



Datum van inontvangstneming : 07/10/2016

Zaak C-473/16**Verzoek om een prejudiciële beslissing****Datum van indiening:**

29 augustus 2016

Verwijzende rechter:

Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Hongarije)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

8 augustus 2016

Verzoekende partij:

F

Verwerende partij:

Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal

SZEGEDI KÖZIGAZGATÁSI ÉS MUNKAÜGYI BÍRÓSÁG

[OMISSIS]

De Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (bestuurs- en arbeidsrechter Szeged) geeft in de asielprocedure tussen **F** (verblijfplaats in Hongarije: tijdelijk opvangcentrum, Nagyfa), **verzoeker**, en **Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal** (dienst immigratie en nationaliteit; hierna: „immigratiedienst”) (Boedapest), **verweerder**, de volgende

BESCHIKKING:

De behandeling van de zaak wordt geschorst en het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

1) Moet artikel 4 van richtlijn 2004/83/EG in het licht van artikel 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat het zich niet ertegen verzet dat, wanneer LGBTI's een asielaanvraag indienen, een deskundig advies van een gerechtspsycholoog wordt ingewonnen dat op projectieve persoonlijkheidstests is gebaseerd, en dat hiermee bij de beoordeling

rekening wordt gehouden, wanneer dit advies wordt opgesteld zonder dat aan de asielzoeker vragen over zijn seksuele gewoonten worden gesteld en zonder dat hij aan een lichamelijk onderzoek wordt onderworpen?

2) Indien het in de eerste vraag genoemde deskundig advies niet als bewijs kan worden gebruikt, moet artikel 4 van richtlijn 2004/83/EG dan in het licht van artikel 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat, wanneer de asielzoeker ter ondersteuning van zijn aanvraag aanvoert dat hij wegens zijn seksuele geaardheid wordt vervolgd, noch de administratieve autoriteiten noch de rechterlijke instanties de mogelijkheid hebben om aan de hand van een deskundigenonderzoek de geloofwaardigheid van de asielzoeker te onderzoeken, ongeacht de specifieke eigenschappen van de bij dit onderzoek gebruikte methode?

Deze beschikking wordt ter informatie aan de minister van Justitie toegezonden.

Tegen deze beschikking kan geen beroep worden ingesteld.

MOTIVERING:

De behandeling van de zaak wordt geschorst en het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt krachtens artikel 267 VWEU op de volgende gronden om een prejudiciële beslissing verzocht. **[Or. 2]**

Feiten van het geding:

Verzoeker bezit de Nigeriaanse nationaliteit. Hij heeft de status van vluchteling aangevraagd en heeft in dat verband aangevoerd dat hij in zijn land wordt vervolgd wegens zijn homoseksualiteit. Reeds bij het eerste verhoor heeft hij dit als de reden van zijn vlucht opgegeven.

Uit de inlichtingen die met betrekking tot zijn land van herkomst zijn ingewonnen, blijkt dat het overgrote deel van de bevolking homoseksualiteit onaanvaardbaar acht en dat de wet huwelijken tussen personen van hetzelfde geslacht verbiedt. De wet bestraft met een gevangenisstraf tot 14 jaar eenieder die een in een ander land met een persoon van hetzelfde geslacht gesloten huwelijk of partnerschap tracht te laten registreren. Voorts geldt er een gevangenisstraf van 10 jaar voor eenieder die een huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht steunt. Het huwelijk tussen personen van hetzelfde geslacht wordt zo ruim gedefinieerd dat het in de praktijk alle situaties bestrijkt waarin twee personen van hetzelfde geslacht samenwonen.

In het kader van de asielprocedure heeft de immigratiedienst de geloofwaardigheid van verzoeker onderzocht. Daartoe werd hij meermaals persoonlijk gehoord. Tevens werd een psycholoog aangesteld om zijn seksuele geaardheid te onderzoeken. Na een oriënterend onderzoek, een persoonlijkheidstest, een DAPR-test [Draw-a-person-in-the-rain-test] en projectieve persoonlijkheidstests van Rorschach en Szondi is de

gerechtspsycholoog tot de conclusie gekomen dat verzoekers verklaring dat hij homoseksueel was niet werd bevestigd door de resultaten van deze onderzoeken.

