

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/131360>

Please be advised that this information was generated on 2019-04-23 and may be subject to change.

NIJMEGEN MIGRATION LAW WORKING PAPERS SERIES



2014/08

Ben Vermeulen en Aleidus Woltier

Wie en wat te geloven?

Over discretie, zelf-interpretatie en vervolging wegens
godsdienst en seksuele gerichtheid

ISSN 2212-7526

Nijmegen Migration Law Working Papers Series 2014/08

Centre for Migration Law
Faculty of Law
Radboud University Nijmegen
P.O. Box 9049
6500 KK Nijmegen
The Netherlands

Editors Carolus Grütters
 Ashley Terlouw

Lay-out Kim Geilman

Cover photo Erik van 't Hullenaar

© 2014, Ben Vermeulen en Aleidus Woltjer

url: <http://www.ru.nl/law/cmr/research/working-papers>

WIE EN WAT TE GELOVEN? OVER DISCRETIE, ZELF-INTERPRETATIE EN VERVOLGING WEGENS GODSDIENST EN SEKSUELE GERICHTHEID

*Ben Vermeulen en Aleidus Woltjer**

Abstract

Since several years, the Court of Justice of the European Union – next to the European Court of Human Rights – acts as European asylum judge. Over the past decade several directives and some regulations have been established, which specify the main elements of the right to asylum. The meaning of these secondary EU legislation based on EU primary law - the Treaty on the Functioning of the European Union and the EU Charter of Fundamental Rights - can and should (sometimes) be referred to the Court of Justice through preliminary references. The Court of Justice of the European Union shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning the interpretation of the Treaties as well as the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices, or agencies of the Union.

One of the elements of the Common European asylum system is the Qualification Directive 2004/83/EC, that seeks to codify and clarify the non-refoulement provisions of the Geneva Convention (Article 33 in combination with Article 1) and arising from the ECHR (Article 3). An example of the relevance of the Court of Justice as European asylum court is to be found in the judgment in the case Y and Z against Germany, dated 5 September 2012. The central question in this case was, when there is persecution on the ground of religion (Articles 9 and 10 of the Qualification Directive).

In this article we will have a closer look at this judgement and the possible consequences thereof for the assessment of asylum applications, in particular when the ground for persecution is religion or sexual orientation is at stake. We will also consider the relationship with the other European asylum system, such as that resulting from the ECHR as interpreted by the ECtHR.

Keywords

persecution, refugee, religion, homosexuality

*Prof. mr. drs. B.P. Vermeulen is lid van de Raad van State en hoogleraar onderwijsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen. Mr. dr. A.J.Th. Woltjer is wetgevingsjurist bij de directie advisering Raad van State. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1. Inleiding

Sinds een aantal jaren is het Hof van Justitie van de EU – naast het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) – Europees asielrechter. Het afgelopen decennium zijn verschillende richtlijnen en een enkele verordening tot stand gebracht, die de belangrijkste onderdelen van het asielrecht preciseren en vastleggen. Over de betekenis van deze secundaire EU-wetgeving en het daaraan ten gronde liggende relevante primaire EU-recht – het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie en het EU-Grondrechtenhandvest – kunnen en moeten (soms) aan het Hof van Justitie prejudiciële vragen worden voorgelegd. Eén van de Europese asielregelingen is de Definitierichtlijn 2004/83/EG¹, die beoogt de refoulementverboden, neergelegd in het Vluchtelingenverdrag (artikel 33 jo.1) en voortvloeiend uit het EVRM (artikel 3), te preciseren en te codificeren.

Een voorbeeld van de relevantie van het Hof van Justitie als Europese asielrechter is het arrest in de zaak Y en Z tegen Duitsland van 5 september 2012. Daarin stond de vraag centraal, wanneer sprake is van vervolging wegens godsdienst (artikelen 9 en 10 van de Definitierichtlijn). Het Hof oordeelde dat:

- a) overheidshandelen gericht tegen in het openbaar verrichte religieuze activiteiten vervolging en dus vluchtelingschap kan opleveren;
- b) van een asielzoeker niet verwacht mag worden dat hij van die activiteiten afziet om vervolging te ontlopen; en
- c) dat dit ook geldt ten aanzien van die activiteiten die weliswaar niet behoren tot de kern van de godsdienst van de betreffende groepering, maar voor de betrokkene niettemin bijzonder belangrijk zijn om zijn godsdienstige identiteit te bewaren.²

In deze bijdrage gaan we in op deze uitspraak en de mogelijke consequenties daarvan voor de beoordeling van asielverzoeken, in het bijzonder wanneer vervolging op grond van godsdienst of (homo)seksuele gerichtheid aan de orde is. Daarbij gaan we tevens in op de verhouding met het andere Europese asielrechtstelsel, zoals dat voortvloeit uit het EVRM en wordt uitgelegd door het EHRM.

1 De Definitierichtlijn 2004/83/EG, nu vervangen door Richtlijn 2013/33/EU (herschikking), Pb. 2013, L 180.

2 HvJ EU (Grote Kamer) 5 september 2012, JV 2012/403 m.nt. Battjes, *EHRC* 2013/1 m.nt. Aarrass en De Vries. Zie over dit arrest ook M. den Heijer, 'Discretie mag niet worden verlangd', *A&MR* 2012, p. 344-346.

