

UCIECZKA PRZED HOMIOFOBIA



WNIOSKI O UDZIELENIE AZYLU
Z POWODU ORIENTACJI SEKSUALNEJ
I TOŻSAMOŚCI PŁCIOWEJ W EUROPIE

SABINE JANSEN I THOMAS SPIJKERBOER



UCIECZKA PRZED HOMOFOBIA

SABINE JANSEN I THOMAS SPIJKERBOER



COC NEDERLAND | VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM | WRZESIEŃ 2011

„Ucieczka przed homofobią”
to projekt organizacji COC Netherlands i Vrije Universiteit w Amsterdamie
we współpracy z Węgierskim Komitetem Helsińskim,
organizacją Avvocatura per i diritti LGBT/ Rete Lenford
oraz Europejską Radą ds. Uchodźców.

Projekt „Ucieczka przed homofobią” możliwy jest dzięki środkom z Europejskiego Funduszu
na rzecz Uchodźców, Ministerstwa Spraw Wewnętrznych Holandii
oraz organizacji uczestniczących w projekcie.



Podziękowania

Caco Verhees zapewniła nam znakomite wsparcie logistyczne podczas trwania badań nad zagadnieniami zawartymi w niniejszym raporcie. Bez jej pomocy nie bylibyśmy w stanie doprowadzić tego projektu do pomyślnego zakończenia.

Louis Middelkoop i Veeni Naganathar pomogli nam w zredagowaniu przypisów na końcowym etapie prac.

Frances Gilligan wspierała nas w zakresie redakcji tekstów w języku francuskim.

Tylko my – autorzy – ponosimy odpowiedzialność za wszelkie błędy, których nie udało nam się uniknąć.

Opracowanie graficzne: anoukjohanson.nl

Tłumaczenie na język polski: Anna Konieczna-Purchała



SPIS TREŚCI

PODSUMOWANIE I NAJWAŻNIEJSZE WNIOSKI	7
1. WSTĘP	13
2. PENALIZACJA	23
3. OCHRONA UDZIELANA PRZEZ PAŃSTWA Z UWAGI NA PRZEŚLADOWANIA ZE STRONY PODMIOTÓW NIEBĘDĄCYCH PAŃSTWAMI	31
4. WYMÓG DYSKRECJI	37
5. OCHRONA WEWNĘTRZNA	45
6. WIARYGODNOŚĆ	51
7. OPÓŹNIENIE W UJAWNIENIU INFORMACJI	71
8. INFORMACJE O PAŃSTWIE POCHODZENIA	77
9. PAŃSTWO PRZYJMUJĄCE	83
ZALECENIA	87
ZAŁĄCZNIK I: LISTA EKSPERTÓW KRAJOWYCH	91
ZAŁĄCZNIK II: DORADCY	93



PODSUMOWANIE I NAJWAŻNIEJSZE WNIOSKI

Co roku tysiące lesbijek, gejów, biseksualistów, transseksualistów i osób interseksualnych (osób LGBTI) składają wnioski azylowe, prosząc o przyznanie im ochrony międzynarodowej w Europie. Unia Europejska oraz państwa Europy podjęły konkretne i właściwe działania, w postaci np. uznania w Artykule 10 Dyrektywy Kwalifikacyjnej orientacji seksualnej za powód prześladowania. Niektóre Państwa Członkowskie wymieniają także tożsamość płciową wśród powodów prześladowania zawartych w ustawodawstwie krajowym (Portugalia, Hiszpania) lub w dokumentach stanowiących podstawę polityki państwa w danym zakresie (Austria, Wielka Brytania). Prawdopodobne jest także, że sama Dyrektywa Kwalifikacyjna zostanie uzupełniona o kryterium tożsamości płciowej. Niektóre prześladowane osoby LGBTI ubiegające się o status uchodźcy uzyskały faktycznie taki status lub też przyznano im status ochrony uzupełniającej lub otoczone one zostały inną formą opieki przez Państwa Członkowskie Unii Europejskiej.

USTALENIA OGÓLNE

Niniejszy raport pokazuje jednak, iż istnieją znaczące różnice w sposobie rozpatrywania wniosków o azyl w poszczególnych państwach członkowskich. Jest to szczególnie problematyczne w kontekście wysiłków zmierzających do utworzenia Wspólnego Europejskiego Systemu Azylowego, prowadzącego do jednolitego rozumienia statusu uchodźcy. System dubliński, na mocy którego tylko jedno państwo członkowskie Unii Europejskiej rozpatruje wnioski azylowe, oparty jest na złudnym założeniu, że istnieje wspólny standard w stosowaniu prawa dotyczącego uchodźców. Standardu takiego jednak, niestety, brak. Europejski Urząd Wsparcia ds. Polityki Azylowej powinien, w celu przeciwdziałania takim różnicom, skoncentrować się przede wszystkim na rozpoznaniu i zebraniu dobrych praktyk w zakresie rozpatrywania wniosków azylowych składanych przez osoby LGBTI. Drugi wniosek natury ogólnej, jaki płynie z niniejszego studium porównawczego, jest następujący: co do kilku zagadnień postępowanie państw europejskich nie spełnia standardów wyznaczonych przez międzynarodowe i europejskie akty prawne dotyczące praw człowieka oraz problematyki uchodźców.

Praktyka europejska pokazuje jasno, iż organy poszczególnych państw w wielu przypadkach przy rozpatrywaniu wniosków azylowych osób LGBTI opierają swoje działania na **stereotypach**. Decyzje organów wciąż na przykład odwołują się do przekonania, że orientacja seksualna osoby ubiegającej się o status uchodźcy powinna być potraktowana poważnie jedynie wtedy, gdy osoba ta odczuwa „przytłaczającą i nieodwracalną” wewnętrzną potrzebę

nawiązania relacji seksualnych z osobą tej samej płci. Taka perspektywa wyłącza spod ochrony międzynarodowej zarówno osoby biseksualne, jak i inne osoby LGBTI, których zachowanie nie mieści się w ramach stereotypów stosowanych przez organy azylowe. Stereotypy te skutkują także wykluczeniem spod ochrony lesbijek, które nie przejawiają zachowań typowo męskich, gejów, którzy nie są zniewieściami, czy też wnioskodawcom LGBTI, którzy zawarli związku małżeński lub mają potomstwo.

Co więcej, w praktyce państw europejskich częstokroć **podważa** się fundamentalny charakter **praw człowieka** w przypadku osób LGBTI. Notorycznie odsyła się wnioskodawców LGBTI do ich krajów pochodzenia, posługując się argumentem, że mogą oni uniknąć prześladowań, ukrywając swoją tożsamość. W przypadku wnioskodawców LGBTI podważa to podstawową zasadę, leżącą w samym sercu ustawodawstwa dotyczącego uchodźców: osoby, które odczuwają uzasadnioną obawę przed prześladowaniami z powodu słusznego korzystania z przysługujących im praw człowieka mają prawo do ochrony międzynarodowej. Żądanie od takich osób, aby zrezygnowały z realizacji przysługujących im praw człowieka w celu pozyskania „ochrony” jest sprzeczne z celem i przeznaczeniem tych praw. Osoby LGBTI składające wnioski azylowe są też często odsyłane do krajów, gdzie mogą mieć uzasadnione obawy uwięzienia lub skazania na karę śmierci za podejmowanie czynności seksualnych z osobami tej samej płci. Także poważne naruszenia praw człowieka wobec osób transseksualnych, powszechne w wielu miejscach na świecie, często okazują się nie być wystarczającym powodem dla przyznania ochrony wnioskodawcom.

POSZCZEGÓLNE PROBLEMY

W naszym projekcie badawczym skoncentrowaliśmy się na ośmiu konkretnych zagadnieniach.

1. Penalizacja

Wiele osób LGBTI składających wnioski azylowe pochodzi z krajów, gdzie prawo penalizuje ich orientację seksualną czy też tożsamość płciową. Penalizacja ta przybiera różne formy. Prawo może uznawać czynności seksualne pomiędzy dwoma dorosłymi, wyrażającymi zgodę osobami tej samej płci za przestępstwo. Penalizowane mogą też być czyny „niezgodne z prawem naturalnym”. Przepisy takie wykorzystywane mogą być przeciwko osobom transseksualnym oraz przeciwko osobom podejmującym stosunki seksualne z osobami tej samej płci.

PODSUMOWANIE I NAJWAŻNIEJSZE WNIOSKI

W pięciu państwach europejskich odmawia się ochrony wnioskodawcom LGBTI z krajów, gdzie prawo zawiera takie przepisy, nawet jeżeli ich przestrzeganie jest faktycznie egzekwowane.

W większości państw teoretycznie realizacja założeń penalizacji (ściganie) stanowi wystarczający powód dla przyznania ochrony. Praktycznie rzecz jednak biorąc, częstokroć wnioskodawcom i tam odmawia się ochrony, mylnie uznając, że brak informacji o egzekwowaniu takich przepisów przeciwko osobom LGBTI jednoznaczny jest z brakiem ich egzekwowania. We Włoszech sam fakt penalizacji stanowi wystarczająca przesłankę dla przyznania statusu uchodźcy. Sytuacja jest jednak problematyczna w innych państwach europejskich. Na podstawie Artykułu 4(3)(a) Dyrektywy Kwalifikacyjnej fakt, że dana orientacja seksualna czy tożsamość płciowa podlega w danym kraju penalizacji powinien oznaczać, że osoby LGBTI uciekające z tego kraju mają uzasadnioną obawę przed prześladowaniem za względu na tę orientację seksualną czy też tożsamość płciową.

2. Ochrona udzielana przez państwa wobec prześladowań ze strony podmiotów niebędących państwami

W przypadku osób LGBTI, które doznały prześladowań ze strony podmiotów niebędących państwami (np. ze strony swoich krewnych lub ze strony gangów) może wydawać się rozsądne przyjęcie, że – zanim przywołane zostaną instytucje ochrony międzynarodowej przewidziane przez Konwencję Genewską – osoby te powinny zwrócić się do organów ich własnego kraju w poszukiwaniu ochrony na szczeblu krajowym. Z perspektywy ochrony praw osób LGBTI postawa taka wydaje się godna poparcia, gdyż wyraża się w niej przeświadczenie, że organy krajowe zobowiązane są chronić swoich obywateli będących osobami LGBTI przed przemocą ze strony ich współobywateli. W praktyce europejskiej znacznie bardziej realistyczne wydaje się jednak założenie, że osoby LGBTI w swoich krajach macierzystych **ochrony takiej nie uzyskają**. W dziesięciu państwach europejskich od wnioskodawców LGBTI wymaga się, aby zwrócili się o ochronę do organów swoich krajów nawet, jeśli w krajach tych orientacja seksualna lub tożsamość płciowa tych osób podlegają penalizacji. W czterech państwach europejskich wymogu tego nie stawia się wnioskodawcom pochodzącym z krajów „penalizujących”. W większości państw europejskich wymaga się, aby wnioskodawcy LGBTI zwracali się z prośbą o ochronę do swoich organów krajowych, nawet jeśli wiadomo, że organy te prezentują postawy homofobiczne lub transfobiczne. Wymóg ten nie obowiązuje jedynie w dwóch państwach europejskich.

Udzielenie ochrony przez organy krajowe jest mało prawdopodobne (a w wielu przypadkach możliwe są dalsze prześladowania, tym razem ze strony tych właśnie organów), jeżeli:

(a) osoby LGBTI podlegają w danym kraju **penalizacji**; nawet jeżeli przepisy takie nie są egzekwowane, to sam fakt ich istnienia sprawia, że jest mało prawdopodobne, że władze podejmą działania na korzyść osób prześladowanych przez inne podmioty z powodu zachowań osób prześladowanych, które są penalizowane przez prawo; lub

(b) policja jest **homofobiczna** lub **transfobiczna**.

3. Ukrywanie orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej

Ukrywanie orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej znane jest także jako wymóg dyskrecji. Nie jest to wymóg formalny, jednak sformułowanie takie używane jest bez jasnej podstawy prawnej w przypadkach, gdzie co do zasady przyznaje się, że ryzyko prześladowania faktycznie istnieje. Oczekuje się tu od samej osoby ubiegającej się o ochronę, że będzie ona starała się uniknąć prześladowań poprzez zachowanie „dyskrecji” co do swojej orientacji seksualnej czy też tożsamości płciowej. Innymi słowy, osoba ta nie powinna ujawniać swojej orientacji czy też tożsamości, a jeśli ujawnienie już nastąpiło – powrócić do jej ukrywania. Ukrywanie orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej traktowane jest jako alternatywna forma ochrony. W kilku państwach europejskich zrezygnowano z wymogu dyskrecji, jednak w ogromnej większości z nich wymóg ten nadal często obowiązuje.

Organy właściwe w sprawach udzielania ochrony uchodźcom uznają często, że racjonalne jest oczekiwanie, że wnioskodawca będzie ukrywał swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową w celu uniknięcia prześladowań. Postawa taka jest problematyczna z dwóch powodów. Po pierwsze, nie jest słusznym oczekiwanie, że osoby powinny powstrzymać się od wyrażania swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej, czy też że będą ją wyrażać wyłącznie w głębokiej tajemnicy: takie oczekiwanie jednoznaczne jest z odmawianiem tym osobom słusznego korzystania z podstawowych **praw człowieka**. Posługując się tym argumentem, organy państw europejskich stają się sprzymierzeńcami homofobicznych czy transfobicznych władz krajów pochodzenia osób ubiegających się o ochronę w naruszaniu ich praw jako osób LGBTI. Postawa taka stanowi problem normatywny natury zupełnie fundamentalnej. Wymóg dyskrecji problematyczny jest także z drugiego powodu, o charakterze bardziej empirycznym. Życie ukrywając swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową jest mianowicie życiem bardzo **niebezpiecznym**. Orientacja ta czy tożsamość mogą zostać ujawnione wbrew woli osoby, której to ujawnienie dotyczy. Ryzyko tego jest nieuchronne i nigdy nie zanika. Ujawnienie takie może nastąpić ze strony partnerów seksualnych, podejrzliwych sąsiadów czy krewnych. To stałe ryzyko ujawnienia

wiąże się ze stałym ryzykiem prześladowania. Co więcej, nawet jeżeli osobom LGBTI uda się utrzymać swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową w ukryciu, ciągłe życie w niepokoju i niepewności (nieodłącznie towarzyszących ukrywaniu tak podstawowego aspektu swojego życia) samo w sobie jest nieludzkie i upokarzające.

Wymóg dyskrecji powinien zatem zostać zniesionych w tych państwach europejskich, które nadal dopuszczają jego stosowanie.

4. Ochrona krajowa

Wiele krajów, odmawiając udzielenia uchodźcom ochrony, odwołuje się do argumentu znanego jako możliwość ucieczki krajowej czy też alternatywna ochrona krajowa, choć argument ten nie jest wpisany w Konwencję Genewską. Jak odnotowano już poprzednio, co do zasady nie wydaje się problematyczne stosowanie do wnioskodawców LGBT, tak samo jak do wszystkich innych kategorii wnioskodawców, postulatu, że jeśli obawa przed prześladowaniami zasadna jest tylko w jednym obszarze kraju pochodzenia, to można oczekiwać od wnioskodawcy, że przeniesie się on w inny rejon tego kraju, gdzie będzie mógł żyć bezpiecznie. Trzeba jednak pamiętać, że zasada ochrony krajowej ma zastosowanie jedynie wtedy, gdy zakłada się, że wnioskodawca ma uzasadnione obawy przed prześladowaniami przez podmioty nie będące państwem w jednej z części kraju. Innymi słowy zakłada się, że wnioskodawca w rzeczy samej potrzebuje ochrony. Ochrona, której potrzebuje wnioskodawca i do której prawo mu przysługuje musi być skuteczna. Ten zbieg przesłanek wyklucza stosowanie zasady ochrony krajowej w odniesieniu do krajów, gdzie orientacja seksualna lub tożsamość płciowa są **penalizowane**, ponieważ w krajach tych żadna ochrona nie zostanie wnioskodawcy przyznana. Wyklucza on także stosowanie alternatywy ochrony krajowej w sytuacjach, gdzie od wnioskodawcy oczekuje się „dyskrecji” w celu uniknięcia dalszych problemów. Jak wynika z naszych badań, aż 16 krajów europejskich stosuje jednak argument ochrony krajowej w przypadku wnioskodawców LGBT, a 9 spośród z nich używa łącznie z tym argumentem wymogu dyskrecji.

5. Ocena wiarygodności

Kluczowym elementem w wielkiej liczbie spraw azylowych stały się kwestie wiarygodności, tzn. ocena prawdziwości przedstawianej przez wnioskodawcę historii stanowiącej podstawę jego wniosku o objęcie ochroną. Ocena wiarygodności jest rzecz jasna bardzo trudna. Wynika to zwłaszcza z faktu, że w braku odpowiedniej świadomości i wrażliwości po stronie oceniającego, jego własne subiektywne doświadczenie życiowe używane jest jako miara, z którą porównywane są stwierdzenia osoby pochodzącej z innego

kraju, często z innej kultury, posługującej się innymi kodami komunikacyjnymi i innym systemem wartości. W wielu zbadanych przez nas przypadkach ocena wiarygodności zasadzała się próbach ustalenia, czy aplikant rzeczywiście jest osobą LGBTI. Dwa dodatkowe elementy komplikują kwestię oceny wiarygodności w przypadku wnioskodawców LGBTI. Po pierwsze, w kontekście azylowym w wielu krajach Unii Europejskiej nadal żywe są pozostałości sposobu myślenia o tożsamościach LGBTI jako o dewiacji w sensie medycznym, psychiatrycznym czy psychologicznym, choć formalnie podejście takie zostało odrzucone w doniesieniu do orientacji seksualnej, a obecnie jest silnie kontestowane w odniesieniu do osób trans- i interseksualnych. Tożsamości LGBTI nie stanowią kategorii medycznych, psychiatrycznych czy psychologicznych. Użycie zatem medycznych, psychiatrycznych czy psychologicznych opinii ekspertów w celu ustalenia orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej wnioskodawcy nie jest ani właściwe, ani uzasadnione. W procesie tworzenia takich opinii dochodzi do naruszenia prywatności wnioskodawcy, co może powodować głębokie cierpienie, zwłaszcza w przypadku wnioskodawców, którzy poddawani byli podobnym procedurom w kraju pochodzenia. Ponieważ opinie takie nie służą żadnym uzasadnionym celom, naruszenie prywatności wnioskodawcy stanowi niczym nieuzasadnione naruszenie prawa do poszanowania życia osobistego. Podkreślić należy, że zastrzeżenia te dotyczą nie tylko cieszącej się złą sławą metody „fallometrii”, ale także i innych metod natury medycznej, psychiatrycznej czy psychologicznej. Pamiętać jednak warto, że opinie ekspertów z dziedziny medycyny, psychiatrii czy psychologii dotyczące konsekwencji, jakie homo- czy transfobia może mieć dla wnioskodawców LGBTI mogą okazać się przydatne w rozpatrywaniu ich wniosków azylowych. Nie powinno się stosować badań natury medycznej, psychiatrycznej czy psychologicznej do „udowodnienia” tożsamości LGBTI. Orientacja seksualna czy tożsamość płciowa stanowią element identyfikacji własnej danej osoby, a nie są zagadnieniem medycznym, psychiatrycznym czy psychologicznym.

Druga kwestia przyczyniająca się do złożoności problemów wokół oceny wiarygodności w przypadkach wnioskodawców LGBTI to użycie stereotypów. Ludzie posługują się stereotypami, by uporządkować odbierane przez ich zmysły informacje. Stereotypy często są błędne, ale w wielu przypadkach jest to bez znaczenia, jak na przykład w takiej sytuacji: moje przekonanie, że wszyscy Szwedzi lubią lody waniliowe okaże się problemem jedynie w sytuacji, gdy będę chciała podbić szwedzki rynek deserów lodowych. Rzecz ma się jednak inaczej, jeśli osoby rozpatrujące wnioski azylowe uważają, że wszyscy geje z Iraku są kobiecty w obejściu; że lesbijka ze Sierra Leone musi wiedzieć, czy w kraju tym zachowania lesbijskie są przestępstwami; że Egipcjanin, który nie wie, jak nazywa się najlepszy bar gejowski w Dublinie, na pewno nie jest gejem; czy też, że kobieta

PODSUMOWANIE I NAJWAŻNIEJSZE WNIOSKI

zamężna z mężczyzną i mająca z nim dzieci nie może być lesbijką czy osobą biseksualną. Nie istnieje wprawdzie żadne proste rozwiązanie problemu użycia stereotypów, jest jednak bardzo istotne, aby organy rozpatrujące wnioski azylowe miały świadomość faktu, że obciążone są tendencją do opierania się w codziennym działaniu na stereotypach; aby miały świadomość, jakie konkretnie stereotypy mają szczególne znaczenie w ich działaniu; aby rozumiały, że powinny być otwarte na możliwość podważania prawdziwości tych stereotypów. W tym celu początkowe szkolenie osób rozpatrujących wnioski azylowe obejmować powinno moduł dotyczący kwestii LGBTI, a także kwestie te powinny być wplecione w standardowy dalszy tok szkoleń. W tym względzie istotną rolę do odegrania ma Europejski Urząd Wsparcia ds. Polityki Azylowej.

6. Późne ujawnienie

Zdarza się często, że wnioskodawcy ujawniają organom azylowym swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową dopiero na dalszych etapach procedur rozpatrywania ich wniosków, czy też ujawniają ją dopiero w kolejnych wnioskach. Może to wynikać z wielu czynników: odczucia strachu lub wstydu wnioskodawcy; zinternalizowanej homo- czy transfobii; wnioskodawca może nie być w stanie określić swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej czy zwerbalizować swojego doświadczenia życiowego; może też obawiać się, że informacja ta dotrze do osób w społeczności, z której pochodzi, i zostanie przekazana jego rodzinie czy też innym osobom z kraju jego pochodzenia w kraju, gdzie szuka schronienia; może zdarzyć się, że wnioskodawca zda sobie sprawę ze swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej w środowisku kraju, gdzie szuka schronienia; może także okazać się, że wnioskodawca nie zdawał sobie uprzednio sprawy, że orientacja seksualna czy tożsamość płciowa mogą być istotnymi czynnikami w kontekście wniosku azylowego. Po stronie organów azylowych może to skutkować nieufnością lub brakiem wiary w słowa wnioskodawcy, zwłaszcza jeśli wniosek azylowy składany jest w kraju, który dopuszcza udzielenie azylu osobom LGBTI z powodu ich orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej. Nie uzasadnia to jednak stosowania praktyk, które w nieunikniony sposób dyskwalifikują wnioskodawców LGBTI, którzy nie kłamią w sprawie swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej, ale którzy tę orientację czy tożsamość ujawniają na dalszych etapach procesu azylowego, a którym potrzebna jest ochrona. Praktyki dyskwalifikujące mogą przybierać dwojaką formę. W dwóch krajach europejskich stosuje się zasadę *res iudicata*, która pozwala organom azylowym nie uwzględniać informacji czy dowodów które, w teorii, mogły być zostać przedstawione na wcześniejszym etapie procedury. Zasada ta może być stosowana w sposób elastyczny, jak np. w Austrii. Organy azylowe mogą wtedy zbadać przyczyny, dla których informacje zostały przedstawione

z opóźnieniem. Takie zastosowanie zasady *res iudicata* nie jest problematyczne. Problem pojawia się, kiedy – jak na przykład w prawie holenderskim – informacje podane z opóźnieniem w ogóle nie mogą zostać rozpatrzone, niezależnie od przyczyn opóźnienia. Tak rygorystyczne stosowanie zasady *res iudicata* jest nie do przyjęcia, ponieważ w nieunikniony sposób prowadzi do przypadków odmowy udzielenia azylu wnioskodawcom w wielkiej potrzebie ochrony. Druga z praktyk dyskwalifikujących wiąże się z oceną „spóźnionego coming-outu” z perspektywy wiarygodności. Nie jest to samo w sobie niewłaściwe. Nie może jednak dochodzić do sytuacji, w której samo w sobie opóźnienie w podaniu informacji uznawane jest za dowód braku wiarygodności. Moment ujawnienia informacji stanowi tylko jeden z elementów, które powinny zostać uwzględnione w ocenie wiarygodności. Zawsze powinno się rozważyć przyczyny późniejszego jej ujawnienia.

7. Informacje o państwie pochodzenia

Informacje o państwie (IPP) pochodzenia są kluczowym czynnikiem w rozpatrywaniu wniosków azylowych. Powinny one być obiektywne, pełne i wiarygodne. Konieczne jest zatem umieszczenie w informacjach na temat wszystkich krajów danych dotyczących sytuacji osób LGBTI tych krajach. Dane te nie powinny dotyczyć wyłącznie gejów czy też skupiać się na sytuacji gejów; powinny obejmować także lesbijki oraz osoby biseksualne, transseksualne i interseksualne. Co więcej, informacje nie powinny ograniczać się do regulacji prawa karnego. Powinny one dotyczyć także sytuacji osób LGBTI w świetle prawa rodzinnego, prawa pracy i ubezpieczeń społecznych, działań promujących niektóre grupy społeczne, jak również ochrony osób LGBTI przed przemocą i dyskryminacją, zarówno w teorii jak i w praktyce. Europejski Urząd Wsparcia ds. Polityki Azylowej może odegrać dużą rolę w tym względzie. Konieczne jest ponadto zapewnienie, że dane o krajach pochodzenia stosowane są we właściwy sposób. Rzecz jasna zdobycie danych dotyczących sytuacji osób LGBTI w niektórych krajach może być trudne, ze względu właśnie na zaniedbania w dziedzinie praw człowieka. Brak informacji na temat np. faktycznego stosowania przepisów karnych czy też na temat sytuacji osób LGBTI nie powinien być interpretowany jako brak zagrożeń dla tych osób. W takich przypadkach konieczne jest zebranie dalszych informacji, których źródłem mogą być np. oddolnie organizowane organizacje LGBTI w krajach pochodzenia. Jeśli nie jest to możliwe, decyzje powinny zapadać z uwzględnieniem faktu, że wiarygodne dane nie są dostępne i z odwołaniem się do zasady, by wątpliwości interpretować na korzyść wnioskodawcy.

8. Kraj przyjmujący

Osoby LGBTI składające wnioski azylowe często spotykają się w europejskich ośrodkach dla uchodźców i podobnych instytucjach z zachowaniami homofobicznymi i transfobicznymi - od dyskryminacji po napastowanie i przemoc. Winne takich zachowań są zarówno inne osoby w podobnej sytuacji, jak i w niektórych przypadkach, pracownicy ośrodków czy przedstawiciele organów azylowych. Kwestie o szczególnym znaczeniu dla osób LGBTI powinny stać się przedmiotem procedur i wytycznych. Najistotniejsze wydaje się stworzenie efektywnie działającego systemu pozwalającego wnioskodawcom na składanie skarg i zażaleń. Inne kroki, jakie warto podjąć to zapewnienie wnioskodawcom LGBTI pewnej swobody w decydowaniu o swojej sytuacji mieszkaniowej oraz odpowiednie przeszkolenie pracowników ośrodków oraz innych osób zawodowo wchodzących w kontakt z wnioskodawcami i uchodźcami.

GŁÓWNE ZALECENIA

Niniejszy raport zawiera zalecenia, w niektórych przypadkach bardzo szczegółowe, dotyczące wszystkich z wymienionych punktów. Zalecenia znajdują się wewnątrz poszczególnych rozdziałów, a ich pełne zestawienie znajduje się także na stronie 87. Najważniejsze zalecenia wymienione są poniżej.

- 1. Status uchodźcy powinien być przyznawany wnioskodawcom gejom, lesbijkom, osobom biseksualnym, transseksualnym i interseksualnym pochodzącym z krajów, gdzie orientacja seksualna czy tożsamość płciowa są penalizowane lub gdzie stosuje się inne przepisy prawa karnego w celu ścigania lub prześladowania osób ze względu na orientację seksualną czy tożsamość płciową.**
- 2. Wnioskodawcy geje, lesbijki, osoby biseksualne, transseksualne i interseksualne powinni być zwolnieni z obowiązku ubiegania się o pomoc ze strony organów państwa w przypadkach prześladowań ze strony podmiotów niebędących państwem, jeśli w krajach ich pochodzenia orientacja seksualna czy tożsamość płciowa są penalizowane lub jeśli władze są tam homofobiczne czy transfobiczne.**
- 3. Nie powinno się wymagać, aby wnioskodawcy geje, lesbijki, osoby biseksualne, transseksualne i interseksualne musieli w celu uniknięcia prześladowań ukrywać swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową.**
- 4. Nie powinno się używać argumentu odwołującego się do ochrony krajowej w przypadku wnioskodawców gejów, lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych pochodzących z krajów, gdzie orientacja seksualna czy tożsamość płciowa są penalizowane.**
- 5. Ustalanie orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej powinno w zasadzie opierać się na deklaracji wnioskodawcy; nie są to kategorie natury medycznej czy psychiatrycznej. Osoby rozpatrujące wnioski azylowe i podejmujące decyzje w ich sprawach, jak również pracownicy sądownictwa i osoby świadczące pomoc prawną powinny zostać przeszkolone tak, aby zagadnienia orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej były dla nich dobrze zrozumiałe, co pomoże zapobiegać opieraniu się na stereotypach.**
- 6. Późne ujawnienie informacji o orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej nie powinno prowadzić do odmowy udzielenia azylu. Skutek taki nie powinien pojawiać się ani z powodu rygorystycznego stosowania zasady res iudicata, ani z powodu uznania opóźnienia w ujawnieniu tej informacji za dowód braku wiarygodności w zakresie orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej wnioskodawcy.**
- 7. Dane o kraju pochodzenia powinny zawsze obejmować informacje o sytuacji gejów, lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych wykraczającą poza ewentualne przepisy prawa karnego. Jeżeli brak informacji na temat sytuacji gejów, lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych w zakresie praw człowieka w danym kraju, lub jeśli informacje takie są niewystarczające, nie powinno to być interpretowane jako przejaw braku naruszeń praw człowieka wobec tych osób w danym kraju. Zasada interpretowania wątpliwości na korzyść wnioskodawcy ma tu szczególne znaczenie.**
- 8. W ośrodkach, do których trafiają wnioskodawcy i uchodźcy konieczne jest podjęcie działań zmierzających do ochrony wnioskodawców gejów, lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych przed przemocą na tle homofobii i transfobii.**
- 9. Europejski Urząd Wsparcia ds. Polityki Azylowej powinien traktować jako swoje priorytetowe zadanie zebranie informacji o dobrych praktykach w rozpatrywaniu wniosków wnioskodawców gejów, lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych, a także rozpowszechniania takich informacji.**

1 WSTĘP

HT, gej z Kamerunu, przez trzy lata był w związku z innym mężczyzną. Sąsiad zobaczył, jak HT całuje się w ze swoim partnerem w ogrodzie na tyłach swojego domu. W konsekwencji HT stał się obiektem przemocy, gdy tłum usiłował wymierzyć mu „sprawiedliwość”. Policja, zamiast udzielić mu pomocy, przyłączyła się do ataków. Brytyjskie organy azylowe odmówiły udzielenia HT azylu, argumentując, że może on przeprowadzić się do innej części Kamerunu, gdzie nie jest znany; ukrywanie swojej orientacji seksualnej miałyby być tam dla niego uciążliwe, ale tylko w stopniu możliwym do zniesienia. Jednak Sąd Najwyższy nie zgodził się z tą decyzją, stwierdzając, że lesbijki, geje i osoby biseksualne mają prawo do życia w swobodzie i jawności.¹

1.1 SKĄD POMYSŁ BADANIA DOTYCZĄCEGO OSÓB LGBTI SKŁADAJĄCYCH WNIOSKI AZYLOWE?

Niniejszy raport zawiera wyniki badania porównawczego dotyczącego sposobów rozpatrywania wniosków azylowych składanych przez osoby LGBTI w Europie. Badania takie nie były nigdy wcześniej prowadzone. Co roku tysiące lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych (osób LGBTI) składa wnioski azylowe w Państwach Członkowskich Unii Europejskiej. Jak pokazuje powyższy przykład, decyzje w ich sprawach podejmowane są częstokroć w oparciu o kontrowersyjne przesłanki. Sprostowanie takich niesłusznych przekonani i wynikających z nich metod postępowania wymaga zwrócenia szczególnej uwagi na aspekty tych wniosków specyficzne dla sytuacji osób LGBTI. Niewiele jednak wiadomo na temat tego, jak rozmaite Państwa Członkowskie odnoszą się do wniosków azylowych osób LGBTI. Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej (FRA) opublikowała kilka raportów dotyczących homofobii oraz dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w państwach Unii.² Jeden z wniosków sformułowanych przez Agencję brzmi: „Brakuje zarówno badań naukowych, jak i nieoficjalnych danych płynących z organizacji pozarządowych w

odniesieniu do homofobii, transfobii i dyskryminacji ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową w wielu krajach Unii oraz na poziomie centralnym Unii. (...) Z analiz wynika, że istnieje znaczący niedobór badań tak jakościowych, jak i ilościowych oraz brak statystyk we wszystkich zakresach tematycznych objętych niniejszym raportem.” Raport wskazuje kwestie azylowe jako jedno z zagadnień, które „wydają się być bardzo niedostatecznie zbadane we wszystkich krajach członkowskich Unii Europejskiej”.³

Podejmując niniejsze badanie, staraliśmy się zapełnić tę lukę, dążąc do uzyskania pogłębionych danych jakościowych na temat polityki azylowej i jej praktycznej realizacji od prawników, przedstawicieli administracji publicznej, naukowców oraz osób związanych z organizacjami pozarządowymi. Na podstawie uzyskanych danych staraliśmy się zbadać następujące zagadnienia:

- W jakich aspektach polityka azylowa i jej praktyczna realizacja w poszczególnych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej są podobne, a w jakich się różnią?
- Jakie problemy napotykają Państwa Członkowskie, starając się rozpatrywać wnioski azylowe osób LGBTI w sposób sprawiedliwy, ale i bez zbędnej zwłoki?
- Jakie znajdują one rozwiązania („dobre praktyki”) dla tych problemów?
- Jakie zalecenia można sformułować na podstawie tych dobrych praktyk w państwach Unii Europejskiej oraz na podstawie europejskich i międzynarodowych regulacji prawnych w zakresie praw człowieka i praw uchodźców?

Pragniemy przyczynić się do zharmonizowanego między poszczególnymi krajami rozwoju europejskiej praktyki azylowej w przypadkach osób LGBTI w duchu pełnej zgodności z prawem międzynarodowym i europejskim.

Prawa człowieka w kontekście LGBTI cieszą się coraz większym zainteresowaniem. W 2008 r. opublikowany został pierwszy wyczerpujący raport dotyczący homofobii w krajach członkowskich Unii Europejskiej.⁴ W 2007 r. wypracowane zostały zasady Yogyakarty dotyczące zastosowania istniejących międzynarodowych standardów praw człowieka do zagadnień orientacji seksualnej i

1 UK Supreme Court (Sąd Najwyższy), 7 lipca 2010 r., sprawa: HJ (Iran) and HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department, [2010] UKSC 31; [2011] 1 A.C. 596.569.

2 Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, publikacje: *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part I – Legal Analysis*, 2008; European Union Agency for Fundamental Rights, *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part II – The Social Situation*, 2009; European Union Agency for Fundamental Rights, *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity, Comparative Legal Analysis* (updated version), 2010; European Union Agency for Fundamental Rights, *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in the EU Member States, Summary of findings, trends, challenges and promising practices*, 2010.

3 Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, publikacja: *Homophobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation in the EU Member States Part II – The Social Situation* (updated version), 2009, str. 129.

4 *ibidem*, nota 2.

tożsamości płciowej.⁵ W 2006 r. pięćdziesiąt cztery państwa przedstawiły Radzie Praw Człowieka (RPC) wspólne oświadczenie na temat przemocy ze względu na orientację seksualną i tożsamość płciową.⁶ Wcześniej w 2003 r. Brazylia usiłowała doprowadzić do podjęcia uchwały w Komisji Praw Człowieka. W 2008 r. Francja i Holandia podjęły inicjatywę w sprawie wspólnego oświadczenia na forum Zgromadzenia Ogólnego ONZ; inicjatywę tę poparło sześćdziesiąt sześć państw.⁷ W marcu 2011 r. poparcie dla uchwały potępiającej przemoc wyrażało już osiemdziesiąt pięć państw, wciąż jednak brakowało wsparcia ze strony większości państw zasiadających w RPC.⁸ Jednak w trzy miesiące później nastąpił przełom: Republika Południowej Afryki zaproponowała uchwałę na forum RPC, której treść obejmowała zalecenie przeprowadzenia badania dyskryminacji w kontekście orientacji seksualnej.⁹

Wszystkie te wydarzenia nastąpiły bardzo niedawno, dopiero w ostatnich latach. Nie jest więc zaskoczeniem, że problemy azylowe osób LGBTI dopiero niedawno stały się przedmiotem zainteresowania. Urząd Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców (UNHCR) wydał w 2008 r. notę zawierającą zalecenia dotyczące rozpatrywania wniosków uchodźców odnoszących się do orientacji seksualnej i tożsamości płciowej. Komisarz Praw Człowieka Rady Europy opublikował w czerwcu 2011 r. raport dotyczący dyskryminacji osób LGBTI. We fragmentach dotyczących postępowania azylowych raport wskazuje na następujące problemy i bariery: sposób odnoszenia się do faktu penalizacji osób LGBTI w kraju pochodzenia, włącznie z oczekiwaniem, że osoby LGBTI powinny ukrywać swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową; sposób ustalania wiarygodności; sposób, w jaki wnioskodawcy LGBTI traktowani są w ośrodkach dla wnioskodawców i uchodźców.¹⁰ Zwłaszcza trzy pierwsze z tych zagadnień stanowią przedmiot szczegółowych dociekań w niniejszym projekcie badawczym.

Jeśli chodzi o rozstrzygnięcia sądowe, istnieją na razie tylko dwa wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W obu z nich stwierdza się, że nie ma podstaw, by uznać, że geje w Iranie są

systemowo źle traktowani.¹¹ Jedna odnotowana sprawa oczekująca na rozstrzygnięcie także dotyczy geja z Iranu.¹²

Inne zagadnienie, na które zwraca uwagę raport Komisarza Praw Człowieka, to fakt, że ani prawo unijne, ani regulacje prawne w Państwach Członkowskich nie odnoszą się bezpośrednio do zagadnienia tożsamości płciowej.¹³ Z naszego badania wynika jednak, że kategoria tożsamości płciowej jest przywoływana bezpośrednio w kontekście przynależności do określonej grupy społecznej w prawie azylowym Portugalii i Hiszpanii, jak również wytycznych dotyczących stosowania polityki azylowej w Austrii i Wielkiej Brytanii.¹⁴ Tożsamość płciowa może wprawdzie być zaliczana do „aspektów związanych z płcią”, o czym wspomina artykuł 10(1)(d) Dyrektywy Kwalifikacyjnej, jednak wydaje się, że istnieje tu luka w prawie, ponieważ Państwa Członkowskie mogą w obecnym stanie prawnym przyjąć, że tożsamość płciowa nie stanowi powodu prześladowań ujętego w tej Dyrektywie. Najnowsze wersje poprawek do tej Dyrektywy obejmują bezpośrednie wymienienie w niej tożsamości płciowej.¹⁵

Polityka azylowa w kontekście LGBTI dopiero niedawno stała się przedmiotem debaty, nie jest zatem zaskoczeniem, że w chwili obecnej istnieje duża różnorodność podejść i praktyk stosowanych w Europie – fakt ten odnotowuje zarówno raport Komisarza Praw Człowieka, jak i nasz raport.¹⁶ Stopień zróżnicowania jest tak duży, że sięga aż po brak implementacji prawa unijnego.¹⁷ Z perspektywy polityki europejskiej stanowi to poważny problem: trzon europejskiej polityki azylowej stanowi zharmonizowana interpretacja i spójne stosowanie pojęć statusu uchodźcy i ochrony międzynarodowej. Co więcej, jest to problem w perspektywie praw człowieka. Jeżeli interpretacja i stosowanie prawa azylowego w jednym czy kilku krajach Unii Europejskiej nie spełnia standardów wymaganych prawem europejskim, stanowi to nie tylko samo w sobie naruszenie tego prawa, ale co więcej może powodować, że naruszeniem tego prawa będzie odsyłanie wnioskodawców do takich krajów. W kontekście praw człowieka problem ten został już oficjalnie wyrażony: jeżeli standardy przyjęte w jednym kraju nie spełniają minimum wyznaczonego Europejską

5 W języku angielskim: International Panel of Experts in International Human Rights Law and on Sexual Orientation and Gender Identity, Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity (2007), www.yogyakartaprinciples.org. W języku polskim np. <http://www.prawaczlowieka.edu.pl/>

6 Oświadczenie z inicjatywy Norwegii: *Joint statement on Human Rights violations based on sexual orientation and gender identity*, 1 grudnia 2006 r., 3. posiedzenie Rady Praw Człowieka ONZ.

7 Argentyna i inne państwa: *Joint statement on sexual orientation and gender identity*, 18 grudnia 2008 r., 70. posiedzenie plenarne Zgromadzenia Ogólnego ONZ.

8 Kolumbia i inne państwa: *Joint statement on ending acts of violence and related human rights violations based on sexual orientation & gender identity*, 22 marca 2011 r., 16. posiedzenie Rady Praw Człowieka ONZ.

9 Rada Praw Człowieka ONZ, publikacja: *Human rights, sexual orientation and gender identity*, A/HRC/17/L.9/Rev.1 (17 czerwca 2011 r.).

10 Komisarz Praw Człowieka Rady Europy, publikacja: *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, czerwiec 2011 r., str. 62-69.

11 Europejski Trybunał Praw Człowieka, 22 czerwca 2004 r., sprawa F. przeciwko Wielkiej Brytanii, 17431/03; Europejski Trybunał Praw Człowieka, 20 grudnia 2004 r., sprawa I.I.N. przeciwko Holandii, 2035/04.

12 Europejski Trybunał Praw Człowieka, sprawa: K.N. przeciwko Francji, 47129/09 (gej z Iranu); Europejski Trybunał Praw Człowieka, sprawa: D.B.N. przeciwko Wielkiej Brytanii, 26550/10 (lesbijka z Zimbabwe) wycofana po opuszczeniu przez pozwywającą Wielkiej Brytanii.

13 Komisarz Praw Człowieka Rady Europy, publikacja: *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, czerwiec 2011 r., str. 65.

14 Publikacja UK Home Office: *Asylum Instruction: Sexual Orientation and Gender Identity in the Asylum Claim*, 6 października 2010 r., zmiany 13 czerwca 2011 r.; w Austrii bezpośrednio wzmiankę o tożsamości płciowej w kontekście przynależności do szczególnej grupy zawiera wiążący dokument – *Regierungsvorlage*.

15 Rada Unii Europejskiej: *Presidency's Note to the Permanent Representatives Committee*, Bruksela, 6 lipca 2011 r., 2009/0164 (COD), ASILE 56, CODEC 1133.

16 *ibidem*, str. 62-69.

17 Ekspert krajowy poinformował nas, że Bułgaria nie wdrożyła do ustawodawstwa krajowego Artykułu 10(1)(d) Dyrektywy Kwalifikacyjnej, określającego orientację seksualną jako jeden z powodów prześladowań.

Konwencją Praw Człowieka, to transfer osoby składającej wniosek azylowy do tego państwa może być uznany za naruszenie Konwencji.¹⁸ Wyniki niniejszego badania wskazują, że także w przypadkach osób LGBTI różnicowanie między państwami członkowski Unii jest tak duże, że może uniemożliwić transfer wnioskodawcy do państwa, na którym spoczywa odpowiedzialność za rozpatrzenie wniosku azylowego.¹⁹ Konieczne jest więc zniwelowanie tych różnic, nie tylko przez wzgląd na interes wnioskodawców LGBTI, ale i z przyczyn istotnych dla Państw Członkowskich oraz samej Unii Europejskiej.

1.2 LICZBA WNIOSKODAWCÓW LGBTI; KRAJE POCHODZENIA

W przeważającej większości Państw Członkowskich nie prowadzi się statystyk dotyczących liczby wniosków azylowych składanych przez osoby LGBTI. Nie jest zatem możliwe podanie dokładnych danych na ten temat. Statystyki takie prowadzą jednak Belgia i Norwegia.²⁰

Tabela 1: Decyzje w sprawach wnioskodawców LGBTI w Belgii

Rok	Łączna liczba decyzji azylowych	Liczba decyzji azylowych w sprawach wnioskodawców LGBTI	Procent decyzji azylowych w sprawach wnioskodawców LGBTI
2008	8.964	226	2,52%
2009	8.883	362	4,08%
2010	13.170	522	3,96%
Total 2008-2010	31.017	1.110	3,58%

Źródło: Commissariat Général aux Réfugiés et aux Apatrides, *raporty roczne*, www.cgra.be/fr/Publications/2_Rapport_annuel/, dostęp 28 lipca 2011 r.

Tabela 2: Decyzje w sprawach wnioskodawców LGBTI w Norwegii

Rok	Łączna liczba decyzji azylowych	Liczba decyzji azylowych w sprawach wnioskodawców LGBTI			Procent decyzji azylowych w sprawach wnioskodawców LGBTI
2008	9.700	2 ♂	1 ♀	3	0,03%
2009	15.686	17 ♂	0 ♀	17	0,11%
2010	16.455	19 ♂	7 ♀	26	0,15%
Total 2008-2010	41.841	38 ♂	8 ♀	46	0,11%

Źródło: Norwegian Directorate of Immigration, www.udi.no/Norwegian-Directorate-of-Immigration/Oversiktsider/Statistikk-/Asylum/Asylum-decisions-in-first-instance-by-outcome-and-nationality--/, dostęp 28 lipca 2011 r.

18 Europejski Trybunał Praw Człowieka, 21 stycznia 2011 r., sprawa: M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji, 30696/09.

19 Nie piszemy więcej na ten temat, gdyż nie udało nam się zebrać wystarczająco dużo materiału empirycznego na temat traktowania spraw wnioskodawców LGBTI w systemie dublińskim. Jednak odnotować warto następujące przykłady:
 - kwestionariusz belgijski: wnioskodawca z Czeczenii nie został odesłany do Polski z powodu napływu tam Czeczenów o nastawieniu homofobicznym
 - kwestionariusz niemiecki: Verwaltungsgericht (sąd administracyjny) Schleswig-Holstein, 7 września 2009 r., 6B32/09: tymczasowe wstrzymanie transferu geja z Iranu z powodu ryzyka, że zostałby on poddany badaniom fallometrycznym, „których zgodność z prawami człowieka wydaje się bardzo wątpliwa”
 - kwestionariusz holenderski: postępowanie sądowe dotyczące bezpieczeństwa dwóch wnioskodawców gejów w Słowenii, Rechtbank (sąd rejonowy) Zwolle, 15 grudnia 2008 r., 08/27847; 08/27850; Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (wydział administracyjny Rady Stanu) 7 września 2009 r., 200809455/1/V3; wniosek geja z Iranu został odrzucony w Wielkiej Brytanii, a Holandia nie wzięła za niego odpowiedzialności, sąd utrzymał decyzję w mocy, Rechtbank (sąd rejonowy) Zwolle, 14 grudnia 2007 r., nr. 07/38475, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (wydział sądownictwa Rady Stanu) 11 marca 2008 r., 200800250/1. Wnioskodawca został nadany status uchodźcy pod presją ze strony Parlamentu Europejskiego: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/47da75002.html>.
 - w sprawie rozpatrywanej w Finlandii, dotyczącej osoby interseksualnej, wnioskodawcy nie odesłano z powodów zdrowotnych – potrzebna była terapia hormonalna i psychologiczna, którą rozpoczęto w Finlandii, a której dostępność we Włoszech była wątpliwa.

Dostępne są także dane nieco mniej precyzyjne. Szwedzka Rada ds. Migracji w 2002 r. szacowała liczbę osób wnioskujących o udzielenie azylu w Szwecji ze względu na orientację seksualną czy tożsamość płciową na ok. 300 rocznie. W Holandii liczba wniosków osób homoseksualnych i transpłciowych to ok. 200 rocznie. We Włoszech natomiast, według danych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych, w okresie od 2005 r. do początku 2008 r. złożono 54 wnioski, z których co najmniej 29 zakończyły się przyznaniem wnioskodawcom statusu uchodźcy czy też ochrony.²¹

Istnieją powody, by uważać, że faktyczna liczba wnioskodawców LGBTI jest jednak wyższa. We wszystkich częściach niniejszego raportu, ze szczególnym jednak uwzględnieniem Rozdziału 7,

20 Od 1 lipca 2011 r. także Wielka Brytania prowadzi takie statystyki (źródło informacji: wywiad z Billem Brandonem, zastępcą dyrektora d/s azylowych, 9 czerwca 2011 r.).

21 Komisarz Praw Człowieka Rady Europy, publikacja: *Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, czerwiec 2011 r., str. 66.

znajdują się przykłady wnioskodawców LGBTI, którzy dokonali coming outu wobec organów azylowych dopiero wtedy, kiedy ich pierwszy wniosek azylowy został odrzucony. Zrozumiałe jest w tej sytuacji, że władze podchodzą do tych oświadczeń z rezerwą, obawiając się, że osoby podają nieprawdziwe informacje w celu uzyskania azylu. Z całą jednak pewnością są osoby, które uciekły z krajów swojego pochodzenia z powodu prześladowań ze względu na swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową, lecz ubiegały się o azyl, powołując się na inne względy. Ich milczenie co do problemów związanych z orientacją seksualną czy tożsamością płciową mogło początkowo wynikać ze wstydu czy obawy; możliwe też, że osoby te nie wiedziały, że ich doświadczenia związane z orientacją seksualną czy tożsamością płciową mogą stanowić podstawę udzielenia im ochrony. Inne z kolei osoby mogły uzyskać azyl ze względów nie związanych z ich orientacją seksualną czy tożsamością płciową, skutkiem czego ich status osób LGBTI pozostał nieujawniony. W przypadku wnioskodawców gejów zjawisko to zapewne także występuje, jednak ma prawdopodobnie mniejszą skalę, niż w przypadku lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych czy interseksualnych, zważywszy na nich niedoreprezentowanie (więcej informacji na ten temat zawiera sekcja 1.6 niniejszego raportu). Niewątpliwie trzeba też zakładać, że niektóre osoby przebywają na stałe w kraju, do którego przybyły, nie mając nadanego żadnego statusu prawnego i nigdy nie ubiegając się o jego przyznanie ze względu na wstyd, stygmatyzację i lęk. Przyjmujemy zatem, że faktyczna liczba nie jest znana.

Różnica w liczbie wnioskodawców LGBTI w Norwegii i Belgii jest uderzająca i trudna do wyjaśnienia. Gdyby przyjąć jako średnią wskaźnik belgijski (wnioski osób LGBTI stanowią 3,58% łącznej liczby wniosków) i ekstrapolować tę proporcję na skalę całej Unii, gdzie liczba wniosków azylowych wyniosła w 2010 r. 235 900²², otrzymalibyśmy szacunkową liczbę 8 450 wnioskodawców LGBTI rocznie. Gdyby z kolei przyjąć średnią wskaźnik norweski (wnioski osób LGBTI stanowią 0,11% łącznej liczby wniosków) i ekstrapolować zgodnie z nim, otrzymalibyśmy szacunkową liczbę 260. Taka ocena wydaje się zbyt niska, by uznać ją za wiarygodną, skoro organy azylowe Szwecji i Holandii oceniły roczną liczbę wnioskodawców LGBTI odpowiednio na 300 i 200. Konieczne jest zatem przeprowadzenie dalszych badań w tym względzie. Zanim to nastąpi, wskaźnik belgijski wydaje się być lepszym miernikiem liczby wnioskodawców LGBTI. Dodatkowo konieczne jest uwzględnienie liczby „ukrytych” wnioskodawców. W oparciu to takie założenia przyjąć można bardzo szacunkowo, że corocznie w Unii Europejskiej składa się około 10 000 wniosków o udzielenie ochrony ze względu na orientację seksualną czy tożsamość płciową.

22 UNHCR, publikacja: *Asylum Levels and Trends in Industrialized Countries 2010, Statistical overview of asylum applications in Europe and selected non-European countries*, 2011 r., dostępna na stronie <http://www.unhcr.org/4d8c5b109.html>.

Ze względu na brak statystyk nie jest możliwe wskazanie, ilu wnioskodawców LGBTI pochodzi z jakich krajów. Przykłady cytowane przez krajowych ekspertów uczestniczących w naszym badaniu wskazują, że wnioskodawcy LGBTI wywodzą się co najmniej ze 104 państw.²³ Badanie nie miało charakteru ilościowego, nie jest zatem możliwe sporządzenie zestawienia statystycznego dotyczącego krajów pochodzenia wnioskodawców.

1.3 METODOLOGIA

W celu zbadania praktyk w Państwach Członkowskich Unii Europejskiej w październiku 2010 r. do ekspertów krajowych został rozesłany kwestionariusz²⁴ (wyjątek stanowiły: Estonia, Łotwa i Luksemburg, gdzie eksperci krajowi, z którymi się kontaktowaliśmy, poinformowali nas, że nie są w stanie przekazać nam danych dotyczących wnioskodawców LGBTI). W badaniu uwzględniliśmy także Norwegię, która nie jest członkiem Unii Europejskiej, ale która stosuje *acquis* unijne, oraz Danię, która co prawda jest członkiem Unii, ale w chwili obecnej nie stosuje *acquis* w kontekście azylowym.²⁵ Wybór ekspertów krajowych oparty był o kontakty zapewnione przez COC Netherlands, przez Program Badań Prawa o Migracjach Uniwersytetu Amsterdamskiego oraz przez partnerów w projekcie: Europejską Radę ds. Uchodźców, Europejską Sieć Prawa Azylowego ELENA, Węgierski Komitet Helsiński oraz Włoskie Stowarzyszenie Prawników LGBTI (Avvocatura per i diritti LGBT/ Rete Lenford). W uzyskaniu kontaktu z ekspertami wspierało nas także stowarzyszenie ILGA-Europe oraz genewskie Biuro Wysokiego Komisarza do spraw Uchodźców.²⁶ Każdy z krajowych kwestionariuszy podaje źródła, na których oparto zawarte w nim dane. Większość z tych

23 Oto lista tych państw: Afganistan, Albania, Algieria, Angola, Armenia, Azerbejdżan, Bangladesz, Barbados, Białoruś, Boliwia, Bośnia-Hercegowina, Brazylia, Burundi, Kamerun, Republika Środkowej Afryki, Chile, Chiny, Kolumbia, Kongo (Demokratyczna Republika Konga), Kostaryka, Chorwacja, Kuba, Dominikana, Ekwador, Egipt, Erytrea, Estonia*, Etiopia, Gambia, Gruzja, Ghana, Gwatemala, Gwinea, Gujana, Honduras, Indie, Indonezja, Iran, Irak, Izrael, Wybrzeże Kości Słoniowej, Jamajka, Jordania, Kazachstan, Kenia, Kosowo, Liban, Liberia, Libia, Litwa*, Macedonia, Malawi, Malezja, Mali, Mauretania, Mauritius, Meksyk, Mołdawia, Mongolia, Maroko, Nepal, Nikaragua, Niger, Nigeria, Pakistan, Palestyna, Panama, Paragwaj, Peru, Filipiny, Katar, Rumunia*, Rosja, Rwanda, Arabia Saudyjska, Senegal, Serbia, Sierra Leone, Słowacja*, Somalia, Republika Południowej Afryki, Sri Lanka, Saint Vincent i Grenadyny, Sudan, Syria, Tadżykistan, Tanzania, Tailandia, Togo, Trinidad i Tobago, Tunezja, Turcja, Turkmenistan, Uganda, Ukraina, Zjednoczone Emiraty Arabskie, Stany Zjednoczone Ameryki Północnej, Uzbekistan, Wenezuela, Wietnam, Jemen, Jugosławia, Zambia, Zimbabwe. Gwiazdką oznaczono państwa, które obecnie należą do Unii Europejskiej.

