

Άσυλο και σεξουαλικός προσανατολισμός:
Το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης αναγνωρίζει μια νέα κατηγορία
προσφύγων¹

Αθανάσιος Γ. Τάκης,
Δικηγόρος, Διδάκτωρ Ευρωπαϊκού Δικαίου, Επιστημονικός συνεργάτης «Αρμενόπουλου»

Διάγραμμα μελέτης

1. Εισαγωγή

2. Οι προϋποθέσεις παροχής ασύλου

2.1 Οι προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν προκειμένου να αναγνωριστεί η ιδιότητα του πρόσφυγα:

Ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα

Πράξη δίωξης

2.2 Τι δεν συνιστά προϋπόθεση:

Απαίτηση διακριτικότητας

3. Κριτική προσέγγιση της απόφασης του Δικαστηρίου

3.1 Κρατική δίωξη:

Εφαρμοζόμενη νομοθεσία

Βαρύτητα ποινών

3.2 Μη κρατική δίωξη:

Εχθρικό κλίμα και αδυναμία πρόσβασης σε κρατική προστασία

4. Συμπεράσματα

¹ Με αφορμή την απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 7^{ης} Νοεμβρίου 2013, συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-199/12 έως C-201/12, Minister voor Immigratie en Asiel κατά X (C-199/12) και Y (C-200/12) και Z κατά Minister voor Immigratie en Asiel (C-201/12) μη δημοσιευθείσα ακόμα στη Συλλογή Νομολογίας (βλ. το πλήρες κείμενό της στο παρόν τεύχος).

1. Εισαγωγή

Οι διώξεις προσώπων λόγω του σεξουαλικού ή γενετήσιου προσανατολισμού² τους δεν είναι νέο φαινόμενο. Παρ' ότι η κατάσταση είναι σαφώς βελτιωμένη σε σχέση με το παρελθόν, εβδομήντα οκτώ χώρες σε όλο τον κόσμο εξακολουθούν να διώκουν ποινικά τις ερωτικές σχέσεις ατόμων του ίδιου φύλου³. Αντίθετα, είναι φαινόμενο των τελευταίων ετών η επίκληση των διώξεων και των διακρίσεων, που υφίστανται τα άτομα αυτά στην χώρα καταγωγής τους, ως λόγων που καθιστούν επιτακτική τη διεθνή προστασία τους⁴. Μια σειρά παραγόντων συντέλεσαν ώστε τα τελευταία χρόνια ο αριθμός των αιτημάτων ασύλου που υποβάλλονται από ομοφυλόφιλους, λεσβίες, αμφιφυλόφιλους και διαφυλικούς να έχει αυξηθεί σημαντικά⁵: η προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων την εποχή της παγκοσμιοποίησης έγινε περισσότερο οικουμενική και ατομοκεντρική, ξεπέρασε τους παραδοσιακούς περιορισμούς των εθνικών συνόρων και εδραιώθηκε στη βάση διεθνών συμβάσεων⁶. Μία από τις σημαντικότερες διεθνείς συμβάσεις που ενίσχυσε την προστασία των ανθρωπίνων δικαιωμάτων, εγκαθιδρύοντας την υποχρέωση των κρατών να παρέχουν διεθνή προστασία στα

² Ως «σεξουαλικός προσανατολισμός» ορίζεται η ικανότητα του προσώπου να νιώθει εσωτερική συγκινησιακή, συναισθηματική και σεξουαλική έλξη για άτομα διαφορετικού ή ίδιου φύλου ή περισσότερων του ενός φύλου και να διατηρεί με αυτά προσωπικές και σεξουαλικές σχέσεις. Η «ταυτότητα του γένους» (ή γενετήσιος προσανατολισμός) αναφέρεται στη βαθύτερη και εσωτερική εμπειρία κάθε προσώπου όσον αφορά το γένος, που μπορεί, χωρίς να είναι απαραίτητο, να αντιστοιχεί στο γένος που αποδίδεται κατά τη γέννηση, συμπεριλαμβανομένων της προσωπικής του αίσθησης για το σώμα και άλλων εκφράσεων, όπως είναι η ένδυση, η ομιλία και οι τρόποι. Η σχετική ορολογία του παρόντος σημειώματος βασίζεται στις «Αρχές της Yogyakarta για την Εφαρμογή του Διεθνούς Δικαίου των Δικαιωμάτων του Ανθρώπου στο Σεξουαλικό Προσανατολισμό και στην Ταυτότητα του Γένους», Μάρτιος 2007, www.yogyakartaprinciples.org/principles_en.pdf.

³ International Commission of Jurists, «Sexual Orientation and Gender Identity in Human Rights Law: Jurisprudential, Legislative and Doctrinal References from the Council of Europe and the European Union», Οκτώβριος 2007, <http://icj.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2007/12/sexual-orientation-gender-identity-law-CoE-EU-publication-2007.pdf>. Βλέπε επίσης M. O' Flaherty & J. Fisher, «Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles», *Human Rights Law Review*, 2008, σελ. 207-248.

⁴ J. Millbank, «The right of lesbians and gay men to live freely, openly, and on equal terms is not bad law: a reply to Hathaway and Pobjo», *International Law and Politics*, 2012, σελ. 497-527.

⁵ Υπατη Αρμοστεία του ΟΗΕ για του Πρόσφυγες (UNHCR), «Κατευθυντήριες οδηγίες για τα αιτήματα ασύλου που στηρίζονται στο σεξουαλικό προσανατολισμό και στην ταυτότητα γένους», Γενεύη 2008, διαθέσιμες στην ιστοσελίδα www.unhcr.gr

⁶ Όπως ενδεικτικά: Ph. Alston, «The Universal Declaration in an Era of Globalization», στο συλλογικό έργο επιμ. V. D. Heijden & Tahzib-Lie, «Reflections on the Universal Declaration of Human Rights: A Fiftieth Anniversary Anthology», Hague, Martinus Nijhoff, 1998, R. Brownsword (επιμ.), «Global Governance and the Quest for Justice – Volume 4: Human Rights», Oxford, Hart Publishing, 2004, T. Evans, «The Politics of Human Rights: A Global Perspective» 2nd Ed, London, Pluto Press, 2005, J. W. Meyer, «World society, institutional theories, and the actor», *ANNUAL REVIEW OF SOCIOLOGY*, 2010, σελ 1-20 και D. J. Frank «Making sense of LGBT asylum claims: Change and variation in institutional contexts», *INTERNATIONAL LAW AND POLITICS*, 2012, σελ. 485-495.

άτομα που για διάφορους λόγους αναγκάζονται να εγκαταλείψουν την πατρίδα τους, είναι η Σύμβαση της Γενεύης της 28ης Ιουλίου 1951 περί του καθεστώτος των προσφύγων⁷. Σύμφωνα με το άρθρο 1§2 αυτής, πρόσφυγας είναι κάθε πρόσωπο, το οποίο συνεπεία δικαιολογημένου φόβου διώξεως λόγω φυλής, θρησκείας, εθνικότητας, κοινωνικής τάξεως ή πολιτικών πεποιθήσεων ευρίσκεται εκτός της χώρας της οποίας έχει την υπηκοότητα και δεν δύναται ή, λόγω του φόβου τούτου, δεν επιθυμεί να απολαύει της προστασίας της χώρας αυτής.

Η Σύμβαση ενσωματώθηκε στο δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης με την Οδηγία του Συμβουλίου 2004/83 για τη θέσπιση ελάχιστων απαιτήσεων για την αναγνώριση και το καθεστώς των προσφύγων⁸, η οποία προσφάτως αντικαταστάθηκε από την Οδηγία 2011/95⁹. Στην Οδηγία 2004/83 περιλαμβάνεται ορισμός των «πράξεων δίωξης», οι οποίες γεννούν το φόβο των διωκόμενων προσώπων, και καθορίζονται κριτήρια σχετικά με τις πράξεις αυτές τόσο ως προς τη βαρύτητά τους¹⁰ όσο και ως προς τη μορφή που ενδέχεται να ενδύονται¹¹. Στο άρθρο 10 της Οδηγίας, που επιγράφεται «λόγοι δίωξης», εξειδικεύονται εννοιολογικά τα χαρακτηριστικά εκείνα που συνιστούν την αιτία ή την αφορμή των διώξεων. Από τις πέντε κατηγορίες λόγων που απαριθμούνται, κρίσιμη έννοια σε σχέση με τις διώξεις που υφίστανται άτομα με ομοφυλόφιλο σεξουαλικό προσανατολισμό είναι αυτή της «ιδιαιτέρως κοινωνικής ομάδας». Γι' αυτήν η Οδηγία προβλέπει πως «η ομάδα θεωρείται ως ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα όταν, μεταξύ άλλων: τα μέλη της ομάδας αυτής έχουν κοινά εγγενή χαρακτηριστικά ή

⁷ Η Σύμβαση περί της νομικής καταστάσεως των προσφύγων, η οποία υπογράφηκε στη Γενεύη στις 28 Ιουλίου 1951 (Recueil des traités des Nations Unies, 1954, τόμος 189, σ. 150, αριθ. 2545), τέθηκε σε ισχύ στις 22 Απριλίου 1954, συμπληρώθηκε δε με το Πρωτόκολλο περί του καθεστώτος των προσφύγων, το οποίο συνάφθηκε στη Νέα Υόρκη στις 31 Ιανουαρίου 1967 και τέθηκε σε ισχύ στις 4 Οκτωβρίου 1967 (στο εξής: Σύμβαση της Γενεύης). Βλ. ανάλυσή της σε Ζ. Παπασιώπη – Πασιά, «Δίκαιο καταστάσεως αλλοδαπών», εκδόσεις Σάκκουλα 2007, σελ. 160 επ.

⁸ Οδηγία 2004/83/ΕΚ του Συμβουλίου, της 29ης Απριλίου 2004, για θέσπιση ελάχιστων απαιτήσεων για την αναγνώριση και το καθεστώς των υπηκόων τρίτων χωρών ή των απάτριδων ως προσφύγων ή ως προσώπων που χρήζουν διεθνούς προστασίας για άλλους λόγους (ΕΕ L 304, σ. 12, και διορθωτικό ΕΕ 2005, L 204, σ. 24, στο εξής: Οδηγία). Βλ. συλλογικό έργο επιμέλειας V. Chetail, «La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives», Editions Bruylant, Bruxelles, 2001, ιδίως δε μελέτη Fr. J. Laferriere, «La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la Convention de Genève du 28 Juillet 1951 relative au statut des refugies», σελ. 257 – 286.

⁹ Οδηγία 2011/95/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 13ης Δεκεμβρίου 2011, σχετικά με τις απαιτήσεις για την αναγνώριση των υπηκόων τρίτων χωρών ή των απάτριδων ως δικαιούχων διεθνούς προστασίας, για ένα ενιαίο καθεστώς για τους πρόσφυγες ή για τα άτομα που δικαιούνται επικουρική προστασία και για το περιεχόμενο της παρεχόμενης προστασίας, Επίσημη Εφημερίδα, αριθ. L 337 της 20/12/2011, σελ. 9-26. Η Οδηγία αντικαθιστά και καταργεί την προγενέστερη 2004/83, χωρίς να επιφέρει αλλαγές στο θέμα που εξετάζεται στην παρούσα μελέτη. Σύμφωνα με το άρθρο 39, τα κράτη μέλη θέτουν σε ισχύ τις αναγκαίες νομοθετικές, κανονιστικές και διοικητικές διατάξεις για να συμμορφωθούν με την πλειοψηφία των προβλέψεων της έως τις 21 Δεκεμβρίου 2013. Η ενσωμάτωση της Οδηγίας στην ελληνική έννομη τάξη έλαβε χώρα με το Προεδρικό Διάταγμα υπ' αριθμό 141/2013 (ΦΕΚ Α 226/21.10.2013).

¹⁰ Άρθρο 9§1 της Οδηγίας.

¹¹ Άρθρο 9§2 της Οδηγίας.

κοινό ιστορικό παρελθόν το οποίο δεν μπορεί να μεταβληθεί ή έχουν από κοινού χαρακτηριστικά ή πεποιθήσεις τόσο θεμελιώδους σημασίας για την ταυτότητα ή τη συνείδηση ώστε ένα πρόσωπο να μην πρέπει να αναγκάζεται να τις αποκηρύξει και η ομάδα έχει ιδιαίτερη ταυτότητα στην οικεία χώρα, διότι γίνεται αντιληπτή ως διαφορετική ομάδα από τον περιβάλλοντα κοινωνικό χώρο. Ανάλογα με τις συνθήκες που επικρατούν στη χώρα καταγωγής μια ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα μπορεί να περιλαμβάνει ομάδα που βασίζεται στο κοινό χαρακτηριστικό του γενετήσιου προσανατολισμού. Ο γενετήσιος προσανατολισμός δεν μπορεί να νοηθεί ως περιλαμβανών πράξεις θεωρούμενες αξιόποινες κατά το εθνικό δίκαιο των κρατών μελών. Μπορούν να λαμβάνονται υπόψη πτυχές συνδεόμενες με το φύλο, χωρίς να αποτελούν αυτές καθ' εαυτές τεκμήριο της εφαρμογής του παρόντος άρθρου»¹².

