

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 7 november 2013 (*)

”Direktiv 2004/83/EG – Miniminormer för när flyktingstatus eller status som alternativt skyddsbehövande ska beviljas – Artikel 10.1 d – Tillhörighet till en viss samhällsgrupp – Sexuell läggning – Skäl till förföljelse – Artikel 9.1 – Begreppet förföljelse – Välgrundad fruktan för förföljelse på grund av tillhörigheten till en viss samhällsgrupp – Handlingar som är tillräckligt allvarliga för att en sådan fruktan ska vara motiverad – Lagstiftning som straffbelägger homosexuella handlingar – Artikel 4 – Individuell bedömning av fakta och omständigheter”

I de förenade målen C-199/12–C-201/12,

angående beslut att begära förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställda av Raad van State (Nederländerna) genom beslut av den 18 april 2012, vilka inkom till domstolen den 27 april 2012, i målen

Minister voor Immigratie en Asiel

mot

X (C-199/12),

Y (C-200/12),

och

Z

mot

Minister voor Immigratie en Asiel (C-201/12),

ytterligare deltagare i rättegången:

Förenta nationernas flyktingkommissariat (C-199/12–C-201/12),

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden L. Bay Larsen (referent), domstolens vice ordförande K. Lenaerts, tillika tillförordnad domare på den fjärde avdelningen, samt domarna J. Malenovský, M. Safjan och A. Prechal,

generaladvokat: E. Sharpston,

justitiesekreterare: handläggaren V. Tourrès,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 11 april 2013,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- X, genom H.M. Pot och C.S. Huijbers, advocaten,
- Y, genom J.M. Walls, advocaat,
- Z, genom S. Sewnath och P. Brochet, advocaten, biträdda av K. Monaghan och J. Grierson, barristers,
- Förenta nationernas flyktingkommissariat, genom P. Moreau, i egenskap av ombud, biträdd av M.-E. Demetriou, barrister,
- Nederländernas regering, genom B. Koopman, C.S. Schillemans, C. Wissels och M. Noort, samtliga i egenskap av ombud,
- Tysklands regering, genom T. Henze, N. Graf Vitzthum och A. Wiedmann, samtliga i egenskap av ombud,
- Greklands regering, genom G. Papagianni och M. Michelogiannaki, båda i egenskap av ombud,
- Frankrikes regering, genom G. de Bergues och S. Menez, båda i egenskap av ombud,
- Förenade kungarikets regering, genom L. Christie, i egenskap av ombud, biträdd av S. Lee, barrister,
- Europeiska kommissionen, genom M. Condou-Durande och R. Troosters, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 11 juli 2013 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Respektive begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 9.1 a 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 (EUT L 304, s. 12, och rättelse i EUT L 204, 2005, s. 24) (nedan kallat direktivet) jämförd med artikel 9.2 c i samma direktiv, samt tolkningen av artikel 10.1 d i direktivet.

2 Framställningen av begäran om förhandsavgörande har skett dels i mål i vilka Minister voor Immigratie en Asiel (immigrations- och asylministern) (nedan kallad ministern) är klagande och X respektive Y (sierraleonsk respektive ugandisk medborgare) är motparter (målen C-199/12 och C-200/12), dels i ett mål i vilket Z (senegalesisk medborgare) är klagande och ministern är motpart (mål C-201/12). Målen rör ministerns beslut att avslå dessa personers ansökan om tidsbegränsat uppehållstillstånd (asyl) i Nederländerna.

Tillämpliga bestämmelser

Internationell rätt

Konventionen angående flyktingars rättsliga ställning

3 Konventionen angående flyktingars rättsliga ställning undertecknades den 28 juli 1951 i Genève (Förenta nationernas fördragssamling, volym 189, s. 150, nr 2545 (1954)) och trädde i kraft den 22 april 1954. Den har kompletterats genom protokollet angående flyktingars rättsliga ställning, som antogs i New York den 31 januari 1967 och trädde i kraft den 4 oktober 1967 (nedan kallad Genèvekonventionen).

4 I artikel 1 A punkt 2 första stycket i Genèvekonventionen föreskrivs att med uttrycket ”flykting” avses den 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 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.”

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna

5 Artikel 8 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen), har rubriken ”Rätt till skydd för privat- och familjeliv”. Där stadgas följande:

- ”1. Var och en har rätt till respekt för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.
2. Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välstånd eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.”