24 Kwestionariusz jest dostępny na stronie: www.rechten.vu.nl/fleeinghomophobiareport.

25 Jeśli chodzi o Szwajcarię, uzyskaliśmy odpowiedzi na część pytań zawartych w kwestionariuszu. W badaniu uwzględniliśmy Izrael, ponieważ znamy osoby działające tam w zakresie spraw azylowych osób LGBTI i uznaliśmy, że interesujące będzie porównanie z państwem, którego system nie podlega regulacjom unijnym.

26 Załącznik I zawiera listę ekspertów krajowych, a Załącznik II – listę doradców.

kwestionariuszy zostanie opublikowana na stronie internetowej projektu.²⁷ W przypadku niektórych krajów członkowskich eksperci krajowi uznali, że nawet po zastosowaniu odpowiednich procedur w celu anonimizacji danych publikacja kwestionariuszy stanowiłaby naruszenie poufności informacji, a co za tym idzie nie udzielili zgody na publikację kwestionariuszy dotyczących ich krajów. Z tej przyczyny nie publikujemy kwestionariuszy dotyczących Finlandii, Irlandii, Rumunii i Hiszpanii. Czytelnicy zainteresowani dostępem do tych danych mogą skontaktować się z ekspertami krajowymi w celu uzyskania dalszych informacji. Jeżeli w tym raporcie podajemy dane bez opatrzenia ich przypisem, oznacza to, że pochodzą one z kwestionariusza dotyczącego danego kraju; kwestionariusz zawiera informację o źródłach, z których pochodzą dane.

Podstawową zaletą badań kwestionariuszowych jest możliwość zebrania informacji o szerokim zasięgu geograficznym; z możliwości tej korzystamy w niniejszym projekcie badawczym. Posługujemy się w nim danymi, których nie byłibyśmy w stanie zdobyć bez użycia kwestionariuszy. Jednak wszelkie badania tego typu obciążone są dwoma podstawowymi problemami. Po pierwsze, trudno jest zachować kontrolę nad sposobem, w jaki eksperci krajowi interpretowali sformułowania zawarte w kwestionariuszu. Zważywszy na różnorodność kontekstów, nie można było wykluczać interpretacji znacząco różnych od tych, które były naszą intencją; istniała także możliwość interpretacji przez nas danych przesłanych przez ekspertów w sposób niezgodny z ich intencjami. Staraliśmy się zmniejszyć ryzyko niespójnych interpretacji poprzez (a) użycie unijnych regulacji azylowych jako głównego kontekstu pytań kwestionariusza, (b) zachęcanie ekspertów do zadawania pytań na temat kwestionariusza elektronicznie na wspólnym forum, aby wypracować wspólne ramy koncepcyjne interpretacji, (c) zadawanie dalszych pytań po otrzymaniu wypełnionych kwestionariuszy i proszenie ekspertów o ewentualne zmiany, (d) zorganizowanie dwudniowego spotkania, podczas którego pierwsza wersja raportu została omówiona ze wszystkimi ekspertami w celu zapewnienia raportowi spójności, oraz (e) poprzez rozesłanie ostatecznej wersji raportu do wszystkich ekspertów, aby umożliwić im eliminację ewentualnych błędów czy nieścisłości dotyczących kraju, co do którego są ekspertami. Drugi zasadniczy problem to nieuniknione różnice między zebranymi kwestionariuszami dotyczącymi poszczególnych krajów. Źródła tych różnic są rozmaite: inne jest otoczenie wypełniających je badaczy (w niektórych krajach dane potrzebne w kwestionariuszu dostępne były w bazach dostępnych internetowo, podczas gdy w innych eksperci musieli osobiście zebrać te dane), różne są też doświadczenia życiowe i zawodowe ekspertów, wśród których znaleźli się naukowcy akademicki, prawnicy i aktywiści organizacji pozarządowych. Mimo wszystkich swoich

niedoskonałości, przyjęta metodologia pozwoliła nam przeprowadzić pierwsze w Europie wyczerpujące badanie losów osób LGBTI w kontekście azylu. Ograniczenia płynące z przyjętej metody badawczej wyznaczają jednak obszary przyszłych badań koniecznych dla zapalenia luki informacyjnej na temat problemów osób LGBTI w kontekście procedur azylowych w Europie.

W przygotowanie niniejszego raportu zaangażowanych było wielu ekspertów krajowych. Chcemy jednak podkreślić, że zawarte tu analizy są dziełem jedynie dwóch autorów. Omawialiśmy wyniki naszych analiz z ekspertami krajowymi i z panelem doradców. Staraliśmy się uwzględnić w naszym raporcie możliwie jak najwięcej punktów widzenia. Jednak niniejszy raport niekoniecznie odzwierciedla poglądy osób, które pytaliśmy o opinię czy też organizacji, dla których osoby te pracują.

1.4 TERMINOLOGIA

W niniejszym raporcie posługujemy się trzema podstawowymi zestawami terminów: pierwszy z nich dotyczy poszczególnych krajów członkowskich Unii Europejskiej, drugi wiąże się z zagadnieniami LGBTI, trzeci natomiast to terminologia zagadnień azylowych.

1.4.1 REGULACJE PRAWNE, POLITYKA, PRAKTYKA

Kwestionariusz, którym się posługiwaliśmy, zawierał zagadnienia dotyczące regulacji prawnych, polityki i praktyki w Państwach Członkowskich Unii Europejskiej. Terminem „regulacje prawne” posługiwaliśmy się na określenie pisanych, wiążących zasad prawnych przyjętych w procedurze, w której uczestniczył parlament danego państwa. W większości jednak krajów europejskich akty prawne przyjmowane przez parlamenty zawierają upoważnienie dla organów władzy wykonawczej do przyjęcia dalszych wiążących uregulowań. Takie uregulowania także zaliczaliśmy do kategorii regulacji prawnych (przykład może stanowić tu holenderska ustawa o obcokrajowcach przyjęta przez parlament, na mocy której wydano dekret o cudzoziemcach oraz zarządzenie o cudzoziemcach, przyjęte przez organy władzy wykonawczej).

Terminem „polityka” posługujemy się na określenie sposobu, w jaki organy władzy wykonawczej używają nadanych im przez organy ustawodawcze uprawnień. Założenia rozmaitych polityk są czasem spisywane i dostępne w takiej formie (dokumenty te nie są jednak uchwalane przez parlament) – używamy wtedy terminu „wytyczne dotyczące polityki”. W niektórych krajach termin „polityka” używany jest także na określenie konkretnych faktycznych działań urzędników państwowych, jeżeli działania te są na tyle spójne, że – ze względu

²⁷ www.rechten.vu.nl/fleeinghomophobiareport

na zasadę równego traktowania – konieczne jest stosowanie tych samych działań także i we wszelkich innych przypadkach. Takie użycie tego terminu nie jest, na ile udało nam się zaobserwować, uzasadnione w kontekście tego raportu. Prowadzi nas to jednak do trzeciego z terminów, a mianowicie „praktyki”. W naszym raporcie nie posługujemy się nim w sposób rygorystyczny. Używamy terminu „praktyka” zarówno w odniesieniu do poszczególnych spraw, jaki i do powtarzających się wzorców zachowań; jeżeli mowa o takich wzorcach, to zostanie to w tekście bezpośrednio odnotowane. Natomiast terminem „dobra praktyka” posługujemy się na określenie regulacji prawnych, polityk czy praktyk, które sprzyjają realizacji praw osób LGBTI.

1.4.2 LGBTI

Podstawowe dla naszego raportu pojęcia to orientacja seksualna oraz tożsamość płciowa.²⁸ „Orientacja seksualna” odnosi się do zdolności odczuwania emocjonalnego, uczuciowego czy seksualnego pociągu oraz do wchodzenia w relacje intymne z osobami odmiennej płci (osoby o orientacji heteroseksualnej), osobami tej samej płci (lesbijki i geje) lub osobami różnych płci (osoby biseksualne). Staraliśmy się nie włączać się w debaty natury politycznej i teoretycznej dotyczące tych pojęć i terminów, czasem jednak nie było to możliwe. Przykładowo w niektórych przypadkach kluczowe jest, czy osoba według własnej deklaracji identyfikująca się jak lesbijka czy gej, a pozostająca w związku małżeńskim i posiadająca dzieci, faktycznie jest lesbijką lub gejem, czy też może jest raczej osobą biseksualną czy heteroseksualną.

„Tożsamość płciowa” odnosi się do sposobu, w jaki dana osoba odbiera swoją płęć kulturową. Identyfikacja ta może odpowiadać płci biologicznej tej osoby określonej przy jej urodzeniu, lecz może też być od niej odmienna. Pojęcie to odnosi się do osobistego odczuwania ciała (włącznie z modyfikacją wyglądu lub funkcji ciała środkami medycznymi czy chirurgicznymi, jeśli tego życzy sobie dana osoba) oraz do innych sposobów ekspresji płci kulturowej, takich jak np. sposób ubierania się, mówienia i zachowania. W niniejszym raporcie używamy terminu „tożsamość płciowa” w odniesieniu do osób transseksualnych i interseksualnych.

„Interseksualizm” odnosi się do osób żyjących w ciałach, które nie są uważane ani za standardowo żeńskie, ani za standardowo męskie. Pojęcie interseksualizmu może być stosowane jako zbiorowe określenie na różnice w rozwoju płciowym, które mogą być skutkiem nietypowego kształtowania się płci biologicznej na poziomie chromosomalnym, w zakresie narządów płciowych czy też w odniesieniu do elementów anatomii.

„Coming out” odnosi się do procesu akceptowania samego siebie przez osoby LGBTI. Osoby takie przechodzą przez proces budowania swojej tożsamości jako gej, lesbijka, osoba biseksualna, transseksualna czy interseksualna przede wszystkim wewnątrz, na dalszych zaś etapach mogą (choć nie muszą) ujawnić tę tożsamość innym. Własne określenie swojej tożsamości jest absolutnie kluczowe. Osoba żyjąca w monogamicznym heteroseksualnym małżeństwie może, niezależnie do tego faktu, przeżywać siebie jako geja, lesbijkę czy osobę biseksualną. Publiczne określenie siebie jako osoby LGBTI nie musi występować w procesie coming outu, choć może oczywiście stanowić jego część.

„Penalizacja” to kolejny termin często pojawiający się w naszym raporcie. Określamy nim regulacje prawne, które stanowią, że przestępstwem są czynności seksualne pomiędzy osobami tej samej płci, wyrażającymi na nie zgodę i będącymi w wieku przewidzianym prawem dla dopuszczalności czynności seksualnych. Przepisy rzadko precyzują, jakie konkretnie czynności seksualne objęte są penalizacją, jednak sądy zazwyczaj interpretują regulacje prawne tak, że tyczą się one wszelkich czynności seksualnych uważanych za niemoralne. Czynności seksualne podejmowane za zgodą uczestniczących w nich osób będących w wieku przewidzianym prawem dla dopuszczalności czynności seksualnych są nielegalne w 76 krajach. W 40 z tych krajów wyraźny zakaz prawny tyczy się tylko seksu między mężczyznami.

1.4.3 AZYL

W tej części raportu przedstawimy podstawowe pojęcia i terminy za zakresu międzynarodowego i europejskiego prawa o uchodźcach. Naszym celem nie jest opisanie debat ich dotyczących, a jedynie zapewnienie podstawowego zakresu informacji na temat terminów, którymi posługujemy się w naszym badaniu i raporcie. Istnieje natomiast szeroka literatura zawierająca szczegółowe rozważania na te tematy.²⁹

28 Definicję orientacji seksualnej i tożsamości płciowej zaczerpnęliśmy z Zasad Yogyakarty, natomiast definicje pozostałych terminów wzorowane są na ich użyciu przez stowarzyszenie ILGA-Europe.

29 Oto przykładowe publikacje z zakresu prawa azylowego w języku angielskim: James C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto/Vancouver: Butterworths 1991; James C. Hathaway: *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2005; Guy S. Goodwin-Gill and Jane McAdam: *The Refugee in International Law*, Oxford: Oxford University Press 2007 (wyd. 3). Podstawowa publikacja dotycząca regulacji unijnych w tym względzie to: Hemme Battjes, *European Asylum and International Law*, Leiden: Brill 2006.

Prawo azylowe stanowi, że osoby, których życie lub wolność byłyby narażone na szczególne rodzaje niebezpieczeństw, gdyby osoby te powróciły do kraju swego pochodzenia, chronione są przed koniecznością takiego powrotu. Kluczowe pojęcie prawa azylowego to „uchodźca”. Konwencja Genewska (konwencja dotycząca statusu uchodźców, sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r.)³⁰ stanowi, że uchodźcą jest osoba, która przebywa poza granicami państwa, którego jest obywatelem lub w którym stale zamieszkiwała, na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych.³¹ Sposób, w jaki definicja ta jest interpretowana przez Państwa Członkowskie Unii Europejskiej zharmonizowany został (co do minimum) w Dyrektywie Kwalifikacyjnej.³²

Uchodźca nie może zostać odesłany do kraju swojego pochodzenia – stanowiłoby to wydalenie lub zawrócenie (*refoulement*) zakazane przez Artykuł 33(1) Konwencji Genewskiej. W ciągu ostatnich dziesięcioleci przyznano także uchodźcom prawo do pozostania w kraju, do którego przybyli, z innych powodów.³³ Przede wszystkim wydalenie lub zawrócenie do kraju pochodzenia zakazane jest w przypadkach, gdyby uchodźca był tam poważnie zagrożony karą śmierci, torturami lub nieludzkim lub poniżającym traktowaniem czy karą. Zapis tej treści zawiera jedna konwencja (Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, Artykuł 3), w pozostałych natomiast przypadkach organy międzynarodowe sformułowały tego rodzaju interpretacje innych zapisów w oparciu o normy zakazujące stosowania kary śmierci, tortur oraz nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania.³⁴ W celu harmonizacji i modyfikacji tej praktyki do Dyrektywy Kwalifikacyjnej włączono koncepcję ochrony uzupełniającej. Jest to ochrona przyznawana na podstawie Artykułu 15 Dyrektywy osobom, które zawrócone lub wydalone do kraju swojego pochodzenia byłyby narażone na poważne niebezpieczeństwo

- kary śmierci lub egzekucji; lub
- tortur lub niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania; lub
- poważnego i indywidualizowanego zagrożenia życia ludności cywilnej lub poszczególnych osób, wynikające z przemocy o charakterze niedyskryminującym, w sytuacjach międzynarodowych lub wewnętrznych konfliktów zbrojnych.³⁵

Termin „prześladowanie” w określeniu uchodźcy odnosi się do zagrożenia życia lub wolności (por. Artykuł 33(1) Konwencji Genewskiej). Pojęcie „zagrożenia wolności” jest mało precyzyjne. Poprzez lata stosowania Konwencji pojęcie prześladowania interpretowane było stopniowo coraz bardziej przez pryzmat praw człowieka. Nastawienie to odzwierciedla Dyrektywa Kwalifikacyjna, której Artykuł 9 (1) (a) definiuje prześladowanie jako działania wystarczająco poważne ze względu na swoją istotę lub powtarzalność, żeby stwarzały poważne naruszenie praw człowieka. Zapis (1) (b) tego samego artykułu uwzględnia także możliwość, by za prześladowanie uznać kumulację różnych działań, które są wystarczająco poważne ze względu na oddziaływanie na jednostkę w podobny sposób.

Prześladowanie najczęściej stanowią działania przedstawicieli aparatu państwowego (np. policja czy służby bezpieczeństwa torturujące podejrzanych), uznawanych w takiej sytuacji za sprawców prześladowań. Jednak naruszenia praw człowieka powodowane nie przez władze (czy to formalnie, czy też *de facto* rządzące), a przez podmioty niebędące państwami (np. krewnych czy gangi) także mogą stanowić podstawę udzielenia statusu uchodźcy czy ochrony uzupełniającej. W takich sytuacjach naruszenia praw człowieka uznaje się za prześladowania, jeżeli władze nie są w stanie lub nie chcą zapewnić ochrony przeciwko takim działaniom (Artykuł 6(c) i 7 Dyrektywy Kwalifikacyjnej).

Fakt, że osoba ubiegająca się o przyznanie azylu ma uzasadnioną obawę prześladowań nie oznacza, że automatycznie kwalifikuje się ona do uzyskania statusu uchodźcy. Uzasadniona obawa przed prześladowaniem powinna wystąpić „z powodu” (Artykuł 1A-2 Konwencji Genewskiej) rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych. Idea dyskryminacji stanowi kluczowy element koncepcji uchodźstwa. Z punktu widzenia naszego badania najistotniejsze są dwa aspekty wymagania, aby prześladowania następowały z określonych powyżej

30 United Nations Treaties Series 189, str. 137.

31 Definicja ta zawiera także inne elementy, które jednak nie są istotne z punktu widzenia niniejszych rozważań.

32 Dyrektywa Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osoby, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony. Najnowsza wersja proponowanej nowelizacji (w języku angielskim) to: Council of the European Union, Presidency's Note to the Permanent Representatives Committee, Bruksela, 6 lipca 2011 r., 2009/0164 (COD), ASILE 56, CODEC 1133.

33 Istnieje spór, czy ochrona ta przyznawana jest *zamiast* ochrony poprzez nadanie statusu uchodźcy, czy też *oprócz* tej ochrony; debata ta nie jest istotna dla niniejszych rozważań.

34 Przykładowo: Europejski Trybunał Praw Człowieka, 20 marca 1991 r., sprawa: Cruz Varas przeciwko Szwecji, Ser. A vol. 201 w odniesieniu do Artykułu 3 EKPCz; Komisja Praw Człowieka ONZ, 13 listopada 2002 r., sprawa: C. przeciwko Australii, no. 900/1999 w odniesieniu do Artykułu 7 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

35 Ostatnie z tych sformułowań jest problematyczne, zob. np. orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 17 lutego 2009 r. w sprawie: Elgafaji przeciwko Staatssecretaris van Justitie, C-465/07.

powodów. Po pierwsze, Artykuł 10(1)(d) Dyrektywy Kwalifikacyjnej stanowi, że w zależności od warunków istniejących w państwie pochodzenia, określona grupa społeczna może stanowić grupę opartą na wspólnych cechach związanych z orientacją seksualną. Taka interpretacja regulacji funkcjonuje w co najmniej jednym państwie członkowskim Unii już od 1981 r.³⁶ Zapis ten oznacza, że nie można odmawiać udzielenia azylu wnioskodawcom LGBTI powołując się na argument, że nie została spełniona przesłanka powodu prześladowań.³⁷ Tożsamość płciowa nie została bezpośrednio włączona w zapisy Dyrektywy Kwalifikacyjnej, choć należy uznać, że obejmuje ją zapis o „aspektach związanych z płcią” zawarty w Artykule 10(1)(d), a po poprawkach, których wniesienie do Dyrektywy jest spodziewane, tożsamość płciowa zapewne zostanie wymieniona bezpośrednio. Po drugie natomiast Artykuł 10(2) Dyrektywy Kwalifikacyjnej odnosi się do kolejnego często rozważanego aspektu powodów prześladowań, a mianowicie cech przypisywanych wnioskodawcom. W kontekście naszego badania jest to istotne, ponieważ można paść ofiarą przemocy na tle homofobicznego czy transfobicznego w wyniku błędnego uznania, że jest się osobą LGBTI. Może też się zdarzyć, że bycie osobą LGBTI postrzegane jest jako naruszenie zasad religijnych czy brak lojalności wobec oficjalnej ideologii. W obu przypadkach osoba obawia się prześladowań z powodu przypisywanych jej cech i może zostać uznana za uchodźcę.

Nie istnieją normy prawa międzynarodowego mające bezpośrednie zastosowanie do procedur azylowych. Dyrektywa 2005/85/WE w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w Państwach Członkowskich³⁸ wymienia minimalne wymogi wobec takich procedur. W praktyce Państwa Członkowskie powinny stosować się do tych wymogów.

1.5 CELE PROJEKTU; GRUPY DOCELOWE

Punktem wyjścia naszego projektu był brak danych dotyczących rozpatrywania w Unii Europejskiej wniosków azylowych osób

36 Pierwszym krajem, który uznał orientację seksualną za powód prześladowań była Holandia: *Afdeling rechtspraak van de Raad van State* (wydział sądownictwa Rady Stanu) 13 sierpnia 1981 r., *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1981, 5, *Gids Vreemdelingenrecht (oud)* D12-51.

37 Izrael, jako państwo nie będące członkiem Unii Europejskiej, odmawia uznania osób LGBTI za szczególną grupę społeczną. Dania (państwo członkowskie Unii, którego jednak nie obowiązuje Dyrektywa Kwalifikacyjna) uznaje osoby LGBTI za szczególną grupę społeczną od czasów przed wejściem w życie tej dyrektywy, co odzwierciedla ewolucję ustawodawstwa krajowego, a nie wpływ Unii.

38 Dyrektywa Rady 2005/85/WE z dnia 1 grudnia 2005 r. w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w Państwach Członkowskich. Tekst poronowanej nowelizacji (w języku angielskim): Commission's Amended Proposal, COM (2011) 319 final, Bruksela, 1 czerwca 2011 r.

LGBTI. Naszym celem jest zapełnienie tej luki poprzez zebranie i rozpowszechnienie informacji zdobytych dzięki przeprowadzonemu przez nas badaniu.

Na podstawie uzyskanych informacji możemy sformułować dwa podstawowe wnioski:

1. Istnieją znaczące rozbieżności między poszczególnymi państwami członkowskimi Unii Europejskiej co do sposobu rozpatrywania wniosków azylowych osób LGBTI.
2. Niektóre z praktyk stosowanych przez państwa członkowskie Unii Europejskiej są problematyczne z punktu widzenia przepisów prawa międzynarodowego dotyczącego praw człowieka, w tym międzynarodowych regulacji prawnych dotyczących uchodźców.

Problemom tym należy poświęcić uwagę. Staraliśmy się wobec tego przede wszystkim ustalić, jakie dobre praktyki stosowane są obecnie w państwach członkowskich Unii Europejskiej – powinny one doczekać się naśladownictwa w innych jej państwach. Przyjęcie takich praktyk przez pozostałe państwa sprzyałoby harmonizacji całokształtu praktyki unijnej wobec wniosków azylowych osób LGBTI. Kryteria, jakimi posługiwaliśmy się oceniając, co wchodzi w zakres dobrej praktyki, wywodzą się z prawa międzynarodowego w zakresie praw człowieka oraz dotyczącego uchodźców.

Jeśli chodzi więc o grupy docelowe naszego raportu, to kierujemy go przede wszystkim do osób odpowiedzialnych za kształtowanie polityki w Unii Europejskiej, zarówno na poziomie centralnym, jak i w poszczególnych Państwach Członkowskich. O kształtowaniu polityki mówimy tu w najszerszym możliwym sensie, uwzględniając zarówno Europejski Urząd Wspierania ds. Polityki Azylowej, organizacje takie jak Urząd Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców oraz instytucje społeczeństwa obywatelskiego, które częstokroć uczestniczą w nadawaniu kierunku polityce. Polityka jednak musi zostać nie tylko zwerbalizowana, ale i zastosowana w praktyce. Z tego powodu celem naszego raportu jest także dostarczenie informacji osobom podejmującym decyzje, prawnikom, osobom zatrudnionym w wymiarze sprawiedliwości oraz w ogólnokrajowych instytucjach społeczeństwa obywatelskiego, oraz uwrażliwienie ich na poruszane tu kwestie. Szczególnym naszym celem jest także uwrażliwienie społeczności LGBTI na kwestie azylowe, a społeczności osób zaangażowanych w sprawy uchodźców – na kwestie LGBTI. Mamy też nadzieję, że informacje zawarte w naszym raporcie oraz w kwestionariuszach opublikowanych na stronie internetowej projektu stanowiąc będą użyteczne narzędzie szkoleniowe. Mogą one także posłużyć jako punkt wyjścia do dalszych badań i analiz.

1.6 NIEWIDZIALNOŚĆ LESBIJEK, OSÓB BISEKSUALNYCH, TRANSSEKSUALNYCH I INTERSEKSUALNYCH

Istniejące publikacje dotyczące kwestii azylowych w kontekście LGBTI zazwyczaj skupiają się na gejach. W naszym kwestionariuszu pytania sformułowaliśmy w sposób neutralny, aby umożliwić udzielenie odpowiedzi na temat wszystkich rodzajów spraw. Zawarliśmy w nim także pytania o konkretne kwestie azylowe dotyczące lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych. Pytając konkretnie o osoby należące do tych grup staraliśmy się przeciwdziałać nadmiernemu skupieniu na problemach gejów. Pomimo jednak tych wysiłków uzyskaliśmy bardzo niewiele informacji o sprawach dotyczących lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych, rzadko też wzmiankowano o samym istnieniu takich spraw.³⁹ Można tę sytuację interpretować jako odzwierciedlenie faktu, że lesbijki, osoby biseksualne, transseksualne i interseksualne rzadziej spotykają się z prześladowaniem w krajach pochodzenia, nie wydaje się to jednak trafnym wyjaśnieniem. Założenie, że w krajach pochodzenia wnioskodawców przemoc skierowana przeciwko gejom jest po prostu bardziej rozpowszechniona, niż przemoc skierowana przeciwko lesbijkom, osobom biseksualnym, transseksualnym i interseksualnym też nie wydaje się przekonujące.

Istnieją bardziej rozsądne wyjaśnienia przyczyn, dla których dane o sprawach azylowych lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych są tak nieliczne. Po pierwsze, osoby należące do tych grup mogą być mniej skłonne do wnioskowania o azyl ze względu na swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową. Być może są przyczyny, dla których osoby te są mniej chętne do werbalizowania swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej czy też do ujawnienia ich organom azylowym.⁴⁰ Po drugie, informacje o prześladowaniach lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych są mniej znane opinii publicznej niż te dotyczące prześladowań gejów. Kiedy David Kato, aktywista LGBTI, został zamordowany w Ugandzie 26 stycznia 2011 r., informacja ta szybko przedostała się do mediów i przedstawiceli rządów oraz organizacji pozarządowych, którzy natychmiast wyrazili

swoje potępienie wobec morderstwa. Niewielu jest jednak tych, którzy wiedzą, jak wiele osób transseksualnych ginie zamordowanych na całym świecie: między styczniem 2008 r. a grudniem 2010 r. doniesiono o 539 morderstwach popełnionych na osobach transseksualnych.⁴¹

Można też szukać nie tyle ogólnych przyczyn niewidzialności lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych, ile raczej skupiać się na poszczególnych grupach. Stosunkowo niewielka liczba wniosków azylowych składanych przez lesbijki może wiązać się z faktem, że w skali całościowej tylko jedna trzecia wniosków azylowych to wnioski składane przez kobiety, spośród których bardzo niewiele to kobiety niezamężne. Przynajmniej w części wyjaśnia to niewielki odsetek wnioskodawczyń lesbijek. Z informacji uzyskanych do ekspertów krajowych wynika, że stosunek liczby wniosków gejów do liczby wniosków lesbijek nie wynosi 2:1; przewaga wniosków gejów jest znacznie większa. Z kolei niska liczba wnioskodawców biseksualnych może wynikać z ogólnej niewidzialności tej grupy osób, które kwalifikowane są bądź jako geje/lesbijki, bądź też jako osoby heteroseksualne zależnie od okoliczności. Widzialność osób transseksualnych i interseksualnych i ich problemów jest ogólnie bardzo niska; być może niewidzialność wnioskodawców transseksualnych i interseksualnych jest tego pochodną.

Możliwe jest, że niewidzialność lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych ma przyczyny jeszcze inne niż te wymienione powyżej. Wbrew naszym intencjom może być też tak, że niniejszy raport odzwierciedla nurt ogólnej niewidzialności kwestii azylowych dotyczących lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych. Staraliśmy się przeciwdziałać temu poprzez poświęcenie uwagi sprawom LGBTI, kiedy tylko było to możliwe, oraz poprzez posiłkowanie się przykładami dotyczącymi lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych częściej, niż byłoby to uzasadnione rozkładem uzyskanych przez nas informacji. Innymi słowy: celowo zawarliśmy w raporcie nadreprezentację informacji o sprawach azylowych lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych. Uważamy, że niewidzialność osób LGBTI wymaga dalszych badań.

39 W naszym badaniu odnotowano 12 spraw osób interseksualnych, o których jednak brak informacji szczegółowych. Liczba odnotowanych spraw osób transseksualnych wyniosła 67.

40 W krajach zachodnich duża część osób transseksualnych i interseksualnych nie ujawnia swojej tożsamości płciowej. Badanie na reprezentatywnej próbie 27 000 osób w Danii wykazało, że 2 na 3 osoby transseksualne nigdy nie rozmawiały z nikim o swojej tożsamości seksualnej, zob.: Leyla Gransell i Henning Hansen, *Equal and unequal? The living conditions and well being of gay and lesbian people, bisexuals and transgenders in Denmark*, Copenhagen: Casa 2009, publikacja dostępna na stronie: www.casa-analyse.dk/default.asp?Action=Details&Item=387. Jest mało prawdopodobne, aby proporcja ujawnionych osób transseksualnych wśród wnioskodawców przewyższała proporcję tych osób w Danii.

41 Publikacja Transgender Europe: *Trans Murder Monitoring Project: marca 2011 Update*, odstępna na stronie: http://www.transrespect-transphobia.org/en_US/tvt-project/tmm-results/tmm-marca-2011.htm, ostatni dostęp 28 czerwca 2011 r.



2 PENALIZACJA

2.1 WPROWADZENIE

W siedemdziesięciu sześciu krajach na świecie podejmowanie czynności seksualnych między dorosłymi osobami tej samej płci jest przestępstwem⁴²; w niektórych przypadkach karalne są czynności seksualne zarówno między kobietami, jak i mężczyznami⁴³, w pozostałych zaś przypadkach prawo nie tyczy się lesbijek i penalizuje jedynie kontakty seksualne męsko-męskie.⁴⁴ W siedmiu z tych krajów za czynności homoseksualne grozi kara śmierci (w Iranie, północnych stanach Nigerii, Mauretanii, Arabii Saudyjskiej, południowych częściach Somalii, Sudanie i Jemenie). Są pośród tych siedemdziesięciu sześciu kraje, gdzie prawo nie przewiduje kar dosłownie za czynności seksualne między osobami tej samej płci, ale gdzie stosuje się zapisy o „nienaturalnych” czy „nieprzyzwoitych” zachowaniach (czy też podobne klauzule) w celu ścigania czynności homoseksualnych.⁴⁵ Do takiego rodzaju aktów prawnych odnosimy się mówić w naszym raporcie o penalizacji. Jasno sformułowane zapisy tego typu prawie zawsze odnoszą się do orientacji seksualnej, a nie do tożsamości płciowej, toteż w tym rozdziale zajmujemy się w przeważającej mierze rozważaniami dotyczącymi lesbijek i gejów oraz osób biseksualnych.⁴⁶ Jeśli jednak w danym kraju orientacja seksualna podlega penalizacji, oznacza to zazwyczaj, że i sytuacja osób transseksualnych i interseksualnych jest problematyczna. W krajach, które penalizują seks gejowski, ale nie odnoszą się bezpośrednio do seksu lesbijskiego, domyślać się można, że i lesbijki

narażone są na ryzyko, choć pozostają tuż za granicą bezpośredniego zainteresowania prawa. Należy także pamiętać, że w niektórych krajach osoby transseksualne mogą być celem prześladowań za pomocą zapisów penalizujących strój niezgodny z normą płciową lub przekroczenie innych zasad odnoszących się do konkretnej płci.

Wiele przypadków, o których dowiedzieliśmy się podczas badania, dotyczyło osób, które były prześladowane przez przedstawicieli władzy w krajach, których system prawny nie zawierał penalizacji. Jednak penalizacja orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej pozostaje kluczowym czynnikiem w rozpatrywaniu sytuacji osób LGBTI. Po pierwsze, w krajach stosujących penalizację lesbijki, geje i osoby biseksualne zagrożone są ryzykiem prześladowań. Po drugie, penalizacja podtrzymuje ogólną atmosferę homofobii (której zazwyczaj towarzyszy transfobia), co pozwala zarówno przedstawicielom instytucji państwowych, jak i podmiotom niebędącym państwami bezkarnie prześladować i krzywdzić takie osoby. Penalizacja sprawia, że lesbijki, geje i osoby biseksualne zostają postawieni poza prawem i stale narażeni na prześladowania i poważne niebezpieczeństwo.

Czy penalizacja powinna stanowić podstawę przyznania azylu wnioskodawcom, którzy pochodzą z tych krajów (zakładając, że organy azylowe traktują deklarację wnioskodawcy, że jest osobą LGBTI, jako wiarygodną)? W opisanym poniżej przypadku udzielono negatywnej odpowiedzi na to pytanie, powołując się na dostępne informacje wskazujące, że przepisy penalizujące przeważnie nie są egzekwowane:

Trybunał irlandzki negatywnie rozpatrzył zażalenie na odmowę udzielenia azylu złożone przez lesbijkę z Pakistanu, argumentując następująco: „Przyjmuję do wiadomości, że w Pakistanie homoseksualizm stanowi przestępstwo. Wydaje się jednak, że przypadki zawierające odniesienie do homoseksualizmu rzadko są ścigane. Chciałbym odnieść się tu do raportu na temat praw człowieka w Pakistanie sporządzonego przez Departament Stanu USA z lutego 2009 r., w którym odnotowano, że 'stosunki homoseksualne stanowią przestępstwo, w praktyce jednak rząd rzadko ściga takie przypadki.'⁴⁷

2.2 STANDARDY MIĘDZYNARODOWE I EUROPEJSKIE

Ocena wniosku o udzielenie międzynarodowej ochrony powinna być przeprowadzana indywidualnie; obejmuje ona wzięcie pod

- 42 Dane na podstawie: Eddie Bruce-Jones and Lucas Paoli Itaborahy, *State-sponsored Homophobia, A world survey of laws prohibiting same sex activity between consenting adults*, The International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, maj 2011 r., www.ilga.org, ostatni dostęp 5 lipca 2011 r.
- 43 Przykładowo Kodeks Karny Gambii z 1965 r., nowelizacja 2005 r., Artykuł 144: „Przestępstwa przeciwko porządkowi naturalnemu. (1) Każdy kto (a) obcuje płciowo z inną osobą w sposób sprzeczny z porządkiem naturalnym; lub (b) obcuje płciowo ze zwierzęciem; lub (c) zezwala innej osobie obcować płciowo ze sobą w sposób sprzeczny z porządkiem naturalnym; popełnia przestępstwo i podlega karze więzienia na okres do 14 lat. (2) Na potrzeby niniejszej sekcji – „obcowanie płciowe z osobą w sposób sprzeczny z porządkiem naturalnym” obejmuje - (a) obcowanie płciowe z osobą z użyciem jej ust lub odbytu; (b) wkładanie dowolnych przedmiotów w pochwę lub odbytu osoby w celu naśladowania aktu seksualnego; oraz (c) podejmowanie jakichkolwiek innych czynności homoseksualnych.”
- 44 Przykładowo Kodeks Karny Uzbekistanu z 1994 r., Artykuł 120: „Besoqolbozlik, tj. dobrowolny stosunek seksualny między dwoma mężczyznami podlega karze więzienia do lat 3.” Tekst dostępny na stronie: <http://www.legislationline.org/documents/id/8931>
- 45 Przykładowo Kodeks Karny Libanu z 1943 r., Artykuł 534: „Każdy stosunek seksualny sprzeczny z naturą podlega karze więzienia do 1 roku.”
- 46 Poza 76 państwami penalizującymi (z listy ILGA) istnieją też państwa, gdzie ściga się osoby transseksualne. Przykładowo w Turcji, która zniosła penalizację aktów homoseksualnych już w 1858 r., ustawa o wykroczeniach nakłada karę grzywny na osoby transseksualne, a sądy stosują w niektórych przypadkach zasadę „nieusprawiedliwionej prowokacji” na korzyść sprawców przestępstw, w których pokrzywdzone są osoby transseksualne; zob.: *European Commission, Commission Staff Working Document: Turkey 2009 Progress Report, Bruksela, 14 października 2009 r., SEC (2009) 1334, str. 26 i 72.*

47 Refugee Appeals Tribunal, 2009 r.

uwagę wszystkich odpowiednich faktów, w tym odnoszących się do państwa pochodzenia oraz sposobów, w jaki są one wykonywane (Artykuł 4(3)(a) Dyrektywy Kwalifikacyjnej). Istotne jest, czy wnioskodawca już był prześladowany lub bezpośrednio zagrożony prześladowaniem (Artykuł 4(4) Dyrektywy Kwalifikacyjnej), jednak nie jest to warunek konieczny dla uzyskania statusu uchodźcy.

Oczywiste jest, że kary (np. kara pozbawienia wolności czy też kara cielesna), jeśli są one wymierzone za czynności seksualne między osobami tej samej płci, stanowią prześladowanie, ponieważ są one wystarczająco poważne ze względu na swoją istotę, żeby stwarzały poważne naruszenie praw człowieka (Artykuł 9(1) Dyrektywy Kwalifikacyjnej), a mianowicie prawa do wolności (Artykuł 5 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka - EKPCz) oraz prawa do niebycia poddawany nieludzkiemu traktowaniu (Artykuł 3 EKPCz).⁴⁸ Osoba zagrożona taką karą ma uzasadnioną obawę przed prześladowaniem z powodu przynależności do określonej grupy społecznej opartej na wspólnych cechach związanych z orientacją seksualną (Artykuł 10(1)(d) Dyrektywy Kwalifikacyjnej).

Artykuł 9(2)(c) Dyrektywy Kwalifikacyjnej uznaje za prześladowanie oskarżenia lub kary, które mają charakter nieproporcjonalny lub dyskryminujący. Ponieważ penalizacja z samej swojej natury ma charakter dyskryminujący⁴⁹, zatem prześladowania lub kary, których źródłem są przepisy prawne bezpośrednio lub pośrednio kwalifikujące bycie osobą LGBTI jako przestępstwo stanowią prześladowanie w znaczeniu takim, jakie nadano temu terminowi w Dyrektywie Kwalifikacyjnej.

W sprawach wniesionych przez następujące osoby: Dudgeon, Norris i Modinos⁵⁰ Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł, że przepisy prawa karnego penalizujące homoseksualizm odpowiednio w Irlandii Północnej, Irlandii i na Cyprze są sprzeczne z prawem do prywatności, wynikającym z Artykułu 8 EKPCz.

W sprawie Norris przeciwko Irlandii Trybunał wypowiedział się na temat „szkodliwych skutków, jakie samo istnienie takich przepisów prawa może mieć w życiu osób o orientacji homoseksualnej.”

Doprowadziło to do stwierdzenia, że „sam fakt istnienia przepisów penalizujących jest wystarczający, by uznać, że naruszone zostało wyrażone w Artykule 8 EKPCz prawo do prywatności osoby, do której takie przepisy mogą mieć zastosowanie.”⁵¹

Jednak w pierwszej z rozpatrywanych spraw dotyczących azylu dla osoby homoseksualnej (F. przeciwko Wielkiej Brytanii) Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że wydalenie geja, lesbijki czy osoby biseksualnej do kraju, gdzie istnieją zapisy penalizujące stosunki seksualne między osobami tej samej płci (w tym przypadku – Iranu) nie narusza Artykułu 8 EKPCz. Trybunał zajął stanowisko, że „z czysto pragmatycznych przyczyn nie można wymagać, aby państwo-sygnatariusz konwencji mogło wydać przybyszy wyłącznie do krajów, gdzie wszystkie prawa i wolności ustanowione w Konwencji są w pełni i skutecznie przestrzegane.”⁵²

W drugiej sprawie dotyczącej osoby homoseksualnej, I.I.N. przeciwko Holandii, Europejski Trybunał Praw Człowieka odrzucił pozew geja z Iranu, którego podstawę prawną stanowił Artykuł 3 EKPCz. Wnioskodawca twierdził, że został aresztowany, ponieważ całował się ze swoim przyjacielem w bocznej uliczce. Trybunał uznał jednak, że nie ma powodów, aby sądzić, że poskutkowało to wszczęciem postępowania karnego przeciwko wnioskodawcy. Trybunał podkreślił, że materiały „nie ukazują sytuacji aktywnego prześladowania przez władze dorosłych osób zaangażowanych w prywatne i podtrzymywane za zgodą zainteresowanych związki homoseksualne.”⁵³

Urząd Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców przyznaje, że przepisy penalizujące osoby LGBTI, nawet jeżeli nie są stosowane na szerszą skalę, to jednak mogą być podstawą działań nieoficjalnych, które nie zostają odnotowane w dokumentacji (np. przemoc ze strony policji czy pozaprawne zatrzymanie). UNHCR podkreśla też, że prześladowania mogą mieć miejsce nawet wtedy, gdy nie istnieją potwierdzone informacje o państwie pochodzenia, które mogłyby dowodzić, że przepisy penalizujące homoseksualizm są faktycznie stosowane.⁵⁴

48 Jeśli chodzi o kary cielesne i Artykuł 3 EKPCz, zob.: Europejski Trybunał Praw Człowieka, 25 kwietnia 1978 r., sprawa: Tyrer przeciwko Wielkiej Brytanii, 5856/72; w kontekście azylowym zob. np.: Europejski Trybunał Praw Człowieka, 22 czerwca 2006 r., sprawa: D. przeciwko Turcji, 24245/03.

49 Formalnie rzecz biorąc pojęcie 'nieprzyzwoitego postępowania' tyczyć się może także osób heteroseksualnych, jednak zazwyczaj jego stosowanie wymierzone jest w osoby LGBTI. Zob.: Human Rights Watch, *This Alien Legacy, The Origins of "Sodomy" Laws in British Colonialism*, Human Rights Watch: New York 2008, www.hrw.org, ostatni dostęp 5 lipca 2011 r.

50 Europejski Trybunał Praw Człowieka, 22 października 1981 r., sprawa: Dudgeon przeciwko Wielkiej Brytanii, 7525/76; Europejski Trybunał Praw Człowieka, 26 października 1988 r., sprawa: Norris przeciwko Irlandii, 10581/83; Europejski Trybunał Praw Człowieka, 22 kwietnia 1993 r., sprawa: Modinos przeciwko Cypru, 15070/89.

51 Europejski Trybunał Praw Człowieka, 26 października 1988 r., sprawa: Norris przeciwko Irlandii, 10581/83.

52 Europejski Trybunał Praw Człowieka, 22 czerwca 2004 r., sprawa: F. przeciwko Wielkiej Brytanii, 17341/03; por. Committee Against Torture, 20 maja 2003 r., sprawa: CAT, K.S.Y. przeciwko Holandii, 190/2001 (deportacja gejów z Iranu – brak naruszenia Artykułu 3 konwencji zakazującej tortur); por. w zakresie stosowania Artykułu 9 EKPCz (chrzczenie z Pakistanu) Europejski Trybunał Praw Człowieka, 28 lutego 2006 r., sprawa: Z i T przeciwko Wielkiej Brytanii, 27034/05.

53 Europejski Trybunał Praw Człowieka, 20 grudnia 2004, sprawa: I.I.N. przeciwko Holandii, 2035/04.

54 UNHCR, publikacja: *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, 21 listopada 2008, części 20-21, publikacja dostępna na stronie: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd560.html> [dostęp 5 lipca 2011 r.].

2.3 PRAKTYKA W POSZCZEGÓLNYCH PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH

Jak wynika ze zgromadzonych przez nas danych, w większości państw członkowskich Unii Europejskiej wnioskodawcy pochodzący z krajów penalizujących czynności seksualne między osobami tej samej płci uzyskują status uchodźcy tylko w przypadku, gdy zapisy penalizujące są w tym państwie faktycznie stosowane. Wymogu takiego nie ma we Włoszech. W niektórych natomiast innych państwach nawet faktyczne stosowanie przepisów penalizujących nie wydaje się być przesłanką do przyznania ochrony lesbijkom, gejom i osobom biseksualnym. W przypadku niektórych państw zgromadzone przez nas informacje nie pozwalają na sformułowanie jasnych wniosków ze względu na niespójność podejmowanych w tych państwach działań.

2.3.1 STOSOWANIE PRZEPISÓW PENALIZUJĄCYCH JAKO WYMÓG WYSTARCZAJĄCY

W **Francji** dla uzyskania statusu uchodźcy konieczne jest, aby w państwie pochodzenia przepisy penalizujące były faktycznie stosowane; wykazanie, że tak się dzieje, jest zazwyczaj wystarczające do uzyskania ochrony. Wystarczającą przesłanką jest także stosunkowo częste – a niekoniecznie każdorazowe – stosowanie tych przepisów. Jeśli przepisy te nie są nigdy egzekwowane, wniosek zostanie odrzucony. Podobnymi zasadami kierują się **Belgia** i **Szwecja**. Także w **Wielkiej Brytanii** dla uzyskania ochrony wymagane jest, aby przepisy karne były egzekwowane. Sąd Apelacyjny orzekł, że przepisy penalizujące, jeżeli nie są faktycznie stosowane, nie stanowią same w sobie prześladowania w rozumieniu Artykułu 9(2)(c).⁵⁵

W Irlandii w jednym przypadku geja z Kenii Trybunał nadał mu status uchodźcy na mocy uznania, że istnienie w Kenii przepisów penalizujących homoseksualizm stanowi dowód *prima facie* prześladowań ze strony państwa z powodu orientacji seksualnej. Jednak w innych decyzjach, w tym co najmniej w jednej innej decyzji dotyczącej wnioskodawcy z Kenii, nastąpiła odmowa nadania statusu uchodźcy motywowana tym, że przepisy te nie są egzekwowane. Pozwala to przypuszczać, że przedstawienie dowodów na faktyczne egzekwowanie przepisów penalizujących mogłyby prowadzić do uznania lesbijek, gejów i osób biseksualnych z krajów penalizujących za uchodźców.⁵⁶

Ekspert z **Litwy** poinformował nas, że nie zdarzyły się tam dotychczas przypadki dotyczące tego typu spraw, jednak władze informują, że

istnienie penalizacji w państwie pochodzenia byłoby uważane za prześladowanie. W **Polsce** organy azylowe poinformowały, że nie ma dla nich znaczenia, czy zapisy takie są egzekwowane. Jednak w przypadku wnioskodawcy z Pakistanu odmówiono nadania mu statusu uchodźcy z powodu tego, że – zdaniem polskich władz – przepisy penalizujące nie są tam niemal nigdy faktycznie stosowane.

W **Niemczech** sąd konstytucyjny (Bundesverwaltungsgericht) z 1988 r.⁵⁷ orzekł, że sama penalizacja nie jest wystarczającą przesłanką do nadania statusu uchodźcy; w tym celu konieczne byłoby zagrożenie nadmiernie surową karą (np. kara śmierci lub karą cielesną). Jednak niektóre nowsze orzeczenia zdają się sugerować, że istnienie faktycznie egzekwowanych przepisów penalizujących powinno prowadzić do przyznania statusu uchodźcy nawet w przypadkach, gdzie nie ma konkretnych powodów, by uważać, że w przypadku danej osoby dojdzie do zastosowania tych przepisów. Decyzje, które zapadły w oparciu o taką interpretację tyczyły się wnioskodawców z Iranu⁵⁸ i Kamerunu.⁵⁹ Natomiast w przypadku wnioskodawcy z Maroka wniosek został odrzucony, ponieważ uznano, że stanowisko władz marokańskich wobec ścigania osób w związkach homoseksualnych jest „dość pragmatyczne”.⁶⁰

W **Holandii** istnienie i stosowanie przepisów penalizujących w Iranie stało się wystarczającym powodem do przyjęcia polityki nakazującej udzielenie statusu uchodźcy wszystkim wnioskodawcom LGBT z Iranu na mocy wewnętrznych przepisów humanitarnych. Decyzje zapadające w sprawach, w których odrzucono wnioski gejów, lesbijek i osób biseksualnych (z powodu tego, że co do ich krajów powodzenia nie ma podstaw, aby uważać, że przepisy penalizujące są tam egzekwowane⁶¹) sugerują, że wnioskodawcy z krajów, gdzie przepisy takie są egzekwowane mogą liczyć na uzyskanie statusu uchodźcy.⁶²

57 Bundesverwaltungsgericht (federalny sąd administracyjny), 15 marca 1988 r., BVerwG 9 C 278.86.

58 Verwaltungsgericht (sąd administracyjny) w Poczdamie, 11 września 2006 r. - 9 K 189/03.A.

59 Verwaltungsgericht (sąd administracyjny) we Frankfurcie nad Odrą, 11 listopada 2010 r., VG 4 K 772/10.A: aresztowania i skazania homoseksualistów są rzadkością, ale się zdarzają.

60 Oberverwaltungsgericht (wyższy sąd administracyjny) Berlin-Brandenburg, 4 lutego 2010 r. - 3 S 120.09.

61 Sprawa dot. Tunezji: Rechtbank (sąd rejonowy) Groningen, 30 listopada 2009 r., 09/41408; Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (wydział sądownictwa Rady Stanu), 4 lutego 2010 r., 200909560/1/V2; sprawa dot. Kamerunu: Rechtbank (sąd rejonowy) Hertogenbosch, 1 października 2009 r., 08/36980, orzeczenie utrzymane w mocy przez Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (wydział sądownictwa Rady Stanu) 25 stycznia 2010 r., 200908271/1/V1; sprawa dot. Algierii: Rechtbank (sąd rejonowy) Gravenhage, 9 grudnia 2009 r., 09/23841, orzeczenie utrzymane w mocy przez Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (wydział sądownictwa Rady Stanu) 27 stycznia 2010 r., 201000184/1A/2.

62 Zob. np. Rechtbank (sąd rejonowy) Den Haag, 11 listopada 2009 r., 09/13455: raport Departamentu Stanu USA wskazuje, że dział 377 Kodeksu Karnego Indii jest w rzeczywistości stosowany; na jego podstawie prowadzone są akcje policyjne skierowane przeciwko homoseksualistom, a także grozi się

55 Wielka Brytania: Court of Appeal (Anglia i Walia) 18 listopada 2009, sprawa: JM (Uganda) and OO (Sudan) v Secretary of State for the Home Department [2009] EWCA Civ 1432; [2010] All ER (D) 17 (Jun).

56 Refugee Appeals Tribunal, 2008 r. Na tej podstawie rozpatrzone odmownie wnioski osób z Kenii, Ugandy i Pakistanu.

PENALIZACJA

W **Austrii** sąd przyznał status uchodźcy gejowi z Iranu, podkreślając w orzeczeniu, że sytuacja osób homoseksualnych w Iranie jest tak poważna, że każda taka osoba z pewnością obawia się prześladowań.⁶³

DOBRA PRAKTYKA: WŁOCHY

We **Włoszech** sam fakt istnienia przepisów penalizujących uważa się na dowód na prześladowanie. Penalizacja *per se* jest uważana za ograniczenie możliwości korzystania z prawa człowieka. W wyniku przyjęcia takiego stanowiska przyznano status uchodźcy lesbijce z Senegalu⁶⁴, gejowi z Egiptu⁶⁵ oraz gejowi z Iranu⁶⁶ oraz otoczono ochroną międzynarodową geja z Ghany.⁶⁷ Egzekwowanie przepisów penalizujących nie jest istotne z punktu widzenia praktyki we Włoszech; władze ani sądy nie badają, czy w danym państwie przepisy penalizujące są faktycznie stosowane.⁶⁸

Podsumowując: w jedenastu Państwach Członkowskich⁶⁹ istnienie i stosowanie w danym państwie pochodzenia przepisów penalizujących może stanowić podstawę przyznania statusu uchodźcy w przypadku lesbijek, gejów i osób biseksualnych, w niektórych jednak sprawach przyczyny tej nie uznaje się za wystarczającą ze względu na specyficzne okoliczności danej sprawy. We Włoszech kwestia faktycznego stosowania przepisów penalizujących uważana jest za nieistotną, a samo ich istnienie może prowadzić do przyznania lesbijkom, gejom i osobom biseksualnym statusu uchodźcy. W Państwach Członkowskich, w których dla uzyskania statusu uchodźcy wymagane jest, aby przepisy penalizujące były faktycznie stosowane, kluczowe znaczenie mają informacje o kraju pochodzenia, na których opierają się organy azylowe, oraz sposób interpretacji tych informacji. Ilustruje to poniższy przykład.

gejom zgłaszającym ataki. Por. Rechtbank (sąd rejonowy) Haarlem, 2 marca 2010 r., 10/5782: wnioskodawca przedstawił IPP potwierdzające, że w Tanzanii doszło ostatnio do aresztowań homoseksualistów, a ogólna atmosfera jest narastająco homofobiczna, nie tylko wobec aktywistów.

63 Asylgerichtshof (sąd azylowy), 17 lutego 2009 r., E2 255.708-2/2008.

64 Tribunale (trybunał) Torino, 5 listopada 2010 r., 426/10.

65 Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Gorizia, styczeń 2011 r..

66 Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Milano, 2011 r..

67 Tribunale (trybunał) Caltanissetta, 10 lutego 2010 r.

68 Tribunale (trybunał) Catania 4 marca 2010 r., 1081/2010 (gej z Ghany); Tribunale (trybunał) Trieste, 17 sierpnia 2009 r., 304/2009 (gej z Benina); Tribunale (trybunał) Caltanissetta, 7 czerwca 2010, (gej z Tunezji); Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Gorizia, styczeń 2011 (gej z Egiptu); Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Milano, 2011 (gej z Iranu). We wszystkich tych sprawach nadano wnioskodawcom status uchodźcy lub udzielono ochrony uzupełniającej bez oceny stopnia egzekwowalności zapisów penalizujących. Jedynie orzeczenie Tribunale (trybunał) Trieste z 11 listopada 2009, 508/09 (gej Senegalu) zawiera argumentację, że choć w Senegalu istnieją przepisy penalizujące, nie ma jednak dowodów na obawę przed prześladowaniami. Jednak wniosek odrzucono na podstawie zastrzeżeń do wiarygodności.

69 Austria, Belgia, Francja, Niemcy, Włochy, Irlandia, Litwa, Holandia, Polska, Szwecja, Wielka Brytania.

W 1998 r. austriacka Federalna Azylowa Rada Odwoławcza wykazała się wrażliwością i wnikliwością w rozumowaniu dotyczącym informacji o państwie pochodzenia w przypadku wnioskodawcy – geja z Iranu: „Chociaż Urząd Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców informuje, że nie jest mu wiadomo o żadnych przypadkach prześladowania osób ze względu na homoseksualizm, nie pozwala to z całą pewnością stwierdzić, jaka jest przyczyna odnotowanego braku prześladowań. Być może nie postawiono nikogo przed sądem z powodu homoseksualizmu; osoby homoseksualne mogły opuścić Iran i znaleźć azyl w innym państwie; możliwe też, że po prostu nie przedstawiono stosownych materiałów dowodowych. Nie można zatem z podanej informacji wnioskować, że istniejące w Iranie przepisy penalizujące czynności homoseksualne nie są faktycznie stosowane.”⁷⁰

2.3.2 STOSOWANIE PRZEPISÓW PENALIZUJĄCYCH JAKO NIEWYSTARCZAJĄCY ARGUMENT

W czterech państwach członkowskich, w tym w **Danii i Norwegii**, nawet fakt, że przepisy penalizujące homoseksualizm są faktycznie stosowane w danym państwie pochodzenia nie wydaje się być wystarczającą przesłanką do udzielenia azylu wnioskodawcom z tych państw.⁷¹ Dla pozytywnego rozpatrzenia wniosku konieczne jest wykazanie, że istnieją powody, aby przypuszczać, że sami wnioskodawcy padną ofiarą prześladowań. Powodem takim może być na przykład fakt, że wnioskodawca został już w przeszłości zatrzymany; doniesiono na niego policji; został przyłapany przez krewnych czy sąsiadów; czy też istnieją inne czynniki uprawdopodobniające, że władze wiedzą o karalnych czynach popełnianych przez wnioskodawcę i mogą zareagować poprzez wszczęcie prześladowań. W takich przypadkach wnioskodawca ma nie tylko uzasadnioną obawę prześladowań: więcej, prześladowania już się rozpoczęły.