Ολλανδικά διοικητικά Δικαστήρια, επιλαμβανόμενα υποθέσεων άρνησης παροχής ασύλου σε ομοφυλόφιλους, προερχόμενους από χώρες της Αφρικής όπου η ομοφυλοφιλία διώκεται ποινικά, ζήτησαν από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δια της υποβολής προδικαστικού ερωτήματος, να διευκρινίσει πρωτίστως εάν οι ομοφυλόφιλοι υπάγονται στον ανωτέρω ορισμό της ιδιαίτερης κοινωνικής ομάδας και κατ' επέκταση στο *ratione personae* πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας. Επιπλέον, διατύπωσαν ερωτήματα σε σχέση με την έννοια της δίωξης αλλά και με την ενδεχόμενη υποχρέωση των αιτούντων να αποκρύπτουν στις χώρες καταγωγής τους τον σεξουαλικό προσανατολισμό τους ώστε να αποφεύγουν τις διώξεις. Με την απόφαση του Δικαστηρίου¹³ για πρώτη φορά επιβεβαιώθηκε ότι οι ομοφυλόφιλοι άντρες και γυναίκες υπάγονται, υπό προϋποθέσεις, στο προσωπικό πεδίο εφαρμογής της Σύμβασης της Γενεύης και παρασχέθηκε, έτσι, το νομικό έρεισμα για τη σύγκλιση των μέχρι τώρα αποκλιουσών πρακτικών των κρατών μελών σε αυτό το ζήτημα. Παρακάτω εξετάζονται, αρχικά (υπό 2), ποια στοιχεία απαιτείται και ποια δεν απαιτείται να πληρούνται προκειμένου να κριθεί από τις εθνικές αρχές των κρατών μελών ότι ο αιτών άσυλο αλλοδαπός συνιστά πρόσωπο δικαιούμενο διεθνούς προστασίας κατά την Οδηγία και τη Σύμβαση και, στη συνέχεια (υπό 3), διατυπώνονται παρατηρήσεις επί των κρίσεων του Δικαστηρίου,

¹² Οδηγία 2004/83/ΕΚ, άρθρο 10§1, στοιχείο δ'. Η προστασία που η διάταξη αυτή παρέχει στα άτομα με σεξουαλικό προσανατολισμό κατευθυνόμενο προς το ίδιο φύλο είναι ρητή. Δεν είναι όμως το ίδιο σαφές εάν η προστασία αυτή εκτείνεται στα διαφυλικά άτομα, παρ' ότι θεωρείται λογικό ότι η Οδηγία καλύπτει και αυτά τα άτομα. Η διατύπωση του στοιχείου δ' του άρθρου 10§1 είναι ιδιαίτερα ασαφής, ιδίως λαμβανομένων υπόψη των διαφορών του τελευταίου εδαφίου στις γλωσσικές αποδόσεις («πτυχές συνδεόμενες με το φύλο» - «gender related aspects» - «les aspects liés à l'égalité entre les hommes et les femmes»). Βλέπε και Ευρωπαϊκός Οργανισμός Θεμελιωδών Δικαιωμάτων (FRA), «Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States», Report, Ιούνιος 2011, σελ. 33.

¹³ Απόφαση του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης της 7^{ης} Νοεμβρίου 2013, συνεκδικασθείσες υποθέσεις C-199/12 έως C-201/12, Minister voor Immigratie en Asiel κατά X (C-199/12) και Y (C-200/12) και Z κατά Minister voor Immigratie en Asiel (C-201/12), όπου παραπάνω.

ιδίως υπό την οπτική των ατόμων και των περιπτώσεων που -παραδόξως- στερούνται της προσφυγικής ιδιότητας¹⁴.

2. Οι προϋποθέσεις παροχής ασύλου

Η Σύμβαση της Γενεύης αποτελεί τον ακρογωνιαίο λίθο του διεθνούς νομικού καθεστώτος για την προστασία των προσφύγων. Οι διατάξεις της Οδηγίας, σχετικά με τις προϋποθέσεις για την παροχή του καθεστώτος πρόσφυγα και σχετικά με το περιεχόμενο του καθεστώτος αυτού, θεσπίστηκαν για να βοηθηθούν οι αρμόδιες αρχές των κρατών μελών της Ένωσης να κατανοούν και να εφαρμόζουν τη Σύμβαση με ομοιόμορφο τρόπο¹⁵. Το γεγονός ότι η Οδηγία ενσωματώνει στο δίκαιο της Ένωσης μία διεθνή Σύμβαση συνεπάγεται ότι η ερμηνεία των διατάξεων της Οδηγίας γίνεται υπό το φως της όλης οικονομίας και του σκοπού της Σύμβασης αυτής αλλά και όλων των άλλων διεθνών συμβάσεων που σχετίζονται με το Ευρωπαϊκό Σύστημα Ασύλου¹⁶. Επίσης, όπως παγίως κρίνει το Δικαστήριο, κατά την ερμηνεία των διατάξεων ενός ενωσιακού νομοθετήματος λαμβάνονται υπόψη το όλο πνεύμα, ο σκοπός και η διάρθρωση του νομοθετήματος καθώς και ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ένωσης¹⁷. Στο πλαίσιο αυτό, η αξιολόγηση των

¹⁴ Σε επίπεδο Ευρωπαϊκής Ένωσης μια σειρά πράξεων προστατεύει τα θεμελιώδη δικαιώματα των ομοφυλοφίλων, δεδομένου ότι ο Χάρτης Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και ιδιαίτερα το άρθρο 21 απαγορεύει τις διακρίσεις με βάση το γενετήσιο προσανατολισμό. Μεταξύ αυτών, στο σημείο όπου συνάπτονται άσυλο και σεξουαλικός προσανατολισμός, εκτός της Οδηγίας 2004/83 που διέπει την απόδοση της ιδιότητας του πρόσφυγα και αποτελεί το εξεταζόμενο ζήτημα της παρούσας μελέτης, διεκδικεί επίσης εφαρμογή η Οδηγία 2003/86/EK της 22ης Σεπτεμβρίου 2003. Η Οδηγία 2003/86 θέτει όρους για την ενάσκηση του δικαιώματος επανένωσης οικογενειών με πολίτες τρίτων χωρών που κατοικούν νόμιμα στο έδαφος κράτους μέλους. Το άρθρο 4 αυτής, το οποίο έχει τίτλο «Μέλη της οικογένειας» προβλέπει ότι τα κράτη μέλη μπορούν να επιτρέψουν την είσοδο και τη διαμονή του εκτός γάμου συντρόφου, υπηκόου τρίτης χώρας, ο οποίος διατηρεί με τον συντηρούντα σταθερή σχέση μακράς διαρκείας δεόντως αποδεδειγμένη ή συνδέεται με αυτόν με καταχωρισμένη σχέση συμβίωσης. Επαφίεται, ωστόσο, στην κυριαρχική εξουσία των κρατών μελών να αναγνωρίσουν αυτό το δικαίωμα σε ομόφυλα ζευγάρια και ορισμένα κράτη μέλη το πράττουν. Για το ζήτημα της οικογενειακής συνένωσης ομόφυλων οικογενειών, που εκφεύγει των ορίων της παρούσας, βλέπε ενδεικτικά Η. Stalford, «Concepts of Family under EU Law—Lessons from the ECHR», *International journal of law, policy and the family*, 2002, σελ. 410-434 και P. Van Elsuwege & D. Kochenov, «On the limits of judicial intervention: EU citizenship and family reunification rights», *European Journal of Migration and Law*, 2011, σελ. 443-466.

¹⁵ Αποφάσεις του Δικαστηρίου της 5^{ης} Σεπτεμβρίου 2012, C-71/11 και C-99/11, Υ και Ζ, σκέψη 47, μη δημοσιευθείσα ακόμα στη Συλλογή Νομολογίας 2012, της 2^{ης} Μαρτίου 2010, C-175/08, C-176/08, C-178/08 και C-179/08, Salahadin Abdulla κ.λπ., Συλλογή 2010, σ. I-1493, σκέψη 52, καθώς και της 17^{ης} Ιουνίου 2010, C-31/09, Bolbol, Συλλογή 2010, σ. I-5539, σκέψη 37.

¹⁶ Άρθρο 78 της Συνθήκης για τη Λειτουργία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, βλ. ανάλυση άρθρου της Δ. Αναγνωστοπούλου στο συλλογικό έργο επιμ. Β. Χριστιανού, «Συνθήκη ΕΕ και ΣΛΕΕ – Κατ' άρθρο ερμηνεία», Νομική Βιβλιοθήκη 2012, σελ. 451-641, T. Hatton, «Asylum Policy in the EU: The Case for Deeper Integration», *Centre for Economic Policy Research* 2012, <http://cbe.anu.edu.au/research/papers/ceprpapers/DP660.pdf> και M. J. Schain, «The State Strikes Back: Immigration Policy in the European Union», *EUROPEAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW* 2009, σελ. 93-109, T. J. Hatton, «Seeking Asylum in Europe», *ECONOMIC POLICY* 2004, σελ. 5-62 και G. Lahav, & A. M. Messina, «The Limits of a European Immigration Policy: Elite Opinion and Agendas within the European Parliament», *JOURNAL OF COMMON MARKET STUDIES* 2005, σελ. 851-875.

¹⁷ Αποφάσεις του Δικαστηρίου της 5^{ης} Σεπτεμβρίου 2012, C-71/11 και C-99/11, όπου παραπάνω, σκέψη 48, της 21^{ης} Δεκεμβρίου 2011, C-411/10 και C-493/10, N. S. κ.λπ. που δεν έχει δημοσιευθεί

αιτήσεων διεθνούς προστασίας από τις αρμόδιες αρχές των κρατών μελών θα πρέπει να γίνεται σύμφωνα με τις προβλέψεις της Οδηγίας, να λαμβάνει χώρα σε εξατομικευμένη βάση και να στηρίζεται στη συνεκτίμηση στοιχείων αντικειμενικών (νομοθεσία και συνθήκες στη χώρα καταγωγής του αιτούντος άσυλο) και υποκειμενικών (ατομική κατάσταση και χαρακτηριστικά, προσωπικές εμπειρίες), που είτε είναι γνωστά στις αρχές, είτε τα γνωστοποιεί ο αιτών¹⁸. Με αυτά τα δεδομένα, πρόσφυγας είναι όποιος εγκαταλείπει τη χώρα του επειδή οι συνθήκες που επικρατούν εκεί του δημιουργούν βάσιμο φόβο ότι θα υποστεί δίωξη για έναν από τους λόγους που απαριθμεί η Οδηγία. Συνεπώς, προσδιορίζονται δύο προϋποθέσεις προκειμένου να χορηγηθεί άσυλο: αφενός, ο αιτών να φέρει ένα χαρακτηριστικό που προκαλεί τη δίωξή του στη χώρα προέλευσής του. Το γνώρισμα αυτό μπορεί να είναι η φυλή, η ιθαγένειά του, τα θρησκευτικά ή πολιτικά πιστεύω του και η ένταξή του σε μια κοινωνική ομάδα. Αφετέρου, θα πρέπει να υπάρχει πραγματικός φόβος ότι αυτός πράγματι κινδυνεύει να υποστεί δίωξη για έναν από τους παραπάνω λόγους¹⁹. Εξ ου και τα κρίσιμα ερωτήματα των προδικαστικών παραπομπών: Συνιστούν οι ομοφυλόφιλοι «*ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα*»; Η ποινικοποίηση των ομοφυλοφιλικών πράξεων ισοδυναμεί με «*πράξη δίωξης*»; Και ακόμα, αναμένεται ο αιτών να συμπεριφέρεται «*διακριτικά*» στη χώρα καταγωγής του ώστε να μην εκθέτει τον εαυτό του σε κίνδυνο δίωξης;

2.1 Οι προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν προκειμένου να αναγνωρισθεί η ιδιότητα του πρόσφυγα:

Ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα

Κατά το άρθρο 10§1 της Οδηγίας, για να θεωρηθεί ένα σύνολο ανθρώπων ως «*ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα*» πρέπει να πληρούνται σωρευτικά²⁰ δύο

ακόμη στη Συλλογή, σκέψη 75, της 2^{ης} Μαρτίου 2010, C-175/08, C-176/08, C-178/08 και C-179/08, Salahadin Abdulla κ.λπ., Συλλογή 2010, σ. I-1493, σκέψη 53. Βλ. και Fr. J. Laferriere, «La compatibilité de la politique d'asile de l'Union européenne avec la Convention de Genève du 28 Juillet 1951 relative au statut des réfugiés», όπου παραπάνω και G. Pancheri, «The 1951 Geneva convention and its impact on EU policy-making in the area of asylum», College of Europe, Brugge, 2005, <http://www.federalismi.it/federalismi/document/07042005040216.pdf>.

¹⁸ Άρθρο 4§3 της Οδηγίας.

¹⁹ Σχετικά με τα κριτήρια αναγνώρισης της προσφυγικής ιδιότητας βλ. ενδεικτικά σε Π. Νάσκου – Περράκη, «Περί ασύλου και προσφύγων - Ανάλεκτα», Εκδόσεις Σάκκουλα 1999, σελ. 16 επ. Εκ της Σύμβασης, στις δύο ανωτέρω βασικές προϋποθέσεις (φόβος δίωξης για έναν από τους απαριθμούμενους λόγους) προβλέπονται και εκείνες που θέλουν τον αιτούντα να βρίσκεται εκτός της χώρας καταγωγής του και να μην επιθυμεί ή να μην δύναται να επιστρέψει σε αυτήν. Παρ' ότι συστηματικά οι δύο αυτές πρόσθετες προϋποθέσεις συναποτελούν κριτήρια για την αναγνώριση της ιδιότητας του πρόσφυγα, στα πλαίσια της προβληματικής που εδώ εξετάζεται, αυτές δεν παρουσιάζουν ερμηνευτικές δυσκολίες, γι' αυτό άλλωστε και δεν απασχολούν το Δικαστήριο και παραλείπεται η αναφορά τους.

²⁰ Σκέψη 45 της απόφασης του Δικαστηρίου. Ωστόσο, η ερμηνεία του εδαφίου δ' της παρ. 1 του άρθρου 10 της Οδηγίας δεν οδηγεί απαραίτητως στο συμπέρασμα ότι τα δύο στοιχεία αυτά πρέπει να συντρέχουν σωρευτικά. Αντίθετα, η διατύπωση «...*θεωρείται ως ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα όταν, μεταξύ άλλων...*» παραπέμπει σε ενδεικτική απαρίθμηση.