6 Artikel 14 i Europakonventionen har rubriken ”Förbud mot diskriminering” och innehåller följande bestämmelse:

”Åtnjutandet av de fri- och rättigheter som anges i denna konvention skall säkerställas utan någon 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.”

7 Artikel 15 i Europakonventionen har rubriken ”Avvikelse från konventionsförpliktelse vid nödläge” och innehåller följande bestämmelser:

”1. Under krig eller i annat allmänt nödläge som hotar nationens existens får en hög fördragsslutande part vidta åtgärder som innebär avvikelser från dess skyldigheter enligt denna konvention i den utsträckning som det är oundgängligen nödvändigt med hänsyn till situationens krav, under förutsättning att dessa åtgärder inte strider mot landets övriga förpliktelser enligt den internationella rätten.

2. Inga inskränkningar får med stöd av denna bestämmelse göras i artikel 2[, med rubriken ’Rätt till livet’], utom i fråga om dödsfall till följd av lagliga krigshandlingar, eller i artiklarna 3[, med rubriken ’Förbud mot tortyr’], 4 (punkt 1)[, med rubriken ’Förbud mot slaveri och tvångsarbete’], och 7[, med rubriken ’Inget straff utan lag’].

...”

Unionsrätt

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

8 De rättigheter som aldrig får inskränkas enligt artikel 15.2 i Europakonventionen anges i artiklarna 2, 4, 5.1, 49.1 och 49.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan).

Direktivet

9 Enligt skäl 3 i direktivet utgör Genèvekonventionen grundstenen i det folkrättsliga systemet för skydd av flyktingar.

10 Det framgår vidare av skäl 10 i direktivet jämfört med artikel 6.1 FEU att detta direktiv står i överensstämmelse med de rättigheter, friheter och principer som fastställs i stadgan. Direktivet syftar särskilt till att i enlighet med artiklarna 1 och 18 i stadgan säkerställa full respekt för den mänskliga värdigheten och de asylsökandes rätt till asyl.

11 Skälen 16 och 17 i direktivet har följande lydelse:

”(16) Det bör fastställas miniminormer för definitionen och innebörden av flyktingstatus för att vägleda medlemsstaternas behöriga myndigheter vid tillämpningen av Genèvekonventionen.

(17) Det är nödvändigt att införa gemensamma kriterier för när asylsökande skall erkännas som flyktingar i den mening som avses i artikel 1 i Genèvekonventionen.”

12 Enligt artikel 1 är syftet med direktivet att införa miniminormer dels för när tredjelandsmedborgare eller statslösa personer ska ges internationellt skydd, dels för innehållet i det beviljade skyddet.

13 Enligt artikel 2 c och k i direktivet används följande beteckningar i direktivet, med den betydelse som därefter anges:

”c) 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 ...

...

k) ursprungsland: det land eller de länder där en person är medborgare eller, i fråga om statslösa personer, tidigare haft sin vanliga vistelseort.”

14 I artikel 4 i direktivet definieras villkoren för bedömningen av fakta och omständigheter. I artikel 4.3 anges följande:

”Bedömningen av en ansökan om internationellt skydd skall vara individuell, och följande skall beaktas:

a) Alla relevanta uppgifter om ursprungslandet vid den tidpunkt då beslut fattas om ansökan, inbegripet lagar och andra författningar i ursprungslandet samt det sätt på vilket dessa tillämpas.

b) De relevanta utsagor och handlingar som den sökande har lämnat, inklusive information om huruvida sökanden har varit eller kan bli utsatt för förföljelse ...

c) Sökandens personliga ställning och förhållanden, inklusive faktorer som bakgrund, kön och

ålder, så att det kan bedömas huruvida de handlingar den sökande har blivit eller skulle kunna bli utsatt för, på grundval av sökandens personliga omständigheter, skulle innebära förföljelse ...

...”

15 Enligt artikel 4.4 är det faktum att den sökande redan har varit utsatt för förföljelse eller för direkta hot om sådan förföljelse ”en allvarlig indikation på att den sökandes fruktan för förföljelse är välgrundad” såvida det inte finns goda skäl att anta att förföljelsen inte kommer att upprepas.

16 I artikel 9.1 och 9.2 definieras de handlingar som utgör förföljelse på följande sätt:

”1. 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.

2. Förföljelse, enligt punkt 1, kan bland annat ta sig uttryck i

...

