

UNIVERZITA KARLOVA

Právnická fakulta

Jana Bedaňová

**Mezinárodněprávní ochrana uprchlíků
pronásledovaných z důvodu sexuální orientace
a genderové identity:
Kritika lidskoprávního přístupu**

Diplomová práce

Vedoucí diplomové práce: JUDr. Věra Honusková, Ph.D.

Katedra: Katedra mezinárodního práva

Datum vypracování práce (uzavření rukopisu): 15. 12. 2021

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou práci vypracovala samostatně, že všechny použité zdroje byly řádně uvedeny a že práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

Vlastní text této práce včetně poznámek pod čarou má 238 440 znaků včetně mezer.

V Praze dne 15. 12. 2021

.....

Jana Bedaňová

Poděkování

Na tomto místě bych ráda poděkovala Věře Honuskové za to, že mne směřovala po celou dobu studia, za její laskavost, podporu a vedení.

Poděkování také patří mým nejbližším, rodině i přátelům, kteří mi byli obzvláště v posledních měsících chápavou oporou.

*Mým sourozencům: Snažila jsem se dojít spásy, ale selhala jsem, odpusťte mi.
Mým přátelům: Ta cesta byla drsná a já jsem příliš slabá, abych odolávala, odpusťte mi.
Světů: Byl jsi celkem krutý, ale odpouštím ti.[†]*

[†] Poslední vzkaz Sarah Hegazi (1989–2020).

Obsah

Úvod.....	1
1 Sexuální orientace a genderová identita jako důvod pronásledování	5
1.1 SOGI uprchlíci a kontext pronásledování.....	5
1.2 SOGI jako konvenční důvod	7
1.3 Příslušnost k určité sociální skupině.....	10
2 Pronásledování a cesty k definici.....	13
2.1 Problematické cesty	13
2.2 Okolnostní přístup	14
2.3 Lidskoprávní přístup.....	16
3 Lidskoprávní přístup	17
3.1 <i>The Law of Refugee Status</i>	17
3.2 Test zásahu do práva pro účely pronásledování	19
3.3 Lidskoprávní standardy: příliš restriktivní, příliš extenzivní, příliš vágní?.....	22
4 Lidskoprávní instrumenty	24
4.1 CAT a ICCPR.....	25
4.1.1 Princip <i>non-refoulement</i> a související lidská práva v CAT a ICCPR	25
4.1.2 Působnost <i>rationae personae</i> v CAT a ICCPR.....	27
4.1.3 Rozhodování SOGI stížností a CAT	28
4.1.4 Rozhodování SOGI stížností a ICCPR.....	31
4.1.5 Zhodnocení přístupu k SOGI v rámci CAT a ICCPR	34
4.1.6 CAT a ICCPR a lidskoprávní přístup.....	35
4.2 Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (EÚLP).....	36
4.2.1 Princip <i>non-refoulement</i> a související lidská práva v EÚLP.....	37
4.2.2 Působnost <i>rationae personae</i> v EÚLP	38
4.2.3 Rozhodování SOGI stížností v EÚLP	39
4.2.3.1 Kriminalizace jako „zásah do soukromí“.....	41
4.2.3.2 Argument diskretnosti.....	44
4.2.3.3 Argument absencí aktivního uplatňování zákonů v praxi.....	46
4.2.3.4 Judikatorní obrat? Konec diskretnosti a role nestátních subjektů.....	49
4.2.4 Zhodnocení přístupu k SOGI v rámci EÚLP	53
4.3 Závěrečné poznámky ke CAT, ICCPR a EÚLP	53
5 Právo Evropské unie	56

5.1	Pronásledování a související lidská práva v KS	56
5.1.1	Chráněný zájem: Jak stanovit „základní“ lidská práva?	59
5.1.2	Intenzita: Jak stanovit „vážnost“ porušení?	61
5.2	Působnost <i>rationae personae</i> v KS: důvody pronásledování	63
5.2.1	Definice určité sociální skupiny	65
5.2.2	Ztotožnění konvencionálního důvodu s výkonem jednoho práva	66
5.3	Rozsudek <i>X, Y, Z</i>	67
5.3.1	Kriminalizace jako indikátor určité sociální skupiny	68
5.3.2	„Jádro“ a „periferie“ osobního statusu a diskrétnost	68
5.3.3	„Privatizace homosexuality“ a míra nutné újmy	72
5.4	Závěrečné poznámky k právu EU	75
6	Poznámky k české praxi	77
	Závěr	80
	Seznam zkratk	82
	Seznam použitých zdrojů	83
	Příloha	95
	Abstrakt	96
	Klíčová slova	96
	Abstract	97
	Keywords	97

Úvod

Může lidskoprávní přístup k interpretaci Ženevské úmluvy poskytovat tzv. SOGI uprchlíkům vyšší úroveň ochrany než přístupy jiné? To byla otázka, kterou jsem si položila během své stáže v pražské kanceláři UNHCR, když jsem mezi místními zdroji narazila na inspirativní článek britského soudce Huga Storeyho.¹ Storey v něm podrobuje kritice dosavadní přístupy k definici pronásledování a vyzdvihuje přínos unijní kvalifikační směrnice, která je založena právě na lidskoprávním přístupu.

Cílem této práce je tak snaha zodpovědět na tuto původní otázku. Prací se prolínají dvě témata, kterým v českojazyčné literatuře nebyla věnována detailnější pozornost. Jedná se o pronásledování z důvodu sexuální orientace a/či genderové identity (dále též „SOGI“) a kritické zhodnocení „lidskoprávního přístupu“.² Ve vztahu k lidskoprávnímu přístupu samému je vedlejším cílem práce rovněž přiblížit obsah tohoto pojmu, jak je mezinárodně zaužíván v doktríně uprchlického práva, a přispět tak k nápravě mírného terminologického zmatení v českém prostoru. Podstatou tohoto přístupu je požadavek vykládat pojem pronásledování z Úmluvy o právním postavení uprchlíků (dále též „Ženevská úmluva“) odkazem na externí normy mezinárodního práva lidských práv.

Byť se práce zabývá obecnou možností aplikace doktríny lidskoprávního přístupu v mezinárodním uprchlickém právu, zaměřuje se především na evropský prostor a na to, jaký význam může lidskoprávní přístup k pronásledování mít pro praxi států Evropské unie konkrétně ve vztahu k SOGI uprchlíkům. Je to i z toho důvodu, že neevropské kontrolní mechanismy regionálních lidskoprávních standardů se zatím nezabývaly stížností neúspěšného žadatele o azyl, který se obával pronásledování z důvodu SOGI.³

Práce nejprve v první části nastiňuje kontext pronásledování osob z důvodu jejich SOGI. Zkoumá kritéria, podle kterých je a případně může být SOGI subsumována pod relevantní

¹ STOREY, Hugo. What Constitutes Persecution? Towards a Working Definition. *International Journal of Refugee Law*. 2014, 26(2), 272–28.

² Nejdetailněji se problematice lidskoprávního přístupu v českém kontextu věnoval P. Molek ve své dizertační práci. P. Molek hodnotil především způsob výběru a kategorizaci jednotlivých práv a podrobil kritice kritérium derogovatelnosti, avšak nezaměřoval se na problematičnost aplikace lidskoprávního modelu jako takového (např. ve vztahu k limitačním klauzulím, přesunu zaměření zkoumání z hrozící újmy na povinnosti státu a k rozhodovací činnosti lidskoprávních kontrolních mechanismů). Kvalifikační směrnici hodnotí vesměs pozitivně, jeho práce však časově předchází zásadní judikaturu SDEU. V době, kdy psal P. Molek svoji práci a přispíval do velkého Komentáře zákona o azylu z roku 2010, měla kvalifikační směrnice na restriktivní českou praxi z hlediska ochrany uprchlíků dokonce pozitivní vliv. Srov. MOLEK, Pavel. *Právní pojem „pronásledování“ v souvislostech evropského azylového práva*. Praha: C.H. Beck, 2010.

³ FERREIRA, Nuno a Carmelo DANISI. Queering International Refugee Law. In: COSTELLO, Cathryn, Michelle FOSTER a Jane MCADAM (eds.). *The Oxford Handbook of International Refugee Law*. Oxford: Oxford University Press, 2021, pozn. 2 na s. 79.

důvody pronásledování za účelem získání statusu uprchlíka. Druhá část nastiňuje různé přístupy k interpretaci pojmu pronásledování a více přibližuje tzv. přístup „okolnostní“, který ztělesňuje UNHCR.

Třetí část je věnována osvětlení doktríny lidskoprávního přístupu. Ten slovy Storeyho způsobil „nejdůležitější změnu paradigmatu v doktríně uprchlického práva, k níž došlo od vydání Příručky UNHCR v roce 1979“.⁴ Jeho průkopníkem je James Hathaway a jeho kniha *The Law of Refugee Status*.⁵ V této práci navrhl model, podle kterého je nutné vykládat pojem pronásledování uprchlického práva odkazem na mezinárodní lidskoprávní normy. Ty nalezneme v široce uznávaných mezinárodních lidskoprávních katalozích, jež jsou pravidelně kontextualizovány a aktualizovány právně autoritativními obecnými komentáři a judikaturou mezinárodních kontrolních mechanismů.

Čtvrtá část proto zkoumá přístup lidskoprávních kontrolních mechanismů k neúspěšným žadatelům o azyl obávajících pronásledování z důvodu SOGI. Je zde provedena analýza rozhodování Výboru proti mučení, Výboru pro lidská práva a Evropského soudu pro lidská práva, které rozhodují o individuálních stížnostech v rámci Úmluvy proti mučení a jinému krutému, nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání, Mezinárodního paktu o občanských a politických právech a regionální Úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod. Aplikace těchto instrumentů je zkoumána konkrétně ve vztahu k SOGI stížnostem a ke kriminalizaci stejnopohlavního styku v zemi původu.

Pátá část se pak zabývá právem Evropské unie, které představuje bezprecedentní pokus o regionální harmonizaci mezinárodního uprchlického práva. Detailní pozornost je věnována kvalifikační směrnici, jež se rozsáhle pokouší vymezit pojem pronásledování a konvencionální důvody. Směrnice reprezentuje Hathawayův lidskoprávní přístup v „legislativní praxi“. Je zde proveden detailní rozbor rozsudku Soudního dvora Evropské unie ve věci *X., Y. a Z. v. Minister voor Immigratie en Asiel*, který se zabýval vztahem kriminalizace stejnopohlavního styku v zemi původu a pronásledováním z důvodu SOGI, a jeho implikací. Šestá část se stručně dotýká české soudní praxe.

Tato práce je založena na analýze primárních a sekundárních zdrojů. Mezi primární zdroje, které byly konzultovány, patří především Ženevská úmluva samotná, mezinárodní a regionální lidskoprávní úmluvy, právní instrumenty Evropské unie, soft law dokumenty mezinárodních

⁴ STOREY, Hugo. *Armed Conflict in Asylum Law: The “War-Flaw”*. *Refugee Survey Quarterly*. 2012, 31(2), s. 3.

⁵ HATHAWAY, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto/Vancouver: Butterworths Canada, 1991 (dále jako HATHAWAY, LORS1).

lidskoprávních smluvních orgánů a UNHCR⁶ a zprávy a stanoviska mezinárodních nevládních organizací. Byla provedena důkladná analýza rozhodnutí Výboru pro lidská práva, Výboru proti mučení, Evropského soudu pro lidská práva a Soudní dvora EU, která se vztahovala přímo ke stěžovatelům obávajících se pronásledování z důvodu SOGI. Okrajově byla studována i další relevantní rozhodnutí těchto i jiných národních orgánů, které v sekundární literatuře vyvolávala nejčastěji pozornost.

Při studiu sekundárních zdrojů jsem se zaměřovala především na knihy a články, které se hlouběji zabývají konceptem pronásledování jako takovým a vztahem uprchlického práva a mezinárodního práva lidských práv (dále též „MPLP“). Z autorů, kteří nejvíce myšlenkově ovlivnily teoretické základy této práce, byť v samotném textu zůstávají spíše na pozadí, lze jmenovat M. Crépin a R. Bhandariho, jejichž práce byly publikovány v posledním roce.⁷ Ve vztahu k pronásledování z důvodu SOGI existuje nepřeborné množství zdrojů. Analyzovala jsem zejména texty těch, jejichž jména jsou v doktríně nejzvučnější (např. J. Hathaway či D. Anker) a těch, kteří na toto téma píší nejčastěji (např. J. Millbank). Zásadním zdrojem byly rovněž stránky projektu SOGICA⁸ a knihy a články jeho hlavních autorů.

Na závěr zbývá osvětlit důvod, který stojí za výběrem zkratky SOGI a způsob, jakým je v práci užívána.⁹ Sexuální orientace a genderová identita jsou termíny, které odkazují na konkrétní charakteristiky či atributy člověka jako takového. Každý člověk má sexuální orientaci a genderovou identitu. Zkratka SOGI je tak v tomto kontextu vhodnější než zaužívaná zkratka LGBT a její varianty. Zkratka LGBT se odkazuje jen na určité skupiny osob navíc v omezeném pojetí konkrétních identit, jaké se vyvinuly v euroamerické kultuře.¹⁰ Sexuální orientace a genderová identita jsou na jednu stranu oddělené charakteristiky,¹¹ avšak v souvislosti

⁶ Úřad vysokého komisaře OSN pro uprchlíky.

⁷ CRÉPIN, Mathilde. *Persecution, International Refugee Law and Refugees: A Feminist Approach*. Abingdon/New York: Routledge, 2020. BHANDARI, Romit. *Human Rights and The Revision of Refugee Law*. Abingdon/New York: Routledge, 2020.

⁸ SOGICA je zkratkou pro „Sexual Orientation and Gender Identity Claims of Asylum“. Jednalo se o výzkumný projekt realizovaný v letech 2016 až 2020 financovaný Evropskou radou pro výzkum.

⁹ Tato práce užívá termín SOGI i jako adjektivum z důvodu jisté „ekonomičnosti“ textu, lze se zde tak setkat s termínem např. „SOGI uprchlík“, „SOGI žadatel“ apod. Na mysli se má „osoba obávající se pronásledování z důvodu SOGI“.

¹⁰ FERREIRA, DANISI, cit. 3, s. 81–82.

¹¹ Preambule Yogyakartačských principů definuje tyto pojmy následovně: *Sexuální orientací se rozumí schopnost každého člověka k hluboké citové a sexuální přitažlivosti a k intimním a sexuálním vztahům s osobami jiného nebo stejného pohlaví nebo více pohlaví. Genderovou identitou se rozumí hluboce pociťované vnitřní a individuální prožívání pohlaví každé osoby, které může, ale nemusí odpovídat pohlaví přidělenému při narození, včetně osobního vnímání těla (které může, na základě svobodného rozhodnutí, zahrnovat úpravu tělesného vzhledu nebo funkce lékařskými, chirurgickými nebo jinými prostředky) a dalších projevů pohlaví, včetně oblékání, řeči a způsobu vystupování*. International Commission of Jurists, Yogyakarta Principles – Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender

s pronásledováním z obou „*pramení související potíže a to jednotlivcům, kteří se nepřizpůsobují společenským normám a zvyklostem předepsaným [oběma] pohlavím nebo se domáhají svých práv*“.¹² Lidé s netradiční SOGI mají potenciál destabilizovat zavedený patriarchální řád s rigidním rozdělením mužských a ženských rolí. Jsou ze své podstaty podobně „nebezpeční“ jako ženy, které se vzpírají ženské genitální mutilaci. V silně patriarchálních společnostech s rigidním rozdělením rolí může i neheterosexuální člověk, který se jinak ve svém těle cítí pohodlně, nenaplňovat v očích komunity stoprocentně svoji přidělenou genderovou roli, což jej činí pro případné pronásledovatele viditelným a může tak být pronásledován i pro odlišnou „genderovou identitu“. Z těchto důvodů a vzhledem k zaužívání v literatuře jsem se rozhodla používat termín SOGI, který v kontextu této práce značí intersekcí: „sexuální a/či genderová identita“, a to i přesto, že práce místy hovoří pouze o sexuální orientaci, neboť se jedná o kategorii, se kterou operují rozhodující orgány nejčastěji.

identity [online]. Březen 2007 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <https://www.unhcr.org/refworld/docid/48244e602.html>.

¹² FERREIRA, DANISI, cit. 3, s. 82.

1 Sexuální orientace a genderová identita jako důvod pronásledování

Tato část si klade za cíl nejprve uvést problematiku pronásledování z důvodu SOGI do celkového kontextu. Dále zkoumá historický vývoj kategorie sexuální orientace jakožto důvodu pronásledování a právní argumentaci, na jejímž základě byla sexuální orientace podřazena pod „určitou sociální skupinu“.

1.1 SOGI uprchlíci a kontext pronásledování

Lidé prchající před homofobií a transfobií představují specifický migrační fenomén. V Evropské unii většina členských států neshromažďuje statistické údaje o počtu žádostí o azyl na základě SOGI.¹³ Podle hrubého odhadu výzkumu *Fleeing Homophobia* uskutečněného na základě dílčích dat mohlo v roce 2010 podat žádost o azyl na základě SOGI okolo 10 000 žadatelů pocházejících z cca 104 zemí.¹⁴ Neoficiální experimentální statistiky britského Ministerstva vnitra uvádí, že ve Velké Británii bylo mezi lety 2015 až 2020 podáváno v průměru ročně přes 1600 žádostí z důvodu SOGI, což jsou 5,2% z celkového počtu.¹⁵ Z podobných dat lze odhadovat, že v posledních letech se počet žádostí z důvodu SOGI v rámci EU mohl pohybovat mezi 25 000 a 32 000 ročně. Avšak populární představa, že lidé prchají před homofobií a transfobií pouze jednosměrně, z globálního Jihu do liberálních států Severu, je nepřesná. Byť se v cílových zemích nadále potýkají s další marginalizací, řada SOGI uprchlíků končí v ostatních státech svého regionu.¹⁶ Z jakého důvodu tito lidé opouštějí země svého původu?

Ve světě je v současné době 69 států, jejichž legislativa nějakou formou kriminalizuje stejnopohlavní styky. Podle zpráv organizace ILGA minimálně 34 z těchto států v posledních pěti letech tuto legislativu aktivně uplatňovalo v praxi, odhaduje se však, že jejich počet je pravděpodobně mnohem vyšší. Řada států zákonnou formou omezuje projevy, zveřejňování a

¹³ FRA. *Current Migration Situation in the EU: Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Asylum Seekers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017, s. 2.

¹⁴ Odhad reportu vychází z belgických dat, kde byly tyto žádosti na rozdíl od ostatních států do jisté míry evidovány a v letech 2009 a 2010 tvořily kolem 4% z celkového počtu. Srov. JANSEN, Sabine a Thomas SPIJKERBOER. *Fleeing Homophobia: Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*. Amsterdam: Coc Nederland/VU University Amsterdam, 2011, s. 16.

¹⁵ MINISTERSTVO VNITRA SPOJENÉHO KRÁLOVSTVÍ. Experimental Statistics: Asylum claims on the basis of sexual orientation 2020. *Home Office* [online]. 26. srpna 2021 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <https://www.gov.uk/government/statistics/immigration-statistics-year-ending-june-2021/asylum-claims-on-the-basis-of-sexual-orientation-2020>.

¹⁶ Mezi takovými destinacemi je např. Keňa, Jihoafrická republika, Libanon, Jordánsko, Jižní Korea, Mexiko, Kostarika a Brazílie. Srov. FERREIRA, DANISI, cit. 3, s. 80.

šíření materiálů, které by se jakkoli týkaly problematiky sexuální orientace a genderové identity a dále zakládání, zřizování nebo registraci nevládních organizací, které by tyto otázky adresovaly.¹⁷ Kriminalizace samotná má potenciál způsobit nejzávažnější druhy újmy. Zákony šesti států umožňují za dobrovolný sexuální styk osob stejného pohlaví uložit trest smrti.¹⁸ Vedle trestu smrti hrozí osobám pronásledovaným z důvodu SOGI na základě trestní legislativy tresty odnětí svobody či tělesné tresty, včetně např. bičování. V detenci či věznicích jsou tyto osoby dále vystaveny týrání, fyzickému násilí, sexuálnímu zneužívání a diskriminaci či jejich zvýšenému riziku. I v případech, kdy tyto zákony nejsou konzistentně vymáhány, přispívá kriminalizace stejnopohlavních vztahů k represivní atmosféře, společenské netoleranci a permanentní hrozbě potenciálního trestního stíhání. Tyto zákony jsou využívány k vydírání a jsou i důvodem, proč lidé nemohou vyhledat ochranu u policie či úřadů. Jiné státy, které stejnopohlavní styky nekriminalizují formálně, využívají selektivního uplatňování obecných ustanovení o veřejné morálce či veřejném pořádku k trestání osob s netradiční SOGI.¹⁹

Samotná existence legislativy kriminalizující stejnopohlavní styky může být podstatným indikátorem míry perzekuce, není však indikátorem jediným. SOGI žadatelé často zmiňují, že vůči nim bylo užito fyzické, psychologické a sexuální násilí nejen ze strany státních, ale primárně nestátních aktérů. Nesouhlas rodiny a komunity vede v některých zemích k vraždám ze cti, korektivnímu znásilnění a nuceným sňatkům. Vzhledem k tomu, že v mnoha zemích je odlišná SOGI vnímána jako nemoc či morální zvrácenost, dochází rovněž k případům snahy o násilnou „konverzi“, včetně nedobrovolné operace změny pohlaví, ústavní léčby, elektrošokové terapie či hormonální léčby.²⁰ De facto beztrestnost těchto činů, společenská ostrakizace a vyloučení má závažné dopady na duševní zdraví lidí s odlišnou SOGI. Diskriminační uplatňování zákonů obecné povahy ve snaze omezit jejich svobodu projevu a možnosti shromažďování i sdružování vede k tomu, že nemají reálné prostředky k hájení svých práv. V důsledku pak čelí i diskriminaci v přístupu k lékařské péči, bydlení, zaměstnání, vzdělávání a v otázkách rodinného práva.²¹ Kumulace všech těchto druhů újmy činí ve své komplexitě život v zemi původu nesnesitelným a možnosti relokace v rámci jedné země jsou

¹⁷ ILGA WORLD. *State-Sponsored Homophobia 2020: Global Legislation Overview Update* [online]. Ženeva: ILGA, 2020, s. 25, 113–141 [cit. 2021-11-05]. Dostupné z: https://ilga.org/downloads/ILGA_World_State_Sponsored_Homophobia_report_global_legislation_overview_update_December_2020.pdf.

¹⁸ Některé zdroje podle organizace ILGA uvádějí možné právní interpretace, dle kterých lze trest smrti uložit ještě v dalších pěti státech.

¹⁹ Srov. UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 23. října 2012, Un. Doc. HCR/GIP/12/09, § 26, 27 a 29.

²⁰ Ibid, §§ 20–23.

²¹ Ibid, §§ 24–25.

často prakticky nemožné.²² Jazykem lidských práv tak tyto různé druhy újmy představují zásah do celé řady článků z mezinárodních lidskoprávních katalogů, kdy konkrétní práva buď stát přímo aktivně porušuje, nebo není schopen či ochoten zajistit rovný a bezpečný přístup k jejich výkonu.

Že kriminalizace není jediným indikátorem pronásledování a právo na soukromí není jediným právem ve hře, demonstruje příklad Egypta. Tento stát nekriminalizuje stejnopohlavní styky explicitně formálně, ale státní složky aktivně využívají jiných ustanovení trestního zákoníku k perzekuci osob s netradiční SOGI, např. ustanovení o „notorické zhýralosti“. V září 2017 po hudebním koncertě libanonské skupiny Mashrou' Leila v Káhiře, na kterém několik mladých lidí mávalo duhovými vlajkami, došlo k zatčení až 100 osob pro podezření z „notorické zhýralosti“ a řada z nich byla podrobena análnímu „vyšetření“. Dva aktivisté, kteří se účastnili koncertu byli obviněni z členství v nezákonné organizaci, jejímž cílem bylo narušit veřejný pořádek, z „podněcování ke smilstvu a nemravnosti“ a z komunikace a přijímání finančních prostředků od zahraničních subjektů s postihem až 15 let odnětí svobody. Sarah Hegazi byla po dobu tří měsíců ve vazbě izolována a týrána elektrošoky. Díky dočasnému propuštění na kauci a následném získání azylu se jí podařilo uniknout stíhání. V červnu 2020 v důsledku posttraumatického syndromu spáchala v Kanadě sebevraždu.²³

1.2 SOGI jako konvencionální důvod

*[P]ojem „uprchlík“ se vztahuje na každou osobu, která: [...] se [...] z důvodu oprávněných obav před pronásledováním pro svoji rasu, náboženství, národnost, příslušnost k určité sociální skupině nebo své politické názory, nachází mimo zemi své státní příslušnosti a nemůže nebo z důvodu těchto obav nechce využít ochrany této země; totéž se vztahuje na osobu bez státní příslušnosti, která se nachází mimo zemi svého dosavadního obvyklého pobytu [...] a která se tam nemůže nebo z důvodu těchto obav nechce vrátit.*²⁴

²² Ibid, §§ 54.

²³ MEE CORRESPONDENT. ‘Egypt failed her’: LGBT activist kills herself in Canada after suffering post-prison trauma. *Middle East Eye* [online]. 15. června 2020 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <https://www.middleeasteye.net/news/egypt-lgbtq-activist-sarah-hegazi-suicide-trauma>. ARRAF, Jane. After Crackdown, Egypt’s LGBT Community Contemplates ‘Dark Future’. *NPR* [online]. 18. června 2018 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <https://www.npr.org/2018/06/18/620110576/after-crackdown-egypts-lgbt-community-contemplates-dark-future>.

²⁴ Srov. čl. 1A odst.2 Úmluvy o právním postavení uprchlíků. Zde uvedený český překlad je mým vlastním překladem na základě autentického anglického i francouzského znění. Zaužívám český překlad ze sdělení č. 208/1993 Sb. zde nepoužívám, neboť jej považuji za místy nepřesný, až zavádějící.

Citovaná část inkluzivní klauzule z Ženevské úmluvy o právním postavení uprchlíků z roku 1951 je považována za základní stavební kámen současného mezinárodního uprchlického práva. Chráněnými (tzv. „konvencionálními“) důvody jsou rasa, náboženství, národnost, příslušnost k určité sociální skupině a politické názory. Sexuální orientaci ani genderovou identitu zde explicitně uvedeny nenajdeme. Tyto kategorie byly mezi důvody začleněny až na základě výkladu. Ženevská úmluva nedisponuje kontrolním mechanismem, který by umožňoval vydávat rozhodnutí ve věcech stížností jednotlivých osob proti státu a těmito rozhodnutími by sjednocoval její výklad.²⁵ Výklad úmluvy je tak ponechán na rozhodovací praxi jednotlivých států. V následujících odstavcích se v rámci této a následující kapitoly referuji pouze ke kategorii sexuální orientace, neboť rozhodující orgány aplikující uprchlické právo často nebyly po dlouhá léta schopny mezi sexuální orientací a genderovou identitou rozlišit.²⁶

Prvním známým případem, kdy národní orgán uznal sexuální orientaci jako relevantní důvod pronásledování, bylo rozhodnutí soudní sekce nizozemské Státní rady v srpnu 1981.²⁷ Státní rada podřadila pronásledování z důvodu sexuální orientace pod pronásledování z důvodu příslušnosti k určité sociální skupině. Zajímavou je z hlediska srovnání s mezinárodními lidskoprávními systémy skutečnost, že se tomu tak stalo o dva měsíce dříve, než Evropský soud pro lidská práva vydal slavný rozsudek *Dudgeon v. Spojené království*, ve kterém shledal, že legislativa kriminalizující stejnopohlavní styky porušuje lidská práva.²⁸

Německé správní soudy rovněž minimálně od roku 1983 udělovaly homosexuálním uprchlíkům azyl. Homosexuální osoby představovaly pro soudy určitou sociální skupinu, primárně z toho důvodu, že byly považovány za politické oponenty režimů v zemi původu.²⁹ Konvencionální důvod se tak blížil spíše „politickým názorům“. Rozhodnutí wiesbadenského správního soudu z roku 1983 je zajímavé i tím, že odmítl argument vlády, že by iránský žadatel

²⁵ Srov. HONUSKOVÁ, Věra. *Definice uprchlíka a její výklad a aplikace v současném mezinárodním právu*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2011, s. 7.

²⁶ Dané osoby mohly být pronásledovány buď jen z důvodu sexuální orientace, nebo primárně z důvodu genderové identity, anebo na základě obojího zároveň. Jak uvádí M. Foster, řada rozhodnutí ohledně sexuální orientace či sexuální identity často zahrnuje širší škálu kontextů, kdy orgány sem řadí i intersexuální a transsexuální osoby, které jsou pronásledovány především z důvodu své genderové identity, tzn. s jakým pohlavím se identifikují, a ne z důvodu sexuální orientace. V rámci zmatení pojmů jsou soudy např. schopny konstruovat i takové kategorie jako „homosexuálních mužů s ženskou sexuální identitou“. Viz FOSTER, Michelle. *The 'Ground with the Least Clarity': A Comparative Study of Jurisprudential Developments Relating to Membership of a Particular Social Group*. Ženeva: UNHCR, 2012, s. 51.

²⁷ Rozhodnutí *Afdeling Rechtspraak Raad van State* (Soudní oddělení Státní rady) ze dne 13. 8. 1981, č. A-2.1113, *Rechtspraak Vreemdelingenrecht* 1981, 5. Rozhodnutí předcházela rezoluce nizozemského parlamentu z roku 1979, která uznala pronásledování na základě sexuální orientace za důvod pro poskytnutí azylu. Viz ECRE. *ELENA Research Paper on Sexual Orientation as a Ground for Recognition of Refugee Status* [online]. 1997, s. 10 [cit. 2021-11-03], Dostupné z: <https://www.unhcr.org/refworld/docid/3decd1fa4.html>.

²⁸ ESLP, *Dudgeon v. Spojené království*, 22. října 1981, stížnost č. 7525/76.

²⁹ Výzkumná zpráva projektu ELENA zmiňuje příklady tří takových rozhodnutí z 80. let 20. století (1983, 1986, 1988). Viz ECRE. *ELENA Research Paper*, cit. 27, s. 9–10.

o azyl, který nebyl v minulosti v Íránu pronásledován, mohl svoji orientaci v zemi skrývat, aby se vyhnul perzekuci.³⁰ Další státy začaly udělovat azyl z důvodu pronásledování na základě sexuální orientace v první polovině 90. let 20. století, např.: USA (1990), Kanada (1992), Dánsko (1992), Nový Zéland (1992), Finsko (1992), Francie (1993), Austrálie (1994),³¹ Belgie (1994) či Velká Británie (1994). Jiné státy zavedly tento důvod přímo do svých azylových zákonů: Irsko (1996) či Jihoafrická republika (1998).³² Česká republika rovněž nejpozději od roku 2003 tento důvod uznává, je však možné, že tak začala činit již dříve.³³

Úřad Vysokého komisaře OSN pro uprchlíky (dále jen „UNHCR“) v roce 1996 doporučil, aby osoby, které čelí útokům, nelidskému zacházení a vážné diskriminaci z důvodu své sexuální orientace, a jejichž vlády nejsou schopny či ochotny je chránit, byly uznávány za uprchlíky.³⁴ V roce 2008 pak UNHCR vydal první metodické pokyny ohledně žádostí o azyl na základě sexuální orientace a genderové identity, ve kterých uvedl, že praxe států potvrzuje, že osoby mohou být uznávány za „určitou sociální skupinu“ a z toho titulu mít nárok na ochranu.³⁵ Tato metodika byla v roce 2012 nahrazena detailnější Směrnicí k mezinárodní ochraně č. 9, která se stala přílohou k Příručce o postupech a kritériích pro určování právního postavení uprchlíků (dále jen „Příručka“).³⁶ Směrnice a Příručka jsou však považovány za doporučení nezávazného charakteru.³⁷

³⁰ Rozsudek správního soudu ve Wiesbadenu ze dne 26. dubna 1983, č. IV/I E 06244/81. Viz ECRE. *ELENA Research Paper*, cit. 27, s. 9.

³¹ Historickým paradoxem je, že australské orgány uznaly, že sexuální orientace může zakládat příslušnost k určité sociální skupině již v roce 1992. Následně začaly udělovat z tohoto důvodu azyl ještě dříve, než byly v jiné části země (v Tasmánii) v roce 1997 dekriminlizovány stejnopohlavní styky, za které hrozily potenciálně drakonické tresty až 21 let odnětí svobody.

³² Srov. ECRE. *ELENA Research Paper*, cit. 27, s. 7–22.

³³ Srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. listopadu 2003, č. j. 2 Azs 40/2003; rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. ledna 2004, č. j. 2 Azs 69/2003; rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. října 2006, č. j. 2 Azs 66/2006.

³⁴ UNHCR, *Protecting Refugees: Questions and Answers*, UNHCR/PI/Q&A-UK1.PM/Feb.1996, s. 12, citováno z: WALKER, K.: *Sexuality and Refugee Status in Australia. International Journal of Refugee Law*, vol. 12, č. 2/2000, s. 179

³⁵ UNHCR, *Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity* [online]. 21. listopadu 2008, §41 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd5660.html>.

³⁶ Srov. UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 9*, cit. 19; UNHCR, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, únor 2019, Un. Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.4.

³⁷ Čl. 35 Ženevské úmluvy stanoví UNHCR „povinnost dozírat na provádění ustanovení“, ovšem úmluva již nespécifikuje nástroje tohoto provádění. Názory na to, nakolik mají různé materiály UNHCR z hlediska mezinárodního práva závazný charakter, se mohou lišit. Obecně jsou ale považovány za „soft law“ s tím, že Příručka a směrnice k mezinárodní ochraně budou mít více autoritativní charakter než jiné dokumenty.

1.3 Příslušnost k určité sociální skupině

Na základě jaké právní argumentace tedy mohla být sexuální orientace podřazena pod „určitou sociální skupinu“? „Určitá sociální skupina“ je neurčitým pojmem (podobně jako „pronásledování“) a *travaux préparatoires* k Ženevské úmluvě v tomto ohledu mlčí. Praxe musela nejprve obsah samotného pojmu dovodit. Ve vztahu k určité sociální skupině postupně v judikatuře vykrytalizovaly dva hlavní přístupy, které do svých směrnic vtělila i UNHCR: přístup na základě chráněné charakteristiky (založený na principu *ejusdem generis*) a přístup na základě sociální percepce.³⁸

Principem metody *ejusdem generis* (stejného druhu) je, že neurčité pojmy, které se nachází ve společném výčtu s konkrétními pojmy, by měly být vykládány v souladu s těmito konkrétními pojmy. Tento princip poprvé aplikovala v roce 1985 Odvolací imigrační komise Spojených států (Board of Immigration Appeals) ve věci *Acosta* na výklad pojmu „určitá sociální skupina“. Komise mj. konstatovala, že každý z konkrétních konvencionálních důvodů ve výčtu „*popisuje pronásledování zaměřené na neměnnou charakteristiku: charakteristiku, kterou jednotlivec buď nemůže změnit, nebo je natolik zásadní pro identitu či vědomí jednotlivce, že by neměla být její změna požadována*“.³⁹ Mezi neměnné charakteristiky patří např. pohlaví, barva pleti či rodinné vazby, ale i určitá společná minulost, kterou nelze změnit. Závěry z věci *Acosta* následně ovlivnily i kanadský Nejvyšší soud ve věci *Ward*, který tyto principy dal do spojitosti s nediskriminačním principem, na kterém je podle něj ochrana Ženevské úmluvy založena. Tento přístup přijala řada *common law* jurisdikcí.⁴⁰

Přístup na základě sociální percepce se vyvinul v Austrálii a autonomně i ve Francii. V případě Austrálie se jednalo původně o „slovníkový přístup“, kdy se soudci snažili dovodit význam jednotlivých pojmů na základě slovníkových definic. V principu jde o to, zda je daná skupina osob identifikovatelná na základě nějaké vlastnosti či atributu, který je všem společný a tento atribut musí skupinu odlišovat od společnosti jako celku, aby byla vnímána jako odlišná.⁴¹

Červenou nití, která se line oběma přístupy, je pronásledování z důvodu zásadní vlastnosti, která způsobuje odlišnost. Snaha vyextrahovat z uprchlické definice smysl výrazu „určitá

³⁸ UNHCR, *Guidelines on International Protection No.1: Gender-Related Persecution in the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, 7. května 2002, Un. Doc. HCR/GIP/02/01, § 29; UNHCR, *Guidelines on International Protection No.2: “Membership of a Particular Social Group” Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, 7. května 2002, Un. Doc. HCR/GIP/02/02, § 11.

³⁹ Rozhodnutí Odvolací imigrační komise USA, *Re Acosta*, 1. března 1985, 19 I&N Dec. 211.

⁴⁰ FOSTER, cit. 26, s. 7–8. Srov. HATHAWAY, LORS1, cit. 5, s. 160–161.

⁴¹ FOSTER, cit. 26, s. 10

sociální skupina“ vedla k nalezení odpovědi po obsahu definice samotné. Na základě úvahy uplatňující princip *ejusdem generis*, která vyextrahovala, co mají společné čtyři specifické konvencionální důvody, dostáváme odpověď na to, proč některé skupiny lidí opouštějí své země původu, jakým způsobem jsou produkováni uprchlíci a kdo vlastně uprchlík je. Jak konstatoval jeden americký odvolací soud již v roce 1969, pronásledování představuje „*působení utrpení nebo újmy těm, kteří se odlišují [...] způsobem, jenž je považován za urážlivý*“.⁴² Jedná se o „*útlak [...] kvůli odlišnosti, kterou pronásledovatel nehodlá tolerovat*“.⁴³ Jak píše S. B. Young, „*[p]ronásledování je rozšířený případ diskriminace. Pronásledování je nicméně více než jen absence rovné ochrany. Nedostatek možností vyhnout se nebezpečí je podstatou stavu, kdy jsou lidé obtěžováni silami, které nemohou ovlivnit*“.⁴⁴

Podle D. J. Steinbocka představuje pronásledování v Ženevské úmluvě především „*pronásledování odlišnosti*“ (*persecution of difference*).⁴⁵ V poválečném období po zkušenostech s hrůzami druhé světové války podle Steinbocka opanovaly intelektuální prostor dvě velká paradigma: právo na svobodu projevu a princip nediskriminace.⁴⁶ Definice uprchlíka je historickým záznamem o významu obou těchto principů, resp. o shodě na tom, že není možné požadovat návrat do země původu po osobách, které v ní jsou radikálně⁴⁷ a násilně diskriminovány⁴⁸ z důvodu, který nemohou či nemají mít povinnost ovlivnit a který je irelevantní pro hodnocení povahy jejich jednání ve společnosti.

⁴² „*the infliction of suffering or harm upon those who differ [...] in a way regarded as offensive*“. Viz rozsudek Odvolacího soudu USA (9th Cir.), *Kovac v. INS*, 29. ledna 1969, 407 F.2d 102. Srov. BOWERMAN, Kristie. *Pitcherskaia v. I.N.S.: The Ninth Circuit Attempts to Cure the Definition of Persecution*. *Tulane Journal of Law and Sexuality*. 1997, vol. 7, s. 104. Tato věta byla M. Foster a J. Hathawayem několikrát chybně interpretována a použita za účelem ilustrace subjektivně stanoveného prahu pro pronásledování v americkém soudnictví. Oba totiž nesprávně spojují „*in a way regarded as offensive*“ se slovem „*infliction*“ a chápou tak větu ve smyslu: „*působení utrpení nebo újmy způsobem, jenž je považován za urážlivý, těm, kteří se odlišují*“. Původní slovníkovou definici citovala v celku již v roce 1963 Odvolací imigrační komise ve věci *Diaz* a tento smysl na základě celkové textace evidentně nemá a ani ji v takovém smyslu americký soud nepoužívá. Viz Rozhodnutí Odvolací imigrační komise USA, *Re Diaz*, 20. března 1963, 196310 I&N Dec. 199. Srov. HATHAWAY, James C. a Michelle FOSTER. *The Law of Refugee Status*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2014 (dále jako HATHAWAY, LORS2), s. 186; FOSTER, Michelle. *Economic Migrant or Person in Need of Protection? Socio-Economic Rights and Persecution in International Refugee Law*. CANTOR, David James a Bruce BURSON (eds.). *Human Rights and the Refugee Definition: Comparative Legal Practice and Theory*. Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2016, s. 238.

⁴³ Srov. rozsudek Odvolacího soudu USA (9th Cir.), *Geovanni Hernandez-Montiel v. INS*, 24. srpna 2000, 225 F.3d 1084, §§ 10487–10488.

⁴⁴ YOUNG, Stephen B. *Who is a Refugee? A Theory of Persecution*. In *Defense of the Alien*. The Center for Migration Studies of New York, 1982, vol. 5, s. 44.