προϋποθέσεις. Απαιτείται, από τη μία, τα πρόσωπα που την απαρτίζουν να έχουν κοινά εγγενή χαρακτηριστικά συνυφασμένα με την προσωπικότητά τους και, από την άλλη, το σύνολο των εν λόγω προσώπων να γίνεται αντιληπτό ως μια ξεχωριστή κοινωνική ομάδα εντός του περιβάλλοντα κοινωνικού χώρου. Η συγκεκριμένη έννοια δεν καλύπτει μόνο κάποιες στενά οριζόμενες και ολιγομελείς ομάδες προσώπων. Τα μέλη δεν είναι απαραίτητο εξάλλου να διατηρούν δεσμούς με την ομάδα έπειτα από οικειοθελή ή τυπική προσχώρηση, ούτε αποτελεί προϋπόθεση η εκ των πραγμάτων συνοχή μεταξύ των μελών²¹. Η μνεία στο φύλο και στο γενετήσιο προσανατολισμό δεν σημαίνει ότι ο συγκεκριμένος λόγος δίωξης καλύπτει κατ' ανάγκη το σύνολο των ομοφυλοφίλων ή των διεμφυλικών ατόμων, αλλά πρέπει να συντρέχουν ιδιαίτερες περιστάσεις και συνθήκες στη χώρα καταγωγής, ενόψει των συγκεκριμένων χαρακτηριστικών της δίωξης και του θύματος²². Ταυτόχρονα, πρέπει να μη συντρέχει μια αρνητική προϋπόθεση που προβλέπει η Οδηγία: στην προστασία του γενετήσιου προσανατολισμού δεν νοούνται ως συμπεριλαμβανόμενες πράξεις που θεωρούνται αξιόποινες κατά την ποινική νομοθεσία των κρατών μελών της Ένωσης²³.

Σχετικά με την πρώτη θετική προϋπόθεση, αυτή δηλαδή του χαρακτηριστικού που είναι αδιάσπαστα συνυφασμένο με την προσωπικότητα, το Δικαστήριο κρίνει ότι ο γενετήσιος προσανατολισμός ενός ατόμου αποτελεί τόσο θεμελιώδες χαρακτηριστικό της προσωπικότητας και της ύπαρξης κάθε ανθρώπου, ώστε αυτός δεν πρέπει να αναγκάζεται να τον αποκηρύξει. Αναγνωρίζονται ρητά η ερωτική και σεξουαλική κλίση κάθε ανθρώπου ως στοιχείο που συνθέτει τη συνολική ταυτότητά του, όπως επίσης και η συνακόλουθη προστασία του ερωτικού προσανατολισμού έναντι εξωτερικών παρεμβάσεων που τείνουν στην καταπίεση ή μεταβολή του. Η λογική διάρθρωση του συλλογισμού του Δικαστηρίου είναι όλως ενδεικτική της σημασίας που αναγνωρίζεται στο σεξουαλικό αυτοκαθορισμό: το Δικαστήριο προβαίνει πρωταρχικά στη διακήρυξη περί απαραβίαστης σφαίρας της σεξουαλικότητας και επικουρικά μόνο παραπέμπει στη ρητή αναφορά που περιέχει η Οδηγία ότι ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα δύναται να αποτελεί μια κοινότητα

²¹ J. Hess, «Social Visibility and Particularity in Asylum: Gaitan v. Holder and the Ironic Requirement of Social Perception to Avoid Persecution», *Boston College Journal of Law & Social Justice*, 2013, σελ. 26-38, διαθέσιμο στο: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/jlsj/vol33/iss3/3>.

²² Βλ. την Πρόταση Οδηγίας του Συμβουλίου για τη θέσπιση ελάχιστων απαιτήσεων για την αναγνώριση και το καθεστώς των υπηκόων τρίτων χωρών και των απάτριδων ως προσφύγων ή ως προσώπων που χρήζουν διεθνούς προστασίας για άλλους λόγους, COM/2001/0510 τελικό, άρθρο 12, Επίσημη Εφημερίδα Ε 051 της 26/02/2002, σελ. 325-334.

²³ Άρθρο 10§1 στοιχείο δ' της Οδηγίας. Με τη ρήτρα αυτή εξαιρούνται από το προστατευτικό πεδίο της Οδηγίας σεξουαλικές παρεκκλίσεις, κάθε σεξουαλικού προσανατολισμού, που διώκονται ποινικά στο εσωτερικό της Ένωσης. Προβλήματα, ωστόσο, ενδέχεται να ανακύψουν λόγω της διαφοροποιημένης στα κράτη μέλη «ηλικίας συναίνεσης». Επίσης διατυπώνεται η κριτική και προς το ότι η ρήτρα του εδαφίου δ' μπορεί να έχει ως αποτέλεσμα να αδυνατούν να υπαχθούν στο προστατευτικό καθεστώς της τα ανήλικα άτομα που αυτοπροσδιορίζονται ως ομοφυλόφιλα, βλ. S. Chelvan, «A missed opportunity or a new dawn – Case Comment: C-199/12 etc», ιδίως σελ. 4, διαθέσιμο στο <http://europeanlawblog.eu>.

ανθρώπων με κοινό γενετήσιο προσανατολισμό²⁴. Στη συνέχεια εξετάζεται η δεύτερη προϋπόθεση, εάν δηλαδή ο περιβάλλον χώρος αντιμετωπίζει ένα σύνολο ανθρώπων με κοινό σεξουαλικό προσανατολισμό ως «χωριστή ομάδα». Παρ' ότι διεθνώς οι ισχυρισμοί για το σεξουαλικό προσανατολισμό και την ταυτότητα γένους παγίως εντάσσονται στην έννοια της συμμετοχής σε ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα, συμπέρασμα που επιβεβαιώνεται από δικαστήρια πολλών εννόμων τάξεων²⁵, το Δικαστήριο δεν κάνει οποιαδήποτε αναφορά στη διεθνή πρακτική και νομολογία αλλά εντοπίζει αποκλειστικά στην ποινική νομοθεσία το δείκτη εκείνο που αποκαλύπτει τον τρόπο με τον οποίο μια κοινωνία διάκειται προς την ομοφυλοφιλία. Η έλλειψη αναφορών της νομοθεσίας ή πρακτικών της διοίκησης σε βάρος των ομοφυλόφιλων συνιστά ένδειξη ότι αυτοί αποτελούν ένα κομμάτι της κοινωνίας που γίνεται αποδεκτό ως κομμάτι του κοινωνικού συνόλου. Αντίστροφα, οι διώξεις και η ποινικοποίηση της ομοφυλοφιλίας αποτελούν απόδειξη ότι οι ομοφυλόφιλοι γίνονται αντιληπτοί από μια κοινωνία ως χωριστή, αν όχι περιθωριακή, ομάδα. Το Δικαστήριο χρησιμοποιεί την ποινικοποίηση της ομοφυλοφιλίας ως κριτήριο για την κατάφαση της δεύτερης προϋπόθεσης παραλείποντας να εξετάσει ή να αναφέρει άλλα κριτήρια που θα μπορούσαν να χρησιμοποιηθούν συναφώς. Καταλήγει δε στο συμπέρασμα ότι η ύπαρξη οποιασδήποτε δυσμενούς νομοθεσίας που αφορά ειδικά τους ομοφυλόφιλους, ανεξαρτήτως βαρύτητας, εφαρμογής ή κυρώσεων, καθιστά δυνατή τη διαπίστωση ότι τα πρόσωπα αυτά πρέπει να θεωρηθεί ότι αποτελούν μέλη μιας ιδιαίτερης κοινωνικής ομάδας. Η έλλειψη αναφοράς σε άλλες κρατικές ή μη αποτυπώσεις «απαξίωσης» της ομοφυλοφιλίας, πλην της ποινικής νομοθεσίας, θα μπορούσε να οδηγήσει στο συμπέρασμα πως η ύπαρξη ποινικής νομοθεσίας είναι το μοναδικό κριτήριο που πρέπει στο εξής να λαμβάνεται υπόψη από τους εθνικούς δικαστές για την κατάφαση της δεύτερης προϋπόθεσης της Οδηγίας. Εντούτοις το συμπέρασμα αυτό θα ήταν εσφαλμένο, καθώς η προσεκτική ανάγνωση της απόφασης καθιστά σαφές ότι, υπό τα συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά των υποθέσεων που ήχθησαν ενώπιον του Δικαστηρίου, αρκεί ο εντοπισμός της ποινικοποίησης ως απόδειξη της κοινωνικής κατάταξης των ομοφυλόφιλων σε μια χωριστή ομάδα²⁶. Συνεπώς, πρέπει να γίνει δεκτό πως η απουσία ποινικής νομοθεσίας δεν άγει αυτομάτως στην εξαίρεση των ομοφυλόφιλων από την υπαγωγή τους στην έννοια της ιδιαίτερης κοινωνικής ομάδας, όπως επίσης και ότι οι ποινικές διατάξεις είναι

²⁴ Για τη σημασία της θεμελίωσης του αιτήματος ασύλου υπό το φόβο διώξεων λόγω σεξουαλικού προσανατολισμού στο δικαίωμα της προσωπικότητας βλ. J. Millbank, «The role of rights in asylum claims based on sexual orientation», *Human Rights Law Review*, 2004, σελ. 193-228.

²⁵ Υπατη Αρμοστεία Ηνωμένων Εθνών για τους Πρόσφυγες, «Κατευθυντήριες οδηγίες...», όπου ανωτέρω, σελ. 6, F. Marouf, «The emerging importance of "Social Visibility" in defining a "Particular Social Group" and its potential impact on asylum claims related to sexual orientation and gender», *Yale Law & Policy Review*, 2008, σελ. 47-106, S. Arnold, «Identity and the Sexual Minority Refugee: A Discussion of Conceptions and Preconceptions in the United Kingdom and Ireland», *Human Rights Brief*, 2013, σελ. 26-31, V. Fraissinier-Amiot, « Les homosexuels étrangers et le droit d'asile en France: un octroi en demi-teinte», *RFDA*, 2011, σελ. 291-310.

²⁶ Σκέψη 41 έως 49 της απόφασης και ιδίως σκ. 48 («εν προκειμένω»).

μία μόνο από τις ενδείξεις που μπορεί να χρησιμοποιήσει ο δικαστής. Η κατάφασή τους, ωστόσο, αρκεί για την πλήρωση της δεύτερης προϋπόθεσης της Οδηγίας.

Πράξη δίωξης

Η έτερη προϋπόθεση που πρέπει να συντρέχει για να αναγνωριστεί η ιδιότητα του πρόσφυγα σε ένα πρόσωπο είναι κατ' αυτού να επαπειλείται πράξη δίωξης εξαιτίας του γεγονότος ότι ανήκει σε ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα. Το Δικαστήριο εξετάζει την προϋπόθεση αυτή στις σκέψεις 50 έως 61, αρχικά αναλύοντας τις συναφείς προβλέψεις της Οδηγίας σε σχέση με την έννοια των πράξεων δίωξης και στη συνέχεια υπάγοντας τα πραγματικά περιστατικά των ενώπιόν του υποθέσεων στους κανόνες που διατύπωσε. Για τις ανάγκες των άρθρων 9 της Οδηγίας και 1 της Σύμβασης, μόνο πράξεις δίωξης ιδιαίτερης βαρύτητας επιφέρουν την προσβολή ανθρωπίνων δικαιωμάτων και συνεπώς ενεργοποιούν την υποχρέωση αναγνώρισης του καθεστώτος του πρόσφυγα. Στο συμπέρασμα αυτό άγεται το Δικαστήριο μέσα από την εκ παραλλήλου επισκόπηση του πρώτου και του δεύτερου εδαφίου του άρθρου 9 της Οδηγίας. Σύμφωνα με αυτά, πρέπει να πρόκειται για πράξη ή σύνολο μέτρων «αρκούντως σοβαρών» ενόψει της φύσεως ή της επαναλήψεώς τους ώστε να συνιστούν «σοβαρή παραβίαση» ενός θεμελιώδους δικαιώματος. Η έννοια της δίωξης ορίζεται επομένως βάσει ενός αντικειμενικού κριτηρίου, αυτού της φύσεως και της εγγενούς σοβαρότητας της πράξεως ή της βιωθείσας καταστάσεως, καθώς και ενός υποκειμενικού, ήτοι των συνεπειών που υπέστη ο ενδιαφερόμενος στη χώρα καταγωγής του ως αποτέλεσμα της άσκησης θεμελιώδους ελευθερίας του.

Οι διώξεις, τις οποίες υφίστανται όσοι εμφορούνται από ένα εκ των παραπάνω χαρακτηριστικών, μπορεί να πλήττουν τον «απαραβίαστο πυρήνα» των θεμελιωδών δικαιωμάτων, ήτοι δικαιωμάτων απόλυτων που πρέπει να γίνονται σεβαστά σε κάθε περίπτωση, ή να θίγουν άλλα δικαιώματα, για τα οποία αναγνωρίζεται ένα εύλογο περιθώριο περιορισμών. Το γεγονός ότι το άρθρο 9§1 στοιχείο α' της Οδηγίας διακρίνει μεταξύ των θεμελιωδών δικαιωμάτων του ανθρώπου μόνο εκείνα από τα οποία δεν χωρεί παρέκκλιση, δεν σημαίνει ότι ο νομοθέτης της Ένωσης είχε την πρόθεση να διαιρέσει τα προστατευόμενα δικαιώματα σε άξια και μη άξια προστασίας. Επιδίωξε αντίθετα να διαμορφώσει ένα επαρκώς ανοικτό και προσαρμόσιμο κείμενο, ώστε να αντανakλά διώξεις μεταβαλλόμενης έντασης και μορφών, που ποικίλλουν εξαιρετικά μεταξύ τους και ευρίσκονται διαρκώς σε εξέλιξη²⁷. Αναλυτικότερα, η δίωξη ενδέχεται να αφορά μία πράξη έσχατης σοβαρότητας, που συνίσταται στην κατάφωρη και μετ' επιμονής άρνηση των πλέον ουσιωδών δικαιωμάτων του ανθρώπου, εξαιτίας του χρώματος της επιδερμίδας, της εθνικότητας, του φύλου, των σεξουαλικών προτιμήσεών του, των πολιτικών πεποιθήσεων ή των θρησκευτικών δοξασιών του. Όποια και αν είναι

²⁷ Βλ. σχόλια της Επιτροπής της 12^{ης} Σεπτεμβρίου 2001 επί του άρθρου 11 της πρότασης Οδηγίας, με τίτλο «Η φύση της διώξεως» (νυν άρθρο 9 της Οδηγίας), COM(2001) 510 τελικό.