Zgodnie z informacjami uzyskanymi z **Bułgarii** od urzędników Państwowej Agencji d/s Uchodźców dla pozytywnego rozpatrzenia wniosku azylowego konieczne jest przedstawienie dowodów, że do prześladowań faktycznie doszło w przeszłości.

W **Hiszpanii** w przypadku geja z Algierii sąd orzekł, że „nie jest możliwe, aby gej w Algierii miał problemy; rzeczywista sytuacja nie jest na tyle poważna, aby uznać, że można paść ofiarą prześladowań z powodu orientacji seksualnej.”⁷² Informacje uzyskane przez nas na temat Hiszpanii wskazują także, iż wnioski azylowe wnioskodawców LGBTI rozpatrywane były pozytywnie, z jednym lub dwoma wyjątkami, jedynie w przypadkach aktywistów LGBTI.

70 Unabhängiger Bundesasylsenat, 28 września 1998 r., 203.430/0-IX/26/98.

71 Bułgaria, Dania, Finlandia, Norwegia, Hiszpania.

72 Audiencia Nacional (sąd krajowy), 7 listopada 2008 r., rec. n° 1563/2007.

Jeśli chodzi o **Finlandię**, to z faktu, że pięciu wnioskodawcom LGB z Gambii odmówiono azylu, a jednemu – przyznano status uchodźcy wynika, że istnienie faktycznie stosowanych przepisów penalizujących nie jest wystarczającym powodem uznania statusu uchodźcy. W przypadku Finlandii większość wniosków składanych przez lesbijki, gejów czy osoby biseksualne to wnioski osób, w których państwach pochodzenia istnieją takie przepisy – wiele z tych wniosków jest odrzucanych. Podobne decyzje zapadały także, według naszych informacji, w **Danii**, choć nie w ostatnich latach (wnioskodawca z Iranu – 2000 r.,⁷³ z Algierii – 1992 r. i 1998 r.⁷⁴).

W pierwszej ze spraw w **Norwegii** sąd apelacyjny odmówił udzielenia azylu gejom z Iranu, argumentując następująco: „Sąd Apelacyjny wskazuje, iż ograniczenia związane z realizowaniem swojej orientacji seksualnej, jakie muszą znosić osoby homoseksualne w Iranie ze względu na potępienie płynące z przyczyn religijnych i społecznych w oczywisty sposób nie może być uznane za prześladowanie w rozumieniu konwencji Narodów Zjednoczonych z 1951 r. ani uznane za powód do pozytywnego rozpatrzenia wniosku o ochronę. Ponadto Sąd stwierdził, że odmowa zezwolenia osobie homoseksualnej na pobyt w Norwegii i wydalenie tej osoby do jej państwa pochodzenia, gdzie praktyki homoseksualne są z *mocy prawa karalne* i prowadzą do potępienia społecznego, nie może być uznane za naruszenie Artykułu 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.” (podkreślenie nasze)⁷⁵

‘PAŃSTWA BEZPIECZNE’

Odrębne zagadnienie ujawnione w trakcie naszego badania (powiązane z problematyką penalizacji w państwach pochodzenia) to praktyka stosowana w niektórych państwach członkowskich opierająca się na użyciu list tzw. bezpiecznych krajów pochodzenia. Są to kraje, które uznaje się za bezpieczne, w związku z czym wnioskodawcy z nich pochodzący mają mniejsze szanse na uzyskanie ochrony. Wnioski osób pochodzących z tych krajów mogą np. być rozpatrywane w trybie przyspieszonym, a ich prawa przywoływania argumentów na poparcie swojego wniosku – ograniczone.

W niektórych państwach listy te nie są jawne. Udało nam się jednak ustalić, że trafiają na nie: Albania, Armenia, Benin, Bośnia-Hercegowina, Botswana, Burkina Faso, Chile, Kostaryka, Gabon, Ghana, Indie, Jamajka, Kenia, Kosowo, Macedonia, Madagaskar, Mali,

73 Flygtningenævnet (azyłowa rada odwoławcza), 17 lipca 2000 r.

74 Flygtningenævnet (azyłowa rada odwoławcza) 2 kwietnia 1992 r.; Flygtningenævnet (azyłowa rada odwoławcza) 1 września 1998 r.. Zob. także: *Disturbing Knowledge – Decisions from asylum cases as documentation of persecution of LGBT-persons*, LGBT Denmark and Danish Refugee Council (2008 r.), publikacja dostępna na stronie: <http://www.lgbt.dk/uploads/media/DisturbingKnowledge.PA.01.pdf>

75 LB-2002-1351 - RG-2002-1259 (196-2002).

Mauritius, Mołdawia, Mongolia, Czarnogóra, Nigeria, Rosja, Senegal, Serbia, Seszele, Tanzania i Ukraina. W niektórych z tych krajów czynności seksualne między osobami tej samej płci są penalizowane; należą do nich Botswana, Ghana, części Indii, Jamajka, Kenia, Mauritius, Nigeria, Senegal, Seszele i Tanzania. W innych natomiast ogólna atmosfera wydaje się być homofobiczna i/lub transfobiczna. O istnieniu list państw bezpiecznych poinformowali nas eksperci z **Czech, Francji, Hiszpanii, Malty, Niemiec, Słowacji, Szwajcarii i Wielkiej Brytanii**.

2.3.3 PAŃSTWA O NIEJASNEJ PRAKTYCE

W **Czechach** w sprawie datującej się sprzed wejścia w życie Dyrektywy Kwalifikacyjnej sąd orzekł, że fakt, iż homoseksualizm stanowi przestępstwo w państwie pochodzenia (w tym przypadku było to Maroko) nie spełnia automatycznie przesłanki prześladowania ze względu na rzadkie faktyczne egzekwowanie tych przepisów.⁷⁶ W późniejszym orzeczeniu sąd powołał się na tę decyzję, podkreślając jednak, że rozumienie terminu ‘prześladowanie’ w wewnętrznym prawie Czech uległo zmianie po inkorporacji postanowień Dyrektywy Kwalifikacyjnej.⁷⁷ Sąd ten w swoim orzeczeniu nie odniósł się do stopnia egzekwowalności przepisów penalizacyjnych, co sprawia, że trudno wnioskować na jego podstawie, czy faktyczne stosowanie takich przepisów w państwie pochodzenia stanowiłoby wystarczający powód do nadania statusu uchodźcy lesbijce, gejom czy też osobie biseksualnej pochodzącej z tego kraju.

W **Rumunii** w sprawie wnioskodawcy z Kamerunu sędzia w sądzie pierwszej instancji tak uzasadnił odmowę udzielenia azylu: „Wnioskodawca sugeruje, że jest ofiarą prześladowań z powodu swojego homoseksualizmu. Jednak jedyne prześladowanie, które go spotkało, polegało na tym, że został aresztowany z powodu obejmowania i całowania innego mężczyzny w samochodzie; fakt samego zdarzenia wnioskodawca potwierdza. Jako że w Kamerunie homoseksualizm jest przestępstwem, a wnioskodawca dokonywał czynności seksualnych z osobą tej samej płci, w samochodzie, na publicznej drodze, to reakcja władz jest całkowicie normalna. Co więcej, przed 2001 r. czyn wnioskodawcy także i w Rumunii byłby uznany za przestępstwo i podlegałby jeszcze surowszej karze.” Jednak sędzia w drugiej instancji zgodził się, że przepisy penalizacyjne w Kamerunie są faktycznie egzekwowane i przyznał wnioskodawcy status uchodźcy.

W **Portugalii** jedna z wydanych decyzji przyznaje Senegalczykowi status uchodźcy ze względu na sam fakt penalizacji,⁷⁸ lecz decyzje odmowne w sprawach dwóch innych osób z Senegal (jednej

76 Najwyższy Sąd Administracyjny Czech, 23 listopada 2007 r., Nr 5 Azs 50/2007.

77 Najwyższy Sąd Administracyjny Czech, 28 maja 2009 r., Nr 6 Azs 26/2009.

78 Procedura azyłowa nr 148B/08.

PENALIZACJA

kobiety, jednego mężczyzny) nie wspominają nawet o penalizacji.⁷⁹

Ekspert ze **Słowacji** poinformował nas, że nie ma tam przyjętej spójnej praktyki w kwestii wnioskodawców będących osobami LGBTI. Jednak w 2005 r. przyznano status uchodźcy osobie biseksualnej pochodzącej z państwa penalizującego homoseksualizm i powołano się na ten fakt w uzasadnieniu decyzji o pozytywnym rozpatrzeniu wniosku. Podobnie ma się sytuacja na **Cyprze**, w **Grecji** oraz na **Malcie**. Na **Węgrzech**, według naszych ekspertów, praktyka nie jest wewnętrznie spójna.

Jeśli chodzi o **Słowenię**, uzyskaliśmy informację o dość kuriozalnym orzeczeniu, choć należy pamiętać, że zostało ono wydane w 2005 r., a zatem przed implementacją Dyrektywy Kwalifikacyjnej. Sprawa dotyczyła się geja z Iranu, który twierdził, że został złapany przez policję *in flagranti* w trakcie stosunku seksualnego z innym mężczyzną. Sąd orzekł, że konieczne jest zbadanie, czy sytuacja ta powoduje faktyczne ryzyko kary śmierci dla wnioskodawcy. Co więcej, należy zbadać, czy irańskie przepisy zakazujące stosunków seksualnych między osobami tej samej płci stosuje się do wszystkich, czy też tylko do homoseksualistów. Zdaniem sądu było to istotne dla ustalenia, czy powinno się zastosować zasadę wyłączenia w oparciu o popełnienie poważnego przestępstwa pospolitego.

2.4 WNIOSKI

Z perspektywy empirycznej stwierdzić można, że w jedenastu Państwach Członkowskich UE istnienie i faktyczne stosowanie przepisów penalizujących w państwie pochodzenia może być uznane za wystarczający powód do udzielenia statusu uchodźcy gejom, lesbijkom i osobom biseksualnym z tych krajów. W czterech Państwach Członkowskich, a także w Norwegii, istnienie i faktyczne stosowanie przepisów penalizujących w państwie pochodzenia nie jest uznawane za wystarczający powód do udzielenia statusu uchodźcy; wymagane jest uprawdopodobnienie, że przepisy te zostaną użyte w konkretnym przypadku wnioskodawcy.

Większości państw, w których istnienie i faktyczne stosowanie przepisów penalizujących w państwie pochodzenia nie jest uznawane za wystarczający powód do udzielenia statusu uchodźcy zgadza się, że wnioskodawca, który ma uzasadnioną obawę przed prześladowaniami za czynności seksualne za wzajemną zgodą z dorosłą osobą tej samej płci ma również uzasadnioną obawę przed prześladowaniem ze względu na przynależność do określonej grupy społecznej.⁸⁰ Wydaje się zatem, iż różnice w praktyce państw

członkowski UE wynikają z rozbieżnej interpretacji wymogu „uzasadnionej obawy”.

Gdyby można było stwierdzić z całkowitą pewnością, że przedmiotowe przepisy prawa karnego *nigdy* nie są egzekwowane (np. istnieje oficjalna polityka w tym względzie, która jest konsekwentnie stosowana w praktyce, lecz z powodów politycznych, kulturowych czy też religijnych władze nie uważają za właściwe zniesienia przepisów penalizujących), to uznać by można, że wnioskodawcy nie mają uzasadnionej obawy przed prześladowaniem na mocy tych przepisów. Gdyby zaś można było stwierdzić z całkowitą pewnością, że przedmiotowe przepisy prawa karnego *zawsze* są egzekwowane, to rzecz jasna uznać trzeba, że wnioskodawcy mają uzasadnioną obawę przed prześladowaniem.

Rzeczywistość jednak jest zazwyczaj bardziej złożona, niż te dwa przykłady sytuacji ekstremalnych. Stopień egzekwowalności przepisów zmienia się zależnie od miejsca i czasu. Jednak w krajach penalizujących zawsze istnieje możliwość, że przepisy te zostaną rzeczywiście zastosowane w praktyce. Trzeba również pamiętać, że samo istnienie sankcji karnych nasila stygmatyzację osób LGBTI w danym kraju. Nawet jeśli nie prowadzi się ścigania na mocy przepisów penalizujących, to samo ich istnienie wyraża homofobiczne nastawienie państwa. Ponadto, skoro możliwość faktycznego zastosowania tych przepisów nigdy nie zostaje wyeliminowana, osoby LGBTI są w zasadzie bezbronne wobec homofobicznej przemocy czy wymuszeń. Trzeba też zakładać, że ochrona ze strony państwa przed przemocą skierowaną przeciwko osobom LGBTI nie jest możliwa do uzyskania w krajach penalizujących czynności seksualne za wzajemną zgodą z dorosłą osobą tej samej płci (więcej na ten temat w Rozdziale 3).

Znaleźliśmy liczne przykłady spraw, w których wnioski odrzucono, powołując się na brak stosowania czy sporadyczne stosowanie przepisów penalizujących. Nie należy jednak zakładać *a contrario*, że wnioski te zostałyby rozpatrzone pozytywnie, gdyby wnioskodawcy pochodzili z państw faktycznie egzekwujących takie przepisy. Ze względu na niedostatki informacji dotyczących państw pochodzenia i sytuacji w nich osób LGBTI (więcej na ten temat w Rozdziale 8), w tym informacji o penalizacji, nie można wykluczyć, że kwestia stosowania (lub niestosowania) przepisów penalizujących stanowi jedynie narzędzie służące organom azylowym do odrzucania wniosków składanych przez osoby LGBTI.

Jak można ocenić, czy i w jakiej mierze egzekwowane są przepisy

79 Procedura azylowa nr 97C/08; procedura azylowa nr 30C/10.

80 Wydaje się, że Norwegia i Bułgaria zaprzeczają, że tak jest, jednak w

Norwegii wyrok więzienia za czynności homoseksualne nie jest uważany za prześladowanie, a Bułgaria nie zaimplementowała do prawa krajowego Artykułu 10(1)(d) Dyrektywy Kwalifikacyjnej, wskazującego, że orientacja seksualna stanowi powód prześladowań.

dotyczące orientacji seksualnej? Rządy krajów penalizujących raczej nie udostępniają danych o ściganiu na mocy tych przepisów. Ściganie może też odbywać się poprzez sądy koraniczne, miejscowe trybunały czy też inne instytucje, co do których trudno uzyskać wiarygodne dane. Kluczowe jest zatem właściwe posługiwanie się dostępnymi informacjami na temat państwa pochodzenia. W szczególności istotne jest, aby nie zakładać, że brak informacji o ściganiu równoznaczny jest z brakiem ścigania. Brak informacji powinien być interpretowany zgodnie ze swoją istotą: jeśli informacji brak, to znaczy, że organizacja gromadząca informacje nie ma wiedzy na dany temat.

Jeżeli akceptuje się założenie, że lesbijki, geje i osoby biseksualne nie powinni być zmuszani do ukrywania swojej orientacji seksualnej (więcej na ten temat w Rozdziale 4), to z faktu penalizacji w danym kraju czynności seksualnych za wzajemną zgodą z dorosłą osobą tej samej płci powinien wynikać wniosek, że lesbijki, geje i osoby biseksualne z tego kraju są uchodźcami. Osoby te zapewne podejmą zachowania uważane za przestępstwa (lub też taką będą miały opinię), toteż prawdopodobne jest, że przepisy penalizujące będą wobec nich zastosowane. Istnieje spore prawdopodobieństwo, że lesbijka, gej czy osoba biseksualna po powrocie do państwa pochodzenia będzie tam prześladowana(y) poprzez ściganie ze strony organów władzy lub poprzez wymuszenie czy inne formy przemocy wymierzonej w osoby LGBTI, a ochrona ze strony państwa nie będzie możliwa do uzyskania.

ZALECENIA

- Artykuł 4(3)(a) Dyrektywy Kwalifikacyjnej powinien być stosowany tak, aby na jego mocy uzyskiwali/uzyskiwały status uchodźcy lesbijki, geje, osoby biseksualne, transseksualne i interseksualne z państw, gdzie orientacja seksualna czy tożsamość płciowa są penalizowane lub też gdzie zapisy prawa karnego natury ogólnej stosuje się w celu ścigania osób ze względu na ich orientację seksualną czy tożsamość płciową.
- Państwa pochodzenia, które penalizują orientację seksualną czy tożsamość płciową nie mogą być uznawane za państwa pochodzenia 'bezpieczne' dla lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych.



3 OCHRONA ZAPEWNIANA PRZEZ PAŃSTWA Z UWAGI NA PRZEŚLADOWANIA ZE STRONY PODMIOTÓW NIEBĘDĄCYCH PAŃSTWAMI

Wiele osób LGBTI ubiega się o azyl z powodów związanych nie z prześladowaniami ze strony państwa, ale z prześladowaniami czy złym traktowaniem ze strony podmiotów niebędących państwami (takich jak rodzina, sąsiedzi, współobywatele czy wrogo nastawiony tłum) czy też przed sytuacjami, w które uwikłane są zarówno osoby działające w imieniu państwa, jak i inne osoby. W takich sytuacjach ochrona międzynarodowa zostanie przyznana jedynie wtedy, gdy wnioskodawcy nie są w stanie uzyskać ochrony od władz w państwie pochodzenia. Kluczowe znaczenie w takich sprawach ma zatem reakcja władz krajowych na prześladowania ze strony podmiotów niebędących państwem. Czy władze te zapewniają skuteczną ochronę?

Problem ilustruje poniższa sprawa z **Austrii**:

Wnioskodawca, gej z Ukrainy, stwierdził, że został pobity w czasie spotkania z innymi osobami homoseksualnymi przez grupę nazywającą się Ukraińscy Patrioci (znaną z napastowania osób homoseksualnych), a w wyniku pobicia stracił trzy zęby. Ponadto grożono mu: pojawiały się napisy graffiti wymierzone w niego osobiście. Kiedy opuścił miasto, w którym mieszkał i przeniósł się do hotelu, zapytał pracującego tam kelnera, gdzie w tym mieście znajdują się miejsca spotkań gejów. Dwa dni później do jego pokoju wtargnęły cztery osoby. Jedna z nich zgwałciła go, a cała grupa kierowała przeciwko niemu groźby i zakazywała mu kontaktowania się z policją. Sprawa nie została jeszcze rozstrzygnięta, jednak sąd konstytucyjny uchylił decyzję odmowną sadu azylowego, mimo że wnioskodawca nie zgłosił policji ukraińskiej naruszenia swoich praw.⁸¹

3.1 STANDARDY EUROPEJSKIE I MIĘDZYNARODOWE

Prześladowanie ze strony podmiotów niebędących państwami uznane jest za powód do udzielenia azylu przez Artykuł 6 Dyrektywy Kwalifikacyjnej. Uznaje się, że prześladowania czy poważna krzywda powodowane są przez podmiot niebędący państwem, jeżeli można wykazać, że władze państwowe lub podmioty faktycznie sprawujące władzę, w tym organizacje międzynarodowe, nie są w stanie lub nie chcą zapewnić ochrony przeciwko prześladowaniom lub poważnym krzywdom.

Pierwszeństwo ochrony przez państwo pochodzenia przed ochroną międzynarodową wyraża Dyrektywa Kwalifikacyjna w Artykule 7(2). Ochrona jest generalnie zapewniona, kiedy podmioty wskazane w ust. 1 podejmują racjonalne działania mające na celu zapobieżenie prześladowaniom lub wyrządzeniu poważnej krzywdy, między innymi poprzez zapewnienie sprawnego systemu prawnego w zakresie wykrywania, oskarżania i karania działań stanowiących prześladowania lub poważną krzywdę, a wnioskodawca ma możliwość dostępu do takiej ochrony. W najnowszej wersji proponowanych zmian do Dyrektywy Kwalifikacyjnej sugeruje się dodanie do cytowanego artykułu zapisu, że ochrona ta musi być skuteczna i trwała.⁸²

Urząd Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców wypowiedział się w tej sprawie, wskazując, że sankcje karne za czynności seksualne między osobami tej samej płci ograniczają dostęp osób LGBTI do ochrony zapewnianej przez państwo:

“Lesbijka, gej, osoba biseksualna czy transseksualna, która doświadczyła przemocy, może obawiać się zgłosić się na policję, ponieważ może zostać uznana za przestępcę, a nie ofiarę. Wnioskodawca powinien zatem móc skutecznie ubiegać się o azyl, jeśli państwo pochodzenia popiera lub toleruje praktyki dyskryminacyjne czy krzywdę wyrządzaną takiej osobie, lub jeśli państwo pochodzenia nie jest w stanie zapewnić tej osobie skutecznej ochrony przed taką krzywdą.”⁸³ (...)

“Wniosek azylowy powinien zatem zostać rozpatrzony pozytywnie, jeżeli wykazano, że państwo nie chce lub nie jest w stanie zapewnić ochrony przez naruszeniami ze strony osób działających w imieniu państwa lub też innych osób. Do sytuacji, gdzie brak działania ze strony państwa można uznać za prześladowania zalicza się na przykład nieudzielenie przez policję pomocy w sytuacjach, gdy o taką pomoc poproszono, czy odmowę ze strony władz dochodzenia, ścigania i karania osób wyrządzających krzywdę lesbijkom, gejom, osobom biseksualnym czy transseksualnym.”⁸⁴

81 Asylgerichtshof (sąd azylowy), 30 października 2009 r., D12 230.429-2/2009/8E.

82 Council of the European Union, Presidency's Note to the Permanent Representatives Committee, Bruksela, 6 lipca 2011 r., 2009/0164 (COD), ASILE 56, CODEC 1133.

83 UNHCR, publikacja: *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, 21 listopada 2008 r., str. 22.

84 *ibidem*, str. 27.

3.2 UBIEGANIE SIĘ O OCHRONĘ ZE STRONY PAŃSTW, KTÓRE PENALIZUJĄ OSOBY LGBTI

W niektórych państwach członkowskich UE wnioski osób LGBTI rozpatrywane są negatywnie z powodu tego, że wnioskodawcy nie ubiegali się o ochronę przed przemocą homofobiczną czy transfobiczną ze strony władz krajowych w sytuacjach, kiedy władze te penalizują osoby LGBTI.

3.2.1 PRAKTYKA W POSZCZEGÓLNYCH PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH

W **Austrii** wymagano zwrócenia się do władz o zapewnienie ochrony przez państwo pochodzenia od geja z Zimbabwe. Mężczyzna ten wiedział, że jest homoseksualny od czasu, kiedy uczęszczał do szkoły. Społeczność w Zimbabwe nastawiona jest negatywnie do homoseksualizmu. Mężczyzna kilkakrotnie został pobity przez obce osoby, jak również był ofiarą dyskryminacji. Czasami płacono mu lub dawano prezenty w zamian za seks. Kiedy dowiedziała się o tym społeczność, został pobity jeszcze bardziej. Negatywna decyzja federalnego biura azylowego została uchylona, brak jednak jeszcze decyzji ostatecznej.⁸⁵

W **Finlandii** w przypadku wnioskodawców z Iranu i Nigerii wymagano, aby zwrócili się po ochronę do władz państwowych.⁸⁶ W **Norwegii** z tej samej przyczyny odmówiono ochrony Etiopczykowi.⁸⁷ W **Portugalii** podobne decyzje zapadły w sprawach wnioskodawców z Senegal i Angoli,⁸⁸ w **Szwecji** – z Iraku, a w **Rumunii** – z Afganistanu. Także w **Hiszpanii** wymaga się od wnioskodawców z krajów penalizujących homoseksualizm, aby zwrócili się po ochronę do władz krajowych. Na Malcie natomiast organy azylowe twierdzą, że nie stawiają takiego wymogu, jednak istnieją przypadki pokazujące działania niezgodne z tym twierdzeniem.

Poniższy przykład ilustruje trudności w ewentualnym dążeniu do uzyskania ochrony ze strony władz w krajach penalizujących. W **Danii** o azyl ubiegał się biseksualny mężczyzna z Algierii. Z powodu swojej orientacji seksualnej fundamentaliści islamscy grozili mu bronią; udało mu się wykupić, oferując im biżuterię. Nie odważył się donieść o incydencie na policję ze strachu przed uwięzieniem. W ciągu następnego tygodnia przez telefon grożono mu śmiercią.

85 Asylgerichtshof (sąd azylowy) 12 sierpnia 2010 r., A2 414.747-1/2010. W innej sprawie dotyczącej wnioskodawcy geja wymagano zwrócenia się po ochronę do władz nigeryjskich.

86 Maahanmuuttovirasto (fiński urząd d/s migracji) 25 listopada 2009 r.; Helsingin hallinto-oikeus (sąd administracyjny w Helsinkach) 26 października 2010 r., 10/1422/1.

87 Asylgerichtshof (sąd azylowy) 1 marca 2011 r., DUF: 2007 059077 09.

88 Procedura azylowa nr 97C/08, Procedura azylowa nr 30C/10, Procedura azylowa nr 124T/09.

Jego przyjaciela zamordowano, podcinając mu gardło. Duńska rada do spraw uchodźców odrzuciła jego wniosek, ponieważ nie było powodów, aby uznać, że algierskie władze wiedziały, jaka jest orientacja seksualna mężczyzny. Co więcej, maksymalna kara w prawie algierskim nie została uznana za „nieproporcjonalnie surową w stosunku do prawa duńskiego”.⁸⁹

Jeśli chodzi o **Bułgarię, Grecję, Słowację, Słowenię, Węgry, Polskę, Litwę i Czechy**, to brak jest przypadków, na podstawie których można wnioskować o praktyce w tym względzie.

3.2.2 DOBRA PRAKTYKA

Przykład dobrej praktyki stanowi Holandia, gdzie od lipca 2009 r. wytyczne mówią jasno: „Jeśli czynności seksualne między osobami tej samej płci są penalizowane w kraju pochodzenia, to nie wymaga się od wnioskodawcy uprzedniego zwrócenia się do władz w celu zapewnienia ochrony przez państwo pochodzenia” (Wytyczne w sprawach cudzoziemców C2/2.10.2).

Co więcej, wytyczne te stanowią część szerszych wytycznych w zakresie polityki dotyczących poszczególnych krajów. „Nie oczekuje się, że osoby homoseksualne w [nazwa kraju] zwrócą się do policji po ochronę.” Zasada ta obejmuje osoby homoseksualne z następujących krajów: Afganistan, Republika Konga, Gwinea, Irak, Wybrzeże Kości Słoniowej, Nepal (w odniesieniu do osób homoseksualnych, transwestytów i osób transpłciowych), Nigeria⁹⁰, Sierra Leone, Sri Lanka i Syria. Warto zauważyć, że w niektórych z tych krajów (np. w Nepalu i Wybrzeżu Kości Słoniowej) czynności seksualne między osobami tej samej płci nie są penalizowane. W przypadku krajów penalizujących, które nie są wymienione na tej liście, lesbijki, geje i osoby biseksualne mogą domagać się zwolnienia ze spełnienia wymogu ochrony przez państwo pochodzenia na podstawie ogólnych wytycznych polityki w sprawach uchodźców; stosowanie tej polityki nie ogranicza się do konkretnych krajów, a może nastąpić w przypadku wszystkich krajów penalizujących stosunki seksualne między osobami tej samej płci.

W **Irlandii** w jednej decyzji przyznającej status uchodźcy gejowi z Kenii trybunał odniósł się do informacji, że homoseksualizm w Kenii jest nielegalny i stwierdził, że „oprócz represyjnego ustawodawstwa

89 Decyzja Refugee Appeals Board (azyłowej rady odwoławczej) z 1998 r.; Artykuł 338 Kodeksu Karnego Algierii: „Każda osoba winna czynności homoseksualnej podlega karze więzienia od dwóch miesięcy do dwóch lat oraz karze grzywny w wysokości od 500 do 2000 dinarów algierskich”. Zob. także: *Disturbing Knowledge – Decisions from asylum cases as documentation of persecution of LGBT-persons*, LGBT Denmark and Danish Refugee Council (2008 r.).

90 Jeżeli chodzi o Nigerię, wytyczne wskazują, że czynności seksualne między osobami tej samej płci uważane są za przestępstwo, oraz zawierają odwołanie do ogólnej zasady stanowiącej m.in., że nie wymaga się zwracania się po ochronę do władz krajowych, jeżeli homoseksualizm jest w danym państwie penalizowany.

osoby homoseksualne muszą także mierzyć się ze stygmatyzacją i dyskryminacją” oraz że „w opinii Trybunału ten fakt zwalnia wnioskodawcę z wymogu zwracania się po ochronę do państwa pochodzenia.” Przyjęto także, że wnioskodawca po powrocie do państwa pochodzenia byłby narażony na prześladowania i że nie można oczekiwać, by zwrócił się po ochronę do władz czy policji.⁹¹ Praktyka w Irlandii jest jednak niekonsekwentna; w innych przypadkach wymagano, aby wnioskodawca zwrócił się po ochronę przez państwo pochodzenia w krajach penalizujących.

Jeśli chodzi o **Francję, Niemcy i Włochy**, to nasi eksperci przekazali nam, że nie jest wymagane od osób LGBTI uprzednie ubieganie się o ochronę przez państwo pochodzenia w krajach penalizujących homoseksualizm. Wydaje się, że podobne stanowisko przyjmuje Wielka Brytania – wniosek taki można wyciągać z faktu, że dotychczas od wnioskodawców z Jamajki nie wymaga się, by ubiegali się o ochronę w związku z ogólnie panującą tam atmosferą homofobii.⁹²

3.2.3 WNIOSKI

W chwili obecnej praktyka państw członkowskich Unii Europejskiej w tym względzie jest niespójna. Na podstawie zgromadzonych informacji możemy stwierdzić, że wymóg ubiegania się o ochronę przez państwo pochodzenia nawet w krajach penalizujących stosowany jest w **Austrii, Danii, Finlandii, Irlandii, Norwegii, Portugalii, Szwecji, Rumunii, na Malcie** i w **Hiszpanii**. Istnieją też państwa członkowskie Unii, gdzie wymóg ten nie obowiązuje; należą do nich **Holandia, Francja, Niemcy i Włochy**.

Oczywiste jest, że w krajach, gdzie czynności seksualne między osobami tej samej płci (czy też inne „dewiacyjne” zachowania seksualne) są penalizowane nie jest możliwe uzyskanie od władz ochrony przed prześladowaniami (w tym przed dyskryminacją) ze strony podmiotów niebędących państwem – prośba o taką ochronę może prowadzić do sankcji karnych związanych z orientacją seksualną. Nawet w tych państwach, gdzie sankcje karne nie są zazwyczaj egzekwowane nie można ufać, że władze zapewnią skuteczną ochronę.

ZALECENIA

- Artykuł 7 Dyrektywy Kwalifikacyjnej powinno się stosować w taki sposób, by wymóg zwrócenia się do władz krajowych po ochronę obowiązywał w stosunku do lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych tylko wtedy, jeżeli ustalono, że w normalnych warunkach istnieje możliwość zapewnienia przez te władze skutecznej i trwałej ochrony lesbijkom, gejom, osobom biseksualnym, transseksualnym i interseksualnym.
- Artykuł 7 Dyrektywy Kwalifikacyjnej powinno się stosować w taki sposób, by wymóg zwrócenia się do władz krajowych po ochronę nie obowiązywał w stosunku do lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych w przypadku, jeżeli pochodzą oni z krajów penalizujących orientację seksualną czy tożsamość płciową.

3.3 OCHRONA ZE STRONY PAŃSTWA A HOMOFOBICZNE/TRANSFOBICZNE NASTAWIENIE WŁADZ

Nawet jeżeli w państwie pochodzenia wnioskodawcy prawo nie zawierało nigdy przepisów będących podstawą ścigania osób LGBTI lub też że prawo znowelizowano, usuwając z niego tego typu zapisy, to nadal niekoniecznie uzasadnione jest wymaganie, aby wnioskodawcy zwracali się po ochronę do władz krajowych: próby takie mogą albo okazać się bezproduktywne, albo wręcz sprowadzać na wnioskodawcę ryzyko zagrożeń płynących bądź to ze strony państwa, bądź też ze strony podmiotów niebędących państwem.

3.3.1 PRAKTYKA W POSZCZEGÓLNYCH PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH

Ze względu na szerokie zróżnicowanie praktyk w Państwach Członkowskich przedstawiamy poniżej liczne przykłady podejścia do wymogu ochrony przez państwo pochodzenia w państwach, gdzie policja czy inne organy są homofobiczne/transfobiczne.

Wiele wniosków składanych w **Finlandii** tyczy się lesbijek, gejów i osób biseksualnych pochodzących z Rosji. Organy azylowe zajmują stanowisko, iż konieczne jest zwrócenie się po ochronę do policji, a jeśli okaże się to bezskuteczne, dalsza walka o swoje prawa w sądzie. We wszystkich przypadkach wnioskodawcy zostali potraktowani przez policję niewłaściwie lub nawet w sposób wrogi.⁹³

91 Refugee Appeals Tribunal, 2008 r.

92 Asylum and Immigration Tribunal, sprawa: DW (Jamajka) v Secretary of State for the Home Department, CG [2005] UKAIT 00168; UK Upper Tribunal, 24 czerwca 2011 r., SW (Jamajka) v Secretary of State for the Home Department, CG [2011] UKUT 00251. Zob. także: UK Home Office, Operational Guidance Note: Jamaica, 3 maja 2011, v 9.0, dział 3.7.7.

93 Helsingin hallinto-oikeus (sąd administracyjny w Helsinkach) 26 października 2007 r., 07/1355/1; Helsingin hallinto-oikeus (sąd administracyjny w Helsinkach) 30 września 2008 r., 08/1444/3; Maahanmuuttovirasto (fiński urząd d/s migracji) 7 września 2009 r.

Finlandia wydała też jednak decyzję pozytywną w sprawie wnioskodawcy z Iraku, gdzie związki osób tej samej płci nie są jednoznacznie penalizowane przez prawo państwowe (informacje – ILGA): „Ogólnie władze nie są w stanie zagwarantować ochrony, ponieważ homoseksualizm uważany jest za niezgodny z religią i tradycją. W większości przypadków, w których osoby homoseksualne ucierpiały w wyniku przemocy, zabójstw honorowych, wymuszonej prostytucji i porwań nikt nie został za te czyny ukarany. W wielu wypadkach policjanci źle traktowali, wykorzystywali seksualnie i szantażowali osoby homoseksualne.”⁹⁴

W **Danii** sprawy, w których zastosowano wymóg ochrony przez państwo pochodzenia dotyczyły się wnioskodawców z Rosji (1994, 2003), Albanii (2002), Litwy (1997) i Turcji (2000).⁹⁵ Kiedy w krajach byłego Związku Radzieckiego doszło do depenalizacji homoseksualizmu, wnioski azylowe powołujące się na ten powód odrzucano automatycznie, bez badania, czy ochrona mogła rzeczywiście być zapewniona przez władze krajowe (np. wnioskodawca z Rosji, 1994 r.). W przypadku geja z Rumunii (1995 r.) decyzję odmowną uzasadniono spodziewaną w niedalekiej przyszłości depenalizacją homoseksualizmu w tym kraju.⁹⁶

Litewskie organy azylowe rozpatrywały dwa przypadki homoseksualnych mężczyzn z Kazachstanu, którzy twierdzili, że zwracali się z prośbą o ochronę do milicji, chociaż milicja zazwyczaj nie podejmuje żadnych działań w takich przypadkach, a co więcej głosi poglądy w rodzaju: „homoseksualistów należy wytepić”. Informacja o państwie pochodzenia wykazywała, że w normalnych warunkach w Kazachstanie ochrona nie jest dostępna dla osób homoseksualnych. Pomimo to litewski wydział migracji zażądał dowodów, że wnioskodawcy faktycznie zwrócili się do władz kazachskich z prośbą o ochronę, a władze nie chciały lub nie były w stanie jej zapewnić.

Kilka decyzji wydanych w **Czechach** przed wejściem w życie Dyrektywy Kwalifikacyjnej argumentowało, że wnioskodawcy nie zwrócili się po ochronę do władz w państwie pochodzenia, mimo że policja tamtejsza ma opinię homofobiczną.⁹⁷ O czasie transpozycji Dyrektywy

Kwalifikacyjnej Naczelny Sąd Administracyjny interpretuje ten wymóg w świetle Artykułu 7(2) tej Dyrektywy Kwalifikacyjnej. Departament d/s Azylu i Polityki Migracyjnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych nie może już odrzucać wniosków azylowych na podstawie tego, że sprawcami prześladowań są podmioty niebędące państwem; w związku z tym brak zwrócenia się po ochronę do władz w państwie pochodzenia stał się najczęstszą przyczyną odrzucania wniosków azylowych. Nie zdarzyły się jednak jeszcze przypadki wnioskodawców LGBTI, gdzie polityka ta zostałaby w pełni sformułowana.

Orzecznictwo wydziału sądownictwa Rady Stanu w **Holandii** wskazuje, że pierwszym krokiem powinno być ustalenie, czy władze w państwie pochodzenia w ogóle są w stanie zapewnić ochronę. Dopiero po potwierdzeniu, że tak jest, rozważyć można, czy wnioskodawca słusznie zakłada, że zwrócenie się po ochronę do władz byłoby rzeczywiście niebezpieczne czy też bezproduktywne. Jeżeli wniosek jest negatywny, to wymaga się, aby wnioskodawca najpierw zwrócił się o zapewnienie ochrony wewnętrznej; dla uznania, że władze nie są w stanie lub nie chcą zapewnić ochrony konieczne jest bezskuteczne zwrócenie się do nich o taką ochronę.⁹⁸ Rozważanie innych elementów wniosku możliwe jest dopiero po ustaleniu, że zwracanie się po ochronę do władz krajowych byłoby bezskuteczne lub niebezpieczne.

Używany w Holandii zestaw informacji na temat Armenii⁹⁹ zawiera następujące stwierdzenia: „Ogólnie rzecz biorąc osoby homoseksualne nie zwracają się z prośbą o pomoc do policji, gdyż nie ma pewności, że uzyskają tam ochronę. Zgłoszenie się na policję naraża osoby homoseksualne na ryzyko szantażu”. Jednak, jak orzekł sąd w sprawie geja z Armenii, nie wynika z tego, że zwrócenie się po ochronę do wyższych instancji policyjnych byłoby niebezpieczne czy bezskuteczne.¹⁰⁰ Co do Turcji holenderskie wytyczne stwierdzają:

oni wyśmiewani, zastraszani i napastowani seksualnie przez policję lokalną; Najwyższy Sąd Administracyjny Czech, 20 kwietnia 2005 r., nr 3 Azs 245/2004; Najwyższy Sąd Administracyjny Czech, 30 października 2006 r., nr 4 Azs 13/2006; Najwyższy Sąd Administracyjny Czech, 30 czerwca 2006 r., nr 8 Azs 101/2005.

98 Np. Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (wydział sądownictwa Rady Stanu) 12 grudnia 2010 r., LJN: BL4567.

99 Ministerstwo Spraw Zagranicznych Holandii, *Country Report Armenia*, 19 grudnia 2006 r.

100 Rechtbank (sąd rejonowy) Zutphen, 10 października 2007 r., nr 07/17458 (odwołanie rozpatrzone negatywnie), orzeczenie podtrzymane przez Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (wydział sądownictwa Rady Stanu) 18 lutego 2008 r., 200707743/1. Por. Rechtbank (sąd rejonowy) Groningen 3 listopada 2008 r., nr 08/12467, odwołanie oddalone bez podania przyczyn przez wydział sądownictwa Rady Stanu 7 kwietnia 2009 r., 200808661/1/V1 (Chiny); Rechtbank (sąd rejonowy) Hertogenbosch 16 lutego 2010 r., nr 09/16343, odwołanie oddalone bez podania przyczyn przez wydział sądownictwa Rady Stanu 11 czerwca 2010 r., 201002793/1A/2. Zob. także: Rechtbank (sąd rejonowy) Almelo 28 maja 2010 r., nr 10/16955, wydział sądownictwa Rady Stanu, 31 sierpnia 2010 r., 201005517/1/V2 (odwołanie rozpatrzone negatywnie); Rechtbank (sąd rejonowy) Arnhem, 21 grudnia 2006 r., nr 06/21595, wydział sądownictwa Rady Stanu 8 czerwca 2007 r., 200700569/1 (odwołanie rozpatrzone negatywnie), Rechtbank (sąd rejonowy) Zutphen 17 marca 2006 r., nr 06/9846 (odwołanie rozpatrzone negatywnie).

94 Maahanmuuttovirasto (fiński urząd d/s migracji) 12 lutego 2010 r.

95 Rosja: Flygtningenævnet (azyłowa rada odwoławcza) 12 stycznia 1994 r.; Flygtningenævnet (azyłowa rada odwoławcza) 25 lutego 2003 r.; Albania: Flygtningenævnet (azyłowa rada odwoławcza) 16 maja 2002 r.; Litwa: Flygtningenævnet (azyłowa rada odwoławcza) 28 lipca 1997 r.; Turcja: Flygtningenævnet (azyłowa rada odwoławcza) 16 lutego 2000 r.

96 Flygtningenævnet (azyłowa rada odwoławcza), 11 maja 1995 r.

97 Wnioski odrzucono, ponieważ wnioskodawcy nie zwrócili się po ochronę do władz krajowych, chociaż skuteczność i/lub dostępność ochrony była problematyczna (lub też problemu tego nie prouazono). Zob. np.: Najwyższy Sąd Administracyjny Czech, 5 października 2006 r., nr 2 Azs 66/2006; and Najwyższy Sąd Administracyjny Czech, 27 lutego 2008 r., nr 6 Azs 4/2008. Istnieją też przykłady spraw, w których oczekiwano, że wnioskodawcy zwrócą się po ochronę do wyższych instancji policyjnych pomimo tego, że byli

„Osoby homoseksualne, transwestyci i osoby transpłciowe mogą uzyskać ochronę wewnętrzną, chyba że wykazano w konkretnym przypadku, że jest to niemożliwe”, choć używany w Holandii zestaw informacji na temat Turcji zawiera stwierdzenie wręcz przeciwne.¹⁰¹

W **Portugalii** uzasadnienia decyzji sugerują, że wymóg ochrony przez państwo pochodzenia musi zostać zaspokojony w każdym przypadku. Władze portugalskie nie dążą do ustalenia, czy ochrona jest dostępna w danym państwie pochodzenia dla lesbijek, gejów, osób homoseksualnych, transseksualnych i interseksualnych, a informacja ta wydaje się bez znaczenia dla procesu decyzyjnego.

W **Szwecji** wymaga się zazwyczaj spełnienia wymogu żądania ochrony przez państwo pochodzenia od wnioskodawców LGBTI z krajów byłego Związku Radzieckiego (np. z Kazachstanu czy Kirgistanu) oraz z Mongolii.

W Niemczech nie wymaga się zazwyczaj spełnienia tego wymogu od wnioskodawców LGBTI z krajów pochodzenia, o których wiadomo, że są homofobiczne, za wyjątkiem jednej decyzji odmownej w przypadku transseksualnej kobiety z Wenezueli: Urząd Federalny uznał, że powinna ona była zgłosić na policję groźby otrzymywane od przestępczego gangu. Sąd podtrzymał opinię Urzędu Federalnego, chociaż kobieta ta twierdziła, że wielokrotnie była traktowana poniżej przez władze i że nie było możliwe uzyskanie ochrony ze strony policji, ponieważ policja jest skorumpowana i współpracuje z gnębiącym ją gangiem. Trzeba jednak odnotować, że podstawową przyczyną odrzucenia wniosku w tej sprawie były poważne zastrzeżenia do wiarygodności wnioskodawczyni.¹⁰²

W **Hiszpanii** odrzucony został wniosek geja z Gruzji, który ucierpiał w wyniku ataków fizycznych spowodowanych jego orientacją seksualną. Sąd argumentował następująco: „Nastawienie policji do problemów wnioskodawcy przedstawionych we wniosku nie było całkowicie bierne”. Sąd doszedł do wniosku, że „w dniu, w którym wnioskodawca został uderzony, odbyła się interwencja policyjna. Nie zastosowano wprawdzie środków tak daleko idących, jak byłoby to konieczne dla ich skuteczności.”¹⁰³

W **Polsce** Urząd d/s Cudzoziemców oraz orzecznictwo sądów konsekwentnie sugerują, że wymaga się od wnioskodawców wykazania niemożności uzyskania ochrony przez państwo pochodzenia czy też jej nieskuteczności. Wnioskodawcy są

jednak czasem proszeni o wykazanie, dlaczego ochrona taka byłaby nieskuteczna czy niemożliwa do uzyskania, co eliminuje konieczność spełnienia powyższego wymogu. W przypadku osoby transseksualnej z Inguszetii Urząd uwzględnił fakt, że miejscowe organy władzy nie chciały zapewnić jej ochrony.

3.3.2 DOBRA PRAKTYKA

We **Francji** uwzględnia się homofobiczne nastawienie władz przy rozważaniu wymogu ochrony przez państwo pochodzenia. Francuski krajowy sąd azylowy orzekł w sprawie wnioskodawcy z Kosowa, który nie ubiegał się o ochronę ze strony policji: „Homoseksualizm nie podlega wprawdzie w Kosowie sankcjom karnym, jednak osoby homoseksualne padają ofiarą ciężkiej dyskryminacji i przemocy. Składane na ręce stosownych organów skargi nie zawsze są rozpatrywane, kiedy dotyczą osób należących do społeczności lesbijsko-gejowskiej, a nawet prowadzić mogą do dalszych krzywd. Osoby, które ucierpiały z tego powodu, zazwyczaj nie składają dalszych skarg. Nastawienie władz Kosowa uznać można za sprzyjające działaniom homofobicznym.”¹⁰⁴

W **Niemczech** nie wymaga się zazwyczaj spełnienia wymogu ochrony przez państwo pochodzenia od wnioskodawców LGBTI z krajów, w których nastawienie władz jest homofobiczne (z uwzględnieniem jednak opisanego powyżej wyjątku).

3.3.3 WNIOSKI

Praktyka różni się w poszczególnych państwach członkowskich Unii Europejskiej. Oczywiście jest, że w państwach, gdzie władze krajowe czy lokalne są homofobiczne/transfobiczne, prześladowania ze strony podmiotów niebędących państwami (w tym dyskryminacja) nie zostaną powstrzymane w wyniku zwrócenia się po ochronę do władz, gdyż takie zwrócenie się po pomoc może skutkować dalszymi zachowaniami homofobicznymi/transfobicznymi, tym razem ze strony policji. Nawet jeżeli organy władzy same nie dokonują aktów przemocy wobec osób LGBTI, to ich homofobiczne/transfobiczne nastawienie powoduje, że jest mało prawdopodobne, że zapewnią skuteczną i trwałą ochronę przed przemocą na tle orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej lub przed innymi formami dyskryminacji.

101 Ministerstwo Spraw Zagranicznych Holandii, *Country Report Turkey*, 1 września 2010 r., dział 3.4.6, publikacja dostępna na stronie: <http://www.rijksoverheid.nl/ministeries/bz/documenten-en-publicaties/ambtsberichten/2010/09/14/turkije-2010-09-14.html>.

102 Verwaltungsgericht (sąd administracyjny) w Dreźnie, 15 maja 2009 r., A1 K 30157/07.

103 Audiencia Nacional (sąd krajowy) 23 maja 2007 r., rec. n° 412/2004.

104 Cour Nationale du Droit d'Asile (krajowy sąd azylowy), 23 grudnia 2009 r., ref 09012138; por.: Maroko - Cour Nationale du Droit d'Asile (krajowy sąd azylowy), 29 stycznia 2008 r., ref 602367; Albania - Cour Nationale du Droit d'Asile (krajowy sąd azylowy), 10 grudnia 2009 r., ref 08018574.



ZALECENIE

- Artykuł 7 Dyrektywy Kwalifikacyjnej powinno się stosować w taki sposób, by wymóg zwrócenia się do władz krajowych po ochronę nie obowiązywał w stosunku do lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych, gdy podmioty potencjalnie mogące zapewnić tę ochronę są homofobiczne/transfobiczne.



4 WYMÓG DYSKRECCJI

W wielu miejscach na świecie orientacja seksualna czy tożsamość płciowa nadal są ukrywane. Wiele osób „nie wychodzi z szafy”, tzn. ukrywa swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową, ponieważ obawiają się reakcji innych: swoich rodzin, znajomych, sąsiadów, społeczności czy władz. Reakcją na ujawnienie orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej (coming out) może być dręczenie, dyskryminacja, przymusowe małżeństwo, tortury, gwałt, morderstwo.

Osoby LGBTI opuszczają państwo, z którego pochodzą i ubiegają się o azyl i ochronę międzynarodową – ich wnioski są jednak często odrzucane, ponieważ uważa się, że nie mają one powodu do obaw w państwie pochodzenia, jeżeli tylko będą postępować „dyskretnie”. Wymóg dyskretnego postępowania w celu uniknięcia prześladowań z powodu orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej, czasami jawnie wyrażony, a czasem tylko sugerowany, pojawia się w wielu krajach i w licznych systemach prawnych. Często dyskrecji wymaga się w kontekście ochrony wewnętrznej (więcej informacji na ten temat znajduje się w Rozdziale 5).

Urząd d/s imigracji i narodowości na **Węgrzech** orzekł, w sprawie wnioskodawcy z Algierii, że „nawet jeśli obowiązują sankcje karne skierowane przeciwko osobom homoseksualnym lub penalizująca czynności seksualne między osobami tej samej płci, to orientację homoseksualną można uzewnętrzniać w sposób ukryty i dyskretny, co pozwala zapobiec możliwym atakom.”

W ciągu ostatnich kilku dziesięcioleci argumentacja tego typu spotkała się z ostrą krytyką ze strony zarówno prawników, jak i aktywistów, co doprowadziło do znaczących zmian w praktyce azylowej w niektórych krajach pozaeuropejskich.¹⁰⁵

¹⁰⁵ W 2003 r., High Court w Australii orzekł: „Podważałoby sens istnienia Konwencji, gdyby wymagano od wnioskodawców zmiany poglądów czy ukrywania swojej rasy, narodowości czy przynależności do określonej grupy społecznej przed udzieleniem im ochrony” (High Court, 9 grudnia 2003), sprawa: Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs, [2003] HCA 71, S395/2002 i S396/2002. W 2004 r. w Nowej Zelandii azylowo urząd odwoławczy (Refugee Status Appeals Authority) orzekł: „Wymagając od uchodźców, by zrzekli się swego podstawowego prawa, tak samo wymaga się od nich uległości i podporządkowania się i tak samo odmawia się im korzystania z praw człowieka, jak pragną to zrobić prześladowcy w kraju pochodzenia. Współdziałają osoby podejmujących decyzje azylowe w prześladowaniu wnioskodawców jest problemem wymagającym uwagi.” Refugee Appeal no. 74665/03, 7 lipca 2004 r., por.: United States Court of Appeals for the Ninth Circuit 7 marca 2005, sprawa Karouni v. Gonzales, Attorney General nr 02-72651, 399 F.3d 1163 (2005), oraz: Federal Court of Canada 8 października 2008 r., sprawa: Atta Fosu v. the Minister of Citizenship and Immigration, 2008 FC 1135.

4.1 STANDARDY MIĘDZYNARODOWE I EUROPEJSKIE

Na mocy Artykułu 1A-2 Konwencji Genewskiej (a także opartego o niego Artykułu 2(c) Dyrektywy Kwalifikacyjnej) za uchodźcę uważa się osobę, która ma uzasadnioną obawę przed prześladowaniem z jednego z pięciu wymienionych powodów. Jeden z tych powodów stanowi przynależność do określonej grupy społecznej. Artykuł 10(1) (d) Dyrektywy Kwalifikacyjnej stanowi, że grupa jest identyfikowana jako szczególna grupa społeczna, jeśli członkowie takiej grupy mają wspólne cechy tak ważne dla tożsamości lub świadomości, że nie można zmuszać danej osoby do odstąpienia od nich. Wymóg dyskrecji w swojej istocie polega na oczekiwaniu, że osoba LGBTI odstąpi od wyrażania swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej: osoba ta, w celu uniknięcia prześladowań, nie będzie mogła działać w oparciu o tę orientację czy tożsamość, a przynajmniej będzie musiała ukrywać tę kluczową część swojej osobowości. Taki wymóg jest sprzeczny z zapisem Dyrektywy Kwalifikacyjnej.

Także Urząd Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców w nocie zawierającej wytyczne dotyczące orientacji seksualnej i tożsamości płciowej jasno stwierdza, że wymóg dyskrecji należy odrzucić:

„Państwo nie może oczekiwać czy wymagać od nikogo, by ukrywał swoją tożsamość w celu uniknięcia prześladowań. Liczne orzeczenia wykazują, że prześladowania nie przestają być prześladowaniami tylko dlatego, że osoba prześladowana uniknie krzywdy, podejmując odpowiednie kroki w tym celu. Wnioski azylowe podające jako powód uchodźstwa poglądy polityczne czy narodowość nie zostałyby rozpatrzone odmownie dlatego, że wnioskodawca może uniknąć krzywdy poprzez zamianę czy ukrycie swoich poglądów czy tożsamości; wnioski podające jako powód orientację seksualną czy tożsamość płciową też nie powinny być odrzucane z tego tylko powodu.

Należy rozważyć, czy wnioskodawca rzeczywiście ma uzasadnioną obawę prześladowania – a nie, czy jest możliwe życie w państwie pochodzenia bez ponoszenia negatywnych tego konsekwencji. Wymaga to obiektywnego zbadania, jak może zostać potraktowany wnioskodawca, gdyby został wydany do państwa pochodzenia. (...) Nie ma obowiązku bycia „dyskretnym” ani podejmowania określonych działań w celu uniknięcia prześladowań, np. życia w samotności czy powstrzymywania się przed wchodzeniem w relacje intymne. Wymóg dyskrecji oznacza także, że orientacja seksualna danej osoby sprowadza się do samego aktu seksualnego. Takie założenie sprawia, że pomija się cały szereg zachowań i

codziennych czynności, które także pozostają pod wpływem orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej danej osoby. Przyjęcie tego wymogu byłoby jednoznaczne z żądaniem tak samo podporządkowanego i uległego zachowania, takiego samego wyparcie się podstawowego prawa, jak to, do czego dążą przesładowcy poprzez swoje działania.”¹⁰⁶

Wymóg dyskrecji stanowił przedmiot wstępnego rozpoznania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, jednak sprawę wycofano, ponieważ ostatecznie przedmiotowy wniosek azylowy został rozpatrzony pozytywnie.¹⁰⁷

4.2 PRAKTYKA W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH UNII EUROPEJSKIEJ

Większość Państw Członkowskich Unii Europejskiej nadal stosuje wymóg dyskrecji. Nasze badanie wykazało przykłady stosowania tego wymogu w następujących państwach: **Austria** (głównie w przypadkach osób biseksualnych), **Belgia, Bułgaria, Cypr, Dania, Finlandia, Francja, Niemcy, Węgry, Irlandia, Malta, Holandia** (mimo odmiennych wytyczny – więcej na ten temat poniżej), **Polska, Rumunia, Hiszpania**. Argumentem tym posługują się także **Norwegia i Szwajcaria**.

