

Het A.B.C.-arrest: menselijke waardigheid en de geloofwaardigheid van seksuele gerichtheid

Karin Zwaan & Ashley Terlouw

1 INLEIDING EN ACHTERGROND

In veel landen is het verboden om homoseksueel¹ te zijn of om daaraan uiting te geven en staan er zware sancties op overtreding van deze wettelijke en sociale norm. In 73 landen staan straffen op homoseksuele handelingen.² Meer dan de helft van de 54 Afrikaanse landen verbiedt relaties en seks tussen mensen van hetzelfde geslacht. In een aantal islamitische landen en regio's staat op homoseksuele handelingen de doodstraf, zoals in Mauritanië, Soedan, delen van Somalië en Nigeria, Iran, Jemen en Saoedi-Arabië. In Rusland is homoseksualiteit niet strafbaar, maar het 'propageren' ervan wel. Vrees voor vervolging kan een reden zijn voor homoseksuelen om hun land te ontvluchten en een asielverzoek in te dienen in een van de lidstaten van de EU. In Nederland komt het geregeld voor dat de homoseksualiteit niet al tijdens het eerste verzoek als reden voor de vlucht wordt aangevoerd, bijvoorbeeld omdat de asielzoeker het onderwerp als een taboe ervaart, en dat deze reden om te vluchten pas in een vervolgaanvraag aan de orde wordt gesteld. De IND en de rechtpraak zien zich dan voor twee problemen gesteld. Ten eerste, hoe moet worden beoordeeld of de stelling dat een asielzoeker homoseksueel is, geloofwaardig is? Ten tweede, hoe moet worden omgegaan met situaties waarin die homoseksualiteit pas in een vervolgaanvraag is aangevoerd?

1 Wij gebruiken hier de term 'homoseksueel', maar de problematiek geldt voor alle lesbische, homoseksuele, biseksuele, transgender en interseksuele (LHBTI) asielzoekers.

2 ILGA, *State-sponsored homophobia report 2019*, Geneva: ILGA, p. 15: "As of March 2019, there are 70 UN Member States(35%) that criminalise consensual same-sex sexual acts: 68 of them have laws that explicitly criminalise consensual same-sex sexual acts and 2 more criminalise such acts de facto. In addition, other jurisdictions which are not UN Member States also criminalise such acts (Gaza, the Cook Islands and certain provinces in Indonesia)." Zie <https://ilga.org/state-sponsored-homophobia-report>.

Wij zullen in deze bijdrage bespreken hoe het Hof van Justitie (hierna: Hof of HvJ EU) deze twee vragen heeft beantwoord, en welke impact die antwoorden hebben gehad in Nederland. Daarbij staat het *A.B.C.*-arrest centraal.³ Speciale aandacht besteden we daarbij aan de kwestie wanneer onderzoek naar de geloofwaardigheid van een seksuele gerichtheid volgens het Hof in strijd komt met de menselijke waardigheid zoals beschermd door artikel 1 van het Handvest (Hv). Wij menen dat de menselijke waardigheid ook in andere asielzaken van wezenlijk belang kan zijn en gaan na op welke wijze het Hof in asielzaken de afgelopen tien jaar naar artikel 1 Hv heeft verwezen. In het *A.B.C.*-arrest, waarin het Hof deze bepaling expliciet noemt, zien we een aanzet om de menselijke waardigheid het gewicht te geven dat het recht daarop, gezien de plaats in het Handvest, toekomt.

2 PREJUDICIËLE VRAGEN VAN DE NEDERLANDSE RAAD VAN STATE

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS of Afdeling) heeft in een aantal zaken betreffende asielverzoeken van homoseksuelen met het oog op de toepassing van richtlijnen uit het Gemeenschappelijk Europees Asielsysteem (GEAS) prejudiciële vragen gesteld. In het arrest *X., Y. en Z.*⁴ oordeelde het HvJ EU dat homoseksuelen een bijzondere sociale groep vormen in de zin van de Definitierichtlijn, indien in het land van herkomst strafrechtelijke bepalingen bestaan die specifiek zien op strafbaarstelling van homoseksualiteit.⁵ De Definitierichtlijn (artikel 10 lid 1 onder d) bepaalt dat

3 HvJ EU 2 december 2014, gevoegde zaken C-148/13, C-149/13 en C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406 (*A.B. C.*). Zie voor commentaar op deze uitspraak: Uitspraak van de Maand, A. Terlouw, 'Seksuele gerichtheid onderdeel van menselijke waardigheid', *A&MR* 2014, nr. 10, p. 446-449; *JV* 2015/3 m.nt. Middelkoop; H. Battjes, 'Belangrijke uitspraak: grens aan intieme vragen homoseksuele asielzoeker', <[verblijfblog.nl](#)>; S. Chelvan, zaken C-148/13, C-149/13 and C-150/13, 'A, B and C v Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie: Stop Filming and Start Listening – A judicial blacklist for gay asylum claims', <[european-lawblog.eu](#)>.

4 HvJ EU 7 november 2013, gevoegde zaken C-199/12, C-200/12, C-201/12, ECLI:EU:C:2013:720 (*X.Y.Z.*).

5 Richtlijn 2004/83/EG van 29 april 2004 inzake minimumnormen voor de erkenning van onderdanen van derde landen en staatlozen als vluchteling of als persoon die anderszins internationale bescherming behoeft, en de inhoud van de verleende bescherming, *Pb. EU* 2004, L 304, p. 12; nu geldend is richtlijn 2011/95/EU van 13 december 2011 inzake normen voor de erkenning van onderdanen van derde landen of staatlozen als personen die internationale bescherming genieten, voor een uniforme status voor vluchtelingen of voor personen die in aanmerking komen voor subsidiaire bescherming, en voor de inhoud van de verleende bescherming (herschikking), *Pb. EU* 2011, L 337, p. 9. Bij het schrijven van deze bijdrage is gebruikgemaakt van een eerder verschenen artikel van K.

een groep wordt geacht een specifieke sociale groep te vormen als met name: leden van de groep een aangeboren kenmerk vertonen of een gemeenschappelijke achtergrond hebben die niet gewijzigd kan worden, of een kenmerk of geloof delen dat voor de identiteit of de morele integriteit van de betrokkenen dermate fundamenteel is, dat van de betrokkenen niet mag worden geëist dat zij dit opgeven, en de groep in het betrokken land een eigen identiteit heeft, omdat zij in haar directe omgeving als afwijkend wordt beschouwd. Afhankelijk van de omstandigheden in het land van herkomst kan een specifieke sociale groep een groep zijn die als gemeenschappelijk kenmerk seksuele gerichtheid heeft. Seksuele gerichtheid omvat geen handelingen die volgens het nationale recht van de lidstaten als strafbaar worden beschouwd.