η μορφή την οποία λαμβάνει και πέραν της δυσμενούς διακρίσεως την οποία επισύρει, η δίωξη συνάπτεται αδιάλυτα με την ιδέα του φόβου, της απαγορεύσεως, της άρνησης του δικαιώματος να ζει κάποιος σε μια κοινωνία με ίσους όρους²⁸. Σε Κοινή Θέση του, πριν τη θέσπιση της Οδηγίας, το Συμβούλιο της ΕΕ όρισε την έννοια της «διώξεως» ως την κατάσταση εκείνη της οποίας τα πραγματικά περιστατικά συνιστούν προσβολή αναπαλλοτρίωτων δικαιωμάτων του ανθρώπου, όπως του δικαιώματος στη ζωή, την ελευθερία και τη σωματική ακεραιότητα, καθιστώντας προφανώς αδύνατη τη συνέχιση της διαβίωσης του ενδιαφερομένου στη χώρα καταγωγής του²⁹. Ακολούθως, ο νομοθέτης της Ένωσης αναφέρθηκε στα θεμελιώδη δικαιώματα των προσφύγων από τα οποία δεν χωρεί παρέκκλιση βάσει του άρθρου 15§2 της ΕΣΔΑ, υπογραμμίζοντας ιδίως το δικαίωμα της ζωής, το δικαίωμα να μην υφίσταται κανείς βασανιστήρια, το δικαίωμα της ελευθερίας και της ασφάλειας³⁰. Στα «απόλυτα» ή «απαράγραπτα» δικαιώματα κάθε ατόμου, ως προς τα οποία κανένας περιορισμός δεν είναι δυνατός ακόμη και σε περίπτωση εξαιρετικού δημόσιου κινδύνου, εντάσσονται το δικαίωμα του ατόμου στη ζωή, το δικαίωμά του να μην υποβληθεί σε βασανιστήρια ούτε σε απάνθρωπες ή εξευτελιστικές ποινές ή μεταχείριση, το δικαίωμά του να μην περιοριστεί σε κατάσταση δουλείας, καθώς και το δικαίωμά του να μη συλληφθεί ή κρατηθεί αυθαιρέτως. Έτσι, αν, για έναν από τους λόγους που αναφέρει το άρθρο 10 της Οδηγίας, ένα πρόσωπο διατρέχει τον κίνδυνο να εκτελεστεί, βασανιστεί ή φυλακιστεί χωρίς κάποια μορφή δίκης ή να περιοριστεί σε κατάσταση δουλείας, τότε στοιχειοθετείται προφανώς και αναμφισβητήτως πράξη δίωξης. Η βαναυσότητα των παραπάνω πράξεων έχει, αφ' εαυτής, σοβαρό και ανεπανόρθωτο χαρακτήρα, η δε ανικανότητα ενός κράτους να προστατεύσει τους υπηκόους του από τέτοια κακομεταχείριση αφενός καθιστά υποχρεωτική τη διεθνή προστασία και αφετέρου δύναται να θεμελιώσει διεθνή ευθύνη των κρατών. Οσάκις, συνεπώς, η πράξη διώξεως συνίσταται σε προσβολή δικαιώματος από το οποίο δεν χωρεί παρέκκλιση, η ύπαρξη της διώξεως αποδεικνύεται ipso facto. Υπάρχει, από την άλλη, και η περίπτωση μία πράξη δίωξης να βάλλει κατά των «σχετικών», κατ' αντιδιαστολή με τα απόλυτα, δικαιωμάτων. Αυτά επιτρέπεται να υπόκεινται σε περιορισμούς, που είναι εκ φύσεως αναγκαίοι για την ισορροπία της κοινωνικής διαβίωσης. Η επιδίωξη της ειρηνικής συνύπαρξης σε μία δημοκρατική κοινωνία δικαιολογεί ακόμα και τον ποινικό κολασμό ορισμένων απαγορεύσεων, υπό την προϋπόθεση ωστόσο ότι οι προβλεπόμενες ποινές είναι ανάλογες και αποφασίζονται τηρουμένης της

²⁸ Βλέπε επίσης Κατευθυντήριες Οδηγίες της Υπατης Αρμοστείας του ΟΗΕ για τους Πρόσφυγες για τη Διεθνή Προστασία των Προσφύγων της 7^{ης} Μαΐου 2002, «Συμμετοχή σε "ιδιαιτέρη κοινωνική ομάδα" στο πλαίσιο του άρθρου 1Α εδ. 2 της Σύμβασης του 1951 και του Πρωτοκόλλου του 1967 για το Καθεστώς των Προσφύγων».

²⁹ Κοινή Θέση 96/196/ΔΕΥ της 4^{ης} Μαρτίου 1996, του Συμβουλίου επί τη βάση του άρθρου Κ.3 της συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση σχετικά με την εναρμονισμένη εφαρμογή του ορισμού του «πρόσφυγα» κατά την έννοια του άρθρου 1 της σύμβασης της Γενεύης της 28^{ης} Ιουλίου 1951 περί του καθεστώτος των προσφύγων, ΕΕ L 63 της 13/3/1996, σελ. 2-7.

³⁰ Πρόταση του Συμβουλίου για την Οδηγία περί παροχής ασύλου, Έγγραφο 13648/8-11-2002.

εγγυήσεως των ατομικών ελευθεριών και ιδίως των δικαιωμάτων άμυνας³¹. Υπό το φως της κατηγοριοποίησης των μορφών που μπορεί να έχουν οι πράξεις δίωξης, η δεύτερη παράγραφος του άρθρου 9 της Οδηγίας αναφέρει μεταξύ άλλων την ποινική δίωξη ή την επιβολή ποινής η οποία είναι δυσανάλογη ή μεροληπτική. Επομένως, η προσβολή των «σχετικών» δικαιωμάτων μπορεί εξίσου να συνιστά λόγο αναγνώρισης της προσφυγικής ιδιότητας, αλλά μόνο εφόσον η εξέτασή τους υπό το πρίσμα της αναλογικότητας πληροί το κριτήριο της «σοβαρότητας» της παραβίασης.

Εν προκειμένω, βάνουση προσβολή των διάφορων εκφάνσεων του σεξουαλικού προσανατολισμού, και επομένως οπωσδήποτε πράξη δίωξης, συνιστά η περίπτωση κατά την οποία ο ενδιαφερόμενος διατρέχει, λόγω της ασκήσεως αυτής της ελευθερίας, πραγματικό κίνδυνο να εκτελεστεί ή να υποβληθεί σε βασανιστήρια, σε απάνθρωπες ή εξευτελιστικές μεταχειρίσεις ή ποινές ή να περιοχθεί σε κατάσταση δουλείας ή να διωχθεί ή να φυλακιστεί αυθαίρετως. Κάθε άλλη προσβολή, ωστόσο, των δικαιωμάτων ενός ομοφυλόφιλου αιτούντος άσυλο δεν φτάνει στο επίπεδο σοβαρότητας που πληροί τις προϋποθέσεις της Οδηγίας. Το Δικαστήριο δέχεται ότι από όλες τις μορφές διώξεων μόνο η ποινική δίωξη είναι αυτή που επιτάσσει την παροχή της ιδιότητας του πρόσφυγα. Αλλά και πάλι, από όλες τις ποινικές διώξεις, μόνο αυτές που πράγματι ασκούνται επαπειλώντας ποινή φυλάκισης, υπάγονται στο προστατευτικό πεδίο της Οδηγίας. Στην πιο σημαντική ίσως κρίση του, το Δικαστήριο δέχεται ότι η ύπαρξη απλώς νομοθεσίας που ποινικοποιεί τις ομοφυλοφιλικές πράξεις³² δεν είναι επαρκούς βαρύτητας ώστε να συνιστά από μόνη της σοβαρή παραβίαση θεμελιωδών δικαιωμάτων³³. Με βάση αυτή τη μη περαιτέρω εξειδικευόμενη κρίση περί αναλογικότητας, που υπολανθάνει στο σκεπτικό του Δικαστηρίου χωρίς να διατυπώνεται *expressis verbis*, σημασία αποδίδεται στη βαρύτητα της προβλεπόμενης ποινικής κύρωσης καθώς και στην εφαρμογή της σχετικής νομοθεσίας στην πράξη. Μπορούμε έτσι να διακρίνουμε τέσσερις περιπτώσεις που προκύπτουν από το συνδυασμό των δύο παραμέτρων: α) *Βαρύτητα*: ποινή στερητική της ελευθερίας ή άλλη ποινή που δεν

³¹ Η άσκηση ποινικής δίωξης ή η επιβολή τιμωρίας για την παραβίαση ενός συνήθους νόμου γενικής εφαρμογής κατά κανόνα δεν στοιχειοθετεί δίωξη. Ωστόσο, το αντίθετο μπορεί να ισχύει αν, επί παραδείγματι, το κράτος καταγωγής προβαίνει σε πράξεις ποινικής δίωξης ή απονομής δικαιοσύνης οι οποίες συνιστούν διακριτική μεταχείριση, αν επιβάλλει μία τιμωρία που είναι απάνθρωπη ή δεν ανταποκρίνεται στην αρχή της ίσης μεταχείρισης, αν η νομοθεσία του κατατείνει στην ποινικοποίηση της άσκησης ενός θεμελιώδους και διεθνώς κατοχυρωμένου δικαιώματος του ανθρώπου ή καλεί τα άτομα να διενεργήσουν πράξεις κατά παράβαση βασικών κανόνων του διεθνούς δικαίου. Βλ. σχετικά την ανωτέρω Πρόταση Οδηγίας, μέρος Τρίτο, Επίσημη Εφημερίδα Ε 051 της 26/02/2002, σελ. 325-334.

³² Πλην της ρητής ποινικοποίησης της ομοφυλοφιλίας, παρατηρείται επίσης ποινικός κολασμός που δεν είναι εγγενώς διωκτικός ή διακριτικής φύσης αλλά μπορεί να ισοδυναμεί με δίωξη όταν απαγορεύει άλλα εγκλήματα, στα οποία η ομοφυλοφιλία δεν κατονομάζεται ρητά (π.χ. «ανήθικη ικανοποίηση σεξουαλικών επιθυμιών») ή εφαρμόζεται μόνο σε συγκεκριμένες ομάδες πληθυσμού (π.χ. η διανομή φυλλαδίων χωρίς άδεια των αρχών, καίτοι γενικά ανεκτή, διώκεται μόνο όταν βάλλει κατά της ομοφοβίας).

³³ Σκέψη 55 της απόφασης.

επάγεται τον εγκλεισμό σε φυλακή και β) *Εφαρμογή*: ποινική πρόβλεψη που εφαρμόζεται στην πράξη ή που παραμένει αδρανής. Κατά το Δικαστήριο, όταν κατά των ομοφυλοφίλων επαπειλείται από το νόμο ποινή φυλακίσεως ή καθειρξεως³⁴ και η πρόβλεψη αυτή δεν είναι μια αδρανής διάταξη αλλά εφαρμόζεται πράγματι από τις αρχές, τότε μόνο συντρέχει το στοιχείο της σοβαρότητας που μπορεί να δικαιολογήσει την παροχή ασύλου. Στους λοιπούς τρεις ενδεχόμενους συνδυασμούς απουσιάζει το στοιχείο της σοβαρότητας της δίωξης και η βασιμότητα της αίτησης ασύλου δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί. Κατά τον τρόπο αυτό, το Δικαστήριο αρνείται την κατάφαση δίωξης όταν υφίσταται μεν ισχύουσα διάταξη ποινικού κώδικα που τιμωρεί τις ομοφυλοφιλικές πράξεις με ισόβια κάθειρξη, αλλά η διάταξη αυτή δεν έχει οδηγήσει σε καταδίκες για ένα μεγάλο χρονικό διάστημα.

Είναι σαφές ότι σε κάθε περίπτωση οι διατάξεις ποινικών νόμων, που απαγορεύουν τις συναινετικές ομοφυλοφιλικές σχέσεις μεταξύ δύο ενηλίκων, ιδρύουν διακρίσεις και παραβιάζουν το δικαίωμα στην ιδιωτική ζωή. Η σεξουαλική ελευθερία, το δικαίωμα δηλαδή κάθε προσώπου να αναπτύσσει σεξουαλική δραστηριότητα εφόσον, καθόσον, όποτε, όπως και με όποιον (συναινούντα ενήλικο) επιθυμεί, αποτελεί επιμέρους εκδήλωση του δικαιώματος στην προσωπικότητα, γι' αυτό ο νομοθέτης δεν μπορεί να τυποποιήσει ποινικά τις -έστω και αποκλίνουσες από τα πρότυπα της πλειοψηφίας- σεξουαλικές ή ερωτικές σχέσεις³⁵. Το Δικαστήριο, απέχοντας από οποιαδήποτε αναφορά στις εκφάνσεις των δικαιωμάτων που δύνανται να προσβληθούν από τις κρατικές πράξεις δίωξης, προχωρά προκαταβολικά σε μια σημαντική διευκρίνιση: το δικαίωμα σεβασμού της ιδιωτικής και οικογενειακής ζωής και το δικαίωμα σε μεταχείριση χωρίς διακρίσεις δεν υπάγονται στην κατηγορία των δικαιωμάτων από τα οποία δεν χωρεί παρέκκλιση. Με την παραδοχή αυτή το Δικαστήριο πρωτίστως δέχεται πως η διακριτική μεταχείριση την οποία η νομοθεσία ενός κράτους επιφυλάσσει για τους ομοφυλόφιλους άντρες και γυναίκες σε ό,τι αφορά το σεβασμό της ιδιωτικής τους ζωής δεν συνιστά, για τους σκοπούς του ευρωπαϊκού συστήματος ασύλου, πράξεις δίωξης³⁶. Εμμέσως, το Δικαστήριο, αφουγκραζόμενο το διογκούμενο κίνημα

³⁴ Για τη χρήση των όρων «φυλάκιση ή κάθειρξη» βλέπε παρακάτω υπό «Βαρύτητα ποινών» (3.1).