Nasi eksperci nie znaleźli dowodów na stosowanie tego wymogu w **Czechach, Grecji**, na **Litwie**, w **Portugalii, Słowacji i Słowenii**. Jednak pamiętać należy, że niektóre z tych krajów rozpatrują bardzo niewiele wniosków od osób LGBTI.

Jeśli chodzi o Holandię, wymóg dyskrecji został oficjalnie usunięty z wytycznych polityki azylowej w 2007 r., jednak nadal stosowany jest w pojedynczych przypadkach, co spotyka się z aprobatą sądów (więcej informacji na ten temat – poniżej). W Wielkiej Brytanii, po decyzji Sądu Najwyższego w sprawach HJ (z Iranu) i HT (z Kamerunu) wymóg dyskrecji stosowany jest tylko w przypadkach, w których dyskrecja płynie w woli samego wnioskodawcy i z przyczyn jedynie presji społecznej i rodzinnej.¹⁰⁸ Szwecja stosuje model brytyjski od stycznia 2011 r.

4.2.1 DYSKRECJA WYMAGANA

W dość dużej liczbie przypadków wnioski azylowe gejów z Iranu zostały odrzucone, ponieważ uznano, że mogą oni prowadzić życie homoseksualnych mężczyzn pod warunkiem zachowywania dyskrecji.

W orzeczeniu wydanym w **Belgii** czytamy: „W społeczeństwie irańskim panuje bardzo mocne rozgraniczenie między sferą prywatną a sferą publiczną. W praktyce homoseksualizm męski jest rozpowszechniony i akceptowany w wielu społeczeństwach islamskich, pod warunkiem, że związki takie są traktowane jako prywatne i nie są przedmiotem rozmów. Ta faktyczna tolerancja oznacza, że osoby homoseksualne, które dbają o prywatność informacji o swoim życiu, są w bardzo niewielkim stopniu narażone na to, że zainteresują się nimi władze irańskie. Społeczeństwo jest ściśle podzielone ze względu na płeć, co sprawia, że mężczyźni homoseksualni – o ile przestrzegają zasad – mogą wchodzić w interakcje społeczne ze sobą nawzajem, żyć wspólnie, podróżować i dzielić pokój hotelowy, a wszystko to bez przyciągania do siebie uwagi. Zazwyczaj nie ma problemów z odnalezieniem innych gejów w parkach i centrach sportowych, znanych jako gejowskie miejsca spotkań.”¹⁰⁹ Apelacja nie została uwzględniona.¹¹⁰

Urząd imigracyjny w **Norwegii** wydał decyzję zawierającą takie sformułowanie: „Jeśli chodzi o ocenę ryzyka, na jakie narażony jest wnioskodawca po powrocie do Iranu, to rozważyć musimy społeczno-kulturowe ramy społeczeństwa irańskiego. Rada Apelacyjna zakłada, że wnioskodawca nie będzie postępował w sposób niezgodny z tym, co w społeczeństwie uważa się za akceptowalne.”¹¹¹

W niedawnej sprawie w **Szwajcarii** wniosek geja z Iranu został odrzucony przez Federalny Sąd Administracyjny, który stwierdził, że praktyki homoseksualne w Iranie są tolerowane przez władze „jeśli nie są okazywane publicznie w sposób, który mógłby stanowić obrazę.”¹¹²

¹⁰⁶ UNHCR, publikacja: *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, 21 listopada 2008 r., część 25-26.

¹⁰⁷ Official Journal of the European Union, 5 lutego 2011 r., C38/7, 2011/C 38/09, Case C-563/10: odniesienie do orzeczenia Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, 1 grudnia 2010 r., sprawa: Khavand v Federal Republic of Germany, C-563/10.

¹⁰⁸ UK Supreme Court, 7 lipca 2010 r., sprawa: HJ (Iran) and HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department, [2010] UKSC 31; [2011] 1 A.C. 596.569, para. 82.

¹⁰⁹ Dane w oparciu o źródło norweskie, 27 kwietnia 2009 r.

¹¹⁰ Raad voor de Vreemdelingenbetwistingen (rada d/s cudzoziemców) 31 marca 2010 r., 41 185, v Lex 200952695.

¹¹¹ Decyzja z jesieni 2010 r.

¹¹² Bundesverwaltungsgericht (federalny sąd administracyjny) 18 stycznia 2011 r., T. v. Bundesamt für Migration, C-2107/2010; zob. także: Seraina Nufer i Maximilian Lipp, *Zulässigkeit der Wegweisung eines homosexuellen Iraners*, Jusletter, 30 maja 2011 r., publikacja dostępna na stronie: www.jusletter.ch.

Podobne przypadki odnotowano w **Finlandii**¹¹³ i **Niemczech**.¹¹⁴

Jeśli chodzi o **Austrię**, eksperci poinformowali nas, że wymóg dyskrecji stosuje się głównie w przypadku osób biseksualnych. Od osób takich oczekuje się, że będą zachowywały określony model dyskrecji. Przykładowo w sprawie osoby biseksualnej w Iranu sąd uwierzył, że osoba ta miała doświadczenia homoseksualne, lecz zdecydował, że „nie były one tak głęboko osadzone w orientacji seksualnej wnioskodawcy, że życie w związku heteroseksualnym byłoby dla niego niemożliwe.”¹¹⁵

Inny przykład stosowania wymogu dyskrecji pochodzi z **Węgier**. W sprawie lesbijki z Afryki Zachodniej węgierski organ azylowy orzekł: „Nawet gdyby wnioskodawczyni była lesbijką, nie miałaby powodów, by obawiać się konsekwencji swojego postępowania, gdyby nie ujawniała publicznie swojego lesbianizmu.” Ekspert z **Bułgarii** natomiast przekazał nam informację, że – jak się wydaje – w opinii urzędników agencji d/s uchodźców dla geja lepszym rozwiązaniem jest powrót do państwa pochodzenia i życie z zachowaniem większej dyskrecji lub nawet próba „zmiany” orientacji seksualnej.

4.2.2 BRAK KONSEKWENCJI W STOSOWANYCH PRAKTYKACH

1 maja 2007 r. Holandia zawarła zapis usuwający wymóg dyskrecji w wytycznych w sprawach cudzoziemców w odniesieniu do ‘homoseksualistów’ (tj. zapewne gejów i lesbijek): „nie wymaga się od osób o preferencjach homoseksualnych ukrywania tych preferencji po powrocie do państwa pochodzenia.”¹¹⁶ Jednak mimo przyjęcia tej dobrej praktyki na poziomie wytycznych, wymóg dyskrecji wciąż stosowany jest w niektórych przypadkach.

Kobieta ze Sierra Leone w państwie pochodzenia żyła w skrywanym związku lesbijskim. W Holandii ujawniła swoją orientację; nie chciała musieć ponownie jej ukrywać. Rada Stanu zgodziła się z argumentem, że „fakt, że w Holandii wnioskodawczyni korzystała z możliwości i praw istniejących w społeczeństwie holenderskim nie oznacza, że nie będzie w stanie przystosować się po powrocie, nawet gdyby wymagało to pewnej wstrzemięźliwości wobec społeczeństwa.” Rada dodała także, iż „orientacja seksualna jest wprawdzie kluczowym elementem osobowości, jednak nie oznacza

to, że nie można oczekiwać, że wnioskodawczyni będzie nadal prowadziła życie w Sierra Leone tak samo, jak przed wyjazdem do Holandii, z tej tylko przyczyny, że nie jest tam możliwe publiczne praktykowanie jej orientacji seksualnej. Takie oczekiwanie nie jest również sprzeczne z Artykułem 8 EKPCz, ponieważ wnioskodawczyni nie przedstawiła argumentów czy okoliczności na poparcie tezy, że w Sierra Leone wnioskodawczyni nie była czy też nie będzie w stanie w sposób znaczący interpretować swojej orientacji seksualnej.”¹¹⁷

Również w Irlandii praktyka wydaje się niekonsekwentna. W przypadku odwołania złożonego przez geja z Pakistanu trybunał w swojej decyzji powołał się na zestaw informacji o państwie pochodzenia, z którego miało wynikać, że geje w Pakistanie rzadko ujawniają swoją orientację seksualną. Sędzia trybunału uznał, że skoro wnioskodawca poprzednio z powodzeniem ukrywał swoją orientację, mógł to robić nadal po powrocie; co więcej, przenosiny w inny region kraju zostały uznane za dobrą możliwość.¹¹⁸

Rozpatrując natomiast pozytywnie odwołanie geja z Iranu, trybunał orzekł przeciwnie: „Jedną z poruszonych kwestii jest następująca: wprawdzie homoseksualizm jest w Iranie nielegalny, jednak zachowania bardzo prywatne i dyskretne nie pociągają za sobą problemów. Przeprowadzenie jednak do końca logicznego wywodu na podstawie tego argumentu prowadzi do trudności. Mam wątpliwości, czy można zobowiązać osobę do tego, by zachowywała się w tak skryty sposób, ukrywając swoją orientację seksualną, czy też do tego, by działała w sposób tak sekretny w celu zapewnienia sobie bezpieczeństwa, że byłoby to właściwie równoznaczne z wyparciem się swojej orientacji. Państwo, które reprezentujemy oraz jego organy, w tym ten trybunał, związane są Europejską Konwencją Praw Człowieka. Konieczna byłaby bardzo przekonująca argumentacja, by umożliwić nałożenie takiego zobowiązania na osobę ubiegającą się o status uchodźcy z powodu swojej seksualności.”¹¹⁹

W **Niemczech** już w 1983 r. sąd administracyjny porównał wymóg dyskrecji z wymaganiami, aby ktoś zmienił kolor skóry w celu uniknięcia prześladowań.¹²⁰ Jednak po dziś dzień orzecznictwo niemieckie nie jest w tej kwestii spójne, a wymóg dyskrecji wydaje się być stosowany zwłaszcza w odniesieniu do państw Afryki Północnej, takich jak Egipt, Algieria¹²¹ czy Maroko.¹²²

113 Maahanmuuttovirasto (fiński urząd migracyjny) 6 października 2010 r., Dnro 3498/0512/2010, por.: Afganistan – „Homoseksualizm jest w Afganistanie powszechny, jednak nie może być wyrażany publicznie. Zgodnie z IPP, zachowanie skryte nie spowoduje nadmiernych problemów.” Maahanmuuttovirasto (fiński urząd migracyjny) 1 listopada 2010, Dnro 3744/0512/2010.

114 Co do Iranu, uznano, że nie ma poważnego zagrożenia prześladowaniami gejów, jeśli „praktykują oni zachowania homoseksualne w ukryciu i nie przyciągają do siebie uwagi władz”. Verwaltungsgericht Düsseldorf (sąd administracyjny) 11 marca 2009 r. - 5 K 1875/08.A, Informationsverbund Asyl & Migration M18011.

115 Asylgerichtshof (sąd azylowy) 14 lipca 2009 r., E2 405.216-1/2009.

116 Vreemdelingen-circulaire (wytyczne dot. cudzoziemców) 2000 C2/2.10.2.

117 Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (wydział Rady Stanu) 11 maja 2011 r., 201011782/1/V1, MigratieWeb ve11001135, *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2011/307, annulling Rechtbank (sąd rejonowy) Dordrecht, 9 listopada 2010 r., 09/4135.

118 Refugee Appeals Tribunal, 2009 r.

119 Refugee Appeals Tribunal, 2008 r.

120 Verwaltungsgericht Wiesbaden (sąd administracyjny) 26 kwietnia 1983 r., IV/I E 06244/81.

121 Verwaltungsgericht Trier (sąd administracyjny) 9 września 2010 r., 1 L 928/10, TR, Informationsverbund Asyl & Migration M17537.

122 Verwaltungsgericht Düsseldorf (sąd administracyjny) 14 stycznia 2010 r., 11 K

Inne sądy niemieckie nie zgadzają się, że co do zasady nie jest dopuszczalne oczekiwanie od wnioskodawcy, że będzie ukrywał swoją orientację seksualną. Natomiast w sprawie uchodźcy z Nigerii sąd przedstawił poruszające argument na rzecz odrzucenia wymogu dyskrecji:

“(...) wnioskodawca (...) może powołać się na prawo człowieka do swobodnego rozwoju osobowości, które zgodnie z opiniami niemieckich i europejskich sądów jest uniwersalne i nie może być ograniczane poprzez systemy prawne innych krajów. Jeżeli tolerować będziemy sytuację, w której ochrona praw człowieka w Niemczech zależy od praktyki w innych krajach, to skończymy w nieuchronny sposób w Guantanamo, które stanowi rażący przykład naruszenia podstawowych praw człowieka przez państwo, które uważa się za demokratyczne i cywilizowane.”¹²³

Odpowiadając na interpelację wystosowaną 18 maja 2010 r.¹²⁴ rząd niemiecki stwierdził, że kluczowe znaczenie w sprawie konkretnego wnioskodawcy ma przyszłe jego postępowanie, tzn. czy spodziewane jest, że wnioskodawca po powrocie do państwa pochodzenia będzie podejmował czynności seksualne z osobą tej samej płci: „Wynik procedury przyznawania azylu zależy do tego, czy wnioskodawca będzie postępował w sposób prowadzący do prześladowań po powrocie do państwa pochodzenia (...). Nie jest istotne, czy można racjonalnie oczekiwać, że osoba ta będzie postępować w inny sposób.” Należy także ocenić, czy istnieje „stosowne prawdopodobieństwo”, że władze w państwie pochodzenia dowiedzą się o wspomnianych czynnościach seksualnych.

4.2.3 „ODWROTNY” WYMÓG DYSKRECCJI

Krajowy Sąd Azylowy we Francji często wymaga od wnoszących o azyl lesbijek, gejów i osób biseksualnych pełnego ujawnienia swojej orientacji seksualnej w państwie pochodzenia. Osoby te powinny, dla spełnienia tego wymogu, „w pełni wyjawić publicznie swoją orientację seksualną lub okazywać ją poprzez widoczne zachowania.”¹²⁵ Przekazuje się tym samym potencjalnym wnioskodawcom następujący komunikat: „Jeżeli zachowujesz

dyskrecję, nie ma powodów, aby udzielić ci azylu. Status uchodźcy zostanie ci przyznany tylko wtedy, jeśli ujawnisz swoją orientację.” Ten „wymóg niedyskrecji” dotyczy nie tyle uzasadnionej obawy (w odróżnieniu od wymogu dyskrecji), co raczej przynależności osoby LGBTI, które jeszcze nie dokonała coming outu, do określonej grupy społecznej, wyznaczonej na podstawie orientacji seksualnej. Wynika to ze sposobu interpretacji pojęcia „szczególna grupa społeczna” przez orzecznictwo francuskiej Rady Stanu. Artykuł 10(1)(d) Dyrektywy Kwalifikacyjnej zawiera wymóg, aby „szczególna grupa społeczna” posiadała odrębną tożsamość w odpowiednim państwie, ponieważ grupa ta jest postrzegana jako inna od otaczającej ją społeczności. Francuska Rada Stanu dokładnie w ten sposób sformułowała test w swoim orzeczeniu z 1997 r.: grupa społeczna definiowana jest poprzez „wspólne cechy, które wyróżniają ją jako grupę w oczach władz i społeczeństwa.”¹²⁶

Krajowy Sąd Azylowy (pierwszej instancji) często błędnie stosuje ten wymóg, czyniąc z niego „odwrotny” wymóg dyskrecji: dopóki dana osoba ukrywa przed innymi swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową, nikt inny nie może jej dostrzec. Osoba za zatem nie przynależy do grupy osób LGBT, ponieważ nie są możliwe do dostrzeżenia te jej cechy, które decydują o przynależności do tej grupy. Orzecznictwo tego rodzaju opiera się na błędnej interpretacji wymogu postrzegania grupy jako odrębnej, zawartego w Artykule 10(1)(d) Dyrektywy Kwalifikacyjnej. Wymóg ten tyczy się tego, czy dana grupa jest postrzegana jako odrębna, a nie tego, czy osoba (czy to pozostająca „w szafie”, czy też ujawniona) jest postrzegana w ten sposób.¹²⁷

Stosowany we Francji „wymóg niedyskrecji” może prowadzić do odmowy udzielenia azylu osobom, które nie ujawniły swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej z powodu uzasadnionej obawy przed prześladowaniami, które mogłyby je czekać w rezultacie takiego ujawnienia. Lesbijki, geje i osoby biseksualne, które nie mogły ujawnić się w państwie pochodzenia z powodu obawy przed prześladowaniami nie są zatem objęte ochroną przez władze francuskie.

4.2.4 DOBRA PRAKTYKA

Od lipca 2006 r. Wielka Brytania stosuje standardowy test dla określenia, czy oczekiwanie dyskrecji w konkretnym przypadku

6778/09.A, Informationsverbund Asyl & Migration M16859.
 123 Verwaltungsgericht München (sąd administracyjny) 30 stycznia 2007 r., M 21 K 04.51404; Argumentacja sądu administracyjnego Verwaltungsgericht München została odrzucona przez Verwaltungsgericht Düsseldorf w orzeczeniu z 21 lutego 2008 r., 11 K 2432/07.A, Informationsverbund Asyl & Migration M13330. Komentarz do debaty: K. Dienelt, *Vermeidungsverhalten zur Abwendung von Verfolgung – Vereinbarkeit mit der Qualifikationsrichtlinie*, publikacja dostępna na stronie: <http://www.migrationsrecht.net/nachrichten-asylrecht/1178-eu-qualifikationsrichtlinie-rl-200483eg-religion-verfolgung.html>
 124 124 Bundestags-Drucksache 17/1505, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/015/1701505.pdf>
 125 W jęz. francuskim: *revendiquer son homosexualité ou manifester son homosexualité dans son comportement extérieur.*

126 Conseil d'Etat (Rada Stanu) 23 czerwca 1997 r., 171858; zob. także: Conseil d'Etat (Rada Stanu) 23 sierpnia 2006 r., 272680.

127 Por. artykuł T. Alexandra Aleinikoffa, gdzie po raz pierwszy sformułowane zostało podejście dot. percepcji społecznej jako alternatywa dla podejścia dot. cech podlegających ochronie: T. Alexander Aleinikoff, „Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of membership of a particular social group”, w: E. Feller, V. Türk i F. Nicholson: *Refugee Protection in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, str. 263-311, p. 296-301. Por. także: H. Battjes: *European Asylum Law and International Law*, Martinus Nijhoff, Leiden 2006, 327-329.

jest „w racjonalnym stopniu znośne” (*reasonably tolerable*).¹²⁸ Test ten podobny jest do testu stosowanego w wielu innych krajach europejskich, a sprawdzającego, czy można racjonalnie oczekiwać od wnioskodawcy, że będzie ukrywać swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową. Jednak w lipcu 2010 r. Sąd Najwyższy Zjednoczonego Królestwa opowiedział się przeciwko jego restrykcyjnej interpretacji w orzeczeniu w sprawie HJ (z Iranu) i HT (z Kamerunu), które zyskało wielką sławę.¹²⁹ Orzeczenie sformułowało tak, że w sposób bezpośredni odnosi się ono do lesbijek, gejów i osób biseksualnych. Ponieważ jednak osoby transseksualne i interseksualne mogą ubiegać się o ochronę z tych samych powodów, to orzeczenie to ma zastosowanie także i do nich.

Części 55, 77 i 78 orzeczenia Lorda Rodgera wyjaśniają skutki, jakie pociąga za sobą stosowanie wymogu dyskrecji, oraz sposób, w jaki podważa to podstawowe przesłanie konwencji Geneeńskiej:

55. *„Istota niniejszej analizy – choć może zostało to już powiedziane – polega na tym, że wychodzi ona z założenia, że państwo pochodzenia wnioskodawcy powinno było nie tylko nie zezwalać swoim przedstawicielom na prześladowanie wnioskodawcy z jednego z wymienionych powodów ochrony czy wręcz ich do tego zachęcać, a przeciwnie – powinno było chronić wnioskodawcę przed prześladowaniami w tych powodów. Myśl, z której wywodzi się Konwencja zakłada zatem, że ludzie powinni być w stanie żyć swobodnie, bez obawy, że może im się stać krzywda o koniecznej tu intensywności czy czasie trwania z powodu tego, że są (założmy) czarnoskórzy, czy że są potomkami byłego dyktatora, czy że są orientacji homoseksualnej. Skoro brak wskazań, które byłyby z tym sprzeczne, trzeba zakładać, że wszyscy oni muszą mieć swobodę życia jawnie i otwarcie bez obawy przed prześladowaniami. Dając im możliwość życia swobodnie i bez takiej obawy, państwo przyjmujące zapewnia im ochronę, która zastępuje ochronę, którą powinno im było zapewnić państwo pochodzenia.*

77. *Rozpatrując kwestię na najbardziej podstawowym poziomie zauważyć trzeba, że gdyby wnioskodawca – mężczyzna miał postępować dyskretnie, musiałby unikać praktycznie wszelkie otwartej ekspresji uczucia w stosunku*

do innego mężczyzny wykraczającej poza to, co byłoby akceptowalne w przypadku mężczyzny heteroseksualnego. Musiałby zachować ostrożność w zawieraniu przyjaźni, w przynależności do kręgu znajomych, w doborze miejsc, gdzie prowadziłby życie towarzyskie. Musiałby stale wykazywać się wstrzemięźliwością w obszarze życia, który zasadza się na silnych emocjach i na pociągu fizycznym, w obszarze, w którym mężczyzna heteroseksualny mógłby zachowywać się spontanicznie, a nawet impulsywnie. Nie tylko nie mógłby jawnie uprawiać delikatnego flirtu, który stanowi przyjemną część życia heteroseksualnego, ale musiałby poważnie zastanowić się, czy wyjawić innemu mężczyźnie, że uważa go za pociągającego. Drobne gesty, przejawy uczucia, które uważamy za oczywiste pomiędzy mężczyzną a kobietą mogłyby okazać się dla niego niebezpieczne. Krótko mówiąc, miałyby to przemożny wpływ na możliwość znalezienia przez niego szczęścia w relacji seksualnej. Trudno uznać, że jakkolwiek gej mógłby uważać takie ograniczenia swojego życia i szczęścia za znośne w racjonalnym stopniu.

78. *Byłoby jednak błędem ograniczać listę obszarów, które muszą podlegać ochronie do spraw opisanych powyżej – tych, które sprowadzają się właściwie do możliwości znalezienia partnera seksualnego i utrzymywania z nim więzi w taki sam sposób, jak dzieje się to między osobami heteroseksualnymi. Jak jednak wskazują Gummow i Hayne JJ w sprawie Wnioskodawca S395/2002 przeciwko Ministerstwu Imigracji (2003) 216 CLR 473, 500-501, w części 81: ‘Tożsamość seksualna nie powinna być w tym kontekście rozumiana jak ograniczona tylko do podejmowania określonych czynności seksualnych czy innych form fizycznych zachowań. Może ona rozciągać się – i często rozciąga się – na wiele aspektów związków międzyludzkich i podejmowanych działań. Fakt, że dwie osoby prywatnie (i co za tym idzie „dyskretnie”) podejmują pewne zachowania seksualne nie musi mówić zupełnie nic o tym, co wybierają te osoby, jeśli chodzi o inne aspekty ich życia, które wiążą się z ich seksualnością czy z niej wynikają.”*

Cytujemy również 82, w której Lord Rodger wyjaśnia, jak powinny być rozpatrywane wnioski azylowe lesbijek, gejów i osób biseksualnych:

„Kiedy wnioskodawca wnosi o przyznanie azylu z powodu uzasadnionej obawy przed prześladowaniami wywołanymi tym, że jest gejem, trybunał musi przede wszystkim zadać sobie pytanie, czy uważa za wystarczające dowody przedstawione na to, że wnioskodawca rzeczywiście jest gejem lub też byłby traktowany jako gej przez potencjalnych prześladowców

128 Court of Appeal (Anglia i Walia) 26 lipca 2006 r., sprawa: J v. Secretary of State for the Home Department, [2006] EWCA Civ 1238, [2007] Imm AR 73. Sąd musi zbadać, czy osoba ‘dobrowolnie’ będzie zachowywać dyskrecję. Orzecznictwo angielskie znajduje się pod wpływem decyzji Australian High Court w sprawie: Appellant S395 w: Z v. Secretary of State for the Home Department [2004] EWCA Civ 1578; [2005] Imm A R 75, 2 grudnia 2004 r., kluczowe orzeczenie zapadło w sprawie: HJ (Iran) and HT (Cameroon) in w lipcu 2010 r.

129 Supreme Court (sąd najwyższy) 7 lipca 2010 r., sprawa: HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department, [2010] UKSC 31; [2011] 1 AC 596.

w państwie pochodzenia. Jeżeli odpowiedź na to pytanie jest twierdząca, to trybunał musi zadać sobie pytanie, czy uważa za wystarczające dowody przedstawione na to, że jawni geje w państwie pochodzenia wnioskodawcy narażeni są na prześladowanie. Jeżeli odpowiedź i na to pytanie jest twierdząca, to trybunał musi dalej rozważyć, co zrobiłby ten konkretny wnioskodawca, gdyby został odesłany do państwa pochodzenia. Jeżeli wnioskodawca rzeczywiście żyłby jawnie, co narażałoby go na ryzyko prześladowań, to wnioskodawca taki ma uzasadnioną obawę przed prześladowaniami, nawet gdyby mógł uniknąć tego ryzyka, żyjąc „dyskretnie”. Jeśli zaś trybunał dojdzie do wniosku, że wnioskodawca faktycznie żyłby dyskretnie i udałoby mu się w ten sposób uniknąć prześladowań, to rozważenia wymaga, dlaczego by tak postąpił. Jeśli trybunał dojdzie do wniosku, że wnioskodawca żyłby dyskretnie po prostu dlatego, że tak sam z własnej woli pragnie żyć, lub też z powodu nacisków społecznych, np. dlatego, że nie chce martwić swoich rodziców czy wprawiać w zakłopotanie swoich znajomych, to wniosek taki należy odrzucić. Tego rodzaju presja społeczna nie stanowi prześladowania; nie chroni przed nią Konwencja. Taka osoba nie ma uzasadnionej obawy przed prześladowaniem, ponieważ z przyczyn, które nie mają nic wspólnego z obawą przed prześladowaniami wnioskodawca taki postanawia z własnej woli żyć w sposób, który oznacza, że nie jest narażony na prześladowania z powodu tego, że jest gejem. Jeśli jednak trybunał dojdzie do wniosku, że rzeczywistym powodem, dla którego wnioskodawca żyłby dyskretnie po powrocie do państwa pochodzenia jest obawa przed prześladowaniem, które nastąpiłoby, gdyby żył jawnie, wtedy – jeśli wszystkie inne okoliczności są takie same – wniosek taki należy rozpatrzyć pozytywnie. Taka osoba ma uzasadnioną obawę przed prześladowaniami. Odrzucenie wniosku na podstawie argumentu, że wnioskodawca mógłby uniknąć prześladowań poprzez dyskretnie postępowanie równałoby się odrzuceniu tego podstawowego prawa, które Konwencja ma chronić – prawa do życia jako gej swobodnie i jawnie, bez obawy przed prześladowaniem. Udzielając takiemu wnioskodawcy azylu i pozwalając mu na jako gej swobodnie i jawnie, bez obawy przed prześladowaniem, państwo przyjmujące realizuje to prawo, dając wnioskodawcy ochronę przed prześladowaniami, którą powinno mu było zapewnić państwo pochodzenia.¹³⁰

W wyroku w sprawie SW Wyższy Trybunał Zjednoczonego Królestwa rozwinął rozumowanie Sądu Najwyższego w sprawie HJ-HT wykazując, że dla uniknięcia prześladowań nie wystarczy milczenie –

130 To nowe podejście wpisano również w znowelizowane wytyczne: UK Border Agency, Asylum Instruction, Sexual Orientation and Gender Identity in the Asylum Claim, 6 października 2010 r., <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent>.

konieczne może okazać się przedstawianie ‘narracji heteroseksualnej’ (np. poprzez posiadanie dzieci czy życie w małżeństwie). Niemożność wykazania się taką narracją stanowi czynnik identyfikujący i stwarzający zagrożenie. Wyższy Trybunał sformułował wytyczne dotyczące zagrożeń (rzeczywistych i postrzeganych) w przypadkach lesbijek z Jamajki, stwierdzając m.in.:

“Nie wszystkie lesbijki są zagrożone. Te, które są z natury dyskretne, mają dzieci, i/lub skłonne są przedstawiać na potrzeby rodziny czy społeczności narrację heteroseksualną mogą żyć jako niejawne lesbijki, nie ściągając na siebie ryzyka prześladowań, pod warunkiem jednakże, że powodem, dla którego decydują się na życie w ten sposób, nie jest obawa. (...) Kobiety nie mające partnera-mężczyzny czy też nieposiadające dzieci narażone są na to, że będą postrzegane jako lesbijki, niezależnie od tego, czy faktycznie nimi są, chyba że wykażą się narracją heteroseksualną i będą zachowywać się dyskretnie.”¹³¹

Podejście wypracowane w sprawie HJ-HT zostało przyjęte przez sądy niższych instancji i trybunały nie tylko w rozpatrywaniu wniosków odwołujących się do orientacji seksualnej, ale i wniosków z powodu poglądów politycznych¹³² czy przekonań religijnych.¹³³ Jest to przykład dobrej praktyki w szerokim zastosowaniu precedensowych orzeczeń w odniesieniu do wniosków azylowych lesbijek, gejów i osób biseksualnych w kontekście innych wniosków składanych na mocy Konwencji Genewskiej.

W Szwecji wnioski azylowe były odrzucane w oparciu o niespełnienie wymogu dyskrecji. Jednak 13 stycznia 2011 r. Szwecja poszła w ślady Wielkiej Brytanii i przyjęła politykę, która nie wymaga od wnioskodawców dyskrecji:

“Jeśli wnioskodawca stwierdza, że po powrocie do państwa pochodzenia będzie zachowywać dyskrecję, kluczowe znaczenie ma ustalenie, jakie są powody takiej decyzji wnioskodawcy. Jeśli powodem jest wola wnioskodawcy, aby tak prowadzić swoje życie, lub jeśli powód stanowi presja społeczna, wniosek należy rozpatrzyć odmownie. Jeśli jednak przyczyną dyskrecji ma być obawa przed prześladowaniem, wniosek należy rozpatrzyć pozytywnie.”¹³⁴

131 Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) 24 czerwca 2011 r., sprawa: SW (lesbijki – zastosowanie rozumowanie z HJ and HT) Jamaica CG [2011] UKUT 00251, par. 107.

132 Court of Appeal (Anglia i Walia) 18 listopada 2010 r., sprawa: RT (Zimbabwe) and others v Secretary of State for the Home Department [2010] EWHC 1285 (wnioskodawcy z Zimbabwe nie-Zanu).

133 Upper Tribunal (Immigration and Asylum Chamber) 13 lipca 2011 r., sprawa: MT (Ahmadi – HJ (Iran) Pakistan CG [2011] UKUT 00277.

134 Rättschefens rättsliga ställningstagande angående metod för utredning och prövning av den framåtsyftande risken för personer som åberopar skydds-skäl på grund av sexuell läggning (RCI 03/2011), publikacja dostępna na stronie:

We **Włoszech** odnotowano jeden przypadek, w którym wnioskodawca stwierdził, że zawsze zachowywał dużą dyskrecję w odniesieniu do swojej orientacji seksualnej, nie odbierał tego jednak jako restrykcji. W pierwszej instancji orzeczono zatem, że nie miał on obawy przed prześladowaniem¹³⁵. Poza tym przypadkiem eksperci nie znaleźli żadnych dowodów na stosowanie wymogu dyskrecji w praktyce czy orzecznictwie.

4.3 WNIOSKI

Wymaganie od wnioskodawców zachowania dyskrecji w odniesieniu do ich orientacji seksualnej czy też orzekanie, że dyskrecja była „dobrowolna” jest rozpowszechnione w państwach członkowskich Unii Europejskiej i stosowane nawet w krajach takich jak Holandia, gdzie wymóg dyskrecji został formalnie zniesiony.

Decyzja Sądu Najwyższego w wielkiej Brytanii stanowi krok we właściwym kierunku, zwłaszcza w porównaniu z praktyką w wielu innych państwach Unii. Jednak rozróżnienie przyczyn, dla których wnioskodawcy planują żyć z zachowaniem dyskrecji jest problematyczne. Po pierwsze, pomija się w nim fakt, że przez samo złożenie wniosku azylowego w oparciu o orientację seksualną wnioskodawcy wyrażają swoją chęć życia swobodnie zgodnie z tą orientacją bez obawy przed prześladowaniem. Jeśli wnioskodawca chce żyć otwarcie jako osoba LGBTI, wykonuje w ten sposób swoje prawo; nie można żądać, aby z niego zrezygnował. Po drugie, rozumowanie Sądu Najwyższego nie uwzględnia faktu, że mimo, że wnioskodawca chce „po prostu” żyć zachowując dyskrecję, prześladowanie może go spotkać natychmiast po tym, jak ktoś odkryje jego orientację seksualną czy ujawni ją wbrew woli zainteresowanego.¹³⁶ Sprawdzianem, czy obawa jest uzasadniona, powinno być niebezpieczeństwo, na jakie narażona jest osoba LGBTI żyjąca jawnie w państwie pochodzenia, a nie przyczyny, dla których ktoś chciałby prowadzić podwójne życie.¹³⁷

Stosowany we Francji wymóg, by wnioskodawca uprzednio ujawnił w państwie pochodzenia swoją orientację seksualną czy tożsamość

www.migrationsverket.se/lifos.

135 Sprawa dotyczyła Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Bari; brak informacji o dacie.

136 J. Millbank i C. Dauvergne piszą: „nawet osoba, która gorąco pragnie 'ukrywać się' i podejmuje w tym celu wszelkie możliwe kroki, z upływem czasu staje się coraz bardziej 'widoczna', zob.: C. Dauvergne i J. Millbank, 'Before the High Court: Applicants S396/2002 and S395/2002, a gay refugee couple from Bangladesh' (2003) Sydney Law Review 97, Vol 25, 122. Zob. także: S. Chelvan, 'Put Your Hands Up (If You Feel Love)', Immigration, Asylum and Nationality Law, Vol 25, No 1, 2011, S. 65: „nawet jeśli dyskrecja jest dobrowolna i nie wynika z obawy przed prześladowaniem, sam fakt, że dana osoba nie prowadzi życia heteroseksualnego cechuje ją odmiennością i prowadzi do uznania za osobę LGB”

137 Zob. punkt 83 wytycznych UNHCR dot. ukrywania przekonań politycznych.

pliciową opiera się na błędnym zastosowaniu standardu postrzegania przez społeczeństwo. Standard ten tyczy się istnienia szczególnej grupy społecznej (Artykuł 10(1)(d) Dyrektywy Kwalifikacyjnej) i wymaga, aby grupa, do której wnioskodawca ma należeć, posiadała odrębną tożsamość w odpowiednim państwie, to znaczy była postrzegana jako odrębna od otaczającego społeczeństwa. Istnienie takiej grupy jest jednak niezależne od tego, czy wnioskodawca do niej należy, czy też nie.

Nasze badanie wykazało też, że stosuje się argumenty natury relatywistyczno-kulturowej dla usprawiedliwienia wymogu dyskrecji, poprzez odnoszenie się np. do społeczno-kulturowych uwarunkowań w państwie pochodzenia. Tego rodzaju argumentacja jest niedopuszczalna i podważa kluczowe cele międzynarodowego i europejskiego prawa o uchodźcach i regulacji dotyczących praw człowieka. Prawa człowieka są uniwersalne. Nie jest dopuszczalne wymaganie, aby osoby ukrywały swoje poglądy polityczne, aby nie żyły z zgodzie ze swoimi przekonaniami religijnymi czy też aby ukrywały swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową po to, by nie narażać się na prześladowania. Nie można oczekiwać, że osoba, która ma uzasadnioną obawę przed prześladowaniami z jakiegoś powodu wyprze się cechy stanowiącej powód prześladowań, nawet gdyby przyjął, z czysto retorycznego punktu widzenia, że jest to możliwe.

ZALECENIA:

- Jeśli chodzi o element definicji uchodźcy mówiący o 'uzasadnionej obawie', powinien on być w przypadku lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych interpretowany w sposób, który nie wymaga ani nie zakłada ukrywania orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej po powrocie do państwa pochodzenia w celu uniknięcia prześladowań.
- Jeśli chodzi o element definicji uchodźcy mówiący o 'prześladowaniu', powinien on być interpretowany w sposób zakładający, że nie jest konieczne uprzednie ujawnienie w państwie pochodzenia swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej przez wnioskodawcę dla uznania, że istnieje szczególna grupa społeczna wyróżniająca się cechą orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej.



5 OCHRONA WEWNĘTRZNA

Jeżeli organy azylowe ustaliły (na podstawie badania okoliczności faktycznych lub z mocy domniemania), że wnioskodawca ma uzasadnioną obawę bycia prześladowanym w państwie pochodzenia, to nadal mogą odmówić wnioskodawcy azylu, jeśli w części terytorium państwa pochodzenia nie zachodzi uzasadniona obawa bycia prześladowanym oraz można oczekiwać, że wnioskodawca zamieszka w tej części państwa, znosząc tym samym konieczność udzielenia mu ochrony międzynarodowej. Rozwiązanie takie nazywa się alternatywą ochrony wewnętrznej (a także przesiedleniem wewnętrznym czy ucieczką wewnętrzną). Dla ustalenia, czy lokalizacja proponowana przez władze stanowi rzeczywistą wewnętrzną alternatywę dla uchodźstwa w państwie przyjmującym konieczne jest sprawdzenie, czy proponowana lokalizacja spełnia pewne kryteria. Proponowane miejsce powinno być wolne od ryzyka prześladowań czy poważnej szkody, a także powinna tam być odstępna ochrona ze strony państwa.¹³⁸

W sprawie geja z Afganistanu Urząd Imigracyjny w **Rumunii** stwierdził: „Z informacji o państwie pochodzenia oraz z oświadczeń wnioskodawcy wynika, że dla osób takich, jak wnioskodawca (to jest osób homoseksualnych) istnieje możliwość przesiedlenia. Przesiedlenie w Afganistanie jest zatem racjonalnym wyborem, który może zostać zastosowany w przypadku wnioskodawcy, zwłaszcza zważywszy, że wnioskodawca nie jest w konflikcie z władzami afgańskimi.”¹³⁹

5.1 STANDARDY MIĘDZYNARODOWE I EUROPEJSKIE

Artykuł 8(1) Dyrektywy Kwalifikacyjnej stanowi, że ochrona międzynarodowa może nie być konieczna, jeśli w części terytorium państwa pochodzenia nie zachodzi uzasadniona obawa bycia prześladowanym lub doświadczania poważnej szkody oraz można oczekiwać, że wnioskodawca zamieszka w tej części państwa. Proponowana nowelizacja Dyrektywy polega na takim przeformułowaniu alternatywy ochrony wewnętrznej, że obejmie ona części terytorium państwa, gdzie nie zachodzi

uzasadniona obawa bycia prześladowanym, lub gdzie nie ma ryzyka doświadczania poważnej szkody, lub gdzie wnioskodawca „ma dostęp do ochrony przed prześladowaniem i poważną szkodą”.¹⁴⁰

Artykuł 8(2) w obecnym brzmieniu stanowi, że podczas badania, czy istnieje alternatywa ochrony wewnętrznej, należy wziąć pod uwagę ogólne okoliczności dominujące w tej części państwa oraz osobiste uwarunkowania wnioskodawcy.¹⁴¹ Proponowana nowelizacja uzupełnia to sformułowanie o następującą treść: „w tym celu Państwa Członkowskie uzyskują precyzyjne i aktualne informacje o państwie pochodzenia z odpowiednich źródeł, takich jak Urząd Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców (UNHCR) i Europejski Urząd Wsparcia ds. Polityki Azylowej.”¹⁴²

Nota Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców zawiera następujące stwierdzenia:

33. *Homofobia, czy to wyrażona w przepisach prawa, czy też w postawach i zachowaniach, często istnieje w całym kraju, a nie w poszczególnych jego częściach. Przesiedlenie wewnętrzne nie może zatem być zazwyczaj uważane za możliwą alternatywę w sprawach dotyczących orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej. Sugerowane miejsce przesiedlenia musi być zarówno „odpowiednie”, jak i „racjonalnie uzasadnione”. Ucieczki wewnętrznej nie uważa się za odpowiednią, jeśli sprawcą prześladowania jest państwo, chyba że jego władza nie sięga na pewne części terytorium. Przepisy prawa powszechnego, takie jak np. sankcje za zachowania homoseksualne, jeśli są egzekwowane w miejscu prześladowań, to zapewne będą również egzekwowane w proponowanym miejscu przesiedlenia.*

34. *Jeśli prześladowania płyną ze strony podmiotów niepaństwowych, można zazwyczaj zakładać, że skoro państwo nie chce lub nie jest w stanie zapewnić ochrony w*

138 Na temat alternatywy ochrony wewnętrznej zob.: James C. Hathaway i Michelle Foster, 'Internal Protection/Relocation/Flight Alternative as an Aspect of Refugee Status Determination', w: Erika Feller, Volker Türk i Frances Nicholson (red.), *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge: Cambridge University Press 2003; First Colloquium on Challenges in International Refugee Law, *Michigan Guidelines on the Internal Protection Alternative*, 9-11 kwietnia 1999 r.

139 Informacja stanowiąca podstawę tej decyzji (wydanej przez Oficium Romanu pentru Imigrari) to raport Departamentu Stanu USA: Country reports on Human Rights Practices - Afghanistan, 11 marca 2010 r. oraz raport Sekretarza Generalnego ONZ z 16 czerwca 2010 r. *UN Doc S/2010/318*.

140 Council of the European Union, Presidency's Note to the Permanent Representatives Committee, Bruksela, 6 lipca 2011 r., 2009/0164 (COD), ASILE 56, CODEC 1133.

141 Artykuł 8(3) Dyrektywy Kwalifikacyjnej stanowi, że alternatywa ochrony wewnętrznej może być proponowana nawet w obliczu trudności z powrotem do państwa pochodzenia, co jest sprzeczne ze stanowiskiem ETPCz: „aby możliwe było wydalenie osoby, konieczne jest, aby istniała możliwość dotarcia do obszaru docelowego”, Europejski Trybunał Praw Człowieka 11 stycznia 2007, sprawa: Salah Sheekh v. the Netherlands, 1948/04, par.138; Europejski Trybunał Praw Człowieka 28 czerwca 2011, sprawa: Sufi and Elmi v the United Kingdom, 8319/07 i 11449/07, par. 266. Nasza opinia zgodna jest z proponowaną nowelizacją, polegającą na uchyleniu Artykułu 8(3).

142 Council of the European Union, Presidency's Note to the Permanent Representatives Committee, Bruksela, 6 lipca 2011 r., 2009/0164 (COD), ASILE 56, CODEC 1133.

jednej części terytorium, to nie będzie chciało lub nie będzie w stanie zapewnić jej w innej części terytorium. Nie można oczekiwać od wnioskodawców, że będą oni ukrywać swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową w miejscu, gdzie się przeniosą, ani wymagać, by pozostawali anonimowi, by uniknąć prześladowań. Stolicy i inne duże miasta stanowią czasem wprawdzie otoczenie bardziej tolerancyjne i zapewniające większą anonimowość, jednak miejsca, gdzie wnioskodawca ma się przesiedlić, powinno zapewniać więcej, niż tylko brak prześladowań. Wnioskodawca musi być w stanie chociażby w niewielkim stopniu korzystać z praw politycznych, obywatelskich i społeczno-ekonomicznych. Wnioskodawca musi więc mieć realny dostęp do skutecznej ochrony ze strony państwa. Istnienie organizacji pozarządowych związanych z problematyką LGBTI nie stanowi samo w sobie ochrony przed prześladowaniami.¹⁴³

Natomiast sporządzone przez Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców wytyczne dotyczące przesiedleń wewnętrznych zawierają następujące stwierdzenia:

14. Jeżeli źródłem ryzyka prześladowań są regionalne czy lokalne instytucje, organy czy jednostki administracyjne państwa, to rozważanie alternatywy ochrony wewnętrznej zazwyczaj nie będzie konieczne, ponieważ instytucje te zapewne realizują politykę państwa. Opcja przesiedlenia wewnętrznego może być odpowiednia tylko wtedy, gdy istnieją dowody, że instytucja winna prześladowań nie sięga swoim wpływem poza dany region oraz istnieją szczególne okoliczności wyjaśniające, dlaczego organy centralne nie ukróciły działalności jednostek lokalnych w tym przypadku. Analiza możliwości alternatywy ochrony wewnętrznej jest konieczna jedynie wtedy, gdy obawa przed prześladowaniami ograniczona jest do części terytorium, a poza tą częścią nie ma możliwości szkody.

15. (...) Można zakładać, że skoro państwo nie chce lub nie jest w stanie zapewnić ochrony w jednej części terytorium, to również w innych częściach terytorium może nie chcieć lub nie być w stanie tego zrobić. Może tak być zwłaszcza w przypadkach prześladowań związanych z płcią.

28. Obszary, gdzie poszanowanie dla praw człowieka, w tym praw niezbywalnych, jest kwestią problematyczną, nie mogą być traktowane jako możliwa alternatywa. Nie oznacza to, że niedociągnięcia w zakresie praw politycznych, obywatelskich

czy społeczno-ekonomicznych automatycznie dyskwalifikują dany obszar w tym względzie. Konieczne jest jednak zbadanie, w praktycznej perspektywie, czy prawa, których poszanowanie nie jest zapewnione, są tak podstawowymi prawami, że pozbawienie ich wnioskodawcy uważane musi być za na tyle szkodliwe, że uniemożliwia uznanie tego obszary za racjonalnie możliwą alternatywę.

34. (...) Ciężar wykazania, że przedstawiona analiza przesiedlenia jest odpowiednia w danym przypadku spoczywa na organie wydającym decyzję. Jeżeli opcja ta jest uważana za odpowiednią, to strona, która proponuje takie rozwiązanie winna jest wskazać sugerowane miejsce przesiedlenia i przedstawić dowody wskazujące, że w przypadku konkretnego wnioskodawcy jest to odpowiednia alternatywa.

38. (...) Ucieczka czy przesiedlenie są odpowiednim rozwiązaniem tylko w szczególnych przypadkach, zwłaszcza wtedy, gdy ryzyko prześladowań płynie ze strony podmiotów niebędących państwami. Nawet, jeśli opcja ta jest odpowiednia, to jej zastosowania powinno być uzależnione do wyniku starannego rozważenia wszystkich okoliczności sprawy i racjonalności przesiedlenia w inny obszar terytorium państwa pochodzenia.¹⁴⁴

Oznacza to, że w przypadkach, kiedy obawa dotyczy prześladowań popieranых czy tolerowanych przez państwo, zakładać trzeba, że ochrona wewnętrzna nie jest dostępna, ponieważ w takich okolicznościach zagrożenie prześladowaniem dotyczy całości terytorium państwa pochodzenia. Co więcej, jeśli obawa dotyczy prześladowań ze strony lokalnych jednostek czy instytucji państwowych, ochrona wewnętrzna zazwyczaj nie jest odpowiednia. Należy również rozważyć, czy w proponowanej nowej lokalizacji przestrzegane i chronione są podstawowe prawa człowieka.

Jak wspomniano w rozdziale dotyczących ochrony ze strony państwa (Rozdział 3), w państwach, które penalizują osoby LGBTI, ochrona taka nie jest dostępna. Ochrona wewnętrzna w takich państwach także nie jest więc możliwa do uzyskania. W innych krajach alternatywę taką można rozważać tylko, jeśli ustalono, że władze w proponowanej części terytorium nie są homofobiczne ani transfobiczne, ale że są chętne i są w stanie w razie potrzeby zapewnić ochronę osobom LGBTI.

143 UNHCR, publikacja: *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, 21 listopada 2008 r.

144 UNHCR, publikacja: *Guidelines on International Protection No. 4: "Internal Flight or Relocation Alternative" within the Context of Artykuł 1A(2) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 23 lipca 2003 r.

5.2 PRAKTYKA W POSZCZEGÓLNYCH PAŃSTWACH CZŁONKOWSKI UNII: OCHRONA

W szesnastu krajach europejskich znaleźliśmy przykłady odrzucenia wniosków od osób LGBTI na mocy argumentu o możliwości ochrony wewnętrznej.¹⁴⁵

Lesbijką z Mongolii wniosła o udzielenie ochrony w **Austrii** w 2002 r. po tym, jak była dręczona i fizycznie maltretowana przez swojego byłego męża oraz przez kolegów z pracy z powodu orientacji seksualnej. Sąd azylowy orzekł: „Od 2002 r. czynności homoseksualne nie są już w Mongolii penalizowane, osoby homoseksualne znajdują się zatem w niebezpieczeństwie nie większym, niż inne mniejszości.” W 2009 r. wniosek rozpatrzono odmownie, powołując się na możliwość ochrony wewnętrznej.¹⁴⁶

W orzeczeniu z 2003 r. w sprawie kobiety transseksualnej z Rosji Rada d/s Uchodźców w **Danii** stwierdziła, w oparciu o dane o państwie pochodzenia, że w Rosji nie ma powodów, by obawiać się systematycznych prześladowań osób transseksualnych ani ze strony władz, ani ze strony osób prywatnych. Rada zasugerowała, aby wnioskodawczyni przeniosła się do większego miasta, gdzie może znaleźć społeczność osób o takiej samej jak ona orientacji seksualnej (sic!) i gdzie prawdopodobieństwa nadużyć ze strony policji będzie znacznie mniejsze.

W wielu sprawach zakładano, że osoby LGBTI będą w stanie znaleźć ochronę w innych częściach terytorium państwa penalizujących zachowania homoseksualne.

Decyzja wydana w **Irlandii** odmawiająca udzielenia azylu gejowi z Nigerii została uzasadniona przez trybunał następująco: „Osoby homoseksualne w Nigerii nie mogą liczyć na ochronę ze strony państwa, jednak przesiedlenie w celu uniknięcia niebezpieczeństwa jest realną opcją.”¹⁴⁷ W decyzji nie odniesiono się do skutków braku ochrony ze strony państwa.

W przypadku geja z Iranu Urząd d/s Migracji w **Finlandii** rozumowało następująco: „Przesiedlenie wewnętrzne byłoby rozsądnym i skutecznym sposobem uniknięcia możliwych problemów związanych z krewnymi wnioskodawcy oraz z władzami. Nie jest prawdopodobne, że władze będą podejmowały próby ścigania wnioskodawcy, przynajmniej nie poza jego pierwotnym miejscem zamieszkania.”¹⁴⁸

W przypadku geja z Senegalu sąd we **Włoszech** orzekł, wnioskodawca może uniknąć potencjalnego zagrożenia ze strony swojego ojca poprzez przeprowadzkę do innego miasta w Senegalu.¹⁴⁹

Wiele decyzji i orzeczeń opiera się na domniemaniu, że samo istnienie klubów gejowskich, miejsc spotkań osób homoseksualnych czy organizacji pozarządowych działających na rzecz społeczności LGBTI jest wystarczające, aby dane miejsce było bezpieczne dla osób LGBTI. Założenie to stosowane jest zamiast przeprowadzenia faktycznej oceny, czy w tych miejscach państwo w razie potrzeby rzeczywiście zapewnia ochronę przed przemocą skierowaną przeciwko osobom homoseksualnym czy transseksualnym.

Sąd w **Holandii** orzekł, że popularne wśród turystów wybrzeże Gambii stanowi odpowiednią alternatywę: „Ze względu na swobodę obyczajową w zakresie seksualności panującą w tych rejonach możliwe jest tam prowadzenie życia jako gej we względnej anonimowości.”¹⁵⁰

W **Finlandii** urząd imigracyjny orzekł: „Wnioskodawcy mogą przeprowadzić się w miejsce, gdzie stosunek do osób homoseksualnych jest bardziej tolerancyjny. W większych miastach istnieje mniejsze prawdopodobieństwo wyróżniania się w społeczności, a ponadto np. w Moskwie i Sankt Petersburgu istnieją powszechnie znane kluby gejowskie oraz organizacje pozarządowe działające na rzecz mniejszości seksualnych.”¹⁵¹

Na **Litwie** Wydział d/s Migracji odrzucił wniosek geja z Kazachstanu, motywując to następująco: „Z informacji o państwie pochodzenia wynika, że w Kazachstanie przestrzegana jest swoboda poruszania się. Geje czują się stosunkowo bezpiecznie w miejscowościach: Astana, Almata, Karaganda, Aktau, Atyrau, Ust-Kamenogorsk, Pavlodar. W miejscowościach tych istnieją bary, kluby i inne możliwości rozrywki dla gejów. Co więcej, istnieją też możliwości wsparcia psychicznego i materialnego dla gejów żyjących na ulicy czy wykorzystywanych seksualnie.” Uznano więc, że miejscowości te stanowią stosowną alternatywę zapewniającą ochronę.

W sprawie dotyczącej wnioskodawczyni z Etiopii Rada Odwoławcza w **Norwegii** stwierdziła: „Wnioskodawczyni jest osobą dojrzałą i operatywną, można więc oczekiwać, że zamieszka poza swoim miejscem pochodzenia, np. w Addis Abebie. Lesbijki ogólnie nie muszą obawiać się prześladowań.”¹⁵²

145 Austria, Dania, Finlandia, Niemcy, Węgry, Irlandia, Włochy, Litwa, Malta, Holandia, Norwegia, Polska, Portugalia, Rumunia, Szwecja, Wielka Brytania (przed orzeczeniem w sprawie HJ/HT).

146 Asylgerichtshof (sąd azylowy), 19 sierpnia 2009 r., C9 248.748-0/2008.

147 Refugee Appeals Tribunal, 2009 r.

148 Maahanmuuttovirasto (fiński urząd migracyjny) 6 października 2010 r, Dnro 3498/0512/2010. Zob. także: „Jeżeli wnioskodawca ma problemy związane

z biseksualizmem w mieście pochodzenia, powinien przeprowadzić się w inne miejsce w Etiopii.” Maahanmuuttovirasto (fiński urząd migracyjny) 27 października 2008 r, Dnro 403/0611/2008.

149 Tribunale (trybunał) Trieste 11 listopada 2009 r, nr. 508/09.

150 Rechtbank (sąd rejonowy) Amsterdam 6 października 2005 r, nr. 05/42699.

151 Ulkomaalaisvirasto (wydział imigracyjny) 3 listopada 2004, Dnro 1719-1720/0611/2004.

152 Decyzja nr N101901611.

W Belgii, Bułgarii, na Cyprze, w Czechach, Francji, Grecji, Słowacji, Słowenii i Hiszpanii nie znaleźliśmy przykładów odrzucenia wniosków w oparciu o argument alternatywnej ochrony wewnętrznej.

5.3 PRAKTYKA W POSZCZEGÓLNYCH PAŃSTWACH CZŁONKOWSKI: WYMÓG DYSKREKCI I POWIĄZANIU Z ALTERNATYWĄ OCHRONY WEWNĘTRZNEJ

W dziewięciu krajach europejskich znaleźliśmy przykłady spraw, w których oczekiwano, że wnioskodawca przeprowadzi się do innej części kraju, gdzie będzie następnie ukrywać swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową (to ostatecznie oczekiwanie wyrażone było albo otwarcie, albo jako sugestia).¹⁵³ (Więcej informacji na temat wymogu dyskrecji zawiera Rozdział 4.) Wiele z tych przykładów ponownie tyczy się krajów penalizujących zachowania homoseksualne.

