

Michał Kowalski*

**GŁOSA DO WYROKU TRYBUNAŁU
SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ
Z DNIA 25 STYCZNIA 2018 R. W SPRAWIE C-473/16,
*F PRZECIWKO BEVÁNDORLÁSI ÉS
ÁLLAMPOLGÁRSÁGI HIVATAL***

I. Wstęp

W dniu 25 stycznia 2018 r. trzecia izba Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: Trybunał lub TSUE) wydała wyrok w sprawie C-473/16, *F przeciwko Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*¹. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożył odpowiedni sąd węgierski (sąd administracyjny i pracy w Segedynie – Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság) w postępowaniu dotyczącym udzielenia ochrony międzynarodowej (nadania statusu uchodźcy lub udzielenia ochrony uzupełniającej) obywatelowi Nigerii, panu F. Komentowany wyrok wpisuje się w coraz obszerniejsze orzecznictwo TSUE dotyczące interpretacji środków prawnych tworzących unijny Wspólny Europejski System Azylowy (Uchodźczy; dalej: WESA). Są to nieraz kwestie bardzo szczegółowe, ale równocześnie mające duże znaczenie dla kształtowania praktyki udzielania ochrony międzynarodowej w państwach członkowskich UE. Tak właśnie jest w przypadku glosowanego wyroku, który odnosi się do specyfiki spraw dotyczących udzielania ochrony międzynarodowej ze względu na tożsamość płciową i orientację seksualną. Ze względu na tę specyfikę są to niezwykle skomplikowane sprawy, które dotyczą bardzo wrażliwej sfery prywatności jednostki. Analizowany wyrok jest tym bardziej godny uwagi, że

* Doktor habilitowany nauk prawnych Michał Kowalski, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego; sędzia *ad hoc* w Europejskim Trybunale Praw Człowieka; członek Rady do Spraw Uchodźców III i IV kadencji; niniejszy tekst jest wyrazem prywatnych poglądów autora i nie jest oficjalnym stanowiska Rady do Spraw Uchodźców ani żadnej innej instytucji. E-mail: michal.kowalski@uj.edu.pl.

¹ Wyrok TSUE z dnia 25 stycznia 2018 r. w sprawie C-473/16, *F przeciwko Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, ECLI:EU:C:2018:36.

problematyka ta ma swój praktyczny wymiar także w polskiej praktyce udzielania cudzoziemcom ochrony międzynarodowej na terytorium RP.

II. Stan faktyczny i prawny²

Stan faktyczny sprawy jest ograniczony do okoliczności związanych z toczącym się na Węgrzech postępowaniem o udzielenie ochrony międzynarodowej. Pan F., obywatel Nigerii, złożył w kwietniu 2015 r. do odpowiednich władz węgierskich, tj. do urzędu ds. imigracji i azylu (Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal), wniosek o udzielenie ochrony, który uzasadniał zagrożeniem w państwie pochodzenia, tj. w Nigerii, prześladowaniem ze względu na swoją orientację seksualną, którą określił jako homoseksualna. W dniu 1 października 2015 r. urząd wydał decyzję, na mocy której odmówił wnioskodawcy nadania statusu uchodźcy i udzielenia ochrony uzupełniającej. Dla wydania decyzji negatywnej rozstrzygająca była opinia biegłego psychologa, sporządzona „na podstawie wywiadu, badania osobowości oraz kilku testów osobowościowych”, w tym tzw. testów Rorschacha i Szondiego, zgodnie z którą przeprowadzone czynności nie dały podstaw do potwierdzenia deklarowanej przez wnioskodawcę orientacji homoseksualnej. Urząd oparł się na tym ustaleniu pomimo wcześniejszego stwierdzenia, że oświadczenia pana F. same w sobie nie zawierają „istotnych sprzeczności”. W wyroku TSUE brak informacji o innych czynnościach dowodowych podejmowanych ewentualnie przez organ.

Pan F. zaskarżył decyzję urzędu do sądu odsyłającego. W odwołaniu zakwestionował oparcie decyzji na przeprowadzonych testach, gdyż w jego opinii miały one, po pierwsze, poważnie naruszać jego prawa podstawowe i, po drugie, nie prowadziły do oceny prawdziwości jego oświadczenia dotyczącego posiadanej orientacji seksualnej. Nie wskazał on jednak, w jakim konkretnym zakresie miało dojść do naruszenia jego praw podstawowych, co należy uwzględnić w kontekście okoliczności niepoddawania go jakimkolwiek badaniom fizycznym lub innym czynnościom polegającym np. na prezentowaniu treści pornograficznych.

Powyższe skłoniło sąd odsyłający do zwrócenia się do instytutu biegłych sądowych o opinię, czy przeprowadzone testy są odpowiednie dla ustalenia orientacji seksualnej jednostki i czy przy ich przeprowadzaniu nie naruszono praw podstawowych pana F. Ze sporządzonej opinii – która według sądu odsyłającego jest dla niego wiążąca – wynikało, że nie dopatrzone się naruszenia godności pana F., a przeprowadzone testy wraz z wywiadem dawały odpowiednie podstawy do określenia tożsamości seksualnej cudzoziemca, a więc do zakwestionowania deklarowanej przez niego orientacji homoseksualnej.