- c) åtal eller straff som är oproportionerliga eller diskriminerande,

...”

17 Enligt artikel 9.3 i direktivet måste det finnas ett samband mellan de skäl till förföljelse som anges i artikel 10 och själva förföljelsen.

18 I artikel 10 i direktivet, med rubriken ”Skäl till förföljelsen”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall ta hänsyn till följande faktorer vid bedömningen av skälen till förföljelsen:

...

- d) 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.

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. ...

...”

19 Enligt artikel 13 i direktivet ska medlemsstaterna bevilja en asylsökande person flyktingstatus

om han eller hon kan betraktas som flykting i enlighet med bland annat artiklarna 9 och 10 i direktivet.

Nederländsk rätt

20 Enligt artikel 28.1 a i 2000 års utlänningslag (Vreemdelingenwet 2000) (Stbl. 2000, s. 495) är ministern behörig att bevilja, avslå eller avvisa en ansökan om ”tidsbegränsat uppehållstillstånd”.

21 Enligt artikel 29.1 a i 2000 års lag kan ett sådant tidsbegränsat uppehållstillstånd som avses i artikel 28 beviljas en utlänning ”som är [Genève]konventionsflykting”.

22 Punkt C2/2.10.2 i 2000 års utlänningscirkulär (Vreemdelingencirculaire 2000), i den lydelse som var i kraft vid tiden för inlämnandet av de aktuella ansökningarna, har följande innehåll:

”En asylsökande som åberopar att han eller hon har erfärut problem på grund av sin homosexuella läggning kan under vissa omständigheter anses vara flykting i [Genève]konventionens mening.

...

Om ett straff har utdömts med stöd av ett straffbud som endast avser homosexuella personer utgör det förföljelse. Det är till exempel fallet om det är straffbart att vara homosexuell eller att uttrycka homosexuella känslor. För att det ska kunna slås fast att den asylsökande har ställning som flykting, måste det vara fråga om en straffåtgärd av en viss stränghetsgrad. Enstaka böter är således i normalfallet inte tillräckligt för att det ska kunna slås fast att sökanden har ställning som flykting.

Enbart det förhållandet att homosexualitet eller homosexuella handlingar har kriminaliserats i ett land innebär dock inte automatiskt att en homosexuell person från det landet är flykting. Den asylsökande måste visa (om möjligt med stöd av handlingar) att han eller hon personligen hyser välgrundad fruktan för förföljelse.

Det förväntas inte att personer med homosexuell läggning vid ett återvändande ska dölja sin preferens

...”

Målen vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

23 X, Y och Z – födda år 1987, år 1990 respektive år 1982 – ansökte om tidsbegränsat uppehållstillstånd (asyl) i Nederländerna den 1 juli 2009, den 27 april 2011 respektive den 25 juli 2010.

24 I sina ansökningar gjorde de gällande att de hade rätt till flyktingstatus därför att de i sina ursprungsländer hyste välgrundad fruktan för förföljelse på grund sin homosexualitet.

25 De uppgav bland annat att de på grund av sin sexuella läggning, i flera avseenden, hade mötts av våldsamma reaktioner från släktingar och människor i deras närhet och att de hade utsatts för repressiva åtgärder från myndigheternas sida i sina respektive ursprungsländer.

26 Det framgår av besluten om hänskjutande att homosexualitet är straffbart i X:s, Y:s och Z:s ursprungsländer. I Sierra Leone (mål C-199/12) föreskrivs i artikel 61 i lagen om brott mot person (Offences against the Person Act) från år 1861 att fängelse kan utdömas i lägst 10 år och högst på livstid för homosexuella handlingar. I Uganda (mål C-200/12) ska, enligt artikel 145 i 1950 års strafflag (Penal Code Act 1950) den som gör sig skyldig till ett brott som beskrivs som ”könsumgänge i strid mot naturens ordning” dömas till fängelse, eventuellt på livstid. I Senegal (mål

C-201/12) ska, enligt artikel 319.3 i den senegalesiska brottsbalken, den som befinns vara skyldig till homosexuella gärningar dömas till fängelse i ett till fem år och böter med mellan 100 000 CFA-franc (BCEAO) (XOF) och 1 500 000 XOF (cirka 150–2 000 euro).

27 Genom beslut av den 18 mars 2010, den 10 maj 2011 och den 12 januari 2011 avslog ministern X:s, Y:s och Z:s ansökningar om tidsbegränsat uppehållstillstånd (asyl).