⁴⁵ STEINBOCK, Daniel J. *Interpreting the Refugee Definition*. *UCLA Law Review*. 1998, 45(3), s. 787.

⁴⁶ *Ibid*, s. 788.

⁴⁷ Podle italského Nejvyššího kasačního soudu „*pronásledování je třeba považovat za formu radikálního boje proti menšině*“. Viz usnesení Nejvyššího kasačního soudu Itálie ze dne 20. září 2012, č. 15981, § 5.

⁴⁸ Podle J. F. Durieuxa je pronásledování „*násilnou formou diskriminace [která] předpokládá použití nátlaku k potlačení odlišnosti*“. Viz DURIEUX, Jean-Francois. *Three asylum Paradigms*. *International Journal on Minority and Group Rights*. 2013, 20(2), s. 157.

Analýza ve věci *Acosta* za uplatnění právního principu *ejusdem generis* nenalezla podle mého názoru nové skupiny uprchlíků, které by měla Ženevská úmluva nově chránit. Pouze odhalila princip, jenž je zabudovaný v samém jádru definice uprchlíka a jenž reflektuje historický kontext i zkušenost.⁴⁹ To by ostatně vysvětlovalo i důvod, proč státy začaly považovat pronásledování z důvodu sexuální orientace jako azylově relevantní mnohem dříve, než lidskoprávní smluvní orgány dospěly k tomu, že by měla sexuální orientace patřit k tzv. „zakázaným“ diskriminačním důvodům. Úspěchy azylových žádostí založených na pronásledování z důvodu sexuální orientace, genderové identity a pohlaví jsou jistě dílem snahy individuálních aktivistů, kteří se snažili tyto žádosti formulovat jazykem lidských práv. Dají se však připisovat měnícímu se celospolečenskému kontextu a vlivu feminismu a queer aktivismu. Mezinárodní právo lidských práv (a jeho kontrolní mechanismy) ve skutečnosti zareagovalo na tento myšlenkový kvas formálním způsobem mnohem později než uprchlické právo.

⁴⁹ Když delegáti formulovali definici uprchlíka, reagovali mj. i na hrůzy koncentračních táborů. To dosvědčuje formulace 5. a 6. odstavce cesační klauzule, která se nevztahuje na osoby, které byly v minulosti perzekvovány a spadají pod čl. 1A odst. 1 (snahou zde bylo zajistit, aby židovští uprchlíci nebyli nuceni k návratu do Německa i přesto, že nacistický režim již padl). Pronásledování z důvodu sexuální orientace pravděpodobně neměli primárně na mysli. Jak však připomněl v roce 1986 německý federální správní soud, když tento důvod shledal azylově relevantním, za Třetí říše byli pronásledováni i lidé pro svoji sexuální orientaci (resp. cíleně posílání do koncentračních táborů). Srov. ECRE. *ELENA Research Paper*, cit. 27, s. 9–10.

2 Pronásledování a cesty k definici

Podobně neurčitým pojmem jako „určitá sociální skupina“ je i „pojem pronásledování“. Jedná se o pojem klíčový, neboť stanovení podstaty a intenzity újmy, kterou tento pojem zahrnuje, má rozhodující vliv na to, zda bude udělena mezinárodní ochrana. Za 70 let od přijetí Ženevské úmluvy se doktrína, rozhodující orgány i zákonodárci pokoušeli definovat tento pojem nesčetněkrát. Již z rané analýzy německé a francouzské judikatury v oblasti uprchlického práva z doby prvních 15 let po přijetí Ženevské úmluvy, kterou provedl A. Grahl-Madsen, je zřejmé, že rozhodující orgány do konceptu pronásledování zahrnuly mj. i různé formy zbavení osobní svobody, odsun do jiné části země, zbavení možnosti vydělávat si na živobytí, systematické odpírání zaměstnání, vyloučení ze vzdělávání z politických důvodů či nerušené praktikování vlastního náboženství za určitých okolností.⁵⁰

Pokusy o hledání definice podrobně zkoumá ve své práci M. Crépin, která cituje přístup k pronásledování u několika desítek autorů.⁵¹ Asi nejprehledněji tyto pokusy shrnul ve svém článku britský soudce H. Storey, který rozlišuje následující přístupy k definici pronásledování:⁵² 1) národní definice ve vnitrostátním zákoně, 2) slovníkové definice, 3) definice demonstrativním výčtem, 4) definice založené na systematickém výkladu, 5) „okolnostní“ přístup (*circumstantial approach*) a 6) lidskoprávní přístup (*human rights approach*).⁵³ K nim bychom mohli zařadit, jak činí M. Crépin a P. Molek, 7) definice na základě mezinárodního práva trestního.⁵⁴

2.1 Problematické cesty

První přístup (např. Austrálie) je podle Storeyho problematický v tom, že fixuje význam pojmu „pronásledování“ bez ohledu na to, že se jedná o termín mezinárodního práva a že velmi

⁵⁰ GRAHL-MADSEN, Attle. *The Status of Refugees in International Law I: Refugee Character*. Leyden: A. W. Sijthoff, 1966, s.188–216.

⁵¹ CRÉPIN, cit. 7, s. 26–30.

⁵² Přístupy zde uvádím v pozmeněném pořadí. Srov. STOREY, cit. 1, s. 274–278; CRÉPIN, cit. 6, s. 30–32.

⁵³ Je nutno upozornit, že se nejedná o „lidskoprávní“ přístup, jak jej v některých svých pracích do české terminologie zavedl D. Kosař. Ten měl tímto termínem na mysli primárně jeden z přístupů k nestátním aktérům, který doktrína nazývá „protection theory“ (teorie ochrany) a který staví do protikladu k „accountability theory“ (teorie odpovědnosti). Kosař označil přístup UNHCR za „lidskoprávní“. Přístup UNHCR vsutku preferuje spíše „teorii ochrany“, avšak to z něj nečiní přístup „lidskoprávní“. Lidskoprávní přístupy se vyznačují v mezinárodní doktríně tím, že interpretují termín pronásledování pomocí reference k porušování lidských práv. Z tohoto pohledu zaujímá UNHCR lidskoprávní přístup jen částečně, ale zdaleka ne výhradně. Pro čistě lidskoprávní přístupy jsou důležité reference k externím lidskoprávním standardům jako měřítkům objektivitu, ty však pro UNHCR nehrají roli, proto je metodologicky vhodnější její přístup označit za „okolnostní“. Srov. KOSAŘ, David. *Nestátní subjekty v definici uprchlíka*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, s. 3.

⁵⁴ CRÉPIN, cit. 7, s. 32–34; MOLEK, cit. 2, s. 33–42.

detailní definice může být v rozporu se snahou o jednotnou mezinárodní praxi. Kámen úrazu slovníkového přístupu spočívá ve skutečnosti, že každý slovník udává jiný význam (navíc i napříč jazyky) a výsledek rozhodnutí by závisel často jen na tom, který slovník nejlépe odpovídá danému případu či zájmům příslušného soudu. Třetí přístup reprezentuje učebnice *Law of Asylum in the United States* autorky D. Anker, která podává výčet příkladů z *travaux*, judikatury a materiálů UNHCR. Orgán následně může rozhodovat na základě podobnosti případů. Potíž je, že neznáme kritéria pro začlenění případných dalších forem pronásledování.⁵⁵ Sedmý přístup odmítá M. Crépin především z toho důvodu, že v uprchlickém právu by nemělo být po obětech požadováno prokázat pronásledovatelův úmysl, zatímco trestní právo je za účelem vyslovení viny na zjišťování úmyslu založeno.⁵⁶

Systematický přístup vychází ze samotné Ženevské úmluvy, konkrétně z principu *non-refoulement*. Někteří komentátoři, zejména K. Zink, v minulosti argumentovali tím, že vzhledem k čl. 33 má být pronásledování definováno jako ohrožení života a svobody. Podle Storeyho jsme jen nahradili jeden neurčitý termín třemi dalšími slovy, která jsou podobně neurčitá. Navíc hrozí, že pokud se bude vykládat „ohrožení života a svobody“ restriktivněji než pronásledování, bude docházet k absurdním situacím, kdy bude možné navracet do země původu uprchlíky.⁵⁷ Již A. Grahl-Madsen podrobně rozebral historii přípravy článků 31 a 33 a demonstruje, že neměly substantivní, ale spíše procedurální povahu a že fráze „hranice zemí, ve kterých by byly ohroženy jejich život či svoboda“ jsou jen zkratkou pro „zemi původu“.⁵⁸ Navíc v restriktivním a doslovném pojetí by nemohly zásahy do fyzické integrity (mučení atp.) vůbec spouštět princip *non-refoulement*. Proto se tento systematický přístup většinou neuplatnil.⁵⁹ Čl. 33 je brán spíše za výchozí bod, jak demonstruje i přístup Příručky UNHCR, který rozebírá následující kapitola.

2.2 Okolnostní přístup

Okolnostní přístup reprezentuje Příručka UNHCR. Za pronásledování lze považovat ohrožení života či svobody a jiná vážná porušování lidských práv (bod 51). Současně v závislosti

⁵⁵ STOREY, cit. 1, s. 276.

⁵⁶ CRÉPIN, cit. 7, s. 33.

⁵⁷ STOREY, Hugo. Persecution: Towards a Working Definition. In: CHETAIL, Vincent a Céline BAULOZ (eds.). *Research Handbook on International Law and Migration*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, s. 465.

⁵⁸ GRAHL-MADSEN, cit. 50, s.196.

⁵⁹ Srov. KOSAŘ, David, Pavel MOLEK, Věra HONUSKOVÁ, Miroslav JURMAN a Hana LUPAČOVÁ. *Zákon o azylu. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2010, s. 98–99.

na individuálních *okolnostech* každého případu může být pronásledováním i endogenní újma u konkrétní osoby, vzhledem k tomu, čím prošla, i jejímu psychickému nastavení (bod 52). Dále kumulace různých opatření a dalších nepříznivých faktorů v zemi původu může zavdat oprávněné obavy z pronásledování. Podstatné budou veškeré *okolnosti*, včetně konkrétního zeměpisného, historického a etnologického kontextu (bod 53).⁶⁰ Storey kritizuje přístup UNHCR, že není dostatečně zásadový a podporuje subjektivní a nekonzistentní rozhodování. Podle něj by důraz na subjektivní prvek a psychologické nastavení jednotlivců podporovalo nespravedlivé rozhodování těch případů, kde dotyční nedemonstrují dostatečné utrpení či hrůzu z pronásledování či naopak tam, kde jej demonstrují přehnaně. Obdobnou kritiku subjektivního prvku u oprávněných obav provedl i Hicks a Hathaway.⁶¹

Crépin tuto kritiku bagatelizuje jako přehnanou. Podle ní i samotná Příručka relativizuje význam subjektivního prvku strachu, neboť psychické rozpoložení musí být podpořeno objektivní situací v zemi původu (bod 38). Navíc se Storey příliš zaměřuje na roli subjektivního prvku, který se váže k elementu oprávněných obav, zatímco posuzování elementu pronásledování se zabývá především mírou a povahou újmy. Právě zde může subjektivní prvek hrát svou roli, když pomáhá individualizovat analýzu pronásledování a zohlednit osobní zranitelnost dané osoby.⁶² Což je ostatně i závěr, ke kterému dospívají (pod vedením Hathawaye) Michiganské směrnice pro otázku odůvodněných obav, které se snaží vůči subjektivnímu prvku v Příručce vymezit. Podle českého Komentáře k zákonu o azylu mají tyto směrnice představovat alternativu k přístupu Příručky UNHCR.⁶³ Pokud však přijmeme interpretaci Crépin, tak se tyto přístupy vlastně neliší. Hathawayovo a Storeyho rozhořčení ohledně subjektivního prvku Příručky se spíše jeví bouří ve sklenici vody.

⁶⁰ 51. [...] Z článku 33 [...] lze vyvodit, že ohrožení života nebo svobody z [...] [konvencionálních důvodů] je vždy pronásledováním. Jiná závažná porušení lidských práv – ze stejných důvodů – by rovněž představovala pronásledování.

52. To, zda by další škodlivé jednání nebo výhrůžky představovaly pronásledování, bude záviset na okolnostech každého případu, včetně subjektivního prvku, na který bylo odkazováno v předchozích odstavcích. Subjektivní povaha strachu z pronásledování vyžaduje posouzení názorů a pocitů dotyčné osoby. Ve světle těchto názorů a pocitů musí být také nutně posuzována jakákoli skutečná nebo očekávaná opatření proti této osobě. Vzhledem k rozdílům v psychologickém nastavení jednotlivců a v okolnostech každého případu se výklady toho, co představuje pronásledování, budou lišit.

53. Kromě toho může být žadatel vystaven různým opatřením, která sama o sobě nepředstavují pronásledování (např. diskriminace v různých formách), v některých případech v kombinaci s dalšími nepříznivými faktory (např. obecná atmosféra nejistoty v zemi původu). V takových situacích mohou tyto různé prvky [...] dostatečně odůvodňovat tvrzení o odůvodněném strachu z pronásledování na základě „kumulativních důvodů“ [...] To bude nutně záviset na všech okolnostech, včetně konkrétního zeměpisného, historického a etnologického kontextu. Viz UNHCR, *Handbook*, cit. 36, §§ 51–53.

⁶¹ HATHAWAY, James C. a William S. HICKS. Is there a Subjective Element in the Refugee Convention's Requirement of 'Well-Founded Fear'? *Michigan Journal of International Law*. 2005, 26(2), 505–62.

⁶² CRÉPIN, cit. 7, s. 97–99.

⁶³ KOSARĚ a kol., cit. 59, s. 83–84.

Příručka UNHCR nedává zřejmý návod na to, jak posoudit závažnost újmy, aby bylo dosaženo intenzity pronásledování. Jisté vodítko pro práh újmy naznačuje bod 42 Příručky UNHCR, který zmiňuje nesnesitelnost dalšího setrvávání v zemi původu či návratu do ní.⁶⁴ Podobný přístup zaujal i australský Nejvyšší soud: „*Pronásledování zahrnuje mnoho forem újmy od fyzické újmy po ztrátu nehmotných statků, od smrti a mučení po státem sponzorovanou nebo schvalovanou diskriminaci ve společenském životě a zaměstnání. Ať už má újma jakoukoli podobu, bude představovat pronásledování pouze tehdy, pokud z důvodu její intenzity nebo trvání nelze rozumně očekávat, že ji pronásledovaná osoba bude snášet.*“⁶⁵

2.3 Lidskoprávní přístup

Pro soudce Storeyho je jasným favoritem všech přístupů přístup „lidskoprávní“, za jehož průkopníka považuje J. Hathawaye a jeho knihu *The Law of Refugee Status* (1991) (dále též „LORS1“ a druhé vydání z roku 2014 „LORS2“).⁶⁶ Ta pro něj představuje „nejdůležitější změnu paradigmatu v doktríně uprchlického práva, k níž došlo od vydání Příručky [...] UNHCR v roce 1979“.⁶⁷ Ne že by Příručka UNHCR nečinila reference k lidským právům, podstatou tzv. „lidskoprávního přístupu“ je však požadavek vykládat pojem pronásledování z Ženevské úmluvy odkazem na normy mezinárodního práva lidských práv. Tento přístup je nyní zakotven i v právu Evropské unie. Následující kapitoly si kladou za cíl blíže prozkoumat, v čem lidskoprávní přístup spočívá a jakou úroveň ochrany poskytuje osobám pronásledovaným z důvodu sexuální orientace a/či genderové identity.

⁶⁴ Crépin považuje za klíčové vyjádření UNHCR ke kvalifikační směrnici: „*Pronásledování nelze a nemělo by být definováno pouze na základě závažného porušování lidských práv. Závažná diskriminace nebo kumulativní účinek různých opatření [...] mohou vyvolat odůvodněný strach z pronásledování, nebo jinak řečeno, učinit život v zemi původu z mnoha hledisek pro daného člověka natolik nejistým, že jediným východiskem z této situace tísně je opuštění země původu.*“ Viz CRÉPIN, cit. 7, s. 95.

⁶⁵ Rozhodnutí Nejvyššího soudu Austrálie, *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, 9. prosince 2003, [2003] HCA 71, § 40.

⁶⁶ HATHAWAY, LORS1, cit. 5. HATHAWAY, LORS2, cit. 42.

⁶⁷ Storey, cit. 4, s. 3.

3 Lidskoprávní přístup

Ve snaze nalézt koherentní interpretační rámec pro výklad pojmu pronásledování navrhl J. Hathaway model, ve kterém mají být měřítkem objektivní externí, mezinárodně uznávané lidskoprávní standardy. Nutnost interpretovat Ženevskou úmluvu ve světle lidských práv dovozuje z její Preambule, která se referuje k Všeobecné deklaraci lidských práv, a svědčí tak o lidskoprávním předmětu a účelu tohoto instrumentu.⁶⁸ Podle Hathawaye není záměrem Ženevské úmluvy chránit proti každému špatnému zacházení, mezinárodní ochrana nastupuje až v momentě, kdy stát původu selže v poskytování ochrany, kterou dluží svým občanům. Pronásledování je proto třeba chápat jako „*trvalé nebo systémové popírání základních lidských práv, které svědčí o selhání státní ochrany*“.⁶⁹

3.1 *The Law of Refugee Status*

V prvním vydání knihy *The Law of Refugee Status* (1991) označil Hathaway za základní lidská práva ta, jejichž výčet nalezneme v tzv. „Mezinárodní listině lidských práv“. Ta zahrnuje Všeobecnou deklaraci lidských práv (VDLP), Mezinárodní pakt o občanských a politických právech (ICCPR) a Mezinárodní pakt o hospodářských sociálních a kulturních právech (ICESCR).⁷⁰ Pro přehlednost rozdělil Hathaway tato práva do čtyř kategorií podle typu povinností, kterými je stát při jejich dodržování vázán. Na vrcholu hierarchie stojí občanská a politická práva z ICCPR, od kterých se nelze odchýlit ani za výjimečného stavu. Druhou kategorií představují derogovatelná práva z ICCPR, která podléhají limitačním klauzulím. Ve třetí kategorii jsou socioekonomická práva z ICESCR, která jsou charakteristická svou nutností progresivní realizace. A nakonec čtvrtá kategorie zahrnuje zbývající práva z VDLP, která nenalezneme ani v jenom ze dvou paktů. Porušení práv z této poslední kategorie však nebude

⁶⁸ Hathaway se referuje k výkladovým pravidlům Vídeňské úmluvy o smluvním právu (VÚ1969). Hathawayův přístup k výkladu účelu Ženevské úmluvy detailněji zkoumá V. Honusková a podrobuje jej kritice. Osobně se domnívám, že Hathawaye lze kritizovat za poněkud „laxní“ přístup k čl. 31 VÚ1969, současně si myslím, že není vhodný ani způsob výkladu předmětu a účelu smluv na základě dovozování účelu z historického kontextu a *travaux préparatoires*. Vycházím mj. z práce Buffard a Zemanka, pro podrobnější rozbor není v této práci bohužel prostor. Srov. HONUSKOVÁ, cit. 25, s. 44–49; BUFFARD, Isabelle a Karl ZEMANEK. The “Object and Purpose” of a Treaty: An Enigma? *Austrian Review of International and European Law*. 1998, 3, s.331–334; ASCENSIO, Hervé. Article 31 of the Vienna Conventions on the Law of Treaties and International Investment Law. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*. 2016, 31(2), s. 371–372.

⁶⁹ HATHAWAY, LORS1, cit. 5, s. 104 a 112.

⁷⁰ V *LORS2* do interpretačního rámce navíc začlenil ještě Úmluvu o odstranění rasové diskriminace (CERD), Úmluvu o odstranění všech forem diskriminace žen (CEDAW), Úmluvu o právech dítěte (CRC) a Úmluvu o právech osob se zdravotním postižením (CRPD). HATHAWAY, LORS2, cit. 42, s. 201.

obvykle stačit ke konstatování pronásledování, neboť VDLP není závazná a nelze proto hovořit o „selhání státní ochrany“.

Bez ohledu na to, v jaké z prvních tří Hathawayových kategorií zahrnujících všechna práva z paktů ICCPR a ICESCR se dané lidské právo nachází, jakékoli *porušení* takového lidského práva představuje pronásledování. To nutně neznamená, že jakýkoli *zásah* do takového práva k porušení vede. U první kategorie dojde zásahem k porušení práv vždy. Avšak u derogovatelných práv musí rozhodující orgán nejprve zkoumat, zda zásah do práva představuje legitimní zákonné omezení (formou derogační či limitační klauzule) a zda je při jeho aplikaci dodržena zásada nediskriminace. Rovněž u socioekonomických práv je třeba, pokud má stát k realizaci alespoň nějaké zdroje, aby byla dodržena zásada nediskriminace. Teprve pokud je zásah do práva v druhé a třetí kategorii vyhodnocen jako nelegitimní či diskriminační, půjde o porušení, které představuje pronásledování.

Rozčlenění povinností státu (a tomu odpovídající přiřazení práv) podle linie derogovatelnosti v *LORS1* se ovšem jeví jako nekoncepční. Pokud u první kategorie práv dojde k porušení při jakémkoli zásahu, pak otázka nestojí, kdy může stát do práv zasáhnout, ale jestli vůbec.⁷¹ Hathawayův instinktivní záměr zřejmě byl zahrnout do první kategorie práva „absolutní“ a je možné, že se jednoduše spletl (nederogovatelná a absolutní práva se totiž v rámci ICCPR téměř překrývají). Tuto koncepční chybu napravil v *LORS2* z roku 2014. Uznal, že zaměřovat se na nederogovatelnost vlastně nedává smysl, neboť z nemožnosti derogace nevyplývá, že by nederogovatelná práva byla normativně významnější než jiná nebo že by jejich porušení způsobovalo větší újmu než porušení jiných práv.⁷² Hathaway v *LORS2* plně akceptuje nedělitelnost lidských práv a implicitně naznačuje, že mu nešlo o hierarchizaci práv podle jejich významu, ale spíše o kategorizaci práv podle toho, jakým způsobem může dojít k selhání povinnosti státu. Ať už si o jeho původních záměrech budeme myslet cokoli, je pravdou, že porušení práv se v modelu *LORS1* neodvíjí od *závažnosti* zásahu, jak se např. mylně domnívá

⁷¹ Např. ani od socioekonomických práv v třetí kategorii nelze formálně derogovat, přesto nebude jakýkoli zásah do nich představovat „porušení“, neboť obsahují univerzální limitační klauzuli v čl. 4 ICESCR. Současně nederogovatelné právo v čl. 18 ICCPR (svoboda svědomí, myšlení a náboženského vyznání) obsahuje limitační klauzuli, na základě které lze do práva legitimně zasáhnout.

⁷² HATHAWAY, *LORS2*, cit. 42, s. 202. Výbor pro lidská práva k hierarchii práv a konceptu derogace uvádí: „Ačkoli podle Paktu neexistuje žádná hierarchie důležitosti práv, výkon některých práv nesmí být pozastaven, a to ani v době výjimečného stavu. [...] Ne všechna práva hlubokého významu, jako jsou články 9 a 27 Paktu, však byla učiněna nederogovatelnými. Jedním z důvodů, proč jsou některá práva označena za nederogovatelná, je to, že pozastavení jejich výkonu není relevantní pro legitimní řízení výjimečného stavu (například zákaz uvěznění za dluhy v článku 11). Dalším důvodem je, že derogace může být ve skutečnosti nemožná (jako například u svobody svědomí).“ Viz HRC, *CCPR General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*, 4. listopadu 1994, U. N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, § 10.

britský soudce H. Storey,⁷³ ale od jeho *zákonnosti*. V *LORS2* už Hathaway o kategoriích nehovoří. Opakuje, že k pronásledování může dojít při zásahu do kteréhokoli práva ze zmíněných katalogů a důraz klade právě na nutnost posuzovat zákonost zásahů. Princip hierarchizace práv na základě nederogovatelnosti za účelem identifikace pronásledování mezitím do svého čl. 9 zakotvila v roce 2004 unijní „kvalifikační směrnice“.⁷⁴

3.2 Test zásahu do práva pro účely pronásledování

Jak tedy v Hathawayově lidskoprávním rámci zjistíme, zda může dojít k pronásledování? Byť tak Hathaway explicitně nečiní, na základě kapitoly 4 („Pronásledování“) *LORS1* by se dal vyabstrahovat následující postup: 1) Nejprve je třeba zkoumat, zda lze hrozící újmu subsumovat pod porušení práva z některé široce uznávané mezinárodní lidskoprávní úmluvy. 2) Dále je třeba zhodnotit rozsah práva, tzn. zda jakýkoli zásah způsobí jeho porušení nebo zda právo nemůže být zákonem omezeno na základě uplatnění derogační či limitační klauzule. Takové případné zákonné omezení musí sledovat legitimní důvod a být nediskriminační. (U socioekonomického práva, jehož výkon stát populaci zajišťuje alespoň v nějaké míře, se posoudí princip nediskriminace, tzn. zda mají všechny skupiny k výkonu práva stejný přístup.)⁷⁵ 3) Následně je třeba vyhodnotit, zda je stát ochoten a schopen osobě poskytnout při zajištění jejího práva ochranu prostřednictvím efektivního státního aparátu jak vůči samotným představitelům státní moci, tak vůči soukromým osobám. 4) Hathaway v *LORS2* nově dodává, že může být někdy nutné vyhodnotit újmu jako *de minimis*. Pokud újma hrozí některému z relevantních práv a současně nejsou uplatňovány derogační či limitační klauzule, „*může být po promyšlené a svědomité reflexi zřejmé, že hrozba je natolik na hranici porušení práv, že se jedná o újmu de minimis.*“⁷⁶

Jaké dopady může aplikace tohoto modelu mít při posuzování žádostí o azyl? První krok se může jevit jako procedurálně asi nejméně kontroverzní, avšak vyžaduje od rozhodujícího orgánu

⁷³ STOREY, Hugo. The Law of Refugee Status, 2nd edition: Paradigm Lost? *International Journal of Refugee Law*. 2015, 27(2), s. 354.

⁷⁴ Směrnice Rady 2004/83/ES ze dne 29. dubna 2004 o minimálních normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli žádat o postavení uprchlíka nebo osoby, která z jiných důvodů potřebuje mezinárodní ochranu, a o obsahu poskytované ochrany.

⁷⁵ V *LORS2* Hathaway se konceptu pronásledování věnuje ve dvou oddělených kapitolách: 3. Závažná újma a 4. Selhání státní ochrany. Kapitola „Závažná újma“ zmiňuje tříkrokovou analýzu, jíž odpovídají tyto první dva kroky, které zde nastiňuji. Třetím krokem v analýze je zhodnocení újmy *de minimis*. Selhání státní ochrany Hathaway rozebírá až v následující kapitole, ale jak je zřejmé z *LORS1*, do celkového testu pronásledování patří, neboť v Hathawayově pojetí pronásledování představuje teprve kombinaci závažné újmy (na základních lidských právech) a selhání státní ochrany.

⁷⁶ HATHAWAY, *LORS2*, cit. 42, s. 206.

velmi dobrou znalost výkladu obsahu jednotlivých práv, neboť lidskoprávní katalogy jsou o sobě stručné a poměrně vágní. Výbor pro lidská práva (HRC), který je smluvním orgánem monitorujícím aplikaci paku ICCPR, vydal doposud 37 Obecných komentářů k výkladu ICCPR a přes 2000 rozhodnutí o stížnostech jednotlivců, která představují určitou „kvazijudikaturu“ informující výklad paktu. Např. čl. 9 ICCPR garantuje právo na osobní svobodu a bezpečnost, detailněji se však věnuje pouze kontextu zákonných podmínek zbavení svobody. Přitom právě čl. 9 je porušován i při selhání státu zabezpečit ochranu osobám, které jsou opakovaně fyzicky napadány soukromými subjekty, jak potvrzuje Obecný komentář č. 35.⁷⁷

Limitační (resp. derogační) klauzule staví před rozhodujícího úředníka ještě větší aplikační problém než subsumpce. Posuzování legitimitosti a proporcčnosti zákonných omezení, které zasahují do lidských práv, provádí s finální platností výrok až vrcholné soudy a ty navíc dobře znají domácí kontext a právní řád. Na migračního úředníka se klade požadavek, aby vyhodnotil legislativu cizího státu často bez dostatečné znalosti společenského kontextu. Měl by tedy pracovat s informacemi o zemi původu, ty však může mít k dispozici v různé kvalitě. Zde hrozí velké riziko, že pokud stát původu vydal zákonnou restrikcí a odůvodnil ji ochranou národní bezpečnosti, veřejného pořádku, veřejného zdraví či veřejné morálky, úředník vyhodnotí, že nedošlo k porušení práva, neboť omezení bylo vydáno na základě zákona a sleduje legitimní účel. Posuzování legitimacy účelu a nediskriminačního principu je složitou disciplínou, na tu často ani nemusí dojít. Jak konstatoval J. Lehmann ohledně posuzování pronásledování z náboženských důvodů: „*[V] praxi [úředníci] v Německu ponechávali domovským státům žadatelů o azyl široký prostor pro uvážení ohledně toho, která opatření porušující základní lidská práva jsou oprávněná, místo aby prováděli vlastní posouzení na základě práva lidských práv.*“⁷⁸

Při posuzování selhání státní ochrany hrozí, že se úředník bude zaměřovat na to, zda je stát za selhání odpovědný, raději než na to, zda dokáže osobám obávajícím se pronásledování poskytnout účinnou ochranu. Důležitá zde bude otázka, jakou roli rozhodovací praxe (případně i příslušná legislativa) přisuzuje státu, pokud dochází k pronásledování nestátními aktéry. Podle

⁷⁷ „Osobní bezpečnost zahrnuje svobodu od újmy na těle a mysli, resp. na tělesné a duševní integritě [...] Právo na osobní bezpečnost chrání jednotlivce před úmyslným způsobením tělesné nebo duševní újmy bez ohledu na to, zda je oběť zadržena nebo ne [...] Právo na osobní bezpečnost rovněž zavazuje smluvní státy přijmout vhodná opatření v reakci na výhrůžky smrti vůči osobám ve veřejné sféře a obecněji chránit jednotlivce před předvídatelným ohrožením života nebo tělesné integrity ze strany jakýchkoli vládních nebo soukromých subjektů.“ Viz HRC, CCPR General Comment No. 35: Article 9 (Liberty and Security of Person), 16. prosince 2014, U. N. Doc. CCPR/C/GC/35, § 3 a § 9.

⁷⁸ LEHMANN, Julian M. Persecution, Concealment and the Limits of a Human Rights Approach in (European) Asylum Law – The Case of Germany v Y and Z in the Court of Justice of the European Union. *International Journal of Refugee Law*. 2014, 26(1), s. 80.

starší „odpovědnostní teorie“ (*accountability theory*) muselo být pronásledování přičitatelné státu. Některé common law jurisdikce zas používaly standard náležité péče (*due diligence*) a tamější rozhodující orgány se zdráhaly učinit „negativní“ závěry ve vztahu ke státu původu, který sice nebyl schopen ochranu poskytnout, ale alespoň se o to „snažil“.⁷⁹ Podobný přístup se odrazil i v první unijní kvalifikační směrnici z roku 2004, kdy byla v čl. 7 stanovena vyvratitelná domněnka, že ochrana je poskytována, pokud stát učiní „přiměřené kroky“ k zabránění pronásledování. Přepřacovaná kvalifikační směrnice již vhodněji dodává, že tato ochrana musí být současně „účinná“.

Neuralgickým bodem Hathawayova modelu je, že stejně jako u limitačních klauzulí, tak i v případě státní ochrany se těžiště přesouvá ze zkoumání lidského příběhu a újmy, která dané osobě hrozí, na zkoumání povinností státu. Hodnocení stavu státní ochrany přitom nemůže být hodnoceno v rámci elementu pronásledování (pomocí formule „pronásledování = vážná újma + selhání státní ochrany“), neboť takové chápání definice uprchlíka je přímo v rozporu s její textací. Ve spojení s konceptem „surogátní ochrany“⁸⁰ tento přístup zvyšuje pro žadatele důkazní břemeno.⁸¹ Rozhodující orgán má tendenci v souladu s přístupem MPLP posuzovat, zda žadatel vyčerpal *všechny* vnitrostátní opravné prostředky a zda opravdu došlo k „selhání“ státu i přes jeho „snahu“.⁸² Pokud se podle Bhandariho budou rozhodující orgány těchto principů MPLP držet příliš striktně, má lidskoprávní přístup potenciál odvádět pozornost od újmy, kterou žadatel utrpěl či která mu hrozí, a navodit v mysli úředníka či soudce dojem, že za žadatele o azyl je posuzující stát odpovědný až sekundárně. Ve výsledku tento přístup podle něj zvyšuje rozhodovací diskreci a prostor pro podléhání politickému tlaku.⁸³ Jak poznamenává H. Battjes,

⁷⁹ HATHAWAY, LORS2, cit. 42, s. 307–310.

⁸⁰ Jde o představu, že mezinárodní ochrana slouží pouze jako „náhradní“ ochrana poslední instance v momentě, kdy ji není schopna zajistit země původu. Surogátní ochrana je jedním z ústředních pojmů Hathawayova díla, avšak, jak upozornil R. Bhandari v Hathawayově pojetí je napojení surogátní ochrany na MPLP v podstatě antitezí konceptu porušení společenské smlouvy mezi upchlíkem a státem. V základu filosofie zapojení MPLP do uprchlického práva jsou myšlenky G. J. L. Colese, kdy cílem má být obnova tohoto přetrženého pouta, návrat upchlíka do komunity. Jenže uprchlíci jsou z definice „nerepatriovatelní“. Srov. BHANDARI, cit. 7, s. 63 a 139. V této souvislosti Bhandari připomíná jiné Hathawayovy práce, např. článek z roku 1997, ve kterém Hathaway naléhá, že je třeba „překonat sterilní požadavek na to, aby veškerá repatriace byla dobrovolná“. Ženevská úmluva však jinou, než dobrovolnou repatriaci nepřípouští. Citace převzata z: BHANDARI, cit. 7, pozn. 14 na s. 61.

⁸¹ Pro kritiku konceptu státní ochrany jako „surogátní ochrany“ a začlenění testu selhání státní ochrany do elementu pronásledování viz GOODWIN-GILL, Guy S. a Jane MCADAM. *The Refugee in International Law*. 3. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 9–10. Srov. CRÉPIN, cit. 7, s. 55–57.

⁸² Srov. BHANDARI, cit. 7, s. 139 a s. 175.

⁸³ *Ibid.*, s. 139–140.

„jediným možným standardem ‚ochrany‘ je to, zda snižuje riziko pod úroveň oprávněných obav [...] – bud' ochrana k dispozici je, nebo není.“⁸⁴

3.3 Lidskoprávní standardy: příliš restriktivní, příliš extenzivní, příliš vágní?

Hathawayův přístup si našel své zastánce,⁸⁵ častěji se mu ale dostalo v doktríně kritiky. M. Crépin ve své pronikavé analýze lidskoprávního přístupu v uprchlickém právu identifikuje celou řadu kritiků a přehledně systematizuje jejich argumenty. Užívání základních lidských práv (dále též „ZLP“) jako referenčního standardu bylo některými kritizováno jako příliš restriktivní. Upozorňovali na rigiditu procesu přijímání nových lidskoprávních instrumentů a fakt, že některé formy perzekuce, ale i lidskoprávních zásad, se objevily dlouho před jejich oficiální kodifikací. Rámec ZLP tak nemusí být schopen adekvátně reagovat na budoucí uprchlické situace, navíc omezuje zkušenosti uprchlíků na omezený soubor práv pomocí poměrně formalistického přístupu.⁸⁶

Pro jiné kritiky je rámec ZLP naopak příliš extenzivní, neboť uprchlické právo podle nich nechrání před porušením všech ZLP, ale pouze před porušením jejich určité množiny, která zahrnuje jen ty nejzávažnější újmy.⁸⁷ Podle další skupiny kritiků jsou ZLP příliš vágní. Hathaway si dal za cíl vyřešit problém nekonzistentní interpretace uprchlické definice, nicméně jazyk lidskoprávních katalogů je neurčitý a tato neurčitost může vést k odlišným, resp. restriktivním interpretacím pojmu pronásledování. Podle Cantora spoléhání se na lidskoprávní přístup vede pouze k tomu, že se interpretační cvičení přesouvá od pojmů v Ženevské úmluvě do nového diskurzivního terénu.⁸⁸

Hathaway tvrdí, že pravá hodnota lidskoprávního přístupu tkví v tom, že rámuje zkoumání pronásledování na základě zásad, na jejichž relevanci se státy shodly a které jsou pravidelně kontextualizovány a aktualizovány právně autoritativními obecnými komentáři a judikaturou

⁸⁴ BATTJES, Hemme. *European Asylum Law and International Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 248. Srov. také HATHAWAY, LORS2, cit. 42 s. 318.

⁸⁵ Jeho koncept a metodologii přejala např. Deborah Anker a její učebnice *Law of Asylum in the United States*, jejíž nová edice vychází nyní téměř každoročně. Hathaway sám v LORS2 (poněkud iritující, jak poznamenal H. Storey) podává „telefonní seznam“ rozhodnutí soudů v common law jurisdikcích, které citují jeho větu „trvalé nebo systémové popírání základních lidských práv, které svědčí o selhání státní ochrany“. ANKER, Deborah E. *Law of Asylum in the United States*. 4. vyd. Eagan: Thomson West, 2011, s. 159. HATHAWAY, LORS2, cit. 42, s. 185. STOREY, cit. 73, s. 350.

⁸⁶ CRÉPIN, cit. 7, s. 53 a 76.

⁸⁷ Ibid, s. 45–46

⁸⁸ CANTOR, David James. Defining Refugees: Persecution, Surrogacy and the Human Rights Paradigm. In: CANTOR, David James a Bruce BURSON (eds.). *Human Rights and the Refugee Definition: Comparative Legal Practice and Theory*. Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2016, s. 386. Srov. CRÉPIN, cit. 7, s. 48.

mezinárodních orgánů.⁸⁹ V následujících částech se podíváme na to, jestli by i přes veškerou kritiku nemohla (kvazi)judikatura těchto orgánů přece jen sloužit k interpretaci pronásledování v uprchlickém právu. Tuto problematiku prozkoumáme z hlediska žadatelů o azyl, kteří se obávají pronásledování z důvodu své sexuální orientace a/či genderové identity a ve vztahu ke kriminalizaci stejnopohlavních styků v zemi původu.

⁸⁹ HATHAWAY, LORS2, cit. 42, s. 207.

4 Lidskoprávní instrumenty

V této části se zaměříme na lidskoprávní přístup k pojmu pronásledování. Ten spočívá v interpretaci termínu uprchlického práva pomocí externích lidskoprávních standardů. Podle lidskoprávního přístupu k Ženevské úmluvě (dále též „ŽÚ1951“) má aplikace lidskoprávních katalogů vyústit ve zjištění, zda na základě případného porušení práv z daných katalogů hrozí posuzovanému žadateli o azyl pronásledování, totiž zda je či není (při naplnění ostatních prvků definice) uprchlíkem. Dle čl. 33 ŽÚ1951 je pak uprchlík, na kterého se nevztahují bezpečnostní výjimky, chráněn před navrácením do země původu principem *non-refoulement*.

MPLP termín pronásledování nezná, rozvinulo však vlastní přístup k zákazu *refoulement*. Zákaz *refoulement* může být výslovným, samostatným právem nebo implicitní součástí jiných práv.⁹⁰ Zkoumané lidskoprávní mechanismy u této negativní povinnosti rozšířily ve srovnání s ŽÚ1951 působnost *rationae personae* a vyžadují, aby státy neposílaly cizince do zemí, kde jim hrozí mučení, případně nelidské a ponižující zacházení a ztráta života, a to bez ohledu na jejich imigrační (resp. bezpečnostní) status a skutečnost, zda naplní definici uprchlíka.⁹¹

Princip *non-refoulement* v MPLP vyjadřuje povinnost zdržet se provedení takového opatření, které by ve výsledku mohlo způsobit danou újmu v zahraničí. Porušením práva tak není způsobení újmy o sobě, ale provedení konkrétního opatření na území smluvního státu. Při aplikaci MPLP smluvní orgány, resp. soudy nezkoumají primárně, zda je daná *osoba* „pronásledována“, ale to, zda by smluvní *stát* svým opatřením porušil konkrétní právo, které daný orgán spojuje s aplikací principu *non-refoulement*. Porušení práv spojovaných s *non-refoulement* v MPLP s sebou kvantitativně nese méně druhů újmy než pojem „pronásledování“ v ŽÚ1951, která tak má *rationae materiae* širší působnost.