Powyższe skłoniło sąd odsyłający do zawieszenia postępowania i zwrócenia się do TSUE z wnioskiem o wydanie, na podstawie art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, orzeczenia w trybie prejudycjalnym zawierającego odpowiedzi na sformułowane przez sąd krajowy dwa pytania.

² Szczegółowo zob. pkt 3–26.

Oba pytania dotyczyły interpretacji art. 4 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/95/UE w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony (wersja przekształcona; dalej: dyrektywa kwalifikacyjna)³ w związku z art. 1 Karty praw podstawowych UE (dalej: Karta lub KPP)⁴. Artykuł 4 dyrektywy kwalifikacyjnej reguluje zasady postępowania wyjaśniającego prowadzonego w celu rozpatrzenia wniosku i odnosi się m.in. do kwestii oceny wiarygodności wnioskodawcy, w tym w szczególności w sytuacji, gdy wnioskodawca nie przedstawia żadnych dokumentów ani innych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń (ust. 5). Artykuł 1 KPP gwarantuje nienaruszalność i poszanowanie godności człowieka. Z oczywistych względów rozstrzygnięcie wymagało uwzględnienia ram prawnych unijnego Wspólnego Europejskiego Systemu Azylowego, który reguluje zasady przyznawania w państwach członkowskich UE ochrony międzynarodowej obywatelom państw trzecich i który jest oparty na międzynarodowym prawie uchodźczym kształtowanym na podstawie Konwencji dotyczącej statusu uchodźców, sporządzonej w Genewie dnia 28 lipca 1951 r. (dalej: Konwencja genewska z 1951 r.)⁵ wraz z Protokołem nowojorskim z 1967 roku⁶. W szczególności TSUE uwzględnił także liczne postanowienia tzw. dyrektywy proceduralnej w jej przekształconej wersji⁷, która wraz z – między innymi dyrektywą kwalifikacyjną – stanowi jedną z podstaw WESA.

Sąd odsyłający w pierwszym pytaniu zwrócił się do TSUE o wyjaśnienie, czy art. 4 dyrektywy kwalifikacyjnej w związku z art. 1 KPP nie sprzeciwia się uwzględnieniu w rozstrzygnięciu sprawy wnioskodawcy ubiegającego się o ochronę międzynarodową ze względu na orientację seksualną (należącego do grupy LGBTI) ekspertyzy biegłego sądowego w zakresie psychologii, która to ekspertyza byłaby oparta na projekcyjnych testach osobowości i ich ocenie, przy założeniu że wnioskodawca nie jest poddawany badaniu w zakresie jego zwyczajów seksualnych ani też badaniu fizycznemu. Drugie pytanie dotyczyło natomiast tego, czy w razie uznania, że opinia biegłego sądowego, o której mowa w pytaniu pierwszym, nie mogłaby być uznana za dowód w sprawie, to art. 4 dyrektywy kwalifikacyjnej w związku z art. 1 KPP należy interpretować w ten sposób, że krajowe organy rozstrzygające, w tym sądowe, nie mają żadnej możliwości badania prawdziwości twierdzeń podnoszonych przez wnioskodawcę w sprawach tego typu za pomocą opinii biegłych, „niezależnie od ich szczególnych cech charakterystycznych”⁸.

³ Dz. Urz. UE L 337 z 20.12.2011 r., s. 9.

⁴ Dz. Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 391.

⁵ Dz. U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515.

⁶ Dz. U. z 1991 r. Nr 119, poz. 517.

⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową (wersja przekształcona), Dz. Urz. UE L 180 z 29.06.2013 r., s. 96.

⁸ Zob. w szczególności pkt 26.

III. Rozstrzygnięcie Trybunału⁹

Trybunał zdecydował o rozpoczęciu udzielania odpowiedzi na zadane pytania od pytania drugiego, które miało w swej istocie bardziej ogólny charakter i sprowadzało się do wyjaśnienia kwestii, czy organy rozstrzygające mogą w sprawach o udzielenie ochrony międzynarodowej ze względu na deklarowaną orientację seksualną „zwrócić się do biegłego o wydanie opinii w ramach oceny faktów i okoliczności związanych z domniemaną orientacją seksualną wnioskodawcy”¹⁰.

W odpowiedzi na powyższe pytanie Trybunał odwołał się do swojego wcześniejszego orzecznictwa¹¹, zgodnie z którym deklarowana przez wnioskodawcę ubiegającego się o ochronę międzynarodową orientacja seksualna stanowi jedynie punkt wyjścia dla organów rozstrzygających, które mogą jednak – podobnie jak wszystkie inne wnioski uzasadniane odmiennymi powodami prześladowania – poddać go weryfikacji zgodnie z art. 4 dyrektywy kwalifikacyjnej.