2. Het arrest Y en Z tegen Duitsland

In zijn beantwoording van prejudiciële vragen van het Duitse Bundesverwaltungsgericht over de betekenis van (de vrijheid van) godsdienst bij de beoordeling van asielverzoeken heeft het Hof van Justitie in dit arrest geoordeeld, dat het in de Duitse jurisprudentie gehanteerde onderscheid tussen handelingen in besloten kring die voortvloeien uit de kern ('Wesensgehalt'), de private dimensie van de godsdienstvrijheid ('*forum internum*') enerzijds en handelingen die plaatsvinden in het openbaar ('*forum externum*') anderzijds, bij de beoordeling van asielverzoeken niet doorslaggevend mag zijn. Niet alleen negatieve overheidsreacties naar aanleiding van activiteiten die voortvloeien uit of samenhangen met het belijden van een godsdienst in besloten kring (het private forum), maar ook naar aanleiding van activiteiten die worden verricht in het openbaar (het publieke forum), kunnen 'daden van vervolging' vormen die met zich brengen dat degenen die dergelijke religieuze activiteiten (zullen gaan) verrichten binnen de vluchtelingendefinitie als bedoeld in de Definitierichtlijn vallen. Zo overweegt het Hof (*cursiveringen onzerzijds*):

62. Om concreet te bepalen welke handelingen kunnen worden geacht een vervolging in de zin van artikel 9, lid 1, sub a, van de richtlijn te vormen, is het onderscheid tussen de handelingen die een "kerngebied" ("*forum internum*") van het grondrecht op godsdienstvrijheid aantasten, waaronder niet de godsdienstige activiteiten in het openbaar ("*forum externum*") vallen, en die welke dit gestelde "kerngebied" niet aantasten, niet relevant.

63. Dit onderscheid is niet verenigbaar met de ruime uitlegging die de richtlijn in artikel 10, lid 1, sub b, ervan aan het begrip "godsdienst" geeft door al zijn bestanddelen in aanmerking te nemen, ongeacht of die openbaar of privé, gemeenschappelijk of individueel zijn. De handelingen die een "ernstige schending" in de zin van artikel 9, lid 1, sub a, van de richtlijn kunnen vormen, *omvatten zwaarwichtige handelingen die niet enkel de vrijheid van de verzoeker aantasten om zijn overtuiging in besloten kring te beleven, maar ook om deze in het openbaar te belijden.*

64. Op grond van die uitlegging kan worden verzekerd dat binnen de werkingssfeer van artikel 9, lid 1, van de richtlijn de bevoegde autoriteiten elke soort handeling kunnen toetsen die het grondrecht op godsdienstvrijheid aantast om te bepalen of die handelingen door hun aard of doordat zij zo vaak voorkomen voldoende ernstig zijn om te worden geacht een vervolging te vormen.

65. Zoals de advocaat-generaal in punt 52 van zijn conclusie heeft uiteengezet, volgt daaruit dat de handelingen die door hun intrinsieke zwaarwichtigheid samen met de zwaarwichtige gevolgen ervan voor de betrokken persoon kunnen worden geacht een vervolging te vormen, niet moeten worden geïdentificeerd op basis van het onderdeel van de godsdienstvrijheid dat zij aantasten, maar op basis van de aard van de onderdrukking waaraan de betrokkene wordt onderworpen en van de gevolgen ervan.

Van de asielzoeker mag dan ook niet worden gevergd dat hij zich bij terugkeer discreet opstelt in de zin dat van hem mag worden verwacht dat hij de uiting van zijn godsdienst in de openbare sfeer nalaat vanwege het risico dat hij daardoor zou gaan lopen:

78. Geen van die regels bepaalt dat bij de beoordeling van de omvang van het gevaar om daadwerkelijk in een bepaalde context te worden vervolgd, rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid voor de verzoeker om een gevaar van vervolging uit de weg te gaan door af te zien van de betrokken godsdienstige

praktijk en, bijgevolg, van de bescherming die de richtlijn hem beoogt te verzekeren door hem als vluchteling te erkennen.

79. Daaruit volgt dat wanneer vaststaat dat de betrokkene bij zijn terugkeer naar zijn land van herkomst op grond van een godsdienstige praktijk een daadwerkelijk gevaar van vervolging loopt, hem overeenkomstig artikel 13 van de richtlijn de vluchtelingenstatus moet worden verleend. *Dat hij het gevaar uit de weg kan gaan door af te zien van bepaalde godsdienstige handelingen is, in beginsel niet relevant.*

80. Gelet op een en ander moet op de in elk van de twee zaken gestelde derde vraag worden geantwoord, dat artikel 2, sub c, van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de vrees voor vervolging van de verzoeker gegrond is zodra de bevoegde autoriteiten, gelet op diens persoonlijke situatie, van oordeel zijn dat in redelijkheid kan worden aangenomen dat hij bij terugkeer in zijn land van herkomst godsdienstige handelingen zal verrichten die hem blootstellen aan een werkelijk gevaar van vervolging. *Bij de individuele beoordeling van een verzoek strekkende tot het verkrijgen van de vluchtelingenstatus mogen die autoriteiten van de asielzoeker redelijkerwijs niet verwachten dat hij van deze godsdienstige handelingen afziet.*

De vraag ten slotte of een religieus geïnspireerde handeling, of deze nu in de privé-sfeer plaatsvindt of in het openbaar, als een godsdienstige praktijk in de zin van artikel 10 van Richtlijn 2004/83 'telt' wordt naar het oordeel van het Hof in sterke mate bepaald door de persoonlijke religieuze overtuiging van de asielzoeker:

70. De beoordeling van een dergelijk gevaar veronderstelt dat de bevoegde autoriteit rekening houdt met een reeks van zowel objectieve als subjectieve factoren. *De subjectieve omstandigheid dat het in het openbaar beleven van een bepaalde godsdienstige praktijk, waartegen de betwiste beperkingen zijn gericht, bijzonder belangrijk is voor de betrokkene om zijn godsdienstige identiteit te bewaren, vormt een relevante factor bij de beoordeling van het gevaar waaraan de verzoeker wegens zijn godsdienst in zijn land van herkomst zal worden blootgesteld, zelfs indien voor de betrokken religieuze gemeenschap het beleven van een dergelijke godsdienstige praktijk niet bepalend is.*

71. Uit de bewoordingen van artikel 10, lid 1, sub b, van de richtlijn blijkt immers dat de omvang van de bescherming die op basis van de vervolgingsgrond godsdienst wordt geboden zowel persoonlijk als gemeenschappelijk gedrag omvat *dat iemand als noodzakelijk voor zichzelf acht*, namelijk gedrag dat "op een godsdienstige overtuiging [is] gebaseerd", of dat door de geloofsleer wordt voorgeschreven, meer in het bijzonder gedrag dat door een "godsdienstige overtuiging [...] [wordt] bepaald".