Následující kapitoly analyzují rozhodování Výboru proti mučení, Výboru pro lidská práva a Evropského soudu pro lidská práva, které rozhodují o individuálních stížnostech v rámci Úmluvy proti mučení a jinému krutému, nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání (CAT), Mezinárodního paktu o občanských a politických právech (ICCPR) a regionální Úmluvy

⁹⁰ Např. čl. 16 odst. 1 Mezinárodní úmluvy o ochraně všech osob před nuceným zmizením vylučuje transfery, jež by osoby mohly vystavit riziku nuceného zmizení. Srov. GILLARD, Emanuela-Chiara. There's No Place Like Home: States' Obligations in Relation to Transfers of Persons. *International Review of the Red Cross*. 2008, 90(871), s. 708.

⁹¹ Výbor OSN pro lidská práva ve svých stanoviscích a Evropský soud pro lidská práva ve své judikatuře připustily, že by i porušení jiných práv, než jen práva na život a práva nebýt mučen, s extraterritoriálním účinkem mohlo spustit zákaz *refoulement*, ovšem podmínky naplnění takového porušení jsou natolik přísné, že ke spuštění zákazu *refoulement* z důvodů porušení jiných práv dojde jen výjimečně.

o ochraně lidských práv a základních svobod (EÚLP).⁹² Úmluva CAT sice v Hathawayově modelu nefiguruje, neboť se zabývá primárně jediným právem, do analýzy jsem ji začlenila z toho důvodu, že jak samotná úmluva, tak rozhodování Výboru proti mučení ovlivnily výklad odpovídajícího práva v rámci paktu ICCPR a úmluvy EÚLP. Právo nebýt mučen je současně nejčastějším právem, kterého se před těmito orgány dovolávají neúspěšní žadatelé o azyl. Aplikaci těchto instrumentů pak prozkoumáme konkrétně ve vztahu k SOGI stížnostem a ke kriminalizaci stejnopohlavních styků.

4.1 CAT a ICCPR

Úmluva proti mučení a jinému krutému, nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání (CAT) a Mezinárodní pakt o občanských a politických právech (ICCPR) představují dva univerzální lidskoprávní instrumenty, k nimž příslušné výbory monitorující jejich dodržování vydaly ve srovnání s ostatními lidskoprávními smluvními orgány OSN nejhojnější počet stanovisek zabývajících se aplikací *non-refoulement*.⁹³ Stanoviska Výboru proti mučení a Výboru pro lidská práva sice nejsou pro státy právně závazná, ale působí silou své autority a lze je z tohoto pohledu označit za kvazijudikaturu.

4.1.1 Princip *non-refoulement* a související lidská práva v CAT a ICCPR

Zákaz *refoulement* se v CAT pojí s čl. 3 (zákaz mučení) a v ICCPR primárně s čl. 6 a 7 (právo na život a zákaz mučení a krutého, nelidského nebo ponižujícího zacházení nebo trestu).⁹⁴

⁹² Úmluva proti mučení a jinému krutému, nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání z roku 1984, vyhlášena pod č. 143/1988 Sb. Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech z roku 1966, vyhlášen pod č. 120/1976 Sb. Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod z roku 1950, vyhlášena pod č. 209/1992 Sb., o Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod.

⁹³ Z databáze Vysokého komisaře OSN pro lidská práva na adrese <https://juris.ohchr.org/Search/Documents> plyne, že aplikací *non-refoulement* se zabývalo přes 90 stanovisek k ICCPR a přes 350 stanovisek ke CAT (Databáze byla filtrována k 1. listopadu 2021 za současného užití těchto předdefinovaných filtrů: „aliens rights – expulsion“, „extradition“, „non-refoulement“ a „refugee status“.) Princip *non-refoulement* se u mezinárodních lidskoprávních instrumentů OSN uplatňuje ještě v systému Mezinárodní úmluvy na ochranu všech osob před nuceným zmizením (ICPPED), Úmluvy o právech dítěte (CRC) a Úmluvy o odstranění všech forem diskriminace žen (CEDAW). Počet stanovisek k individuálním stížnostem ohledně *non-refoulement* je u těchto instrumentů zatím spíše marginální, byť v případě CEDAW lze hovořit po roce 2015 k výraznému nárůstu. Nejen že se za posledních šest let počet všech stížností před příslušným výborem více než zdvojnásobil, téměř polovina z nich (28) se týkala *non-refoulement*. Obav z pronásledování na základě SOGI se týkala zatím jen jedna žádost a ta byla zamítnuta jako nepřijatelná. Viz CEDAW, *A. S. v. Dánsko*, 26. února 2018, stížnost č. 80/2015. Proto bude zajímavé sledovat, kterým směrem se aplikace CEDAW v tomto ohledu v budoucnu vyvine, tato práce se jí však nezabývá.

⁹⁴ Výbor OSN pro lidská práva nevyloučil, že by zákaz *refoulement* mohl spustit i čl. 17 (právo na soukromý a rodinný život), čl. 18 (náboženská svoboda), čl. 19 (svoboda projevu) a čl. 26 (zákaz diskriminace), ale

Princip je vyjádřen v čl. 3 CAT explicitně: *Žádný stát, který je smluvní stranou této Úmluvy, nevypoví, nevrátí či nevydá („refouler“) osobu jinému státu, jsou-li vážné důvody se domnívat, že by jí v něm hrozilo nebezpečí mučení.* Vyjádřen je však pouze ve vztahu k mučení.⁹⁵ ICCPR explicitní zákaz *refoulement* nestanoví, byl však ve vztahu k čl. 6 a 7 dovozen v Obecných komentářích č. 20 a č. 31 Výboru pro lidská práva.⁹⁶ Jedná se o články, od kterých státy nemohou za žádných okolností derogovat.

V rámci úmluvy CAT bylo první stanovisko ve věci *non-refoulement* vydáno v roce 1994.⁹⁷ Postupem času se Výbor proti mučení stal v podstatě bezděky mezinárodní autoritou, která se specializuje na *non-refoulement*.⁹⁸ V současné době se přes 80 % stížností na porušení čl. 3 týká exkluzivně *non-refoulement* a stížnosti na mučení, ke kterému došlo přímo na území odpovědného státu, ustupují do pozadí.⁹⁹ Ve srovnání s CAT je počet stanovisek k *non-refoulement* v rámci ICCPR výrazně skromnější, byť v posledních letech narůstá. De Weck toto považuje za překvapivé, neboť ve srovnání s čl. 3 CAT má čl. 7 ICCPR širší záběr a *non-refoulement* se vztahuje i na kruté, nelidské nebo ponižující zacházení či trest bez ohledu na povahu aktérů perzekuce, a měl by proto poskytovat lepší ochranu.¹⁰⁰ Nowak a kol. tento fakt vysvětluje tím, že v případech, které by mohly být posouzeny oběma výbory, je stěžovatel z důvodu procesní ekonomie požádán, aby si vybral jeden z nich a v případě hrozící deportace obvykle volí CAT z důvodu silné ochrany v čl. 3,¹⁰¹ ve kterém je zákaz *refoulement* stanoven explicitně. V důsledku se posuzování veškeré tvrzené újmy, která by mohla představovat zásah

primárně ve spojení s čl. 7 (zákaz mučení), od kterého je nelze disociovat. Porušení však zatím nekonstatoval. Srov. HRC, *Z. v. Austrálie*, 18. července 2014, stížnost č. 2049/2011, §§ 8.3 a 10.1; HRC, *M. Z. B. M. v. Dánsko*, 20. března 2017, stížnost č. 2593/2015, § 6.5.

⁹⁵ Úmluva CAT ve vztahu ke krutému, nelidskému nebo ponižujícímu zacházení či trestu v čl. 16 pouze stanoví, že se státy zavazují takovým činům ve své jurisdikci bránit. Zákaz *refoulement* zde není explicitně stanoven.

⁹⁶ HRC, *CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*, 10. března 1992, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, § 9; HRC, *CCPR General Comment No. 31 on the Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant*, 26. května 2014, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 12.

⁹⁷ ComAT, *Mutombo v. Švýcarsko*, 27. dubna 1994, stížnost č. 13/1993, § 9.7.

⁹⁸ GOODWIN-GILL, McADAM, cit. 81, s. 301.

⁹⁹ DE WECK, Fanny. *Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture: The Assessment of Individual Complaints by the European Court of Human Rights under Article 3 ECHR and the United Nations Committee against Torture under Article 3 CAT*, Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2016, s. 43. Fanny de Weck zde současně podává možná vysvětlení, proč se tomu tak děje.

¹⁰⁰ HRC, *CCPR General Comment No. 20*, cit. 96, § 9: „Státy, které jsou smluvní stranou úmluvy, nesmějí vystavit jednotlivce nebezpečí mučení nebo krutého, nelidského či ponižujícího zacházení nebo trestu při návratu do jiné země na základě jejich vydání, vyhoštění nebo navrácení.“

¹⁰¹ NOWAK, Manfred, Moritz BIRK a Giuliana MONINA. *The United Nations Convention Against Torture and its Optional Protocol: A Commentary*. 2. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2019, s. 625–626.

do celé řady základních lidských práv, v systému univerzálních úmluv MPLP většinou redukuje na zkoumání porušení primárně jednoho práva, a navíc často pouze v omezeném záběru (tj. jen ve vztahu k mučení).

4.1.2 Působnost *rationae personae* v CAT a ICCPR

Jak již bylo zmíněno, v MPLP má princip *non-refoulement* širší osobní působnost a může se vztahovat na kohokoli bez ohledu na jeho osobní či politický status, resp. příslušnost k určité sociální skupině. Stěžovatel však musí prokázat, že nebezpečí špatného zacházení hrozí konkrétně jemu osobně (*personal risk*). Podle čl. 3 (2) CAT je třeba brát v potaz i obecné porušování lidských práv v zemi původu, současně Výbor proti mučení setrvale opakuje, že „*existence soustavného hrubého, zjevného nebo hromadného porušování lidských práv v dané zemi sama o sobě nepředstavuje dostatečný důvod k určení, že by dané osobě po návratu do této země hrozilo nebezpečí mučení; musí existovat další důvody, které naznačují, že by dotyčná osoba byla osobně ohrožena.*“¹⁰² Výbor pro lidská práva uvádí, že riziko špatného zacházení musí být osobní a že je vyžadován vyšší důkazní práh pro prokázání závažných důvodů, které by vedly k domněnce, že existuje reálné nebezpečí nenapravitelné újmy.¹⁰³

Vzhledem k nutnosti vysoké míry individualizace rizika situace obecného násilí ani systematické pronásledování konkrétních skupin obyvatelstva a příslušnost k nim neznamenají v systému CAT a ICCPR pro stěžovatele automaticky naději na úspěch,¹⁰⁴ byť lze v rozhodování výborů identifikovat pár výjimek.¹⁰⁵ Dal by se proto učinit předběžný závěr, že samotná kriminalizace stejnopohlavních styků, a to ani v případě skutečného uplatňování trestů, nepovede sama o sobě v případě SOGI stěžovatelů před výbory k úspěchu. Tuto hypotézu ověříme v následující podkapitole.

¹⁰² „*Stejně tak absence soustavného hrubého chování porušování lidských práv neznamená, že osoba nemůže být považována za osobu, které hrozí nebezpečí, že bude vystavena mučení vzhledem k jejím konkrétním okolnostem.*“ Srov. ComAT, *Mutombo v. Švýcarsko*, cit. 97, § 9.3.

¹⁰³ Srov. HRC, *X. v. Dánsko*, 26. března 2014, stížnost č. 2007/2010, § 9.2; HRC, *P. T. v. Dánsko*, 1. dubna 2015, stížnost č. 2272/2013, § 7.2; HRC, *K. v. Dánsko*, 16. července 2015, stížnost č. 2393/2014, § 7.3; HRC, *J. I. v. Švédsko*, 13. března 2020, stížnost č. 3032/2017, § 7.3

¹⁰⁴ Např. ve věci *S. S. a S. A. v. Nizozemsko* týkající se vyhoštění Tamilů na Srí Lanku, kteří již byli v minulosti umístěni do vazby pro údajnou spolupráci se separatistickou organizací LTTE, Výbor proti mučení konstatoval, že stěžovatelé „*neprokázali, že jejich příslušnost k určité skupině a/nebo, konkrétně, že jejich individuální situace vede k osobnímu, reálnému a předvídatelnému riziku mučení v případě navrácení na Srí Lanku.*“ ComAT, *S. S. a S. A. v. Nizozemsko*, 11. května 2001, stížnost č. 142/1999, § 6.7.

¹⁰⁵ Např. ve věci *Njamba a Balikosa v. Švédsko*, která se týkala vyhoštění matky a dcery do Demokratické republiky Kongo, vzal Výbor v potaz především alarmující úroveň násilí na ženách v zemi původu, a nekladl důraz na osobní prvky. Porušení tak byl konstatováno primárně na základě pohlaví stěžovatelek. ComAT, *Njamba a Balikosa v. Švédsko*, 14. května 2010, stížnost č. 322/2007, § 9.5.

Určité změkčení dosavadního přístupu Výboru proti mučení by mohl představovat bod 45 Obecného komentáře č. 4 z roku 2017, který stanoví, že mezi indikace osobního nebezpečí (*personal risk*) může patřit mj. sexuální orientace a genderová identita, etnický původ, politická příslušnost nebo politická činnost, náboženská příslušnost či násilí na ženách.¹⁰⁶ Pozoruhodný je i bod 46 komentáře, ve kterém Výbor odmítl koncept možnosti vnitrostátní ochrany (*internal flight alternative*) jako nespolehlivý a neúčinný.¹⁰⁷

Obdobně i u Výboru pro lidská práva lze zaznamenat jistý posun, když v Obecném komentáři č. 36 o právu na život z roku 2018 uvedl, že povinnost chránit právo na život vyžaduje, aby státy přijaly zvláštní opatření k ochraně zvláště zranitelných osob, které jsou obzvláště ohroženy z důvodu konkrétních hrozeb nebo již existujících vzorců násilí. Mezi tyto osoby zařadil mimo jiné lesbické ženy, gaye, bisexuální, transsexuální a intersexuální osoby (LGBTI).¹⁰⁸ A dále uvedl, že státy, které zachovávají trest smrti za jednání, jehož kriminalizace samotná je v rozporu s ICCPR, mj. včetně homosexuality, porušují čl. 6.¹⁰⁹ Lze očekávat, že ve vztahu k navrácení SOGI osob do zemí původu, které ukládají trest smrti za stejnopohlavní styky, bude Výbor pro lidská práva obezřetnější než dříve.¹¹⁰

4.1.3 Rozhodování SOGI stížností a CAT

Výbor proti mučení se doposud zabýval sedmi stížnostmi neúspěšných žadatelů o azyl, kteří se obávali pronásledování z důvodu SOGI, z nichž dvě byly úspěšné.¹¹¹ U neúspěšných žádostí nebylo shledáno porušení úmluvy z důvodu nedostatku věrohodnosti tvrzení

¹⁰⁶ ComAT, *General Comment No. 4 (2017) on the Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22*, 4. září 2018, U. N. Doc. CAT/C/GC/4, § 45.

¹⁰⁷ Ibid, § 46. Tento koncept uplatňuje v praxi řada států při posuzování žádostí o azyl (je dokonce zakotven i v čl. 8 kvalifikační směrnice EU), podle mého názoru je ale praxe odmítání udělení statusu uprchlíka z důvodu „nevyčerpané“ možnosti vnitrostátního přesídlení v rozporu s Ženevskou konvencí a vlastní definicí uprchlíka.

¹⁰⁸ HRC, *CCPR General Comment No. 36 (2018) on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, 3. září 2019, U. N. Doc. CCPR/C/GC/36, § 23.

¹⁰⁹ Ibid, § 36.

¹¹⁰ Zajímavý je fakt, že i přesto, že Výbor pro lidská práva shledal již v roce 1994 v případě *Toonen v. Austrálie*, že kriminalizace homosexuality je v rozporu s ICCPR a že ve svých závěrečných připomínkách v průběhu let jednotlivým státům vícekrát doporučoval dekriminlizovat stejnopohlavní styky a zavést antidiskriminační legislativu ve vztahu k SOGI, je Obecný komentář č. 36 teprve druhým komentářem z celkového počtu 37, který vůbec zmiňuje sexuální orientaci a genderovou identitu (prvním byl Obecný komentář č. 35 z roku 2014). Viz HRC, *Toonen v. Austrálie*, 31. března 1994, stížnost č. 488/1992. Téma dobře shrnuje tento článek: GERBER, Paula a Joel GORY. The UN Human Rights Committee and LGBT Rights: What is it Doing? What Could it be Doing? *Human Rights Law Review*. 2014, 14(3), 403–439.

¹¹¹ ComAT, *K. S. Y. v. Nizozemsko*, 26. května 2003, stížnost č. 190/2001; ComAT, *E. J. v. M. v. Švédsko*, 14. listopadu 2003, stížnost č. 213/2002; ComAT, *Uttam Mondal v. Švédsko*, 23. května 2011, stížnost č. 338/2008; ComAT, *J. K. v. Kanada*, 23. listopadu 2015, stížnost č. 562/2013; ComAT, *E. A. v. Švédsko*, 11. srpna 2017, stížnost č. 690/2015; ComAT, *Joyce Nakato Nakawunde v. Kanada*, 3. srpna 2018, stížnost č. 615/2014; ComAT, *H. R. E. S. v. Švýcarsko*, 9. srpna 2018, stížnost č. 783/2016.

stěžovatele¹¹² či nedostatku individualizace rizika a prokázání vážných důvodů, že stěžovateli hrozí reálné nebezpečí újmy.¹¹³ Jedna stížnost byla označena za nepřijatelnou z důvodu nevyčerpání všech opravných prostředků.¹¹⁴ Všechny případy až na jeden¹¹⁵ se týkaly návratu stěžovatele do země, kde jsou stejnopohlavní styky kriminalizovány.

Ve věci *K. S. Y. v. Nizozemsko* (2003) se neúspěšný žadatel o azyl z Íránu obával pronásledování z důvodů své sexuální orientace a politických aktivit svého bratra, pro něž byl již v minulosti držen ve vazbě a mučen. V době rozhodování Výboru proti mučení uplynulo od útěku stěžovatele do Nizozemí již deset let.¹¹⁶ Výbor zkonstatoval, že stěžovateli nehrozí reálné nebezpečí újmy, neboť k politickým aktivitám bratra došlo před více než 17 lety, a navíc podle jemu dostupných informací není v Íránu v dané době homosexualita aktivně trestně stíhána.¹¹⁷ (V Íránu však v té době byly stejnopohlavní styky kriminalizovány a bylo za ně možno uložit trest smrti. Tento stav dodnes trvá.) Výbor tak použil argument „absencí skutečného uplatňování zákonů v praxi“, který se často objevuje i v judikatuře ESLP. Není však zřejmé, jaké měřítko v testu „aktivního“ či „skutečného“ uplatňování orgány vlastně aplikují. To je zřejmé i v následujícím případě.

Věc *E. A. v. Švédsko* (2017) se týkala neúspěšného žadatele o azyl z Libanonu, který do Švédska přišel ve 14 letech s matkou a dvěma sestrami. Rodina žádala o azyl, neboť se otec angažoval v bojích na straně Izraele, a jejich žádosti byly zamítnuty. Stěžovatel podal v 21 letech novou žádost s tím, že má švédského partnera, homosexualita je v Libanonu kriminalizována s trestem odnětí svobody až na 1 rok a současně se obává perzekuce ze strany příbuzných v Libanonu, jimž jeho známý oznámil, že je gay. Ze zprávy Ministerstva zahraničí USA o stavu lidských práv vyplývalo, že čl. 534 trestního zákoníku je uplatňován zřídka a většinou končí pokutou. Výbor měl k dispozici zprávu libanonské neziskové organizace dokumentující každoroční nárůst počtu zadržení v souvislosti s čl. 534, který v předcházejícím roce dosáhl 76

¹¹² ComAT, *K. S. Y. v. Nizozemsko*, cit. 111, § 7.3; ComAT, *E. J. v. M. v. Švédsko*, cit. 111, § 8.; ComAT, *E. A. v. Švédsko*, cit. 111, § 8.11.

¹¹³ ComAT, *E. J. v. M. v. Švédsko*, cit. 111, §§ 8.6–8.7; ComAT, *E. A. v. Švédsko*, cit. 111, § 8.14; ComAT, *H. R. E. S. v. Švýcarsko*, cit. 111, § 9.7

¹¹⁴ Na druhou stranu Výbor připustil, že stěžovatelce hrozí při návratu do Ugandy zadržení z důvodu sexuální orientace. Proto vyzval smluvní stranu, aby zajistila, že bude mít stěžovatelka přístup k odvolacím opravným prostředkům, včetně právní pomoci a možnosti zažádat o humanitární vízum. Srov. ComAT, *Joyce Nakato Nakawunde v. Kanada*, cit. 111, § 6.9.

¹¹⁵ ComAT, *E. J. v. M. v. Švédsko*, cit. 111.

¹¹⁶ Do Nizozemska původně stěžovatel uprchl i s partnerem, ten se však později začal stýkat s jinými muži a mezitím, co stěžovatel čekal na výsledek řízení o odvolání proti rozhodnutí o zamítnutí azylu, se s partnerem dostal do konfliktu a v hádce jej zabil. Následně byl odsouzen ke 4 letům odnětí svobody a označen za nežádoucí osobu. Jeho žaloba proti rozhodnutí o neudělení azylu byla zamítnuta, stejně jako nová žádost o azyl a následné odvolání.

¹¹⁷ ComAT, *K. S. Y. v. Nizozemsko*, cit. 111, § 7.4.

zadržení. Zprávu Výbor okomentoval s tím, že „nemůže vyvodit závěr, že je každý homosexuální muž v Libanonu terčem pronásledování ze strany úřadů.“¹¹⁸ Vzhledem k působnosti čl. 3 CAT by bývalo vhodnější, kdyby Výbor konstatoval, že 76 incidentů zadržení ještě neprokazuje, že každému homosexuálnímu muži hrozí reálné nebezpečí mučení. Tento příklad dobře ilustruje, jak přejímání terminologie uprchlického práva lidskoprávními výbory přispívá k osifikaci restriktivní interpretace „pronásledování“ v ŽÚ1951. Obzvláště, pokud se od národních orgánů z hlediska metodologie očekává, že při výkladu termínu „pronásledování“ uprchlického práva budou užívat tyto externí lidskoprávní standardy.

V předchozí části jsem vyjádřila domněnku, že by Obecný komentář č. 4 mohl v případě SOGI žadatelů napomoci v individualizaci rizika nebezpečí u SOGI stěžovatelů. Případ *H. R. E. S. v. Švýcarsko* (2018) tomu však nenasvědčuje. V něm se jednalo o Íránce, který tvrdil pronásledování z důvodu své SOGI, ateismu a politických názorů. Mezi jednotlivými incidenty (včetně sexuálního zneužívání v armádě), které popisoval, však uběhla různě dlouhá doba a Výbor neshledal, že by prokázal osobní nebezpečí budoucí újmy ve vztahu k žádnému z nich. V tomto případě je především zarážející, že i přesto, že Výbor citoval bod 45 Obecného komentáře č. 4, který stanoví indikátory osobního nebezpečí, a čtyři z indikátorů uvedl, nezmínil jako indikátor písmeno e), tj. sexuální orientaci a genderovou identitu.¹¹⁹ Současně v stanovisku Výbor poznamenal, že stěžovatel netvrdil, že by iránské orgány věděly o jeho sexuální orientaci, ateismu a politických názorech nebo že by hodlal svou homosexualitu projevovat na veřejnosti.¹²⁰ Tak se do argumentace Výboru nepřímo vkradla jedna z forem „argumentu diskrétnosti“, který je založen na nedůvodném předpokladu, že potenciální identifikace odlišné sexuální orientace či genderové identity okolím je závislá čistě na vůli stěžovatele.

Před Výborem proti mučení byly úspěšné dva SOGI případy a oba mají jedno společné: vysokou individualizaci míry nebezpečí a kombinaci vícera rizikových faktorů, které pokud by byly posuzovány zvlášť, by pravděpodobně nevedly k závěru o riziku mučení. Ve věci *Uttam Mondal v. Švédsko* (2011) byly těmito faktory politické aktivity v regionální opoziční straně, pro něž byl stěžovatel v Bangladéši opakovaně zadržován, mučen na služebně a znásilněn třemi policisty. Dále patřil k systematicky diskriminované hinduistické minoritě a pro jeho homosexualitu na něj místní imám vyhlásil smrtelnou fatwu.¹²¹ Ve věci *J. K. v. Kanada* (2015) šlo o ugandského aktivistu za práva LGBT osob, který doložil své pronásledování z důvodu své

¹¹⁸ ComAT, *E. A. v. Švédsko*, cit. 111, § 9.6.

¹¹⁹ ComAT, *H. R. E. S. v. Švýcarsko*, cit. 111, § 8.5.

¹²⁰ Ibid, § 8.11.

¹²¹ ComAT, *Uttam Mondal v. Švédsko*, cit. 111, § 7.7.

sexuální orientace mj. zatykačem, soudním předvoláním, fotografií v tisku, který sestavoval veřejné seznamy homosexuálních osob s výzvami k jejich udávání. Výbor shledal, že by mu navrácením hrozilo nebezpečí mučení nejen vzhledem k jeho sexuální orientaci, ale i vzhledem k jeho aktivismu a trestnímu obvinění.¹²²

Stojí za povšimnutí, že v případě *Uttam Mondal* se Výbor odchýlil od svého přístupu v *K. S. Y. v. Nizozemsko*. Švédská vláda tvrdila, že stejnopohlavní styky jsou sice kriminalizovány s tresty až na doživotí, nicméně bangladéšské úřady aktivně homosexuální osoby nestíhají, a proto není důvod se domnívat, že by stěžovatel měl být úřady pronásledován. Výbor poznamenal, že tvrzení smluvní strany, že bangladéšské orgány homosexuální osoby aktivně nepronásledují, nevylučuje, že k takovému pronásledování nemůže dojít.¹²³ To by mohlo naznačovat, že by podle Výboru proti mučení kriminalizace stejnopohlavních styků sama o sobě mohla potenciálně spouštět zákaz *refoulement*.

4.1.4 Rozhodování SOGI stížností a ICCPR

Výbor pro lidská práva se ve spojitosti se zákazem *refoulement* a SOGI zabýval osmi stížnostmi.¹²⁴ Tři z nich byly úspěšné¹²⁵ a jedna měla i přes nepřijatelnost pro stěžovatelku pozitivní výsledek.¹²⁶ Zbylé čtyři byly neúspěšné, neboť stěžovatelé podle Výboru neprokázali vady či arbitrárnost v řízení představující odepření spravedlnosti a jejich tvrzením často chyběla důvěryhodnost.¹²⁷

Ve věci *X. v. Švédsko* (2011) Výbor konstatoval, že deportací stěžovatele do Afghánistánu porušilo Švédsko čl. 7 ve spojení s čl. 6 ICCPR. Stěžovatel uváděl, že jakožto aktivní člen komunistické politické strany kritizoval na počátku 90. let mudžahedíny, kteří vzdorovali

¹²² ComAT, *J. K. v. Kanada*, cit. 111, § 10.5.

¹²³ ComAT, *Uttam Mondal v. Švédsko*, cit. 111, § 7.3.

¹²⁴ HRC, *X. v. Švédsko*, 1. listopadu 2011, stížnost č. 1833/2008; HRC, *M. I. v. Švédsko*, 25. července 2013, stížnost č. 2149/2012; HRC, *M. K. H. v. Dánsko*, 12. července 2016, stížnost č. 2462/2014; HRC, *M. Z. B. M. v. Dánsko*, 20. března 2017, stížnost č. 2593/2015; HRC, *W. K. v. Kanada*, 27. března 2018, stížnost č. 2292/2013; HRC, *Z. B. v. Maďarsko*, 19. července 2018, stížnost č. 2768/2016; HRC, *A. E. v. Švédsko*, 13. března 2020, stížnost č. 3300/2019; HRC, *M. B. v. Kanada*, 13. března 2020, stížnost č. 2957/2017.

¹²⁵ HRC, *X. v. Švédsko*, cit. 124; HRC, *M. I. v. Švédsko*, cit. 124; HRC, *M. K. H. v. Dánsko*, cit. 124.

¹²⁶ HRC, *Z. B. v. Maďarsko*, cit. 124. Tento případ byl obzvláště specifický. Jednalo se o deportaci ženy, jež byla nucena prchnout z Kamerunu spolu se svou sestrou. Ta byla v jejich společném obydlí těžce zbita z důvodu své sexuální orientace a kamerunské úřady obvinily stěžovatelku z „napomáhání k homosexualitě“ a vydaly na ni zatykač. Sestry se na své cestě do Evropy setkaly mnohokrát s brutálním násilím, staly se oběťmi pašeráků, v Srbsku byly nuceny k prostituci a následně skončily v Maďarsku, které jejich žádosti o azyl zamítlo s tím, že Srbsko je třetí bezpečná země. Výbor pro lidská práva nařídil zastavit transfer stěžovatelky, avšak během posuzování stížnosti jí Maďarsko po opakované žádosti přiznalo status uprchlíka. Výbor následně stížnost posoudil jako nepřijatelnou, neboť situace dle něj tím byla vyřešena.

¹²⁷ HRC, *M. Z. B. M. v. Dánsko*, cit. 124; HRC, *W. K. v. Kanada*, 27. března 2018, cit. 124; HRC, *A. E. v. Švédsko*, cit. 124; HRC, *M. B. v. Kanada*, cit. 124.

afghánské prosovětské vládě. Po pádu režimu jej jedna z ozbrojených frakcí držela šest měsíců *incommunicado*, během kterých byl podroben mučení, bití a sexuálnímu násilí. V opakované žádosti o azyl uvedl, že s jeho předchozím pronásledováním souvisela i jeho bisexualita, avšak stigma, stud, obavy z toho, co by si pomyslel jeho právník, úředníci i tlumočníci, včetně obav z ostatních Afghánců ve Švédsku, a fakt, že netušil, že může jít o azylový důvod, vysvětlují, proč tuto skutečnost dříve nezmínil. Výbor shledal, že švédské orgány zpochybnily stěžovatelovu důvěryhodnost ne proto, že by zpochybňovaly jeho sexuální orientaci jako takovou a to, že v Afghánistánu může za stejnopohlavní styky hrozit až trest smrti, ale především proto, že tuto skutečnost zmínil opožděně (po čtyřech letech), aniž by se vypořádaly s podstatou samotných tvrzení a vzaly v potaz jeho vysvětlení. Tento přístup lze z hlediska ochrany SOGI žadatelů vítat, neboť situace, kdy SOGI žadatelé o azyl při pohovoru (pokud se vzhledem k praxi zrychlených řízení vůbec k pohovoru dostanou) neuvedou z kombinace výše zmíněných důvodů incidenty pronásledování do souvislosti se svojí SOGI, je poměrně častá.¹²⁸

Následující dva případy konstatující porušení čl. 7 jsou pozoruhodné zejména tím, že v nich Výbor explicitně připustil souvislost mezi samotnou existencí zákonů kriminalizujících stejnopohlavní styky a pronásledováním od nestátních subjektů.

Ve věci *M. I. v. Švédsko* (2013) stěžovatelka uvedla, že po zjištění její lesbické orientace a skutečnosti, že žije s partnerkou, ji bangladéšská policie několik dní držela ve vazbě, kde byla policisty znásilněna, její partnerku mezitím unesla islamistická studentská organizace a od té doby o ní neslyšela. Švédská vláda zpochybnila její výpovědi s tím, že v Bangladéši k systematickému pronásledování lesbických žen nedochází, výhrůžky od rodičů, rodiny jejího bývalého manžela a členů islamistické organizace byly individuálním trestným jednáním daných jedinců, zneužití ve vazbě bylo excesem konkrétních policistů a všechny tyto incidenty měly být nejprve nahlášený úřadům. Dále vláda uvedla, že navzdory kriminalizaci stejnopohlavních styků není zákon v praxi uplatňován. Výbor však konstatoval, že existence takového zákona sama o sobě podporuje stigmatizaci LGBT osob a představuje překážku pro vyšetřování a potrestání aktů pronásledování. Vláda řádně nezohlednila tvrzení stěžovatelky ohledně událostí, které zažila v Bangladéši kvůli své sexuální orientaci, zejména špatné zacházení ze strany policie, a vyhoštěním by tak došlo k porušení čl. 7.¹²⁹

¹²⁸ DANISI, Carmelo, Moira DUSTIN, Nuno FERREIRA a Nina HELD. *Queering Asylum in Europe: Legal and Social Experiences of Seeking International Protection on grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*. Cham: Springer International Publishing, 2021, s. 163–165, 223, 243–244.

¹²⁹ HRC, *M. I. v. Švédsko*, cit. 124, § 7.5.

K obdobnému závěru Výbor dospěl i ve věci *M. K. H v. Dánsko* (2016), ve které aktéry pronásledování byly čistě soukromé osoby. Jednalo se o nezletilého z Bangladéše, který byl vesničany přichycen při sexuálním styku se svým přítelem a následně byli oba veřejně bití a mučeni. Dánská vláda zpochybnila jeho nezletilost, sexuální orientaci, celkovou důvěryhodnost a zmínila, že kriminalizující legislativa není v praxi uplatňována. Výbor ale shledal v jejím postupu procedurální vady, neboť vláda nevysvětlila, na základě čeho odmítla stěžovatelovu sexuální sebeidentifikaci, ani se nevypořádala s jeho tvrzeními ohledně špatného zacházení, které arbitrárním způsobem odmítla. Znovu zopakoval, že homosexualita je v Bangladéši stigmatizována a samotná kriminalizace představuje překážku pro vyšetřování a potrestání aktů pronásledování vůči LGBT osobám.¹³⁰

Ve věci *M. Z. B. M. v. Dánsko* (2017) se Výbor zabýval první stížností založené čistě na genderové identitě, kdy neshledal, že by deportací transsexuální ženy do Malajsie Dánsko porušilo její práva v čl. 17, čl. 26 a čl. 7. Stěžovatelka uváděla, že byla v minulosti vystavena sexuálnímu násilí ze strany policie a permanentnímu obtěžování a diskriminaci. I přesto, že podstoupila v Thajsku operaci změny pohlaví, nemohla se v Malajsii domoci změny v dokladech. Výbor posoudil, že je stížnost přijatelná a že ji lze posuzovat i z hlediska porušení čl. 17 (právo na soukromý život) a čl. 26 (právo na nediskriminaci), protože je nelze disociovat od tvrzeného porušení v čl. 7.¹³¹ Nepřímo tak přiznal extraterritoriální účinek i čl. 17 a 26. Nakonec však učinil závěr, že dánská vláda se zabývala všemi tvrzeními stěžovatelky. Výbor nekonstatoval porušení čl. 7, vzhledem k tomu, že neshledal vady či svévoli v řízení. Tento přístup Výboru není nijak ojedinělý.

V posledních, relativně nedávných případech se Výbor rovněž spokojil s posouzením kanadských a švédských úřadů, které v případech *W. K. v. Kanada* (2018, stěžovatel z Egypta), *A. E v. Švédsko* (2020, stěžovatel z Nigérie) a *M. B. v. Kanada* (2020, stěžovatel z Guineje) stěžovatelům nevěřily jejich sexuální orientaci a považovaly jejich příběhy za vyfabrikované. Všechny zmíněné státy kriminalizují stejnopohlavní styky odnětím svobody (Guinea až 10 let, Nigérie až 14 let, Egypt de facto až 5 let). Výbor se v těchto případech zaměřil pouze na případné procedurální vady. Stěžovatelé podle něj nesouhlasili pouze s faktickými závěry úřadů a nebyli schopni prokázat, že by se úřady s jejich tvrzeními nevypořádaly a že by jejich závěry byly zjevně arbitrární.¹³²

¹³⁰ HRC, *M. K. H v. Dánsko*, cit. 124, § 8.8.

¹³¹ HRC, *M. Z. B. M. v. Dánsko*, cit. 124, § 6.5.

¹³² HRC, *W. K. v. Kanada*, cit. 124, § 10.5; HRC, *A. E v. Švédsko*, cit. 124, § 9.7; HRC, *M. B. v. Kanada*, cit. 124, § 7.7.

Je těžké činit závěry na základě tří stížností, je nicméně možné, že tyto případy mohou být „obětmi“ neblahého trendu, kdy poté, co řada soudů skoncovala s „argumentem diskretností“ (zpochybňování ze strany úřadů, že by kriminalizace v zemi původu byla překážkou *refoulement*, neboť stěžovatelé údajně mohli svoji SOGI skrývat), zaměřily se rozhodující orgány na zpochybňování sexuální orientace žadatelů jako takové. SOGI stížnosti tak mohou v budoucnu narážet na sebeomezení Výboru pokaždé, když vláda zpochybní kredibilitu stěžovatele a formálně dodá jakékoli odůvodnění zpochybnění, čímž dostojí požadované procedurální povinnosti.

4.1.5 Zhodnocení přístupu k SOGI v rámci CAT a ICCPR

Z analýzy SOGI stížností před Výborem proti mučení a Výborem pro lidská práva by se dal učinit závěr, že samotná existence legislativy kriminalizující stejnopohlavní styky bez ohledu na skutečné stíhání a uplatňování trestů v praxi může v systému CAT a ICCPR vést k zákazu *refoulement*. Alespoň k takovému závěru dospěla zpráva Agentury EU pro základní práva (FRA).¹³³ Sama jsem ve vztahu ke CAT méně optimistická a nezdá se mi, že lze tento závěr s jistotou dovodit z jedné letmé zmínky ve věci *Uttam Mondal*, v níž byl stěžovatel úspěšný především díky silně individualizovanému riziku a kombinaci vícera rizikových faktorů. Systém ICCPR se zdá v tomto ohledu progresivnější, když Výbor pro lidská práva učinil explicitní rovnítko mezi kriminalizací a společenskou stigmatizací, která vede k beztrestnosti špatného zacházení vůči lidem s netradiční SOGI i u těch nejhorších zločinů, a to jak od státních, tak od nestátních subjektů.

Riziko újmy má být stejně jako v ŽÚ1951 u obou instrumentů „prospektivní“ (jedná se o reálné nebezpečí újmy po návratu, tj. v budoucnu) a předchodí špatné zacházení v zemi původu by nemělo být nutnou podmínkou ke spuštění zákazu *refoulement*. Co mají úspěšné SOGI stížnosti před oběma výbory společné, je však skutečnost, že všichni stěžovatelé měli předešlou historii mučení, bití a sexuálního násilí. Je proto otázkou, zda by stěžovatelé bez této historie, resp. stěžovatelé „*sur place*“ vůbec měli před výbory šanci na úspěch.

Navzdory Obecnému komentáři č. 4 (sexuální orientace jakožto indikátor rizika, zvýraznění role nestátních subjektů v porušování CAT) Výboru proti mučení samotná sexuální orientace jakožto rizikový faktor zatím nestačila. Úspěšní stěžovatelé demonstrovali kombinaci

¹³³ FRA. *Protection Against Discrimination on Grounds of Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in the EU – Comparative Legal Analysis – Update 2015*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015, s. 103.

hned celé řady rizikových faktorů, které by v ŽÚ1951 odpovídaly několika konvencionálním důvodům. Navíc se zdá, že před Výborem proti mučení je poměrně obtížné uspět, pochází-li hrozba od nestátních subjektů.¹³⁴ Výbor navíc jednou akceptoval i explicitní „argument diskretností“.

Výbor pro lidská práva a systém ICCPR se jeví k SOGI stěžovatelům celkově vstřícnější. Na druhou stranu se mnohem více zaměřuje na formální procedurální aspekty a zjevné vady v řízení, kdy mu stačí, že se správní orgány s argumenty a jednotlivými skutkovými tvrzeními nějakým způsobem zabývaly, bez ohledu na kvalitu argumentace, ledaže by byla zjevně vnitřně rozporná. To může mít pro SOGI stěžovatele do budoucna nepříznivé důsledky vzhledem k poslednímu trendu státních úřadů zpochybňovat samotnou sebeidentifikaci a sexuální orientaci žadatelů. Pozitivně zde vnímám alespoň to, že z argumentace Výboru pro lidská práva implicitně vyplývá, že kriminalizace vedoucí ke stigmatizaci osob s netradiční SOGI a představující překážku ve vyšetřování těch nezávažnějších trestných činů proti životu, zdraví a lidské důstojnosti má *a maiori ad minus* na tyto osoby mnohem komplexnější dopady.

4.1.6 CAT a ICCPR a lidskoprávní přístup

Je na místě zopakovat, že z analyzovaných stížností je zřejmé, jak důraz na jediné právo (nebýt mučen) v kombinaci s častým užíváním terminologie uprchlického práva ve stížnostech jak smluvními stranami, tak oběma Výbory, vede k restriktivnímu chápání pojmu „pronásledování“ z ŽÚ1951. Podle modelu Hathawaye by nám jako vodítko k určení, zda došlo k pronásledování, měly sloužit lidskoprávní instrumenty a potažmo rozhodování lidskoprávních smluvních orgánů. Výbor pro lidská práva dozírá právě na pakt ICCPR, který hraje u Hathawaye zásadní roli. Podíváme-li se ale blíže na rozhodování tohoto Výboru, je zřejmé, že Hathawayův model není v praxi realizovatelný. Ani samotný Výbor totiž nepovažuje porušování většiny práv v ICCPR za dostatečně závažné, aby automaticky (např. bez spojení s čl. 6 či 7) vedlo k *non-refoulement*. Kriminalizace stejnopohlavních styků sice porušuje čl. 17 ICCPR¹³⁵ a podle Hathawayova přístupu by takové porušení mělo stačit k udělení azylu, tato skutečnost ale nehraje pro Výbor v kontextu *refoulement* roli. Výbor primárně zkoumá, zda na základě kriminalizace nemůže v zemi původu dojít k újmě v intenzitě porušení čl. 7, tj. práva nebýt mučen.

