

Homoseksuele en transgender asielzoekers, discretie en strafbaarstelling

De draaideurkast

Sabine Jansen en Thomas Spijkerboer bespreken in een tweeluik de belangrijkste knelpunten in het Nederlandse asielbeleid voor lesbische, homoseksuele, biseksuele en transgender asielzoekers. In dit eerste artikel: de discretie-eis kan mensen terug de kast insturen. En is strafbaarstelling niet op zichzelf al een daad van vervolging?



Vreemdelingen die gegronde vrees hebben om te worden vervolgd op grond van ras, religie, nationaliteit, het behoren tot een bepaalde sociale groep of politieke overtuiging zijn vluchteling in de zin van het Vluchtelingenverdrag, Richtlijn 2004/83 (de Definitierichtlijn) en de Vreemdelingenwet 2000. Sinds de Afdeling rechtspraak van de Raad van State in 1981 homoseksualiteit als vervolgingsgrond erkende, kunnen vervolgte lesbische, homoseksuele, biseksuele en transgender (LHBT) asielzoekers in Nederland asiel krijgen. Deze ontwikkeling werd op Europees niveau gecodificeerd door seksuele oriëntatie als vervolgingsgrond op te nemen in artikel 10 lid 1 onder d Definitierichtlijn. Genderidentiteit is opgenomen in de in december 2011 aangenomen wijziging van de Definitierichtlijn (Richtlijn 2011/95) en is daarmee ook erkend als vervolgingsgrond.

We hebben onderzoek gedaan naar de manier waarop in 25 Europese landen asielverzoeken van LHBT's worden behandeld. De uitkomsten van dit onderzoek staan, samen met een groot aantal aanbevelingen, in het *Fleeing Homophobia* rapport.¹

LHBT asielzoekers krijgen te maken met een flink aantal specifieke problemen en daarnaast blijken er grote verschillen te bestaan in de manier waarop in de afzonderlijke Europese staten met deze problemen wordt omgegaan.

In het kader van dit onderzoek is ook een gedetailleerd rapport over Nederland gemaakt, dat eveneens op internet is gepubliceerd.² In dit artikel willen we dieper ingaan op de Nederlandse praktijk, en met name op twee knelpunten: de discretie-eis en de gevolgen van strafbaarstelling van een seksuele voorkeur. Nederland geeft LHBT asielzoekers daadwerkelijk asiel. Zo besloot de minister onlangs om alle Irakese LHBT asielzoekers, behoudens contra-indicaties, als vluchteling aan te merken.³

1 Sabine Jansen en Thomas Spijkerboer: *Fleeing Homophobia. Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, COC Nederland/Vrije Universiteit Amsterdam, September 2011, www.rechten.vu.nl/onderzoek/conferenties-en-projecten/onderzoeksproject-fleeing-homophobia/research-reports.

2 http://www.rechten.vu.nl/nl/Images/Netherlands%20questionnaire_tcm22-236616.pdf; zie ook de brief van COC Nederland van 28 oktober 2011 waarmee de beide rapporten werden aangeboden aan Minister Leers, te vinden op Vluchtweb. Zie over de Nederlandse praktijk verder Thomas Spijkerboer: 'Querelle vraag asiel', in Thomas Spijkerboer en Sarah van Walsum: *Grensoverschrijdingen. Opstellen over vreemdelingen en recht*, Nederlands Centrum Buitenlanders, Utrecht 1997, p. 144-174; Sabine Jansen: 'Op de vlucht voor homohaar. Over discriminatie en discretie', *Nieuwsbrief Asiel- en Vluchtelingenrecht 2006*, p. 124-146; Louis Middelkoop: 'Geloofwaardigheidskwesties rond homoseksuelen in de Nederlandse asielprocedure', *Asiel- en Migrantenrecht 2010*, p. 508-515, ve10002319.

3 Brief van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, m.b.t. beleid ten aanzien van Iraakse LHBT's, 11 juli 2012; TK 2011-2012, 19 637, nr. 1563, ve12001535.

Toch doet zich ook in de Nederlandse asielpraktijk een aantal problemen voor. Van LHBT asielzoekers wordt vaak verlangd dat zij hun seksuele identiteit verbergen om vervolging te voorkomen (het zgn. discretievereiste). Zij worden door de Nederlandse asielautoriteiten in gewoon Nederlands dus 'de kast in' gestuurd. Met betrekking tot het de kast insturen voert Nederland een draaibeeld. Het idee dat asielzoekers hun seksuele identiteit moeten verbergen wordt afgeschaft, maar duikt telkens weer op, om vervolgens weer afgeschaft te worden. De deur draait op het ogenblik op volle toeren, en de Afdeling bestuursrechtspraak stelde prejudiciële vragen over het discretievereiste.

De Afdeling ziet kennelijk een verband met strafbaarstelling van homoseksualiteit. Hoewel we ons afvragen of er een rechtstreeks verband is, zijn we verheugd dat deze vraag aan het Hof van Justitie wordt voorgelegd. Tijdens het *Fleeing Homophobia* onderzoek zijn we tot de conclusie gekomen dat strafbaarstelling op zichzelf al een daad van vervolging oplevert, en die conclusie heeft gevolgen voor de Nederlandse asielpraktijk.

Van iemand die noodgedwongen een relatie geheim houdt wordt gezegd dat die 'zonder problemen' een relatie had.

Discretie

In grote delen van de wereld verbergen LHBT's noodgedwongen hun seksuele of genderidentiteit uit angst voor vervolging. De vraag of de identiteit in het land van herkomst misschien verborgen kan worden speelt ook in asielzaken in veel Europese landen een grote rol. In Nederland werd in 2000 Werkinstructie 219 opgesteld naar aanleiding van de motie Dittrich van 28 september 1999.⁴ Daarin stond dat in beschikkingen geen 'krenkende passages' meer zouden worden opgenomen, 'zoals het feit dat de autoriteiten in het land van herkomst niet van de homoseksualiteit afweten, waaraan de conclusie wordt verbonden dat de asielzoeker naar het land van herkomst terug kan keren en daar niet voor zijn homoseksualiteit behoeft uit te komen. (...) Deze overwegingen worden klaarblijkelijk opgevat als een aanzegging aan de betrokkene om zijn homoseksuele geaardheid in het land van herkomst te verbergen. Dit is vanzelfsprekend niet de bedoeling', aldus de instructie.⁵

Toch leidde dit document niet tot het beoogde resultaat, want in de praktijk werd homoseksuele en biseksuele asielzoekers nog steeds - direct of indirect - aangeraden hun seksuele voorkeur te verbergen.⁶

Op 1 mei 2007 werd in de Vreemdelingencirculaire opgenomen dat van personen met een homoseksuele voorkeur niet verlangd wordt dat zij deze voorkeur bij terugkeer verbergen.⁷

Deze beleidsregel werd in 2009 verduidelijkt door staatssecretaris Albayrak: 'Dit betekent dat bij de beoordeling van een asielaanvraag het eventueel kunnen verbergen van de geaardheid geen rol mag spelen.'⁸ Desondanks zien we in de beslissingspraktijk en in jurisprudentie van met name de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State het discretievereiste nog regelmatig opduiken. Dit gebeurt op een directe en een meer indirecte wijze.