W sprawie geja z Kamerunu sąd pierwszej instancji (*Judicatorie*) w Rumunii orzekł: „Nie ma przeciwwskazań do tego, by wnioskodawca osiedlił się w państwie pochodzenia w miejscu, gdzie nie jest znany, i by tam żył zgodnie ze swoją orientacją, zachowując przy tym większą dyskrecję, aby uniknąć reakcji ze strony władz i opinii publicznej.”

Jeśli chodzi o Holandię, to widoczna jest rozbieżność między polityką a praktyką. W 2006 r. minister Verdonk powiedział: „Możliwość ochrony wewnętrznej przywoływać można jedynie w przypadkach, w których nie wymaga to od wnioskodawcy ukrywania preferencji seksualnych w innej części terytorium państwa pochodzenia.”¹⁵⁴ Jednak w 2007 r. sąd holenderski orzekł, że duże miasta w Nigerii stanowią dobre miejsce realizacji alternatywy ochrony wewnętrznej. Podstawę tego orzeczenia stanowił raport brytyjski z 2005 r., w napisano, że „homoseksualiści nie muszą obawiać się tam prześladowań pod warunkiem, że nie wyrażają otwarcie swojej orientacji seksualnej.”¹⁵⁵

153 Państwa te to: Finlandia, Niemcy, Irlandia, Holandia, Rumunia, Dania, Malta, Norwegia i Polska. Zob. raport UKLIG, gdzie podaje się, że w 68% z badanych decyzji przyczyną odmowy była alternatywa ochrony wewnętrznej, w 38% po przesiedleniu oczekiwano od wnioskodawcy zachowania dyskrecji. UK Lesbian & Gay Immigration Group, *Failing the Grade. Home Office initial decisions on lesbian and gay claims for asylum*, kwiecień 2010, p. 5.

154 Odpowiedzi na interpelacje parlamentarzystów, 28 listopada 2006 r., Aanhangel Handelingen II 2006/07, nr 394.

155 Rechtbank (sąd rejonowy) Den Bosch 31 maja 2007 r., nr 06/51632. Podobnie w 2009 r. na podstawie IPP o Algierii z 2005 inny sąd holenderski orzekł, że większe miasta w Algierii, gdzie toleruje się homoseksualizm, stanowią miejsce alternatywnej ochrony wewnętrznej. Rechtbank (sąd rejonowy) Assen 17 kwietnia 2009 r., nr 09/11179, decyzja utrzymana w mocy przez Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (wydział sądownictwa Rady Stanu) 25 maja 2009 r., nr 200902993/1/V2. Zarówno w Algierii, jak i w Nigerii

W kilku sprawach rozpatrywanych w Austrii proponowano wnioskodawcom przeniesienie się do chrześcijańskich części Nigerii. W przypadku lesbijki z Nigerii, której ojciec zagroził śmiercią z powodu odmowy wyjścia za mąż za jednego z jego kolegów, austriacki sąd azylowy orzekł, że wnioskodawczyni ta może skorzystać z ochrony wewnętrznej, gdyż dyskryminacja lesbijek jest znacznie mniej nasilona, niż dyskryminacja gejów.¹⁵⁶

Podobnie trybunał w Irlandii, rozpatrując odwołanie lesbijki z Nigerii, uznał, że dane o państwie pochodzenia wskazują, że „istnieją części Nigerii, w tym Lagos, gdzie lesbijki mogą żyć swobodnie, jeśli tylko nie naruszają praw osób trzecich.”¹⁵⁷

W innej decyzji, która zapadła w Irlandii, a która odmownie ustosunkowała się od odwołania złożonego przez lesbijkę z Ugandy, trybunał zauważył, że – choć wnioskodawczyni miała w Ugandzie partnerkę – „nie była w państwie pochodzenia dyskryminowana w żaden inny sposób niż poprzez fakt, że musiała ukrywać swoją orientację seksualną. Na całym świecie żyją osoby homoseksualne, które tę seksualność ukrywają, które się do niej nie przyznają i dla których nie stanowi ona podstawy tożsamości.” Wniosek trybunału brzmiał: „Uważamy za racjonalnie, praktycznie wykonalne, bezpieczne i nie stanowiące przesadnego obciążenia przeniesienie się do innej części Ugandy, jeśli takie jest życzenie wnioskodawczyni. Jest to kwestia jej osobistego wyboru.”¹⁵⁸

5.4 DOBRA PRAKTYKA

Jeśli chodzi o wymóg ukrywania swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej (czy to wyrażony otwarcie, czy też tylko sugerowany), to oficjalna polityka Holandii w sprawie ochrony wewnętrznej w kontekście penalizacji stanowi, że „możliwość ochrony wewnętrznej przywoływać można jedynie w przypadkach, w których nie wymaga to od wnioskodawcy ukrywania preferencji seksualnych w innej części terytorium państwa pochodzenia.”¹⁵⁹ Jest to dobra praktyka, choć zdarzają się przypadki rozpatrywania wniosków w sposób sprzeczny z tą polityką.

Dobrą praktykę formułuje też orzeczenie wydane w Wielkiej Brytanii w sprawie HJ (z Iranu) i HT (z Kamerunu); stwierdza się w nim, że przesiedlenie wewnętrzne nie jest dopuszczalne w przypadkach wnioskodawców LGBTI w krajach penalizujących, jeżeli wymagałoby

orientacja seksualna podlega penalizacji.

156 Asylgerichtshof (sąd azylowy) 1 lipca 2009 r., A13 407.007-1/2009.

157 Refugee Appeals Tribunal, 2009 r.

158 Refugee Appeals Tribunal, 2009 r.

159 Odpowiedzi na interpelacje parlamentarzystów, 28 listopada 2006 r., Aanhangel Handelingen II 2006/07, nr 394.

ukrywania orientacji seksualnej w nowym miejscu zamieszkania:

„Budzi sprzeciw założenie, że wnioskodawca miałby być gotów kłamać na temat swojej orientacji seksualnej i ją ukrywać po przeniesieniu w nowe miejsce zamieszkania. (...) W krajach takich jak Iran czy Kamerun nie istnieją miejsca, gdzie geje mogliby przenieść się i żyć bezpiecznie bez wprowadzenia drastycznych zmian w swoje zachowania – zmian, których wprowadzenie nie jest możliwe ze względu na sam fakt, że są gejami.”¹⁶⁰

W sprawie dotyczącej lesbijek z Jamajki trybunał w Wielkiej Brytanii zgodził się, że przytoczone wyżej zastrzeżenie dotyczące proponowania ochrony wewnętrznej osobom pochodzącym z państw penalizujących ma zastosowanie również do osób postrzeganych jako lesbijki, tzn. tych, które nie są w stanie przedstawić „narracji heteroseksualnej”:

„Ponieważ zarówno faktyczne bycie lesbijką, jaki bycie postrzeganą jako lesbijka wiąże się z ryzykiem, przesiedlenie wewnętrzne nie zapewnia bezpieczeństwa. Osoby przybywające do małych wiejskich społeczności są przedmiotem spekulacji opartych zarówno o zadawanie pytań, jak i o obserwację ich sposobu życia. Jeśli osoby te nie są w stanie przedstawić narracji heteroseksualnej, narażone są na to, że zostaną uznane za lesbijki. Osoby postrzegane jako lesbijki narażone są także na wykluczenie społeczne (utrata pracy czy wygnanie z domu).”¹⁶¹

5.5 WNIOSKI

W wielu krajach europejskich argument ochrony wewnętrznej stosuje się w przypadkach wnioskodawców, którzy uciekli z państw penalizujących zachowania homoseksualne. Należy pamiętać, że alternatywa ochrony wewnętrznej powinna być brana pod uwagę wyłącznie w sytuacjach, gdy ustalono (albo przynajmniej domniemywa się), że wnioskodawca ma uzasadnioną obawę przed prześladowaniem w jednej części terytorium w państwie pochodzenia. Jeśli tego nie ustalono (lub nie ma takiego domniemania), opcja ochrony wewnętrznej jest bezprzedmiotowa, ponieważ nie istnieje potrzeba zapewnienia ochrony wnioskodawcy.

Jak wspomniano już wcześniej (w Rozdziale 4, poświęconym wymogowi dyskrecji), nie jest dopuszczalne oczekiwanie, aby wnioskodawcy ukrywali swoją orientację seksualną czy tożsamość

płciową w celu uniknięcia ryzyka prześladowań. Podobnie nie jest dopuszczalne oczekiwanie, że wnioskodawcy będą ukrywali swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową po przeniesieniu w inną część terytorium państwa pochodzenia.¹⁶²

Jeżeli ryzyko prześladowań ma źródło po stronie instytucji państwowych (w tym instytucji regionalnych i lokalnych), to ochrona wewnętrzna tylko sporadycznie będzie rzeczywistą opcją. Co za tym idzie, w sprawach wnioskodawców LGBTI uciekających z krajów, gdzie orientacja seksualna czy tożsamość płciowa podlegają penalizacji, i mających uzasadnioną obawę przed prześladowaniami ze strony państwa, ochrona wewnętrzna w zasadzie nigdy nie jest możliwym rozwiązaniem. W sprawach wnioskodawców LGBTI uciekających z krajów, gdzie orientacja seksualna czy tożsamość płciowa podlegają penalizacji, i mających uzasadnioną obawę przed prześladowaniami ze strony podmiotów niebędących państwami, ochrona wewnętrzna także nie jest możliwym rozwiązaniem, ponieważ państwo penalizujące nie jest w stanie zapewnić skutecznej ochrony osobom LGBTI (więcej na ten temat w Rozdziale 3, poświęconym ochronie ze strony państwa). Podsumowując: w państwach penalizujących osoby LGBTI ochrona wewnętrzna nie jest dostępna. Wnioski azylowe osób LGBTI pochodzących z krajów penalizujących nie powinny nigdy być rozpatrywane odmownie w oparciu o argument o alternatywnej ochronie wewnętrznej. W pozostałych przypadkach organy azylowe powinny przeprowadzić staranną ocenę sytuacji osób LGBTI w części terytorium proponowanej jako miejsce ochrony wewnętrznej. Ocena ta powinna odnosić się także do kwestii, czy w proponowanym obszarze jest możliwe swobodne życie jako osoba LGBTI oraz czy jest tam dostępna dla osób LGBTI skuteczna ochrona ze strony państwa. Konieczne jest zapobieganie możliwości, że wnioskodawca przeniesie się do innej części terytorium, gdzie nadal będzie narażony na prześladowanie, złe traktowanie czy inne okoliczności naruszające Artykuł 3 EKPCz.

ZALECENIA

¹⁶² Millbank pisze: „Podejście oparte na wymogu dyskrecji powoduje, że przesiedlenie wewnętrzne postrzega się (jawnie czy też nie) jako środek do osiągnięcia celu, którym jest (ponowne) ukrycie informacji o wnioskodawcy, a nie zapewnienie mu rzeczywistego bezpieczeństwa i ochrony.” Jenni Millbank, ‘From discretion to disbelief: Recent Trends in Refugee Determinations on the Basis of Sexual Orientation in Australia and the United Kingdom,’ *International Journal of Human Rights*, Vol. 13, No. 2/3, 2009, p.3. Zob. także: UNHCR, publikacja: *Asylum-Seekers and Refugees Seeking Protection on Account of their Sexual Orientation and Gender Identity. Summary Conclusions of the Expert roundtable organized by the UN High Commissioner for Refugees (Geneva, 30 września - 1 października 2010)*: „Tzn. wymóg dyskrecji nie jest dobrym powodem nieudzielenia ochrony w innych sprawach i nie ma uzasadnienia także w sprawach dotyczących orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej. Podobnie nie można posługiwać się sugestią alternatywnej ochrony wewnętrznej, wymagając ukrywania się dla zapewnienia bezpieczeństwa.”

¹⁶⁰ UK Supreme Court, 7 lipca 2010, sprawa: HJ (Iran) and HT (Cameroon) v. Secretary of State for the Home Department, [2010] UKSC 31; [2011] 1 A.C. 596.569.

¹⁶¹ UK Upper Tribunal, 24 czerwca 2011, sprawa: SW (Jamaica) v. Secretary of State for the Home Department, CG [2011] UKUT 00251, para. 107(5).



OCHRONA WEWNĘTRZNA

- Artykuł 8 Dyrektywy Kwalifikacyjnej powinien być stosowany w taki sposób, żeby uznać opcję ochrony wewnętrznej za niedostępną w przypadku lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych pochodzących z państw penalizujących orientację seksualną czy tożsamość płciową.
- We wszystkich pozostałych sprawach organy azytowe powinny przeprowadzić staranną ocenę sytuacji lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych w części terytorium proponowanej jako miejsce ochrony wewnętrznej. Ocena ta powinna odnosić się także do kwestii, czy w proponowanym obszarze jest możliwe swobodne życie jako lesbijka, gej, osoba biseksualna, transseksualna czy interseksualna oraz czy jest tam dostępna dla takich osób skuteczna ochrona ze strony państwa.
- Nie powinno się zakładać ani wymagać od wnioskodawców, że będą w celu uniknięcia prześladowań ukrywać swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową w części terytorium, gdzie przeniosą się w ramach dążenia do uzyskania ochrony wewnętrznej.

6 OCENA WIARYGODNOŚCI

6.1 WSTĘP

Wiarygodność stała się jedną z najbardziej istotnych kwestii w procesie nadawania statusu uchodźcy. W większości spraw azylowych trzon materiału dowodowego stanowią oświadczenia wnioskodawcy, spisane w protokole lub zawarte w oświadczeniu. Na tej podstawie organy podejmujące decyzję muszą ocenić, czy stwierdzenia wnioskodawcy są prawdziwe, czyli ocenić ich wiarygodność. Czy faktycznie doszło do opisanych wydarzeń? Co stanie się, jeśli wnioskodawca zostanie odesłany do państwa pochodzenia? Staranność w badaniu uzyskiwanych informacji podczas pierwszego spotkania z wnioskodawcą jest uważana za coraz bardziej istotny czynnik w miarę rozpowszechnienia procedur przyspieszonych; jednocześnie traci na znaczeniu ocena faktów prowadzona przez sądy.

Poza oceną ogólnej wiarygodności przedstawianych informacji, w przypadku wniosków azylowych opartych na orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej wnioskodawcy pojawia się jeszcze jeden pokrewny czynnik: czy wiarygodne jest twierdzenie, że wnioskodawca przynależy do grupy, której wyróżnikiem jest orientacja seksualna czy tożsamość płciowa (albo czy jest postrzegany jako przynależący do tej grupy)?¹⁶³

Tylko w jednym z badanych przez nas przypadków doszło do kwestionowania tożsamości płciowej wnioskodawcy (więcej informacji na ten temat znajduje się poniżej w części 6.4.4). Jednak podstawowe pytanie odnoszące się do tożsamości płciowej jest podobne do pytania dotyczące się orientacji seksualnej: Czy otoczenie zna tożsamość płciową wnioskodawcy? Czy powodem prześladowania wnioskodawcy była jego – faktyczna czy też postrzegana – tożsamość płciowa?

Koncentracja na pytaniu, czy dana osoba faktycznie jest lesbijką, gejem, osobą biseksualną, transseksualną czy interseksualną jest problematyczna, ponieważ opiera się na założeniach dotyczących tego, jak zachowuje się „prawdziwa” lesbijka, gej, osoba biseksualna, transseksualna czy interseksualna. Nie istnieje jednak jeden określony sposób, w jaki osoby LGBTI rozumieją czy wyrażają swoją

orientację seksualną czy tożsamość płciową.¹⁶⁴ Na przykład nawet pośród lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych urodzonych i wychowanych w Amsterdamie panuje wielka różnorodność – a przecież błędnie ona, gdyby porównać ją z pełnym wachlarzem tożsamości seksualnych ludzi z całego świata. Sprawia to, że bardzo trudno jest zdecydować, czy wnioskodawcy są wiarygodni, kiedy składają oświadczenia dotyczące orientacji seksualnej, a sprawa jest jeszcze trudniejsza, jeśli osoba prowadząca spotkanie uważa stereotypowe wyobrażenie stosunkowo wymancyjowanej osoby LGBTI żyjącej w Europie za standardowy wzorzec osoby LGBTI w ogóle.

Z drugiej jednak strony nie można uznać, że kwestia wiarygodności jest bez znaczenia. Gdyby wnioskodawca twierdził, że ma uzasadnioną obawę przed prześladowaniami z powodu bycia komunistą, to ustalenie, że w rzeczywistości bynajmniej nie ma on takiego światopoglądu (ani nie jest postrzegany jako komunistą) byłoby uzasadnioną przyczyną odrzucenia jego wniosku. Podobnie więc można odrzucić wniosek oparty o twierdzenie, że wnioskodawca jest osobą LGBTI, jeśli w rzeczywistości wnioskodawca nie jest wcale lesbijką, gejem, osobą biseksualną, transseksualną ani interseksualną i wobec tego nie jest członkiem szczególnej grupy społecznej tworzonej przez osoby LGBTI ani nie jest postrzegany jako członek tej grupy.

W niektórych państwach, które zmodyfikowały politykę azylową tak, by pod pewnymi względami sprzyjała ona osobom LGBTI (zniesienie wymogu dyskrecji, co opisujemy w Rozdziale 4, czy polityka przyznawania ochrony wybranym podgrupom osób LGBTI) pojawiła się jednocześnie niekorzystna tendencja do odrzucania wniosków lesbijek, gejów i osób biseksualnych ze względu na niedostateczną ich wiarygodność. Tam, gdzie porzucono poprzednie modele rozumowania, które stały na przeszkodzie uznawaniu wniosków osób LGBTI, obecnie pojawia się tendencja do odrzucania tych wniosków na podstawie problemów z wiarygodnością (**Czechy**,¹⁶⁵ **Holandia** i **Wielka Brytania** po zniesieniu wymogu dyskrecji).¹⁶⁶ Podobna tendencja zauważalna jest w Holandii po przyjęciu polityki korzystnej

¹⁶³ Middelkoop twierdzi, że poza przypadkami *sur place* badanie powinno dotyczyć wyłącznie tego, czy wnioskodawca ma uzasadnioną obawę przed prześladowaniami z powodu postrzeganego homoseksualizmu. Takie podejście pozwala ominąć problemy powstające np. jeśli wnioskodawca twierdzi, że nie jest gejem, choć jest w związku z osobą tej samej płci, lub gdy na przykład mężczyzna jest w związku z osobą transseksualną urodzoną jako mężczyzna. Zob.: L.P. Middelkoop, 'Geloofwaardigheidskwesties rond homoseksuelen in de Nederlandse asielprocedure', *Asiel- en Migrantenrecht* 2010-1, str. 508-515.

¹⁶⁴ N. LaViolette, 'Coming Out to Canada: The Immigration of Same-Sex Couples under the Immigration and Refugee Protection Act', *McGill Law Journal* 2004, str. 996.

¹⁶⁵ Do czasu transpozycji Dyrektywy Kwalifikacyjnej wnioski lesbijek, gejów i osób biseksualnych odrzucano zazwyczaj z przyczyn merytorycznych. Jednak po transpozycji tej dyrektywy najczęstszy powód decyzji odmownych to negatywna ocena wiarygodności wnioskodawcy. Rozszerzenie zakresu ochrony wywołało więc większy nacisk na problemy wiarygodności.

¹⁶⁶ Por. (dot. Australii): Jenni Millbank, *From Discretion to Disbelief: Recent Trends in Refugee Determinations on the Basis of Sexual Orientation in Australia and the United Kingdom*, *International Journal of Human Rights* 2009-13 (2/3); (dot. Holandii) - kwestionariusz krajowy.

dla niektórych szczególnych grup osób homoseksualnych.¹⁶⁷ Poszerzeniu zakresu ochrony wnioskodawców LGBTI towarzyszy zatem zwiększony nacisk na kwestię wiarygodności.

Niektórzy z ekspertów krajowych przekazali nam informacje o braku problemów związanych z wiarygodnością. Znaleźli oni zaledwie kilka spraw lesbijek, gejów czy osób biseksualnych, które zostały rozpatrzone negatywnie, ponieważ nie uznano ich obaw za uzasadnione czy też nie uznano, aby zagrożenie dla nich było realne. Wydaje się, że kwestia wiarygodności nie jest traktowana jako szczególnie istotna w sprawie lesbijek, gejów czy osób biseksualnych w **Grecji** i w **Portugalii**. Co do innych krajów z tej grupy, podano pewne przykłady, stwierdzono jednak ogólnie, że wnioski lesbijek, gejów czy osób biseksualnych odrzucane są zazwyczaj z innych przyczyn (złe traktowanie nie stanowiące jednak prześladowania; brak zwrócenia się po ochronę do państwa pochodzenia:

Hiszpania).

Istnieją liczne rozbieżności w sposobie traktowania kwestii wiarygodności w Państwach Członkowskich Unii Europejskiej. Najwyraźniej nie istnieje konsekwentna praktyka unijna w tym względzie. W niniejszym rozdziale rozważymy następujące aspekty:

- badania lekarskie;
- zeznania świadków;
- techniki przesłuchań;
- wiedza i zachowania (w tym brak znajomości środowiska homoseksualnego; małżeństwo i rodzicielstwo; brak wiedzy o sankcjach karnych; postępowanie zbyt ryzykowne, by mogło być prawdziwe).

6.2 MIĘDZYNARODOWE I EUROPEJSKIE STANDARDY W KWESTII WIARYGODNOŚCI – WSTĘP

Punktem wyjścia dla rozważań nad istniejącymi standardami jest Artykuł 4 Dyrektywy Kwalifikacyjnej oraz części 195-205 wytycznych UNHCR. W odniesieniu do oceny wiarygodności standardy te oznaczają, że wnioski powinno się rozpatrywać, zwracając szczególną uwagę na problemy, jakie wnioskodawcy mogą mieć z uzasadnieniem tych wniosków (Artykuł 4(5) Dyrektywy Kwalifikacyjnej; część 196 wytycznych UNHCR¹⁶⁸); organy azylowe

powinny współpracować z wnioskodawcami w celu dokonania oceny odpowiednich elementów wniosku (Artykuł 4(1) Dyrektywy Kwalifikacyjnej).

Artykuł 13(3)(a) Dyrektywy Proceduralnej stanowi, że państwa członkowskie *zapewniają*, aby osoba prowadząca przesłuchanie była wystarczająco kompetentna do uwzględnienia osobistych lub ogólnych okoliczności towarzyszących złożeniu wniosku, w tym odmienności kulturowej i bezbronności wnioskodawcy, w takim stopniu, jaki jest możliwy.¹⁶⁹ Wytyczne UNHCR zwracają uwagę na możliwość, że wnioskodawca może obawiać się osoby prowadzącej przesłuchanie (część 198), i podkreślają, że w celu wsparcia wnioskodawcy w przedstawianiu jego sprawy i w pełnym wyjaśnieniu jego odczuć i opinii konieczne jest, aby osoba ta zdobyła zaufanie wnioskodawcy (część 200).

W odniesieniu konkretnie do wniosków osób LGBTI nota UNHCR stanowi:

“35. Wyznacznikiem orientacji seksualnej lesbijki, geja, osoby biseksualnej czy transseksualnej powinna być przede wszystkim deklaracja tej osoby. Niektórzy wnioskodawcy są w stanie przedstawić dowody, że faktycznie są osobami LGBT (np. oświadczenia świadków, zdjęcia czy inny typ materiałów dowodowych), nie mają jednak obowiązku dokumentowania orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej w państwie pochodzenia. Jeśli wnioskodawca nie może przedstawić dowodów na swoją orientację seksualną, a brakuje stosownych informacji o państwie pochodzenia, organ azylowy musi polegać jedynie na deklaracji wnioskodawcy. Jeśli informacje przedstawione przez wnioskodawcę wydają się wiarygodne, należy interpretować wątpliwości na jego korzyść, chyba że są konkretne powody, dla których nie jest to słuszną strategią.

36. W procesie oceniania wniosków osób LGBT należy unikać opierania się na stereotypowych wyobrażeniach takich osób, np. oczekiwać, że geje zachowywać się będą w sposób szczególnie wylewny czy kobiecy, a lesbijki będą wyglądać po męsku czy mieć wizerunek typu butch. Nie należy też zakładać, że dana osoba jest heteroseksualna na podstawie tego, że zawarła małżeństwo, posiada dzieci czy też ubiera się w sposób zgodny ze zwyczajem. Wiarygodność wnioskodawcy lepiej zbadać można, pytając o jego doświadczenie i rozumienie tożsamości seksualnej,

¹⁶⁷ Zob.: Middelkoop 2010, *idibem*.

¹⁶⁸ Zob. na temat trudności w przedstawianiu dowodów: Europejski Trybunał Praw Człowieka 19 lutego 1998 r., sprawa: Bahaddar v. the Netherlands, 25894/94, RJ&D EKPCZ 1998-I, par. 45.

¹⁶⁹ Najnowsza wersja nowelizacji Dyrektywy Proceduralnej zawiera bezpośrednią wzmiankę o orientacji seksualnej i tożsamości płciowej: Artykuł 15(3). Zob.: Commission's Amended Proposal, COM(2011) 319 final, Bruksela, 1 czerwca 2011 r.

niż poprzez zadawanie szczegółowych pytań dotyczących czynności seksualnych.

37. Istotne jest, aby osoby LGBT przesłuchiwane były przez urzędników, którzy zaznajomieni są ze szczególnymi problemami, na jakie nатыkają się takie osoby. To samo tyczy się tłumaczy obecnych przy przesłuchaniach. Do metod zwiększania świadomości urzędników należą: krótkie ukierunkowane na tę tematykę szkolenia, włączanie zagadnień orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w szkolenie nowego i pracującego już personelu w zakresie innych tematów, proponowanie dostępu do stron internetowych zawierających wartościowe informacje na tematy dotyczące osób LGBT i wreszcie tworzenie wytycznych na temat właściwych technik i metod prowadzenia przesłuchań użytecznych na różnych etapach procedury azylowej.¹⁷⁰

6.3 BADANIE LEKARSKIE

W wielu krajach Europy w celu zbadania, czy wnioskodawca faktycznie jest osobą LGBTI, stosuje się badania lekarskie (badania psychiatryczne lub badania reakcji na obrazy pornograficzne, tzn. "badania fallometryczne"). Stosowanie takich badań – prowadzonych przez psychologów, psychiatrów i seksuologów – odnotowano w ośmiu państwach: **Austrii, Bułgarii, Czechach, Niemczech, na Węgrzech, w Polsce,¹⁷¹ Rumunii** i na **Słowacji**.

Na **Węgrzech** w sprawie 16-letniego wnioskodawcy przeprowadzono badanie trzykrotnie. „Ekspert” sądowy stwierdził, że wnioskodawca był heteroseksualny, natomiast psychiatra z fundacji Cordelia (węgierskiej organizacji pozarządowej) potwierdził jego homoseksualizm. Organ azylowy, nie mając jasności w tej sprawie, zwrócił się więc do trzeciego eksperta po opinię. Psycholog ten stwierdził, że nie jest możliwe określenie orientacji seksualnej nastolatka w tak młodym wieku, kiedy to osobowość podlega jeszcze licznym zmianom. Proces ten trwał około pół roku i pochłoniął wiele środków organu azylowego. Ostatecznie wnioskodawcy nadano status uchodźcy.

6.3.1 STANDARDY MIĘDZYNARODOWE I EUROPEJSKIE

170 UNHCR, publikacja: *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, 21 listopada 2008 r.

171 Komisarz Praw Człowieka Rady Europy, publikacja: *Issue Paper (2009)2 on Human Rights and Gender Identity*, 29 lipca 2009, publikacja dostępna na stronie: [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/IssuePaper\(2009\)2&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/IssuePaper(2009)2&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679)

6.3.1.1 ODEJŚCIE OD OCENY PSYCHIATRYCZNEJ

Różnorodność orientacji seksualnych i tożsamości płciowych jest powszechna i musi być uznana za nieodłączną część człowieczeństwa. Orientacja seksualna czy tożsamość płciowa nie mogą być więc uważane za choroby czy zbrocenia.

Homoseksualizm wykreślono z listy chorób Światowej Organizacji Zdrowia w 1990 r. Wobec tego eksperci z dziedziny medycyny czy psychiatrii nie mają wiedzy pozwalającej określić, czy dana osoba jest lesbijką, gejem czy też osobą biseksualną.

Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10 tworzona przez Światową Organizację Zdrowia nadal zawiera na liście „zaburzeń psychicznych i zaburzeń zachowania” w kategorii „zaburzenia identyfikacji płciowej” następujące pozycje: „transseksualizm”, „transwestytyzm o typie podwójnej roli” oraz „zaburzenia identyfikacji płciowej w dzieciństwie”. Jednak organizacje pozarządowe społeczności LGBTI wzywają do odejścia od oceny psychiatrycznej wszelkich tożsamości płciowych. Także Komisarz Praw Człowieka Rady Europy twierdzi, że „podziały takie są problematyczne i oraz bardziej są kwestionowane przez działaczy społeczeństwa obywatelskiego oraz przez lekarzy. Mogą one stać na przeszkodzie w korzystaniu z pełni praw osób transpłciowych, zwłaszcza jeśli stosowane są w sposób prowadzący do ograniczenia zdolności do czynności prawnych czy też opcji leczenia.”¹⁷² Podobnie jak orientacja seksualna, tożsamość płciowa stanowi element samoświadomości jednostki, chociaż częstokroć osoby transpłciowe poddają się zabiegom medycznym, które mają pozytywny wpływ na ich samopoczucie. Na całym świecie ponad 230 organizacji przyłączyło się do inicjatywy STP-2012 (Stop Trans-Pathologization), której celem jest usunięcie tożsamości płciowych z wytycznych diagnostycznych Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego. Podzielamy ten pogląd: w naszej opinii tożsamość płciowa stanowi typ tożsamości, a wiedza medyczna i psychiatryczna są tu bez znaczenia.

Ekspersi w zakresie medycyny, psychiatrii czy psychologii mają wiedzę, która jest ważna, jeśli chodzi o problemy, z jakimi osoby LGBTI mogą zmagać się w wyniku tego, jak społeczeństwo traktuje osoby o niestandardowej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej. Jednak samo ustalenie orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej jest kwestią świadomości osoby, której dotyczy, a nie zagadnieniem medycznym.

172 Komisarz Praw Człowieka Rady Europy, publikacja: *Issue Paper (2009)2 on Human Rights and Gender Identity*, 29 lipca 2009, publikacja dostępna na stronie: [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/IssuePaper\(2009\)2&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CommDH/IssuePaper(2009)2&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679)

6.3.1.2 NIELUDZKIE TRAKTOWANIE; PRYWATNOŚĆ

Kwestia uznania (lub nie) orientacji seksualnej i tożsamości płciowej za zagadnienia medyczne jest istotna, ponieważ badania medyczne, psychiatryczne i psychologiczne stanowią ingerencję w prywatność osoby badanej; ingerencja ta staje się pogwałceniem prywatności, jeżeli badanie nie służy żadnym zasadnym celom. Obowiązek poddania się interwencji medycznej, nawet mało istotnej, stoi w sprzeczności z prawem do poszanowania życia prywatnego wyrażonym w Artykule 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.¹⁷³ Badanie lekarskie także wchodzi w zakres koncepcyjny 'prywatności'. Jeśli badania takie jest konieczne w celu skorzystania z prawa, to wymóg ten musi być w zgodzie z całością przepisów, służyć zasadnemu celowi oraz być konieczne w demokratycznym społeczeństwie (proporcjonalne).¹⁷⁴ Ideę tę wyraża również Artykuł 18 Zasad Yogyakarty, który brzmi: „Nikt nie może być zmuszony do poddania się jakiegokolwiek formie medycznego lub psychologicznego leczenia, zabiegu bądź testu, lub do przebywania w ośrodku zdrowotnym, ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową. Pomimo opinii, które temu przeczą, orientacja seksualna i tożsamość płciowa osoby nie są, same w sobie, chorobami i nie mogą być poddawane leczeniu, opiece zdrowotnej czy powstrzymywane.” (tłumaczenie za wersją ze strony <http://www.prawaczlowieka.edu.pl/>)¹⁷⁵

Można argumentować, że metoda tzw. fallometrii (więcej informacji na ten temat w części 6.4.5.) narusza Artykuł 3 i Artykuł 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.¹⁷⁶ W sprawie dotyczącej osoby skazanej za przestępstwo Europejski Trybunał Praw Człowieka przyznał, że metoda ta jest upokarzająca, uznał jednak, że w tym konkretnym przypadku zastosowanie jej nie stanowi naruszenia Artykułu 3, głównie dlatego, że środki uważane za konieczne dla prowadzonej terapii nie mogą być uznane za poniżające.¹⁷⁷ W kontekście

azylowym element terapii nie występuje, stosowanie tej metody trzeba zatem uznać za naruszenie Artykułu 3. Co od Artykułu 8, można teoretycznie argumentować, że poważna ingerencja w prywatność, jaką stanowi stosowanie fallometrii, może być uzasadniona jej koniecznością w demokratycznym społeczeństwie. Jednak cel, któremu służy stosowanie tej metody, tj. ustalenie wiarygodności wnioskodawcy, można osiągnąć przy użyciu innych metod; co więcej, przydatność tej metody do celu ustalenia orientacji seksualnej jest wątpliwa. Oznacza to, że – porównując skalę ingerencji w prywatność z uzyskanym dzięki temu wynikiem – nie ma uzasadnienia dla stosowania tej metody, a zatem stosowanie jej stanowi naruszenie Artykułu 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

6.3.1.3 ZGODA

Problemem jest też kwestia udzielenia zgody na badanie. Nawet, jeśli opinia eksperta z zakresu medycyny, psychiatrii czy psychologii sporządzana jest na prośbę wnioskodawcy,¹⁷⁸ trudno utrzymywać, że na badanie udzielono dobrowolnej zgody w sytuacji, gdy motywacją udzielenia zgody jest bolesna świadomość, że odmowa jej udzielenia prowadzi do odrzucenia wniosku i możliwy powrót do państwa pochodzenia, gdzie istnieje niebezpieczeństwo prześladowań. Z samego tego faktu płynie nacisk na wnioskodawcę, co skłania go do udzielenia zgody na badanie. Ponieważ orientacja seksualna i tożsamość płciowa nie stanowią kwestii medycznych, psychiatrycznych czy psychologicznych, rzekoma „zgoda” wnioskodawcy musi być uważana za wysoce problematyczną.

6.3.2 PRAKTYKA W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH: WŁADZE WYMAGAJĄ OPINII EKSPERTA W ZAKRESIE MEDYCZNY

Na Węgrzech Urząd d/s Imigracji i Narodowości badając wiarygodność twierdzeń dotyczących orientacji seksualnej żąda czasami opinii biegłego sądowego (osoby niemającej specjalistycznego przygotowania w zakresie orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej i nie interesującej się tymi zagadnieniami). „Badanie” polega zazwyczaj na rozmowie biegłego z wnioskodawcą; w niektórych przypadkach biegły posługiwał się testami psychologicznymi autorów takich, jak Rorschach i Szondi. Badania te stosowano nawet w przypadkach, w których nie było wątpliwości co do wiarygodności wnioskodawców (np. w sprawie wnioskodawcy, który przez kilka miesięcy mieszkał na Węgrzech wspólnie z partnerem tej samej płci, co można było łatwo sprawdzić i na co istniały liczne dowody). Urząd wydaje się nie stosować tych praktyk tylko w odniesieniu do osób transseksualnych oraz gejów o bardzo kobiecym sposobie zachowania.

173 Appl. 8278/78, X v Austria, D&R 18 (1980), str. a55, p. 156.

174 Europejski Trybunał Praw Człowieka 5 lipca 1999 r., sprawa: Matter v Slovakia, 31534/96 dot. badań psychologicznych; Europejski Trybunał Praw Człowieka 27 listopada 2003 r., sprawa: Worwa v Poland, 26624/95 dot. opinii psychiatrycznej.

175 W języku angielskim: International Panel of Experts in International Human Rights Law and on Sexual Orientation and Gender Identity, Principles on the Application of International Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Gender Identity (2007), www.yogyakartaprinciples.org. W języku polskim np. <http://www.prawaczlowieka.edu.pl/>

176 Por. orzeczenie niemieckiego sądu administracyjnego (Verwaltungsgericht Schleswig-Holstein, 7 września 2009 r., 6 B 32/09; Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, publikacja: *Homophobia, Transphobia and Discrimination on Grounds of Sexual Orientation and Gender Identity – 2010 Update*, 10 grudnia 2010 r., str. 59-60; ORAM, *Testing Sexual Orientation: A Scientific and Legal Analysis of Plethysmography in Asylum & Refugee Status Proceedings*, 2011; UNHCR, *Comments on the Practice of Phallometry in the Czech Republic to Determine the Credibility of Asylum Claims based on Persecution due to Sexual Orientation*, kwiecień 2011, publikacja dostępna na stronie: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4daeb07b2.html>.

177 Europejski Trybunał Praw Człowieka 14 września 1999 r., appl. no. 37231/97 (sprawa: Toomey v. United Kingdom).

178 Warto wspomnieć, że badanie fallometryczne przeprowadzono po raz pierwszy na wniosek pełnomocnika wnioskodawcy; więcej informacji zawiera kwestionariusz dot. Czech.

Podobne praktyki odnotowano w **Bułgarii**.

6.3.3 PRAKTYKA W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH: OPINIA EKSPERTA W ZAKRESIE MEDYCZYNY NA PROŚBĘ WNIOSKODAWCY

Jeśli wiarygodność wnioskodawcy została źle oceniona, osoba taka może czuć się zmuszona zwrócić się do seksuologów, psychologów czy innych podobnych ekspertów o potwierdzenie swojej orientacji seksualnej.

W Niemczech wnioskodawcy z własnej inicjatywy przedstawiają czasem zaświadczenia od psychologów, psychiatrów czy innych ekspertów medycznych. Czasem jest to jedyny sposób, by przekonać sąd, zwłaszcza jeśli wnioskodawca w początkowych stadiach procedury nie ujawnił swojej orientacji seksualnej, a na etapach późniejszych twierdzi, że jest lesbijką, gejem czy osobą biseksualną (podobne zagadnienie przedstawiamy w Rozdziale 7).

Kwestię tę komplikuje dodatkowo w Niemczech idea „nieodwracalności”, wprowadzona orzeczeniem federalnego sądu administracyjnego (*Bundesverwaltungsgericht*) z 5 marca 1988 r. W sprawie tej orzeczono, że czynnikiem decydującym jest nieodwracalność orientacji homoseksualnej (*irreversible Homosexualität*). Sama tylko skłonność (*blasse Neigung*) nie przesądza, ponieważ w takim wypadku osoba może swobodnie wybierać, czy podejmować pewne czynności seksualne, czy też nie. Jedynie nieunikniona, płynąca z przeznaczenia danej osoby fiksjacja na zachowaniu homoseksualnym czy zaspokajaniu popędu - „*unentrinnbare schicksalhafte Festlegung auf homosexuelles Verhalten bzw. Triebbefriedigung*” - i będąca jej skutkiem niemożność powstrzymania się do zachowań seksualnych dotyczących osób tej samej płci może stanowić powód udzielenia azylu. Sformułowania te, osadzone głęboko w dyskursie klasycznej seksuologii, powodują, że organy azylowe wymagają od wnioskodawców złożenia opinii psychiatry na temat stopnia ich homoseksualności.¹⁷⁹

Dobry przykład roli, jaką w procedurze azylowej odegrać może opinia eksperta, stanowi sprawa wnioskodawcy z Iranu, w której opinii takiej użyto w celu zwiększenia jego wiarygodności, co do której organy azylowe miały wątpliwość: „Wnioskodawca wspominał podczas przesłuchania w Urzędzie Federalnym, że pierwsze jego kontakty homoseksualne miały miejsce podczas służby wojskowej.

179 Profesor seksuologii i założyciel (nieistniejącej już) organizacji Frankfurcki Instytut Seksuologiczny miał rzekomo tworzyć „regularnie” ekspertyzy na temat orientacji seksualnej wnioskodawców. Cytowany tu artykuł tyczył się geja z Nigerii; ekspertyzę opłaciło stowarzyszenie Amnesty International. Zgodnie z następującą publikacją, ekspertyzy opierały się na „jednym lub dwóch wywiadach”: <http://www.sueddeutsche.de/politik/weltweit-verfolgt-homosexuelle-toedliche-kuesse-1.488972>, *Süddeutsche Zeitung* 16 stycznia 2009 r.

[...] Sąd nie poddał tych stwierdzeń w wątpliwość, szczególnie, że wnioskodawca dokładnie to samo twierdził podczas badania w klinice Uniwersytetu [...], a opinia seksuologiczno-psychologiczna potwierdza, że orientacja wnioskodawcy jest nieodwracalnie homoseksualna. [...]”¹⁸⁰

Z drugiej jednak strony niektóre sądy w Niemczech przestają ufać opiniom biegłych seksuologów. W jednej z decyzji podważono wagę opinii biegłego: „Opinia przedstawiona w innym postępowaniu opiera się wyłącznie na stwierdzeniach osoby badanej (*proband*) w swojej konkluzji, że ‘wytworzenie się nieodwracalnie homoseksualnej osobowości nie daje się jednoznacznie ocenić z perspektywy psychiatrycznej’. Nie trzeba biegłego, żeby dojść do takiej oceny; do oceny tej może dojść i dojdzie sąd poprzez badanie wiarygodności wnioskodawcy.”¹⁸¹ Także i sami seksuologowie wydają się mieć wątpliwości. Opinia biegłego seksuologa (*sexualmedizinisches Gutachten*) przedłożona w innej sprawie jest tego dobrą ilustracją. Stworzył ją lekarz psychoterapeuta, profesor kliniki uniwersyteckiej Charité w Berlinie. Fragment tej opinii, po usunięciu z niej danych osobowych, przekazany został niemieckiej organizacji pozarządowej. Składał się on z 22-stronicowej „dygresji” dotyczącej trudności metodologicznych w określaniu orientacji seksualnej oraz współzależności między predyspozycjami biologicznymi a warunkami psychologicznymi, społecznymi i kulturowymi, z których wszystkie – zdaniem autora – są równie ważne w tworzeniu się „struktury” seksualnej danej osoby.¹⁸² Fragment ten pokazuje, jak bardzo starannie biegły ten podkreśla fakt, że liczba koniecznych do uwzględnienia czynników powoduje, że nie jest możliwe definitywne określenie czyjejs orientacji seksualnej.

Zgodnie z naszymi informacjami praktyki takie stosowane są także w **Austrii**¹⁸³ i **Rumunii**. Jeśli chodzi o **Polskę**, to organy azylowe zalecają tam wnioskodawcom przedłożenie dodatkowych dowodów, w postaci np. wyników testów psychologicznych oraz opinii seksuologów czy lekarzy innych specjalności.

W większości pozostałych krajów, w tym na przykład we **Francji**, wnioskodawcy mogą posługiwać się opiniami ekspertów z zakresu medycyny w celu wykazania, z jakimi problemami natury fizycznej czy psychologicznej zmagali czy zmagają się w odniesieniu do swojej seksualności. Jednak opinie te nie służą jako dowód orientacji seksualnej wnioskodawcy. W tym względzie decydujące jest twierdzenie samego wnioskodawcy dotyczące jego osobistego doświadczenia.

180 Sąd administracyjny (Verwaltungsgericht) Wiesbaden, 24 września 2008 r. - 6 K 478/08.WI.A(2).

181 Verwaltungsgericht (sąd administracyjny) München, 20 stycznia 2004 r., M 9 K 03.51197.

182 Verwaltungsgericht (sąd administracyjny) we Frankfurcie nad Odrą, 2003 r.

183 Asylgerichtshof (sąd azylowy) 20 lipca 2009 r., C5 257.855-0/2008; UBAS (federalna azylowa rada odwoławcza) 5 sierpnia 2005 r., 238.353/5-VIII/22/0.

6.3.4 PRAKTYKA W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH: PRZYPADKI OSÓB INTERSEKSUALNYCH I TRANSEKŚSUALNYCH

Często zdarza się, że osoby interseksualne i transseksualne składające wnioski azylowe z własnej woli zwracają się do lekarzy. Jednak te osoby interseksualne czy transseksualne, które nie dążą do przeprowadzenia interwencji medycznej w swoje ciało, niekoniecznie mają kontakt z lekarzami i niekoniecznie muszą takiego kontaktu chcieć. Eksperci krajowi poinformowali nas o jednym tylko przypadku, w którym nie uznano wiarygodności wnioskodawcy w zakresie twierdzenia, że jest osobą transseksualną. W **Wielkiej Brytanii** osoba z Pakistanu początkowo ubiegała się o azyl jako lesbijka, jednak później złożyła kolejny wniosek jako mężczyzna transseksualny. Został on odrzucony przez władze brytyjskie z powodu niewystarczającej wiarygodności twierdzenia o tożsamości seksualnej. Dopiero po ponad roku organ azylowy zaczął zwracać się do wnioskodawcy używając zaimków rodzaju męskiego. W lutym 2011 r. brytyjski Home Office uznał, że mężczyźni transseksualni z Pakistanu są grupą zagrożoną i nadał wnioskodawcy status uchodźcy.¹⁸⁴

Problemy dotyczące wiarygodności nie pojawiają się zbyt często w sprawach dotyczących osób interseksualnych i transseksualnych. Dzieje się tak w dużej mierze dlatego, że osoby interseksualne i transseksualne zazwyczaj przedkładają organom azylowym dokumentację medyczną. W sprawie w **Finlandii** na przykład wnioskodawca interseksualny przedłożył zaświadczenie lekarskie oraz opinię endokrynologa dziecięcego.

W **Irlandii** odnotowano dwie sprawy osób interseksualnych. W obydwóch z nich organ azylowy zaakceptował dowody natury medycznej – zaświadczenia od lekarza prowadzącego, potwierdzające sytuację wnioskodawców; zaświadczenia te były decydującym dowodem na interseksualizm wnioskodawców. Zaświadczenia te zasadały się na dokumentacji trwającego od dłuższego czasu procesu leczenia wnioskodawców. Nie były one wymagane przez organ azylowy, aczkolwiek zostały przezeń przyjęte i rozpatrzone.

W **Austrii** orzeczenie z 2004 r. stanowiło: „Pan X jest osobą transseksualną. W Gruzji przeszedł on operację zmiany płci. W państwie pochodzenia z pewnością nie ma gwarancji minimalnego standardu opieki medycznej i terapii, nie ma też żadnej gwarancji ochrony prawnej. Diagnoza tyczy się transseksualizmu oraz wyraźniej nerwowości przemieszanej z zaburzeniami depresyjnymi.”¹⁸⁵

184 AB (Pakistan) (brak danych, 2009 r.) sąd administracyjny.

185 UBAS (federalna azylowa rada odwoławcza) 10 maja 2004 r., 240.479/0-VIII/22/03.

W **Holandii** na poparcie twierdzeń o tożsamości płciowej wnioskodawca przedłożył list z kliniki uniwersyteckiej VU University Medical Centre, z którego wynikało, że cierpi na „poważne zaburzenie tożsamości płciowej”. Dokument ten miał kluczowe znaczenie dla decyzji sądu, która uchyliła negatywną decyzję azylową.¹⁸⁶

6.3.5 PRAKTYKA W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH: BADANIE ‘FALLOMETRYCZNE’

Badanie fallometryczne to kontrowersyjna metoda, którą stosowano przez pewien okres w Czechach. Wprowadził ją do użycia pełnomocnik wnioskodawcy – nie była to inicjatywa organu azylowego. W sytuacjach, kiedy wnioskodawcy nie wydawali się wiarygodni czy też jeśli ich twierdzenia dotyczące się ich rzekomej tożsamości LGBTI były nieprzekonujące lub wewnętrznie sprzeczne, organy azylowe wymagały dodatkowych dowodów. Oznaczało to konieczność skomplikowanego „badania seksodiagnostycznego”, na które składała się rozmowa z seksuologiem oraz „badanie fallometryczne”. Choć badanie fallometryczne stanowiło tylko części całego procesu diagnostycznego, to jednak właśnie jego wynik miał decydujące znaczenie zwiększające wiarygodność wnioskodawcy w zakresie tożsamości seksualnej.

Badanie prowadził zawodowy seksuolog za pisemną zgodą wnioskodawców, poinformowanych uprzednio o procedurze i przebiegu badania.¹⁸⁷ Całość „badania seksodiagnostycznego” przypominała badania, jakim poddaje się przestępców seksualnych.

Najprościej rzecz ujmując, badanie fallometryczne polegało na zbadaniu reakcji fizycznej organizmu na prezentację materiałów pornograficznych. Materiały te zawierały sceny pornograficzne heteroseksualne, lesbijskie, gejowskie, z udziałem nastolatków i z udziałem dzieci. Seksuolog wyciągał wnioski z reakcji badanych na przedstawiany materiał. W języku medycznym badanie tego typu nazywa się pletyzmografią (w przypadku mężczyzn stosuje się skrót PPG, w przypadku kobiet – VPG).¹⁸⁸ W Czechach organy azylowe przeprowadziły tę procedurę w latach 2008-2009 w mniej niż 10 sprawach, używając zarówno PPG, jak i VPG.

Krytyka ze strony Agencji Praw Podstawowych, Komisji Europejskiej, organizacji pozarządowych oraz Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych d/s Uchodźców spowodowała, że wycofano się z tej

186 Rechtbank (sąd rejonowy) Den Bosch, 30 grudnia 2009 r., nr 09/7231.

187 Czeska organizacja pozarządowa działająca na rzecz uchodźców (Organizace pro pomoc uprchlíkům) kwestionowała, czy wnioskodawcy byli informowani o przebiegu samej procedury w zrozumiały dla nich sposób (zob. raport Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 2010 r., str. 60). Wg. UNHCR formularz zgody dla wnioskodawców zawierał informację, że odmowa zgody może prowadzić do przerwania procedury azylowej, „badanie seksodiagnostyczne” było zatem w zasadzie przymusowe (korespondencja z UNHCR z marca 2011 r. do wglądu u ekspertów z Czech).

188 Więcej informacji na ten temat zawiera ORAM, *ibidem*.

praktyki. Wszystkie źródła wskazują, że od 2009 r. metoda ta nie jest już stosowana.

Badanie fallometryczne zastosowano co najmniej jeden raz na Słowacji w 2005 r.

6.3.6 DOBRA PRAKTYKA: SAMOIDENTYFIKACJA; DOKUMENTACJA MEDYCZNA W ZAKRESIE PRZEŻYTYCH DOŚWIADCZEŃ

W **Portugalii** we wszystkich decyzjach udostępnionych przez organ azylowy SEF dotyczących wnioskodawców LGBTI orientacja seksualna ustalana była na podstawie oświadczenia wnioskodawcy, które nie było kwestionowane (a przynajmniej nie otwarcie) w decyzji kończącej postępowanie.

W **Wielkiej Brytanii** wytyczne (*The Asylum Instruction on Sexual Orientation*) zawierają następujące pouczenie: „Punktem wyjścia dla ustalenia orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej jest samoidentyfikacja jako lesbijka, gej, osoba biseksualna, transseksualna lub interseksualna.”¹⁸⁹

We **Włoszech** za istotną w procesie azylowym uznaje się *obecną* orientację seksualną czy tożsamość płciową wnioskodawcy. Orientacja seksualna lub tożsamość płciowa ustalona zostaje poprzez ocenę oświadczenia wnioskodawcy w tym względzie oraz poprzez zbadanie materiałów dowodowych, jeśli materiały takie zostały przedłożone. Istnieją decyzje, w których oświadczenie dotyczące orientacji seksualnej uznano za wiarygodne bez żadnych innych dowodów¹⁹⁰.

Orientacja seksualna wnioskodawców może być w niektórych przypadkach wzmiankowana w dokumentacji medycznej sporządzonej na okoliczność doświadczonych przez nich problemów natury fizycznej czy psychicznej. Jeśli pojawiają się wątpliwości dotyczące orientacji seksualnej wnioskodawców, dokumentacja taka może być użyta jako pomocniczy dowód na złe traktowanie spowodowane orientacją seksualną czy tożsamością płciową wnioskodawcy (ale nie dowód samej orientacji czy tożsamości). Dokumentacja taka może również posłużyć na poparcie narracji osoby, która ujawniła swoją orientację czy tożsamość dopiero w późniejszych stadiach postępowania ze względu na obawy, niepokój czy zinternalizowaną homofobię lub transfobię, czy też osoby, której wiarygodność pod innymi względami jest niska (w ten

sposób używa się takiej dokumentacji np. w **Irlandii, Finlandii, Holandii** i we **Włoszech**). Stosowanie takiej dokumentacji nie budzi sprzeciwu, ponieważ nie zaświadcza ona o samej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej. Można to nawet uznać za dobrą praktykę. Dokumentacja taka powinna być sporządzana przez osoby, które już wcześniej leczyły wnioskodawców czy pod których opieką wnioskodawcy się znajdowali; w ten sposób zaoszczędza się wnioskodawcom dodatkowego cierpienia, którego mogłoby im przysporzyć kolejne badanie.

6.3.7 WNIOSKI

Badania lekarskie, psychologiczne i psychiatryczne mogą być emocjonalnie trudne i upokarzające dla osób, które cierpiały prześladowania z powodu swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej. Jasne jest, że cel tych badań nie jest zasadny, jeśli mają one służyć ustaleniu, czy wnioskodawca jest osobą LGBTI. Tożsamości LGBTI nie są kategoriami medycznymi, psychologicznymi ani psychiatrycznymi, wobec czego eksperci w tych dziedzinach nie są kompetentni do wypowiedzania się w ich sprawie. Wszelkie badania seksuologiczne, psychologiczne i psychiatryczne, których rzekomym celem jest ustalenie orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej wnioskodawcy (stosowane w ośmiu krajach: **Austrii, Bułgarii, Czechach, Niemczech, Węgrzech, w Polsce**,¹⁹¹ **Rumunii** i na **Słowacji**) muszą być uznane za naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego (Artykuł 8 EKPCz). Zapis tego artykułu w kontekście orientacji seksualnej i tożsamości płciowej rozwija Artykuł 18 Zasad Yogyakarty.

Badanie „fallometryczne” stosowane w **Czechach** i na **Słowacji** w celu oceny orientacji seksualnej gejów i lesbijek ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy stanowi nieludzkie i poniżające traktowanie (Artykuł 3 EKPCz) oraz naruszenie prawa do poszanowania życia prywatnego (Artykuł 8 EKPCz); praktyka ta słusznie została zarzucona. Zaleca się wprowadzenie do prawodawstwa wewnętrznego Czech i Słowacji zapisów jasno zabraniających stosowania tego typu badania w sprawach azylowych.

ZALECENIA:

- Co do zasady, ustalenie orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej wnioskodawcy powinno następować w oparciu o oświadczenie wnioskodawcy w tej kwestii.
- Opinie biegłych i ekspertów w zakresie medycyny i psychiatrii nie są stosowną ani właściwą metodą ustalania orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej wnioskodawcy.

189 Wytyczne UK Home Office, Asylum Instruction: Sexual Orientation issues in the Asylum Claim (6 października 2010 r., poprawki 13 czerwca 2011 r.): <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/asylumpolicyinstructions/apis/sexual-orientation-gender-ident?view=Binary> (ostatni dostęp 16 lipca 2011 r.)

190 Tribunale (trybunał) Caltanissetta 7 czerwca 2010 r. (gej z Tunezji), Tribunale (trybunał) Catania 4 marca 2010 r., n. 1081/10; Tribunale (trybunał) Caltanissetta 10 lutego 2010 r. (gej z Ghany).