Hoewel de immigratiedienst geen wezenlijke tegenstrijdigheden in de verklaringen van verzoeker heeft kunnen vaststellen, heeft hij op basis van het deskundig advies van de psycholoog vastgesteld dat verzoeker niet geloofwaardig was, en zijn aanvraag afgewezen, zowel wat de toekenning van de vluchtelingenstatus betreft als wat de toekenning van de status van subsidiair beschermde persoon betreft. Hij heeft tegelijkertijd vastgesteld dat verzoeker zich niet op het verbod van refoulement kon beroepen.

Verzoeker heeft de verwijzende rechter verzocht, het besluit van verweerder nietig te verklaren en deze laatste te gelasten een nieuwe procedure te organiseren en een nieuw besluit te nemen. Hij betoogt dat de psychologische tests die in het kader van de asielprocedure zijn verricht, een zware schending van de mensenrechten vormen en dat de gebruikte testmethoden niet geschikt zijn om de seksuele geaardheid met voldoende zekerheid vast te stellen. Volgens hem vormen gender en seksuele geaardheid geen psychologische kwestie en kunnen zij dus niet aan de hand van bovengenoemde methoden worden onderzocht.

De verwijzende rechter heeft verzoeker persoonlijk gehoord. Op de vraag welke aspecten van de tijdens de asielprocedure verrichte psychologische tests een schending vormden van de mensenrechten, heeft verzoeker geen concreet antwoord gegeven, maar hij heeft de conclusie van de deskundige betwist dat hij niet homoseksueel zou zijn. Hij stelt dat hij niet aan een lichamelijk onderzoek is onderworpen en dat hij geen pornografische beelden of video's heeft moeten bekijken.

Vervolgens heeft de verwijzende rechter het Igazságügyi Szakértői és Kutató Intézetet (Instituut voor forensische deskundigen en onderzoekers) als deskundige instelling verzocht om te onderzoeken of de tijdens de asielprocedure gebruikte methoden in het algemeen geschikt zijn om het gender en de seksuele geaardheid te bepalen. Hij heeft tevens gevraagd of er een psychologische methode bestaat waarmee de seksuele geaardheid kan worden bepaald op een wijze die de menselijke waardigheid niet aantast. Hij wenste tevens een antwoord op de vraag of in het geval van verzoeker, die de Nigeriaanse nationaliteit heeft, bevredigende resultaten konden worden verwacht van een psychologische test waarbij slechts foto's van personen van het Kaukasische ras worden getoond (Szondi-test). De verwijzende rechter heeft echter niet verzocht om verzoeker persoonlijk te onderzoeken, aangezien het antwoord op bovengenoemde vragen bepalend is voor de vraag of aanvullend desundigenonderzoek noodzakelijk is, en verzoeker **[Or. 3]** zich uitdrukkelijk tegen een persoonlijk onderzoek verzet heeft.

In zijn deskundig advies heeft het instituut te kennen gegeven dat de in de asielprocedure gehanteerde methoden, anders dan verzoeker stelt, kunnen worden gebruikt om met een voldoende mate van zekerheid de seksuele geaardheid van

een persoon te bepalen, zonder dat de menselijke waardigheid daarbij op enigerlei wijze wordt aangetast. Methoden die kunnen worden voorgesteld zijn onder meer de vragenlijst van de wereldwijd gebruikte MMPI-test [Minnesota-Multiphasic-Personality-Inventory-test], die geldigheidsschalen en klinische schalen bevat, waaronder met name schalen waaruit conclusies kunnen worden getrokken over de seksuele geaardheid van de onderzochte persoon. Het instituut vermeldt als voorbeeld een bepaalde configuratie van de MF-schaal (Masculiniteit-Femininiteit-schaal) en de Pd-schaal (Psychopatische-Deviatie-schaal). Deze schalen kunnen, samen met andere testmethoden, worden gebruikt om een eventuele seksuele inversie vast te stellen. De Rorschach-test, die ook een internationaal erkende en vaak gebruikte projectieve persoonlijkheidstest is, bevat verschillende parameters die informatie verschaffen over het seksuele leven van de onderzochte persoon en meer bepaald over diens mogelijke seksuele geaardheid. Beide tests zijn gevoelig voor pogingen van de onderzochte persoon om de testresultaten te manipuleren of te vervalsen, hetzij door symptomen te simuleren, te overdrijven of te verhullen, hetzij door te liegen of zaken te verzinnen. Volgens het Instituut kan de Szondi-test, die rekening houdt met eventuele culturele verschillen, eveneens worden gebruikt om bevredigende testresultaten met betrekking tot de gestelde vraag te krijgen.