Je samozřejmě možné, že by se vnitrostátní orgán pustil do přímé aplikace ICCPR bez dalšího, bez znalosti stanovisek Výboru, jeví se mi to však jako málo pravděpodobné. Pokud již

¹³⁴ DE WECK, cit. 99, s. 227.

¹³⁵ Srov. HRC, *Toonen v. Austrálie*, cit. 110.

orgán prokáže takovou gramotnost, že bude uvažovat o aplikaci ICCPR, je pravděpodobné, že si dohledá i rozhodovací činnost Výboru. A těžko si představit, že se rozhodující vnitrostátní orgán záměrně zaměří výhradně na ta stanoviska Výboru, která se zabývají pouze intrateritoriálními účinky porušení práv, na základě kterých by měl podle Hathawaye konstatovat pronásledování, a pomine všechna stanoviska Výboru právě z kontextu *non-refoulement*, která indikují, že většina z těchto porušení není relevantní.

Budeme-li dále trvat na tom, že pronásledování je třeba definovat jako „porušení“ lidských práv, nemusí rozhodující orgán v praxi ani vyhodnocovat, jaké všechny druhy újmy stěžovateli v zemi původu hrozí, neboť porušení lidských práv se podle lidskoprávních smluvních orgánů v tomto kontextu může dopustit jen vysílající stát. Tato metodologie přispívá k jakémusi „tunelovému vidění“, které se koncentruje na povinnosti vysílajícího státu a ztrácí ze zřetele komplexní lidský příběh, kumulaci možných druhů újmy a celospolečenský kontext v zemi původu. Obdobný závěr lze učinit i u následujícího instrumentu, který hraje v rozhodovací praxi (zejména) evropských států daleko větší roli než ICCPR.

4.2 Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (EÚLP)

Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod (dále též „EÚLP“) aplikovaná ve světle judikatury Evropského soudu pro lidská práva (dále též „ESLP“) představuje nejvýznamnější evropský lidskoprávní instrument, který poskytuje ochranu před *refoulement*. EÚLP hraje zásadní roli v právu Evropské unie: základní práva v EÚLP tvoří obecné zásady unijního práva.¹³⁶ Současně je EÚLP zmíněna jakožto referenční bod pro interpretaci „pronásledování“ v čl. 9 tzv. „kvalifikační směrnice“,¹³⁷ která je zatím nejambicióznějším legislativním pokusem o regionální harmonizaci výkladu definice uprchlíka z ŽÚ1951 a konceptů uprchlického práva. Porozumět unijnímu výkladu ŽÚ1951 není bez zkoumání EÚLP a judikatury ESLP ani možné.

¹³⁶ čl. 6 SEU. Viz Smlouva o Evropské unii. Úřední věstník EU, C 202/1, 7. června 2016.

¹³⁷ Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/95/EU ze dne 13. prosince 2011 o normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli požívat mezinárodní ochrany, o jednotném statusu pro uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany (přepracované znění).

4.2.1 Princip *non-refoulement* a související lidská práva v EÚLP

Podobně jako v ICCPR, ani v EÚLP nebyla zásada *non-refoulement* původně explicitně stanovena. Odvozuje se z judikatury ESLP, který v klíčovém rozsudku *Soering v. Spojené království* shledal potenciální odpovědnost státu za porušení EÚLP, pokud by stát vydal stěžovatele do země, kde mu hrozí reálné nebezpečí újmy v rozporu s čl. 3, tj. zákazem mučení nebo nelidského či ponižujícího zacházení nebo trestu.¹³⁸ Stížnosti týkající se čl. 2 a porušení práva na život v rámci *non-refoulement* ESLP obvykle subsumuje právě pod čl. 3.¹³⁹

Explicitní zákaz *refoulement* nalezneme v čl. 4 Protokolu č. 4, který zakazuje hromadné vyhoštění cizinců. Zákaz se vztahuje na situace, kdy by státy nedaly cizincům možnost, aby byly jejich případy jednotlivě posouzeny.¹⁴⁰ ESLP dále dovodil jistý extraterritoriální účinek i ve vztahu k čl. 6 (právo na spravedlivý proces)¹⁴¹ a čl. 5 (právo na svobodu a osobní bezpečnost),¹⁴² pokud by mělo dojít v zemi, do které má být stěžovatel vydán či navrácen, k jejich „flagrantnímu“ porušení.¹⁴³ Případy, kdy shledal porušení, byly však extrémně specifické a obecně lze očekávat, že i v budoucnu budou velmi vzácné. Jak ostatně uvedl ESLP v jedné z prvních stížností podaných právě neúspěšným žadatelem o azyl z důvodu SOGI: „Z čistě pragmatického hlediska nelze požadovat, aby vyhošťující smluvní stát vracel cizince pouze do země, která plně a účinně uplatňuje všechna práva a svobody stanovené v Úmluvě.“¹⁴⁴

Výše citovaný „pragmatismus“ ESLP se projevuje i ve dvojím standardu při aplikaci samotného čl. 3 v domácích případech a v případech *non-refoulement*, pokud stěžovatelé

¹³⁸ ESLP, *Soering v. Spojené království*, 7. července 1989, stížnost č. 14038/38, § 91. Ve vztahu k vyhoštění neúspěšných žadatelů o azyl viz např. ESLP, *Cruz Varas a další v. Švédsko*, 20. března 1991, stížnost č. 15776/89 či ESLP, *Vilvarajah a další v. Spojené království*, 30. října 1991, stížnost č. 13613/87.

¹³⁹ Srov. ESLP, *H. a B. v. Spojené království*, 9. dubna 2013, stížnosti č. 70073/10 a 44539/11, § 64.

¹⁴⁰ ESLP zatím shledal porušení v 13 případech, z nichž k pěti došlo teprve v posledním roce a půl. Zdá se, že význam článku od doby rozsudku ve věci *Hirsi Jamaa*, výrazně narůstá. Srov. ESLP, *Čonka v. Belgie*, 5. února 2002, stížnost č. 51564/99; ESLP, *Hirsi Jamaa a další v. Itálie*, Velký senát, 23. února 2012, stížnost č. 27765/09; ESLP, *Moustahi v. Francie*, 25. června 2020, stížnost č. 9347/14; ESLP, *M. K. a další v. Polsko*, 23. července 2020, stížnosti č. 40503/17, 42902/17 a 43643/17; ESLP, *M. K. a další v. Polsko*, 23. července 2020, stížnosti č. 40503/17, 42902/17 a 43643/17; ESLP, *D. A. a další v. Polsko*, 8. července 2021, stížnost č. 51246/17; ESLP, *Shazad v. Maďarsko*, 8. července 2021, stížnost č. 51246/17; ESLP, *M. H. a další v. Chorvatsko*, 18. listopadu 2021, stížnosti č. 15670/18 a 43115/18.

¹⁴¹ ESLP, *Soering v. Spojené království*, cit. 138, § 113; ESLP, *Abu Qatada v. Spojené království*, 17. ledna 2012, stížnost č. 8139/09, §§ 258–262, 285; ESLP, *Al Nashiri v. Polsko*, 24. července 2014, stížnosti č. 28761/11, 7511/13; ESLP, *Abu Zubaydah v. Polsko*, 24. července 2014, stížnost č. 7511/13, § 560.

¹⁴² ESLP, *Al Nashiri v. Polsko*, cit. 141, §§ 527–532; ESLP, *Abu Zubaydah v. Polsko*, cit. 141, §§ 521–526.

¹⁴³ Obdobně připustil ESLP i teoretickou možnost „flagrantního“ porušení čl. 9 (svoboda náboženského vyznání) v *Z. a T. v. Spojené království*, ale narozdíl od čl. 5 a čl. 6 takové porušení nikdy neshledal. Je to i z toho důvodu, že si podle ESLP těžko půjde představit situaci, kdy flagrantní porušení čl. 9 nebude současně představovat situaci, kdy dojde i k porušení čl. 3. Srov. ESLP, *Z. a T. v. Spojené království*, 28. února 2006, stížnost č. 27034/05. K porušení principu *non-refoulement* může dojít i v důsledku porušení práva na rodinný život, zde bude ale vždy vazba na rodinného příslušníka, který ve vyhošťujícím státu zůstává (a obvykle bude občanem či bude mít určitou formu dlouhodobého pobytového oprávnění).

¹⁴⁴ ESLP, *F. v. Spojené království*, 22. června 2004, stížnost č. 17341/03, § 3.

namítají konkrétně ponižující zacházení.¹⁴⁵ Na jednu stranu je zákaz porušení čl. 3 absolutní a mezi jednotlivými formami špatného zacházení v čl. 3 by nemělo být rozlišováno.¹⁴⁶ Na druhou stranu ve vztahu k *non-refoulement* ESLP tuto zásadu zpochybnil, když pronesl, že „*absolutní povaha článku 3 neznamena, že jakákoli forma špatného zacházení je překážkou pro vyhoštění ze smluvního státu [...] [T]ento soud opakovaně uvedl, že Úmluva nemá za cíl být prostředkem, který by vyžadoval, aby smluvní státy vnucovaly ostatním státům normy Úmluvy [...] Vzhledem k tomuto faktu zacházení, které by mohlo porušovat článek 3 z důvodu jednání nebo opomenutí smluvního státu, nemusí dosáhnout minimální úrovně závažnosti, která je vyžadována, aby došlo k porušení článku 3 v případě vyhoštění nebo vydání.*¹⁴⁷ Soud vyslal signál, že s čl. 3 EÚLP může v těchto případech zacházet spíše restriktivně, v obdobně zúžené působnosti, jakou má čl. 3 CAT.

I přes výše řečené, zůstává čl. 3 primárním článkem, který v praxi ESLP spouští zásadu *non-refoulement*. Judikatura je v tomto ohledu bohatá a F. De Weck na základě počtu předběžných opatření na zastavení vydání odhaduje, že počet stížností proti *refoulement* k únoru 2016 přesáhl 5000. Z 225 meritorních posouzení shledal ESLP porušení ve 125 případech.¹⁴⁸ Z toho lze usuzovat, že stěžovatelé, kteří ve Štrasburku hledají ochranu před *refoulement*, jsou úspěšní pouze v cca 2,5 % případů. Obecně je tak velmi obtížné pro neúspěšné žadatele o azyl před ESLP uspět.

4.2.2 Působnost *rationae personae* v EÚLP

Podobně jako u CAT a ICCPR má princip *non-refoulement* v EÚLP širší osobní působnost než v ŽÚ1951. I zde musí stěžovatel prokázat, že mu hrozí reálné (*real risk*)¹⁴⁹ a osobní

¹⁴⁵ DE WECK, cit. 99, s. 154.

¹⁴⁶ ESLP, *Harkins a Edwards v. Spojené království*, 17. ledna 2012, stížnosti č. 9146/07 a 32650/07, § 128. Srov. ESLP, *Soering v. Spojené království*, cit. 138, § 88: „[p]odle názoru Soudu se tato neodmyslitelná povinnost neextradovat vztahuje i na případy, kdy by přecházející osoba v přijímajícím státě čelila reálnému riziku, že bude vystavena nelidskému nebo ponižujícímu zacházení nebo trestu zakázanému tímto článkem“.

¹⁴⁷ ESLP, *Harkins a Edwards v. Spojené království*, cit. 146, § 129; ESLP, *Babar Ahmad a další v. Spojené království*, 10. dubna 2012, stížnosti č. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 a 67354/09, § 177.

¹⁴⁸ DE WECK, cit. 99, s. 21–22.

¹⁴⁹ Test „reálného nebezpečí“ v MPLP je považován za přísnější než variace na test „přiměřené pravděpodobnosti“ v rámci uprchlického práva. Test reálného nebezpečí je inspirován úmluvou CAT a používají jej oba výbory OSN, je však obtížné zhodnotit, nakolik jej aplikují stejně. Z judikatury ESLP je obtížné vystopovat jeho přesnou definici a přísnost testu variuje: ESLP např. uvedl, že „nestačí pouhá možnost“ rizika špatného zacházení (*mere possibility... is not in itself sufficient*), jindy uvedl, že se musí jednat o „vážné nebezpečí“ (*serious risk*) nebo že je třeba „vysoká pravděpodobnost“ (*high likelihood*), jednou dokonce použil extrémně přísný test z domény trestního práva „nade vši pochybnost“ (*beyond any reasonable doubt*) (což lze označit spíše za exces Soudu). Obecně se komentátoři shodují, že je před ESLP důkazní standard vyšší než před Výbory OSN, *ergo* ještě vyšší než v uprchlickém právu. Srov. DE WECK, cit. 99, s. 234–236.

nebezpečí (*personal risk*) špatného zacházení. Existence obecné situace násilí sama o sobě nestačí, aby v případě vyhoštění vedla k porušení čl. 3.¹⁵⁰ ESLP obvykle trvá na tom, aby měl každý stěžovatel „zvláštní rozlišovací znaky“, i když v případě, že stěžovatel patří ke skupině, která je v zemi původu systematicky ohrožena špatným zacházením, může být osvobozen od jejich prokazování.¹⁵¹ De Weck označuje tyto případy za výjimečné a není neobvyklé, že když už ESLP nejprve indikuje, že osoba patří ke zranitelné skupině, své závěry pak přesto učiní na základě individualizovaných rizikových faktorů.¹⁵² Za skupiny systematicky ohrožené špatným zacházením ESLP zatím uznal: osoby podezřelé z islámského terorismu v Tunisku v době před Arabským jarem, příslušníky menšinového klanu v části Somálska, osoby vzaté do vazby a obviněné z politicky či nábožensky motivovaných trestných činů ve středoasijských zemích, nelegální migranty v Libyi a žadatele o azyl v Řecku.¹⁵³ Otázkou zůstává, zda SOGI stěžovatelé nemohou patřit ke skupině systematicky ohrožené špatným zacházením právě v zemích, kde existuje plošná kriminalizace stejnopohlavních styků. Přístup ESLP k SOGI stížnostem zkoumají následující kapitoly.

4.2.3 Rozhodování SOGI stížností v EÚLP

Evropský soud pro lidská práva (ESLP) a Komise (EKLP)¹⁵⁴ doposud posuzovaly celkem 24 případů deportace neúspěšných žadatelů o azyl, kteří se obávali pronásledování z důvodu SOGI.¹⁵⁵ Ti namítali, že v případě navrácení do země původu dojde k porušení principu

¹⁵⁰ ESLP, *Sultani v. Francie*, 20. září 2007, stížnost č. 45223/05, § 67.

¹⁵¹ ESLP, *N. A. v. Spojené království*, 17. července 2008, stížnost č. 25904/07, § 116; *J. K. a další v. Švédsko*, 23. srpna 2016, stížnost č. 59166/12, § 103.

¹⁵² DE WECK, cit. 99, s. 316.

¹⁵³ *Ibid.*, s. 344.

¹⁵⁴ Evropská komise pro lidská práva (EKLP).

¹⁵⁵ EKLP, *B. v. Spojené království*, 10. února 1990, stížnost č. 16106/90; EKLP, *Sobhani v. Švédsko*, 10. července 1998, stížnost č. 32999/96; ESLP, *F. v. Spojené království*, 22. června 2004, stížnost č. 17341/03; ESLP, *I. N. N. v. Nizozemí*, 9. prosince 2004, stížnost č. 2035/04; ESLP, *R. A. v. Francie*, 8. února 2011, stížnost č. 49718/09; ESLP, *D. B. N. v. Spojené království*, 31. května 2011, stížnost č. 26550/10; ESLP, *K. N. a další v. Francie*, 19. června 2012, stížnost č. 47129/09; ESLP, *A. S. B. v. Nizozemí*, 10. července 2012, stížnost č. 4854/12; ESLP, *M. K. N. v. Švédsko*, 27. června 2013, stížnost č. 7243/10; ESLP, *M. E. v. Švédsko*, 26. června 2014, stížnost č. 71398/12 (viz také ESLP, *M. E. v. Švédsko*, 8. dubna 2015, Velký senát, stížnost č. 71398/12); ESLP, *A. E. v. Finsko*, 22. září 2015, stížnost č. 30953/11; ESLP, *A. N. v. Francie*, 19. dubna 2016, stížnost č. 12956/15; ESLP, *M. B. v. Španělsko*, 13. prosince 2016, stížnost č. 15109/15; ESLP, *H. A. a H. A. v. Norsko*, 3. ledna 2017, stížnost č. 56167/16; ESLP, *A. T. v. Švédsko*, 25. dubna 2017, stížnost č. 78701/14; ESLP, *E. S. v. Španělsko*, 26. září 2017, stížnost č. 13273/16; ESLP, *M. B. v. Nizozemí*, 28. listopadu 2017, stížnost č. 63890/16; ESLP, *I. K. v. Švýcarsko*, 19. prosince 2017, stížnost č. 21417/17; ESLP, *M. T. v. Francie*, 27. března 2018, stížnost č. 61145/16; ESLP, *Nurmatov (Ali Feruz) v. Rusko*, 2. října 2018, stížnost č. 56368/17; ESLP, *A. R. B. v. Nizozemí*, 17. ledna 2019, stížnost č. 8108/18; ESLP, *S. A. C. v. Spojené království*, 12. listopadu 2019, stížnost č. 31428/18; ESLP, *B. a C. v. Švýcarsko*, 17. listopadu 2020, stížnost č. 43987/16; ESLP, *R. Y. v. Rusko*, 21. března 2021, stížnost č. 21977/20.

non-refoulement primárně ve vztahu k čl. 3 EÚLP, tj. ve vztahu k zákazu mučení, nelidského a ponižujícího zacházení. Z těchto 24 stížností ESLP prohlásil za přijatelné a meritorně přezkoumal pouze tři a u dvou neshledal porušení EÚLP.¹⁵⁶ V 88 % případů Soud (resp. dříve EKLP) stížnosti neúspěšných SOGI žadatelů o azyl buď vyškrtl ze seznamu, prohlásil je za nepřijatelné, nebo provedl kombinaci obojího (prohlásil je zčásti za nepřijatelné a zčásti je vyškrtl).

K vyškrtnutí stížnosti ze seznamu případů přistoupil Soud často poté, co se stát z vlastní vůle na poslední chvíli rozhodl deportaci žadatele zastavit s příslibem opětovného posouzení žádosti o azyl nebo za současného udělení nějakého druhu pobytu či ochrany.¹⁵⁷ Za těchto okolností se ESLP dále odmítl zabývat meritem věci, i když byl k tomu několikrát stěžovateli vyzván a v souladu s čl. 37 EÚLP v řízení pokračovat mohl.¹⁵⁸ Ve dvou případech došlo k vyškrtnutí poté, co právní zástupce ztratil se stěžovatelem kontakt,¹⁵⁹ a v jednom z důvodů, že stěžovatel nezareagoval na připomínky vlády¹⁶⁰. Nepřijatelnost stížnosti pak ESLP často konstatoval buď na základě toho, že osobní příběh stěžovatele a jeho tvrzení o sexuální orientaci nepovažoval za důvěryhodné,¹⁶¹ nebo toho, že příslušné trestní zákony v zemi, která stejnopohlavní styky kriminalizuje, nejsou v praxi uplatňovány,¹⁶² a proto se dle jeho mínění mohou stěžovatelé po návratu chovat diskrétně a vyhnout se tak trestu.¹⁶³

V listopadu 2020 ESLP ve věci *B. a C. v. Švýcarsko* poprvé konstatoval, že deportací neúspěšného SOGI žadatele o azyl by došlo k porušení čl. 3.¹⁶⁴ Jedná se o historicky první a zatím jediný úspěšný případ uplatnění *non-refoulement* ve vztahu k SOGI v evropském regionálním lidskoprávním systému EÚLP.

¹⁵⁶ ESLP, *M. K. N. v. Švédsko*, cit. 155 a ESLP, *M. E. v. Švédsko*, 2014, cit. 155. V prvním případě nepovažoval soud stěžovatelův osobní příběh a tvrzení o sexuální orientaci za důvěryhodné a v druhém případě stížnost putovala k Velkému senátu, kterým byla následně vyškrtuta ze seznamu případů, neboť Švédsko mezitím stěžovateli udělilo pobyt. Srov. ESLP, *M. E. v. Švédsko*, 2015, cit. 155.

¹⁵⁷ EKLP, *Sobhani v. Švédsko*, cit. 155; ESLP, *K. N. a další v. Francie*, cit. 155; ESLP, *A. S. B. v. Nizozemí*, cit. 155; ESLP, *M. E. v. Švédsko*, 2015, cit. 155; ESLP, *A. E. v. Finsko*, cit. 155; ESLP, *M. B. v. Španělsko*, cit. 155; ESLP, *A. T. v. Švédsko*, cit. 155; *E. S. v. Španělsko*, cit. 155; *Nurmatov (Ali Feruz) v. Rusko*, cit. 155; *A. R. B. v. Nizozemí*, cit. 155; *S. A. C. v. Spojené království*, cit. 155.

¹⁵⁸ Srov. čl. 37 EÚLP: Soud může v kterémkoli stadiu řízení rozhodnout o vyškrtnutí stížnosti ze svého seznamu případů [...] Soud však pokračuje v posuzování stížnosti, vyžaduje-li to dodržování lidských práv zaručených Úmluvou a jejími Protokoly.

¹⁵⁹ ESLP, *R. A. v. Francie*, cit. 155; ESLP, *D. B. N. v. Spojené království*, cit. 155.

¹⁶⁰ ESLP, *M. T. v. Francie*, cit. 155.

¹⁶¹ ESLP, *A. N. v. Francie*, cit. 155; ESLP, *M. B. v. Nizozemí*, cit. 155; ESLP, *I. K. v. Švýcarsko*, cit. 155.

¹⁶² ESLP, *F. v. Spojené království*, cit. 155; ESLP, *I. N. N. v. Nizozemí*, cit. 155; ESLP, *M. E. v. Švédsko*, 2014, cit. 155; ESLP, *M. B. v. Nizozemí*, cit. 155; ESLP, *I. K. v. Švýcarsko*, cit. 155.

¹⁶³ ESLP, *M. E. v. Švédsko*, 2014, cit. 155, § 88.

¹⁶⁴ ESLP, *B. a C. v. Švýcarsko*, cit. 155.

4.2.3.1 Kriminalizace jako „zásah do soukromí“

Ve svém historickém rozsudku *Dudgeon v. Spojené království* (1981)¹⁶⁵ konstatoval ESLP, že kriminalizace konsenzuálního stejnopohlavního styku představuje porušení čl. 8, práva na soukromý život. Velká Británie byla v té době jedním z posledních tehdejších členských států Rady Evropy, které na svém území tyto styky kriminalizovaly.¹⁶⁶ Stěžovatel původně namítal porušení čl. 8 ve spojení s čl. 14 (zákazem diskriminace), ale ESLP se diskriminací rozhodl nezabývat.¹⁶⁷ Že by sexuální orientace vůbec mohla představovat důvod diskriminace dovedl až v roce 1999.¹⁶⁸ Od případu *Dudgeon* po další tři dekády ESLP ve svých rozsudcích opakoval, že homosexualita je nejintimnějším aspektem *soukromého* života, protože i vztahy stejnopohlavních párů spadají výlučně pod ochranu práva na soukromý život, a ne např. práva na život rodinný.¹⁶⁹ Pokud ESLP do roku 2010 konstatoval v případech spojených se sexuální orientací porušení práva, jednalo se s jedinou výjimkou vždy o článek 8.¹⁷⁰ Podle sociologa Paula Johnsona tím, že Soud po léta zdůrazňoval, že stejnopohlavní vztahy jsou pod ochranou Úmluvy, dokud je jedinci udržují v soukromí, sám

¹⁶⁵ ESLP, *Dudgeon v. Spojené království*, cit. 28.

¹⁶⁶ Narativ často bývá konstruován tak, že odvážný ESLP rozsudkem *Dudgeon* přispěl k masivní dekriminalizaci stejnopohlavních styků na území Evropy. Faktem však je, že odhlédneme-li od Sovětského svazu a jeho jednotlivých republik, které tehdy ještě nebyly nezávislé, byly v té době konsenzuální stejnopohlavní sexuální styky formálně legální v drtivé většině evropských států včetně Turecka, které bylo členem Rady Evropy, a trochu paradoxně i na území samotného Vatikánu. V roce 1981 měla Rada Evropy 21 členských států a stejnopohlavní styky byly kriminalizovány na území či části území pěti členských států: Velké Británie (území Severního Irska, Normanských ostrovů, ostrova Man a Gibraltaru), Portugalska (1983), Lichtenštejnska (1989), Irska (1993) a Kypru (1998). V závorkách jsou uvedena data dekriminalizace. Za povšimnutí stojí, že obě posledně zmíněné země jsou bývalou součástí právě britského impéria, jehož tzv. „sodomy laws“ v nějaké formě v řadě států bývalé britské Afriky přežívají dodnes. V době vydání rozsudku *Dudgeon* nekriminalizovaly stejnopohlavní styky ani sousední státy: nečlenské Švýcarsko (1798), ani řada zemí za Železnou oponou, které nebyly teritoriální součástí SSSR: Polsko (1932), Československo (1962), Maďarsko (1962), části Jugoslávie (1977) (Chorvatsko, Slovinsko, Vojvodina), Bulharsko (1968). Nelze tedy říci, že by v době rozhodování ESLP nepanoval v Evropě ve věci širší konsenzus, a to ani u nečlenských států. ESLP měl však mezi mezinárodními lidskoprávními orgány nesporné prvenství a rozsudek *Dudgeon* se stal „zlatým citačním standardem“, který ovlivnil právní diskurz v řadě jurisdikcí i mimo Evropu.

¹⁶⁷ Za porušení práva na soukromí a diskriminaci z důvodu „pohlaví“ označil Výbor pro lidská práva tasmánskou legislativu kriminalizující stejnopohlavní styky ve věci *Toonen v. Austrálie* v roce 1994. Obdobně se v roce 1998 vyjádřil Ústavní soud Jihoafrické republiky a za důvod diskriminace označil sexuální orientaci. Jihoafrická republika byla vůbec prvním státem na světě, který v roce 1996 zavedl zákaz diskriminace z důvodu sexuální orientace do své ústavy. Srov. HRC, *Toonen v. Austrálie*, cit. 110; Rozsudek Ústavního soudu Jihoafrické republiky, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*, 9. října 1998, [1198] ZACC 15; DE RU, H. A Historical Perspective on the Recognition of Same-sex Unions in South Africa. *Fundamina*. 2013, 19(2), s. 232.

¹⁶⁸ ESLP, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugalsko*, 21. prosince 1999, stížnost č. 33290/96, § 28.

¹⁶⁹ BEDAŇOVÁ, Jana. Princip zákazu diskriminace na základě sexuální orientace a právo na rodinný život v judikatuře ESLP. In: WINTR, Jan a Marek ANTOŠ (eds.). *Vybrané problémy ústavního práva v historické perspektivě*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2016, s. 87–99 a s. 89.

¹⁷⁰ Srov. ESLP, *Bączkowski a další v. Polsko*, 3. května 2007, stížnost č. 1543/06, kde Soud shledal mj. porušení čl. 11 (svobody sdružování).

reprodukoval „společenskou realitu skrývání“ a podílel se na procesu „privatizace homosexuality“ (tzn. jejího vyloučení do čistě soukromé sféry).¹⁷¹

Článek 8 se ve vztahu k ochraně neúspěšných žadatelů o azyl z důvodu SOGI před *refoulement* ukázal velmi rychle jako bezzubý. Půl roku po kauze *Soering* posuzovala tehdy ještě Evropská komise pro lidská práva (EKLP) věc *B. v. Spojené království* (1990), v němž se jednalo o vyhoštění kyperského občana, kterému vypršelo pobytové oprávnění ve Velké Británii a který žil několik let se svým britským partnerem ve společné domácnosti.¹⁷² Stěžovatel namítal, že jeho vyhoštěním by došlo k porušení čl. 8 ve dvou ohledech: jeho práva na rodinný život, ale i z důvodu nebezpečí trestního stíhání, neboť homosexuální styky jsou na Severním Kypru trestné. EKLP nejprve zkonstatovala, že v případě stejnopohlavního vztahu se nejedná o „rodinný“ život, ale pouze o život „soukromý“ a narušením tohoto vztahu tak nemůže dojít k porušení práva.¹⁷³ Ohledně kriminalizace na Kypru uvedla, že i kdyby vyhoštění stěžovatele představovalo zásah do jeho práva na soukromý život ve smyslu rozsudku *Dudgeon*, takový zásah je v souladu s britským imigračním zákonem, neboť jde o legitimní opatření ke kontrole imigrace, které slouží k udržení veřejného pořádku. Zásah do stěžovatelova práva tak nepřeváží nad národními zájmy státu, které lze legitimně uplatnit v rámci limitační klauzule odst. 2 čl. 8. Jinými slovy se dá říci, že stát má v tomto ohledu širokou míru uvážení (*margin of appreciation*).

Ve věci *F. v. Spojené království* (2004) šlo o stěžovatele obávajícího se perzekuce z důvodu své SOGI v Íránu, který namítal, že jeho vyhoštěním by došlo k porušení čl. 2, 3, 5, 6 a 8. ESLP ve vztahu k čl. 8 uvedl, že ve státech smluvních stran kriminalizace stejnopohlavních styků sice představuje porušení čl. 8, nicméně v souvislosti s vyhoštěním lze odpovědnost smluvních stran dovodit jen ve vztahu k nebezpečí porušení čl. 2 a 3. K tomu uvedl, že „[z] čistě pragmatického hlediska nelze požadovat, aby vyhošťující smluvní stát vracel cizince pouze do země, která plně a účinně uplatňuje všechna práva a svobody stanovené v Úmluvě.“¹⁷⁴ Bylo tak do budoucna zřejmé, že namítání porušování čl. 8 v důsledku kriminalizace stejnopohlavních styků v zemi původu nebude mít v *non-refoulement* případech šanci na úspěch, neboť se podle ESLP jedná o doménu práva na soukromý život, do které mohou smluvní strany v souvislosti s vyhoštěním legitimně zasahovat a jehož standardy navíc nelze „exportovat“ do nesmluvních států.

¹⁷¹ *social relations of the closet, privatization of homosexuality*; JOHNSON, Paul. *Homosexuality and the European Court of Human Rights*. Abingdon/New York: Routledge, 2014, s. 105 a 120.

¹⁷² EKLP, *B. v. Spojené království*, cit. 155.

¹⁷³ EKLP v této souvislosti zmínila své předchozí závěry z roku 1986, že pod pojem „rodina“ spadá i vztah heterosexuálních nesezdaných párů, kteří spolu žijí jako muž a žena (*husband and wife*). Rodina si zaslouží zvláštní ochranu ve společnosti a rozdílné zacházení s osobami ve stejnopohlavním svazku lze „objektivně a rozumně odůvodnit“. Skutečnost, že stejnopohlavní vztahy představují rodinný život, ESLP shledal až v roce 2010, ve věci *Schalk a Kopf*. Srov. ESLP, *Schalk a Kopf v. Rakousko*, 24. června 2010, stížnost č. 30141/04, § 58, § 94.

¹⁷⁴ ESLP, *F. v. Spojené království*, cit. 155, § 3.

Vrátíme-li se k případu *Dudgeon*, je pravdou, že stěžovatel jiné zásahy krom čl. 8 a 14 nenamítal, a proto se ani ESLP dalšími právy nezabýval. To ale neznamená, že kriminalizace nemá zhoubné dopady na možnost požívání celé řady práv. Předně lze samotnou kriminalizaci označit za diskriminační legislativu představující ponižující zacházení v rozporu s čl. 3.¹⁷⁵ Vzhledem k permanentnímu strachu z trestu, ke stigmatizaci a internalizované sebenávisti působí tato legislativa svým adresátům duševní útrapy,¹⁷⁶ které samy o sobě mohou u řady osob dosahovat intenzity čl. 3, který není limitován jen na fyzické akty špatného zacházení.¹⁷⁷ Kriminalizace však má v řadě států i vliv na možnosti požívat práva nebýt mučen, práva na svobodu a bezpečnost, na spravedlivý proces a řadu dalších.

Spojování kriminalizace stejnopohlavních styků exkluzivně s doménou soukromí je v zásadě nešťastné a právě u osob prchajících před homofobií a transfobií je tato zavádějící praxe nejvíce patrná. C. Dauvergne a J. Millbank citují v této souvislosti jedno z rozhodnutí australského Tribunálu pro přezkum ve věcech uprchlíků z roku 1995, kdy jeden člen dospěl k závěru, že „z mezinárodní judikatury nevyplývá, že by homosexuálové měli nezadatelná lidská práva ohledně svojí sexuality, která by přesahovala právo na soukromý konsenzuální pohlavní styk mezi dospělými. Domnívám se proto, že je správné říci, že lze rozumně očekávat, že se homosexuál vyhne pronásledování tím, že se bude chovat diskrétně, pokud tato diskrétnost

¹⁷⁵ Ve věci *Identoba a další v. Gruzie* (2015) ESLP uvedl, že „diskriminační zacházení jako takové může v zásadě představovat ponižující zacházení ve smyslu článku 3, pokud dosahuje takové závažnosti, že představuje zásah do lidské důstojnosti. Konkrétněji řečeno, zacházení, které je založeno na předsudcích heterosexuální většiny vůči homosexuální menšině, může v zásadě spadat do působnosti článku 3.“ Obdobně se ESLP vyjádřil již v roce 1999 ve věci *Smith a Grady v. Spojené království*. ESLP, *Identoba a další v. Gruzie*, 12. května 2015, stížnost č. 73235/12, § 65. ESLP, *Smith a Grady v. Spojené království* (1999), 27. září 1999, stížnosti č. 33985/96 a 33986/96, § 121.

¹⁷⁶ Ze znaleckého posudku Dr. I. Meyera ve věci *Bayev v. Rusko*: „[...] skrývání lesbické nebo gay identity je samo o sobě významným stresorem, a to nejméně ze tří důvodů. Za prvé, lidé musí věnovat značné psychologické zdroje tomu, aby úspěšně skrývali svou LGB identitu. Utajování vyžaduje neustálé monitorování vlastních interakcí a toho, co člověk sděluje ostatním. Sledování toho, co člověk řekl a komu, je velmi náročné a stresující a vede k psychickému stresu. K důsledkům skrývání patří zaujetí, zvýšená ostražitost před odhalováním stigmat a podezíravost, které následně vedou k problémům s duševním zdravím [...]. Zadruhé, skrývání má škodlivé účinky na zdraví, protože upírá osobě, která skrývá svou lesbickou nebo gay identitu, psychologické a zdravotní přínosy, které plynou ze svobodného a upřímného vyjadřování emocí a sdílení důležitých aspektů jejího života s ostatními [...] Bylo zjištěno, že LGB osoby, které skrývají svou homosexuální identitu, trpí vážnými zdravotními důsledky tohoto skrývání“. Prohlášení Ilana H. Meyera ve věci *Bayev proti Rusku* z května 2014, §§ 64–67, citováno z *amicus curiae* intervence organizace International Commission of Jurists k stížnosti č. 12956/15, *A. N. v. Francie* z 8. července 2015 [online], pozn. 23 na s. 3–4. [cit. 2021-11-01]. Dostupné z: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2015/07/France-A.N.v.FRANCE-AMICUS-Advocacy-legal-submissions-2015-ENG.pdf>.

¹⁷⁷ ESLP, *Identoba a další v. Gruzie*, cit. 175, § 65. Hathaway a Pobjoy v tomto kontextu hovoří o „endogenní újmě“ (*endogenous harm*), která dosahuje intenzity porušení čl. 3. Viz HATHAWAY, James C. a Jason POBJOY. *Queer Cases Make Bad Law*. *New York University Journal of International Law and Politics*. 2012, 44(2), s. 338.

neznamená vzdání se tohoto práva samotného.“¹⁷⁸ To, čeho se podle některých australských rozhodovacích orgánů stačí v případě SOGI uprchlíků vyvarovat za účelem předejití újmy, je „nekritické projevování se“, „stavění se na odiv“, „předvádění se“ a „veřejné deklarování“.¹⁷⁹ Nehledě na zjevně hodnotově nabitý jazyk a na fakt, že se jedná o argumentační faul typu slaměný panák,¹⁸⁰ se nezdá, že by úředníci brali v potaz, že i z jejich absurdních příkladů je zřejmé, že by mohlo docházet k porušení základních lidských práv, jakými jsou mj. právo na rodinný život, svobodu projevu a svobodu sdružování.

Rozhodující orgány tak v rámci příslušnosti k určité sociální skupině chrání soukromou sexuální aktivitu, nikoli sexuální identitu či vztahy mezi osobami stejného pohlaví či veřejné projevy těchto vztahů, čímž redukuje celou řadu aspektů života lidí s odlišnou SOGI na pouhý druh sexuální praktiky. Jak trefně poznamenávají Dauvergne a Millbank: „*V tomto smyslu byla [určitá sociální] skupina v rozhodnutích implicitně definována dvěma různými způsoby: homosexuálové tvoří skupinu pro účely [určení] příslušnosti, ale pokud jde o otázky pronásledování a nexus, stává se posuzovanou kategorií užší skupina ,osob, které chtějí mít styk se stejným pohlavím za utajených (případně anonymních) okolností‘*“.¹⁸¹

Tento dominantní právní diskurz, který spojuje kriminalizaci stejnopohlavních styků s porušením práva na soukromí, resp. na rovnost a nediskriminaci, zastírá skutečnost, že kriminalizace má daleko větší dopad právě ve veřejné sféře.¹⁸² S „privatizací homosexuality“ úzce souvisí, jak již bylo naznačeno, i „argument diskrétnosti“, kterému se nevyhnul ani ESLP.

4.2.3.2 Argument diskrétnosti

Věc *M. E. v. Švédsko* (2014) byla teprve druhým případem SOGI stížnosti proti *refoulement* z celkových tří, které ESLP doposud označil za přijatelné k meritornímu posouzení. ESLP zde zaujal kontroverzní stanovisko, že stěžovatel může být ohledně své sexuální orientace v Libyi dočasně diskrétní, neboť si po vyhoštění může ze zahraničí zažádat na švédské ambasádě o sloučení se svým manželem ve Švédsku.

¹⁷⁸ DAUVERGNE, Catherine a Jenni MILLBANK. Before the High Court: Applicants S396/2002 and S395/2002, a Gay Refugee Couple from Bangladesh. *Sydney Law Review*. 2003, 25(1), pozn. 62 na s. 111.

¹⁷⁹ Ibid, s. 111.

¹⁸⁰ Těžko si představit, že by SOGI uprchlíci z řady např. afrických států, kde jakýkoli náznak netradiční SOGI může být životu nebezpečný, přechali z toho důvodu, že se nemohou „předvádět“.

¹⁸¹ DAUVERGNE, MILLBANK, cit. 178, s. 119.

¹⁸² Srov. BEJZYK, Melanie. Criminalization on the Basis of Sexual Orientation and Gender Identity: Reframing the Dominant Human Rights Discourse to include Freedom from Torture and Inhuman and Degrading Treatment. *Canadian Journal of Women and the Law*. 2017, 29(2), s. 393.