De Afdeling: direct discretievereiste

De Afdelingsuitspraak van 11 mei 2011 is een voorbeeld van de directe variant. Deze zaak ging over een vrouw die in Sierra Leone in het geheim een seksuele relatie had met een andere vrouw. Zij had Sierra Leone niet vanwege problemen rond die relatie verlaten. De Afdeling meende dat de minister terecht had overwogen dat de vrouw 'in het geheim, maar zonder problemen' een homoseksuele relatie had onderhouden. De Afdeling stelt: 'Dat seksuele geaardheid een wezenlijk element van iemands persoonlijkheid is, brengt niet met zich dat van

de vreemdeling niet kan worden verwacht dat zij louter omdat zij in Sierra Leone in het openbaar niet voor haar homoseksuele geaardheid kan uitkomen haar privé-leven bij terugkeer naar Sierra Leone op dezelfde wijze als voor haar vertrek naar Nederland vormgeeft. Het is evenmin in strijd met artikel 8 van het EVRM om dat van haar te verwachten, reeds omdat zij geen feiten of omstandigheden heeft aangevoerd die erop duiden dat zij in Sierra Leone geen betekenisvolle invulling aan haar homoseksuele geaardheid heeft of zal kunnen geven.'⁹ Van iemand die noodgedwongen een relatie geheim houdt, wat niet los kan worden gezien van de te verwachten reactie als die relatie uitlekt,¹⁰ wordt gezegd dat die 'zonder problemen' een relatie had. Ook wordt het als een 'betekenisvolle invulling' van het recht op privé-leven aangemerkt als iemand gedwongen is in de kast te blijven. Uit deze bewoordingen spreekt een terloopse acceptatie van homofobie die veelzeggend is. In deze

Affairs, [2003] HCA 71, S395/2002 en 396/2002; New Zealand Refugee Status Appeals Authority 7 juli 2004, Refugee Appeal no. 74665/03; US Court of Appeals for the Ninth Circuit 7 maart 2005, Karouni v. Gonzales, 399 F.3d 1163 (2005); Federal Court Canada 8 oktober 2008, Atta Fosu v. Minister of Citizenship and Immigration, 2008 FC 1135; UK Supreme Court 7 juli 2010, HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department, [2010] UKSC 31; zie voor de Zweedse beleidsregel Rattschefens rättsliga ställningstagande angående metod för utredning och provning av den framstysfande risken för personer som aberopar skyddskskal på grund av sexuell lagning (RCI 03/2011), www.migrationsverket.se/lifos; Finse Administratieve Hooggerichtshof 13 januari 2012, KHO:2012:1, Engelse samenvatting op <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f3cdf7e2.html>; Noorse Hooggerichtshof 29 maart 2012, HR-2012-667-A, no. 2011/1688, Engelse samenvatting op http://www.unhcr.org/refworld/country,LEGAL,NOR_SC,,NOR,,50084d772,0.html.

8 Brief van de Staatssecretaris van Justitie, mede namens de Minister van Buitenlandse Zaken, aan COC Nederland, 12 februari 2009, 5578298/08, te vinden op Vluchtweb.

9 ABRvS 11 mei 2011, JV 2011/307, noot Spijkerboer, ve11001135. Zie over deze zaak ook Hemme Battjes: 'Dan past u zich maar aan. Sur place-vluchtelingen en de accommodatie-eis bij verweesterde vrouwen en bekeerlingen', in A.B. Terlouw and K.M. Zwaan (red.), *Tijd en asiel. 60 jaar Vluchtelingenverdrag*, Deventer: Kluwer 2011, p. 321-333.

10 Vgl. Vc 2000, C24/22, 4.7, ve12001693 (landgebonden beleid Sierra Leone, homoseksuelen).

4 Motie Dittrich c.s. van 28 september 1999, Kamerstukken II 1999-2000, 19637, nr. 474.

5 Werkinstructie 219, 24 februari 2000.

6 Zie uitgebreider hierover Sabine Jansen, Op de vlucht voor homohaar, over discriminatie en discretie, *Nieuwsbrief Asiel- en Vluchtelingenrecht* 2006, nr. 3, p. 124-146.

7 Vc 2000, C2/2.10.2. Naar aanleiding van de kamervragen van Lambrechts (D66), 3 oktober 2006, Kamerstukken II 2006-2007, nr. 394. Ook in andere landen werd de discretie-eis verworpen, zie High Court of Australia 9 december 2003, Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural

zaak werd het beroep op vluchtelingenstatus verworpen, omdat verwacht kon worden dat de vrouw net als tevoren haar seksuele voorkeur verborgen hield. In antwoord op kamervragen gaf de minister echter toe dat in deze zaak in strijd met het beleid was geoordeeld.¹¹

Vergelijkbaar is echter de zaak van een Palestijnse man uit de Verenigde Arabische Emiraten die, noodgedwongen in het geheim, in kringen van homoseksuele mannen verkeerde. De minister meent dat hij 'zonder enige problemen vele jaren als homoseksueel in de VAE heeft verbleven', zodat 'niet (valt) in

In Nederland zouden we de situatie waarin de beide asielzoekers zaten kenschetsen als 'in de kast zitten'.

te zien waarom dit anders zou zijn als hij weer terugkeert.¹² In deze zaak overheerst, ook blijkens het hoger beroepschrift, de gedachte dat de man zijn homoseksualiteit 'niet absoluut verborgen' hoeft te houden. 'Dat dit niet met volle openheid gepaard kan gaan zoals dat (op veel plekken) in Nederland wel kan, maakt niet dat niet voldaan wordt aan het beleidsuitgangspunt dat homoseksualiteit niet verborgen hoeft te worden gehouden. Hieruit volgt (...) dat van verborgen gehouden seksualiteit geen sprake is en verweerder (de asielzoeker, SJ/TS) in de VAE invulling kan geven aan zijn identiteit.'¹³ Ook wordt in het hoger beroepschrift opgemerkt dat 'juist (homo)seksuele relaties binnen de privésfeer vallen en dat er geen sprake is van schending van verdragsverplichtingen indien aan deze relatie geen of slechts beperkt invulling kan worden gegeven in het publieke domein.'

De Sierra Leonese vrouw had een lesbische relatie en de man uit de VAE bewoog zich in homokringen en had (seksueel) contact met andere homo's. In beide landen is homoseksualiteit strafbaar, en zij hielden hun seksuele voorkeur dan ook tegenover alle anderen geheim. Op grond van het beleid zou je toch zeggen dat deze geheimhouding niet van hen verlangd kan worden. Desalniettemin was de minister, in de Sierraleonese zaak gesteund door de Afdeling, van mening dat het terugsturen van mensen naar zo'n situatie geen strijd met het beleid oplevert, want er was sprake van een voldoende betekenisvolle invulling, nu zij hun seksuele voorkeur *niet absoluut verborgen* hielden. Eigenlijk zegt de minister hier dat ze niet in de kast zaten. Ze hadden immers (seksuele) relatie(s). En wat wil je als homo of lesbienne nog meer?

Deze zaken geven blijk van verwarring over de betekenis van 'verbergen' in de zin van de Vreemdelingen-circulaire, of 'de kast'. In Nederland zouden we de situatie waarin de beide asielzoekers zaten kenschetsen als 'in de kast zitten'. In het KRO-

programma 'Uit de Kast' gaat het niet voor niets over jongeren die voor hun seksuele voorkeur uitkomen tegenover hun familie, hun vrienden, hun klasgenoten, hun collega's en hun voetbalclub, kortom hun sociale omgeving. Het is vreemd dat voor asielzoekers kennelijk een andere definitie van 'coming out' wordt gehanteerd, waarbij familie, vrienden, collega's, klasgenoten en voetbalclubs tot het publieke domein worden gerekend en de invulling van de seksuele identiteit zich beperkt tot de mogelijkheid (seksueel) contact met andere homoseksuelen aan te gaan.

De Afdeling: indirect discretievereiste

Indirect gebruik van het discretievereiste komen we met name tegen in zaken waarin gesteld wordt dat de autoriteiten in het land van herkomst niet op de hoogte waren van de seksuele voorkeur van de betrokkene. Bijvoorbeeld in de zaak van een Egyptische man die door zijn familie is verstoten omdat hij homo is. De uitspraak vermeldt dat zijn homoseksualiteit niet bij de autoriteiten bekend is, en dat niet aannemelijk is gemaakt dat zij daar via zijn familie van op de hoogte zullen raken. Toch overweegt de Afdeling 'dat de minister zich in voormeld besluit op generlei wijze op het standpunt heeft gesteld dat hij van de vreemdeling verwacht dat deze bij terugkeer naar Egypte een levensstijl aanneemt die in strijd is met diens seksuele geaardheid.'¹⁴ Kennelijk meent de Afdeling ook in deze uitspraak dat het niet problematisch ('niet in strijd met hun seksuele geaardheid') is als LHBT's hun seksuele voorkeur of genderidentiteit geheim moeten houden.