De enkele strafbaarstelling van homoseksualiteit is, aldus het Hof, onvoldoende om gegronde vrees voor vervolging aannemelijk te achten. Dit is pas het geval als daadwerkelijk gevangenisstraf vanwege homoseksuele gedragingen in de praktijk wordt opgelegd. Tegelijkertijd oordeelde het Hof dat niet van iemand kan worden verwacht dat hij zijn homoseksualiteit in het land van herkomst verbergt of zich terughoudend opstelt om zo aan vervolging te ontkomen (de zogenaamde 'discretie'). Over de zaken X., Y. en Z. (en de voorafgaande prejudiciële verwijzing) is al veel geschreven.⁶

Voordat het Hof de uitspraak inzake X., Y. en Z. deed, was door de Afdeling (in maart 2013) al een andere prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie gesteld over het beoordelen van asielverzoeken van personen die vanwege hun homoseksualiteit voor vervolging vrezen.⁷ Het betrof de asielverzoeken van drie mannen A., B. en C. Hun asielverzoeken berustten op de stelling dat zij vanwege hun seksuele gerichtheid voor vervolging te vrezen hadden. A., afkomstig uit Gambia, had een tweede asielverzoek ingediend en verklaarde zich bereid een test te ondergaan waaruit zijn homoseksualiteit zou blijken. De Afghaan B. betoogde uitsluitend dat hij homoseksueel was. C., uit Oeganda, had net als A. eerst een asielverzoek op andere gronden ingediend en pas in

Zwaan, 'Van A tot Z; de uitspraken van het Hof van Justitie betreffende homoseksuele asielzoekers', *NtEr* 2015, p. 49-54.

6 Zonder de pretentie van volledigheid, een kort overzicht: H. Battjes, 'Asielverzoeken van homoseksuelen: X, Y en Z tegen de Minister voor immigratie en asiel', *A&MR* 2013, p. 504-512.; B. Vermeulen & A. Woltjer, 'Wat te geloven? Over discretie, zelfinterpretatie en vervolging wegens godsdienst en seksuele gerichtheid', in: K. Groenendijk e.a. (red.), *Issues that Matter. Mensenrechten, minderheden en migranten. Liber amicorum voor prof. mr. R. Fernhout*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 31-43; annotaties door M. den Heijer, *EHRC* 2014/8, S. Jansen, *JV* 2014/31; 2014/48 en A. Terlouw in *RV* 2013/9. Tevens verscheen een tweeluik van de hand van S. Jansen & T. Spijkerboer, 'Homoseksuele en transgender asielzoekers, discretie en strafbaarstelling. De draaideurkast', *A&MR* 2012, p. 320-329, en 'Homoseksuele en transgender asielzoekers, laat uit de kast komen en geloofwaardigheid, Say it loud – en vlug een beetje', *A&MR* 2012, p. 456-463.

7 *JV* 2013/159.

een tweede asielaanvraag gesteld dat hij voor vervolging vreesde vanwege zijn homoseksuele gerichtheid. Bij die aanvraag had hij een film overgelegd waarin hij seksuele handelingen met een andere man verrichtte. De staatssecretaris wees deze drie verzoeken af omdat hij de door de mannen gestelde homoseksualiteit niet geloofwaardig achtte. In de gecombineerde zaken A., B. en C. stelde de Afdeling de volgende prejudiciële vraag aan het HvJ EU:

Welke grenzen stellen artikel 4 van de richtlijn 2004/83 [...] en het Handvest [...], in het bijzonder de artikelen 3 en 7 daarvan, aan de wijze van beoordelen van de geloofwaardigheid van een gestelde seksuele gerichtheid en verschillen die grenzen van de grenzen die gelden voor de beoordeling van de geloofwaardigheid van de andere gronden van vervolging en, zo ja, in welk opzicht?

Op 2 december 2014 beantwoordde het Hof deze vraag over de toets van de geloofwaardigheid van een gestelde seksuele identiteit.⁸

3 HET HOF VAN JUSTITIE EU EN DE GELOOFWAARDIGHEIDSBEOORDELING VAN HOMOSEKSUALITEIT

3.1 *Geloofwaardigheidsbeoordeling*

Geloofwaardigheidsbeoordeling bij de beoordeling van asielaanvragen is bijzonder moeilijk. De asielzoeker zelf levert, door middel van het vertellen van zijn asielrelaas, de belangrijkste informatie. Het Hof wijst erop dat naast de verklaringen van de asielzoeker alle omstandigheden van het geval in aanmerking moeten worden genomen. De zelfverklaarde seksuele gerichtheid is uitgangspunt voor een verdere beoordeling.⁹ De *UN High Commissioner for Refugees* (hierna: UNHCR) heeft benadrukt dat “self identification should be taken as an indication to the individual’s sexual orientation”.¹⁰

Het Hof beantwoordde de vraag van de Raad van State in vier onderdelen. Eén onderdeel ziet op de geloofwaardigheidsbeoordeling, twee onderdelen op de grenzen van die beoordeling en het vierde onderdeel op de betekenis van het pas naar voren brengen van homoseksualiteit als reden om te vluchten in een opvolgende, tweede asielaanvraag. Het Hof oordeelde dat de wijze

8 HvJ EU 2 december 2014, gevoegde zaken C-148/13, C-149/13 en C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406 (A.B.C.). Zie hierover ook de opinie van R. Bruin, ‘Altijd voorzichtig. Over het interviewen van homoseksuele asielzoekers’, *A&MR* 2014, p. 25-30.