3. Wat is 'godsdienst'?

De betekenis van dit arrest en te verwachten vervolguitspraken³ voor het asielrecht zijn nog moeilijk te overzien. De gevolgen zouden evenwel verrekend

3 De AbRvS heeft in haar verwijzingsuitspraken van 18 april 2012 in de zaken (nrs. 201106615/1/V2, 201109928/1/V2 en 201012342/1/V2, zie JV 2012/259) aan het HvJ EU gevraagd in welke mate homoseksuele activiteiten in het licht van het Vluchtelingenverdrag worden beschermd en of van de desbetreffende vreemdelingen mag worden verwacht dat zij terughoudend zijn ten aanzien van het uiting geven aan hun homoseksuele geaardheid in het land van herkomst (C-199/12, C-200/12 en C-201/12). In haar verwijzingsuitspraken (nrs. 201208550/1/T1/V2, 201210441/1/T1/V2 en 201110141/1/T1/V2) heeft de AbRvS aanvullende prejudiciële vragen gesteld aan het Hof, namelijk of het Unierecht, in het bijzonder het Handvest van de grondrechten van de EU, eisen en beperkingen stelt aan die beoordeling en, zo ja, welke.

kunnen zijn. Zo zou consequente toepassing van de zojuist geciteerde overwegingen 70 en 71 – zie met name de in paragraaf 2 door ons gecursiveerde passages – met zich kunnen brengen dat het in vergaande mate aan de *subjectieve* opvatting van de asielzoeker wordt overgelaten of zijn handelingen/gedragingen als godsdienstige praktijk hebben te gelden, waarbij het door de overheid of andere machthebbers verbieden en bestraffen van die praktijk – mits voldoende zwaar – de vluchtelingenstatus rechtvaardigt. Daartoe is blijkbaar *niet noodzakelijk* dat de betreffende praktijk, gezien vanuit de betrokken religieuze gemeenschap, bepalend is; voldoende is dat die praktijk voor de *godsdienstige identiteit* van de individuele betrokkene bijzonder belangrijk is (ov. 70), dus dat hij deze voor *zichzelf noodzakelijk acht* (ov. 71).

Met een dergelijke subjectivering zou het begrip ‘godsdienst’ in de richtlijn en in het Vluchtelingenverdrag (welk verdrag de richtlijn immers beoogt te concretiseren) lastiger hanteerbaar worden. Objectivering wordt immers problematisch. De verbinding met een algemene, in de historie gewortelde praktijk, kenmerkend voor een bepaalde geloofsgemeenschap, wordt losgelaten; het is louter de subjectieve overtuiging die blijkbaar doorslaggevend is bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een godsdienstige praxis. Het Hof van Justitie geeft geen indicatie of en hoe niettemin een zekere afbakening van het begrip ‘godsdienst’ zou kunnen plaatsvinden. Het geeft ook niet aan hoe bestuur en rechter zouden moeten beoordelen of daadwerkelijk sprake is van een subjectieve, diep gevoelde opvatting die met zich brengt dat bepaald handelen ‘bijzonder belangrijk is voor de betrokkene om zijn godsdienstige identiteit te bewaren’ (ov. 70: hoe moet dat aannemelijk worden gemaakt, en hoe moet dit door bestuur en rechter worden beoordeeld?)

Met deze subjectivering van het begrip ‘godsdienst’ lijkt het Hof afstand te nemen van de uitleg van dit begrip in de nationale en Straatsburgse jurisprudentie inzake de vrijheid van godsdienst (artikel 9 van het EVRM). Deze jurisprudentie acht de subjectieve overtuiging in het algemeen niet doorslaggevend, en vereist ten minste een zekere mate van objectivering en herkenbaarheid naar algemene maatstaven.⁴ Er is weliswaar een tendens te bespeuren waarbij in twijfelgevallen – in het ‘grijze gebied’, waarin niet *prima facie* evident is of al dan niet sprake is van een godsdienst(ige praxis) – een zekere ruimte geboden wordt aan de *zelfinterpretatie* van het individu of de groep. Maar dat zijn uitzonderingssituaties, waarbij bovendien sprake is van een zekere vergelijkbaarheid met standaardgevallen van godsdienstig handelen (boerka- resp. hoofddoekdracht), of waarbij sprake is van een aanwijsbare

4 EHRM (Grote Kamer) 15 januari 2013 (*Eweida e.a.*), *NJCM-Bulletin* 2013, p. 399 e.v. m.nt. Groen, § 82.

lange traditie van religieus geïnspireerd handelen (dienstweigering op gewetensgronden).⁵

4. Afwijzing van het 'discretievereiste'

De hiervoor geschetste subjectivering van het begrip '(vervolging wegens) godsdienst' wordt mogelijk verder versterkt door andere overwegingen in het arrest. Daarin gaat het om de vraag in hoeverre van de asielzoeker *discretie* mag worden gevergd: dat wil zeggen in hoeverre van hem mag worden gevraagd dat hij zich van godsdienstige handelingen onthoudt om aldus vervolging te ontlopen. Het Hof meent dat een dergelijke terughoudendheid *niet mag worden gevraagd*. De richtlijn bepaalt immers niet – aldus het Hof – dat bij de beoordeling van het vervolgingsrisico rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid om dit risico uit te weeg te gaan door af te zien van een godsdienstige praktijk. Wanneer derhalve eenmaal vaststaat dat de asielzoeker bij terugkeer naar zijn land van herkomst op grond van die praktijk dat risico loopt, moet hem de vluchtelingenstatus worden verleend. Dat hij dat risico uit de weg zou kunnen gaan door alsnog af te zien van bepaalde godsdienstige handelingen is – in beginsel – niet relevant (ov. 78, 79).