191 Polska znajduje się na tej liście, ponieważ Urząd do Spraw Cudzoziemców (według doniesień) wymaga od wnioskodawców dodatkowych dowodów, np. w postaci badań psychologicznych czy opinii seksuologów. Nie mamy dowodów na to, że badania takie faktycznie były w Polsce wykonywane.

6.4 ZEZNANIA ŚWIADKÓW

W sprawie w **Austrii** nisko oceniono wiarygodność wnioskodawcy z Iranu, twierdzącego, że jest gejem; dokumenty, które dostarczył z sądu w Iranie nie były właściwe dla sprawy, a poza tym był on żonaty. Pracownik opieki społecznej zajmujący się wnioskodawcą potwierdził, że jest on gejem i że z tego powodu ma problemy ze strony innych uchodźców w miejscu zamieszkania. Jednak organ azylowy w pierwszej instancji uznał, że wnioskodawca nie jest wiarygodny. Po sprowadzeniu do sądu większej liczby świadków (w tym mężczyzny – partnera seksualnego wnioskodawcy) sąd rozpatrując odwołanie wreszcie uznał oświadczenie wnioskodawcy za prawdziwe i nadał mu status uchodźcy.¹⁹²

6.4.1 STANDARDY MIĘDZYNARODOWE I EUROPEJSKIE

Nie istnieją przepisy stanowiące bezpośrednio o roli zeznań świadków. Punktem wyjścia do dalszych rozważań musi zatem być Artykuł 4 Dyrektywy Kwalifikacyjnej oraz części 195-205 wytycznych UNHCR. W kontekście zeznań świadków standardy te oznaczają, że wnioski powinno się rozpatrywać, będąc wyczulonym na ewentualne problemy, jakie wnioskodawcy mogą napotkać przy przedstawianiu materiału dowodowego (Artykuł 4(5) Dyrektywy Kwalifikacyjnej; część 196 wytycznych UNHCR¹⁹³). Organy azylowe powinny współpracować z wnioskodawcami w ocenie elementów wniosku (Artykuł 4(1) Dyrektywy Kwalifikacyjnej).

6.4.2 PRAKTYKA W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH

Zeznania świadków oraz oświadczenia organizacji LGBTI przedkładane bywają (oprócz własnych zeznań wnioskodawcy) w **Austrii, Belgii, na Cyprze, w Czechach, Francji, Irlandii, we Włoszech, w Norwegii, Hiszpanii i Wielkiej Brytanii**. Ma to na celu zwiększenie wiarygodności wnioskodawcy. Poniższe przykłady ilustrują to zagadnienie.

Na **Cyprze** bierze się pod uwagę oświadczenia organizacji LGBTI oraz dowody obecności w internetowych serwisach społecznościowych dla osób LGBTI. Dowody tego typu są przyjmowane i rozpatrywane przez organy azylowe. Podczas ostatecznego rozstrzygnięcia w sprawie są one jednak często odrzucane jako mało wiarygodne (choć zależy to od kraju oraz od organizacji wydającej takie oświadczenie) lub jako zbyt ogólne.

W **Wielkiej Brytanii** brane są pod uwagę zeznania świadków, oświadczenia tych organizacji LGBTI, które zajmują się pracą z

uchodźcami (np. UK Lesbian and Gay Immigration Group), dowody członkostwa w organizacjach LGBTI oraz dowody korzystania z usług medycznych ośrodków leczących choroby weneryczne oraz ośrodków nastawionych wyłącznie na klientów gejów i mężczyzn biseksualnych.

Sprawa rozpatrywana w **Irlandii** ukazuje dobrze rolę zeznań świadków w szerszym kontekście. Organ wydający decyzję w tej sprawie wykazał się dobrym rozumieniem różnicy między drugorzędnymi ustaleniami co do wiarygodności wnioskodawcy (wątpliwości co do podanego przez niego sposobu podróży, brak dokumentu tożsamości, niewniesienie o azyl w pierwszym bezpiecznym państwie pobytu) oraz ustaleniami zasadniczymi, tzn. dotyczącymi orientacji seksualnej i tożsamości płciowej wnioskodawcy oraz jego uzasadnionej obawy przed prześladowaniem. W sprawie dotyczącej geja z Iranu liczne ustalenia drugorzędne wskazywały na brak jego wiarygodności (brak dokumentu tożsamości oraz rozbieżności między informacjami podawanymi podczas przesłuchania i na etapie odwoławczym). Rozważono jednak, czy ustalenia negatywne mają wagę większą niż ustalenia wspierające słowa wnioskodawcy, w tym ustne zeznania innej osoby należącej do tej samej społeczności etnicznej, co wnioskodawca. Wniosek brzmiał: „Wnioskodawca był przekonujący co do podstawowych aspektów swojej wypowiedzi, zarówno podczas przesłuchania przez każdą z osób uczestniczących w przesłuchaniu, jak i podczas etapu zadawania pytań na rozprawie. Ponadto świadek dostarczył bardzo przekonujących dowodów; jego zeznania są tu kluczowe. Świadek potwierdził dwa najbardziej istotne elementy sprawy: mianowicie, że wnioskodawca jest Irańczykiem i że jest on gejem. Wszystkie inne elementy wydają się drugorzędne. Świadek potwierdził prawdomówność wnioskodawcy; także i moim zdaniem jest on wiarygodny. Był w stanie odpowiedzieć na bardzo szczegółowe pytania. Informacje udzielone przez wnioskodawcę i przez świadka są spójne i sensowne. Rozważywszy wszystkie aspekty sprawy jestem skłonny uznać, że wnioskodawca jest wiarygodny i że jego oświadczenia stanowiące podstawową część materiału dowodowego są prawdziwe. Uznaję, że wnioskodawca jest homoseksualistą z Iranu.”¹⁹⁴

6.4.3 WNIOSKI

Zeznania świadków mogą być istotne w kontekście azylowym, także w przypadkach wnioskodawców LGBTI. Pamiętać trzeba jednak, że nie jest jednoznaczne, co oznacza „bycie” lesbijką, gejem, osobą biseksualną, transseksualną czy interseksualną; „bycie” lesbijką, gejem, osobą biseksualną, transseksualną czy interseksualną może mieć różne znaczenia dla różnych osób. Może dotyczyć tożsamości, odczuć, pociągu, działań czy dowolnej kombinacji tych czynników.

192 Asylgerichtshof (sąd azylowy) 17 lutego 2009 r., E2 255.708-2/2008.

193 Na temat trudności wnioskodawców w przedstawianiu dowodów zob.: Europejski Trybunał Praw Człowieka 19 lutego 1998 r., 25894/94, 1998-I, (sprawa: Bahaddar v the Netherlands) par. 45.

194 Refugee Appeals Tribunal, 2009 r.

Co więcej, w niektórych krajach używa się innych nomenklatur (np. MSM – mężczyźni uprawiający seks z mężczyznami) w celu uniknięcia homofobii poprzez odcięcie się od tożsamości gejowskiej. Pojęcia: lesbijka, gej, osoba biseksualna, transseksualna czy interseksualna mogą być zupełnie nieznanymi osobom, które ubiegają się o status uchodźcy, a które postrzegają swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową wyłącznie w kategoriach negatywnych. Na Jamajce na przykład geje nazywani są 'wariatami' ('*batty man*'), a lesbijki 'sodomitkami' ('*sodomite*'). Proces badania dowodów – w tym zeznań świadków – powinien koncentrować się na dążeniu do ustalenia, czy wnioskodawca ma uzasadnioną obawę przed prześladowaniem z powodu przynależności do określonej grupy społecznej lub bycia postrzeganym jako osoba do takiej grupy przynależąca. Zeznania świadków potwierdzające uczestnictwo wnioskodawcy w działalności organizacji LGBTI (czy to w państwie pochodzenia, czy też już po jego opuszczeniu) czy utrzymywanie przez wnioskodawcę relacji seksualnych mogą zatem być istotne dla ustalenia wiarygodności wnioskodawcy, muszą jednak być zawsze rozpatrywane w kontekście całokształtu sprawy.

6.5 METODY PRZESŁUCHIWANIA

Kluczowe dla uznania wiarygodności wnioskodawcy jest podejście do przesłuchiwania go oraz typy zadawanych mu pytań (np. czy są to pytania otwarte, czy też zamknięte). Formułowanie pytań w sposób, który w odczuciu wnioskodawcy obraża go czy w inny sposób wyprowadza z równowagi może sprawić, że udzielane przez niego odpowiedzi wydadzą się organowi azylowemu podejrzane. Niektóre osoby mówią same o sobie w sposób, który może być dla przesłuchującego nowy i nieznanymi; inne osoby mogą mieć problem z werbalizacją swojego wizerunku wewnętrznego. Możliwa też jest niechęć wnioskodawców do ujawniania swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej. Niektóre osoby mogą też być na etapie niepewności co do własnej tożsamości. Jeżeli osoby przesłuchujące zapewnią wnioskodawcom 'bezpieczną przestrzeń', gdzie będą oni mogli opowiedzieć swoją historię, to prawie na pewno uzyskane stwierdzenia okażą się przydatne w kontekście nadawania statusu uchodźcy. Stwierdzenia te rzecz jasna niekoniecznie muszą zostać uznane za wiarygodne czy też doprowadzić do nadania wnioskodawcy takiego statusu. Jednak sposób, w jaki prowadzone jest przesłuchanie z pewnością może mieć negatywny wpływ na proces badania wniosku poprzez wywieranie niewłaściwego wpływu na wypowiedzi wnioskodawcy.

6.5.1 STANDARDY MIĘDZYNARODOWE I EUROPEJSKIE

Artykuł 13(3)(a) Dyrektywy Proceduralnej stanowi, że Państwa Członkowskie *zapewniają*, aby osoba prowadząca przesłuchanie

była wystarczająco kompetentna do uwzględnienia osobistych lub ogólnych okoliczności towarzyszących złożeniu wniosku, w tym odmienności kulturowej i bezbronności wnioskodawcy, w takim stopniu, jaki jest możliwy.¹⁹⁵ Wytyczne UNHCR podpowiadają, że wnioskodawca może czuć się niepewny i przestraszony w obecności przedstawicieli dowolnych władz (część 198) i podkreślają, że konieczne jest, aby osoba przesłuchująca pozyskała zaufanie wnioskodawcy w celu wsparcia wnioskodawcy w przedstawianiu sprawy oraz w pełnym wyjaśnianiu opinii i odczuć (część 200).

Wytyczne dotyczące płci stworzone przez UNHCR także zawierają wskazówki przydatne w kontekście wnioskodawców LGBTI:

„Zarówno pytania otwarte, jak i dotyczące konkretnych spraw mogą być pomocne w ujawnieniu zagadnień związanych z płcią istotnych dla sprawy azylowej, które powinny zostać włączone w zakres przesłuchań.”¹⁹⁶

„Jeśli można przewidzieć, że w danej sprawie pojawi się wątek płci, konieczne jest odpowiednie przygotowanie, co pozwoli na nawiązanie relacji zaufania z wnioskodawcą oraz pozwoli osobie przesłuchującej zadać właściwe pytania oraz rozwiązać problemy, które mogą pojawić się w trakcie przesłuchania.”¹⁹⁷

6.5.2 PYTANIA DOTYCZĄCE SEKSU

Często spotykana praktyka polega na zadawaniu wnioskodawcom bezpośrednich pytań dotyczących ich życia seksualnego. Odpowiedzi na te pytania często uznawane są za 'wymijające', co prowadzi do niskiej oceny wiarygodności wnioskodawcy.

W sprawie w **Holandii** wnioskodawca z Iranu został zmuszony do przyznania, że złapano go z przyjacielem nago w jego łóżku, że obydwoj siedzieli, że dotykali wzajemnie erotycznych okolic swoich ciał i że uprawiali seks. Jednak jego opowieść uznano za mało wiarygodną, ponieważ jego odpowiedź na pytanie, w jakiej dokładnie pozycji zostali złapani została uznana za wymijającą. Sąd uchylił decyzję negatywną, stwierdzając, że dla ustalenia wiarygodności wnioskodawcy w kwestii jego homoseksualizmu nie jest konieczne wymaganie od niego dalszych szczegółów.¹⁹⁸

195 Najnowsza wersja nowelizacji Dyrektywy Proceduralnej zawiera bezpośrednią wzmiankę o orientacji seksualnej i tożsamości płciowej: Artykuł 15(3). Zob.: Commission's Amended Proposal, COM(2011) 319 final, Bruksela, 1 czerwca 2011 r.

196 UNHCR, publikacja: Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Artykuł 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 7 maja 2002 r., 36, vii.

197 *ibidem*, 36, ix.

198 Rechtbank (sąd rejonowy) Haarlem 8 grudnia 2009 r., 08/40650; wniesiono odwołanie do Rady Stanu.

W Belgii zadawano wnioskodawcom następującego typu pytania: Kiedy pierwszy raz dotykał pan intymnych części ciała? Kiedy pierwszy raz całował się pan z użyciem języka, uprawiał seks oralny, odbył stosunek seksualny? Belgijskie organy azylowe zazwyczaj również uznają za istotne dla wniosków lesbijek, gejów i osób biseksualnych ich związki z innymi osobami tylko wtedy, jeśli miały w nich miejsce czynności seksualne (oralne lub analne), oraz uznają za datę rozpoczęcia związku datę pierwszego stosunku seksualnego, nawet jeśli wnioskodawca wskazuje inną, wcześniejszą datę.

Jeśli chodzi o **Irlandię**, niektóre osoby homoseksualne pytane były o liczbę partnerów seksualnych i częstotliwość podejmowanych stosunków; zdaniem prawników specjalizujących się w sprawach uchodźców sugeruje to, że organy azylowe spodziewają się, że geje będą przejawiali cechy rozwiązłości seksualnej.

W **Bułgarii** pojawiały się następujące pytania: Ilu miał pan partnerów? Czy w kontaktach seksualnych jest pan stroną aktywną czy pasywną?

Co do **Wielkiej Brytanii**, pojawiły się doniesienia, że w sprawie lesbijki zadawano pytania ocierające się o pornografię, natomiast wnioskodawcę-geja spytano, kiedy po raz pierwszy „pieprzył się” („committed buggery”) ze swoim partnerem.¹⁹⁹

Bezpośrednie i poniżające pytania dotyczące pozycji seksualnych oraz liczby partnerów zadawano także w **Austrii**, tak w Federalnym Urzędzie Azylowym (*Bundesasylamt*), jak i w sądzie azylowym. Młody Somalijczyk spytany został podczas przesłuchania w *Bundesasylamt* w Grazu o swój pierwszy kontakt seksualny z partnerem tej samej płci przy użyciu wysoce niestosownego słownictwa („*Bubensex*” – seks z chłopcami, termin o konotacjach wyraźnie pornograficznych).

Na Cyprze wnioskodawca-gej zapytany został, czy miał konto osobiste na którejś ze stron społecznościowych dla gejów. Kiedy odpowiedział, że tak, zażądano od niego podania hasła do tego konta w celu potwierdzenia jego prawdziwości w tym względzie. Ta nadmierna wnikliwość sprawia wrażenie, jakby władze interesowało nie tylko to, czy mężczyzna miał konto na wspomnianym portalu, ale raczej czynności natury seksualnej, które podejmował za pośrednictwem tego konta.

¹⁹⁹ Sprawa z trybunału pierwszej instancji (First-Tier Tribunal, Immigration and Asylum Chamber) z 2010 r., rozpatrzona następnie przez drugą instancję (Upper Tribunal, Immigration and Asylum Chamber) 12 lipca 2011 r. z udziałem Senior Immigration Judges; zastosowano wytyczne z HJ/HT i uznano orzeczenie niższej instancji za niewłaściwe, rozpatrując pozytywnie odwołanie geja z Uzbekistanu. Ekspert krajowy w Wielkiej Brytanii oczekuje dalszych informacji w tej sprawie.

6.5.3 PYTANIA O CHARAKTERZE HOMOFOBICZNYCH LUB TRANSFOBICZNYM

Osoby prowadzące przesłuchania w Urzędzie Imigracyjnym w **Rumunii** zadawały następujące pytania: „Co pan/pani myśli na temat homoseksualizmu? Czy to normalne, czy też jest to psychiczny czy psychologiczny problem? Czy był(a) pan/pani u lekarza?” oraz „Czy otrzymywał(a) pan/pani za po pieniądze?” Pytania takie mogą być przez przesłuchiwaną odbierane jako odzwierciedlenie form homofobii przypominających zjawiska występujące w państwie pochodzenia, przed którymi uciekli (uznawanie homoseksualizmu za chorobę lub wiązanie go z prostytutką). Burzy to nieodwracalnie zaufanie, które konieczne jest w procesie przesłuchań azylowych.

Można wyobrazić sobie konteksty, w których pytania te nie byłyby niestosowne. Gdyby wnioskodawca opowiadał o tym, jak zdał sobie sprawę, że jest lesbijką, gejem, osobą biseksualną, transeksualną czy interseksualną, przesłuchujący może zapytać, jaki miał do tego procesu stosunek. Może to spowodować, że wnioskodawca przedstawi istotną z punktu widzenia procedury narrację dotyczącą postrzegania samego siebie oraz społecznego postrzegania osób homoseksualnych w społeczności, z której pochodzi. Możliwe też jest, że wnioskodawca faktycznie poszedł do lekarza, gdyż wiele społeczności nadal uważa homoseksualizm za chorobę.

Relacja wnioskodawcy dotycząca jego życia stanowi najważniejszy element procedury azylowej. Zdarza się, że zadawanie pytań pomaga w rozwijaniu tej relacji oraz pomaga wydobyć na jaw dodatkowe informacje. Relacja wnioskodawcy może być długa i rozpoczynać się od okresu dzieciństwa, od czasów poprzedzających uświadomienie sobie własnej seksualności, jaka by ona nie była. Kontekst społeczny tej narracji może być bardzo odmienny od norm kulturowych panujących w Europie, może więc zdarzyć się, że pytania, które w Europie uznane byłyby za niestosowne, w kontekście danego wnioskodawcy mogą być dopuszczalne i uzasadnione. Nie jest możliwe stworzenie szczegółowych wytycznych, które sprawdzałyby się w każdym kontekście kulturowym. Kluczowy czynnik to szczególna czujność przesłuchujących w tym względzie oraz świadomość, że to, co dla przesłuchującego stanowi wyraz świadomości LGBTI, przez wnioskodawcę może być odebrane jako wyraz homofobii czy transfobii i *vice versa*: coś, co przesłuchujący uważa za niedopuszczalne, może być odbierane przez wnioskodawcę jako oznaka wsparcia czy zrozumienia. Osoba przesłuchująca powinna zawsze być wyczulona na perspektywę wnioskodawcy i na niej się koncentrować.

6.5.4 DOBRA PRAKTYKA

Pojawiają się także przykłady dobrych praktyk w tym względzie. W niektórych Państwach Członkowskich osoby przesłuchujące proszą

wnioskodawców o przedstawienie swojej historii w kontekście orientacji seksualnej: kiedy uświadomili sobie, że są osobami LGBTI, czy byli w związku, a jeśli tak, to kiedy, jakie były reakcje znajomych i rodziny, jakiego rodzaju problemy mieli oni i ich partnerzy w związku z orientacją seksualną. Tego typu pytania pomagają wnioskodawcom przedstawić swoją historię, nie kierując jej jednocześnie na żadne konkretne tory. Poniżej przedstawiamy kilka przykładów dotyczących dobrych praktyk podczas prowadzenia przesłuchań.

Na **Węgrzech** najczęściej stosowany model postępowania jest następujący: wnioskodawca pytany jest o swoją historię w kontekście orientacji seksualnej oraz o opisanie związków (kiedy wnioskodawca zdał sobie sprawę ze swojej orientacji seksualnej, kiedy był w pierwszym związku homoseksualnym, jak poznał swojego partnera, jak długo trwał związek, czy wnioskodawca mieszkał z partnerem, ilu partnerów miał wnioskodawca).

Zastępca szefa wydziału procedur azylowych na **Słowacji**, który udzielił wywiadu na potrzeby naszego projektu badawczego stwierdził, że wnioskodawcy LGBTI są proszeni podczas przesłuchań najpierw o swobodne wypowiedzianie się na temat swoich problemów oraz orientacji seksualnej. Następnie zadawane są konkretne pytania dodatkowe, które mogą zawierać pytania bezpośrednio dotyczące seksu. Są one jednak natury bardziej ogólnej i nie dotyczą np. szczegółów stosunków seksualnych. Dokumentacja spraw pokazuje, że zadawano pytania takie jak: kiedy i w jaki sposób wnioskodawca przekonał się, że jest osobą homoseksualną; czy rodzina i społeczność znają orientację seksualną wnioskodawcy; czy któregoś z partnerów wnioskodawcy spotkały prześladowania z powodu orientacji seksualnej, a jeśli tak, to jakie; w jaki sposób policja dowiedziała się o jego orientacji seksualnej; jaki jest stosunek rodziny wnioskodawcy do jego orientacji seksualnej; czy wnioskodawca utrzymywał osobiste kontakty z innymi osobami tej samej orientacji seksualnej w państwie pochodzenia; czy wnioskodawca okazywał publicznie swoją orientację seksualną itp.

Jeśli chodzi o Wielką Brytanię, wytyczne przyjęte w lipcu 2011 r. przez Border Agency dotyczące zagadnień tożsamości płciowej w procedurze azylowej stanowią:

“Wiarygodność wnioskodawców oraz potencjalne niebezpieczeństwo, na jakie narażeni są oni po ewentualnym powrocie do państwa pochodzenia powinno się badać przede wszystkim poprzez delikatne badanie doświadczenia wnioskodawców w zakresie ich tożsamości płciowej. Zmiana płci nadanej przy urodzeniu nie odbywa się w jednej chwili, lecz stanowi złożony, długotrwały proces. Może on obejmować wybrane elementy spośród poniższych zmian osobistych, prawnych i medycznych: poinformowanie rodziny, przyjaciół i

znajomych; zmiana imienia i nazwiska oraz płci w dokumentacji prawnej; zmiana stroju oraz zachowania na odpowiadające innej płci; terapia hormonalna; zabiegi chirurgiczne. Osoby prowadzące przesłuchanie powinny zadawać pytania otwarte, umożliwiające wnioskodawcom przedstawienie ewolucji ich tożsamości oraz doświadczeń w państwie pochodzenia i w Wielkiej Brytanii.”²⁰⁰

6.5.5 WNIOSKI

W niektórych Państwach Członkowskich wnioskodawcom zadaje się pytania bezpośrednio dotyczące seksu, a wymijające odpowiedzi interpretuje się na niekorzyść wiarygodności wnioskodawcy. Jest to niepokojące zjawisko, zważywszy, że brak jasnych odpowiedzi wynika tu raczej z poczucia szoku wywołanego brutalną szczegółowością pytania niż z niedostatku prawdomówności. Co więcej, pytania te stanowią ingerencję w prywatność wnioskodawców tak dalece sięgającą (a niekiedy niezasadzoną), że stanowią naruszenie prywatności.

Kolejny problem polega na tym, że pytania – czy to bezpośrednio dotyczące seksu, czy nieco bardziej ogólnej natury – opierają się czasami na stereotypach, np. takich, że homoseksualizm to choroba, homoseksualizm wiąże się z prostytucją, czy homoseksualizm jest nierozzerwalnie związany z rozwiązłością. Takie założenia oparte na stereotypach mogą obrażać wnioskodawcę i w konsekwencji wpływać negatywnie na przebieg przesłuchania. Mogą one też prowadzić do wniosków, które są tak samo błędne, jak ich oparte na stereotypach przesłanki: jeśli na przykład wnioskodawca był w całym swoim życiu w związku z jedną tylko osobą i planuje ten stan rzeczy utrzymać, nie oznacza to, że nie jest on lesbijką, gejem, osobą biseksualną, transseksualną czy interseksualną. Osoby przesłuchujące powinny dążyć do ustalenia, jak wygląda rzeczywistość widziana oczyma wnioskodawcy, na co z kolei mogą mieć wpływ wyobrażenia stereotypowe, które są obce przesłuchującym. Wnioskodawcy mogą odczuwać swoją orientację seksualną jako chorobę (lecz jednocześnie uważać, że nie powinni być z jej powodu karani); mogą też unikać określania się jako geje, ponieważ ich zdaniem oznacza to automatycznie rozwiązłość. Z drugiej strony pytania zadane bez żadnych złych intencji, np. czy wnioskodawca szukał pomocy i wsparcia po ujawnieniu swojej orientacji seksualnej, mogą urazić wnioskodawców, jeśli zmuszeni oni byli poddać się próbom udzielenia im „pomocy” w zakresie zmiany orientacji seksualnej.

²⁰⁰ Publikacja UK Border Agency Asylum Instruction: *Gender Identity issues in the asylum claim*, 13 czerwca 2011 r., dostępna na stronie: <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/policyandlaw/asylumpolicyinstructions/apis/genderissueintheasylum.pdf?view=Binary> (ostatni dostęp 16 lipca 2011 r.). Zob. także: UK Border Agency, *Sexual Orientation issues in the asylum claim* (6 października 2010 r., poprawki 13 czerwca 2011 r.).

Wrażliwość na potencjalne problemy związane z prowadzeniem przesłuchania wymaga stałej pogłębionej refleksji. Jeśli na przykład osoba przesłuchująca zauważy, że wnioskodawca odpowiada wymijająco, powinna ona rozważyć możliwe przyczyny tego stanu rzeczy. Czy wnioskodawca podaje nieprawdziwe informacje, a jeśli tak to dlaczego może tak być? Czy wnioskodawca czuje niechęć do opowiadania o faktach, które są dla niego bolesne? Czy wnioskodawca czuje się urażony czymś, co powiedziała osoba przesłuchująca lub tłumacz? Aby taka konstruktywna refleksja była możliwa, konieczne jest odpowiednie szkolenie osób przesłuchujących. Powinno ono odbywać się zarówno na początku ścieżki zawodowej takich osób, jak i stanowić formę systematycznego rozwoju zawodowego. Kwestie LGBTI powinny być poruszane na osobnym poświęconym im szkoleniu, a także stanowić element ogólnego szkolenia w zakresie metod prowadzenia przesłuchania. Techniki przydatne w sprawach osób LGBTI mają zresztą wiele cech wspólnych z technikami stosowanymi podczas pracy z problematyką płci, systemowej dyskryminacji czy tortur. Zagadnienia LGBTI powinny zostać włączone w system szkoleniowy dla urzędników służb azylowych (European Asylum Curriculum) oraz pracowników sądownictwa.

ZALECENIA

- Osoby prowadzące przesłuchania oraz podejmujące decyzje azylowe, jak również pracownicy sądownictwa i osoby świadczące pomoc prawną muszą być w stanie rozpoznać istotne dla procedury azylowej kwestie związane z orientacją seksualną czy tożsamością płciową, w tym proces ujawniania tej orientacji czy tożsamości (coming out) oraz szczególne potrzeby lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych. W tym celu należy odpowiednio je szkolić, zarówno podczas sesji szkoleniowych poświęconych konkretnie tym zagadnieniom, jak i podczas sesji stanowiących część ogólnego doskonalenia zawodowego.

6.6 WIEDZA I ZACHOWANIA, KTÓRYCH OCZEKUJE SIĘ OD WNIOSKODAWCÓW

W wielu przypadkach ocena wiarygodności wnioskodawców powiązana była ściśle z przyjęciem przez osoby prowadzące przesłuchania i podejmujące decyzje założeń na temat tego, jak zachowują się 'prawdziwe' lesbijki, geje, osoby biseksualne, transseksualne czy interseksualne oraz na temat tego, co takie osoby powinny wiedzieć. Poniżej przedstawiamy kilka przykładów w tym zakresie.

6.6.1 ZNAJOMOŚĆ MIEJSC SPOTKAŃ I ROZRYWKI SPECYFICZNYCH DLA DANEJ GRUPY

Wnioskodawcy często pytani są o znajomość miejsc spotkań środowiska osób homoseksualnych w państwie pochodzenia. Formalnie rzecz biorąc organy azylowe twierdzą, że pytania te służą jedynie uzyskaniu dodatkowych informacji, często jednak odmawia się nadania statusu uchodźcy osobom, które nie znają na nie odpowiedzi. Jest to problematyczna praktyka, jako że wnioskodawcy mają pełne prawo nie chcieć mieć z takimi miejscami do czynienia; co więcej, możliwe jest, że w danym państwie pochodzenia miejsca takie w ogóle nie istnieją. Także i w państwie, gdzie wnioskodawca przebywa po złożeniu wniosku niekoniecznie musi się on interesować miejscami przeznaczonymi dla społeczności LGBTI; nie ma to żadnego znaczenia dla ustalenia orientacji seksualnej wnioskodawcy, zwłaszcza jeżeli wnioskodawca nie ma kapitału materialnego czy społecznego, który pozwoliłby mu z takich miejsc faktycznie korzystać.

W sprawie geja z Ugandy organ azylowy w **Irlandii** stwierdził: „wyjaśniono wnioskodawcy, że jego wiedza na temat miejsc spotkań osób homoseksualnych, stron internetowych, klubów czy demonstracji była bardzo niewielka; wnioskodawca odparł, że nie jest jego intencją walka o prawa homoseksualistów, jest szczęśliwy z [partnerem] i nie czuje potrzeby włączania innych osób w swój styl życia. Wnioskodawca jest osobą wykształconą, wydaje się zatem mało wiarygodne, że – jeśli faktycznie jest osobą homoseksualną – nie interesuje się i nie ma wiedzy o sprawach, które go dotyczą. Wywołuje to wątpliwości co do wiarygodności wnioskodawcy.”²⁰¹

6.6.1.1 PRAKTYKA W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH

W **Belgii** zadawano następujące pytania dotyczące życia społeczności gejowskiej w państwie pochodzenia: Czy zna pan gwiazdy popkultury, o których mówi się, że są homoseksualne? Jak rozpoznać innego geja po zachowaniu? Gdzie w pana mieście spotykają się osoby LGBT? Czy istnieją tam parki i tym podobne miejsca, gdzie zwyczajowo przychodzą geje? Gdzie udawał się pan w celu zaspokojenia potrzeb homoseksualnych?

W **Wielkiej Brytanii** trybunał pierwszej instancji nie był w stanie uwierzyć, że lesbijka z Ugandy nie była zaznajomiona z lesbijskimi czasopismami i książkami.²⁰² Podobne przypadki miały miejsce we **Francji** i **Holandii**.

²⁰¹ Refugee Applications Commissioner, 2009 r.

²⁰² Immigration and Asylum Chamber (izba azylowo-immigracyjna) 30 stycznia 2011 r., BN (Uganda), na podstawie sprawozdania na stronie internetowej poświęconej sprawom azylowym osób LGBT.

W innych krajach odnotowano sytuacje nieco bardziej złożone: przyjęcie założenia, że wnioskodawca powinien mieć pewną wiedzę, zależy od poprzednich innych stwierdzeń wnioskodawcy. W Finlandii przedstawiciel Urzędu d/s Migracji powiedział: „Takie pytania zadaje się czasami, jeżeli są przyczyny, żeby uznać, że konkretny wnioskodawca powinien znać na nie odpowiedzi. Jednak wiedza ta nie jest wymagana w celu uzyskania pozytywnej decyzji.”

Czasem rzecz jasna dobra znajomość miejsc spotkań społeczności LGBTI działa na korzyść wnioskodawcy. Nie wynika z tego jednak, że brak tej wiedzy należy traktować jak podstawę odrzucenia wniosku. Na przykład na **Węgrzech** w przypadku wnioskodawcy z Albanii organ azylowy uznał jego wiarygodność do co twierdzenia o homoseksualizmie, a wiarygodność tę zwiększył dodatkowo fakt, że wnioskodawca prowadził strony internetowe o treści przydatnej dla gejów oraz należał do organizacji gejowskiej wspieranej przez COC Netherlands.

Jeśli chodzi o **Irlandię**, w jednej ze spraw wnioskodawca gej spytany został, czy zna pewien słynny bar gejowski w Dublinie. Odpowiedź negatywna na to pytanie spowodowała, że negatywnie oceniono jego wiarygodność. Osoba podejmująca decyzję uznała za nieprawdopodobne, aby gej mieszkający w Dublinie nie odwiedził nigdy tego baru. Podobne przypadki odnotowano we **Francji** i **Rumunii**.

6.6.1.2 DOBRA PRAKTYKA

W Szwecji wytyczne dotyczące osób LGBT zawierają następującą dobrą praktykę: „Fakt, że osoba homoseksualna nie kontaktowała się z organizacjami działającymi na rzecz takich osób, czy to w Szwecji, czy też w państwie pochodzenia, rzadko stanowi czynnik, który mógłby zniwelować obawy tej osoby związane z powrotem do państwa pochodzenia i wobec tego mieć wpływ na ocenę wniosku. Ponadto w wielu krajach nie istnieją takie organizacje, nie ma więc możliwości kontaktu z nimi.”²⁰³

6.6.1.3 WNIOSKI

Oświadczenie wnioskodawcy o członkostwie w organizacjach LGBTI czy o znajomości miejsc spotkań społeczności LGBTI może zwiększać wiarygodność wnioskodawcy w zakresie orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej. Jednak brak takiej wiedzy nie może prowadzić do wniosku ustaleń dyskwalifikujących wnioskodawcę. Wnioskodawca może nie mieć świadomości istnienia takich organizacji czy miejsce, może nie chce mieć z nimi styczności, może nie być wystarczająco 'ujawniony/a', może nie mieć środków finansowych na korzystanie z takich miejsc: wiele jest przyczyn możliwych przyczyn takiego stanu rzeczy innych niż brak

wiarygodności. Ponadto zadawanie tego typu pytań powoduje, że atmosfera podczas przesłuchania zaczyna przypominać egzamin, co ma negatywny wpływ na jakość przesłuchania.

ZALECENIA

- Sam fakt, że wnioskodawca nie zna organizacji czy miejsc spotkań społeczności LGBTI nie może być uważany za czynnik przesądający o tym, że rzekoma obawa wnioskodawcy przed prześladowaniami ze względu na orientację seksualną czy tożsamość płciową nie jest wiarygodna.

6.6.2 MAŁŻEŃSTWO Z OSOBĄ INNEJ PŁCI ORAZ RODZICIELSTWO

W wielu państwach członkowskich osoba twierdząca, że jest lesbijką, gejem, osobą biseksualną, transeksualną czy interseksualną, ale która zawarła małżeństwo, nie zostanie uznana za wiarygodną. Taki model orzekania pomija fakt, że często elementem tożsamości LGBTI, nawet w dzisiejszej Europie, jest prowadzenie 'podwójnego życia'.

6.6.2.1 STANDARDY MIĘDZYNARODOWE

Wytyczne UNHCR stanowią, że „nie powinno się automatycznie uznawać osoby za heteroseksualną wyłącznie na podstawie tego, że zawarła ona małżeństwo lub posiada dzieci.”²⁰⁴

6.6.2.2 PRAKTYKA W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH

W rozpatrywanej na Cyprze sprawie lesbijki przyczyna uznania jej za niewystarczająco wiarygodną w kwestii orientacji seksualnej był fakt, że była dwukrotnie zamężna. Wnioskodawczyni twierdziła jednak, że została zmuszona do zawarcia obu małżeństw. Pierwsze z nich nie zostało skonsumowane, co doprowadziło do jego unieważnienia. Drugie zostało skonsumowane siłą, a zakończyło się rozwodem. W Hiszpanii rozpatrzono negatywnie wniosek lesbijki, ponieważ w Algierii miała ona dziecko. W Holandii wydano decyzję, w której stwierdzono: „Wydaje się dziwne, aby mężczyzna, który poprzedni przez cztery lata żył w związku homoseksualnym, bez oporu poślubił następnie kobietę.”²⁰⁵

Małżeństwo zawarte poza państwem pochodzenia także wydaje się być czynnikiem niekorzystnie wpływającym na ocenę wiarygodności. Przykładem może być sprawa rozpatrywana na

²⁰⁴ UNHCR, publikacja: *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, 21 listopada 2008 r., par. 36. Por.: w badaniu duńskim wzmiankowanym powyżej tylko 19% lesbijek/kobiet biseksualnych i 29% gejów/mężczyzn biseksualnych stwierdziło, że nie chce mieć dzieci. Ogromna większość osób LGB chce zatem mieć dzieci. Leyla Gransell i Henning Hansen, *Equal and unequal? The living conditions and well being of gay and lesbian people, bisexuals and transgenders in Denmark*, Copenhagen: Casa 2009 r., publikacja dostępna na stronie: www.casa-analyse.dk/default.asp?Action=Details&Item=387.

²⁰⁵ Decyzja IND z 28 stycznia 2011 r., Burundi, nr 0607-27-04150.

²⁰³ Migrationsverket, *Sexual Orientation Guidelines*, 2002 r.

Malcie, która dotyczyła mężczyzny pochodzącego z Libii, który był w stałym związku z mężczyzną z Malty. Kiedy rodzina w Libii dowiedziała się o jego homoseksualizmie, zaczęto mu grozić i nakazano opuścić Libię. Tak też zrobił; wyjechał na Maltę, gdzie zawarł fikcyjne małżeństwo z Maltanką, ponieważ wydawało mu się to jedynym legalnym sposobem pozostania w tym kraju. Nie był on świadomy, że homoseksualizm może stanowić powód udzielenia ochrony międzynarodowej. Jego żona w pewnym momencie powiadomiła policję, że małżeństwo było fikcyjne. Na tej podstawie policja wszczęła postępowanie deportacyjne. Libijczyk złożył wniosek azylowy, jednak pozostawiono go bez rozpatrzenia, ponieważ minął już wyznaczony termin na podjęcie tego kroku. W tej sytuacji, usiłując uniknąć deportacji, mężczyzna wszczął sprawę w sądzie twierdząc, że deportacja narusza Artykuł 3 i Artykuł 8 EKPCz. Postępowanie nie zostało jednak przeprowadzone, ponieważ mężczyzna został deportowany, zanim doszło do pierwszego posiedzenia. Ponieważ postępowanie nie doprowadziło do żadnego rozstrzygnięcia, nie jest dostępny wyrok w tej sprawie. Interesujące są jednak dokumenty przedstawione w tej sprawie przez prokuraturę na poparcie decyzji deportacyjnej. Podważają one prawdziwość twierdzeń Libijczyka o homoseksualizmie, argumentując, że utracił on bezpowrotnie wiarygodność w tym względzie, kiedy zawarł fikcyjne małżeństwo.²⁰⁶

Wnioskodawca pochodzący z Nigerii zawarł w Stanach Zjednoczonych małżeństwo z lesbijką, ponieważ chciał mieć dzieci. Twierdził, że mężczyźni pociągają go o wiele bardziej niż kobiety, i że jest w stanie uprawiać seks z kobietą wyłącznie po spożyciu dużej ilości alkoholu. Władze w **Holandii** uznały, że wiarygodność wnioskodawcy w zakresie homoseksualizmu była zbyt mała; decyzję tę podtrzymał sąd rejonowy.²⁰⁷

W **Finlandii** rozumowanie władz organów azylowych jest następujące: osoby, które zawarły małżeństwo lub posiadają dzieci nie są automatycznie dyskwalifikowane z powodu braków w wiarygodności. Uznaje się jednak często, że w ich przypadku zagrożenie prześladowaniem z powodu orientacji seksualnej nie jest duże; osoby takie, ze względu na pozostawanie w heteroseksualnym związku i posiadanie dzieci, nie są zazwyczaj postrzegane jako homoseksualne, a zatem nie są narażone na prześladowania z tego powodu.

W **Niemczech** klasyczne seksuologiczne rozumienie orientacji seksualnej pojawia się w ponownie w decyzji wydanej w 2008 r. Fakt, że wnioskodawca zawarł małżeństwo w Holandii i ma z niego dzieci oznacza, zdanie sądu administracyjnego, że nie jest on wystarczająco

„zdefiniowany poprzez homoseksualizm”, aby spełniać kryteria przynależności od szczególnej grupy społecznej, zawarte w definicji Artykułu 10(1)d Dyrektywy Kwalifikacyjnej.²⁰⁸

Także na **Węgrzech** małżeństwo i rodzicielstwo znacząco zmniejszają szansę na dobrą ocenę wiarygodności wnioskodawcy. Rozpatrywano tam na przykład sprawę lesbijki, która wyszła za mąż, a także urodziła dziecko, już po uświadomieniu sobie swojej orientacji seksualnej. Urząd d/s Imigracji i Narodowości uznał, że nie wyszłaby za mąż i nie miała z tego małżeństwa potomstwa, gdyby rzeczywiście była lesbijką.

W kilku krajach nawet wnioskodawcy deklarujący biseksualizm uznawani byli za niewystarczająco wiarygodnych w tej sprawie z powodu małżeństwa i/lub rodzicielstwa.

Zdaniem naszego eksperta, w Bułgarii osoby nie pasujące do stereotypowego wyobrażenia lesbijki, geja czy osoby biseksualnej są zawsze uznawane za niewystarczająco wiarygodne. Małżeństwo i rodzicielstwo postrzegane są jako kluczowe wyznaczniki orientacji seksualnej. Wniosek mężczyzny biseksualnego z Libanu odrzucono, ponieważ miał on żonę i dzieci.

W sprawie rozpatrywanej w **Finlandii** wnioskodawca zmienił informację podaną we wniosku, zmieniając homoseksualizm na biseksualizm, bezpośrednio po zawarciu małżeństwa z kobietą. Podczas przesłuchania wielokrotnie stwierdzał, że jest biseksualny, a nie homoseksualny, i podkreślał znaczenie tej różnicy. Twierdził też, że w momencie wypełniania wniosku nie znał określenia 'biseksualizm'. Wyjaśnienie to uznano za niewystarczająco wiarygodne, a wniosek rozpatrzono odmownie (w 2010 r.).

Na **Węgrzech** odmówiono ochrony wnioskodawcy z Algierii, ponieważ nie był on w stanie wystarczająco dobrze przedstawić prawdopodobieństwa prześladowania w Algierii. Decyzja odmowna nie zawiera stwierdzenia, że przyczyną odmowy był biseksualizm wnioskodawcy. Jednak wnioskodawca był żonaty i miał dzieci.

6.6.2.3 DOBRA PRAKTYKA

W niektórych państwach członkowskich uznaje się, że małżeństwo nie oznacza automatycznie, że wnioskodawca nie jest osobą LGBTI. Stanowi to dobrą praktykę w zgodzie z wytycznymi UNHCR.

We **Włoszech** rozpatrywano sprawę 40-letniego geja z Maroka. Zawarł on w Maroku małżeństwo i miał z niego dziecko. Wnioskodawca twierdził, że ożenił się w wieku 28 lat pod silną presją

206 Sprawa: W. El-H vs Principal Immigration Officer (First Hall, Civil Court), postępowanie wszczęto 29 lipca 2008 r.

207 Rechtbank (sąd rejonowy) Haarlem, 12 stycznia 2010 r, nr 09/48023.

208 Verwaltungsgericht (sąd administracyjny) Ansbach, 21 sierpnia 2008 r., AN 18 K 08.30201.

rodziny. Nie był pewien, czy był ojcem dziecka swojej żony, ale czuł się zobowiązany wspierać finansowo żonę i dziecko. Twierdził, że żona nie zgadzała się na rozwód z powodu presji społecznej. Jego wniosek rozpatrzono pozytywnie.²⁰⁹

Na **Słowacji** rozpatrzono pozytywnie tylko jeden wniosek od osoby powołującej się na biseksualizm. Wnioskodawca był przedtem żonaty i miał czworo dzieci.

W **Danii** panuje zgoda co do tego, że małżeństwo nie wyklucza żadnej orientacji seksualnej ani tożsamości płciowej. W jednej ze spraw przyznano status uchodźcy mężczyźnie, który prowadził życie homoseksualisty w państwie pochodzenia, natomiast w Danii mieszkał z kobietą. We **Francji** także organy azylowe oraz sądy nie uważają małżeństwa czy rodzicielstwa za automatyczne podstawy negatywnego rozpatrzenia wniosku opartego na orientacji seksualnej, choć uwzględniają takie fakty w szerszym kontekście wniosku.

W **Szwecji** obowiązuje bezpośrednio wyrażona zasada o następującej treści: „Homoseksualizmu nie wyklucza się na podstawie faktu, że osoba homoseksualna zawarła małżeństwo lub ma dzieci z osobą odmienną płci.”²¹⁰

Wydane niedawno wytyczne w Wielkiej Brytanii zawierają następujący fragment: „Ani związki (heteroseksualne), ani rodzicielstwo, choć powinny stać się przedmiotem przesłuchania, nie mogą być automatycznie uznawane za dowód braku wiarygodności.”²¹¹

Również w **Austrii, Belgii i Czechach** nie pojawiły się problemy w tym zakresie.

6.6.2.4 WNIOSKI

W wielu Państwach Członkowskich małżeństwo i rodzicielstwo uważane są za niemożliwe do pogodzenia z byciem osobą LGBTI. Postawa taka jest nie do obronienia, jeśli chodzi o osoby biseksualne, a także niezbyt dobrze uzasadniona w stosunku do osób o innych orientacjach czy tożsamościach. Presja społeczna niejednokrotnie prowadzi do zawierania małżeństw wbrew woli zainteresowanych. Przekonanie, że małżeństwo i rodzicielstwo mają jakiegokolwiek znaczenie dla określenia orientacji seksualnej wnioskodawcy wydaje się być pozostałością medycznego postrzegania orientacji seksualnej i tożsamości płciowej; tożsamość lesbijską, gejowską,

transseksualną czy interseksualną uważa się w nim za pewien brak czy niemożność. Sugeruje to, że dana osoba będzie lesbijką, gejem, osobą transseksualną czy interseksualną jedynie wtedy, kiedy nie jest w stanie wybrać innej opcji i jest zmuszona żyć w taki sposób. Rozumowanie, w którym osoba decydująca się na małżeństwo czy rodzicielstwo postrzegana jest jako na pewno nie będąca osobą LGBTI zasadza się na poglądzie, że tożsamości LGBTI są koniecznością, a nie wyborem.

ZALECENIA

- Fakt, że wnioskodawca zawarł małżeństwo lub żyje w konkubinacie z osobą odmienną płci, ani też fakt, że wnioskodawca ma dzieci pochodzące z takiego związku, w żaden sposób nie powinien wykluczać uznania, że wnioskodawca jest lesbijką, gejem, osobą biseksualną, transseksualną czy interseksualną.

6.6.3 ZNAJOMOŚĆ SANKCJI KARNYCH

Nasi eksperci poinformowali nas, że w **Belgii, Francji, Holandii, Norwegii i Szwajcarii** nieznanomość sankcji karnych czy dokładnego brzmienia przepisów dotyczących orientacji seksualnej w państwie pochodzenia ma negatywny wpływ na ocenę wiarygodności wnioskodawcy.

Oczekiwanie takie nie uwzględnia doświadczenia życiowego wielu osób LGBTI, dla których sankcje społeczne (presja, groźby czy przemoc ze strony krewnych czy otoczenia) są często znacznie ważniejsze, niż sankcje prawne. Stąd sam fakt, że wnioskodawcy nie są w stanie zacytować przepisów penalizujących orientację seksualną obowiązujących w ich państwie pochodzenia nie może stanowić podstawy do uznania ich za niewystarczająco wiarygodnych.

209 Decyzja wydana przez Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Milano, 2010 r.

210 Migrationsverket, *Sexual Orientation Guidelines*, 2002 r.

211 Publikacja UK Home Office: *Asylum Instruction: Sexual Orientation and Gender Identity in the Asylum Claim*, 6 października 2010 r., poprawki 13 czerwca 2011 r.

6.6.4 OPIS ZACHOWAŃ UZNANYCH ZA ZBYT RYZYKOWNE, ABY MOGŁY FAKTYCZNIE MIEĆ MIEJSCE

W niektórych przypadkach wnioski rozpatrzono negatywnie, ponieważ uznano, że opisywane przez wnioskodawców zachowania były zbyt ryzykowne, a zatem zapewne nie miały miejsca.

Sąd w **Niemczech** tak uzasadnił decyzję odmowną: „Wnioskodawca twierdzi, że podejmował czynności homoseksualne w Kamerunie. Nie jest to twierdzenie wiarygodne, ponieważ w ten sposób wnioskodawca naraziłby się na niebezpieczeństwo. Opis życia wnioskodawcy jako homoseksualisty w Kamerunie nie jest wystarczająco szczegółowy.” Sąd administracyjny, działający jako instancja odwoławcza, odrzucił oba argumenty i zmienił decyzję na pozytywną.²¹²

W podobnym orzeczeniu sąd niemiecki zacytował opinię Federalnego Urzędu d/s Migracji i Uchodźców: „Wnioskodawca, sunnita z Mosulu w Iraku, przedstawił twierdzenie, które nie jest realistyczne: gdyby zachowania homoseksualne wnioskodawcy rzeczywiście stały się publicznie znane i gdyby padł on w związku z tym ofiarą prześladowań, zostałby także skazany na mocy Sekcji 400 irackiego kodeksu karnego.” Sąd administracyjny odrzucił ten argument i zmienił decyzję na pozytywną.²¹³

W sprawie w **Słowenii** wnioskodawcę uznano za niewystarczająco wiarygodnego, ponieważ twierdził on, że utrzymywał stosunki seksualne z żonatym mężczyzną, którego żona dowiedziała się o tym; od tego czasu mężczyźni nie ukrywali przed nią swojej relacji. Słoweńskie organy azylowe uznały także za podejrzane, że żona partnera zawiadomiła policję o ich związku dopiero po dwóch latach od czasu, kiedy sama się o nim dowiedziała.

W **Holandii** organ azylowy uznał na nierealistyczną opowieść młodego Pakistańczyka, który twierdził, że uprawiał seks z innym młodym mężczyzną w jego pokoju, podczas gdy cała pozostała muzułmańska rodzina przebywała pod tym samym dachem, i że co więcej młodzi mężczyźni nie zamknęli na klucz drzwi do pokoju, choć wiedzieli, jak wiele ryzykują.²¹⁴

Gdyby doprowadzić to rozumowanie do jego logicznego końca, trzeba by rozpatrywać odmownie wnioski każdej osoby, która twierdzi, że w państwie pochodzenia miała związki z osobami tej

samej płci lub usiłowała do takich związków doprowadzić, czy też która ujawniła swoją tożsamość transseksualną, ponieważ każde z tych zachowań wiąże się z ryzykiem.²¹⁵ Patrząc na rzecz w szerszej perspektywie wydaje się, że zachowania związane z ryzykiem powinny być raczej powodem nadania osobie statusu uchodźcy niż przyczyną odmowy tego statusu. Rozumowanie takie nie powinno być stosowane.

6.6.5. INNE KRYTERIA OPARTE NA STEREOTYPACH

Wiele innych stereotypowych wyobrażeń osób LGBTI pojawia się jako argumenty, na podstawie których uznaje się, że wnioskodawca nie może być lesbijką, gejem, osobą biseksualną, transseksualną czy interseksualną. Poniższa lista zawiera tylko niektóre przykłady:

Zachowanie zgodne ze stereotypami działa na korzyść wnioskodawcy w aspekcie wiarygodności. Na przykład w wydanej na **Węgrzech** decyzji w sprawie wnioskodawcy z Tunezji wspomina się, że ubierał się on na sposób kobiety i stosował makijaż. W **Wielkiej Brytanii** natomiast toczyła się sprawa geja z Jemenu, który nosił obcisłe podkoszulki i długie włosy, wyrażając w ten sposób (jego własnym zdaniem) swoją tożsamość seksualną. Wnioskodawca ten odmawiał wprowadzenia zmian w swoim wyglądzie tak, aby strojem i fryzurą przypominać po powrocie do państwa pochodzenia heteroseksualnych muzułmanów. W 2009 r. wyrokiem Trybunału nadano mu status uchodźcy.²²⁴

212 Verwaltungsgericht (sąd administracyjny) we Frankfurcie nad Odrą, 11 listopada 2010 r., VG 4 K 772/10.A.

213 Verwaltungsgericht (sąd administracyjny) Sigmaringen, 26 kwietnia 2010 r., A 1 K 1911/0.

214 Rechtbank (sąd rejonowy) Haarlem, 29 września 2009, nr 09/32801.

215 Jenni Millbank, 'The Ring of Truth': A Case Study of Credibility Assessment in Particular Social Group Refugee Determinations, *International Journal of Refugee Law*, 2009-1, str. 22.

216 Audiencia Nacional (sąd krajowy) 19 grudnia 2008 r., rec. n° 1399/2007.

217 Refugee Appeals Tribunal, 2010 r.

218 Raad voor de Vreemdelingenbetwistingen (rada d/s cudzoziemców) 21 października 2008 r., 17.431; Raad voor de Vreemdelingenbetwistingen (rada d/s cudzoziemców) 22 października 2008 r., 17.471; 19.383; 19.842; 19.837; 21.996.

219 Audiencia Nacional (sąd krajowy), 21 lipca 2008 r., rec. n° 679/2006.

220 Na podstawie: Nathanael Miles, *No Going Back, Lesbian and Gay People and the Asylum System*, Stonewall, maj 2010, publikacja dostępna na stronie: www.stonewall.org.uk.