9 HvJ EU 2 december 2014, gevoegde zaken C-148/13, C-149/13 en C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406 (A.B.C.), par. 49 en 50.

10 *UNHCR Guidelines No. 9 on Sexual Orientation and Gender Identity Claims*, Geneva: UNHCR 2013, www.refworld.org.

waarop de bevoegde autoriteiten de tot staving van asielverzoeken overgelegde verklaringen en het daartoe overgelegde bewijsmateriaal beoordelen, in overeenstemming moeten zijn met de Definitie- en Procedurerichtlijn en met de door het Handvest gewaarborgde grondrechten, zoals het in artikel 1 Hv vervatte recht op eerbiediging van de menselijke waardigheid en het in artikel 7 Hv gewaarborgde recht op eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven.¹¹ De Definitierichtlijn 2004/83/EG¹² en de Procedurerichtlijn 2005/85/EG¹³ bevatten minimumnormen, respectievelijk voor de erkenning van derdelanders als vluchteling en voor de procedures voor het onderzoek van asielaanvragen, en geven nadere invulling aan de rechten van asielzoekers.

3.2 Grenzen aan de toelaatbaarheid van vragen en onderzoek

Indien vervolging op basis van seksuele gerichtheid door de asielzoeker naar voren is gebracht, moeten ter vaststelling van de geloofwaardigheid van het asielrelaas, aan de asielzoeker vragen worden gesteld over zijn seksuele gerichtheid. Dit is alleen al nodig voor de vaststelling of sprake is van een dergelijke gerichtheid. Het Hof oordeelt echter dat het stellen van gedetailleerde vragen naar de praktische invulling van de homoseksuele gerichtheid niet is toegestaan wegens strijd met de menselijke waardigheid. Algemene vragen zijn dus wel toegestaan.

3.2.1 Stereotiepe opvattingen

Geloofwaardigheidsbeoordeling van een gestelde seksuele gerichtheid vindt vaak plaats op basis van stereotypen, zo blijkt uit onderzoek.¹⁴ Tijdens de gehoren blijken verschillende soorten stereotypering voor te komen, bijvoorbeeld dat homoseksuele mannen niet zo zouden houden van sport, maar wel van de kleur roze. Het Hof noemt bij de beantwoording van de vraag of er grenzen zijn aan het type vragen die mogen worden gesteld slechts vragen naar kennis van homorechtenbewegingen. Het gaat niet in op het gebruik van stereotypen in de meest ruime zin. Het Hof van Justitie oordeelt dat vragen naar homobewegingen wel nuttig kunnen zijn, maar niet voldoende zijn voor

11 HvJ EU 2 december 2014, gevoegde zaken C-148/13, C-149/13 en C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406 (A.B.C.), par. 53.

12 Ook wel aangeduid als Erkenningrichtlijn of Kwalificatierichtlijn.

13 Richtlijn 2005/85/EG van 1 december 2005 betreffende minimumnormen voor de procedures in de lidstaten voor de toekenning of intrekking van de vluchtelingenstatus, *Pb.* EU L 326, p. 13.

14 S. Jansen, 'Herken de homo. Over het beoordelen van de geloofwaardigheid van seksuele gerichtheid in asielzaken', *Justitiële Verkenningen* 2013/5, p. 44-60.

een individuele geloofwaardigheidsbeoordeling. Een ondervraging louter gebaseerd op stereotypen is volgens het Hof echter niet toegestaan. Letterlijk oordeelt het Hof:

[H]oewel de nationale autoriteiten in voorkomend geval ondervragingen mogen uitvoeren ter beoordeling van de feiten en omstandigheden betreffende de gestelde seksuele gerichtheid van een asielzoeker, zijn ondervragingen over de details van de wijze waarop deze asielzoeker praktisch invulling geeft aan zijn seksuele gerichtheid in strijd met de door het Handvest gewaarborgde grondrechten, en met name met het in artikel 7 daarvan geformuleerde recht op eerbiediging van het privéleven en van het familie- en gezinsleven.¹⁵

Het Hof noemt in dit geval niet artikel 1 Hv, terwijl het dat in de op deze overweging volgende paragraaf wel doet. In onze ogen zijn dergelijke op stereotypen gebaseerde ondervragingen ook in strijd met artikel 1 Hv.

3.2.2 *Homoseksuele handelingen, tests en video's*

Als het gaat om de vraag welk onderzoek toelaatbaar is om een homoseksuele gerichtheid vast te stellen, verwijst het Hof wél naar artikel 1 Hv en de menselijke waardigheid.¹⁶ Het Hof geeft uitdrukkelijk geen limitatieve opsomming van onaanvaardbaar bewijsmateriaal. Het Hof noemt wél drie concrete vormen van bewijs die in strijd zijn met de menselijke waardigheid: demonstratief verrichten van homoseksuele handelingen; het ondergaan van 'tests'; en het overleggen van video-opnamen van homoseksuele handelingen.¹⁷ Bewijs moet bovendien worden verzameld op een wijze die de grondrechten van de verzoeker eerbiedigt. Methodes die vernederend zijn of in strijd zijn met de menselijke waardigheid, zoals pseudo-medische tests of het beoordelen door te verwijzen naar stereotypes, schenden zowel de Definitierichtlijn als het Handvest.

Van belang is niet alleen dat het Hof hiermee invulling geeft aan het begrip menselijke waardigheid maar ook dat het expliciteert dat seksuele gerichtheid

15 HvJ EU 2 december 2014, gevoegde zaken C-148/13, C-149/13 en C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406 (A.B.C.), par. 64.

16 Sinds 2004 wordt in arresten van het Hof verwezen naar de bescherming van de menselijke waardigheid, zie HvJ EU 14 oktober 2014, zaak C-36/02, ECLI:EU:C:2004:614 (*Omega Spielhallen*). In asielgerelateerde zaken is de menselijke waardigheid uit artikel 1 Hv genoemd in HvJ EU 27 september 2012, zaak C-179/11, ECLI:EU:C:2012:594 (*Cimade & Gisti*) en HvJ EU 27 februari 2014, zaak C-79/13, ECLI:EU:C:2014:103 (*Saciri e.a.*). Zie over deze bepaling ook K. Lenaerts, 'Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights', *European Constitutional Law Review* 2012, p. 375-403.

