artikel 10.1 d i direktivet. Det är den nationella domstolen som ska bedöma huruvida denna samhällsgrupp har en ”särskild identitet”, i respektive sökandes ursprungsland, ”eftersom den uppfattas som annorlunda av omgivningen”, såsom anges i den andra strecksatsen i nämnda bestämmelse.

Tolkningsfråga 3

37. Den nationella domstolen har ställt tolkningsfråga 3 för att få klarhet i om kriminaliseringen av homosexuella gärningar, och att det faktum att fängelse kan utdömas för sådana brott, är en sådan handling som utgör förföljelse i den mening som avses i artikel 9 i direktivet.

38. Vissa fakta har klarlagts i vart och ett av de nationella målen rörande de tre sökandena. Med avseende på X är homosexualitet inte i sig straffbart i Sierra Leone, men vissa homosexuella gärningar kan leda till straffrättslig påföljd. När det gäller Y, är homosexualitet i sig självt straffbart i Uganda. [29] I fråga om Z förefaller homosexualitet inte i sig vara straffbart i Senegal, men vissa sexuella handlingar kan leda till straff. [30]

39. Då det är ostridigt att de tre sökandena är homosexuella behöver jag inte göra någon åtskillnad mellan situationen i Uganda (där det har klargjorts att homosexualitet är straffbart per se), Sierra Leone eller Senegal (där vissa homosexuella gärningar kan leda till straff). [31]

40. X, Y och Z har gjort gällande att artikel 9 i direktivet ska tolkas så att kriminaliseringen av homosexuella gärningar i sig självt är en handling som innebär förföljelse. Kommissionen, de regeringar som har yttrat sig och UNHCR delar i viss utsträckning en motsatt ståndpunkt.

41. Inom unionen har inställningen förändrats, såtillvida att lagstiftning som kriminaliserar och inför straff för privata homosexuella gärningar mellan samtyckande vuxna nu anses strida mot Europakonventionen. [32] Det är därför uppenbart att sådana åtgärder i medlemsstaterna i dag skulle innebära en överträdelse av den enskildes grundläggande rättigheter, vare sig de utövas aktivt eller inte. Syftet med direktivet är dock inte att ge skydd så fort en enskild person inte kan utöva de rättigheter han eller hon garanteras enligt stadgan eller Europakonventionen helt och fullt i sitt

29 — I X:s och Y:s fall har Raad van State nämnt dessa omständigheter (som slagits fast av Rechtbank respektive domaren som prövade talan om interimistiska åtgärder) i begäran om förhandsavgörande. Den hänskjutande domstolen har dock inte angett om den delar första instansernas uppfattning. Jag har förstått det så att Raad van State åberopade dessa omständigheter i syfte att förklara sina egna skäl för att söka klarhet i tolkningen av artikel 9.1 i direktivet av domstolen och jag har därför beaktat dem i min bedömning.

30 — Se ovan punkt 15.

31 — Det är min uppfattning att Nederländerna har anfört ett liknande betraktelsesätt i riktlinjerna. Se ovan punkt 13.

32 — Förutom Europadomstolens dom i målet Dudgeon (ovan fotnot 19) är de mest kända domarna från Europadomstolen domen av den 26 oktober 1988 i målet Norris mot Irland, serie A nr 142, samt domen av den 22 april 1993 i målet Modinos mot Cypern, serie A nr 259. Den nationella lagstiftning som angreps i målet Modinos upphävdes relativt nyligen (1997). Se också ovan i punkt 25 och fotnoterna 23 och 24 nämnda rättspraxis från Europakommissionen rörande diskriminering och åldersgränsen för homosexuella och heterosexuella gärningar.

ursprungsland. Det vill säga, syftet är inte att exportera dessa normer.[33] Det är i stället att säkerställa att endast personer som löper risk för en allvarlig förnekelse eller systematiska överträdelser av deras mest grundläggande rättigheter och vars liv inte längre är tolerabla i deras ursprungsländer beviljas flyktingstatus.