28 Ministern ansåg visserligen att uppgifterna om de asylsökandes sexuella läggning var trovärdiga, men fann att sökandena inte hade styrkt de fakta och omständigheter som hade åberopats och därmed inte hade visat att de hyste en välgrundad fruktan för att utsättas för förföljelse i sina respektive ursprungsländer på grund av deras tillhörighet till en viss samhällsgrupp.

29 X och Z överklagade besluten om avslag på ansökningarna om tidsbegränsat uppehållstillstånd (asyl) till Rechtbank 's-Gravenhage. Y inkom till samma domstol med en ansökan om skyndsam handläggning.

30 Den 23 november 2010 och den 9 juni 2011 biföll Rechtbank 's-Gravenhage X:s talan och Y:s ansökan. Rätten fann bland annat att ministern visserligen hade haft fog för sin ståndpunkt att de asylsökandes berättelser inte var trovärdiga. Dock hade ministern i båda ärendena brustit i motiveringen vad gäller frågan huruvida X:s och Y:s fruktan för förföljelse på grund av deras homosexualitet – särskilt med hänsyn till kriminaliseringen av homosexuella handlingar i de berörda ursprungsländerna – var välgrundad.

31 Genom dom av den 15 augusti 2011 ogillade Rechtbank 's-Gravenhage Z:s överklagande. Rätten fann dels att ministern hade haft fog för sin ståndpunkt att Z:s utsaga inte var trovärdig, dels att det inte framgick av de uppgifter och handlingar som hade åberopats av Z att förföljelse av personer med homosexuell läggning var allmänt förekommande i Senegal.

32 De två domarna varigenom besluten om att avslå X:s och Y:s ansökningar ogiltigförklarades överklagades av ministern till Raad van State.

33 Z överklagade till samma domstol den dom genom vilken hans överklagande av ministerns beslut om att avslå hans ansökan ogillades.

34 Raad van State konstaterade att det i samtliga tre mål var ett ostridigt faktum att de asylsökande hade en homosexuell läggning, och att ministern hade haft fog för sin ståndpunkt att asylberättelserna inte var trovärdiga.

35 Raad van State konstaterade vidare att ministern bland annat hade anfört att denne, i enlighet med den tillämpningspraxis som beskrivs i paragraf C2/2.10.2 i 2000 års utlänningscirkulär, visserligen inte kräver att utlännningar ska dölja sin sexuella läggning i ursprungslandet, men att det inte innebär att de nödvändigtvis i ursprungslandet måste kunna ge uttryck för sin sexuella läggning helt öppet på samma sätt som i Nederländerna.

36 Raad van State påpekade vidare att parterna i de nationella målen har olika uppfattningar om i vilken mån rätten att leva ut en sådan sexuell läggning som X:s, Y:s och Z:s åtnjuter skydd enligt artiklarna 9 och 10 i direktivet.

37 Mot denna bakgrund beslutade Raad van State att vilandeförklara målen och att ställa följande frågor – vilka är nästan identiskt formulerade i vart och ett av de nationella målen – till domstolen:

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

2) Om den första frågan ska besvaras jakande, vilka homosexuella handlingar omfattas då av direktivet och kan de innebära att flyktingstatus ska beviljas, om det förekommer förföljelse på grund av dessa handlingar och övriga villkor är uppfyllda? Denna fråga omfattar följande 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 uttryck 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 i sig att homosexuella handlingar är kriminaliserade och kan leda till fängelsestraff, vilket föreskrivs [i 1861 års lag om brott mot person i Sierra Leone (mål C-199/12), Ugandas brottsbalk [från år 1950] (mål C-200/12) och Senegals brottsbalk (mål C-201/12)], 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 är villkoren för detta då uppfyllda?"

38 Genom beslut av domstolens ordförande av den 19 juni 2012 förenades målen C-199/12-C-201/12 vad gäller det skriftliga och det muntliga förfarandet samt domen.

Prövning av tolkningsfrågorna

Inledande synpunkter

39 Det framgår av skälen 3, 16 och 17 i direktivet att Genèvekonventionen är grundstenen i det folkrättsliga systemet för skydd av flyktingar och att bestämmelserna i direktivet om villkoren för beviljande av flyktingstatus och om innebörden av flyktingstatus har antagits för att hjälpa medlemsstaternas behöriga myndigheter att tillämpa Genèvekonventionen på grundval av gemensamma begrepp och kriterier (dom av den 5 september 2012 i de förenade målen C-71/11 och C-99/11, Y och Z, REU 2012, s. I-0000, punkt 47 samt där angiven rättspraxis).