17 HvJ EU 2 december 2014, gevoegde zaken C-148/13, C-149/13 en C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406 (A.B.C.), par. 65.

onderdeel is van de menselijke waardigheid zoals beschermd door artikel 1 Hv.¹⁸

3.3 Tweede asielaanvraag

Het vierde onderdeel van het antwoord van het Hof betreft de vraag welke betekenis mag worden toegekend aan het niet onmiddellijk bij het eerste asielverzoek aanvoeren van de homoseksuele gerichtheid. Bij de beoordeling van de geloofwaardigheid mag wel degelijk een rol spelen dat de asielzoeker niet direct bij de eerste mogelijkheid over zijn seksuele gerichtheid en zijn vrees voor vervolging op grond daarvan in staat is te verklaren, maar dat mag niet de enige reden zijn voor afwijzing van het verzoek op grond van ongeloofwaardigheid. Er moeten dus andere omstandigheden zijn die de verklaringen ongeloofwaardig maken.

Homoseksualiteit wordt overigens niet veelvuldig naar voren gebracht ter onderbouwing van een vervolgaanvraag. De IND bracht in december 2014 een rapport uit over tweede en volgende aanvragen waaruit bleek dat slechts in 5% van de vervolgaanvragen een beroep wordt gedaan op een homoseksuele gerichtheid.¹⁹

4 NOG EEN UITSpraak VAN HET HOF OVER ONDERZOEK NAAR SEKSUELE GERICHTHEID EN STEREOTYPEN

Het beoordelen van de geloofwaardigheid van een gestelde seksuele gerichtheid blijft ook na het A.B.C.-arrest lastig. Dat blijkt onder meer uit nieuwe prejudiciële vragen die een Hongaarse rechter aan het HvJ EU stelde in de zaak *F*.²⁰ In deze casus had de Hongaarse immigratiedienst het asielverzoek van de Nigeriaan *F*. afgewezen, omdat de autoriteiten op grond van psychologisch onderzoek tot de conclusie waren gekomen dat de homoseksuele gerichtheid van betrokkene niet geloofwaardig was. Dit onderzoek bestond uit een oriënterend onderzoek, een persoonlijkheidsonderzoek en diverse persoonlijkheidstests. Het Hof overwoog dat niet kan worden uitgesloten dat bij de beoordeling van de verklaringen van een verzoeker om internationale bescherming wegens seksuele gerichtheid bepaalde vormen van deskundigenonderzoek bij de toetsing van de feiten en omstandigheden nuttig kunnen blijken.

18 Dit is een betrekkelijk nieuw gegeven; zie het interview met antropoloog P. Geschiere, 'Je kunt niet zeggen: homoseksualiteit is dit of dat', *A&MR* 2013, p. 482-485.

19 IND, Tweede en volgende asielaanvragen: een analyse van asielmotieven en achtergronden bij inwilligingen en afwijzingen, Den Haag: IND 2014, p. 12.

20 HvJ EU 25 januari 2018, zaak C-473/16, ECLI:EU:C:2018:3613 (*F. t. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*).

Dergelijk deskundigenonderzoek kan worden uitgevoerd zonder inbreuk te maken op de grondrechten. Het Hof kwam echter tot de conclusie dat de uitvoering en toepassing van een deskundigenonderzoek, zoals dat in Hongarije werd verricht, een ernstiger aantasting van het privéleven vormt dan nodig is om de verklaringen te toetsen waarin een verzoeker om internationale bescherming zijn vrees voor vervolging op grond van zijn seksuele gerichtheid weergeeft, of dan nodig is voor het aantonen van de seksuele gerichtheid van de verzoeker. Het Hof herhaalde hier dat,

(...) een eventueel beroep op een deskundigenonderzoek in dit kader in overeenstemming moet zijn met de andere relevante bepalingen van Unierecht, in het bijzonder met de door het Handvest gewaarborgde grondrechten zoals het in artikel 1 van het Handvest vervatte recht op eerbiediging van de menselijke waardigheid en het in artikel 7 ervan gewaarborgde recht op eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven.²¹

Bij de toets of dit het geval is, volstaat het Hof echter met een toets aan artikel 4 van richtlijn 2011/95 (de Definitierichtlijn) in het licht van artikel 7 Hv, en laat het de toets aan artikel 1 verder buiten beschouwing.²²

5 EHRM VERSUS EUROPEES HOF VAN JUSTITIE

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM of Hof in Straatsburg) heeft in een groot aantal uitspraken ook invulling gegeven aan mogelijke gevolgen van het hebben van een homoseksuele gerichtheid en de vraag of dit tot een schending van bijvoorbeeld artikel 3 EVRM (onmenselijke behandeling), artikel 8 EVRM (familieleven, privéleven) en artikel 14 EVRM leidt.²³ Ook over het eerdergenoemde element 'zelfidentificatie' heeft het Hof in Straatsburg geoordeeld. In de zaak *Van Kück t. Duitsland* uit 2003²⁴ (geen asielzaak) oordeelde het EHRM dat seksuele zelfidentificatie tot de kern van het privéleven hoort en dat iemands eigen identificatie niet door de overheid in twijfel mag worden getrokken.²⁵ Het EHRM achtte bij de beoordeling van

21 HvJ EU 25 januari 2018, zaak C-473/16, ECLI:EU:C:2018:3613 (*F. t. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*), par. 35.

22 HvJ EU 25 januari 2018, zaak C-473/16, ECLI:EU:C:2018:3613 (*F. t. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*), par. 70.

23 Zie bijvoorbeeld EHRM 19 februari 2013, zaaknr. 19010/07, ECLI:CE:ECHR:2013:0219JUD001901007 (*X. e.a. tegen Oostenrijk*).

24 EHRM 12 juni 2003, zaaknr. 35968/97, ECLI:CE:ECHR:2003:0612JUD003596897 (*Van Kück t. Duitsland*).

25 Zie hierover ook Middelkoop in zijn noot bij het *A.B.C.*-arrest in *JV* 2015/3.

deze zaak met name het beginsel van persoonlijke autonomie en menselijke waardigheid van belang.