42. Utgör sådant som skulle innebära en överträdelse av en grundläggande rättighet i unionen alltid förföljelse i den mening som avses i artikel 9.1 i direktivet?

43. I artikel 9.1 anges att ”[f]örföljelse enligt lydelsen i artikel 1 A i Genèvekonventionen måste utgöras av handlingar som a) är tillräckligt allvarliga till sin natur eller på grund av sin upprepning för att innebära en allvarlig överträdelse av de grundläggande mänskliga rättigheterna ... eller b) är en ackumulation av olika åtgärder, däribland sådana överträdelser av de mänskliga rättigheterna[,] som är tillräckligt allvarliga för att påverka en individ på ett liknande sätt som i punkt a”. Det följer av orden ”tillräckligt allvarliga”, ”allvarlig överträdelse” och ”en ackumulation ... som är tillräckligt allvarliga” att inte varje överträdelse av mänskliga rättigheter ska betraktas som ”förföljelse” enligt artikel 9 (även om de fortfarande anses stötande). Således hänvisar den exemplifierande listan på handlingar som utgör förföljelse i artikel 9.2 uttryckligen till den princip som har slagits fast i artikel 9.1, då den anger att ”förföljelse, *enligt punkt 1*”,[34] kan bland annat ta sig uttryck i de handlingar som anges i leden a–f. I artikel 9.3 klargörs sedan att det måste finnas ett samband mellan de skäl som anges i artikel 10 och den förföljelse som anges i punkt 9.1.

44. När en grundläggande rättighet har garanterats i stadgan uppstår en begreppsmässig svårighet, eftersom *alla former* av förföljelse av eller straff som ådöms en person som utövar rättigheten *inom unionen* skulle vara ”oproportionerliga” per definition. Jag tolkar därför uttrycket ”åtal eller straff som är oproportionerliga eller diskriminerande” i artikel 9.2 c – det uttryck i den exemplifierande listan på vad som utgör förföljelse som är mest relevant i förevarande mål – så att det betyder ”åtal eller straff som är allvarliga eller diskriminerande”.

45. Enligt min uppfattning ska de nationella myndigheterna vid bedömningen av om åtgärder som förbjuder uttryck för en sexuell läggning – på denna grund – ska betraktas som ”förföljelse” i den mening som avses i artikel 9.1 beakta, särskilt, i) bevis avseende tillämpningen av straffrättsliga bestämmelser i sökandens ursprungsland, till exempel om myndigheterna faktiskt väcker åtal mot enskilda, ii) huruvida straff verkställs och, i sådana fall, hur stränga de straffen är i praktiken och iii) uppgifter rörande praxis och sedvänja i samhället i ursprungslandet som allmänhet.[35]

46. Det test som ska tillämpas vid bedömningen av flyktingstatus är följande: Utgör en enstaka händelse eller en ackumulation av händelser en indikation på att sökanden har en välgrundad fruktan för förföljelse som är ägnad att förvägra sökanden dennes grundläggande rättigheter om han eller hon skulle återvända till sitt ursprungsland?[36]

47. Påföljder som innebär långa fängelsestraff för de som ger uttryck för en homosexuell läggning kan innebära en överträdelse av artikel 3 i Europakonventionen (förbudet mot omänsklig eller förnedrande behandling eller bestraffning) och vore således allvarliga nog för att utgöra en allvarlig överträdelse av grundläggande rättigheter i den mening som avses i artikel 9.1 i direktivet.

33 — Europadomstolens dom av den av den 22 juni 2004 i målet F. mot Förenade kungariket, ansökan nr 17341/03, § 3, och av den 20 december 2004 i målet I.I.N. mot Nederländerna, ansökan nr 2035/04. Sådan export skulle kunna betraktas som en form av imperialism avseende mänskliga rättigheter eller kultur.

34 — Min kursivering.