Trybunał zauważył także, że zgodnie z art. 10 ust. 2 dyrektywy kwalifikacyjnej, dla oceny, czy obawa przed prześladowaniem jest uzasadniona, nie ma znaczenia, czy wnioskodawca w rzeczywistości posiada daną cechę, która decyduje o przynależności do określonej grupy społecznej, co jest powodem prześladowania, czy też taką cechę – w tym na przykład orientację seksualną – mu się jedynie przypisuje. W konsekwencji, według Trybunału, nie zawsze konieczne jest badanie wiarygodności wnioskodawcy w kontekście deklarowanej przez niego orientacji seksualnej.

Następnie Trybunał odniósł się do interpretacji art. 4 ust. 3 i 5 dyrektywy kwalifikacyjnej, stwierdzając, że w zakresie, w jakim przepisy te przewidują elementy zindywidualizowanej oceny wniosku o ochronę międzynarodową – w tym zwłaszcza oceny spójności i wiarygodności oświadczeń wnioskodawcy niepotwierdzonych żadnymi innymi dowodami – przepisy te nie zawierają wykazu środków, z których organy rozstrzygające mogą korzystać. Nie wykluczają one zatem uwzględnienia także ekspertów (opinii) biegłych. Należy jednak pamiętać, że nie mogą one w żaden sposób naruszać prawa UE, a zwłaszcza praw podstawowych, takich jak – Trybunał nawiązał tu do rozpatrywanej sprawy – poszanowanie godności człowieka gwarantowanej w art. 1 KPP i prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego gwarantowanego w art. 7 KPP.

W powyższym kontekście Trybunał nie wykluczył, że „w szczególnym kontekście oceny oświadczeń osoby ubiegającej się o udzielenie ochrony międzynarodowej odnoszących się do jej orientacji seksualnej pewne rodzaje opinii biegłych mogą być użyteczne na potrzeby oceny faktów i okoliczności oraz mogą być sporządzone bez naruszania praw podstawowych wnioskodawcy”¹². Trybunał zauważył, że jest tak, tym bardziej że szczegółowe przepisy dyrektywy proceduralnej nakładają na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, aby osoby rozpatrujące wnioski o udzielenie

⁹ Szczegółowo zob. pkt 27–71 wyroku.

¹⁰ Pkt 27.

¹¹ Wyrok z dnia 2 grudnia 2014 r., *A i in.*, od C-148/13 do C-150/13, EU:C:2014:2406, pkt 52.

¹² Pkt 37.

ochrony międzynarodowej miały możliwość zasięgnięcia opinii u ekspertów w zakresie szczegółowych zagadnień, takich właśnie jak kwestie związane z tożsamością płciową i orientacją seksualną. Trybunał podkreślił jednak, że wymóg rozpatrzenia wniosku o ochronę przez organ rozstrzygający wymaga, aby organ uwzględnił wszystkie okoliczności sprawy i dokonał własnych ustaleń w tym względzie, a więc że nie może być związany opiniami biegłych i rozstrzygać daną sprawę wyłącznie w oparciu o nie.

Trybunał odniósł się także do sytuacji sądu odsyłającego i stwierdził, że wobec braku ograniczenia w prawie UE zakresu środków dowodowych pozostających w dyspozycji sądu (organu odwoławczego) i w kontekście zagwarantowanego prawa do skutecznego środka odwoławczego sąd ma możliwość zwrócenia się do biegłego w celu skutecznej kontroli organu rozstrzygającego, ale podobnie jak ten organ, nie może oprzeć swych ustaleń wyłącznie na takiej opinii i w konsekwencji nie może być związany „zawartymi w tej opinii ustaleniami dotyczącymi oświadczeń wnioskodawcy odnoszących się do jego orientacji seksualnej”¹³.

Powyższe wnioskowanie doprowadziło Trybunał do sformułowania w pkt 46 odpowiedzi na rozpatrywane (drugie) pytanie w następującej formie:

„Wykładni art. 4 dyrektywy [kwalifikacyjnej – M.K.] należy dokonywać w ten sposób, że przepis ten nie stoi na przeszkodzie temu, aby organ odpowiedzialny za rozpatrywanie wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej lub w danym wypadku sąd, do którego wniesiono skargę na decyzję tego organu, mogły zwrócić się do biegłego o wydanie opinii w ramach oceny faktów i okoliczności związanych z domniemaną orientacją seksualną wnioskodawcy, pod warunkiem że szczegółowe zasady sporządzania takiej opinii są zgodne z prawami podstawowymi gwarantowanymi w [KPP – M.K.], że organy i sądy nie opierają swoich rozstrzygnięć wyłącznie na ustaleniach biegłego oraz że przy ocenie oświadczeń wnioskodawcy odnoszących się do jego orientacji seksualnej organy te i sądy nie są związane tymi ustaleniami”.

Następnie Trybunał udzielił odpowiedzi na pierwsze z zadanych pytań. Stwierdził, że z odpowiedzi na poprzednie pytanie wynika, że organy rozstrzygające w sprawach, w których orientacja seksualna jest powoływana jako powód prześladowania lub doznania poważnej krzywdy, mają możliwość zasięgać opinii biegłych w kontekście postępowania weryfikującego deklarowaną orientację seksualną. Nie stoi temu na przeszkodzie art. 4 dyrektywy kwalifikacyjnej, ale musi być on interpretowany zgodnie z art. 7 KPP, który gwarantuje prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego.