In het kader van de asielprocedure blijkt zelfidentificatie voor het EHRM echter onvoldoende. Het Europees Hof van Justitie neemt de verklaring van de asielzoeker over zijn seksuele gerichtheid, zijn zelfidentificatie, wél als het vertrekpunt bij een geloofwaardigheidsbeoordeling. Maar alleen zelfidentificatie is – mede door toepassing van artikel 4 Definitierichtlijn – ook voor het HvJ EU onvoldoende. A-G Sharpston had in haar conclusie bij het A.B.C.-arrest wel geconcludeerd dat zelfdefinitie van seksuele gerichtheid (onder verwijzing naar *Van Kück*) binnen de werkingssfeer van artikel 7 Hv valt. Het Hof van Justitie oordeelde echter:

(...) dat het weliswaar aan de asielzoeker staat om te wijzen op deze gerichtheid, die een element van zijn persoonlijke levenssfeer vormt, doch dat verzoeken om toekenning van de vluchtelingenstatus die zijn gebaseerd op vrees voor vervolging wegens die gerichtheid, net als verzoeken op basis van andere gronden van vervolging, voorwerp van een beoordeling in de zin van artikel 4 Definitierichtlijn kunnen vormen.²⁶

In de EHRM-zaak *M.B. t. Nederland* uit 2017 concludeerde het EHRM dat de geloofwaardigheidsbeoordeling door de Nederlandse autoriteiten adequaat is. Ditzelfde geldt voor de beoordeling van het reële risico.²⁷

Het HvJ EU geeft dus een enigszins hoger beschermingsniveau aan homoseksuele asielzoekers dan het EHRM als het gaat om het geven van gewicht aan zelfidentificatie door homoseksuele asielzoekers.

6 WAT BETEKENDE DIT ARREST VOOR A., B. EN C.? DE AFDELINGSJURISPRUDENTIE EN IND-WERKINSTRUCTIE 2015/9 NAAR AANLEIDING VAN HET ARREST

De zaken van A., B. en C. moesten uiteraard nog verder worden beoordeeld in Nederland. En ook voor andere zaken van asielzoekers die stellen voor vervolging te vrezen vanwege hun seksuele gerichtheid heeft het A.B.C.-arrest gevolgen gehad. Tijdens de zitting van de Raad van State op 18 december 2014 werd de vraag gesteld wat eigenlijk stereotyperende vragen zijn. Concreet werd de vraag gesteld of de vraag “Wie heeft het Eurosongfestival gewonnen?”, stereotyperend is, nu het bekend is dat veel homoseksuelen naar dat songfestival kijken. De aanwezigen leken het met elkaar eens dat dit inderdaad

²⁶ HvJ EU 2 december 2014, gevoegde zaken C-148/13, C-149/13 en C-150/13, ECLI:EU:C:2014:2406 (*A.B.C.*), par. 52.

²⁷ EHRM 28 november 2017, zaaknr. 63890, ECLI:CE:ECHR:2017:1128DEC006389016, (*M.B. t. Nederland*), JV 2018/87 m.nt. Jansen.

het geval is. Een vraag over de gayscene in een land is geen stereotiepe vraag. Conclusies trekken uit de al dan niet bekendheid met de gayscene levert op zich geen voldoende grond op voor de slotsom dat de asielzoeker al dan niet geloofwaardig is. Deze mening werd duidelijk gedeeld door de Raad van State. De vraag stellen naar de coming-out kan nuttig zijn, zo werd gesteld, maar als uitgangspunt nemen dat het voor een homoseksuel in een moslimland moeilijk is om zich zelf als homo te presenteren, en dat het daarom wel zo zal zijn dat de betrokken persoon moet hebben geworsteld met zijn homozijn, is teveel uitgaan van een stereotype.²⁸ De Afdelingsuitspraak volgde op 8 juli 2015.²⁹

De Afdeling droeg de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie op een specifieke vragenlijst te ontwikkelen voor asielzoekers die hun asielverzoek baseren op hun seksuele oriëntatie (r.o. 7). Er werd een – niet gepubliceerde – vragenlijst ontwikkeld en er verscheen een openbare IND-werkinstructie.³⁰ Uit deze werkinstructie bleek dat in LHBT-zaken het zwaarste gewicht toegekend wordt aan de verklaringen van eiser omtrent zijn bewustwordingsproces en zelfacceptatie van de gestelde seksuele gerichtheid. De Afdeling concludeerde in een uitspraak van 15 juni 2016 dat de staatssecretaris in de praktijk iets minder nadruk legt op bewustwording en zelfacceptatie dan het beleid lijkt voor te schrijven. De asielzoeker moet kunnen verklaren over het moment waarop, of de periode waarin, hij zich bewust is geworden van zijn seksuele gerichtheid en wat deze seksuele gerichtheid voor hem heeft betekend en betekent. Hij moet ook kunnen vertellen of de algemene houding in zijn land ten opzichte van LHBTI's invloed heeft gehad voor de manier waarop hij uiting heeft gegeven aan zijn seksuele gerichtheid. De Afdeling overwoog nu echter:

Daarbij verwacht de staatssecretaris terecht niet dat een vreemdeling in alle gevallen een uitgebreid bewustwordingsproces heeft doorlopen of een innerlijke worsteling heeft doorgemaakt, omdat dit te zeer zou uitgaan van stereotype opvattingen over een seksuele gerichtheid of een bepaald land.

De staatssecretaris heeft ter zitting bij de Afdeling toegelicht dat het voor hem niet mogelijk is in algemene zin inzichtelijk te maken hoe hij verklaringen van een vreemdeling waardeert en onderling weegt. De Afdeling vindt desondanks dat met Werkinstructie 2015/9 de beoordeling van het asielverzoek van een persoon die zich beroept op vervolging vanwege zijn seksuele gerichtheid als voldoende inzichtelijk kan worden gekenschetst; “[d]aarmee zijn de in de

28 Verslag van de zitting, te vinden in R. Bruin, ‘Kroniek individuele toelatingsgronden’, *A&MR* 2015, nr. 2.

29 *ABRvS* 8 juli 2015, 201208550/1/V2, 201110141/1/V2, 201210441/1/V2, ECLI:NL:RVS:2015:2170.