De portee van deze overwegingen is evenwel niet erg helder. Het lijkt er op dat het Hof meent dat discretie per definitie niet mag worden verwacht, ook niet als de asielzoeker in het land van herkomst bepaalde godsdienstige handelingen in het openbaar nog nimmer heeft verricht. Dat zou er dan op kunnen neerkomen dat een asielzoeker, die in het land van herkomst nog nimmer dergelijke handelingen heeft verricht, maar *stelt* dat hij ze bij terugkeer wel zal gaan verrichten en daardoor alsdan vervolging zal oproepen, in principe in aanmerking komt voor de vluchtelingenstatus. Zo zou een bekeerde christen uit Afghanistan, Irak, Iran of Noord-Soedan de vluchtelingenstatus moeten krijgen, als hij maar *stelt* bij terugkeer gedwongen te zijn om andere moslims tot het ware christelijke geloof te bekeren – hetgeen een doodstrafrisico oplevert – al heeft hij in zijn land van herkomst tot dan toe nog geen enkele bekeringsactiviteit verricht.⁶

Met deze benadering lijkt het Hof van Justitie zich van de gebruikelijke beoordelingswijze in asielzaken (zowel door de nationale rechter als het EHRM) te distantiëren. Die benadering vergt in principe een geïndividualiseerd risico, blijkend uit – uiteraard mede in het licht van de algemene situatie te beoorde-

5 Zie ter zake EHRM (Grote Kamer) 7 juli 2012 (*Bayatyan*), en daarover B.P. Vermeulen en A.J.Th. Woltjer, 'Erkenning van gewetensbezwaren tegen militaire dienst afgedwongen door de 'common ground': her(r)ijking van de jurisprudentie?', *NJCM-Bulletin* 2012, p. 46-58.

6 Aldus blijkbaar H. Battjes in zijn noot bij het arrest in *JV* 2012/403, punt 8.

len – *reeds bestaande, opgetreden* concrete feiten en omstandigheden, wil een asielzoeker tegen terugzending beschermd zijn. In de praktijk betekent dit, dat van betrokkene meestal wordt gevraagd ten minste een zekere mate van vervolgingsdreiging aan de hand van zulke feiten en omstandigheden aannemelijk te maken.

Het Vluchtelingenverdrag en de Definitierichtlijn sluiten weliswaar niet uit dat zich – ondanks het ontbreken van reeds opgetreden indicaties van een geïndividualiseerd risico – na de toevlucht tot een EU-staat omstandigheden kunnen voordoen die alsnog zo een risico, dat de vluchtelingenstatus rechtvaardigt, in het leven roepen. Niet wordt uitgesloten, dat de betrokkene daardoor een zogenoemde *réfugié sur place* kan zijn geworden. Dat kan ten eerste doordat in het land van herkomst sprake is van een fundamentele wijziging in de omstandigheden; te denken valt aan een regime-wisseling, waardoor de betrokkene als vijand van het nieuwe regime wordt gebrandmerkt. Deze mogelijkheid is in *Y* en *Z* echter niet aan de orde.

Daarnaast is het mogelijk dat een asielzoeker na zijn vertrek *door eigen gedrag* tot vluchteling wordt. In het algemeen wordt daartoe dan wel het zogenaamde continuïteitsvereiste gesteld: er moet sprake zijn van activiteiten die de uitdrukking en voortzetting vormen van overtuigingen die de betrokkene in het land van herkomst aanhing (artikel 5, tweede lid, van de Definitierichtlijn; artikel 3.37b, tweede lid, VV 2000; Vc 2000 C2/2.6 (oud)). Dat vereiste is weliswaar geen absolute voorwaarde, aldus de richtlijn en de Vreemdelingen-circulaire.⁷ Maar het continuïteitsvereiste wordt veelal wel als uitgangspunt gehanteerd *bij de inschatting van het toekomstig gedrag* dat de asielzoeker zou gaan verrichten. Zie in dit verband artikel 5, tweede lid, van de richtlijn, waarin de gegronde vrees voor vervolging *met name* het gevolg kan zijn van voortgezette activiteiten. Zie ook artikel 5, derde lid, van de richtlijn, op grond waarvan ingeval van een herhaalde aanvraag normaliter geen vluchtelingenstatus wordt verleend als het risico van vervolging door de verzoeker zelf na vertrek uit het land van herkomst is veroorzaakt.

Maar het lijkt erop dat het Hof van Justitie van het uitgangspunt van het continuïteitsvereiste afstand heeft genomen. Dat zou betekenen dat ook als er geen enkele continuïteit is – als er geen sprake is van handelen dat op enigerlei wijze een voortzetting vormt van eerder handelen in het land van herkomst – toch sprake kan zijn van vluchtelingschap, als betrokkene maar *stelt* dat hij zich bij terugkeer naar het land van herkomst genoodzaakt voelt om aldaar de religieuze activiteiten voort te zetten die hij pas in het land van toevlucht is gaan ontplooiën. In de meest vèrgaande variant houdt dit in, dat ook prospectieve activiteiten die zelfs niet in het verlengde liggen van activiteiten die eerst in het

⁷ Zie ook AbRvS 13 januari 2010, JV 2010/96.

land van toevlucht zijn ontplooid, de vluchtelingenstatus met zich kunnen brengen.

De Vreemdelingencirculaire is (overigens niet in deze meest vergaande variant) onlangs aangepast (Vc 2000 C2/2.6 nieuw).⁸ Uitdrukkelijk wordt daarin thans bepaald, dat een asielzoeker ook als ‘*réfugié sur place*’ aangemerkt kan worden als de activiteiten die hij onderneemt na zijn vertrek uit het land van herkomst *niet* volgen op activiteiten die hij al in het land van herkomst heeft ondernomen. In lijn daarmee dient, aldus de circulaire, door de IND te worden meegewogen dat van de asielzoeker niet wordt gevergd dat hij de publieke uitingen van zijn godsdienst in zijn land van herkomst verborgen zal houden (en van hem dus geen discretie mag worden verwacht), ook niet in de situatie waarin hij voorafgaand aan zijn vertrek uit het land van herkomst zijn godsdienst wel verborgen heeft gehouden.