Trybunał podkreślił, że należy uwzględnić specyfikę zasięgnięcia opinii biegłego w ramach procedury ubiegania się o ochronę międzynarodową. Wynika z tego, że wnioskodawca, który zostaje wezwany do poddania się projekcyjnym testom osobowości, ma świadomość, że odmowa poddania się takim testom może mieć istotny wpływ na rozstrzygnięcie jego wniosku. Prowadzi to do tego, że poddanie się takim testom nie jest w pełni dobrowolne, gdyż faktycznie jest ono wymuszone okolicznościami sprawy. W konsekwencji, według Trybunału, który w tym zakresie podzielił

¹³ Pkt 45.

stanowisko zawarte w opinii rzecznika generalnego, sporządzenie i wykorzystanie opinii biegłego stanowi ingerencję w prawo do poszanowania życia prywatnego wnioskodawcy.

Trybunał powołał w powyższym kontekście art. 52 ust. 1 KPP, zgodnie z którym ograniczenia praw i wolności gwarantowanych Kartą muszą być przewidziane przez prawo i nie mogą naruszać istoty tych praw i wolności, a zgodnie z zasadą proporcjonalności ograniczenia muszą spełniać wymóg konieczności. W konsekwencji Trybunał stwierdził, że o ile ingerencja w życie prywatne wnioskodawcy jest uzasadniona weryfikacją spełniania przez daną osobę przesłanek udzielenia ochrony międzynarodowej, o tyle „organ rozpatrujący musi ocenić, pod kontrolą sądu, czy sporządzenie opinii biegłego psychologa, o którą zamierza się on do niego zwrócić lub którą zamierza uwzględnić, jest właściwe i konieczne do realizacji tego celu”¹⁴.

Trybunał podkreślił, że opinie uwzględniane przez organ rozstrzygający w tego typu sprawach muszą być wystarczająco wiarygodne, a więc oparte na metodach uznawanych przez międzynarodową społeczność naukową. Trybunał zastrzegł, że ze względu na to, iż jest to kwestia dotycząca okoliczności faktycznych postępowania głównego, nie jest władny rozstrzygnąć o wiarygodności projekcyjnych testów osobowości dla weryfikacji deklarowanej orientacji seksualnej, ale podkreślił, że wiarygodność takich opinii była podnoszona i kwestionowana w ramach niniejszego postępowania przez Komisję, rząd francuski i rząd niderlandzki.

Trybunał stwierdził dalej, że wpływ takiej opinii jest „nadmierny” w stosunku do realizowanego celu, gdyż zakres – bardzo poważnej w swym charakterze – ingerencji jest nieproporcjonalny w stosunku do jej użyteczności dla weryfikacji deklarowanej orientacji seksualnej. Trybunał powołał się w tym kontekście na zasadę 18 tzw. zasad Yogyakarty dotyczących stosowania międzynarodowego prawa człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej, zgodnie z którą „nikt nie może być zmuszony do poddania się jakiegokolwiek formie badania psychologicznego ze względu na orientację seksualną lub tożsamość płciową”.

Trybunał stwierdził ponadto w związku z tym, że choć rozpatrywana opinia biegłego jest uwzględniana przez organ rozstrzygający w ramach oceny faktów i okoliczności sprawy, o których mówi art. 4 dyrektywy kwalifikacyjnej, to nie jest ona niezbędna dla potwierdzenia deklarowanej przez wnioskodawcę orientacji seksualnej. Według Trybunału jest tak dlatego, że wystarczające w tym zakresie może być już samo przesłuchanie przeprowadzone przez osobę prowadzącą postępowanie, która powinna mieć odpowiednie kompetencje w tym zakresie. Ponadto Trybunał podkreślił, że oświadczenia wnioskodawcy w zakresie deklarowanej orientacji seksualnej, które nie są oparte na żadnych innych dowodach, muszą być oceniane w kontekście ich wiarygodności i spójności na zasadach ogólnych wskazanych w art. 4 ust. 5 dyrektywy kwalifikacyjnej, który nie odnosi się do możliwości sporządzenia opinii przez biegłego.

Trybunał podkreślił też, że nawet przy założeniu, że projekcyjne testy osobowości przyczyniają się z pewnym prawdopodobieństwem do ustalenia orientacji sek-

¹⁴ Pkt 57.

sualnej danej osoby, to i tak dają jedynie pewien obraz takiej orientacji, a więc mają jedynie przybliżony charakter i w związku z tym ich rola w weryfikacji deklarowanej orientacji seksualnej jest ograniczona.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Trybunał uznał, że odpowiedź na pytanie pierwsze nie wymaga już interpretacji art. 4 dyrektywy kwalifikacyjnej w świetle art. 1 KPP. W konsekwencji Trybunał, opierając się na powyższym wnioskowaniu, udzielił w pkt 71 uzasadnienia wyroku następującej odpowiedzi na pierwsze z zadanych pytań: „wykładni art. 4 dyrektywy [kwalifikacyjnej] w związku z art. 7 [kpp] należy dokonywać w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie możliwości sporządzenia i wykorzystania dla potrzeb ustalenia rzeczywistej orientacji seksualnej osoby ubiegającej się o udzielenie ochrony międzynarodowej opinii biegłego psychologa takiej jak rozpatrywana w postępowaniu głównym, która w oparciu o projekcyjne testy osobowości ma dawać obraz orientacji seksualnej takiej osoby”.