Een ander voorbeeld is de zaak van een Syrische homo die met zijn vriend was betrapt door andere vrienden uit de buurt. Het werd niet aannemelijk geacht dat de Syrische autoriteiten op de hoogte waren van zijn seksuele voorkeur. Weliswaar kunnen homo's in Syrië op forse problemen rekenen, maar 'de voorzieningenrechter (is), door zijn oordeel mede te doen steunen op onderdeel C2/2.10.2 van de Vc 2000, ten onrechte eraan voorbij gegaan dat de vreemdeling zich niet erop heeft beroepen dat hij, om vervolging door de Syrische autoriteiten te voorkomen, na terugkeer naar Syrië zijn seksuele oriëntatie verborgen moet houden.'¹⁵

Rechtbanken en Supreme Court: open en vrij leven

Voor LHBT asielzoekers uit veel landen zal gelden dat zij ingrijpende negatieve consequenties ondervinden, als zij hun seksuele voorkeur of genderidentiteit niet met succes geheim houden. De afwijzing van een asielverzoek van LHBT's uit die

11 Antwoord van minister Leers op vragen van het lid Gesthuizen (SP), 23 mei 2012, TK 2011-2012, Aansluitend Handelingen 2602.

12 Rb. 's-Gravenhage z.p. Arnhem 25 oktober 2011, JV 2011/513, ve11002644.

13 Hoger beroepschrift van de minister in dossiernr. 1004.16.1305 d.d. 25 november 2011. Vergelijk m.b.t. een Iraanse bekeerling Rb. 's-Gravenhage z.p. Rotterdam 3 oktober 2009, nr. 09/11045, hoger beroep van de vreemdeling verworpen met toepassing van artikel 91 lid 2 Vw 2000 ABRvS 4 februari 2010, 200909364/1/V2.

14 ABRvS 1 juni 2011, 201010332/1/V1, LJN: BQ7857.

15 ABRvS 17 augustus 2011, JV 2011/424, noot Spijkerboer, ve11001968, zie ook ABRvS 14 november 2011, JV 2012/79, noot Jansen, ve11002838. Vgl. ook Rb. 's-Gravenhage z.p. Haarlem 6 juli 2009, Awb 08/41885 (Iran), gevolgd door Rb. 's-Gravenhage z.p. Haarlem (MK) 12 juli 2010, Awb 09/38194 en 09/38198, ve10002130; Rb. 's-Gravenhage z.p. Haarlem, 10 december 2009, Awb 09/36705 (Iran), ve10000041; in deze zaak werd een vergunning op de b-grond verleend.

landen impliceert daarmee vanzelf de veronderstelling dat de asielzoeker in het geheim zal leven. Als geen beroep op Vc 2000, C2/2.10.2 wordt gedaan, lijkt de Afdeling niet bereid deze beleidsregel toe te passen en wordt dus in feite van de asielzoeker geëist weer in het geheim te gaan leven¹⁶. In een aantal Irakese zaken waarin wel een beroep op de beleidsregel was gedaan vernietigde de rechtbank de afwijzende beschikking, omdat, gezien de landeninformatie met betrekking tot LHBT's in Irak, bij terugkeer geheimhouding noodzakelijk was om aan vervolging te ontkomen.¹⁷

In een zaak van een Egyptenaar oordeelde de rechtbank terecht 'dat verweerder verzoekers vermoedens van vrees hoofdzakelijk heeft gezien in het licht van wat verzoeker al heeft meegemaakt, ondanks dat hij destijds niet voor zijn homoseksualiteit is uitgekomen. Echter, voor een deugdelijke beoordeling is ook en vooral van belang wat voor behandeling verzoeker van de bevolking en de autoriteiten te wachten staat indien verzoeker wel voor zijn geaardheid uitkomt. (...) Beoordeeld dient te worden welke negatieve aandacht en bejegening verzoeker van medeburgers en de autoriteiten te wachten staat als hij in Egypte wel voor zijn geaardheid uitkomt.'¹⁸

De vluchtelingendefinitie en artikel 3 EVRM vereisen een taxatie van de risico's in de toekomst, bij terugkeer van de vreemdeling naar het land van herkomst. Omdat niet geëist kan worden dat LHBT's hun seksuele voorkeur of genderidentiteit verborgen houden, gaat het om de vraag of zij een gegronde vrees voor vervolging hebben, c.q. een reëel risico te worden onderworpen aan een onmenselijke of vernederende behandeling, als zij openlijk als LHBT leven. Cultuurrelativistische vergelijkingen met de situatie van LHBT's in Nederland zijn hierbij niet op zijn plaats. Beter is het om te kijken naar de situatie van hetero's in het land van herkomst.

Het Britse Supreme Court formuleerde het in de befaamde uitspraak in de zaak HJ & HT zo: 'At the most basic level, if a male applicant were to live discreetly, he would in practice have to avoid any open expression of affection for another man

are to be as free as their straight equivalents in the society concerned to live their lives in the way that is natural to them as gay men, without the fear of persecution.'¹⁹

Het Britse Hooggerechtshof volgt hiermee de hoogste Australische rechter, die overwoog: 'if a person has a well-founded fear that he would suffer persecution on being returned to his country of nationality if he were to live openly as a gay man, then he is to be regarded as a refugee for purposes of the Convention.'²⁰ Het gaat niet om de vraag of asielzoekers het recht hebben om in hun land van herkomst op uitzinnige wijze uiting te geven aan hun seksuele voorkeur. Het gaat om de vraag of ze gewoon naar huis, naar hun werk en over straat kunnen zonder geheim te moeten houden dat ze lesbisch, homoseksueel, biseksueel of transgender zijn.

Op dit punt hebben wij drie aanbevelingen voor de Nederlandse rechtspraak. Ten eerste moet de beleidsregel niet zo eng geïnterpreteerd worden dat de betekenis ervan ondermijnd wordt. Door te suggereren dat mensen die een homoseksuele relatie hadden in het land van herkomst, maar die tegelijkertijd tegenover alle hetero's in dat land volledig in de kast leefden, zich eigenlijk niet verborgen hielden, wordt de klok teruggedraaid. Als mensen seks kunnen hebben in parken, in hun slaapkamer of op feesten, maar zij geheim moeten houden dat zij seks hebben met personen van het zelfde geslacht (denk aan de vrouw uit Sierra Leone of de man uit de VAE), dan is *wel degelijk* sprake van verborgen houden in de zin van het beleid.

Ten tweede moeten de zaken van LHBT asielzoekers die in hun land van herkomst problemen te vrezen hebben primair onder vluchtelingenschap beoordeeld worden, en pas in tweede instantie onder artikel 3 EVRM. Immers, op grond van de vluchtelingendefinitie worden veel mensen beschermd die aan al hun problemen een einde zouden kunnen maken als ze hun politieke of religieuze overtuigingen voor zich zouden

Beter is het om te kijken naar de situatie van hetero's in het land van herkomst.

which went beyond what would be acceptable behaviour on the part of a straight man. He would have to be cautious about the friendships he formed, the circle of friends in which he moved, the places where he socialised.' Wat discretie betekent voor LHBT's, wordt door de Lords treffend samengevat als: 'having to live a lie every day of their life'. En: 'In short, what is protected is the applicant's right to live freely and openly as a gay man. That involves a wide spectrum of conduct, going well beyond conduct designed to attract sexual partners and maintain relationships with them. (...) In other words, gay men

houden. Wie in Iran of Syrië op betekenisvolle wijze invulling geeft aan de vrijheid van religieuze of politieke overtuiging door die alleen in strikt besloten kring te uiten heeft immers niets te vrezen. Toch is het evident dat van zulke vluchtelingen niet geëist wordt dat zij teruggaan en zich gedeisd houden. Op dezelfde manier kan niet verlangd worden dat mensen hun seksuele voorkeur of genderidentiteit verbergen. Daardoor is het implausibile karakter van het discretievereiste onder het vluchtelingenschap veel duidelijker en evidentier dan onder artikel 3 EVRM. Hier ligt een belangrijke rol voor de advocatuur: die moet steeds primair voor vluchtelingenschap pleiten.

Een derde aanbeveling is dat in zaken van LHBT asielzoekers uit landen waar zij een benarde positie hebben altijd bij de

16 Hieruit blijkt dat de Afdeling meent dat onder de term rechtsgronden in artikel 8:69 lid 2 Awb niet beleidsregels begriipt, zie R.J.N. Schlössels en S.E. Zijlstra: *Bestuursrecht in de Sociale Rechtsstaat*, zesde druk, Kluwer, Deventer 2010, p. 1297.

17 Rb 's-Gravenhage z.p. 's-Hertogenbosch, 21 december 2009, Awb 09/18790, ve10000062; Rb 's-Gravenhage z.p. 's-Hertogenbosch 30 december 2009, Awb 09/7231; Rb 's-Gravenhage z.p. Haarlem, 31 december 2010, Awb 10/24828, ve12000374.