40 Direktivets bestämmelser ska tolkas mot bakgrund av dess systematik och syfte, med beaktande av Genèvekonventionen och de andra relevanta fördrag som avses i artikel 78.1 FEUF. Såsom framgår av skäl 10 i direktivet ska tolkningen även stå i överensstämmelse med de rättigheter som erkänns i stadgan (dom av den 19 december 2012 i mål C-364/11, Abed El Karem El Kott m.fl., REU 2012, s. I-0000, punkt 43 samt där angiven rättspraxis).

Den första frågan

41 Den nationella domstolens syfte med den första frågan, vilken har ställts i vart och ett av de nationella målen, är att få klarhet i huruvida artikel 10.1 d i direktivet ska tolkas så, att homosexuella personer kan anses utgöra en viss samhällsgrupp vid bedömningen av de skäl till förföljelse som åberopas till stöd för en ansökan om flyktingstatus.

42 För att besvara den frågan erinrar domstolen först och främst om att det framgår av artikel 2 c i direktivet att som flykting betraktas, bland annat, 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.

43 Det krävs således att den berörda medborgaren, på grund av omständigheter som föreligger i hans eller hennes ursprungsland och det beteende som de aktörer som utövar förföljelse uppvisar, hyser välgrundad fruktan för att han eller hon personligen ska utsättas för förföljelse av något av de fem skäl som räknas upp i direktivet och i Genèvekonventionen. Ett av dessa är ”tillhörighet till viss samhällsgrupp”.

44 I artikel 10.1 i direktivet definieras vad som utgör en viss samhällsgrupp vars medlemmar kan hysa en verklig fruktan för förföljelse på grund av att de tillhör den gruppen.

45 Enligt definitionen ska en grupp särskilt anses utgöra en ”viss samhällsgrupp” när följande två kumulativa villkor är uppfyllda. Dels ska gruppens medlemmar ha en gemensam väsentlig egenskap eller en gemensam bakgrund som inte kan ändras, eller också en gemensam egenskap eller övertygelse som är så grundläggande för identiteten eller samvetet att de inte får tvingas avsvära sig den. Dels ska gruppen ha en särskild identitet i det berörda landet eftersom den uppfattas som annorlunda av omgivningen.

46 Vad gäller det första av dessa villkor konstaterar domstolen att en persons sexuella läggning utgör en egenskap som är så grundläggande för identiteten att han eller hon inte får tvingas att avsvära sig den. Den tolkningen stöds av artikel 10.1 d andra stycket i direktivet där det anges att en särskild samhällsgrupp, beroende på omständigheterna i ursprungslandet, kan omfatta en grupp grundad på en gemensam egenskap, såsom till exempel sexuell läggning.

47 Enligt det andra villkoret krävs det att den grupp vars medlemmar har samma sexuella läggning har en särskild identitet i ursprungslandet eftersom den uppfattas som annorlunda av omgivningen.

48 Det faktum att det existerar en sådan strafflagstiftning som den som är i fråga i de nationella målen, med bestämmelser som riktar sig särskilt till homosexuella personer, gör att dessa personer kan anses utgöra en separat grupp som uppfattas som annorlunda av omgivningen.

49 Mot denna bakgrund ska den första frågan, vilken har ställts i vart och ett av de nationella målen, besvaras enligt följande. Artikel 10.1 d i direktivet ska tolkas så, att det faktum att det existerar en sådan strafflagstiftning som den som är i fråga i de nationella målen, med bestämmelser som riktar sig särskilt till homosexuella personer, gör att dessa personer ska anses utgöra en viss samhällsgrupp.

Den tredje frågan

50 Den nationella domstolens syfte med den tredje frågan, vilken har ställts i vart och ett av de nationella målen och som ska prövas före den andra frågan, är att få klarhet i huruvida artikel 9.1 a i direktivet, jämförd med artikel 9.2 c, ska tolkas så, att kriminaliseringen av homosexuella handlingar med föreskrivande av fängelsestraff som påföljd i sig utgör förföljelse. Om frågan besvaras nekande vill domstolen veta under vilka omständigheter en handling ska anses utgöra förföljelse.