35 — Detta innebär således – exempelvis – att om öppen sexuell intimitet mellan heterosexuella undanbedes och är straffbart enligt straffrättsliga bestämmelser, utgör en tillämpning av samma regler på homosexuella vuxna inte förföljelse. Situationen skulle dock vara en annan om lagen aldrig verkställdes gentemot heterosexuella, men däremot verkställdes aktivt gentemot homosexuella. Se vidare punkt 75 nedan.

36 — Se domen i målet Y och Z (ovan fotnot 16), punkterna 53 och 54.

48. Mot denna bakgrund framstår det som uppenbart (även om det inte finns ingående uppgifter om vilka brott svarandena i den nationella domstolen har begått och vilka påföljder som vanligen utdöms för dessa) att de påföljder som normalt utdöms i Sierra Leone, Uganda och Senegal i allmänhet skulle kunna utgöra ett ”oproportionerligt” straff i den mening som avses i artikel 9.2 c i direktivet. Det är riktigt att de lagstadgade straffen för vissa homosexuella gärningar inte är lika drakoniska i Senegal som i Sierra Leone eller Uganda. Innan den nationella domstolen, av denna anledning, drar slutsatsen att gränsen för förföljelse enligt artikel 9.1 i direktivet inte har uppnåtts, ska den dock beakta risken för enstaka eller upprepade åtal och det straff som skulle åläggas om sökanden fälldes i den efterföljande rättegången.

49. I allmänna ordalag ankommer det således på de nationella myndigheterna att, efter att de har slagit fast huruvida en viss sökande, på grund av sin sexuella läggning, ska anses tillhöra en viss samhällsgrupp i den mening som avses i artikel 10.1 d, bedöma huruvida förhållandena i sökandens ursprungsland är sådana att förföljelse ska anses föreligga i enlighet med artikel 9.1. Vid denna bedömning ska de avgöra huruvida repressiva åtgärder kan tillämpas på de som tillhör, eller antas tillhöra, den samhällsgruppen,[37] huruvida åtgärderna verkställs och hur stränga de utdömda påföljderna är. De nationella myndigheterna ska också bedöma huruvida sökanden – på grund därav – har en välgrundad fruktan för förföljelse. De nationella myndigheternas beslut i dessa frågor måste, självfallet, kunna överprövas av de nationella domstolarna för att säkerställa att kraven i direktivet tillämpas korrekt.

50. Följaktligen anser jag att tolkningsfråga 3 ska besvaras så att kriminalisering av en aktivitet inte i sig innebär förföljelse i den mening som avses i artikel 9.1 i direktivet, utan att det ankommer på den behöriga nationella myndigheten att, mot bakgrund av förhållandena i sökandens ursprungsland, bedöma, särskilt, i) risken för och frekvensen av åtal, ii) strängheten av det straff som normalt skulle utdömas om den åtalade personen fälldes, och iii) alla andra åtgärder och sociala sedvänjor som sökanden har skäl att frukta att bli utsatt för, huruvida det är troligt att en viss sökande skulle utsättas för åtgärder som antingen är tillräckligt stränga i sig för att utgöra en allvarlig överträdelse av mänskliga rättigheter, eller en ackumulation av olika åtgärder, bland annat sådana som utgör en överträdelse av mänskliga rättigheter, som tillsammans är tillräckligt allvarliga för att påverka sökanden.

Tolkningsfråga 2

51. Den nationella domstolen har ställt tolkningsfråga 2 för att få klarhet i huruvida det finns – i det fall en homosexuell sökande ska anses tillhöra en viss samhällsgrupp i den mening som avses i artikel 10.1 d i direktivet – vissa homosexuella aktiviteter som omfattas av direktivet och därmed innebär att flyktingstatus ska beviljas.