Stěžovatel byl neúspěšným žadatelem o azyl, který se obával perzekuce jak v souvislosti se svojí sexuální orientací, tak s předchozím zadržením v Libyi pro pašování ilegálních zbraní pro jiholibyjské klany napojené na autority. Libye byla v době vydání rozsudku ve stavu občanské války a nejbližší švédské ambasády se nacházely na území Tuniska, Egypta a Alžírsko, kam by se stěžovatel musel sám dopravit. Věc nejprve rozhodovala pátá sekce ESLP a konstatovala, že v jeho případě se nejedná o permanentní vyhoštění, ale pouze o „dočasný návrat“, než migrační odbor zpracuje jeho žádost o sloučení rodiny. I kdyby měl stěžovatel podle soudců v Libyi být diskrétní ohledně svého soukromého života po dobu předpokládaných několika měsíců, není po něm požadováno, aby skrýval či potlačoval podstatnou část svojí identity navždy či na delší časové období. Nutnost dočasného skrývání a potlačování identity nedosahuje prahu pro porušení čl. 3. K cestě do sousedních zemí na švédskou ambasádu je potřeba jen pár dní, Soud proto neočekává, že by stěžovateli v těchto zemích hrozilo reálné nebezpečí zacházení v rozporu s čl. 3.¹⁸³ Případ nakonec putoval k Velkému senátu, který jej vyškrtl ze seznamu, neboť Švédsko mezitím stěžovateli udělilo pobyt.¹⁸⁴

„Argument diskrétností“ (*discretion reasoning*) či „požadavek na diskrétnost“ (*discretion requirement*) není v rozhodovací činnosti řady národních úřadů a soudů žádnou novinkou.¹⁸⁵ Vychází z předpokladu, že i přes platnost trestních sankcí za stejnopohlavní sexuální styky, lze tyto praktikovat diskrétně a předejít tak případné újmě. Vynaložení snahy o dosažení diskrétnosti je považováno za přiměřeně snesitelné (*reasonably tolerable*).¹⁸⁶ Argument je založen na nedůvodné domněnce, že potenciální identifikace odlišné sexuální orientace či genderové identity okolím je závislá čistě na vůli stěžovatele, a mylné úvaze, že jedinou sférou života, ze které ji lze vydedukovat, je soukromí stěžovatelovy ložnice.¹⁸⁷

V době rozhodování věci *M. E.* již existovaly extenzivně zdůvodněné rozsudky soudů s vysokou autoritou, směrnice UNHCR a bohatá literatura, které osvětlovaly, v čem je tento

¹⁸³ *M. E. v. Švédsko*, 2014, cit. 155, §§ 88–89. Na tuto skutečnost soudkyně Ann Power-Forde v disentaním stanovisku výstižně reagovala mj. tím, že doba, po kterou by tento žadatel musel diskrétně žít v Libyi a čekat na vyřízení své žádosti, je „jednoduše neznámá“.

¹⁸⁴ *M. E. v. Švédsko*, 2015, cit. 155.

¹⁸⁵ Srov. JANSEN, SPIJKERBOER, cit. 14, s. 34; DAUVERGNE, MILLBANK, cit. 178, s. 98–100.

¹⁸⁶ Srov. JANSEN, SPIJKERBOER, cit. 14, s. 36.

¹⁸⁷ Výstižně tuto problematiku komentuje J. Millbank: „*Neexistuje nic takového jako úplné a celoživotní skrývání [closet]. Osoba se může skrývat pro určité účely nebo v určitých sférách (v práci, ale ne v rodině; v rodině, ale ne mezi přáteli; mezi některými přáteli, ale ne mezi všemi), a dokonce i ti, kteří se vytrvale snaží skrývat, jsou vždy vystaveni riziku prozrazení v důsledku odhalení ze strany druhých či sledování a dále v důsledku toho, že sami nedostatečně dodržují heterosexuální normy chování v průběhu plynutí času, například pokud do určitého věku neuzavřou sňatek a nevychovalí děti.*“ Ve stejném článku pokračuje: „*Sexuální orientace se projevuje – a vyjevuje – stovkami, ne-li tisíci jemných i zjevných způsobů prostřednictvím vzhledu, řeči, chování, oblékání a vystupování.*“ Viz MILLBANK, Jenni. The Right of Lesbians and Gay Men to Live Freely, Openly and on Equal Terms is Not Bad Law: A Reply to Hathaway and Pobjoy. *New York University Journal of International Law and Politics*. 2012, 44(2), s. 506 a 515.

argument lichý.¹⁸⁸ Jen 7 měsíců předtím vydal Soudní dvůr Evropské unie přelomové rozhodnutí *X., Y. a Z. v. Minister voor Immigratie en Asiel* (dále též „*X., Y., Z.*“), kde požadavek na diskrétnost u žadatelů o azyl z důvodu SOGI striktně odmítl.¹⁸⁹ ESLP jej v *M. E.* dokonce cituje, přesto ještě v roce 2014 dochází paradoxně k opačnému závěru.

Závěry v *M. E.* vyvolaly silný dissent soudkyně Ann Power-Forde, která je zkritizovala za to, že neodpovídají současnému stavu mezinárodního a evropského práva. I přesto, že většina tento nedávný vývoj ocitovala, uchýlila se ke starému testu přiměřené snesitelnosti. Power-Forde v disentaním stanovisku poukazuje na problémy logiky testu: „*Jelikož většina shledala, že požadavek na ‚diskrétnost‘ nestačí k tomu, aby byl dosažen práh článku 3, nabízí se otázka, kde našla většina měřítko pro měření míry utrpení, kterou by tento stěžovatel považoval za přiměřeně snesitelnou? Jak by většina měřila odpovídající míru u heterosexuálního muže, který by byl nucen potlačovat svou sexuální identitu po mnoho měsíců nebo déle? Odpověď jistě zní, jak uvedl lord Rodger, že neexistuje žádné relevantní měřítko, neboť toto je něco, co by neměl muset snášet nikdo.*“ Současně dodává, že riziko odhalení stěžovatelovy sexuální orientace nezávisí pouze na jeho vlastní schopnosti skrývání. Na jiném místě připomíná, že test stojí na chybném ztotožnění sexuální orientace, resp. identity s konkrétními sexuálními praktikami či chováním, které lze označit jen za jedny z jejích projevů. Slovy Power-Forde je sexuální orientace „*něčím mnohem zásadnějším než sexuálním chováním a [...] je neodmyslitelně spjata se samotnou identitou člověka a může se projevovat nesčetnými způsoby. [...] Nutnost skrývat klíčový aspekt osobní identity nelze redukovat na snesitelnou obtíž; je to urážka lidské důstojnosti – útok na osobní autenticitu. Sexuální orientace je základem identity a svědomí jednotlivce a nikdo by neměl být nucen se jí zříkat – ani na chvíli.*“¹⁹⁰

4.2.3.3 Argument absencí aktivního uplatňování zákonů v praxi

V téže věci, *M. E. v. Švédsko*, ESLP zkonstatoval, že stejnopohlavní styky sice jsou v Libyi kriminalizovány a hrozí za ně trest odnětí svobody, avšak podle něj nic nenasvědčuje tomu, že by libyjské státní orgány aktivně homosexuální osoby pronásledovaly.¹⁹¹ Při rozboru relevantních informací k případu, ESLP citoval i další ze závěrů z již zmíněného rozsudku *X., Y.,*

¹⁸⁸ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu Austrálie, *Appellant S395/2002 a S396/2002*, cit. 65; rozhodnutí novozélandské Odvolací instance pro určování uprchlického statusu (Refugee Status Appeals Authority) ze dne 7. července 2004, č. 74665/03 [2005] NZAR 60; rozsudek Nejvyššího soudu Spojeného království, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department*, 7. července 2010, [2010] UKSC 31; UNHCR, *Guidelines on International Protection No.9*, cit. 19.

¹⁸⁹ SDEU, *X., Y., Z. v. Minister voor Immigratie en Asiel*, 7. listopadu 2013, C-199/12, C-200/12 a C-201/12, § 76.

¹⁹⁰ Odlišné stanovisko Ann Power-Forde ve věci *M. E. v. Švédsko*, 2014, cit. 155.

¹⁹¹ *M. E. v. Švédsko*, 2014, cit. 155, § 87

Z. v. Minister voor Immigratie en Asiel, totiž že taková kriminalizace sama o sobě, není-li „skutečně uplatňována“ (*actually applied*) nepředstavuje akt pronásledování. V separátním stanovisku soudce Vincent de Gaetano uvedl, že odkaz na tento konkrétní závěr v *X., Y., Z.* byl pro daný případ absolutně nadbytečný. Podle de Gaetana je tvrzení učiněné specificky v kontextu unijní kvalifikační směrnice, že kriminalizace homosexuálních aktů sama o sobě nepředstavuje akt pronásledování, kontroverzní. Podle něj podkopává standardy, které ESLP vyslovil v souvislosti s případem *Dudgeon v. Spojené království* (1981) či *Norris v. Irsko* (1988). V nich ESLP konstatoval, že kriminalizace stejnopohlavních styků porušuje čl. 8 a že pro účely porušení základních lidských práv je irelevantní, zda je tato legislativa v praxi uplatňována či ne.¹⁹²

Argument absencí aktivního pronásledování úřady či aktivního, resp. skutečného uplatňování kriminalizační legislativy v praxi ESLP nebyl nový. Soud jej použil již deset let předtím v prvních dvou případech SOGI stěžovatelů, kterým hrozilo vyhoštění do Íránu. Ve věcech *F. v. Spojené království* (2004) a *I. N. N. v. Nizozemí* (2004) citoval ESLP závěry Výboru proti mučení z případu *K. S. Y. v. Nizozemsko* (2003), že podle dostupných informací není v Íránu v dané době homosexualita aktivně trestně stíhána. ESLP však opominul zmínit novější výrok ve věci *Uttam Mondal* (2011), kdy stejný Výbor konstatoval, že skutečnost, že úřady osoby s odlišnou SOGI aktivně nepronásledují, neznamená, že by k takovému pronásledování nemohlo dojít. Tento dialog lidskoprávních orgánů se pravděpodobně odrazil i v rozhodování ve zmiňované věci *X., Y., Z.* (2013), kde SDEU klade důraz na uplatňování kriminalizujících zákonů v praxi. Závěr z *X., Y., Z.* se pak zas periodicky objevuje v novějších rozsudcích ESLP, včetně následujícího případu.

ESLP v případě *A. N. v. Francie* (2016) test pro uplatňování kriminalizujících zákonů ještě zpřisnil. Nejprve uvedl, že senegalská legislativa kriminalizuje stejnopohlavní styky pod hrozbou trestu odnětí svobody na 1 rok až 5 let, včetně pokuty do 2000 eur. Dále citoval zprávu amerického ministerstva zahraničí, podle které údajně nejsou perzekuce systematické, nicméně ročně je odsouzeno kolem deseti osob. ESLP shledal, že stěžovatele lze navrátit do Senegalu, neboť jím líčený příběh útrap shledala francouzská vláda jako nevěrohodný a na základě dostupných materiálů není kriminalizující legislativa „systematicky uplatňována“.¹⁹³ Obdobně ve věci *M. B. v. Nizozemsko* (2017) o sexuální orientaci stěžovatele nebylo pochyb a žadatel tvrdil, že se stal obětí násilí a věznění pro svoji sexuální orientaci (tuto část ESLP spolu s vládou opět

¹⁹² Odlišné stanovisko Vincenta de Gaetana ve věci *M. E. v. Švédsko*, 2014, cit. 155.

¹⁹³ *A. N. v. Francie*, cit. 155, § 41.

zpochybnily). ESLP konstatoval že i přesto, že jsou stejnopohlavní styky v Guineji trestné pod hrozbou až 3 let odnětí svobody, státní orgány homosexuální osoby aktivně nepronásledují a kriminalizace nemá takové dopady, že by jejich společenské postavení bylo neudržitelné. Podle ESLP lze ze zpráv dovodit, že legislativa není „systematicky uplatňována“.¹⁹⁴

Zde se nabízí otázka, co se přesně má na mysli „skutečným uplatňováním“ (SDEU) či „systematickým uplatňováním“ (ESLP) a jaký práh uplatňování musí být naplněn. Sám fakt, že minimálně deset osob ročně je v Senegalů uvězněno za projev svojí sexuální identity, se mi jeví jako dostatečný důvod pro aplikaci zásady *non-refoulement*. Míra neuplatňování může být stejně dobře přímo úměrná tomu, do jaké míry ke stejnopohlavním stykům vůbec nedochází, a to ze strachu a nedostatku možnosti jakéhokoli soukromí, ať již z důvodu materiálního či finančního zázemí, či z důvodu komunitního způsobu života, který je v řadě států světa velmi odlišný od individualistického přístupu ve vyspělých státech euroatlantického okruhu. Vzhledem k tomu, že pro 96 % Senegalců jsou stejnopohlavní styky neakceptovatelné,¹⁹⁵ lze si jen těžko představit, že by se v případě těch, co byli postiženi uvězněním, jednalo o osoby, které se ke své netradiční SOGI hlásili dobrovolně otevřeně. Není zřejmé, na základě čeho vyvodil ESLP v *M. B.* závěry o „udržitelnosti společenského postavení“ osob s odlišnou SOGI v Guineji. Ve stejném rozsudku totiž cituje zprávy o stavu lidských práv, z nichž plyne, že 96 % Guinejců považuje homosexualitu za neakceptovatelnou a že společenské stigma brání obětem v nahlašování násilí a obtěžování.¹⁹⁶

Argumentace absencí aktivního uplatňování zákonů v praxi odvádí pozornost především od celospolečenského klimatu a jednání nestátních subjektů. Tato absence nevypovídá v tom nejextrémnějším příkladě nic o tom, zda jsou v daném státě adekvátně stíhány osoby, které se vůči lidem s odlišnou SOGI dopouští vražd ze cti, resp. fyzického či sexuálního násilí. Tuto informaci nevyvodíme ostatně ani z faktu, že jsou v daném státě stejnopohlavní styky formálně legální.¹⁹⁷ Existence kriminalizace stejnopohlavních styků je však velmi silným indikátorem, že v zemi dochází k homofobním a transfobním zločinům z nenávisti, zneužívání policejní

¹⁹⁴ *M. B. v. Nizozemí*, cit. 155, § 36.

¹⁹⁵ PEW RESEARCH CENTER. The Global Divide on Homosexuality. *Pew Research Center* [online]. 4. června 2013 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <https://www.pewresearch.org/global/2013/06/04/the-global-divide-on-homosexuality/>.

¹⁹⁶ *M. B. v. Nizozemí*, cit. 155, §§ 28–29.

¹⁹⁷ Např. V Mali neexistuje formální kriminalizace stejnopohlavních styků, mohou však být využívány jiné zákony. O zemi a situaci SOGI minorit existuje minimum aktuálních informací na stránkách amerického ministerstva zahraničí. Britské ministerstvo nemá sekci o Mali vůbec. Podle zpráv Pew Research Center z roku 2007 kolem 98 % obyvatel odmítalo homosexualitu, to svědčí o podobné situaci jako v Senegalů. Viz PEW RESEARCH CENTER. *World Publics Welcome Global Trade — But Not Immigration: Chapter 3. Views of Religion and Morality* [online]. 4. října 2007 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <https://www.pewresearch.org/global/2007/10/04/chapter-3-views-of-religion-and-morality/>.

pravomoci, mučení, násilí v rodině a komunitě a celkové stigmatizaci, jakož i k omezením možností obránců lidských práv na tomto poli.¹⁹⁸ Slovy J. Hathawaye nelze existenci neuplatňovaného perzekučního zákona jednoduše odmítnout jako právně irelevantní. Rozhodující orgán by měl zvažovat, zda pokračující existence zákona nevyvolává riziko porušení lidských práv, zejména reálnou možnost psychické újmy, nebo zda nevyvolává reálnou možnost pronásledování ze strany soukromých subjektů, kterým dodává odvahu skutečnost, že vláda zákon nezrušila.¹⁹⁹

Tento druh argumentace navíc, jak poznamenala soudkyně Power-Forde, obsahuje implicitní předpoklad, že stěžovatel může být mimo soukromí svého domova ohledně své sexuální orientace „diskrétní“.²⁰⁰ Pokud se nebude ke své orientaci aktivně hlásit, nebude-li lidově řečeno „provokovat“, nebude jej ani nikdo aktivně stíhat a legislativa tak nebude „skutečně uplatňována“. Argument absencí aktivního trestního stíhání, resp. absencí (systematického) uplatňování zákonů je ve skutečnosti jen jinou, skrytou formou „argumentu diskrétnosti“, který souvisí s „privatizací homosexuality“.

4.2.3.4 Judikatorní obrat? Konec diskrétnosti a role nestátních subjektů

Ve věci *I. K. v. Švýcarsko* (2017) došlo k významnému milníku, kdy ESLP vůbec poprvé odmítl „argument diskrétnosti“ a konstatoval, že sexuální orientace tvoří fundamentální stránku identity a vědomí jedince a nejde proto od žadatelů o mezinárodní ochranu očekávat, že ji budou skrývat.²⁰¹ Použil však znovu argument absencí uplatňování zákonů a trestů odnětí svobody v praxi. Při posuzování, zda stěžovateli deportací do Sierry Leone hrozí porušení čl. 3, se ESLP odvolal na skutečnost, že národní orgány jsou v nejlepším postavení ke zhodnocení žadatelovy důvěryhodnosti. Jelikož podle ESLP národní orgány provedly řadu pohovorů a zpochybňují jeho sexuální orientaci, žadateli se tak nepodařilo prokázat, že mu hrozí reálné nebezpečí plynoucí z porušení čl. 3.²⁰²

Nakonec ve věci *B. a C. v. Švýcarsko* (2020) ESLP historicky poprvé shledal potenciální porušení čl. 3, pokud by došlo k *refoulement* stěžovatele původem z Gambie, který se obával perzekuce z důvodu SOGI. Tvrdil, že byl v Gambii přistižen s jiným mužem in flagranti,

¹⁹⁸ OHCHR, *Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity : report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 4. května 2015, U. N. Doc. A/HRC/29/23, § 45.

¹⁹⁹ HATHAWAY, LORS2, cit. 42, s. 130.

²⁰⁰ Odlišné stanovisko Ann Power-Forde k *M. E. v. Švédsko*, 2014, cit. 155.

²⁰¹ *I. K. v. Švýcarsko*, cit. 155, § 24.

²⁰² *Ibid.*, § 27–28.

zadržela jej policie a během transferu do vězení uprchl. Švýcarské orgány jeho opakované žádosti o azyl zamítly s odůvodněním, že nebylo prokázáno ani tvrzené pronásledování stěžovatele ani to, že by tamní úřady věděly o jeho sexuální orientaci. Současně vstoupil v roce 2014 do registrovaného partnerství se švýcarským občanem a požádal o pobytové oprávnění za účelem sloučení rodiny. Žádost byla z důvodu jeho trestní minulosti zamítnuta.

ESLP nejprve zopakoval závěry z *I. K.*, že není přípustné požadovat, aby stěžovatel svoji sexuální orientaci skrýval. Zopakoval i svoji předchozí judikaturu ohledně nutnosti uplatňování zákonů kriminalizujících stejnopohlavní styky v praxi a shledal, že se jeví, že v Gambii v dané době uplatňovány nejsou. Dále uvedl, že nerozporuje závěry vnitrostátních orgánů, které označily tvrzení stěžovatele o hrozbě špatného zacházení ze strany jeho rodinných příslušníků v Gambii za nedůvěryhodné. Na základě dostupných informací nicméně připustil, že k perzekuci může docházet i ze strany individuálních příslušníků policie a že tyto případy mohou být nedostatečně ohlašovány. Následně konstatoval, že lidé s netradiční SOGI mohou čelit pronásledování i ze strany jiných nestátních subjektů, a proto je třeba zkoumat, zda by jim byly gambijské úřady ochotny a schopny poskytnout ochranu. Z informací o zemi původu se dalo vyvodit, že gambijské orgány by takovou ochranu nebyly ochotny poskytovat, a proto není přiměřené očekávat, že ji budou tyto osoby vyhledávat. ESLP proto shledal, že švýcarské orgány nedostatečně zhodnotily nebezpečí špatného zacházení a dostupnost ochrany proti případnému nebezpečí ze strany nestátních subjektů. Nelze proto navrátit stěžovatele do Gambie, dokud nebudou tato rizika posouzena.

Tento případ není výjimečný jen tím, že v něm ESLP poprvé konstatoval případné porušení čl. 3, pokud by došlo k *refoulement* stěžovatele obávajícího se pronásledování z důvodu SOGI. Soud v rozsudku rozsáhle citoval jedenáct odstavců ze Směrnice o mezinárodní ochraně č. 9 od UNHCR, které upřesňují zacházení s žádostmi o přiznání postavení uprchlíka na základě sexuální orientace a/nebo genderové identity. Zopakoval, že podle UNHCR jsou, v závislosti na situaci v zemi původu, zákony kriminalizující vztahy mezi osobami stejného pohlaví obvykle známkou toho, že těmto osobám není dostupná státní ochrana. ESLP tak poprvé – implicitně – zařadil osoby s odlišnou SOGI mezi „skupiny systematicky ohrožené špatným zacházením“ (srov. kapitola 4.2.2). Zdrojem nebezpečí pro tyto skupiny zatím bylo buď riziko přímého státního zásahu nebo nebezpečí hrožící od majoritních klanů v oblasti, kterou stát neovládal. V případě SOGI osob jsou podle *B. a C.* zdrojem nebezpečí nespecifikovaní nestátní aktéři (kteří ani nemusí tvořit vnitřně organizovanou strukturu), resp. „majoritní“ společnost.

Případ částečně připomíná věc *N. v. Švédsko* (2010), kde ESLP shledal zákaz *refoulement* pouze ve vztahu k civilnímu obyvatelstvu, aniž by šlo o rodové klany, paramilitární skupiny či zločinné gangy. V případě stěžovatelky, která předtím neúspěšně žádala o azyl z důvodu selhání ochrany státu před genderově podmíněným násilím, však hrála roli nejen hrozba ze strany afghánské společnosti, ale i hrozba od konkrétních rodinných příslušníků.²⁰³ Ty však ESLP ve věci *B. a C.* nebral v potaz. Sama věc *N. v. Švédsko* je svého druhu výjimečná²⁰⁴ a je proto otázkou, zda i *B. a C.* nezůstane jen podobným „pozitivním excesem“ ve vztahu k neúspěšným SOGI žadatelům.

Vzhledem k permanentnímu nedostatku specifických informací o postavení osob s odlišnou SOGI v jednotlivých zemích původu, nebudou často zprávy ohledně násilí ze strany nestátních aktérů existovat. Zprávy o zemích původu běžně ani specializované SOGI sekce neobsahují.²⁰⁵ Evropské státy navíc vytváří seznamy „bezpečných zemí původu“ (což je koncept sám o sobě těžko slučitelný s ŽÚ1951) bez ohledu na to, že v nich dochází k perzekuci osob s odlišnou SOGI.²⁰⁶ V některých zemích původu navíc ani neexistují organizace či právníci, kteří by se odvážili se tímto tématem otevřeně zabývat a data sbírat. Paradoxně může být absence takových zmínek interpretována jako absence pronásledování. Jansen a Spijkerboer analyzovali přístup států Evropské unie a došli k závěru, že se jedná o dominantní praxi.²⁰⁷ Nedostatek informací o zemi původu je často vykládán tak, že SOGI žadatelé v zemi původu nemají vlastně potíže a že vůči nim existuje jistá míra tolerance.²⁰⁸ Toto platí o to více ve vztahu k trans lidem

²⁰³ Jednalo se o případ ženy, která se ve Švédsku rozváděla se svým manželem a obávala se, že navrácením do Afghánistánu jí hrozí kumulativní riziko represí a zločinů ze cti ze strany rodiny a rodiny manžela, ostrakizace a izolace a ukamenování za nemanželský vztah.

²⁰⁴ L. Peroni analyzovala celkově 29 případů žen-uprchlic, které žádaly o azyl z důvodu selhání ochrany státu před genderově podmíněným násilím, a identifikovala pouze dva případy, ve kterých ESLP shledal po substantivním posouzení porušení čl. 3: *N. v. Švédsko* (2010) a *R. D. v. Francie* (2016).

Viz. PERONI, Lourdes. The Protection of Women Asylum Seekers under the European Convention on Human Rights: Unearthing the Gendered Roots of Harm. *Human Rights Law Review*. 2018, 18(2), 347–370. Srov. ESLP, *N. v. Švédsko*, 20. července 2010, stížnost č. 23505/09; ESLP, *R. D. v. Francie*, 16. června 2016, stížnost č. 34648/14.

²⁰⁵ Výjimkou je britské Ministerstvo vnitra, které začalo tyto sekce od roku 2010 vytvářet. Britské zprávy o zemích původu jsou veřejně přístupné a využívat je začaly i ostatní evropské státy. Ovšem ne všichni úředníci a soudci jsou vůbec ochotni pracovat v odlišném jazyce než v mateřštině.

Srov. JANSEN, SPIJKERBOER, cit. 14, s. 73; DANISI, DUSTIN, FERREIRA, HELD, cit. 128, s. 235–237.

²⁰⁶ Neblahým příkladem zařazen na seznam bezpečných zemí byl v tomto ohledu např. Senegal (Francie) nebo dříve Jamajka (Velká Británie). Jde o země s vysokou mírou násilí vůči osobám s odlišnou SOGI. Takoví žadatelé z bezpečných zemí pak automaticky prochází zrychlenými procedurami, které cílí na co nejrychlejší návrat, aniž by měli prostor svoji žádost o azyl během pohovorů dostatečně podložit.

²⁰⁷ JANSEN, SPIJKERBOER, cit. 14, s. 71.

²⁰⁸ Toto dobře demonstuje *ad absurdum* starší rozhodnutí milánské teritoriální komise z června 2007: „*okolnosti nepředstavují pronásledování také proto, že není dostatek informací o homosexuálech v Sieře Leone.*“ Viz JANSEN, SPIJKERBOER cit. 14, s. 72. Dalším příkladem z praxe, který uvádějí Danisi a kol. jsou lesbické ženy z Jamajky, na které jamajské zákony o „sodomii“ explicitně necílí, a proto nejsou některými rozhodovacími orgány považovány za ohrožené pronásledováním, přestože jsou obětí diskriminace a trestných

či lesbickým ženám, jejichž postavení je v řadě silných patriarchálních společností z důvodu vizibility (trans lidé) a/či příslušnosti k ženskému pohlaví obzvláště křehké. To vede k riziku, že absence důkazů je vykládána jako absence pronásledování.²⁰⁹

Je navíc třeba zdůraznit, že ESLP v *B. a C. v. Švýcarsko* neshledal, že by případné nebezpečí hrozící od nestátních aktérů dosahovalo takové míry, že by navrácením došlo k porušení čl. 3. Porušení čl. 3 by představovalo navrácení stěžovatele *bez provedení vyhodnocení míry* tohoto nebezpečí. Stát tak porušil primárně svoji procesní povinnost posoudit informace o zemi původu. Pokud by napříště stát této povinnosti dostal, není zřejmé, jaká míra nebezpečí od nestátních aktérů by musela stěžovateli hrozit, aby spustila zákaz *non-refoulement*. Vzhledem ke „kvalitě“ informací o zemích původu je možné, že se obdobně jako v případě kriminalizace budou státy nebezpečím od nestátních aktérů formálně zabývat a následně prohlásí buď, že nic nenasvědčuje pronásledování nestátními aktéry z důvodu absence takových informací, nebo že nebezpečí sice hrozí, ale podobně jako v případě uplatňování legislativy, nedochází k útokům „systematicky“. Je celkem pravděpodobné, že ESLP tuto cynickou logiku, podobně jako dříve u kriminalizace, v rámci sebeomezení akceptuje.

Bylo by předčasné se domnívat, že s *B. a C.* nastává zásadní judikatorní obrat ESLP, který nutně povede k ochraně neúspěšných SOGI žadatelů před Soudem samotným. V kontextu migrace a ESLP je vhodnější hovořit spíše o tzv. „štrasburském obratu“, jak jej popsala francouzská profesorka Marie-Bénédicte Dembour. Tímto termínem označuje způsob, jakým lidskoprávní soud při rozhodování migračních případů namísto, aby vycházel z příslušného lidského práva v úmluvě, kterou má vykládat, začíná obvykle své zdůvodnění odkazem na právo států omezovat migraci (právo, které v EÚLP nenajdeme).²¹⁰ Vnímání ESLP jako instituce, která stojí v čele ochrany lidských práv, je v případě migrace neoprávněné,²¹¹ neboť na tomto poli Soud doposud prokazoval, slovy N. Ferreiry, „ohromující míru“ deference vůči politice států.²¹²

činů z nenávisti stejně jako ostatní SOGI menšiny. Srov. DANISI, DUSTIN, FERREIRA, HELD, cit. 128, s. 274.

²⁰⁹ DANISI, DUSTIN, FERREIRA, HELD, cit. 128, s. 238.

²¹⁰ DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford: Oxford University Press, 2015, s. 4–5.

²¹¹ Ibid, s. 156.

²¹² FERREIRA, Nuno. *An Exercise in Detachment: The Council of Europe and Sexual Minority Asylum Claims*. MOLE, Richard (ed.). *Queer Migration and Asylum in Europe*. London: UCL Press, 2021, s. 79.

4.2.4 Zhodnocení přístupu k SOGI v rámci EÚLP

V judikatuře ESLP se při posuzování SOGI stížností v kontextu *refoulement* projevuje několik trendů. Patří sem primárně snaha Soudu vyhnout se jakémukoli meritornímu rozhodnutí. Řada stěžovatelů před ním ztroskotala z důvodu nedostatku kredibility, kdy se ESLP v rámci sebeomezení rozhodl nepochybňovat tvrzení národních orgánů. Kde není zpochybňována stěžovatelova SOGI používá soud argument absencí aktivního uplatňování kriminalizujících zákonů v praxi. Na něj byl napojen i argument diskrétností, na základě kterého SOGI stěžovatelům nic nehrozí, budou-li v zemi původu dostatečně diskrétní. Oba předchozí argumenty úzce souvisí s tzv. „privatizací homosexuality“, kdy kriminalizace byla spojena exkluzivně se zásahem do práva na soukromí a Soud dlouhodobě poskytoval ochranu stejnopohlavním vztahům pouze v rámci tohoto práva.

Argument diskrétností byl sice judikatorně překonán, argumentace absencí aktivního (systematického) uplatňování zákonů přetrvává. Jedná se přitom jen o skrytou formu argumentu prvního, a navíc je z hlediska posouzení rizika špatného zacházení právně irelevantní. Nově ESLP explicitně uznal, že je třeba hodnotit na základě informací o zemi původu, zda riziko nehrozí i od nestátních aktérů. To je nesporně pozitivní krok, který reflektuje dosavadní praxi a vývoj mezinárodního uprchlického práva i současnou legislativu Evropské unie.

Mezi akademiky se vedou spory o tom, nakolik má být ŽÚ1951 interpretována pomocí mezinárodního práva lidských práv, resp. nakolik je sama lidskoprávním instrumentem a uprchlické právo tak vlastně pouhým *lex specialis* MPLP.²¹³ Jako vodítko k interpretaci lidských práv v mezinárodních katalogích nám obvykle slouží judikatura či kvazijudikatura mezinárodních lidskoprávních orgánů a soudů. Z analýzy přístupu k neúspěšným SOGI žadatelům o azyl, užívání argumentu diskrétností a vnímání role nestátních aktérů se však zdá, že to je spíše doktrína, soft law a praxe mezinárodního uprchlického práva, které informují interpretaci mezinárodního práva lidských práv.

4.3 Závěrečné poznámky ke CAT, ICCPR a EÚLP

Všechny tři zkoumané lidskoprávní kontrolní mechanismy mají letitou historii rozhodování o stížnostech neúspěšných žadatelů o azyl v kontextu *non-refoulement*. Je třeba mít na paměti, že princip *non-refoulement* v lidskoprávních katalogích obsažený či dovozený je

²¹³ MCADAM, Jane. *Complementary Protection in International Refugee Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, s. 209.

mladšího původu. V ŽÚ1951 se *refoulement* zabránil prokázáním oprávněných obav z pronásledování.²¹⁴ Před lidskoprávními orgány musely být obavy z pronásledování nutně artikulovány jazykem lidskoprávních katalogů. Jestliže podstatou porušení principu *non-refoulement* je vysílajícím státem realizované trestní či administrativní opatření, které může vést k újmě na lidském právu v zemi původu, měl by být zákaz *refoulement* spuštěn ve vztahu k újmě na jakémkoli lidském právu v katalogu,²¹⁵ případně i na vícero právech kumulativně. Tuto logiku ale lidskoprávní orgány z důvodu sebeomezení nesledují.²¹⁶ *Non-refoulement* může být v jejich dosavadní praxi spuštěno, s ojedinělými výjimkami, hrozbou újmy plynoucí z porušení jen jednoho článku, resp. části jednoho článku, a to hrozbou újmy způsobené mučením.²¹⁷ Z důvodu této zavedené praxe a interní politiky deference se jeví Hathawayův model, jak již bylo předestřeno v kapitole 4.1.6, jako prakticky nerealizovatelný. Trvání na Hathawayově metodologii – tj. nutnosti identifikovat porušení konkrétních lidských práv, resp. konkrétních článků – povede rozhodující orgán ve výsledku při zvážení praxe lidskoprávních orgánů k restriktivnímu pojmání konceptu pronásledování.

Probírané lidskoprávní katalogy neznají koncept tzv. konvencionálních důvodů uprchlického práva, totiž že by se újma stěžovateli mohla dít právě v souvislosti s příslušností k pronásledované skupině obyvatel. Újma se v MPLP stěžovateli děje v souvislosti s porušováním jeho práv. Užívání lidskoprávních katalogů tak svádí rozhodující orgány posuzující pronásledování k mylnému ztotožnění konvencionálního důvodu, tzn. statusu osoby, s výkonem konkrétního práva (v případě SOGI stěžovatelů práva na soukromí). Tím dochází k zastření kauzálního nexu a opomíjení ostatních druhů újmy, které stěžovateli hrozí. Lidskoprávní orgány obvykle požadují vysoce individualizované riziko či „zvláštní specifické znaky“, které stěžovatele ze společnosti vydělují. Jisté odlehčení důkazního břemene může představovat indikátor osobního nebezpečí (CAT), koncept zvláště zranitelných skupin (ICCPR) či koncept skupin systematicky ohrožených špatným zacházením (ESLP); koncepty, které ale nejsou zatím nijak systematicky uplatňovány. Jejich obsah v podstatě připomíná konvencionální důvody ŽÚ1951, jak je k nim administrativně přistupováno či jak byly vyjudikovány

²¹⁴ Za „bezpečnostních“ výjimek v souladu s čl. 33 odst. 2 ŽÚ1951.

²¹⁵ Názor, že může být povinnost nenavracení vyvolána porušením nebo rizikem porušení jakéhokoli práva v EÚLP, zastává i soudce Pinto de Albuquerque ve svém souběžném stanovisku k věci *Hirsi Jamaa*. Srov. ESLP, *Hirsi Jamaa a další v. Itálie*, cit. 140.

²¹⁶ Viz koncept „štrasburského obrátu“ profesorky M. Dembour popsáný v kapitole 4.2.3.4.

²¹⁷ Případy neúspěšných žadatelů o azyl obecně působí koherenci lidskoprávního systému problémy. Kdybych měla v tomto kontextu použít slova T. Spijkerboera, způsob rozhodování stížností v kontextu *non-refoulement* odhaluje, že „některá základní práva nejsou vlastně tak základní, protože umožnění jejich porušení skrze navracení není porušením těchto práv“ Viz SPIJKERBOER, Thomas. *Gender, Sexuality, Asylum and European Human Rights. Law and Critique*. 2018, 29(2), s. 228.

v národních jurisdikcích. V tomto ohledu se zdá, že vývoj v doméně uprchlického práva informuje zkoumané lidskoprávní systémy spíše než naopak.

Podobně je tomu v kontextu *non-refoulement* i u SOGI stížností. Namísto aby lidskoprávní orgány udávaly „trendy“ směrem k vyšší lidskoprávní ochraně, často pozitivní vývoj dosažený v některých jurisdikcích v rámci aplikace ŽÚ1951 spíše brzdí (snad s výjimkou zřejmě velkorysejšího Výboru pro lidská práva). Zejména Výbor proti mučení a ESLP dlouhodobě přispívaly a přispívají k diskurzu „privatizace homosexuality“. Činily tak primárně skrze užívání „argumentu diskrétností“ a „argumentu absencí aktivního uplatňování zákonů v praxi“, které explicitně či implicitně spojují stejnopohlavní vztahy pouze se soukromou sférou a redukuje je na sexuální praktiky.

Argument diskrétností ESLP již odmítl. Argument absencí (systematického) uplatňování zákonů, který je jen zastřenou formou požadavku na diskrétnost, přetrvává. Jediný Výbor pro lidská práva jej implicitně odmítl. ESLP ve věci *B. a C. v. Švýcarsko* (2020) negativní konsekvence tohoto argumentu částečně zmírnil konstatováním, že je nutné zkoumat i chování nestátních aktérů. Zvýraznění role nestátních aktérů a implicitní zařazení SOGI stěžovatelů do skupiny systematicky ohrožené špatným zacházením jsou jistě trendy, které lze uvítat, není ale zatím zřejmé, nakolik se nejedná spíše o jeden z „pozitivních excesů“ štrasburského soudu.

5 Právo Evropské unie

Společný evropský azylový systém (SEAS) Evropské unie představuje bezprecedentní pokus o regionální harmonizaci mezinárodního uprchlického práva v rámci členských států jedné mezinárodní organizace. Mandát EU v oblasti azylové politiky zakotvuje čl. 78 Smlouvy o fungování Evropské unie, ze kterého vyplývá, že sekundární legislativa EU musí být v souladu s Ženevskou úmluvou.²¹⁸ Soudní dvůr Evropské unie (SDEU), jehož rolí je mj. zajišťovat jednotný výklad unijního práva, se tak stal prvním nadnárodním soudem na světě, který (byť jen pro potřeby regionálního systému) autoritativně vykládá mezinárodní Ženevskou úmluvu.

V rámci SEAS přijala EU celou řadu právních instrumentů. Pro sjednocení výkladu definice uprchlíka, včetně pojmu pronásledování, je nejzásadnější tzv. „kvalifikační směrnice“ (dále též „KS“).²¹⁹ Kvalifikační směrnice uznává Ženevskou úmluvu jako „základní kámen mezinárodního právního režimu ochrany uprchlíků“²²⁰ a uvádí, že jejím cílem je „stanovit normy pro definici a obsah postavení uprchlíka, [tak] aby sloužily jako vodítko pro příslušné vnitrostátní orgány členských států při uplatňování Ženevské úmluvy“.²²¹ Na jednu stranu kvalifikační směrnice Ženevskou úmluvu vykládá, na druhou stranu musí být v souladu s čl. 78 SFEU sama interpretována právě v souladu s Ženevskou úmluvou.²²² Autoritativní „ženevskokonformní“ výklad směrnice tak v případě nejasností poskytuje již zmíněný SDEU.

5.1 Pronásledování a související lidská práva v KS

Kvalifikační směrnice stanoví podmínky pro udělení statusu uprchlíka (*refugee status*)²²³ ve světle Ženevské úmluvy a statusu doplňkové ochrany pro další osoby, které mohou potřebovat mezinárodní ochranu na základě jiných mezinárodněprávních závazků členských států. Směrnice se zabývá definicí uprchlíka a souvisejícími pojmy a instituty s cílem doplnit

²¹⁸ Čl. 78 odst. 1, SFEU: „Unie vyvíjí společnou politiku týkající se azylu, doplňkové ochrany a dočasné ochrany s cílem poskytnout každému státnímu příslušníkovi třetí země, který potřebuje mezinárodní ochranu, přiměřený status a zajistit dodržování zásady nenavracení. Tato politika musí být v souladu s Ženevskou úmluvou o právním postavení uprchlíků ze dne 28. července 1951, Protokolem týkajícím se právního postavení uprchlíků ze dne 31. ledna 1967 a ostatními příslušnými smlouvami.“

²¹⁹ První kvalifikační směrnici byla Směrnice Rady 2004/83/ES ze dne 29. dubna 2004. Viz Směrnice 2004/83/ES, cit. 74. Ta byla nahrazena v roce 2011 přepracovanou (*recast*) kvalifikační směrnici, viz Směrnice 2011/95/EU cit. 137.

²²⁰ 4. bod odůvodnění KS, cit. 137.

²²¹ 23. bod odůvodnění KS, cit. 137.

²²² SDEU, *Bolbol v. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, 17. června 2010, C-31/09, § 38; SDEU, *Bundesrepublik Deutschland v. B a D.*, 9. listopadu 2010, C-57/09 a C-101/09, § 78.

²²³ Český překlad směrnice ve vztahu k uprchlíkům používá slovo „postavení“, v angličtině se přitom jedná jak v případě uprchlíků, tak v případě doplňkové ochrany o „status“.

výklad definice o zásady, které nejsou v Ženevské úmluvě stanoveny explicitně, avšak v řadě států byly dovozeny interpretací a praxí (např. uprchlictví *sur place* či nestátní původci pronásledování²²⁴). V některých ohledech však není s definicí uprchlíka v Ženevské úmluvě konformní (např. odlišnost vylučovacích a cesačních klauzulí)²²⁵ a zavádí poměrně kontroverzní instituty (nestátní poskytovatelé ochrany).²²⁶ Směrnice současně představuje nejširší legislativní pokus o vymezení samotného pojmu pronásledování v čl. 9 a důvodů pronásledování (resp. konvencionálních důvodů) v čl. 10.