Samengevat heeft het instituut vastgesteld dat bovengenoemde psychologische onderzoeksmethoden, naast een explorerend onderzoek, geschikt zijn om een beeld te geven van de seksuele geaardheid van een persoon, zijn verklaringen dienaangaande te bevestigen of juist tegen te spreken.

Aangezien het instituut heeft vastgesteld dat de gebruikte testmethoden passend zijn, kan de verwijzende rechter niet zonder een nieuwe deskundige aan te stellen dit standpunt terzijde schuiven, aangezien hij niet over voldoende expertise op het gebied van de psychologie beschikt.

Verzoeker betwist de conclusies van het deskundig advies en verwijst onder meer naar het arrest van het Hof van Justitie van 2 december 2014, A e.a. (C-148/13–C-150/13, EU:C:2014:2406). Volgens de interpretatie die verzoeker van dit arrest geeft, blijkt hieruit duidelijk dat asielzoekers niet aan een test mogen worden onderworpen om aan te tonen dat zij homoseksueel zijn. Volgens verzoeker zijn bovengenoemde testmethoden niet geschikt om buiten redelijke twijfel vast te stellen dat iemand homoseksueel is.

Verweerder verzoekt om de vordering van verzoeker af te wijzen, en sluit zich aan bij de vaststellingen van het deskundig advies.

Toepasselijke bepalingen

Nationaal recht:

Hongaarse grondwet

Artikel III

(1) Niemand mag worden onderworpen aan folteringen, onmenselijke of ontorende behandelingen of bestraffingen of in dienstbaarheid worden gehouden. Mensenhandel is verboden.

Artikel XIV

(3) Hongarije verleent personen die niet de Hongaarse nationaliteit bezitten en die in hun land van herkomst of in het land waar zij gewoonlijk verblijven worden vervolgd of de gegronde vrees koesteren aldaar te zullen worden vervolgd op grond van hun ras, nationaliteit, de sociale groep waartoe zij behoren of hun religieuze of politieke overtuigingen, op hun verzoek asielrecht indien hun geen bescherming wordt geboden door hun land van herkomst of door enig ander land.
[Or. 4]

A menedékjogról szóló 2007. évi LXXX. Törvény (wet nr. LXXX van 2007
inzake het recht op asiel)

§ 6, lid 1. Vreemdelingen die voldoen aan de voorwaarden van artikel XIV, lid 3, van de grondwet, worden door Hongarije als vluchteling erkend.

§ 7, lid 1. Behoudens het bepaalde in § 8, lid 1, worden vluchtelingen die aantonen of aannemelijk maken dat zij voldoen aan de voorwaarden van § 6, lid 1, van deze wet, overeenkomstig artikel 1 van het Verdrag van Genève door de asielinstantie als vluchteling erkend.

§ 40. De beslissing over de asielaanvraag wordt gebaseerd op de beoordeling van de individuele situatie van de aanvrager.

§ 41, lid 1. In het kader van de asielprocedure mogen met name de volgende bewijzen worden aangewend om aan te tonen of voldoende aannemelijk te maken dat de asielzoeker voldoet aan de voorwaarden om de vluchtelingenstatus, de status van subsidiair beschermde persoon dan wel tijdelijke bescherming te verkrijgen:

- a) de feiten en omstandigheden die de asielzoeker ter ondersteuning van zijn asielaanvraag heeft aangevoerd, alsook de desbetreffende bewijsstukken;
- b) de door de asielzoeker verstrekte reisdocumenten of enig ander document waaruit zijn identiteit of nationaliteit kan worden afgeleid;

c) alle relevante en actuele informatie over het land van herkomst van de asielzoeker, met inbegrip van wettelijke of andere bepalingen die de rechtssubjecten binden, alsook de wijze waarop deze worden toegepast.