30 *IND Werkinstructie* 2015/9.

uitspraak van de Afdeling van 8 juli 2015 geconstateerde tekortkomingen weggenomen".³¹ De Afdeling oordeelde verder dat met werkinstructie 2015/9 sprake is van een zorgvuldige onderzoeksmethode, en dat de beslissystematiek voldoende inzichtelijk is gemaakt. Een expliciete toets aan de menselijke waardigheid verrichte de Afdeling niet, maar kennelijk is zij van oordeel dat die niet in het geding was.

7 DE BEOORDELING VAN ASIELVERZOEKEN VAN HOMOSEKSUELE
ASIELZOEKERS IN NEDERLAND: DE NIEUWE WERKINSTRUCTIE 2018/9

In veel landen – ook in Nederland – geldt in het bestuursrecht een vrije bewijsleer. Bij het doen van een asielaanvraag, is de aanvrager vrij in de keuze van bewijsmateriaal waarmee hij zijn aanvraag wil onderbouwen. De overheid dient, onder meer met het oog op het vereiste van de zorgvuldige voorbereiding (art. 3:2 Awb) en de plicht tot een toereikende motivering (art. 3:46 Awb), acht te slaan op het aangeleverde bewijs.

Uit het A.B.C.-arrest is voornamelijk duidelijk geworden wat niet mag als het gaat om de vaststelling van de geloofwaardigheid van homoseksuele asielzoekers. Maar, het blijft onduidelijk wat dan wél mag. Wanneer is bij de bevraging van een asielzoeker sprake van het gebruik van zogenaamde *useful stereotypes*? Zijn niet-gedetailleerde vragen over het seksleven toegestaan? Welke gevolgen heeft het niet direct bij de eerste asielaanvraag noemen van homoseksualiteit voor de geloofwaardigheid?

Ook politici vragen nu en dan aandacht voor dit thema. Op 30 november 2017 verzochten de toenmalige coalitiepartijen de regering te onderzoeken of de beoordeling van de geloofwaardigheid van de seksuele gerichtheid van asielzoekers kon worden verbeterd, en vroegen zij de regering hiertoe met voorstellen te komen.³² Op 23 juni 2018 bracht het COC een onderzoeksrapport uit over de beslispraktijk in LHBTI-zaken op basis van werkinstructie 2015/8.³³ Dit rapport geeft een indringend beeld van de praktijk waarbij – ondanks het A.B.C.-arrest – de besluitvorming nog steeds blijkt te zijn gebaseerd op stereotiepe beelden. De belangrijkste stereotiepe opvatting is dat van LHBTI-asielzoekers verwacht wordt zij altijd een proces van bewustwording en een proces van zelfacceptatie hebben doorlopen. De vragen die worden gesteld tijdens de asielprocedure worden veelvuldig niet begrepen door asielzoekers. Het COC

31 ABRvS 15 juni 2016, 201509454/1/V2, ECLI:NL:RVS:2016:1630.

32 Motie van het lid Groothuizen c.s., *Kamerstukken II* 2017–2018, 34 775 VI, nr. 67. Hierbij werd ook aandacht gevraagd voor de beoordeling van de geloofwaardigheid van bekeerlingen.

33 S. Jansen, *Trots of Schaamte? De beoordeling van LHBTI asielaanvragen in Nederland na de arresten XYZ en ABC*, Amsterdam: COC Nederland 2018. Sabine Jansen onderzocht 267 dossiers. In 146 daarvan is de aanvraag (uiteindelijk) ingewilligd.

deed naar aanleiding van het onderzoek een aantal aanbevelingen, waaronder de aanbeveling om processen van bewustwording en zelfacceptatie niet als zwaartepunt van het beleid te hanteren en om stereotypen te vermijden.

Toenmalig staatssecretaris Harbers kondigde op 4 juli 2018 aan dat het beleid zou worden aangepast, en dat het zwaartepunt niet langer zou worden gelegd op het bewustwordingsproces en de mate van zelfacceptatie. In de nieuwe werkinstructie 2018/9 werd opgenomen dat het zwaartepunt bij de geloofwaardigheidsbeoordeling ligt op de antwoorden op vragen over de eigen ervaringen en persoonlijke beleving van de vreemdeling met betrekking tot zijn seksuele gerichtheid, wat dit voor hem en zijn omgeving heeft betekend, wat de situatie is voor personen met die gerichtheid in het land van herkomst van de vreemdeling, en hoe diens ervaringen, ook volgens zijn asielrelaas, in het algemene beeld passen. De Rechtbank Amsterdam overwoog dat geen sprake is van een radicale wijziging, maar dat er wel degelijk iets is veranderd. Volgens deze rechtbank hanteert de staatssecretaris met de nieuwe werkinstructie een nieuwe werkwijze: "Weliswaar wordt [in WI 2018/9] nu niet meer de nadruk gelegd op bewustwording en zelfacceptatie, er wordt nog steeds uitgegaan van de verklaringen van de vreemdeling die integraal oordelend een authentiek verhaal moeten vormen."³⁴

In juni 2019 bracht het WODC een rapport uit over de geloofwaardigheidsbeoordeling van asielzaken met een LHBTI- of bekeringsmotief.³⁵ Ook in dit rapport wordt geconcludeerd dat de geloofwaardigheidsbeoordeling ingewikkeld is. Volgens de auteurs heeft Nederland al veel *good practices* die uit de (internationale) literatuur naar voren kwamen ingevoerd, maar is het nog onduidelijk of deze in de praktijk voldoende en structureel gewaarborgd zijn. Een vervolgonderzoek naar die praktijk zal waarschijnlijk door de staatssecretaris bij het WODC worden uitgezet.