Článek 9 KS rozlišuje mezi pronásledováním (odst. 1) a jeho formami (odst. 2). Mezi akty pronásledování (či nedostatkem ochrany před nimi) a důvody pronásledování musí existovat kauzální nexus (odst. 3):

„Článek 9

Pronásledování

1. Aby bylo jednání považováno za pronásledování²²⁷ ve smyslu čl. 1 odst. 1 Ženevské úmluvy, musí být

- a) svou povahou nebo opakováním dostatečně závažné, aby představovalo vážné porušení základních lidských práv, zejména práv, od nichž se podle čl. 15 odst. 2 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod nelze odchýlit, nebo
- b) souběhem různých opatření, včetně porušování lidských práv, který je dostatečně závažný k tomu, aby postihl jednotlivce způsobem podobným uvedenému v písmenu a).

2. Za pronásledování ve smyslu odstavce 1 mohou být mimo jiné považována tato jednání:

- a) použití fyzického nebo psychického násilí, včetně sexuálního násilí;
- b) právní, správní, policejní nebo soudní opatření, která jsou sama o sobě diskriminační nebo jsou prováděna diskriminačním způsobem;

²²⁴ Čl. 5 a čl. 6 KS, cit. 137.

²²⁵ Čl. 14 odst. 5 ve spojení s čl. 14 odst. 4 KS jsou v rozporu s definicí uprchlíka v Ženevské úmluvě, neboť zahrnují pod důvody neudělení a ukončení statusu uprchlíka takové podmínky, které definice uprchlíka v Ženevské úmluvě nezná. SDEU tuto úpravu shledal konformní s čl. 78 SFEU ve věci *M. v. Ministerstvo vnitra a X., X. v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*. Je však potřeba mít na paměti, že přiznání „statusu uprchlíka“ není konstitutivním aktem. Je potřeba odlišovat „bytí uprchlíkem“ (*being a refugee*) – a s touto fakticitou související práva vyplývající z Ženevské úmluvy – od unijního „statusu uprchlíka“ (*refugee status*), který s sebou rovněž nese určitý (širší) soubor práv. Může totiž dojít k situaci, že se bude na území členských států nacházet uprchlík ve smyslu Ženevské úmluvy, kterému unijní stát neudělil či odebral „status“. Takovému uprchlíkovi pořád musí být (i podle rozsudku SDEU) garantována odpovídající práva podle Ženevské úmluvy. Srov. SDEU, *M. v. Ministerstvo vnitra a X., X. v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, 14. května 2019, C-391/16, C-77/17 a C-78/17, obzvláště § 85 a § 106.

²²⁶ Čl. 7 KS, cit. 137.

²²⁷ V anglickém znění čl. 9 odst. 1 KS: „In order to be regarded as an act of persecution... an act must:“

- c) nepřiměřené nebo diskriminační trestní stíhání nebo trestání;
 - d) odeprání soudní ochrany, které vede k nepřiměřenému nebo diskriminačnímu trestu;
 - e) trestní stíhání nebo trest za odeprání výkonu vojenské služby za konfliktu, jestliže by výkon vojenské služby zahrnoval zločiny nebo jednání spadající mezi důvody vyloučení uvedené v čl. 12 odst. 2;
 - f) jednání namířená proti osobám určitého pohlaví nebo proti dětem.
3. V souladu s čl. 2 písm. d) musí existovat souvislost mezi důvody uvedenými v článku 10 a pronásledováním ve smyslu odstavce 1 tohoto článku nebo neexistencí ochrany před takovým jednáním.“

Odstavec 1 indikuje, že KS postavila svůj přístup k interpretaci pronásledování čistě na lidskoprávním základě. Kvalifikační směrnice je vůbec prvním instrumentem, který oficiálně přijal narativ „základních lidských práv“ (*basic human rights*)²²⁸ a podle J. McAdam velmi silně reflektuje právě Hathawayův přístup k pronásledování.²²⁹ Druhá část odstavce může vyvolávat dojem, že KS volí kombinaci lidskoprávního přístupu v písm. a) s přístupem UNHCR v písm. b), který zdůrazňuje možnost pronásledování i na kumulativním základě, jak shledal ve své práci P. Molek.²³⁰ Podle mého názoru tomu tak efektivně není, neboť je písm. b) s lidskoprávním přístupem nerozlučně svázáno, a navíc se jeví jako prakticky neaplikovatelné.

V souladu s odstavcem 1 je jednání pronásledováním, pokud v dostatečné intenzitě působí újmu chráněnému zájmu. V písm. a) jsou chráněným zájmem „základní lidská práva“ a újmou je jejich „porušení“, které musí být svou intenzitou „vážné“.²³¹ Písm. b) je z tohoto pohledu výrazně složitější a pokusíme-li se jej obdobně nadefinovat, ukáže se, že se pohybuje na hranici srozumitelnosti. Dalo by se odvodit, že chráněným zájmem v písm. b) je „nebýt postižen způsobem podobným vážnému porušení základních lidských práv“, újmou je „postižení způsobem podobným vážnému porušení základních lidských práv“, a to v intenzitě „podobné

²²⁸ CRÉPIN, cit. 7, s. 69.

²²⁹ MCADAM, Jane, ed. *The Qualification Directive: An Overview*. In: ZWAAN, Karin (ed.). *The Qualification Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2007, s. 11.

²³⁰ MOLEK, cit. 2, s. 133.

²³¹ Intenzita „dostatečné závažnosti“ povahy jednání nebo opakování se vztahuje především k formám v čl. 9 odst. 2, totiž k tomu, jaké intenzity musí tento demonstrativní výčet forem jednání dosahovat, aby jej šlo považovat za „vážné porušení základního lidského práva“. Formulace reaguje rovněž na kritiku Hathawayovy definice („trvalé nebo systémové popírání základních lidských práv, které svědčí o selhání státní ochrany“), z níž nebylo zjevné, že by i dostatečně závažné jednání jednorázové povahy mohlo představovat pronásledování. Pokud bychom informaci o intenzitě jednání vypustili, intenzita újmy by zůstala stejná: *Aby bylo jednání považováno za pronásledování ... musí ... svou povahou nebo opakováním představovat vážné porušení základních lidských práv, zejména práv, od nichž se podle čl. 15 odst. 2 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod nelze odchyliť.*

vážnému porušení základních lidských práv“.²³² Z navázání písm. b) na písm. a) vyvstává vícero problémů: písm. a) se formálně nezabývá mírou újmy danému člověku, ale mírou újmy danému právu. Není zřejmé, jakým způsobem bude obecně postižen jednotlivec, u něhož by došlo k vážnému porušení základních lidských práv. Dva různí lidé mohou být zásahem do stejného práva (který bude shledán jako „vážné porušení“) postiženi různě. Není ani zřejmé se zásahem do kterého práva se má pojit újma, se níž je třeba porovnat „postižení způsobem podobným uvedeným v písm. a)“. Jak by dále mohla újma, která sestává ze zásahů, z nichž ani jeden není porušením lidských práv, dosahovat intenzity *vážného* porušení *základních* lidských práv? A co jsou vlastně „základní“ lidská práva? Práh intenzity je v KS nastaven tak vysoko, že se při doslovné aplikaci jeví písm. b), jehož pravděpodobným záměrem bylo reflektovat bod 53 Příručky UNHCR, jako prakticky nepoužitelné. Jinou otázkou pak je, jakým způsobem byl tento odstavec transponován do národních právních řádů.²³³ Jak poznamenal J. Lehmann, čl. 9 KS vyvolává dvě zásadní otázky: Co je „základní lidské právo“? A jak má být určena „vážnost“ porušení?²³⁴

5.1.1 Chráněný zájem: Jak stanovit „základní“ lidská práva?

Mezinárodní právo lidských práv nám neposkytuje žádnou odpověď na to, co by mělo být „základními lidskými právy“ (*basic human rights*).²³⁵ Ostatně jedná se o termín, který do nauky zavedl J. Hathaway. Ten ve svém původním modelu považoval za základní lidská práva všechna ta, která jsou zakotvena v široce uznávaných mezinárodních lidskoprávních úmluvách. Relevantními úmluvami jsou primárně mezinárodní pakty ICCPR a ICESCR. Všechna práva v těchto paktech představují „základní lidská práva“, jejichž porušení představuje pronásledování.

Kvalifikační směrnice naznačuje, že mezi „základní lidská práva“ se řadí zejména ta, od kterých nelze podle čl. 15 odst. 2 EÚLP derogovat. KS se tak referuje k EÚLP, která obsahuje

²³² „Souběh opatření“ zde definuje spíše formu, jakou může jednání mít a informace o jeho „dostatečné závažnosti“ se rovněž vztahuje k intenzitě jednání, nikoli k intenzitě újmy. Dala by se z věty vypustit, aniž by to mělo na intenzitu zásahu do chráněného zájmu vliv. Pro představu: *Aby bylo jednání považováno za pronásledování ... musí být ... souběhem různých opatření, včetně porušování lidských práv, který by mohl postihnout jednotlivce způsobem podobným uvedenému v písmenu a).*

²³³ Např. § 2 odst. 4 českého zákona o azylu, který čl. 9 odst. 1 KS transponuje, je vágnější a mnohem flexibilnější: „Pronásledováním se rozumí závažné porušení lidských práv, jakož i opatření působící psychický nátlak nebo jiná obdobná jednání anebo jednání, která ve svém souběhu dosahují intenzity pronásledování, pokud jsou prováděna, podporována nebo trpěna původci pronásledování.“ Srov. Zákon č. 325/1999 Sb., o azylu a o změně zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů.

²³⁴ LEHMANN, cit. 78, s. 71.

²³⁵ Ibid, s. 74.

užší katalog občanských a politických práv než ICCPR a která s hospodářskými, sociálními a kulturními právy vůbec nepočítá. Jiné další mezinárodní instrumenty nezmiňuje. Mnozí toto kritizují, neboť KS má být založena na Ženevské úmluvě a je pochybné, že by mělo regionální právo lidských práv, jakým je EÚLP, hrát roli ve výkladu pojmu z mezinárodního instrumentu.²³⁶ A. Klug upozornila, že zde hrozí nebezpečí minimalistického přístupu, kdy základní lidská práva budou definována ještě restriktivněji, a to výhradně jako ta, co jsou zmíněna v čl. 15 odst. 2 EÚLP.²³⁷ Tyto obavy potvrdila např. britská praxe, kde soudy v jeden moment dovodily, že čl. 9 odst. 1 písm. a) stanoví základní lidská práva taxativně a jsou jimi pouze nederogovatelná práva z EÚLP.²³⁸ V historicky první předběžné otázce, která se zabývala výkladem pojmu pronásledování, ve věci *Bundesrepublik Deutschland v. Y. a Z.* (dále „*Y. a Z.*“) označil SDEU za základní lidské právo i svobodu náboženského vyznání.²³⁹ Ve věci *X., Y., Z. v. Minister voor Immigratie en Asiel* již byl SDEU ohledně práva na soukromí méně explicitní.²⁴⁰ Co všechno se z lidskoprávních katalogů počítá za „základní lidské právo“ ve smyslu čl. 9 KS nebylo postaveno najisto.

Jak uvádí Lehmann, judikatura ESLP poskytuje jisté vodítko a nejobsáhlejší právní argumentaci, jak určit „základní“ lidská práva, ze kterých plyne zákaz *refoulement*. Rozhodujícím kritériem zde ale není skutečnost, zda je právo nederegovatelné či absolutní, ale to, zda došlo k zasažení samotného jeho „jádra“ (např. u čl. 5 a 6 musí dojít k „flagrantnímu“ porušení či odepření spravedlnosti). Jak Lehmann poznamenává, ESLP nepodává žádné další vysvětlení, jak taková „jádra“ identifikovat, ostatně i termín „flagrantní porušení“ je značně abstraktní.²⁴¹ SDEU byl však při výkladu KS zřejmě touto judikaturou ESLP ovlivněn, jak

²³⁶ Ibid, s. 73.

²³⁷ KLUG, Anja. Harmonization of Asylum in the European Union – Emergence of an EU Refugee System. *German Yearbook of International Law*. 2004, 47, s. 602.

²³⁸ Rozsudek Odvolacího soudu Spojeného království, *SH (Palestinian Territories) v. Secretary of State for the Home Department*, 22. října 2008, §§ 43–44. Rozsudek Odvolacího soudu Spojeného království, *OO (Sudan) and JM (Uganda) v. Secretary of State for the Home Department*, 18. listopadu 2009, §§ 20–21.

²³⁹ SDEU, *Bundesrepublik Deutschland v. Y. a Z.*, 5. září 2012, C-71/11, C-99/11, § 57. Mohlo jít ale pouze o důsledek formulace předběžné otázky, která se tázala, zda vážným zásahem do „svobody náboženského vyznání jakožto základního lidského práva“ bude pouze zásah do podstaty či jádra tohoto práva.

²⁴⁰ SDEU, *X., Y., Z.*, cit. 189. SDEU sice právo na soukromí označil za „základní právo“, nikoli však terminologií čl. 9 odst. 1. písm. a) jako „základní lidské právo“ (*basic human right*). Anglická verze rozsudku navíc používá odlišné adjektivum (*fundamental right*). Podle SDEU legislativa kriminalizující stejnopohlavní styky sama o sobě nezakládá pronásledování, nicméně trestní sankce uložená na základě této legislativy by byla porušením čl. 8, které pronásledování založí. Odhlédneme-li od faktu, že trestní sankce v takovém případě porušuje spíše čl. 5 (arbitrární zbavení svobody) a čl. 3 (ponižující zacházení a trestání), a nikoli čl. 8, tak z rozsudku není zřejmé, zda SDEU pronásledování založil na písm. a) nebo implicitně na kumulaci pod písm. b). Lze si totiž představit i úvahu ohledně kumulace dvojitého porušení čl. 8 (jedenkrát z existence legislativy samotné, přičemž rozsudek *Dudgeon* SDEU nezmiňuje, ale je pro něj notorií, podruhé ze sankce plynoucí z této legislativy). Nelze proto se stoprocentní jistotou říci, zda SDEU opravdu považuje právo na soukromí za „základní lidské právo“ ve smyslu písm. a), ale mohli bychom optimisticky doufat, že „spíše ano“.

²⁴¹ LEHMANN, cit. 78, s. 73.

dokládá rozhodnutí *Y. a Z.*,²⁴² ve kterém užívá i obdobně restriktivní test reálného nebezpečí²⁴³ jako ESLP. Obzvláště oba generální advokáti Y. Bot a E. Sharpston, kteří psali stanoviska k *Y. a Z.* a *X., Y., Z.*, se v nich explicitně zabývali judikaturou ESLP ohledně *non-refoulement* a závěry, ke kterým dospěli, jsou založeny primárně na ní.²⁴⁴ Hrozí tak, že autonomní pojem pronásledování ze Ženevské úmluvy, který potenciálně zahrnuje více druhů újmy, bude redukován na regionální a restriktivní výklad ESLP z této domény.²⁴⁵

5.1.2 Intenzita: Jak stanovit „vážnost“ porušení?

Mezinárodní právo lidských práv nám nedává odpověď ani ohledně závažnosti porušení. Lidskoprávní orgány především rozhodují o tom, zda dané právo porušeno je, nebo není, ne o tom, jak „vážné“ porušení je. Panuje však obecná shoda, že ne všechny újmy, které mohou jednotlivce potkat, dosahují takové intenzity, že by měly být označeny za pronásledování a vést k udělení azylu.²⁴⁶ Jak však interpretovat pronásledování pomocí lidskoprávního rámce tak, abychom identifikovali, které újmy jsou ty závažné?

Podle R. Bhandariho se od uvedení Hathawayova lidskoprávního modelu vyvinulo v rozhodovací praxi několik přístupů ke stanovení závažnosti újmy: 1) hierarchizace práv, 2) „jádro/periferie“ a 3) nedělitelnost práv. Rozdělení závažnosti podle 4stupňové Hathawayovy „hierarchie“ bylo poměrně brzy opuštěno jako příliš rigidní a vzhledem k pozdější doktríně nedělitelnosti práv i jako „perverzní“. Na Novém Zélandu se ještě soudce R. Haines (blízký přítel Hathawaye) pokoušel závažnost porušení rozlišovat podle toho, zda bylo zasaženo „jádro“ či „periferie“ práva.²⁴⁷ Podobnou techniku užívala německá praxe ve vztahu k právu na náboženskou svobodu. Tento přístup se neukázal jako plodný, neboť není zřejmé, podle

²⁴² Podle rozhodnutí *Y. a Z.* považuje SDEU za vážné porušení základního lidského práva (svobody náboženského vyznání) situaci, kdy bude žadatel o azyl z důvodu výkonu tohoto práva hrozit skutečné nebezpečí, že bude zejména trestně stíhán či s ním bude zacházeno nelidským či ponižujícím způsobem, anebo mu uložen nelidský či ponižující trest. Reference k trestnímu stíhání se zdá být referencí k „flagrantnímu odepření spravedlnosti“ z judikatury ESLP. Srov. SDEU, *Y. a Z.*, cit. 239, § 67; LEHMANN, cit. 78, s. 80; CRÉPIN, cit. 7, s. 74.

²⁴³ Anglická a německá znění rozsudků *Y. a Z.* a *X., Y., Z.* dokonce vzbuzují dojem, že by test mohl být ještě přísnější, neboť neoperují s termínem *real risk*, resp. *reale Gefahr* jako ESLP, ale s pojmy *genuine risk*, resp. *tatsächliche Gefahr*, což jsou adjektiva, která mnohem více zdůrazňují „opravdovost“ rizika, v angličtině dokonce jeho „ryzost“ či „pravost“. Míra pravděpodobnosti je tak možná ještě vyšší než u „reálného nebezpečí“ (*real risk*).

²⁴⁴ Srov. Stanovisko generální advokátky Eleanor Sharpston ve spojených věcech C-199/12, C-200/12 a C-201/12, *X., Y., Z. v. Minister voor Immigratie en Asiel*, 11. července 2013; Stanovisko generálního advokáta Yvese Bota ve spojených věcech C-71/11 a C-99/11, *Bundesrepublik Deutschland v. Y. a Z.*, 5. září 2012.

²⁴⁵ LEHMANN, cit. 78, s. 79.

²⁴⁶ Ibid, s. 75.

²⁴⁷ Viz rozhodnutí novozélandské instance RSAA, cit. 188.

čeho/koho by se taková jádra a periferie měly určovat. Vývoj byl završen shledáním, že lidská práva jsou nedělitelná a měřítko závažnosti pronásledování je třeba hledat zvnějšku.²⁴⁸

Podle J. Lehmana již existují jen dva možné přístupy ke stanovení závažnosti v rámci lidskoprávního rámce: extenzivní a restriktivní.²⁴⁹ Extenzivní přístup vychází z nedělitelnosti lidských práv a činí rovnítko mezi újmou a porušením (jakéhokoli) lidského práva bez ohledu na povahu újmy. Pokud např. stát omezí právo nedovoleným způsobem (bez legitimního důvodu, disproportčně či diskriminačně), pak jakákoli sankce za výkon práva za hranou tohoto limitu, ať už se jedná o uvěznění, nebo jen pokutu, bude představovat pronásledování. Takový přístup je v rozporu s představou, že ne každá újma na lidských právech představuje dostatečně závažnou újmu, aby založila pronásledování. Restriktivní přístup také používá lidskoprávní standardy k posouzení zákonnosti omezení práva státem původu. K hodnocení závažnosti újmy se však musí uchýlit mimo rámec lidských práv. Závažnost se stanoví podle hierarchizace „sankcí“, které osobě za její jednání hrozí. Na vrcholu bude ztráta života, mučení a kruté, nelidské či ponižující zacházení a další újmy, zotročení, dále arbitrární zbavení svobody a případně další újmy. Co všechno pod tyto „sankce“ bude spadat opět zůstává na subjektivním uvážení rozhodujícího orgánu. Tento přístup „hierarchizace sankcí“ zvolil SDEU v *Y. a Z. a X., Y., Z.* k výkladu kvalifikační směrnice.

Z Bhandariho a Lehmannovy analýzy je zřejmé, že jsme kruhem dospěli ke stejnému přístupu jako v období před „lidskoprávním obratem“. Jeho hořké plody představují „limitační klauzule“ a v případě kvalifikační směrnice i omezení výčtu sankcí jazykem derogace. Nešikovná formulace čl. 9 odst. 1 písm. a) navíc *a contrario* naznačuje, že je možné všechna práva porušovat i jen „mírně“, tzn. že např. jedno porušení nederogovatelného práva, které nebude povahou či opakováním dostatečně závažné, nepostačí k založení pronásledování.²⁵⁰ Takto extrémně snad směrnici nikdo číst nebude, nicméně zásah do nederogovatelného práva se stal měřítkem závažnosti, resp. „základnosti“. Podle SDEU musí zásah do derogovatelného základního lidského práva představovat „vážné porušení“ tohoto práva, které svojí závažností odpovídá závažnosti zásahu do nederogovatelných základních lidských práv.²⁵¹ Jak takové zásahy poměřovat není vůbec zřejmé. Můžeme si cvičně lámat hlavu např. nad tím, jak by se

²⁴⁸ Bhandari ve své knize demonstruje, jakým způsobem judikatura v polovině 90. let 20. století Hathawaye nadšeně přijala, aby jej ještě do konce týchž 90. let stihla opustit. BHANDARI, cit. 7, s. 159–161.

²⁴⁹ LEHMANN, cit. 78, s. 74–75.

²⁵⁰ Srov. CRÉPIN, cit. 7, s. 71.

²⁵¹ SDEU, *Y. a Z.*, cit. 239, § 57 a § 61. SDEU uznal v bodě 57, že svoboda náboženského vyznání je základním lidským právem. Formulace v bodě 61 je ve skutečnosti mnohem kryptičtější než moje parafráze, která z bodu 61 *a contrario* plyne: „Ani jednání, která sice porušují [základní lidské] právo [...], avšak jejichž závažnost se nevyrovná závažnosti porušení základních lidských práv, od nichž se na základě čl. 15 odst. 2 EÚLP nelze odchýlit, nelze považovat za pronásledování ve smyslu čl. 9 odst. 1 směrnice a článku 1A Ženevské úmluvy.“

dala hrozba těžkého ublížení na zdraví od soukromých osob (porušení práva na bezpečnost) srovnávat se zotročením, nebo např. hrozba až několikaleté arbitrární detence či uvěznění (porušení práva na svobodu) s hrozící ztrátou na životě. Díky unijnímu uprchlickému právu nyní můžeme s ironií hovořit o tom, že existují i „nejzákladnější základní lidská práva“.

5.2 Působnost *rationae personae* v KS: důvody pronásledování

Stejně jako v Ženevské úmluvě, nemůže být uprchlíkem kdokoli, kdo se ve své zemi původu obává pronásledování, musí zde existovat kauzální nexus mezi obávanou újmou a osobním statutem dané osoby, který je vyjádřen tzv. konvencionálními důvody pronásledování (rasa, náboženství, národnost, příslušnost k určité sociální skupině nebo politické názory).²⁵² Kvalifikační směrnice konvencionální důvody blíže specifikuje v čl. 10 a podává jistý „manuál“ k výkladu jednotlivých pojmů:

„Článek 10

Důvody pronásledování

1. Při posuzování důvodů pronásledování přihlíží členský stát k těmto hlediskům:

- a) pojem rasy zahrnuje zejména hledisko barvy pleti, původu nebo příslušnosti k určité etnické skupině;*
- b) pojem náboženství zahrnuje zejména zastávání teistických, neteistických a ateistických přesvědčení, účast nebo neúčast na formálních náboženských obřadech konaných soukromě nebo veřejně, sám nebo společně s jinými, jiné náboženské akty nebo vyjádření názorů anebo formu osobního nebo společenského chování založeného na jakémkoli náboženském přesvědčení nebo přikázaného jakýmkoli náboženským přesvědčením;*

²⁵² Zde je potřeba upozornit na to, že zaužívaný český překlad definice je v mnoha ohledech právně nepřesný a užívá zavádějící frázi „*se nachází mimo svou vlast a má oprávněné obavy před pronásledováním z důvodů rasových, náboženských nebo národnostních nebo z důvodů příslušnosti k určitým společenským vrstvám nebo i zastávání určitých politických názorů*“ Tato fráze hovoří o mnohosti „důvodů“, které se vážou např. k náboženství či příslušnosti k určité sociální skupině, čímž odvádí pozornost od faktu, že tyto kategorie představují jednotný důvod, resp. status. Anglické znění nehovoří o pluralitě důvodů u každého jednotlivého statusu. Výraz „for reasons of“ je ustálený gramatický obrat, který se obvykle překládá prostým „z důvodu“ (jednoho) či „kvůli“. Netrváme-li na vysoké stylistice, lze výraz nahradit výrazem „for“, zjednodušeně „pro“. Ostatně i ve francouzském znění je ekvivalentní obrat „du fait de“ v singuláru, a navíc je ve spojení se statusy užito přivlastňovacích zájmen. Významově přesnější překlad dané fráze by zněl spíše takto: „*se... z důvodu oprávněných obav před pronásledováním pro svoji rasu, náboženství, národnost, příslušnost k určité sociální skupině nebo své politické názory, nachází mimo zemi své státní příslušnosti*“. Tato analýza samozřejmě nevylučuje, že jedna osoba může být pronásledována pro vícero statusů (konvencionálních důvodů) zároveň (např. příslušník etnické a současně náboženské menšiny).

c) *pojem národnosti se neomezuje na existenci nebo neexistenci státní příslušnosti, ale zahrnuje zejména příslušnost k určité skupině vymezené jejími kulturními, etnickými nebo jazykovými znaky, společným zeměpisným nebo politickým původem nebo jejím vztahem k obyvatelstvu jiného státu;*

d) *skupina tvoří určitou společenskou vrstvu, zejména jestliže*

– příslušníci této skupiny sdílejí vrozený charakteristický rys nebo společnou minulost, kterou nelze změnit, nebo sdílejí charakteristiku nebo přesvědčení, které jsou natolik zásadní pro totožnost nebo svědomí, že daná osoba nemá být nucena, aby se jí zřekla, a dále

– tato skupina má v dotyčné zemi odlišnou totožnost, protože ji okolní společnost vnímá jako odlišnou.

V závislosti na okolnostech existujících v zemi původu může určitá společenská vrstva představovat skupinu založenou na společném charakteristickém rysu sexuální orientace. Sexuální orientaci nelze chápat tak, že by zahrnovala akty považované podle vnitrostátních právních předpisů členských států za trestné. Pro účely určení příslušnosti k určité společenské vrstvě nebo vymezení rysu takové skupiny musí být náležitě uvážena hlediska spojená s pohlavím, včetně genderové identity;

e) *pojem politických názorů zahrnuje zejména zastávání názorů, myšlenek nebo přesvědčení ohledně potenciálních původců pronásledování uvedených v článku 6 a jejich politik nebo postupů, bez ohledu na to, zda žadatel podle dotyčných názorů, myšlenek nebo přesvědčení jednal.*

2. *Při posuzování otázky, zda má žadatel odůvodněnou obavu z pronásledování, není důležité, zda žadatel skutečně má rasové, náboženské, národnostní, sociální nebo politické charakteristické rysy, které vedou k pronásledování, jestliže původce pronásledování tyto rysy žadateli připisuje. “*

Článek 10 KS se zjevně inspirová Příručkou a směrnicemi k mezinárodní ochraně UNHCR a může se jevit na poli uprchlického práva jako detailní až velkorysý (např. přímou referencí k sexuální orientaci, pohlaví či genderové identitě, které v Ženevské úmluvě explicitně uvedeny nejsou). Na druhou stranu je problematický, a to primárně ve dvou ohledech: 1) definice určité sociální skupiny (resp. společenské vrstvy) a 2) ztotožnění konvencionálního důvodu (tzn. osobního statusu) s konkrétními aktivitami (resp. výkonem konkrétních práv). Oba tyto aspekty

zároveň mohou ovlivňovat úspěšnost žadatelů o azyl, kteří mají obavy z pronásledování z důvodu své SOGI.

5.2.1 Definice určité sociální skupiny

Směrnice zakotvuje dva klasické přístupy ke stanovení určité sociální skupiny, jak se vyvinuly v praxi jednotlivých států: přístup na základě chráněné charakteristiky (založený na principu *ejusdem generis*) a přístup na základě sociální percepce. Zde KS vychází ze směrnic k mezinárodní ochraně UNHCR.²⁵³ UNHCR považuje oba přístupy za alternativní, KS je však stanovila ve vzájemném kumulativním poměru („a dále“). Tento přístup byl mnohými kritizován jako zbytečně restriktivní.²⁵⁴ Nebezpečí spočívá také v tom, že v minulosti v některých zemích nabyl přístup sociální percepce v praxi spíše podoby testu „sociální vizibility“. Lidé s odlišnou SOGI, kteří se v rámci přežití snaží být v zemi původu co nejméně viditelní, pak těžko podobnými testy procházejí.²⁵⁵ Restriktivnost by mohla mít teoreticky zmírněna tím, že kumulativní test je uvozen slovy „zejména jestliže“, avšak SDEU v rozsudku *X., Y., Z.* potvrdil bez dalšího nutnost splnění obou podmínek.²⁵⁶

Definice dále explicitně zmiňuje, že sexuální orientace může zakládat příslušnost k určité sociální skupině, avšak tento status je zde nešťastným způsobem implicitně definován jako jednání, resp. „akty“.²⁵⁷ Tuto problematiku probereme v následující části.

²⁵³ UNHCR, *Guidelines on International Protection No.1*, cit. 38, § 29. UNHCR, *Guidelines on International Protection No.2*, cit. 38, § 11.

²⁵⁴ FOSTER, cit. 26, s. 6. DUSTIN, Moira a Nina HELD. In or Out? A Queer Intersectional Approach to ‘Particular Social Group’ Membership and Credibility in SOGI Asylum Claims in Germany and the UK. *GenIUS*. 2018, 5(2), s. 78, 81 a 87. FERREIRA, Nuno, Carmelo DANISI, Moira DUSTIN a Nina HELD. *The reform of the Common European Asylum System: Fifteen recommendations from a Sexual Orientation and Gender Identity Perspective* [online]. Brighton: University of Sussex, 2018. SOGICA project. [cit. 2021-11-02]. DOI: [10.31235/osf.io/pkftf](https://doi.org/10.31235/osf.io/pkftf), s. 15.

²⁵⁵ Např. u rozhodovacích orgánů ve Francii docházelo v minulosti k hodnocení příslušnosti ke skupině ne na základě toho, zda společnost tuto skupinu jako celek vnímá jako odlišnou (a kvůli odlišnosti ji např. odsuzuje), ale toho, zda je či není daný stěžovatel sám dostatečně identifikovatelný jako její příslušník.²⁵⁵ Ve Francii tato metoda vedla k variantě „argumentu diskretnosti“: I když skutečnost o žadatelově odlišné sexuální orientaci vešla v zemi původu ve známost, nepostačovala k prokázání jeho příslušnosti k určité sociální skupině, neboť žadatel se předtím ke své sexuální orientaci sám aktivně nehlásil, ale byla spíše „pasivně odhalena“. Např. v případě bosenského žadatele o azyl, který cituje J. Wessels, soud shledal, že nepatří k vymezené a dostatečně identifikovatelné skupině osob, která by tvořila určitou sociální skupinu, protože se nikdy „nesnažil svým chováním viditelně projevit svou sexuální orientaci“ a nebyl „vystaven účinnému výkonu trestního stíhání ve své zemi“. Viz WESSELS, Janna. Publicly Manifested – Fatefully Determined – Invariably “Discreet”: The Assessment of Sexuality-Based Asylum Claims in Germany and France. *Canadian Journal of Women and the Law*. 2017, 29(2), s. 350–352. Srov. FOSTER, cit. 26, s. 10–11.

²⁵⁶ SDEU, *X., Y., Z.*, cit. 189, § 45.

²⁵⁷ Český překladatel směrnice zvolil v čl. 10 odst. 1 písm. b) a d) pro anglický výraz „acts“ slovo „akty“, byť se v čl. 9 výraz „acts“ překládá jako jednání.

5.2.2 Ztotožnění konvencionálního důvodu s výkonem jednoho práva

Konvencionální důvody v Ženevské úmluvě se referují k osobnímu statusu osoby, který je založen na jednom ze dvou atributů: zásadní charakteristice nebo zásadním přesvědčením. Těch může být buď nemožné se vzdát, neboť jsou vrozené, nebo jsou tak zásadní pro lidskou identitu, že nikdo nemá být nucen, aby se jich zřekl. (Zde se jedná samozřejmě o jisté zjednodušení, to má však posloužit pro účely jasnosti následujícího argumentu.) Osobní status se nedefinuje skrze konkrétní aktivity, osobní status je člověku připisován na základě toho, kým je a čím se odlišuje.²⁵⁸ Tento princip se vztahuje i na „přesvědčení“ (resp. „měnitelné“, ale zásadní charakteristiky), neboť problematické pro perzekvující stát či společnost není to, jakou konkrétní formou se toto přesvědčení na veřejnosti manifestuje a zda vůbec, ale to, že lidé, kteří nějaké konkrétní (společensky/státu nebezpečné) přesvědčení zastávají, vůbec existují. Cílem není vymýtit praxi či praktiky, ale konkrétní ideu odlišného životního přístupu, která se nesmí dále šířit. Ohrožuje totiž vládnoucí politický režim nebo majoritní společenský a/či náboženský řád, na základě kterého jsou životní role všem předem rozděleny. Použijeme-li termín D. J. Steinbocka, pak pronásledování v Ženevské úmluvě je především „pronásledováním odlišnosti“ (*persecution of difference*).²⁵⁹

Podíváme-li se do čl. 10 KS, zjistíme, že dva osobní statusy jsou v něm chybně definovány referencí k aktivitám, resp. k výkonu jednoho konkrétního práva. Prvním je náboženství v písm. b)²⁶⁰ a druhým je sexuální orientace v písm. d). Písmeno b) po vyjádření rysu osobního statusu (zastávání přesvědčení) následuje výčet chráněných aktivit, které nedefinují status, ale představují výkon práva na svobodu myšlení, svědomí a náboženského vyznání. Tím nevhodně činí rovnítko mezi výkonem jediného práva a osobním statutem, který je pouze atributem identity člověka, jemuž náleží celý soubor práv v lidskoprávních katalogích uvedený. Obdobně je tomu i u sexuální orientace, když písm. d) zmiňuje, že sexuální orientace nezahrnuje *akty* považované podle vnitrostátních právních předpisů členských států za trestné. Jedná se

²⁵⁸ Jde o osobu, která má oprávněné obavy před pronásledováním pro *svou* rasu, *své* náboženství, *svou* národnost, *svou* příslušnost k určité sociální skupině nebo *své* politické názory (*craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques*).

²⁵⁹ STEINBOCK, cit. 45, s. 787.

²⁶⁰ V případě náboženství toto nedopatření pravděpodobně vzniklo na základě Příručky UNHCR, která se v bodech 66 až 86 věnuje konvencionálním důvodům dohromady s kauzálním nexem. Příručka v bodě 71 nekoncepčně zmiňuje právo na svobodu myšlení, svědomí a náboženského vyznání, přitom ekvivalentní právo u důvodu „politických názorů“ v této sekci nezmiňuje. V bodě 72 pak vyjmenovává demonstrativně jednání, která mohou představovat pronásledování z důvodu náboženství, a zmiňuje mezi nimi i jednání omezující výkon práva na náboženskou svobodu. To ale neznamená, že jednání nemůže jinou formou, jak z Příručky plyne, např. diskriminace v důsledku příslušnosti ke konkrétní náboženské skupině (v přístupu k jiným právům). Srov. Viz UNHCR, *Handbook*, cit. 36, §§ 66–86.

o zřejmou referenci k sexuálním praktikám a snahu vyhnout se sporům o to, zda by např. zoofilie nemohla založit relevantní azylový důvod. Konsensuální pohlavní styk lze subsumovat pod výkon práva na soukromí, do kterého spadá veškeré autonomní lidské jednání, které není explicitně artikulováno jazykem jiných práv nebo které není zákonně omezeno užitím limitační klauzule (např. za účelem ochrany práv a svobod jiných, zajištění veřejného pořádku, bezpečnosti apod.).

Snaha zajistit referenci k zákonné restrikci (resp. limitační klauzuli) je samozřejmě pochopitelná. Problematické je, že se tak děje nesystematicky pouze ve vztahu k výkonu jednoho práva, které je navíc ztotožňováno s osobním statutem. Problematika zákonných restrikcí se koncepčně netýká jen práva na soukromí, týká se výkonu všech práv, které lze omezit v rámci užití derogačních a limitačních klauzulí. I u výkonu práva na náboženskou svobodu je rovněž nezbytné zajistit, že omezení některých aspektů jeho výkonu nebude zakládat pronásledování: např. rituální vraždy. Stejně jako teroristické útoky povětšinou nebudou považovány za legitimní výkon práva na svobodu projevu. Zmínka zákonné restrikce pouze ve vztahu k sexuální orientaci vyvolává mimořádnou rozpačitost. Celá problematika zákonných restrikcí neměla být řešena v rámci čl. 10 a konvencionálních důvodů, nýbrž v rámci čl. 9 odst. 3, který se zabývá otázkou kauzálního nexu. Koncepčně vhodnější by bylo na jeho konec zařadit větu: „za pronásledování ve smyslu odst. 1 nelze považovat omezení výkonu lidského práva v rozsahu, v jakém jeho výkon není dovolen v členských státech“ a specifikace osobních statusů skrze aktivity v písm. b) a d) z čl. 10 smazat. Současná koncepce napomáhá redukcí sexuální orientace (i náboženství) na konkrétní výkon práva, resp. aktivity a odvádí pozornost od možných forem újmy ve všech sférách života, které osoby kvůli svému osobnímu statusu musí snášet.

5.3 Rozsudek X., Y., Z.

Problematikou osobní působnosti konvencionálních důvodů i vymezením obsahu pojmu pronásledování se ve vztahu k uprchlíkům pronásledovaným z důvodu své SOGI zabýval SDEU ve věci *X., Y., Z. v. Minister voor Immigratie en Asiel*. Soud se zabýval primárně třemi otázkami: 1) Představují osoby s homosexuální sexuální orientací určitou sociální skupinu? 2) Které aktivity tvoří jádro sexuální orientace a lze požadovat, aby osoba svoji sexuální orientaci

skrývala, resp. zda lze požadovat alespoň, aby skrývala „periferní“ aktivity, které netvoří toto jádro?²⁶¹ 3) Představuje kriminalizace stejnopohlavních styků akt pronásledování?

5.3.1 Kriminalizace jako indikátor určité sociální skupiny

K určení sociální skupiny uplatnil SDEU kumulativní test na základě chráněné charakteristiky a na základě sociální percepce, jehož restriktivnost již byla výše zmiňována. V rámci naplnění podmínky testu sociální percepce uvedl, že existence legislativy kriminalizující stejnopohlavní styk nasvědčuje závěru, že je třeba na homosexuální osoby nahlížet jako na určitou sociální skupinu. Tento závěr je poněkud problematický, neboť by mohl v praxi některé rozhodující orgány vést k závěru, že tam, kde obdobná legislativa neexistuje, tyto osoby určitou skupinu netvoří. To se ostatně týká jakékoli potenciální sociální skupiny, která by mohla čelit pronásledování. Jestliže se SDEU snažil osvětlit, co znamená fráze „*v závislosti na okolnostech existujících v zemi původu*“ v čl. 10 odst. 1 písm. d), mohl alespoň dodat, podobně jako tomu učinila ve svém stanovisku generální advokátka E. Sharpston, že pro účely testu sociální percepce je třeba posoudit nejen právní předpisy, ale i společenské a kulturní zvyklosti v zemi původu.²⁶²

5.3.2 „Jádro“ a „periferie“ osobního statusu a diskrétnost

Otázka ohledně jádra a periferie práv a s nimi spojený „argument diskrétností“ jsou přímo spojeny s problematikou ztotožňování konvencionálního důvodu s výkonem konkrétního práva. Tento logický lapsus se v rozhodovací praxi států objevoval často. Příkladem budiž překonaná německá doktrína ohledně jádra a periferie práva na svobodu náboženského vyznání, která ztotožňovala výkon práva se zastáváním přesvědčení, tj. s osobním statutem. Ušetřena nebyla ani samotná doktrína uprchlického práva, jejíž někteří představitelé razili svého času podobnou argumentaci. Shodou okolností nalezneme mezi těmito autory opět J. Hathawaye a jemu blízké kolegy, kteří společně sepsali několik článků.

²⁶¹ Takto doslova nizozemský soud druhou otázku neformuloval. Ve skutečnosti tato otázka doplněná o další tři podotázky tvořila natolik kryptický soubor dotazů, že se s nimi SDEU rozhodl nevypořádat jeden po druhém a pro své potřeby si jej rovněž zjednodušil. Mnou provedená reformulace shrnuje dle mého názoru smysl těchto podotázek, obzvláště a) a c): a) *Může být od cizinců s homosexuální orientací očekáváno, že budou svou sexuální orientaci v zemi původu přede všemi skrývat, aby se vyhnuli pronásledování?* c) *Pokud lze v této souvislosti rozlišovat mezi projevy, které se týkají jádra sexuální orientace, a takovými, u kterých tomu tak není: Co se rozumí jádrem sexuální orientace a jak je možno je určit?*

²⁶² Stanovisko generální advokátky E. Sharpston, cit. 244, § 3.