52. Den nationella domstolen har sedan anfört ett antal delfrågor[38] rörande de gemensamma kriterier som kan vara tillämpliga för att avgöra vem som ska betraktas som flykting. För det första har den frågat i vilken utsträckning privata eller offentliga uttryck för en homosexuell läggning skyddas genom artikel 10.1 d i direktivet. För det andra undrar den huruvida en sökande kan förväntas dölja sin sexuella läggning för att undgå förföljelse i sitt ursprungsland. För det tredje har den nationella domstolen frågat huruvida sökanden kan förväntas iaktta återhållsamhet när han ger uttryck för sin homosexuella läggning och om det är fallet, i vilken utsträckning han ska göra det. Slutligen har den nationella domstolen frågat om unionsrätten i allmänhet eller direktivet i synnerhet utgör hinder för att göra en åtskillnad mellan utländska medborgares skydd, beroende på om de har homosexuell eller heterosexuell läggning?

37 — Se artiklarna 9.3 och 10.2.

38 — Jag har kastat om delfrågorna för att särskilja de olika spörsmål som den nationella domstolen har tagit upp.

53. Innan jag besvarar dessa delfrågor vill jag göra några inledande anmärkningar.

54. Den nationella domstolen söker här i stort sett klarhet i hur den detaljerade bedömning som föreskrivs i artiklarna 9 och 10 ska gå till. Artikel 10.1 d ger en uttrycklig gräns för vad som kan utgöra en samhällsgrupp grundad på en gemensam egenskap såsom sexuell läggning, såtillvida att den uttryckligen anger att ”[s]exuell läggning får inte tolkas så att det innefattar handlingar som anses brottsliga enligt medlemsstaternas nationella lagstiftning”. Således skulle till exempel en sexuell läggning som innebar att sökanden genomförde tvångsmässig könsstympning på sin kvinnliga partner för att göra henne ”värdig” att ha sexuellt umgänge med honom inte skyddas enligt artikel 10.1 d. Artikel 9 innehåller en definition (artikel 9.1 a och b), åtföljd av en exemplifierande lista (artikel 9.2) samt ett villkor som säger att det ska finnas ett samband mellan skälen för förföljelsen och själva förföljelsen (artikel 9.3). Det specificeras dock inte vad som kan innebära förföljelse.

55. Sedan är det oklart exakt hur delfrågorna förhåller sig till frågorna i de nationella målen. Det vill säga, den nationella domstolen verkar ha sökt klarhet i hur direktivet ska tillämpas i allmänhet. Detta faller utanför denna domstols behörighet inom ramen för förfaranden om förhandsavgörande. [39]

56. För det tredje, på en mer pragmatisk nivå, har den nationella domstolen förklarat att de nederländska myndigheterna anser att homosexuella aktiviteter bör ha samma skydd som heterosexuella aktiviteter. Jag anser dock inte att sökandens aktiviteter ska utgöra fokus för bedömningen. Artiklarna 9 och 10 handlar egentligen inte om uppträdandet hos den person som ansöker om flyktingstatus, utan om vad som kan utgöra förföljelse och skälet därför, det vill säga uppträdandet hos de som eventuellt utövar förföljelse, snarare än det eventuella offrets dagliga uppträdande.

57. För det fjärde är det naturligtvis viktigt, vid en sådan bedömning, att beakta eventuella begränsningar som sökanden var föremål för innan han eller hon lämnade sitt ursprungsland. Det är dock också viktigt att undersöka tillgänglig bevisning för att avgöra huruvida sökanden riskerar att bli förföljd om han eller hon återvänder sitt ursprungsland. Således är frågan huruvida sökanden har en välgrundad fruktan för att hans eller hennes grundläggande mänskliga rättigheter allvarligt kommer att överträdas om han eller hon återvänder till sitt ursprungsland. Denna fråga kan inte besvaras enbart genom att undersöka åtgärder som ägde rum innan sökanden lämnade sitt ursprungsland.

58. För det femte verkar den nationella domstolens tolkningsfrågor bygga på förutsättningen att homosexuella personer som ansöker om flyktingstatus med stöd av artikel 10.1 d i direktivet kan välja (och kanske även är skyldiga) att i sina ursprungsländer uppträda på ett sätt som minskar risken för förföljelse på grund av deras sexuella läggning. En sådan förutsättning bör inte godtas, eftersom det skulle strida mot sökandens rätt till respekt för sin sexuella identitet.