In de Nederlandse praktijk levert het in een tweede of volgende asielaanvraag aanvoeren van homoseksualiteit overigens ook nog een procedureel probleem op.³⁶ Op grond van artikel 4:6 Awb kan het bestuursorgaan, indien geen nieuw gebleken feiten of veranderde omstandigheden worden vermeld, zonder toepassing te geven aan artikel 4:5 Awb, de aanvraag afwijzen onder verwijzing naar de eerdere afwijzende beschikking. Dit geldt wel alleen indien

34 Rb. Den Haag, zp. Amsterdam, 24 juli 2018, NL18.11408, ECLI:NL:RBDHA: 2018:9189.

35 J.M.D. Schans & L.E.H.P. van Lierop, 'De geloofwaardigheidsbeoordeling van asielaanvragen met een LHBTI- of bekeringsmotief. Een inventarisatie van (on)mogelijkheden tot verbetering', *WODC Memorandum* 2019-2.

36 Zie hierover uitgebreid S. Jansen & T. Spijkerboer, 'Homoseksuele en transgender asielzoekers, laat uit de kast komen en geloofwaardigheid, Say it loud – en vlug een beetje', *A&MR* 2012, p. 456-463.

het een beschikking van gelijke strekking betreft (met hetzelfde doel en geldigheidsduur).³⁷ Dat betekent dat homoseksuele asielzoekers in principe al direct bij de eerste aanvraag moeten kenbaar maken dat zij vanwege hun homoseksualiteit voor vervolging vrezen en als zij dit pas later doen, een overtuigende verklaring moeten hebben waarom zij dat niet eerder konden.

8 MENSELIJKE WAARDIGHEID IN ASIELARRESTEN VAN HET HVJ EU

Wie zoekt op de site van het het Expertisecentrum Europees Recht van het ministerie van Buitenlandse Zaken naar de HvJ-zaken waarin artikel 1 Hv wordt genoemd, komt op 55 treffers.³⁸ Van die treffers gaat het om 22 arresten van het Hof, 12 beschikkingen van het Gerecht en 36 conclusies van een A-G. Van de 55 hits betreffen 23 hits asielgerelateerde zaken, maar daarbij gaat het om een groot aantal dubbel genoemde zaken, bijvoorbeeld zowel de uitspraak van het Hof als de conclusie van de advocaat-generaal. Dertien treffers zijn uitspraken in asielzaken, waarvan zes in gevoegde zaken (in totaal 21 asielzaken zijn dertien uitspraken gedaan waarin artikel 1 van het Handvest werd genoemd). Drie uitspraken betreffen zaken waarin homoseksualiteit als vervolgingsgrond is aangevoerd: het hier besproken A.B.C.-arrest, het arrest X, Y en Z over de vraag of homoseksuelen een bepaalde sociale groep vormen en het bovengenoemde arrest in de Hongaarse zaak over het verrichten van psychologische test om homoseksualiteit vast te stellen.

Dan resteren nog negen uitspraken. Voor deze uitspraken zijn we stuk voor stuk nagegaan wat het Hof zegt over artikel 1 Hv, en kwamen wij tot de volgende bevindingen:

De zaak *Jawo* betreft de Dublinverordening.³⁹ Omtrent de menselijke waardigheid oordeelt het Hof in deze zaak dat uit vaste rechtspraak volgt dat de bepalingen van de Dublin III-verordening moeten worden uitgelegd en toegepast in overeenstemming met de door het Hv gewaarborgde grondrechten in het bijzonder met artikel 4 Hv., waarin het verbod op onmenselijke of vernederende behandelingen is neergelegd.

De gevoegde zaken *Bashar Ibrahim e.a.* betreffen de vraag of een lidstaat een verzoek om een vluchtelingenstatus niet-ontvankelijk mag verklaren als de asielzoeker in een andere lidstaat subsidiaire bescherming geniet.⁴⁰ Het Hof verwijst naar bovenstaande *Jawo*-zaak en brengt in herinnering dat het Unie-

³⁷ Zie ook de noot van Zwaan bij *ABRoS* 29 augustus 2014, 201400245/1/V1, ECLI:NL:RVS:2014:3306, *JV* 2014/390.

³⁸ <https://ecer.minbuza.nl/ecer/eu-essentieel/handvest-grondrechten>.

³⁹ HvJ EU 19 maart 2019, zaak C-163/17, ECLI:EU:C:2019:218 (*Jawo*), par. 80.

⁴⁰ HvJ EU 19 maart 2019, gevoegde zaken C-297/17, C-318/17 en C-319/17, ECLI:EU:C:2019:219 (*Bashar Ibrahim e.a.*).

recht steunt op de fundamentele premisse dat elke lidstaat met alle andere lidstaten een reeks gemeenschappelijke waarden deelt waarop de Unie berust, en dat elke lidstaat erkent dat de andere lidstaten deze waarden met hem delen, zoals is bepaald in artikel 2 VEU. Volgens het Hof impliceert en rechtvaardigt deze premisse dat de lidstaten er onderling op vertrouwen dat de andere lidstaten deze waarden erkennen en dat zij het Unierecht dus in acht nemen. Bovendien gaat het Hof ervan uit dat hun respectieve nationale rechtsordes in staat zijn een effectieve en gelijkwaardige bescherming te bieden van de in het Handvest erkende grondrechten, met name in de artikelen 1 en 4 van het Handvest.

De zaak *M.P.* betreft de voorwaarden om voor subsidiaire bescherming in aanmerking te komen en een voormalig slachtoffer van foltering dat geen actueel risico meer loopt.⁴¹ Het Hof merkt op dat artikel 15 sub b van richtlijn 2004/83 moet worden uitgelegd en toegepast in overeenstemming met de rechten die worden gewaarborgd in artikel 4 Hv. Het herhaalt daarbij nog eens dat daarin een van de fundamentele waarden van de Unie en haar lidstaten tot uitdrukking is gebracht en dat art. 4 Hv een absoluut karakter heeft aangezien het nauw samenhangt met de eerbiediging van de menselijke waardigheid, bedoeld in artikel 1 van het Handvest.

De zaak *C.K. e.a.* betreft de vraag naar de toelaatbaarheid van overdracht van een ernstig zieke asielzoeker.⁴² Het Hof geeft in deze zaak een uitvoerige uitleg van artikel 4 Hv. Over artikel 1 Hv merkt het slechts op dat het in artikel 4 Hv neergelegde verbod op onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen van wezenlijk belang is omdat het absoluut is en nauw is verbonden met de eerbiediging van de in artikel 1 van het Hv. bedoelde menselijke waardigheid.