³⁵ Κ. Χρυσόγονος, «Ατομικά και κοινωνικά δικαιώματα», Νομική Βιβλιοθήκη, 2006, σελ. 183 και Β. Χατζόπουλος, «Η προστασία των σεξουαλικών μειονοτήτων από τα ευρωπαϊκά δικαιοδοτικά όργανα», ΔτΑ 2002, σελ. 709 επ. Επίσης βλ. Β. Σκουρή, «Η θέση των κοινωνικών ηθικών προτύπων και της ατομικής ηθικής στο Σύνταγμα», <http://www.constitutionalism.gr>, απ' όπου και το εξής απόσπασμα: «Ο,τιδήποτε δεν προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων εμπεριέχεται στο δικαίωμα ελεύθερης ανάπτυξης της προσωπικότητας χωρίς πρόσθετα ηθικά διλήμματα, χωρίς ηθικά βαθμολόγια και χωρίς ηθικές απαξίες».

³⁶ Αντίθετη άποψη φαίνεται να υιοθετεί η ΓΕ. Βλ. Προτάσεις της ΓΕ Ε. Sharpston της 11^{ης} Ιουλίου 2013, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-199/12 έως C-201/12, Χ, Υ και Ζ κατά Minister Voor immigratie, integratie en asiel, μη δημοσιευθείσες ακόμα στη Συλλογή Νομολογίας 2013, σημείο 75: «Ας υποτεθεί ότι σε συγκεκριμένη τρίτη χώρα οποιαδήποτε δημόσια εκδήλωση αγάπης μεταξύ δύο προσώπων (όπως το κράτημα από το χέρι ή το φίλημα) απαγορεύεται και ότι κατά τον νόμο η κύρωση σε περίπτωση καταδίκης για τέτοιο αδίκημα κυμαίνεται (αναλόγως της περιπτώσεως) από πρόστιμο μέχρι ματίγωμα. Το νομοθετικό μέτρο που ποινικοποιεί και τιμωρεί μια τέτοια

νομοθετικής αναγνώρισης του δικαιώματος σύναψης κάποιας μορφής κατοχυρωμένης συμβίωσης ομόφυλων ζευγαριών³⁷, με την παραπάνω παραδοχή αποκλείει το ενδεχόμενο η μη αναγνώριση ενός τέτοιου δικαιώματος στο κράτος προέλευσης να στοιχειοθετεί πράξη δίωξης.

2.2 Τι δεν συνιστά προϋπόθεση:

Απαίτηση διακριτικότητας

Τα ολλανδικά δικαστήρια διερωτήθηκαν περαιτέρω για τη βασιμότητα του επιχειρήματος που καλούσε τους ομοφυλόφιλους αλλοδαπούς, όταν βρίσκονται στη χώρα καταγωγής τους, να αποκρύπτουν το σεξουαλικό προσανατολισμό τους προκειμένου να αποφύγουν τις διώξεις. Το Δικαστήριο της Ένωσης ρητά απέρριψε την παραπάνω συλλογιστική, που αντιστοιχεί σε ευρέως διαδεδομένη πρακτική των αρμοδίων αρχών των κρατών μελών³⁸, και επισήμανε ότι είναι ανεπίτρεπτο να αναμένεται, προκειμένου ο αιτών άσυλο να αποφύγει τη δίωξή του, να αποκρύπτει την ομοφυλοφιλία του. Ο σεξουαλικός προσανατολισμός αποτελεί ένα από τα πιο θεμελιώδη χαρακτηριστικά που συνθέτουν τη συνολική ταυτότητα του ανθρώπου και επομένως προστατεύονται απολύτως τόσο η ίδια η συναισθηματική και ερωτική έλξη, όσο και η εξωτερική της³⁹. Το να απαιτηθεί από τα μέλη μιας κοινωνικής ομάδας να αποκρύπτουν τις ποικίλες εκδηλώσεις της συναισθηματικής, ερωτικής ή σεξουαλικής κλίσης τους αντίκειται σε αυτή ταύτη την αναγνώριση του θεμελιώδους χαρακτήρα του σεξουαλικού προσανατολισμού⁴⁰. Το Δικαστήριο αντλεί το συμπέρασμα αυτό από το άρθρο 10§1 της Οδηγίας, που δεν προβλέπει οποιονδήποτε περιορισμό όσον αφορά τη στάση των μελών μιας ομάδας που βιώνει το φόβο της δίωξης, συσχετίζει δε τις σεξουαλικές με τις θρησκευτικές

συμπεριφορά έχει σχεδιαστεί για να εφαρμόζεται εξίσου στους ετεροφυλόφιλους και στους ομοφυλόφιλους. Ας υποθεθεί ότι ένα πρόσωπο ομοφυλοφιλικού προσανατολισμού εγκαταλείπει τη χώρα αυτή και έρχεται σε κράτος μέλος της ΕΕ ζητώντας άσυλο. Δεν θα ήταν αμέσως φανερό ότι ένας τέτοιος αιτών θα υπέκειτο σε δίωξη απλώς και μόνο λόγω του γενετήσιου προσανατολισμού του. Πάντως, αν αυτός μπορούσε να δείξει ότι στην πράξη το μέτρο εκτελείται τακτικά, ή επισύρει τις αυστηρότερες κυρώσεις όταν εμπλέκονται ομοφυλόφιλοι (και ότι στην πράξη οι ετεροφυλόφιλοι εν γένει μπορούν να περπατούν στον δρόμο χέρι-χέρι ή να φιλιούνται δημόσια χωρίς να τιμωρηθούν ή ότι απαρεγκλίτως τιμωρούνται με ήσσονα πρόστιμα), θα ήταν πιο πιθανό να αποδείξει ότι αποτελεί μέρος ιδιαίτερης κοινωνικής ομάδας υπό την έννοια του άρθρου 10, παράγραφος 1, στοιχείο δ', της Οδηγίας».

³⁷ Απόφαση ΕΔΔΑ της 7^{ης} Νοεμβρίου 2013 στις συνεκδικασθείσες υποθέσεις Βαλλιανάτος και Λουπί κατά Ελληνικής Δημοκρατίας, αρ. προσφυγών 29381/09 και 32684/09, ιδίως σκ. 25 επ. και την εκεί παρατιθέμενη νομολογία.

³⁸ S. Jansen & Th. Spijkerboer, «Δραπετεύοντας από την ομοφοβία», Πανεπιστήμιο του Vrije (Ολλανδία), Σεπτέμβριος 2011, σελ. 37-44, διαθέσιμο στο http://www.rechten.vu.nl/nl/Images/web_FH_GR_tcm22-240394.pdf. Βλέπε σχετικά και προδικαστικό ερώτημα που υπέβαλε γερμανικό δικαστήριο σε σχέση με την υποχρέωση διακριτικότητας υπόθεση C-563/10, Επίσημη Εφημερίδα αριθ. C 038 της 05/02/2011, σελ. 7 (η υπόθεση στη συνέχεια διεγράφη με Διάταξη του Προέδρου του Δικαστηρίου της 11^{ης} Μαρτίου 2011, ΕΕ C 186 της 25/6/2011, σελ. 17).

³⁹ P. Johnson, «An Essentially Private Manifestation of Human Personality: Constructions of Homosexuality in the European Court of Human Rights», Human Rights Law Review, 2010, σελ. 67-97.

⁴⁰ Σκέψη 70.

μειονότητες. Με τον ίδιο τρόπο που η προστασία της θρησκευτικής συνείδησης καλύπτει τόσο το ενδιάθετο φρόνημα όσο και τις πράξεις λατρείας, τόσο την εσωτερική πίστη όσο και την εξωτερική έκφασή της⁴¹, αντίστοιχα η προστασία του σεξουαλικού προσανατολισμού εκτείνεται εξίσου στις πράξεις που συνδέονται με τη σφαίρα της ιδιωτικότητας, όσο και σε εκείνες που λαμβάνουν χώρα δημόσια. Το ίδιο συμπέρασμα έχουν υιοθετήσει πολλές έννομες τάξεις, επιβεβαιώνοντας ότι η δίωξη δεν παύει να είναι καταδικαστέα ενόψει του ότι οι διωχθέντες μπορούν να εξαλείψουν τον κίνδυνο αναλαμβάνοντας αποτρεπτικές πρωτοβουλίες. Στο πλαίσιο αυτό, όπου ένα κρυμμένο δικαίωμα δεν είναι δικαίωμα, είναι αδιάφορο εάν η συμπεριφορά του αιτούντος αντιμετωπίζεται ως «εύλογη», «αναγκαία» ή «προκλητική». Τα κράτη μέλη έχουν υποχρέωση να εξετάζουν μόνο το αντικειμενικό γεγονός της μεταχείρισης που θίγει ανθρώπινα δικαιώματα, η δε δίωξη πρέπει να προσεγγίζεται από την οπτική γωνία των απειλούμενων ελευθεριών και της επαγόμενης βλάβης⁴². Η υποχρέωση απόκρυψης θα ήταν αντίθετη προς τον οφειλόμενο σεβασμό στην ανθρώπινη αξιοπρέπεια, τον οποίο καθιερώνει το άρθρο 1 του Χάρτη Θεμελιωδών Δικαιωμάτων της Ένωσης, στο μέτρο που η απαίτηση από τον αιτούντα άσυλο να αποκρύπτει, να τροποποιεί ή να απέχει από την εξωτερική πτυχών του χαρακτήρα του ισοδυναμεί κατ' ουσία με απαίτηση εκείνος να αλλάξει ό,τι αποτελεί θεμελιώδες στοιχείο της ταυτότητάς του, δηλαδή, κατά κάποιο τρόπο, να απαρνηθεί τον εαυτό του⁴³. Εξάλλου, μια τέτοια απαίτηση εκ μέρους των κρατών μελών υποδοχής θα διακινδύνευε να επιδεινώσει μια κατάσταση προσβολής των θεμελιωδών δικαιωμάτων από την οποία ο αιτών υποφέρει ήδη στη χώρα καταγωγής του, τείνοντας να χαρακτηρίσει τον αιτούντα υπεύθυνο για την καταπίεσή του (το θύμα ως θύτης). Μετά την επισήμανση ότι η διακριτικότητα δεν συνιστά ασφαλές καταφύγιο από τη μεταγενέστερη αποκάλυψη και τη συνακόλουθη εκβίαση ή δίωξη, η Γενική Εισαγγελέας στις Προτάσεις της 11^{ης} Ιουλίου 2013 καταλήγει να δεχθεί ότι η απαίτηση οι αιτούντες να αποκρύπτουν τον

⁴¹ Απόφαση ΔΕΕ της 5^{ης} Σεπτεμβρίου 2012, υποθέσεις C-71/11 και C-99/11, Υ και Ζ, μη δημοσιευθείσα ακόμα στη Συλλογή Νομολογίας 2012 και ενδιαφέρουσες παρατηρήσεις Δ. Λέντζη, ΕΕΕυρΔ 2012, σελ. 275-278.

⁴² R. Goodman, «Asylum and the Concealment of Sexual Orientation: Where Not to Draw the Line», NYU Journal of International Law and Policy, 2011, σελ. 407-446.

⁴³ Βλ. Προτάσεις ΓΕ Yves Bot της 19^{ης} Απριλίου 2012, συνεκδικαζόμενες υποθέσεις C-71/11 και C-99/11, Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας κατά Υ και Ζ, μη δημοσιευθείσες ακόμα στη Συλλογή Νομολογίας 2012, σκ. 100 αλλά και απόφαση ΕΔΑΔ της 27^{ης} Ιουλίου 1999, όπου το Δικαστήριο αναγνώρισε την ενδεχόμενη προσβολή της ελευθερίας της έκφρασης εξαιτίας της υποχρέωσης «διακριτικότητας» των ομοφυλόφιλων υπηρετούντων στα σώματα ασφαλείας: «*La Cour n' exclut pas que le silence imposé aux intéressés quant à leurs préférences sexuelles ainsi que la nécessité constante d'être vigilants, discrets et secrets à cet égard vis-à-vis de leurs collègues, amis et relations de par l'effet inhibiteur de la politique du ministère de la Défense, peuvent constituer une ingérence dans leur liberté d'expression*», υποθέσεις Smith & Grady κατά Ηνωμένου Βασιλείου, αρ. προσφυγών 33985/96 and 33986/96, ECHR 1999-VI, παρ. 127.

γενετήσιο ή σεξουαλικό προσανατολισμό τους θα μπορούσε να θεωρηθεί αφ' εαυτής πράξη δίωξης⁴⁴.