5. Seksuele gerichtheid

De vraag rijst of de in paragrafen 2 en 3 geschetste lijn naar andere vervolgingsgronden zal worden doorgetrokken. Zo is het nogal plausibel dat, wat volgens het Hof van Justitie voor ‘godsdienst’ geldt – er mag geen onderscheid gemaakt worden tussen een private kern waarin men ‘zichzelf mag zijn’ en de publieke sfeer waarin van betrokkene terughoudendheid (discretie) gevergd mag worden – ook als uitgangspunt heeft te gelden ten aanzien van uitingen van seksuele gerichtheid, een aspect dat valt binnen de vervolgingsgrond ‘sociale groep’ (zie artikel 10, eerste lid, onder d, van de Definitierichtlijn). Dat zou bijvoorbeeld betekenen, dat van homoseksuelen niet mag worden verwacht dat zij zich bij terugkeer blijven onthouden van uitingen van hun seksuele gerichtheid in de openbare sfeer. Om hierover helderheid te krijgen heeft de Afdeling bestuursrechtspraak een aantal prejudiciële vragen gesteld,⁹ waaronder de volgende:

- a) Kan van vreemdelingen met een homoseksuele gerichtheid worden verwacht dat zij die gerichtheid in het land van herkomst voor eenieder geheimhouden teneinde vervolging te voorkomen?
- b) Indien de vorige vraag ontkennend moet worden beantwoord, kan en, zo ja, in welke mate, van vreemdelingen met een homoseksuele gerichtheid terughoudendheid worden verwacht bij het geven van invulling aan die gerichtheid in het land van herkomst teneinde vervolging te voorko-

8 Zie *Kamerstukken II* 2012-2013, 19 637, nr. 1590; AbRvS 30 november 2012, *JV* 2013/46 m.nt. Spijkerboer.

9 AbRvS 18 april 2012, *JV* 2012/259.

men? Kan van homoseksuelen daarbij een verdergaande terughoudendheid worden verwacht dan van bekeerlingen?

- c) Indien in dit verband een onderscheid kan worden gemaakt tussen uitingen die het kerngebied van de gerichtheid betreffen en die waarbij dat niet het geval is, wat wordt verstaan onder het kerngebied van de gerichtheid en op welke wijze kan dit worden vastgesteld?

Recent heeft Advocaat-Generaal Sharpston inzake deze vragen geconcludeerd, dat:

- a) geen geheimhouding van een homoseksuele gerichtheid mag worden verwacht;
- b) ook geen terughoudendheid mag worden gevergd; en
- c) het onderscheid tussen een kerngebied (de privé-sfeer) en een daarbuiten gelegen (openbare) sfeer niet relevant is en niet gemaakt mag worden.¹⁰

De in deze conclusie gevolgde lijn lijkt – analoog aan *Y* en *Z* – te zijn, dat wanneer een asielzoeker stelt zijn homoseksuele gerichtheid bij terugkeer in het openbaar te zullen manifesteren en dientengevolge het risico op vervolging te zullen lopen, hij voor de vluchtelingenstatus in aanmerking dient te komen.

6. Een andere lezing?

Het is echter de vraag of de lezing van het arrest *Y* en *Z* die wij in paragrafen 2-5 suggereerden de juiste is. Die lezing komt er op neer, dat van een asielzoeker niet mag worden verwacht dat hij bij terugkeer afziet van publieke manifestaties van zijn godsdienst om vervolging te ontlopen, en – impliciet – dat zijn aanvraag dus beoordeeld zou moeten worden in het licht van de aanname dat hij die door hem gestelde manifestaties wel zou gaan verrichten (zelfs al had hij dat nog niet eerder, in het land van herkomst, gedaan). Maar klopt die lezing wel? We herhalen de relevante overwegingen (met cursiveringen onzerzijds):

79. Daaruit volgt dat wanneer vaststaat dat de betrokkene bij zijn terugkeer naar zijn land van herkomst op grond van een godsdienstige praktijk een daadwerkelijk gevaar van vervolging loopt, hem overeenkomstig artikel 13 van de richtlijn de vluchtelingenstatus moet worden verleend. Dat hij het gevaar uit de weg kan gaan door af te zien van bepaalde godsdienstige handelingen is, in beginsel, niet relevant.

80. Gelet op een en ander moet op de in elk van de twee zaken gestelde derde vraag worden geantwoord, dat artikel 2, sub c, van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat de vrees voor vervolging van de

10 Conclusie van 11 juli 2013, gevoegde zaken C-199/12, C-200/12 en C-201/12. Deze conclusie ziet op de hiervoor genoemde prejudiciële vragen die zijn gesteld door de AbRvS (noot 3).

verzoeker gegrond is zodra de bevoegde autoriteiten, gelet op diens persoonlijke situatie, van oordeel zijn dat in redelijkheid kan worden aangenomen dat hij bij terugkeer in zijn land van herkomst godsdienstige handelingen zal verrichten die hem blootstellen aan een werkelijk gevaar van vervolging. Bij de individuele beoordeling van een verzoek strekkende tot het verkrijgen van de vluchtelingenstatus mogen die autoriteiten van de asielzoeker redelijkerwijs niet verwachten dat hij van deze godsdienstige handelingen afziet.

Als wij het goed zien, is hier louter sprake van een logische ‘als ... dan’- redenering. *Als* vaststaat dat de betrokkene bij terugkeer een godsdienstige praktijk ontplooit en daardoor een daadwerkelijk gevaar van vervolging loopt, *dan* moet hem de vluchtelingenstatus worden verleend (ov. 79); *als* in redelijkheid kan worden aangenomen dat verzoeker bij terugkeer godsdienstige handelingen zal verrichten die hem blootstellen aan een werkelijk gevaar van vervolging, *dan* is de vrees voor vervolging gegrond en komt hij voor een vluchtelingenstatus in aanmerking (ov. 80). In wezen is dit een tautologie. *Als* dit gevaar van vervolging zich voordoet, *dan* vloeit daaruit ook logischerwijze¹¹ de conclusie voort dat de mogelijkheid van het afzien van die praktijk principieel niet relevant kan zijn. Immers, *zodra* de bevoegde autoriteiten van oordeel zijn dat in redelijkheid moet worden aangenomen *dat* de asielzoeker bij terugkeer godsdienstige handelingen zal verrichten die hem blootstellen aan een werkelijk gevaar van vervolging, *dan* mogen zij niet van die asielzoeker verwachten dat hij van die handelingen afziet: er is immers reeds in redelijkheid vastgesteld *dat* hij daar niet van af zal zien. Een andere opvatting zou een ‘eigen schuld, dikke bult’-argumentatie inhouden die strijdt met de refoulementverboden: ook al heb je gegronde vrees voor vervolging, we sturen je toch terug naar je land van herkomst (we refouleren je) omdat je die gegronde vrees aan jezelf te wijten hebt.