In de zaak *Mousa Abidida* gaat het om de overdracht van een ernstig zieke en het al dan niet verlenen van schorsende werking, en wordt artikel 1 Hv alleen in de prejudiciële vraagstelling genoemd. Het Hof gaat er verder niet op in.⁴³

In de zaak *Selver Saciri e.a.* over de minimum normen voor opvang van asielzoekers oordeelt het Hof dat de algemene opzet en het doel van richtlijn 2003/9 en de in acht te nemen grondrechten, met name de vereisten van artikel 1 Hv, zich ertegen verzetten dat een asielzoeker de bescherming wordt ontnomen die door de in deze richtlijn vastgestelde minimumnormen wordt geboden, al was het maar tijdelijk.⁴⁴

41 HvJ EU 24 april 2018, zaak C-353/16, ECLI:EU:C:2018:276 (*M.P.*), par. 36.

42 HvJ EU 16 februari 2017, zaak C-578/16, ECLI:EU:C:2017:127 (*C.K.*).

43 HvJ EU 18 december 2014, zaak C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453 (*Mousa Abidida*).

44 HvJ EU 27 februari 2014, zaak C-79/13, ECLI:EU:C:2014:103 (*Selver Saciri e.a.*), par. 35.

De zaak *MA* betreft de overdracht van een onbegeleide asielzoeker. Het Hof noemt artikel 1 Hv alleen bij de toepasselijke bepalingen.⁴⁵

De zaak *Cimade en GISTI* gaat over minimum eisen voor opvangvoorzieningen.⁴⁶ In deze zaak oordeelt het Hof dat de algemene opzet en het doel van de Opvangrichtlijn (richtlijn 2003/9) en de in acht te nemen grondrechten, met name het recht op eerbiediging van de menselijke waardigheid van artikel 1 Hv, zich ertegen' verzetten dat een asielzoeker de bescherming wordt ontnomen die door de in de Opvangrichtlijn vastgestelde minimumnormen wordt geboden. Dat geldt ook voor de periode tussen de indiening van zijn asielverzoek en het tijdstip waarop hij daadwerkelijk aan de verantwoordelijke lidstaat wordt overgedragen.

In de gevoegde zaken *N.S. en M.E.* over het interstatelijk vertrouwensbeginsel noemt het Hof artikel 1 van het Handvest slechts in een opsomming van een hele rij Handvestbepalingen waaraan de lidstaten zijn gehouden.⁴⁷

Geconcludeerd kan worden dat het Hof afgezien van de zaken over homoseksuele asielzoekers in asielzaken slechts in heel algemene bewoordingen naar artikel 1 Hv verwijst en niet uitdrukkelijk een schending daarvan heeft aangenomen.

9 SLOTBESCHOUWING

De uiteindelijke toets of een asielzoeker bescherming moet krijgen vanwege vrees voor vervolging vanwege zijn homoseksuele gerichtheid ligt bij de nationale autoriteiten, waarbij de eerbieding van artikel 1 Hv richtinggevend moet zijn. Maar, aangezien de arresten van het HvJ EU over deze bepaling beperkt van stof zijn en vrijwel allemaal niet verder gaan dan een algemene aanduiding dat de menselijke waardigheid een fundamenteel principe is, hebben zowel de staatssecretaris als de nationale rechters een lastige taak, die ze tot nu toe vooral lijken te vermijden of in nietszeggende algemeenheden van kwijten.

Wij zouden het toejuichen als deze bepaling vaker door advocaten wordt ingeroepen. Niet alleen als het gaat om homoseksuele asielzoekers. Immers ook bij bekeerlingen of kwetsbare asielzoekers, zoals minderjarigen en asielzoekers met lichamelijke of psychische problemen kunnen zich kwesties voordoen waarbij de vraag kan worden gesteld of het onderzoek zich verdraagt met de menselijke waardigheid. En niet alleen als het gaat om de wijze van onderzoek naar verklaringen van asielzoekers maar ook in zaken betreffende het bredere terrein van het asielrecht. Te denken valt aan situaties van mensonterende opvang, zoals in de kampen op de Griekse eilanden, aan situaties

⁴⁵ HvJ EU 6 juni 2013, zaak C-648/11, ECLI:EU:C:2013:367 (*MA*).

⁴⁶ HvJ EU 27 september 2012, zaak C-179/11, ECLI:EU:C:2012:594 (*Cimade en GISTI*).

⁴⁷ HvJ EU 21 december 2010, gevoegde zaken C-411/10 en C-439/10, ECLI:EU:C:2011:865 (*N.S. en M.E.*).

waarin asielzoekers genoodzaakt zijn te blijven ronddobberen op de Middellandse Zee omdat geen haven bereid is ze te laten ontschepen en aan situaties waarin asielzoekers worden teruggestuurd naar landen waar zij aantoonbaar het risico lopen van mensenrechtenschendingen, zoals Libië. Naast artikel 3 EVRM en artikel 15 Definitierichtlijn zou in dit soort situaties een beroep kunnen worden gedaan op artikel 1 Hv vanwege een (dreigende) schending van de menselijke waardigheid. Bij twijfel over de uitleg van artikel 1 zouden rechters dan al snel aanleiding moeten zien om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Rechters lijken echter liever geen aandacht aan de enigszins vage inhoud van het begrip menselijke waardigheid te besteden en dat alleen te doen als ze er op basis van andere richtlijn of Hv-bepalingen niet uitkomen. De menselijke waardigheid is echter van een te wezenlijk belang om dit begrip, dat een prominente plaats heeft gekregen in artikel 1 Hv in de praktijk een zo bescheiden rol te geven. Wij hopen daarom voor het tweede decennium van het Handvest op meer uitspraken van het Hof over deze bepaling.

De uitspraak van het Hof van Justitie in het *A.B.C.*-arrest is een voorbeeld van hoe de menselijke waardigheid van een vage notie tot een juridisch afdwingbaar begrip kan worden dat extra bescherming biedt aan in het bijzonder homoseksuele asielzoekers die in zoveel landen in hun waardigheid worden bedreigd.