18 Rb 's-Gravenhage z.p. Haarlem, 26 februari 2008, Awb 08/04691, ve12000374. Deze man werd als vluchteling erkend.

19 UK Supreme Court, HJ (Iran) and HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department, 7 juli 2010, [2010] UKSC 31, par 77-78.

20 High Court of Australia, *Applicants S396/2002 and S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, 9 december 2003, (2003) 216 CLR 473.

beoordeling betrokken moet worden wat er gebeurt als zij bij terugkeer hun seksuele voorkeur of genderidentiteit niet verborgen houden, of als deze aan het licht komt. En omdat de Afdeling niet lijkt te accepteren dat onder het aanvullen van de rechtsgronden in de zin van artikel 8:69 lid 2 Awb ook beleidsregels vallen, moet om dat te bereiken in elke zaak van een LHBT asielzoeker expliciet een beroep worden gedaan op Vc 2000, C2/2.10.2. Ook hier heeft de advocatuur een belangrijke rol.

2012: de minister 'verduidelijkt' het beleid

In reactie op de brief van COC Nederland naar aanleiding van de uitkomsten van het Fleeing Homophobia onderzoek²¹ stelde de Minister in een brief van 21 maart:

'Uitgangspunt van het Nederlandse beleid is dat, indien betrokkene aannemelijk heeft gemaakt LHBT te zijn, op grond van de door betrokkene naar voren gebrachte verklaringen en de situatie blijkens de openbare bronnen wordt beoordeeld in welke mate in het land van herkomst beperkingen worden opgelegd aan de beleving van de seksuele geaardheid. Indien aannemelijk is dat, bij het bekend zijn of worden [cursivering SJJ/TS] van de seksuele geaardheid in de directe (leef)omgeving van de asielzoeker, gegronde vrees bestaat voor vervolging dan wel een reëel risico op een onmenselijke behandeling, zal de vreemdeling in beginsel in aanmerking komen voor bescherming op grond van het Vluchtelingenverdrag of artikel 3 EVRM.'²²

De door ons gecursiveerde woorden 'of worden' kunnen goed zo gelezen worden dat de Afdelingsuitspraak van 11 mei 2011 (zie boven) niet meer zou kunnen. En omdat het reeds bestaan-

de minister, nog een extra alinea te bevatten, waarmee de klok opnieuw lijkt te worden teruggedraaid:

'De IND beoordeelt of en in welke mate aan de homoseksuele asielzoeker beperkingen worden opgelegd bij het bekend zijn of worden van de seksuele geaardheid in de directe (leef)omgeving van de asielzoeker. Indien uit de verklaringen van de vreemdeling danwel uit algemene informatie kan worden afgeleid dat de positie van homoseksuelen dusdanig is dat bij het bekend geraken van de seksuele geaardheid de vreemdeling een voorzienbaar risico loopt te worden blootgesteld aan daden van geweld die zo ernstig van aard zijn dat zij een ernstige schending van de grondrechten van de mens vormen, komt de vreemdeling in aanmerking voor bescherming op grond van het Vluchtelingenverdrag.

Van een homoseksuele asielzoeker wordt niet verlangd dat hij zijn geaardheid verborgen houdt, ook niet in de situatie dat de vreemdeling voorafgaand aan zijn vertrek uit het land van herkomst zijn geaardheid verborgen heeft gehouden. De omstandigheid dat de gehele situatie met zich brengt dat de vreemdeling in zijn land van herkomst niet op vergelijkbare wijze als in Nederland uiting kan geven aan diens homoseksualiteit, is onvoldoende om voor verblijf in aanmerking te komen. Het is immers niet aan Nederland om te garanderen dat de hier te lande bestaande vrijheden ook bestaan in het land van herkomst. De situatie in het land van herkomst kan dan ook met zich meebrengen dat de vreemdeling een bepaalde mate van terughoudendheid betracht bij het uiting geven aan zijn homoseksuele geaard-

Welke in Nederland bestaande vrijheden kunnen homoseksuele asielzoekers in het land van herkomst wel missen?

de beleid in deze brief werd toegelicht, maakt de minister duidelijk dat hij die uitspraak in strijd met het bestaande beleid vond. Kort daarna bevestigde de minister dat expliciet:

'Mij is bekend dat in ieder geval in een zaak die betrekking had op een asielzoekster uit Sierra Leone (sic, SJJ/TS) de vreemdeling is gesteld dat zij haar leven na terugkeer voort zou kunnen zetten, zoals zij dat eerder gedaan had. Uit haar relaas bleek dat zij haar geaardheid verborgen had gehouden voor haar omgeving. Dit strookt niet met het huidige beleid. Ik beoog met de ook in uw vraag aangehaalde verdere verduidelijking van de Vreemdelingen-circulaire te voorkomen dat een dergelijke situatie zich in de toekomst nog voor zal doen.'²³

Maar de aangekondigde wijziging van de Vreemdelingen-circulaire bleek, toen die verscheen, naast passages die overeenkomen met de strekking van de hier geciteerde teksten van

heid om ernstige schendingen van diens grondrechten te voorkomen. Deze terughoudendheid mag echter niet dusdanig ver strekken, dat geoordeeld wordt dat de vreemdeling niet op betekenisvolle wijze invulling kan geven aan zijn seksuele geaardheid.²⁴

Het was de bedoeling de regel 'dat van personen met een homoseksuele voorkeur niet verlangd wordt dat zij deze voorkeur bij terugkeer verbergen' te verduidelijken.²⁵ Wij hebben echter niet het idee dat de nieuwe tekst duidelijkheid verschaft. Integendeel, deze tekst zal waarschijnlijk tot nieuwe verwarring leiden, want hij staat vol vage begrippen. Welke in Nederland bestaande vrijheden kunnen homoseksuele asielzoekers in het land van herkomst wel missen? Wat wordt er bedoeld met een bepaalde mate van terughoudendheid? En ook het mistige begrip dat een centrale rol speelde in de Afdelingsuitspraak over de Sierra Leonse (welke uitspraak volgens de minister in strijd met het beleid was), namelijk op betekenisvolle wijze invulling geven aan een seksuele geaardheid doet nu zijn intrede in de

21 Aanbiedingsbrief onderzoeksrapport Fleeing Homophobia, van COC Nederland aan de Minister voor Immigratie en Asiel, 28 oktober 2011.

22 Brief van de Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel aan de Voorzitter van de Tweede Kamer, 21 maart 2012, TK 2011-2012, 19 637, nr. 1510, p. 2-3, ve12000914.

23 Antwoord van minister Leers op vragen van het lid Gesthuizen (SP), 23 mei 2012, Aanhangsel Handelingen TK 2011-2012, 2602, p. 3.

24 WBV 2012/11, p.33-34, ve12001427.

25 In de toelichting wordt zelfs gesteld: 'Beleidsstandpunt ten aanzien van homoseksuelen is verduidelijkt en in lijn gebracht met eerdere communicatie van de Minister aan de Tweede Kamer in reactie op rapport COC en VU: Fleeing Homophobia' (brief kenmerk: 5710139/11, ve12000914).'

beleidsregels. Enerzijds is winst dat de minister heeft duidelijk gemaakt dat lesbische, homoseksuele, biseksuele en transgender asielzoekers die in hun land van herkomst nog niet (of niet volledig) uit de kast waren ook onder de beleidsregel vielen en vallen.²⁶ Ook van hen wordt niet geëist dat ze hun seksuele of genderidentiteit verborgen houden. Maar daar staat tegenover dat op de duidelijkheid van de beleidsregel behoorlijk wordt bekibbeld door nu juist terug te komen op het duidelijke uitgangspunt dat geheimhouding niet geëist wordt; die kan nu *in bepaalde mate* wel geëist worden. De ondergrens daarvoor (je moet nog wel *op betekenisvolle wijze invulling kunnen geven aan je seksuele geaardheid*) is zorgwekkend vaag. De herkomst van dit concept is zelfs onheilspellend, want de Afdeling (die deze termen gemunt heeft) vond dat de Sierraleonese vrouw die haar seksuele oriëntatie geheel geheim hield ook al heel betekenisvol lesbisch kon zijn. Dit dreigt een Echternachtse processie in achterwaartse richting te worden: één stap vooruit, twee achteruit.

Winst is dat LHBT asielzoekers die in hun land van herkomst nog niet uit de kast waren ook onder de beleidsregel vallen.