Το Δικαστήριο απορρίπτει προσέτι την ιδέα ότι υφίστανται περισσότερες από μία κατηγορίες εκδηλώσεων του σεξουαλικού προσανατολισμού, αυτές που εντάσσονται στον πυρήνα του δικαιώματος και αυτές που βρίσκονται εκτός αυτού, μια διάκριση που θα μπορούσε να νομιμοποιήσει μια ηπιότερη εκδοχή της απαίτησης απόκρυψης. Στην υπόθεση των Πακιστανών υπηκόων μελών του ισλαμικού μεταρρυθμιστικού κινήματος της κοινότητας *Ahmadigga*⁴⁵ κρίθηκε ότι οι εκδηλώσεις της πίστης δεν μπορούν να διαβαθμίζονται σε περισσότερο και λιγότερο σημαντικές. Κατ' αναλογία, στην ενώπιόν του κρινόμενη υπόθεση των Αφρικανών ομοφυλόφιλων κρίθηκε ότι το φάσμα των εκδηλώσεων που συνδέονται με τη σεξουαλική ταυτότητα, όπως το ντύσιμο, η ομιλία, οι συνήθειες, οι συμπεριφορές, δεν είναι δυνατόν να διαιρείται με βάση ένα ιδεατό μέτρο. Για την κατάφαση της δίωξης δεν απαιτείται αυτή να θίγει έναν υποτιθέμενο σκληρό πυρήνα της εξωτερικεύσεως του σεξουαλικού προσανατολισμού⁴⁶. «Κάποιος είτε έχει είτε δεν έχει γενετήσιο προσανατολισμό»⁴⁷ και το εγχείρημα προσδιορισμού ενός σκληρού πυρήνα των ποικίλων εκφάνσεων του είναι μια ατραπός έμπληη αυθαιρεσιών και προκαταλήψεων⁴⁸, την οποία το Δικαστήριο αρνείται να ακολουθήσει.

3. Κριτική προσέγγιση της απόφασης του Δικαστηρίου

Η απόφαση - σταθμός της 7^{ης} Νοεμβρίου 2013 αναγνωρίζει τόσο την ύπαρξη όσο και την ανάγκη προστασίας μιας νέας κατηγορίας προσφύγων: των ατόμων που διώκονται ποινικά στη χώρα καταγωγής τους εξαιτίας του σεξουαλικού προσανατολισμού και της έμφυλης ταυτότητάς τους. Παρέχει το έρεισμα στις αρχές των κρατών μελών ώστε να ερμηνεύουν στο εξής ομοιόμορφα την Οδηγία 2004/83 και τη διάδοχό της Οδηγία 2011/95, προστατεύοντας όσους διώκονται για το λόγο και μόνο ότι ο σεξουαλικός τους προσανατολισμός, ως μη αρεστός ή εκλαμβανόμενος ως «απειλή», διώκεται στις χώρες καταγωγής τους. Παράλληλα, απορρίπτοντας τη συλλογιστική της Γενικής Εισαγγελίας ότι μία διεθνοποίηση της προστασίας των ομοφυλόφιλων θα μπορούσε -ως εξαγωγή ηθικών προτύπων- να δεχθεί επικρίσεις ως απόπειρα πολιτιστικού ιμπεριαλισμού⁴⁹, το Δικαστήριο στέλνει

⁴⁴ Σκέψεις 64 και 69 αντίστοιχα των Προτάσεων.

⁴⁵ Απόφαση ΔΕΕ της 5^{ης} Σεπτεμβρίου 2012, υποθέσεις C-71/11 και C- 99/11, Υ και Ζ, όπου παραπάνω.

⁴⁶ Σκέψη 78 της σχολιαζόμενης απόφασης και σκέψη 72 της απόφαση ΔΕΕ της 5^{ης} Σεπτεμβρίου 2012, υποθέσεις C-71/11 και C- 99/11, Υ και Ζ, όπου ανωτέρω.

⁴⁷ Προτάσεις της ΓΕ Ε. Sharpston της 11ης Ιουλίου 2013, όπου παραπάνω, σημείο 71.

⁴⁸ F. Hanna, «Punishing masculinity in gay asylum claims», *Yale Law Journal*, 2005, σελ. 913-920, J. Tobin, «Uncovering Asylum: A Conversation on Refugee Law, Sexual Orientation, and Moving Towards a Just Jurisprudence: Assessing GLBTI refugee claims: using human rights law to shift the narrative of persecution within refugee law», *NYU Journal of International Law and Policy*, 2011, 447 επ. και R. Buxton, «A history from across the Pond», *NYU Journal of International Law and Policy*, 2011, 391 επ.

⁴⁹ Σημείο 41 των Προτάσεων της ΓΕ, όπου ανωτέρω.

ένα ηχηρό μήνυμα προς τις χώρες που καταδικάζουν την ομοφυλοφιλία ότι οι διώξεις αυτές είναι απαράδεκτες. Ωστόσο, το ίδιο φροντίζει παράλληλα να διασφαλίσει ότι για τους ομοφυλόφιλους, λεσβίες, αμφιφυλόφιλους και διαφυλικούς των 78 χωρών σε όλο τον κόσμο όπου η ομοφυλοφιλία συνιστά ποινικό αδίκημα⁵⁰, οι πύλες της Ευρώπης-φρουρίου δεν ανοίγουν άνευ όρων. Αυτό συμβαίνει μόνον οσάκις υπάρχει ενεργή και πράγματι εφαρμοζόμενη διάταξη που προβλέπει ως ποινική κύρωση εγκλεισμό σε φυλακή. Η περιοριστική προσέγγιση του Δικαστηρίου αφήνει έδαφος για κριτική αναφορικά με τη στενή ερμηνεία της σοβαρότητας των διώξεων εκ μέρους της Πολιτείας, όσο και με την παραγνώριση των εχθρικών πράξεων που προέρχονται από μη κρατικούς φορείς.

3.1 Κρατική δίωξη:

Εφαρμοζόμενη νομοθεσία

Το Δικαστήριο συσχετίζει τα άρθρα 9§1 στοιχείο α' («*πράξεις αρκούντως σοβαρές*») και 9§2 στοιχείο γ' της Οδηγίας («*οι πράξεις δίωξης μπορούν μεταξύ άλλων να έχουν μορφή ποινικής δίωξης ή επιβολής ποινής*») για να καταλήξει στο συμπέρασμα ότι η απλή πρόβλεψη συνεπειών ή τιμωρίας δεν συνιστά πράξη διώξεως. Αντίθετα, απαιτείται η ποινική πρόβλεψη να τυγχάνει επίκλησης και εφαρμογής από τις διωκτικές και δικαστικές αρχές των χωρών καταγωγής των αιτούντων άσυλο. Το Δικαστήριο δεν προσδιορίζει ποιο είναι το χρονικό διάστημα που πρέπει να έχει παρέλθει προκειμένου μια μη καταργημένη διάταξη να θεωρηθεί «αδρανής». Η μη καταδίκη ανθρώπων για ομοφυλοφιλία, για παράδειγμα, τα τελευταία πέντε χρόνια υποδηλώνει άραγε «μη εφαρμοζόμενη διάταξη» που εξαιρεί τους αιτούντες άσυλο από τη διεθνή προστασία ή απαιτείται μεγαλύτερο των πέντε ετών χρονικό διάστημα; Η ερμηνεία αυτή καταλείπει ευρύ περιθώριο αποκλινοσών προσεγγίσεων από τα δικαστήρια των κρατών μελών που θα κληθούν να εφαρμόσουν την Οδηγία. Εκ παραλλήλου, αγνοεί τις διαδεδομένες πρακτικές κατάχρησης της ποινικής πρόβλεψης για σκοπούς εκβιασμών και δημιουργίας κλίματος φόβου και καταπίεσης⁵¹, ενώ επιβεβαιώνει τον αμύηλο διχασμό της νομολογίας του Ευρωπαϊκού Δικαστηρίου Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων⁵².

⁵⁰ L. Itaborahy & J. Zhu, «State-sponsored homophobia. A world survey of laws: Criminalization, protection and recognition of same-sex love», www.ilga.org, 2013, σελ. 22.

⁵¹ Βλέπε, όλως ενδεικτικά, International Gay and Lesbian Human Rights Commission, «Nowhere to turn: Blackmail and Extortion of LGBT People in Sub-Saharan Africa», <http://iglhrc.org/sites/default/files/484-1.pdf>, Απόφαση της Επιτροπής Προσφύγων του Καναδά με αρ. VA5-02751 της 16^{ης} Φεβρουαρίου 2007, <http://www.refworld.org/docid/48245a5f2.html> και Απόφαση της Δευτεροβάθμιας Επιτροπής για το καθεστώς των προσφύγων της Νέας Ζηλανδίας, με αρ. 76152 της 8^{ης} Ιανουαρίου 2008, <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=47bd93cf2>.

⁵² T. Niinimäki, «The European Court of Human Rights and the non-citizens' right to migrate», Institute of Migration 2011, διαθέσιμο στο <http://www.migrationinstitute.fi/pdf/webreports66.pdf>, σελ. 60.

Συναφώς, από τη μια, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων - στην υπόθεση της ποινικοποίησης ορισμένων σεξουαλικών πράξεων μεταξύ συναινούντων ενήλικων ομοφυλοφίλων- τόνισε ότι η μη εφαρμογή ενός νόμου, χωρίς μάλιστα να συνοδεύεται από επίσημες διαβεβαιώσεις ότι η διάταξη έχει καταργηθεί, δεν σημαίνει ότι ο νόμος κατέστη «κενό γράμμα». Η μη εξαφάνιση της επίμαχης διάταξης από το νομικό κόσμο ισοδυναμεί με προσβολή των θεμελιωδών δικαιωμάτων⁵³. Στην υπόθεση Μοδινός κατά Κύπρου, το ίδιο Δικαστήριο διαπίστωσε ότι ακόμα και η συνεπής για πολλά έτη αποχή της εισαγγελικής αρχής από το να απαγγέλει ποινικές κατηγορίες επί τη βάση διάταξης που ποινικοποιούσε σεξουαλικές σχέσεις μεταξύ ατόμων του ίδιου φύλου δεν ισοδυναμούσε με απουσία δίωξης⁵⁴. Σε μια αντίστοιχη περίπτωση, το ΕΔΑΔ επισήμανε με ανησυχία ότι στις επιπτώσεις της ποινικοποίησης της ομοφυλοφιλίας καταγράφονται η αύξηση της ομοφοβίας και η καταρράκωση της αυτοεκτίμησης των ομοφυλοφίλων, φαινόμενα με απροσδιόριστες μακροχρόνιες συνέπειες επί της κοινωνίας, επί των δικαιωμάτων και επί της ζωής των θιγομένων. Η μη εφαρμογή μιας ποινικής διάταξης κατά των ομοφυλοφίλων, έστω και επί μακρόν, δεν σημαίνει ότι η εν λόγω διάταξη δεν μπορεί να καταστεί και πάλι ενεργή ως αποτέλεσμα μιας αλλαγής πολιτικής⁵⁵. Η απλή ύπαρξη νομοθεσίας που ποινικοποιεί την ομοφυλοφιλία συνιστά διαρκή και ευθεία προσβολή της ιδιωτικής ζωής, υπενθύμισε το Δικαστήριο στην απόφαση της 31^{ης} Ιουλίου 2000⁵⁶.

Από την άλλη, ωστόσο, το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων, εξετάζοντας την άρνηση παροχής ασύλου σε Ιρανό ομοφυλόφιλο, έκρινε απαράδεκτη την προσφυγή του. Ο αιτών συνελήφθη στη χώρα του και παρέμεινε εκεί κρατούμενος επί τρεις μήνες, διότι το διπλό κρεβάτι στο σπίτι που διέμενε με άλλο άντρα ήγειρε τις υποψίες των αρχών. Ενώ οι συγγενείς του πλήρωσαν εγγύηση και τον απελευθέρωσαν «υπό το φόβο της θανατικής καταδίκης», το Δικαστήριο έκρινε ότι η απέλασή του από το Ηνωμένο Βασίλειο προς το Ιράν δεν παραβίαζε το Άρθρο 8 της Ευρωπαϊκής Σύμβασης για τα Ανθρώπινα Δικαιώματα. Αποφάνθηκε δε ότι *«Σε καθαρά ρεαλιστική βάση, δεν μπορεί το απελαύνον συμβαλλόμενο κράτος να επιστρέφει έναν αλλοδαπό μόνον σε χώρα στην οποία βρίσκονται σε πλήρη και αποτελεσματική ισχύ όλα τα δικαιώματα και οι ελευθερίες που προβλέπονται στη Σύμβαση»*⁵⁷. Επίσης, σε άλλη υπόθεση το ίδιο δικαστήριο απέρριψε προσφυγή ομοφυλόφιλου Ιρανού ερειδόμενη στην

⁵³ Υπόθεση Dudgeon κατά Ηνωμένου Βασιλείου, ΕΔΑΔ, Απόφαση της 22^{ης} Οκτωβρίου 1981, αρ. προσφυγής 7525/76, Series A, no. 45, παρ. 41.

⁵⁴ Υπόθεση Μοδινός κατά Κύπρου, ΕΔΑΔ, απόφαση της 22^{ης} Απριλίου 1993, αρ. προσφυγής 15070/89, Series A, no. 259, σκ. 9 και 23.

⁵⁵ Υπόθεση Norris κατά Ιρλανδίας, ΕΔΑΔ, Απόφαση ΕΔΑΔ της 26^{ης} Οκτωβρίου 1988, αρ. προσφυγής 10581/83, Series A, no. 142, σκ. 33.

⁵⁶ Υπόθεση A.D.T. κατά Ηνωμένου Βασιλείου, ΕΔΑΔ, απόφαση της 31^{ης} Ιουλίου 2000, αρ. προσφυγής 35765/97, Series A, no. 32, σκ. 23.

⁵⁷ Υπόθεση F. κατά Ηνωμένου Βασιλείου, απόφαση του Τέταρτου Τμήματος επί του παραδεκτού της Προσφυγής, ΕΔΑΔ της 22^{ης} Ιουνίου 2004, αρ. προσφυγής 17341/03.