59. Det är mot denna bakgrund jag nu övergår till att bedöma de delfrågor som den nationella domstolen har ställt.

60. Är det enligt direktivet, med avseende på den första delfrågan, någon skillnad om sökanden ger uttryck för sin homosexuella läggning privat eller offentligt?

61. I direktivets ordalydelse görs inte någon sådan åtskillnad. Jag anser därför att en åtskillnad av sådan art inte är relevant för att bedöma om förföljelse har skett i enlighet med artikel 9.1 i direktivet. Frågan är i stället om sökanden, på grund av sin sexuella läggning, tillhör en samhällsgrupp i den mening som avses i artikel 10.1 d och huruvida det finns ett sådant samband som krävs enligt artikel 9.3 mellan ”skälet för förföljelsen” och förföljelsen i artikel 9.1.

39 — Dom av den 16 december 1981 i mål 244/80, Foglia (REG 1981, s. 3045), punkterna 18–20.

62. Den nationella domstolen har sedan frågat om det kan förväntas att personer som ansöker om flyktingstatus ska dölja sin sexuella läggning eller vara återhållsamma med att ge uttryck för den i sitt ursprungsland. Det framgår inte av beslutet om hänskjutande huruvida denna fråga påverkar det sätt på vilket de behöriga nationella myndigheterna handlägger just dessa asylansökningar. Det kan vara så att den nationella domstolen vill veta om riktlinjerna, i den utsträckning de anger att frågan huruvida de olika sökandena dolde sin sexuella läggning i sitt ursprungsland inte är ett krav som ska beaktas, bara återspeglar bestämmelserna i direktivet eller om de är ett exempel på en medlemsstat som har infört förmånligare regler såsom tillåts enligt artikel 3 i direktivet.[40] I den utsträckning dessa frågor har tagits upp rent teoretiskt, är det inte domstolens uppgift att besvara dem. För ordningens skull ska jag trots detta beröra dem mycket kortfattat.

63. Jag anser inte att det ska förväntas att en person som ansöker om flyktingstatus ska dölja sin sexuella läggning i sitt ursprungsland för att undvika förföljelse.

64. Varken direktivets ordalydelse eller struktur ger stöd för en sådan tolkning. Att tolka direktivet på ett sådant sätt skulle rent av ha omvänd verkan. Det skulle nämligen innebära att sökanden (offret), om denne inte dolde sin sexuella läggning, skulle vara medvållande till sin egen förföljelse, vilket inte är förenligt med ordalydelsen i artikel 6. Faktum är att ett krav på att sökanden ska dölja sin sexuella läggning i sig självt skulle kunna betraktas som förföljelse.

65. Ska homosexuella personer som ansöker om flyktingstatus förväntas återvända till sitt ursprungsland och där utöva återhållsamhet?

66. Jag anser inte att så är fallet.

67. För det första är det inte klart för mig hur ett sådant villkor, rent begreppsmässigt, passar in i direktivets struktur (eller i Genèvekonventionens struktur för den delen). Direktivet inför vissa miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska betraktas som flyktingar (artikel 1). För att bedöma om en viss sökande uppfyller dessa miniminormer ska medlemsstaten undersöka vissa fakta och omständigheter (artikel 4) för att avgöra huruvida sökanden har varit eller kan komma att bli utsatt för förföljelse eller allvarlig skada (enligt definitionen i artikel 9) på grund av vissa skäl för förföljelsen (enligt definitionen i artikel 10). Sökanden ska beviljas flyktingstatus om denne har en välgrundad fruktan för förföljelse av sådan art. Det finns inte något i denna struktur som stöder en tolkning som innebär att det inte skulle vara nödvändigt att bevilja flyktingstatus om sökanden bara kunde ”sluta provocera” de som förföljer denne.