Ook uit de Afdelingsuitspraken van 18 april jl. (waarover straks meer) blijkt die visie: 'Hoewel thans volgens het nationale beleid de minister niet van een vreemdeling verlangt dat hij zijn gerichtheid verborgen houdt, heeft de minister ter zitting bevestigd dat de mate van vereiste terughoudendheid vergaand kan zijn. Ook terughoudendheid in de privésfeer kan volgens hem van een vreemdeling worden verwacht, indien daarmee vervolging kan worden voorkomen. Of een vreemdeling betekenisvol invulling kan geven aan zijn gerichtheid, bepaalt de minister aan de hand van de in het individuele asielrelaas van de vreemdeling vermelde beperkingen en schendingen die hij reeds vóór vertrek naar Nederland in het land van herkomst heeft ervaren en ondergaan.'²⁷

Prejudiciële vragen

Intussen speelt de kwestie ook op Europees niveau. In 2010 stelde het Duitse Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak van een homoseksuele Iraniër. Kan discretie gevergd worden, mede gezien de artikelen 9 en 10 van de Definitierichtlijn?²⁸ De vragen werden nooit beantwoord, want nadat het Hof de volledige naam van de asielzoeker had gepubliceerd, werd aan de man een vluchtelingenstatus verleend.²⁹

Vervolgens stelde het Duitse Bundesverwaltungsgericht vergelijkbare vragen aan het Luxemburgse Hof in de zaak van twee Pakistaanse leden van de religieuze gemeenschap van de Ahmadi's. De centrale vraag in deze zaak kan samengevat worden als: kan van een asielzoeker verlangd worden dat hij afziet van de uitoefening van het geloof in het openbaar, om daardoor vervolging te vermijden? Hoewel bij het sluiten van dit artikel het Hof de vragen nog niet beantwoord heeft, [red.: inmiddels heeft het Hof van Justitie op 5 september uitspraak gedaan, zie elders in dit blad in de rubriek Uitspraak van de Maand] is er al wel een conclusie van de Advocaat-Generaal verschenen, waarin hij dit kwalificeert als 'strijdig met de door artikel 1 van het Handvest [van de Grondrechten van de Europese Unie] verlangde menselijke waardigheid. Door van de asielzoeker te verlangen dat hij de openbare belijdenis van zijn geloof verbergt, wijzigt of er afstand van doet, vragen wij hem immers te wijzigen wat mogelijk een wezenlijk bestanddeel van zijn identiteit vormt, anders gezegd, wij vragen hem eigenlijk zichzelf te verloochenen. (100) (...) kunnen wij van

een asielzoeker niet verwachten dat hij om aan vervolging te ontkomen, afziet van het belijden van zijn geloof of dat hij om het even welk ander wezenlijk bestanddeel van zijn identiteit verbergt, zonder daarbij het gevaar te lopen dat afbreuk wordt gedaan aan de rechten die de richtlijn beoogt te beschermen en de doelstellingen die zij nastreeft.'³⁰ (103) Hoewel het in deze zaken gaat om het recht op het beleven van religie, is het duidelijk dat de Advocaat-Generaal hieronder ook het beleven van seksuele identiteit en (impliciet ook) genderidentiteit begrijpt (zie ook 104 en 105). Hij pleit dus voor een ruime uitleg van de godsdienstvrijheid, waarin al haar bestanddelen zijn opgenomen, ongeacht of zij openbaar of privé, gemeenschappelijk of individueel zijn. (45)

In april van dit jaar vroeg de Raad van State het Hof van Justitie zich uit te spreken over seksuele oriëntatie, in drie zaken van homoseksuele mannen uit respectievelijk Senegal, Sierra Leone en Oeganda.³¹ Kort gezegd luiden de vragen als volgt:

1. Vallen mensen met een homoseksuele gerichtheid onder een sociale groep in de zin van artikel 10, eerste lid onder d?
2. Zo ja, welke homoseksuele activiteiten vallen onder de reikwijdte van de richtlijn? Kunnen daden van vervolging t.a.v. deze activiteiten leiden tot een vluchtelingenstatus?
 - 2a. Kan van homoseksuelen worden verwacht dat zij hun gerichtheid in het land van herkomst voor eenieder geheim houden om vervolging te voorkomen?
 - 2b. Zo nee, kan van homoseksuelen terughoudendheid worden verwacht bij het geven van invulling aan hun ge-

26 Vc C2/2.10.2 (nieuw): 'Deze paragraaf ziet naast de homoseksuele asielzoeker ook op beoordeling van de asielaanvraag van de lesbische, biseksuele en transseksuele asielzoeker. (...) Van een homoseksuele asielzoeker wordt niet verlangd dat hij zijn geaardheid verborgen houdt, ook niet in de situatie dat de vreemdeling voorafgaand aan zijn vertrek uit het land van herkomst zijn geaardheid verborgen heeft gehouden.' WBV 2012/11, p. 33, ve12001427.

27 ABRvS 18 april 2012, JV 2012/259, ve12000976.

28 Zaak C-563/10, ve11000284. De vragen: 2. (a) To what extent is homosexual activity protected? (b) Can a homosexual person be told to live with his or her sexual orientation in his or her home country in secret and not allow it to become known to others? (c) Are specific prohibitions for the protection of public order and morals relevant when interpreting and applying Article 10(1) (d) of Directive 2004/83/EC or should homosexual activity be protected in the same way as for heterosexual people?

29 Official Journal of the European Union, 5 February 2011, C38/7, 2011/C

38/09, Case C-563/10, ve11000284: Reference for a preliminary ruling van het Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, 1 December 2010, *Kashayar Khavand t. Bondsrepubliek Duitsland*, C-563/10.

30 Conclusie van Advocaat-Generaal Y. Bot, 19 april 2012, Bondsrepubliek Duitsland t. Y (C-71/11) en Z (C-99/11), ve12001870.

31 ABRvS 18 april 2012, JV 2012/259, ve12000976. Het gaat om zaak nrs. 201109928/1/T1, ve12000989 (Senegal), 201106615/1/T1, ve12000962 (Oeganda), 201012342/1/T1, ve12000976 (Sierra Leone), 18 April 2012. (C-201/12, ve12001848; C-200/12, ve12001847; C-199/12, ve12001846).

richtheid? Zo ja, in welke mate? Kan van homoseksuelen een verdergaande terughoudendheid worden verwacht dan van heteroseksuelen?

2c. Kan een onderscheid worden gemaakt tussen uitingen die het kerngebied van de gerichtheid betreffen en andere uitingen? En zo ja, wat wordt verstaan onder het kerngebied en hoe kan dat worden vastgesteld?

3. Is de enkele strafbaarstelling en bedreiging met gevangenisstraf een daad van vervolging in de zin van artikel 9, eerste lid en onder a juncto tweede lid, aanhef en onder c? Zou nee, wanneer is dit wel het geval?

De derde vraag (over strafbaarstelling) bespreken we verderop in dit artikel.

Discretie en de vluchtelingdefinitie

Vraag 1 kan niet anders dan bevestigend beantwoord worden. Nederland was het eerste land ter wereld dat erkende dat homoseksuelen tot een specifieke sociale groep konden behoren,³² en dit is geldend Europees recht.³³

De tweede vraag onder 2b over een eventueel onderscheid tussen homo- en heteroseksuelen, is cruciaal. Wij zijn van mening dat het in deze kwestie niet moet gaan om een vergelijking van de vrijheden van homo's hier en daar, zoals onze minister in toenemende mate geneigd is te doen. ('Het is immers niet aan Nederland om te garanderen dat de hier te lande bestaande vrijheden ook bestaan in het land van herkomst.') Als er al een vergelijking gemaakt moet worden, zou die zich moeten richten op de mate van vrijheid die homoseksuelen hebben in het land van herkomst. In een vergelijking met betrekking tot het onderscheid privé-openbaar, zoals dat speelde in de Ahmadi-zaak, gaat het dan bijvoorbeeld om in het openbaar kenbaar kunnen maken wat het geslacht van je partner is. Het gaat niet om seks in het openbaar, want dat zal in de meeste landen ook niet toegestaan zijn als het gaat om heteroseksen. Of men hand in hand met de geliefde over straat moet kunnen lopen, ligt in dit geval inderdaad aan de situatie in het land van herkomst. De vraag is dan: wordt het in het land in kwestie geaccepteerd als heteroseksuele partners hand in hand lopen? En zo ja, stel dat je als homostel hand in hand op straat loopt en je wordt

Het gaat niet om seks in het openbaar, want dat zal in de meeste landen ook niet toegestaan zijn als het gaat om heteroseksen.