221 Court of Appeal (Anglia i Walia), sierpień 2009 r., sprawa: NR (Jamaica) v SSHD [2010] INLR 169.

222 Rechtbank (sąd rejonowy) Groningen, 3 września 2010 r., nr 10/6506.

223 Rechtbank (sąd rejonowy) Haarlem, 18 grudnia 2007 r., nr 07/26891, Rada Stanu, 18 kwietnia 2008 r., 200800353/1.

224 Sprawa rozpatrywana przez Asylum and Immigration Tribunal.

temat	Państwo Członkowskie	Przykład
Służba wojskowa	Cypr	Gej pytany był o swoją służbę w armii. Nie starał się on uniknąć służby wojskowej, która w jego państwie pochodzenia jest obowiązkowa. Uznano to za sprzeczne ze stereotypowym postępowaniem gejów.
Kultura i rozrywka	Francja	Wnioskodawcom zadawane są pytania dotyczące preferencji w ubiorze, sposobów spędzania czasu wolnego, ulubionych rodzajów muzyki, filmów, programów telewizyjnych, wiedzy o kulturze uważanej za gejowską i uczestnictwa w tej kulturze.
Język	Węgry	W sprawie kobiety z Nigerii organ azylowy uznał, że ze względu na jej niewielkie wykształcenie nie jest możliwe, aby posługiwała się ona „terminologią pochodzenia łacińskiego” (np. terminem ‘homoseksualizm’). Uznano, że usłyszała ona od kogoś albo zmyśliła opowieść o homoseksualizmie, by uzyskać status uchodźcy. Po badaniu medycznym orzeczono, że ma ona „silną kobiecą seksualność”. Trzeba dodać, że wiarygodność wnioskodawczyni kwestionowano także z innych powodów.
Język	Hiszpania	Homoseksualny mężczyzna z Mauretani używał w stosunku do siebie terminu „maricon”, zasadniczo uważanego za obraźliwe określenie homoseksualisty. Sąd uznał, że termin ten zazwyczaj nie jest stosowany przez gejów. ²¹⁶
Zachowanie	Irlandia	W niektórych sprawach rozpatrzono wnioski odmownie na podstawie oceny zachowania wnioskodawców (tzn. na podstawie subiektywnej oceny osób podejmujących decyzje, że wnioskodawcy nie zachowują się jak osoby homoseksualne). Na przykład odmawiając nadania statusu uchodźcy gejowi z Algierii sędzia Trybunału stwierdził: „Sądząc po zachowaniu wnioskodawcy (na posiedzeniu odwoławczym) nie mam wątpliwości, że wnioskodawca twierdzi, że jest gejem wyłącznie w celu zwiększenia swoich szans na uzyskanie statusu uchodźcy”. Orzeczenie nie zawiera informacji, na czym zasadza się autorytet tego sędziego w ocenie orientacji seksualnej na podstawie zachowania. ²¹⁷
Zachowanie	Bułgaria	Panuje przekonanie, że gej powinien „wyglądać kobieco” i „obnosić się” ze swoją orientacją seksualną; podobne przekonania dotyczą kobiet homoseksualnych.
Praca w sektorze usług seksualnych	Belgia	Odrzucono wnioski osób homoseksualnych pracujących w sektorze usług seksualnych na postawie argumentu, że podejmują się one „nielegalnych czynności homoseksualnych z powodów ekonomicznych i oportunistycznych”. ²¹⁸
Praca w sektorze usług seksualnych	Hiszpania	Kobieta transseksualna z Kostaryki była ofiarą wielorakiej dyskryminacji. Sąd orzekł, że jej problemy są skutkiem jej pracy w sektorze usług seksualnych, a nie jej tożsamości płciowej. ²¹⁹
Kultura i rozrywka	Wielka Brytania	Stereotypy i ogólna ignorancja, np. oczekiwanie, że gej będzie koniecznie obznajomiony z dziełami Oscara Wilde. ²²⁰
Brak wyboru	Wielka Brytania	Zachowania seksualne kobiety podczas jej pobytu w więzieniu uznano za dalszy ciąg młodzieńczej fazy eksperymentów seksualnych; w więzieniu „nie miała wyboru oprócz abstynencji”. W związku z tym jej twierdzenie, że jest lesbijką, uznano za niewystarczająco wiarygodne. Orzeczenie sądu apelacyjnego uchyliło tę decyzję. ²²¹
Monogamia	Holandia	Mężczyzna pochodzący z Iraku przyznał, że nie jest pewien, czy jest gejem, ponieważ utrzymywał co prawda relację seksualną z innym mężczyzną przez pięć lat, jednak nie miał takich odczuć w stosunku do innych mężczyzn. Organ azylowy uznał opowieść o relacji homoseksualnej za wiarygodną, zdecydował jednak, że polityka Iraku wobec homoseksualistów nie dotyczy wnioskodawcy, ponieważ nie jest on homoseksualistą, a „w krajach arabskich młodzi mężczyźni często znajdują satysfakcję seksualną w kontaktach z innymi mężczyznami, ponieważ nie mają możliwości zaspokojenia potrzeb seksualnych z kobietą”. Sąd rejonowy w Groningen nie zgodził się z takim spekulatywnym rozumowaniem i rozpoznał odwołanie wnioskodawcy. ²²²
Czynniki genetyczne	Holandia	Biseksualizm mężczyzny z Jamajki został uznany za niewystarczająco wiarygodny, ponieważ stwierdził on, homoseksualizm „nie tkwił w jego genach”. ²²³

6.7 WNIOSKI

Stereotypy dotyczące osób LGBTI można podzielić na trzy grupy (obejmą one znaczącą większość przykładów). Przykłady tyczą się przeważnie gejów; wynika to z faktu, że wnioski od nich stanowią stosunkowo największą część wszystkich składanych wniosków.

Oto podstawowe trzy kategorie stereotypów:

- *Brakuje im tego, co mają osoby heteroseksualne*: lesbijki, geje i osoby biseksualne mają problemy ze swoją płcią. Geje nie

są prawdziwymi mężczyznami, ponieważ nie służą w wojsku i nie chcą tego robić, nie zawierają małżeństw i nie płodzą dzieci, nie ubierają się po męsku i nie tworzą stałych związków monogamicznych. Lesbijki nie są prawdziwymi kobietami, ponieważ nie zawierają małżeństw i nie płodzą dzieci ani nie ubierają się po kobiecemu. Stosowane jawnie w Niemczech założenia klasycznej seksuologii obowiązują faktycznie w wielu Państwach Członkowskich. Na przykład podejmowanie czynności seksualnych z osobami tej samej płci w środowiskach składającym się tylko z mężczyzn czy tylko z kobiet (np. w więzieniu) nie jest uważane za ekspresję bycia lesbijką, gejem czy

osobą biseksualną, ponieważ nie oznacza to „nieodwracalnego” pociągu do własnej płci. Małżeństwo lub rodzicielstwo wykluczają możliwość, że dana osoba jest lesbijką, gejem czy osobą biseksualną.

- *Grupa społeczna:* lesbijki, geje i osoby biseksualne tworzą spójną grupę, której członkowie mają takie same preferencje w dziedzinie kultury, mediów i rozrywki, takie same wzorce zachowań i postawy, a także dzielą określone przestrzenie.
- *Coming out:* Oczekuje się, że lesbijki, geje i osoby biseksualne przechodzą proces uświadamiania sobie swojej orientacji w konkretny sposób: mają poczucie winy z powodu swojej orientacji, mają głębokie odczucia w związku z nią, a także odczuwają ją jako stałą i niezmienną.

Wszystkie te stereotypy opierają się na założeniu, że spektrum orientacji seksualnych uporządkowane jest w stały sposób, gdzie w centrum tego porządku znajduje się oczywista i niezmienna kategoria heteroseksualizmu. Pozwala to postrzegać lesbijki i gejów jako osoby wpisane w stałe peryferyjne kategorie tożsamości, transseksualizm i interseksualizm jako kategorie medyczne, biseksualistów zaś jako osoby, które mogą zostać zakwalifikowane jako lesbijki lub geje, kiedy wreszcie zdecydują się na którąś z opcji. Wizerunek lesbijek i gejów jest więc wzorowany na wizerunku osób heteroseksualnych: są to tożsamości ustawione na bezpiecznych peryferiach, które naśladują heteroseksualizm. Osoby transseksualne i interseksualne zaburzają porządek tej kategoryzacji, toteż klasyfikowane są jako problem medyczny. Osoby biseksualne nie mają problemu, ponieważ mogą „wybrać” pozycję lesbijek/gejów lub heteroseksualistów. Tak uporządkowane postrzeganie seksualności innych, niż hetero wzmacnia normę heteroseksualną i fundamentalny podział na dwie płcie.

Taki sposób postrzegania orientacji seksualnej leży u podstawy rozstrzygnięć dotyczących wiarygodności wnioskodawców. Opinie ekspertów w dziedzinie medycyny opierają się na kategoriach, od których medycyna oficjalnie już odeszła (zaburzenia itp.) i zasadniczo skupiają się na ustaleniu niezmienności orientacji seksualnej danej osoby. W Niemczech stosuje się jawnie wymóg stabilności tożsamości seksualnej (*Schicksalhafter Festlegung* – nieunikniona, płynąca z przeznaczenia danej osoby fiksjacja). W innych Państwach Członkowskich organy azytowe i sądy także usiłują rozróżnić między zachowaniami „dla kaprysu” (polegającymi na podejmowaniu czynności seksualnych, co nie powinno skutkować nadaniem statusu uchodźcy, nawet jeśli prowadzi do prześladowań) a „koniecznością” po stronie wnioskodawcy podejmowania czynności seksualnych,

czy też między tymi, którzy są, a tymi, którzy nie są „naprawdę” transseksualni czy interseksualni. Powstaje wrażenie, że wymaga się od wnioskodawców szczerości w temacie seksualności. Najwyraźniej jednak nie jest typowe bycie gejem, ale nieinteresowanie się szczegółami prawa karnego, bycie lesbijką, ale nieczytanie lesbijskich gazet, utrzymywanie relacji z innym mężczyzną, ale nieorientowanie się w gejowskich miejscach schadzek w Teheranie. Przykłady te świadczą o tym, że ocena wiarygodności dokonywana jest na podstawie bardzo konkretnych oczekiwań, które zasadzają się na postrzeganiu orientacji seksualnej jako czegoś w rodzaju przekonań politycznych czy religijnych – należy uczestniczyć w spotkaniach partyjnych oraz mieć rozeznanie w sferze publicznej, w mediach i w ustawodawstwie. Tymczasem seksualność jest wprawdzie pod wieloma względami kwestią polityczną, jednak polityka seksualności, choć może czasami mieścić się w klasycznych obszarach takich jak media czy parlamenty, przede wszystkim rozgrywa się jednak w obszarach nazywanych prywatnymi: w rodzinie, w miejscu pracy, w społeczności sąsiedzkiej.

Nie każdy wnioskodawca, który twierdzi, że ma uzasadnioną obawę przed prześladowaniem z powodu bycia lesbijką, gejem, osobą biseksualną, transseksualną czy interseksualną mówi prawdę i powinien w związku z tym uzyskać status uchodźcy. Niemniej jednak, jak pokazują przykłady zawarte w niniejszym rozdziale, praktyka azytowa obfituje w metody ustalania wiarygodności, które są nie do obronienia. Zasadzają się one na problematycznych założeniach dotyczących zachowań „prawdziwych” osób LGBTI. Podstawowy wniosek, jaki wyciągnąć można z obserwacji obecnego stanu rzeczy, brzmi następująco: wiarygodność ocenić można jedynie na podstawie przesłuchania, podczas którego wnioskodawca ma możliwość swobodnego przedstawienia swojej historii. Oznacza to, że celem przesłuchania powinno być umożliwienie wnioskodawcom przedstawienia opowieści o ich doświadczeniu orientacji seksualnej w bezpiecznej przestrzeni i z możliwością przedstawienia ważnych szczegółów. Zgodnie ze sformułowaniem LaViolette prowadzi to do wyodrębnienia trzech osobnych linii przesłuchania: (i) informacje o życiu osobistym i rodzinnym, (ii) kontakty z gejami i lesbijkami zarówno w państwie pochodzenia, jak i w państwie przyjmującym oraz (iii) doświadczenie dyskryminacji i prześladowania i wiedza na ich temat.²²⁵ Wytyczne stosowane w Szwecji i Wielkiej Brytanii, jak również wytyczne sporządzone przez UNHCR, zawierają opisy przydatnych podejść do prowadzenia przesłuchań. Można rzecz jasna zadawać pytania, których celem jest uzyskanie bardziej szczegółowych odpowiedzi. Jednak unikać należy wszelkich pytań, na które istnieje ‘poprawna odpowiedź’ i które

225 Nicole LaViolette, ‘Sexual Orientation and the Refugee Determination Process: Questioning a Claimant about their Membership in the Particular Social Group’, raport przygotowany dla Canadian Immigration and Refugee Board, 2004 r.

przypominają egzamin (gdzie spotykają się geje; jaka jest sankcja karna ze seks lesbijski, w jakiej pozycji znajdowaliście się, gdy was złapano). Utrudniają one wytworzenie się relacji zaufania między wnioskodawcą a przesłuchującymi, a także stanowią wyraz założeń, które niekoniecznie są poprawne czy też mają zastosowanie w danym przypadku.

ZALECENIA

- Podczas przesłuchania (w rozumieniu Artykułu 12 Dyrektywy Proceduralnej) lesbijki, geje, osoby biseksualne, transseksualne i interseksualne powinni mieć możliwość przedstawić, jak rozwijała się ich orientacja seksualna czy tożsamość płciowa, podając także informacje o reakcji otoczenia, o ewentualnych problemach, napastowaniu, przemocy, uczuciach bycia odmieńcem, poczuciu stygmatyzacji, obawy i wstydu.



7 PÓŹNE UJAWNIE NIE INFORMACJI

Co do zasady, osoby ubiegające się o ochronę międzynarodową powinny przedstawić powody, dla których obawiają się prześladowań, przy pierwszej stosowanej okazji, w sposób jasny i spójny. Powołanie się na kwestię orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej później (na przykład na etapie odwoławczym czy też w kolejnym wniosku) często powoduje wątpliwości co do wiarygodności takiego wnioskodawcy i prowadzi do odrzucenia wniosku. Istnieją jednak ważne przyczyny, dla których wnioskodawcy LGBTI czasem nie ujawniają swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej podczas składania pierwszego wniosku. Oto niektóre z nich:

- Czasami wnioski składa się w imieniu dzieci, które dopiero po kilku latach dorastają na tyle, by zdać sobie sprawę ze swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej.
- Wielu wnioskodawców LGBTI nie odważa się wspominać o swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej z powodu wstydu, obaw, poczucia odmienności czy stygmatyzacji. Odczucia te mogą wywodzić się ze zinternalizowanej homofobii czy transfobii, a nasilać je może konieczność ujawnienia orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej urzędnikom organu azylowego czy też obawa przed konsekwencjami wydostania się informacji o orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej do innych społeczności, np. ośrodka dla uchodźców.
- Wnioskodawcy mogą dopiero przechodzić procesu coming outu: może jeszcze nie ujawnili swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej innym, czy nawet do końca nie uświadomili jej sobie sami.
- Niektórzy wnioskodawcy LGBTI i ich doradcy nie wiedzą, że informacje o orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej mogą mieć znaczenie dla procesu azylowego.

Sąd w Niemczech orzekł, że oświadczenie złożone w ponad trzy lata po przybyciu do Niemiec nie dyskwalifikuje wnioskodawcy z Iraku w zakresie ubiegania się o status uchodźcy. Wnioskodawca wyjaśnił w wiarygodny sposób, że zdecydował się na ujawnienie swojego homoseksualizmu po długim procesie namysłu i walki wewnętrznej, po zakończeniu których odnalazł swoją tożsamość seksualną.²²⁶

²²⁶ Verwaltungsgericht (sąd administracyjny) Köln, 8 września 2006 r., 18 K 9030/03.A, Informationsverbund Asyl & Migration M17466.

7.1 STANDARDY MIĘDZYNARODOWE I EUROPEJSKIE

Dyrektywa Proceduralna stanowi, że kolejny wniosek o udzielenie azylu jest poddawany wstępnemu rozpatrzeniu co do tego, czy po wycofaniu uprzedniego wniosku lub po podjęciu w sprawie tego wniosku decyzji zaistniały lub zostały przedstawione przez wnioskodawcę nowe elementy lub informacje odnoszące się do rozpatrzenia możliwości uzyskania przez niego statusu uchodźcy. Jeśli tak, to wniosek powinien być dalej rozpatrywany.²²⁷

W proponowanej przez Komisję Europejską nowelizacji Dyrektywy Proceduralnej znajduje się wyraźnie włączenie orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w definicję „wnioskodawców potrzebujących szczególnych gwarancji proceduralnych”.²²⁸ Komisja zaproponowała także, że Państwa Członkowskie powinny zapewniać, że wnioskodawcy tacy zostaną w odpowiednim momencie zidentyfikowani oraz, że zapisy te będą miały zastosowanie także „jeżeli stanie się widoczne podczas dalszych stadiów postępowania, że wnioskodawca potrzebuje szczególnych gwarancji proceduralnych”. Co więcej, Państwa Członkowskie zagwarantują, że wnioskodawcy potrzebujący szczególnych gwarancji proceduralnych otrzymają wystarczająco dużo czasu oraz stosowne wsparcie, tak aby byli w stanie przedstawić te wszystkie elementy wniosku w sposób możliwie najpełniejszy i z użyciem wszelkich dostępnych dowodów.²²⁹

Wytyczne UNHCR stanowią w tym temacie co następuje:

“Wnioskodawcy nie zawsze wiedzą, że orientacja seksualna może stanowić podstawę ubiegania się o status uchodźcy. Czasami też

²²⁷ Artykuł 32 Dyrektywy Rady 2005/85/WE z dnia 1 grudnia 2005 r. w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w Państwach Członkowskich.

²²⁸ Proponowane brzmienie Artykułu 2(d) Dyrektywy Proceduralnej: „Wnioskodawca potrzebujący szczególnych gwarancji proceduralnych” oznacza wnioskodawcę, który z powodu wieku, płci, orientacji seksualnej, tożsamości płciowej, niepełnosprawności, poważnej choroby fizycznej, choroby psychicznej, stresu pourazowego czy w wyniku tortur, gwałtu lub innych form poważnej przemocy psychologicznej, fizycznej czy seksualnej potrzebuje szczególnych gwarancji dla umożliwienia mu skorzystania z praw i wypełnienia obowiązków płynących z niniejszej Dyrektywy.” Proponowana nowelizacja dyrektywy w sprawie procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w Państwach Członkowskich, Bruksela, 1 czerwca 2011 r., COM(2011) 319, 2009/0165 (COD).

²²⁹ Proponowane brzmienie Artykułu 24: „1. Państwa Członkowskie zapewnią, że wnioskodawcy potrzebujący szczególnych gwarancji proceduralnych zostaną w odpowiednim momencie zidentyfikowani. (...) Państwa Członkowskie zapewnią, że zapisy te będą obowiązywały także, jeżeli stanie się widoczne podczas dalszych stadiów postępowania, że wnioskodawca potrzebuje szczególnych gwarancji proceduralnych; 2. Państwa Członkowskie zagwarantują, że wnioskodawcy potrzebujący szczególnych gwarancji proceduralnych otrzymają wystarczająco dużo czasu oraz stosowne wsparcie, tak aby byli w stanie przedstawić te wszystkie elementy wniosku w sposób możliwi najpełniejszy i z użyciem wszelkich dostępnych dowodów.”

są niechętni rozmawiać o tak intymnych kwestiach, zwłaszcza jeśli ich orientacja seksualna w państwie pochodzenia była źródłem wstydu czy tematem tabu. W rezultacie wnioskodawcy tacy mogą początkowo nie mieć dosyć pewności siebie, by mówić swobodnie czy by dokładnie przedstawić szczegóły sprawy. Nawet jeżeli pierwsza wersja wniosku zawiera twierdzenia fałszywe, albo jeśli wniosek nie został złożony, choć upłynął już dłuższy czas od przybycia do państwa uchodźstwa, wciąż możliwe jest, że wnioskodawca ma słuszny powód ubiegania się o status uchodźcy.²³⁰

7.2 PRAKTYKA W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH

Badanie praktyk w sprawach osób LGBTI w Państwach Członkowskich wykazało, że osoby, które ujawniają swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową stanowiącą powód ubiegania się o azyl dopiero na późniejszych etapach procedury, napotykają problemy dwojakiego rodzaju:

- Ich 'coming out' w ogóle nie jest brany pod uwagę: niektóre systemy azylowe stosują zasadę *res iudicata*, na mocy której rozpatrywanie wniosku od nowa możliwe jest tylko, jeżeli okoliczności wzmiankowane w późniejszych etapach stanowią nowe fakty.
- Ich 'coming out' jest brany pod uwagę, ale traktowany nieufnie: jeśli okoliczności takie przywoływane są dopiero na późniejszym etapie, twierdzenia na ich temat mogą być nieprawdziwe, oportunistyczne czy dorzucone wyłącznie dla zwiększenia szans uzyskania azylu.

7.2.1 MAŁOLETNI

Odnotowano przypadki wnioskodawców, którzy uciekli z państwa pochodzenia jako małoletni, a dopiero po upływie kilku lat zdali sobie sprawę ze swojej orientacji seksualnej. Oto przykład:

Wnioskodawca pochodzący z Somalii przybył do **Holandii** jako dziecko. Matka złożyła dwa kolejne wnioski azylowe w jego imieniu. W osiem lat po złożeniu pierwszego z wniosków mężczyzna zdał sobie sprawę ze swojej orientacji seksualnej i złożył wniosek samodzielnie, twierdząc, że miałby problemy po ewentualnym powrocie do Somalii. Uznano to za wystarczający, osobisty, niewymieniony poprzednio powód ubiegania się o azyl. Zdecydowano, że jest to nowy fakt, co uzasadnia ponowne rozpatrzenie wniosku o nadanie statusu uchodźcy.²³¹

230 UNHCR, publikacja: *UNHCR Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity*, 21 listopada 2008 r, par. 38.

231 Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (wydział sądownictwa Rady Stanu) 3 października 2003 r., 200305027/1, Jurisprudentie

W takiego typu sytuacjach wnioskodawca osoba traktowana jest jako uchodźca *sur place*. Jeśli twierdzenia takiego wnioskodawcy są wiarygodne, to zazwyczaj prowadzą one do uzyskania statusu uchodźcy. Przykłady wniosków składanych przez osoby, które w momencie wjazdu do państwa uchodźstwa były małoletnie, znaleźliśmy także w **Austrii, Francji, Włoszech, Norwegii, Polsce i Wielkiej Brytanii**, natomiast eksperci krajowi z **Czech, Niemiec i Malty** oceniają, że także i w tych krajach wnioski takie mają dużą szansę na pozytywne rozpatrzenie.

7.2.2 RES IUDICATA

W niektórych krajach sprawy, w których wydano ostateczną decyzję podlegającą zasadzie *res iudicata* („rzecz osądzona”). W przypadku składania kolejnych wniosków rozpatrzeniu podlega jedynie kwestia, czy nowe oświadczenia odzwierciedlają „nowe fakty lub okoliczności”. Jeśli odpowiedź na to pytanie jest negatywna, wniosek nie będzie rozpatrywany, nie będzie więc nawet prowadzona ocena wiarygodności oświadczenia dotyczącego orientacji seksualnej, jeśli zostało ono złożone później. Przykłady takiego podejścia występują w **Austrii i Holandii**.

W **Holandii** sądy niższej instancji przyznają, że proces dochodzenia do swojej tożsamości seksualnej i jej ujawniania (coming out) jest złożony i długotrwały oraz że składają się na niego różne stadia (pojawiająca się świadomość; poszukiwania; niepewność i lęk; niemożność podjęcia rozmowy na ten temat; powolna akceptacja; homoseksualizm uśpiony; obawa przed konsekwencjami; walka wewnętrzna, itp.). W związku z tym istnieje zrozumienie dla faktu, że niektóre osoby nie są w stanie otwarcie mówić o swojej orientacji seksualnej od razu po przybyciu do państwa uchodźstwa.²³²

Holenderska Rada Stanu stosuje jednak bardziej restrykcyjny warunek: osoba, która ma choćby niewielką świadomość swojego homoseksualizmu powinna ujawnić to od razu po przybyciu, nawet jeśli nigdy przedtem nie ujawniała nikomu takich odczuć.

Tę rozbieżność podejść ilustruje następujący przypadek. Mężczyzna z Somalii od zawsze miał świadomość swojej odmienności i zdawał sobie sprawę, że spogląda wyłącznie na mężczyzn. Jednak po raz pierwszy dał wyraz swojej orientacji seksualnej w kilka lat po przybyciu do Holandii. Sąd okręgowy w Assen orzekł, że był to nowy fakt, jako że wnioskodawca w pełni zdał sobie sprawę ze swojego homoseksualizmu dopiero w tym momencie i po złożeniu

Vreemdelingenrecht 2004/3, Nieuwsbrief Asiel- en Vluchtelingenrecht NAV 2003/310.

232 Rechtbank (sąd rejonowy) Zwolle, 26 września 2007 r., 06/55693 (Afganistan); Voorzieningenrechter (orzeczenie tymczasowe) Rechtbank (sąd rejonowy) Groningen, 17 listopada 2006 r., 06/52447 (Irak); Rechtbank (sąd rejonowy) Haarlem, 7 grudnia 2007 r., 07/44180 (Angola).

pierwszego wniosku podjął stosowane związane z tym kroki.²³³ Jednak Rada Stanu uchyliła to orzeczenie i zmieniła decyzję w sprawie, argumentując, że skoro wnioskodawca – według własnych słów - od zawsze miał świadomość swojej orientacji seksualnej, mógł i powinien był ujawnić tę okoliczność w momencie składania pierwszego wniosku. Fakt, że wnioskodawca zaczął być w związku homoseksualnym dopiero po kilku latach pobytu w Holandii jest tu bez znaczenia.²³⁴ Takie podejście nie uwzględnia faktu, że późne ujawnienie informacji wynikało w tym przypadku z tego, że wnioskodawca był w stanie wyrazić swoją seksualność dopiero po pewnym okresie pobytu w Holandii.

Ten problem natury czysto formalnej (proceduralnej) może uniemożliwiać w pewnych przypadkach realizację wytycznych polityki w sprawie uchodźców. Na przykład, chociaż ogólnie rzecz biorąc Holandia udziela azylu lesbijkom, gejom, osobom biseksualnym i transseksualnym z Iranu, to opisane powyżej restrykcyjne podejście proceduralne sprawia, że odrzucane są wnioski takich osób później ujawniających swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową. Dzieje się tak nie dlatego, że twierdzenia ich są uznawane za niewystarczająco wiarygodne, ale dlatego, że nie są one w ogóle rozpatrywane.²³⁵

W **Austrii** odnotowano sprawę mężczyzny z Iranu, który przybył do Austrii jako małoletni w 2001 r. razem ze swoimi rodzicami. W 2009 r. wniosek został ostatecznie odrzucony. W kilka miesięcy później mężczyzna ponownie złożył wniosek, ponieważ nie wspominał wcześniej o swoim homoseksualizmie, choć od dwóch lat miał świadomość, że jest homoseksualny. Federalny urząd azylowy odrzucił wniosek argumentując zasadą *res iudicata* i odmówił rozpatrzenia treści wniosku. Sąd azylowy uchylił tę decyzję, orzekając po pierwsze, że konieczne jest przeprowadzenie szczegółowego rozeznania dotyczącego sytuacji w Iranie oraz po drugie, że homoseksualizm wnioskodawcy jest nową okolicznością:

“Dla udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy w sprawie zaistniał nowy fakt, istotne jest nie tylko to, że wnioskodawca rzekomo miał świadomość swojej orientacji seksualnej, zanim poprzednia procedura została zakończona. Ważniejsze jest ustalenie, kiedy wnioskodawca po raz ujawnił innym swoją orientację, czy i kiedy podjął zgodną z nią aktywność seksualną, oraz czy i kiedy orientacja wnioskodawcy stała się publicznie znana. Organ azylowy nie poczynił żadnych ustaleń w tym względzie.”²³⁶

Decyzja ta pokazuje, że zasada *res iudicata* nie zawsze jest stosowana sztywno i w jednakowy sposób. Zazwyczaj przyjmuje się, że okoliczność stanowi nowy fakt, jeśli miała miejsce po zakończeniu poprzedniej procedury azylowej. Orzeczenie sądu azylowego (Asylgerichtshof) wskazuje, że można też przyjąć za decydujący nie ten moment, w którym wnioskodawca zdał sobie sprawę ze swojej orientacji, ale moment, w którym orientacja ta została ujawniona, lub moment podjęcia aktywności seksualnej zgodnej z tą orientacją.

7.2.2.1 WNIOSKI

W niektórych Państwach Członkowskich wymóg ujawniania przez wnioskodawców wszelkich istotnych faktów przy pierwszej stosownej okazji skutkuje odmową statusu uchodźcy z przyczyn proceduralnych ze względu na rygorystyczne stosowanie zasady *res iudicata*. Nie uwzględnia się wtedy powodów, które spowodowały późne ujawnienie informacji. Może to prowadzić do wydalenia (*refoulement*), które byłoby niezgodne z Konwencją Genewską, ponieważ narażałoby wnioskodawcę na ryzyko prześladowań z powodu orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej.

Zdajemy sobie sprawę, że efektywność procedur azylowych leży w interesie zarówno państw, jak i wnioskodawców. Jednak osoby LGBTI mogą nie być w stanie przy pierwszej stosownej okazji przedstawić swoich doświadczeń, choćby ze względu na sam charakter tych doświadczeń i brak „bezpiecznej przestrzeni” autoekspresji. Osoby te mogą mieć trudności z wyrażaniem spraw intymnych w obecności obcych osób; mogą spodziewać się reakcji pełnej przemocy na samą wzmiankę o swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej; mogą odczuwać uwewnętrzną homofobię czy transfobię; mogą być sparaliżowane przez wstyd wpojony im w procesie socjalizacji.

Systemy azylowe, które stawiają wnioskodawcom wymóg ujawniania wszystkich istotnych faktów przy pierwszej stosownej okazji nie powinny automatycznie odmawiać nadania statusu uchodźcy osobom, które ujawniły informacje później, jeżeli opóźnienie to zostało uzasadnione. Uzasadnienie takie powinno zawsze zostać rozpatrzone i w stosownych przypadkach uznane za odpowiednie wyjaśnienie początkowej wstrzemięźliwości w ujawnianiu informacji.

233 Voorzieningenrechter (orzeczenie tymczasowe) Rechtbank (sąd rejonowy) Assen, 2 lutego 2006 r., nr 06/54668, odwołanie uwzględniono; IND wniosło apelację.

234 Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (wydział sądownictwa Rady Stanu), 14 kwietnia 2006 r., 200601113/1, MigratieWeb ve06000557.

235 Sprawy osób z Iranu, w których ujawnionego homoseksualizmu nie uznano na nowy fakt: Voorzieningenrechter (orzeczenie tymczasowe) Rechtbank (sąd rejonowy) Gravenhage, obrady w Assen, 12 września 2008 r., AWB 08/30179, Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (wydział sądownictwa Rady Stanu), 10 grudnia 2008 r., 200807075/1, Jurisprudentie Vreemdelingenrecht 2009/85, MigratieWeb ve09000038; Rechtbank (sąd rejonowy) Arnhem, 27 listopada 2009 r., 09/40762, Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (wydział sądownictwa Rady Stanu), 23 grudnia 2009 r., 200909367/1/V2; Rechtbank (sąd rejonowy) Haarlem, 8 grudnia 2009 r., odwołanie przyjęto, jednak IND wniosło apelację do Rady Stanu; Rechtbank (sąd rejonowy) Zwolle, 17 czerwca 2010 r., 10/18620, Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (wydział sądownictwa Rady Stanu) 8 lipca 2010 r., 201006033/1/V2.

236 Asylgerichtshof (sąd azylowy) 10 lutego 2010 r., E1 217.905-4/2010.

PÓŹNE UJAWNIE NIE INFORMACJI

Rozwiązanie takie stosować można nawet w systemach, które opierają się na zasadzie *res iudicata*. Należy wtedy brać pod uwagę moment coming outu wnioskodawcy za moment wystąpienia nowych okoliczności.

Choć wiele zależy przede wszystkim od sposobu wdrażania różnych możliwości, przykład Austrii pokazuje, że samo stosowanie zasady *res iudicata* nie jest nie do pogodzenia z postępowaniem uwzględniającym szczególnie potrzeby wnioskodawców LGBTI.

7.2.3 WIARYGODNOŚĆ

Wielu wnioskodawców LGBTI ujawnia swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową z pewnym opóźnieniem. W niektórych przypadkach nowe informacje zostają uwzględnione, jeśli np. przyjmuje się, że późniejsze ujawnienie informacji stanowi element procesu coming outu, lub też jeśli przyczyny uzasadniające późniejsze ujawnienie informacji uznane są za wiarygodne. Czasami jednak osoby ujawniające takie informacje traktowane są podejrzliwie; przypisuje im się motywację polegającą jedynie na chęci „ulepszenia” wniosku, co skutkuje jego odrzuceniem z powodu niewystarczającej wiarygodności.

Przykłady takiego podejrzliwego traktowania odnotowano niemal we wszystkich Państwach Członkowskich. Oto niektóre z nich.

W sprawie w **Irlandii** trybunał odwoławczy podtrzymał decyzję odmowną wobec w przypadku geja z Pakistanu między innymi z powodu tego, że nie złożył on wniosku azylowego bezpośrednio po przybyciu do kraju, ale podjął na dłuższy okres pracę zarobkową. Wniosek złożył dopiero, kiedy służby imigracyjne aresztowały go w związku z podejrzeniem nielegalnego pobytu w Irlandii. Trybunał nie przyjął wyjaśnień wnioskodawcy, który twierdził, że ujawnił te informacje tak późno dlatego, że dopiero po przybyciu do Irlandii i wejściu w związek z mężczyzną zaczął godzić się ze swoją orientacją seksualną.²³⁷

W **Danii** zdarza się często, że wnioskodawcy LGBTI ujawniają swoją orientację seksualną stosunkowo późno. Stanowi to zawsze problem, gdyż trudno jest odróżnić osoby LGBTI od tych, które ‘dodają homoseksualizm’ do listy powodów prześladowania, by zwiększyć swoje szanse na nadanie statusu uchodźcy.²³⁸

W **Holandii** sąd okręgowy orzekł, że wnioskodawca powinien był uczynić chociażby drobną wzmiankę o swojej orientacji seksualnej podczas przesłuchania, mówiąc na przykład, że istnieje pewna kwestia, o której nie ma odwagi nic więcej powiedzieć. Przed

przesłuchaniem wnioskodawcę pouczone, że może i powinien wypowiadać się swobodnie i nie zatajać informacji.²³⁹

W sprawie rozpatrywanej w **Hiszpanii** gej z Kuby w pierwszym wniosku azylowym wspominał wyłącznie o problemach związanych z dyktaturą. Dopiero, gdy sąd odwoławczy zezwolił na wszczęcie procedury w jego przypadku wnioskodawca ujawnił, że prawdziwym powodem prześladowań, które spotykały go na Kubie, była jego orientacja seksualna. Wniosek został odrzucony zarówno przez urząd azylowy, jak i przez sąd ze względu na niewystarczającą wiarygodność. Oba te organy uznały, że opuścił on Kubę z przyczyn ekonomicznych i ochrona międzynarodowa mu nie przysługiwała.²⁴⁰

W niektórych jednak przypadkach podejrzliwe nastawienie zmienia się na lepsze:

W sprawie rozpatrywanej w **Rumunii** mężczyzna z Afganistanu motywował swój wniosek azylowy konfliktem z Talibami i brakiem poczucia bezpieczeństwa w Afganistanie. Wniosek został odrzucony przez rumuński Urząd Imigracyjny i przez sąd pierwszej instancji. Podczas postępowania w sądzie drugiej instancji wnioskodawca odważył się wyjawić prawdziwy powód, dla którego obawiał się prześladowań: był on mianowicie homoseksualistą i transwestytą, żyjącym w fundamentalistycznie nastawionej społeczności muzułmańskiej. Obawiał się wyjawić to wcześniej, ponieważ czuł lęk i wstyd przed społecznością afgańską w ośrodku dla uchodźców. Sędzi nie miał wątpliwości co do prawdopodobności wnioskodawcy; nowy powód ubiegania się o status uchodźcy uznany został za bardzo istotny. Wnioskodawca uzyskał ochronę uzupełniającą w grudniu 2010 r.

We Włoszech rozpatrywano sprawę geja, który w 2007 r. złożył wniosek oparty na innych powodach. Wniosek odrzucono. W 2009 r. ten sam mężczyzna złożył kolejny wniosek, tym razem oparty o powód orientacji seksualnej. Podczas przesłuchania wyjaśnił, że nie wspominał o tym fakcie wcześniej, ponieważ obawiał się, że spotka się z przemocą ze strony innych osób w obozie dla uchodźców. Nadano mu status uchodźcy.²⁴¹

Jedyna osoba LGBTI, jaka uzyskała status uchodźcy na **Słowacji** ujawniła swoją orientację biseksualną dopiero w kolejnej procedurze azylowej.

239 Rechtbank (sąd rejonowy) Gravenhage 24 czerwca 2009 r., 09/5070, odwołanie rozpatrzone negatywnie przez Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (wydział sądownictwa Rady Stanu) 15 września 2009 r., 200905386/1/V2.

240 Audiencia Nacional (sąd krajowy) 28 listopada 2008 r., rec. n° 5265/2005.

241 Decyzja podjęta przez Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Crotone, 2009 r.

237 Refugee Appeals Tribunal, 2009 r.

238 Flygtningenævnet (azylowa rada odwoławcza) 1 czerwca 2004 r.

We **Francji** sąd azylowy zauważył, że późne ujawnienie informacji może być traktowane podejrzliwie, jednak władze mogą przyznać status uchodźcy osobom, które ujawniły (lub uświadomiły sobie) swoją orientację seksualną dopiero po wjeździe do kraju, czasami nawet długo potem. Decyzje w takich sprawach zależą od szczerości i wiarygodności wnioskodawców w zakresie obawy przed prześladowaniem oraz od sytuacji osób LGBTI w państwie pochodzenia.

W **Irlandii** sprawa rozpatrywana była w procedurze przyspieszonej, ponieważ wniosek nie został złożony przy pierwszej stosowanej okazji po przybyciu. Rozpatrując odwołanie trybunał uchylił decyzję odmowną, przyjmując wyjaśnienia wnioskodawcy co do przyczyn opóźnienia (skutek prześladowań doznanych w państwie pochodzenia – Egipt, obawa przed aresztowaniem i przed ujawnieniem orientacji seksualnej). Trybunał orzekł, że wnioskodawca miał uzasadnioną obawę przed prześladowaniami z powodu orientacji seksualnej i nadał mu status uchodźcy.²⁴²

7.2.3.1 DOBRA PRAKTYKA

Wytyczne szwedzkie w sprawie orientacji seksualnej podkreślają, że otwarte wyjawienie tej orientacji może być trudne.²⁴³ Jednak – jak poinformowali nas eksperci krajowi – władze szwedzkie nie zawsze przestrzegają własnych wytycznych.

Wytyczne te zawierają także informację, że często orientacja seksualna ujawniana jest na późniejszym etapie procedury azylowej. W takich przypadkach sam fakt późnego ujawnienia nie powinien wpływać negatywnie na ocenę wiarygodności wnioskodawcy. Rozważając przyczyny opóźnienia należy wziąć pod uwagę informacje o państwie pochodzenia oraz ewentualne przyczyny osobiste leżące po stronie wnioskodawcy. Trzeba też pamiętać, że homoseksualizm i biseksualizm mogą stanowić tematy tabu nawet w stosunkowo liberalnych społecznościach.²⁴⁴

242 Refugee Appeals Tribunal, 2005 r.

243 „W niektórych przypadkach homoseksualizm podawany jest jako powód prześladowań stosunkowo późno. Jest to zrozumiałe i może wynikać z kilku przyczyn. (...) Wnioskodawca może odczuwać wstyd związany z homoseksualizmem. Dla osób pochodzących z krajów, gdzie seksualność jest tematem tabuizowanym, rozmowa z osobami obcymi (zwłaszcza przedstawicielami władz) na temat homoseksualizmu może być bardzo trudna. (...) Przemoc seksualna oraz obelgi związane z homoseksualizmem mogą prowadzić do traum oraz poczucia winy i wstydu. Osoba homoseksualna wchodzi z tymi odczuciami w procedurę azylową i może z tej przyczyny odwlekać ujawnienie homoseksualizmu – czy to celowo, czy niecelowo – aż do dalszych stadiów procedury.” Wytyczne Migrationsverket z 28 stycznia 2002 r.

244 Rättschefens rättsliga ställningstagande om förföljelse på grund av homo- eller bisexuell läggning, 12 października 2009 (RCI 04/2009) – oficjalne oświadczenie dyrektora biura prawnego Migrationsverket (<http://www.migrationsverket.se/include/lifos/dokument/www/091019101.pdf>).

W **Wielkiej Brytanii** także oficjalne wytyczne podkreślają, że brak ujawnienia informacji w początkowych stadiach procedury nie powinien automatycznie prowadzić do negatywnej decyzji.²⁴⁵

7.3 WNIOSKI

Osoby małoletnie, które po osiągnięciu dorosłości w państwie uchodźstwa zdały sobie sprawę ze swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej mają duże szanse na uzyskanie statusu uchodźcy. Uważamy jednak, że także osoby wjeżdżające do państwa uchodźstwa jako dorośli nie muszą być w stanie ujawniać swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej przy pierwszej stosowanej okazji z powodu odczucia strachu, wstydu czy stygmatyzacji.

W niektórych przypadkach późniejsze ujawnienie takich informacji wpływa negatywnie na ocenę wiarygodności wnioskodawcy. W innych przypadkach organy rozpatrujące przyjmują wyjaśnienia wnioskodawców co do przyczyn opóźnienia. Co ciekawe, widoczny jest jasny podział na Państwa Członkowskie, gdzie przeważa postawa podejrzliwości oraz takie, gdzie dostrzega się, że sytuacje takie mogą być bardzo złożone.

Sam fakt, że późne ujawnienie orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej powoduje pewną podejrzliwość organów azylowych (i co za tym idzie, że wnioski takie rozpatrywane są z nieco większą rezerwą) nie wydaje się problematyczny. Konieczne jest jednak staranne rozważanie przyczyn opóźnienia przez te organy.

Ewentualny związek między późnym ujawnieniem orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej a wiarygodnością wnioskodawcy należy oczywiście ustalać indywidualnie w każdym konkretnym przypadku. Nie można wykluczyć, że mogą się zdarzyć fałszywe twierdzenia przedstawiane na późniejszych etapach procedury. Nie można także jednak wykluczać, że twierdzenia te są prawdziwe, a przyczyną opóźnienia w ich przedstawieniu jest długotrwałość procesu coming outu czy też istnieją inne przyczyny opóźnienia, nie związane z prawdomównością lub jej brakiem. Z tego powodu nie można uznawać wnioskodawcy za niewystarczająco wiarygodnego na podstawie samego tylko momentu ujawnienia istotnych informacji. Osoby prowadzące przesłuchania i podejmujące decyzje muszą być dobrze przeszkolone w zakresie specyficznych kwestii związanych z osobami LGBT, w tym zwłaszcza z procesem coming outu, aby w celu podejmowania właściwych decyzji.

245 Zob.: UK Border Agency Asylum Instruction on 'Sexual Orientation issues in the asylum claim', str. 11 (6 października 2010 r., poprawki 13 czerwca 2011 r.)

ZALECENIA

- Przyczyny późnego ujawnienia informacji powinny być starannie rozważone, z uwzględnieniem wszelkich istotnych czynników wzmiankowanych przez wnioskodawców.
- Postulat „nowych elementów” zawarty w Artykule 32(3) Dyrektywy Proceduralnej nie powinien być interpretowany w sposób rygorystycznie formalny, lecz przeciwnie w sposób nastawiony na zapewnienie ochrony. Pozwala to uniknąć przesadnie rygorystycznego stosowania zasady *res iudicata*.
- Późne ujawnienie orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej nie może skutkować automatyczną negatywną oceną wiarygodności wnioskodawcy.

8 INFORMACJE O PAŃSTWIE POCHODZENIA

Informacje o państwie pochodzenia (IPP) pozwalają osobom podejmującym decyzje w sprawach azylowych rozważyć obawy przedstawiane przez wnioskodawców w kontekście przestrzegania praw człowieka osób LGBTI w państwie pochodzenia. IPP są ważne na przykład, jeżeli wnioskodawca obawia się prześladowań czy ścigania ze strony państwa. IPP pozwalają wtedy ustalić, czy homoseksualizm, transseksualizm lub inne niedominujące orientacje seksualne czy tożsamości płciowe są penalizowane w państwie pochodzenia oraz jakie jest ogólne nastawienie władz do osób LGBTI. Prześladowań mogą też dopuszczać się podmioty niebędące państwami, takie jak krewni, współpracownicy, sąsiedzi, współuczniowie czy gangi. W takich (licznych) przypadkach kluczowe są informacje dotyczące prześladowań dokonywanych przez podmioty inne niż państwo oraz dostępności i skuteczności ochrony ze strony państwa. Obiektywne i rzetelne IPP są istotne także dla uzasadnienia, że wnioskodawca może znaleźć ochronę w innej części państwa pochodzenia (więcej informacji na ten temat znajduje się w Rozdziale 5). W takich przypadkach IPP dotyczyć powinny sytuacji prawnej i społecznej osób LGBTI oraz ogólnej sytuacji w różnych częściach kraju.²⁴⁶

W 2004 r. kobieta transseksualna pochodząca z Rumunii wniosła odwołanie do sądu w **Holandii**. Odnosząc się do doświadczeń wnioskodawczynie urząd imigracji i naturalizacji (IND) orzekł, że z braku informacji na temat sytuacji osób transseksualnych w Rumunii wnioskować trzeba, że grupa ta nie natyka się na szczególne problemy. Sąd jednak nie godził się z taką interpretacją. Raport Human Rights Watch z 2002 r. informował bowiem, że policja rumuńska często stosowała przemoc i napastowanie wobec gejów i lesbijek. Zdaniem sądu nie było powodu, aby przypuszczać, że sytuacja osób transseksualnych jest lepsza.²⁴⁷

8.1 STANDARDY MIĘDZYNARODOWE I EUROPEJSKIE

Dyrektywa Kwalifikacyjna stanowi, że ocena wniosku powinna uwzględniać „wszystkie odpowiednie fakty, odnoszące się do państwa pochodzenia w czasie podejmowania decyzji w sprawie wniosku, w tym również ustawy i rozporządzenia państwa pochodzenia oraz sposoby, w jaki są one wykonywane.”²⁴⁸ Dyrektywa

246 Zob. także: N. LaViolette, 'Independent Human Rights Documentation and Sexual Minorities: An Ongoing Challenge for the Canadian Refugee Determination Process', *International Journal of Human Rights* 2009-13, str. 437-76.

247 Rechtbank (sąd rejonowy) Amsterdam, 22 stycznia 2004 r., 02/94109.

248 Dyrektywa Rady 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osoby, które z innych względów

Proceduralna dodaje, że konieczne jest, aby „właściwy organ mógł otrzymywać precyzyjne i aktualne informacje z różnych źródeł, takich jak, w stosownych przypadkach, informacje z UNHCR, odnośnie ogólnej sytuacji panującej w krajach pochodzenia danych osób.”²⁴⁹

Parlament Europejski w 2011 r. przegłosował propozycję zmiany treści tej dyrektywy na następującą: „Państwa Członkowskie zapewniają (...), aby osoby rozpatrujące wnioski i podejmujące decyzje przeszkolone były przez ekspertów w zakresie szczególnych zagadnień takich jak kwestie medyczne, kulturowe, dotyczące dzieci, płci, wyznania oraz orientacji seksualnej, oraz mogły zwracać się po pomoc do ekspertów, kiedy będzie o konieczne.”²⁵⁰

Ponadto wytyczne UNHCR podkreślają, że istotne jest zrozumienie, że „w przypadku wniosków odnoszących się do płci materiały dowodowe zazwyczaj używane w innych typach spraw mogą nie być łatwo dostępne. Możliwe jest, że nie istnieją dane statystyczne czy raporty dotyczące przemocy seksualnej – czy to z powodu niezgłaszania władzom taki spraw, czy też dlatego, że nie są one ścigane. Pomocne mogą okazać się innego rodzaju dowody, w postaci na przykład pisemnych czy ustnych zeznań innych kobiet w podobnych sytuacji, lub informacje od organizacji pozarządowych i międzynarodowych lub innych prowadzących niezależne badania.”²⁵¹

8.2 PRAKTYKA W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH

Kwestionariusz, który zastosowaliśmy w badaniu zawierał pytania dotyczące IPP oraz sposobu radzenia sobie przez poszczególne Państwa Członkowskie z niedostępnością pewnych typów informacji.

8.2.1 BRAK IPP DOTYCZĄCYCH SYTUACJI OSÓB LGBTI

Istnieją przykłady decyzji podjętych w oparciu o brak konkretnych informacji dotyczących sytuacji osób LGBTI w państwie pochodzenia. Najczęściej brak informacji interpretowany jest jako brak zagrożenia dla osób LGBTI. Oto kilka przykładów.

potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony, Artykuł 4(3)(a).

249 Dyrektywa Rady 2005/85/WE z dnia 1 grudnia 2005 r. w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w Państwach Członkowskich, Artykuł 8(2)(b).

250 Uchwała Parlamentu Europejskiego z 6 kwietnia 2011 r., A7-0085/2011 (poprawka Artykułu 9(3)(d)). Jednak ostateczna proponowana wersja nowelizacji nie obejmuje tego zapisu. COM (2011) 319 final, Bruksela, 1 czerwca 2011 r., Artykuł 10(3)(d). Odmowa włączenia tego zapisu nie została wyjaśniona przez Komisję, COM (2011) 319 final ANNEX, Bruksela, 1 czerwca 2011 r.

251 UNHCR, publikacja: 2002 Guidelines on International Protection No. 1: Gender-Related Persecution Within the Context of Artykuł 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees, para. 37.

INFORMACJE O PAŃSTWIE POCHODZENIA

Dwóch gejów z Wietnamu wniosło o azyl w Rumunii. Powołali się na prześladowania homoseksualistów prowadzone przez komunistyczne władze oraz na politykę anti-gejowską rządu. Jednak wydział d/s informacji i analiz rumuńskiego Urzędu Imigracyjnego (BITO) na podstawie stron internetowych stowarzyszenia ILGA oraz publikacji gejowskiej *Gay Times* ustalił, że nie występują tam informacje dotyczące sankcji karnych za zachowania seksualne z osobą tej samej płci w Wietnamie. W decyzji zacytowano raport amerykańskiego Departamentu Stanu: „Wiedza o homoseksualizmie w społeczeństwie jest niewielka. Nie ma wielu dowodów na dyskryminację ze względu na orientację seksualną.” Wniosek zawarty w decyzji brzmi następująco: „Wnioskodawca twierdzi, że osoby homoseksualne są w Wietnamie prześladowane przez policję. Jednak wg danych ze strony Globalgayz.com (dostęp w styczniu 2009 r.) policja zasadniczo nie interesuje się gejami, przynajmniej nie w Sajgonie. Dostępne źródła nie zawierają innych informacji na temat traktowania gejów przez wietnamską policję.” Oba wnioski odrzucono.²⁵²

W **Hiszpanii** brak informacji interpretowany jest przez organy azylowe jako brak problemu. Na przykład sąd krajowy, mimo uznania, że kodeks karny Algierii penalizuje homoseksualizm, uznał, że prześladowania nie występują, ponieważ „żadne ze źródeł nie informuje, aby ktokolwiek został skazany w Algierii z tego powodu.”²⁵³ Natomiast w sprawie geja z Kuby ten sam sąd argumentował, że urząd azylowy przedstawił dokument pochodzący z internetu na dowód, że prześladowania na Kubie nie mają miejsca – jednak źródło danych określono jedynie jako „internet”.²⁵⁴

W **Niemczech** brak informacji o prześladowaniach skutkuje czasem wnioskiem, że istnieje pewna tolerancja wobec społeczności gejowsko-lesbijskiej w niektórych państwach pochodzenia, zwłaszcza w Afryce Północnej.

W sprawie geja ze Sierra Leone rozpatrywanej we **Włoszech** w pierwszej instancji zapadła decyzja negatywna, uzasadniona tak, że „okoliczności nie stanowią prześladowania także dlatego, że nie ma informacji na temat homoseksualistów w Sierra Leone.”²⁵⁵

Kolejne cztery przykłady dotyczą braku IPP dotyczących osób transseksualnych.

252 Decyzje Rumuńskiego Urzędu Imigracyjnego datowane na luty 2010 r. i czerwiec 2010 r.

253 Audiencia Nacional (sąd krajowy) 7 listopada 2008 r., rec. n° 1563/2007.

254 Audiencia Nacional (sąd krajowy) 20 maja 2005 r., rec. n° 414/2003.

255 Decyzja wydana przez Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Milano, lipiec 2007 r. Wnioskodawcy przyznano jednak ochronę z przyczyn humanitarnych; szczegółów nie udało nam się ustalić.

W **Czechach** najwyższy sąd administracyjny uznał, że nie ma różnicy między homoseksualizmem a transseksualizmem w kontekście sprawy dotyczącej wnioskodawcy z Ukrainy. Sąd oparł swoje orzeczenie na IPP, gdzie napisano, w społeczeństwie ukraińskie jest tolerancyjne wobec homoseksualizmu. Można zatem rozsądnie wnioskować, że jest ono również tolerancyjne wobec transseksualizmu.²⁵⁶

W **Hiszpanii** prześladowania przez podmioty niebędące państwem klasyfikuje się zazwyczaj jako 'dyskryminacja', co prowadzi do wydania decyzji odmownej. Przykład stanowi sprawa transseksualnej kobiety z Nikaragui. Doświadcziała ona dyskryminacji w dziedzinie edukacji, opieki zdrowotnej i zatrudnienia, była też dyskryminowana przez swoją rodzinę. Została prostytutką, co poskutkowało wykorzystywaniem jej przez klientów i przez policję. Władze nie zapewniały jej żadnej ochrony. Jednak urząd azylowy uznał to za dyskryminację, a nie za prześladowanie, a sąd krajowy zgodził się z tą oceną, podkreślając, że nie ma dowodów na prześladowanie, oraz że „w Nikaragui nie ma prześladowań ani dyskryminacji ze względu na orientację seksualną czy tożsamość płciową.”²⁵⁷

W **Szwecji** odmówiono azylu transseksualistom z Iranu, ponieważ w Iranie możliwe jest poddanie się operacji zmiany płci. Jednak sytuacja osób transseksualnych wydaje się znacznie bardziej złożona. Jak napisano w raporcie *Unknown people*, osoby łamiące normy płciowe w Iranie mają do wyboru tylko życie jako przestępcy lub poddanie się operacji zmiany płci.²⁵⁸

W **Wielkiej Brytanii** odnotowano dwa przykłady wniosków azylowych od osób transseksualnych. Sąd odwoławczy w wyroku w sprawie Rahimi w 2006 r. posłużył się takim samym błędnym rozumowaniem, jakiego użyto w przypadku szwedzkim:

„Czyny homoseksualne są ewidentnie uważane za przestępstwa, jednak nie ma powodów, by uważać, że osoby o orientacji homoseksualnej są w związku z tym źle traktowane czy też

256 Najwyższy sąd administracyjny Czech, 14 listopada 2007 r., No. 6 Azs 102/2007. Sądy w Czechach zazwyczaj nie rozróżniają poszczególnych grup określanych łącznie jako LGBTI, posługując się zazwyczaj określeniem „geje” w odniesieniu do wszelkich osób LGBTI. W dwóch przypadkach osób biseksualnych sąd posługiwał się określeniami „homoseksualny” i „biseksualny” zamiennie (zob.: decyzja z 25 listopada 2008 r., 9 Azs 79/2008; z 1 kwietnia 2009 r. 2 Azs 5/2009). Podobnie rzecz się ma w sprawach dotyczących lesbijek, gdzie sąd zazwyczaj używa określenia „orientacja homoseksualna” obejmującego zarówno gejów, jak i lesbijki (zob.: decyzja z 2 sierpnia 2006 r. 3 Azs 268/2005 dot. lesbijek w Armenii).

257 Audiencia Nacional (sąd krajowy) 13 maja 2010, rec. n° 296/2009.

258 Elina Grandin and Anna-Maria Sörberg, *Unknown people, The vulnerability of sexual and gender identity minorities and the Swedish Migration Board's country of origin information system* ('Okänt folk, Om förståelse av genusproblematiker och utsatthet på grunden sexuell läggning och könsidentitet i Migrationsverkets landinformation'), Migrationsverket, styczeń 2010.

prześladowane. Sytuacja osób transseksualnych wydaje się być podobna. Państwo uznaje istnienie transseksualizmu i zapewni odpowiednią opiekę medyczną tym, którzy decydują się z niej skorzystać. Nie ma raczej dowodów na to, że samo bycie transseksualistą w Iranie naraża kogoś na poważnie złe traktowanie czy prześladowanie.²⁵⁹

Sąd apelacyjny w 2007 r. zajął odmienne stanowisko. Dopuszczył on odwołanie kobiety transseksualnej (błędnie określanej w dokumentach jako „on”) i odesłał sprawę do ponownego rozpoznania, ponieważ prawnicy wnioskodawczynie „wykazali, że możliwy jest dostęp do obiektywnych informacji dowodzących, że zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy osoby transseksualne w Iranie mogą być prześladowane i dręczone m.in. przez policję.”²⁶⁰

8.2.1.1 DOBRA PRAKTYKA

W niektórych przypadkach sądy przyjmują, że brak informacji nie jest wystarczającym powodem odrzucenia wniosku.