68. Det är vidare riktigt att en person som ansöker om asyl på grund av sin sexuella läggning inte kan förvänta sig att han eller hon ska kunna leva på samma sätt i sitt eget land som han eller hon kan göra i Nederländerna.[41] Trots detta synes bedömningen av hur mycket ”återhållsamhet” som skulle kunna a) krävas för att sökanden ska vara säker i sitt hemland och samtidigt b) vara förenlig med skyddandet av den grundläggande rättighet vars förnekelse motiverar att personen beviljas flyktingstatus, vara ett subjektivt förfarande som sannolikt skulle ge skönsmässiga resultat, snarare än rättslig säkerhet. Den nationella domstolen har själv i beslutet om hänskjutande angett att ministern inte på förväg kan avgöra hur stor ”återhållsamhet” som kan komma att förväntas. Detta uttalande antyder i sig att ett sådant betraktelsesätt skulle vara svårt att använda i praktiken.

69. Att påstå att allt skulle bli bra bara sökanden uppträder diskret när han eller hon återvänder hem, skulle dessutom vara att blunda för verkligheten. Diskretion är inte ett säkert skydd mot att bli upptäckt och utsatt för utpressning eller förföljelse.

40 — Se ovan punkt 13.

41 — Se, exempelvis, F. mot Förenade kungariket (ovan fotnot 33).

70. Mot denna bakgrund är det inte nödvändigt att besvara delfrågan (om vad som utgör ”själva kärnan” i en sexuell läggning). Jag vill dock för ordningens skull lägga till följande anmärkningar.

71. Såvitt jag förstår kommer begreppet ”själva kärnan” från domen i målet Y och Z, där domstolen prövade frågan om sökandens grundläggande rättigheter överträddes genom begränsningar i utövandet av rätten till religionsfrihet. Jag är inte övertygad om att begreppet utan vidare kan användas på uttryck för en sexuell läggning. Det förefaller mig som om man antingen har en sexuell läggning eller inte. [42] Det finns inte någon ”kärna” eller ”mitt” som kan beaktas som sådan. Jag anser därför inte att det vore möjligt att avgränsa ett kärnområde för vad som utgör uttryck för sexuell läggning. Inte heller anser jag att det är något domstolen bör ta på sig att göra.

72. Mer allmänt anser jag dock att domstolens argumentation i målet Y och Z kan tillämpas analogt i förevarande mål. [43] Ordalydelsen i artiklarna 9 och 10 ger inget stöd för att tillämpa ett resonemang om ”själva kärnan”. Artikel 9 hänvisar till de undantagslösa rättigheterna som föreskrivs i Europakonventionen och de bör vara utgångspunkten för att bedöma förföljelse. Det är inget som antyder att det bör göras en åtskillnad mellan olika typer av uttryck för sexuell läggning, eller för den delen, mellan uttryck som inte är sexuella gärningar eller ömhetsbetygelser. Rent definitionsmässigt är ett angreppssätt som grundar sig på en sådan förutsättning ägnat att ge ett skönsmässigt resultat.

73. Den slutliga delfrågan är om unionsrätten i allmänhet eller direktivet i synnerhet hindrar att det görs en åtskillnad mellan det skydd utländska medborgare garanteras, beroende på om de har homosexuell eller heterosexuell läggning.

74. Hur ska ansökningar om flyktingstatus bedömas när den påstådda förföljelsen gäller både homosexuella personer och heterosexuella personer?

75. Anta att offentliga ömhetsbetygelser mellan två personer (såsom att hålla hand eller kyssas) förbjuds i ett visst tredjeland och att den påföljd som enligt lag döms ut för ett brott mot förbudet (beroende på omständigheterna) varierar från bötesstraff till prygel. Lagstiftningen har formulerats så att den gäller heterosexuella och homosexuella utan åtskillnad. Anta att en person med homosexuell läggning flyr från landet till en unionsmedlemsstat och ansöker om asyl. Det är inte direkt uppenbart att en sådan sökande skulle vara utsatt för förföljelse enbart på grund av sin sexuella läggning. Om han dock kan visa att lagstiftningen i praktiken endast verkställs, och att de strängaste straffen endast utdöms, mot homosexuella (och att heterosexuella personer i praktiken kan hålla hand på gatan eller i trygghet kyssas offentligt och endast ådra sig mycket begränsade böter) skulle det vara lättare för sökanden att styrka att han tillhör en särskild samhällsgrupp i den mening som avses i artikel 9.1 i direktivet. Det skulle då vara nödvändigt att undersöka om åtalen mot, och de påföljder som normalt utdömdes för, homosexuella uppgår till förföljelse i den mening som avses i artikel 9.1 i direktivet (i mitt exempel och med mitt betraktelsesätt skulle frågan besvaras jakande).