V článku z roku 2003 R. Haines, J. Hathaway a M. Foster argumentují, že existují aktivity (představující výkon práva), které jsou integrální součástí chráněné charakteristiky (tzn. konvencionálního důvodu).²⁶³ Podle autorů tam, kde relevantní právo nemá veřejnou dimenzi, je nepravděpodobné, že by odepření veřejného výkonu spadalo do oblasti obav z pronásledování. Současně ale nelze po nikom požadovat, aby byl „diskrétní“ ve vztahu k činnostem, které jsou „integrální součástí chráněné charakteristiky“.²⁶⁴ Jak úzce se tento typ argumentace váže právě k sexuální orientaci se ukázalo v jiném článku J. Hathawaye a J. Pobjoye reagujícím na rozsudek britského Nejvyššího soudu ve věci *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department*,²⁶⁵ kde soud odmítl do té doby užívaný argument diskrétností u SOGI žadatelů o azyl. Podle autorů se soud nezabýval rozsahem aktivit, které mají být správně chápány jako inherentní a integrální součástí statusu sexuální orientace.²⁶⁶ Nebezpečí pronásledování musí údajně pramenit z činnosti, která „úzce souvisí“ s osobním statutem.²⁶⁷ Chráněný status sexuální orientace by měl podle autorů obecněji zahrnovat jen takovou činnost, která je „rozumně vyžadována“ k vyjevení nebo vyjádření sexuální identity jednotlivce.²⁶⁸ V reakci na pasáž, kde britský soud hovoří o tom, že žadatel má právo na to „žít svobodně a otevřeně jako gay“ (k čemuž soud stereotypně přisadil, že každý gay má mít možnost chodit na koncerty Kylie Minogue či pít exoticky zbarvené koktejly), Hathaway a Pobjoy kritizují, že soud předpokládá, že „nebezpečí plynoucí z jakékoli formy ‚homosexuálního‘ chování zakládá status uprchlíka“,²⁶⁹ přitom existuje řada „triviálních aktivit, kterým se může [daná osoba] vyhnout bez výraznější újmy na daném lidském právu“,²⁷⁰ i přesto že dochází k jeho porušení.

Článek Hathawaye a Pobjoye zkritizovala celá řada autorů z mnoha různých úhlů.²⁷¹ To, že pití exoticky barevných koktejlů nepředstavuje „formu homosexuálního chování“, je (snad)

²⁶³ HAINES, Rodger P. G., James C. HATHAWAY a Michelle FOSTER. Claims to Refugee Status based on Voluntary but Protected Actions: Discussion Paper No. 1 Advanced Refugee Law Workshop International Association of Refugee Law Judges Auckland, New Zealand, October 2002. *International Journal of Refugee Law*. 2003, 15(3), 430–443.

²⁶⁴ Ibid, s. 440.

²⁶⁵ Srov. rozsudek Nejvyššího soudu Spojeného království, *HJ (Iran) and HT (Cameroon)*, cit. 188.

²⁶⁶ Viz HATHAWAY, James C. a Jason POBJOY. Queer Cases Make Bad Law. *New York University Journal of International Law and Politics*. 2012, 44(2), s. 335.

²⁶⁷ Ibid, s. 336. Tzv. „closely connected activity“.

²⁶⁸ Ibid, s. 382.

²⁶⁹ Ibid, s. 374.

²⁷⁰ Ibid, s. 335

²⁷¹ Srov. MILLBANK, Jenni. The Right of Lesbians and Gay Men to Live Freely, Openly and on Equal Terms is Not Bad Law: A Reply to Hathaway and Pobjoy. *New York University Journal of International Law and Politics*. 2012, 44(2), 497–527. ANKER, Deborah E. a Sabi ARDALAN. Escalating Persecution of Gays and Refugee Protection: Comment on Queer Cases Make Bad Law. *New York University Journal of International Law and Politics*. 2012, 44(2), 529–558. TOBIN, John. Assessing GLBTI Refugee Claims: Using Human Rights Law to Shift the Narrative of Persecution within Refugee Law. *New York University Journal of International Law and Politics*. 2012, 44(2), 447–484.

zjevné stejně jako skutečnost, že salát není „levicovým jídlem“. Těžko si vůbec představit, co by „formy heterosexuálního chování“ či „formy homosexuálního chování“ měly zahrnovat. To, zda mohou či nemohou pít exoticky zbarvené koktejly, aby zrovna na základě této aktivity nebyla odhalena jejich netradiční SOGI, asi nebude zásadním problémem, který osoby pronásledované z důvodu SOGI v zemích původu zrovna řeší. Neuralgickým bodem v argumentaci autorů je však především to, že ztotožňují konvencionální důvod s výkonem jednoho konkrétního práva, práva na soukromí, jehož „jádrém“ jsou dle nich aktivity „rozumně vyžadované k vyjvení nebo vyjádření sexuální identity“. Podle Millbank se tvrzení Hathawaye a Pobjoye „opírají o zavádějící a neudržitelné rozlišení jednání vs. identita (zahrnující stejně neudržitelnou binaritu integrální vs. periferní a nutné vs. dobrovolné jednání) a v konečném důsledku zamlžují vztah mezi sexuální orientací a genderovou identitou a rovným přístupem ke svobodě projevu, sdružování, soukromí a rodinnému životu“.²⁷² Konkrétní „aktivity“ samy o sobě pronásledování nezpůsobují, pouze odhalují a exponují stigmatizovanou identitu, resp. osobní status, který je vlastní příčinou pronásledování.²⁷³ Nepřímo stanovená povinnost zdržet se činností, které by „zbytečně“ odhalovaly sexuální orientaci nad rámec nutnosti „vyjvení a vyjádření“, je jen jinou, modifikovanou verzí požadavku na diskretnost.²⁷⁴

Tento koncepční problém „jádra“ a „periferie“ a ztotožnění výkonu práva s konvencionálním důvodem se projevil i ve věci *Y. a Z.* Soudní dvůr EU rozhodoval o tom, zda lze požadovat po minoritní náboženské skupině, aby se zdržela náboženských projevů na veřejnosti, které byly v zemi původu omezeny zákonnými restrikcemi. A dále zda takové zákonné restrikce představují pronásledování, i když není zasaženo do „jádra“ práva (jímž bylo podle německé praxe pouze *forum internum*). SDEU odmítl požadavek na „diskretnost“, avšak namísto toho, aby tak učinil argumentem, že je výkon práva na náboženskou svobodu omezen *nezákonnými restrikcemi* (protože diskriminačními a disproportčními), použil argument, že čl. 10 odst. 1 písm. b) odkazuje na možnost vykonávat právo na veřejnosti. Osobní status náboženství tak získal „veřejnou dimenzi“ po vzoru Hainese, Hathawaye a Foster. Tato chybná argumentace otevřela otázku, jak potom zacházet s ostatními statusy v čl. 10 KS, které tuto „veřejnou dimenzi“ nemají, neboť (správně) nejsou definovány skrze výkon práv. A jak zacházet se sexuální orientací, která naopak implicitně v čl. 10 skrze aktivity (resp. právo na soukromí) definována je?

²⁷² MILLBANK, cit. 271, s. 501.

²⁷³ Ibid, s. 510.

²⁷⁴ TOBIN, cit. 271, s. 477.

Ve věci *X., Y., Z.* se SDEU zabýval obdobně jako v *Y. a Z.* otázkou diskrétnosti, tentokrát ve vztahu k osobám pronásledovaných z důvodu SOGI. Zde se SDEU již správně zaměřil na nezákonnost restrikcí, byť by se dalo konstatovat, že se tomu tak stalo spíše „náhodou“. Jak bylo zmíněno výše, pouze status sexuální orientace v čl. 10 obsahuje referenci k zákonnosti restrikcí. Namísto toho, aby SDEU konstatoval, že „konsensuální stejnopohlavní styk není podle mezinárodního práva ani práva členských států nelegální“, uvedl, že kromě *aktů*, které jsou podle vnitrostátního práva členských států považovány za trestné, nic ve znění čl. 10 nenaznačuje, že by zákonodárce zamýšlel vyloučit některé další *druhy jednání nebo projevy souvisejících se sexuální orientací*. Z této dikce implicitně plyne, podobně jako u *Hathawaye a Pobjoye*, že existují jisté „druhy a projevy homosexuálního chování“. Díky popisu testu chráněné charakteristiky v čl. 10 odst. 1 písm. d) se Soudu nicméně podařilo konečně problematiku osobního statusu „přivést zpátky domů“. Shledal totiž, že skrývání sexuální orientace je neslučitelné s uznáním charakteristiky, která je pro identitu natolik zásadní, že po dotčených osobách nelze požadovat, aby se jí zřekly. Z toho důvodu nepovažuje za nutné rozlišovat mezi „jádem“ a „periférií“ projevů sexuální orientace, a to ani za předpokladu, že by je vůbec bylo možné identifikovat. Celou problematiku „jádra“ a „periférie“ osobního statusu dobře ilustruje věta ze stanoviska generální advokátky Sharpston, která koncept jádra odmítla: „*Přijde mi, že člověk buď sexuální orientaci má, nebo nemá.*“²⁷⁵

Evropská komise se rozhodla závěry z obou rozsudků SDEU začlenit do nového odstavce v čl. 10 v tzv. „kvalifikačním nařízení“, jenž má nahradit kvalifikační směrnici. Návrh ustanovení uvádí, že rozhodující orgán nemůže „*od žadatele přiměřeně očekávat, že se bude chovat diskrétně nebo se zdrží určitých praktik, pokud je takové chování nebo praktiky vlastní jeho identitě, aby se vyhnul riziku pronásledování v zemi původu*“.²⁷⁶ Jestliže se mohlo zdát, že díky judikatuře SDEU je koncept diskrétnosti a jádra a periférie věcí minulou, tento návrh jej vrací zpět do hry. Návrh přímo ztotožňuje konvencionální důvod, resp. osobní status s chováním či praktikou.

Znamená nový odst. 3 *a contrario*, že lze požadovat, aby byl žadatel diskrétní ohledně chování či praktik, u kterých rozhodující orgán subjektivně usoudí, že nejsou pro jeho identitu zásadní? Bylo zamávání duhovou vlajkou na koncertě v Káhiře „vlastní“ „sexuální identitě“ Sarah Hegazi? Neměla se tohoto jednání raději zdržet? Pro účely jejích soukromých sexuálních styků bylo touto optikou naprosto „zbytečné“. Neměl by se jakýkoli žadatel o azyl, který zatím

²⁷⁵ Stanovisko generální advokátky E. Sharpston, cit. 244, § 71.

²⁷⁶ Návrh nařízení Evropského Parlamentu a Rady ze dne 13. července 2016, č. COM/2016/0466 final – 2016/0223 (COD).

nebyl takto trestně stíhán, takového jednání do budoucna zdržet? Zaměřování se na „jádro“ osobního statusu, který by se směl otevřeně vyjadřovat pouze výkonem „jádra“ jednoho konkrétního práva, redukuje celý život člověka se všemi jeho právy na omezené množství konkrétních aktivit. Ve „zbylém čase“, kdy se nevěnují daným „povoleným“ aktivitám, by zřejmě dané osoby měly raději sedět doma. Jiná práva jim touto optikou nenáleží.

5.3.3 „Privatizace homosexuality“ a míra nutné újmy

SDEU se rovněž zabýval tím, zda představuje kriminalizace stejnopohlavních styků a související hrozba odnětí svobody akt pronásledování. Ke zhodnocení závažnosti újmy použil již předestřenu techniku „hierarchizace sankcí“. SDEU shledal, že samotná existence takové legislativy nepředstavuje akt pronásledování, ovšem sankce uplatněná na základě této legislativy formou odnětí svobody by byla nepřiměřeným nebo diskriminačním trestáním, které již akt pronásledování představuje.

Jedná se jistě částečně o důsledek formulace otázky nizozemským soudem, který se explicitně referoval k pronásledování ve smyslu čl. 9 odst. 1 písm. a) ve spojení s čl. 9 odst. 2 písm. c) KS, přesto je zarážející, jakým způsobem ve své argumentaci SDEU ignoroval čl. 9 odst. 2 písm. b). Podle tohoto ustanovení mohou být za akty pronásledování považována „*právní [...] opatření, která jsou sama o sobě diskriminační nebo jsou prováděna diskriminačním způsobem*“. Legislativa kriminalizující stejnopohlavní styky jistě představuje právní opatření, které je samo o sobě diskriminační (ani nemusí být implementováno). Není pak zřejmé, jak by jakékoli právní opatření, které je samo o sobě diskriminační vůbec kdy mohlo představovat pronásledování, pokud hlavním kritériem je, zda je, či není prováděno. Soud tak v podstatě učinil z první části čl. 9 odst. 2 písm. b) mrtvou literu. Písm. c) mělo dle mého názoru původně ošetřit ty situace, kdy osoba může být potrestána na základě legitimního zákonného ustanovení, avšak patří k určité skupině, jejímž členům je pravidelně ukládán trest odnětí svobody oproti členům majoritní společnosti, kteří za stejné jednání dostanou často pouze pokutu.

To, co odvrátilo pozornost Soudu od zkoumání povahy kriminalizující legislativy jako takové, bylo především převzetí diskurzu „privatizace homosexuality“ z judikatury ESLP. Generální advokátka E. Sharpston ve svém stanovisku činí referenci k judikatuře ESLP několikrát (na jednom místě dokonce provádí irelevantní rozbor případů týkající se legálního věku způsobilosti k pohlavnímu styku). Zmiňuje, že ve státech Evropské unie představuje kriminalizace stejnopohlavních styků v soukromí porušení práva z EÚLP (tzn. čl. 8), bez ohledu na to, zda jsou zákony v praxi uplatňovány. A jakousi ozvěnou notorického výroku ESLP

v kontextu *non-refoulement* aplikuje přístup ESLP i na unijní právo: „*Cílem [kvalifikační] směrnice však není poskytnout ochranu vždy, když jednotlivec nemůže ve své zemi původu plně a účinně uplatňovat svobody zaručené Listinou nebo EÚLP. Jinak řečeno: cílem není tyto normy vyvážet.*“²⁷⁷ Kriminalizace stejnopohlavních styků tak sice porušuje článkem 8, nedosahuje však o sobě intenzity pronásledování pro účely pronásledování, tresty musí být v praxi uplatňovány. Podle Sharpston „*trestní sankce, které vedou k dlouhodobému [sic!] trestu odnětí svobody za vyjádření homosexuální orientace, by mohly představovat porušení článku 3 EÚLP*“. Není zřejmé, proč vůbec Sharpston zavádí „test trvání“ a zda by se měl cynicky počítat na dny, měsíce či léta. Sharpston zde nicméně uplatňuje pro výklad pojmu *pronásledování* z uprchlického práva restriktivní výklad ESLP z lidskoprávního kontextu *non-refoulement*.

Pokud by měl být „lidskoprávní přístup“ aplikován metodologicky do důsledku, měla se Sharpston (i později Soud) zabývat i posouzením, zda samotná existence této legislativy nepředstavuje „exogenní“ nebo „endogenní“ újmu, která dosahuje intenzity porušení zákazu mučení či krutého, nelidského a ponižujícího zacházení. „Exogenní“ újma pramení ze skutečnosti, že diskriminující zákony o sobě představují ponižující zacházení. „Endogenní“ újmu²⁷⁸ dobře vystihuje Karon Monaghan ve své reakci na stanovisko generální advokátky: „*Zákony kriminalizující homosexualitu způsobují [pocity] hanby, ztrátu sebeúcty, strach a psychickou újmu a zcela nahlodávají lidskou důstojnost, osobnost, a tedy i lidskost člověka.*“²⁷⁹ O podstatě této endogenní újmy, která vede k celoživotnímu traumatu z vypěstované sebenenávisi velmi informativně pojednává Hannah Gadsby ve své show *Nanette*, kde popisuje realitu vlastního dospívání v 90. letech 20. století v australské Tasmánii.²⁸⁰

Důvod, proč se Sharpston ani SDEU podobnými úvahami nezabývali, spočívá především ve ztotožňování výkonu konkrétního práva s konvencionálním důvodem. Tento logický lapsus je podporován primárně diskurzem „privatizace homosexuality“ a současně užíváním lidskoprávní judikatury ESLP z kontextu *non-refoulement*, která koncept konvencionálních důvodů uprchlického práva nezná. SDEU konstatoval, že „*základní práva konkrétně spojená se sexuální*

²⁷⁷ Stanovisko generální advokátky E. Sharpston, cit. 244, § 41.

²⁷⁸ Tento pojem konceptualizuje J. Hathaway a J. Pobjoy. Srov. HATHAWAY, POBJOY, cit. 177, s. 338.

²⁷⁹ Citace Karon Monaghan převzata z *amicus curiae* intervence organizace International Commission of Jurists, cit. 176, pozn. 27 na s. 5.

²⁸⁰ Výbor pro lidská práva v roce 1994 ve věci *Toonen v. Austrálie* rozhodl, že existence této tasmánské legislativy představuje porušení práva na nediskriminaci a na soukromí. Tasmánie dekriminalizovala stejnopohlavní styky až v roce 1997. Podle formální tasmánské legislativy bylo teoreticky možné uložit až 21 let odnětí svobody za stejnopohlavní styk. Viz *Toonen*, cit. 110. Srov. OLB, John a Madeleine PARRY (dirs.). *Hannah Gadsby: Nanette*. Netflix Productions, 2018. Dostupné z: <https://www.netflix.com/watch/80233611>; DARBY, Andrew. Apology over gay sex convictions in Tasmania. *The Sydney Morning Herald* [online]. 19. prosince 2015 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <https://www.smh.com.au/national/apology-over-gay-sex-convictions-in-tasmania-20151218-glqv10.html>.

orientací...jakými jsou právo na soukromý a rodinný život chráněné čl. 8 EÚLP“ nepatří mezi nederogovatelná lidská práva. SDEU zde v podstatě konstruuje, jak již bylo naznačeno v předchozí kapitole, „homosexuální aktivity“, jejichž výkon je chráněn čl. 8. Výraz „práva spojená se sexuální orientací“ je podobně absurdní jako „práva spojená s rasou“. Budeme-li parafrázovat generální advokátku, tento logický lapsus nejlépe ilustruje věta: „Rasu buď člověk má, nebo nemá“. Naznačuje snad soud, že jakýkoli člověk, který aktivně provozuje pohlavní styk, nemá žádná další práva? Jaká konkrétní lidská práva má člověk, který provozuje heterosexuální pohlavní styk? Instinktivně se dere na jazyk odpověď: samozřejmě, že všechna. Člověk, který provozuje homosexuální pohlavní styk, má však, zdá se, pouze práva v čl. 8. Sharpston i SDEU zde pomíjí analyzovat, jaké dopady může kriminalizace stejnopohlavních styků mít na výkon veškerých lidských práv v daném katalogu, neboť újma v zemi původu hrozí člověku, ne právu.

SDEU uvedl, že kriminalizace sice je porušením čl. 8, ale ne dostatečně závažným, aby se jednalo o pronásledování, nicméně aktivní uplatňování této legislativy, konkrétně uložení trestu odnětí svobody, představuje takové porušení čl. 8, které již pronásledování představuje. Tato fixace na článek 8 je zde až nepochopitelná. V případě uložení takového trestu lze zjevně uvažovat jak o čl. 3 (který navrhovala Sharpston), tak o čl. 5 i čl. 6, neboť uvěznění na základě (z hlediska mezinárodního práva) nezákonné legislativy bude vždy arbitrární, stejně jako nebude možné se domoci v takovém systému spravedlivého procesu (totiž zrušení zákona a zproštění obvinění).

Za použití Lehmannova dělení lidskoprávních přístupů lze hovořit o tom, že zde SDEU aplikuje metodu „hierarchizace sankcí“, avšak ve značně redukováném rozsahu. „Sankci“ v *Y. a Z. a X., Y., Z.* nepředstavuje jakákoli újma, která dané osobě hrozí, nýbrž pouze trestní či administrativní sankce, kterou uděluje stát. Tzn. že hrozba mučení či fyzické újmy od nestátních aktérů, kteří v takovém systému nebudou a ani nemohou být efektivně potrestáni, neboť postižený by se při nahlašování sám vystavoval trestnímu stíhání, SDEU vůbec nezvažoval jako relevantní. Respektive je zásadním nedostatkem rozhodnutí *X., Y., Z.* to, že opomněl celospolečenský kontext zmínit. Přímá perzekuce na základě trestního stíhání je jen zlomkem toho, čemu osoby s netradiční SOGI v zemích původu často čelí. Jak již bylo zmíněno v kapitole 4.2.3.3, argumentace absencí aktivního uplatňování zákonů v praxi odvádí pozornost od celospolečenského klimatu a pronásledování především od nestátních subjektů, kterým dodává odvahu skutečnost, že vláda zákon nezrušila.

Na jednu stranu SDEU vyjudikoval, že nelze po SOGI stěžovateli požadovat, aby se skrývali, na druhou stranu tvrdí, že je lze navrátit do země, která jejich jednání sice kriminalizuje, ale tresty neukládá. Tedy za předpokladu, že se dokáží úspěšně skrývat, chtělo by se dodat. Argument absencí aktivního uplatňování zákonů v praxi je totiž ve skutečnosti jen jinou, skrytou formou argumentu diskretností. SDEU současně promeškal příležitost zmínit, že kriminalizace stejnopohlavních styků není jediným relevantním ukazatelem možného pronásledování (a to bez ohledu na to, zda je uplatňována). Existuje totiž řada jiných způsobů, jak k perzekuci osob z důvodu jejich SOGI dochází, stejně jako existují státy, které stejnopohlavní styky formálně nekriminalizují, a přesto v nich dochází k aktivnímu pronásledování.

5.4 Závěrečné poznámky k právu EU

Evropské právo si rétoricky klade za cíl zharmonizovat výklad uprchlické definice v členských státech v souladu s Ženevskou úmluvou. Kvalifikační směrnice však ve vícero ohledech „ženevskokonformní“ není. Pojem pronásledování navíc definuje pomocí lidskoprávního paradigmatu, jenž vede k restriktivnímu výkladu uprchlické definice. Výklad kvalifikační směrnice je přímo svázán s výkladem EÚLP a judikaturou ESLP. Systém EÚLP ale pojem konvencionálních důvodů nezná a jeho užívání může vést k mylnému ztotožnění konvencionálního důvodu, tzn. statusu osoby, s výkonem konkrétního práva. V kontextu *non-refoulement* ESLP přenáší pozornost ze stěžovatele a jemu hrozící újmy na stát případného azylu, který jediný může být shledán odpovědným za porušení práva. Vzhledem k deferenci vůči členským státům v oblasti migrační politiky pak ESLP shledává porušení jen u naprostého minima článků úmluvy. Tato logika se přenáší do rozhodování na základě kvalifikační směrnice. Za pronásledování bude shledána jediné taková újma, za kterou může být volán k odpovědnosti členský stát. Ta se v systému „hierarchizace sankcí“ zatím v podstatě překrývá s články, které v judikatuře ESLP spouští zákaz *refoulement*. Takový systém nepodporuje komplexní zkoumání všech druhů újmy, které žadateli o azyl v zemi původu hrozí. Navíc práh závažnosti je v čl. 9 KS nastaven vysoko a odst. 2 připouštějící jistou kumulaci újmy je díky navázání na lidskoprávní paradigma v podstatě nepoužitelný (ledaže by se státy dobrovolně rozhodly jej vykládat poněkud laxněji).

Ve vztahu k SOGI žadatelům SDEU sice odmítl „argument diskretností“, přispěl ale k podoře diskurzu „privatizace homosexuality“ exkluzivní koncentrací na čl. 8 EÚLP. Ve věci

X, Y, Z. se zaměřil pouze na to, zda je legislativa kriminalizující stejnopohlavní styky uplatňována v praxi, aniž by zmínil, že taková legislativa je relevantním (a zdaleka ne jediným) indikátorem pronásledování bez ohledu na její uplatňování. SDEU v rozhodnutí úplně pominul zmínit celospolečenský kontext a nebezpečí hrozící od nestátních aktérů.

6 Poznámky k české praxi

Není v možnostech rozsahu této práce zahrnout zde detailní rozbor rozhodovací praxe českých vnitrostátních orgánů. Předně ani nelze získat úplný obrázek o rozhodovací činnosti Ministerstva vnitra, neboť žádosti o azyl a řízení jsou přísně důvěrné. Jisté střípky se dají sbírat z publikované judikatury krajských soudů a Nejvyššího správního soudu, ale ta nevyovídá nic o úspěšnosti SOGI žadatelů před Ministerstvem vnitra, neboť půjde z podstaty věci vždy o žalobu proti zamítnuté žádosti, resp. kasační stížnost. Navíc databáze (zvláště starších) rozhodnutí rovněž není úplná.

Lze vystopovat několik trendů, jak již naznačil David Kosař, když připravoval podklady pro zprávu S. Jansen a T. Spijkoerboera *Fleeing Homophobia*.²⁸¹ Jedná se např. o směřování žádostí podaných primárně z důvodu genderové identity (od transgender či transsexuálních žadatelů) s problematikou sexuální orientace.²⁸² NSS dospěl v jednom rozhodnutí k závěru, že ukrajinská společnost je vůči homosexualitě tolerantní, proto lze podle něj usuzovat, že je tolerantní i vůči transsexualitě.²⁸³ Česká republika rovněž nechvalně proslula prováděním falometrických testů, za něž byla kritizována.²⁸⁴ Z rozsudku Krajského soudu v Ostravě plyne, že tyto testy byly užívány ještě na podzim roku 2015.²⁸⁵

Český zákon o azylu před transpozicí kvalifikační směrnice ztotožňoval (v souladu se systematickým přístupem) pronásledování především s „ohrožením života a svobody“. V případě SOGI žadatele o azyl, který pocházel ze země kriminalizující stejnopohlavní styky, NSS prohlásil, že „[v]ýše trestu odnětí svobody v délce trvání 6 měsíců až 3 roky nepředstavuje tak významný zásah do svobody stěžovatele [...] a pro udělení azylu nestačí. [...] [N]edosahuje intenzity požadované pro poskytnutí ochrany stěžovatele ve formě azylu. V daném případě taktéž nelze odhlédnout od faktického uplatňování tohoto trestu [...] K odsouzení za homosexuální

²⁸¹ Srov. JANSEN, SPIJKERBOER, cit. 14.

²⁸² Z rozsudku Krajského soudu v Brně se dozvídáme, že Ministerstvo vnitra argumentovalo při zamítnutí žádosti o azyl rozhodnutí následovně: „Absence zákona upravující změnu pohlaví nemusí ještě automaticky znamenat, že stát pronásleduje či diskriminuje homosexuály.“ Viz rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 29. srpna 2007, č. j. 56 Az 379/2006-43.

²⁸³ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14. listopadu 2007, č. j. 6 Azs 102/2007-61. Srov. JANSEN, SPIJKERBOER, cit. 14, s. 72.

²⁸⁴ 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* [online]. Duben 2011 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4daeb07b2.html>.

²⁸⁵ Rozsudek Krajského soudu v Ostravě ze dne 18. února 2016, č. j. 61 Az 9/2014. NSS následně rozsudek zrušil a vyjádřil se, že „falometrické vyšetření svou podstatou dosahuje takové úrovně intenzity ponížení stěžovatele, že se jedná o ponižující zacházení, které zakazuje mimo jiné článek 3 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv“. Viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 11. listopadu 2016, č. j. 5 Azs 53/2016-29.

*chování dochází zřídka.*²⁸⁶ Z tohoto hlediska lze říci, že měla kvalifikační směrnice na restriktivní český výklad pozitivní vliv, neboť o rok a půl později NSS judikoval, že „za této legislativní situace pak nelze závěry Nejvyššího správního soudu [...], podle nichž hrozba trestu odnětí svobody až na tři roky pro homosexuály není významným zásahem do svobody osoby, již aplikovat, neboť trest podle totožné právní úpravy lze subsumovat pod pojem „závažné porušení lidských práv“ v aktuálním znění ust. § 2 odst. 8 zákona o azylu.“²⁸⁷ Zda NSS považuje za pronásledování situaci jen tehdy, jsou-li takové tresty ukládány není z rozsudku zřejmé a dodnes se k této otázce nevyjádřil. Lze pouze předpokládat, že bude aplikovat judikaturu SDEU.

NSS konstantně judikuje, že výklad pojmu pronásledování má být eurokonformní.²⁸⁸ V databázi NSS je dohledatelných cca 160 rozhodnutí ve věci SOGI žadatelů a žádné z nich nehovoří o možnosti pronásledování na tzv. kumulativním základě. Šest rozhodnutí cituje automaticky § 2 odst. 4 zákona o azylu obsahující definici pronásledování, jež současně hovoří o možnosti „souběhu“ jednání zakládajících pronásledování, dále se však k tomuto ustanovení nijak nevyjadřuje, ani hodnocení na kumulativním základě neprovádí.²⁸⁹ Pouze čtyři rozhodnutí ve věci SOGI žadatelů současně hovoří o nutnosti interpretovat pronásledování v souladu s čl. 9 KS. Zajímavostí je, že tři z nich končí svoji analýzu eurokonformity pouze u derogovatelných práv: „K interpretaci tohoto pojmu je třeba se uchýlit k čl. 9 odst. 1 písm. a) kvalifikační směrnice [...] Podle něho se za pronásledování považuje vážné porušení základních lidských práv, zejména těch, od nichž se podle čl. 15 odst. 2 Úmluvy [...] nelze odchylnit. Těmito právy jsou práva upravená v čl. 2, čl. 3, čl. 4 odst. 1 a čl. 7 Úmluvy, tedy právo na život, zákaz mučení, nelidského a ponižujícího zacházení, zákaz otroctví a nevolnictví a zákaz trestu bez zákona.“²⁹⁰ Jen v jednom následuje dodatečná věta, že se může jednat o dostatečně závažný souběh různých opatření.²⁹¹ Tuto formulaci přitom Krajský soud v Praze do svých ostatních ne-SOGI rozhodnutí

²⁸⁶ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 23. listopadu 2007, č. j. 5 Azs 50/2007-78.

²⁸⁷ Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 28. května 2009, č. j. 6 Azs 26/2009-101.

²⁸⁸ Srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. srpna 2008, č. j. 2 Azs 45/2008-75.

rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. ledna 2020, č. j. 5 Azs 105/2018, § 35.

²⁸⁹ Rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 10. října, č. j. 32 Az 48/2016; rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 6. března 2019, č. j. 13 Az 4/2018; rozsudek Krajského soudu v Ústí n. Labem ze dne 28. března 2019, č. j. 58 Az 4/2018; rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 10. března 2020, č. j. 2 Az 15/2018; rozsudek Městského soudu v Praze ze dne 22. dubna 2020, č. j. 16 Az 11/2019; rozsudek Krajského soudu v Hradci Králové ze dne 14. října 2020 č. j. 31 Az 22/2019.

²⁹⁰ Rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 27. dubna 2018, č. j. 42 Az 6/2017, § 45; rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 21. srpna 2018, č. j. 53 Az 12/2018, § 47; rozsudek Krajského soudu v Ústí n. Labem ze dne 25. ledna 2021, č. j. 42 Az 1/2020, § 34.

²⁹¹ „Alternativně se může jednat o souběh různých opatření, včetně porušování lidských práv, který je dostatečně závažný k tomu, aby postihl jednotlivce podobným způsobem. Je tedy zřejmé, že diskriminační opatření (v širokém slova smyslu) mohou být považována za pronásledování pouze tehdy, jestliže vzhledem k jejich intenzitě nebo četnosti představují zásadní zásah do základních lidských práv.“ Viz rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 20. září 2019, č. j. 53 Az 17/2018 § 33.

ze stejného období vložil.²⁹² Těžko činit závěry na základě tří rozhodnutí krajských soudů, redukce pronásledování na porušování nederogovatelných práv pouze ve stížnostech SOGI žadatelů o azyl je v nich přinejmenším nešťastná.

²⁹² Srov. rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 25. června 2018, č. j. 53 Az 1/2018; rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 4. dubna 2019, č. j. 53 Az 21/2018; rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 16. prosince 2019, č. j. 53 Az 4/2018; rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 16. prosince 2019, č. j. 53 Az 5/2018; rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 29. května 2020, č. j. 45 Az 5/2018; rozsudek Krajského soudu v Praze ze dne 29. května 2020, č. j. 45 Az 3/2018; rozsudek Krajského soudu v Plzni ze dne 6. září 2021, č. j. 60 Az 43/2021.

Závěr

Tato práce zkoumala otázku, zda může lidskoprávní přístup k interpretaci Ženevské úmluvy poskytovat uprchlíkům pronásledovaným z důvodu sexuální orientace a/či genderové identity vyšší úroveň ochrany než jiné přístupy. Po zhodnocení Hathawayova lidskoprávního modelu a praxe lidskoprávních kontrolních mechanismů včetně legislativy a judikatury Evropské unie se domnívám, že je na místě důvod k obezřetnosti.

Lidskoprávní přístup spočívá v interpretaci pojmu „pronásledování“ z uprchlického práva pomocí externích lidskoprávních standardů tak, jak jsou vykládány příslušnými mezinárodními kontrolními mechanismy. Mezinárodní právo lidských práv však termín pronásledování nezná, rozumí pouze porušování jednotlivých lidských práv. Nezná ani pojem „určitá sociální skupina“. V kontextu *non-refoulement* musí osoba prokázat, že jí konkrétně osobně v zemi původu hrozí nebezpečí, i když patří ke skupině, jež je vystavena systematickému špatnému zacházení (jako např. lidé s odlišnou SOGI). V rámci sebeomezení navíc Výbor pro lidská práva a Evropský soud pro lidská práva nepovažují porušování většiny práv za dostatečně závažné, aby automaticky vedla k *non-refoulement*.

Lidskoprávní paradigma tak přispívá k restriktivnímu chápání pojmu „pronásledování“. Zjednodušeně řečeno se nezaobírá újmou člověku, nýbrž újmou právu a tím, zda za ni stát odpovídá. Užívání lidskoprávních katalogů tak vede rozhodující orgány posuzující pronásledování ke „kompartmentalizaci“ újmy na jednotlivá práva, kdy k posuzování zásahu dochází jen u naprostého minima z nich. Navíc svádí k mylnému ztotožnění konvencionálního důvodu, tzn. statusu osoby, s výkonem konkrétního práva (v případě SOGI stěžovatelů práva na soukromí). Tím dochází k zastření kauzálního nexu a opomíjení ostatních druhů újmy, které stěžovateli hrozí.

V případech neúspěšných SOGI žadatelů o azyl přispěly lidskoprávní kontrolní mechanismy k šíření diskurzu „privatizace homosexuality“, kdy kriminalizace stejnopohlavních styků byla spojena primárně se zásahem do práva na soukromí. Tento diskurz podporoval argumentaci diskrétností, tzn. že je možné SOGI stěžovatele navracet do země původu, neboť se mohou chovat „diskrétně“ a vyhnout se tak trestu. Argument diskrétností byl časem odmítnut, avšak orgány nadále argumentují absencí aktivního uplatňování kriminalizujících zákonů v praxi. Jedná se přitom jen o skrytou formu původního argumentu diskrétností, který je navíc z hlediska posouzení rizika špatného zacházení právně irelevantní. Tuto logiku přejal i Soudní dvůr Evropské unie a aplikoval ji na výklad kvalifikační směrnice. Až na sklonku roku 2020 doplnil Evropský soud pro lidská práva tento druh výkladu alespoň argumentem, že je třeba

hodnotit situaci v zemi původu komplexně, včetně jednání nestátních aktérů. Lidskoprávní soud zde byl ve svém výkladu ovlivněn doktrínou uprchlického práva a souborem *soft law* UNHCR.

Zdá se tedy, že je to spíše mezinárodní uprchlické právo, které dokáže uprchlíkům (obzvláště s odlišnou SOGI) poskytovat lepší ochranu než mezinárodní právo lidských práv. Je zřejmé, že spoléhání se při výkladu Ženevské úmluvy čistě na lidskoprávní instrumenty a orgány je ošemetné, neboť lidskoprávní systémy mají na tomto poli jisté „zpoždění“. Vnitrostátní orgány udělovaly azyl osobám pronásledovaných z důvodu SOGI dlouho předtím, než lidskoprávní orgány dospěly k tomu, že sexuální orientace může představovat důvod diskriminace.

Jak navíc ukázaly práce některých akademiků, mezinárodní právo lidských práv nepřispělo ke sjednocení výkladu uprchlické definice, jedná se jen o zdánlivě objektivní standardy, avšak posuzování jednotlivých žádostí či stížností stále zůstává spíše v subjektivní rovině. Je to právě přílišná „subjektivnost“ v rozhodování, kterou se snažil Hathaway a jiní odmítnout. Avšak jak ukazuje okolnostní přístup UNHCR, individuální a v podstatě i subjektivní přístup ke každému žadateli je v celém procesu naprosto klíčový. Pokud je mezi rozhodujícího úředníka a konkrétní lidský příběh žadatele postavena bariéra nutnosti subsumpce újmy pod jednotlivá práva (navíc často omezená jen na ta nederogovatelná), vytrácí se u něj schopnost s daným žadatelem jakkoli empatizovat a chápat jeho příběh v celistvosti.

Měli bychom tedy v tomto kontextu měřítko lidských práv úplně zavrhnout? Vzhledem k tomu, do jaké míry byla alespoň nějaká forma lidskoprávního paradigmatu přejata do vnitrostátního rozhodování (a ostatně i plně do legislativy EU), by takový požadavek byl odtržený od reality. Avšak mezinárodní právo lidských práv v podobě judikované příslušnými orgány by nemělo plně definovat parametry uprchlické definice. Vzhledem k současnému právnímu kontextu se domnívám, že by lidskoprávní standardy měly pojem pronásledování pouze informovat, než jej definovat.²⁹³

²⁹³ Srov. CRÉPIN, cit. 7, 41–42.

Seznam zkratk

CAT	Úmluva proti mučení a jinému krutému, nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání z roku 1984, vyhlášena pod č. 143/1988 Sb.
ICESCR	Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech z roku 1966, vyhlášen pod č. 120/1976 Sb.
ICCPR	Mezinárodní pakt o občanských a politických právech z roku 1966, vyhlášen pod č. 120/1976 Sb.
ESLP	Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod z roku 1950, vyhlášena pod č. 209/1992 Sb., o Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod
EÚLP	Úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod, vyhlášena pod č. 209/1992 Sb.
HRC	Výbor OSN pro lidská práva (UN Human Rights Committee)
MPLP	Mezinárodní právo lidských práv
NSS	Nejvyšší správní soud
UNHCR	Úřad vysokého komisaře pro uprchlíky
ZLP	Základní lidská práva
ŽÚ1951	Úmluva o právním postavení uprchlíků z roku 1951, vyhlášena pod č. 208/1993 Sb.

Seznam použitých zdrojů

1 Monografie, sborníky a komentáře

ANKER, Deborah E. *Law of Asylum in the United States*. 4. vyd. Eagan: Thomson West, 2011, 732 s. ISBN 978-0-314-90334-1.

CRÉPIN, Mathilde. *Persecution, International Refugee Law and Refugees: A Feminist Approach*. Abingdon/New York: Routledge, 2020, 156 s. Law and Migration. ISBN 978-0367893507.

BATTJES, Hemme. *European Asylum Law and International Law*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, 708 s. ISBN 978-90-04-15087-4.

BHANDARI, Romit. *Human Rights and The Revision of Refugee Law*. 2020. Abingdon/New York: Routledge, 2020, 232 s. Law and Migration. ISBN 978-0-367-46173-7.

DANISI, Carmelo, Moira DUSTIN, Nuno FERREIRA a Nina HELD. *Queering Asylum in Europe: Legal and Social Experiences of Seeking International Protection on grounds of Sexual Orientation and Gender Identity*. Cham: Springer International Publishing, 2021, 487 s. IMISCOE Research Series. ISBN 978-3-030-69441-8. DOI: [10.1007/978-3-030-69441-8](https://doi.org/10.1007/978-3-030-69441-8).

DEMBOUR, Marie-Bénédicte. *When Humans Become Migrants: Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*. Oxford: Oxford University Press, 2015, 576 s. ISBN 978-0199667833.

DE WECK, Fanny. *Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights and the UN Convention against Torture: The Assessment of Individual Complaints by the European Court of Human Rights under Article 3 ECHR and the United Nations Committee against Torture under Article 3 CAT*. Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2016, 548 s. ISBN 978-90-04-31148-0.

GOODWIN-GILL, Guy S. a Jane MCADAM. *The Refugee in International Law*. 3. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2007, 786 s. ISBN 978-0199207633.

GRAHL-MADSEN, Atle. *The Status of Refugees in International Law I: Refugee Character*. Leyden: A. W. Sijthoff, 1966, 499 s. ISBN 9028600426.