Bovengenoemde opsomming is slechts exemplatief en vormt geen uitputtende lijst van mogelijke bewijzen.

§ 60, lid 1. Bij de beoordeling of is voldaan aan de voorwaarden om de betrokken status te verlenen, worden als daden van vervolging beschouwd handelingen die door hun aard, het repetitieve karakter of de cumulatieve effecten ervan zo ernstig zijn dat zij een zware schending vormen van fundamentele mensenrechten, met name het recht op leven, het verbod op foltering, het verbod op slavernij of dienstbaarheid en het beginsel dat straffen bij wet moeten zijn vastgesteld.

(2) Daden van vervolging kunnen met name de volgende vorm aannemen:

- a) daden van geestelijk of lichamelijk geweld, inclusief seksueel geweld;
- b) handelingen die worden verricht op grond van het geslacht van de betrokkene;
- c) handelingen die verband houden met de kindertijd van de betrokkene;
- d) wettelijke bepalingen of administratieve maatregelen die op zichzelf discriminerend zijn of op discriminerende wijze worden uitgevoerd; [(...)]

§ 61. Bij de beoordeling of is voldaan aan de voorwaarden om de betrokken status te verlenen, worden beschouwd als zware schendingen:

- a) de bedreiging met de doodstraf;
- b) foltering en wrede, onmenselijke of ontterende behandelingen of straffen;
- c) de ernstige bedreiging van het leven of de fysieke integriteit van burgers ten gevolge van blind geweld in het kader van een internationaal of een binnenlands gewapend conflict.

§ 63, lid 1. De bescherming tegen vervolging of zware schendingen wordt geacht te zijn gewaarborgd indien er in de staat waaruit de asielzoeker is moeten vluchten **[Or. 5]**, doeltreffende middelen beschikbaar zijn om deze vervolging of zware schendingen tegen te gaan en de daders te bestraffen, en de asielzoeker aanspraak kan maken op deze bescherming.

Volgens § 58, [lid 1,] onder a), van de közigazgatási hatósági eljárás és szolgáltatás általános szabályairól szóló 2004. évi CXL. törvény (wet nr. CXL van 2004 houdende algemene regels inzake administratieve procedures en diensten) moet de bevoegde autoriteit een deskundige horen of deskundig advies inwinnen indien zij niet beschikt over de specifieke deskundigheid die in het concrete geval

nodig is om wezenlijke feiten of omstandigheden vast te stellen. Volgens vaste rechtspraak van de Kúria (hoogste rechterlijke instantie) kan de rechter in administratieve gedingen niet afzien van de aanstelling van een deskundige indien de administratie haar besluit heeft gebaseerd op een deskundig advies dat door de verzoekende partij wordt betwist.

Grenzen van de rechterlijke beslissing, rechtsmiddelen

§ 68 van wet nr. LXXX van 2007 inzake het asielrecht

(1) Tegen het besluit tot afwijzing van de aanvraag kan een beroep in rechte worden ingesteld.

(5) De rechter kan het besluit van de asielinstantie niet wijzigen. Hij verklaart een onregelmatige administratief besluit nietig – tenzij het gaat om procedureregels waarvan de schending geen invloed heeft op de grond van de zaak – en gelast de asielinstantie, zo nodig, om een nieuwe procedure te openen.

(6) De rechterlijke beslissing tot beëindiging van de procedure is niet vatbaar voor beroep.”

Unierecht:

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: artikelen 4, 7, 20 en 21;

Richtlijn 2004/83/EG van de Raad 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: artikel 2, onder c), artikel 4, lid 3, en de artikelen 9 tot en met 11 en 13

Praktijk van de immigratiedienst

Om te beginnen merkt de verwijzende rechter op dat de werknemers van de immigratiedienst niet over de kwalificaties of de specifieke technische deskundigheid beschikken die nodig zijn om de seksuele geaardheid te onderzoeken.