51 För att kunna besvara denna fråga erinrar domstolen inledningsvis om att det i artikel 9 i direktivet definieras vilka omständigheter som gör att en handling kan anses utgöra förföljelse i den mening som avses i artikel 1 A i Genèvekonventionen. I artikel 9.1 a i direktivet, som Raad van State har hänvisat till, anges att handlingarna måste vara 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.

52 Vidare anges i artikel 9.1 b i direktivet att en ackumulation av olika åtgärder, däribland sådana överträdelse av de mänskliga rättigheterna som är tillräckligt allvarliga för att påverka en individ på ett liknande sätt som i artikel 9.1 a i direktivet också ska anses utgöra förföljelse.

53 Det framgår av dessa bestämmelser att ett åsidosättande av de grundläggande rättigheterna måste uppnå en viss allvarlighetsgrad för att det ska utgöra förföljelse i den mening som avses i artikel 1 A i Genèvekonventionen. Alla åsidosättanden av en homosexuell asylsökandes grundläggande rättigheter är således inte nödvändigtvis av den allvarlighetsgraden.

54 Först och främst ska det påpekas att de grundläggande rättigheter som är särskilt knutna till den sexuella läggning som de nationella målen handlar om – såsom rätten till respekt för privat- och familjeliv, som skyddas genom artikel 8 i Europakonvention (som motsvaras av artikel 7 i stadgan) i förekommande fall jämförd med artikel 14 i Europakonventionen (på vilken artikel 21.1 i stadgan har baserats) – inte ingår bland de grundläggande mänskliga rättigheter från vilka undantag inte kan göras.

55 Under dessa förhållanden kan en lagstiftning som straffbelägger homosexuella handlingar inte i sig anses ha en så betydande inverkan på den asylsökande att den allvarlighetsgrad som krävs för att kriminaliseringen ska utgöra förföljelse enligt artikel 9.1 i direktivet är uppnådd.

56 Däremot kan själva det fängelsestraff som föreskrivs i anslutning till en viss lagbestämmelse som, i likhet med de nationella bestämmelser som här är aktuella, straffbelägger homosexuella handlingar utgöra förföljelse enligt artikel 9.1 i direktivet, förutsatt att det faktiskt tillämpas i det ursprungsland som har antagit straffbudet.

57 En sådan påföljd strider mot artikel 8 i Europakonventionen, som motsvaras av artikel 7 i stadgan, och utgör ett straff som är oproportionerligt eller diskriminerande i den mening som avses i artikel 9.2 c i direktivet.

58 När en asylsökande, liksom i de nationella målen, åberopar att homosexuella handlingar är straffbelagda i hans eller hennes ursprungsland ankommer det mot denna bakgrund således på de nationella myndigheterna att vid den bedömning av fakta och omständigheter som de gör med stöd av artikel 4 undersöka alla relevanta uppgifter om ursprungslandet, inbegripet lagar och andra författningar i ursprungslandet samt det sätt på vilket dessa tillämpas, vilket föreskrivs i artikel 4.3 a i direktivet.

59 De nationella myndigheterna ska särskilt undersöka huruvida det fängelsestraff som föreskrivs i lagstiftningen i den asylsökandes ursprungsland tillämpas i praktiken.

60 Dessa aspekter ska beaktas när de nationella myndigheterna bedömer huruvida den asylsökande verkligen hyser välgrundad fruktan för att utsättas för förföljelse i den mening som avses i artikel 2 c i direktivet jämförd med artikel 9.3 vid ett återvändande till ursprungslandet.

61 Mot denna bakgrund ska den tredje frågan, vilken har ställts i vart och ett av de nationella målen, besvaras enligt följande. Artikel 9.1 i direktivet, jämförd med artikel 9.2 c, ska tolkas så, att enbart kriminaliseringen av homosexuella handlingar inte i sig utgör förföljelse. Däremot ska ett fängelsestraff som föreskrivs för homosexuella handlingar och som verkligen tillämpas i det ursprungsland som har antagit en sådan lagstiftning betraktas som ett straff som är oproportionerligt eller diskriminerande och som därmed utgör förföljelse.