76. Om man sammanställer de olika delarna av mina svar på den nationella domstolens olika delfrågor anser jag att den andra tolkningsfrågan ska besvaras på så sätt att de behöriga myndigheterna i en medlemsstat, vid bedömningen av huruvida kriminaliseringen av uttryck för homosexualitet som ett uttryck för en sexuell läggning innebär förföljelse i den mening som avses i artikel 9.1 i direktivet, ska bedöma huruvida det är troligt att sökanden kommer att bli utsatt för handlingar eller en ackumulation av olika åtgärder som till sin natur eller upprepning är tillräckligt allvarliga för att utgöra en allvarlig överträdelse av grundläggande mänskliga rättigheter.

42 — Att leva i celibat, som ett avsiktligt sätt att inte (fysiskt) ge uttryck för sin sexuella läggning, kan väljas frivilligt av en mängd orsaker, men det kan inte tvingas på någon utan att förneka personen dennes rätt till att ha en sexuell personlighet.

43 — Se punkterna 38–52 och 62–68 i generaladvokaten Bots förslag till avgörande i målet Y och Z (ovan fotnot 17).

Förslag till avgörande

77. Jag anser därför att domstolen ska besvara tolkningsfrågorna från Raad van State på följande sätt:

1) Personer med homosexuell läggning som ansöker om flyktingstatus kan, beroende på omständigheterna i deras ursprungsland, utgöra en särskild samhällsgrupp i den mening som avses i artikel 10.1 d i rådets direktiv 2004/83/EG av den 29 april 2004 om miniminormer för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer skall betraktas som flyktingar eller som personer som av andra skäl behöver internationellt skydd samt om dessa personers rättsliga ställning och om innehållet i det beviljade skyddet. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma huruvida denna samhällsgrupp har en ”särskild identitet”, i respektive sökandes ursprungsland, ”eftersom den uppfattas som annorlunda av omgivningen” i den mening som avses i andra strecksatsen i artikeln.

2) Kriminalisering av en aktivitet innebär inte i sig förföljelse i den mening som avses i artikel 9.1 i direktivet. Det ankommer på den behöriga nationella myndigheten att mot bakgrund av förhållandena i sökandens ursprungsland, särskilt med avseende på

   — risken för och frekvensen av åtal,

   — strängheten av det straff som normalt döms ut om den åtalade personen fälls, och

   — alla andra åtgärder och sociala sedvänjor som sökanden har skäl att frukta att bli utsatt för,

   bedöma huruvida det är troligt att en viss sökande utsätts för åtgärder som till sin natur eller på grund av sin upprepning är tillräckligt allvarliga för att utgöra en allvarlig överträdelse av mänskliga rättigheter, eller en ackumulation av olika åtgärder, däribland överträdelser av mänskliga rättigheter, som är tillräckligt allvarliga för att påverka sökanden på ett liknande sätt.

3) Vid bedömningen av huruvida kriminaliseringen av uttryck för homosexualitet, som ett uttryck för en sexuell läggning, innebär förföljelse i den mening som avses i artikel 9.1 i direktivet ska de behöriga myndigheterna i medlemsstaten bedöma huruvida det är troligt att sökanden kommer att bli utsatt för handlingar eller en ackumulation av olika åtgärder som till sin natur eller på grund av sin upprepning är tillräckligt allvarliga för att innebära en allvarlig överträdelse av de grundläggande mänskliga rättigheterna.