Vraag 2 bestaat uit verschillende onderdelen. Analoog aan de vragen met betrekking tot godsdienst wordt de vraag opgeworpen of er onderscheid gemaakt kan en moet worden tussen verschillende homoseksuele activiteiten (2) en of er een kerngebied kan worden onderscheiden in homoseksuele uitingen (2c). Advocaat-Generaal Bot concludeerde in de Ahmadi-zaak dat deze vraag ontkennend diende te worden beantwoord. Hoewel het recht om uiting te geven aan (in de Duitse prejudiciële zaken) religie niet absoluut is, is het volgens Bot onjuist om een kerndeel van het recht en een perifeer deel van het recht te onderscheiden, omdat wat de kern en wat de periferie is van geloof tot geloof en van persoon tot persoon kan verschillen. Daar gaat de vrijheid van religie nu juist over (paragraaf 43-46). Een interpretatie van de vluchtelingdefinitie die alleen om de veronderstelde kern van grondrechten draait zou te restrictief zijn (vergelijk Bot paragraaf 47 en volgende); doorslaggevend is het discriminerende element van vervolging, en niet de vraag op welke manier vervolgers kennis hebben gekregen van het feit dat de vluchteling Joods, Tutsi, christen of homo is. Het essentiële punt is de gegronde vrees te worden vervolgd als reactie op de homoseksuele gerichtheid. Het is hierbij niet van belang op welke wijze die gerichtheid aan het licht komt.³⁴

om die reden aangevallen door medeburgers, is de politie dan bereid je te helpen? Veronderstellend dat hetero's op maandagmorgen op school of op hun werk kunnen vertellen met wie ze het weekend hebben doorgebracht: kunnen homo's dat ook? Kunnen homo's net als hetero's een langdurige relatie aangaan, of moeten ze die verbergen? Als dergelijke 'vrijheden' in het land van herkomst voorbehouden blijken te zijn aan hetero's, en - ook door Europese asielautoriteiten - aan LHBT's worden ontzegd, dan is er sprake van discriminatie en daarmee van strijd met EU-recht.³⁵

Dan nog iets over de directe gevolgen van deze prejudiciële vragen voor de rechtspraak.

Het spreekt vanzelf dat de drie asielzoekers wier zaak inzet is van dit geschil de beantwoording van de vragen kunnen afwachten. Maar hoe zit dat met andere LHBT asielzoekers? In antwoord op kamervragen van de PvdA, stelde de minister dat, ook al zou de beantwoording van de vragen gevolgen kunnen hebben voor de Nederlandse rechtspraak, hij van mening is dat het Nederlandse beleid zorgvuldig is en dat hij dus geen zaken aan zal houden.³⁶ Inmiddels wordt er echter in een groeiend aantal uitspraken met succes een beroep gedaan op de vragen.³⁷ Terecht: volgens de Afdeling is er tot prejudiciële vragen

32 ARRvS 13 augustus 1981, RV 1981, 5, GV (oud) D12-51; vgl. Vc 2000 C1/4.2.10.2.

33 Artikel 10 lid 1 onder d Definitierichtlijn, ve04001791.

34 Zie in dit verband ook Hathaway en Pobjoy 'Queer cases make bad law', *New York University Journal Of International Law and Politics* 44 (2012), p. 315-389; die een ons inziens onterecht onderscheid maken tussen *protected en unprotected activities*. Zie voor kritiek op deze zienswijze Jenni 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 Pobjoy', 44 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 497, 515 (2012), en Thomas Spijkerboer: 'Two remarks on queer law and queer politics', beide in *Opinio Juris* <http://opiniojuris.org>, 2012/03/09.

35 Zie artikel 21 lid 1 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie: 'Elke discriminatie, met name op grond van geslacht, ras, kleur, etnische of sociale afkomst, genetische kenmerken, taal, godsdienst of overtuigingen, politieke of andere denkbeelden, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte, een handicap, leeftijd of seksuele geaardheid, is verboden.' Artikel 10 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie: 'Bij de bepaling en de uitvoering van haar beleid en optreden streeft de Unie naar bestrijding van iedere discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afkomst, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele gerichtheid.'

36 Antwoord van Minister Leers (22 mei 2012) op kamervragen van Van Dam (PvdA) (20 april 2012), 2555.

37 Rb Haarlem 8 mei 2012, 12/10465 (lesbische vrouw uit Gambia): De rechtbank oordeelt dat geen betekenis kan worden ontzegd aan de door de

nopende twijfel over de vraag of homo's hun seksuele voorkeur geheim moeten houden, en over de vraag of de strafbaarstelling van homoseksualiteit in het land van herkomst als vervolging moet worden beschouwd. Zolang die vragen niet zijn beantwoord, kunnen zaken waarin die vragen aan de orde zijn niet worden behandeld. Dat geldt dus in ieder geval voor LHBT asielzoekers uit landen waar homoseksualiteit strafbaar is. We willen de advocatuur dan ook aanraden om in alle zaken van LHBT asielzoekers waarin een eventuele terughoudendheid in het land van herkomst een rol speelt, een beroep te doen op het feit dat deze prejudiciële vragen nog wachten op een antwoord van het Luxemburgse Hof en dat er wat ons betreft tot die tijd geen enkele LHBT uitgezet kan worden³⁸.

Strafbaarstelling

Een specifieke omstandigheid die speelt in LHBT asielzaken is het gegeven dat homoseksualiteit in 78 landen nog altijd strafbaar is.³⁹ In deze landen staat op homoseksuele handelingen een (meestal fikse, soms levenslange) gevangenisstraf en in zeventien landen zelfs de doodstraf.⁴⁰ Wij zijn van mening dat hier onvoldoende rekening mee wordt gehouden in de Europese asielpraktijk. Hoewel Nederland heeft erkend dat van LHBT's niet gevraagd kan worden bescherming te zoeken bij de autoriteiten van dergelijke landen, is het uitgangspunt van het Nederlandse beleid dat 'de enkele strafbaarstelling van homoseksualiteit of homoseksuele handelingen' niet zonder meer tot de conclusie leidt dat homoseksuelen uit het betreffende land vluchteling zijn. De asielzoeker moet een concrete vrees voor strafvervolging aannemelijk maken.⁴¹

bleken is dat er daadwerkelijk strafvervolging (tegen de desbetreffende asielzoeker, of tegen anderen) wordt ingesteld.⁴² De Minister heeft deze informatie inmiddels bevestigd.⁴³ Wij vinden dat deze Italiaanse praktijk navolging verdient. De strafbaarstelling van homoseksualiteit of van homoseksuele handelingen moet leiden tot erkenning als vluchteling van lesbische, homoseksuele en biseksuele asielzoekers uit die landen. Dit zou overigens ook moeten gelden voor transgenders, ook al komt een afwijkende genderidentiteit als zodanig over het algemeen niet voor in de strafbepalingen. We denken dat het niet heel gewaagd is om te stellen dat in landen waar homoseksualiteit strafbaar gesteld is, transgenders ook vervolging te vrezen hebben.⁴⁴

Strafbaarstelling als daad van vervolging

Voor onze conclusie dat strafbaarstelling op zich als vervolging moet worden aangemerkt voeren we vier argumenten aan, die in hun onderlinge samenhang doorslaggevend zijn. Ten eerste gaat het hier om een gevangenisstraf wegens seksuele voorkeur, wat een klassieke vorm van vervolging is (discriminerende vervolging of bestraffing in de zin van artikel 9 lid 2 onder c Definitierichtlijn, artikel 3.36 lid 2 onder c VV). We wijzen er op dat het enkele feit dat geen informatie over strafvervolging bestaat niet betekent dat de strafrechtelijke bepalingen niet worden gebruikt. Het kan zijn dat autoriteiten niet met informatie over strafvervolging te koop lopen. In de Nederlandse praktijk wordt vaak tegengeworpen dat er geen sprake is van een 'actief vervolgingsbeleid' ten aanzien van LHBT's.⁴⁵ Maar dat wil natuurlijk nog niet zeggen dat er geen daadwerkelijke vervolging plaatsvindt. Ook het Anti-Foltercomité overwoog dat

Homoseksualiteit is in 78 landen nog altijd strafbaar.