IV. Komentarz

Komentowany wyrok jest trzecim, w którym TSUE podejmuje w ramach procedury prejudycjalnej problematykę rozstrzygnięcia wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej ze względu na deklarowaną orientację seksualną. Pierwszym, w którym TSUE mógł szerzej wypowiedzieć się w sprawie specyfiki tego typu wniosków, był wyrok w sprawie *X, Y i Z* z 7 listopada 2013 roku¹⁵. TSUE potwierdził, że osoby o orientacji homoseksualnej mogą tworzyć grupę społeczną na potrzeby definicji uchodźcy. Wyraźnie opowiedział się też za niedopuszczalnością wymogu dyskrecji na gruncie prawa UE, stwierdzając, że „wymaganie od członków grupy społecznej, których łączy ta sama orientacja seksualna, że będą ukrywać tę orientację, stoi w sprzeczności z samym uznaniem jej za cechę tak ważną dla tożsamości danej osoby, że osoby tej nie można zmuszać do odstąpienia od owej cechy”¹⁶ i dalej, że „niedopuszczalne jest oczekiwanie, że w celu uniknięcia prześladowań osoba ubiegająca się o azyl [status uchodźcy – M.K.] będzie ukrywała swój homoseksualizm w państwie swojego pochodzenia”¹⁷.

Przywołując powyższy wyrok TSUE, trzeba zauważyć, że stwierdzono w nim także, że sama penalizacja zachowań seksualnych (w tym homoseksualnych) jako taka nie stanowi w świetle prawa UE (dyrektywy kwalifikacyjnej) aktu prześladowania, ale kara pozbawienia wolności, która grozi za popełnienie czynu homoseksualnego i jest faktycznie stosowana, akt prześladowania stanowi¹⁸. Co znamienne,

¹⁵ Wyrok TSUE z dnia 7 listopada 2013 r. w sprawach połączonych od C-199/12 do C-201/12, *X, Y i Z przeciwko Minister voor Immigratie en Asiel*, ECLI:EU:C:2013:720; zob. też M. den Heijer, *Persecution for reason of sexual orientation: X, Y and Z*, *Common Market Law Review* 2014, t. 51, s. 1217–1234; M. Górski, *Prawo osób LGBT do ochrony międzynarodowej – praktyka polska na tle orzecznictwa TSUE* [w:] D. Pudzianowska (red.), *Status cudzoziemca w Polsce w świetle współczesnych wyzwań międzynarodowych*, Warszawa 2016, s. 247–265.

¹⁶ *X, Y i Z*..., pkt 70.

¹⁷ *Ibidem*, pkt 71.

¹⁸ *Ibidem*, pkt 55–58.

w ocenie TSUE jest tak dlatego, że „tego rodzaju kara narusza bowiem art. 8 [Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – M.K.], którego odpowiednikiem jest art. 7 [KPP – M.K.], i stanowi karę, która ma charakter nieproporcjonalny lub dyskryminujący w rozumieniu art. 9 ust. 2 lit. c) dyrektywy [kwalifikacyjnej – M.K.]”¹⁹. W tym zakresie orzecznictwo TSUE nie jest w pełni spójne z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i może być powoływane jako swoista forma dialogu sądowego między oboma sądami europejskimi²⁰.

Drugim wyrokiem TSUE w omawianym kontekście był wyrok w sprawie *A, B, C* z 2 grudnia 2014 roku, w którym przedmiotem pytania prejudycjalnego była kwestia dopuszczalności weryfikacji deklarowanej orientacji seksualnej wnioskodawcy, czyli odpowiedź na pytanie, czy rzeczywiście jest on takiej orientacji, jaką deklaruje²¹. Jest to więc problem, którego dotyczył także komentowany wyrok, i w tym kontekście ten ostatni należy uznać jako dopełniający kształtowanie standardu interpretacyjnego w tej kwestii na podstawie dyrektywy kwalifikacyjnej.

W wyroku w sprawie *A, B, C* Trybunał stwierdził, że deklarowana orientacja seksualna wnioskodawcy może podlegać weryfikacji, a deklaracja w tym względzie stanowi jedynie punkt wyjścia. TSUE stwierdził też, że weryfikacja musi zapewnić poszanowanie godności osoby ludzkiej i jej prywatności. Niedopuszczalne jest m.in. kierowanie się stereotypami odnoszącymi się do zachowań homoseksualnych, szczegółowe przesłuchania na temat praktyk seksualnych i inne. Niedopuszczalne według TSUE jest także kwestionowanie deklarowanej orientacji seksualnej jedynie z powodu, że dana osoba nie powołała się na tę okoliczność przy pierwszej okazji powoływania się na powody prześladowania (tj. przy składaniu wniosku).