HATHAWAY, James C. *The Law of Refugee Status*. Toronto/Vancouver: Butterworths Canada, 1991, 252 s. ISBN 0-409-91479-7.

HATHAWAY, James C. a Michelle FOSTER. *The Law of Refugee Status*. 2. vyd. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, 776 s. ISBN 978-1107012516.

HONUSKOVÁ, Věra. *Definice uprchlíka a její výklad a aplikace v současném mezinárodním právu*. Praha: Univerzita Karlova v Praze, Právnická fakulta, 2011, 284 s. ISBN 978-80-87146-45-3.

JOHNSON, Paul. *Homosexuality and the European Court of Human Rights*. Abingdon/New York: Routledge, 2014, 280 s. ISBN 978-0-415-63263-8.

KOSAŘ, David. *Nestátní subjekty v definici uprchlíka*. Brno: Masarykova univerzita, 2013, 170 s. Edice S, řada teoretická Právnické fakulty MU. ISBN 978-80-210-6463-8.

KOSAŘ, David, Pavel MOLEK, Věra HONUSKOVÁ, Miroslav JURMAN a Hana LUPAČOVÁ. *Zákon o azylu. Komentář*. Praha: Wolters Kluwer, 2010, 683 s. ISBN 978-80-7357-476-5.

MCADAM, Jane. *Complementary Protection in International Refugee Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007, 322 s. ISBN 978-0-19-920306-2.

MOLEK, Pavel. *Právní pojem „pronásledování“ v souvislostech evropského azylového práva*. Praha: C.H. Beck, 2010, 192 s. ISBN 978-80-7400-164-2.

NOWAK, Manfred, Moritz BIRK a Giuliana MONINA. *The United Nations Convention Against Torture and its Optional Protocol: A Commentary*. 2. vyd. Oxford: Oxford University Press, 2019, 1360 s. ISBN 978-0198846178.

2 Články a sborníkové příspěvky

ANKER, Deborah E. a Sabi ARDALAN. Escalating Persecution of Gays and Refugee Protection: Comment on Queer Cases Make Bad Law. *New York University Journal of International Law and Politics*. 2012, **44**(2), 529–558. ISSN 0028-7873.

ASCENSIO, Hervé. Article 31 of the Vienna Conventions on the Law of Treaties and International Investment Law. *ICSID Review: Foreign Investment Law Journal*. 2016, **31**(2), 366–387. ISSN 0258-3690. DOI: [10.1093/icsidreview/siw008](https://doi.org/10.1093/icsidreview/siw008).

BEDAŇOVÁ, Jana. Princip zákazu diskriminace na základě sexuální orientace a právo na rodinný život v judikatuře ESLP. In: WINTR, Jan a Marek ANTOŠ (eds.). *Vybrané problémy ústavního práva v historické perspektivě*. Praha: Univerzita Karlova, Právnická fakulta, 2016, s. 87–99. ISBN 978-80-87975-56-5.

BEJZYK, Melanie. Criminalization on the Basis of Sexual Orientation and Gender Identity: Reframing the Dominant Human Rights Discourse to include Freedom from Torture and Inhuman and Degrading Treatment. *Canadian Journal of Women and the Law*. 2017, **29**(2), 375–400. ISSN 1911-0235. DOI: [10.3138/cjwl.29.2.375](https://doi.org/10.3138/cjwl.29.2.375).

BOWERMAN, Kristie. Pitcherskaia v. I.N.S.: The Ninth Circuit Attempts to Cure the Definition of Persecution. *Tulane Journal of Law and Sexuality*. 1997, **7**, 101–111. ISSN 1062-0680.

BUFFARD, Isabelle a Karl ZEMANEK. The “Object and Purpose” of a Treaty: An Enigma? *Austrian Review of International and European Law*. 1998, **3**, 311–343. ISSN 1385-1306.

CANTOR, David James. Defining Refugees: Persecution, Surrogacy and the Human Rights Paradigm. In: CANTOR, David James a Bruce BURSON (eds.). *Human Rights and the Refugee Definition: Comparative Legal Practice and Theory*. Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2016, s. 349–395. ISBN 978-90-04-28858-4.

DAUVERGNE, Catherine a Jenni MILLBANK. Before the High Court: Applicants S396/2002 and S395/2002, a Gay Refugee Couple from Bangladesh. *Sydney Law Review*. 2003, **25**(1), 97–124. ISSN 0082-0512.

DE RU, H. A Historical Perspective on the Recognition of Same-sex Unions in South Africa. *Fundamina*. 2013, **19**(2), 221–250. ISSN 1021-545X.

- DURIEUX, Jean-Francois. 'Three asylum Paradigms'. *International Journal on Minority and Group Rights*. 2013, **20**(2), 147–177. ISSN 1385-4879. DOI: [10.1163/15718115-02002002](https://doi.org/10.1163/15718115-02002002).
- DUSTIN, Moira a Nina HELD. In or Out? A Queer Intersectional Approach to 'Particular Social Group' Membership and Credibility in SOGI Asylum Claims in Germany and the UK. *GenIUS*. 2018, **5**(2), 74–87. ISSN 2384-9495.
- FERREIRA, Nuno, ed. An Exercise in Detachment: The Council of Europe and Sexual Minority Asylum Claims. In: MOLE, Richard (ed.). *Queer Migration and Asylum in Europe*. London: UCL Press, 2021, s. 78–108. Edice Fringe. ISBN 978-1-78735-581-1.
- FERREIRA, Nuno a Carmelo DANISI. Queering International Refugee Law. In: COSTELLO, Cathryn, Michelle FOSTER a Jane MCADAM (eds.). *The Oxford Handbook of International Refugee Law*. Oxford: Oxford University Press, 2021, s. 78–96. ISBN 978-0198848639.
- FOSTER, Michelle. Economic Migrant or Person in Need of Protection? Socio-Economic Rights and Persecution in International Refugee Law. In: CANTOR, David James a Bruce BURSON (eds.). *Human Rights and the Refugee Definition: Comparative Legal Practice and Theory*. Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2016, s. 229–252. ISBN 978-90-04-28858-4.
- GERBER, Paula a Joel GORY. The UN Human Rights Committee and LGBT Rights: What is it Doing? What Could it be Doing? *Human Rights Law Review*. 2014, **14**(3), 403–439. ISSN 1461-7781. DOI: [10.1093/hrlr/ngu019](https://doi.org/10.1093/hrlr/ngu019).
- GILLARD, Emanuela-Chiara. There's No Place Like Home: States' Obligations in Relation to Transfers of Persons. *International Review of the Red Cross*. 2008, **90**(871), 703–750. ISSN 1816-3831. DOI: [10.1017/S1560775508000096](https://doi.org/10.1017/S1560775508000096).
- HAINES, Rodger P. G., James C. HATHAWAY a Michelle FOSTER. Claims to Refugee Status based on Voluntary but Protected Actions: Discussion Paper No. 1 Advanced Refugee Law Workshop International Association of Refugee Law Judges Auckland, New Zealand, October 2002. *International Journal of Refugee Law*. 2003, **15**(3), 430–443. ISSN 0953-8186. DOI: [10.1093/ijrl/15.3.430](https://doi.org/10.1093/ijrl/15.3.430).
- HATHAWAY, James C. a William S. HICKS. Is there a Subjective Element in the Refugee Convention's Requirement of 'Well-Founded Fear'? *Michigan Journal of International Law*. 2005, **26**(2), 505–62. ISSN 1052-2867.
- HATHAWAY, James C. a Jason PBOJOY. Queer Cases Make Bad Law. *New York University Journal of International Law and Politics*. 2012, **44**(2), 315–388. ISSN 0028-7873.
- KLUG, Anja. Harmonization of Asylum in the European Union – Emergence of an EU Refugee System. *German Yearbook of International Law*. 2004, **47**, 594–628. ISSN 0344-3094.
- LEHMANN, Julian M. Persecution, Concealment and the Limits of a Human Rights Approach in (European) Asylum Law – The Case of Germany v Y and Z in the Court of Justice of the European Union. *International Journal of Refugee Law*. 2014, **26**(1), 65–81. ISSN 0953-8186. DOI: [10.1093/ijrl/eeu006](https://doi.org/10.1093/ijrl/eeu006).
- MCADAM, Jane, ed. The Qualification Directive: An Overview. In: ZWAAN, Karin (ed.). *The Qualification Directive: Central Themes, Problem Issues, and Implementation in Selected Member States*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2007, s. 7–29. ISBN 978-90-5850-266-7.

MILLBANK, Jenni. From Discretion to Disbelief: Recent Trends in Refugee Determinations on the Basis of Sexual Orientation in Australia and the United Kingdom. *The International Journal of Human Rights*. 2009, **13**(2–3), 391–414. ISSN 1364-2987.

DOI: [10.1080/13642980902758218](https://doi.org/10.1080/13642980902758218).

MILLBANK, Jenni. The Right of Lesbians and Gay Men to Live Freely, Openly and on Equal Terms is Not Bad Law: A Reply to Hathaway and Pobjoy. *New York University Journal of International Law and Politics*. 2012, **44**(2), 497–527. ISSN 0028-7873.

PERONI, Lourdes. The Protection of Women Asylum Seekers under the European Convention on Human Rights: Unearthing the Gendered Roots of Harm. *Human Rights Law Review*. 2018, **18**(2), 347–370. ISSN 1461-7781. DOI: [10.1093/hrlr/ngy005](https://doi.org/10.1093/hrlr/ngy005).

SPIJKERBOER, Thomas. Gender, Sexuality, Asylum and European Human Rights. *Law and Critique*. 2018, **29**(2), 221–239. ISSN 1572-8617. DOI: [10.1007/s10978-017-9219-2](https://doi.org/10.1007/s10978-017-9219-2).

STEINBOCK, Daniel J. Interpreting the Refugee Definition. *UCLA Law Review*. 1998, **45**(3), 733–816. ISSN 0041-5650.

STOREY, Hugo. Armed Conflict in Asylum Law: The “War-Flaw”. *Refugee Survey Quarterly*. 2012, **31**(2), 1–32. ISSN 1020-4067. DOI: [10.1093/rsq/hds005](https://doi.org/10.1093/rsq/hds005).

STOREY, Hugo. Persecution: Towards a Working Definition. In: CHETAIL, Vincent a Céline BAULOZ (eds.). *Research Handbook on International Law and Migration*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015, s. 459–518. ISBN 978-1782549154.

STOREY, Hugo. What Constitutes Persecution? Towards a Working Definition. *International Journal of Refugee Law*. 2014, **26**(2), 272–285. ISSN 0953-8186. DOI: [10.1093/ijrl/eeu017](https://doi.org/10.1093/ijrl/eeu017).

STOREY, Hugo. The Law of Refugee Status, 2nd edition: Paradigm Lost? *International Journal of Refugee Law*. 2015, **27**(2), 348–360. ISSN 0953-8186. DOI: [10.1093/ijrl/eev023](https://doi.org/10.1093/ijrl/eev023).

TOBIN, John. Assessing GLBTI Refugee Claims: Using Human Rights Law to Shift the Narrative of Persecution within Refugee Law. *New York University Journal of International Law and Politics*. 2012, **44**(2), 447–484. ISSN 0028-7873.

WALKER, Kristen L. Sexuality and Refugee Status in Australia. *International Journal of Refugee Law*. 2000, **12**(2), 175–21. ISSN 0953-8186. DOI: [10.1093/ijrl/12.2.175](https://doi.org/10.1093/ijrl/12.2.175).

WESSELS, Janna. Publicly Manifested – Fatefully Determined – Invariably “Discreet”: The Assessment of Sexuality-Based Asylum Claims in Germany and France. *Canadian Journal of Women and the Law*. 2017, **29**(2), 343–374. ISSN 0832-8781. DOI: [10.3138/cjwl.29.2.343](https://doi.org/10.3138/cjwl.29.2.343).

YOUNG, Stephen B. Who is a Refugee? A Theory of Persecution. *In Defense of the Alien*. The Center for Migration Studies of New York, 1982, **5**, 38–52. ISSN 0275-634X.

3 Studie, analýzy a výzkumné zprávy

ECRE. *ELENA Research Paper on Sexual Orientation as a Ground for Recognition of Refugee Status* [online]. 1997, 24 s. [cit. 2021-12-13]. Dostupné z: <https://www.unhcr.org/refworld/docid/3decd1fa4.html>.

FERREIRA, Nuno, Carmelo DANISI, Moira DUSTIN a Nina HELD. *The reform of the Common European Asylum System: Fifteen recommendations from a Sexual Orientation and Gender Identity Perspective*. [online]. Brighton: University of Sussex, 2018. SOGICA project. [cit. 2021-12-13]. DOI: [10.31235/osf.io/pkftf](https://doi.org/10.31235/osf.io/pkftf).

FOSTER, Michelle. *The 'Ground with the Least Clarity': A Comparative Study of Jurisprudential Developments Relating to Membership of a Particular Social Group*. Ženeva: UNHCR, 2012. Un. Doc. PPLA/2012/02.

FRA. *Current Migration Situation in the EU: Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Asylum Seekers*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2017. ISBN 978-92-9491-729-4. DOI: [10.2811/43610](https://doi.org/10.2811/43610).

FRA. *Protection Against Discrimination on Grounds of Sexual Orientation, Gender Identity and Sex Characteristics in the EU – Comparative Legal Analysis – Update 2015*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2015, 116 s. ISBN 978-92-9239-891-0. DOI: [10.2811/556190](https://doi.org/10.2811/556190).

ILGA WORLD. *State-Sponsored Homophobia 2020: Global Legislation Overview Update* [online]. Ženeva: ILGA, 2020, 331 s. [cit. 2021-11-05]. Dostupné z: https://ilga.org/downloads/ILGA_World_State_Sponsored_Homophobia_report_global_legislation_overview_update_December_2020.pdf.

JANSEN, Sabine a Thomas SPIJKERBOER. *Fleeing Homophobia: Asylum Claims Related to Sexual Orientation and Gender Identity in Europe*. Amsterdam: Coc Nederland/VU University Amsterdam, 2011, 86 s. Dostupné z: <https://www.unhcr.org/refworld/docid/4ebba7852.html>.

PEW RESEARCH CENTER. *The Global Divide on Homosexuality* [online]. 4. června 2013 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <https://www.pewresearch.org/global/2013/06/04/the-global-divide-on-homosexuality/>.

PEW RESEARCH CENTER. *World Publics Welcome Global Trade — But Not Immigration: Chapter 3. Views of Religion and Morality* [online]. 4. října 2007 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <https://www.pewresearch.org/global/2007/10/04/chapter-3-views-of-religion-and-morality/>.

4 Rozhodovací činnost kontrolních mechanismů a soudů

Stanoviska Výboru OSN proti mučení (ComAT)

ComAT, *E. A. v. Švédsko*, 11. srpna 2017, stížnost č. 690/2015, CAT/C/61/D/690/2015.

ComAT, *E. J. v. M. v. Švédsko*, 14. listopadu 2003, stížnost č. 213/2002, CAT/C/31/D/213/2002.

ComAT, *H. R. E. S. v. Švýcarsko*, 9. srpna 2018, stížnost č. 783/2016, CAT/C/64/D/783/2016.

ComAT, *J. K. v. Kanada*, 23. listopadu 2015, stížnost č. 562/2013, CAT/C/56/D/562/2013.

ComAT, *Joyce Nakato Nakawunde v. Kanada*, 3. srpna 2018, stížnost č. 615/2014, CAT/C/64/D/615/2014.

ComAT, *K. S. Y. v. Nizozemsko*, 26. května 2003, stížnost č. 190/2001, CAT/C/30/D/190/2001.

ComAT, *Mutombo v. Švýcarsko*, 27. dubna 1994, stížnost č. 13/1993, CAT/C/12/D/13/1993.

ComAT, *Njamba a Balikosa v. Švédsko*, 14. května 2010, stížnost č. 322/2007, CAT/C/44/D/322/2007.

ComAT, *S. S. a S. A. v. Nizozemsko*, 11. května 2001, stížnost č. 142/1999, CAT/C/26/D/142/1999.

ComAT, *Uttam Mondal v. Švédsko*, 23. května 2011, stížnost č. 338/2008, CAT/C/46/D/338/2008.

Stanoviska Výboru OSN pro lidská práva (HRC)

HRC, *A. E v. Švédsko*, 13. března 2020, stížnost č. 3300/2019, CCPR/C/128/D/3300/2019.

HRC, *J. I. v. Švédsko*, 13. března 2020, stížnost č. 3032/2017, CCPR/C/128/D/3032/2017.

HRC, *K. v. Dánsko*, 16. července 2015, stížnost č. 2393/2014, CCPR/C/114/D/2393/2014.

HRC, *M. B. v. Kanada*, 13. března 2020, stížnost č. 2957/2017, CCPR/C/128/D/2957/2017.

HRC, *M. I. v. Švédsko*, 25. července 2013, stížnost č. 2149/2012, CCPR/C/108/D/2149/2012.

HRC, *M. K. H v. Dánsko*, 12. července 2016, stížnost č. 2462/2014, CCPR/C/117/D/2462/2014.

HRC, *M. Z. B. M. v. Dánsko*, 20. března 2017, stížnost č. 2593/2015, CCPR/C/119/D/2593/2015.

HRC, *P. T. v. Dánsko*, 1. dubna 2015, stížnost č. 2272/2013, CCPR/C/113/D/2272/2013.

HRC, *Toonen v. Austrálie*, 31. března 1994, stížnost č. 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992.

HRC, *W. K. v. Kanada*, 27. března 2018, stížnost č. 2292/2013, CCPR/C/122/D/2292/2013.

HRC, *X. v. Dánsko*, 26. března 2014, stížnost č. 2007/2010, CCPR/C/110/D/2007/2010

HRC, *X. v. Švédsko*, 1. listopadu 2011, stížnost č. 1833/2008, CCPR/C/103/D/1833/2008.

HRC, *Z. v. Austrálie*, 18. července 2014, stížnost č. 2049/2011, CCPR/C/111/D/2049/2011.

HRC, *Z. B. v. Maďarsko*, 19. července 2018, stížnost č. 2768/2016, CCPR/C/123/D/2768/2016.

Stanoviska Výboru OSN pro odstranění diskriminace žen (CEDAW)

CEDAW, *A. S. v. Dánsko*, 26. února 2018, stížnost č. 80/2015, CEDAW/C/69/D/80/2015.

Judikatura Evropského soudu pro lidská práva (ESLP) a rozhodnutí Evropské komise pro lidská práva (EKLP)

EKLP, *B. v. Spojené království*, 10. února 1990, stížnost č. 16106/90.

EKLP, *Sobhani v. Švédsko*, 10. července 1998, stížnost č. 32999/96.

ESLP, *A. E. v. Finsko*, 22. září 2015, stížnost č. 30953/11.

ESLP, *A. N. v. Francie*, 19. dubna 2016, stížnost č. 12956/15.

ESLP, *A. R. B. v. Nizozemí*, 17. ledna 2019, stížnost č. 8108/18.

ESLP, *A. S. B. v. Nizozemí*, 10. července 2012, stížnost č. 4854/12.

ESLP, *A. T. v. Švédsko*, 25. dubna 2017, stížnost č. 78701/14.

ESLP, *Abu Qatada v. Spojené království*, 17. ledna 2012, stížnost č. 8139/09.

ESLP, *Abu Zubaydah v. Polsko*, 24. července 2014, stížnost č. 7511/13.

ESLP, *Al Nashiri v. Polsko*, 24. července 2014, stížnosti č. 28761/11, 7511/13.

ESLP, *B. a C. v. Švýcarsko*, 17. listopadu 2020, stížnost č. 43987/16.

ESLP, *Babar Ahmad a další v. Spojené království*, 10. dubna 2012, stížnosti č. 24027/07, 11949/08, 36742/08, 66911/09 a 67354/09.

ESLP, *Bączkowski a další v. Polsko*, 3. května 2007, stížnost č. 1543/06.
ESLP, *Cruz Varas a další v. Švédsko*, 20. března 1991, stížnost č. 15776/89.
ESLP, *Čonka v. Belgie*, 5. února 2002, stížnost č. 51564/99.
ESLP, *D. A. a další v. Polsko*, 8. července 2021, stížnost č. 51246/17.
ESLP, *D. B. N. v. Spojené království*, 31. května 2011, stížnost č. 26550/10.
ESLP, *Dudgeon v. Spojené království*, 22. října 1981, stížnost č. 7525/76.
ESLP, *E. S. v. Španělsko*, 26. září 2017, stížnost č. 13273/16.
ESLP, *F. v. Spojené království*, 22. června 2004, stížnost č. 17341/03.
ESLP, *H. a B. v. Spojené království*, 9. dubna 2013, stížnosti č. 70073/10 a 44539/11.
ESLP, *H. A. a H. A. v. Norsko*, 3. ledna 2017, stížnost č. 56167/16.
ESLP, *Harkins a Edwards v. Spojené království*, 17. ledna 2012, stížnosti č. 9146/07 a 32650/07.
ESLP, *Hirsi Jamaa a další v. Itálie*, Velký senát, 23. února 2012, stížnost č. 27765/09.
ESLP, *I. K. v. Švýcarsko*, 19. prosince 2017, stížnost č. 21417/17.
ESLP, *I. N. N. v. Nizozemí*, 9. prosince 2004, stížnost č. 2035/04.
ESLP, *Identoba a další v. Gruzie*, 12. května 2015, stížnost č. 73235/12.
ESLP, *J. K. a další v. Švédsko*, 23. srpna 2016, stížnost č. 59166/12.
ESLP, *K. N. a další v. Francie*, 19. června 2012, stížnost č. 47129/09.
ESLP, *M. B. v. Nizozemí*, 28. listopadu 2017, stížnost č. 63890/16.
ESLP, *M. B. v. Španělsko*, 13. prosince 2016, stížnost č. 15109/15.
ESLP, *M. E. v. Švédsko*, 26. června 2014, stížnost č. 71398/12.
ESLP, *M. E. v. Švédsko*, 8. dubna 2015, Velký senát, stížnost č. 71398/12.
ESLP, *M. H. a další v. Chorvatsko*, 18. listopadu 2021, stížnosti č. 15670/18 a 43115/18.
ESLP, *M. K. a další v. Polsko*, 23. července 2020, stížnosti č. 40503/17, 42902/17 a 43643/17.
ESLP, *M. K. N. v. Švédsko*, 27. června 2013, stížnost č. 7243/10.
ESLP, *M. T. v. Francie*, 27. března 2018, stížnost č. 61145/16.
ESLP, *Moustahi v. Francie*, 25. června 2020, stížnost č. 9347/14.
ESLP, *N. v. Švédsko*, 20. července 2010, stížnost č. 23505/09.
ESLP, *N. A. v. Spojené království*, 17. července 2008, stížnost č. 25904/07.
ESLP, *Nurmatov (Ali Feruz) v. Rusko*, 2. října 2018, stížnost č. 56368/17.
ESLP, *R. A. v. Francie*, 8. února 2011, stížnost č. 49718/09.
ESLP, *R. D. v. Francie*, 16. června 2016, stížnost č. 34648/14.
ESLP, *R. Y. v. Rusko*, 21. března 2021, stížnost č. 21977/20.
ESLP, *S. A. C. v. Spojené království*, 12. listopadu 2019, stížnost č. 31428/18.
ESLP, *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugalsko*, 21. prosince 1999, stížnost č. 33290/96.
ESLP, *Shazad v. Maďarsko*, 8. července 2021, stížnost č. 51246/17.
ESLP, *Schalk a Kopf v. Rakousko*, 24. června 2010, stížnost č. 30141/04.
ESLP, *Smith a Grady v. Spojené království*, 27. září 1999, stížnosti č. 33985/96 a 33986/96.
ESLP, *Soering v. Spojené království*, 7. července 1989, stížnost č. 14038/38.
ESLP, *Sultani v. Francie*, 20. září 2007, stížnost č. 45223/05.

ESLP, *Vilvarajah a další v. Spojené království*, 30. října 1991, stížnost č. 13613/87.

ESLP, *Z. a T. v. Spojené království*, 28. února 2006, stížnost č. 27034/05.

Amicus curiae intervence organizace International Commission of Jurists k stížnosti č. 12956/15, *A. N. v. Francie* z 8. července 2015 [online] [cit. 2021-11-01]. Dostupné z: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2015/07/France-A.N.v.FRANCE-AMICUS-Advocacy-legal-submissions-2015-ENG.pdf>.

Judikatura Soudního dvora EU

SDEU, *Bolbol v. Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal*, 17. června 2010, C-31/09.

SDEU, *Bundesrepublik Deutschland v. B. a D.*, 9. listopadu 2010, C-57/09 a C-101/09.

SDEU, *M. v. Ministerstvo vnitra a X., X. v. Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, 14. května 2019, C-391/16, C-77/17 a C-78/17.

SDEU, *Bundesrepublik Deutschland v. Y. a Z.*, 5. září 2012, C-71/11, C-99/11.

SDEU, *X., Y., Z. v. Minister voor Immigratie en Asiel*, 7. listopadu 2013, C-199/12, C-200/12 a C-201/12.

Stanovisko generální advokátky Eleanor Sharpston ve spojených věcech C-199/12, C-200/12 a C-201/12, *X., Y., Z. v. Minister voor Immigratie en Asiel*, 11. července 2013.

Stanovisko generálního advokáta Yvese Bota ve spojených věcech C-71/11 a C-99/11, *Bundesrepublik Deutschland v. Y. a Z.*, 5. září 2012.

Judikatura vnitrostátních soudů a orgánů

Austrálie

Nejvyšší soud Austrálie, *Appellant S395/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Appellant S396/2002 v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs*, rozsudek ze dne 9. prosince 2003, [2003] HCA 71.

Česká republika

Nejvyšší správní soud, rozsudek ze dne 25. listopadu 2003, č. j. 2 Azs 40/2003.

Nejvyšší správní soud, rozsudek ze dne 14. ledna 2004, č. j. 2 Azs 69/2003.

Nejvyšší správní soud, rozsudek ze dne 5. října 2006, č. j. 2 Azs 66/2006.

Nejvyšší správní soud, rozsudek ze dne 14. listopadu 2007, č. j. 6 Azs 102/2007.

Nejvyšší správní soud, rozsudek ze dne 23. listopadu 2007, č. j. 5 Azs 50/2007.

Nejvyšší správní soud, rozsudek ze dne 13. srpna 2008, č. j. 2 Azs 45/2008.

Nejvyšší správní soud, rozsudek ze dne 28. května 2009, č. j. 6 Azs 26/2009.

Nejvyšší správní soud, rozsudek ze dne 11. listopadu 2016, č. j. 5 Azs 53/2016.

Nejvyšší správní soud, rozsudek ze dne 31. ledna 2020, č. j. 5 Azs 105/2018.

Krajský soud v Brně, rozsudek ze dne 29. srpna 2007, č. j. 56 Az 379/2006.

Krajský soud v Ostravě, rozsudek ze dne 18. února 2016, č. j. 61 Az 9/2014.

Krajský soud v Hradci Králové, rozsudek ze dne 10. října, č. j. 32 Az 48/2016.

Krajský soud v Hradci Králové, rozsudek ze dne 14. října 2020 č. j. 31 Az 22/2019.

Krajský soud v Plzni, rozsudek ze dne 6. září 2021, č. j. 60 Az 43/2021.
Krajský soud v Praze, rozsudek ze dne 27. dubna 2018, č. j. 42 Az 6/2017.
Krajský soud v Praze, rozsudek ze dne 25. června 2018, č. j. 53 Az 1/2018.
Krajský soud v Praze, rozsudek ze dne 21. srpna 2018, č. j. 53 Az 12/2018.
Krajský soud v Praze, rozsudek ze dne 4. dubna 2019, č. j. 53 Az 21/2018.
Krajský soud v Praze, rozsudek ze dne 20. září 2019, č. j. 53 Az 17/2018.
Krajský soud v Praze, rozsudek ze dne 16. prosince 2019, č. j. 53 Az 4/2018.
Krajský soud v Praze, rozsudek ze dne 16. prosince 2019, č. j. 53 Az 5/2018.
Krajský soud v Praze, rozsudek ze dne 29. května 2020, č. j. 45 Az 5/2018.
Krajský soud v Praze, rozsudek ze dne 29. května 2020, č. j. 45 Az 3/2018.
Krajský soud v Ústí n. Labem, rozsudek ze dne 28. března 2019, č. j. 58 Az 4/2018.
Krajský soud v Ústí n. Labem, rozsudek ze dne 25. ledna 2021, č. j. 42 Az 1/2020.
Městský soud v Praze, rozsudek ze dne 6. března 2019, č. j. 13 Az 4/2018.
Městský soud v Praze, rozsudek ze dne 10. března 2020, č. j. 2 Az 15/2018.
Městský soud v Praze, rozsudek ze dne 22. dubna 2020, č. j. 16 Az 11/2019.

Itálie

Nejvyšší kasační soud Itálie, usnesení ze dne 20. září 2012, č. 15981.

Jihoafrická republika

Ústavní soud Jihoafrické republiky, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and Others*, 9. října 1998, [1198] ZACC 15.

Německo

Správní soud v německém Wiesbadenu, rozsudek ze dne 26. dubna 1983, č. IV/I E 06244/81.

Nový Zéland

Novozélandská Odvolací instance pro určování uprchlického statusu (Refugee Status Appeals Authority), rozhodnutí ze dne 7. července 2004, č. 74665/03 [2005] NZAR 60.

Spojené království

Odvolací soud Spojeného království, *SH (Palestinian Territories) v. Secretary of State for the Home Department*, rozsudek ze dne 22. října 2008, [2008] EWCA Civ 1150.

Odvolací soud Spojeného království, *OO (Sudan) and JM (Uganda) v. Secretary of State for the Home Department*, rozsudek ze dne 18. listopadu 2009, [2009] EWCA Civ 1432.

Nejvyšší soud Spojeného království, *HJ (Iran) and HT (Cameroon) v Secretary of State for the Home Department*, rozsudek ze dne 7. července 2010, [2010] UKSC 31.

USA

Odvolací imigrační komise USA, *Re Acosta*, rozhodnutí ze dne 1. března 1985, 19 I&N Dec. 211.

Odvolací imigrační komise USA, *Re Diaz*, rozhodnutí ze dne 20. března 1963, 196310 I&N Dec. 199.

Odvolací soud USA (9th Cir.), *Kovac v. INS*, rozsudek ze dne 29. ledna 1969, 407 F.2d 102.

Odvolací soud USA (9th Cir.), *Geovanni Hernandez-Montiel v. INS*, rozsudek ze dne 24. srpna 2000, 225 F.3d 1084.

5 Mezinárodní smlouvy

Evropská úmluva o ochraně lidských práv a základních svobod z roku 1950, vyhlášena pod č. 209/1992 Sb., o Úmluvě o ochraně lidských práv a základních svobod.

Mezinárodní pakt o hospodářských, sociálních a kulturních právech z roku 1966, vyhlášen pod č. 120/1976 Sb.

Mezinárodní pakt o občanských a politických právech z roku 1966, vyhlášen pod č. 120/1976 Sb.

Úmluva o právním postavení uprchlíků z roku 1951 a Protokol týkající se právního postavení uprchlíků z roku 1967, vyhlášeny pod č. 208/1993 Sb., o sjednání Úmluvy o právním postavení uprchlíků a Protokolu týkajícího se právního postavení uprchlíků

Úmluva proti mučení a jinému krutému, nelidskému či ponižujícímu zacházení nebo trestání z roku 1984, vyhlášena pod č. 143/1988 Sb.

Vídeňská úmluva o smluvním právu z roku 1969, vyhlášena pod č. 15/1988 Sb.

6 Ostatní mezinárodní dokumenty

ComAT, *General Comment No. 4 (2017) on the Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22*, 4. září 2018, U. N. Doc. CAT/C/GC/4.

HRC, *CCPR General Comment No. 20: Article 7 (Prohibition of Torture, or Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment)*, 10. března 1992, U. N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, § 9.

HRC, *CCPR General Comment No. 24: Issues Relating to Reservations Made upon Ratification or Accession to the Covenant or the Optional Protocols thereto, or in Relation to Declarations under Article 41 of the Covenant*, 4. listopadu 1994, U. N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6.

HRC, *CCPR General Comment No. 31 on the Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant*, 26. května 2014, U. N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13.

HRC, *CCPR General Comment No. 35: Article 9 (Liberty and Security of Person)*, 16. prosince 2014, U. N. Doc. CCPR/C/GC/35.

HRC, *CCPR General Comment No. 36 (2018) on Article 6 of the International Covenant on Civil and Political Rights, on the Right to Life*, 3. září 2019, U. N. Doc. CCPR/C/GC/36.

International Commission of Jurists, *Yogyakarta Principles – Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity* [online]. Březen 2007 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <https://www.unhcr.org/refworld/docid/48244e602.html>.

OHCHR, *Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity: report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 4. května 2015, U. N. Doc. A/HRC/29/23.

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* [online]. Duben 2011 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4daeb07b2.html>.

UNHCR, *Guidelines on International Protection No.1: Gender-Related Persecution in the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, 7. května 2002, Un. Doc. HCR/GIP/02/01.

UNHCR, *Guidelines on International Protection No.2: "Membership of a Particular Social Group" Within the Context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, 7. května 2002, Un. Doc. HCR/GIP/02/02.

UNHCR, *Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity* [online]. 21. listopadu 2008, §41 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd5660.html>.

UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 9: Claims to Refugee Status based on Sexual Orientation and/or Gender Identity within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, 23. října 2012, Un. Doc. HCR/GIP/12/01.

UNHCR, *Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, únor 2019, Un. Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.4.

7 Právní předpisy EU a ČR

Listina základních práv Evropské unie. Úřední věstník C 326/391, 26. října 2012.

Smlouva o Evropské unii. Úřední věstník EU, C 202/1, 7. června 2016.

Smlouva o fungování Evropské unie. Úřední věstník EU, C 202/1, 7. června 2016.

Směrnice Rady 2004/83/ES ze dne 29. dubna 2004 o minimálních normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli žádat o postavení uprchlíka nebo osoby, která z jiných důvodů potřebuje mezinárodní ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany.

Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/95/EU ze dne 13. prosince 2011 o normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli požívat mezinárodní ochrany, o jednotném statusu pro uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany (přepracované znění).

Návrh nařízení Evropského Parlamentu a Rady ze dne 13. července 2016 o normách, které musí splňovat státní příslušníci třetích zemí nebo osoby bez státní příslušnosti, aby mohli požívat mezinárodní ochrany, o jednotném statusu pro uprchlíky nebo osoby, které mají nárok na doplňkovou ochranu, a o obsahu poskytnuté ochrany a o změně směrnice Rady 2003/109/ES ze

dne 25. listopadu 2003 o právním postavení státních příslušníků třetích zemí, kteří jsou dlouhodobě pobývajících rezidenty, č. COM/2016/0466 final – 2016/0223 (COD).

Zákon o azylu a o změně zákona č. 283/1991 Sb., o Policii České republiky, ve znění pozdějších předpisů, (zákon o azylu).

8 Ostatní zdroje

ARRAF, Jane. After Crackdown, Egypt's LGBT Community Contemplates 'Dark Future'. *NPR* [online]. 18. června 2018 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <https://www.npr.org/2018/06/18/620110576/after-crackdown-egypts-lgbt-community-contemplates-dark-future>.

DARBY, Andrew. Apology over gay sex convictions in Tasmania. *The Sydney Morning Herald* [online]. 19. prosince 2015 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <https://www.smh.com.au/national/apology-over-gay-sex-convictions-in-tasmania-20151218-glqv10.html>.

MEE CORRESPONDENT. 'Egypt failed her': LGBT activist kills herself in Canada after suffering post-prison trauma. *Middle East Eye* [online]. 15. června 2020 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <https://www.middleeasteye.net/news/egypt-lgbtq-activist-sarah-hegazi-suicide-trauma>.

MINISTERSTVO VNITRA SPOJENÉHO KRÁLOVSTVÍ. Experimental Statistics: Asylum claims on the basis of sexual orientation 2020. *Home Office* [online]. 26. srpna 2021 [cit. 2021-12-14]. Dostupné z: <https://www.gov.uk/government/statistics/immigration-statistics-year-ending-june-2021/asylum-claims-on-the-basis-of-sexual-orientation-2020>.

OLB, John a Madeleine PARRY (dirs.). *Hannah Gadsby: Nanette*. Netflix Productions, 2018. Dostupné také z: <https://www.netflix.com/watch/80233611>.

Vysoký komisař OSN pro lidská práva, databáze rozhodnutí lidskoprávních kontrolních mechanismů OSN na adrese <https://juris.ohchr.org/Search/Documents>.

Příloha



Sarah Hegazi na koncertě Mashrou' Leila v Káhiře, 22. září 2017.
© Amr Magdi/Twitter (Použito se svolením autora)

Mezinárodněprávní ochrana uprchlíků pronásledovaných z důvodu sexuální orientace a genderové identity: Kritika lidskoprávního přístupu

Abstrakt

Tato diplomová práce se zabývá lidskoprávním přístupem k interpretaci definice uprchlíka na příkladu osob pronásledovaných z důvodu sexuální orientace a/či genderové identity (SOGI). Práce se zaměřuje především na evropský prostor a na to, jaký význam může lidskoprávní přístup k interpretaci „pronásledování“ mít pro praxi států Evropské unie konkrétně ve vztahu k SOGI uprchlíkům.

První část nastiňuje kontext pronásledování osob z důvodu jejich SOGI. Zkoumá kritéria, podle kterých je a případně může být SOGI subsumována pod relevantní důvody pronásledování za účelem získání statusu uprchlíka. Druhá část nastiňuje různé přístupy k interpretaci pojmu pronásledování a více přibližuje tzv. přístup „okolnostní“, který ztělesňuje UNHCR. Třetí část je věnována osvětlení doktríny lidskoprávního přístupu, jehož průkopníkem je James Hathaway a jeho kniha *The Law of Refugee Status*.

Čtvrtá část zkoumá přístup lidskoprávních kontrolních mechanismů k neúspěšným žadatelům o azyl obávajících se pronásledování z důvodu SOGI. Analyzuje rozhodování Výboru proti mučení, Výboru pro lidská práva a Evropského soudu pro lidská práva v kontextu *non-refoulement* ve vztahu k SOGI stížnostem a ke kriminalizaci osob s netradiční SOGI.

Pátá část se pak zabývá unijním právem a judikaturou Soudního dvora Evropské unie. Pozornost je věnována kvalifikační směrnici, jež se rozsáhle pokouší vymezit pojem pronásledování a konvencionální důvody a reprezentuje lidskoprávní přístup v „legislativní praxi“. Je zde proveden detailní rozbor rozsudku Soudního dvora Evropské unie ve věci *X., Y. a Z. v. Minister voor Immigratie en Asiel*, který se zabýval vztahem kriminalizace stejnopohlavního styku v zemi původu a pronásledováním z důvodu SOGI, a jeho implikací. Šestá část pak stručně shrnuje českou praxi ve vztahu k SOGI uprchlíkům.

Klíčová slova

azyl – uprchlík – sexuální orientace – genderová identita – SOGI – lidskoprávní přístup – Hathaway – non-refoulement

International Legal Protection of Refugees Persecuted for Reasons of Sexual Orientation and Gender Identity: A Critique of the Human Rights Approach

Abstract

This thesis examines the human rights approach to the interpretation of the definition of refugee by using the example of persons persecuted on the grounds of sexual orientation and/or gender identity (SOGI). The thesis focuses primarily on the European area and how a human rights approach to the interpretation of ‘persecution’ may be relevant to the practice of European Union states specifically in relation to SOGI refugees.

The first part outlines the context of persecution of persons for reasons of their SOGI. It examines the criteria by which SOGI is, and potentially can be, subsumed under the relevant grounds of persecution for refugee status. The second part outlines the different approaches to interpreting the concept of persecution and elaborates more on the so-called ‘circumstantial’ approach embodied by UNHCR. The third part is devoted to elucidating the doctrine of the human rights approach pioneered by James Hathaway and his book *The Law of Refugee Status*.

The fourth part examines the approach of human rights monitoring mechanisms to failed asylum seekers fearing persecution on the grounds of SOGI. It analyses the decisions of the Committee Against Torture, the Human Rights Committee and the European Court of Human Rights in the context of *non-refoulement* in relation to SOGI claims and the criminalisation of non-dominant sexual orientations and/or gender identities.

The fifth part examines EU law and the case law of the Court of Justice of the European Union. It focuses on the Qualification Directive, which makes extensive attempts to define the concept of persecution and conventional grounds and represents a human rights approach in ‘legislative practice’. A detailed analysis is made of the judgment of the CJEU in *X, Y and Z v Minister voor Immigratie en Asiel*, which dealt with the relationship between the criminalisation of same-sex sexual conduct in the country of origin and persecution for reasons of SOGI, and its implications. The sixth part briefly summarises Czech practice in relation to SOGI refugees.

Keywords

asylum – refugee – sexual orientation – gender identity – SOGI – human rights approach – Hathaway – non-refoulement