παραβίαση του άρθρου 3 της ΕυρΣΔΑ. Παρόλο που ο αιτών επιβεβαίωσε ότι είχε συλληφθεί επειδή τον είδαν να ανταλλάσσει ένα φιλί με το φίλο του σε δημόσιο χώρο, το Δικαστήριο δεν βρήκε στοιχεία που αποδείκνυαν μετά βεβαιότητας ότι το παραπάνω γεγονός είχε ως αποτέλεσμα, πλην της πρόσκαιρης σύλληψης, την κίνηση ποινικών διαδικασιών εναντίον του⁵⁸.

Έτσι, παρ' ότι η Οδηγία και η Σύμβαση ερμηνεύονται με γνώμονα την προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων⁵⁹, το Δικαστήριο της Ένωσης άρρητα υιοθετεί την «καθαρά ρεαλιστική» προσέγγιση του ΕΔΑΔ και κρίνει ως μη δικαιούμενους προστασίας εκείνους που υποχρεούνται να ζήσουν μια ζωή υπό το φόβο της -ανά πάσα στιγμή πιθανής- εκ νέου εφαρμογής της ποινικής νομοθεσίας. Παραγνωρίζεται δε η πάγια ερμηνεία της Σύμβασης ότι δεν απαιτείται να έχει ήδη ασκηθεί δίωξη αλλά αρκεί να υφίσταται «φόβος δίωξης»⁶⁰. Το αποτέλεσμα της απόφασης του Δικαστηρίου, που από τη μία ανακηρύσσει ως θεμελιώδες στοιχείο της προσωπικότητας όλων των ανθρώπων την εξωτερίκευση του σεξουαλικού προσανατολισμού και από την άλλη ερμηνευτικά περιορίζει την προστασία μόνο στις περιπτώσεις σώρευσης δύο ειδικών προϋποθέσεων (πράγματι εφαρμοζόμενη διάταξη προβλέπουσα φυλάκιση), είναι τα μέλη της συγκεκριμένης κοινωνικής ομάδας να μην μπορούν να απαλλαγούν από την καταπίεση. Αντίθετα, υποχρεώνονται να συνεχίσουν να διαβιούν υπό το φόβο καταδίκης ακόμα σε ποινή ισόβιας κάθειρξης δυνάμει μιας διάταξης που, αν και προς το παρόν δεν χρησιμοποιείται, μπορεί ανά πάσα στιγμή να κληθεί σε εφαρμογή. Το γεγονός ότι - υπό το φόβο της ενδεχόμενης ενεργοποίησης των εν υπνώσει κυρώσεων και της αυτοενοχοποίησης- καθ' όλο το διάστημα που υφίσταται η διάταξη τα θύματα ομοφοβικής βίας αποφεύγουν να ζητήσουν τη βοήθεια της αστυνομίας ζώντας εις το διηνεκές σε ένα κύκλο φόβου, εκβιασμών και βίας, δεν κρίνεται από το Δικαστήριο ως κατάφαση σοβαρής προσβολής θεμελιωδών δικαιωμάτων.

⁵⁸ Υπόθεση I.I.N. κατά Ολλανδίας, απόφαση του Τρίτου Τμήματος επί του παραδεκτού της Προσφυγής, ΕΔΑΔ της 9^{ης} Δεκεμβρίου 2004, αρ. προσφυγής 2035/04. Μεταγενέστερα, ωστόσο, το Δικαστήριο αναγνώρισε τους κινδύνους που αντιμετωπίζουν εκεί οι ομοφυλόφιλοι: «*Turning to the applicant's statement that he had had a sexual relationship with another man and that, as a consequence, the Mujahedin was looking for him in 2009 and that they had killed his partner, the Court is aware of the very difficult situation for real or perceived homosexuals in Iraq and that these difficulties are present also in the Kurdistan Region*», Απόφαση Πέμπτου Τμήματος της 27^{ης} Ιουνίου 2013, υπόθεση M.K.N. κατά Σουηδίας, αρ. προσφυγής 72413/10, σκ. 43.

⁵⁹ Σκέψη 40 της σχολιαζόμενης απόφασης.

⁶⁰ UNHCR, «Κατευθυντήριες οδηγίες για τα αιτήματα ασύλου που στηρίζονται στο σεξουαλικό προσανατολισμό και στην ταυτότητα γένους», όπου παραπάνω, σελ. 13. Επίσης πρβλ. ΣτΕ 2172/09, ΝΟΜΟΣ: «*τυχόν ανυπαρξία προηγούμενης ατομικής διώξεως του αιτούντος αλλοδαπού δεν αποκλείει άνευ ετέρου την αναγνώρισή του ως πρόσφυγος, εάν πάντως διαπιστώνεται κατά τα ανωτέρω αντικειμενικώς δικαιολογημένος φόβος ατομικής διώξεως στη χώρα του (ΣτΕ 2666/06, 3335/05)*» και ανάλυση της συναφούς νομολογίας σε Β. Ανδρουλάκη, «Όψεις της νομολογίας του Συμβουλίου της Επικρατείας σχετικά με την αναγνώριση της προσφυγικής ιδιότητας», ΘΠΔΔ 2012, σελ. 197-202 όπως επίσης και σε Ι. Παπαγεωργίου & Π. Παπαδημητρίου, «Η Οδηγία 2003/9/ΕΚ για τις ελάχιστες απαιτήσεις για την υποδοχή των προσώπων που ζητούν άσυλο στα κράτη μέλη», ΕΕΕυρΔ 2004, σελ. 137-158.

Βαρύτητα ποινών

Σύμφωνα με την ελληνική απόδοση της απόφασης «η ποινή φυλακίσεως ή καθείρξεως με την οποία συνοδεύεται νομοθετική διάταξη η οποία [...] ποινικοποιεί ομοφυλοφιλικές πράξεις δύναται από μόνη της να αποτελέσει πράξη διώξεως» και συνεπώς να υπαγάγει τον διωκόμενο στο προστατευτικό πεδίο της Οδηγίας. Ωστόσο, η ορθή κατανόηση της απόφασης επιβάλλει, κατά την άποψή μας, την αποσύνδεση των χρησιμοποιούμενων όρων «φυλάκιση ή κάθειρξη» από τη σημασία που αυτοί έχουν για την ελληνική έννομη τάξη⁶¹. Η αγγλική και γαλλική απόδοση της απόφασης κάνουν λόγο για «term of imprisonment» και «la peine d'emprisonnement» αντίστοιχα, όροι που δεν ταυτίζονται με τα όρια των ισοβίων, των είκοσι ή των πέντε ετών ή των δέκα ημερών της ημεδαπής ποινικής νομοθεσίας. Για το λόγο αυτό θα ήταν ορθότερο η ανάγνωση της απόφασης να οδηγεί στο συμπέρασμα ότι υφίσταται δίωξη οσάκις η ποινικοποιούσα τις εκδηλώσεις ομοφυλοφιλίας νομοθεσία επιβάλλει οποιαδήποτε, έστω και πρόσκαιρη, στερητική της ελευθερίας ποινή.

Ακόμα και υπό αυτή την εκδοχή, ωστόσο, η απόφαση του Δικαστηρίου αποτυγχάνει να συμπεριλάβει τις περιπτώσεις εκείνες όπου η ομοφυλοφιλία τιμωρείται με εξαντλητικά πρόστιμα επιβαλλόμενα άπαξ ή κατά συρροή καθώς και τα λοιπά μέτρα ή τις παρεπόμενες ποινές. Καθώς το Δικαστήριο ερμηνεύει τη σοβαρότητα του ποινικού καταναγκασμού μόνο υπό το φως του εγκλεισμού σε φυλακή, φαίνεται να αποδέχεται ως μη πλήττουσα τα θεμελιώδη δικαιώματα τη στέρηση των πολιτικών δικαιωμάτων, το «θεραπευτικό εγκλεισμό» σε ψυχιατρικό κατάστημα, τις απαγορεύσεις άσκησης ορισμένων επαγγελματιών, την αναγκαστική κοινωφελή εργασία, τη δήμευση. Ωστόσο, οι συνέπειες αυτές της καταδίκης, καίτοι δεν περιλαμβάνουν εγκλεισμό σε σωφρονιστικό κατάστημα, δύνανται να έχουν πιο επώδυνες επιπτώσεις για τον καταδικασμένο ή να οδηγούν σε βαρύτερη προσβολή θεμελιωδών δικαιωμάτων των ατόμων με ομοφυλόφιλο σεξουαλικό προσανατολισμό. Εξάλλου, η εστίαση του Δικαστηρίου στην αυστηρότητα της ποινής που προβλέπεται για τους ομοφυλόφιλους μπορεί να ενισχύσει την παρανόηση ότι είναι εν πάση περιπτώσει καταδικαστέος ο μη ετεροφυλόφιλος σεξουαλικός προσανατολισμός, γεγονός που συντηρεί το κλίμα ομοφοβίας και επιτείνει τις πιθανότητες την άσκηση βίας από μη κρατικά όργανα.

3.2 Μη κρατική δίωξη:

Εχθρικό κλίμα και αδυναμία πρόσβασης σε κρατική προστασία

Πολλοί ομοφυλόφιλοι, λεσβίες, αμφισεξουαλικοί και διαφυλικοί που ζητούν άσυλο δεν έχουν προσφύγει στην αναζήτηση προστασίας επί ευρωπαϊκού εδάφους για να αποφύγουν δίωξη που προέρχεται από το επίσημο κράτος. Δραπετεύουν από

⁶¹ Άρθρα 51 επόμενα του Ποινικού Κώδικα.

δίωξη ή κακοποίηση που ασκείται από ιδιώτες, καθώς χιλιάδες περιστατικά δολοφονιών και σοβαρών σωματικών βλαβών στα μέλη των παραπάνω προσώπων καταγράφονται ετησίως σε όλο τον κόσμο. Η οικογένεια, οι γείτονες, οι συμπολίτες, οι οργανωμένες ομάδες ακραίων ιδεολογιών ή ο «όχλος» συνιστούν συχνά φορείς βίας. Αυτοί μπορεί να συμμετέχουν σε πράξεις που συνιστούν δίωξη υπό τη μορφή φόνων, σωματικής ή σεξουαλικής κακοποίησης, εκβιασμών, δουλείας, εξαναγκασμού σε γάμο. Στις περιπτώσεις αυτές η διεθνής προστασία χορηγείται μόνο στην περίπτωση που οι αιτούντες δεν μπορούν να αντιδράσουν προσφεύγοντας σε αποτελεσματική προστασία των αρχών της χώρας τους και για το λόγο αυτό καθοριστική είναι η στάση των κρατικών αρχών έναντι της βίας που ασκείται από ιδιώτες⁶². Στις περιπτώσεις που η αδράνεια του κράτους μπορεί να χαρακτηριστεί κατ' αποτέλεσμα διωκτική περιλαμβάνονται η παράλειψη της αστυνομίας να ανταποκριθεί σε αίτημα για παροχή βοήθειας και η άρνηση των αρχών να ερευνήσουν, να ασκήσουν δίωξη ή να επιβάλουν κυρώσεις σε πρόσωπα που προκαλούν βλάβη σε μέλη της συγκεκριμένης κοινωνικής ομάδας. Στην κατηγορία των διώξεων που προέρχονται όχι από το επίσημο κράτος αλλά από μη κρατικά όργανα εντάσσονται και οι πράξεις στις οποίες κατά παράβαση του νόμου προβαίνουν εν ευρεία εννοία δημόσιοι υπάλληλοι.

Η βία που προέρχεται από όργανα της τάξης και μένει ατιμώρητη συνιστά μια από τις σοβαρότερες μορφές διώξεων σε βάρος ομοφυλοφίλων, καθώς συνδυάζει τη μη θεσμοθετημένη βία (επομένως δεν πληρούται η προϋπόθεση της ύπαρξης νομοθεσίας που ποινικοποιεί τις ομοφυλοφιλικές σχέσεις) και την αδυναμία δικαίωσης των θυμάτων: ιδιωτικές διώξεις επί τη ευκαιρία της λειτουργίας ή της απουσίας του κράτους. Εάν στις χώρες του Συμβουλίου της Ευρώπης, όπως η Ελλάδα, ο ομοφυλόφιλος μετανάστης, που κατά τη διάρκεια της κράτησής του υπήρξε θύμα βιασμού από λιμενικό, μπορεί να δικαιωθεί ηθικά προσφεύγοντας στο ΕΔΑΔ⁶³, αντίστοιχες δικλίδες ασφαλείας δεν υφίστανται στις τρίτες χώρες. Σε πολλές από αυτές η προσφυγή στις αστυνομικές αρχές είναι όχι μόνο αναποτελεσματική και απρόσφορη αλλά και δυνητικά επικίνδυνη⁶⁴.

⁶² S. Jansen & Th. Spijkerboer, «Δραπετεύοντας από την ομοφοβία», όπου παραπάνω, σελ. 31 επ. Εκεί περιγράφονται λεπτομερώς πολλά περιστατικά μη κρατικής βίας και περαιτέρω θυματοποίηση των θυμάτων της βίας εξαιτίας της στάσης των αρμοδίων αρχών.

⁶³ Το Ευρωπαϊκό Δικαστήριο Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων καταδίκασε την Ελλάδα για παραβίαση των άρθρων που απαγορεύουν τα βασανιστήρια και την απάνθρωπη ή εξευτελιστική μεταχείριση, στην περίπτωση ενός παράνομου Τούρκου μετανάστη ο οποίος, κατά τη διάρκεια της κράτησής του βιάστηκε από άνδρα του Λιμενικού Σώματος στα Χανιά. Παρ' ότι ο ομοφυλόφιλος μετανάστης κατήγγειλε τον βιασμό οι Αρχές δεν επέτρεψαν να εξεταστεί από το γιατρό, αλλοίωσαν την καταγγελία του και δεν τιμώρησαν το δράστη. ΕΔΑΔ απόφαση της 17^{ης} Ιανουαρίου 2012, υπόθεση Zontul κατά Ελλάδας, αριθμός προσφυγής 12294/07.