Powyższe stanowisko było istotne, gdyż środowiska pozarządowe z organizacji LGBT konsekwentnie stały na stanowisku, że orientacja seksualna ma charakter subiektywny *par excellence* i w konsekwencji w postępowaniu o udzielenie ochrony międzynarodowej nie powinna ona podlegać weryfikacji, lecz należy opierać się wyłącznie na deklaracji danej osoby. Trybunał trafnie stanął jednak na stanowisku, że pomimo istotnych trudności w ustalaniu orientacji seksualnej człowieka, wnioski o udzielanie ochrony międzynarodowej mogą podlegać weryfikacji także w zakresie deklarowanej orientacji seksualnej, gdyż postępowanie w tym względzie sprowadza się do ustalenia uprawdopodobnienia zagrożenia prześladowaniem lub poważną krzywdą, czego immanentną częścią jest weryfikacja powoływanych powodów zagrożenia. Musi ona jednak zapewnić wnioskodawcy poszanowanie podstawowych praw człowieka.

Powyższa argumentacja jest niewątpliwie trafna, ale ustalenia poczynione przez TSUE nie były jednak w pełni satysfakcjonujące, gdyż nie wypowiedział się on, czy dopuszczalna jest medyczna weryfikacja deklarowanej orientacji seksualnej. Jest to

¹⁹ *Ibidem*, pkt 57.

²⁰ M. Kowalski, *International Refugee Law and Judicial Dialogue in Central and Eastern Europe* [w:] A. Wyrozumski (red.), *Transnational Judicial Dialogue in Central and Eastern Europe*, Łódź 2017, s. 281.

²¹ Wyrok TSUE z dnia 2 grudnia 2014 r. w sprawach połączonych od C-148/13 do C-150/13, *A, B, C przeciwko Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie*, ECLI:EU:C:2014:2406.

kwestia, która budzi kontrowersje i dzieli specjalistów w zakresie seksuologii i psychologii. Zdecydowanie dominuje jednak przekonanie, że nie istnieją odpowiednie badania lekarskie pozwalające jednoznacznie zweryfikować deklarowaną orientację seksualną człowieka²². Mimo to w niektórych państwach europejskich stosowano w procedurze o nadawanie statusu uchodźcy (ochrony międzynarodowej) weryfikację za pomocą badań prowadzonych przez seksuologów, psychologów lub psychiatrów²³. Szczególnie kontrowersyjną metodą w tym zakresie pozostają tzw. badania fallometryczne, które polegają na zbadaniu reakcji fizycznej organizmu na prezentację materiałów pornograficznych. Jest to metoda bardzo mocno ingerująca w godność i prywatność jednostki. Na początku drugiej dekady XXI w. miała miejsce ogólnoeuropejska dyskusja na ten temat po próbach zastosowania tej metody przez czeskie władze azylowe. Jednoznaczne stanowisko negujące dopuszczalność stosowania badań fallometrycznych zajął wówczas Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych do Spraw Uchodźców (UNHCR)²⁴ oraz Agencja Praw Podstawowych UE²⁵. W polskim kontekście niedopuszczalność stosowania badań fallometrycznych *expressis verbis* potwierdziła Rada do Spraw Uchodźców, która stwierdziła, że „w szczególności za niedopuszczalne uznaje się tzw. badania fallometryczne, które nie tylko nie prowadzą do definitywnego ustalenia orientacji seksualnej danej osoby, ale skutkują też naruszeniem godności osoby ludzkiej”²⁶.

Należy jednak uwzględnić, że możliwe są zdecydowanie mniej inwazyjne metody weryfikacji deklarowanej orientacji seksualnej człowieka. Tytułem przykładu można wskazać na stanowisko polskiego Konsultanta Krajowego w dziedzinie seksuologii, do którego z wnioskiem o wyrażenie opinii na temat przeprowadzania badań medycznych i wydawania na ich podstawie zaświadczeń potwierdzających deklarowaną przez daną osobę orientację seksualną wystąpiła Rada do Spraw Uchodźców. W skierowanym do Rady piśmie z dnia 26 maja 2013 r. Konsultant Krajowy ograniczył się do stwierdzenia, że „rozpoznanie orientacji seksualnej opiera się na wywiadzie seksuologicznym, skalach i kwestionariuszach, a w przypadku wątpliwości przy zastosowaniu bardziej specjalistycznych metod diagnostycznych np. fallopletyzmografii”²⁷. Co zaskakujące, opinia ta nie wykluczyła więc – wbrew dominującym poglądom – możliwości medycznego zweryfikowania deklarowanej orientacji seksualnej człowieka.

²² Por. jednak zróżnicowane w tej kwestii stanowisko niemieckich organów rozstrzygających przedstawione w: S. Jensen, Th. Spijkerboer, *Ucieczka przed homofobią: wnioski o udzielenie azylu z powodu orientacji seksualnej i tożsamości płciowej w Europie*, tłum. A. Konieczna-Purchała, Amsterdam 2011, s. 55.

²³ *Ibidem*, s. 53–57.

²⁴ 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*, April 2011.

²⁵ European Union Agency for Fundamental Rights, *Homophobia, transphobia and discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity: Comparative legal analysis*, Luxembourg 2010 (Update), s. 58–60.