Indien de *als ... dan*-redenering de juiste interpretatie van het arrest geeft, zijn de gevolgen ervan beperkt. *Y* en *Z* gaat dan niet zozeer over de vraag of het bestuursorgaan bij de bepaling van het risico van vervolging mag verwachten dat betrokkene zich onthoudt van religieuze activiteiten (of seksueel gedrag) in de openbare sfeer, maar enkel over de vraag of, *wanneer* aannemelijk is dat betrokkene het risico dat dergelijke activiteiten/ gedragingen oplevert zal nemen en deze verricht, hem dat mag worden aangerekend en de vluchtelingenstatus daarom niettemin mag worden geweigerd. Of, zoals Den Heijer schrijft: ‘de lezing is ook mogelijk dat steeds, gelet op de persoonlijke situatie van de asielzoeker, moet worden bezien of het aannemelijk is dat de gevaarlijke handelingen zullen worden verricht en dat, indien dat aannemelijk is, niet

11 De Duitse tekst van het arrest gebruikt de term ‘grundsätzlich’, die ons inziens dan ook moet worden vertaald met ‘principieel’ of ‘per definitie’, en niet met ‘in beginsel (maar soms toch ook niet)’.

mag worden verwacht (of beter: verlangd) dat van die handelingen wordt afgezien'.¹²

7. Verhouding ten opzichte van het EVRM/EHRM

Opvallend in het arrest *Y en Z* is dat het Hof van Justitie het niet nodig vindt om te putten uit de jurisprudentie van het EHRM. Naar onze opvatting is het echter nogal plausibel dat bij de beantwoording van de vraag in hoeverre in termen van de Definitierichtlijn sprake is van een gegronde vrees voor vervolging/een reëel risico van onmenselijke behandeling, acht geslagen wordt op het EVRM als een belangrijke interpretatiemaatstaf. Concordantie in de jurisprudentie van de beide hoogste rechters op hetzelfde terrein – het asielrecht – lijkt ons aangewezen (in die zin artikel 52, derde lid, van het EU-Handvest voor de grondrechten). Dat ligt zeker hier voor de hand, nu het gaat om onder meer de betekenis voor dit terrein van de vrijheid van godsdienst (artikel 9 van het EVRM, artikel 10 van het EU-Handvest voor de grondrechten) en het recht op privé-leven (artikel 8 van het EVRM, artikel 7 van het EU-Handvest voor de grondrechten).

De jurisprudentie van het EHRM is globaal de volgende. Het EVRM ziet primair op de waarborging van mensenrechten binnen de rechtsmacht van de verdragspartijen (artikel 1 van het EVRM). Slechts bij uitzondering hebben EVRM-rechten extraterritoriale werking, met name wanneer verwijdering een reëel risico op aantasting van ongeclausuleerde 'bodemrechten' (artikel 2 van het EVRM, recht op leven; artikel 3 van het EVRM, verbod op marteling en onmenselijke behandeling) met zich brengt. Uitzetting van asielzoekers welke met zich brengt dat zij in een situatie terecht komen waarin andere, geclausuleerde rechten – zoals de vrijheid van godsdienst en het recht op privé-leven – niet in gelijke mate als in de verdragsstaten moeten worden gewaarborgd, is in het algemeen niet in strijd met het EVRM. Zo overwoog het EHRM in *Z&T*,¹³ ten aanzien van de vraag of een asielzoeker zich met succes tegen uitzetting kon verzetten met een beroep op de schending van zijn vrijheid van godsdienst, dat artikel 9 van het EVRM:

'is however first and foremost the standard applied within the Contracting States [...]. The Contracting States nonetheless have obligations towards those from other jurisdictions, imposed variously under the 1951 United Nations Convention on the Status of Refugees and under the abovementioned Articles 2 and 3 of the Convention. As a result, protection is offered to those who have a substantiated claim that they will either suffer persecution for, inter alia, religious reasons or will be at real risk of death or serious ill-treatment, and

12 Den Heijer, 'Discretie mag niet worden verlangd', *A&MR* 2012, p. 345.

13 EHRM 28 februari 2006 (*Z&T t. VK*), *EHRC* 2006/65 m.nt. Woltjer, *RV* 2006, 1 m.nt. Battjes, *JV* 2006/274 m.nt. Uzman.

possibly flagrant denial of a fair trial or arbitrary detention, because of their religious affiliation (as for any other reason). Where however an individual claims that on return to his own country he would be impeded in his religious worship in a manner which falls short of those proscribed levels, the Court considers that very limited assistance, if any, can be derived from Article 9 by itself. Otherwise it would be imposing an obligation on Contracting States effectively to act as indirect guarantors of freedom of worship for the rest of world. If, for example, a country outside the umbrella of the Convention were to ban a religion but not impose any measure of persecution, prosecution, deprivation of liberty or ill-treatment, the Court doubts that the Convention could be interpreted as requiring a Contracting State to provide the adherents of that banned sect with the possibility of pursuing that religion freely and openly on their own territories.⁷

Het Straatsburgse Hof concludeerde dat artikel 9 van het EVRM in het algemeen slechts dan een beletsel voor uitzetting zou opleveren wanneer sprake is van een dusdanig flagrante aantasting van de vrijheid van godsdienst dat deze binnen de sfeer van artikel van het 3 van het EVRM zou komen. Daarmee loopt dit onderscheid parallel met het onderscheid in artikel 9, eerste lid, van de Definitierichtlijn, tussen schending van ongeclausuleerde bodemrechten (artikelen 2 en 3 van het EVRM) die als zodanig vervolging vormt (sub a), en schending van andere rechten zoals artikelen 8 en 9 van het EVRM, ter zake waarvan de inbreuk met een grote mate van ingrijpendheid en cumulatie gepaard moet gaan wil sprake zijn van vervolging (sub b).