In de overgrote meerderheid van de gevallen onderzoeken zij de geloofwaardigheid van de asielzoeker, die bepalend is bij dit soort zaken, louter op basis van zijn verklaringen.

Slechts in uitzonderlijke gevallen wordt een deskundige aangewezen om de seksuele geaardheid te onderzoeken. Het deskundig advies en de verklaringen van de asielzoeker, samen beschouwd, stellen de immigratiedienst in staat de geloofwaardigheid van de aanvrager te beoordelen. Wanneer de verklaringen van de asielzoeker geen wezenlijke tegenstrijdigheden bevatten, maar worden

teggengesproken door het deskundig advies, zal de dienst bij de beoordeling van de geloofwaardigheid dit advies volgen, dat een grotere bewijskracht heeft.

Uiteenlopende nationale rechtspraak

Er is geen uniforme rechtspraak over de vraag of in asielprocedures een deskundige kan worden aangesteld.

Sommige rechters achten deze aanpak geschikt en volgen de hierboven beschreven praktijk van de immigratiedienst, terwijl andere rechters deskundige adviezen over de homoseksualiteit van de asielzoeker niet als bewijs aanvaarden en uitsluitend op basis van de verklaringen van de asielzoekers uitspraak doen over de rechtmatigheid van het administratieve besluit.

In zaken die in één enkele aanleg worden afgedaan, staan echter in de regel geen gewone of buitengewone rechtsmiddelen open tegen de beslissing van de alleen rechtsprekende rechter, zodat geen harmonisatie van de rechtspraak door de hogere rechterlijke instanties te verwachten valt.

Krachtens artikel 267, derde alinea, VWEU is de verwijzende rechter verplicht een prejudiciële vraag te stellen.

Relevante rechtspraak van het Hof van Justitie

Arrest van 2 december 2014, A e.a., C-148/13–C-150/13, EU:C:2014:2406

Arrest van 7 november 2013, X e.a., C-199/12–C-201/12, EU:C:2013:720

De verwijzende rechter wijst erop dat de feiten van de onderhavige zaak aanzienlijk verschillen van die van bovengenoemde zaken, ook al zijn de gerezen vragen ongetwijfeld vergelijkbaar. Het verschil is hierin gelegen dat in de onderhavige zaak niet de mogelijkheid is geboden om bewijsmateriaal te gebruiken waarvoor de asielzoeker homoseksuele handelingen dient te verrichten, of om bewijzen (bijvoorbeeld foto's van intieme handelingen) aan te dragen die de menselijke waardigheid aantasten.

Standpunt van de verwijzende rechter

Een groot aantal lesbische, homoseksuele, biseksuele, transseksuele of interseksuele (LGBTI-)asielzoekers dienen een aanvraag in Europa in. Het centrale element van de asielprocedure in Hongarije – net als in vele andere landen – is het onderzoek naar de geloofwaardigheid van de asielzoeker, die dient om te bepalen of de asielzoeker daadwerkelijk deel uitmaakt van de LGBTI-gemeenschap.

Of de verklaringen van asielzoekers geloofwaardig zijn, is echter een uiterst moeilijke vraag en het antwoord erop kan worden beïnvloed door een groot aantal

subjectieve factoren, om nog maar te zwijgen van het risico dat onjuiste stereotypen worden toegepast.

De seksuele geaardheid of de genderidentiteit vormen ontegenzeggelijk aspecten van de identiteit, en in het beste geval zal een ambtenaar met de nodige kwalificaties en gevoeligheid in staat zijn om de asielzoeker dienaangaande de juiste vragen te stellen, maar zelfs dan is het, naargelang van de geestesgesteldheid van de asielzoeker, culturele verschillen, zijn opleidingsniveau en vele andere omstandigheden, niet zeker of deze in staat zal zijn om verklaringen af te leggen die geen enkele tegenstrijdigheid bevatten.