Uit ons rechtsvergelijkende onderzoek bleek dat in Italië de vaste praktijk inhoudt dat LHBT asielzoekers uit landen waar homoseksualiteit strafbaar is asiel krijgen, ook als niet ge-

'the State party's argument that Bangladeshi authorities are not actively persecuting homosexuals does not rule out that such prosecution can occur.'⁴⁶ Bovendien kan het zijn dat de strafbepaling een tijd niet is gebruikt, maar door de regering wordt ingezet om redenen van binnenlandse politiek, zoals

Afdeling aan het Hof gestelde prejudiciële vragen over homoseksualiteit in het kader van de reikwijdte van artikel 9 en artikel 10 van de Definitierichtlijn. Het bestreden besluit geeft geen blijk van een afweging als waartoe de door de Afdeling gestelde vragen aanleiding gaven en wordt reeds hierom gegrond verklaard. Vgl. ook Rb Middelburg 16 juli 2012, 12/17810; 12/17809, JV 2012/367, ve12001573 (Oegandese homo); Rb Den Bosch 7 juni 2012, 12/16024, ve12001436 (Afghaanse homo); Rb Rotterdam 2 april 2012, 12/7785, ve12000834 (Guineese homo): Voorts kan in dit verband geen betekenis worden ontzegd aan de door het Duitse Bundesverwaltungsgericht aan het HvJ EU gestelde prejudiciële vragen over godsdienstvrijheid. De voorzieningenrechter is van oordeel dat met betrekking tot het beleven van de homoseksuele geaardheid op zijn minst soortgelijke beoordelingsvraagstukken spelen. Vgl. ook m.b.t. Iraanse bekeerlingen: ABRvS 8 maart 2012, 201101819/1/V1; Rb Den Bosch 26 april 2012, 12/10858, ve12001153; Rb Arnhem, 15 juni 2012, 12/17289; Rb Groningen 18 juni 2012, 12/16198, 12/16200, 12/16202, 12/16204 en Rb Haarlem 17 juli 2012, 12/20018. Afghaanse bekeerling: ABRvS 11 mei 2012, 201203335/2/V2, ve12001165.

38 Zie ook het redactioneel van Sadhia Rafi in A&MR 2012 nr. 4, ve12001223.

39 Wij doelen hier niet op eventuele verschillende leeftijdsgrenzen voor homo- en heteroseksuele handelingen, noch op mogelijke verschillen in de strafmaat ten aanzien van onvrijwillige homo- of heteroseksuele handelingen. Wij doelen op de expliciete of impliciete strafbaarstelling van vrijwillige seksuele handelingen tussen volwassenen van hetzelfde geslacht. Zie ook: Lucas Paoli Itaborahy: State-sponsored Homophobia, A world survey of laws criminalising same-sex sexual acts between consenting adults, The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association (ILGA), mei 2012.

40 Deze landen zijn Iran, de noordelijke staten van Nigeria, Mauritanië, Saoedi-Arabië, zuidelijke delen van Somalië, Soedan en Jemen.

41 Vc 2000, C2/2.10.2, ve12001693.

42 Sabine Jansen en Thomas Spijkerboer: *Fleeing Homophobia. Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*, COC Nederland en Vrije Universiteit Amsterdam 2011, p. 23-24. Vgl. gedetailleerde informatie in het Italiaanse rapport op de Fleeing Homophobia website.

43 TK 2011-2012, 19 637, nr. 1510, p. 1-2, ve12000914.

44 Dit werd ook erkend in het speciale beleid voor Iran, dat werd ingesteld als reactie op de berichten over het ophangen van homoseksuele mannen, maar dat expliciet bescherming biedt aan homoseksuelen, biseksuelen en transseksuelen (WBV 2006/38, ve06001624).

45 ABRvS 4 februari 2010, 200909560/1/V2 (Tunesie, geen actief vervolgingsbeleid); Rb. 's-Gravenhage zp 's-Hertogenbosch 1 oktober 2009, Awb 08/36980, hoger beroep ongemotiveerd verworpen, ABRvS 25 januari 2010, 200908271/1/V1 (Kameroen, zelden vervolging); Rb. 's-Gravenhage 9 december 2009, Awb 09/23841, hoger beroep ongemotiveerd verworpen, ABRvS 27 januari 2010, 201000184/1A/2 (Algerije, geen systematische vervolging); ABRvS 14 november 2011, JV 2012/79, ve11002838, met noot Jansen (Iran, geen actief vervolgingsbeleid). In andere gevallen werd de beschikking waarin het ontbreken van een actief vervolgingsbeleid werd tegengeworpen echter vernietigd: Rb. 's-Gravenhage 11 november 2009, Awb 09/13455, JV 2010/47, ve09001780 (India, strafbepaling geen dode letter); Rb. 's-Gravenhage zp Haarlem 2 maart 2010, Awb 10/5782, ve10000391 (Tanzania, verschillende arrestaties van homoseksuelen); Rb. 's-Gravenhage zp Arnhem 30 december 2010, Awb 10/14637 (Marokko, actief vervolgingsbeleid).

46 Decision CAT, 23 mei 2011, Uttal Mondal t. Zweden, Communication No. 338/2008.

in het vorige decennium in Egypte gebeurde.⁴⁷ Dat een ambtsbericht over een land van herkomst geen melding maakt van een 'actief vervolgingsbeleid' betekent dus niet dat dat zo zal blijven en dat er geen reële dreiging van de strafbepaling uitgaat. Daarnaast zijn er veel voorbeelden van landen waar geen formele strafvervolging wordt ingesteld, maar waar de strafbepaling de politie of andere autoriteiten een vrijbrief geeft om LHBT's af te persen, te mishandelen of te detineren.⁴⁸ Formele strafvervolging is niet de enige manier waarop het strafrecht wordt gebruikt.

Ten tweede merken wij op dat artikel 9 lid 2 onder b Definitierichtlijn en artikel 3.36 lid 2 onder b VV (dat artikel 9 lid 2 onder b implementeert) wettelijke maatregelen die op zichzelf discriminerend zijn of op discriminerende wijze worden uitgevoerd als daad van vervolging aanmerken. Het strafbaar stellen van seksuele handelingen tussen mensen van hetzelfde geslacht, terwijl seksuele handelingen tussen mensen van verschillend geslacht niet strafbaar zijn gesteld, is zonder de minste twijfel aan te merken als een wettelijke maatregel die op zichzelf discriminerend is.

Zoals, ten derde, UNHCR stelt: 'the very existence of such laws, irrespective of whether they are enforced, may have far-reaching effects on LGBT persons' enjoyment of fundamental human rights.'⁴⁹ Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens overwoog in het *Soering*-arrest dat een onmenselijke en verne-

in verband met de Ierse strafbaarstelling van homoseksualiteit van 'the detrimental effects which the very existence of legislative provisions in question can have on the life of a person of homosexual orientation'. Het EHRM kwam tot de conclusie dat 'the mere criminalisation is sufficient for the conclusion that the right to private life in Article 8 of the European Convention on Human Rights of a person to whom these rights might be applicable is violated.'⁵³ Nu is de enkele strafbaarstelling in een land waar glashelder is dat de strafwet op dit punt niet zal worden toegepast (zoals in Ierland ten tijde van *Norris*) niet gelijk te stellen met een schending van artikel 3 EVRM. Maar in landen als Oeganda,⁵⁴ Jamaica,⁵⁵ of Afghanistan⁵⁶ waar de strafwet op dit punt wel degelijk kan worden toegepast, en waar de strafwet ook kan worden gebruikt om LHBT's te arresteren, te mishandelen en vervolgens (al dan niet na betaling van een omkoopsom) weer te laten gaan, is de situatie van volstrekt andere orde dan de situatie waarover het EHRM in het *Norris*-arrest oordeelde. In deze landen is sprake van een permanente dreiging van het gebruik van de strafbaarstelling van homoseksuele handelingen (door formele vervolging of door tijdelijke arrestatie en mogelijke mishandeling). Deze strafbaarstelling betreft een intiem, zeer fundamenteel en moreel beladen aspect van iemands persoonlijkheid die de kern van zijn of haar menselijke waardigheid raakt. De enkele strafbaarstelling leidt daarom in dergelijke landen bij LHBT's tot een permanente toestand van bezorgdheid, angst en minderwaardigheid die voor hen vernederend en onderdrukkend

Deze strafbaarstelling betreft een intiem, zeer fundamenteel en moreel beladen aspect van iemands persoonlijkheid.

derende behandeling kan bestaan uit handelingen die 'arouse in [its] victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them'.⁵⁰ Deze en vergelijkbare bevoordingen zijn door het Hof vaak gebruikt, zowel in asielzaken⁵¹ als in andere zaken.⁵² In het *Norris*-arrest sprak het EHRM

is. Daarmee is de enkele strafbaarstelling van homoseksuele handelingen in Oeganda, Senegal en Sierra Leone een onmenselijke of vernederende behandeling, die op grond van artikel 9(1)(a) in elk geval als daad van vervolging wordt aangemerkt.