Seksuele gerichtheid is door het EHRM zowel onder artikel 3 als onder artikel 8 van het EVRM beoordeeld in de zaak *F*.¹⁴ In die zaak klaagde een Iraanse homoseksueel dat terugzending naar Iran een reëel risico op behandeling in strijd met artikel 3 van het EVRM zou betekenen, alsmede een schending van artikel 8 van het EVRM (eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer). Het EHRM baseerde zijn beslissing om de klacht niet-ontvankelijk te verklaren op het feit dat de Islam weliswaar strenge straffen stelt op homoseksuele gedragingen in het openbaar, maar dat voor een veroordeling vier ooggetuigen zijn vereist. Dat betekent dat in de praktijk zelden een veroordeling wordt uitgesproken op de enkele grond dat de verdachte zich schuldig zou hebben gemaakt aan homoseksuele gedragingen. Voor zover die gedragingen zijn beperkt tot de privésfeer wordt de betrokkene in Iran dan ook ongemoeid gelaten. Derhalve was de klacht slechts hypothetisch en daarom niet ontvankelijk:

'The Court observes however that the materials examined by the domestic authorities and submitted by the applicant do not disclose a situation of active prosecution by the authorities of adults involved in consensual and private homosexual relationships. There are no recent, substantiated instances of trials solely on the basis of such relationships (concrete examples relate to rape of minors or political activists). This is at least partly accounted for by the high burden of proof for such offences (e.g. four eye-witnesses) while it also asserted that the Islamic law is more concerned with public immorality and not what goes on in the privacy of the home. The majority of sources refer to a certain toleration in practice, with known meeting places for homosexuals in Tehran. The few sources which refer to trials or execution for homosexual offences occurring in recent times

14 EHRM 22 juni 2004 (*F. t. VK*), *RV* 2004, 3 m.nt. Vermeulen, *JV* 2004/370.

appear vague and unspecific and the Court would agree with the comment, in the Danish report, that the homosexual community would be expected to know of incidents of trials for homosexual offences alone.'

Wat betreft de klacht onder artikel 8 van het EVRM overwoog het EHRM daarenboven, in dezelfde lijn als in bovengemelde uitspraak inzake artikel 9 van het EVRM, dat van staten niet mag worden gevegd dat zij asielzoekers enkel verwijderen naar landen waarin alle EVRM-rechten volledig zijn gewaarborgd.

De benadering van het EHRM in *Z&T* (artikel 9 van het EVRM) en in *F* (artikel 8 van het EVRM) zijn uitingen van een zelfde 'sferen'-theorie als die ter beoordeling door het Hof van Justitie in *Y en Z* voorlag. Wat betreft artikel 9 EVRM wordt daarin het '*forum internum*' – het innerlijk en de privésfeer – beschouwd als het kernrecht ('Kernbestand'). Beperking van deze religieuze privésfeer mag vrijwel niet plaatsvinden, maar dat ligt anders wanneer de uiting in het openbaar plaatsvindt: het '*forum externum*'. Een soortgelijke kernrechtgedachte ligt ten grondslag aan de zaak *F*, waarin werd aangenomen dat de seksuele privésfeer niet werd bedreigd. Vanwege dit onderscheid tussen de privésfeer, het interne forum waar betrokkenen geen overheidsbemoeienis zouden moeten duchten, en het openbare leven, waar de kans bestaat op ingrijpen door de autoriteiten, is de redenering opgeld gaan doen dat van homoseksuelen enige terughoudendheid (discretie) mag worden verwacht in het openbare leven. Dezelfde redenering is toegepast op religieuze motieven, wanneer 'bekeerlingen' ongemoeid werden gelaten zolang zij hun godsdienstbelijdenis niet op een opdringerige wijze (proselitisme) in het openbare leven tot uitdrukking brengen.

8. De sferen-theorie; bewijslast; zelfinterpretatie

Ons inziens is de hiervoor geschetste 'sferen'-theorie *in zoverre* nog steeds bruikbaar, dat daarin het terrein van de religieuze en seksuele privacy terecht als een geprivilegieerd kerngebied wordt beschermd, ten aanzien waarvan de eis moet worden gesteld dat minderheden daarbinnen 'op betekenisvolle wijze' aan hun godsdienst of gerichtheid invulling kunnen geven (Vc 2000 C2/2.7.1 en 2.10.2 (oud); Vc C2/3.2 nieuw). Is dat laatste niet het geval, dan is sprake van een zodanig risico op schending van de vrijheid van godsdienst respectievelijk het recht op privé-leven dat in het algemeen een gegronde vrees voor vervolging in de zin van artikel 9 van de Definitierichtlijn moet worden aangenomen.

We geven toe dat het onderscheid tussen deze private sfeer en de publieke sfeer soms moeilijk is aan te geven. Dat het onderscheid uitmondt in willekeur en daarom niet moet worden gehanteerd, zoals A-G Sharpston meent, is echter

nogal overtrokken. Dit onderscheid behoort immers tot het historisch bestand van de vrijheid van godsdienst, dat reeds in de Unie van Utrecht (1579) en de Vrede van Westfalen (1648) werd neergelegd in de vorm van een inquisitieverbod en het recht op de *devotio domestica simplex* (de huiselijke godsdienstviering).¹⁵ Dit onderscheid heeft zijn neerslag juist gekregen in de privacy-rechten, de bescherming van de eigen woning en het privéleven in artikel 8 van het EVRM.

Het voorgaande betekent niet, dat daarnaast religieuze praktijken en uitingen van seksuele gerichtheid in de *openbare sfeer* geen grond zouden kunnen vormen om de negatieve overheidsreacties daarop de kwalificatie van vervolging of onmenselijke behandeling toe te kennen. Zoals het Hof van Justitie – in onze interpretatie – heeft overwogen: *als* aannemelijk is dat de asielzoeker bij terugkeer in het land van herkomst dergelijke handelingen – ook al liggen deze buiten het kerngebied van de religieuze en seksuele privacy – *zal* verrichten en in reactie daarop voor overheidsmaatregelen als bedoeld in artikel 9, eerste lid, van de Definitierichtlijn *zal* hebben te vrezen, *dan* is hij vluchteling. Dat die vrees het resultaat is van zijn eigen handelen in het openbaar kan daar per definitie (*grundsätzlich*) niet aan afdoen.