W **Austrii** rozpatrywano kilka spraw gejów z Gambii, co do której informacje dotyczące sytuacji homoseksualistów nie były dostępne. Federalny urząd azylowy wydał z tego powodu decyzję negatywną, jednak sąd azylowy uchylił ją i nakazał przeprowadzenie szczegółowego badania sytuacji homoseksualistów w Gambii.²⁶¹

W Holandii zestaw informacji dotyczących Azerbejdżanu w 2004 r. zawierał zapis: „Transseksualizm jest tematem tabu w społeczeństwie Azerbejdżanu. Nie jest w związku z tym możliwe zdobycie informacji dotyczących sytuacji transseksualistów w tym kraju.” Na tej podstawie Urząd Imigracji i Naturalizacji uznał, że brak jest w ogóle danych dotyczących sytuacji tej grupy, jednak zważywszy na użyte sformułowanie, możliwe jest, że sytuacja ta nie jest dobra. Wnioskodawcy nadano status uchodźcy.²⁶²

W **Wielkiej Brytanii** od października 2010 r. wytyczne azylowe zawierają zapis: „Należy zauważyć, że dowody dotyczące złego traktowania lesbijek w danym kraju mogą nie być dostępne. Jeżeli są powody, by uważać, że geje są w tym kraju prześladowani, to lesbijki, jako podoba grupa nie spełniająca zwyczajowej normy płciowej, także mogą być zagrożone.”²⁶³

259 Sprawa: Rahimi v Secretary of State for the Home Department [2006] EWCA Civ 267, para 8, 15 lutego 2006 r.

260 Sprawa: AK (Iran) v Secretary of State for the Home Department [2007] EWCA Civ. 941, 8 lipca 2008 r., para 28; dopuszczono odwołanie i odesłano sprawę do Asylum and Immigration Tribunal do ponownego rozpatrzenia.

261 Asylgerichtshof (sąd azylowy) 9 czerwca 2010 r., A2 405.597-2/2010; 22 października 2009 r., A2 409.086-1/2009; 14 września 2009 r., A2 408.439-1/2009.

262 Rechtbank (sąd rejonowy) Roermond, 4 listopada 2005 r., nr 02/20771.

263 Publikacja: UK Home Office, Asylum Instruction on *Sexual Orientation issues in the asylum claim*, str. 12 (6 października 2010 r., poprawki 13 czerwca 2011 r.).

W niektórych państwach podaje się IPP dotyczące konkretnie osób LGBTI.

W **Wielkiej Brytanii** od 2005 r. wszystkie zestawy IPP zawierają część dotyczącą zagrożeń dla osób LGBTI. Dane te stosowane są w tzw. Operational Guidance Notes jako podstawa decyzji azylowych dotyczących wniosków osób LGBTI z tych państw.

Od 2001 r. stosowny trybunał (obecnie Upper Tribunal, Immigration and Asylum Chamber) decyduje w precedensowych sprawach, tzw. *Country Guidance cases*.²⁶⁴ Obecnie lista takich spraw zawiera, w odniesieniu do wniosków lesbijek, gejów i osób biseksualnych, następujące państwa: Afganistan (geje),²⁶⁵ Albania (lesbijki),²⁶⁶ Erytrea (geje),²⁶⁷ Iran (geje),²⁶⁸ Jamajka (geje)²⁶⁹ i lesbijki²⁷⁰), Kenia (geje),²⁷¹ Macedonia (geje),²⁷² Serbia i Czarnogóra (Kosowo) (geje),²⁷³ Turcja

264 *Country Guidance cases* to sprawy, podczas których specjaliści Trybunału rozważają dowody dotyczące konkretnego państwa w celu oszacowania ryzyka tam występującego. Ich ocena jest wiążąca dla innych instytucji, chyba że pojawią się nowe dowody podważające ustalenia Trybunału. Lista spraw aktualna na 1 sierpnia 2011 r.: <<http://www.judiciary.gov.uk/Resources/JCO/Documents/Tribunals/tribunals-country-guidance-list-updated-130711.pdf>>

265 Sprawa: AJ (zagrożenia dla osób homoseksualnych) Afganistan [2009] UKAIT 00001 (rozpatrzone pozytywnie odwołanie geja, co do którego ustalono, że jego partner oraz rodzina zostali zabici przez Talibów, ponieważ wiedzieli, że wnioskodawca jest gejem, a wiadomość o tym przedostałaby się do Kabulu, gdyby miał się tam przenieść, zatem przesiedlenie i dyskrecja nie stanowiły dla niego ochrony).

266 Sprawa: MK (Lesbijki) Albania CG [2009] UKAIT 00036 (rozpatrzone negatywnie odwołanie lesbijki z Albanii, ponieważ IPP nie wykazało niebezpieczeństwa; wnioskodawczynie obecnie ubiega się na zezwolenie na apelację).

267 Sprawa: YF (Ryzyko – Bezpaństwowcy – Osoby homoseksualne – Nielegalność) Erytrea CG [2003] UKAIT 00177 (wnioskodawca nie zwrócił uwagi władz przed opuszczeniem państwa pochodzenia, stan ten mógł zatem trwać po powrocie; sprzeczne informacje o prześladowaniach i ściganiu gejów).

268 Sprawa: RM and BB (Osoby homoseksualne) Iran CG [2005] UKAIT 00117 (geje, którzy zwrócili na siebie uwagę władz, będą narażeni na areszt i ściganie po powrocie).

269 Sprawa: DW (Mężczyźni homoseksualni – Prześladowania – Wystarczająca ochrona) Jamajka CG [2005] UKAIT 00168 (odwołanie geja, który cierpiał prześladowania w przeszłości; Sekretarz Stanu przyznał, że władze krajowe nie zapewnią skutecznej ochrony).

270 Sprawa: SW (Lesbijki – zastosowano rozumowanie ze sprawy HJ/HT) Jamajka CG [2011] UKUT 00251. Lesbijki (zarówno osoby nimi będące, jak i postrzegane jako lesbijki) poddawane są „gwałtom leczniczym” i mordowane, a celem uniknięcia prześladowań muszą przedstawić narrację heteroseksualną, tj. partnerstwo lub małżeństwo i rodzicielstwo.

271 Sprawa: JMS (Osoby homoseksualne – Zachowanie – Prześladowania) Kenia CG [2001] UKAIT 00007 (Uznano, że wnioskodawca był zatrzymywany i źle traktowany w przeszłości; osoby homoseksualne zachowujące dyskrecję nie są narażone na ściganie ani prześladowanie).

272 Sprawa: MS (Ryzyko – Osoby homoseksualne – Służba wojskowa) Macedonia CG [2002] UKAIT 03308 (Prawo karne nie zakazuje gejom podejmowania czynności seksualnych; nakaz opuszczenia kraju nie jest niedopuszczalny mimo rocznego „zarejestrowanego” związku z obywatelem Wielkiej Brytanii. Odwołanie rozpatrzone jednak pozytywnie na mocy Artykułu 3 EKPCz – kara pozbawienia wolności na 1 rok, jaka zostałaby wymierzona za unikanie służby wojskowej, narusza Artykuł 3 EKPCz).

273 Sprawa: YK and RL (Kosowo – zagrożenia dla osób homoseksualnych) Serbia i Czarnogóra CG [2005] UKAIT 00005 (brak informacji o prześladowaniach nawet ze strony organizacji działających na rzecz lesbijek i gejów).

INFORMACJE O PAŃSTWIE POCHODZENIA

(geje),²⁷⁴ Uganda (geje),²⁷⁵ Ukraina (geje).²⁷⁶

W 2006 r. w Minister d/s Imigracji Holandii powiedział: „Minister Spraw Zagranicznych postara się zbadać, na ile władze oferują ochronę przed prześladowaniem ze strony podmiotów niepaństwowych osobom homoseksualnym w krajach penalizujących homoseksualizm, czy też tych, gdzie w praktyce mają osoby te są karane i dyskryminowane.”²⁷⁷ Jednak do dziś IPP stosowane w Holandii zawierają bardzo niewiele danych na temat sytuacji lesbijek, gejów, osób biseksualnych i transseksualnych. Żaden z zestawów IPP nie zawiera sformułowań w rodzaju: „władze państwowe zazwyczaj są chętne i są w stanie udzielić ochrony osobom LGBT”. Jeśli informacje o tych kwestiach są podawane, to najczęściej dotyczą one trudności w dostępie do ochrony, jak np. w zestawach na temat Armenii,²⁷⁸ Gruzji²⁷⁹ czy Turcji.²⁸⁰

Znaleźliśmy także przykłady współpracy organów azylowych z organizacjami pozarządowymi działającymi na rzecz osób LGBT.

W Wielkiej Brytanii organizacja pozarządowa o nazwie UK Lesbian & Gay Immigration Group stale współpracuje z osobami decyzyjnymi w zakresie IPP w celu umieszczenia w zestawach informacyjnych stosownych danych dotyczących sytuacji osób LGBTI.

274 Sprawa: MS (Ryzyko – Osoby homoseksualne) Turcja CG [2002] UKIAT 05654 (wnioskodawca może podlegać dyskryminacji po powrocie, jednak nie doprowadzi do prześladowań; doznany poprzednio gwałt popełniony przez funkcjonariuszy policji nie powoduje, że występuje konkretne ryzyko ponownej takiej sytuacji w przyszłości).

275 Sprawa: JM (Osoby homoseksualne: Ryzyko) Uganda CG [2008] UKAIT 00065 (brak dowodów na aresztowania i prześladowania gejów, wnioskodawca będzie zachowywał się tak, by nie łamać przepisów – podejście utrzymane w mocy przez Court of Appeal w sprawie: JM (Uganda) v Secretary of State for the Home Department [2009] EWCA Civ. 1432, jednak wyróżnione przez sąd administracyjny w sprawie: R v Secretary of State for the Home Department [2010] EWHC 338 (Admin)); trybunał jest obecnie na etapie wyłaniania kolejnej sprawy typu *country guidance* w celu przeanalizowania obecnego ryzyka w Ugandzie.

276 Sprawa: UK (Ryzyko – Osoby homoseksualne) Ukraina CG [2003] UKIAT 00005 (brak ryzyka dla osób homoseksualnych w miastach, jeżeli nie „obnoszą się” (sic)).

277 Odpowiedzi Ministra Verdonk z 28 listopada 2006 r. na interpelację parlamentarzystów, Lambrechts, 3 października 2006 r. (Aanhangsel Handelingen II, 2006/07 nr 394).

278 Holandia, IPP - Armenia (sierpień 2010 r.): Osoby homoseksualne zwracające się do policji po ochronę i wsparcie nie mają gwarancji, że je otrzymają, toteż zgłaszanie się na policję jest rzadkością. Osoby homoseksualne są często bezbronni w kontakcie z policją, ponieważ istnieje niebezpieczeństwo, że funkcjonariusze wykorzystają sytuację (szantaż – wyłudzenie), grożąc im publicznym ujawnieniem. W przeszłości zdarzały się przypadki funkcjonariuszy policji specjalnie udających się w miejsca spotkań gejów w celu szantażowania ich.

279 Holandia, IPP – Gruzja (grudzień 2009 r.): Nie ma niebezpieczeństwa, że osoba transseksualna zgłaszająca się na policję po ochronę będzie ścigana za sam fakt transseksualizmu.

280 Holandia, IPP - Turcja (wrzesień 2010 r.): Prawo i władze w Turcji nie zapewniają wystarczającej ochrony osobom LGBT; osoby te zasadniczo nie mają odwagi zwracać się o ochronę. Wiele osób LGBT nie ufa policji z powodu istniejących w społeczeństwie uprzedzeń. Jeśli osoby LGBT zgłaszają przypadki dyskryminacji i groźby władzom, zazwyczaj są one ignorowane.

Z inicjatywy organizacji pozarządowej o nazwie WISH (grupy roboczej solidarności międzynarodowej z osobami LGBT) Biuro Komisarza Generalnego d/s Uchodźców i Bezpieństwoców²⁸¹ w Belgii podjęło współpracę z aktywistami LGBT z wybranych krajów afrykańskich w celu wymiany informacji o szczególnych aspektach sytuacji w tych krajach.

8.2.2 STOSOWANIE IPP

Jeżeli IPP są dostępne, to sprawą ogromnej wagi jest ich właściwe wykorzystywanie. Jak wspomnieliśmy powyżej, brak informacji na temat sytuacji osób LGBTI nie może automatycznie być interpretowany jako brak poważnych zagrożeń dla tych osób w państwie pochodzenia. Co więcej, informacje odnoszące się konkretnie do gejów nie mogą być rozumiane tak, jakby dotyczyły również lesbijek oraz osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych.²⁸²

Inną kwestią wymagającą poruszenia jest tendencja do stosowania informacji wybiórczo lub interpretowanie wybranych danych jako wskazań, że sytuacja wyklucza zagrożenie.

W rozpatrywanej na **Litwie** sprawie wnioskodawcy z Kazachstanu Departament Migracji oparł swoją negatywną decyzję na wybiórczej interpretacji IPP. Zignorowano informacje o dyskryminacji gejów w Kazachstanie, o prześladowaniu gejów w miejscach pracy i instytucjach edukacyjnych, czy też o tym, że nie dopuszcza się tam do rejestracji organizacji gejowskich, a policja nie chroni praw gejów.

W sprawach dotyczących gejów z Iranu decyzje odmowne często powołują się na irański kodeks karny, jak np. w cytowanej decyzji wydanej na Cyprze w 2009 r.: „Zgodnie z prawem irańskim, aby udowodnić wystąpienie przestępstwa natury seksualnej konieczne jest posiadanie czterech naocznych świadków obecnych podczas dokonywania czynu, czyn musi zostać dokonany w przestrzeni publicznej oraz musi stanowić obrazę moralności.” Taka argumentacja pomija fakt, że zgodnie z prawem Iranu dowód w procesie stanowić może również wiedza samego sędziego w prawie szariat.

Wydana w **Irlandii** decyzja odmowna w postępowaniu odwoławczym w sprawie geja z Kenii uzasadniona była za pomocą IPP w taki sposób: „Artykuł ze strony internetowej ‘Behind the Mask’

281 Commissariat Général aux Réfugiés et aux Apatrides (CGRA)/Commissariaat Generaal voor de Vluchtelingen en de Staatlozen (CGVS).

282 Jak wspomniano powyżej, jeżeli dostępne są wyłącznie informacje o sytuacji gejów, i jeżeli wynika z nich, że sytuacja ta jest problematyczna, to w braku innych danych na temat sytuacji lesbijek, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych trzeba zakładać, że i ona jest problematyczna. Nie chodzi o to, by nie używać informacji o jednej podgrupie przy rozpatrywaniu wniosków członków innej podgrupy, ale o to, by nie podporządkowywać wszystkich podgrup pod sytuację gejów (co często czynione jest nieświadomie).

wspomina, że powstała niedawno organizacja Minority Women in Action (MWIA), której celem jest walka o prawa lesbijek i innych kobiet z mniejszości i kobiet marginalizowanych w Kenii. Organizacja ta chce stać się 'bezpiecznym schronieniem dla wielu lesbijek', które w Kenii dyskryminowane są ze względu na swoją orientację seksualną." Istotność tej informacji w odniesieniu do wnioskodawcy (mężczyzny) nie była wyjaśniona.²⁸³

W **Hiszpanii** prawo po nowelizacji stanowi, że decyzje w sprawach osób LGBTI muszą uwzględniać „okoliczności przeważające w państwie pochodzenia.” Jednak osoby podejmujące decyzje często nie uwzględniają IPP, a sąd przyznaje pierwszeństwo IPP kompilowanym przez urząd azylowy w stosunku do informacji pochodzących od samych wnioskodawców czy też od organizacji pozarządowych. Sąd krajowy odrzucił na przykład IPP wnioskodawcy, ponieważ „wzmiankuje o ogólnej atmosferze nietolerancji i represji w Algierii w stosunku od osób o odmiennej orientacji seksualnej, a nie o samym wnioskodawcy.”²⁸⁴ W niektórych decyzjach sąd ten uznawał jednak ogólnego rodzaju informacje, którymi posługuje się rząd, choć nie podano dokładnego źródła tych danych, oraz nie zwracając uwagi na fakt, że także i te dane były natury ogólnej i nie dotyczyły konkretnie osoby wnioskodawcy.

Konieczne są rzetelne informacje nie tylko na temat penalizacji homoseksualizmu, ale i na temat sytuacji w krajach, które niedawno homoseksualizm zdepenalizowały. Wydaje się, że organy azylowe nie zawsze zdają sobie sprawę z tego, że sama depenalizacja nie oznacza końca prześladowań ze strony policji i ze strony społeczności.

W Hiszpanii na przykład urząd azylowy zaczął, aż kodeks karny znówelizowano, usuwając z niego zapisy penalizujące, po czym odrzucił wszystkie wnioski osób pochodzących z Nikaragui. Mimo jednak wprowadzonej zmiany prawnej sytuacja osób LGBTI w Nikaragui nie uległa poprawie, a homofobia i dyskryminacja są tak samo silne, jak były przedtem.

W **Danii** zaraz po depenalizacji homoseksualizmu w Rosji w połowie lat dziewięćdziesiątych dwudziestego wieku odrzucano wnioski osób LGBTI z tego obszaru, chociaż były liczne dowody na dyskryminację i napaści na osoby LGBTI ze strony podmiotów niepaństwowych, którym towarzyszył brak ochrony ze strony władz.

8.2.2.1 DOBRA PRAKTYKA

Sekretarz stanu w Holandii w 2003 r. wyraził opinię, że w Erewaniu w Armenii istnieją miejsca spotkań dla osób homoseksualnych, co sprawia, że miasto to zapewnia dobrą ochronę alternatywną

283 Refugee Appeals Tribunal, 2010 r.

284 Audiencia Nacional (sąd krajowy) 10 grudnia 2008 r., rec. n° 1592/2007.

dwóm wnioskodawczyniom lesbijkom. Jednak sąd nie zgodził się z tym poglądem i uznał, że nie jest to wystarczająca wskazówka, aby uważać, że ochrona jest tam dostępna dla lesbijek.²⁸⁵

W **Norwegii** odnotowano kilka przykładów nadania wnioskodawcom statusu uchodźcy, ponieważ nie było możliwości uzyskania pewnych informacji dotyczących sytuacji osób LGBTI w państwie pochodzenia (zwłaszcza w odniesieniu do północnego Iraku oraz Iranu).

8.3 WNIOSKI

Odnotowano wiele przykładów wskazujących na poważne braki w IPP w zakresie przestrzegania praw człowieka osób LGBTI w większości państw, z których pochodzą wnioskodawcy. Te informacje, które są dostępne, dotyczą w większości gejów. Bardzo niewiele jest danych dotyczących lesbijek i osób transseksualnych, a informacje na temat osób biseksualnych i interseksualnych praktycznie w ogóle nie istnieją. Jeśli organy azylowe mają „uwzględnić wszystkie istotne faktów odnoszące się do państwa pochodzenia”²⁸⁶ i otrzymywać „precyzyjne i aktualne informacje”²⁸⁷ dotyczące sytuacji osób LGBTI w państwach pochodzenia, konieczne jest podjęcie wysiłków w zmierzających do uzyskania rzetelnych IPP. Należy kompilować dane na temat państw, z których zazwyczaj pochodzą wnioskodawcy, zbierane z różnych źródeł: od organizacji wspierających stosowanie praw człowieka (w tym organizacji osób LGBTI), agend OZN, pracowników placówek dyplomatycznych Państw Członkowskich oraz innych źródeł.²⁸⁸ Europejski Trybunał Praw Człowieka stworzył wytyczne dotyczące prowadzenia oceny informacji pochodzących z wielu źródeł, podkreślając, że dane pochodzące z placówek dyplomatycznych obciążone są z konieczności pewną niedoskonałością.²⁸⁹ Jednym z podstawowych zadań Europejskiego Urzędu Wsparcia ds. Polityki Azylowej jest zbieranie IPP. Urząd ten powinien potraktować priorytetowo zbieranie informacji szczególnie trudnych do zdobycia przez poszczególne Państwa Członkowskie.

Brak IPP dotyczących sytuacji lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych w danym państwie lub niewielka dostępność takich informacji nie powinny być interpretowane jako oznaka braku naruszeń praw człowieka osób LGBTI w tym państwie.

285 Rechtbank (sąd rejonowy) Groningen, 18 marca 2003 r., 02/43135, 02/43145.

286 Artykuł 4(3) Dyrektywy Kwalifikacyjnej, j.w.

287 Artykuł 8(2) Dyrektywy Proceduralnej, j.w.

288 UNHCR, publikacja: Guidelines on International Protection: Gender-Related Persecution within the context of Artykuł 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 7 maja 2002 r., par. 37.

289 Europejski Trybunał Praw Człowieka 17 lipca 2008 r., sprawa: NA v the United Kingdom, 25904/07, para. 118-122.

ZALECENIA

Istotne informacje o państwie pochodzenia

- Zgodnie z Artykułem 4(3)(a) Dyrektywy Kwalifikacyjnej, informacje istotne dla sytuacji lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych powinny być gromadzone i rozpowszechniane w odniesieniu do wszystkich państw pochodzenia.
- Informacje o państwie pochodzenia muszą opierać się na raportach organizacji wspierających ochronę praw człowieka i agend ONZ, z uzupełnieniem przez informacje pochodzące z placówek dyplomatycznych Państw Członkowskich oraz od organizacji działających na rzecz lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych, o ile takowe istnieją. Dodatkowo informacje powinny być uzupełniane przez dane pozyskiwane ze źródeł alternatywnych, takich jak zeznania (pisemne i ustne) innych lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych, które mają podobne doświadczenia życiowe, oraz badania prowadzone przez organizacje pozarządowe i inne niezależne instytucje badawcze.
- Zgodnie z Artykułem 4(3)(a) Dyrektywy Kwalifikacyjnej informacje o państwie pochodzenia powinny wskazywać, czy w danym państwie penalizowana jest – w sposób bezpośredni lub pośredni – orientacja seksualna lub tożsamość płciowa.
- Zgodnie z Artykułem 4(3)(a) Dyrektywy Kwalifikacyjnej informacje o państwie pochodzenia powinny zawierać precyzyjne informacje o sytuacji lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych, a zwłaszcza następujące dane:
 - występowanie prześladowań ze strony państwa lub ze strony podmiotów niebędących państwem
 - homofobia i transfobia instytucji państwowych oraz policji, więziennictwa, szkolnictwa itp.
 - homofobia i transfobia w codziennym życiu (na ulicach, w miejscach pracy, szkołach, w zakresie mieszkalnictwa)
 - chęć i zdolność władz do zapewnienia skutecznej ochrony przeciwko przemocy motywowanej homofobicznie i transfobicznie; czy lesbijki, geje, osoby biseksualne, transseksualne i interseksualne mają dostęp do takiej ochrony

- dostępność skutecznej ochrony w różnych częściach kraju (pod kątem ewentualnego proponowania alternatywy ochrony wewnętrznej).
- Informacje o państwie pochodzenia powinny odnosić się bezpośrednio i konkretnie do sytuacji lesbijek, gejów, biseksualnych kobiet i mężczyzn, osób transseksualnych (mężczyzn, kobiet, transwestytów) i interseksualnych.

Właściwe stosowanie dostępnych informacji o państwie pochodzenia

- Jeżeli rzetelne informacje o sytuacji lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych w kontekście praw człowieka nie są dostępne lub jeżeli jest ich bardzo niewiele, nie powinno to być samo w sobie traktowane jako oznaka, że w danym państwie nie dochodzi do naruszeń praw człowieka wobec członków tych grup. Osoby podejmujące decyzje oraz orzekające w sądach powinny pamiętać, że przemoc na tle homofobicznym i transfobicznym w niektórych krajach często nie jest dokumentowana. W tym kontekście szczególnie istotne jest interpretowanie wątpliwości na korzyść wnioskodawcy.
- Mała dostępność informacji o egzekwowaniu przepisów penalizujących orientację seksualną czy tożsamość płciową nie powinna być traktowana jako oznaka tego, że egzekwowanie tych przepisów rzeczywiście nie ma miejsca.
- Osoby stosujące informacje dotyczące lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych nie powinny zakładać, że dane dotyczące jednej z tych grup przekładają się bezpośrednio na sytuację innej z nich, chyba że istnieją uzasadnione powody, aby tak uważać. Brak informacji o jednej z grup nie powinien być interpretowany jako brak zagrożenia dla członków innych grup.
- W odniesieniu do krajów penalizujących homoseksualizm męski, gdzie jednak prawo nie zawiera bezpośrednich wzmianek o lesbijkach, osobach biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych, należy zakładać, że lesbijki, osoby biseksualne, transseksualne i interseksualne także narażone są na prześladowania, chyba że ustalono, że tak nie jest.
- W odniesieniu do krajów penalizujących orientację seksualną, gdzie jednak prawo nie zawiera bezpośrednich wzmianek o tożsamości płciowej, należy zakładać, że osoby transseksualne i interseksualne także narażone są na prześladowania, chyba że ustalono, że tak nie jest.

9 PAŃSTWO PRZYJMUJĄCE

Przeprowadzone przez nas badanie koncentrowało się przede wszystkim na zagadnieniach statusu uchodźcy, ochrony uzupełniającej oraz procedury azylowej. Mniej uwagi poświęciliśmy problemom osób LGBTI w ośrodkach dla uchodźców, miejscach zakwaterowania oraz miejscach zatrzymania. W niniejszym rozdziale wskażemy więc tylko zarys problemów w tym zakresie. Chcemy jednak podkreślić, że z raportów krajowych wynika jasno, że napastowanie i przemoc na tle homofobicznym i transfobicznym skierowane przeciwko wnioskodawcom LGBTI stanowią poważny i powszechny problem. Sytuacja osób LGBTI w ośrodkach dla uchodźców oraz w miejscach zatrzymania powinna stać się przedmiotem dalszych dogłębnych, samodzielnych badań.

9.1 STANDARDY EUROPEJSKIE

Jeśli chodzi o zapobieganie przemocy w ośrodkach dla uchodźców i miejscach zakwaterowania, Artykuł 14(2)(b) dyrektywy ustanawiającej minimalne normy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o azyl w obecnym brzmieniu stanowi:

Państwa Członkowskie przywiązują szczególną wagę do zapobiegania napadom w lokalach i ośrodkach zakwaterowania (...).²⁹⁰

Proponowana przez Komisję Europejską nowelizacja tej dyrektywy wprowadza zapisy dotyczące w bardziej bezpośredni sposób płci i przemocy motywowanej płcią:

Artykuł 18 (3): "Państwa Członkowskie biorą pod uwagę kwestie szczególnie związane z wiekiem i płcią oraz z bezbronnością osób w odniesieniu do wnioskodawców umieszczanych w ośrodkach oraz miejscach zakwaterowania (...)."

Artykuł 18 (4): "Państwa Członkowskie podejmują stosowne kroki w celu zapobiegania napadom i przemocy motywowanej płcią, w tym przemocy seksualnej, w ośrodkach oraz miejscach zakwaterowania (...)."²⁹¹

Obecnie obowiązująca wersja dyrektywy zawiera zapisy dotyczące osób ze szczególnymi potrzebami, nazywanych także osobami wrażliwymi. Artykuł 17 (1) zawiera definicję takich osób:

²⁹⁰ Dyrektywa Rady 2003/9/WE z dnia 27 stycznia 2003 r. ustanawiająca minimalne normy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o azyl.
²⁹¹ Propozycja Komisji Europejskiej: Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council, laying down standards for the reception of asylum seekers (Recast) COM (2011)320, 2008/0244 (COD) 1 czerwca 2011 r.

"Państwa Członkowskie biorą pod uwagę szczególną sytuację osób wrażliwych, takich jak małoletni, małoletni pozbawieni opieki, osoby niepełnosprawne, osoby starsze, kobiety ciężarne, rodzice samotnie wychowujący małoletnie dzieci oraz osoby, które zostały poddane torturom, ofiary gwałtu lub innych poważnych form przemocy fizycznej, psychicznej lub seksualnej (...)"

Proponowana nowelizacja wprowadza nowy Artykuł 22 dotyczący identyfikacji szczególnych potrzeb osób wrażliwych:

"Państwa Członkowskie ustanawiają mechanizmy mające na celu rozpoznanie, czy wnioskodawca jest osobą wrażliwą, a jeśli tak, to czy ma on szczególne potrzeby w zakresie przyjmowania oraz jakiego rodzaju są to potrzeby. (...) Państwa Członkowskie zapewniają, że te szczególne potrzeby w zakresie przyjmowania zostaną zaspokojone zgodnie z przepisami niniejszej Dyrektywy, jeżeli przejawia się one na dalszym etapie procedury. Państwa Członkowskie zapewniają odpowiednie wsparcie dla osób o szczególnych potrzebach w zakresie przyjmowania w czasie trwania całej procedury azylowej oraz monitoring sytuacji takich osób."²⁹²

Nie uważamy, że wszyscy wnioskodawcy LGBTI są osobami wrażliwymi w rozumieniu dyrektywy. Jednak wielu spośród nich należy za takie osoby uważać ze względu na rodzaj prześladowań, które w przypadku osób LGBTI często przyjmują formę tortur, gwałtów, poważnej przemocy psychicznej, fizycznej i seksualnej, prowadząc do zaburzeń pourazowych. Osoby LGBTI mogą jednocześnie stać się obiektem dyskryminacji i stygmatyzacji w ośrodkach dla uchodźców, co także powoduje, że mają one szczególne potrzeby w zakresie przyjmowania.

Stowarzyszenie ILGA-Europe proponuje wpisanie w tekst nowelizowanych przepisów bezpośredniej wzmianki o orientacji seksualnej i tożsamości płciowej oraz o innych formach przemocy kierowanej przeciwko określonym grupom osób.²⁹³

²⁹² *ibidem*.

²⁹³ Proponowane brzmienie: Artykuł 18 (3): Państwa Członkowskie biorą pod uwagę płeć, orientację seksualną, tożsamość płciową oraz zagadnienia związane z wiekiem oraz sytuację osób bezbronnych (wrażliwych) w odniesieniu do wnioskodawców przebywających na terenie ośrodków i miejsc zakwaterowania wymienionych w punktach 1(a) i (b). Artykuł 18 (4): Państwa Członkowskie podejmują stosowne kroki w celu zapobiegania napadom i przemocy motywowanej pochodzeniem etnicznym, płcią, orientacją seksualną, tożsamością płciową, niepełnosprawnością, wyznaniem lub przekonaniami, lub wiekiem, w tym zapobiegania przemocy seksualnej, w ośrodkach oraz miejscach zakwaterowania wymienionych w punktach 1(a) and (b). ILGA Europe, Policy Paper: *The recast of the EU asylum Procedure and Reception Directives*, lipca 2011. http://www.ilga-europe.org/home/publications/policy_papers/the_recast_of_the_eu_asylum_procedure_and_reception_directives_lipca_2011.

9.2 PRAKTYKA W PAŃSTWACH CZŁONKOWSKICH

Z odpowiedzi ekspertów krajowych na pytania zawarte w kwestionariuszu wynika jasno, że ataki homofobiczne i transfobiczne skierowane przeciwko wnioskodawcom LGBTI występują w ośrodkach dla uchodźców, miejscach zakwaterowania i zatrzymania w większości Państw Członkowskich.

Często spotyka się wykluczenie społeczne, napastowanie słowne i fizyczne, a czasem nawet seksualne, zwłaszcza ze strony innych wnioskodawców, zwłaszcza pochodzących z tego samego państwa. W miejscach zatrzymania odnotowano także incydenty z udziałem strażników i funkcjonariuszy policji.

W niektórych państwach wnioskodawcy kierowani są do ośrodków położonych na terenach wiejskich, gdzie mieszkańcy nie są zbyt tolerancyjni wobec osób LGBTI i gdzie nie jest możliwe skontaktowanie się z organizacjami pozarządowymi działającymi na rzecz osób LGBTI, a mającymi siedziby w stolicy kraju (tak sytuacja wygląda np. w **Austrii i Irlandii**). W niektórych przypadkach wnioskodawcy LGBTI tak bardzo boją się innych osób w ośrodkach, że nie odważają się wyjawić swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej organom azylowym, co prowadzi do odmowy nadania im statusu uchodźcy czy też ochrony uzupełniającej z tego powodu. Rozwiązaniem może być umieszczanie gejów czy osób transseksualnych w pokojach jednoosobowych; dzięki temu mają oni spokojne i bezpieczne schronienie. W wielu państwach osoby podczas trwania procedury azylowej mogą znaleźć miejsce zamieszkania na własną rękę, często jednak jest to poza ich możliwościami finansowymi.

Niektóre państwa wprowadziły w życie procedury składania skarg w tym względzie, jednak nie są one skuteczne – częściowo dlatego, że wnioskodawcy LGBTI boją się ujawnić swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową.

W niektórych państwach osoby ubiegające się o ochronę międzynarodową umieszczane są w miejscach zatrzymania na pewien okres (jest tak w **Grecji**, na **Węgrzech** i na **Malcie**). Na Malcie wnioskodawcy mogą opuścić miejsce zatrzymania tylko, jeżeli procedura azylowa trwa dłużej, niż 12 miesięcy. W państwach tych sytuacja wnioskodawców LGBTI w miejscach zatrzymania jest szczególnie ryzykowna.

Odnotowano następujące dobre praktyki w tym względzie:

- W **Portugalii** osoby ubiegające się o ochronę międzynarodową po upływie pierwszych sześciu miesięcy otrzymują zasiłek

(identyczny jak obywatele portugalscy) oraz dodatek mieszkaniowy, co ma na celu wsparcie ich w znalezieniu prywatnego miejsca zakwaterowania. Osobom tym wolno także podjąć pracę. Jeżeli rynek mieszkaniowy nie jest skażony homofobią czy transfobią, pozwala to wnioskodawcom LGBTI mieszkać w miejscu, gdzie czują się bezpiecznie. Podobnie na **Cyprze** możliwe jest otrzymywanie wsparcia finansowego w celu znalezienia prywatnego miejsca zakwaterowania.

- W **Belgii i Francji** przeniesiony do innego ośrodka może zostać sprawca napastowania, a nie (jak bywa częściej) jego ofiara.
- We **Włoszech** w ośrodku deportacyjnym w Mediolanie wydzielono osobne pomieszczenia dla osób transseksualnych, co zwiększa ich bezpieczeństwo (przynajmniej w zakresie ochrony przed napastowaniem i przemocą).
- W **Finlandii** działa centrum przyjmowania uchodźców małoletnich i rodzin z dziećmi; odbywają się tam spotkania informacyjne dotyczące seksualności i jej różnorodności.
- W Szwecji organizacja o nazwie RFSL działająca na rzecz osób LGBT dystrybuuje w ośrodkach dla uchodźców ulotki informacyjne dotyczące prawa do uzyskania azylu z powodu orientacji seksualnej i tożsamości płciowej.
- W Belgii działa sieć ubiegających się o ochronę międzynarodową osób LGBT, która organizuje comiesięczne spotkania (Rainbows United i Oasis). Koszty podróży pokrywa rząd belgijski.

9.3 ZALECENIA

- Organy przyjmujące w Państwach Członkowskich powinny zwracać uwagę na szczególne potrzeby ubiegających się o ochronę międzynarodową lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych podczas przyjmowania oraz w miejscach zakwaterowania i zatrzymania; powinny też stworzyć stosowne procedury, wytyczne i programy szkoleniowe w celu zaspokojenia tych szczególnych potrzeb.
- Odnotowuje się wiele incydentów homofobicznych i transfobicznych w ośrodkach dla uchodźców i w miejscach zakwaterowania i zatrzymania. Z tej przyczyny podczas tworzenia nowelizacji dyrektywy o warunkach przyjmowania osób ubiegających się o azyl uwzględnić należy bezpośrednio szczególne potrzeby związane z orientacją seksualną i tożsamością płciową. Państwa Członkowskie powinny natomiast

zagwarantować zapobieganie napadom homofobicznym i transfobicznym w ośrodkach dla uchodźców oraz ochronę przed takimi napadami.

- Państwa Członkowskie muszą wdrożyć odpowiedni i skuteczny system składania i rozpatrywania skarg w celu rozwiązania problemu napastowania i przemocy skierowanej przeciwko lesbijkom, gejom, osobom biseksualnym, transseksualnym i interseksualnym w ośrodkach dla uchodźców, miejscach zakwaterowania i miejscach zatrzymania.
- Lesbijki, geje, osoby biseksualne, transseksualne i interseksualne muszą mieć możliwość zamieszkania w pokoju jednoosobowym lub zamieszkania w innym miejscu, jeżeli w pierwotnym miejscu zakwaterowania spotkali się z napastowaniem czy przemocą, lub też sprawca napastowania czy przemocy powinien być przemieszczony do innego miejsca zakwaterowania.
- Państwa Członkowskie powinny ułatwić organizacjom działającym na rzecz lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych pracę w ośrodkach dla uchodźców oraz miejscach zakwaterowania i zatrzymania.



ZALECENIA

W tej części zgromadzone zostały wszystkie zalecenie sformułowane w niniejszej pracy.

ZALECENIE OGÓLNE

W świetle Artykułu 3 Rozporządzenia 439/2010, powołującego do życia Europejski Urząd Wsparcia ds. Polityki Azylowej, Urząd ten powinien skoncentrować się na rozpoznaniu i zebraniu dobrych praktyk w zakresie rozpatrywania wniosków azylowych składanych przez lesbijki, gejów, osoby biseksualne, transseksualne i interseksualne.

PENALIZACJA

- Artykuł 4(3)(a) Dyrektywy Kwalifikacyjnej powinien być stosowany tak, aby na jego mocy uzyskiwali/uzyskiwały status lesbijki, geje, osoby biseksualne, transseksualne i interseksualne z państw, gdzie orientacja seksualna czy tożsamość płciowa są penalizowane lub też gdzie zapisy prawa karnego natury ogólnej stosuje się w celu ścigania osób ze względu na ich orientację seksualną czy tożsamość płciową.
- Państwa pochodzenia, które penalizują orientację seksualną czy tożsamość płciową nie mogą być uznawane za państwa pochodzenia 'bezpieczne' dla lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych.

OCHRONA ZAPEWNIANA PRZEZ PAŃSTWA Z UWAGI NA PRZEŚLADOWANIA ZE STRONY PODMIOTÓW NIEBĘDĄCYCH PAŃSTWAMI

- Artykuł 7 Dyrektywy Kwalifikacyjnej powinno się stosować w taki sposób, by wymóg zwrócenia się do władz krajowych po ochronę nie obowiązywał w stosunku do lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych, gdy podmioty potencjalnie mogące zapewnić tę ochronę są homofobiczne/transfobiczne.
- Artykuł 7 Dyrektywy Kwalifikacyjnej powinno się stosować w taki sposób, by wymóg zwrócenia się do władz krajowych po ochronę obowiązywał w stosunku do lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych tylko wtedy, jeżeli ustalono, że w normalnych warunkach istnieje możliwość zapewnienia przez te władze skutecznej i trwałej ochrony lesbijkom, gejom, osobom biseksualnym, transseksualnym i interseksualnym.
- Artykuł 7 Dyrektywy Kwalifikacyjnej powinno się stosować w taki sposób, by wymóg zwrócenia się do władz krajowych po ochronę nie obowiązywał w stosunku do lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych w przypadku,

jeżeli pochodzą oni z krajów penalizujących orientację seksualną czy tożsamość płciową.

- Artykuł 7 Dyrektywy Kwalifikacyjnej powinno się stosować w taki sposób, by wymóg zwrócenia się do władz krajowych po ochronę nie obowiązywał w stosunku do lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych, gdy podmioty potencjalnie mogące zapewnić tę ochronę są homofobiczne/transfobiczne.

WYMÓG DYSKRECCJI

- Jeśli chodzi o element definicji uchodźcy mówiący o 'uzasadnionej obawie', powinien on być w przypadku lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych interpretowany w sposób, który nie wymaga ani nie zakłada ukrywania orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej po powrocie do państwa pochodzenia w celu uniknięcia prześladowań.
- Jeśli chodzi o element definicji uchodźcy mówiący o 'prześladowaniu', powinien on być interpretowany w sposób zakładający, że nie jest konieczne uprzednie ujawnienie w państwie pochodzenia swojej orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej przez wnioskodawcę dla uznania, że istnieje szczególna grupa społeczna wyróżniająca się cechą orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej.

OCHRONA WEWNĘTRZNA

- Artykuł 8 Dyrektywy Kwalifikacyjnej powinien być stosowany w taki sposób, żeby uznać opcję ochrony wewnętrznej za niedostępną w przypadku lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych pochodzących z państw penalizujących orientację seksualną czy tożsamość płciową.
- We wszystkich pozostałych sprawach organy azylowe powinny przeprowadzić staranną ocenę sytuacji lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych w części terytorium proponowanej jako miejsce ochrony wewnętrznej. Ocena ta powinna odnosić się także do kwestii, czy w proponowanym obszarze jest możliwe swobodne życie jako lesbijka, gej, osoba biseksualna, transseksualna czy interseksualna oraz czy jest tam dostępna dla takich osób skuteczna ochrona ze strony państwa.
- Nie powinno się zakładać ani wymagać od wnioskodawców, że będą w celu uniknięcia prześladowań ukrywać swoją orientację seksualną czy tożsamość płciową w części terytorium, gdzie przeniosą się w ramach dążenia do uzyskania ochrony wewnętrznej.

ZALECENIA

OCENA WIARYGODNOŚCI

- Co do zasady, ustalenie orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej wnioskodawcy powinno następować w oparciu o oświadczenie wnioskodawcy w tej kwestii.
- Opinie biegłych i ekspertów w zakresie medycyny i psychiatrii nie są stosowną ani właściwą ustalania orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej wnioskodawcy.
- Osoby prowadzące przesłuchania oraz podejmujące decyzje azylowe, jak również pracownicy sądownictwa i osoby świadczące pomoc prawną muszą być w stanie rozpoznać istotne dla procedury azylowej kwestie związane z orientacją seksualną czy tożsamością płciową, w tym proces ujawniania tej orientacji czy tożsamości (coming out) oraz szczególne potrzeby lesbijek, gejów osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych. W tym celu należy odpowiednio je szkolić, zarówno podczas sesji szkoleniowych poświęconych konkretnie tym zagadnieniom, jak i podczas sesji stanowiących część ogólnego doskonalenia zawodowego.
- Sam fakt, że wnioskodawca nie zna organizacji czy miejsc spotkań społeczności LGBTI nie może być uważany za czynnik przesądający o tym, że rzekoma obawa wnioskodawcy przed prześladowaniami ze względu na orientację seksualną czy tożsamość płciową nie jest wiarygodna.
- Fakt, że wnioskodawca zawarł małżeństwo lub żyje w konkubinacie z osobą odmienną płci, ani też fakt, że wnioskodawca ma dzieci pochodzące z takiego związku, w żaden sposób nie powinien wykluczać uznania, że wnioskodawca jest lesbijką, gejem, osobą biseksualną, transseksualną czy interseksualną.
- Podczas przesłuchania (w rozumieniu Artykułu 12 Dyrektywy Proceduralnej) lesbijki, geje, osoby biseksualne, transseksualne i interseksualne powinny mieć możliwość przedstawić, jak rozwijała się ich orientacja seksualna czy tożsamość płciowa, podając także informacje o reakcji otoczenia, o ewentualnych problemach, napastowaniu, przemocy, uczuciach bycia odmieniec, poczuciu stygmatyzacji, obawy i wstydu.

PÓŹNE UJAWNIECIE INFORMACJI

- Przyczyny późnego ujawnienia informacji powinny być starannie rozważone, z uwzględnieniem wszelkich istotnych czynników wzmiankowanych przez wnioskodawców.
- Postulat „nowych elementów” zawarty w Artykule 32(3)

Dyrektywy Proceduralnej nie powinien być interpretowany w sposób rygorystycznie formalny, lecz przeciwnie w sposób nastawiony na zapewnienie ochrony. Pozwala to uniknąć przesadnie rygorystycznego stosowania zasady *res iudicata*.

- Późne ujawnienie orientacji seksualnej czy tożsamości płciowej nie może skutkować automatyczną negatywną oceną wiarygodności wnioskodawcy.

INFORMACJE O PAŃSTWIE POCHODZENIA

Istotne informacje o państwie pochodzenia

- Zgodnie z Artykułem 4(3)(a) Dyrektywy Kwalifikacyjnej, informacje istotne dla sytuacji lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych powinny być gromadzone i rozpowszechniane w odniesieniu do wszystkich państw pochodzenia.
- Informacje o państwie pochodzenia muszą opierać się na raportach organizacji wspierających ochronę praw człowieka i agend ONZ, z uzupełnieniem przez informacje pochodzące z placówek dyplomatycznych Państw Członkowskich oraz od organizacji działających na rzecz lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych, o ile takowe istnieją. Dodatkowo informacje powinny być uzupełniane przez dane pozyskiwane ze źródeł alternatywnych, takich jak zeznania (pisemne i ustne) innych lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych, które mają podobne doświadczenia życiowe, oraz badania prowadzone przez organizacje pozarządowe i inne niezależne instytucje badawcze.
- Zgodnie z Artykułem 4(3)(a) Dyrektywy Kwalifikacyjnej informacje o państwie pochodzenia powinny wskazywać, czy w danym państwie penalizowana jest – w sposób bezpośredni lub pośredni – orientacja seksualna lub tożsamość płciowa.
- Zgodnie z Artykułem 4(3)(a) Dyrektywy Kwalifikacyjnej informacje o państwie pochodzenia powinny zawierać precyzyjne informacje o sytuacji lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych, a zwłaszcza następujące dane:
 - występowanie prześladowań ze strony państwa lub ze strony podmiotów niebędących państwem
 - homofobia i transfobia instytucji państwowych oraz policji, więziennictwa, szkolnictwa itp.

- homofobia i transfobia w codziennym życiu (na ulicach, w miejscach pracy, szkołach, w zakresie mieszkalnictwa)
- chęć i zdolność władz do zapewnienia skutecznej ochrony przeciwko przemocy motywowanej homofobicznie i transfobicznie; czy lesbijki, geje, osoby biseksualne, transseksualne i interseksualne mają dostęp do takiej ochrony
- dostępność skutecznej ochrony w różnych częściach kraju (pod kątem ewentualnego proponowania alternatywy ochrony wewnętrznej).
- Informacje o państwie pochodzenia powinny odnosić się bezpośrednio i konkretnie do sytuacji lesbijek, gejów, biseksualnych kobiet i mężczyzn, osób transseksualnych (mężczyzn, kobiet, transwestytów) i interseksualnych.

Właściwe stosowanie dostępnych informacji o państwie pochodzenia

- Jeżeli rzetelne informacje o sytuacji lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych w kontekście praw człowieka nie są dostępne lub jeżeli jest ich bardzo niewiele, nie powinno to być samo w sobie traktowane jako oznaka, że w danym państwie nie dochodzi do naruszeń praw człowieka wobec członków tych grup. Osoby podejmujące decyzje oraz orzekające w sądach powinny pamiętać, że przemoc na tle homofobicznym i transfobicznym w niektórych krajach często nie jest dokumentowana. W tym kontekście szczególnie istotne jest interpretowanie wątpliwości na korzyść wnioskodawcy.
- Mała dostępność informacji o egzekwowaniu przepisów penalizujących orientację seksualną czy tożsamość płciową nie powinna być traktowana jako oznaka tego, że egzekwowanie tych przepisów rzeczywiście nie ma miejsca.
- Osoby stosujące informacje dotyczące lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych nie powinny zakładać, że dane dotyczące jednej z tych grup przekładają się bezpośrednio na sytuację innej z nich, chyba że istnieją uzasadnione powody, aby tak uważać. Brak informacji o jednej z grup nie powinien być interpretowany jako brak zagrożenia dla członków innych grup.
- W odniesieniu do krajów penalizujących homoseksualizm męski, gdzie jednak prawo nie zawiera bezpośrednich wzmianek o lesbijkach, osobach biseksualnych, transseksualnych i

interseksualnych, należy zakładać, że lesbijki, osoby biseksualne, transseksualne i interseksualne także narażone są na prześladowania, chyba że ustalono, że tak nie jest.

- W odniesieniu do krajów penalizujących orientację seksualną, gdzie jednak prawo nie zawiera bezpośrednich wzmianek o tożsamości płciowej, należy zakładać, że osoby transseksualne i interseksualne także narażone są na prześladowania, chyba że ustalono, że tak nie jest.

PAŃSTWA PRZYJMUJĄCE

- Organy przyjmujące w Państwach Członkowskich powinny zwracać szczególną uwagę na szczególne potrzeby ubiegających się o ochronę międzynarodową lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych podczas przyjmowania oraz w miejscach zakwaterowania i zatrzymania; powinny też stworzyć stosowne procedury, wytyczne i programy szkoleniowe w celu zaspokojenia tych szczególnych potrzeb.
- Odnotowuje się wiele incydentów homofobicznych i transfobicznych w ośrodkach dla uchodźców i w miejscach zakwaterowania i zatrzymania. Z tej przyczyny podczas tworzenia nowelizacji dyrektywy o warunkach przyjmowania osób ubiegających się o azyl uwzględnić należy bezpośrednio szczególne potrzeby związane z orientacją seksualną i tożsamością płciową. Państwa Członkowskie powinny natomiast zagwarantować zapobieganie napadom homofobicznym i transfobicznym w ośrodkach dla uchodźców oraz ochronę przed takimi napadami.
- Państwa Członkowskie muszą wdrożyć odpowiedni i skuteczny system składania i rozpatrywania skarg w celu rozwiązania problemu napastowania i przemocy skierowanej przeciwko lesbijkom, gejom, osobom biseksualnym, transseksualnym i interseksualnym w ośrodkach dla uchodźców, miejscach zakwaterowania i miejscach zatrzymania.
- Lesbijki, geje, osoby biseksualne, transseksualne i interseksualne muszą mieć możliwość zamieszkania w pokoju jednoosobowym lub zamieszkania w innym miejscu, jeżeli w pierwotnym miejscu zakwaterowania spotkali się z napastowaniem czy przemocą, lub też sprawca napastowania czy przemocy powinien być przemieszczony do innego miejsca zakwaterowania.
- Państwa Członkowskie powinny ułatwić organizacjom działającym na rzecz lesbijek, gejów, osób biseksualnych, transseksualnych i interseksualnych pracę w ośrodkach dla uchodźców oraz miejscach zakwaterowania i zatrzymania.



ZAŁĄCZNIK I LISTA EKSPERTÓW KRAJOWYCH

AUSTRIA

Judith Ruderstaller

kierownik sekcji poradnictwa prawnego, Asyl in Not
j.ruderstaller@asyl-in-not.org

BELGIA

Jan Beddeleem

prezes WISH: Werkgroep Internationale Solidariteit met Holebi's
janbeddeleem@gmail.com

BUŁGARIA

Desislava Petrova

osoba odpowiedzialna za szkolenia i kampanie, Bułgarski Komitet Helsiński
d.petrova@gmail.com

CYPR

Corina Drousiotou

starszy doradca prawny, Future Worlds Center
corina@futureworldscenter.org

CZECHY

David Kosar

specjalista w zakresie prawa azylowego (prześladowanie przez podmioty niebędące państwami) oraz w zakresie prawa Unii Europejskiej
David.Kosar@nssoud.cz

DANIA

Søren Laursen

LBL Denmark
soren_laursen@lbl.dk

FINLANDIA

Outi Lepola

specjalista w zakresie nauk społecznych, dyskryminacji i problemów azylowych
Outi.lepola@gmail.com

FRANCJA

Thomas Fouquet-Lapar

prezes – Association pour la Reconnaissance des Droits des personnes Homosexuelles & transsexuelles à l'Immigration et au Séjour (ARDHIS)
Ardhis@ardhis.org

Flor Tercero

adwokat
flor.tercero@gmail.com

GRECJA

Spyros Koulocheris

Senior Legal Researcher, Greek Refugee Council
driva@gcr.gr / koulocheris@gcr.gr

HISZPANIA

Arsenio García Cores

prawnik, CEAR, Spanish Refugee Council
arsenio.cores@cear.es

Elena Muñoz

prawnik, CEAR, Spanish Refugee Council
elena.munoz@cear.es

HOLANDIA

Sabine Jansen

prawnik, Policy Officer LGBTI & Asylum, COC Netherlands
sjansen@coc.nl or sabinest@xs4all.nl

IRLANDIA

Patricia Brazil

prawnik, wykładowca w zakresie prawa o uchodźcach w Trinity College w Dublinie
pbrazil@tcd.ie

IZRAEL

Anat Ben-Dor

adwokat, Refugee Rights Clinic, Tel Aviv University
anatbd@post.tau.ac.il

LITWA

Laurynas Biekša

prawnik, wydział azylowy, Litewski Czerwony Krzyż
laurynas@redcross.lt

Lyra Jakuleviciene

wykładowca, prawo międzynarodowe i europejskie, Mykolas Romeris University
lyra.jakuleviciene@undp.org



ZAAŁĄCZNIK I: LISTA EKSPERTÓW KRAJOWYCH

MALTA

Neil Falzon

prawnik, Assistant Lecturer (University of Malta), prezes - Aditus
neilfalzon@aditus.org.mt

NIEMCY

Michael Kalkmann

Informationsverbund Asyl und Migration
mk@asyl.net

Kludia Dolk

Informationsverbund Asyl und Migration
kd@asyl.net

NORWEGIA

Jon Ole Martinsen

SEIF (Selvhjelp for innvandrere og flyktninger)
jonole-m@online.no

POLSKA

Krzysztof Śmiszek

przewodniczący – Polskie Towarzystwo Prawa
Antydyskryminacyjnego
ksmiszek@ptpa.org.pl or ksmiszek@gmail.com

Kazimierz Bem

specjalista w zakresie prawa azylowego
kazimierz.bem@gmail.com

PORTUGALIA

Nuno Ferreira

wykładowca prawa, University of Manchester
Nuno.Ferreira@manchester.ac.uk

RUMUNIA

Cristina Bucataru

doradca prawny, Romanian National Council for Refugees
cristinaadress@yahoo.it

SŁOWACJA

Katarína Fajnorová

prawnik, The Human Rights League Slovakia
fajnorova@hrl.sk

SŁOWENIA

Gruša Matevžič

prawnik, Węgierski Komitet Helsiński
grusa.matevzic@helsinki.hu

SZWAJCARIA

Seraina Nufer

prawnik, Swiss Refugee Council
seraina.nufer@osar.ch

SZWECJA

Stig-Åke Petersson

doradca uchodźców, RSFL (organizacja na rzecz osób LGBT)
stig-ake.petersson@rfs.se

WĘGRY

Gábor Gyulai

koordynator programu d/s uchodźców, Węgierski Komitet Helsiński
gabor.gyulai@helsinki.hu

WIELKA BRYTANIA

S. Chelvan

prawnik, No5 Chambers
sch@no5.com

WŁOCHY

Simone Rossi

prawnik, Italian Lawyers Association for LGBT Rights "Rete Lenford"
simone.rossi@Mercanti-dorio.it

Giorgio Dell'Amico

National Head Migration, Arcigay (national LGBT organisation)
migra@arcigay.it

ZAŁĄCZNIK II: DORADCY

S. CHELVAN

prawnik (Barrister of the Inner Temple), No5 Chambers, Londyn
(Wielka Brytania)

JOËL LE DÉROFF

Policy & Programmes Officer
ILGA-Europe

MARIA HENNESSY

prawnik
Europejska Rada ds. Uchodźców i Wypędzonych

BORBÁLA IVÁNY

prawnik
Węgierski Komitet Helsiński

SIMONE ROSSI

prawnik
Stowarzyszenie Włoskich Prawników na Rzecz Praw Osób LGBT „Rete
Lenford”

GISELA THÄTER

prawnik, Wydział Ochrony Wewnętrznej
UNHCR