Den andra frågan

Inledande synpunkter

62 Den nationella domstolens syfte med den andra frågan, vilken har ställts i vart och ett av de nationella målen, är att få klarhet i huruvida – för det fall en homosexuell asylsökande ska anses tillhöra en viss samhällsgrupp enligt artikel 10.1 d i direktivet – det ska göras en åtskillnad mellan homosexuella handlingar som omfattas av direktivet och homosexuella handlingar som inte gör det och således inte kan leda till ett beviljande av flyktingstatus.

63 Vid besvarandet av denna fråga, som den nationella domstolen har delat upp i flera delfrågor, ska det noteras att frågan avser en situation där den asylsökande, såsom är fallet i dessa mål, inte har visat att han eller hon redan har varit utsatt för förföljelse eller för direkta hot om sådan förföljelse på grund av tillhörigheten till en särskild samhällsgrupp vars medlemmar har samma sexuella läggning.

64 Eftersom det saknas en sådan allvarlig indikation på att de asylsökandes fruktan är välgrundad som avses i artikel 4.4 i direktivet vill den nationella domstolen få klarlagt i vilken mån det i ett fall där en asylsökande till stöd för att hans eller hennes fruktan för förföljelse är välgrundad inte kan åberopa att han eller hon redan har varit utsatt för förföljelse på grund av tillhörigheten till nämnda grupp kan vara tillåtet att kräva att sökanden, vid ett återvändande till ursprungslandet, även fortsättningsvis ska se till att undvika risken för förföljelse genom att hemlighålla sin homosexualitet eller åtminstone genom att iaktta återhållsamhet när han eller hon ger uttryck för sin läggning.

Den andra frågan, punkterna a och b

65 Den nationella domstolens syfte med den andra frågan (vilken har ställts i vart och ett av de nationella målen), punkterna a och b (vilka ska prövas tillsammans), är att få klarhet i huruvida artikel 10.1 d i direktivet, jämförd med artikel 2 c, ska tolkas så, att det inte är rimligt att förvänta sig att en asylsökande för att undvika förföljelse hemlighåller sin homosexualitet i ursprungslandet eller iakttar återhållsamhet när han eller hon ger uttryck för sin sexuella läggning. Dessutom vill den nationella domstolen, i förekommande fall, få klarhet i huruvida en homosexuell person måste vara mer återhållsam än en heterosexuell person.

66 Först och främst konstaterar domstolen att det anges i artikel 10.1 d i direktivet att begreppet sexuell läggning inte får tolkas så att det innefattar handlingar som anses brottsliga enligt medlemsstaternas nationella lagstiftning.

67 Bortsett från sådana handlingar som anses brottsliga enligt medlemsstaternas nationella lagstiftning finns det inget i artikel 10.1 d som tyder på att unionslagstiftaren har avsett att utesluta vissa andra typer av handlingar eller uttryck som är knutna till sexuell läggning från bestämmelsens tillämpningsområde.

68 Artikel 10.1 d i direktivet innehåller exempelvis inte några restriktioner vad gäller den inställning som medlemmarna av den särskilda samhällsgruppen får ha till sin identitet eller de beteenden som vid tillämpningen av bestämmelsen ska anses ingå i begreppet sexuell läggning.

69 Det faktum att det uttryckligen framgår av artikel 10.1 b i direktivet att begreppet religion även ska omfatta deltagande i privata eller offentliga gudstjänster, gör inte att det går att sluta sig till att begreppet sexuell läggning, som det hänvisas till i artikel 10.1 d i direktivet, endast ska anses omfatta handlingar som är hänförliga till den berörda personens privata sfär och inte handlingar som är hänförliga till den tillvaro som personen för offentligt.

70 Det bör i sammanhanget nämnas att ett krav på att medlemmarna av en samhällsgrupp som har samma sexuella läggning ska hemlighålla sin läggning strider mot själva erkännandet av att det är fråga om en egenskap som är så grundläggande för identiteten att de berörda personerna inte får tvingas avsvära sig den.

71 Det är således inte tillåtet att förvänta sig att en asylsökande hemlighåller sin homosexualitet i

ursprungslandet för att undvika förföljelse.

72 När de gäller den återhållsamhet som den berörda personen ska iaktta gör domstolen följande bedömning. Enligt den systematik som direktivet bygger på ska behöriga myndigheter, när de bedömer huruvida en asylsökandes fruktan för förföljelse är välgrundad, söka besvara frågan huruvida de fastställda omständigheterna utgör ett sådant hot att sökanden, med hänsyn till hans eller hennes individuella situation, rimligen kan frukta att faktiskt utsättas för förföljelse (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Y och Z, punkt 76).