²⁶ Decyzja Rady do Spraw Uchodźców nr 24-1/S/13 z 2013 r., niepubl.

²⁷ Dokument niepublikowany; kopia pisma w posiadaniu autora.

Z powyższych względów – zwłaszcza w kontekście zróżnicowanej praktyki organów rozstrzygających i sądów państw członkowskich UE – brak jednoznacznego wypowiedzenia się przez TSUE w wyroku z 2014 r. w kwestii dopuszczalności medycznych i psychologicznych metod weryfikowania deklarowanej przez wnioskodawcę orientacji seksualnej był rozczarowujący. Kwestią czasu pozostawało też, kiedy problem ten ponownie pojawi się przed TSUE. Można więc stwierdzić, że komentowany wyrok był spodziewany. Dobrze się stało, że tym razem stanowisko TSUE wydaje się jednoznaczne. O ile bowiem Trybunał nie wypowiadał się bezpośrednio na temat dopuszczalności badań medycznych, o tyle szczegółowo rozważył i zanegował w kontekście odpowiedzi na pytanie pierwsze dopuszczalność stosowania testów psychologicznych sporządzanych przez biegłych psychologów w oparciu o projekcyjne testy osobowości. Podkreślić należy, że są to testy o nieinwazyjnym charakterze, których skala ingerencji w prywatność jednostki jest nieporównywalnie mniejsza niż metod medycznych. Pozostają one przy tym w równym stopniu wątpliwe co do ich skuteczności, a dominujące – jak wspomniano wyżej – są stanowiska tę skuteczność kwestionujące. Jeśli więc TSUE jednoznacznie uznał, że testy psychologiczne w oparciu o projekcyjne testy osobowości (nieobejmujące bezpośrednio odniesień do zwyczajów seksualnych danej osoby i prezentacji materiałów o charakterze pornograficznym) są niedopuszczalne na podstawie art. 4 dyrektywy kwalifikacyjnej w związku z art. 7 KPP przede wszystkim ze względu na niedopuszczalną (ze wskazanych przez Trybunał względów) ingerencję w prywatność jednostki, to *a minore ad maius* niedopuszczalne z tych samych względów pozostają wszelkie testy medyczne mające weryfikować deklarowaną orientację seksualną wnioskodawcy. Bardzo istotne jest też to, że TSUE podkreślił konieczność stosowania przy weryfikacji deklarowanej przez wnioskodawcę orientacji seksualnej zasad ogólnych wskazanych w art. 4 dyrektywy kwalifikacyjnej, co sprowadza się do uwzględnienia przede wszystkim ogólnej wiarygodności wnioskodawcy w oparciu o cały materiał dowodowy zebrany w danej sprawie. Równie ważne i trafne jest wskazanie w tym zakresie na kluczowe znaczenie przesłuchania wnioskodawcy, które musi być prowadzone przez odpowiednio przygotowanych pracowników organu rozstrzygającego, które to przygotowanie obejmować musi specyfikę spraw dotyczących tożsamości i orientacji seksualnej. Te ustalenia wskazują w istocie na to, jakie czynności dowodowe służące weryfikacji deklarowanej orientacji seksualnej – przy wyłączeniu dopuszczalności stosowania badań medycznych i psychologicznych – pozostają dopuszczalne. Uzupełniają one w tym względzie odpowiedź na drugie z pytań prejudycjalnych, które słusznie jako bardziej ogólne było rozpatrywane przez Trybunał w pierwszej kolejności. Należy jednak stwierdzić, że ustalenia te zasadniczo powtórzyły i potwierdziły stanowisko TSUE zawarte w wyroku w sprawie *A, B i C* z 2014 roku. To, że w zakresie weryfikacji deklarowanej orientacji seksualnej można sięgać – przy zachowaniu wskazanych przez Trybunał zastrzeżeń dotyczących zgodności z prawami podstawowymi, wykluczenia wyłączności i wykluczenia związania organów rozstrzygających – po opinie biegłych, inne niż te będące przedmiotem odpowiedzi na pytanie pierwsze, nie budzi zasadniczych kontrowersji. Opinie takie, dotyczące na przykład sytuacji w kraju pochodzenia i pozwalające w tym kontekście

zweryfikować oświadczenia wnioskodawcy, mogą być niezwykle pomocne w rozstrzygnięciu sprawy.

Z satysfakcją można też wskazać, że z powyższym stanowiskiem TSUE zgodna pozostaje wcześniejsza polska praktyka w zakresie, w jakim była ona kształtowana przez Radę do Spraw Uchodźców nie tylko przed wydaniem komentowanego wyroku, ale także jeszcze przed wydaniem powoływanych wyżej wyroków TSUE z lat 2013 i 2014. Rada uznała²⁸ – w ten sam sposób jak później TSUE – że deklarowana orientacja seksualna podlega weryfikacji, a deklaracja powinna stawić jedynie punkt wyjścia. Rada stanęła też na stanowisku, że wobec przeważających opinii ekspertów z zakresu seksuologii nie powinno się stosować medycznej weryfikacji deklarowanej orientacji seksualnej. W tym kontekście Rada zakwestionowała wcześniejszą praktykę Urzędu do Spraw Cudzoziemców jako organu pierwszej instancji, zgodnie z którą żądano przedkładania opinii medycznych potwierdzających deklarowaną przez wnioskodawców orientację seksualną. Następnie Rada zaproponowała weryfikację deklarowanej orientacji seksualnej na podstawie oceny wiarygodności wnioskodawcy w świetle całości zebranego materiału dowodowego i wyróżniła dwa poziomy testu takiej weryfikacji.