⁶⁴ «Αν και η ομοφυλοφιλία δεν είναι ποινικοποιημένη στο Κόσσοβο, οι ομοφυλόφιλοι μπορούν να γίνουν θύματα σοβαρής διάκρισης και βίας. Κατηγορίες που υποβάλλονται στις αρχές δεν παρακολουθούνται πάντοτε όταν αφορούν άτομα που ανήκουν στην κοινότητα των ομοφυλοφίλων και μάλιστα μπορεί να δώσουν έρεισμα για αντίποινα. Άτομα που έχουν υπάρξει θύματα τέτοιων γεγονότων συνήθως αποφεύγουν να υποβάλουν κατηγορίες. Η συμπεριφορά των αρχών της χώρας

Σύμφωνα με Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, στην Αφρική η ομοφυλοφιλία αποτελεί ποινικό αδίκημα σε τριάντα οχτώ χώρες, ενώ στη Μαυριτανία, τη Σομαλία, το Σουδάν και τη Βόρεια Νιγηρία τιμωρείται με την ποινή του θανάτου· τόσο σε αυτές τις χώρες, όσο και σε εκείνες που η ομοφυλοφιλία έπαψε προσφάτως να αποτελεί ποινικό αδίκημα εξτρεμιστές πολιτικοί και θρησκευτικοί ηγέτες, μεταξύ άλλων, παροτρύνουν στην άσκηση βίας σε βάρος λεσβιών, ομοφυλοφίλων, αμφιφυλοφίλων και διεμφυλικών, ενώ οι αρχές ανέχονται και αφήνουν ατιμώρητα εγκλήματα που διαπράττονται με βάση το γενετήσιο προσανατολισμό, συμβάλλοντας σταθερά στην όξυνση των διακρίσεων, των αυθαίρετων συλλήψεων και της κακομεταχείρισης⁶⁵. Εντούτοις, το Δικαστήριο δεν απασχόλησε ούτε η ερμηνεία του άρθρου 6 της Οδηγίας για το καθεστώς των προσφύγων, που ρητά αναγνωρίζει τη δίωξη από μη κρατικά όργανα⁶⁶, ούτε και η πάγια προστατευτική νομολογία άλλων εννόμων τάξεων. Έτσι, η αδυναμία της συγκεκριμένης κοινωνικής ομάδας να αναζητήσει εντός της χώρας προέλευσης κρατική προστασία από τις διώξεις που υφίσταται από ιδιώτες που δρουν υπό την ανοχή του κράτους αφήνεται εξίσου εκτός του προστατευτικού πεδίου του ευρωπαϊκού συστήματος ασύλου, όπως αυτό προσδιορίστηκε στην απόφαση της 7^{ης} Νοεμβρίου 2013.

4. Συμπεράσματα

Την επαύριον της απόφασης του Δικαστηρίου είναι βέβαιο ότι η συζήτηση για τα ζητήματα που άπτονται της παροχής ασύλου λόγω διώξεων που σχετίζονται

μπορεί να θεωρηθεί ότι υποδαυλίζει τις ομοφοβικές ενέργειες», Cour Nationale du Droit d'Asile, απόφαση της 23^{ης} Δεκεμβρίου 2009, ref 09012138, για συναφείς κρίσεις σχετικά με το Μαρόκο βλ. Cour Nationale du Droit d'Asile, απόφαση της 29^{ης} Ιανουαρίου 2008, ref 602367, και για την Αλβανία Cour Nationale du Droit d'Asile, απόφαση της 10^{ης} Δεκεμβρίου 2009, ref 08018574. Εκτενέστερα για το θέμα βλ. «Δραπετεύοντας από την ομοφοβία», όπου παραπάνω σελ. 34-35.

⁶⁵ Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 17^{ης} Φεβρουαρίου 2011 σχετικά με την κατάσταση στην Ουγκάντα: δολοφονία του David Kato, Επίσημη Εφημερίδα αριθ. C 188 E της 28/06/2012 σελ. 62-64, υπό Η'. Επίσης: «Το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο παραμένει προσηλωμένο στην περαιτέρω εμβάθυνση και ανάπτυξη των σχέσεων με τη Ρωσία με βάση μια κοινή και αμοιβαία δέσμευση υπέρ της δημοκρατίας, του κράτους δικαίου και των ανθρωπίνων δικαιωμάτων. Εντούτοις, το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο διακατέχεται από βαθιά ανησυχία για την αυξανόμενη περιφρόνηση που επιδεικνύει η Ρωσία προς αυτές τις ουσιώδεις αρχές. Από την ψήφιση και έπειτα νόμων περιοριστικών της ελευθερίας της έκφρασης, του συνέρχεσθαι και του συνεταιρίζεσθαι και συγκεκριμένα από τότε που εγκρίθηκαν τόσο ο νόμος περί "ξένων πρακτόρων" όσο και οι ομοσπονδιακοί και περιφερειακοί νόμοι "κατά της προπαγάνδας", πολλές οργανώσεις έχουν καταγράψει αύξηση των βίαιων ξενοφοβικών και ομοφοβικών επιθέσεων. Στο διαδίκτυο έχουν εμφανιστεί εκατοντάδες βίντεο άλογης βίας με ακροδεξιές εθνικιστικές ομάδες να ξυλοκοπούν και να βασανίζουν άτομα ΛΟΑΔ[...] Διάφορες ομάδες έχουν ανεβάσει σε ρωσικά μέσα κοινωνικής δικτύωσης αποτρόπαια βίντεο με σκηνές ανεπίπτωτης ταπείνωσης, ξυλοδαρμών και βασανιστηρίων», Ερώτηση μελών του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου με αίτημα προφορικής απάντησης προς την Επιτροπή κατά το άρθρο 115 του Κανονισμού, B7-0515/2-10-2013.

⁶⁶ «Στους φορείς δίωξης ή σοβαρής βλάβης συμπεριλαμβάνονται: α) το κράτος, β) ομάδες ή οργανώσεις που ελέγχουν το κράτος ή ουσιώδες μέρος του εδάφους του κράτους και γ) μη κρατικοί φορείς, εάν μπορεί να καταδειχθεί ότι οι φορείς που αναφέρονται υπό στοιχεία α' και β', περιλαμβανομένων των διεθνών οργανισμών, δεν είναι σε θέση ή δεν επιθυμούν να παράσχουν προστασία κατά της δίωξης ή της σοβαρής βλάβης, όπως ορίζεται με το άρθρο 7».

με το σεξουαλικό προσανατολισμό μόλις εκκινεί και η σχετική προβληματική θα συνεχίσει να απασχολεί το Δικαστήριο στο μέλλον. Δύο φαίνεται είναι τα ζητήματα που εικάζεται ότι θα προηγηθούν. Το πρώτο από αυτά έχει να κάνει με την αξιολόγηση των ισχυρισμών που άπτονται του σεξουαλικού προσανατολισμού. Υποβλήθηκαν ήδη από ολλανδικά δικαστήρια προδικαστικά ερωτήματα σχετικά με τα όρια που η υποχρέωση σεβασμού των θεμελιωδών δικαιωμάτων θέτει στους τρόπους ελέγχου της αξιοπιστίας δηλώσεων που αφορούν τον γενετήσιο προσανατολισμό⁶⁷. Ο αυτοπροσδιορισμός του αιτούντα άσυλο ως ομοφυλόφιλου, λεσβίας, αμφιφυλόφιλου ή διαφυλικού θεωρείται απλή ένδειξη για το σεξουαλικό προσανατολισμό αλλά για την διαπίστωση της αξιοπιστίας του συγκεκριμένου ισχυρισμού χρησιμοποιούνται πλήθος άλλων ενδείξεων, ετερόκλητων στα κράτη μέλη και ακόμα και αμφιλεγόμενων⁶⁸. Το δεύτερο από τα θέματα που πιθανολογείται ότι σύντομα θα απασχολήσει το Δικαστήριο είναι αυτό του ρωσικού νόμου κατά της «ομοφυλόφιλης προπαγάνδας»⁶⁹. Στο μέτρο που ο ρωσικός νόμος ποινικοποιεί τις εκδηλώσεις υπέρ των δικαιωμάτων των ομοφυλοφίλων υπό το πρόσχημα της προστασίας της ανηλικότητας και των θρησκευτικών ηθών, οι φορείς ακτιβιστικής δράσης μπορεί να υποστούν διώξεις που βρίσκονται στο μεταίχμιο μεταξύ συμμετοχής σε ιδιαίτερη κοινωνική ομάδα και πολιτικών πεποιθήσεων, ανάλογα με το εάν ο διωκόμενος αυτοπροσδιορίζεται ή όχι ως ομοφυλόφιλος. Στη Ρωσία τα αυξανόμενα περιστατικά βίας από ιδιώτες σε συνδυασμό με τους δρακόντειους νόμους που επαπειλούν με πολυτεείς ποινές φυλάκισης σε περιπτώσεις εκδήλωσης ομοφυλόφιλης συμπεριφοράς καθιστούν την Ευρωπαϊκή

⁶⁷ Υποθέσεις C-148 έως 150/13, ΕΕ C 171 της 15/6/2013, σελ. 16 έως 18.

⁶⁸ Ευρωπαϊκός Οργανισμός Θεμελιωδών Δικαιωμάτων (FRA), «Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States», όπου παραπάνω, σελ. 34 όπου αναφέρονται τα εξής: «*asylum procedures in some Member States require proof of sexual orientation in such a way that may be painful or distressing. For instance, it has been found that in the Czech Republic authorities test the physical reaction of asylum seekers who claim to be gay to erotic material ('phallometric testing'), which is clearly degrading and conflicts with the right to privacy. It has also been reported that some authorities will require psychiatric tests or subject individuals to humiliating and intensive questioning where they have alleged sexual abuse. Some authorities are also said to apply stereotypes in deciding whether an individual is telling the truth, in particular whether they 'look' gay because of features such as long hair or earrings. Claims may also be turned down where individuals have been married or only reveal their sexual orientation later in proceedings, which may not take into account the highly taboo nature of homosexuality in the asylum-seekers' home culture*». Βλ. επίσης V. Fraissinier-Amiot, «Les homosexuels étrangers et le droit d'asile en France: un octroi en demi-teinte», όπου παραπάνω, ιδίως σελ. 298-299 και τις εκεί υποσημειώσεις.

⁶⁹ Το Ευρωπαϊκό Κοινοβούλιο «καταδικάζει την πρόσφατα εγκριθείσα νομοθεσία για την ποινικοποίηση της ενημέρωσης του κοινού σχετικά με το γενετήσιο προσανατολισμό και την ταυτότητα φύλου σε διάφορες ρωσικές περιφέρειες και παρόμοιες προσπάθειες σε ομοσπονδιακό επίπεδο. Υπενθυμίζει στις ρωσικές αρχές την υποχρέωσή τους να υπερασπίζονται την ελευθερία έκφρασης και τα δικαιώματα των λεσβιών, ομοφυλόφιλων, αμφιφυλόφιλων και διεμφυλικών ατόμων (LGBT)», Ψήφισμα του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου της 13^{ης} Σεπτεμβρίου 2012 σχετικά με τη χρησιμοποίηση της δικαιοσύνης στη Ρωσία για πολιτικούς σκοπούς (2012/2789 RSP), 2013/C 353 E/17, σημείο 11.

Ένωση ολοένα και πιο πρόσφορο τόπο αναζήτησης ασύλου για τους Ρώσους ομοφυλόφιλους⁷⁰.

Η απόφαση του Δικαστηρίου χαρακτηρίζεται ορόσημο καθώς αναγνωρίζει την υποχρέωση των κρατών μελών να παράσχουν προστασία σε μια νέα κατηγορία προσφύγων, μέχρι τώρα λίγο ή πολύ αόρατη. Μέλη της ευρύτερης ομοφυλοφιλικής κοινότητας προερχόμενα από τα 78 κράτη ανά την υφήλιο, όπου οι ομοφυλόφιλοι διώκονται και φυλακίζονται εξαιτίας του σεξουαλικού τους προσανατολισμού, μπορούν πλέον, ανάμεσα στις άλλες έννομες τάξεις που ήδη αναγνώρισαν τη κατηγορία αυτή προσφύγων, να αναζητήσουν ασφαλές καταφύγιο και στην Ευρωπαϊκή Ένωση. Ο σεξουαλικός προσανατολισμός χαρακτηρίζεται θεμελιώδες στοιχείο της ανθρώπινης προσωπικότητας και οι εκδηλώσεις αυτού πρέπει να γίνονται απολύτως σεβαστές, εφόσον δεν αντιβαίνουν στις ποινικές διατάξεις των κρατών μελών της Ένωσης. Κανένας ομοφυλόφιλος δεν πρέπει να αναμένεται να καταπιέσει και να αποκρύψει την προσωπικότητα και τις εκδηλώσεις της. Εντούτοις, οι διατάξεις για την παροχή ασύλου και την αναγνώριση της προσφυγικής ιδιότητας ερμηνεύθηκαν από το Δικαστήριο κατά τρόπο περιοριστικό, αφήνοντας εκτός του προστατευτικού πεδίου της διεθνούς προστασίας ένα μεγάλο μέρος των ομοφυλόφιλων σε όλο τον κόσμο που βιώνουν διώξεις μη προερχόμενες από κρατικά όργανα, που διώκονται με ποινές εξοντωτικές καίτοι μη επισύρουσες εγκλεισμό σε σωφρονιστικό κατάστημα, που ζουν υπό τον φόβο εκ νέου ενεργοποίησης εν υπνώσει δρακόντειων νόμων κατά της ομοφυλοφιλίας.-

Ιανουάριος 2014,

Αθανάσιος Τάκης, Δ.Ν.

⁷⁰ Deutsche Welle, «Many homosexuals hope to leave Russia», 8^η Νοεμβρίου 2013, διαθέσιμο στο δικτυακό τόπο www.dw.de.