73 Denna riskbedömning, som i samtliga fall ska präglas av uppmärksamhet och försiktighet (dom av den 2 mars 2010 i de förenade målen C-175/08, C-176/08, C-178/08 och C-179/08, Salahadin Abdulla m.fl., REU 2010, s. I-1493, punkt 90), bygger enbart på en konkret bedömning av aktuella fakta och omständigheter i enlighet med reglerna i bland annat artikel 4 i direktivet (domen i det ovannämnda målet Y och Z, punkt 77).

74 Det föreskrivs inte i någon av dessa regler att behöriga myndigheter, vid bedömningen av hur stor risken är för att faktiskt utsättas för förföljelse i ett visst sammanhang, ska beakta sökandens möjlighet att undvika risken för förföljelse till exempel genom att iaktta återhållsamhet när han eller hon ger uttryck för en sexuell läggning som kännetecknar den särskilda samhällsgrupp som han eller hon tillhör (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda målen Y och Z, punkt 78).

75 Härav följer att en asylsökande ska tillerkännas flyktingstatus enligt artikel 13 när det är fastställt att han eller hon kommer att löpa en verklig risk för förföljelse, i den mening som avses i artikel 9.1 i direktivet, på grund av sin homosexualitet vid ett återvändande till sitt ursprungsland. I det avseendet ska hänsyn inte tas till att sökanden skulle kunna undvika den risken genom att iaktta större återhållsamhet än en heterosexuell person gör när han eller hon ger uttryck för sin sexuella läggning.

76 Mot denna bakgrund ska den andra frågan, punkterna a och b, som har ställts i vart och ett av de tre nationella målen, besvaras enligt följande. Artikel 10.1 d i direktivet, jämförd med artikel 2 c, ska tolkas så, att det endast är sådana homosexuella handlingar som är brottsliga enligt medlemsstaternas nationella lagstiftning som är undantagna från direktivets tillämpningsområde. De behöriga myndigheterna kan inte, vid prövningen av en ansökan om flyktingstatus, rimligen förvänta sig att en asylsökande för att undvika förföljelse hemlighåller sin homosexualitet i ursprungslandet eller iakttar återhållsamhet när han eller hon ger uttryck för sin sexuella läggning.

Den andra frågan, punkt c

77 Med hänsyn till svaret på den andra frågan punkterna a och b saknas anledning att pröva den andra frågan, punkt c.

78 Det ska dock erinras om att när det i ett konkret fall ska avgöras vilka handlingar som kan anses utgöra förföljelse enligt artikel 9.1 a i direktivet, saknas det anledning att göra åtskillnad mellan handlingar som påstås innebära ingrepp i "själva kärnan" i uttrycket för en sexuell läggning, förutsatt att det är möjligt att avgränsa en sådan, och handlingar som inte anses påverka det som uppfattas som "själva kärnan" (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Y och Z, punkt 72).

Rättegångskostnader

79 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter

har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

- 1) **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 ska tolkas så, att det faktum att det existerar en sådan strafflagstiftning som den som är i fråga i de nationella målen, med bestämmelser som riktar sig särskilt till homosexuella personer, gör att dessa personer ska anses utgöra en viss samhällsgrupp.**
- 2) **Artikel 9.1 i direktivet, jämförd med artikel 9.2 c, ska tolkas så, att enbart kriminaliseringen av homosexuella handlingar inte i sig utgör förföljelse. Däremot ska ett fängelsestraff som föreskrivs för homosexuella handlingar och som verkligen tillämpas i det ursprungsland som har antagit en sådan lagstiftning betraktas som ett straff som är oproportionerligt eller diskriminerande och som därmed utgör förföljelse.**
- 3) **Artikel 10.1 d i direktivet, jämförd med artikel 2 c, ska tolkas så, att det endast är sådana homosexuella handlingar som är brottsliga enligt medlemsstaternas nationella lagstiftning som är undantagna från direktivets tillämpningsområde. De behöriga myndigheterna kan inte, vid prövningen av en ansökan om flyktingstatus, rimligen förvänta sig att en asylsökande för att undvika förföljelse hemlighåller sin homosexualitet i ursprungslandet eller iakttar återhållsamhet när han eller hon ger uttryck för sin sexuella läggning.**

Underskrifter

* Rättegångsspråk: nederländska.