Maar waar het om gaat is het *als*: wannéér is aannemelijk dat de asielzoeker dergelijke handelingen zal verrichten, en wannéér vloeit daar het risico uit voort op vervolgingsmaatregelen? De *crux* is derhalve gelegen in de *bewijslast(verdeling)*. Daarover heeft het Hof van Justitie evenwel weinig gezegd. Betrokkene is vluchteling, aldus het Hof, *als vaststaat* ('fest steht') dat hij op grond van zijn godsdienstige praxis daadwerkelijk gevaar loopt (overweging 79): een maatstaf die erg streng luidt. En hij is vluchteling, aldus het Hof, *als de bevoegde autoriteiten van oordeel zijn dat in redelijkheid kan worden aangenomen* dat hij handelingen in het openbaar zal verrichten die hem aan een werkelijk gevaar van vervolging blootstellen (overweging 80): een maatstaf die de autoriteiten behoorlijk wat beoordelingsruimte laat. Natuurlijk, niet relevant is dat de asielzoeker het gevaar uit de weg kan gaan door af te zien van die godsdienstige handelingen (overwegingen 79 en 80): dat mag immers niet van hem worden verwacht. Maar dat sluit niet uit dat hoge eisen mogen worden gesteld aan het *aannemelijk maken* dat hij die handelingen *daadwerkelijk zal verrichten en deze handelingen vervolgingsmaatregelen zullen oproepen*. En daarmee zijn we vermoedelijk terug bij het continuïteitsvereiste: de plausibiliteit van het risico moet in beginsel mede blijken uit de consistentie met het eer-

15 Zie uitgebreider hierover B.P. Vermeulen, 'The Freedom of Religion in Article 9 of the European Convention on Human Rights: Historical Roots and Today's Dilemma's', in A. van de Beek, E.A.J.G. van der Borghst & B.P. Vermeulen (eds), *Freedom of Religion*, Leiden/Boston 2010, p. 9-29.

dere handelen van betrokkene. Het ontbreken daarvan kan blijkens 's Hof's arrest weliswaar niet fungeren als een absolute afwijzingsgrond. Maar waarom zou het niet kunnen fungeren als een bewijsvermoeden? Waarom zou het gegeven dat betrokkene zich in zijn land nimmer in het openbaar religieus of als homoseksueel heeft gemanifesteerd – gegeven het strenge criterium van overweging 79 en de bestuurlijke beoordelingsruimte in overweging 80 – niet het vermoeden kunnen opleveren dat hij zich ook bij terugkeer niet als zodanig zal manifesteren?¹⁶ Volgens ons is dit de vraag waar het in de kern om gaat. En die vraag is nog zeker niet beantwoord.

9. Ten slotte

We ronden af. Het Hof van Justitie heeft met het arrest *Y en Z tegen Duitsland* een belangwekkend arrest gewezen. De betekenis van dit arrest is evenwel niet helder. Het Hof lijkt ruimte te willen laten voor een subjectiverende benadering, waarbij de religieuze zelfinterpretatie van de asielzoeker bepalend is, zowel in de zin dat hij een door hem voorgenomen openbare praktijk als religieus bestempelt, als dat hij die openbare praktijk bij terugkeer naar het land van herkomst daadwerkelijk ten uitvoer zal brengen, ook als hij dat nog niet eerder heeft gedaan en bij terugkeer mogelijk het risico loopt op vervolging. Anderzijds zou de reikwijdte van het arrest beperkt kunnen zijn tot de analytisch-logische vaststelling, dat *als* aannemelijk is dat betrokkene zich in religieuze zin in het openbaar zal manifesteren en alsdan het risico op vervolging loopt, hij *dan* als vluchteling moet worden aangemerkt, waarbij volstrekt wordt opengelaten wanneer dat aannemelijk is gemaakt.

In dit arrest lijkt het Luxemburgse Hof zich niet te laten leiden of te laten inspireren door de Straatsburgse jurisprudentie,¹⁷ welke een meer objectiverende benadering voorstaat (niet zo veel ruimte laat aan de religieuze zelfinterpretatie van de betrokkene), en uitgaat van het onderscheid tussen het geprivilegieerde *forum internum* (de private sfeer), welke ongemoeid moet worden gelaten, en het *forum externum* (de publieke sfeer). Het kan overigens zeer wel zijn dat de verschillen tussen beide colleges minder groot zijn. Maar meer onderlinge verwijzing en coördinatie lijkt in ieder geval gewenst. Al met al blijven

16 Milder geformuleerd: 'Zo beschouwd geeft de uitspraak maar heel beperkt richting voor gevallen waarin een asielzoeker pas in Nederland is bekeerd of openlijk voor zijn of haar homoseksualiteit is uitgekomen. Immers, van hen hoeft het beslist niet steeds aannemelijk te zijn dat zij bij terugkeer hun godsdienst of homoseksualiteit in volle openbaarheid zullen praktiseren' (Den Heijer, *A&MR* 2013, p. 345).

17 Dat komt wel meer voor: zie A. Woltjer, 'The European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union: an Imperfect Match? Interaction between both Courts in the Field of Immigration Law' in: M. van Roosmalen, B. Vermeulen, F. van Hoof & M. Oosting (red.), *Fundamental Rights and Principles* (Liber amicorum Pieter van Dijk), Cambridge-Antwerpen-Portland: Intersentia 2013, p. 215-223.

wij voorlopig nog in verwarring achter. Het zou goed zijn als Roel Fernhout, de nestor van het Nederlandse vluchtelingenrecht, hierover nog eens zijn licht zou willen laten schijnen. Het gaat immers om 'serious questions' die, naar we nu inmiddels weten, door de Europese Unie moeten worden beantwoord.¹⁸

18 R. Fernhout, *De verenigde staten van Europa zijn begonnen, maar voor wie?* (oratie), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 9.