Het Hof van Justitie heeft in bovengenoemd arrest A e.a. geoordeeld dat „[a]rtikel 4 van richtlijn 2004/83, gelezen in het licht van artikel 1 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, [...] in die zin [moet] worden uitgelegd dat het zich ertegen verzet dat die autoriteiten in het kader van dat onderzoek bewijsmateriaal aanvaarden als het demonstratief verrichten van homoseksuele handelingen door de betrokken asielzoeker, het ondergaan van ‚tests‘ om zijn homoseksualiteit te bewijzen of het overleggen van video-opnamen van dergelijke handelingen”.

Volgens de verwijzende rechter kan de term „tests”, die het Hof tussen haakjes heeft geplaatst, niet los van de context worden uitgelegd, los van de andere overwegingen van het arrest [Or. 7] en de specifieke kenmerken van de betrokken zaak. Uit de feiten van die zaak, de motivering van het arrest en de uitspraak van het Hof, samen beschouwd, kan worden afgeleid dat het Hof gekant is tegen het gebruik van tests waarbij homoseksuele handelingen worden verricht en die dus in strijd zijn met artikel 4 van het Handvest. In het onderhavige geval zijn echter geen dergelijke tests verricht.

De verwijzende rechter is het volledig eens met de advocaat-generaal in de zaak A e.a. dat methoden zoals medische onderzoeken, het vragen naar de seksuele ervaringen van een verzoeker of het vergelijken van de betrokken verzoeker met homoseksuele stereotypen strijdig zijn met het Handvest (punt 52 van de conclusie). In het onderhavige geval is de asielzoeker echter op een respectvolle wijze onderzocht door middel van een complexe psychologische persoonlijkheidstest die volledig verschilt van bovengenoemde tests. Het gaat niet om een medisch onderzoek, aangezien de psychologie behoort tot de geesteswetenschappen, en het onderzoek was ook niet gebaseerd op homoseksuele handelingen of gewoonten. Ten slotte hebben de deskundige gerechtspychologen hun advies niet gebaseerd op onjuiste stereotypen.

Het is een feit dat homoseksualiteit geen ziekte is en dat de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO) homoseksualiteit heeft geschrapt van de internationale lijst van ziekten, wat relevant is voor zover het WHO de legitimiteit en doeltreffendheid van vroeger gebruikte conversietherapieën niet erkent, maar het feit dat homoseksualiteit niet meer als een ziekte wordt omschreven betekent

niet dat er niet langer humane psychologische methoden bestaan op basis waarvan kan worden bepaald of iemand tot de LGBTI-gemeenschap behoort, en dat deze methoden niet verder kunnen worden ontwikkeld.

Wanneer een dergelijke test bestaat, die niet rechtstreeks verband houdt met de seksuele gewoonten en de intieme sfeer, kunnen de administratieve autoriteiten en de rechterlijke instanties deze test gebruiken bij de beoordeling van de vraag of de asielaanvraag gegrond is, zodat hun beslissing niet uitsluitend op de verklaringen van de asielzoeker gebaseerd hoeft te zijn. Asielzoekers die werkelijk tot de LGBTI-gemeenschap behoren en die beschikken over het advies van een gerechtsdeskundige dat op dergelijke testmethoden is gebaseerd, zullen hun kans om de vluchtelingenstatus of de status van subsidiair beschermd persoon te verkrijgen, aanzienlijk zien toenemen en niet langer de serieuze moeilijkheden ondervinden die rijzen wanneer ambtenaren de geloofwaardigheid louter op basis van verklaringen beoordelen, en dus evenmin het daaruit voortvloeiende grote risico lopen.

Naar het oordeel van de verwijzende rechter kan een verbod om in het kader van de procedure tests af te leggen, ongeacht de specifieke kenmerken ervan, dus bijzonder nadelige gevolgen hebben voor LGBTI-asielzoekers.

In deze omstandigheden heeft de verwijzende rechter besloten de behandeling van de zaak te schorsen en de in het dictum geformuleerde prejudiciële vragen aan het Hof voor te leggen.

[OMISSIS] [nationale procesrechtelijke aspecten]

Szeged, 8 augustus 2016

[OMISSIS] [ondertekening]