Po pierwsze, weryfikacja taka wymaga starannego zbadania – przy zachowaniu poszanowania godności wnioskodawcy – wszystkich okoliczności, które mogłyby w pośredni sposób wskazywać na przynależność danej osoby do grupy społecznej osób homoseksualnych. Chodzi tu o takie okoliczności, jak na przykład znajomość regulacji prawnych dotyczących osób homoseksualnych i innych odnoszących się do nich regulacji czy znajomość przejawów życia społecznego osób homoseksualnych w kraju pochodzenia (np. stowarzyszenia, czasopisma, kluby itp.). Przesłuchanie tego typu powinna przeprowadzać odpowiednio przygotowana do tego osoba, a analiza uzyskanych w ten sposób danych powinna uwzględniać wiele złożonych czynników, takich jak specyfika kulturowa, warunki w kraju pochodzenia czy poziom emocjonalny i intelektualny wnioskodawcy. Ocena uzyskanych danych powinna być wolna od arbitralności i odpowiednio uzasadniona w kontekście ewentualnego zakwestionowania deklarowanej orientacji seksualnej.

Należy jednak podkreślić, że pozyskanie w powyższy sposób materiału dowodowego wystarczającego dla potwierdzenia deklarowanej orientacji seksualnej wnioskodawcy będzie często niemożliwe. Nie można bowiem *a priori* zakładać, że istnieje ustalony wzorzec wiedzy i zachowań, nawet w odniesieniu do poszczególnych krajów pochodzenia, który osoba o danej orientacji seksualnej powinna spełniać. Takie ustalenie pozostaje spójne z późniejszym stanowiskiem TSUE, które wykluczyło stereotypowe podejście do tych kwestii. Dlatego też – i tu przechodzimy

²⁸ Zob. np.: decyzję Rady do Spraw Uchodźców nr RdU-178-1/S/12 z 2012 r., niepubl.; decyzję Rady do Spraw Uchodźców nr RdU-495-2/S/11 z 2012 r., niepubl.; decyzję Rady do Spraw Uchodźców nr RdU-24-1/S/13 z 2013 r., niepubl.; zob. też M. Kowalski, *Sexuelle Orientierung im Flüchtlingsrecht und im allgemeinen Migrationsrecht Polens unter besonderer Berücksichtigung der Verifizierungsproblematik im Verfahren* [w:] C.D. Classen, D. Richter, B. Łukańko (red.), *“Sexuelle Orientierung“ als Diskriminierungsgrund. Regelungsbedarf in Deutschland und Polen?*, Tübingen 2016, s. 326–327.

do drugiego poziomu testu weryfikacji deklarowanej orientacji seksualnej wnioskodawcy zaproponowanego przez Radę do Spraw Uchodźców – oświadczenie wnioskodawcy w kwestii orientacji seksualnej musi podlegać weryfikacji także odnośnie do jego wiarygodności na ogólnych zasadach, tj. w kontekście ogólnej wiarygodności wnioskodawcy na podstawie całości zebranego materiału dowodowego. Chodzi o sytuację, w której wnioskodawca ogranicza się jedynie do złożenia oświadczenia w kwestii swojej orientacji homoseksualnej i nie udaje się tego oświadczenia odpowiednio uwiarygodnić, a równocześnie inne jego wyjaśnienia pozostają niespójne, sprzeczne, mało prawdopodobne, co prowadzi do uznania na podstawie całości zebranego materiału dowodowego niskiej wiarygodności wnioskodawcy. W takiej sytuacji uznanie niskiej ogólnej wiarygodności wnioskodawcy powinno rozciągnąć się także na oświadczenie o jego deklarowanej orientacji seksualnej i w konsekwencji wykluczyć uznanie jej za ustaloną.

SUMMARY

COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION OF 25 JANUARY 2018 IN THE CASE C-473/16, *F V. BEVÁNDORLÁSI ÉS ÁLLAMPOLGÁRSÁGI HIVATAL*

The text comments on the Court of Justice of the European Union judgment of 25 January 2018 in the case C-473/16, *F v. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*. The judgment was delivered within the framework of the preliminary ruling procedure following the request from the Hungarian court – Szegedi Közigazgatási és Munkügyi Bíróság. The judgment commented on places itself within the growing case-law of the CJEU interpreting the secondary EU legislation in asylum policies. The judgment refers to asylum claims related to sexual orientation and gender identity and specifically to controversial methods allowing for the assessment of one's sexual orientation in asylum procedure.

Słowa kluczowe: azyl, status uchodźcy, TSUE, sprawa C-473/16

Key words: asylum, refugee status, CJEU, case C-473/16