Ten vierde leven lesbische, homoseksuele en biseksuele mannen en vrouwen in landen waar homoseksualiteit strafbaar is een bestaan in de slagschaduw van officieel aangemoedigde en uitgevoerde homofobie. Steeds dreigt geweld van de kant van de overheid of van medeburgers, zonder dat daartegen bescherming geboden wordt. Van deze verwevenheid van formele criminalisering en alledaags geweld tegen LHBT's zijn veel voorbeelden te geven. Zo is een belangrijke conclusie van het

47 Zie uitgebreid: Human Rights Watch, *In a Time of Torture, The Assault on Justice in Egypt's Crackdown on Homosexual Conduct*, 2004; en Itaborahy 2012 (hierboven noot 39), p. 27.

48 Zie bijvoorbeeld: *Nowhere to Turn, Blackmail and Extortion of LGBT People in Sub-Saharan Africa*, International Gay and Lesbian Human Rights Commission, 2011, <http://www.iglhrc.org/cgi-bin/iowa/article/publications/reportsandpublications/1328.html>; Human Rights Watch, *Criminalizing Identities, Rights Abuses in Cameroon based on Sexual Orientation and Gender Identity*, November 2010; Human Rights Watch: *Fear for life, Violence against Gay Men and Men Perceived as Gay in Senegal*, 30 november 2010, <http://www.hrw.org/reports/2010/11/30/fear-life-0>. Ten overvloede: in veel landen waar homoseksualiteit niet strafbaar is komt dit ook voor. LHBT asielzoekers uit die landen zijn evenzeer vluchteling als aannemelijk is dat zij daar het slachtoffer van dreigen te worden.

49 UN High Commissioner for Refugees: *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, 21 november 2008, par. 20.

50 EHRM 7 juli 1989, *Soering v. United Kingdom*, ve12000746, A161, para. 100.

51 EHRM 8 november 2005, *Bader en Kandibor v. Zweden* 13284/04, JV 2005/451 nt C.W. Wouters, ve05001847 en *EHRM 22 juni 2006, D en anderen v Turkije* 24245/03, JV 2006/342, ve06001100.

52 Vgl. EHRM, *Ireland v. United Kingdom*, 18 Juni 1978, zaaknr. 5310/71 para. 167; *Gorobot v Moldova*, 11 januari 2012, zaaknr. 30951/10, para. 52 (In the Court's view such unlawful and arbitrary treatment was at the very least capable to arouse in the applicant feelings of fear, anguish and inferiority.

Accordingly, the Court considers that the psychiatric treatment to which the applicant was subjected could amount at least to degrading treatment within the meaning of Article 3 of the Convention).

53 EHRM 26 oktober 1988, *Norris v. Ireland*, nr. 10581/83. Uit de beslissing F. tegen het Verenigd Koninkrijk (EHRM 22 juni 2004, 17431/03, NAV 2004/228 m.nt. Mazaheri, JV 2004/370, ve04001529, RV 2004.03 m.nt. Vermeulen) blijkt overigens dat het EHRM tot op heden van mening is dat het feit dat het land van herkomst van de asielzoeker zijn recht op privéleven zal schenden, niet betekent dat hij niet uitgezet kan worden naar dat land..Wat ons betreft wordt het tijd dat deze mening bijgesteld wordt.

54 Itaborahy 2012 (hierboven noot 39), p. 38.

55 Itaborahy 2012 (hierboven noot 39), p. 59-60.

56 Itaborahy 2012 (hierboven noot 39), p. 41.

rapport *Nowhere to Turn*⁵⁷: ‘the fact that sodomy laws encourage criminality by implicitly placing LGBT people outside the scope of the law’s protection. They serve as license to perpetrators to commit not only blackmail, but theft, assault, rape, and even murder with impunity. They discourage victims from coming forward, and foster corruption in the justice system. So long as these provisions remain in place, unscrupulous individuals are likely to take the law into their own hands, making life intolerable for LGBT people and weakening the rule of law.’

Een rapport van Human Rights Watch over Kameroen meldt:

Het door Nederland ingestelde speciale beleid voor LHBT’s uit Iran heeft niet geleid tot een tsunami van Iraanse LHBT asielzoekers.

‘Though arrests remain relatively rare, they create a climate of fear. Family members have reported other family members to police. Landlords have reported their tenants. Friends have reported friends. Thieves and other perpetrators of crimes have simply accused their victims of homosexuality to deflect police attention and escape justice. Others have used the threat of reporting homosexuality to extort money or favors. The consequence is that people are punished for a homosexual identity, not for the specific outlawed practice of homosexual sex. (...) Even if a person is not arrested, the climate of prosecution can demand a personal secrecy that can be psychologically devastating and may amount to persecution. (...) criminalization leads to stigma, and stigma places people at a higher risk of violence by non-state actors.’⁵⁸

Prejudiciële vragen

De derde kwestie die de Afdeling bestuursrechtspraak aan het Hof van Justitie heeft voorgelegd,⁵⁹ betreft de vraag of strafbaarstelling van homoseksualiteit op zichzelf als daad van vervolging moet worden aangemerkt. Op basis van het bovenstaande menen wij dat die vraag bevestigend beantwoord moet worden. We beseffen goed dat dit een vergaande conclusie is. Wellicht bestaat de angst dat een aanpassing van het beleid in de door ons voorgestelde zin zal leiden tot een grote hoeveelheid extra aanvragen van LHBT’s, nu homoseksualiteit in 78 landen een strafbaar feit is. Maar veel LHBT’s uit de desbetreffende landen zullen geen asiel zoeken – omdat ze daar de middelen niet voor hebben, omdat ze de situatie die ze kennen verkiezen boven de onzekerheid van een reis naar Europa en een asielprocedure, of om andere redenen. Het door Nederland ingestelde speciale beleid voor LHBT’s uit Iran heeft niet geleid tot een *tsunami* van Iraanse LHBT asielzoekers. En ook Italië is niet overspoeld door LHBT’s. En zelfs al zou dat wel zo zijn: het feit dat het om grote aantallen kan gaan is in het vluchtelingenrecht op zichzelf niet relevant. En het is altijd zo dat een groot aantal mensen dat met succes een beroep op asiel

zou kunnen doen dat niet doet uit armoede, heldhaftigheid of behoudzucht. Dat kan allemaal niet toe- of afdoen aan een correcte juridische analyse en de noodzaak tot bescherming van LHBT’s die wél vluchten uit homo- en transfobe landen.

In afwachting van de beantwoording van deze vraag moeten zaken over LHBT asielzoekers uit de 78 landen waar homoseksualiteit strafbaar is worden aangehouden, omdat daarop niet kan worden beslist zonder dat de onzekerheid over de relevantie van strafbaarstelling is beëindigd.

Besluit

Echte afschaffing van het discretievereiste (zonder dat het via de draaideur weer terug komt) en erkenning van strafbaarstelling als daad van vervolging zou twee grote problemen waar lesbische, homoseksuele, biseksuele en transgender asielzoekers in Nederland tegenop lopen verhelpen. Er blijven nog twee problemen over: geloofwaardigheid, en de manier waarop in Nederland wordt omgegaan met asielzoekers die pas later in de procedure (of bij een volgende asielaanvraag) vertellen dat ze lesbisch, homo, bi of trans zijn. Die kwesties zullen we behandelen in een artikel in een volgende aflevering van dit tijdschrift.

57 Zie IGLHRC 2011, noot 48, p. 131-132.

58 Human Rights Watch, *Criminalizing Identities, Rights Abuses in Cameroon based on Sexual Orientation and Gender Identity*, November 2010, p. 4-5.

59 ABRvS 18 april 2012, JV 2012/259, ve12000976.